Inhaltsverzeichnis

A
Gerichtspraxis 7
I
Staats- und Verwaltungsrecht 8
1 Verfahrensrecht 8
2 Grundrechte 24
3 Bau- und Planungsrecht 44
4 Gewässerschutz 63
5 Sozialversicherung 71
6 Denkmalschutz 128
7 Öffentlichkeitsprinzip 137
8 Zivilstandswesen 142
9 Strassenverkehrsrecht 149
II
Zivilrecht 161
1 Zivilrechtspflege 161
III
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 166
1 Nachlassverfahren 166
2 Vollstreckungsrecht 173
IV
Rechtspflege 175
1 Anwaltsrecht 175
2 Strafprozessordnung 181
3 Strafrechtspflege 182
4 Zivilprozessordnung 188
5 Zivilrechtspflege 190
V
Strafrecht 195
1 Materielles Strafrecht 195
2 Strafzumessung und Verwahrung 198

B
Verwaltungspraxis 211
I
Grundlagen, Organisation, Gemeinden 212
1 Bürgerrecht 212
2 Personalrecht 220
3 Politische Rechte, Wahlen und Abstimmungen 244
II
Schule, Kultur, Natur- und Heimatschutz, Kirche 246
1 Verfahrensrecht, Denkmalpflege, Aufsichtsbeschwerde 246

C
Stichwortverzeichnis 253

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfahrensrecht

1.1 Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 ZGB, § 122 Abs. 1 StG

Regeste:
Art. 8 ZGB – Versendet eine Behörde – hier die Grundstückgewinnsteuer-Kommission – einen Entscheid per A- oder B-Post ist der Beweis für die erfolgte Zustellung an einem bestimmten Tag durch den blossen Verweis auf das Verfügungsdatum, den üblichen administrativen Ablauf und die die übliche Zustelldauer gemäss Postauskunft nicht erbracht. Wird die Tatsache oder das Datum der Zustellung in der Folge bestritten, muss im Zweifel auf die Darstellung der Empfängerin oder des Empfängers abgestellt werden (Erw. 3d).
Art. 29 Abs. 2 BV – Als wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör muss sich die Behörde mit den für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen. Vorliegend hat die Behörde es unterlassen im Einspracheentscheid zu begründen, weshalb die Einsprache ihrer Ansicht nach verspätet erfolgt sei und damit das rechtliche Gehör verletzt (Erw. 3f-h).
§ 122 Abs. 1 StG – Jede auf Feststellung oder Geltendmachung der Steuerforderung gerichtete Amtshandlung, die einer steuerpflichtigen Person zur Kenntnis gebracht wird, unterbricht die 5-jährige Veranlagungsverjährung (Erw. 4a). Das gilt auch für ein Schreiben der Grundstückgewinnsteuer-Kommission, in dem vier Jahre nach der Veranlagungsperiode auf die Abrechnung eines Grundstücksteuerfalls aufmerksam gemacht wird (Erw. 4c). Die Behörde muss den Zugang dieses Schreibens an den Steuerpflichtigen allerdings belegen können, was hier nicht der Fall war (4e und f).

Aus dem Sachverhalt:

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 30. April 2009 verkaufte C. sein Einfamilienhaus in der Gemeinde A. Am 17. März 2016 veranlagte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission von A. den Grundstückgewinn. Mit Einsprache vom 9. Mai 2016 wandte sich der Rekurrent gegen die Veranlagung und machte insbesondere geltend, dass die Steuer knapp sieben Jahre nach der Handänderung infolge Verjährung nicht mehr veranlagt werden könne. Mit Entscheid vom 12. Mai 2016 trat die Rekursgegnerin infolge Verpassens der Frist nicht auf die Einsprache ein. Mit Steuerrekurs vom 13. Juni 2016 gelangte C. an das Verwaltungsgericht und beantragte u.a., der Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Grundstückgewinnsteuer verjährt sei. Am 7. Juli 2016 beantragte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission die Abweisung des Rekurses. Rekursgegnerin sinngemäss, die Anträge des Rekurrenten seien abzulehnen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus: Es hätten zwischen der Einwohnergemeinde und dem Rekurrenten Gespräche und persönliche Treffen stattgefunden. Mit Schreiben vom 12. März

2013 sei er nochmals darauf hingewiesen worden, dass die Grundstückgewinnsteuer abzurechnen und zu veranlagen sei. Der Rekurrent habe eine Abrechnung «Investitionen B.» eingereicht. Am 7. Oktober 2015 sei dem Rekurrenten nochmals eine Steuererklärung zugestellt worden. Die Veranlagung sei am 17. März 2016 per A-Post zugestellt worden. Die Einsprache vom 9. Mai 2016 sei somit verspätet erfolgt. Die Verjährung sei nicht eingetreten, weil Unterbrechungshandlungen vorgenommen worden seien. Die Veranlagung des Falles sei nach langjähriger, einheitlicher Praxis im Kanton Zug vorgenommen worden. Mit Schreiben vom 22. September 2016 reichte der Rekurrent eine Replik ein, in welcher er im Wesentlichen ausführt, dass er bestreite, zwischen ihm und der Rekursgegnerin hätten Gespräche und persönliche Treffen stattgefunden. Den Akten lasse sich auch nichts Derartiges entnehmen. Das Schreiben vom 12. März 2013 sei ihm nicht bekannt. (...) Zum im Schreiben erwähnten Treffen bestünden keine Aktennotizen, was zeige, dass dieses eben nie stattgefunden habe. Aktenwidrig sei auch die Behauptung der Rekursgegnerin, dass am 7. Oktober 2015 «nochmals» eine Steuererklärung zugestellt worden sei. Es sei die erste zugestellte Steuererklärung gewesen. Mit Duplik vom 18. November 2016 führte die Rekursgegnerin im Wesentlichen aus, dass die Unterstellungen der unseriösen Dossierführung und groben Nachlässigkeit entschieden zurückgewiesen werde. Die Rekursgegnerin habe sich nichts entgegen zu halten. Ein offizielles Schreiben der Einwohnergemeinde A. als wenig glaubwürdig zu beschreiben, sei inakzeptabel. Die Aussagen des Rekurrenten seien nachweislich falsch. Es werde daran festgehalten, dass die Eröffnung der Veranlagung am 17. März 2016 erfolgt und die Verfügung per A-Post zugestellt worden sei. Aufgrund der konkreten Umstände sei der Zeitraum hinreichend klar bestimmt worden. Die Verfügung sei am Freitag, 18. März 2016 in den Machtbereich des Rekurrenten gelangt und somit aktenkundig gewesen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Rekurses bildet der Einspracheentscheid vom 12. Mai 2016. Streitgegenstand bilden die Fragen, ob der Rekurrent seine Einsprache verspätet eingereicht hat, ob die Veranlagungsverjährung eingetreten ist und schliesslich allenfalls die Frage, ob ein Steueraufschubtatbestand vorliegt.

3. a) Zuerst ist die Frage zu klären, ob die Einsprache fristgerecht eingereicht wurde. Für die Beweislast gilt wie erwähnt auch im Bereich des öffentlichen Rechts Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz (...). Demnach hat jene Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (BGE 133 V 205 E. 5.5). Im vorliegenden Fall beansprucht die Rekursgegnerin das Recht, auf die

Einsprache nicht einzutreten. Sie hat folglich die fristauslösende Zustellung ihrer Veranlagungsverfügung zu belegen.

b) Für die Frage des Zeitpunkts der Zustellung einer Verfügung ist die Behörde objektiv beweisbelastet (vgl. BGE 136 V 295 E. 5.9, mit Hinweisen). Demnach hat die Steuerbehörde auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist. Dabei ist kein strikter Beweis vorausgesetzt; im Rahmen der Beweiswürdigung genügt es, dass aufgrund der konkreten Umstände der Zeitraum hinreichend klar bestimmt werden kann, in dem die Sendung in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein muss (Urteile des Bundesgerichts vom 7. Februar 2006, 2A.494/2005, E. 2.1; vom 17. November 1999, 2A.271/1999, E. 3a, in: NStP [53, 1999], 173). Aufgrund von Indizien oder gestützt auf die gesamten Umstände kann allenfalls ein indirekter Zustellbeweis erbracht werden.

c) Die Rekursgegnerin macht in der Vernehmlassung vom 7. Juli 2016 geltend, die Grundstückgewinnsteuer-Kommission treffe sich in der Regel viermal jährlich zur Kommissionssitzung (gemäss Pflichtenheft vom 11. Januar 2011) und bearbeite seit Jahren die zur Beurteilung vorliegenden Fälle nach einem bestimmten Ablauf: Sitzungsdatum + 2 Arbeitstage = Versanddatum mit A-Post (§ 114 StG ZG); Ablauf Einsprachefrist: Versanddatum + 1 Tag + 30 Tage (§ 117 StG ZG); anschliessend Auszahlung / Rechnungsstellung je nach Verfügung. An der Sitzung vom Dienstag, 15. März 2016 seien 35 Fälle bearbeitet worden. Die Verfügungen seien mit Datum Donnerstag, 17. März 2016 eröffnet worden («Fristauslösung») und am selben Tag per A-Post den Pflichtigen zugestellt worden («zwingend wegen Fristauslösung»). Am Montag, den 18. April 2016, seien diese Verfügungen rechtskräftig geworden. Aufgrund der Zuverlässigkeit, Pünktlichkeit- und Schnelligkeit der Post sowie nach geschäftlicher Usanz sei dieser Brief wie die anderen 34 Zustellungen am Freitag, 18. März 2016 in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Am Mittwoch, den 20. April 2016 (Fristauslösung), nach Ablauf der Einsprachefrist, sei per A-Post («zwingend wegen Fristauslösung») die Rechnung zum Fall 2009_026 dem Rekurrenten zugestellt worden. Der Rekurrent habe im Rekursschreiben vom Montag, 13. Juni 2016 unter Ziffer II.1.2 bestätigt, die Rechnung am Donnerstag, den 21. April 2016 erhalten zu haben und beweise somit indirekt, dass der bestimmte Ablauf zur Bearbeitung der Grundstückgewinnsteuerfälle gemäss obiger Beschreibung durchgeführt werde und die Zustellung der A-Post bestens funktioniere. Die Einsprache vom Montag, den 9. Mai 2016, sei aufgrund der Rechnungszustellung vom Mittwoch, den 20. April 2016, erfolgt und sei definitiv verspätet.

Der Rekurrent will hingegen erst am 21. April 2016 oder am 22. April 2016 die Rechnung der Rekursgegnerin mit Datum vom 20. April 2016 betreffend die Grundstückgewinnsteuer erhalten haben, worauf sich sein Sohn bei der Gemeinde telefonisch am 26. April 2016 über den Hintergrund der Rechnung erkundigt und er in der Folge eine Kopie der Verfügung habe abholen können.

d) Zunächst ist festzustellen, dass bei aller Glaubwürdigkeit der Rekursgegnerin aus ihrer dargelegten, festen Praxis beim Ausfertigen der Verfügungen und beim gleichzeitigen Versand meist einer Vielzahl von Veranlagungen kein Beweis und auch kein beweisfestes Indiz für die im Einzelfall auch wirklich erfolgte Zustellung einer Verfügung abgeleitet werden kann. Denn wie erwähnt ist auch im Prozessrecht der allgemeine Grundsatz von Art. 8 ZGB massgeblich, wonach diejenige Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen muss, die aus ihr Rechte ableitet. Wie das Verwaltungsgericht des Kantons Zug bereits im Urteil A 2016 14 vom 29. November 2016 in Erwägung 2c gegenüber der Rekursgegnerin – als der hier zu beurteilende Fall aber bereits hängig war – feststellte, ist für Vollzug und Zeitpunkt der Zustellung einer Verfügung oder eines Entscheids, wovon die Auslösung und der Lauf einer Rechtsmittelfrist abhängen, die zustellende Behörde beweispflichtig (BGE 99 Ib 356 E. 2). Die Behörde, welche die Beweislast für die erfolgte Zustellung trägt, kann dies nicht durch den blossen Hinweis auf den üblichen administrativen Ablauf nachweisen, sondern hat den Beweis aufgrund weiterer Indizien oder der Gesamtumstände (wie der Erfüllung einer Forderung, dem Schriftenwechsel, dem Verhalten einer Person oder Zeugenaussage) zu erbringen. Die Postaufgabe beweist nicht zwingend, dass die Adressatin oder der Adressat die Sendung auch erhalten hat, denn ein Fehler der Postzustellung liegt nicht derart ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass mit dieser Möglichkeit nicht gerechnet werden müsste (BGE 105 III 43 E. 2a; Uhlmann / Schilling-Schwank, in: Waldmann / Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016, N 13 zu Art. 34 VwVG). Wird die Tatsache oder das Datum der Zustellung bestritten, muss im Zweifel auf die Darstellung der Empfängerin oder des Empfängers abgestellt werden (Uhlmann / Schilling-Schwank, a.a.O., N 13 zu Art. 34 VwVG; Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Bern 2013, N 34 zu § 126 StG; vgl. BGE 103 V 63 E. 2a).

Unbestrittenermassen hat die Grundstückgewinnsteuer-Kommission ihre Veranlagungsverfügung – ihrer bisherigen Praxis gemäss – dem Rekurrenten nicht eingeschrieben und auch nicht mit A-Post Plus zugestellt. Es ist weder ein Barcode auf einem Couvert aktenkundig noch liegt ein Zustellnachweis über Track & Trace der Post oder durch ein anderweitiges Dokument vor. Im Unterschied zu herkömmlichen Postsendungen sind insbesondere auch «A-Post Plus»-Sendungen mit einer Nummer versehen, was die elektronische Sendungsverfolgung im Internet («Track & Trace») ermöglicht. Daraus ist u.a. ersichtlich, wann dem Empfänger die Sendung durch die Post zugestellt wurde. Das Bundesgericht erachtet den Zustellnachweis durch einen Track & Trace-Auszug als rechtsgenüglich (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 26. November 2014, 8C_573/2014, E. 2.2; vom 24. Januar 2012, 2C_570/2011 und 2C_577/2011, E. 4.2; vom 13. Februar 2014, 2C_68/2014 und 2C_69/2014, E. 2.3; vom 14. Januar 2010, 2C_430/2009, E. 2.3, publ. in; StR 65 [2010] 396, jeweils mit weiteren Hinweisen). Bei der Zustellung mit A- oder B-Post ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis für den Zustellungszeitpunkt einer Verfügung

nicht allein durch den blossen Hinweis auf das Verfügungsdatum und die übliche Zustelldauer gemäss Auskunft der Post erbracht. Allein aus dem Verfügungsdatum kann nicht ohne weiteres auf den Versandzeitpunkt geschlossen werden und A- und B-Post-Briefe werden mitunter durchaus auch erst mehrere Tage nach der Aufgabe zugestellt oder gar nicht. So sind in den letzten 10 Jahren verschiedene Stichproben mit jeweils zwischen 100 und 200 Briefen gemacht worden, und alle diese Stichproben führten zum selben Ergebnis: Nämlich, dass die Post ihre Regelversandzeiten nicht immer einhält. In der Zeitschrift Saldo Nr. 17 vom 27. Oktober 2010 wird eine Stichprobe aus dem Jahre 2010 mit je 100 Briefen A- und B-Post beschrieben, wobei 12% beziehungsweise 5% aller Briefe zu spät angekommen sind und 1% aller Briefe nie. In der Zeitschrift Saldo Nr. 5 vom 18. März 2008 wird eine Stichprobe aus dem Jahre 2008 mit 200 Briefen B-Post (durchgeführt vom Schweizerischen Beobachter, zitiert in Saldo) beschrieben, wobei 11.5% aller B-Post-Briefe länger als 3 Tage (ohne Samstage) unterwegs waren. (...) Damit ist aus Sicht des Gerichts klar erwiesen, dass nicht unbesehen auf die von der Post in eigener Sache kommunizierten Regelzustelldauern abgestellt werden darf (BGE 142 IV 125 E. 4.4 und BGE 129 I 8). Wer die Vorteile des billigeren Versandes mit A-Post in Anspruch nimmt, hat die Folgen (nämlich die Beweislosigkeit) zu tragen.

(...)

e) Demzufolge ist festzustellen, dass die Rekursgegnerin auf die Einsprache des Rekurrenten vom 9. Mai 2016 hätte eintreten müssen, da sie als beweisbelastete Partei nach Art. 8 ZGB die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Im Einspracheentscheid wie auch vor Gericht hat sich die Rekurrentin weder mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt noch hat sie eine rechtliche Würdigung vorgenommen und sich mit dem Ungenügen der Zustellung per A-Post befasst. Hätte sich die Rekursgegnerin mit den Vorbringen des Rekurrenten auseinandergesetzt, hätte sie festgestellt, dass auf die Einsprache einzutreten gewesen wäre (...).

f) Gegen den Einspracheentscheid vom 12. Mai 2016 wird zusätzlich eine Verletzung der behördlichen Begründungspflicht geltend gemacht. So führte der Rekurrent in der Einsprache aus, die Veranlagungsverfügung sei ihm vor weniger als 30 Tagen zugegangen, womit die Einsprache fristgerecht erfolge. Die Rekursgegnerin führte dazu in ihrem Einspracheentscheid aus, dass «infolge Verpassung der Frist auf die Einsprache nicht eingetreten» werde. Weiter wurde einzig ausgeführt, dass am 29. Januar 2016 eine ausgefüllte und rechtsgültig unterschriebene Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer eingereicht worden sei und man die Angaben überprüft habe. Die Verfügung sei dem Steuerpflichtigen am 17. März 2016 und die Rechnung nach Ablauf der Einsprachefrist am 20. April 2016 zugestellt worden.

Vor Gericht führt der Rekurrent aus, dass der Einspracheentscheid unzureichend begründet worden sei. Zu den jeweiligen Punkten seien von der Rekursgegnerin aus-

schliesslich nicht brauchbare Kurzaussagen ohne irgendwelche Substantiierung und ohne Bezug zum vorliegenden Fall gemacht worden. So werde betreffend die Frist ausgeführt, dass sie verpasst worden sei, ohne auszuführen, weshalb. Betreffend die Verjährungsthematik führe die Rekursgegnerin im Einspracheentscheid lediglich aus, dass «persönliche Gespräche und Schriftverkehr» stattgefunden hätten. Diese würden jedoch nicht spezifiziert.

Die Rekursgegnerin macht demgegenüber geltend, der Nichteintretensentscheid auf die Einsprache sei zureichend begründet worden, wonach die Einsprachefrist nicht eingehalten worden sei. Die Begründungspflicht im Rahmen der Einsprache sei nicht verletzt, sondern sogar kundenfreundlich ausgelegt worden mit den Hinweisen und Begründungen, dass die Einsprache auch bei Eintreten abgelehnt worden wäre.

g) Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des Rechtsunterworfenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (BGE 124 I 49 E. 3a; BGE 124 I 241 E. 2, je mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 118 Ia 17 E. 1a; BGE 117 Ia 5 E. 1a; BGE 115 Ia 8 E. 2a, mit Hinweisen). Die Entscheidadressaten haben das Recht, sich vor Erlass von Entscheiden, die in ihre Rechtsstellung eingreifen, zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 54 E. 2b). Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Begründungspflicht. Die Begründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 133 I 270 E. 3.1; BGE 129 I 232 E. 3.2; BGE 126 I 97 E. 2b, mit Hinweisen).

h) Vorliegend hätte die Rekursgegnerin nicht nur auf die Einsprache eintreten müssen, da sie nicht in der Lage ist, die Zustellung ihrer Veranlagungsverfügung und damit den Beginn der Einsprachefrist zu beweisen. Sie wäre zudem verfahrensmässig verpflichtet gewesen, in ihrem Einspracheentscheid zu begründen, warum

die Einsprache nach ihrer Ansicht verspätet erhoben worden sei, nachdem der anwaltlich vertretene Rekurrent ausdrücklich geltend machte, er habe den Einspracheentscheid vor weniger als 30 Tagen zugestellt erhalten. Die Rekursgegnerin hätte abgesehen von der Möglichkeit und Angemessenheit einer mündlichen oder schriftlichen Anhörung des Rekurrenten zu dem von ihm in der Einsprache geltend gemachten Sachverhalt wenigstens in ihrem Entscheid anführen müssen, was sie vor Gericht geltend macht. So wäre anzuführen gewesen, dass sie an der Sitzung vom Dienstag, den 15. März 2016, mit dem Fall des Rekurrenten insgesamt 35 Fälle bearbeitet habe und alle Verfügungen mit Datum Donnerstag, den 17. März 2016, eröffnet worden und praxisgemäss am selben Tag per A-Post den Pflichtigen zugestellt worden seien, weshalb sie nach ihrer Ansicht am Montag, 18. April 2016, rechtskräftig geworden seien. Nur auf eine solche, substanziierte – wenn auch im Rekursverfahren nicht durchdringende – Begründung hin wäre der Rekurrent in der Lage gewesen, konkret Stellung nehmen zu können.

i) Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 mit Hinweisen).

Hier würde eine Rückweisung der Sache zu einem formalistischen Leerlauf führen, wie die weiteren Ausführungen des Gerichts zeigen. Die Verletzungen des rechtlichen Gehörs sind indessen bei der Kostenauflage zu berücksichtigen. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Rekursgegnerin das rechtliche Gehör des Rekurrenten durch den Nichteintretensentscheid und mangels Begründung desselben verletzt hat, diese Verletzung aber vom Verwaltungsgericht geheilt werden kann. Demzufolge ist auf eine Rückweisung der Sache zur Beurteilung der Einsprache und entsprechender neuer Verfügung durch die Rekursgegnerin zu verzichten.

4. a) Gemäss § 122 Abs. 1 StG verjährt das Recht, eine Steuer zu veranlagen, fünf Jahre nach Ablauf der Steuerperiode (relative Verjährungsfrist). Nach Abs. 3 beginnt die Verjährung neu zu laufen mit jeder auf Feststellung oder Geltendmachung der Steuerforderung gerichteten Amtshandlung, die einer steuerpflichtigen Person zur Kenntnis gebracht wird (lit. a) oder mit jeder ausdrücklichen Anerkennung der Steuerforderung durch die steuerpflichtige Person (lit. b). Das Recht, eine Steuer

zu veranlagen, ist 15 Jahre nach Ablauf der Steuerperiode auf jeden Fall verjährt (absolute Verjährungsfrist, Abs. 4).

b) Das zu veranlagende Handänderungsgeschäft datiert vom 30. April 2009. Die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer erfolgte mit Verfügung vom 17. März 2016 und ging dem Rekurrenten nach eigenen Aussagen Ende April 2016 zu, nachdem er sich nach Erhalt der Rechnung der Rekursgegnerin bei dieser nach dem Grund für die Rechnung erkundigte. Die relative Verjährungsfrist beträgt – wie erwähnt – fünf Jahre, d.h. an sich ist die relative Verjährungsfrist vorliegend eingetreten. Es bleibt zu prüfen, ob die relative Verjährungsfrist nachweisbar unterbrochen worden ist oder nicht, d.h. ob die Rekursgegnerin rechtsgenüglich belegen kann, dass Unterbrechungshandlungen stattgefunden haben.

c) Bei den Akten liegt ein Schreiben des Sekretärs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission vom 12. März 2013 an den Rekurrenten, in welchem dieser unter anderem ausführte: «Es gilt, den vorgenannten Grundstückgewinnsteuerfall noch abzurechnen und zu veranlagen. Bitte setze Dich doch demnächst mit mir in Verbindung, damit wir einen Termin vereinbaren können.» Da es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 18. Juni 2010, 2C_115/2010, E. 2.3.1) für eine Unterbrechung der Verjährung bereits ausreicht, wenn die zuständige Behörde «unmissverständlich auf die Besteuerung der fraglichen Liegenschaftsgewinne aufmerksam» macht, oder wenn sie zu Sitzungen lädt, «bei der es ebenfalls um die Besteuerung des Gewinns aus der Überbauung» geht, dann reicht das hier ergangene Schreiben ebenfalls aus, um die Verjährung zu unterbrechen. Denn dieses macht unmissverständlich darauf aufmerksam, dass dieser «Grundstückgewinnsteuerfall noch abzurechnen und [zu] veranlagen» sei und es wird auch (zumindest indirekt) zu einer entsprechenden Sitzung geladen. Das Schreiben vom 12. März 2013 war also entgegen der Ansicht des Rekurrenten geeignet, die Verjährung zu unterbrechen, falls es an ihn zugestellt worden ist.

d) Die Rekursgegnerin beruft sich darauf, dass mit dem Rekurrenten, nachdem er entgegen seiner Pflicht gemäss § 200 StG keine Steuererklärung eingereicht habe, Gespräche und persönliche Treffen stattgefunden hätten und er mit Schreiben vom 12. März 2013 nochmals darauf hingewiesen worden sei, dass der Grundstückgewinnsteuerfall 2009_026 abzurechnen und zu veranlagen sei. Der Rekurrent habe in dieser Zeit das A4-Blatt über die «Investitionen B.» eingereicht. Der Rekurrent habe bei den Kontakten immer betont, weitere Unterlagen, insbesondere Rechnungen etc., seien keine mehr vorhanden.

Der Rekurrent bestreitet, dass zwischen der Rekursgegnerin und ihm Gespräche und persönliche Treffen stattgefunden hätten, bei denen es um die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer oder das Veranlagungsverfahren gegangen sei. Hiervon wisse er schlichtweg nichts. Auch aus den Akten könne nichts Entsprechendes

entnommen werden. Die Treffen hätten denn auch keinerlei Aktennotizen entstehen lassen. Das Schreiben vom 12. März 2013 sei dem Rekurrenten nicht bekannt. Es sei auch wenig glaubwürdig. Einerseits werde auf ein kürzliches Treffen verwiesen, andererseits sei der Inhalt des Schreibens dahingehend, dass ein Termin vereinbart werden müsse und man um Kontaktnahme bitte. Entsprechendes hätte jedoch bereits anlässlich des angeblichen «kürzlichen Treffens» vereinbart werden können. Das angebliche Schreiben vom 12. März 2013 sei denn auch ohne irgendwelche Nachverfolgung geblieben. Vielmehr habe die Angelegenheit weitere zwei Jahre geruht. Dem Schreiben sei kein aktenkundiges Telefongespräch oder eine weitere Rückfrage gefolgt. Auch dies mache es sehr wahrscheinlich, dass das Schreiben dem Rekurrenten gar nie zugestellt worden sei. Zu dem im Dokument mit Datum vom 12. März 2013 behaupteten Treffen, dessen Datum und/oder Ort nicht einmal genannt werden könne, bestünden keinerlei Aktennotizen oder Ausführungen der Rekursgegnerin. Dies zeige umso mehr, dass das behauptete Treffen gar nie stattgefunden habe. Auch sei die Aussage der Rekursgegnerin, dass in der Zeit vom März 2013 ein A4-Blatt über die «Investitionen B.» eingereicht worden sei, schlichtweg falsch. Der Rekurrent habe keinerlei Veranlassung gehabt, irgendwelche Dokumente einzureichen, da er hierzu ja gar nicht aufgefordert worden sei. Das Dokument sei erst im Zusammenhang mit der Grundstückgewinnsteuer-Deklaration vom Januar 2016 eingereicht worden. Die Rekursgegnerin habe sich entgegenhalten zu lassen, dass weder auf dem A4-Blatt «Investitionen B.» ein Datum des Zuganges vermerkt sei, noch irgendwelche weiteren Aktennotizen oder Korrespondenzen dazu im Dossier auffindbar seien.

e) Wie bereits (...) erläutert, obliegt es demjenigen, der aus einer Tatsache Rechte (hier: Verjährungsunterbrechung) ableitet, diese zu belegen. Die Rekursgegnerin hat weder behauptet noch dargetan, dass sie das Schreiben vom 12. März 2013 dem Rekurrenten per Einschreiben oder mit A-Post Plus geschickt hat. Auch dem in den Akten vorhandenen Schreiben vom 12. März 2013 lässt sich kein Hinweis auf eine derartige Versandart entnehmen (...). Die Rekursgegnerin kann somit auch den Beweis, dass dieses Schreiben an den Rekurrenten zugestellt worden ist, nicht erbringen.

f) Die Rekursgegnerin bringt weiter vor, dass «zwischen der Einwohnergemeinde und dem Rekurrenten Gespräche und persönliche Treffen stattgefunden» hätten (...). Es fehlen aber Zeugenaussagen und insbesondere Aktennotizen über solche Kontakte, weshalb diese Vorbringen keinen Beweis erbringen können. Auch hier ist (...) darauf hinzuweisen, dass nicht belegbare Behauptungen Beweise nicht zu ersetzen vermögen, weshalb die Rekursgegnerin abermals die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

5. Es ergibt sich somit, dass die Rekursgegnerin auf die Einsprache des Rekurrenten zu Unrecht nicht eingetreten und der Einspracheentscheid vom 12. Mai 2016

aufzuheben ist. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist zu verzichten und festzustellen, dass eine (allfällige) Grundstückgewinnsteuer aus der Liegenschaftsveräusserung des Rekurrenten vom 30. April 2009 infolge eingetretener Veranlagungsverjährung nicht mehr geltend gemacht werden kann und die Veranlagungsverfügung vom 17. März 2016 somit aufzuheben ist. Eine Prüfung der Angelegenheit in materieller Hinsicht (insbesondere die Streitfrage der steuerlichen Bewertungsmethode bei gemischten Schenkungen) entfällt damit.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Mai 2017, A 2016 15
Das Urteil ist rechtskräftig

1.2 Art. 93 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 BGG, § 41 Abs. 1 lit. c VRG, § 15 Abs. 2 VRG i.V.m. § 17 VRG

Regeste:
Art. 93 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 BGG – Gegen behördliche Zwischenentscheide ist die Beschwerdeerhebung bei der nächsten Instanz möglich, wenn die dafür im Bundesgerichtsgesetz (BGG) stipulierten minimalen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Kanton Zug hat im VRG die bundesrechtlichen Voraussetzungen nicht erweitert (Erw. 2a/aa).
§ 15 Abs. 2 VRG i.V.m. § 17 VRG – Das aus dem Zivilprozessrecht stammende Institut der superprovisorischen Massnahme ist auch in verwaltungsrechtlichen Verfahren im Kanton Zug gängig und zulässig. Demzufolge können bei grosser Dringlichkeit einstweilige Anordnungen ohne Anhörung der Gegenseite getroffen werden. Die Anhörung ist schnellstmöglich nachzuholen, worauf die Behörde definitiv über die Anordnung entscheidet (Erw. 2b/dd).
Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG – Ein Beschwerdeführer, der sich gegen eine superprovisorische Massnahme wehrt, kann keine Gehörsverletzung rügen. Er könnte aufgrund nicht wieder gutzumachender Nachteile gleichwohl beschwerdeberechtigt sein. Daher sind auch superprovisorische Massnahmen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Erw. 2b/ii).

Aus dem Sachverhalt:

Die Erbin X. reichte am 21. März 2017 ein gegen den Willensvollstrecker Z. gerichtetes Begehren beim Gemeinderat Y. ein. Dabei verlangte sie im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, dem Willensvollstrecker sei einstweilen zu untersagen, gewisse, genau bezeichnete Vermögenswerte aus dem Nachlass von Q. zu versteigern. Angesichts der besonderen Dringlichkeit sei die Massnahme superprovisorisch, das heisst ohne Anhörung des Willensvollstreckers anzuordnen. Der Gemeinderat Y. untersagte dem Willensvollstrecker darauf am 29. März 2017, die er-

wähnten Vermögenswerte zu versteigern. Gleichzeitig räumte er ihm eine zweiwöchige Frist zur Stellungnahme ein und stellte eine definitive Verfügung in Aussicht. Einem allfälligen Rechtsmittel gegen die superprovisorische Verfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Dagegen reichte der Willensvollstrecker am 6. April 2017 eine Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat ein. Am 27. Juni 2017 trat der Regierungsrat auf die Beschwerde mangels Rechtsschutzinteresses nicht ein. Am 13. Juli 2017 beantragte Z. beim Verwaltungsgericht die Aufhebung sowohl des regierungsrätlichen Entscheids vom 27. Juni 2017 als auch die Aufhebung des Entscheids des Gemeinderats vom 29. März 2017.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Strittig und zu prüfen ist die Frage, ob der Regierungsrat zu Recht nicht auf die Beschwerde gegen die Verfügung des Gemeinderats Z. vom 29. März 2017 eintrat. In dieser Verfügung wurde dem Beschwerdeführer, der als Willensvollstrecker amtet, superprovisorisch untersagt, verschiedene Versteigerungsverfahren durchzuführen, mit denen er Liquidität zur Bezahlung von Nachlassschulden beschaffen wollte.

a) Der Regierungsrat stellte sich im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführer über kein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Streitsache verfüge.

a/aa) Artikel 111 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) statuiert, dass wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können muss. Mit dieser Bestimmung wird der kantonalrechtliche Parteibegriff über das BGG vorgegeben. Es handelt sich dabei um eine Mindestanforderung, d.h. die Beschwerdebefugnis darf im kantonalen Verfahren nicht enger umschrieben werden als diejenige vor Bundesgericht (Ehrenzeller, in Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 111 N 4 ff.). Der Kanton Zug hat die Beschwerdeberechtigung für die Verwaltungsbeschwerde in § 41 VRG und für das verwaltungsgerichtliche Verfahren in § 62 VRG geregelt. Die Bestimmungen weisen denselben Wortlaut auf wie Art. 89 Abs. 1 BGG, wo es um die Beschwerdeberechtigung gegen so genannte Endentscheide bzw. verfahrensabschliessende Entscheide in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geht. Vorliegend geht es indessen um die Beschwerde gegen eine Verfügung aus dem Bereich des vorsorglichen Rechtsschutzes. Solche Verfügungen schliessen das Verfahren nicht ab, sondern ergehen als so genannte selbständig eröffnete Zwischenentscheide. In Art. 93 Abs. 1 BGG wurde die Berechtigung zur Beschwerdeführung ans Bundesgericht gegen solche Entscheide eingeschränkt. Der Kanton Zug hat diese Bestimmung zwar nicht ausdrücklich in sein VRG übernommen, aber da der Zuger Gesetzgeber die Beschw-

erdelegitimation bei Zwischenentscheiden im VRG gegenüber der Regelung im BGG nicht ausdrücklich erweitert hat, haben im Kanton Zug bei Zwischenentscheiden die Mindestvorschriften des BGG zu gelten. Demzufolge wäre es im Kanton Zug möglich gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide Beschwerde zu führen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Sind diese Voraussetzungen alternativ erfüllt, verfügt ein Beschwerdeführer im Kanton Zug über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder der Änderung dieses Entscheids im Sinne von § 41 Abs. 1 lit. c VRG bzw. von § 62 Abs. 1 lit. c VRG.

a/bb) Mit Blick auf die Fallkonstellation in Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ist festzustellen, dass die Gutheissung der Beschwerde gegen den superprovisorischen Entscheid des Gemeinderats Y. das Verfahren keineswegs abschliessen würde. Eine Gutheissung würde zwar bedeuten, dass der Beschwerdeführer nicht mehr daran gehindert worden wäre, bestimmte Vermögenswerte aus dem Nachlass von Q. zu versteigern. Der Gemeinderat hätte das ursprünglich angestrengte Verfahren jedoch weitergeführt, d.h. er hätte das Gesuch um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, mit denen die Gesuchstellerin die Durchführung verschiedener Versteigerungen zu verhindern trachtete, geprüft, und hätte am Schluss darüber befunden. Der Beschwerdeführer war somit gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. c VRG zur Beschwerdeführung vor dem Regierungsrat nicht legitimiert.

a/cc) Was den nicht wieder gutzumachenden Nachteil betrifft, so führte der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid aus, es sei im vorliegenden Fall nicht erkennbar, welcher Nachteil aus der vom Gemeinderat Y. verhängten einstweiligen Aussetzung des Versteigerungsverfahrens resultiere könnte und weshalb es nicht möglich wäre, den vorsorglichen Entscheid des Gemeinderats Y. abzuwarten (...). Der Beschwerdeführer führte dazu aus, die Versteigerungsverfahren würden der Schaffung von Liquidität dienen. Anfangs August 2017 müssten (Nach)-Steuerschulden in der Höhe von Fr. ___ bezahlt werden. Im Herbst müssten auch zwei grosse Darlehensbeträge zurückbezahlt werden. Der Beschwerdeführer reichte dazu zwei Blätter mit einer Excel-Tabelle ein (...). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil des Beschwerdeführers würde also darin liegen, dass er für die Dauer des superprovisorisch geltenden Verwertungsverbots gewisse Schulden des Nachlasses nicht bezahlen könnte. Vorab ist generell festzuhalten, dass ein Gläubiger Geldforderungen nicht sofort vollstrecken kann, sondern er muss dafür zuerst ein Betreibungsverfahren durchlaufen, in welchem dem Schuldner verschiedene Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um Zeit zu gewinnen (z. B. durch Erhebung des Rechtsvorschlags: Art. 78 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG, SR 281.1]). Schon von daher gesehen, verfängt das Argument des Beschwerdeführers nicht besonders. Mit Blick auf die vom Beschwer-

deführer geltend gemachten Steuerschulden ist ferner zu sagen, dass diese gemäss Zusammenstellung auf der zweiten Seite der Excel-Tabelle rund Fr. ___ betragen, dass davon aber rund Fr. ___ offenbar bereits bezahlt worden sind. Die Steuerschulden, die am 1. August 2017 fällig sein sollen, belaufen sich demnach noch auf rund Fr. ___. Aus der Zusammenstellung der Aktiven auf der ersten Seite der Excel-Tabelle geht hervor, dass die auf Konten vorhanden Mittel rund Fr. ___ und die Depotwerte rund Fr. ___ betragen sollen. Da sich Wertschriften rasch liquidieren lassen, können die Steuerschulden daher aus den vorhandenen und vom Beschwerdeführer dem Gericht bekanntgegebenen liquiden und leicht liquidierbaren Mitteln bereits jetzt bezahlt werden. Was die offenbar fälligen Steuerschulden betrifft, kann somit nicht gesagt werden, dass die superprovisorische Massnahme einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Beschwerdeführer bzw. den von ihm betreuten Nachlass bewirken könnte. Auf der zweiten Seite der Excel-Tabelle ist weiter zu sehen, dass am 30. September 2017 ein Darlehen von Fr. ___ und am 31. Oktober 2017 eines von Fr. ____ zur Zahlung fällig werden soll. Auch hier bestand im Zeitpunkt der Eröffnung der superprovisorischen Verfügung im vergangenen März bei Weitem kein nicht wieder gutzumachender Nachteil für den Nachlass. Auch aktuell ist ein derartiger Nachteil im Übrigen nicht zu sehen, denn die Forderungen sind noch gar nicht fällig. Der Beschwerdeführer war somit auch gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. c VRG nicht zur Beschwerdeführung vor dem Regierungsrat legitimiert.

a/dd) Vorbehältlich der noch zu prüfenden Gegenargumente des Beschwerdeführers lässt sich an dieser Stelle als Zwischenergebnis festhalten, dass der Nichteintretensentscheid des Regierungsrats mit dem Argument des fehlenden Rechtsschutzinteresses vor dem Gesetz standhält.

b) Der Beschwerdeführer rügt, der Gemeinderat Y. habe mit der superprovisorischen Verfügung seinen Gehörsanspruch verletzt. Bevor auf diese Rüge eingegangen werden kann, sind zunächst Ausführungen zu den Eigenheiten und zur Stellung der superprovisorischen Verfügung innerhalb des Verwaltungsverfahrens erforderlich.

b/aa) Vorsorgliche Massnahmen dienen dem vorläufigen Rechtsschutz und regeln mitunter Fragen, deren Beantwortung keinen Aufschub duldet. Damit der Zweck der Massnahme nicht vereitelt wird, darf als so genannte superprovisorische Massnahme ausnahmsweise auf die vorgängige Anhörung verzichtet und sofort verfügt werden. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich aber nur bei Gefahr im Verzug, d.h. wenn andernfalls gewichtige Anliegen oder Interessen gefährdet sind. Die Anhörung muss so rasch wie möglich nachgeholt werden. Sobald die Anhörung stattgefunden hat, ist die superprovisorische Verfügung durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme zu ersetzen (Kiener, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 6 N 30, mit Hinweisen).

b/bb) Der Begriff «superprovisorische Massnahme» findet sich in Art. 265 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272). Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass für den Erlass superprovisorischer Massnahmen im Verwaltungsverfahrensrecht die gleichen Grundsätze gelten wie im Zivilprozessrecht. Es führt dazu in BGer 2C_603/2011 vom 16. Januar 2012, Erw. 3.3, namentlich Folgendes aus: «Zum Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV enthalten ist, gehört insbesondere, dass der Betroffene vor Erlass einer Verfügung, die in seine Rechtsstellung eingreift, sich zur Sache äussern kann (BGE 132 V 368 E. 3.1 S. 370; 129 II 497 E. 2.2 S. 505; Urteil 8C_322/2009 vom 9. September 2009). Sofern im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme das rechtliche Gehör nicht vorgängig gewährt werden kann, muss der Betroffene daher auch noch bei der nachfolgenden gerichtlichen Überprüfung Stellung nehmen können. So sieht beispielsweise auch Art. 265 (...) ZPO (...) für superprovisorische Massnahmen vor, dass mit der Anordnung der Massnahme die Parteien vorgeladen oder zur Stellungnahme eingeladen werden und danach neu entschieden wird. Gleiches muss grundsätzlich auch für vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren gelten (Regina Kiener, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 12 zu Art. 56 VwVG, mit weiteren Hinweisen; Hansjörg Seiler, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N 65 zu Art. 56 VwVG).»

b/cc) Gemäss § 17 VRG kann die Behörde zur Erhaltung des Zustandes oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen. Die Behörde gewährt den Parteien das rechtliche Gehör, bevor sie entscheidet (§ 15 Abs. 1 VRG). Bei Dringlichkeit können vor der Anhörung einstweilige Verfügungen getroffen werden (§ 15 Abs. 2 VRG).

b/dd) Der Kanton Zug hat die superprovisorische Massnahme im VRG nicht ausdrücklich geregelt. Im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts und der in der Lehre entwickelten Grundsätze ermöglicht § 15 Abs. 2 VRG i.V.m. § 17 VRG es den Behörden jedoch vorsorgliche Massnahmen im superprovisorischen Verfahren, d.h. ohne Anhörung der betroffenen Person zu verfügen. Nach dem Gesagten konnte der Gemeinderat Y. die Verfügung vom 29. März 2017 eröffnen, ohne den davon betroffenen Beschwerdeführer dazu vorgängig anzuhören. Im fraglichen Entscheid wurde der Beschwerdeführer ausdrücklich aufgefordert, innert 14 Tagen eine Gesuchsantwort einzureichen (...), und es wurde ausdrücklich eine endgültige, begründete Verfügung in Aussicht gestellt (...). Die superprovisorisch verfügte Massnahme enthält damit alle vom Bundesgericht verlangten Merkmale und ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

b/ee) Der Beschwerdeführer bringt vor, die gegen ihn ergangene superprovisorische Verfügung vom 27. März 2017 sei nicht begründet worden. Infolge fehlender Begründung habe er die Verfügung nicht sachgerecht anfechten können, wodurch sein

Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt worden sei. Der Beschwerdeführer irrt. Gestützt auf die Ausführungen in den vorangegangen Erwägungen ist festzuhalten, dass die Nichteinräumung des rechtlichen Gehörs den superprovisorischen Verfügungen geradezu immanent ist, so auch der hier strittigen vom 27. März 2017. Der Gemeinderat Y. musste seine Massnahme somit noch gar nicht begründen, damit sie sachgerecht hätte angefochten werden können. Die Begründung, welcher der Beschwerdeführer vermisst, wird er mit der ordentlichen vorsorglichen Verfügung enthalten, welche der Gemeinderat in Kenntnis der Meinungsäusserungen aller Seiten beschliessen wird.

b/ff) Der Beschwerdeführer bringt unter Verweis auf die Literatur (Kiener, Kommentar VRG, § 6 N 33) vor, dass für provisorisch verfügte Anordnungen die gleichen Formvorschriften gälten wie für die anderen Verfügungen. Deshalb, so der Beschwerdeführer, müssten auch superprovisorische Verfügungen begründet werden. Der Beschwerdeführer übersieht, dass es in der von ihm angeführten Literaturstelle nicht um superprovisorische Massnahmen, sondern um die ordentlichen vorsorglichen Verfügungen geht. Die superprovisorischen Massnahmen werden im vorangehenden Kapitel (zum rechtlichen Gehör) behandelt, und dort wird ausgeführt, dass bei diesen Verfügungen auf die Anhörung verzichtet und sofort verfügt werden könne (Kiener, a.a.O., § 6 N 30).

b/gg) Der Beschwerdeführer referenziert eine weitere Literaturstelle (Tschannen / Zimmerli / Müller: Allgemeines Verwaltungsrecht 2009, § 29 Rz. 12 ff.), wonach die Begründung, auch wenn sie kurz gefasst sei, es dem Adressaten ermögliche nachzuvollziehen, warum die Behörde so und nicht anders entschieden habe. Ein Blick in die aktuelle Ausgabe des vom Beschwerdeführer verwendeten Lehrbuchs der Autoren Tschannen/Zimmerli/Müller (4. Auflage, Bern 2014) zeigt, dass der vom Beschwerdeführer wiedergegebene Text zwar auch in der neueren Ausgabe enthalten ist, dass die Autoren sich an dieser Stelle aber ganz allgemein mit verschiedenen Elementen von ordentlichen Verfügungen befassen und nicht mit dem Spezialfall der superprovisorischen Massnahme. Wie eine Durchsicht des Buches ergibt, sind die vorsorglichen Massnahmen des Verwaltungsverfahrens darin überhaupt kein Thema. Im Übrigen verkennt der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen erneut den superprovisorischen Charakter der Massnahme.

b/hh) Der Beschwerdeführer bringt vor, der Regierungsrat habe sich im angefochtenen Entscheid nicht mit seinen Vorbringen zum rechtlichen Gehör befasst und damit seinerseits das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt. Da der Regierungsrat sich – wie gezeigt – im angefochtenen Entscheid korrekt auf den Standpunkt stellte, der Beschwerdeführer sei zur Beschwerdeerhebung gar nicht legitimiert, musste er sich nicht mehr mit der Frage befassen, ob im Verfahren vor dem Gemeinderat Y. eine Gehörsverletzung erfolgt sei oder nicht. Im Übrigen wird eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt, wenn eine betroffene Person die Mö-

glichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die – wie hier – den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann, und ihr aus der Heilung eines allfälligen Begründungsmangels kein Nachteil erwächst (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGer vom 1. Dezember 2015, 6B_487/2015, E. 1.3.1). Das Verwaltungsgericht hat sich mit der Rüge der Gehörsverletzung ausführlich befasst. Nachteile sind dem Beschwerdeführer aus dieser nachträglichen Begründung keine erwachsen. Eher das Gegenteil ist der Fall, denn eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids aufgrund von Verfahrensfehlern, wie vom Beschwerdeführer beantragt, würde das Verfahren verlängern, was gemäss den Ausführungen an einer anderen Stelle der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schädlich für den Nachlass sein soll (vgl. ...). Das Verwaltungsgericht hätte hiermit jedenfalls die gerügte Gehörsverletzung geheilt, würde eine solche überhaupt vorliegen. Der Beschwerdeführer ist mit seinem Vorwurf nicht zu hören.

b/ii) Der Regierungsrat schrieb im angefochtenen Entscheid, dass die Rechtsmittelbelehrung in der superprovisorischen Verfügung unzutreffend war (...). Sofern der Regierungsrat damit sagen wollte, dass die Rechtsmittelbelehrung hätte weggelassen werden können, ist er zu korrigieren. Zwar ist die Möglichkeit zur Beschwerdeerhebung gegen superprovisorische Verfügungen nur sehr selten gegeben, wie der Regierungsrat zutreffend ausführte (...). Doch es sind Fälle denkbar, in denen die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt sind. Das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils wäre von einem Beschwerdeführer aber zunächst mit überzeugenden Argumenten zu behaupten und mit aussagekräftigen Beweismitteln zu belegen. Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde beim Regierungsrat aber weder dargetan, welchen nicht wieder gutzumachenden Nachteil die superprovisorische Massnahme im Nachlass bewirken würde, noch hat er diesen Nachteil belegt. Auch von dieser Warte aus betrachtet, war es korrekt, dass der Regierungsrat nicht auf die Beschwerde eintrat.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer weder gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. c VRG noch gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG i.V.m. § 41 Abs. 1 lit. c VRG zur Beschwerdeführung vor dem Regierungsrat legitimiert war (Erw. 2a/bb und 2a/cc). Der Regierungsrat hat somit zu Recht einen Nichteintretensentscheid gefällt. Die vom Beschwerdeführer dagegen vorgebrachten Argumente gehen an der Sache vorbei (Erw. 2b/ee, 2b/ff, 2b/gg, 2b/hh) und können am Ausgang des Resultats nichts ändern. Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2017, V 2017 86
Das Urteil ist rechtskräftig.

2. Grundrechte

2.1 Art. 16 Abs. 2 BV, Art. 34 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 1 BV, § 22 GSW, § 13 Abs. 1 Reklamereglement Stadt Zug

Regeste:
Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 2 – Für die Ausübung von Freiheitsrechten besteht ein bedingter Anspruch auf Bewilligung von gesteigertem Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes (Erw. 3 c/aa – 3 c/bb).
§ 22 GSW und § 13 Abs. 1 Reklamereglement Stadt Zug – Rechtsetzende Erlasse müssen publiziert werden. Dies gilt auch für die im Reklamereglement der Stadt Zug verlangten vom Stadtrat zu erlassenden Richtlinien für politische Werbung (Erw. 3 c/dd – 3 c/ff).
Art. 8 Abs. 1 BV – Keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots, wenn die Plakatierung allen offen steht, welche die einschränkenden Voraussetzungen nach Massgabe der Art des Urnengangs erfüllen. Plakatierungspraxis des Stadtrates in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Die Partei X reichte am 6. September 2016 bei der Stadt Zug ein Gesuch mit dem Antrag ein, zur Volksabstimmung vom 25. September 2016 über das Nachrichtendienstgesetz an zehn Standorten in der Stadt Zug je einen Plakatständer mit maximal zwei Plakaten im Format F4 für die Zeitspanne vom 10. September bis zum 28. September 2016 aufstellen zu dürfen. Mit Stadtratsbeschluss vom 13. September 2016 wurde das Gesuch abgewiesen. Nachdem die Partei dagegen erfolglos Beschwerde vor Regierungsrat führte, erhob sie am 9. April 2017 Verwaltungsgerichtsgerichtsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses vom 7. März 2017 sowie die Feststellung, dass die Verweigerung der Plakatierungsbewilligung durch den Stadtrat der Stadt Zug anlässlich der Volksabstimmung vom 25. September 2016 über das Nachrichtendienstgesetz rechtswidrig war.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

(...)

3. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass zur Ausübung politischer Rechte ein bedingter Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs nach Art. 34 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) i.V.m. Art. 16 Abs. 2 BV bestehe. Sie habe den Stadtrat Zug darum ersucht, anlässlich einer nationalen Referendumsabstimmung auf bestimmten Plätzen in der Stadt mit Plakaten für ihren Standpunkt werben zu können. Mit der

Abweisung dieses Gesuchs habe der Stadtrat Zug ihre verfassungsmässigen Rechte verletzt.

b/aa) Der Stadtrat Zug hat das strittige Gesuch der Beschwerdeführerin mit der Begründung abgelehnt, die Stadt stelle bei Wahlen und Abstimmungen an rund zehn verschiedenen Standorten die kostenlose Plakatierung auf mobilen Plakatständern auf öffentlichem Grund zur Verfügung. Auch könne auf verschiedenen Werbeflächen der APG kostenlos plakatiert werden. Verschiedentlich habe er aber entschieden, dass das Angebot der kostenlosen Plakatierung in erster Linie für kommunale Abstimmungen und Wahlen sowie für kantonale und gesamtschweizerische Gesamterneuerungswahlen vorgesehen sei.

b/bb) Der Stadtrat Zug beruft sich in seinen Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren auf eine langjährige Praxis, die dazu diene, eine Gleichbehandlung der politischen Akteure sicherzustellen. Gemäss dieser Praxis werde die politische Plakatierung nur an zehn Standorten bewilligt (...). Zusammengefasst sehe die Praxis wie folgt aus (...):

- **Gesamterneuerungswahlen («Supersunday», alle vier Jahre)**
  Handhabung: An den zehn Standorten werden je 24 Plakatflächen zur Verfügung gestellt. Die Plakatflächen werden den Parteien anteilmässig zur Verfügung gestellt. Die Plakatständer werden von der Stadt beklebt und aufgestellt. Freie Plakatierung auf privatem Grund und entlang der Kantonsstrassen.
- **Städtische Abstimmung oder Ergänzungswahl**
  Handhabung: An den zehn Standorten werden pro Abstimmungs- bzw. Wahlgegenstand zwei bis vier Plakatflächen zur Verfügung gestellt. Die Plakatständer werden von der Stadt beklebt und aufgestellt. Freie Plakatierung auf privatem Grund und entlang der Kantonsstrassen.
- **Eidgenössische oder kantonale Urnenabstimmungen (sofern keine städtischen Abstimmungen oder Ergänzungswahlen anstehen)**
  Handhabung: Die zehn Standorte werden den kantonalen Parteien zur Plakatierung zur Verfügung gestellt. Die Plakatständer müssen jedoch von den Parteien gestellt, beklebt und aufgestellt werden. Freie Plakatierung auf privatem Grund und entlang der Kantonsstrassen.

b/cc) In einem Schreiben des Stadtrats an alle «städtischen Parteien», welches auf eine Stadtratssitzung vom 8. Juli 2016 Bezug nimmt, orientiert der Stadtpräsident über die Plakatierung im Hinblick auf die hier streitbetroffene städtische Urnenabstimmung vom 25. September 2016 (...). Demzufolge würden dem Pro- und dem Contra-Komitee vom 29. August bis und mit 25. September 2016 je 10 F4-Plakatständer mit jeweils zwei F4-Plakaten an zehn Standorten in der Stadt zur Verfügung gestellt. Es würden auf dem öffentlichen Grund keine zusätzlichen Plakate bewilligt. Für die kostenlose Plakatierung auf Werbeflächen der APG stünden den politischen Parteien, Gruppierungen oder Aktionskomitees in der gleichen Zeit je 59

Flächen für F4-Plakate zur Verfügung. Ein Kontingent bestehe aus maximal 20 F4-Flächen. Die Parteien könnten Kontingente nach Bedarf auch für die kantonalen Ergänzungswahlen beanspruchen. Die Plakate seien mit dem Vermerk «Kommunale Abstimmung der Stadt Zug vom 25. September 2016» sowie dem Namen der Partei/des Komitees, der APG zuzustellen. Auf den ordentlichen Plakatstellen könne jedes Komitee unbeschränkt politische Plakate für Abstimmungen und Wahlen stellen. Der Aushang erfolge über die APG gemäss deren Verkaufsbedingungen. Politische Parteien, Gruppierungen oder Aktionskomitees könnten politische Plakate frühestens sechs Wochen vor dem Abstimmungssonntag grundsätzlich auch auf privatem Grund innerhalb der Bauzone in der Stadt Zug und ausserorts entlang der Kantonsstrassen stellen. Dabei dürften die Plakate innerhalb der Bauzone nicht im Bereich von Kreuzungen, Strasseneinmündungen sowie in privaten Ein- und Ausfahrten stehen und sie müssten den Durchgang für Fussgänger gewährleisten. Entlang der Kantonsstrassen seien die Plakate auf privatem Grund zu verankern. Sie dürften das Landschafts- und Ortsbild nicht zu stark stören und sie müssten den Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts entsprechen.

b/dd) Der Stadtrat leistet mit seinem Angebot der kostenlosen politischen Plakatierung auf mobilen Ständern und Plakatflächen der APG einen wichtigen und sehr begrüssenswerten Beitrag zur politischen Willensbildung im Vorfeld von Abstimmungen und Wahlen. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass der Stadtrat unter Berufung auf dieses Angebot, in ganz bestimmten Konstellationen, nämlich immer dann, wenn über eine kommunale Abstimmungsvorlage zu befinden ist, gewisse Gruppierungen daran hindert, den öffentlichen Grund in der Stadt zu beanspruchen, welche darauf ebenfalls politische Plakatwerbung betreiben wollen. Dies war beispielsweise auch im Vorfeld der Abstimmung vom 25. September 2016 der Fall. Anhand der vom Stadtrat Zug vor der Vorinstanz dargelegten Praxis ist dies auf den ersten Blick zwar nicht ersichtlich. Doch aus dem Schreiben, welches der Stadtrat an alle städtische Parteien richtete, geht hervor, dass nur Parteien und Gruppierungen, welche sich im Rahmen der städtischen Urnenabstimmungen engagierten, gratis Plakatständer erhielten und kostenlos auf APG-Werbeflächen plakatieren konnten, ferner dass auf öffentlichem Grund keine weiteren Plakatständer bewilligt wurden und dass politische Akteure zwar ausserorts entlang der Kantonsstrassen frei plakatieren durften, dass solche Plakate aber im privaten Grund verankert werden mussten. Damit konnten Gruppierungen, die im Vorfeld des Abstimmungswochenendes vom 25. September 2016 in einer eidgenössischen Sachabstimmung auf Plakaten für ihren Standpunkt werben wollten, den öffentlichen Grund in der Stadt Zug nicht beanspruchen. Es ist zu prüfen, ob der Stadtrat von Zug diese Gruppierungen tatsächlich daran hindern durfte.

c/aa) Das Bundesgericht hat sich in BGE 135 I 302 E. 3.2 zur Problematik der Bewilligungspflicht für eine intensivere Nutzung des öffentlichen Grundes wie folgt geäussert: «Nach Rechtsprechung und Lehre gehören zum schlichten Gemeinge-

brauch die Nutzungen öffentlicher Sachen und all jene Tätigkeiten auf öffentlichem Grund, die entsprechend der breit umschriebenen und weit verstandenen Widmung der Allgemeinheit voraussetzungslos offen stehen. Merkmal des schlichten Gemeingebrauchs – und zugleich wesentliches Kriterium der Abgrenzung zum gesteigerten Gemeingebrauch – bildet die Gemeinverträglichkeit. Eine Nutzung wird als gemeinverträglich betrachtet, wenn sie von allen interessierten Bürgern gleichermassen ausgeübt werden kann, ohne dass andere an der entsprechenden Nutzung übermässig behindert werden. Wesentlich ist, dass im fraglichen Bereich gesamthaft eine gleichartige Benutzung durch alle Interessierten praktisch möglich ist (BGE 122 I 279 E. 2e/cc S. 286 mit Hinweisen). Die Grenze des einfachen Gemeingebrauchs wird indes überschritten, wenn eine Nutzung ihrer Natur oder Intensität nach den Rahmen des Üblichen übersteigt, nicht mehr der bestimmungsgemässen Verwendung entspricht, den rechtmässigen Gebrauch durch andere Benützer beeinträchtigt und somit nicht mehr gemeinverträglich ist. Für die Abgrenzung im Einzelnen ist auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Benützung abzustellen (BGE 126 I 133 E. 4c S. 139; BGE 105 Ia 91 E. 2 S. 93; je mit Hinweisen; ...). Gesteigerter Gemeingebrauch unterliegt im Allgemeinen einer Bewilligungspflicht, welche nicht so sehr dem Schutz von Polizeigütern als vielmehr der Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Raums dient (BGE 127 I 164 E. 3b S. 169; BGE 126 I 133 E. 4d S. 139; je mit Hinweisen). Nach der unter der alten Bundesverfassung ergangenen Rechtsprechung durfte gesteigerter Gemeingebrauch auch ohne gesetzliche Grundlage von einer Bewilligung abhängig gemacht werden (vgl. BGE 121 I 279 E. 2b S. 283; BGE 105 Ia 91 E. 2 S. 93; je mit Hinweisen). Unter der neuen Bundesverfassung wird von der Lehre eine gesetzliche Grundlage für eine Bewilligungspflicht gefordert.»

c/bb) Zum bedingten Anspruch auf Bewilligung von gesteigerten Gemeingebrauch erwog das höchste Gericht in BGE 138 I 274 E. 2.2.2: «Meinungsäusserungen verlangen vielfach die Benützung öffentlicher Sachen. Sofern die in Frage stehende Grundrechtsausübung nicht eine über den allgemeinen Zweck hinausgehende Nutzung der öffentlichen Sache darstellt, besteht ein unbedingter Anspruch auf Nutzung der öffentlichen Sache und diese ist – unter Vorbehalt von gesetzlich vorgesehenen, im öffentlichen Interesse liegenden und verhältnismässigen Einschränkungen (Art. 36 BV) – zulässig (vgl. etwa BGE 135 I 302 E. 3.2 f. S. 307 ff.; ...). Handelt es sich dagegen um eine intensivere Nutzung, so hat das Bundesgericht zunächst bei Sachen in Gemeingebrauch festgehalten, dass ein bedingter Anspruch auf Bewilligung von gesteigertem Gemeingebrauch besteht, wenn er für die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund erforderlich ist (vgl. BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 308; 132 I 256 E. 3 S. 259; 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5; siehe auch BGE 127 I 84 E. 4b S. 88). Der Anspruch ist nur bedingt: Bedingt zum einen, weil grundsätzlich kein Anspruch besteht, dass der Staat positiv (neue) Einrichtungen schafft, um die Freiheitsrechtsausübung zu ermöglichen (...). Der bedingte

Anspruch bezieht sich somit jeweils nur auf die Nutzung bestehender öffentlicher Sachen in engerem Sinn oder bestehender Infrastruktur (zu öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch: BGE 127 I 164 E. 5/b/bb S. 179; siehe auch BGE 122 I 279 E. 2c S. 284; zum Verwaltungsvermögen: Urteil 1P.304/1990 vom 18. Februar 1991 E. 3, in: ZBl 1992, S. 40 ff. in Verbindung mit nicht publiziertem Urteil P.170/1978 vom 19. März 1980 E. 3). Daneben besteht kein Recht, den öffentlichen Grund an einem beliebigen Ort, zu einem beliebigen Zeitpunkt und in einer beliebigen Weise zu benützen (vgl. BGE 127 I 164 E. 3c S. 171 m.H.); ausschlaggebend sind genügende Kapazitäten.»

c/cc) Öffentliche Plätze dienen in erster Linie dazu, dass sich Personen darauf aufhalten und diese zu Fuss queren können. Werden auf Plätzen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen während mehrerer Wochen Plakatständer aufgestellt, so geht diese Nutzung über den schlichten Gemeingebrauch hinaus und es liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor. Ein Plakatständer nimmt einen gewissen Raum in ausschliesslicher Weise in Anspruch. Der zur Verfügung stehende öffentliche Raum ist beschränkt, und es können auf einem Platz nicht in beliebiger Anzahl Plakatständer aufgestellt werden. Ungeregeltes Aufstellen von Plakatständern auf einem öffentlichen Platz könnte zudem andere legitime Benutzungsarten beeinträchtigen. Der Regelungsbedarf der Behörden für das Aufstellen von Plakaten auf Plätzen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen ist damit ausgewiesen (vgl. BGE 105 Ia 91 E. 2, in dem das Bundesgericht das Aufstellen eines Informationsstands eines politischen Aktionskomitees an fünf Samstagen auf einem Platz als gesteigerten Gemeingebrauch taxierte.).

c/dd) Das kantonale Gesetz über Strasse und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14) regelt in grundsätzlicher Weise, dass im Kanton Zug jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung einer Strasse oder eines Weges bewilligungspflichtig ist (§ 22 Abs. 1 GSW). Die Stadt Zug hat für die Werbung im öffentlichen Raum, wozu das Aufstellen von Plakaten auf öffentlichen Plätzen gehört, mit dem Reglement für Aussenwerbung vom 22. November 2011 (Reklamereglement, Nr. 406) eine spezielle Rechtsgrundlage geschaffen. Das Reglement wurde vom Grossen Gemeinderat erlassen und unterstand gemäss § 8 Abs. 1 lit. a der Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 1. Februar 2005 (GO Zug, Nr. 101) der fakultativen Volksabstimmung. Beim Reklamereglement handelt es sich somit um eine Norm auf Gesetzesstufe bzw. um ein formelles Gesetz. Gemäss § 1 Abs. 1 Reklamereglement umschreibt es die Bewilligungspflicht von Werbeträgern. Ferner regelt es das Bewilligungsverfahren für Werbeträger, deren Zulässigkeit, Gestaltung und Unterhalt. Es dient gemäss Abs. 2 dem Vollzug der planungsrechtlichen und baupolizeilichen Vorschriften, der Verkehrssicherheit, dem Schutz des Orts- und Landschaftsbilds, dem Schutz von Kultur- und Naturdenkmälern sowie dem Schutz von Aussichtspunkten. Paragraph 2 Reklamereglement statuiert sodann, dass es für alle Reklameeinrichtungen auf dem Gebiet der Stadt Zug gilt (Abs. 1). Es gilt auch für temporäre

und mobile Werbung und Werbeträger (Abs. 2). Plakatstellen gelten als Werbung im Sinne des Reglements (§ 3 Abs. 2 Reklamereglement). Paragraph 13 Abs. 1 Reklamereglement behandelt sodann die politische Werbung. Demzufolge erlässt der Stadtrat für politische Werbung, wie für Wahlen und Abstimmungen, eigene Richtlinien. Bei letztgenannter Bestimmung handelt es sich um eine Delegationsnorm. Der Stadtrat Zug wird darin vom Gesetzgeber beauftragt, generell-abstrakte Regelungen für politische Werbung im öffentlichen Raum aufzustellen, die auf verschiedene Einzelfälle anzuwenden sind. Rechtsdogmatisch gesehen handelt es sich bei diesen vom Stadtrat zu erlassenden Richtlinien um eine Verordnung. Eine Verordnung ist nämlich dadurch charakterisiert, dass sie Rechtsnormen enthält, die einer anderen Form als derjenigen der Verfassung oder des Gesetzes ergangen sind, d.h. auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes stehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich / St. Gallen 2016, N 69). Lehre und Praxis unterscheiden verschiedene Arten von Verordnungen. Es stellt sich im vorliegenden Fall insbesondere die Frage, ob es sich bei der zu erlassenden Verordnung um eine Rechts- oder um eine Verwaltungsverordnung handelt. Während Verwaltungsverordnungen generelle Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden sind, enthalten Rechtsverordnungen Rechtsnormen, die dem Einzelnen Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen. Sie richten sich in der Regel an die Allgemeinheit (Häfelin Müller/Uhlmann, a.a.O., N 77 ff.). Im konkreten Fall fordert der Stadtzuger Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 Reklamereglement den Stadtrat auf, Regeln für die politische Werbung zu erlassen. Aufgrund dieses Wortlauts wird klar, dass sich die Regeln nicht an dem Stadtrat unterstellte Behörden richten, sondern dass diese Regeln Aussenwirkung haben sollen. Insbesondere richten sie sich an politische Akteure (Parteien, Gruppierungen, Aktionskomitees, Einzelpersonen usw.), welche den öffentlichen Grund in der Stadt Zug benutzen wollen, um darauf für ihre Anliegen zu werben. Es handelt sich bei der zu erlassenden Verordnung somit um eine Rechtsverordnung und nicht um eine Verwaltungsverordnung.

c/ee) Aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit, gilt der Grundsatz, dass rechtssetzende Erlasse erst nach ihrer Publikation in der Gesetzessammlung für die Privaten verbindlich werden (BGE 125 I 182 E. 2 b/cc, mit weiteren Verweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 260). Dieser Grundsatz gilt auch für Rechtsverordnungen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 79). Der Stadtrat Zug geht offenbar ebenfalls davon aus, dass nicht nur Beschlüsse des Grossen Gemeinderats, sondern auch solche, die er fasst und die allgemeinverbindlich sind, in der Amtlichen Sammlung der Ratsbeschlüsse der Stadt aufzunehmen und damit der Allgemeinheit zur Kenntnis zu bringen sind (vgl. Ziff. 1 lit. b Stadtratsbeschluss 43.15[1] vom 20. Januar 2015 betreffend die Aufnahme der Ratsbeschlüsse vom Zeitraum 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2014).

c/ff) Richtlinien zur politischen Werbung bzw. eine entsprechende Rechtsverord-

[1] www.stadtzug.ch/dl.php/de/54cb62fb71312/151.42.pdf

nung hat der Stadtrat Zug indessen offensichtlich nicht erlassen. Wäre es anders, hätte der Stadtrat Zug diese wohl zu den Akten gereicht oder zumindest darauf verwiesen. Auch auf der Website der Stadt Zug sind keine Richtlinien bzw. ist keine Verordnung zur politischen Werbung aufgeschaltet. Die Plakatierungspraxis, auf die sich der Stadtrat in diesem Verfahren beruft, ist kein adäquater Ersatz für die fehlende Rechtsgrundlage. Die Praxis ist der Allgemeinheit nämlich nicht bekannt, wodurch es den davon betroffenen politischen Akteuren nicht möglich ist, sich danach zu richten. Das Schreiben, welches der Stadtrat von Zug im Vorfeld des Abstimmungswochenendes vom 25. September 2016 an politische Gruppierungen verschickt hat, kommt als Ersatz für die fehlende Rechtsverordnung aufgrund des eingeschränkten Adressatenkreises (städtische Parteien) erst recht nicht in Frage. Ausserdem war das Schreiben nicht geeignet, den angeschriebenen Gruppierungen Rechtssicherheit zu verschaffen, da diese aufgrund der nicht vorhandenen Rechtsverordnung nicht überprüfen konnten, ob der Stadtrat seine Praxis im Einzelfall rechtsgleich handhaben würde oder nicht. Auch eine gerichtliche Überprüfung ist damit nicht möglich. Der Stadtrat Zug hat das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 6. September 2016 am 13. September 2016 abgewiesen, ohne dafür über eine genügende Rechtsgrundlage zu verfügen, und obwohl er verpflichtet war, eine entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen. Der Stadtrat hat hier umgehend seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen.

d) Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid die fehlende Rechtsgrundlage für die Bewilligung von Plakatständern auf öffentlichen Plätzen in der Stadt Zug für politische Werbung nicht festgestellt und gerügt. Damit hat der Regierungsrat es unterlassen, auf den Fall das richtige Recht anzuwenden, was eine Rechtsverletzung darstellt.

4. Fehlt es für die angefochtene Verfügung der Stadt an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, stellt sich trotzdem die Frage, wie die Verfügung auf die erhobene Beschwerde hin zu beurteilen ist. Das Fehlen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage kann nicht bedeuten, dass die Stadt bis zum Erlass einer solchen jedermann und jederzeit den gesteigerten Gemeingebrauch ihrer Strassen und Plätze, auch nicht für politische Meinungsäusserungen, uneingeschränkt zu gewähren hätte. Dem steht nicht nur die – an sich aber auf unvorhersehbare Notfälle beschränkte (vgl. BGE 137 II 431 E. 3.3; 136 IV 97 E. 6.3.1) – polizeiliche Generalklausel entgegen, sondern immerhin auch die kantonale Gesetzesnorm von § 22 GSW und das städtische Reklamereglement, das in der Delegationsnorm von § 13 Abs. 1 vorsieht, dass für die politische Werbung in der Stadtgemeinde Richtlinien zu erlassen sind.

Demzufolge ist in Berücksichtigung der verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführerin Folgendes festzustellen: Der Stadtrat Zug setzt bei der Zurverfügungstellung des öffentlichen Grunds für die politische Plakatwerbung klare Akzente. Er will die politischen Akteure bei kommunalen Urnengängen (Sachabstimmungen

und Ergänzungswahlen) und bei den alle vier Jahre stattfindenden kommunalen und kantonalen Gesamterneuerungswahlen klar bevorzugen. Diese Priorisierung gegenüber Parteien, Aktionskomitees und Personen, die sich bei nationalen oder kantonalen Urnengängen engagieren, erscheint vor dem Hintergrund der begrenzten Kapazitäten sowie dem öffentlichen Interesse an einem ungestörten Fussgängerfluss und einem möglichst harmonischen Stadtbild sachlich gerechtfertigt. Der Beschränkung des Angebots auf zehn stark frequentierte Plätze haftet nichts Willkürliches an, sondern sie ist das Resultat einer durch die Vorinstanzen nach objektiven Kriterien vorgenommenen Interessenabwägung. Die in diesem Zusammenhang vom Regierungsrat im angefochtenen Entscheid gemachten Ausführungen sind nachvollziehbar und nicht zu beanstanden (...). Eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch durch den Regierungsrat liegt jedenfalls nicht vor. Weiter ist eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV), wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, nicht ersichtlich. Dies jedenfalls solange die Plakatierung jeweils allen offensteht, welche die einschränkenden Voraussetzungen nach Massgabe der Art des Urnengangs erfüllen. Dies heisst aber auch, dass es bei kommunalen Abstimmungen wohl nicht gerechtfertigt wäre, die Gratisangebote (Plakatieren auf zehn Plätzen und auf APG-Werbeflächen) nur einem Pro- und einem Contra-Komitee zu ermöglichen, sondern sie wären auch anderen Personen, Parteien oder Gruppierungen zugänglich zu machen, welche sich auf Plakaten im Format F4 zu einer oder mehreren kommunalen Vorlagen äussern wollen. Ähnliches liesse sich zu den kantonalen und eidgenössischen Sachabstimmungen sagen, wo es vor dem Hintergrund des Rechtsgleichheitsgebots problematisch sein dürfte, die zehn öffentlichen Plätze in der Stadt lediglich politischen Parteien für Plakatierungsaktionen zur Verfügung zu stellen. Die Regelung, dass politische Akteure bei diesen Vorlagen ihre Plakatständer selber mitbringen und bekleben müssen, hält des Weiteren vor dem Rechtsgleichheitsgebot stand, so lange sie in solchen Situationen für alle gleich gilt. Was schliesslich das städtische Angebot bei den Erneuerungswahlen betrifft, so müssten sich die Plakatierungsangebote mit Blick auf Art. 34 Abs. 2 BV an alle Personen und Gruppierungen richten, welche Wahlvorschläge eingereicht haben. Eine Beschränkung der Gratisangebote auf politische Parteien, welche bereits in den jeweiligen Parlamenten vertreten sind, würde vor der Verfassung wohl nicht standhalten. In materieller Hinsicht erweist sich somit die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin durch den Stadtrat als rechtens, indem der Entscheid keine verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführerin verletzt und verhältnismässig ist.

5. Demzufolge ergibt sich, dass in teilweiser Gutheissung der Beschwerde festzustellen ist, dass sich die angefochtenen Entscheide der Vorinstanzen nicht auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen können und insofern gegen Verfassungsrecht verstossen. Sie verletzen in materieller Hinsicht indessen nicht verfassungsmässige Rechte, weshalb die Beschwerde im Übrigen abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2017, V 2017 43
Das Urteil ist rechtskräftig.

2.2 § 16 Abs. 1 PolG, Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 36 BV

Regeste:
§ 16 Abs. 1 PolG – Sachverhaltsüberprüfung anhand von Videomaterial der Polizei – Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers zeigen Aufnahmen, dass sich am 23. Januar 2016 in der Stadt Zug ein Demonstrationszug formierte, der Beschwerdeführer sich diesem bewusst anschloss und er die sich mehrfach bietenden Gelegenheiten nicht nutzte, um die Gruppe der von der Polizei umstellten Beteiligten zu verlassen (Erw. 3).
Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 36 BV – Das gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene 24-stündige Rayonverbot beruhte auf einer gesetzlichen Grundlage, war im öffentlichen Interesse und verhältnismässig (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Am 23. Januar 2016 fand in der Zuger Innenstadt eine unbewilligte Demonstration gegen das Weltwirtschaftsforum (WEF) statt. Im Verlauf dieser Kundgebung wurde X. von der Zuger Polizei im Rahmen des Einsatzes «PIAZZA» angehalten und kontrolliert. Gestützt auf § 16 des kantonalen Polizeigesetzes sprach die Zuger Polizei in ihrer Verfügung vom 23. Januar 2016 gegen ihn eine Wegweisung und Fernhaltung aus, welche für das Gemeindegebiet der Stadt Zug während 24 Stunden, d.h. von Samstag, 23. Januar 2016, 17.00 Uhr, bis Sonntag, 24. Januar 2016, 17.00 Uhr, galt.

Dagegen erhob X. am 5. Februar 2016 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug, der die Beschwerde am 6. Dezember 2016 abwies. Am 11. Januar 2017 reichte X. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses vom 6. Dezember 2016, die Bezeichnung des Rayonverbots als unverhältnismässig und dessen rückwirkende Aufhebung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Anfechtungsgegenstand bildet in casu die Verfügung «Rayonverbot Gemeinde Zug» der Zuger Polizei vom 23. Januar 2016, womit sie den Beschwerdeführer gestützt auf § 16 des Polizeigesetzes des Kantons Zug vom 30. November 2006 (BGS 512.1; PolG) für die Dauer von 24 Stunden, d.h. vom Samstag, 23. Januar 2016, 17.00 Uhr,

bis Sonntag, 24. Januar 2016, 17.00 Uhr, aus dem Gebiet der Stadt Zug weggewiesen hat. Im Wesentlichen rügt der Beschwerdeführer, die Zuger Polizei und die Vorinstanz seien von einem unkorrekten Sachverhalt ausgegangen und die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig. Ob der Beschwerdeführer heute noch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung hat, kann offenbleiben, da sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige gerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 135 I 79 Erw. 1.1 mit Verweis auf BGE 131 III 670 Erw. 1.2). In der vorliegenden Angelegenheit ist somit als erstes auf den umstrittenen Sachverhalt einzugehen und zu prüfen, was genau am 23. Januar 2016 geschehen ist (vgl. Erw. 3 nachfolgend). Des Weiteren griff die Zuger Polizei unbestrittenermassen mit der Anordnung der 24-stündigen Wegweisung und Fernhaltung vom Gemeindegebiet der Stadt Zug in die verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechte des Beschwerdeführers, namentlich in dessen Bewegungsfreiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), ein. Da ein solcher Eingriff unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig ist, ist demnach zu prüfen, ob die Verfügung «Rayonverbot Gemeinde Zug» vom 23. Januar 2016 der Zuger Polizei den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu genügen vermag. Die Grundrechtseinschränkung bedarf insbesondere einer gesetzlichen Grundlage, muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (vgl. Erw. 4 nachfolgend).

3. Als erstes ist auf den umstrittenen Sachverhalt einzugehen und zu prüfen, was genau am 23. Januar 2016 geschehen ist.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die sich am 23. Januar 2016 auf dem Bundesplatz vor dem Eingang zum Coop City aufhaltenden Demonstrierenden keinen Demonstrationszug hätten formieren wollen. Als sie sich in Richtung Bahnhof in Bewegung gesetzt hätten, sei die Kundgebung bereits beendet gewesen und sie hätten dort lediglich den Zug besteigen und nach Hause fahren wollen.

Dem vorliegenden Bildmaterial ist zu entnehmen, dass die vor dem Eingang zum Coop City versammelten Demonstrierenden Transparente gehalten haben (vgl. beispielsweise das auf der Videosequenz 1 gut sichtbare Transparent mit dem roten Stern, ab 0’00”; vgl. auch Videosequenz 2, ab 0’0”). Um 15.26 Uhr setzte sich die Gruppe in Richtung Bahnhof in Bewegung, wobei die Zuschauer eine Gasse bildeten, um die Demonstrierenden durchzulassen (Videosequenz 1, ab 0’29”). Sie bewegten sich eng zusammengeschlossen mit entfalteten Transparenten in Richtung Bahnhof, wobei eine Person ein Megaphon trug. An der Spitze der Gruppe marschierte ein Herr mit grauer Wollmütze mit, dessen zum Mitmarschieren auffordernde Arm-

bewegung mit winkender Hand auf der Videosequenz 2 deutlich zu erkennen ist (ab 0'10"). Aus dem Dargestellten ist unmissverständlich zu schliessen, dass die Demonstrierenden einen Demonstrationszug sowohl beabsichtigt als auch tatsächlich durchgeführt haben. Wenn sie nur einzeln nach Hause hätten gehen wollen, hätten sie nicht Zeichen zum Mitmarschieren gegeben und wären nicht in einer engen Formation mit aufgerollten Transparenten und einem Megaphon in Richtung Bahnhof marschiert. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Demonstrierenden keinen Demonstrationszug hätten formieren wollen, erweist sich als aktenwidrig.

b) Der Beschwerdeführer wirft der Zuger Polizei vor, sie habe zu Unrecht auf eine Unterscheidung zwischen den eigentlichen Organisatoren der Kundgebung und den räumlich distanziert aufgestellten Zuhörern auf dem Bundesplatz verzichtet.

Vorab ist dem Beschwerdeführer entgegen zu halten, dass er weder von der Zuger Polizei noch vom Regierungsrat als Organisator der Kundgebung bezeichnet worden ist. Des Weiteren ist zu erwähnen, dass sich die vor dem Eingang des Coop City auf dem Bundesplatz versammelten Demonstranten um 15.26 Uhr durch eine Zuschauergasse in Richtung Bahnhof in Bewegung gesetzt haben (Videosequenz 1, ab 0'29"). Zu diesem Zeitpunkt stand der Beschwerdeführer in der Zuschauermenge (mit einem roten Punkt markiert, Videosequenz 2, ab 0'12"). Während sich der Beschwerdeführer dem Demonstrationszug anschloss, blieben andere Zuschauer um ihn herum stehen oder entfernten sich vom Geschehen (Videosequenz 2, ab 0'27"). Die Polizei stoppte den sich Richtung Bahnhof bewegenden Demonstrationszug auf der Höhe der Parfümerie Oswald (Videosequenz 2, ab 0'37"). Die Zuschauer und Passanten waren von dieser Massnahme vorerst noch nicht betroffen und konnten sich auf dem Bundesplatz nach wie vor frei bewegen (Videosequenz 1 ab 1'24"). Von der anderen Seite des Bundesplatzes her, d.h. aus Richtung Warenhaus Manor, rückte die Polizei langsam auf und kesselte die Demonstrierenden ein (Videosequenz 2, ab 0'54"). Während der Umstellung bestand für alle Personen – auch für die Beteiligten – ohne weiteres die Möglichkeit, sich in Richtung Bundesplatz zu entfernen. Insbesondere direkt vor dem Sunrise Laden konnten die Passanten problemlos an den vorrückenden Polizisten vorbeigehen (Videosequenz 2, 1'05" bis 2'00"). Schliesslich bildete die Polizei auf dem Bundesplatz eine äussere Ordnungskette, um Zuschauer und Passanten von den Demonstrierenden und Beteiligten zu trennen (Videosequenz 5). Das vorhandene Videomaterial zeigt eindeutig und unmissverständlich auf, dass sich der Beschwerdeführer dem Demonstrationszug bewusst angeschlossen hat. Bei der polizeilichen Umstellung verzichtete er zudem darauf, sich umgehend von der Gruppe der Demonstrierenden zu entfernen, um damit der polizeilichen Wahrnehmung entgegen zu wirken, Teil des Demonstrationsumzugs zu sein. Auch im Anschluss an die Umstellung wandte er sich nicht an die Polizei, um sie darüber aufzuklären, dass er lediglich ein unbeteiligter Zuhörer sei und zu seinem Fahrrad bzw. nach Hause wolle. Der Be-

schwerdeführer verblieb demnach bewusst bei den Demonstrierenden. Schliesslich nahmen auch die Reporter des Fernsehsenders Tele 1 den Beschwerdeführer als einen am Demonstrationsumzug beteiligten Demonstranten wahr und stellten ihn den Fernsehzuschauern als solchen vor (vgl. eingeblendete Zeile «Demonstrant», Videosequenz 7, ab 0'08"). Er verzichtete gegenüber dem Fernsehsender auf den Hinweis, dass er nicht zu den Demonstranten gehöre. Es bleibt mithin festzuhalten, dass die Polizei entgegen den anderslautenden Äusserungen des Beschwerdeführers zwischen am Demonstrationszug Beteiligten und Unbeteiligten unterschieden hat. Bei den Unbeteiligten handelte es sich um schaulustige Zuhörer, welche sich klar von der unbewilligten Demonstration distanzierten. Demgegenüber schlossen sich die Beteiligten bewusst dem Demonstrationszug an und bemühten sich bei der polizeilichen Umstellung nicht um eine umgehende Entfernung von der Gruppe, um zu verhindern, als Teil von ihr wahrgenommen zu werden. Das erwähnte Bildmaterial hat eindeutig und unmissverständlich ergeben, dass die Polizei den Beschwerdeführer zu Recht als am Demonstrationsumzug «Beteiligter» qualifiziert hat. Seine diesbezügliche Rüge erweist sich somit als unbegründet.

c) Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer, es habe keine polizeilichen Anweisungen an die auf dem Bundesplatz weilenden Personen gegeben, d.h. die Polizei habe diese nicht über Lautsprecher zum Verlassen des Bundesplatzes innert einer bestimmten Frist aufgefordert. Es habe somit keine Option gegeben, sich an polizeiliche Anordnungen zu halten und damit einer Umzingelung zu entgehen. Schliesslich habe es keinen «Abzugskorridor» gegeben bzw. die Polizei habe ihm das Verlassen des Bundesplatzes nicht erlaubt.

Dem Beschwerdeführer ist das vorliegende Bildmaterial entgegen zu halten. Diesem ist zu entnehmen, dass sich um 15.26 Uhr am südlichen Rand des Bundesplatzes (in Richtung See) mehrere Polizisten aufgehalten und die Versammlung der Demonstranten vor dem Eingang des Coop City beobachtet haben. Zu diesem Zeitpunkt konnten sich die Menschen auf dem Bundesplatz frei bewegen. Als sich der Demonstrationszug in Richtung Bahnhof in Bewegung setzte, folgten ihm diese Polizisten langsam (Videosequenz 1, insbesondere ab 1'12"). Auf der Höhe der Parfümerie Oswald stoppte die Polizei den Demonstrationszug (Videosequenz 2, ab 0'37"). Von der anderen Seite, d.h. aus Richtung See, rückten die Polizisten langsam vor und begannen, die Demonstrierenden und die dort verbliebenen Beteiligten zu umstellen. Während des Stoppens und der geordneten und ruhig verlaufenden Umstellung des Demonstrationszugs bestand sowohl für Beteiligte als auch für Unbeteiligte ohne Weiteres die Möglichkeit, sich in Richtung Bundesplatz/See zu entfernen und sich hinter die von dort her schliessenden Reihe der Ordnungsdienstkräfte zu begeben (Videosequenz 1, ab 1'24"; Videosequenz 2, 1'05" bis 1'45"). Die Polizei forderte die anwesenden unbeteiligten Zuschauer und Passanten sogar teilweise einzeln auf, sich zu entfernen (vgl. beispielsweise Videosequenz 3, worin zwei junge Frauen von Polizisten zum Weitergehen aufgefordert wurden). Diejenigen, welche diese Gele-

genheit nutzten, hatten in der Folge auch keine weiteren polizeilichen Massnahmen zu gewärtigen. In diesem Zusammenhang ist auf die auf der Videosequenz deutlich sichtbare Person mit hellgrüner Mütze zu verweisen, welche sich unmittelbar neben dem Beschwerdeführer aufgehalten hat und dann ungehindert aus der Umstellung herausgegangen ist. Wie die Aufnahme zeigt, hat sich der Beschwerdeführer demgegenüber in Richtung Litfasssäule bewegt und ist dort stehen geblieben (Videosequenz 2, 0'47" bis 1'03"). Das Dargestellte verdeutlicht, dass der Beschwerdeführer von der Möglichkeit, die Umstellung zu verlassen bzw. gar nicht erst hinein zu gelangen, keinen Gebrauch gemacht hat und bewusst bei den Demonstranten verblieben ist. Auch im Verlauf der Umstellung der Demonstrierenden und Beteiligten durch die Polizei konnten auf der Höhe des Sunrise Shops mehrere Personen durch einen Korridor ungehindert die Umstellung verlassen, was auf den Videoaufnahmen am rechten Bildrand deutlich erkennbar ist (Videosequenz 2, 1'37" bis 2'10"). Entgegen seinen anderslautenden Ausführungen hätte der Beschwerdeführer somit zu seinem Fahrrad, welches beim Schulhaus Neustadt parkiert war, gehen können, wenn er dies auch tatsächlich gewollt hätte. Obwohl der Polizeieinsatz und die sich anbahnende Umstellung ganz offensichtlich und – spätestens zu diesem Zeitpunkt – nicht mehr zu übersehen waren, verblieb der Beschwerdeführer bei der Litfasssäule und beobachtete ruhig das Geschehen (gut sichtbar in Videosequenz 2, 2'15"). An diesem Umstand vermag auch nichts zu ändern, dass nach seinen Angaben eine dritte Polizeikette auf der nordwestlichen Seite des Bundesplatzes (beim Veloparkplatz des Coop) vorgerückt sein soll. Nach der Stoppung des Demonstrationszuges und der Vollendung der Umstellung kündigte die Polizei den Umstellten um 15.51 Uhr durch ein Megaphon Personenkontrollen und einen allfälligen polizeilichen Gewahrsam gestützt auf § 11 PolG an. Zum Zeitpunkt dieser Durchsage stand der Beschwerdeführer bei den Beteiligten (Videosequenz 4, 0'30"). Um 15.57 Uhr setzte die Polizei den Umstellten ein Ultimatum und gewährte ihnen eine fünfminütige Frist, um freiwillig aus der Gruppe herauszutreten und sich einer Personenkontrolle zu unterziehen. Nach Ablauf dieser fünf Minuten werde sie die Leute einzeln «herauspflücken». Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Beschwerdeführer immer noch in der Gruppe (vgl. Videosequenz 4, 0'57"), nutzte diese Gelegenheit zum Abzug nicht und verblieb vor Ort. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte er, wäre er wie behauptet als Unbeteiligter umstellt gewesen, eine sofortige Reaktion zeigen und die anwesenden Polizisten darauf aufmerksam machen müssen, dass er rein zufällig und fälschlicherweise in die Umstellung geraten sei und er sich von dieser Gruppe distanzieren möchte. Es bleibt daher festzustellen, dass sich seine Rüge, wonach er aufgrund des raschen Vorrückens der Polizeikräfte gar keine Bedenkzeit gehabt habe, um sich aus dem «Kessel» zu entfernen, als aktenwidrig erweist. Sämtliche auf dem Bundesplatz anwesenden Personen (Beteiligte und Unbeteiligte) hatten mehrfach die Gelegenheit, den Platz zu verlassen, was auch für die Zeit der Umstellung gilt (dann allerdings mit einer Personenkontrolle verbunden), sodass sich die vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen als unbegründet erweisen.

d) Zur Stützung seiner Sachverhaltsdarstellung verweist der Beschwerdeführer zudem auf die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 15. November 2016 (Verfahren 3A 2016 3123; BF-act. 2). Sie habe festgestellt, dass er sich nicht in der Ansammlung der Demonstranten aufgehalten habe, wie dem von der Zuger Polizei erstellten Verhaltens- bzw. Bewegungsbild zu entnehmen sei. Er sei vielmehr als Beobachter der Demonstration bzw. der Geschehnisse auf dem Bundesplatz zu erkennen (vgl. Erw. 3 der Einstellungsverfügung).

Dem Beschwerdeführer ist unter Verweis auf das vorhandene Bildmaterial entgegen zu halten, dass diese Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unzutreffend ist (vgl. dazu die Ausführungen in den Erw. 3a bis 3c), sodass er aus der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 15. November 2016 nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag. Lediglich der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft zu klären hatte, ob sich der Beschwerdeführer einer strafbaren Handlung, d.h. in casu einer Widerhandlung gegen das Gesetz über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14), schuldig gemacht hat. Sie ist der Ansicht, dass dies nicht der Fall sei und stellte daher die Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer ein. Demgegenüber geht es im vorliegenden Fall um die sicherheitspolizeiliche Massnahme einer Wegweisung und/oder Fernhaltung gemäss § 16 PolG, welche als präventives Mittel im Wesentlichen die Verhinderung von Straftaten bezweckt. Für die Anordnung einer Wegweisung/Fernhaltung ist somit keine strafbare Handlung vorausgesetzt. Um die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten bzw. wiederherzustellen wird eine Einschränkung der Bewegungs- und Versammlungsfreiheit in Kauf genommen, allerdings müssen dafür bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein (gesetzliche Grundlage, Wahrung der Verhältnismässigkeit und bestehendes öffentliches Interesse, vgl. dazu Erw. 4 nachfolgend). Am 23. Januar 2016 musste die Polizei beurteilen, ob die erwähnten Voraussetzungen zum Erlass einer Wegweisung/Fernhaltung des Beschwerdeführers gestützt auf § 16 PolG erfüllt sind oder nicht. Ob er sich eines strafbaren Verhaltens schuldig gemacht hat oder nicht, ist eine andere Frage. Der Beschwerdeführer vermag daher weder aus der Sachverhaltsfeststellung der Staatsanwaltschaft noch aus der Einstellung der Strafuntersuchung abzuleiten, dass das präventiv angeordnete Rayonverbot als unrechtmässig bzw. als unverhältnismässig zu qualifizieren wäre.

e) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, das von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 2016 (BGE 142 I 121) beziehe sich auf eine sogenannte 1. Mai-Nachdemo in Zürich, welche den Ruf von gewaltsamen Auseinandersetzungen habe. Dies treffe jedoch auf die Zuger Kundgebung vom 23. Januar 2016 nicht zu, sodass die Vorinstanz daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermöchte.

Dem Beschwerdeführer ist entgegen zu halten, dass er die Schlussfolgerung, welche die Vorinstanz aus dem erwähnten Urteil gezogen hat, unkorrekt wiedergibt.

Sie wies im vorliegenden Zusammenhang im Wesentlichen darauf hin, dass die Polizei im erwähnten Urteil aufgrund der Umstände – die Person sei einem Aufruf zur Versammlung an einem bestimmten Ort gefolgt und habe sich dort in einer entsprechenden Menschenmenge aufgehalten – korrekterweise davon ausgegangen sei, dass die Person an einer unbewilligten Demonstration teilnehmen könnte (Vernehmlassung, Ziff. 34). Es geht somit um die polizeiliche Beurteilung, ob jemand an einer unbewilligten Kundgebung teilnehmen könnte oder nicht. Ob es sich um eine 1. Mai-Nachdemonstration oder um eine andere Kundgebung handelt, ist dabei nicht entscheidend, sodass sich die Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet erweist. Dass die Zuger Kundgebung nicht den «Ruf von gewaltsamen Auseinandersetzungen» gehabt habe, ist ebensowenig entscheidend, da die Ausschreitungsgefahr bei den gegebenen Umständen auch dem Beschwerdeführer klar erkennbar sein musste. Tatsächlich war aber schon aufgrund der im Vorfeld der Demonstration aufgehängten, mobilisierenden Plakaten und der in der Presse geäusserten Befürchtungen und des angekündigten Einsatzes von Polizeikräften gegen die unbewilligte Demonstration mit der Möglichkeit von Auseinandersetzungen zu rechnen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass das Bundesgericht das polizeiliche Vorgehen im Zürcher Fall angesichts der konkreten Umstände als verhältnismässig qualifiziert hat. Der Betroffene hatte zweieinhalb Stunden im Polizeikessel auszuharren, wo er sich frei bewegen konnte. Anschliessend wurde er – mit Kabelbindern gefesselt – in die Polizeikaserne transportiert und dort noch knapp dreieinhalb Stunden und somit insgesamt rund sechs Stunden festgehalten (vgl. Erw. 3.5.2 des erwähnten Urteils). Da sich die Rüge des Beschwerdeführers wie bereits erwähnt als unbegründet erweist, erübrigen sich Weiterungen zu diesem Thema.

f) Zum umstrittenen Sachverhalt bleibt abschliessend festzuhalten, dass die Darlegung des Beschwerdeführers, er sei als unbeteiligter Zuschauer zufällig in die polizeiliche Umstellung geraten, angesichts seiner 46-jährigen Erfahrung mit «antikapitalistischen» Kundgebungen (Selbstangabe) als unglaubwürdig erscheint. Da der Anti-WEF-Demonstration vom 23. Januar 2016 eine Bewilligung fehlte, musste er mit sicherheitspolizeilichen Massnahmen rechnen. Dem vorliegenden Bildmaterial ist schliesslich klar zu entnehmen, dass er sich dem Demonstrationszug bewusst angeschlossen hat. Er liess die sich mehrfach bietenden Gelegenheiten, aus der Gruppe der Beteiligten respektive aus der Umstellung herauszutreten, ungenutzt verstreichen und nahm damit in Kauf, polizeilich kontrolliert und mit einer Wegweisung und Fernhaltung belegt zu werden. Die vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen erweisen sich daher als unbegründet.

4. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob die Verfügung «Rayonverbot Gemeinde Zug» vom 23. Januar 2016 der Zuger Polizei den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu genügen vermag. Die Grundrechtseinschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Erw. 4a nachfolgend) und muss durch ein öffentliches Interesse oder

durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (vgl. Erw. 4b) und hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, wobei der Kerngehalt des Grundrechts unantastbar ist (vgl. Erw. 4c).

a) Nach Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Nach § 16 Abs. 1 PolG kann die Polizei eine Person bis längstens 72 Stunden von einem bestimmten Ort wegweisen und/oder fernhalten, wenn sie selbst ernsthaft und unmittelbar gefährdet ist (lit. a); ein begründeter Verdacht besteht, sie werde die öffentliche Sicherheit und Ordnung ernsthaft und unmittelbar gefährden oder stören oder durch ihr Verhalten die unmittelbare Gefahr einer gewalttätigen Auseinandersetzung schaffen (lit. b); sie Dritte ernsthaft belästigt, gefährdet oder Dritten mit einer ernsthaften Gefährdung droht (lit. c); sie Einsätze zur Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung insbesondere durch die Polizei, Kräfte des Bevölkerungsschutzes oder der Rettungsdienste behindert, stört oder sich in solche Einsätze einmischt (lit. d); sie die Polizei an der Durchsetzung vollstreckbarer Entscheide hindert, stört oder sich einmischt (lit. e) oder sie die Erfüllung polizeilicher Aufgaben zu vereiteln versucht (lit. f). Die Verfügung «Rayonverbot Gemeinde Zug» der Zuger Polizei vom 23. Januar 2016 stützt sich auf § 16 PolG. Nach dessen Absatz 1 wäre eine Wegweisung/Fernhaltung bis zu 72 Stunden zulässig, sodass die angefochtene Verfügung lediglich einen Drittel der gesetzlich zulässigen Höchstdauer ausschöpft. Sie informiert zudem über die Gründe, die Dauer und den räumlichen Bereich der Massnahme. Ausserdem weist sie auf die Folgen bei Missachtung der Massnahme hin und enthält eine Rechtsmittelbelehrung, sodass die angefochtene Verfügung vom 23. Januar 2016 den Anforderungen von § 16 Abs. 2 PolG zu genügen vermag. Das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV ist somit zu bejahen.

b) Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV).

aa) Unter das öffentliche Interesse fallen zunächst polizeiliche Schutzgüter. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich dabei typischerweise um den Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen, der öffentlichen Ruhe und Sittlichkeit und von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 127 I 164 Erw. 3d, BGE 127 II 91 Erw. 4). Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung meint einen Sammel- und Oberbegriff und bedeutet letztlich den Schutz der Rechtsordnung. Nichtpolizeiliche Interessen lassen sich anderen Teilen der Verfassung entnehmen, beispielsweise Interessen des Sprachfriedens (Art. 70 BV), des Religionsfriedens (Art. 72 BV), des Umweltschutzes (Art. 74 BV), der Raumplanung (Art. 75 BV), des Natur- und Heimatschutzes (Art. 78 BV), des Tierschutzes (Art. 80 BV), der kulturellen Vielfalt der elektronischen Medien (Art. 93 BV) oder auch sozialpoli-

tische Interessen (Art. 41 BV). Nicht polizeiliche und polizeiliche Interessen können sich teilweise überschneiden (beispielsweise wenn gegen eine Tierquälerei aus Gründen des Tierschutzes und aus polizeilichen Gründen eingeschritten werden muss). Schliesslich bestehen auch nicht zu unterschätzende Eigeninteressen der Behörden und der staatlichen Verwaltung (beispielsweise besondere Geheimhaltungsinteressen oder der Schutz der Funktionsfähigkeit der Behörden). Ob diese öffentlichen Interessen einen Eingriff rechtfertigen, ist im Hinblick auf jedes infrage stehende Grundrecht und für jeden Einzelfall separat zu beurteilen (Rainer Schweizer, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, St. Gallen, 2014, Art. 36 N 32). Eine Einschränkung eines Grundrechts kann zudem zum Schutz der Grundrechtsansprüche eines oder mehrerer anderer Grundrechtsträger nötig sein (Grundrechtskollision). Was das Anliegen des Schutzes der Grundrechte Dritter betrifft, so wird erwogen, ob dieses nicht schon im Begriff des öffentlichen Interesses enthalten ist. Ist die Zahl der betroffenen Drittpersonen gross, so wird ihr grundrechtlich geschütztes Anliegen oft mit einem öffentlichen kollektiven Interesse übereinstimmen (vgl. BGE 128 I 327 Erw. 4.3.2 betreffend die Überprüfung einer neuen Bestimmung in einer grossrätlichen Verordnung des Kantons Graubündens, die im Zusammenhang mit dem WEF erlassen wurde). Ausserdem liegt der Grundrechtsschutz ohnehin im öffentlichen Interesse, soweit Polizeigüter betroffen sind. Schutz von Grundrechten Dritter meint vor allem, dass ein konkret gefährdetes Grundrecht eines Dritten im Vordergrund steht. Das trifft etwa zu, wenn Gefährdungen oder Schädigungen Dritter konkret zu befürchten sind. Der Schutz von Grundrechten Dritter bedeutet aber nicht, dass der Grundrechtsträger auch beliebig vor sich selbst geschützt werden darf. Aber auch wenn den Staat in einem konkreten Fall bei einer besonderen Gefährdung eine Schutzpflicht trifft, muss er vor allem im Fall einer Grundrechtskollision gegenseitige Interessen abwägen, so beispielsweise bei der Frage nach dem Kindswohl. Einen zusätzlichen Gehalt hat der Schutz von Grundrechten Dritter demnach nur dann, wenn mit diesen Grundrechten nicht gleichzeitig ein öffentliches Interesse (z. B. ein Polizeigut) angerufen wird (Schweizer, a.a.O., Art. 36 N 35).

bb) Zu prüfen ist, ob ein öffentliches Interesse oder der Schutz von Grundrechten Dritter eine Einschränkung der Grundrechte des Beschwerdeführers rechtfertigt. Dieser macht geltend, die Einschränkung seiner Grundrechte sei weder durch das Vorliegen eines öffentlichen Interesses noch durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt gewesen. Er habe nämlich in den vergangenen 46 Jahren an den meisten «antikapitalistischen» Kundgebungen im Kanton Zug teilgenommen und könne sich nicht an eine einzige erinnern, an welcher es zu gewaltsamen Auseinandersetzungen gekommen wäre. Vor diesem Hintergrund müsse die polizeiliche Einstufung (hohes Aggressions-, Konflikt- und Schadenpotential) der Kundgebung vom 23. Januar 2016 angezweifelt werden.

Bei der Einschätzung der potentiellen Gefährlichkeit der Veranstaltung sind die zahl-

reichen Erfahrungen anderer Schweizer Ortschaften bezüglich Anti-WEF-Demonstrationen mit regelmässigem Aufeinandertreffen extremistischer Gruppierungen, welche in schwere Auseinandersetzungen mit teilweise erheblichen Sach- und Personenschäden mündeten, zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang räumte auch der Beschwerdeführer ein, dass die meisten Demonstrierenden von «auswärts zugereist» seien, sodass sich eine Berücksichtigung der Erfahrungen anderer Schweizer Städte mit Anti-WEF-Demonstrationen umso mehr aufdrängt. Angesichts des vorliegend nicht unerheblichen Gewaltpotenzials derartiger Veranstaltungen bestand daher sowohl für Beteiligte als auch für Nichtbeteiligte bzw. bloss anwesende Personen eine ernstzunehmende Verletzungsgefahr. An der Kundgebung vom 23. Januar 2016 wurden nach den Angaben der Polizei einige vermummte Demonstranten und vereinzelte gefährliche Gegenstände angetroffen sowie linksextremistische Führungspersonen identifiziert (vgl. Stellungnahme der Zuger Polizei vom 20. Juni 2016, S. 3). Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Polizei erwähnten zudem eine Gruppe junger Männer, die aufgrund ihres szeneüblichen Verhaltens (Zwischenrufe, Äusserungen, Kleidung und Haarschnitt etc.) eher einer rechtsextremen Gruppierung zuzuordnen seien. Aus diesem Grund musste die Polizei mit einer gewalttätigen Konfrontation zwischen den jugendlichen Rechtsextremen und den linken Demonstranten rechnen. Es drohte die unmittelbare Gefahr einer gewalttätigen Auseinandersetzung zwischen den beiden Gruppierungen. Ein Zuwarten, bis es zu ersten Personen- oder Sachschäden kommt, war seitens der Polizeikräfte nicht angezeigt. Die Polizei strebte mit ihrem Vorgehen gegenüber den Demonstranten wie auch gegenüber dem Beschwerdeführer die Auflösung einer unbewilligten Demonstration mit nicht unerheblichem Gewaltpotential und die Verhinderung von deren Neuformierung im Sinne der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an. Hinweise darauf, dass vom Beschwerdeführer als aktiv handelnder Person eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgegangen ist, sind nicht ersichtlich. Allerdings ist auch durch die blosse Präsenz in einer bestimmten Ansammlung von Menschen, von denen eine entsprechende Gefahr ausgeht, und der darin liegenden Unterstützung bzw. des Mittragens ihres jeweiligen Verhaltens und Vorgehens eine solche Gefahr zu erblicken (vgl. dazu der oben erwähnte BGE 142 I 121, 125, Erw. 3.3.1). Der Beschwerdeführer befand sich am 23. Januar 2016 auf dem Bundesplatz in der Stadt Zug und damit im Zentrum einer Menschenmenge von Demonstranten, deren Zusammensetzung die Zuger Polizei aufgrund der genannten Umstände als risikobehaftet einstufte. Somit ging auch von ihm im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine Störgefahr im Sinne von § 16 Abs. 1 lit. b PolG aus. Durch seine Präsenz auf dem Bundesplatz und seine manifestierte Weigerung, sich vom Demonstrationszug zu distanzieren, behinderte der Beschwerdeführer den Einsatz der Polizei zwecks Auflösung der unbewilligten Demonstration, sodass auch § 16 Abs. 1 lit. d PolG erfüllt ist. Schliesslich vermag er aus dem Umstand, dass die Demonstration vom 23. Januar 2016 grundsätzlich friedlich verlaufen ist, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Es ist nämlich zu beachten, dass die Stimmung jederzeit umschlagen und in massive Auseinandersetzungen hätte münden können. Das Risiko für Auseinandersetzungen war hierbei nicht bloss

theoretischer Natur und es bestand Grund zur Annahme bevorstehender Gewalttätigkeiten oder anderer erheblicher Rechtsbrüche. Vor dem Hintergrund der zahlreichen Erfahrungen bezüglich Anti-WEF-Demonstrationen in anderen Schweizer Ortschaften mit regelmässigem Aufeinandertreffen extremistischer Gruppierungen, welche in schwere Auseinandersetzungen mit Sach- und Personenschäden mündeten, ging die Zuger Polizei zu Recht von einer erhöhten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die individuelle Unversehrtheit der anwesenden Personen in der Stadt Zug aus. Sowohl das Vorliegen eines öffentlichen Interesse als auch die Notwendigkeit des Schutzes von Grundrechten Dritter im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV ist daher zu bejahen.

c) Es bleibt zu prüfen, ob die Wegweisung/Fernhaltung unter den gegebenen Umständen verhältnismässig gewesen ist (vgl. Art. 36 Abs. 3 und 4 BV).

aa) Ein Grundrechtseingriff lässt sich nur rechtfertigen, wenn er verhältnismässig ist. Dieses Kriterium misst sich am Verhältnis des Grundrechtseingriffs zum Zweck der Regelung, der dem öffentlichen Interesse bzw. dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen muss. Dabei müssen drei Aspekte der Verhältnismässigkeit kumulativ erfüllt sein: Die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Zumutbarkeit; statt vieler: BGE 124 I 107 Erw. 4c). Im jeweiligen konkreten Einzelfall ist zu prüfen, ob der infrage stehende Eingriff in das betreffende Grundrecht überhaupt notwendig und gerechtfertigt ist (Schweizer, a.a.O., Art. 36 N 37). Geeignet ist eine staatliche Handlung dann, wenn durch sie das öffentliche Interesse auch tatsächlich wahrgenommen werden kann, sprich: Wenn der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck erreicht werden kann (Schweizer, a.a.O., Art. 36 N 38). Gibt es mehrere gleich geeignete Massnahmen, mit welchen der verfolgte Zweck erreicht werden kann, ist eine Massnahme aber in ihren Eingriffswirkungen milder bzw. weniger schwer, so verlangt das Element der Erforderlichkeit, dass auf schwerer wiegende Massnahmen verzichtet wird (BGE 140 I 2 Erw. 9.2.2). Der Eingriff darf also im konkreten Fall in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das, was unerlässlich ist, hinausgehen (Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2013, 1B_277/2013, Erw. 4.3.3). Der Eingriff soll sich namentlich primär gegen die verantwortlichen Störer richten (Schweizer, a.a.O., Art. 36 N 39). Schliesslich muss sich der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren (Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs). Es ist zu prüfen, ob das gesteckte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu der zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkung steht. Dazu sind namentlich die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff gegen die entgegenstehenden spezifischen Interessen der betroffenen Grundrechtsträgerinnen und -träger abzuwägen (Schweizer, a.a.O., Art. 36 N 40).

bb) Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme ist darauf hinzuweisen, dass Wegweisungen/Fernhaltungen bzw. Rayonverbote ein

geeignetes Mittel zur Verhinderung der Fortsetzung des Demonstrationszugs oder einer Nachdemonstration sind, um insbesondere damit verbundenen Eskalationen mit Konfrontationen und Sachbeschädigungen vorzubeugen. Sie können auch als erforderlich gelten, zumal nicht ersichtlich ist, inwiefern die Polizei insoweit ebenso geeignete, aber weniger stark in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreifende Massnahmen hätte ergreifen können.

Unbeteiligte hatten nämlich mehrmals die Gelegenheit erhalten, den Bundesplatz ungehindert zu verlassen. Hätte die Polizei es hingegen zugelassen, dass auch potenzielle Demonstrationsteilnehmer unmittelbar nach ihrer Umstellung den Bundesplatz rasch verlassen könnten, hätte sie nicht ausschliessen können, dass diese sich kurz darauf an einem anderen Ort an einer möglicherweise mit gewalttätigen Ausschreitungen verbundenen, unbewilligten Demonstration beteiligten. Auch wenn die polizeiliche Wegweisung und Fernhaltung den Beschwerdeführer eingeschränkt hat, ist zu beachten, dass den gewichtigen privaten Interessen des Beschwerdeführers, sich frei zu bewegen, sich mit andern Personen versammeln und seine Meinung ungehindert äussern zu können, sehr erhebliche öffentliche Interessen entgegen gestanden sind. Die Erfahrungen vergangener Jahre mit Anti-WEF-Demonstrationen hatten gezeigt, dass es regelmässig zu schweren Ausschreitungen kam, die nicht nur bedeutende Sachbeschädigungen zur Folge hatten, sondern auch mit Verletzungen bei Demonstranten, Einsatzkräften und unbeteiligten Personen einhergingen. Aufgrund ihrer Einschätzung der aktuellen Situation mussten die Einsatzkräfte damit rechnen, dass die unbewilligte Demonstration möglicherweise mit schweren Ausschreitungen verbunden sein könnte, weshalb das öffentliche Interesse an der Festhaltung des Beschwerdeführers und weiterer potenzieller Demonstrationsteilnehmer gross war. Unter den gegebenen Umständen sprachen daher gewichtige öffentliche Interessen dafür, den Beschwerdeführer und weitere potenzielle Demonstrationsteilnehmer sicherheitspolizeilich zu überprüfen. Hinsichtlich der Zumutbarkeit der angefochtenen Verfügung ist im Weiteren zu betonen, dass sich die Wegweisung und Fernhaltung auf das Territorium der Stadt Zug beschränkt und lediglich 24 Stunden gedauert hat, nämlich vom Samstagnachmittag, 23. Januar 2016, 17.00 Uhr, bis Sonntagnachmittag, 24. Januar 2016, 17.00 Uhr. Der Beschwerdeführer macht zudem nicht geltend, dass er in diesem Zeitraum einer dringenden Tätigkeit auf dem Stadtzuger Gemeindegebiet hätte nachgehen bzw. sich anderweitig notwendigerweise dort hätte aufhalten müssen. Er musste weder einen dringenden Arzttermin wahrnehmen noch einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder dringende und nur in Zug mögliche Einkäufe tätigen. Es handelte sich zudem um ein Wochenende bzw. um eine Zeitspanne, in der die meisten Läden ohnehin geschlossen waren. Im Einklang mit der Zuger Polizei ist hierbei hervorzuheben, dass die gesetzlich mögliche Maximaldauer von 72 Stunden nur zu einem Drittel ausgeschöpft worden ist. Eine Fernhaltung für die Dauer von 24 Stunden erscheint vorliegend anhand der für eine bestimmte Zeit drohenden Gefahr erneuter Zusammenrottung von Demonstranten und der damit verbundenen latenten Gefahr von Ausschreitungen

zweckmässig. Die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Zumutbarkeit) ist daher zu bejahen. Mangels Vorliegens eines milderen und gleichzeitig gleichwertigen Mittels ist ein Missverhältnis zwischen dem zu wahrenden gewichtigen öffentlichen Interesse hinsichtlich öffentlicher Sicherheit und Ordnung und der konkreten Freiheitsbeschränkung des Beschwerdeführers zu verneinen. Eine Abwägung der sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen ergibt, dass dem Beschwerdeführer unter den konkreten Umständen die Wegweisung und Fernhaltung zumutbar gewesen ist. Die angefochtene Verfügung ist damit als notwendig und verhältnismässig zu erachten und greift nicht in den Kerngehalt der Grundrechte des Beschwerdeführers ein.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zuger Polizei im Rahmen ihrer Anordnung zur Wegweisung und Fernhaltung des Beschwerdeführers anlässlich der unbewilligten Anti-WEF-Demonstration vom 23. Januar 2016 weder das Polizeigesetz falsch angewendet noch ungerechtfertigt in die verfassungsmässigen Grundrechte des Beschwerdeführers eingegriffen hat. Aufgrund seines Verhaltens wurde er korrekterweise als Beteiligter des Demonstrationszuges angesehen und in Berücksichtigung der konkreten Umstände erweist sich das von der Zuger Polizei gegenüber dem Beschwerdeführer für 24 Stunden für das Gebiet der Stadt Zug ausgesprochene Rayonverbot als gesetzmässig und im öffentlichen Interesse liegend. Schliesslich vermag die angefochtene Verfügung auch der Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 36 Abs. 3 BV standzuhalten und ein Eingriff in den Kernbereich der Grundrechte im Sinne von Art. 36 Abs. 4 BV ist nicht ersichtlich. Abschliessend erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2017, V 2017 6
Das Urteil ist rechtskräftig.

3. Bau- und Planungsrecht

3.1 § 37 Abs. 2 BO Stadt Zug, § 19 Abs. 1 V PBG

Regeste:
§ 37 Abs. 2 BO Stadt Zug – Eine Erhöhung der zulässigen Ausnützungsziffer durch Kumulation von Ausnützungszuschlägen und Ausnützungsübertragungen ist zulässig. Die gemäss Bauordnung zulässigen Zuschläge haben jedoch auf der Basis der zonenmässigen Grund-Ausnützungsziffer und nicht auf der durch einen Zuschlag bereits erhöhten Ausnützungsziffer zu erfolgen (Erw. 5g).
§ 19 Abs. 1 V PBG – Im vorliegenden Fall fehlt eine genügend enge nachbarschaftliche Beziehung für die beabsichtigte Nutzungsübertragung von einem Grundstück auf das andere (Erw. 5l).

Aus dem Sachverhalt:

Auf dem Grundstück Nr. 1639 am Mülimattweg in Oberwil will X. eine Arealbebauung mit fünf Mehrfamilienhäusern, Sonnenkollektoren auf den Dächern, einem Gemeinschaftsraum im Haus 14, einer Autoeinstellhalle mit 89 Autoeinstellplätzen und sieben oberirdischen Autoabstellplätzen erstellen. In den Häusern 8/10 und 12/14 sollen 36 preisgünstige Mietwohnungen und in den drei Häusern 16, 18 und 20 24 Eigentumswohnungen realisiert werden. Der zu überbauende Teil des Grundstücks liegt in der Wohnzone 3 (W3) und in der Zone für preisgünstigen Wohnbau gemäss § 37 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO). Nach Einreichung des Baugesuchs am 21. September 2015 und der öffentlichen Auflage bis und mit 14. Oktober 2015 gingen innert Frist sechs Einsprachen gegen das Bauvorhaben ein. Am 29. März 2016 erteilte der Stadtrat Zug die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies die sechs Einsprachen ab.

Gegen die Baubewilligung reichten A. und B. am 4. Mai 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragten die Aufhebung der Baubewilligung. Der Stadtrat von Zug und die Bauherrschaft beantragten die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Ausnützungsziffer

(...)

g) Die Beschwerdeführer vertreten die Auffassung, es sei unzulässig, wie der Baugesuchsteller versuche, mit kumulierten Ausnützungsübertragungen und Ausnützungszuschlägen die zulässige Ausnützungsziffer zu erhöhen. Hierzu ist auszuführen, dass die Bauordnung der Stadt Zug und die kantonale Gesetzgebung sowohl die Ausnützungsübertragung als auch Erhöhungen der zonengemässen Ausnützung zulassen und diese grundsätzlich kumuliert werden dürfen bzw. sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Wie unter Erwägung 4 ausgeführt, erfüllt das Bauprojekt die Anforderungen der Bauordnung der Stadt Zug an eine Arealbebauung, weshalb gestützt auf § 32 Abs. 1 lit. b BO die Ausnützung um bis zu 20 % erhöht werden kann. Da in der vorliegenden Arealbebauung mehr als 50 % der anzurechnenden Geschossfläche für den preisgünstigen Wohnungsbau reserviert ist (§ 37 Abs. 1 BO), wird auf den Anteil des preisgünstigen Wohnungsbaus ein Ausnützungszuschlag von 10 % gewährt, wobei dieser Ausnützungszuschlag zusätzlich zu den Abweichungen gemäss § 32 Abs. 1 gewährt wird (§ 37 Abs. 2 BO).

Zu hinterfragen ist allerdings die Art und Weise, wie der Stadtrat die Kumulation

vornimmt. Er erhöht die für die Wohnzone 3 geltende Ausnützungsziffer von 0.65 wegen der Arealbauweise um 20 %, woraus eine Ausnützungsziffer von 0.78 resultiert. Für den Anteil preisgünstigen Wohnungsbau schlägt er den zusätzlichen Ausnützungszuschlag von 10 % jedoch nicht zur Grundausnützungsziffer von 0.65, sondern zur bereits durch die Arealbauweise erhöhten Ausnützungsziffer von 0.78. Das ist nicht korrekt. § 37 Abs. 2 Satz 2 BO sieht vor, dass der Ausnützungszuschlag für den preisgünstigen Wohnungsbau zusätzlich zu den Abweichungen gemäss § 32 Abs. 1 gewährt wird. Dieser Wortlaut lässt zwar einen gewissen Interpretationsspielraum offen. Nach Ansicht des Gerichts ist die Bestimmung jedoch eng auszulegen. § 37 Abs. 2 Satz 2 BO bedeutet lediglich, dass die Vorteile, die § 32 Abs. 1 BO gewährt (Ausdehnung der maximal zulässigen Gebäudelänge, Ausnützungszuschlag, zusätzliches Vollgeschoss usw.), nicht ausschliessen, gleichzeitig auch den Ausnützungszuschlag für den preisgünstigen Wohnungsbau in Anspruch zu nehmen, was mit anderen Worten heisst, dass die Vorteile, welche für Arealbauweise und preisgünstigen Wohnungsbau gewährt werden, kumulative und nicht nur alternative Vorteile darstellen. Es kann aber nicht sein, dass die Bauherrschaft zusätzlich dadurch profitiert, dass die bereits erhöhte Ausnützungsziffer um weitere 10 % erhöht wird. Dies würde nämlich im Ergebnis zu einer unzulässigen Überhöhung – im vorliegenden Fall zu einer Ausnützungsziffer für den Anteil preisgünstigen Wohnungsbau von 0.858 (0.65 plus 32 %) – führen. Vielmehr hat der 10 %ige Zuschlag auf der (Grund-)Ausnützungsziffer von 0.65 zu erfolgen, womit schlussendlich eine Ausnützungsziffer für den Anteil preisgünstigen Wohnungsbau von 0.845 (0.65 plus 30 % [20 % für Arealbauweise und 10 % für preisgünstigen Wohnungsbau]) resultiert. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die bereits grosszügige Kumulation von Ausnützungszuschlägen nicht derart weit zulassen wollte, wie das der Stadtrat gemacht hat. Dem Stadtrat als Baubewilligungsbehörde ist es, insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit, aber auch aus Gründen der Wahrung der Nachbarrechte, nicht erlaubt, über eine solche Ausweitung von § 37 Abs. 2 BO selber zu entscheiden. Das müsste der Gesetzgeber – falls er es denn wollte – tun. Eine grosszügigere Anwendung der baurechtlichen Vorschriften könnte allenfalls auch über den Weg des Erlasses eines Bebauungsplans erfolgen, bei dem das Stimmvolk ebenfalls wieder mitreden könnte. Bei einer Arealbebauung ist das nicht der Fall.

Zum gleichen Ergebnis, nämlich dass Kumulationen zurückhaltend zu erfolgen haben, kommt man, wenn man berücksichtigt, dass allfällige Ausnützungsübertragungen und -zuschläge nicht für sich allein, sondern stets im Kontext mit den anderen Normen des kantonalen und gemeindlichen Planungs- und Baurechts zu betrachten sind. Die städtische Bauordnung gewährt einen Arealbebauungsbonus von «bis zu 20 %» gemäss § 32 Abs. 1 lit. b BO und für den Anteil des preisgünstigen Wohnungsbaus explizit «zusätzlich» einen Ausnützungszuschlag «von 10 %» gemäss § 37 Abs. 2 BO. Gemäss § 18 Abs. 3 V PBG kann der vom Gemeinwesen für öffentliche Anlagen beanspruchte Teil des Baugrundstücks im Ausmass von «max. 25 %» der

dem Baugesuch zugrundeliegenden Fläche zur anzurechnenden Landfläche gezählt werden. Und schliesslich darf gemäss § 19 Abs. 1 lit. a V PBG bei einer Ausnützungsübertragung auf dem begünstigten Grundstück die zulässige Ausnützungsziffer um «höchstens einen Viertel» erhöht werden. Wegleitend für die Baubewilligungsbehörden muss sein, dass die vom gemeindlichen Gesetzgeber festgelegte Nutzungsordnung und Zonenstruktur nicht durch ein Baubewilligungsverfahren, d.h. durch eine einfache Verwaltungsverfügung, in erheblichem Ausmass beeinträchtigt oder gar ausser Kraft gesetzt werden darf. Ausnützungserhöhungen aus Arealbebauung und preisgünstigem Wohnungsbau, zusammen mit Ausnützungsübertragungen, dürfen deshalb nicht bewirken, dass eine unerwünschte Konzentrierung der Bausubstanz entsteht. Zu vermeiden ist, dass die resultierende Mehr- bzw. Übernutzung des begünstigten Grundstücks zu Konflikten mit den massgeblichen Vorschriften über die Einordnung von Bauten und Anlagen in das Landschafts- und Ortsbild führen (vgl. Stalder/Tschirky, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg], FHB Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz. 3.395). Auf dem Spiel steht neben den nachbarlichen Interessen nicht zuletzt aber auch das berechtigte Interesse der öffentlichen Hand an einer berechenbaren Auslastung der kostenintensiven, auf die Normnutzung abgestimmten Erschliessungsanlagen, die nicht örtlich überlastet werden dürfen. Der Gesetzgeber hat mit seinen Formulierungen im entsprechenden Planungs- und Baurecht zum Ausdruck gebracht, dass nicht überall zwingend an die obere Grenze zu gehen ist. Diese Grundhaltung ist insbesondere auch bei der Frage zu beachten, welches die Basis für einen zusätzlichen Ausnützungszuschlag ist. Wie ausgeführt kann diese Basis nur die zonenmässige (Grund-)Ausnützungsziffer sein.

Das führt dazu, dass dem Bauprojekt im vorliegenden Fall die notwendige Ausnützung fehlt. (...)

(...)

l) Im Rahmen der Erwägungen betreffend Ausnützungsziffer bleibt zu klären, ob die mit Vertrag zwischen der Beschwerdegegnerin 1 und der Einwohnergemeinde Zug vom 24. Februar 2015 vorgenommene Ausnützungsübertragung von GS Nr. 3392 auf GS Nr. 1639 zulässig ist. Der Stadtrat bejaht dies und beruft sich dabei auf § 19 V PBG.

(...)

l/cc) Das unbebaute GS Nr. 3392 mit einer Grösse von 486 m^2 befindet sich in der Zone W2b, nordwestlich der Stadtbahnhaltestelle Zug Oberwil, am Brunnenbach zwischen der Brunnenmattstrasse und der Tellenmattstrasse. Zwischen der Tellenmattstrasse und der Bahnlinie befinden sich überbaute Grundstücke, ebenfalls der Zone W2b angehörig. Das Grundstück Nr. 1639, 77'509 m^2 gross, liegt auf der anderen Seite der Bahnlinie, südöstlich der Stadtbahnhaltestelle Zug Ober-

wil. Der grösste Teil dieses Grundstücks befindet sich in der Landwirtschaftszone, die im südwestlichen Teil des Grundstücks liegende Fläche mit der geplanten Arealbebauung jedoch in der Zone W3. Die Luftlinie zwischen den nächstgelegenen Punkten der GS Nrn. 3392 und 1639 misst 170 m. Zwischen dem GS Nr. 3392 und dem nächstgelegenen Punkt derjenigen Fläche von GS Nr. 1639, auf der die Arealbebauung vorgesehen ist, d.h. dem Bauland, besteht sogar eine Luftliniendistanz von 285 m. Zu Fuss oder mit einem Fahrzeug gelangt man vom GS Nr. 3392 zum GS Nr. 1639 über folgende Parzellen, wobei es sich ausschliesslich um im Eigentum der Stadt Zug stehende Strassengrundstücke handelt: 2684, 2200, 1564, 1646 und 3841. Beim GS Nr. 1646 handelt es sich um die Unterführung unter der Bahnlinie.

I/dd) Das Verwaltungsgericht hatte sich bereits mit Fragen der sog. Ausnützungsübertragung zu befassen. Eine Ausnützungsübertragung liegt vor, wenn ein Bauprojekt nicht nur die sich aus der Bauparzelle ergebende Ausnützungsmöglichkeit, sondern auch Ausnützungsreserven anderer Grundstücke beansprucht.

In dem mit Urteil vom 22. April 1999 entschiedenen Fall in der Stadtgemeinde Zug nahm das Gericht Bezug auf die damals anwendbare Bestimmung von § 15 VV BauG, dass die Ausnützungsübertragung den Verzicht eines Grundeigentümers auf die Ausschöpfung der Ausnützungsziffer zugunsten seines Nachbarn bedeutet, wobei a) auf dem begünstigten Grundstück die zulässige Ausnützungsziffer um höchstens einen Viertel erhöht werden durfte; b) die Grundstücke Zonen angehören mussten, die die gleiche Nutzung gestatteten; c) die übrigen Bauvorschriften dem Anspruch auf Ausschöpfung der Ausnützung vorgingen. Im Bereich der Grenze liegende Fusswege und kleinere Gewässer hinderten die Ausnützungsübertragung nicht (Abs. 1). Bei Arealbebauungen konnte der Gemeinderat die Voraussetzungen gemäss Abs. 1 erleichtern (Abs. 3). Das Gericht stellte in seinem Urteil fest, dass die Ausnützungsübertragung zu einer Abweichung von der Regelbauweise führe. Insofern habe sie sich an die Grenzen des gesetzlichen Ausnahmetatbestandes zu halten. Die praktische Funktion sei eine ähnliche wie bei privatrechtlichen Abmachungen über die Grenzabstände. Beide Massnahmen könnten anstelle einer Arrondierung des Bodens im Sinne der gewünschten Bauweise treten. Die Verordnung erwähne ausdrücklich, dass im Bereich der Grenze liegende Fusswege und kleinere Gewässer die Ausnützungsübertragung nicht hinderten. Sie gehe somit von einem beschränkten Anwendungsbereich der Ausnützungsübertragung aus und erwähne ausdrücklich, dass diese kleineren Abgrenzungen der bebaubaren Fläche eine Ausnützungsübertragung nicht hinderten. Dem könne aber die Lüssirainstrasse als öffentliche Erschliessungsstrasse mit beidseitigem Trottoir, welche im Eigentum der Stadt stehe, nicht gleichgestellt werden. Die noch nicht beachtliche Schranke eines Fussweges im Bereich der Grenze sei in casu klar überschritten. Es gehe auch nicht mehr um eine Übertragung zwischen benachbarten Grundstücken. Stadtrat und Regierungsrat hätten daher zu Recht die Ausnützungsübertragung gemäss § 15 Abs. 1 als nicht zulässig erachtet (V 1998 35; vgl. GVP 1999, S. 77 f.).

Im Urteil vom 31. Mai 2012 (V 2011 100; GVP 2013, S. 18 ff.) war von der damaligen Fassung von § 19 V PBG auszugehen, die sich von der früheren Regelung von § 15 VV BauG einzig hinsichtlich der im Vergleich zu § 15 Abs. 1 Satz 2 VV BauG erweiterten Abs. 2 unterschied, wonach im Bereich der Grundstücksgrenze liegende Wege, Erschliessungsstrassen und Fliessgewässer die Ausnützungsübertragung nicht hinderten. Gestützt darauf entschied das Verwaltungsgericht, dass § 19 V PBG eine etappenweise Übertragung von Ausnützungsreserven über ein Zwischengrundstück an ein nicht angrenzendes Grundstück zulasse. Das Gericht erwog, dass die Anwendung von § 19 Abs. 2 V PBG begriffsnotwendig voraussetze, dass eine Situation gegeben sei, bei der zwei Grundstücke nicht aneinander grenzten, also nicht benachbart seien. Es sei nicht ersichtlich, dass die so beschriebene Übertragung in mehreren Etappen Sinn und Zweck der Ausnützungsübertragung widersprechen würde. Solange solche schrittweisen Übertragungen innerhalb derselben Nutzungszone erfolgten, werde die Ausnützung des Baulandes verbessert, ohne dass dabei die potentiell maximal mögliche Baudichte innerhalb der Nutzungszone vergrössert werde, da aufgrund der Schranke in § 19 Abs. 1 lit. a V PBG verhindert werde, dass sich auf einem einzigen Grundstück Ausnützung «ansammle» und dort im Vergleich zur Umgebung übermässig dicht gebaut werden könne (E. 8b). Genauso sei aber auch ein abgekürztes Transferverfahren zur Ausnützungsübertragung zulässig unter Auslassung des Zwischenschritts der Übertragung der Ausnützung zunächst an einen dazwischen liegenden Eigentümer und dann erst an den Eigentümer des empfangenden Grundstücks, sofern auch die Voraussetzungen von § 19 Abs. 1 lit. a – c V PBG jeweils sowohl beim mittleren als auch beim begünstigten Grundstück eingehalten seien (E. 9). Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid mit Urteil 1C_351/2012 vom 12. Februar 2013.

Zum Zeitpunkt des letzteren Urteils des Verwaltungsgerichts Zug stand eine Version von § 19 Abs. 1 V PBG in Kraft, nach der die Ausnützungsübertragung den vertraglichen Verzicht des Grundeigentümers auf Ausschöpfung der Ausnützungsziffer zu Gunsten seines Nachbarn darstellte. Per 1. Juli 2012 wurde § 19 Abs. 1 V PBG in dem Sinne gelockert, dass eine Ausnützungsübertragung zu Gunsten einer Eigentümerin/eines Eigentümers in der Nachbarschaft möglich wurde. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass die beiden Grundstücke nur noch der gleichen Zonenart, jedoch nicht einer Zone mit dem gleichen Nutzungsmass angehören müssen, nachdem bisher die beiden Grundstücke Zonen angehören mussten, die eine gleiche Nutzung gestatteten. Unbestrittenermassen weiteten somit das Urteil V 2011 100 und die am 1. Juli 2012 in Kraft getretene Revision von § 19 Abs. 1 V PBG die Möglichkeiten für eine Ausnützungsübertragung aus. Fraglich ist, ob die Ausnützungsübertragung zwischen den GS Nrn. 3392 und 1639 den gelockerten Bestimmungen entspricht.

I/ee) Den Materialien zur Revision der V PBG im Jahr 2012 ist zu entnehmen, dass der Regierungsrat mit einer offeneren Formulierung von § 19 Abs. 1 V PBG dem

im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Wunsch entsprechen wollte, dass allfällige Ausnützungsreserven einfacher auf Nachbargrundstücken konsumiert werden können (Regierungsratsbeschluss vom 19. Juni 2012). Möglicherweise war diese Lockerung auch vom Verwaltungsgerichtsurteil V 2011 100 vom 31. Mai 2012 beeinflusst. Wie weit die Lockerung gehen solle, insbesondere was in diesem Zusammenhang noch als «Nachbarschaft» gilt, ist jedoch weder im Verordnungstext enthalten noch führte dies der Regierungsrat in seinem Beschluss aus. Die Neufassung von § 19 Abs. 1 V PBG bedeutet einerseits, dass die interessierenden Flächen nicht mehr zusammenhängen müssen. Andererseits hat sie zur Folge, dass eine Übertragung von Ausnützungsreserven zwischen nicht angrenzenden Grundstücken nicht mehr etappenweise über Zwischengrundstücke – im Sinne einer «Kette» – zu erfolgen hat, wie das noch im Urteil V 2011 100 verlangt wurde, sondern die Übertragung zwischen der Eigentümerschaft der beiden betroffenen Grundstücke direkt geregelt werden kann. Insofern hilft es im vorliegenden Fall den Beschwerdegegnern 1 und 2 nicht bzw. ist es jedenfalls nicht ausreichend, dass zwischen dem GS Nr. 3392, das Ausnützung abtritt, und dem GS Nr. 1639, welches diese Ausnützung übernimmt, Strassenflächen liegen, die im Eigentum der Einwohnergemeinde Zug sind. Entscheidend ist einzig, ob sich die beiden Grundstücke «in der Nachbarschaft» befinden und diese – was der Fall ist – der gleichen Zonenart angehören.

Mit Fragen der räumlichen Beziehung von Nachbarn bzw. von Grundstücken hat sich die Gerichtspraxis immer wieder zu befassen. So erachtet das Verwaltungsgericht z. B. gemäss ständiger Praxis Nachbarn von Bauvorhaben bis zu einem Abstand von 100 Metern als zur Beschwerde berechtigt (vgl. Urteil V 2009 96 vom 23. Februar 2010 E. 2b). Weiter darf gemäss Urteil V 2016 89 vom 28. März 2017 bei der Anwendung der Ästhetikklausel nicht nur auf die unmittelbare Umgebung abgestellt werden. Vielmehr ist eine umfassende Würdigung aller massgeblichen Gesichtspunkte unter Einbezug der weiteren Umgebung und unter Berücksichtigung der optischen Fernwirkung vorzunehmen. Die Beurteilung der Frage nach der Einordnung darf nicht willkürlich auf einige wenige umliegende Gebäude beschränkt werden. Vielmehr sind in diesem Sinn sämtliche in dieser Umgebung stehenden Bauten miteinzubeziehen. Im konkreten Fall betraf dies das ganze Quartier, in welchem sich das in Frage stehende Bauprojekt befand.

Mit der Möglichkeit der Ausnützungsübertragung wird die Ausnützung des zur Verfügung stehenden Baulandes verbessert, ohne dass die zonengemässe Baudichte insgesamt überschritten wird (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 732). Wie das Gericht im Urteil vom 31. Mai 2012 (V 2011 100) festhielt (E. 6d), kann gerade dank der Ausnützungsübertragung derjenige Grundeigentümer, der durch faktische oder rechtliche Umstände an der vollen Ausnützung seines Grundstücks gehindert ist, die auf seinem Grundstück schlummernden Nutzungsreserven trotzdem wirtschaftlich verwerten und an einen Nachbarn veräussern. So besehen dient das Institut der Ausnützungsüber-

tragung der Verwirklichung der in der Bundesverfassung verankerten Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Zusätzlich wird dadurch dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) Nachachtung verschafft. Die Ausnützungsübertragung widerspricht jedoch dem Zweck der grundsätzlich ausnahmefeindlichen Ausnützungsziffer, nicht nur im grossflächigen Rahmen bzw. für das ganze Gebiet einer Zone eine bestimmte Baudichte festzulegen, sondern zur Wahrung des Zonencharakters auch eine gleichmässige Verteilung der Baudichte innerhalb der einzelnen Zonen herbeizuführen (Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, Diss. Zürich 1986, S. 81). Eine unerwünschte Konzentrierung der Bausubstanz soll vermieden werden. Dementsprechend sind Ausnützungsübertragungen zurückhaltend zuzulassen. Waren bis 1. Juli 2012 Ausnützungsübertragungen zu Gunsten «des Nachbarn» möglich, wollte man mit der Ausweitung auf «in der Nachbarschaft» sicher nicht Tür und Tor öffnen für Übertragungen über grössere Distanzen, selbst wenn gleichzeitig auch die Beschränkung auf Grundstücke in Zonen der gleichen Nutzung aufgegeben wurde. Mit der Lockerung wollte man hingegen sinnvolle Lösungen zusätzlich erleichtern und komplizierte Verfahren vermeiden, wie das beim Bauprojekt, welches zum Urteil V 2011 100 führte, noch der Fall war. Die Voraussetzung, dass eine genügend enge nachbarschaftliche Beziehung der fraglichen Grundstücke besteht, sollte jedoch nicht aufgegeben werden.

Die Bewilligung einer Ausnützungsübertragung greift in die gesetzliche Nutzungsordnung ein. Sie kann nicht auf beliebige Distanz möglich sein. Ein Teil der kantonalen Bau- und Planungsgesetze sieht die Nutzungsübertragung mit unterschiedlicher Ausgestaltung innerhalb derselben Zone ausdrücklich vor. So verlangt der Kanton Bern, dass die betreffenden Grundstücke unmittelbar aneinander angrenzen, der Kanton Aargau und der Kanton Basel-Landschaft setzen benachbarte Grundstücke voraus und der Kanton Basel-Stadt lässt es genügen, wenn die beiden Grundstücke demselben Baublock angehören (vgl. Stalder/Tschirky, a.a.O., Rz. 3.394). Der Baublock nach basel-städtischem Recht (§ 9 Abs. 2 des Bau- und Planungsgesetzes, BPG, vom 17. November 1999, 730.100) entspricht offenbar einer – im Vergleich zum Quartier offensichtlich kleineren – Raumeinheit. Im Kanton Zürich darf eine Ausnützungsübertragung gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht zu einer § 238 Abs. 1 PBG ZH verletzenden Konzentration der Bausubstanz führen, wobei jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Ausnützungsübertragung zu Baukörpern führt, welche den Rahmen der zonengemässen, durch Bauvorschriften und Parzellarordnung geprägten Überbauungsstruktur sprengen und sich deshalb nicht mehr befriedigend in die bauliche Umgebung einordnen (VB.2006.00272, E. 3.3). Insbesondere wird also auch von der baulichen Umgebung gesprochen, was mit der Umschreibung «Nachbarschaft» weitgehend vergleichbar ist. Es ist zweifellos davon auszugehen, dass eine Nutzungsübertragung nicht dazu führen darf, dass die gemäss Zonenordnung bestehende oder angestrebte Bebauungsstruktur in einem weiteren wie auch einem engeren Kontext des Baugrundstücks unterlaufen wird. Je weiter der Nachbarschaftsbegriff gezogen wird, umso mehr einzelne oder ku-

mulierte Ausnützungsübertragungen werden möglich, womit eine Bauzone bzw. eine zonenmässig ausgeschiedene Nutzungsart schnell ihr an sich verbindliches Gepräge verlieren könnte.

Auch wenn man mit Arnold Marti (ZBl 2014, S. 165) davon ausgeht, dass unter den in § 19 Abs. 1 V PBG verwendeten Begriff «in der Nachbarschaft» nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht nur unmittelbar aneinander angrenzende Grundstücke fallen, so ist zu prüfen, ob eine genügend enge nachbarliche Beziehung der fraglichen Grundstücke bestehe. Marti betont zu Recht, dass bei der Auslegung der Voraussetzungen der im zugerischen Recht vorgesehenen Nutzungsübertragung vorsichtig vorgegangen werden muss und zu verhindern ist, dass unbeabsichtigte Rechtsänderungen erfolgen oder beabsichtigte übersehen werden. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Verordnungsgeber bei der letzten Revision von § 19 V PBG am Wortlaut des zweiten Absatzes nichts geändert hat, wonach im Bereich der Grundstücksgrenze liegende Wege, Erschliessungsstrassen und Fliessgewässer die Ausnützungsübertragung nicht hindern sollten. Es ist weiterhin von Grundstücksgrenze, nicht Grundstücksgrenzen die Rede, was gegen eine zu weit greifende Anwendung des neu verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffs der Nachbarschaft spricht.

Im vorliegenden Fall fehlt eine genügend enge nachbarschaftliche Beziehung im Sinne von § 19 Abs. 1 V PBG. Denn es ist festzustellen, dass das übertragende Grundstück in einer zu grossen Entfernung vom empfangenden Baugrundstück bzw. dem «Baugrund» liegt. Eine Luftliniendistanz von 170 m bzw. – unter Ausklammerung des Nichtbaugebiets – von 285 m stellt an sich schon eine erhebliche Distanz dar. Von Nachbarschaft kann – wenn überhaupt – in der Regel nur gesprochen werden, wenn sich Objekte im gleichen Quartier befinden. Die beiden in Frage stehenden Grundstücke liegen jedoch in zwei unterschiedlichen Quartieren. Vor allem aber gebricht es vorliegend an einer erkennbaren, durch sinnfällige Umstände begründeten Nachbarschaftsbeziehung zwischen den beiden Grundstücken, sei es durch die Terrainverhältnisse, die Strassenführung oder Infrastrukturanlagen. Mit Ausnahme davon, dass beide Grundstücke der Wohnzone angehören, besteht zwischen ihnen keinerlei Zusammenhang. Zudem befindet sich zwischen ihnen die Eisenbahnlinie. Was die von den Beschwerdegegnern heruntergespielte Bedeutung der Bahnlinie betrifft, über (bzw. unter) welche die Abfolge von Strassengrundstücken als direkte Verbindung zwischen den Grundstücken führt, so steht dem entgegen, dass § 32 BO explizit zwischen Arealbebauungen «am Hang» und «in der Ebene» unterscheidet und diese Bereiche sich von der südlichen bis zur nördlichen Gemeindegrenze nach ihrer Position «östlich der SBB-Linie» und «westlich der SBB-Linie» unterscheiden. Demzufolge unterbricht die Bahnlinie zumindest bei der hier gegebenen Distanz ganz klar eine Nachbarschaftsbeziehung im Sinne der Verordnungsbestimmung zwischen übertragendem und empfangendem Grundstück.

Somit ist festzustellen, dass die Ausnützungsübertragung § 19 Abs. 1 V PBG widerspricht, weil die beiden betroffenen Grundstücke nicht in der Nachbarschaft liegen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Mai 2017, V 2016 43

Das Urteil ist rechtskräftig.

3.2 § 26 Abs. 1 PBG, § 55 Abs. 1 und Abs. 2 BO Stadt Zug

Regeste:
§ 26 Abs. 1 PBG, § 55 Abs. 1 BO Zug – Der geplante Bau von Alterswohnungen an der Waldheimstrasse in Zug liegt im öffentlichen Interesse. Die Wohnungen sind in der Zone OeIB Waldheim zonenkonform (Erw. 2a und 2b).
§ 55 Abs. 2 BO Zug – Keine Rechtsverletzung durch Regierungsrat, der bei der Bejahung der Quartierverträglichkeit des Bauprojekts nicht nur die Grundmasse für die Einzelbauweise der Zonen W2a und W2b, sondern auch die Sonderbauvorschriften in Form von Bebauungsplänen und die bestehende Bauweise in der Zone OeIB Waldheim berücksichtigt hat (Erw. 4a).

Aus dem Sachverhalt:

Die Stiftung X. ist Eigentümerin der an der Waldheimstrasse 39, Zug, in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen (Zone OeIB) gelegenen Liegenschaft GS Nr. 3274. Zusammen mit der Bürgergemeinde der Stadt Zug plant sie auf dieser Parzelle die Realisierung von Alterswohnungen, unter Rückbau der darauf bestehenden Gebäude. Am 20. Oktober 2015 reichten die Projektträgerinnen ein Baugesuch für zwei neue Mehrfamilienhäuser zum «Wohnen mit Dienstleistungen» ein. Mit Beschluss vom 1. März 2016 erteilte der Stadtrat von Zug die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und wies verschiedene Einsprachen ab. Nach erfolgloser Beschwerdeführung vor dem Regierungsrat liessen acht unterlegene Einsprecher am 18. Januar 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Regierungsratsbeschluss, der Beschluss des Stadtrates Zug und die Baubewilligung seien aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Beschwerdeführer bringen im Wesentlichen vor, dass das Bauvorhaben nicht zonenkonform sei. Die geplanten Alterswohnungen würden sich in der Zone OeIB befinden, in welcher nur Bauten und Anlagen errichtet werden dürften, die öffent-

lichen Interessen dienten. Die Alterswohnungen seien nicht für jedermann zugänglich. Zudem seien die geplanten Alterswohnungen mit dem Zweck der Zone OeIB Waldheim nicht vereinbar, da in der Zweckumschreibung die Alterswohnungen nicht erwähnt seien. In der Zone OeIB Waldheim dürften daher schon von der Zweckbestimmung her keine Alterswohnungen erstellt werden. Die Beschwerdegegner vertreten demgegenüber die Auffassung, der Bau von Alterswohnungen liege im öffentlichen Interesse und es handle sich um einen gemäss der Zweckumschreibung der Zone OeIB Waldheim zulässigen städtischen Wohnungsbau. Das Bauvorhaben sei dementsprechend zonenkonform.

a) Die Alterswohnungen sind gemäss dem Zonenplan der Stadt Zug in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen (Zone OeIB) geplant. Gemäss § 26 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) dienen die Zonen des öffentlichen Interesses dem Gemeinwohl und können sowohl Frei- und Grünflächen als auch Bauten und Anlagen, welche überwiegend öffentlichrechtlichen Körperschaften dienen, enthalten. Private Bauvorhaben sind zulässig, wenn sie dauernd öffentlichen Interessen dienen, dieser Zweck dinglich gesichert ist und auf den Heimschlag nach § 55 verzichtet wird (§ 26 Abs. 2 PBG). Paragraph 55 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO Zug) legt fest, dass die Zone OeIB für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt ist.

aa) Unter öffentlichen Bauten und Anlagen sind einerseits Bauvorhaben zu verstehen, die von der öffentlichen Hand oder von beauftragten Privaten in Erfüllung verfassungsmässiger Aufgaben erstellt werden. Sie dienen dem Gemeinwesen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert, sei es, dass sie zum Verwaltungsvermögen gehören oder als Sachen im Gemeingebrauch der Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Neben Verwaltungsgebäuden ist z. B. an Schulhäuser, Spitäler, Gefängnisse oder Asylunterkünfte zu denken. Andererseits werden auch im öffentlichen Interesse liegende Bauten und Anlagen erfasst. Das sind Bauwerke, die im Interesse der Allgemeinheit Aufgaben des modernen Leistungs- und Sozialstaats wahrzunehmen helfen (Bernhard Waldmann, Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, in: BR 2003, S. 89; Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Diss. Zürich 2000, S. 24 ff.). Beim Begriff des öffentlichen Interesses handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der zuständigen Behörde ein gewisser Ermessensspielraum zukommt (Gsponer, a.a.O., S. 30). Ob eine im öffentlichen Interesse liegende Baute oder Anlage vorliegt, bestimmt sich dabei weder nach ihrem Eigentümer noch anhand der Grösse des Benutzerkreises. Massgebend ist vielmehr der Verwendungszweck der Baute oder Anlage und somit die Frage, ob an ihrer Erstellung und Benutzung ein Allgemeininteresse, d.h. ein öffentliches Interesse, besteht (Gsponer, a.a.O., S. 39 f.; Waldmann, a.a.O., S. 89). Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn die Baute der Öffentlichkeit allgemein zugänglich ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer bedeutet das Kriterium der Allgemeinzugänglichkeit indes nicht, dass eine Anlage, um im öffentlichen Interesse zu

stehen, schlechthin jedermann zur Verfügung zu stehen hat. Es ist somit durchaus denkbar, dass der öffentliche Zugang rechtlich (z. B. durch eine Altersgrenze) oder faktisch (infolge Platzknappheit) eingeschränkt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 1C_310/2011 vom 10. November 2011, Erw. 2.4; Waldmann, a.a.O., S. 89). Demgegenüber widersprechen private Bauten mit beschränktem oder geschlossenem Benützerkreis dem Zonenzweck und gelten somit nicht als öffentliche Bauten und Anlagen. Sofern private Nebennutzungen einer öffentlichen Anlage betriebsnotwendig sind oder sonst mit der öffentlichen Anlage in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen, werden sie in der Praxis allerdings zugelassen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/82 vom 7. April 2017, Erw. 3.1).

bb) Die Zonenkonformität von Alterswohnungen in einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen wird von der herrschenden Lehre grundsätzlich bejaht (vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 3. Aufl., Bern 2010, N 2 zu Art. 77; Alexander Ruch, in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 2009, N 79 zu Art. 22; Gsponer, a.a.O., S. 80 f.; Mischa Berner, Luzerner Planungs- und Baurecht, Bern 2012, N 563; Waldmann, a.a.O., S. 89; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, N 289). Demgegenüber verweisen die Beschwerdeführer auf ein Urteil vom 4. März 1999, in welchem das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn zum Schluss kam, dass der Bau von Seniorenwohnungen in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zonenkonform sei (in: SOG 1999 Nr. 36, S. 74 ff.). Wie die Beschwerdegegnerin 1 diesbezüglich jedoch dargelegt hat und nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird, ist die Sach- und Rechtslage des Kantons Solothurn mit derjenigen des Kantons Zug und dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, sodass die Beschwerdeführer aus dem angerufenen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Mit Entscheid V 2003 176 vom 30. Juli 2004 Erw. 3b hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zug nämlich festgehalten, dass auch Alterswohnungen als Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse gelten und begründend ausgeführt, zu den Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse seien auch solche zu zählen, die der Altersversorgung dienten. Dazu gehörten nicht nur Alters- und Pflegeheime, sondern auch Alterswohnungen. Namentlich seien Alterswohnungen, die in einem räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit Alters- und Pflegeheimen stünden, in der Zone OeIB zulässig. Selbst Alterswohnungen, die keinen Bezug zu einem Alters- oder Pflegeheim aufweisen würden, seien erlaubt. Vorausgesetzt werde jedoch, dass die Möglichkeit, sich für eine Alterswohnung zu bewerben, für ältere Menschen in keiner Weise eingeschränkt werde. Des Weiteren müsse dafür gesorgt sein, dass in erster Linie betagte Menschen von diesem Angebot profitieren könnten. Es wäre aber auch nicht richtig, wenn die Wohnungen (z. B. im Fall einer nicht vollumfänglichen Auslastung) nur betagten Menschen zur Verfügung stehen beziehungsweise leer stehen würden. Die gleiche Ansicht vertritt auch der Re-

gierungsrat des Kantons Zug mit Entscheid vom 20. September 2011 (GVP 2011, S. 389 f.) und auch in den Kantonen St. Gallen, Luzern und Schwyz wurde die Zonenkonformität von Alterswohnungen bereits bejaht (Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/82 vom 7. April 2017, Erw. 3; B 2012/128, 2012/137 vom 22. Mai 2013, Erw. 5.2.3; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern V 03 8 vom 26. Juni 2003, in: LGVE 2003 II Nr. 5; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 23. August 1995, in: EGVSZ 1995, S. 9 ff.; siehe auch Peter Hettich/Lukas Mathis/Gieri Caviezel/Jeanette Fischer, in: Griffel/ Liniger/ Rausch/ Thurnherr [Hrsg.], Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, N 3.37 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in den Kantonen Aargau, Schwyz und Luzern). Wie sich aus den aufgeführten Entscheiden und insbesondere auch für den Kanton Zug ergibt, wird die Zonenkonformität von Alterswohnungen somit dann bejaht, wenn diese in einem räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit Alters- oder Pflegeheimen oder Gemeinschaftsräumlichkeiten stehen. Nicht betriebsgebundene Alterswohnungen sind demgegenüber nur dann zonenkonform, wenn die Möglichkeit, sich um eine Alterswohnung zu bewerben, in keiner Weise eingeschränkt wird. Ausserdem ist dafür zu sorgen, dass ausschliesslich betagte Menschen von diesem Angebot profitieren können. Nicht erforderlich ist hingegen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, wie dies z. B. der Kanton Zürich kennt (Waldmann, a.a.O., S. 89; § 60 Abs. 2 des Zürcher Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975).

cc) Im vorliegenden Fall sollen auf dem GS Nr. 3274 Alterswohnungen mit Betreuungsangebot realisiert werden. Aus dem Gesellschaftsvertrag vom 3. November 2015 ergibt sich, dass den Bewohnern der Alterswohnungen neben einem geringen Grundservice (Alarmsystem etc.) ein kostenpflichtiges «Dienstleistungsangebot auf Nachfrage» angeboten werden soll (vgl. Akten der Baudirektion B19 Bel. 7). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin 1 werden die geplanten Alterswohnungen organisatorisch an das Alters- und Pflegeheim Frauensteinmatt angegliedert, welches für die Bewohner der Alterswohnungen verschiedene Dienstleistungen wie Pflege, Essen, Alarmierung sicherstellen soll. In diesem Zusammenhang wird zudem darauf hingewiesen, dass für die Spitex ein Behandlungsraum zur Verfügung gestellt werden soll (vgl. Akten der Baudirektion B8 und B20 Bel. 9). Im Erdgeschoss sind zudem ein Gemeinschaftsraum sowie ein Innenhof mit Sitzgelegenheiten und eine Cafeteria geplant. Ob dadurch ein hinreichender Bezug zu einem Alters- und Pflegeheim tatsächlich besteht, kann vorliegend offen bleiben. Es gilt nämlich zu berücksichtigen, dass das streitige Bauvorhaben selbst dann zonenkonform wäre, wenn die geplanten Alterswohnungen überhaupt keinen Zusammenhang zu einer Institution oder Organisation der Altersbetreuung aufweisen würden. Bei den geplanten Alterswohnungen handelt es sich um typische Wohnungen, welche für die ältere Bevölkerung konzipiert sind, zumal das Bauprojekt auch den geltenden Anforderungen an die hindernisfreie Bauweise entspricht (vgl. Akten der Baudirektion B20 Bel. 11). Dass die entsprechenden Wohnungen für betagte Per-

sonen bestimmt sind, wird letztlich auch durch die Auflage in Ziffer II.3 des Dispositivs der Baubewilligung sichergestellt und als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angemerkt werden. Damit wird auch sichergestellt, dass die vorgesehene Nutzung der Alterswohnungen von allfälligen Rechtsnachfolgern der Beschwerdegegnerin 1 weiterzuführen ist. Eine Umnutzung wäre zudem bewilligungspflichtig (§ 44 Abs. 1 PBG). Sodann ist der Bedarf an Alterswohnungen unter Hinweis auf den Bericht zur Altersstrategie 2015 – 2035 genügend ausgewiesen, zumal die Anzahl der betagten Personen in der Stadt Zug bis ins Jahr 2035 voraussichtlich zwischen 60 % und 90 % wachsen wird. Diesbezüglich gilt zu bedenken, dass gerade Alterswohnungen mit Dienstleistungen nach Bedarf, wie z. B. Wohnungsreinigung, Wäschereinigung, Mahlzeiten und Pflege, eine sinnvolle und attraktive Alternative zwischen Eigenständigkeit und Betreuung darstellen (vgl. Akten der Baudirektion B19 Bel. 3, S. 6 und 17 f.). Des Weiteren wird auch die Möglichkeit, sich um eine Alterswohnung zu bewerben, nicht eingeschränkt. Gemäss dem Entwurf der Richtlinien für die Vermietung von Alterswohnungen mit Dienstleistungen kann sich nämlich jedermann mit Wohnsitz oder Lebensmittelpunkt in der Stadt Zug für die Alterswohnungen bewerben, der mindestens das 60. Lebensjahr erfüllt oder Bedarf an einem leicht betreuten Rahmen hat (vgl. Akten der Baudirektion B19 Bel. 8). Nichts anderes ergibt sich auch aus Art. 2 der Statuten der Stiftung X. Zug. Dort wird festgehalten, dass in erster Linie Einwohner der Stadt Zug aufgenommen werden und, soweit freie Plätze vorhanden sind, auch Personen aus anderen Gemeinden des Kantons Zug. Damit dienen die Wohnungen – im Unterschied zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn – nicht einem beschränkten Personenkreis. Vielmehr soll jede betagte Person die Alterswohnungen mieten können, wobei ältere Personen mit Wohnsitz oder Lebensmittelpunkt in der Stadt Zug bevorzugt behandelt werden sollen. Dass die Alterswohnungen während mehreren Jahren ausschliesslich von denselben Personen benutzt werden, steht dem Kriterium der Allgemeinzugänglichkeit nicht entgegen (Gsponer, a.a.O., S. 81). Sodann sollen die Wohnungen gemäss Gesellschaftsvertrag und Entwurf der Richtlinien nicht verkauft, sondern vermietet werden. Dies wiederum im Unterschied zum Entscheid aus dem Jahr 1999 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn. Sofern die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang etwas anderes behaupten, sind sie nicht zu hören, zumal ihre Aussage, dass die Wohnungen nicht bloss vermietet, sondern auch verkauft würden, durch nichts belegt wird. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich vielmehr verpflichtet, die Vermietung der Alterswohnungen und den künftigen Betrieb zu übernehmen. Dass die geplanten Alterswohnungen dem öffentlichen Interesse entsprechen, zeigt sich schliesslich auch im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin 1 gestützt auf § 3 des Reglements über die Förderung von Altersheimen und Alterswohnungen der Einwohnergemeinde Zug vom 2. Oktober 1973 (SRZ 631.1) beim Stadtrat von Zug ein Gesuch für einen städtischen Beitrag zur Erstellung der Alterswohnungen gestellt hat, woraufhin der Grosse Gemeinderat von Zug einen Investitionsbeitrag von Fr. 1'183'233.60 zugesprochen hat (vgl. Akten der Bauherrschaft Bel. 1). Insofern ist mit der Beschwerdegegnerin 1 festzustellen, dass der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug einen Investitionsbeitrag nicht

zugesprochen hätte, wenn die Gemeinnützigkeit des Bauvorhabens nicht anerkannt worden wäre, was ebenfalls für das öffentliche Interesse an der Erstellung der Alterswohnungen spricht. Soweit die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf den Antrag des Stadtrats von Zug vom 2. Mai 2017 zur Aufhebung des Reglements über die Förderung von Altersheimen und Alterswohnungen verweisen, können sie auch daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es trifft zwar zu, dass der Stadtrat von Zug mit Datum vom 2. Mai 2017 beim Grossen Gemeinderat von Zug die Aufhebung des Reglements über die Förderung von Altersheimen und Alterswohnungen vom 2. Oktober 1973 beantragt und der Grosse Gemeinderat am 26. September 2017 die Aufhebung des genannten Reglements auch beschlossen hat. Zum Zeitpunkt des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses vom 13. Dezember 2016 war das Reglement über die Förderung von Altersheimen und Alterswohnungen jedoch in Kraft und es war Grundlage für die Zusprechung des Investitionsbeitrages. Darüber hinaus verkennen die Beschwerdeführer, dass sich das öffentliche Interesse am Bau von Alterswohnungen nicht einzig aus dem Reglement über die Förderung von Altersheimen und Alterswohnungen ableiten lässt, sondern – wie bereits dargelegt – zahlreiche andere Kriterien für das öffentliche Interesse sprechen. Hinzu kommt, dass der Grosse Gemeinderat die Altersstrategie 2015 – 2035 der Stadt Zug am 7. April 2015 für erheblich erklärt hat und sich der Stadtrat von Zug im Bericht vom 2. Mai 2017 ausdrücklich zu dieser Altersstrategie bekennt. Im Zentrum der Altersstrategie 2015 – 2035 steht dabei die Lebensqualität und Würde der älteren Bevölkerung sowie die Möglichkeit individueller Lebensgestaltung, wobei die Stadt Zug eine Vielzahl von Wohnmöglichkeiten und -formen fördert. Unter Ziffer 6.2 des Berichts über die Altersstrategie wird als entsprechende Massnahme unter anderem das Fördern des Baus von Alterswohnungen im Waldheim genannt (vgl. Akten der Baudirektion B19 Bel. 3).

dd) Angesichts dieser Ausführungen ist ein öffentliches Interesse am Bau der streitigen Alterswohnungen nachgewiesen und dieser Zweck auch in Zukunft hinreichend gesichert. Daran vermag schliesslich auch der Umstand nichts zu ändern, dass Alterswohnungen auch in einer Wohnzone zonenkonform wären (Waldmann, a.a.O., S. 89). Der Regierungsrat kam demnach mit Recht zum Schluss, dass der Bau der geplanten Alterswohnungen im öffentlichen Interesse liegt und in der Zone OeIB zonenkonform ist.

b) Was den Einwand der Beschwerdeführer betrifft, dass die geplanten Alterswohnungen mit dem Zweck der Zone OeIB Waldheim nicht vereinbar seien, ist zunächst festzuhalten, dass die Zone OeIB Waldheim im Anhang 4 der BO Zug als Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen für das Schwerstbehindertenheim und das Altersheim bzw. städtischen Wohnungsbau (preiswerte Kleinwohnungen für Jugendliche etc.) definiert wird. Im Unterschied zu den Zonen OeIB Neustadt und Oberwil Ost, bei welchen in der Zweckumschreibung ausdrücklich auch von Alterswohnungen die Rede ist, werden in der Zweckumschreibung der Zone OeIB

Waldheim Alterswohnungen somit nicht explizit erwähnt. Nichtsdestotrotz können die Beschwerdeführer daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr ist der Beschwerdegegnerin 1 beizupflichten, dass der Verweis auf die Zonen OeIB Neustadt und Oberwil Ost gerade aufzeigt, dass Alterswohnungen in der Zone OeIB durchaus zonenkonform sein können. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass im Anhang 4 der BO Zug bei der Zweckumschreibung der Zone OeIB Waldheim nicht nur das Schwerstbehindertenheim und das Altersheim als zulässige Nutzung angegeben werden, sondern unter dem Begriff des städtischen Wohnungsbaus explizit auch preiswerte Kleinwohnungen für Jugendliche als Beispiel genannt werden. Der Zusatz «etc.» weist dabei darauf hin, dass die in der Zone OeIB Waldheim zulässige Nutzung im Anhang 4 der BO Zug nicht abschliessend geregelt ist. Dies führt dazu, dass in der Zone OeIB Waldheim auch andere im öffentlichen Interesse liegende Bauten und Anlagen zulässig sind. Wie unter Erwägung 2a bereits aufgezeigt, liegt der Bau von Alterswohnungen im öffentlichen Interesse. Hinzu kommt, dass es sich bei den geplanten Wohnungen unbestrittenermassen um preiswerte Kleinwohnungen für ältere Menschen handelt. Aufgrund dessen ist nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat die geplanten Alterswohnungen unter den Begriff des städtischen Wohnungsbaus subsumiert hat. Nachdem der städtische Wohnungsbau in der Zone OeIB Waldheim als zulässige Nutzung vorgesehen ist, ist dem Regierungsrat zuzustimmen, dass die geplanten Alterswohnungen mit dem Zweck der Zone OeIB Waldheim durchaus vereinbar sind. Jedenfalls ist gerade nicht einzusehen, weshalb in der Zone OeIB Waldheim preiswerte Kleinwohnungen für Jugendliche im Gegensatz zu solchen für ältere Menschen zulässig sein sollten, handelt es sich doch bei beiden Personengruppen um unterstützungsbedürftige Personen. Schliesslich ist auch der Einwand der Beschwerdeführer, dass der Zweck der Zone OeIB Waldheim nicht genügend definiert sei, unbegründet. Denn entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer sind gerade nicht alle möglichen Bauten und Anlagen in der Zone OeIB Waldheim zonenkonform, sondern nur solche für das Schwerstbehindertenheim, das Altersheim sowie den städtischen Wohnungsbau, welche im öffentlichen Interesse liegen. Insofern besteht auch kein Widerspruch zum Entscheid des Regierungsrats vom 20. September 2011 (GVP 2011, S. 380 ff.).

c) Als Zwischenfazit kann demnach festgehalten werden, dass das Bauvorhaben im öffentlichen Interesse liegt und die geplanten Alterswohnungen auch von ihrer Zweckbestimmung her mit der Zone OeIB Waldheim vereinbar sind, sodass der Regierungsrat die Zonenkonformität zu Recht bejaht hat.

3. (...)

4. Die Beschwerdeführer machen des Weiteren auch eine Verletzung von § 55 Abs. 2 BO Zug geltend und rügen, die Vorinstanz verkenne, dass nicht die Überbauungsstruktur in der benachbarten Umgebung massgebend sei, sondern die Bauvorschriften für die Einzelbauweise in den benachbarten Wohnzonen, also die Grundmasse

für die Regelbauweise der Zonen W2a und W2b. Das Bauvorhaben sei aufgrund seiner Höhenentwicklung, der Volumina und der Ausnützung alles andere als im Quartier verträglich. Geringfügige Abweichungen von den Grundmassen der angrenzenden Zonen seien zulässig. Das Bauvorhaben überschreite das zulässige Mass jedoch bei weitem. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz sei keineswegs gewahrt und von einer Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen könne keine Rede sein. Demgegenüber sind die Beschwerdegegner der Ansicht, dass bei der Beurteilung der Quartierverträglichkeit nicht nur die Grundmasse für die Einzelbauweise in der Zone W2a oder W2b massgebend seien, sondern auch die Sonderbauvorschriften für die benachbarte Umgebung in Form von Bebauungsplänen. Zudem spiele auch die bestehende Bauweise in der Zone OeIB eine Rolle.

a) Paragraph 55 Abs. 2 BO Zug bestimmt, dass in der Zone OeIB zu den Grundstücken in den angrenzenden Zonen die Grenz- und Gebäudeabstände dieser Zonen einzuhalten sind. Im Übrigen werden die Bauvorschriften vom Stadtrat unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt. Eigentliche Massvorschriften für die Zone OeIB gibt es somit keine.

aa) Wie sich aus dem Zonenplan der Stadt Zug ergibt, ist das Gebiet unterhalb der Waldheimstrasse der Zone W2a zugewiesen und jenes oberhalb der Waldheimstrasse der Zone W2b. Dass das Bauvorhaben die Grenz- und Gebäudeabstände der angrenzenden Wohnzonen gemäss § 36 BO Zug einhält, wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten.

bb) Die Beschwerdeführer vertreten jedoch die Auffassung, der Stadtrat hätte die Bauvorschriften für die Zone OeIB Waldheim vor Einreichung des Baugesuchs festlegen müssen. Dass die Bauvorschriften gemäss § 55 Abs. 2 BO Zug unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt würden, bedeute nicht, dass das betreffende Gebiet frei von jeglichen Regeln überbaut werden dürfe oder die Regeln erst im Nachhinein aufgrund eines bereits geplanten Projekts festgelegt werden dürften. Dieser Rechtsauffassung ist indes nicht zuzustimmen. Die Beschwerdeführer verkennen, dass dem Stadtrat mit § 55 Abs. 2 BO Zug bewusst die Möglichkeit eingeräumt wird, im Baubewilligungsverfahren von der Regelbauweise in anderen Bauzonen abweichende Vorschriften über das Nutzungsmass zu erlassen, um auf die unterschiedlichen Bedürfnisse der öffentlichen Bauten und Anlagen im Einzelfall einzugehen. Dies wird insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Zweckbestimmungen der im öffentlichen Interesse stehenden Bauvorhaben als erforderlich angesehen (Gsponer, a.a.O., S. 129 ff.). Daraus ergibt sich, dass der Stadtrat befugt ist, die Bauvorschriften im Rahmen der Prüfung eines konkreten Bauvorhabens festzulegen. Sinn und Zweck von § 55 Abs. 2 BO Zug ist nämlich gerade, dass die Bauvorschriften den verschiedenen Bedürfnissen und unterschiedlichen Zweckbestimmungen der Bauten angepasst werden können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer wird somit nicht verlangt, dass die Bauvor-

schriften vorgängig erlassen und danach auf das konkrete Bauprojekt angewendet werden. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführer geht somit fehl.

cc) Indem die Bauvorschriften im Übrigen unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt werden, wird dem Stadtrat ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Stadtrat in seinem Ermessen gänzlich frei wäre. Vielmehr hat sich der Stadtrat an den allgemeinen Bestimmungen der Bau- und Zonenordnung, dem Nutzungsziel der Zone OeIB, der Referenzzone, den Vorschriften der Nachbarzone, den baulichen Charakteristiken des Quartiers sowie den nachbarlichen und öffentlichen Interessen zu orientieren, um sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben (Gsponer, a.a.O., S. 139 ff.). In diesem Zusammenhang verweisen die Beschwerdeführer zu Recht auf den Entscheid des Regierungsrats vom 20. September 2011, aus welchem hervorgeht, dass der Stadtrat bei der Ausübung des Ermessens die Bauvorschriften der benachbarten Zonen zu berücksichtigen hat und zwar insbesondere dann, wenn eine Zone des öffentlichen Interesses nicht sehr gross ist und inmitten eines überbauten Wohnquartiers steht (GVP 2011, S. 392). Nichtsdestotrotz können die Beschwerdeführer daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie der Regierungsrat in Erwägung 6d des angefochtenen Beschlusses aufgezeigt hat, ist die Situation im vorliegenden Fall eine andere als im erwähnten Entscheid des Regierungsrats aus dem Jahr 2011. Insbesondere gilt zu berücksichtigen, dass die in der unmittelbaren Umgebung des GS Nr. 3274 liegenden Gebäude zwar der Zone W2a und W2b zugewiesen sind, in welcher zwei Vollgeschosse und eine Ausnützung von maximal 0.4 bzw. 0.5 zulässig sind (§ 36 BO Zug), die Bauweise in der benachbarten Zone W2b jedoch überhaupt nicht den Zonenvorschriften für die Einzelbauweise entspricht. Im Unterschied zum Entscheid des Regierungsrats aus dem Jahr 2011 ist die Umgebung oberhalb der Waldheimstrasse nämlich geprägt von Sonderbauvorschriften in Form von Bebauungsplänen (Bebauungsplan Waldheim und Liebfrauenhof), was dazu führt, dass die benachbarten Grundstücke der Wohnzone W2b Ausnützungsziffern zwischen 0.84 und 1.43 ausweisen. Auch was die Anzahl der Geschosse betrifft, weichen die oberhalb der Waldheimstrasse gelegenen Gebäude stark von der Einzelbauweise ab. So weisen die zum Bebauungsplan Waldheim gehörenden Gebäude vier, neun und elf Geschosse auf, weitere Gebäude, wie z. B. das Wohnheim der Stiftung Maihof, welches sich ebenfalls in der Zone OeIB befindet, oder das Schwesternhaus der Liebfrauenschwestern haben vier bis sieben Geschosse, daneben gibt es aber auch Gebäude mit weniger Geschossen. Was die Bauweise unterhalb der Waldheimstrasse in der Zone W2a betrifft, zeigte der Regierungsrat auf, dass dort nur niedrige Ein- oder kleinere Mehrfamilienhäuser stehen würden, dass das Gebiet weniger dicht bebaut sei und die Bauweise dort in etwa den Zonenvorschriften entspreche. Da sich die Bauweise unterhalb der Waldheimstrasse somit deutlich von jener oberhalb der Waldheimstrasse unterscheidet, kam der Regierungsrat berechtigterweise zum Schluss, dass auf die Bauweise unterhalb der Waldheimstrasse bei der Beurteilung der Quartierverträglichkeit der geplanten Neubauten nicht abgestellt wer-

den könne. Diese Ausführungen zeigen, dass die Umgebung der geplanten Alterswohnungen geprägt ist von Sonderbauvorschriften in Form von Bebauungsplänen und die Zone OeIB nicht inmitten eines einheitlich überbauten Wohnquartiers steht. Dies im Unterschied zum Regierungsratsentscheid aus dem Jahr 2011. Hinzu kommt, dass die Zone OeIB Waldheim um einiges grösser ist als die Zone OeIB im entsprechenden Entscheid des Regierungsrates. Ausserdem ist die Einschätzung des Stadtrats zu berücksichtigen, wonach das GS Nr. 3274 aufgrund der Lage und der umliegenden Verdichtung voraussichtlich ebenfalls mittels Bebauungsplan bebaut würde, wenn keine Zone OeIB festgesetzt worden wäre. Die Beschwerdeführer vertreten somit zu Unrecht die Auffassung, das Bauvorhaben sei unabhängig von der konkreten Umgebung an den Vorschriften der Zone W2a und W2b zu messen. Vielmehr ist bei der Beurteilung der Quartierverträglichkeit der geplanten Neubauten auch der bisherigen Bebauung (Altersheim Waldheim), der tatsächlichen Umgebung und damit der gesamten Überbauungsstruktur, insbesondere auch den Sonderbauvorschriften in Form von Bebauungsplänen, Rechnung zu tragen, da diese das Landschaftsbild massgebend prägen. Dass hierbei auch das Wohnheim der Stiftung Maihof in die Beurteilung der Quartierverträglichkeit miteinbezogen wurde, ist – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer – nicht zu beanstanden. Es trifft zwar zu, dass sich das genannte Wohnheim ebenfalls in der Zone OeIB befindet, dennoch prägt auch dieses Gebäude die tatsächliche Umgebung. Ausserdem ist dem Stadtrat zuzustimmen, dass die Überbauung Maihof aufzeigt, wie die Bauvorschriften der Zone OeIB in diesem Gebiet in der Vergangenheit gehandhabt worden sind. Der Regierungsrat hat somit kein Recht verletzt, wenn er bei der Beurteilung der Quartierverträglichkeit nicht nur die Grundmasse für die Einzelbauweise der Zonen W2a und W2b, sondern auch die Sonderbauvorschriften in Form von Bebauungsplänen und die bestehende Bauweise in der Zone OeIB berücksichtigt hat. Wenn er gestützt darauf zum Schluss gekommen ist, dass das Bauvorhaben quartierverträglich ist, liegt keine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch vor, sodass der Entscheid des Regierungsrates auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden ist.

b) (...)

5. (...)

6. (...)

7. Nach dem Ausgeführten ist der Regierungsratsbeschluss in keinem der kritisierten Punkte zu beanstanden. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Bau der in der Zone OeIB geplanten Alterswohnungen im öffentlichen Interesse liegt und mit dem Zweck der Zone OeIB Waldheim vereinbar ist, weshalb der Regierungsrat die Zonenkonformität des Bauvorhabens zu Recht bejaht hat. Darüber hinaus hat der Regierungsrat auch dem Gebot der Rücksichtnahme auf die angrenzenden Wohnzo-

nen, der Quartierverträglichkeit sowie dem Einordnungsgebot Rechnung getragen. Eine Rechtsverletzung kann dem Regierungsrat jedenfalls nicht vorgeworfen werden. Damit erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als vollumfänglich unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2017, V 2017 10
Das Urteil ist rechtskräftig.

4. Gewässerschutz

4.1 Art. 31 ff. und 80 ff. GSchG

Regeste:
Art. 31 ff. und 80 ff. GSchG – Die Restwassersanierung hat bei einem Wasserkraftwerk, das kraft eines ehehaften Wasserrechts Wasser nutzt, nach Art. 80 ff. und nicht nach Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Z. ist Eigentümer der Liegenschaft X. in der Gemeinde A. sowie Inhaber eines ehehaften Wassernutzungsrechts für die Energieproduktion im gleichnamigen Wasserkraftwerk.

Am 5. Oktober 2015 liess Z. bei der Einwohnergemeinde A. zwei Baugesuche betreffend die Sanierung des Wasserkraftwerks X. einreichen. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2016 wies der Regierungsrat des Kantons Zug eine Einsprache des WWF Schweiz und des WWF Zug bezüglich der Sanierung des Wasserkraftwerks X. ab, soweit er darauf eintrat. Gleichentags legte der Regierungsrat gestützt auf Art. 80 ff. des Bundesgesetzes über den Gewässerschutz (GSchG) mit separatem Beschluss die entschädigungslose Restwassermenge des Kraftwerks X. wie folgt fest: Die Restwasserabgabe beträgt ganzjährig mindestens 400 l/s und ist in die Restwasserstrecke abzugeben. Gegen die regierungsrätlichen Beschlüsse liess der WWF Schweiz am 14. November 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragte, die angefochtenen Entscheide aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung rügte der Beschwerdeführer insbesondere, dass der Regierungsrat unter Berufung auf das ehehafte Wasserrecht von Z. das geltende Umweltrecht, insbesondere Art. 31 ff. GSchG, zu Unrecht nicht umfassend angewendet und damit auch deutlich zu tiefe Restwassermengen verfügt habe.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Nachfolgend zu prüfen ist, welche gesetzlichen Bestimmungen im vorliegenden Fall bezüglich Restwassermengen anzuwenden sind. Für den Regierungsrat und Z. ist im Zusammenhang mit der Sanierung des Wasserkraftwerks X. die (entschädigungslose) Restwassermenge gestützt auf Art. 80 ff. GSchG festzulegen. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, für diese Festlegung gälten die Art. 31 ff. GSchG.

(...)

c) Das Bundesgericht subsumiert die ehehaften Wasserrechte unter die bestehenden Wassernutzungsrechte im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG (Urteil 1A.320/2000 vom 20. September 2001 E. 3a/bb und cc = URP 2001 S. 1053 ff.). Ehehafte Rechte sind so genannte vorbestandene oder wohlerworbene Rechte. Wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, die sich durch besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen. Sie stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes und sind durch das Gesetz nicht abänderbar (Urteil des Bundesgerichts 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, Rz. 1237). Wohlerworbene Rechte entstehen entweder durch Gesetz, durch verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. Konzession oder durch die Geschichte, wobei die durch die Geschichte entstandenen wohlerworbenen Rechte auf einer früheren Rechtsordnung beruhen und nach neuem Recht nicht mehr begründet werden können, aber weiter gültig sind, oder es sich dabei um Rechte handelt, die seit unvordenklicher Zeit anerkannt werden; die durch die Geschichte entstandenen wohlerworbenen Rechte werden zum Teil als «ehehaft» bezeichnet (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rzn. 1238 ff.).

d) Sowohl die nach Abs. 1 als auch die nach Abs. 2 von Art. 80 GSchG festgelegten Restwassermengen liegen in der Regel unter den Restwassermengen nach Art. 31 GSchG. Das ist denn auch der Grund, warum der Beschwerdeführer trotz des bestehenden ehehaften Rechts im vorliegenden Fall (entschädigungslose) Restwassermengen gemäss Art. 31 ff. GSchG fordert. Er gesteht zwar ein, dass gemäss bisheriger Rechtspraxis Inhaber von ehehaften Rechten Restwassersanierungen lediglich gestützt auf die Übergangsbestimmungen des GSchG (Art. 80 ff.) durchführen müssen. Die Sicherung von Restwassermengen nach Art. 31 ff. GSchG werde hingegen nicht verlangt. Damit stellt der Beschwerdeführer die aktuelle Situation korrekt dar. Er ist jedoch der Meinung, dass diese Praxis einer näheren rechtlichen Prüfung und umfassenden Interessenabwägung nicht standhalte.

d/aa) Als Erstes führt der Beschwerdeführer deshalb an, die Auslegung des GSchG ergebe, dass das Gesetz keine zeitlich unbeschränkte Befreiung von den ordentli-

chen Restwasservorschriften (Art. 31–34 GSchG) zulasse. Alle, auch die bestehenden Wasserentnahmen, müssten früher oder später diese Vorschriften vollständig einhalten. Der Beschwerdeführer äussert sich in diesem Zusammenhang zu den vier Auslegungselementen Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck (ratio legis), worauf nachfolgend einzugehen ist.

Bezüglich des Wortlauts von Art. 80 Abs. 1 GSchG räumt der Beschwerdeführer selber ein, dass dieser tendenziell dafür spreche, dass die ehehaften Rechte unter die bestehenden Wassernutzungsrechte zu zählen seien, zumal es sich bei ihnen um historische bzw. vorbestandene Rechte handle, welche vom Bundesgericht anerkannt und als eine Unterkategorie der wohlerworbenen Rechte verstanden würden. Beim gegebenen Wortlaut, so der Beschwerdeführer, bedeute dies, dass jene Wasserentnahmen, die aufgrund eines ehehaften Rechts betrieben würden, nie den ordentlichen Restwasservorschriften von Art. 31 ff. GSchG unterliegen würden.

Art. 80 Abs. 1 GSchG lautet wie folgt:

«Wird ein Fliessgewässer durch Wasserentnahmen wesentlich beeinflusst, so muss es unterhalb der Entnahmestelle nach den Anordnungen der Behörde so weit saniert werden, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist.»

Für das Verwaltungsgericht ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 80 GSchG nicht nur tendenziell sondern eindeutig, dass für Wasserentnahmen aufgrund von ehehaften Wassernutzungsrechten eine Restwassersanierung gemäss dieser Gesetzesbestimmung und nicht nach Art. 31 ff. GSchG durchzuführen ist. Wie erwähnt und vom Beschwerdeführer eingestanden, versteht das Bundesgericht mit den bestehenden Wassernutzungsrechten im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GSchG alle wohlerworbenen Rechte, also somit sowohl die Rechte der Konzessionäre aus Wasserkraft als auch die ehehaften Rechte. Vom eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut eines Rechtssatzes darf nur dann abgewichen werden, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der scheinbar klare Wortlaut nicht dem «wahren Sinn» der Norm entspricht (BGE 140 II 129 E. 3.2; 140 II 80 E. 2.5.3 f.). Solche Gründe sind, wie nachfolgend darzulegen ist, für das Verwaltungsgericht nicht erkennbar.

Insbesondere trifft dies auch für die Tatsache zu, dass Art. 80 Abs. 1 GSchG zu den Übergangsbestimmungen gehört. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers kann das Gericht daraus kein Indiz erkennen, dass die Art. 80 ff. GSchG nur für eine Übergangszeit Geltung haben und nach Ablauf dieser Übergangszeit das Regime von Art. 31 ff. GSchG gelten soll. Vielmehr schliesst sich das Gericht dem vom Beschwerdeführer selber als Möglichkeit eingeräumten Verständnis an, dass damit eine zeitlich unbeschränkte Weitergeltung der reduzierten Restwasseranforderungen gemeint ist, denn Übergangsrecht kann einer bestimmten Rechtspo-

sition durchaus auch für eine sehr lange oder unbeschränkte Dauer Anerkennung und weitere Geltung verschaffen, muss also nicht per se eine Begrenzung zur Folge haben. Somit spricht auch das Auslegungselement Systematik nicht für die Auffassung des Beschwerdeführers.

Bezüglich Entstehungsgeschichte der Restwasservorschriften des GSchG macht der Beschwerdeführer geltend, das GSchG von 1991 habe den indirekten Gegenvorschlag zu der im Jahr 1984 eingereichten Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» dargestellt. Eine sofortige Behebung ungenügender Restwassersituationen hätten der Bundesrat und die Bundesversammlung abgelehnt. Ihr Versprechen sei dahin gegangen, mit dem neuen GSchG werde zwar nicht sofort, aber innert absehbarer Zeit überall eine akzeptable Restwassersituation herbeigeführt (Botschaft zum GSchG; BBl 1987 II 1090 f., 1099). Das spreche eindeutig gegen eine Auslegung, welche die ehehaften Wasserrechte auf Dauer von einer Einhaltung der ordentlichen Restwasservorschriften befreien würde. Analysiert man die vom Beschwerdeführer zitierte Stelle der Botschaft, so ist jedoch zu sagen, dass sich der Bundesrat dort nicht mit der vom Beschwerdeführer behaupteten Klarheit geäussert hat. Er führte lediglich aus, «mit Rücksicht auf die grossen finanziellen Konsequenzen, welche die integrale Durchsetzung der Restwasservorschriften bei bestehenden Wassernutzungsrechten hätte, müsse die Regelung so ausgestaltet werden, dass sie in erster Linie für neue Werke sowie für die Erneuerung (bzw. den Heimfall) bestehender Konzessionen gelte» (BBl, a.a.O., S. 1090). Und: «Hinsichtlich der Gewährleistung einer ausreichenden Wasserführung bei bestehenden Stauhaltungen und Wasserentnahmen geht der Revisionsentwurf weniger weit als die Initiative. Der Entwurf sieht eine umfassende Sanierung bestehender Restwasserstrecken, d.h. ein Anpassen an die für neue Anlagen geltenden Vorschriften, erst für den Zeitpunkt der Konzessionserneuerung vor. Dies liegt im Wesentlichen darin begründet, dass für eine rasche Sanierung aller bestehenden Restwasserstrecken grosse finanzielle Mittel eingesetzt werden müssten» (BBl, a.a.O., S. 1099). Daraus kann keineswegs abgeleitet werden, der Bundesrat sei davon ausgegangen, dass die damalige Revision des GSchG zur Folge habe, dass auch für Inhaber von ehehaften Wasserrechten die Restwassermengen gemäss Art. 31 ff. GSchG gälten. Einerseits fällt auf, dass der Bundesrat in der vom Beschwerdeführer zitierten Stelle der Botschaft von Konzessionen spricht, bei welchen die für neue Anlagen geltenden Vorschriften anzuwenden sind (und zwar für den Zeitpunkt der Konzessionserneuerung). Damit unterscheidet er die Konzessionen ausdrücklich von den ehehaften Rechten und bringt damit zum Ausdruck, dass für letztere diese Vorschriften eben nicht gelten. Andererseits war es dem Bundesrat mit Sicherheit bewusst, dass angesichts der klaren Formulierungen des GSchG weder aus Art. 80 GSchG noch aus den übrigen revidierten Bestimmungen herausgelesen werden kann, dass die Restwasservorschriften von Art. 31 ff. GSchG auch für Inhaber von ehehaften Rechten gelten, sondern dafür auf jeden Fall eine weitere Revision des GSchG erforderlich wäre. Aus der Entstehungsgeschichte der

Restwasservorschriften des GSchG kann somit nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden.

Auch der Zweck des GSchG spricht nicht für die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Auslegung. Entgegen seiner Ansicht kann nicht gesagt werden, Restwassermengen, welche unter den Vorgaben von Art. 31 ff. GSchG blieben, erfüllten den Verfassungsauftrag von Art. 24bis aBV (Art. 76 in der geltenden BV von 1999), gemäss dem der Bund angehalten worden sei, «Bestimmungen über (...) die Sicherung angemessener Restwassermengen» zu erlassen, nicht. Der Gesetzgeber hatte in diesem Zusammenhang durchaus einen gewissen Spielraum, den er nicht überschritten hat, indem er auf die ehehaften Wasserrechte Rücksicht nahm, umso mehr als er mit Art. 80 Abs. 2 GSchG eine Regelung traf, wonach bei überwiegendem öffentlichem Interesse auch bei ehehaften Rechten weitergehende (allerdings entschädigungspflichtige) Sanierungsmassnahmen verlangt werden können.

d/bb) Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, der Gesetzgeber habe die Frage, ob die auf ehehaften Rechten beruhenden Wasserentnahmen dauerhaft von den Restwassermengen gemäss Art. 31–34 GSchG befreit würden, nicht explizit geregelt. Der Gesetzgeber sei bei seiner Regelung für die bestehenden Rechte in Art. 80 ff. GSchG vom Fall der konzedierten Rechte ausgegangen. Das Sonderproblem der ehehaften Wasserrechte habe der Gesetzgeber ganz offensichtlich übersehen, denn er habe nur die Konzessionen im Auge gehabt. Es sei von einer Lücke bzw. unvollständigen Regelung auszugehen, welche nach den Grundsätzen von Art. 1 ZGB zu füllen sei. Die Restwasservorschriften des GSchG seien dabei für die ehehaften Wasserrechte anders zu verstehen und anzuwenden.

Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 140 III 206 E. 3.5.1). Wie vorangehend ausgeführt, ist der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 GSchG klar. Mit den in Art. 80 Abs. 1 GSchG erwähnten bestehenden Wassernutzungsrechten sind eindeutig die wohlerworbenen Rechte, wozu auch die ehehaften Rechte gehören, gemeint. Der Gesetzgeber unterschied in den Art. 80 ff. GSchG zwischen dem Überbegriff der «Wassernutzungsrechte» und den davon umfassten «Konzessionen». Wäre der Gesetzgeber beim Erlass dieser Bestimmungen tatsächlich nur auf die Konzessionen fokussiert gewesen, so wäre nicht einzusehen, weshalb er dann in Art. 80 Abs. 1 GSchG im Gegensatz zum Wortlaut in Art. 83 GSchG die Formulierung «bestehende Wassernutzungsrechte» und nicht «erteilte Konzessionen» wählte. Darauf, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung «bestehende Wassernutzung» auch über die auf unbestimmte Dauer bestehenden und unbefristeten ehehaften Wassernutzungsrechte mitentschied, deutet auch die Abbildung in der Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «zur Rettung unser-

er Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer hin. In BBl 1987 II 1091 wird eine Grafik gezeigt, die neben einer Darstellung des Ablaufs der Konzessionsdauer der grösseren Wasserkraftanlagen in der Schweiz einen Balken «Konzessionsdauer unbeschränkt» enthält. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber beim Erlass der Bestimmungen von Art. 80 ff. GSchG durchaus auch mit zeitlich nicht beschränkten bzw. mit unbefristeten Wassernutzungsrechten gerechnet hat, welche als Konsequenz dieser Bestimmung auf unbegrenzte Zeit der Restwassersanierung gemäss Art. 80 Abs. 1 GSchG und nicht den Restwasserbestimmungen von Art. 31 ff. GSchG unterstehen. Der Gesetzgeber hat somit die ehehaften Rechte nicht einfach im Sinne einer echten Lücke vergessen. Hat nun aber der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 140 III 636 E. 2.1). (...)

Es ergibt sich somit als erstes Zwischenfazit, dass die Auslegung des GSchG nichts anderes bedeutet, als dass beim Vorliegen eines ehehaften Wasserrechts die Restwassersanierung nach Art. 80 ff. und nicht nach Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen hat.

d/cc) Der Beschwerdeführer führt aus, zum Ergebnis, dass beim Kraftwerk X. die Vorschriften von Art. 31 ff. GSchG eingehalten werden müssten, indem das ehehafte Recht eingeschränkt werde, gelange man auch aufgrund einer Harmonisierung bzw. umfassenden Abwägung der sich widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen. Dabei stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass die ehehaften Rechte nicht unter dem Schutz des verfassungsmässigen Anspruchs auf Treu und Glauben (Art. 9 BV) stünden, dies aufgrund des langen Zeitablaufs und aufgrund der Tatsache, dass solche Rechte in der geltenden Rechtsordnung nicht mehr begründet werden könnten. Die ehehaften Rechte stünden lediglich unter dem Schutz der Eigentumsgarantie von Art. 26 BV, gingen jedoch nicht darüber hinaus; mit anderen Worten könnten sie nicht stärker wirken als ein «gewöhnliches» Eigentumsrecht. Dem Urteil des Bundesgerichts 2P.256/2002 E. 3 könne zudem entnommen werden, dass die Ausübung eines ehehaften Rechts die Rechtsentwicklung der Gesetzgebung mitmache und in diesem Umfang auch Einschränkungen hinnehmen müsse. Ebenfalls gemäss Bundesgericht (BGE 117 Ib 243 E. 3a) kämen Verfassungsbestimmungen, wie z. B. Art. 73 BV (Nachhaltigkeit), Art. 74 BV (Umweltschutz), (...), Art. 76 BV (Wasser), (...), Art. 79 (Fischerei und Jagd), (...), welche die jeweilige Ausgestaltung des Eigentums mitbestimmten, grundsätzlich Gleichrangigkeit zu. Vorliegend stünden der Gewässerschutz (Einhaltung von Art. 31 ff. GSchG) und das Interesse von Z. an einer möglichst uneingeschränkten Ausübung seines ehehaften Rechts in einem Zielkonflikt. In einem solchen Fall seien die divergierenden öffentlichen und privaten Interessen zu harmonisieren. Dies im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtungsweise («Ganzheitlichkeitsprinzip») bzw. einer umfassenden Interessenabwägung. Bei dieser Abwägung sei das Interesse an der Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung mit zu berücksichtigen. Dieser Aspekt bedinge, dass

ehehafte Rechte bei der Anpassung an die Restwasservorgaben des GSchG weder gegenüber «normalem» Privateigentum noch gegenüber Wassernutzungskonzessionen privilegiert behandelt würden. Mit Blick auf das Privateigentum bedeute das, dass starke öffentlichrechtliche Einschränkungen entschädigungslos hinzunehmen seien, zumal die Schwelle zur materiellen Enteignung bei normalem Privateigentum sehr hoch liege. Z. ist zuzustimmen, dass es sich bei dieser Argumentation eigentlich nur um eine Wiederholung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Auslegung des GSchG handelt. Dazu hat das Gericht bereits in den vorangehenden Erwägungen Stellung genommen. Nachfolgend ist zu diesem Thema daher lediglich Folgendes auszuführen: Entgegen dem Standpunkt des Beschwerdeführers stehen die ehehaften Wasserrechte unter dem Schutz sowohl der Eigentumsgarantie als auch des Prinzips des Vertrauensschutzes und sind durch das Gesetz nicht abänderbar. Das führt das Bundesgericht im Urteil 2P.256/2002 vom 24. März 2003 E. 3 aus, in welchem es die ehehaften Wasserrechte als so genannte vorbestandene oder wohlerworbene Rechte bezeichnet, die sich durch eine besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen, und die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes stehen und auch durch das Gesetz nicht abänderbar sind. Der Schutz von ehehaften Rechten geht somit über Art. 26 BV (Eigentumsgarantie) hinaus, und es genügt nicht, eine Interessenabwägung lediglich auf dieser Basis vorzunehmen. Ehehafte Wasserrechte geniessen einen über die Eigentumsgarantie hinausgehenden Schutz und sind grundsätzlich durch das Gesetz nicht abänderbar. Auch aus dem vom Beschwerdeführer angeführten «Ganzheitlichkeitsprinzip» (Alain Griffel/Heribert Rausch, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, N 2 zu Art. 8) kann nichts zu dessen Gunsten abgeleitet werden. Einerseits handelt es sich bei diesem Prinzip nicht um einen allgemein anerkannten Verfassungsgrundsatz. Andererseits räumen die Autoren des Kommentars USG selber ein, dass sich aus diesem Prinzip eine generelle Verpflichtung zur umfassenden Interessenabwägung nur ergibt, sofern und soweit das positive Recht hierfür Raum lässt. Das positive Recht gewährt mit der Anerkennung der wohlerworbenen Rechte für die vom Beschwerdeführer beantragte Interessenabwägung aber eben gerade keinen Raum, soweit in die Substanz dieser wohlerworbenen Rechte eingegriffen würde. Im Übrigen ist mit nochmaligem Hinweis auf die Bundesgerichtspraxis, wonach es sich bei den ehehaften Wasserrechten um wohlerworbene Rechte handelt, darauf hinzuweisen, dass Eingriffe in wohlerworbene Rechte dann entschädigungspflichtig sind, wenn sie die Substanz des Rechtes verletzen. (...)

Als weiteres Zwischenfazit ergibt sich somit, dass das geltende Recht die vom Beschwerdeführer verlangte Abwägung der sich widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen gar nicht zulässt bzw. diese Interessenabwägung aufgrund der besonderen Rechtsbeständigkeit der ehehaften Rechte, die insbesondere aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes entsteht, zu Gunsten des im vorliegenden Fall bestehenden ehehaften Wasserrechts ausfällt. Auch auf diesem vom Beschwerdeführer

aufgezeigten Weg kann somit nicht erreicht werden, dass beim Wasserkraftwerk X. die Festlegung der Restwassermenge gemäss Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen hat. (...)

d/dd) Nachdem sich aus diesen (Zwischen-)Faziten ergibt, dass das geltende Umweltrecht bei ehehaften Rechten nicht in dem Umfang Anwendung findet, wie das der Beschwerdeführer verlangt, erübrigt sich die Beantwortung der Frage, zu welchem Zeitpunkt eine solche Anwendung zu erfolgen hätte. Unbestrittenermassen unterliegen ehehafte Wasserrechte – im Unterschied zu den Wassernutzungskonzessionen – angesichts ihres dinglichen Charakters keiner Befristung. Das ist denn auch so dem vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Gutachten A./B. zu entnehmen. Insbesondere aufgrund der bereits dargelegten Gesetzesbeständigkeit von wohlerworbenen Rechten bzw. ehehaften Rechten sieht das Gericht auch keine Gründe, die Substanzerhaltung für Inhaber ehehafter Wasserrechte bei bestehenden Wassernutzungsrechten auf eine Dauer von 80 Jahren bzw. bei längerer Dauer bis zur Gegenwart zu beschränken. Im BGE 127 II 69, der die entsprechende Beschränkung einführte, ging es ausschliesslich um Konzessionen, nicht um ehehafte Rechte. Das Bundesgericht wies dabei ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei den konzedierten Wasserrechten nicht um ehehafte Rechte handelt (E. 4b). Es unterschied somit explizit zwischen Konzessionen und ehehaften Wasserrechten. Weiter führte das Bundesgericht aus, gerade das Vorhandensein der ehehaften Wasserrechte habe ursprünglich auch zu einem privatrechtlichen und «dinglichen» Verständnis der mit der Konzession erteilten Rechte geführt. Gemäss Bundesgericht könnte diese zivilrechtliche, ja dingliche Betrachtungsweise dazu beigetragen haben, dass das öffentliche Interesse bisher bei Konzessionen zu wenig Berücksichtigung gefunden habe, welches einer definitiven Entäusserung der Gewässerhoheit durch Erteilung einer Sondernutzungskonzession entgegenstehe. In diesem Entscheid gestand somit das Bundesgericht den ehehaften Wasserrechten gegenüber den Wassernutzungskonzessionen eine höhere Qualität zu, weshalb es sich verbietet, die in diesem Entscheid vorgesehene Befristung von Wassernutzungskonzessionen auch bei ehehaften Rechten anzuwenden bzw. daraus abzuleiten, dass bei letzteren nach 80 Jahren Restwassermengen gemäss Art. 31 ff. GSchG zu verfügen wären.

(...)

d/ff) Somit ergibt sich definitiv, dass im vorliegenden Fall die Restwassersanierung nach Art. 80 ff. und nicht nach Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen hat.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2017, V 2016 115

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht 1C_631/2017

5. Sozialversicherung

5.1 Art. 3 KVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV

Regeste:
Art. 3 KVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV – Personen, welche sich ausschliesslich zum Zwecke ärztlicher Behandlung in der Schweiz aufhalten, stellen eine Ausnahme zu der allgemein bestehenden Versicherungspflicht dar (Erw. 2.2). Obwohl der Beschwerdeführer sich kurz nach der Einreise in die Schweiz einer Operation unterzog, was darauf hin deutet, dass die Einreise zum Zwecke der medizinischen Behandlung erfolgte, ist in casu die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seine beschränkte Lebenszeit noch mit den ihm nahestehenden Familienmitgliedern verbringen möchte, als weiterer Anknüpfungspunkt zu werten, weshalb nicht von einer ausschliesslich krankenversicherungsbedingten Wohnsitzbegründung ausgegangen werden kann (Erw. 3.2.3). Damit ist die Beschwerdegegnerin verpflichtet, den Beschwerdeführer rückwirkend in die obligatorische Krankenpflegeversicherung aufzunehmen (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, Jahrgang 1953, chinesischer Staatsangehöriger, erkrankte anfangs 2015 an einer chronisch myelomonozytären Leukämie (CMML). Am 8. Juli 2016 reisten er und seine Frau in die Schweiz ein, um während drei Monaten ihre Tochter, ihren Schwiegersohn und ihre Enkel zu besuchen. Mit Unterschriftsdatum vom 4. September 2016 ersuchte der Versicherte bei der A. Krankenversicherung um rückwirkende Aufnahme in die obligatorische Krankenpflegeversicherung (nachfolgend: OKP). Kurz darauf beantragte sein Schwiegersohn am 6. September 2016 beim Amt für Migration des Kantons Zug die Aufenthaltsbewilligung infolge Familiennachzugs für seine Schwiegereltern. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass man beim diesjährigen Besuch in der Schweiz eine medizinische Zweitmeinung eingeholt und eine Operation hat durchführen lassen. Ergänzend informierte der Schwiegersohn im Schreiben vom 18. September 2016 die Einwohnerkontrolle der Gemeinde B. darüber, dass seine Schwiegereltern seit dem 1. September 2016 bei ihm wohnen würden. Die A. Krankenversicherung nahm den Versicherten gemäss Schreiben vom 4. Oktober 2016 rückwirkend provisorisch per 1. September 2016 in die OKP auf. Aus dem Gesuch um Kostengutsprache an die A. Krankenversicherung vom 7. Oktober 2016 von Dr. med. C. geht hervor, dass sich der Versicherte seit dem 15. Juli 2016, als er die medizinische Zweitmeinung zu seiner schweren Krankheit eingeholt hat, in ärztlicher Behandlung befindet. Mit dem Antrag auf Kostengutsprache ersuchte Dr. C. die A. Krankenversicherung, nach erfolgter operativer Entfernung der Milz am 28. Juli 2016, um Kostenübernahme der medizinischen Behandlung mit dem Medikament Vidaza, was am 13. Oktober 2016 gutgeheissen wurde. Kurz darauf, am 20. Oktober 2016, verfügte die A. Krankenversicherung, dass die Grundversicherung

des Versicherten mangels Versicherungspflicht infolge Aufenthalts nur zu Behandlungszwecken aufgehoben wird. Dagegen liess der Versicherte mit Schreiben vom 11. November 2016 durch seinen Anwalt fristgerecht Einsprache erheben, welche mit zusätzlicher Eingabe vom 16. November 2016 ergänzt wurde. Diese Einsprache wies die A. Krankenversicherung mit Einspracheentscheid vom 9. Februar 2017 vollumfänglich ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. März 2017 liess der Versicherte beantragen, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und er sei rückwirkend per 1. September 2016 in die Grundversicherung nach KVG bei der A. Krankenversicherung aufzunehmen. Mit Vernehmlassung vom 21. April 2017 beantragte die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Grundsätzlich muss sich jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz innert drei Monaten nach der Wohnsitznahme oder der Geburt in der Schweiz für Krankenpflege versichern lassen (Art. 3 Abs. 1 KVG bzw. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 [KVV; SR 832.102]). Auch Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung von mehr als drei Monaten nach Art. 32 und 33 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20) oder einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung von mehr als drei Monaten nach dem Freizügigkeitsabkommen oder dem EFTA-Übereinkommen unterstehen dem schweizerischen Krankenversicherungsobligatorium (Art. 1 Abs. 2 lit. a und f KVV). Gemäss Art. 1 Abs. 1 KVV bestimmt sich der Wohnsitz nach Art. 23 bis 26 des Zivilgesetzbuches (ZGB).

2.2 Der Bundesrat kann die Versicherungspflicht auf Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz ausdehnen, insbesondere auf solche, die in der Schweiz tätig sind oder dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 3 Abs. 3 lit. a KVG). Er kann aber auch Ausnahmen von der Versicherungspflicht vorsehen (Art. 3 Abs. 2 KVG). In Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 KVV werden jene Personenkategorien genannt, die zum Vornherein, d.h. ex lege, vom Versicherungsobligatorium ausgenommen sind. Artikel 2 Abs. 2 bis 8 KVV und Art. 6 Abs. 3 KVV nennen die Personen, die sich auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht befreien lassen können. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV hat der Bundesrat die Möglichkeit, Personen, die sich ausschliesslich zur ärztlichen Behandlung oder Kur in der Schweiz aufhalten, von der Versicherungspflicht auszunehmen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Ausnahmen vom Versicherungsobligatorium eng zu umschreiben seien; gemäss Botschaft des Bun-

desrates zum KVG sei das Versicherungsobligatorium kein Selbstzweck, sondern unverzichtbares Instrument zur Gewährleistung der Solidarität (RKUV 2000 Nr. KV 102 S. 20 Erw. 4c; BGE 129 V 77 Erw. 4.2; BGE 132 V 310 Erw. 8.3; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 3.1).

Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV können sich Personen, welche sich ausschliesslich zum Zweck ärztlicher Behandlung oder zur Kur in der Schweiz aufhalten, unabhängig von der Dauer einer Behandlung, der Tatsache einer Wohnsitznahme in der Schweiz oder der Art einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung nicht rechtswirksam der OKP anschliessen (Gebhard Eugster, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, S. 453). Ausschliesslichkeit ist gegeben, wenn andere Motive als Behandlungsziele für sich allein keinen Anlass zu einer Wohnsitzbegründung oder zur Erwirkung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz gegeben hätten (Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 5.2.2). Wer sich beispielsweise mit der Absicht in der Schweiz aufhält, nach der Behandlung umgehend wieder in ein ausländisches Domizil zurückzukehren, kann sich nicht versichern. Ebenso wenig bewirkt eine lange Behandlungs- und Aufenthaltsdauer in der Schweiz automatisch, dass man sich der OKP anschliessen kann. Dies würde den Sinn des Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV unterlaufen (sinngemäss Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 5.2.1). Nach einem unzulässigen Versicherungsbeitritt sind allenfalls bezogene Leistungen zurückzuerstatten und Prämien zurückzugeben (vgl. Gebhard Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], Zürich/Basel/Genf 2010, N 27 zu Art. 3 KVG).

3. Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer am 8. Juli 2016 mit seiner Frau in die Schweiz eingereist ist, um drei Monate lang seine Familie in der Gemeinde B. zu besuchen. Ebenso unbestritten ist, dass die Leukämie bereits anfangs 2015 diagnostiziert wurde und er in der Schweiz eine medizinische Zweitmeinung eingeholt und sich die Milz operativ hat entfernen lassen. Die Milzentfernung erfolgte bereits am 28. Juli 2016 und es wurde mit einer Chemotherapie begonnen, welche bis heute weitergeführt wird. Laut unbestrittenen Aussagen in der Verfügung vom 20. Oktober 2016 haben der Beschwerdeführer und seine Frau keinen eigenen Telefonanschluss und auch keine Bankverbindung in der Schweiz. Ebenso haben sie keine eigene Wohnung, sondern leben bei ihrer Tochter und deren Familie in der Gemeinde B. in einer Viereinhalb-Zimmer-Wohnung. Es wurden auch keine Unterlagen eingereicht, die beweisen würden, dass der Wohnsitz in China aufgegeben worden wäre. Der ursprünglich für einen vorübergehenden Aufenthalt eingereiste Beschwerdeführer und seine Frau liessen aber während ihres Besuchs in der Schweiz, am 6. September 2016, durch ihren Schwiegersohn beim Amt für Migration eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen.

(...)

3.2.1 (...) Aus den eingereichten Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer sich darum bemüht hat, Wohnsitz in der Gemeinde B. zu begründen und eine längerfristige Aufenthaltsbewilligung zu erlangen. Ebenso enthalten die Akten den Mietvertrag des Schwiegersohnes, der beweist, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau als Mitbewohner im Mietvertrag aufgenommen worden sind, und einen Fotobeweis, dass der Briefkasten neu beschriftet wurde. Der Rechtsvertreter verweist zudem darauf, dass das Ehepaar Prepaid-Handyverträge abgeschlossen habe und dass auch die Ehefrau bei einer anderen Krankenkasse einen Antrag auf Krankenversicherung gestellt habe. Auch wenn dem Gericht keine Beweise vorliegen, dass der frühere Wohnsitz des Beschwerdeführers in China aufgegeben wurde, darf nach dem Gesagten davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer plant bis auf weiteres in der Schweiz zu bleiben. Allein die Tatsache, dass er über keine eigene Bankverbindung in der Schweiz verfügt, vermag daran nichts zu ändern, insbesondere nicht, weil er und seine Ehefrau bei ihrer Tochter und deren Ehemann eingezogen sind und der Schwiegersohn im Gesuch um Familiennachzug vom 6. September 2016 selbst schreibt, dass die Eltern finanziell von ihnen abhängen würden. Es ist daher anzunehmen, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau in der Schweiz Wohnsitz begründet haben.

3.2.2 Was die Gründe für die Wohnsitznahme in der Schweiz anbelangen, führte der Beschwerdeführer selbst aus, dass er in der Tat ursprünglich nicht mit der Absicht dauernden Verbleibens in die Schweiz eingereist sei, sondern um hier eine medizinische Zweitmeinung einzuholen. Die Tatsachen, dass der Beschwerdeführer die Diagnose bereits anfangs 2015 erhalten hat, sich aber direkt sieben Tage nach der Einreise in die Schweiz an Dr. C. gewendet hat, sich am 28. Juli 2016 nach Bestätigung der Diagnose durch denselben die Milz entfernen lassen hat und dann sofort mit der Behandlung mit Vidaza begonnen hat, deuten darauf hin, dass die Einreise zum Zweck der medizinischen Behandlung erfolgte und nicht nur, um eine medizinische Zweitmeinung einzuholen. Dieser Eindruck wird durch den Umstand verstärkt, dass der Beschwerdeführer die Diagnose bereits seit längerer Zeit kannte und aufgrund dessen angenommen werden darf, dass ihm allfällige Behandlungsmethoden, welche bei seiner Krankheit in Frage kommen, schon vor der Einreise in die Schweiz bekannt waren. Höchstwahrscheinlich wusste er auch vor der Einreise, dass die durchschnittliche Lebenserwartung mit der Diagnose einer chronischen myelomonozytären Leukämie stark verkürzt ist. Aus den Akten geht zudem in keiner Weise hervor, dass er sich in China bereits hat behandeln lassen und dass er dort einer Krankenversicherung angeschlossen bzw. dass er gut versichert war. Falls mit der Behandlung seit der Diagnosestellung mehr als ein Jahr zugewartet wurde, um sich in der Schweiz erstmals behandeln zu lassen, würde dies auch stark dafür sprechen, dass die Wohnsitzbegründung in der Gemeinde B. zu Behandlungszwecken erfolgte. In keiner Weise geht aus den Akten hervor, dass er früher schon Interesse an einer Wohnsitzbegründung in der Schweiz gezeigt hätte. In casu ist das Gericht deshalb aus all den oben erwähnten Gründen der Meinung, dass

die medizinische Behandlung zweifelsohne eine zentrale Rolle bei der Motivation zur Wohnsitzbegründung gespielt hat.

3.2.3 Unter Hinweis auf Erw. 2.2. ist jedoch noch einmal daran zu erinnern, dass das Bundesgericht mit Urteil vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 5.2.2 ausgeführt hat, dass, sobald ein oder mehrere zusätzliche Gründe neben jenem der medizinischen Behandlung in der Schweiz eine Wohnsitzbegründung rechtfertigen würden, Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV nicht mehr anwendbar sei. Daher stellt sich vorliegend die Frage, ob nicht allenfalls auch andere Gründe als die medizinische Behandlung eine Wohnsitzbegründung hätten rechtfertigen können.

Der Beschwerdeführer selbst führte neben dem Motiv, sich in der Schweiz behandeln zu lassen, aus, er habe eine sehr enge Bindung zu seiner Tochter, dem Schwiegersohn und seinen Enkeln. Da die Enkel nun auch in der Schweiz eingeschult werden müssten, seien längere Aufenthalte der hier lebenden Familienangehörigen in China nicht mehr möglich. Er als Schwerkranker möchte seinen Lebensabend mit den hier lebenden Familienangehörigen verbringen können. Die Tatsache, dass sein Schwiegersohn die Kosten für die Einholung der Zweitmeinung, der Milzentfernung sowie der anschliessenden medikamentösen Behandlung von über Fr. 30'000.– übernommen habe, zeige, dass die Wohnsitznahme nicht zu Behandlungszwecken erfolgt sei, sondern aus familiären Gründen. Die Lebensumstände und die nur noch sehr begrenzte Lebenserwartung seien ausschlaggebend gewesen für die Begründung des Wohnsitzes in der Schweiz. Mit Entscheid des Bundesgerichts vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 5.2.3 wurde ein schwer krankes, damals fünf jähriges Mädchen in die OKP aufgenommen mit der Begründung, ihre Schwester sei in der Schweiz geboren worden, die Familie hätte eine Wohnung in der Schweiz bezogen und der Vater hätte eine Arbeitsstelle gefunden, weshalb genügend Anknüpfungspunkte zur Schweiz bestehen würden, die eine Wohnsitznahme neben der medizinischen Behandlung des Mädchens begründen könnten. Vorliegend lebt die Tochter des Beschwerdeführers mit ihrem Mann und den gemeinsamen Kindern in der Gemeinde B. Es haben gemäss unbestrittenen Aussagen des Beschwerdeführers in der Vergangenheit wiederholt gegenseitige Besuche stattgefunden, was darauf hindeutet, dass tatsächlich eine engere Bindung zwischen den Familienangehörigen besteht und auch vorher bereits bestand. Der Fakt, dass die Enkelkinder in der Schweiz eingeschult werden, verunmöglicht zwar nicht per se längere Besuche der hier lebenden Familienangehörigen in China. So wären beispielsweise längere Aufenthalte nach wie vor während den Schulferien möglich. Ebenso könnten der Beschwerdeführer und seine Frau, wenn sein Gesundheitszustand dies erlaubt, ohne Wohnsitz in der Schweiz zu begründen, ihre Familienangehörigen in der Schweiz besuchen. Allerdings geht es in casu nicht darum zu beweisen, dass der Beschwerdeführer und seine Frau auch ohne Wohnsitznahme in der Schweiz Kontakt zur hier ansässigen Familie haben könnten, sondern darum, dass es neben der medizinischen Behandlung andere Motive für eine Wohnsitzbegründung in

der Gemeinde B. gibt. Dass der Beschwerdeführer, der sich gemäss ärztlicher Einschätzung darauf einstellen muss, nicht mehr sehr lange leben zu können, seine letzten Lebensmonate mit seinen in der Schweiz lebenden Familienangehörigen verbringen möchte, erscheint dem Gericht jedenfalls nachvollziehbar. Wohl trifft es zu, dass der Beschwerdeführer ursprünglich mit der Absicht in die Schweiz eingereist ist, seine Tochter und deren Familie während drei Monaten zu besuchen und eine Zweitmeinung einzuholen, weshalb der Beschwerdeführer ursprünglich nicht mit der Absicht dauernden Verbleibs eingereist ist und eine Wohnsitzbegründung im Zeitpunkt der Einreise gerade noch nicht geplant war, obwohl der Beschwerdeführer bereits seit Mai 2015 wusste, dass er schwer krank ist. Nachdem die Diagnose einer chronisch myelomonozytären Leukämie (CMML) bestätigt wurde und dem Beschwerdeführer keine allzu lange Lebensdauer mehr prognostiziert wurde, erscheint es jedoch naheliegend, wenn sich der Beschwerdeführer in diesem Zeitpunkt dazu entschieden hat, seinen Lebensabend im Schosse seiner Familie zu verbringen und er zur Auffassung gelangt ist, dass eine Wohnsitznahme in der Schweiz die beste Lösung wäre, zumal in der Folge nicht nur der Beschwerdeführer selbst, sondern auch seine Ehefrau ihren Wohnsitz in der Schweiz bei den Angehörigen begründet hat. Dem Beschwerdeführer ist somit zuzustimmen, wonach für ihn und seine Ehefrau zumindest ab September 2016 die nur noch sehr begrenzte Lebenserwartung und die damit zusammenhängende Absicht, die noch verbleibende Zeit mit den in der Schweiz lebenden Familienangehörigen zu verbringen, für die Begründung des Wohnsitzes in der Schweiz und die Beantragung eines Aufenthaltsrechts im Rahmen des Familiennachzuges ausschlaggebend waren. Es mag sein, dass Schweizer Ärzte und Spitäler bei nicht obligatorisch Krankenversicherten auf die Vorauszahlung der Rechnungen beharren. Gemäss unbestritten gebliebenen Aussagen des Beschwerdeführers hat der Schwiegersohn die Behandlungskosten jedoch nicht nur vorgeschossen bzw. vorausgezahlt, sondern diese auch tatsächlich übernommen und zwar nicht nur diejenigen Kosten, die seit der Beantragung einer Aufnahme in die Krankenkasse angefallen sind, sondern auch die bereits vor der Entscheidung über den Verbleib in der Schweiz entstandenen Kosten von insgesamt mehr als Fr. 30'000.–. Die Tatsache, dass der Schwiegersohn diese Kosten bezahlt hat im Wissen, dass er diese nicht zurückerstattet erhalten wird, und er auch die im Nachgang zum Gesuch um Aufnahme in die OKP angefallenen Kosten übernommen hat, spricht gerade dafür, dass die Wohnsitznahme nicht ausschliesslich zur ärztlichen Behandlung auf Kosten der Krankenpflegeversicherung stattgefunden hat, sondern auch aus Gründen familiärer Unterstützung, zumal die anschliessenden Behandlungskosten im Verhältnis zu denjenigen vor der Beantragung einer Aufnahme in die Krankenkasse relativ bescheiden ausgefallen sind. Somit ist ein weiteres Motiv, welches die Wohnsitznahme begründet, nämlich die Tatsache, dass der Beschwerdeführer schwer krank ist und die ihm verbleibende Zeit möglichst intensiv mit seinen Verwandten in der Schweiz verbringen möchte, welche ihn auch unterstützen, vorliegend gegeben, weshalb genügend Anknüpfungspunkte zur Schweiz bestehen, die eine Wohnsitznahme neben der medizinischen Behandlung begründen können.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Abwägung der beiden Sachverhaltsdarstellungen die medizinische Behandlung durchaus einen entscheidenden Grund für die Wohnsitzbegründung in der Schweiz darstellte. Von entscheidender Bedeutung ist allerdings die Frage, ob von einer ausschliesslich krankenversicherungsbedingten Wohnsitzbegründung ausgegangen werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2008 9C_217/2007 Erw. 5.2.2 am Ende). Dies ist in casu zu verneinen, da der Beschwerdeführer, der gemäss ärztlicher Prognose nur noch beschränkte Zeit leben wird, seine ihm verbleibende Lebenszeit mit seiner Familie in der Schweiz verbringen möchte, zu welcher er bereits früher eine Beziehung gepflegt hat. Dies begründet einen weiteren Anknüpfungspunkt zur Schweiz, der eine Wohnsitzbegründung zu rechtfertigen vermag, weshalb sich der Beschwerdeführer nicht ausschliesslich zu Behandlungszwecken in der Schweiz aufhält. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist vollumfänglich gutzuheissen. Die Beschwerdegegnerin wird somit verpflichtet, den Beschwerdeführer rückwirkend per 1. September 2016 in die obligatorische Krankenpflegeversicherung aufzunehmen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2017, S 2017 35
Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht: 9C_546/2017

5.2 Art. 25-31 KVG i.V.m. Art. 32-34 KVG, Art. 17-19 KLV

Regeste:
Art. 25-31 KVG, 32-34 KVG und Art. 17-19 KLV – Zahnärztliche Behandlungen sind therapeutische Vorkehren am Kausystem (organischer Ansatzpunkt), wo hingegen bei einer Massnahme, die auf ein anderes therapeutisches Ergebnis als die Verbesserung der Funktion der Zähne gerichtet ist, eine ärztliche Behandlung vorliegt (Erw. 7.1). Bei der Wiederherstellung der Kaufähigkeit mittels Implantaten fallen therapeutisches Ziel und Ansatzpunkt zusammen, daher handelt es sich um eine zahnärztliche Behandlung (Erw. 7.2). Zahnärztliche Behandlungen werden durch die Versicherung nur gedeckt, wenn diese durch eine nicht vermeidbare Erkrankung des Kausystems (Erw. 8.2.1) oder wenn die Erkrankung am Zahnhalteapparat (Paradontopathie) aufgrund irreversibler Nebenwirkungen von Medikamenten (Erw. 8.2.3) bedingt sind.

Aus dem Sachverhalt:

Die bei der A. Kranken- und Unfallversicherung AG obligatorisch krankenpflegeversicherte B. litt im Februar 2015 aufgrund der Einnahme des Gichtmedikamentes Allopurinol an einer toxisch epidermalen Nekrolyse (sog. Lyell-Syndrom). Noch im

selben Monat mussten ihr mehrere Zähne extrahiert werden. Im August 2015 stellte Dr. med. dent. C. für die Zahnsanierung der Versicherten bei der A. AG ein Gesuch um Kostengutsprache in der Höhe von Fr. 35'729.60. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2016 verneinte die A. AG ihre Leistungspflicht. Die vom Versicherten dagegen erhobene Einsprache vom 10. Januar 2017 wies die A. AG mit Entscheid vom 7. März 2017 ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Wiederherstellung der Kaufähigkeit stelle eine zahnärztliche Leistung gemäss Art. 31 Abs. 1 KVG i.V.m. Art. 17 ff. KLV dar. Die Behandlung, für die Kostengutsprache beantragt worden sei, sei nicht wegen einer Erkrankung des Zahnhalteapparates aufgrund irreversibler Nebenwirkungen von Medikamenten (Art. 17 lit. b Ziff. 3 KLV) erfolgt. Es liege keine andere schwere, nicht vermeidbare Erkrankung des Kausystems nach Art. 17 KLV vor. Zwar habe Allopurinol bei der Versicherten ein sogenanntes Lyell-Syndrom ausgelöst; die Zähne seien aber nicht aufgrund einer Erkrankung des Zahnhalteapparates, sondern aufgrund eines von ihnen selbst ausgehenden Infektionsrisikos entfernt worden. Die zahnärztliche Behandlung sei sodann nicht durch eine im Katalog von Art. 18 KLV aufgeführte schwere Allgemeinerkrankung oder deren Folgen bedingt und sie diene nicht zur Unterstützung und Sicherstellung der allgemein ärztlichen Behandlung von einer der in Art. 19 KLV aufgeführten Krankheiten. Damit fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für die Bejahung einer Leistungspflicht für die Wiederherstellung der Kaufähigkeit. Beschwerdeweise gelangte B. daraufhin an das Verwaltungsgerichts des Kantons Zug und beantragte die Kostenübernahme für die Wiederherstellung ihrer Kaufähigkeit. Mit Vernehmlassung vom 6. Juni 2017 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1 Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung haben die anerkannten Krankenkassen die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG nach Massgabe der in Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen zu übernehmen (Art. 24 KVG). Die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG umfassen einerseits solche, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG), wozu nach dem Leistungskatalog des Art. 25 Abs. 2 KVG in erste Linie die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim, sowie die Pflegeleistungen, die in einem Spital von Ärzten oder Ärztinnen, Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen und Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin bzw. eines Chiropraktors oder einer Chiropraktorin durchgeführt werden, gehören (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG). Bedingung für die Übernahme der Kosten der im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen ist nach Art. 32 Abs. 1 KVG ihre Wirksamkeit und Zweckmässigkeit sowie ihre Wirtschaftlichkeit.

4.2 Die zahnärztlichen Behandlungen sind in Art. 25 KVG nicht aufgeführt. Die Kosten dieser Leistungen sollen im Krankheitsfall der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur in eingeschränktem Masse überbunden werden (Urteil des BGer vom 30. April 2002 K 152/01 Erw. 1a). In Art. 31 Abs. 1 lit. a-c KVG sieht das Gesetz jedoch für die zahnärztliche Behandlung aufgrund einer nicht vermeidbaren und schweren Erkrankung des Kausystems, für die zahnärztliche Behandlung aufgrund einer schweren Allgemeinerkrankung mit Auswirkungen auf das Kausystem und für zahnärztliche Eingriffe zum Ermöglichen der Behandlung einer schweren Allgemeinerkrankung Ausnahmen vor, die vom Verordnungsgeber in Art. 17 bis 19a der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) vom 29. September 1995 (SR 832.112.31) konkretisiert worden sind. In Art. 17 bis 19a KLV sind die zahnärztlichen Pflichtleistungen abschliessend aufgezählt (statt vieler: BGE 130 V 464 Erw. 2.3). Liegt kein Tatbestand gemäss Art. 17 bis 19a KLV vor, besteht keine Kostenübernahmepflicht für die betreffend zahnärztliche Behandlung (Gebhard Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 1. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 31 Rzn 1 ff. mit Hinweisen).

4.3 Treffen mehrere medizinische Massnahmen zusammen, die gleichzeitig verschiedene, jedoch unter sich zusammenhängende Zwecke verfolgen, die für sich allein genommen mit Bezug auf ihre Qualifikation als Pflichtleistung oder Nichtpflichtleistung unterschiedlich zu beurteilen wären (Behandlungskomplex), so ist zu prüfen, ob sich die einzelnen Vorkehren nicht voneinander trennen lassen, ohne dass dadurch die Erfolgsaussichten gefährdet würden. Ist das der Fall und dominiert die nicht kassenpflichtige Leistung und steht die kassenpflichtige in ihrem Dienst, ist grundsätzlich der gesamte Behandlungskomplex Nichtpflichtleistung. Dominiert dagegen die kassenpflichtige Leistung, sind sämtliche Massnahmen Pflichtleistung. Treffen kassenpflichtige und nicht kassenpflichtige Massnahmen ohne sachlichen Konnex zusammen, ist eine Kostenausscheidung vorzunehmen und die obligatorische Krankenpflegeversicherung nur mit den kassenpflichtigen zu belasten (Eugster, a.a.O., Art. 25 Rz 70).

(...)

6.1 Die Kosten für die Extraktion der Zähne übernahm die Beschwerdegegnerin im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gemäss Art. 25 KVG, weil diese Massnahme eine ärztliche Zielsetzung, nämlich die Vermeidung von (weiteren) Infektionen bei einer vom Lyell-Syndrom betroffenen Patientin, hatte.

(...)

7. Während die Beschwerdegegnerin der Ansicht ist, die Wiederherstellung der Kau-

fähigkeit stelle eine zahnärztliche Behandlung dar, für welche die gesetzliche Grundlage fehle und die in der Form gemäss Kostenschätzung von Dr. C. vom 25. August 2015 überdies nicht wirtschaftlich im Sinne von Art. 32 KVG wäre, stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die Wiederherstellung der Kaufähigkeit sei die adäquat kausale Folge der Extraktion der Zähne, stelle mithin eine untrennbare Einheit zur Extraktion dar, weshalb auch die Wiederherstellung als ärztliche Behandlung zu qualifizieren und von der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 25 KVG zu bezahlen sei.

7.1 Zur Abgrenzung zwischen ärztlicher (Art. 25 KVG) und zahnärztlicher (Art. 31 KVG) Behandlung sind der organische Ansatzpunkt und die therapeutische Zielsetzung der Behandlung massgebend. Zahnärztliche Behandlungen sind therapeutische Vorkehren am Kausystem (organischer Ansatzpunkt). Dieses umfasst die Zähne, den Zahnhalteapparat sowie die Organbereiche, die ein künstliches Gebiss aufzunehmen haben. Ist die Massnahme auf ein anderes therapeutisches Ergebnis als die Verbesserung der Funktion der Zähne gerichtet (therapeutische Zielsetzung), liegt ärztliche Behandlung vor, und zwar selbst dann, wenn die Behandlung beim Kausystem ansetzt. Ist die Zuordnung nicht eindeutig, kommt der therapeutischen Zielsetzung das grössere Gewicht zu (Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, a.a.O., Art. 31 Rz 35 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung [insbesondere auf den von der Beschwerdeführerin erwähnten BGE 128 V 143]).

7.2 Die in casu vorgesehene Wiederherstellung der Kaufähigkeit mittels acht Implantaten setzt ganz klar im Zahnhalteapparat an. Beim Implantat als Zahnersatz handelt es sich um eine künstliche Zahnwurzel, die in den Kieferknochen als Ersatz für die eigene Zahnwurzel bzw. als Zahnwurzelersatz[1] eingesetzt wird. Sodann ist es therapeutisches Ziel dieser rekonstruktiven Massnahme, die Kaufähigkeit wiederherzustellen bzw. zu verbessern, dürfte doch das Kauen bei elf fehlenden Zähnen zwar nicht unmöglich, doch eher beschwerlich sein. Damit fallen – anders als im von der Beschwerdeführerin zur Begründung angeführten BGE 128 V 143 – der Ansatzpunkt und die therapeutische Zielsetzung zusammen. Bei der hier strittigen Massnahme – Erstellung künstlicher Zahnwurzeln bzw. Rekonstruktion fehlender Zähne – handelt es sich somit zweifellos um eine zahnärztliche Behandlung. Nichts anderes gilt für die Wiederherstellung der Kaufähigkeit mittels einer Zahnprothese.

Liegt also eine zahnärztliche Behandlung vor, so stellt sich weiter die Frage, ob diese durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 KVG zu übernehmen ist.

8.

[1] vgl. https://www.optimale-zahnbehandlung.ch/index.php/zahnersatz/zahnimplantat

8.1 Die Beschwerdeführerin litt unbestrittenermassen an einem Lyell-Syndrom. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kosten ihrer zahnärztlichen Behandlung gestützt auf einerseits Art. 17 lit. b Ziff. 3 KLV, andererseits auf Art. 18 KLV bzw. 19 KLV von der Beschwerdegegnerin zu übernehmen seien. Dies weil sie an einer schweren Allgemeinerkrankung, am Lyell-Syndrom, gelitten habe und die Zahnextraktion eine unvermeidbare Folge davon gewesen sei. Zu Unrecht sei ihre schwere Allgemeinerkrankung vom Leistungskatalog gemäss KLV nicht erfasst, was aber nicht erstaune, handle es sich doch beim Lyell-Syndrom um ein sog. «orphan disease». Das Gericht habe aber die Möglichkeit zu prüfen, ob eine Krankheit in den entsprechenden KLV-Bestimmungen zu Unrecht nicht erfasst sei. Es obliege somit dem Gericht, den Leistungskatalog gemäss KLV zu ergänzen, zumal die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 18 f. KLV erfüllt seien.

8.2 In BGE 124 V 185 hat das Bundesgericht entschieden, dass die in Art. 17-19 KLV erwähnten Erkrankungen, welche von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmende zahnärztliche Behandlungen bedingen, abschliessend aufgezählt sind. Daran hat es in ständiger Rechtsprechung festgehalten (vgl. BGE 130 V 464 Erw. 2.3 mit Hinweisen; Urteil des BGer 9C_253/2011 vom 3. Juni 2011, Erw. 1.2).

8.2.1 Die Art. 17 und 18 KLV regeln die Übernahme der Kosten für die zahnärztliche Behandlung für den Fall, dass diese entweder durch eine schwere, nicht vermeidbare Erkrankung des Kausystems oder durch eine schwere Allgemeinerkrankung oder ihre Folgen bedingt ist; Art. 19 KLV umfasst die Übernahme der Kosten der zahnärztlichen Behandlung, die zur Behandlung einer schweren Allgemeinerkrankung oder ihrer Folgen notwendig ist. Für die Frage der anwendbaren Rechtsgrundlage kommt es somit darauf an, ob die schwere Erkrankung des Kausystems (Art. 17 KLV) oder die schwere Allgemeinerkrankung oder deren Behandlung (Art. 18 KLV) Ursache des Zahnleidens ist, oder ob die zahnärztliche Versorgung notwendiger Bestandteil der Behandlung einer schweren Allgemeinerkrankung darstellt (Art. 19 KLV) (Urteile des BGer K 11/06 vom 11. Juli 2006 Erw. 1; K 98/05 vom 30. Januar 2006 Erw. 2.1; K 64/04 vom 14. April 2005 Erw. 3.1 und 3.2; je mit Hinweisen).

8.2.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sind die Kosten für die vorliegend geplante zahnärztliche Behandlung von der Beschwerdegegnerin weder gestützt auf Art. 19 KLV noch Art. 18 KLV zu übernehmen. Sinn von Art. 19 KLV ist nach dem klaren Wortlaut die Unterstützung und Sicherung der ärztlichen Behandlung der darin aufgelisteten schweren Allgemeinerkrankungen, deren erfolgreiche Therapie unter Umständen eine zahnärztliche Behandlung voraussetzt (vgl. Urteil des BGer 9C_675/2007 vom 6. Februar 2008, Erw. 4.2). Weder stellt die Wiederherstellung der Kaufähigkeit eine unterstützende oder sicherstellende Massnahme der Behandlung des Lyell-Syndroms dar, zumal das Lyell-Syndrom inzwischen nicht mehr vorliegt, noch ist das Lyell-Syndrom in Art. 19 KLV als schwere Allgemein-

erkrankung aufgelistet. Letzteres gilt auch für Art. 18 KLV, wo das Lyell-Syndrom nicht erfasst ist. Eine Leistungspflicht gestützt auf Art. 18 oder Art. 19 KLV ist somit klar zu verneinen.

Soweit die Beschwerdeführerin das Gericht darum ersucht, die Aufnahme ihres Leidens (Lyell-Syndrom) in die Krankheitsliste von Art. 18 KLV zu prüfen, hat sich das Bundesbericht schon verschiedentlich zur Rolle der Rechtsprechung in dieser Hinsicht geäussert und festgehalten, im Rahmen seiner Überprüfungsbefugnis von Verordnungen sei es ihm nicht verwehrt, der Fragen nachzugehen, ob eine Krankheit in Art. 18 KLV zu Unrecht nicht aufgeführt sei. Dabei hat es sich jedoch grosse Zurückhaltung auferlegt und es stets abgelehnt, eine Aufnahme weiterer Leiden in die Liste der Krankheiten von Art. 18 KLV ernsthaft in Prüfung zu ziehen. Begründend führte es aus, zum einen handle es sich bei der Krankenpflege-Leistungsverordnung um eine departementale Verordnung, deren Änderung und fortlaufende Anpassung an die Bedürfnisse der Praxis einfach sei. Zum anderen liege der Aufzählung von Krankheiten in Art. 18 KLV eine Konsultation der Eidg. Kommission für allgemeine Leistungen zugrunde. Eine richterliche Ergänzung der Liste würde ohnehin eine vorgängige Anhörung von Experten voraussetzen, was geraume Zeit in Anspruch nähme und erst noch den Nachteil hätte, dass im Falle einer richterlichen Ergänzung die Liste der Krankheiten nicht auf einheitlicher fachmännischer Beurteilung beruhte (BGE 124 V 185 Erw. 6). Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was Anlass geben könnte, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, Art. 18 und 19 KLV seien verfassungswidrig, weil sie dem Legalitätsprinzip von Art. 5 BV und Art. 7 EMRK nicht stand hielten, ist so wenig nachvollziehbar wie der Vorwurf an die Beschwerdegegnerin, sie verletze mit ihrem Verhalten ihre Gesundheit, was als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 6 i.V. mit der Präambel EMRK und Art. 3 EMRK zu qualifizieren sei. Dass die Kostenübernahme der zahnärztlichen Leistungen, welche doch im Allgemeinen nicht von der Krankenpflegeversicherung zu decken sind, in einer Verordnung und nicht in einem Gesetz geregelt ist, stellt keine Verletzung des Legalitätsprinzips dar und erscheint gegenteils sinnvoll, weil so eine Anpassung an die Bedürfnisse der Praxis viel schneller vollzogen werden kann, als wenn die Aufzählung der schweren Allgemeinerkrankungen in einem Gesetz erfolgt wäre. Soweit die Beschwerdegegnerin die Kosten für die zahnärztliche Leistung abgelehnt hat, verletzt sie auch nicht die Gesundheit der Beschwerdeführerin, geht es doch längst nicht mehr um die Behandlung des Lyell-Syndroms.

8.2.3 Somit bleibt zu prüfen, ob die vorliegend zur Diskussion stehende zahnärztliche Behandlung unter Art. 17 lit. b Ziff. 3 KLV fällt, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Demnach hätte die Beschwerdegegnerin die Kosten der zahnärztlichen Behandlung zu übernehmen, die durch eine Erkrankung am Zahnhalteapparat (Paradontopathie) aufgrund irreversibler Nebenwirkungen von Medikamenten bedingt ist.

8.2.3.1 In Würdigung der vorliegenden Akten ist festzuhalten, dass die Ärzte der Klinik für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie des F. Spitals – die die Extraktion der Zähne am 26. Februar 2015 vorgenommen hatten – im gleichentags erstellten Operationsbericht festhielten, dass sie bei der Operation den Sinus (gemeint: Sinus maxillaris) links mittels Endoskopie dargestellt hätten und die Schleimhaut sich stark entzündet und teilweise polypös gezeigt habe. Im Hospitalisationsbericht vom 6. Mai 2015 führten die Ärzte der G. Klinik diesen Operationsbefund als Nebendiagnose «St.n. eitriger Sinusitis maxillaris links» auf und hielten dazu fest, diese Sinusitis könnte differenzialdiagnostisch dentogen gewesen sein. Gestützt auf diese echtzeitlichen Feststellungen und die Differenzialdiagnose führte Prof. H. am 30. September 2015 beurteilend aus, dass die Erstdiagnose einer eitrigen Sinusitis am 26. Februar 2015 unabhängig vom Lyell-Syndrom gestellt worden sei. Die Ärzte des F. Spitals hielten am 26. Mai 2016 ergänzend zu ihrem OP-Bericht vom 26. Februar 2015 fest, die Zähne, welche noch konservierend zu erhalten gewesen seien, hätten im Rahmen der intensivstationspflichtigen toxischen epidermalen Nekrolyse am 26. Februar 2015 extrahiert werden müssen, um mögliche Infektionsherde zu eliminieren.

8.2.3.2 Weder die Operateure des F. Spitals noch ein anderer im vorliegenden Fall involvierter Facharzt sprachen von einer durch das Lyell-Syndrom (welches durch Medikamente verursacht wurde, vgl. Erw. 6 oben) aufgetretenen Zahnproblematik. Gegenteils kann aus der Aussage der behandelnden Ärzte, dass die Zähne konservierend zu erhalten gewesen wären, geschlossen werden, dass der Zahnhalteapparat nicht krank war und die Zähne eben gerade nicht extrahiert werden mussten, weil ein dentogenes Problem vorlag, sondern um mögliche, für die Heilung des Lyell-Syndroms offenbar (lebens-)gefährliche, teils schon vorhandene (Sinusitis maxillaris links) und noch mögliche Infektionsherde zu eliminieren. Dies wurde denn genau so kommuniziert. Soweit der Hausarzt Dr. I. in seinem Bericht vom 20. Juli 2016 zuhanden des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vorbrachte, die Zähne hätten während der Hospitalisation zu wackeln begonnen, was vorher nicht der Fall gewesen sei, vermag er damit auch nicht zu belegen, dass durch das medikamentös verursachte Lyell-Syndrom eine Zahnproblematik aufgetreten sei, zumal er zugleich zu bedenken gab, dass die Zähne der Beschwerdeführerin vor der Erkrankung nicht regelmässig kontrolliert resp. auch nicht dokumentiert oder bei Bedarf saniert worden seien. Schliesslich ist bei dieser Aussage mitzuberücksichtigen, dass erfahrungsgemäss ein Hausarzt im Zweifel wohl eher zu Gunsten seines Patienten aussagt (vgl. Erw. 4.4 oben).

Es steht somit zweifelsfrei fest, dass die am 26. Februar 2015 erfolgten Zahnextraktionen zwar im Zusammenhang mit dem Lyell-Syndrom standen, indes nicht wegen eines durch das medikamentös versursachten Lyell-Syndroms geschädigten Zahnhalteapparates, sondern – wie die Beschwerdegegnerin immer wieder korrekt ausführte – zur Vermeidung von Infektionen der durch das Lyell-Syndrom anfälligeren

Patientin, notwendig waren. Ob der bei der Extraktion der Zähne vorhandene Infekt, d.h. die Sinusitis maxillaris links, durch das Lyell-Syndrom verursacht worden oder allenfalls vorbestehend (dentogen) war, darüber kann nur spekuliert werden, so wie dies die Ärzte aktenkundig auch taten. Konnte diese Frage aber schon echtzeitlich nicht beantwortet werden, so wird man diese auch nachträglich nicht mehr beantworten können, ohne in Spekulationen zu verfallen. Auf die weiteren weitschweifigen Ausführungen der Parteien zu diesem Thema bzw. zum Sachverhalt ist somit nicht weiter einzugehen, insbesondere kann der Beschwerdegegnerin keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 43 Abs. 1 ATSG vorgeworfen werden, durfte sie sich doch auf die echtzeitlichen und ergänzenden Aussagen der operierenden Ärzte des F. Spitals abstützen. Von weiteren medizinischen Abklärungen ist in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen, so dass auch der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung eines polydisziplinären Gutachtens abzuweisen ist.

8.3 Zusammenfassend steht aufgrund der Ausführungen fest, dass die zahnärztliche Behandlung nicht unter Art. 31 Abs. 1 KVG i.V. mit Art. 17, 18 und 19 KLV fällt, mithin die Beschwerdegegnerin eine Übernahme der Kosten der zahnärztlichen Behandlung (Implantatversorgung bzw. Zahnprothese) zu Lasten der obligatorischen Grundversicherung zu Recht verneint hat.

9. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend machen lässt, Extraktion und Wiederherstellung stünden in einem engen Sachzusammenhang, weshalb diese aufgrund der Kausalität leistungsmässig gleich zu behandeln seien, kann sie nicht gehört werden, handelt es sich doch vorliegend um zwei völlig verschiedene (zahn)ärztliche Behandlungen, welche – wie erfolgt – unabhängig voneinander zu beurteilen sind, sind die Erfolgsaussichten durch eine getrennte Behandlung doch nicht gefährdet (vgl. dazu Erw. 4.3 oben). Wie die Beschwerdegegnerin dazu mit Verweis auf einen höchstrichterlichen Entscheid (Urteil des EVG vom 19. Dezember 2001 K 111/1999), welcher doch genau die vorliegende Problematik thematisiert, zu Recht ausführte, gibt es nämlich durchaus Konstellationen wie die vorliegende, dass eine Zahnextraktion eine medizinische Pflichtleistung darstellt, ohne dass danach rekonstruktive Massnahmen zur Wiederherstellung der Kaufähigkeit per se von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sind. Im erwähnten bundesgerichtlichen Fall wurde die zur Zystenoperation gehörende Behandlung der Ursache (Wurzelbehandlung, Resektion und Extraktion) als Pflichtleistung, nicht aber die rekonstruktiven Massnahmen am betroffenen Zahn, qualifiziert.

10. Zusammenfassend erweist sich damit die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

An dieser Stelle ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass auch bei einer Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin sehr fraglich wäre, ob die Implantat-

Variante zu übernehmen wäre, rechtfertigen doch die WZW-Kriterien gemäss Art. 32 KVG lediglich die Übernahme einer kostengünstigeren Variante (so bspw. die Versorgung mittels Zahnprothese[n]).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. September 2017, S 2017 42
Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht: 9C_725/2017

5.3 Art. 37 Abs. 4 ATSG

Regeste:
Art. 37 Abs. 4 ATSG – Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn die Partei bedürftig ist, die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen und die Vertretung im konkreten Fall sachlich geboten ist, was bei einem drohenden, besonders starken Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen zu bejahen ist (Erw. 3.1 f.). In casu geht es um die Klärung, ob überhaupt ein Leistungsanspruch besteht und nicht um eine angedrohte Aufhebung einer Leistung, weshalb kein drohender besonders starker Eingriff vorliegt (Erw. 4). Zur Prüfung der Erforderlichkeit ist auf die Schwierigkeit des Falles und die Verfahrensphase abzustellen (Erw. 5.1). Bei einer Rückweisung an die IV-Stelle und bei unterlassenem Einbezug der Beschwerdeführerin zur Stellung von Zusatzfragen an den Gutachter ist die Komplexität erhöht und ausreichend für die Notwendigkeit einer Verbeiständung, weshalb in casu die Voraussetzungen für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand erfüllt sind (Erw. 5.2.2 f.).

Aus dem Sachverhalt:

Die 1984 geborene Versicherte A. meldete sich am 13. Juli 2007 unter Angabe von seit 2002 bestehenden psychischen Problemen bei der Invalidenversicherung zum Bezug von Leistungen an. Die IV-Stelle Zug gewährte ihr daraufhin Berufsberatung und Abklärung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten und übernahm Umschulungskosten sowie die Kosten für verschiedene Kurse. Nachdem die IV-Stelle Zug der Versicherten mit Vorbescheid vom 4. September 2014 eine Viertelsrente zugesprochen und die Versicherte dagegen Einwand erhoben hatte, entschied die IV-Stelle Zug am 23. August 2016 gestützt auf ein Gutachten von Dr. B., die Versicherte habe keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Die gegen den Entscheid der IV-Stelle Zug vom 23. August 2016 von Rechtsanwalt C. eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit Urteil S 2016 112 vom 27. April 2017 insoweit gut, als es die Verfügung vom 23. August 2016 aufhob und die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum abschliessenden Neuentscheid an die IV-Stelle Zug zurückwies. Die IV-Stelle Zug wurde aufgefordert,

sich intensiver mit dem gescheiterten Arbeitsversuch bzw. mit der gescheiterten Anstellung der Versicherten bei der Z. AG vom 11. Juni 2013 bis 31. Oktober 2014 auseinanderzusetzen, um die Arbeits- und Leistungsfähigkeit der Versicherten besser beurteilen zu können. Zu diesem Zweck sollten entsprechende Rückfragen erfolgen.

Rechtsanwalt C. stellte am 1. Juni 2017 bei der IV-Stelle Zug für die Versicherte das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass die versicherte Person Zusatzfragen stellen könne und danach zum Ergänzungsgutachten Stellung genommen werden müsse, weshalb offenkundig kein einfacher Fall mehr vorliege. Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2017 wies die IV-Stelle Zug das Gesuch ab und begründete dies damit, der Rahmen der Abklärung, welche durch die Rückweisung durch das Verwaltungsgericht zu erfolgen habe, sei begrenzt und eng gesteckt. Die IV-Stelle sei verpflichtet, beim Gutachter Rückfragen zum Einfluss der Erfahrungen aus dem Arbeitsversuch und der Anstellung der Versicherten bei der Z. AG zu stellen. Ein umfassendes Ergänzungsgutachten sei nicht notwendig. Es fehle somit an der erforderlichen Komplexität der Sache. Es seien weder anspruchsvolle Verfahrensvorschriften anzuwenden noch sei der zu klärende Sachverhalt unübersichtlich. Bei diesen Verhältnissen sei eine anwaltliche Verbeiständung nicht erforderlich.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Juni 2017 liess A., vertreten durch Rechtsanwalt C., die Anträge deponieren, die Zwischenverfügung vom 9. Juni 2017 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei für das Verwaltungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichneten zu bewilligen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der gesuchstellenden Person im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren wird gewährt, wenn die Partei bedürftig ist, die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen und die Vertretung im konkreten Fall sachlich geboten ist (vgl. Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung, BV).

3.2 Beim Erfordernis der Notwendigkeit einer Rechtsvertretung im Verwaltungsverfahren wird ein strenger Massstab angelegt. Wo eine an den Untersuchungsgrundsatz gebundene Behörde wie die Sozialversicherungsorgane im Verwaltungsverfahren über das Leistungsgesuch einer versicherten Person zu befinden hat, erscheint die Mitwirkung eines Rechtsanwaltes regelmässig als nicht erforderlich. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung entfällt insbesondere, wenn die gel-

tend gemachten Leistungsansprüche durch das normale Abklärungsverfahren ausgewiesen werden beziehungsweise die Verwaltung dem Leistungsgesuch entspricht. Sodann drängt sich eine anwaltliche Verbeiständung nur in Ausnahmefällen auf, wenn schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt (BGE 132 V 200 Erw. 4.1, 125 V 32 Erw. 2, 114 V 228 Erw. 5b). Entscheidend ist auch die sachliche Gebotenheit der unentgeltlichen Rechtsvertretung im konkreten Fall. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist. Die Offizialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 125 V 32 Erw. 4b mit Hinweisen)

4. Vorab gilt es somit zu prüfen, ob im laufenden Verwaltungsverfahren ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin droht, welcher eine anwaltliche Rechtsverbeiständung rechtfertigen würde (BGE 125 V 32, Erw. 4b, der auch in invalidensicherungsrechtlichen Entscheiden beigezogen wird, namentlich im Urteil des BGer vom 6. Januar 2016 8C_246/2015, Erw. 2.1). Vorliegend geht es nicht um eine angedrohte Aufhebung einer zuvor erteilten Leistung, sondern darum, zu klären, ob überhaupt ein Leistungsanspruch besteht. Bei dieser Sachlage kann nicht von einem drohenden besonders starken Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin gesprochen werden. Allein aus diesem Grund ist daher eine anwaltliche Rechtsverbeiständung nicht angezeigt.

5. Im Folgenden ist zu prüfen, ob es sich um einen komplexen Fall handelt, bei dem besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Beschwerdeführerin, auf sich alleine gestellt, nicht gewachsen ist.

5.1 Bei der Prüfung der Erforderlichkeit ist auf die Schwierigkeit des Falles und auf die Verfahrensphase abzustellen (BBl 1999 4595, BGE 132 V 200, Erw. 4.1, SVR 2000 IV Nr. 18, Erw. 2a). Das Bundesgericht bejahte beispielsweise die Komplexität – und damit die Erforderlichkeit – in einem Verfahren, bei welchem im Rahmen der Rückweisung an die IV-Stelle die zufallsbasierte Zuweisung zu einer Gutachterstelle nicht zur Anwendung gelangte. Als Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen aus, die Partizipationsrechte der versicherten Person liessen im Rahmen einer gerichtlich erstrittenen Rückweisung zwecks Wiederaufnahme des Verwaltungsverfahrens zur erneuten medizinischen Begutachtung besondere Umstände erkennen, welche die Sache als nicht (mehr) einfach und somit eine anwaltliche Vertretung als notwendig erscheinen liessen. Die Beachtung der Verfahrensgarantien sei in dieser Konstellation bei mono- und bidisziplinären Expertisen umso wichtiger

und die prozessuale Chancengleichheit bei der Auswahl der Fachdisziplinen und der Gutachterfragen besonders bedeutsam (Urteil des BGer vom 18. November 2014 8C_557/2014, Erw. 5.2.1. m.w.H. insbesondere auf das Urteil des BGer vom 16. Dezember 2013 9C_692/2013, Erw. 4.2). Weiter bejahte das Bundesgericht eine erhöhte Komplexität bei einem komplexen psychischen Beschwerdebild, bei dem es um die Bestreitung des Umfangs des Rentenanspruchs unter Anwendung der nicht leicht zu verstehenden gemischten Methode ging (SVR 2009 IV Nr. 48, Erw. 4.4.2), oder in einem langwierigen Verfahren, in dem zuerst über einen Rentenanspruch entschieden wurde, aber anschliessend verschiedene medizinische Abklärungen gemacht werden mussten, da die vorherige Abklärung nicht genügend war und die Stellungnahme zu den vorgesehenen Fragen als komplex bezeichnet werden musste und sich das Verfahren nicht mehr in einer frühen Phase befand (SVR 2009 IV Nr. 5, Erw. 2.2).

5.2

5.2.1 Vorliegend stellt sich die Situation wie folgt dar: Im dem Verwaltungsgerichtsverfahren vorangegangenen Verwaltungsverfahren stellte die Beschwerdeführerin kein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Ein solches Gesuch wäre wohl auch nicht bewilligt worden, weil die Voraussetzungen mangels Komplexität zu diesem Zeitpunkt vermutlich nicht erfüllt waren. Erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zog die Beschwerdeführerin einen Anwalt bei, und ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wurde gestützt auf Art. 61 lit. f ATSG i.V.m. § 27 VRG bewilligt. Ab diesem Zeitpunkt stand ihr Rechtsanwalt C. zur Seite. Mit seinem Urteil S 2016 112 vom 27. April 2017 entschied das Verwaltungsgericht, die notwendigen Rückfragen beim Gutachter nicht selber zu stellen, sondern die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum anschliessenden Neuentscheid an die IV-Stelle Zug zurückzuweisen. Somit stellt sich die Situation anders dar, als in einem erstmaligen Verwaltungsverfahren, bei welchem das Gericht noch nicht eingeschaltet ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst ein Rückweisungsentscheid das Verfahren nicht ab, sondern stellt einen Zwischenentscheid dar (BGE 137 V 314 Erw. 1). Mithin ist beim nun durch die IV-Stelle zu erfolgenden Verfahren von einem mit dem Verwaltungsgerichtsverfahren zusammenhängenden Verfahren zu sprechen, in welchem die Beschwerdeführerin ebenfalls bereits auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zählen konnte. In dieser Situation ist es daher angezeigt, bei der Anwendung von Art. 37 Abs. 4 ATSG einen weniger strengen Massstab anzulegen, als wenn es sich um ein Verfahren handelt, bei welchem das Verwaltungsgericht noch in keiner Weise einbezogen war.

5.2.2 Ebenfalls in Betracht zu ziehen ist, dass das Bundesgericht bei Fällen, in welchen das kantonale Versicherungsgericht eine Rückweisung zu weiteren Abklärungen anordnete, die unentgeltliche Rechtsverbeiständung schon wiederholt bejahte, auch wenn einzuräumen ist, dass der Sachverhalt in dem von der Beschwerdefüh-

rerin angeführten Bundesgerichtsurteil 9C_692/2013 nicht vollständig mit demjenigen im vorliegenden Fall verglichen werden kann, da die im höchstrichterlichen Urteil dargestellte Situation erfahrungsgemäss zu einer grösseren Komplexität führt, als sie sich hier ergibt. Das Gleiche gilt für das ebenfalls von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Urteil S 2016 65 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug. Durch die Rückweisung an die IV-Stelle hat sich aber auch im vorliegenden Fall die Komplexität fraglos erhöht. Jedenfalls ist sie inzwischen höher, als sie es noch im ersten Verwaltungsverfahren war.

5.2.3 Einen weiteren wesentlichen Punkt, um die unentgeltliche Rechtsverbeiständung im vorliegenden Fall zu bejahen, stellt für das Gericht die Tatsache dar, dass es die Beschwerdegegnerin unterlassen hat, die Beschwerdeführerin einzubeziehen, bevor sie dem Gutachter die Zusatzfragen stellte. Das wäre jedenfalls vor dem Hintergrund von BGE 136 V 113 (Urteil 8C_408/2009 vom 25. Mai 2010, Erw. 5.4) angezeigt gewesen. Danach hat der Versicherungsträger, welcher einer Gutachtensperson Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen zu stellen gedenkt, auch in Verfahren, welche mittels durch Einsprache anfechtbare Verfügung abgeschlossen werden, die versicherte Person vorgängig darüber zu informieren und ihr Gelegenheit zu geben hat, auch ihrerseits solche Fragen zu stellen. Stattdessen stellte die Beschwerdegegnerin dem Rechtsvertreter kommentarlos eine Kopie des Schreibens an den Gutachter, in welchem die Ergänzungsfragen enthalten waren, zu. Es darf vermutet werden, dass die Beschwerdeführerin ohne anwaltliche Vertretung nicht davon ausgegangen wäre, dass es ihr erlaubt wäre, von sich aus dem Gutachter Ergänzungsfragen zu stellen, insbesondere weil die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin nicht dazu aufgefordert wurde. Dieses Vorgehen bezeugt, dass eine Rechtsverbeiständung offenbar tatsächlich erforderlich ist, weil die Beschwerdeführerin sonst nicht zurechtkäme.

5.2.4 Ebenfalls zu beachten ist, dass das Bundesgericht schon zu Zeiten, zu denen eine unentgeltliche Vertretung nicht für das ganze Verwaltungsverfahren möglich war, diese jedenfalls spätestens dann zuliess, wenn im Verwaltungsverfahren Elemente eines streitigen Verfahrens auszumachen waren, wie das z. B. beim Vorbescheidverfahren der Fall ist. Vorliegend handelt es sich bereits seit Längerem um ein streitiges Verfahren, weshalb analog der erwähnten früheren Rechtsprechung die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung weniger streng zu handhaben ist als im nicht streitigen Vorverfahren.

5.2.5 Im Sinne einer Gesamtwürdigung kommt daher das Gericht zur Überzeugung, dass der vorliegende Fall einen Schwierigkeitsgrad erreicht hat, der eine anwaltliche Verbeiständung rechtfertigt. Nachdem der Beschwerdeführerin mit verwaltungsgerichtlicher Verfügung vom 5. Juli 2017 für das vorliegende Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt wurde, ist davon auszugehen, dass die finanzielle Bedürftigkeit auch heute noch gegeben ist. Die Prozessführung im Zusam-

menhang mit den geforderten IV-Leistungen erscheint zudem weiterhin nicht als zum vornherein als aussichtslos. Die Voraussetzungen für die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands sind somit erfüllt.

Die Beschwerde erweist sich als begründet, weshalb sie gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz vom 9. Juni 2017 aufzuheben ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. August 2017, S 2017 83
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.4 Art. 9 AVIG

Regeste:
Art. 9 AVIG – Für den Leistungsbezug gilt eine zweijährige Rahmenfrist, welche mit dem ersten Tag beginnt, an welchem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Eine einmal eröffnete Rahmenfrist bleibt selbst dann bestehen, wenn sich eine versicherte Person von der Arbeitslosenversicherung wieder abmeldet. Die Beständigkeit der Rahmenfrist steht unter dem Vorbehalt, dass sich die Zusprechung und Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung nicht nachträglich zufolge Fehlens einer oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen als unrichtig erweist (Erw. 2.3). In casu blieb die Rahmenfrist für den Leistungsbezug bei Mitteilung des Stellenantritts bestehen, auch wenn die Anspruchsvoraussetzung der Vermittlungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist (Erw. 3.5).

Aus dem Sachverhalt:

A., zuletzt vom 1. Mai 2013 bis 30. November 2013 bei der B. AG tätig, meldete sich Anfang Dezember 2013 zur Arbeitsvermittlung und bei der Arbeitslosenkasse C. zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung per 2. Dezember 2013 an. Mit Verfügung vom 17. Januar 2014 lehnte die Arbeitslosenkasse C. eine Anspruchsberechtigung vom 1. Dezember 2013 bis 31. Januar 2014 ab wegen weitergehenden Lohnansprüchen des Versicherten bis Ende Januar 2014. Per 2. März 2014 wurde der Versicherte von der Arbeitsvermittlung abgemeldet, weil er ab dem 3. März 2014 für die D. GmbH befristet bis zum 30. November 2014 arbeiten konnte. Ende November 2014 meldete sich der Versicherte erneut zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung per 1. Dezember 2014 an. Mit Verfügung vom 8. Februar 2016 lehnte die Arbeitslosenkasse C. eine Anspruchsberechtigung ab 1. Februar 2016 ab. Begründet wurde dies unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG sowie Art. 11 AVIV damit, dass die Beitragszeit für eine neue Rahmenfrist nicht erfüllt sei. Der Versicherte habe sich vor längerer Zeit zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet. Per 31. Januar 2016 sei die zwei-

jährige Rahmenfrist abgelaufen. Da der Versicherte während der Zeit vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 zu wenig beitragspflichtige Beschäftigungen ausgeübt habe, müsse der Anspruch auf Taggelder in einer neuen Rahmenfrist abgelehnt werden. Gegen diese Verfügung erhob A. Einsprache, welche die Arbeitslosenkasse C. mit Einspracheentscheid vom 9. Juni 2016 abwies. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, in der hier vorliegenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 könne festgestellt werden, dass er in der massgeblichen Zeit lediglich eine beitragspflichtige Beschäftigung im Umfang von 8 Monaten und 28 Tagen und somit nicht während mindestens 12 Monaten ausgeübt habe. Befreiungsgründe seien keine gegeben. Da die notwendige Beitragszeit von 12 Monaten nicht gegeben sei, bestehe diesbezüglich kein weiterer Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Februar 2016. Seinem Antrag, den Beginn der Rahmenfrist neu auf den 1. Dezember 2014 zu setzen, könne keine Folge geleistet werden. Er habe sich innerhalb der laufenden Rahmenfrist bewusst zweimal zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung und zur Arbeitsvermittlung angemeldet. Da innerhalb der Rahmenfrist bereits für den Monat Februar 2014 und für den Monat März 2014 eine Abrechnung erfolgt sei (es hätten aufgrund des hohen Verdienstes und der damit verbundenen 20 Wartetage keine Taggelder ausbezahlt werden können), er für den Monat Februar 2014 Taggelder beantragt habe (Angaben der versicherten Person für den Monat Februar 2014 vom 23. Februar 2014) und die Abmeldung auf seinen Wunsch hin auch per 2. März 2014 und nicht per 1. Februar 2014 erfolgt sei, könne die Rahmenfrist rückwirkend aufgrund der erst ab dem 1. Februar 2016 gegebenen Umstände nicht geändert werden. Beschwerdeweise gelangte A. daraufhin an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und beantragte die Auszahlung von Arbeitslosentaggeld bis mindestens 30. November 2016 unter Änderung des Rahmenfristbeginns. Mit Vernehmlassung vom 30. September 2016 beantragte die Arbeitslosenkasse C. die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3 Nach Art. 9 AVIG gelten für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, zweijährige Rahmenfristen (Abs. 1). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Abs. 2). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag (Abs. 3). Nach der gesetzlichen Konzeption bleibt eine einmal laufende Rahmenfrist grundsätzlich bestehen. Weder eine die Arbeitslosentschädigung ausschliessende Tätigkeit noch der Wegfall der Anspruchsberechtigung als solcher (bspw. nicht mehr gegebener Vermittlungsfähigkeit) beendigen die Rahmenfrist. Ebenfalls kann die Rahmenfrist nicht durch den Verzicht auf Leistungen verkürzt werden (BGE 127 V 475 Erw. 2a). Die einmal eröffnete Rahmenfrist bleibt selbst dann bestehen, wenn sich eine versicherte Person von der Arbeits-

losenversicherung wieder abmeldet, denn die Rahmenfrist wird durch die Abmeldung und die damit verbundene Auflösung des Rechtsverhältnisses mit der Arbeitslosenversicherung nicht beendet, sie läuft auch bei mehrmaliger Arbeitslosigkeit innerhalb der Rahmenfrist weiter (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [kurz: EVG] vom 1. März 2004, C 224/03, Erw. 3 mit Hinweisen).

Die Beständigkeit des einmal festgelegten Beginns der Leistungsrahmenfrist steht unter dem Vorbehalt, dass sich die Zusprechung und Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung nicht nachträglich zufolge Fehlens einer oder mehrerer Anspruchsvoraussetzungen unter wiedererwägungsrechtlichem oder prozessual-revisionsrechtlichem Gesichtswinkel als unrichtig erweist (BGE 127 V 475 Erw. 2b/aa).

(...)

3.2 Der Beschwerdeführer arbeitete ab 1. Mai 2013 bei der B. AG, welche ihn in einem Projekt bei ihrer Kundin E. einsetzte. Nachdem die E. den Beschwerdeführer aus dem Projekt ausschloss, wurde das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der B. AG im gegenseitigen Einvernehmen per 30. November 2013 aufgelöst. Im Aufhebungs- und Freistellungsvertrag vom 22. November 2013 wurde eine Abfindung von Fr. 40'000.– zur Abgeltung der Monate Dezember 2013 und Januar 2014 vereinbart. Am 1. Dezember 2013 meldete sich der Beschwerdeführer beim RAV zur Arbeitsvermittlung und am 2. Dezember 2013 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung bei der Beschwerdegegnerin per 2. Dezember 2013 an. Mit Verfügung vom 17. Januar 2014 lehnte die Beschwerdegegnerin einen Anspruch vom 1. Dezember 2013 bis 31. Januar 2014 ab mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer eine Lohnzahlung bis 31. Januar 2014 erhalte, womit er keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe. Am 13. Februar 2014 meldete sich F. von der B. AG mittels E-Mail bei G. von der Beschwerdegegnerin. Letztere schrieb von Hand auf die ausgedruckte E-Mail, dass sie am 14. Februar 2014 den Beschwerdeführer informiert habe, dass die Rahmenfrist eröffnet werden könne, indes noch Sachverhaltsabklärungen laufen würden, weil eine Stellungnahme der B. AG fehle. Einem internen Arbeitsblatt der Beschwerdegegnerin vom 14. Februar 2014 betreffend den Beschwerdeführer kann sodann entnommen werden, dass die Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf den 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 festgelegt wurde und dass der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Februar 2012 bis 31. Januar 2014 die Beitragszeit mit einer beitragspflichtigen Beschäftigung von 18 Monaten erfüllt hatte. Dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Gesprächsprotokoll des RAV vom 14. Februar 2014 kann u.a. entnommen werden, dass die Rahmenfrist weiterhin noch nicht eröffnet sei. Am 21. Februar 2014 unterzeichnete der Beschwerdeführer seine befristete Anstellung bei der D. GmbH vom 3. März 2014 bis 30. November 2014. Am 23. April 2014 bestätigte das RAV Zug dem Beschwerdeführer seine Abmeldung von der Arbeitsvermittlung per 2. März 2014. Der Beschwerdeführer meldete sich sodann am 27. November 2014 erneut

beim RAV zur Arbeitsvermittlung an und stellte am 3. Dezember 2014 per 1. Dezember 2014 wiederum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Im vom Beschwerdeführer unterzeichneten Gesprächsprotokoll des RAV vom 4. Dezember 2014 wurde u.a. festgehalten, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen «Wiederkehrer» handle, die laufende Rahmenfrist vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 dauere und der Beschwerdeführer Anspruch auf Arbeitslosentschädigung per 1. Dezember 2014 erhebe. In weiteren vom Beschwerdeführer unterzeichneten Gesprächsprotokollen des RAV vom 31. März 2015, 9. Juni 2015 bzw. 8. Oktober 2015 wurde unter der Rubrik «Saldo Taggelder/Rahmenfrist» festgehalten, dass der Beschwerdeführer noch 364 Tage, 281 Tage bzw. 193 Tage Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und die Rahmenfrist vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 laufe. In der «Abrechnung Dezember 2014» der Beschwerdegegnerin zuhanden des Beschwerdeführers vom 7. Januar 2015 ist u.a. nachzulesen, dass er in der Rahmenfrist vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 einen Höchstanspruch an Taggeldern von 400 habe, wovon er nun 12 bezogen habe und ihm deshalb noch 388 blieben. Im Januar 2015 wurden 22 Tage abgerechnet, so dass der Beschwerdeführer noch über einen Restanspruch von 366 verfügte.

3.3 Aus den oben zitierten Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer – trotz Arbeitslosigkeit seit dem 1. Dezember 2013 – aufgrund der Abgeltungszahlung bis Ende Januar 2014 noch keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hatte, womit die Anspruchsvoraussetzungen auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 AVIG) auch noch nicht erfüllt waren. Dies wurde dem Beschwerdeführer mittels Verfügung vom 17. Januar 2014 entsprechend mitgeteilt, was der Beschwerdeführer akzeptierte, so dass die Verfügung in Rechtskraft erwuchs. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid wurde damit aber die Rahmenfrist noch nicht festgelegt. Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin indes kurz darauf am 14. Februar 2014 den Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf den 1. Februar 2014 festlegte, wovon das RAV beim gleichentags stattgehabten Gespräch mit dem Beschwerdeführer offensichtlich noch nichts wusste und es dem Beschwerdeführer deshalb auch nicht mitteilen konnte. Hätte der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt die Rahmenfrist für den Leistungsbezug gekannt, hätte dies indes nichts am Umstand geändert, dass beim Beschwerdeführer per 1. Februar 2014 alle Anspruchsvoraussetzungen auf Arbeitslosentschädigung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 AVIG – insbesondere auch die Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG – erfüllt waren. Davon schien der Beschwerdeführer überdies auch selber ausgegangen zu sein, beantragte er doch am 23. Februar 2014 für den Monat Februar 2014 Taggelder. Ungeachtet dessen, dass dem Beschwerdeführer aber aufgrund seines versicherten Verdienstes (ab Fr. 10'417.–) 20 Wartetage abgezogen wurden, so dass er im Februar 2014 noch keinen Anspruch auf Auszahlung von Arbeitslosentaggeldern hatte, waren die Anspruchsvoraussetzungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 AVIG per 1. Februar 2014 erfüllt gewesen. Der Beschwerdeführer wurde sodann mittels «Abrechnung Februar 2014» am 5. März 2014 auf die Rah-

menfrist vom 1. Februar 2014 bis 31. Januar 2016 und den Höchstanspruch von 400 Tagen hingewiesen. Diese Abrechnung blieb seitens des Beschwerdeführers unangefochten, so dass sie in Rechtskraft erwuchs. Weil die Rahmenfrist für den Leistungsbezug mit dem Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, beginnt (Art. 9 Abs. 2 AVIG), ist die Festsetzung des Beginns der Rahmenfrist für den Leistungsbezug auf den 1. Februar 2014 nicht zu beanstanden. Die anlässlich der erstmaligen «Abrechnung Februar 2014» vom 5. März 2014 betreffend Nichtauszahlung von Taggeldern festgesetzte Rahmenfrist hat längst Rechtsbeständigkeit erlangt. Der am 1. Februar 2014 festgesetzte Beginn der Leistungsrahmenfrist steht mit dem geltenden Recht in Einklang, was soeben dargelegt wurde.

3.4 Um vom Grundsatz der Beständigkeit des einmal festgelegten Beginns der Leistungsrahmenfrist abzuweichen, müsste sich nachträglich herausstellen, dass sich die Zusprechung und Ausrichtung von Arbeitslosentschädigung zufolge Fehlens einer oder mehrerer Anspruchsvoraussetzungen als unrichtig erweisen. Hinweise dafür, dass die fragliche Rahmenfrist aus wiedererwägungsrechtlicher oder prozessualrevisionsrechtlicher Sicht von der Beschwerdegegnerin neu festzulegen gewesen wäre, sind sodann keine aktenkundig. Der Beschwerdeführer hat nämlich für den Monat Februar 2014 lediglich aufgrund der Höhe seines versicherten Verdienstes keine Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt erhalten, und nicht weil die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG nicht erfüllt gewesen wären. Zu Recht hat die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspracheentscheid sodann festgestellt, dass die nachträgliche Feststellung ungenügender Beitragszeit innerhalb der Rahmenfrist keinen Grund darstelle, den Beginn der einmal festgelegten Rahmenfrist abzuändern.

3.5 Soweit der Beschwerdeführer vorliegend rügt, er sei seitens der Beschwerdegegnerin nicht rechtzeitig über den Beginn der Rahmenfrist informiert worden, kann er nicht gehört werden. Ob er sich nämlich nun in Kenntnis oder – wie er behauptet – in Unkenntnis des Rahmenfristbeginns von der Arbeitslosenkasse und vom RAV per 2. März 2014 abgemeldet hat, ist irrelevant und deshalb auch nicht weiter zu prüfen, denn eine einmal eröffnete Rahmenfrist bleibt selbst dann bestehen, wenn sich eine versicherte Person von der Arbeitslosenversicherung wieder abmeldet, denn die Rahmenfrist wird durch die Abmeldung und die damit verbundene Auflösung des Rechtsverhältnisses mit der Arbeitslosenversicherung nicht beendet, sie läuft auch bei mehrmaliger Arbeitslosigkeit innerhalb der Rahmenfrist weiter (vgl. Erw. 2.3 hiervor). Dass die Beschwerdegegnerin seine Mitteilung betreffend Stellenantritt per 3. März 2014 als Widerruf von der Anmeldung hätte verstehen bzw. entgegennehmen sollen, ist schlicht nicht nachvollziehbar und muss als nachträgliches Konstrukt bzw. als reine Schutzbehauptung qualifiziert werden. Richtigerweise hat die Beschwerdegegnerin diese Mitteilung als Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung verstanden bzw. qualifiziert, hat sie doch nach der Anmeldung des Beschwerdeführers vom 2. Dezember 2013 bereits eine Verfügung am 17. Januar 2014 und

anlässlich der per 1. Februar 2014 laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine Abrechnung für den Monat Februar 2014 erlassen, wogegen der Beschwerdeführer nicht opponiert hatte. Auch mit seinem Einwand, der zuständige RAV-Betreuer habe nicht reagiert, als festgestanden habe, dass er ab dem 21. Februar 2014 (red. Anmerkung: Vertragsabschluss mit C. GmbH für Anstellung vom 3. März 2014 bis 30. November 2014) die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung mangels Vermittlungsfähigkeit nicht mehr erfüllt habe, zielt der Beschwerdeführer ins Leere, beendigen doch weder eine die Arbeitslosentschädigung ausschliessende Tätigkeit noch der Wegfall der Anspruchsberechtigung als solcher (bspw. nicht mehr gegebener Vermittlungsfähigkeit) die Rahmenfrist (vgl. Erw. 2.3 oben).

3.6 Damit fehlt es an einem Grund, welcher der Beständigkeit des festgelegten Beginns der Leistungsrahmenfrist per 1. Februar 2014 entgegenstünde, so dass die Beschwerdegegnerin zu Recht das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 9. März 2016 um Verschiebung der Rahmenfrist auf den 1. Dezember 2014 abwies. Demnach erweist sich der Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 9. Juni 2016 als korrekt und die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. Januar 2017, S 2016 89
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.5 Art. 51 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 29 AVIG und 15 Abs. 1 AVIG

Regeste:
Art. 51 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 29 AVIG und 15 Abs. 1 AVIG – Abgrenzung Insolvenzentschädigung und Arbeitslosenentschädigung. Es besteht kein Anspruch auf Insolvenzentschädigung, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet bzw. die Person freigestellt ist, wobei dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehen kann, wenn die Person dem Arbeitgeber faktisch nicht mehr zur Verfügung stehen muss und daher vermittlungsfähig ist (Erw. 2.5.1). Als vermittlungsfähig gilt, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Erw. 3). Eine Person, die eine nicht unmittelbar freie Stelle findet und annimmt, gilt auch bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts als vermittlungsfähig, weshalb in casu der Anspruch auf Insolvenzentschädigung abzulehnen ist (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte war ab 1. Januar 2013 bei der A. AG als «Account Manager Surgery» angestellt. Das Anstellungsverhältnis wurde von der Arbeitgeberin am 21. August

2015 mit Wirkung per 31. Oktober 2015 ordentlich gekündigt und der Versicherte per sofort freigestellt. Die Lohnzahlung erfolgte bis und mit September 2015. Am 29. April 2016 wurde über die vorerwähnte AG der Konkurs eröffnet. Am 27. Juni 2016 reichte der Versicherte bei der Arbeitslosenkasse Zug ein Gesuch um Insolvenzentschädigung ein. Die geltend gemachte Insolvenzentschädigung für den nicht erhaltenen Lohn bezog sich auf den Monat Oktober 2015. Zudem wurden für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. Oktober 2015 der Anteil des 13. Monatslohns, nicht bezogene Ferientage sowie Provisionen geltend gemacht. Dieses Gesuch lehnte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 14. September 2016 ab. Die am 17. Oktober 2016 dagegen erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 20. Januar 2017 ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 22. Februar 2017 beantragte der Versicherte, die Verfügung vom 14. September 2016 sei aufzuheben und es sei ihm eine Insolvenzentschädigung für den Monat September 2015 für den entgangenen anteiligen 13. Monatslohn bis zum maximal versicherten Verdienst, sowie für Oktober 2015 für den entgangenen Lohn inklusive anteiliger 13. Monatslohn bis zu maximal versicherten Verdienst auszurichten. Mit Vernehmlassung vom 9. März 2017 beantragte die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzentschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a), wenn der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereitfindet, die Kosten vorzuschiessen (lit. b), oder wenn sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c). (...)

(...)

2.5

2.5.1 Keinen Anspruch auf Insolvenzentschädigung haben Personen, welche in keinem Arbeitsverhältnis mehr stehen. Das gilt auch für allfällige weitergehende Ansprüche aus einem rechtlich bereits beendeten Arbeitsverhältnis. Nur innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses findet eine faktische Betrachtungsweise statt, und zwar allein zur Abgrenzung zwischen dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und demjenigen auf Insolvenzentschädigung. Wie Urs Burgherr (Die In-

solvenzentschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich 2004, S. 90) ausführt, geht es im Rahmen von Art. 51 AVIG um Lohnansprüche für effektive Arbeitszeit, während der die versicherte Person der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, weil sie in dieser Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss. Wenn aber eine Person dem Arbeitgeber faktisch nicht mehr zur Verfügung stehen muss, sie deshalb vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllen kann, besteht kein Anspruch auf Insolvenzentschädigung, sondern auf Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 AVIG. Erfolgreich Arbeitslosenentschädigung kann aber nur jemand beziehen, der sich in der massgeblichen Zeit den Kontrollpflichten auch tatsächlich unterworfen hat. Ist dies nicht der Fall, kann weder Insolvenzentschädigung noch Arbeitslosenentschädigung beantragt werden (Burgherr, a.a.O., S. 95).

2.5.2 Gemäss Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung der Vermittlung grundsätzlich wie jede andere arbeitslose Person zur Verfügung stehen, weshalb er dem vermittlungsfähigen Arbeitnehmer, der nach Eröffnung des Konkurses Anspruch auf Kündigungslohn hat, gleichzustellen ist. Denn in diesem Fall weist die versicherte Person eine genügend grosse Verfügbarkeit auf, um eine zumutbare Arbeit anzunehmen und sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen. Die vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung kann demnach nicht durch Insolvenzentschädigung abgedeckt werden (vgl. zum Ganzen BGE 132 V 82 Erw. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Gleich verhält es sich bei der Freistellung während laufender Kündigungsfrist, auch diese Arbeitnehmer sind grundsätzlich als vermittlungsfähig zu betrachten (vgl. BGE 132 V 82 Erw. 3.2 mit weiteren Hinweisen; BGE 121 V 377 Erw. 2b; Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 247; Urs Burgherr, a.a.O., S. 91 f.; Urteil des EVG vom 10. Januar 2003 C 109/02 Erw. 2.4.3). (...)

2.5.3 Zur Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 Abs. 1 AVIG gehört nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinne, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit 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. Die Frage der Vermittlungsfähigkeit ist unter Würdigung aller im Einzelfall wesentlichen, objektiven und subjektiven Faktoren zu beurteilen. Die Art der gesuchten zumutbaren Arbeit sowie der Umfang des für die versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarktes sind von Bedeutung (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 69 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C_382/2010 vom 1. Juli 2010 Erw. 2.2). Hat eine versicherte Person auf einen bestimmten Ter-

min anderweitig disponiert und steht deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während einer relativ beschränkten Zeit zur Verfügung, ist sie in der Regel nicht vermittlungsfähig (BGE 126 V 520 Erw. 3a mit Hinweisen). Zeitliche Einschränkungen auf einen bestimmten Zeitpunkt ergeben sich z. B. bei Auslandreise, Rückkehr von Ausländern in ihren Heimatstaat, Militärdienst, Ausbildung, Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit usw. (vgl. AVIG-Praxis ALE/B227). Die AVIG-Praxis nimmt dabei Vermittlungsfähigkeit einer versicherten Person an, wenn diese dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung steht. Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalles sind dabei nicht in erster Linie der Arbeitswille und die Arbeitsbemühungen der versicherten Person oder gar die Frage, ob sie in dieser Zeit effektiv eine Beschäftigung gefunden hat. Massgebend ist vielmehr, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber die versicherte Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (BGE 126 V 520 Erw. 3a; BGE 110 V 207 Erw. 1; SVR 2000 ALV Nr. 1 S. 1 Erw. 2b; ARV 1991 Nr. 3 S. 24 Erw. 2b, 1990 Nr. 14 S. 84 Erw. 2a). Wer hingegen eine geeignete, jedoch nicht unmittelbar antretbare Stelle findet, handelt in Erfüllung der allen versicherten Personen obliegenden Schadenminderungspflicht. Er hat nicht das Risiko einer allenfalls noch längeren Arbeitslosigkeit auf sich zu nehmen. In einem solchen Fall ist die Vermittlungsfähigkeit bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts zu bejahen, auch wenn in der Praxis kaum Aussicht auf eine vorübergehende Beschäftigungsmöglichkeit besteht (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 71 f.; BGE 110 V 207 Erw. 1).

(...)

3. Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2013 bei der A. AG tätig war, dass er die ordentliche Kündigung am 21. August 2015 mit Wirkung per 31. Oktober 2015 erhielt, dass er sofort freigestellt wurde und dass er am 1. November 2015 eine neue Stelle im angestammten Bereich antrat. Seine letzte Lohnzahlung von der A. AG erhielt er für den Monat September 2015. Am 29. April 2016 wurde über die vorerwähnte AG sodann der Konkurs eröffnet, weshalb der Beschwerdeführer am 27. Juni 2016 bei der Arbeitslosenkasse Zug ein Gesuch um Insolvenzentschädigung einreichte. Streitig ist, ob der Beschwerdeführer bei dieser Sachlage Anspruch auf Insolvenzentschädigung für den entgangenen anteiligen 13. Monatslohn im September 2015 bis zum maximal versicherten Verdienst und für den Lohn aus dem Monat Oktober 2015 inklusive anteiligem 13. Monatslohn bis zum maximal versicherten Verdienst hat. Nicht streitig ist demgegenüber, dass der Versicherte für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. August 2015 den monatlich maximal versicherbare Verdienst in der Höhe von Fr. 10'500.– bis 31. August 2015 erhalten hat. Da bei der Abgrenzung der Arbeitslosenentschädigung von der Insolvenzentschädigung, mithin bei der Frage, ob geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG vorliegt, darauf abzustellen ist, ob der Versicherte im fraglichen Zeitpunkt vermittlungsfähig war und die Kontrollvorschriften eingehalten hat, ist zunächst die

strittige Frage zu klären, ob der Beschwerdeführer in der fraglichen Periode als vermittlungsfähig einzustufen ist. Die Parteien vertreten diesbezüglich gegenteilige Ansichten.

Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG gilt der Arbeitslose als vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Dabei ist unter Hinweis auf Erwägung 2.5.2 noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die versicherte Person sowohl bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung als auch bei Freistellung während der Kündigungsfrist eine genügend grosse Verfügbarkeit aufweist, um eine zumutbare Arbeit anzunehmen und sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen, weshalb sie in beiden Fällen grundsätzlich als vermittlungsfähig gilt. Das Anstellungsverhältnis wurde vorliegend von der Arbeitgeberin am 21. August 2015 mit Wirkung per 31. Oktober 2015 ordentlich gekündigt und der Versicherte sofort freigestellt. Der Beschwerdeführer hat demnach in den Monaten September und Oktober 2015 effektiv keine Arbeit mehr für seinen damaligen Arbeitgeber verrichtet und es gab auch keine Arbeitszeit mehr abzudecken, während welcher er der Arbeitsvermittlung nicht hätte zur Verfügung stehen können. Die alleinige Tatsache, dass das rechtliche Arbeitsverhältnis bis am 31. Oktober 2015 bestand, vermag daran nichts zu ändern. Es ist daher erstellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 22. August 2015 einem vermittlungsfähigen Arbeitslosen gleichzustellen ist, da er der Arbeitsvermittlung uneingeschränkt hätte zur Verfügung stehen können. Im Lichte der erwähnten Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Anlass besteht, ist der Beschwerdeführer ab dem genannten Tag als vermittlungsfähig zu betrachten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass eine versicherte Person, die auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während relativ kurzer Zeit zur Verfügung steht, in der Regel nicht als vermittlungsfähig gilt. Dabei geht es um Dispositionen, die geeignet sind, eine Anstellung per se zu verunmöglichen, wie z. B. ein Auslandaufenthalt, Militärdienst oder der Beginn einer Ausbildung. Vorliegend trifft es zwar zu, dass der Beschwerdeführer per 1. November 2015 eine neue Stelle antreten konnte und er deshalb wegen dieser in naher Zukunft liegenden, festen beruflichen Dispositionsvornahme für eine Übergangsbeschäftigung nur noch während zwei Monaten zur Verfügung stand, der Beschwerdeführer verkennt jedoch, dass er aufgrund seiner Schadenminderungspflicht verpflichtet ist, alles Zumutbare zu unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen und erfolgreich eine Arbeit zu finden. Dementsprechend gilt eine versicherte Person, die in Erfüllung der Schadenminderungspflicht eine nicht unmittelbar freie Stelle findet und annimmt, bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts als vermittlungsfähig. In diesem Fall stellt sich die Frage der Vermittlungsunfähigkeit nur dann, wenn die Akten Hinweise enthalten, dass der Arbeitnehmer allenfalls wegen anderer persönlicher Umstände in der Zeit zwischen dem Ende der alten und dem Beginn der neuen Anstellung vermittlungsunfähig gewesen sein könnte. Solche Hinweise liegen vorliegend keine vor. Soweit der Beschwerdeführer darüber hinaus aus dem Umstand, dass er

bereits 58-jährig ist und sich in der Vergangenheit ausschliesslich mit dem Vertrieb von Philips-Geräten im Spitalbereich beschäftigt hat, auf Vermittlungsunfähigkeit schliessen lässt, kann ihm nicht zugestimmt werden, gilt eine versicherte Person, die eine nicht unmittelbar freie Stelle findet und annimmt, bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts gerade auch dann als vermittlungsfähig, wenn in der Praxis kaum Aussicht auf eine vorübergehende Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Demnach ist – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – der Argumentation der Beschwerdegegnerin zuzustimmen, wonach ein 58-jähriger Arbeitnehmer mit einem spezifischen Arbeits- und Tätigkeitsprofil zwar durchaus schwer vermittelbar, aber deswegen nicht vermittlungsunfähig sei, solange er willens und in der Lage sei, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Mit der Beschwerdegegnerin ist demnach festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der Freistellung als vermittlungsfähig einzustufen ist und der Anspruch auf Insolvenzentschädigung damit zu Recht abgelehnt wurde.

(...)

5. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer, der vom 22. August 2015 bis am 31. Oktober 2015 freigestellt war und per 1. November 2015 eine neue Stelle antreten konnte, für die freigestellte Zeit als vermittlungsfähig galt und daher der Anspruch auf Insolvenzentschädigung durch die Beschwerdegegnerin zu Recht abgelehnt wurde. Da sich der Beschwerdeführer darüber hinaus auch nicht auf den Vertrauensschutz berufen kann, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist demzufolge vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Mai 2017, S 2017 25
Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht: 8C_526/2017

5.6 Art. 95 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG

Regeste:
Art. 95 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG – Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten, ausser es liegen sowohl guter Glaube als auch ein Fall grosser Härte vor (Erw. 2). Guter Glaube entfällt von vornherein, wenn die Melde- und Auskunftspflichtverletzung grobahrlässig begangen wurde (Erw. 2.1). In casu kann nicht von Grobfahrlässigkeit gesprochen werden, wenn der Beschwerdeführer zwar einen Mandatsvertrag mit gewisser Hoffnung auf künftige, entlohnte Tätigkeiten eingehen konnte, jedoch sowohl Arbeitseinsätze als auch Lohnzahlungen ausblieben und er sich überdies genau an die Vorgaben des RAV-Beraters hielt. Ein Arbeitsloser muss sich auf die Anweisungen seines persönlichen RAV-Beraters verlassen können (Erw. 5.3).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, A., geboren am xx 1952, wohnhaft in O. und als Bauingenieur und Geschäftsführer tätig gewesen, meldete sich im Januar 2012 beim RAV des Kantons Zug zur Arbeitsvermittlung, per 1. Februar 2012 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern an. Am 27. Januar 2015 verfügte die Arbeitslosenkasse des Kantons, der Versicherte werde verpflichtet, die für die Monate April 2012 bis Dezember 2012 zu viel ausbezahlten Arbeitslosenentschädigungen im Betrage von Fr. 19'544.55 zurückzuerstatten. Die dagegen erhobene Einsprache hiess die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 27. Mai 2015 insoweit teilweise gut, als die Verfügung vom 27. Januar 2014 [recte: 2015] aufgehoben und der Rückforderungsbetrag auf Fr. 16'039.20 reduziert wurde. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 29. August 2017 (Datum des Poststempels 7. September 2017) verlangte A. sinngemäss die Aufhebung von Verfügung und Einspracheentscheid bzw. die Gutheissung des Erlassgesuchs. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2017 übersandte das AWA die vollständigen Amtsakten. In der Sache wurde Antrag auf Abweisung der Beschwerde gestellt, auf eine Stellungnahme verzichtete die Amtsstelle.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Nach Art. 95 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Die genannten Erlassvoraussetzungen (guter Glaube und grosse Härte) müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Art. 25 Rzn. 41 ff.; vgl. auch: Art. 3 und 4 der Verordnung über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV]).

2.1 Von einem gutgläubigen Bezug einer Sozialversicherungsleistung wird gesprochen, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen nach objektiver Betrachtungsweise unter den gegebenen Umständen als entschuldbar erscheint. Rechtsunkenntnis stellt indes nicht à priori guten Glauben dar. Praxisgemäss ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (Urteil des EVG vom 10. Juli 2006, C 209/2005, Erw. 2 mit Verweis auf BGE 122 V 221 Erw. 3 und weitere Urteile). Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein ist eine Tatfrage, während die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage gilt. Der gute Glaube ist zu vermuten und besteht folglich insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat. Ein nur leicht schuldhafter Verstoss gegen die Meldepflicht spricht nach der Praxis nicht gegen den guten Glauben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- und Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Anderseits kann sich der Rückerstattungspflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn sein fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (Urteil des EVG vom 31. August 2004, C 279/2002, Erw. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in konstanter Praxis ausgeführt, grobe Fahrlässigkeit sei gegeben, wenn jemand das ausser Acht lasse, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 110 V 176 Erw. 3d mit weiteren Hinweisen; vgl. auch: Ueli Kieser, a.a.O. Art. 25 Rzn. 47 ff.).

(...)

3.2 Die Beschwerdegegnerin reichte mehrere Aktendossiers ins Recht, darunter die Akten des RAV.

3.2.1 Dem RAV-Gesprächsprotokoll vom 16. Februar 2012 kann unter anderem entnommen werden, dass der Beschwerdeführer offenbart habe, dass die Z. AG ihm ein Mandat für zwei Tage monatlich in Aussicht gestellt habe und dass eine definitive Entscheidung noch nicht gefallen sei (act. 42 der RAV-Akten).

3.2.2 Dem Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen per Februar 2012 kann entnommen werden, dass per 13. Februar 2012 mit der Z. AG ein Vertrag geschlossen worden sei, dass es um die Position als Direktor, um Teilzeit und ein Jahresgehalt von Euro 20'000.– gehe (act. 40 der RAV-Akten).

3.2.3 Aktenkundig ist ein Online-Handelsregister-Auszug vom 28. Februar 2012,

demgemäss der Beschwerdeführer am 23. bzw. 28. Februar 2012 als Direktor mit Einzelunterschrift ins Handelsregister eingetragen wurde (act. 39 der RAV-Akten).

3.2.4 Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 28. März 2012 kann entnommen werden, dass der Beschwerdeführer diverse Besprechungen mit Z. AG gehabt habe und dass ein Mandatsabschluss per 13. Februar 2012 erfolgt sei. Eine Sanktionierung der ungenügenden Suchbemühungen sei angesichts der besonderen Situation unterblieben (act. 37 der RAV-Akten).

3.2.5 Dem Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen per März 2012 sind 9 Bemühungen zu entnehmen, darunter ein Hinweis auf die Z. AG und der Vermerk, es bestehe ein Mandat als Direktor, die Vollzeitstelle aber sei offen (act. 36 der RAV-Akten).

3.2.6 Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 1. Mai 2012 kann entnommen werden, dass es zu einem Mandatsabschluss mit Z. AG gekommen sei, dass bis dato keine Bezahlung daraus resultiere (act. 34 der RAV-Akten).

3.2.7 Die Akten enthalten mehrere Formulare «Angaben der versicherten Person», so beispielsweise für die Monate Mai 2012, Juli 2012 und August 2012. Darauf werden indes weder die Arbeit für einen Arbeitgeber noch ein Zwischenverdienst erwähnt (act. 33/28/25 der RAV-Akten).

3.2.8 Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 21. Juni 2012 ist ein weiterer Hinweis auf das Angebot von Z. AG zu entnehmen. Vom 20. bis zum 27. Juli 2012 weile der Beschwerdeführer für die Gesellschaft in Los Angeles und Denver (USA) auf Investorensuche für die Finanzierung der Erschliessung eines Ölfeldes in Nigeria. In Australien bewerbe er sich zudem bei drei Firmen als Einkäufer. Die Flugkosten trage Z. AG., die Hotelkosten nicht (act. 31 der RAV-Akten). Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 16. August 2012 kann entnommen werden, dass der Versicherte im Juli wie angekündigt in den USA war, dass aber kein Vertragsabschluss zustande kam (act. 26 der RAV-Akten). Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 7. September 2012 kann unter anderem entnommen werden, dass es für das Ölförderungsprojekt in Nigeria noch immer keine Interessenten gebe (act. 23 der RAV-Akten). Dem RAV-Beratungsprotokoll vom 15. Oktober 2012 ist zur Z. AG-Sache zu entnehmen, die Gesellschaft habe von einem Aktionär finanzielle Mittel erhalten, derweil aus den USA noch keine Investoren eingestiegen seien. Die Gespräche gingen weiter (act. 21 der RAV-Akten). Im Beratungsgespräch vom 10. Dezember 2012 wird in der fraglichen Sache lediglich vermerkt, dass eine Anstellung bei Z. AG im Gespräch sei, allerdings vom Finden von Geldgebern abhänge (act. 15 der RAV-Akten). In den Gesprächen vom 23. Januar 2013, vom 13. März 2013 und vom 22. Mai 2013 wird die Angelegenheit Z. AG nicht thematisiert (act. 13, 9 und 6 der RAV-Akten).

(...)

3.4 Zu guter Letzt reichte das AWA auch ein Aktendossier mit Zusatzunterlagen aus dem Einspracheverfahren E 55 16 ins Recht. Im fraglichen Einspracheverfahren erkundigte sich die Mitarbeiterin des Rechtsdienstes, Frau B., am 3. August 2016 per Email bei RAV-Berater C. und wollte wissen, wie die Angelegenheit Z. AG in den Beratungsgesprächen thematisiert worden sei. Gleichentags gab RAV-Berater C. zur Antwort, er erinnere sich an den Versicherten, sei er doch von Februar bis Oktober 2012 dessen RAV-Berater gewesen. Seine Aussichten auf eine Stelle seien von Anfang an schwierig gewesen, dies aufgrund des Alters (Jahrgang 1952) und der Spezialisierung im Beruf (Handel mit Natursteinen/Granit). Am 16. Februar 2012 habe der Versicherte im Erstgespräch mitgeteilt, dass er bei Z. AG Aussicht auf ein Mandat als Direktor für ein Ölförderprojekt in Nigeria habe. Das Pensum würde zwei Tage im Monat umfassen. Es sei aber, so C. weiter, von Anfang an klar gewesen, dass das Mandat nur zustande komme, wenn Investoren aus den USA einsteigen würden. Das Thema habe sich dann von Februar bis Oktober immer wieder ergeben. Während der ganzen Zeit seien keine Investoren gefunden worden. Die Besitzverhältnisse wie die unsichere Sicherheitslage in Nigeria hätten eine Rolle gespielt. Weil der Versicherte sich schwer getan habe, genügend Arbeitsbemühungen vorzuweisen, habe er ihm erlaubt, den Kontakt als Suchbemühung aufzulisten. Auch habe er ihm eröffnet, dass er alle Einnahmen aus der beruflichen Tätigkeit während der Anmeldung beim RAV der ALK melden müsse. Dies habe der Versicherte entgegengenommen. Mit weiterem Email erklärte Frau B. RAV-Berater C., der Versicherte habe zur Z. AG in den Formularen «Angaben der versicherten Person» keinerlei Angaben gemacht, und fragte, ob der RAV-Berater dem Versicherten effektiv gesagt habe, dass er in diesen Formularen erst dann entsprechende Angaben machen müsse, wenn er das Geld tatsächlich werde erhalten haben. Der RAV-Berater entgegnete darauf, der Versicherte habe damals zur Kenntnis genommen, dass er die «AvP» monatlich ausfüllen müsse und seine Arbeitseinsätze/Einnahme auf dem Formular zu deklarieren habe. An weitergehende Diskussionen könne er sich nicht erinnern (act. 5 der weiteren AWA-Akten).

(...)

5.

5.1 Unter Verweis auf Erwägung 3 ist noch einmal zu bedenken, dass es vorliegend um die Frage des guten Glaubens, konkret darum geht, ob dem Beschwerdeführer bei der erstellten Sachlage wirklich Grobfahrlässigkeit angelastet werden könne oder aber ob es in casu nicht vielmehr um nur leicht fahrlässiges Handeln gehe.

5.2 Unter Verweis auf Erwägung 3.1 ff. ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass der Beschwerdeführer die «Causa Z. AG» bereits beim ersten Beratungsgespräch

sowie in sechs folgenden Beratungsgesprächen thematisiert hatte, dass er den HR-Eintrag offen gelegt, das in Aussicht gestellte, nie ausgerichtete Entgelt von Euro 20'000.– wie auch die an zahlungsstatt übereigneten Aktien ohne Wert erwähnt hatte, mithin keine der vorliegend relevanten Fakten verschwiegen hatte. Unter konkretem Hinweis auf Erwägung 3.4 ist alsdann ergänzend zu vermerken, dass auch RAV-Berater C. bestätigte, dass die Angelegenheit während etlichen Monaten immer wieder Thema gewesen sei, dass aber von Beginn an klar gewesen sei, dass das Projekt ohne Investoren aus den USA nicht zustande kommen würde. Dem AWA gegenüber äusserte der RAV-Berater, er habe dem Versicherten erlaubt, das Mandat «Z. AG» als Arbeitsbemühung auszuweisen. Allerdings habe er ihn auch angewiesen, dass alle Einkünfte aus einer beruflichen Tätigkeit während der Anmeldung beim RAV bei der ALK zu melden seien. Auf das Formular «Angaben der versicherten Person» hingewiesen, äusserte der RAV-Berater, er habe den Versicherten darauf hingewiesen, dass er das nämliche Formular monatlich ausfüllen und seine Arbeitseinsätze bzw. seine Einnahmen auf dem Formular deklarieren müsse.

5.3 Würdigend ergibt sich für das Gericht, dass in casu und entgegen der Ansicht des AWA nicht von Grobfahrlässigkeit gesprochen werden kann. Die Akten belegen unzweifelhaft, dass der Beschwerdeführer seinem RAV-Berater alle relevanten Fakten offenlegte, nichts verschwieg. Sodann ergibt sich aus den aktenmässig erstellten Auskünften des RAV-Beraters nicht überwiegend wahrscheinlich, dass dieser den Beschwerdeführer klar und deutlich darauf hinwies, dass er die «Causa Z. AG» Monat für Monat im Formular «Angaben der versicherten Person» erwähnen müsse. Der Hinweis, im Formular seien zuhanden der ALK die Einkünfte aus beruflicher Tätigkeit zu vermelden, musste für den Beschwerdeführer nicht bedeuten, dass er die Z. AG auch dann im Formular vermerken müsse, wenn es weder zu einem Arbeitseinsatz noch zu irgendwelchen Geldzahlungen kam. Auch der im letzten Email von C. an B. vermerkte Hinweis, er, C., habe den Versicherten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er das Formular monatlich ausfüllen und seine Arbeitseinsätze bzw. seine Einnahmen deklarieren müsse, lässt nicht offenbar werden, dass sich der Beschwerdeführer weisungswidrig verhalten haben soll. Die Akten belegen jedenfalls, dass er das fragliche Formular Monat für Monat ausfüllte und unterschrieb. Da es zu keiner Zeit zu Arbeitseinsätzen bzw. zu Lohnzahlungen kam, musste er sich aufgrund der erwähnten Anweisung nicht verpflichtet sehen, die Z. AG jeden Monat zu erwähnen. Den Mandatsvertrag, der ihm zwar eine gewisse Hoffnung auf eine künftige, entlöhnte Tätigkeit gewährte, hatte er ja weisungsgemäss als Suchbemühung deklariert. Dass er gestützt auf diesen Vertrag Monat für Monat hätte angeben müssen, dass er für einen oder mehrere Arbeitgeber gearbeitet habe, erschliesst sich für das Gericht nicht, kam es ja gerade nicht zu Arbeitseinsätzen und Lohnzahlungen. Auch die Argumentation des AWA, wonach der Beschwerdeführer aufgrund seines Bildungsstandes die Bedeutung des monatlich auszufüllenden Formulars hätte erkennen müssen und dass die Strafandrohung ihn zu wahrheitsgemässem Ausfüllen des Formulars hätte veranlassen müssen bzw. dass er hätte

erfassen müssen, dass das Formular Grundlage für die Festlegung der Ansprüche sei, zielt völlig ins Leere. Gerade weil der Beschwerdeführer weder Arbeitseinsätze hatte, noch Lohnzahlungen erhielt, musste er nach Ansicht des Gerichts nicht erkennen, dass er das Formular anders hätte ausfüllen müssen. Wieso der Hinweis auf dem Formular, dass der Arbeitgeber die Bescheinigung Zwischenverdienst ausfüllen und zu Einsatz und Lohn Stellung nehmen müsse, dem Beschwerdeführer hätte offenbaren müssen, dass er, auch ohne Arbeitseinsatz und Lohn, Frage 1 des hier interessierenden Formulars nicht mit Nein, sondern Ja hätte beantworten müssen, erschliesst sich erst recht nicht. Absolut nicht zu hören ist schliesslich die Bemerkung, der Beschwerdeführer hätte sich nicht auf die Angaben des RAV-Beraters verlassen dürfen. Soweit das AWA damit sinngemäss erklären möchte, dass unter Umständen grobfahrlässig handelt, wer sich als Arbeitsloser auf die Anweisungen seines persönlichen RAV-Beraters verlässt und sich nicht veranlasst sieht, diese zu hinterfragen und andernorts weitere Abklärungen zu treffen, erscheint dies eher bedenklich, aber auch hilflos, gäbe es der Informations- und Aufklärungspflicht nach Art. 27 ATSG eine völlig andere Bedeutung. Für das Gericht ergibt sich jedenfalls nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass dem Beschwerdeführer kein grobfahrlässiges Verhalten angelastet werden kann.

(...)

7. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist entsprechend gutzuheissen. Die Sache wird an das AWA zurückgewiesen, damit dieses die grosse Härte prüft.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. November 2017, S 2017 112
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.7 EG Nr. 883/2004 vom 29. April 2004 i.V.m. EG Nr. 988/2009 vom 16. September 2009, Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Stand 1. April 2012, Art. 20 Abs. 3 AHVV

Regeste:
EG Nr. 883/2004 vom 29. April 2004 i.V.m. EG Nr. 988/2009 vom 16. September 2009; Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Stand 1. April 2012; Art. 20 Abs. 3 AHVV – Bei selbstständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit in zwei verschiedenen Mitglied- und Vertragsstaaten, kommen die Rechtsvorschriften zum Tragen, in welchem die unselbstständige Tätigkeit ausgeübt wird (Erw. 7.2). Die Beurteilung, ob eine dem schweizerischen Recht unterstellte Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbstständig gilt, unterliegt den Vorschriften des Schweizer Rechts (Erw. 4.2). Das Einkommen als Teilhaber einer Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit ist der AHV-Beitragspflicht unterstellt und fraglichen Einkünfte werden daher als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert (Erw. 7.3). In casu ergibt sich, dass der in der Schweiz Wohnhafte für die unselbstständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz wie auch für die unselbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland in der Schweiz verabgabt wird (Erw. 7.2) und dass sein Einkommen als Teilhaber einer GmbH & Co. KG in Form von Dividenden als aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erworben zu gelten hat (Erw. 7.3).

Aus dem Sachverhalt:

A., deutscher Staatsangehöriger mit Jahrgang 1980, hatte 2012 Wohnsitz in der Schweiz, konkret in Walchwil. Über die Z. Ltd. erzielte er ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Daneben erhielt er Einkünfte durch die Y. GmbH & Co. KG aus Deutschland. Nach der Steuermeldung der kantonalen Steuerverwaltung vom 23. November 2015 wurden diese Einkünfte in der Höhe von Fr. 114'666.– als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert. Daneben wurde ein im Betrieb investiertes Eigenkapital in der Höhe von Fr. 810'437.– vermerkt. Gestützt darauf erliess die Ausgleichskasse des Kantons Zug am 11. Mai 2016 eine Beitragsverfügung für Selbständigerwerbende über den Betrag von gesamthaft Fr. 11'674.80. Die dagegen am 13. Mai 2016 erhobene, in der Folge noch ergänzte Einsprache wies die Ausgleichskasse Zug mit Entscheid vom 8. März 2017 vollumfänglich ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. April 2017 (am 11. April 2017 der deutschen Post in Hamburg übergeben, am Osterdienstag, 18. April 2017 bei Gericht eingegangen), beantragte A. sinngemäss die Aufhebung von Verfügung und Einspracheentscheid. Mit Vernehmlassung vom 9. Mai 2017 beantragte die Ausgleichskasse Zug die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1

4.1.1 Die Verordnung EG Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch die Verordnung EG Nr. 988/2009 vom 16. September 2009, in der Fassung zum Abkommen zwischen der europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit trat am 1. April 2012 in Kraft. Nach Art. 2 der Verordnung gilt diese für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat bzw. Vertragsstaat. In sachlicher Hinsicht ist die Verordnung für alle Rechtsvorschriften, die die soziale Sicherheit betreffen, namentlich für Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft, Invalidität, Leistungen im Alter, an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, für Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, im Vorruhestand, schliesslich Familienleistungen massgebend. Nach Art. 11 Abs. 1 Vo 883/2004 unterliegen Personen, für die die fragliche Verordnung gilt, immer nur den Rechtsvorschriften eines einzigen Mitglied- oder Vertragsstaates. Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a Vo 883/2004 unterliegt eine Person den Rechtsvorschriften jenes Mitglied- oder Vertragsstaates, in welchem sie einer Beschäftigung oder aber einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Übt jemand Tätigkeiten in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten aus, unterliegt er den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates, wenn er dort einen wesentlichen Teil der Tätigkeit ausübt (Art. 13 Abs. 1 lit. a Vo 883/2004). Wer in verschiedenen Mitglied- oder Vertragsstaaten einer Beschäftigung (bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit) und einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, unterliegt den Rechtsvorschriften des Landes, in dem er die Beschäftigung ausübt (vgl. Art. 13 Abs. 3 Vo 883/2004).

4.1.2 In der vom Beschwerdeführer angesprochenen Vo 574/72, insbesondere in der speziell zitierten Bestimmung von Art. 109 geht es um die Regelung der Verabgabung für Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber im Gebiet bzw. Mitglied- oder Vertragsstaat, wo der Arbeitnehmer beschäftigt ist, keine Niederlassung hat.

4.2

4.2.1 Nach der Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Stand 1. April 2012, beurteilt sich die Frage, ob eine in der Schweiz ausgeübte resp. dem schweizerischen Recht unterstellte Erwerbstätigkeit als selbständige oder unselbständige Tätigkeit gilt, nach den Vorschriften des Schweizer Rechts (vgl. WVP Rz. 1038).

4.2.2 Die in der Regel vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) erlassenen

verwaltungsinternen Weisungen resp. Wegleitungen binden die Verwaltung, nicht aber die kantonalen Sozialversicherungsgerichte. Das Bundesgericht unterstützt die Bindung der Verwaltung an die genannten Richtlinien mit dem Hinweis darauf, dass den Bestrebungen der Verwaltung, durch entsprechende interne Weisungen, Richtlinien, Tabellen, oder Skalen eine rechtsgleiche Behandlung der Versicherten zu gewährleisten, Rechnung getragen werden müsse. Ein Eingreifen des Sozialversicherungsrichters in das Ermessen der Verwaltung rechtfertigt sich nach der höchstrichterlichen Auffassung schliesslich nur dann, wenn ein Ermessensmissbrauch gegeben ist, d.h. wenn sich die Verwaltung von unsachlichen und zweckfremden Erwägungen hat leiten lassen oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot oder das Verbot rechtsungleicher Behandlung, aber auch das Gebot von Treu und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, missachtet hat (vgl. BGE 123 V 150 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen).

4.2.3 Das Merkblatt 2.02 zum Thema Beiträge der Selbständigerwerbenden an die AHV, die IV oder die EO, Stand Januar 2017, soll dem Bürger in einfachen Worten erklären, welche Kriterien für die sozialversicherungsrechtliche Qualifizierung als Selbständig- oder Unselbständigerwerbender ausschlaggebend sind. Das Merkblatt wird Interessierten von der AHV-Ausgleichskasse abgegeben. Es hat weder Gesetzes- oder Verordnungscharakter, noch kommt ihm Verbindlichkeit für die Verwaltung zu, wie dies bei Weisungen bzw. Wegleitungen des BSV der Fall ist (vgl. Erw. 4.2.2).

4.3 Nach Art. 9 Abs. 1 AHVG ist jedes Entgelt, das nicht mit unselbständiger Erwerbstätigkeit erwirtschaftet wird, Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Weiter bestimmt Art. 20 Abs. 3 AHVV, dass die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit auf ihrem Anteil am Einkommen der Personengesamtheit Beiträge zu entrichten haben.

4.4

4.4.1 Im Entscheid 136 V 258 vom 23. Juli 2010 in Sachen AK St. Gallen gegen X hielt das Bundesgericht im Falle eines deutschen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz, der als Kommanditist einer in Deutschland domizilierten GmbH und Co KG Einkünfte erhielt fest, diese seien als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit beitragspflichtig. In Erwägung 2.2.3 wurde unter Bezugnahme auf das Schweizer Recht, auf Art. 20 Abs. 3 AHVV bzw. auf die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie anderer auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit festgehalten, dass die genannten Teilhaber ihren Anteil am Einkommen der Personengesamtheit zu verabgaben hätten. In Erwägung 4 wurde zunächst die Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 3 AHVV dargestellt und in Erwägung 4.4 resümierend ausgeführt, die Beitragspflicht der Kommanditäre habe schon lange, seit Anfang 1976, Bestand und basiere auf dem

Gedanken, dass Kommanditäre, wie Komplementäre aber anders als blosse Kapitalgeber, am Gesellschaftsgewinn teilnehmen würden. In Erwägung 5 wurde erläutert, auch die deutsche GmbH & Co. KG sei eine auf den Erwerbszweck ausgerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit und es komme nicht darauf an, wie im Einzelfalle die Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft seien, ob diese eine familienbezogene Struktur aufweise, ob sie international tätig sei etc. Auch müsse nicht geprüft werden, ob die deutsche GmbH & Co. KG wirklich eine mit der schweizerischen Kommanditgesellschaft vergleichbare Gesellschaftsform darstelle, zumal der Verordnungstext ja auch von Teilhabern anderer auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit spreche.

4.4.2 Im Entscheid 9C_1055/2010 vom 4. August 2011 in Sachen Y. gegen die AK Zug, einen bekannten deutschen Sportler mit damaligem Wohnsitz im Kanton Zug betreffend, bestätigte das Bundesgericht, unter mehrmaligen Hinweis auf den obig zitierten Entscheid BGE 136 V 258, seine entsprechende Praxis, dies sowohl hinsichtlich der Eigenschaft als Kommanditist für deutsche wie auch für österreichische Firmen. Auch im Entscheid 9C_853/2009 vom 23. Juli 2010 in Sachen Z gegen die AK Nidwalden hielt das oberste Gericht wiederum an seiner konstanten Praxis fest. Soweit die Sache gleichwohl an die Vorinstanz zurückgewiesen worden war, ging es darum, dass das kantonale Gericht die bereits vor kantonalem Versicherungsgericht vorgebrachte Rüge, die Beiträge seien auch in masslicher Hinsicht nicht korrekt ermittelt, gar nicht geprüft hatte.

(...)

7.

7.1 Würdigend ist zunächst festzustellen, dass der Beschwerdeführer im hier interessierenden Jahr 2012 unbestrittenermassen in der Schweiz Wohnsitz hatte, dass er damals als unselbständig Erwerbender bei der Z. Ltd. tätig war und dass er nach der Aktenlage, konkret nach der entsprechenden Steuermeldung im fraglichen Jahr als Teilhaber der Y. GmbH & Co. KG Einkünfte in der Höhe von Euro 95'763.– resp. umgerechnet Fr. 114'666.– erzielen konnte.

7.2 Da es vorliegend um die Verabgabung für das Jahr 2012 handelt, steht für alle Beteiligten wohl grundsätzlich fest, dass sich die Frage des anwendbaren Rechts, bzw. der Rechtsunterstellung nach der per 1. April 2012 in der Schweiz in Kraft getretenen Vo 883/2004 richtet. Entsprechend gilt nach Art. 11 der nämlichen Verordnung, dass ein und dieselbe Person immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitglied- oder Vertragsstaates unterliegen kann – eine teilweise Verabgabung für die Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz bei gleichzeitiger Verabgabung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit in Deutschland fällt somit bereits systembedingt ausser Betracht – und Art. 11 Abs. 3 der Verordnung

bestimmt, dass der Erwerbsort für die Verabgabung ausschlaggebend ist. Geht jemand in verschiedenen Mitglied- oder Vertragsstaaten einer unselbständigen wie auch einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach, kommen die Rechtsvorschriften des Landes zum Tragen, in welchem die unselbständige Tätigkeit ausgeübt wird (Art. 13 Abs. 3 Vo 883/2004). Entsprechend ist auch dort zu verabgaben. Ein Blick in die Bestimmungen der vorgängig in Kraft gewesenen Vo 1408/71, Stand 2012, konkret in die Art. 13 und 14c zeigt im Übrigen, dass sich die obig skizzierte Rechtslage unter der alten Verordnung grundsätzlich nicht anders gestaltet hatte. In Subsumption des konkreten Sachverhaltes ergibt sich in casu, dass der in der Schweiz wohnhaft und hier auch unselbständig erwerbstätig gewesene deutsche Staatsbürger für seine gesamten Einkünfte per 2012, jene aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz wie jene aus selbständiger Erwerbstätigkeit in Deutschland – so es sich bei den Einkünften aus Deutschland denn um solche aus selbständiger Erwerbstätigkeit handelt –, in der Schweiz und nach Schweizer Recht verabgabt wird.

7.3 Wie in Erwägung 4.2.1 ausgeführt, beurteilt sich die Frage, ob ein hier zu verabgabendes Einkommen aus unselbständiger oder aus selbständiger Erwerbstätigkeit stamme, nach Schweizer Landesrecht. Die Einkünfte aus der Tätigkeit für die Z. Ltd.-Tochter, bzw. deren Verabgabung ist unstreitig. Zur Qualifikation der Einkünfte aus der Teilhaberschaft an der Y. GmbH & Co. KG ist unter Verweis auf Erwägung 4.3 und 4.4.1 ff. noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass Art. 20 Abs. 3 AHVV die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit für ihre Anteile am Einkommen der Personengesamtheit der AHV-Beitragspflicht unterstellt und dass die fraglichen Einkünfte als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert werden. Nach der in den Erwägungen 4.4. ff. kurz zusammengefassten, konstanten bundesgerichtlichen Praxis sind GmbH & Co. KG nach deutschem Recht den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften resp. den sogenannten anderen auf einen Erwerbszweck ausgerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit zuzurechnen und die daraus erzielten Einkünfte sind ebenfalls als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu verabgaben. Dass es sich bei der Y. GmbH & Co. KG um eine auf einen Erwerbszweck ausgerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit handelt, ist vorliegend unbestritten. Der Argumentation des Beschwerdeführers ist sodann und unter nochmaligem Hinweis auf die angeführte Judikatur, insbesondere auf BGE 136 V 258 (vgl. Erw. 4.4.1 hiervor) entgegenzuhalten, dass es für die Qualifikation der Einkünfte ohne Bedeutung ist, ob die Anteile am Einkommen der Personengesamtheit als Dividenden oder wie auch immer bezeichnet werden. Für die fragliche Qualifikation ebenfalls ohne Belang ist, ob der Beschwerdeführer ein Kleinstgesellschafter ist oder ob er über Anteile in prozentual erheblichem Umfang verfügt, ob er die Anteile erben konnte oder selbst käuflich erwarb, ob er das operative Tun der Gesellschaft zu beeinflussen vermag oder nicht, ob er repräsentative oder konsultierende Funktionen ausübt, Mitglied des Beirates ist bzw. ob er bei strategischen Entscheiden wie auch bei In-

vestitionsentscheiden mitbestimmen kann. Dass er nicht als Arbeitnehmer tätig ist, ergibt sich im Übrigen ja auch aus der Qualifikation der Einkünfte als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit selbst und bedarf keiner Weiterungen. Für die Einkommensqualifikation unbehelflich sind sodann auch die vom Beschwerdeführer angeführten Zahlenbeispiele. Dem Einwand schliesslich, in anderen Kantonen würden die Einkünfte aus deutschen GmbH & Co. KGs anders qualifiziert, ist entgegenzuhalten, dass dies ihm Lichte der seit Jahren konstanten bundesgerichtlichen Praxis als wenig glaubhaft erscheint, an der vorliegenden Beurteilung somit nichts zu ändern vermag. Resümierend ist folglich festzustellen, dass die AHV-rechtliche Verabgabung der Einkünfte aus der deutschen Y. GmbH & Co. KG in der Schweiz und nach Schweizer Recht als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Lichte von Gesetz, Verordnung und Rechtsprechung nicht zu beanstanden ist.

7.4 Mit der Beschwerdegegnerin ist unter Verweis auf Erwägung 4.1.2 zu bemerken, dass der Beschwerdeführer auch mit dem Hinweis auf Vo 574/72, Art. 109, nicht gehört werden kann, da die angerufene Bestimmung nicht einschlägig ist, betrifft sich sie doch einen besonderen Fall der Verabgabung von Einkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Alsdann kann der Beschwerdeführer auch aus dem Merkblatt 2.02 (vgl. Erw. 4.2.3) nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal das fragliche Merkblatt zwar die grundsätzlichen Unterscheidungskriterien zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit skizziert, aber selbstverständlich nicht Art. 20 Abs. 3 AHVV und die hierzu ergangene Judikatur zu derogieren vermag.

7.5 Im Übrigen ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer zwar die Verabgabungspflicht als solche in Frage stellt, dass er die Berechnung der Beiträge indes mit keinem Wort beanstandet. Im abschliessenden Angebot, bei der Bearbeitung und Ermittlung des geschuldeten Beitrags uneingeschränkt mitzuwirken, kann jedenfalls kein substantiierter Antrag auf Überprüfung der Verfügung auch in masslicher Hinsicht erkannt werden. Sodann ergibt eine summarische Überprüfung der Beitragsfestsetzung auch keinerlei Hinweise auf eine fehlerhafte Berechnung, so dass sich eine weitergehende Überprüfung der Verfügung in masslicher Hinsicht erübrigt.

(...)

8. Damit erweisen sich die Verfügung vom 11. Mai 2016 bzw. der Einspracheentscheid vom 8. März 2017 als korrekt, die dagegen erhobene Beschwerde hingegen als unbegründet, so dass diese vollumfänglich abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Juli 2017, S 2017 46
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.8 Art. 25 ATSG i.V.m. Art. 24 ELV

Regeste:
Art. 25 ATSG i.V.m. Art. 24 ELV – Unrechtmässig bezogenen Leistungen sind bei guten Glauben nicht zurückzuerstatten (Erw. 5). Bei nicht vorliegender Meldepflichtverletzung, kann jedoch nicht automatisch auf einen gutgläubigen Leistungsbezug geschlossen werden. Vielmehr obliegt dem gutgläubigen EL-Bezüger die Sorgfaltspflicht, zu prüfen, ob die ausgerichteten Ergänzungsleistungen nach erfolgter Meldung angepasst wurden (Erw. 7.3). In casu hätte die Beschwerdeführerin merken müssen, dass keine Anpassungsverfügung erlassen wurde, daher liegt eine grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht vor, sodass der gutgläubige Leistungsbezug zu verneinen ist (Erw. 7.3).

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, Jahrgang 1968, geschieden, bezieht seit einiger Zeit Ergänzungsleistungen zu ihrer Invalidenrente. Mit Verfügung vom 17. Februar 2016 sprach die Ausgleichskasse Zug (AK Zug) der Versicherten mit Wirkung ab 1. März 2016 monatliche Ergänzungsleistungen in der Höhe von Fr. 908.– zu, wobei dieser Betrag mit Einspracheentscheid vom 29. März 2016 auf Fr. 1'208.– erhöht und in der Folge wiederum mehrfach angepasst wurde (Verfügungen vom 4. Juli und 23. August 2016). Nach Kenntnisnahme eines entsprechenden Einkommens ab Juli 2016 forderte die AK Zug mit Verfügung vom 27. September 2016 die in der Zeit von Juli bis September 2016 zu viel ausbezahlten Ergänzungsleistungen in der Höhe von Fr. 3'325.– zurück und setzte die Ergänzungsleistungen ab 1. September 2016 bei Fr. 0.– fest. Im Rahmen des Einspracheverfahrens entsprach die AK Zug dem Begehren betreffend Anpassung des Mietzinses für den Monat Juli 2016 und reduzierte die Rückforderung schliesslich um Fr. 438.– auf Fr. 2'887.–. Darüber erliess sie eine neue Verfügung, datierend vom 17. Februar 2017, welche unangefochten in Rechtskraft erwuchs. Am 31. März 2017 ersuchte die Versicherte um Erlass der Rückerstattungsforderung, wobei dieses Gesuch von der AK Zug mit Verfügung vom 26. April 2017 abgewiesen wurde. Die von der Versicherten am 26. Mai 2017 dagegen erhobene Einsprache wies die AK Zug mit Entscheid vom 17. August 2017 ab. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Einsprecherin habe die AK Zug nicht über das höhere Erwerbseinkommen informiert und damit die Meldepflicht verletzt, weshalb es am guten Glauben fehle und die Rückforderung folglich nicht erlassen werden könne. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. September 2017 liess die Versicherte beantragen, der Einspracheentscheid vom 17. August 2017 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Rückforderung im Betrag von Fr. 2'887.– zu erlassen. Mit Vernehmlassung vom 26. September 2017 beantragte die AK Zug die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Demnach darf eine Rückforderung nur unter der doppelten Voraussetzung des guten Glaubens und der grossen Härte erlassen werden. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die EL-Stelle davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Errichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

5.1 Von einem gutgläubigen Bezug einer Sozialversicherungsleistung wird gesprochen, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen nach objektiver Betrachtungsweise unter den gegebenen Umständen als entschuldbar erscheint. Rechtsunkenntnis stellt indes nicht à priori guten Glauben dar. Praxisgemäss ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (Urteil des EVG vom 10. Juli 2006, C 209/2005, Erw. 2 mit Verweis auf BGE 122 V 221 Erw. 3 und weitere Urteile). Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein ist eine Tatfrage, während die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage gilt. Der gute Glaube ist zu vermuten und besteht folglich insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat. Ein nur leicht schuldhafter Verstoss gegen die Meldepflicht spricht nach der Praxis nicht gegen den guten Glauben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- und Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Anderseits kann sich der Rückerstattungspflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn sein fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (Urteil des EVG vom 31. August 2004, C 279/2002, Erw. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in konstanter Praxis ausgeführt, grobe Fahrlässigkeit sei gegeben, wenn jemand das ausser Acht lasse, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 110 V 176 Erw. 3d mit weiteren Hinweisen; vgl. auch: Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, N 47 ff. zu Art. 25).

(...)

7. Fakt ist, dass die Beschwerdeführerin vor Juli 2016 während einer gewissen Zeit keiner Erwerbstätigkeit nachging, weshalb für sie bei den Ergänzungsleistungen kein Erwerbseinkommen angerechnet wurde. Erstellt ist alsdann, dass sie im Juli 2016 für die Katholische Kirchgemeinde A. während fünf Tagen Reinigungsarbeiten aus-

geführt und dabei ein Erwerbseinkommen von Fr. 1'249.40 erzielt hat und dass sie ab August 2016 temporär bei der B. angestellt war. Aus den Akten ergibt sich überdies, dass die AK Zug gestützt auf die veränderten Einkommensverhältnisse die Ergänzungsleistungen neu berechnete, was zu einem tieferen Ergänzungsleistungsanspruch führte und sie deshalb die zu viel bezahlten Ergänzungsleistungen im Betrag von Fr. 2'887.– zurückforderte. Das darauf folgende Erlassgesuch wies die AK Zug schliesslich mit der Begründung ab, die Versicherte sei ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen und der gute Glaube deshalb zu verneinen. Als Erstes gilt es demnach zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin einer grobfahrlässigen Meldepflichtverletzung schuldig gemacht hat.

7.1 Den Akten lässt sich zum Aspekt der Meldepflicht das Folgende entnehmen: Betreffend die Reinigungstätigkeit für die Katholische Kirchgemeinde A. liegt ein Schreiben, datierend vom 19. Juli 2016, in den Akten, mit welchem die Beschwerdeführerin die AK Zug darüber informiert hat, dass sie im Monat Juli 2016 während fünf Tagen (11. - 15. Juli 2016) in der Kirche Reinigungsarbeiten durchgeführt habe. Aus dem genannten Schreiben ergibt sich sodann, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die gleiche Mitteilung am 19. Juli 2016 bereits telefonisch hat zukommen lassen. Das entsprechende Schreiben wurde schliesslich am 23. Juli 2016 der Post übergeben und ging am 25. Juli 2016 bei der AK Zug ein. Am 8. August 2016 teilte die Beschwerdeführerin der AK Zug sodann per E-Mail mit, dass der Lohn für ihren Putzeinsatz in der Kirche erst am 10. August 2016 überwiesen werde. Bestätigt wurde dies durch die weitergeleitete Nachricht von C., Leiterin Finanzen & Rechnungswesen der Katholischen Kirchgemeinde A. Die Lohnabrechnung der Katholischen Kirchgemeinde A. per 30. Juli 2016 datiert schliesslich vom 9. August 2016 und enthält einen Auszahlungsbetrag zu Gunsten der Beschwerdeführerin von Fr. 1'249.40. Die Lohnabrechnung ging bei der AK Zug am 12. August 2016 ein. Was das temporäre Arbeitsverhältnis bei der B. betrifft, geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdegegnerin die AK Zug mit bereits genanntem E-Mail vom 8. August 2016 darüber informierte, dass sie am gleichen Tag ihren Nachtwacheeinsatz im Alters- und Pflegeheim beginnen werde. Darüber hinaus liegen in den Akten die Lohnabrechnungen für die Monate August und September 2016, welche am 20. September 2016 bei der AK Zug eingingen.

7.2 Nach dem Dargelegten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin am 19. Juli 2016 telefonisch und anschliessend auch noch schriftlich, umgehend nach dem Arbeitseinsatz und noch vor Erhalt des Lohnes, über ihre Tätigkeit bei der Katholischen Kirchgemeinde A. und damit ihre veränderte Erwerbssituation informiert hat. Auch wenn dem genannten Schreiben keine weiteren Angaben den Lohn betreffend entnommen werden können, ist die Beschwerdeführerin nach Ansicht des Gerichts damit ihrer Meldepflicht in genügendem Masse nachgekommen. Es gilt diesbezüglich nämlich zu berücksichtigen, dass an die Meldung veränderter Verhältnisse im Sinne von Art. 24 ELV keine zu hohen Anforderun-

gen gestellt werden dürfen. So wird es grundsätzlich als ausreichend betrachtet, wenn eine Änderung des Sachverhalts angezeigt wird, selbst wenn der Versicherungsträger in der Folge zusätzliche Abklärungen, z. B. das Einholen weiterer Unterlagen, in die Wege leiten muss. Als Ausfluss des im Administrativverfahrens allgemein geltenden Untersuchungsgrundsatzes wäre es vorliegend somit Sache der Beschwerdegegnerin gewesen, von Amtes wegen abzuklären, welche Konsequenzen die gemeldete Änderung auf den laufenden EL-Anspruch hat. In diesem Zusammenhang hätte die Beschwerdegegnerin ebenfalls zu prüfen gehabt, ob zusätzliche Unterlagen – von der Beschwerdeführerin oder von dritter Seite – hätten eingeholt werden müssen, um die Auswirkungen der gemeldeten Änderung schlüssig beurteilen zu können (vgl. SVR 2007 IV Nr. 24, Erw. 5; SVR 1995 EL Nr. 17, Erw. 7b). Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin vorab telefonisch über die veränderte Erwerbssituation informiert hat, wäre nach Ansicht des Gerichts zumindest zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin weitere Informationen über ihre Erwerbstätigkeit erfragt hätte. Sie hätte so leicht in Erfahrung bringen können, wieviel die Beschwerdeführerin bei dieser Erwerbstätigkeit im Juli 2016 verdient hat. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin nach Bestätigung des entsprechenden Auszahlungsbetrags von rund Fr. 1'200.– informierte und sie der Beschwerdegegnerin auch die Lohnabrechnung sofort nach Erhalt zustellte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin kann der Beschwerdeführerin für den Monat Juli 2016 somit keine Meldepflichtverletzung vorgeworfen werden. Dass sich die Beschwerdeführerin ihrer Meldepflicht bewusst war, ergibt sich schliesslich aus dem Schreiben vom 19. Juli 2016, in welchem die Beschwerdeführerin erwähnte, sie hoffe, dass das Schreiben als gültig gelte, nicht dass sie nachher beschuldigt werde, dies nicht gemeldet zu haben. Was die Erwerbstätigkeit bei der B. betrifft, muss mit der Beschwerdegegnerin festgestellt werden, dass sich – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin – der entsprechende Arbeitsvertrag nicht in den Akten der AK Zug befindet, weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass dieser der Beschwerdegegnerin nicht zugestellt wurde. Wäre der genannte Vertrag, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, am 9. August 2016 bei der Beschwerdegegnerin eingegangen, würde dieser bei den Akten liegen. Etwas anderes zu behaupten, würde bedeuten, der Beschwerdegegnerin fehlerhafte Aktenführung zu unterstellen. Demgegenüber bestreitet die Beschwerdegegnerin nicht, am 8. August 2016 per E-Mail darüber informiert worden zu sein, dass die Beschwerdeführerin neu Nachtwacheeinsätze im Alters- und Pflegeheim leistet. Soweit die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang jedoch einwendet, dem genannten E-Mail sei das entsprechende Pensum und die Vergütung nicht zu entnehmen gewesen, darüber sei sie erst Ende September 2016 informiert worden, verkennt sie die aus dem Untersuchungsgrundsatz fliessenden Pflichten. Es wäre nämlich gerade Sache der Beschwerdegegnerin gewesen, abzuklären, welche Konsequenzen die gemeldete Änderung auf den laufenden EL-Anspruch hat. In diesem Zusammenhang wäre der Beschwerdegegnerin ohne weiteres zumutbar gewesen, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen und insbesondere den nicht eingereichten Ar-

beitsvertrag zu verlangen, um danach die Auswirkungen der gemeldeten Änderung auf den EL-Anspruch schlüssig beurteilen zu können. Hat es die Beschwerdegegnerin indes unterlassen, nach Eingang einer Meldung geänderter Verhältnisse die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um sich über die Auswirkungen dieser Meldung hinreichend Rechenschaft geben zu können, dann ist nicht mehr eine allenfalls ungenügend substantiierte Meldung im Sinne von Art. 24 ELV, sondern die Verletzung der aus dem Untersuchungsgrundsatz abgeleiteten Pflichten der Beschwerdegegnerin kausal für die weitere Ausrichtung einer zu hohen Ergänzungsleistung (SVR 1995 EL Nr. 17, Erw. 7b). Nach dem Gesagten kann sich die Beschwerdegegnerin somit nicht darauf berufen, erst Ende September 2016 mit Erhalt der Lohnabrechnungen über das erzielte Einkommen von mehr als Fr. 30'000.– informiert worden zu sein. Vielmehr hätte sie bei entsprechenden Abklärungen die Ergänzungsleistungen bereits per Ende August 2016 anpassen und die zu viel geleisteten Ergänzungsleistungen zurückfordern können. Folglich kann der Beschwerdeführerin auch hinsichtlich ihrer Erwerbstätigkeit bei der B. keine Verletzung der Meldepflicht vorgeworfen werden.

7.3 Auch wenn die Veränderung der Erwerbssituation sofort mitgeteilt wurde und keine Meldepflichtverletzung vorliegt, so kann daraus noch nicht auf einen gutgläubigen Leistungsbezug geschlossen werden. Die Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht ist nämlich eine häufige, aber nicht die einzige Form eines schuldhaften Verhaltens, das die Berufung auf den guten Glauben ausschliesst. In Betracht fällt z. B. auch die Unterlassung, sich bei der Verwaltung (nach der Rechtmässigkeit der Auszahlung) zu erkundigen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Dezember 2012, EL 2012/20, Erw. 2.2). Reagiert die EL-Durchführungsstelle nicht auf die Meldung einer Veränderung im Erwerbseinkommen, so kann der EL-Bezüger daraus nicht gutgläubig den Schluss ziehen, die Veränderung sei EL-rechtlich irrelevant. Vielmehr gehört es im Rahmen des gutgläubigen Leistungsbezuges zur Pflicht des EL-Bezügers, bei der EL-Durchführungsstelle nachzufragen, weshalb nicht mit einer Revisionsverfügung auf die Änderungsmeldung reagiert wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. März 2009, EL 2008/56). Angesichts dessen hätte die Beschwerdeführerin vorliegend bei gebührender Sorgfalt erkennen müssen, dass die Anpassung der laufenden Ergänzungsleistungen an das ab Juli 2016 erzielte Erwerbseinkommen offensichtlich nicht erfolgte. Schliesslich hat das Erwerbseinkommen einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe der Ergänzungsleistungen, weshalb der Beschwerdeführerin bei den EL-Auszahlungen die Nichtberücksichtigung des Erwerbseinkommens hätte auffallen müssen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin durfte sie sich somit nach Mitteilung der veränderten Erwerbssituation nicht darauf verlassen, dass die von der Beschwerdegegnerin ausbezahlten Ergänzungsleistungen korrekt waren. Vielmehr hätte es die Beschwerdeführerin stutzig machen müssen, dass, obwohl sie die neue Erwerbstätigkeit gemeldet hat, daraufhin keine Anpassungsverfügung erlassen wurde. Diesbezüglich konnte sie schliesslich auch nicht darauf ver-

trauen, dass die Veränderung EL-rechtlich irrelevant sei. Vielmehr hätte sie sich bei der Beschwerdegegnerin erkundigen müssen, weshalb auf die Änderungsmeldung nicht mit einer Anpassungsverfügung reagiert wurde. Hat dies die Beschwerdeführerin unterlassen, stellt dies eine grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht dar, sodass der gutgläubige Leistungsbezug zu verneinen ist. Des Weiteren wäre für die Beschwerdeführerin spätestens im Berechnungsblatt der Verfügung vom 23. August 2016 zu erkennen gewesen, dass trotz Meldung der Erwerbstätigkeit unter Einnahmen lediglich das Einkommen ihres Sohnes angerechnet wurde, während die Aufnahme ihrer Erwerbstätigkeit unberücksichtigt blieb. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass von einem EL-Bezugsberechtigten in der Regel zwar nicht erwartet wird, dass er die EL-Berechnung vollständig nachzuvollziehen vermag. Um sich nicht dem Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung auszusetzen, muss es genügen, dass die Berechnungsblätter, die den EL-Verfügungen beigelegt sind, im Rahmen der individuellen Möglichkeiten auf offensichtliche Fehler hin kontrolliert werden. In diesem Umfang besteht aber eine Prüfungspflicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Dezember 2012, EL 2012/20, Erw. 2.2). Die Beschwerdeführerin hätte demnach bei gebührender Sorgfalt erkennen können und müssen, dass die im September 2016 ausgerichteten Ergänzungsleistungen ohne Berücksichtigung der von ihr gemeldeten Erwerbstätigkeit bei der B. berechnet und somit zu viel Ergänzungsleistungen ausbezahlt wurden. Entgegen ihrer Auffassung durfte sie somit nicht auf die Richtigkeit der EL-Abrechnung vertrauen, zumal in der Verfügung vom 23. August 2016 unter «Kommentar zur Berechnung» darauf hingewiesen wurde, dass das Einkommen nach Auszahlung und nach Erhalt des Arbeitsvertrages noch im Nachhinein angepasst werde. Dementsprechend musste die Beschwerdeführerin mit der Rückforderung der zu viel ausbezahlten Ergänzungsleistungen ganz klar rechnen, weshalb sie in Bezug auf die empfangenen Ergänzungsleistungen nicht als gutgläubig betrachtet werden kann (siehe zum Ganzen auch Urteil des Bundesgerichts 9C_453/2011 vom 15. September 2011).

8. Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzustellen, dass die Beschwerdeführerin ihrer Meldepflicht betreffend die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit zwar nachgekommen ist, sie indes die ihr obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hat, weshalb der gute Glaube zu verneinen ist. Damit fehlt es an einer notwendigen Voraussetzung für den Erlass der Rückforderung. Bei diesem Ergebnis ist nicht zu prüfen, ob – als weitere Voraussetzung für den Erlass der Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen – eine grosse Härte vorliegt. Aufgrund des Gesagten erweist sich der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin als rechtens und die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. November 2017, S 2017 126

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht: 9C_19/2018

5.9 Art. 16b ff EOG i.V.m. Art. 29 EOV, KS MSE Rz. 1072

Regeste:
Art. 16b ff. EOG i.V.m. Art. 29 EOV – Sondernorm, dass eine Mutter, die zum Geburtszeitpunkt arbeitslos ist und die Mindesterwerbsdauer von Art. 16b Abs. 1 lit. b EOG nicht erfüllt, dann Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung hat, wenn sie bis zur Geburt Taggelder der ALV bezog oder am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach AVIG erforderliche Beitragsdauer erfüllt (Erw. 5.1). Wurden die ALV-Taggelder wegen der Karenzfrist oder aus anderen Gründen nicht bis zur Geburt ausgerichtet, entsteht der Entschädigungsanspruch, wenn die Taggelder bis zur Geburt nicht ausgeschöpft wurden, im Zeitpunkt der Geburt aber noch eine Rahmenfrist offen ist (Erw. 3.3.2). In casu war zum Zeitpunkt der Geburt ihres Sohnes, der Taggeldanspruch, aufgrund der von ihr entrichteten Beiträge während der Rahmenfrist, bei weitem noch nicht ausgeschöpft. (Erw. 5.2.1).

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, A., Jahrgang 1986, wohnhaft in der Stadt Zug, war vom 1. Juni 2013 bis zum 31. Mai 2014 in der Privatklinik E., als Stationspsychologin tätig, weshalb ihre AHV-Beiträge über die Ausgleichskasse Privatkliniken der Schweiz AKPH, mit Sitz in Bern, abgerechnet wurden. Am 15. März 2015 gebar sie einen Sohn, der auf den Namen B. hört. Mit Anmeldung vom 28. Juni 2016 beantragte sie die Ausrichtung einer Mutterschaftsentschädigung. Nach entsprechender Überprüfung wurde am 8. November 2016 bei der kantonalen Steuerverwaltung der Quellensteuerabzug ermittelt bzw. mit Mitteilung sowie Abrechnung vom 16. November 2016 zuhanden der Versicherten ein totaler Leistungsanspruch – unter Abzug der AHV/IV/EO/ALV-Beiträge sowie der Quellensteuer – im Betrage von Fr. 14'023.90 in Aussicht gestellt. Gestützt auf eine zwischenzeitlich der AKPH zugegangene Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zug vom 4. Dezember 2014, mit welcher der Versicherten die arbeitslosenversicherungsrechtliche Anspruchsberechtigung mangels Vermittlungsfähigkeit rückwirkend per 1. August 2014 abgesprochen wurde, lehnte die AKPH den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung mit Verfügung vom 22. Dezember 2016 schliesslich aber ab, da sie zum Zeitpunkt der Niederkunft weder erwerbstätig noch im Sinne des AVIG als arbeitslos gemeldet gewesen sei. Dagegen liess die Versicherte, vertreten durch die D.-Rechtschutzversicherung, für diese RA lic. iur. C., Einsprache erheben. Mit Entscheid vom 15. März 2017 wies die AKPH die Einsprache vollumfänglich ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. April 2017 liess A., vertreten durch RA C., von der D.-Rechtschutzversicherung, die Anträge deponieren, der Einspracheentscheid vom 15. März 2017 sei aufzuheben

und ihr sei die gesetzliche Mutterschaftsentschädigung auszurichten; unter Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung verlangte die AKPH sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Die Artikel 16b ff. EOG regeln die Anspruchsberechtigung auf Mutterschaftsentschädigungen. Als anspruchsberechtigt gilt demzufolge eine Frau, die a) während der neun Monate vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, b) in dieser Zeit mindestens fünf Monate eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat und c) im Zeitpunkt der Niederkunft 1) Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 10 ATSG, 2) Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG ist oder 3) im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet und einen Barlohn bezieht (Art. 16b Abs. 1 EOG). Für Frauen, die wegen Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit die Voraussetzungen von Abs. 1 lit. a nicht erfüllen bzw. im Zeitpunkt der Niederkunft nicht Arbeitnehmerinnen oder Selbständigerwerbende sind, regelt die Verordnung genaueres (Art. 16b Abs. 3 EOG). Der Anspruch entsteht am Tage der Niederkunft, wobei die Mutter bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen beantragen kann, dass die Auszahlung erst erfolgt, wenn das Kind nach Hause kommt (Art. 16c EOG; vgl. zum letzten Aspekt auch: Art. 24 der Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz vom 24. November 2004 [EOV, SR 834.11]). Der Anspruch endet am 98. Tag nach Beginn oder früher, so die Mutter früher wieder eine Erwerbstätigkeit aufnimmt oder stirbt (Art. 16d EOG). Die Entschädigung wird als Taggeld ausgerichtet und dieses beträgt 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs erzielt wurde (Art. 16e EOG). Der Höchstbetrag liegt bei Fr. 196.– pro Tag (Art. 16f Abs. 1 EOG). Der Bezug der Mutterschaftsentschädigung schliesst den Bezug von Taggeldern der Arbeitslosen-, der Invaliden-, der Unfall- und der Militärversicherung sowie den Bezug von Entschädigungen nach Art. 9 und 10 EOG aus. Bestand vorgängig an den Anspruchsbeginn auf Mutterschaftsentschädigung ein Anspruch auf Taggelder nach IVG, KVG, UVG, MVG oder AVIG, so entspricht die Mutterschaftsentschädigung mindestens dem bisher bezogenen Taggeld (Art. 16g EOG). Die Kantone können höhere und länger dauernde Mutterschafts- oder Adoptionsentschädigungen vorsehen (Art. 16h EOG).

3.2 Die Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (EOV) regelt in den Artikeln 23 bis 33 weitere Details. So gilt als weitere Anspruchsvoraussetzung beispielsweise, dass das Kind lebensfähig geboren wurde oder die Schwangerschaft mindestens 23 Wochen gedauert hat (Art. 23 EOV). Sodann gibt es Bestimmungen zur Mindestversicherungs- und zur Mindesterwerbsdauer (Art. 26 und 28 EOV). Nach Art. 29 EOV hat eine

Mutter, die zum Zeitpunkt der Geburt arbeitslos ist oder infolge Arbeitslosigkeit die erforderliche Mindesterwerbsdauer nach Art. 16b Abs. 1 lit. b EOG nicht erfüllt, gleichwohl Anspruch auf eine Entschädigung, wenn sie bis zur Geburt ein Taggeld der ALV bezog oder am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach AVIG erforderliche Beitragsdauer erfüllt. Artikel 30 EOV regelt sodann den Entschädigungsanspruch arbeitsunfähiger Mütter und in den Artikeln 31 bis 33 EOV wird die Entschädigungsberechnung thematisiert.

3.3

3.3.1 Die in der Regel vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) erlassenen verwaltungsinternen Weisungen resp. Wegleitungen binden die Verwaltung, nicht aber die kantonalen Sozialversicherungsgerichte. Das Bundesgericht unterstützt die Bindung der Verwaltung an die genannten Richtlinien mit dem Hinweis darauf, dass den Bestrebungen der Verwaltung, durch entsprechende interne Weisungen, Richtlinien, Tabellen, oder Skalen eine rechtsgleiche Behandlung der Versicherten zu gewährleisten, Rechnung getragen werden müsse. Ein Eingreifen des Sozialversicherungsrichters in das Ermessen der Verwaltung rechtfertigt sich nach der höchstrichterlichen Auffassung schliesslich nur dann, wenn ein Ermessensmissbrauch gegeben ist, d.h. wenn sich die Verwaltung von unsachlichen und zweckfremden Erwägungen hat leiten lassen oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot oder das Verbot rechtsungleicher Behandlung, aber auch das Gebot von Treu und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, missachtet hat (vgl. BGE 123 V 150 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2006 [C 127/06] Erw. 4.2).

3.3.2 Nach dem Kreisschreiben über die Mutterschaftsentschädigung (KS MSE), Stand Januar 2014, sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 16b Abs. 1 EOG kumulativ zu erfüllen (Rz. 1022). Allerdings kann der Anspruch auch entstehen, wenn die Voraussetzung der neunmonatigen Versicherungsdauer erfüllt ist und zudem Taggelder der ALV bezogen werden oder aber wenn im Zeitpunkt der Geburt ein Anspruch auf ALV-Taggelder besteht, schliesslich wenn aus gesundheitlichen Gründen eine Arbeitsunfähigkeit bestand und die fünfmonatige Erwerbsdauer erfüllt ist (Rz. 1022/1). Zum Begriff der Arbeitnehmerin hält das Kreisschreiben unter anderem fest, dass kein Anspruch besteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Niederkunft endet, ohne dass die Mutter bis dahin einen Lohnersatz in Form eines Taggeldes der ALV, IV, KV, MV oder UV bezieht oder die Voraussetzungen zum Bezug einer ALV-Entschädigung erfüllen würde (Rz. 1055). Im Kapitel 3.8 wird zu den arbeitslosen Müttern festgehalten, dass Frauen, die die versicherungsmässige Voraussetzung erfüllen, auch ohne Erfüllung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen Anspruch auf die Entschädigung haben, wenn sie bis zur Geburt ein Taggeld der schweizerischen Arbeitslosenversicherung beziehen (Rz. 1072). Wurden die ALV-Taggelder wegen der Karenzfrist oder aus anderen Gründen nicht bis zur Geburt aus-

gerichtet, entsteht der Entschädigungsanspruch, wenn die Taggelder bis zur Geburt nicht ausgeschöpft wurden, im Zeitpunkt der Geburt aber noch eine Rahmenfrist offen ist (Rz. 1072/1). Wer den maximalen Taggeldbezug der ALV im Zeitpunkt der Geburt ausgeschöpft hat, hat selbst wenn die Rahmenfrist noch besteht keinen Anspruch auf Entschädigung mehr. Auch der Bezug eines gleichwertigen kantonalen ALV-Taggeldes gibt keinen Anspruch auf die fragliche Entschädigung (Rz. 1073). Erfüllt eine Frau im Zeitpunkt der Geburt die Mindestbeitragsdauer für die ALV-Taggelder, ohne sich aber dafür angemeldet zu haben, entsteht ein Anspruch auf Entschädigung. Die erforderliche Mindestbeitragsdauer muss während der ordentlichen zweijährigen Rahmenfrist zurückgelegt worden sein; eine Verlängerung der Rahmenfrist fällt ausser Betracht (Rz. 1074). Die entsprechenden Abklärungen im Sinne von Rz. 1074 sind beim Seco zu erfragen und dieses hat zu prüfen, ob die Mindestbeitragsdauer für den Bezug der Arbeitslosentaggelder erfüllt ist (Rz. 1077).

3.4 Die von den Parteien zitierte Judikatur äussert sich zur hier interessierenden Problematik wie folgt:

3.4.1 Im Entscheid BGE 127 V 475 vom 9. Oktober 2001 wird zum Aspekt der Beständigkeit einer einmal festgelegten Rahmenfrist ausgeführt, nach der gesetzlichen Konzeption bleibe eine einmal laufende Rahmenfrist grundsätzlich bestehen und könne eine neue frühestens nach deren Ablauf eröffnet werden. Weder eine die Arbeitslosenentschädigung ausschliessende Tätigkeit noch der Wegfall der Anspruchsberechtigung als solche (beispielsweise bei nicht mehr gegebener Vermittlungsfähigkeit) beendige die Rahmenfrist. Ebenfalls könne die Rahmenfrist nicht durch den Verzicht auf Leistungen verkürzt werden. Die Beständigkeit des einmal festgelegten Beginns der Leistungsrahmenfrist stehe einzig unter dem Vorbehalt, dass sich die Zusprechung und Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung nicht nachträglich zufolge Fehlens einer oder mehrerer Anspruchsvoraussetzungen unter wiedererwägungsrechtlichem oder prozessualrevisionsrechtlichem Gesichtswinkel als unrichtig erweise. Soweit AM/ALV-Praxis 98/4 etwas anderes ausführe, sei dies nicht gesetzeskonform, wobei jedenfalls eine Verschiebung der Rahmenfrist im Falle von deren wiedererwägungs- bzw. revisionsweisen Aufhebung möglich sein müsse (vgl. BGE 127 V 475 Erw. 2a und 2b).

3.4.2 Im Entscheid BGE 136 V 239 vom 8. Juli 2010 führte das Bundesgericht zum Begriff Arbeitslosigkeit nach AVIG und nach EOG aus, gemäss dem Ingress von Art. 16b Abs. 3 EOG und Art. 29 EOV sei Voraussetzung für den ausnahmsweisen Leistungsanspruch trotz Fehlens einer Erwerbstätigkeit, dass die Mutter im Zeitpunkt der Geburt arbeitslos sei. Nach Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG gelte als ganz bzw. teilweise arbeitslos, wer in keinem oder nur einem teilzeitlichen Arbeitsverhältnis stehe und eine Vollzeit- bzw. eine weitere Teilzeitbeschäftigung suche. Nach Art. 10 Abs. 3 AVIG gelte der Arbeitsuchende erst dann als arbeitslos, wenn er sich beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung gemeldet habe. Die Vorinstanz habe ge-

stützt auf diese Bestimmung erwogen, die Beschwerdeführerin sei gar nicht arbeitslos, weil sie, was unbestritten sei, im Zeitpunkt der Geburt ihres Kindes nicht beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung gemeldet gewesen sei. Nach der Entstehungsgeschichte von Art. 16b Abs. 3 EOG dürfe allerdings nicht verlangt werden, dass eine Frau im Zeitpunkt der Niederkunft auch tatsächlich Arbeitslosenentschädigung beziehen müsse. Ein Anspruch solle auch dann bestehen, wenn ohne Bezug von Arbeitslosenentschädigung im Zeitpunkt der Geburt eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet sei, unabhängig davon, ob unmittelbar vor der Niederkunft Arbeitslosenentschädigung bezogen werde, oder wenn unmittelbar vor oder unmittelbar nach der Niederkunft eine nach dem AVIG genügende Beitragszeit nachgewiesen sei oder ein Grund für die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit vorliege. Im Sinne einer konsequenten Leistungsabgrenzung und Koordination zwischen AVIG und EOG solle damit vermieden werden, dass sich Versicherte zur Wahrung ihrer Ansprüche auf Mutterschaftsentschädigung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden müssten. Eine solche Anmeldung könne angesichts des starren Rahmenfristensystems in der Arbeitslosenversicherung zu einer massiven Beeinträchtigung ihrer Ansprüche im Falle einer späteren Arbeitslosigkeit führen. Zudem verlange das Gebot der Gleichbehandlung eine solche Regelung, weil ansonsten die Kategorie der beitragsfrei versicherten Personen ungleich behandelt würde, je nachdem, ob im Zeitpunkt der Niederkunft ein Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt worden sei oder nicht. Nach diesen Ausführungen sei also der Begriff «arbeitslos» gemäss Art. 16b Abs. 3 EOG und Art. 29 EOV nicht im Sinne von Art. 10 Abs. 3 AVIG zu verstehen. Eine Abweichung sei jedoch nur vom formellen Erfordernis der Anmeldung beim Arbeitsamt zulässig. Materiell müsse Arbeitslosigkeit vorliegen. Des Weiteren vorausgesetzt sei für die Mutter, die nicht bis zur Geburt ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung bezogen habe (Art. 29 lit. a EOV), dass sie am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach dem AVIG erforderliche Beitragsdauer erfülle (Art. 29 lit. b EOV). Eine gesetzeskonforme Auslegung der Verordnung führe nun aber dazu, dass unter Beitragsdauer im Sinne von Art. 29 lit. b EOV nur diejenige, die in der ordentlichen zweijährigen Rahmenfrist zurückgelegt wurde, verstanden werden könne (BGE 136 V 239 Erw. 2.1 /2.2 und 2.4 in fine).

3.4.3 Im Entscheid BGE 142 V 502 ging es um die Verlängerung der Rahmenfrist im Sinne von Art. 9a Abs. 2 AVIG für Personen, die einen Statuswechsel zur selbständigen Erwerbstätigkeit hinter sich haben.

(...)

5.1 Zur Beleuchtung der Rechtslage ist noch einmal daran zu erinnern, dass es für Frauen, die zufolge Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit die Voraussetzungen von Art. 16b Abs. 1 lit. b EOG nicht erfüllen, eine vom Verordnungsgeber geschaffene Sondernorm gibt. So hält Art. 29 EOV fest, dass eine Mutter, die zum Geburtszeitpunkt arbeitslos ist oder die oberwähnte Bestimmung über die Min-

desterwerbsdauer nicht erfüllt, dann Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung hat, wenn sie bis zur Geburt Taggelder der ALV bezog oder am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach AVIG erforderliche Beitragsdauer erfüllt. Präzisierend hält KS MSE Rz. 1072 fest, dass der Entschädigungsanspruch auch dann entstehe, wenn aus unterschiedlichen Gründen nicht bis zur Geburt ALV-Taggelder ausgerichtet worden seien, dies jedenfalls dann, wenn die Taggelder bis zur Geburt nicht ausgeschöpft worden seien und die Rahmenfrist noch offen sei. Der in Erwägung 3.4 ff. zitierten,einschlägigen Rechtsprechung ist schliesslich zum einen zu entnehmen, dass eine einmal eröffnete Rahmenfrist – vorbehältlich der revisions- oder wiedererwägungsweisen Aufhebung – grundsätzlich von Bestand ist. Zum andern ist festzuhalten, dass auch das Bundesgericht in einem einschlägigen Entscheid (vgl. Erw. 3.4.2) zu Art. 16b Abs. 3 OEG bzw. Art. 29 EOV deutlich machte, dass Arbeitslosigkeit nach Art. 10 Abs. 3 AVIG nicht mit dem Begriff «arbeitslos» nach Art. 16b Abs. 3 EOG resp. Art. 29 EOV gleichgesetzt werden kann. Im Gegensatz zu «normalen» Arbeitslosen könne nach der Entstehungsgeschichte von Art. 16b Abs. 3 EOG im Hinblick auf den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung von den Müttern nämlich nicht verlangt werden, dass sie im Zeitpunkt der Niederkunft auch tatsächlich Arbeitslosenentschädigungen beziehen müssten. Ein Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung solle vielmehr auch dann bestehen, wenn unabhängig vom Bezug von Arbeitslosengeldern vor der Niederkunft eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet sei bzw. wenn im Zeitraum der Niederkunft eine nach dem AVIG genügende Beitragszeit nachgewiesen sei oder aber ein Grund für die Befreiung der Erfüllung der Beitragszeit bestehe. Im Sinne einer konsequenten Leistungsabgrenzung und Koordination zwischen AVIG und EOG müsse vermieden werden, dass sich Versicherte einzig zur Wahrung ihrer Mutterschaftsentschädigungsansprüche zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern anmelden müssten. Nach dem Gesagten, so das Bundesgericht andernorts, sei für den fraglichen Anspruch einzig vorausgesetzt, dass die Mutter zur Zeit der Geburt die erforderliche Betragszeit erfülle, nicht aber dass sie Taggelder beziehe.

5.2

5.2.1 Im Hinblick auf die Subsumption ist in sachverhaltlicher Hinsicht zu bedenken, dass die Beschwerdeführerin sich im Juni 2014 bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug, konkret auch zum Taggeldbezug angemeldet hat. Entsprechend wurde ihr, wie vom Seco bestätigt, vom 6. Juni 2014 bis zum 5. Juni 2016 eine Rahmenfrist für den Bezug von Taggeldern eröffnet. In der Rahmenfrist für die Beitragszeit, vom Juni 2012 bis Juni 2014, hat sie nachweislich mehr als 12 Monate gearbeitet und entsprechend Beiträge entrichtet. Ihr standen nach den unbestrittenen Angaben der zuständigen Arbeitslosenkasse 260 ALV-Taggelder zu. Da sie lediglich in den Monaten Juni und Juli 2014 Taggelder ausgerichtet erhielt, war der Taggeldanspruch zum Zeitpunkt der Geburt ihres Sohnes, am 15. März 2015, noch bei weitem nicht ausgeschöpft und nach Aktenlage waren noch ca. 230 Taggelder offen. Fakt ist in-

des auch, dass das AWA des Kantons Zug der Beschwerdeführerin zufolge massiv ungenügender Mitwirkung die Vermittlungsfähigkeit aberkannte.

5.2.2 Würdigend ist unter Bezugnahme auf Erwägung 3 ff. wie auf Erwägung 5.1 noch einmal zu bedenken, dass ein effektiver Bezug von Arbeitslosentaggeldern nach AVIG für den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach Gesetz, Verordnung und insbesondere nach der höchstrichterlichen Praxis nicht gefordert ist. Es genügt vielmehr, dass die versicherte Person einen theoretischen Anspruch belegen kann. Dies ist der Fall, wenn sie in der Rahmenfrist für die Beitragszeit mindestens während zwölf Monaten erwerbstätig und entsprechend beitragspflichtig war, wenn ihr zum Zeitpunkt der Niederkunft noch immer eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug offen steht bzw. wenn sie ihren Taggeldanspruch bis zur Niederkunft nicht bereits erschöpft hat. Vorliegend ist all dies nach der Aktenlage bzw. nach dem in Erwägung 5.2.1 Aufgezeigten unbestrittener Massen gegeben. Mit der Beschwerdeführerin ist überdies denn auch festzustellen, dass es im Lichte der einschlägigen Praxis somit als völlig belanglos erscheint, ob eine versicherte Person zufolge unterlassener Mitwirkung nach den Bestimmungen des AVIG als nicht vermittlungsfähig qualifiziert wurde oder nicht. Musste die Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund von BGE 136 V 239 gar nicht zur Arbeitsvermittlung angemeldet sein, kann sich die Frage der Vermittlungsfähigkeit ja auch gar nicht stellen. Im Gegenteil würde das Beharren auf der Vermittlungsfähigkeit, damit implizit auch auf dem effektiven Taggeldbezug, der im fraglichen Entscheid geforderten klaren Leistungsabgrenzung resp. Koordination zwischen AVIG und EOG diametral zuwider laufen. Nach dem Gesagten ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Mutterschaftsentschädigung vorliegend zweifelsohne zu bejahen.

(...)

6. Damit erweisen sich Verfügung und Einspracheentscheid als falsch, die Beschwerde indes erweist sich als begründet und sie ist vollumfänglich gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Juli 2017, S 2017 58
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.10 Art. 73 BVG

Regeste:
Art. 73 BVG – Der Gerichtsstand bei einer Klage gegen mehrere Beklagte in verschiedenen Kantonen muss nicht zwingendermassen dem Wohnort des Klägers entsprechen. Vielmehr hat der Kläger freie Wahl bezüglich des Gerichtsstands, wobei zu beachten gilt, dass ein einheitlicher Gerichtsstand besteht, um sowohl sich widersprechende Urteile zu vermeiden, wie auch aus prozessökonomischen Gründen. In casu hat sich der im Kanton Zürich wohnhafte Kläger entschieden, die Klage im Kanton Zug, dem Sitz zweier Beklagter, einzureichen, womit das Verfahren in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Zug fällt (Erw. 1.2).

Aus dem Sachverhalt:

A., geboren 1973, leidet seit seiner Geburt an einer vererbten Nierenkrankheit, dem sogenannten Bartter-Syndrom, bei welchem es zum Verlust der körpereigenen Salze und Flüssigkeiten kommt. Mit Verfügungen vom 28. Mai 2013 sprach die IV A. eine Viertelsrente ab 1. Januar 2011 und eine halbe Rente ab 1. April 2011 zu. Die IV ging davon aus, dass seit Februar 2007 eine 20%ige Einschränkung in der angestammten Tätigkeit bestehe. Die Wartezeit wurde per Februar 2007 eröffnet, eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von 40 % sei per 24. Januar 2011 erreicht worden (Arbeitsunfähigkeit 50 % seit Juni 2010).

Mit Klage vom 22. Dezember 2015 liess A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug beantragen, es sei festzustellen, ob die Personalvorsorgestiftung der V., die W. Personalvorsorge, die X. Pension AG, die Personalvorsorgestiftung der Y. oder die Personalvorsorgestiftung Z. leistungspflichtig sei und es seien ihm zu Lasten der als leistungspflichtig erkannten Beklagten folgende Leistungen zuzusprechen: (...)

Aus den Erwägungen:

1.1 Jeder Kanton bezeichnet gemäss Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Gemäss § 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Klagen aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für deren Beurteilung das Bundesrecht eine einzige kantonale Gerichtsbehörde vorschreibt. Gerichtsstand für Streitigkeiten zwischen einem Anspruchsberechtigten und einer Vorsorgeeinrichtung ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des bzw. der Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem die versicherte Person angestellt war (Art. 73 Abs. 3 BVG).

1.2 Die Beklagte 3 macht geltend, aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2012, 9C_41/2012, sei zu schliessen, dass bei Klage gegen mehrere Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz in verschiedenen Kantonen nicht freie Wahl bestehe, in welchem Kanton Klage eingereicht werde, sondern dass als Gerichtsstand der Wohnort des Klägers gelte. Der Kläger habe Wohnsitz im Kanton Zürich und klage gegen verschiedene Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz in verschiedenen Kantonen, unter anderem die Beklagte 3 mit Sitz im Kanton Zürich. Zum Kanton Zug bestehe in diesem Rechtsverhältnis keinerlei Bezug. Um einen einheitlichen Gerichtsstand für die Klage gegen alle Vorsorgeeinrichtungen zu haben, stehe dem Kläger der Gerichtsstand in seinem Wohnsitzkanton offen, d.h. im Kanton Zürich.

Der Entscheid, welcher Gerichtsstand gilt (Sitz oder Wohnsitz des bzw. der Beklagten oder Ort des Betriebes, bei welchem die versicherte Person angestellt war), liegt bei der jeweils klagenden Partei (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 1956). Die Beklagte 3 verweist auf das Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2009, 9C_944/2008, in welchem auch ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Versicherungsnehmers, d.h. am Wohnsitz des Klägers, zugelassen worden war. Dabei ging es um die Beurteilung von Ansprüchen aus der gebundenen Vorsorgeversicherung. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Versicherers sahen als alternativen Gerichtsstand den Wohnsitz des Versicherungsnehmers vor. Das Bundesgericht führte aus, aus dem Zweck und der Systematik von Art. 73 BVG ergebe sich, dass der Gesetzgeber den Zugang der Rechtssuchenden an die Gerichte so weit wie möglich habe erleichtern wollen. Insoweit als der Wortlaut von Abs. 3 den Versicherungsnehmer gegebenenfalls dazu zwinge, an einem Ort und in einer Sprache zu klagen, mit welchem er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vernünftigerweise nicht habe rechnen müssen, sei dieser Wortlaut nicht vereinbar mit dem in Abs. 2 festgehaltenen Grundsatz der Einfachheit und genereller mit der ratio legis von Art. 73 BVG. Aus der Auslegung von Art. 73 BVG ergebe sich, dass bei Streitigkeiten im Bereich der gebundenen Selbstvorsorge ein alternativer Gerichtsstand zum in Art. 73 Abs. 3 BVG vorgesehenen Gerichtsstand am schweizerischen Sitz oder Wohnsitz des Beklagten zugestanden werden müsse. Weder diesem Urteil noch dem von der Beklagten 3 ebenfalls zitierten Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2012, 9C_41/2012, kann entnommen werden, dass bei Klagen gegen mehrere Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz in verschiedenen Kantonen nur der Wohnort des Klägers als Gerichtsstand in Frage kommt. Vielmehr hat der Kläger in einem solchen Fall weiterhin die freie Wahl. Gemäss Bundesgericht ist einzig darauf zu achten, dass sich ein einheitlicher Gerichtsstand ergibt, um sich widersprechende Urteile zu vermeiden, sowie aus prozessökonomischen Gründen (Prinzip des einfachen und raschen Verfahrens, Art. 73 Abs. 2 BVG). Der Kläger hat sich dazu entschieden, seine Klage an den Sitzen der Beklagten 1 und 5 einzureichen, welche sich im Kanton Zug befinden. Damit wird auch für die Beklagten 2, 3 und 4 der Kanton Zug als Gerichtsstand gültig. Mithin ist das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich und sachlich zuständig.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. März 2017, S 2015 169
Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.
Verfahrensnummer am Bundesgericht: 9C_333/2017

6. Denkmalschutz

6.1 ISOS, § 25 Abs. 1 lit. a DMSG, § 25 Abs. 1 lit. d DMSG

Regeste:
ISOS – Die Anliegen des Ortsbildschutzes und des Denkmalschutzes überlagern sich teilweise, sind aber nicht gleichzusetzen. Aus der Tatsache, dass ein Gebäudeensemble im ISOS beziehungsweise in der Ortsbildschutzzone aufgenommen ist, ergibt sich nicht, dass ein einzelnes Gebäude nicht abgebrochen und nicht neu erstellt werden dürfte (Erw. 3d).
§ 25 Abs. 1 lit. a DMSG – Die überaus hohe Bedeutung des Gebäudeensembles der Spinnerei Ägeri (äussere und innere Spinnerei) für die Gesellschafts-, Industrie- und Architekturgeschichte ist unbestritten. Die Produktionsstätte mit den dazu gehörenden Bauten ist offensichtlich ortsprägend. Daher ist auch der ehemalige Kontor als zentraler Bestandteil der Anlage zu erhalten (Erw. 5a und 5b).
§ 25 Abs. 1 lit. d DMSG – Die von der Standortgemeinde Menzingen zu tragenden Kosten bei einer Unterschutzstellung des ehemaligen Kontors der Spinnereien Ägeri sind auf Dauer tragbar (Erw. 5c).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 25. Oktober 2016 stellte der Regierungsrat das Büro- und Wohngebäude (ehemals Kontor), Zugerstrasse 186, Menzingen, Ass. Nr. 251d, GB Menzingen Nr. 1099, als Baudenkmal von regionaler Bedeutung unter kantonalen Schutz. Am 28. November 2016 reichte der Gemeinderat Menzingen eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit den Anträgen, der Beschluss des Regierungsrates vom 25. Oktober 2016 sei aufzuheben oder eventuell zur Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die A.B. beantragte mit Schreiben vom 1. Januar 2011 an die Kantonale Denkmalpflege die Unterschutzstellung ihrer acht in der Gemeinde Unterägeri gelegenen Liegenschaften an der Zugerstrasse xxx, des in der Gemeinde Menzingen liegenden

Wohn- und Geschäftshauses an der Zugerstrasse 186 sowie der Liegenschaft Zugerstrasse xxx in der Gemeinde Menzingen. Die Denkmalkommission befürwortete an ihrer Sitzung vom 21. März 2011 einstimmig den Unterschutzstellungsantrag, da nach deren Dafürhalten das Ensemble als Zeitzeuge der frühen Industrialisierung des Ägeritals einen sehr hohen Wert aufweise und daher die Schutzwürdigkeit unbestritten gegeben sei. Aktuell sind alle diese Liegenschaften im Verzeichnis der schützenswerten Denkmäler (Stand 5. Januar 2017) festgehalten.

Mit Beschluss vom 25. Oktober 2016 stellte der Regierungsrat das Büro- und Wohngebäude (ehemals Kontor), Zugerstrasse 186, Gemeinde Menzingen, als Baudenkmal von regionaler Bedeutung unter kantonalen Schutz. Der Schutzumfang betrifft den Standort des Gebäudes, seine äussere Erscheinung, die historische Bausubstanz (tragende Wände, Decken, Böden) im Sinne der Erwägungen und umfasst im Weiteren die originale Treppe mit gedrechseltem Staketengeländer und die originalen Wandtäfer aus der Bauzeit.

3. a) Das Gesetz über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG, BGS 423.11) umschreibt in § 2 Abs. 1 den Begriff des Denkmals. Nach diesem Gesetz sind Denkmäler Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung hiezu stehende bewegliche Objekte, die einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen. Je nach ihrem Wert sind Denkmäler und Kulturgüter von nationaler, regionaler oder lokaler Bedeutung (§ 2 Abs. 3 DMSG). Objekte, deren Schutz erwogen wird, sind im Inventar der schützenswerten Denkmäler festzuhalten (§ 5 DMSG). Objekte, an deren Erhaltung ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen (§ 4 DMSG). Die Direktion des Innern leitet das Verfahren für die Unterschutzstellung ein. Der Eigentümer des Denkmals, die Standortgemeinde und die Denkmalkommission besitzen das Antragsrecht (vgl. § 24 Abs. 1 DMSG). Gemäss § 25 Abs. 1 entscheidet der Regierungsrat über die Unterschutzstellung. Er beschliesst sie, wenn a) das Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist; b) das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen überwiegt; c) die Massnahme verhältnismässig ist; d) die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen. Kanton und Gemeinden leisten je gleich hohe Beiträge an die Kosten der Restaurierung von geschützten Denkmälern. Sie leisten auch Beiträge an die bedeutenderen Unterhaltsarbeiten. Die Beiträge gelten in der Regel den substanzerhaltenden Aufwendungen. Der Beitragssatz beträgt bei Objekten von lokaler und regionaler Bedeutung 30 % und bei Wandgemälden, Fresken und Skulpturen und dergleichen 70 % (§ 34 Abs. 1 und 2 DMSG).

b) Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann um-

so eher bejaht werden, je höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist. Das öffentliche Interesse verlangt, dass ein Baudenkmal recht eigentlich aus anderen Objekten herausragt und von bedeutendem kulturellen Wert ist (vgl. Walter Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 48 f., 205 f.). Ein Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter wird durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal (vgl. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege, Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz, Zürich 2007, S. 13).

Den Materialien zum Denkmalschutzgesetz aus dem Jahr 1989 ist nicht zu entnehmen, was unter den unbestimmten Rechtsbegriffen «wissenschaftlicher, kultureller und heimatkundlicher» Wert zu verstehen ist. Auch die Revision vom 28. August 2008 brachte diesbezüglich keine Klärung. Die in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG aufgeführten Rechtsbegriffe haben im Jahr 2008 insofern eine Veränderung bzw. Verschärfung erfahren, als jetzt ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert sein muss, damit es unter Denkmalschutz gestellt werden darf. Der Gesetzestext ist insofern eindeutig, als diese Werte nicht kumulativ gegeben sein müssen. Sofern aber nur eine Wertkategorie bejaht werden könnte, müsste dieser Wert in einem herausragenden Mass gegeben sein. Im Übrigen handelt es sich aber bei diesen Qualifikationen jeweils um unbestimmte Rechtsbegriffe. Davon spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte Norm räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrates zu beurteilen sind. Auch bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt in diesen Fällen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt wurden (vgl. BGE 135 II 384 Erw. 2.2.2). Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten (vgl. BGer 1C_555/2010 vom 23. Februar 2011, Erw. 2.1; BGer 1C_543/2009 vom 15. März 2010, Erw. 2.3), dass «bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen hat, welche den kulturellen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks berücksichtigt. Eine Baute soll als Zeitzeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden,

um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können. Schliesslich gilt auch für Denkmalschutzmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit». Verhältnismässigkeit bedeutet, dass der Eingriff in das Grundrecht des Privaten für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, notwendig und für den Betroffenen zumutbar ist. Dabei ist aber festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzbedürftigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können. Je schutzwürdiger eine Baute ist, umso geringer sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (BGer 1C_55/2011 vom 1. April 2011, Erw. 7.1, mit Verweisen). Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. Januar 2008 (Vorlage Nr. 1629.1, Laufnummer 12598) führte dieser unter Ziff. 3.2 aus, dass jede Unterschutzstellung eine ermessensweise Beurteilung verlange. Er gehe davon aus, dass den erhöhten Anforderungen für eine Unterschutzstellung speziell in denjenigen Fällen Bedeutung zukomme, in denen die Eigentümerschaft und die Standortgemeinde gegen eine Unterschutzstellung seien. Anderseits müsse eine den höheren Anforderungen entsprechende Unterschutzstellung bei triftigen Gründen auch gegen den Willen der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers und der Standortgemeinde durchsetzbar sein.

c) Neuägeri mit den Inneren Spinnereien ist als Spezialfall (wertvolle Anlage) von nationaler Bedeutung im Inventar der schützenswerten Ortsbilder (ISOS, Herausgegeben vom Eidgenössischen Departement des Innern, Kanton Zug, Bern 2002) aufgenommen. Gemäss ISOS (S. 171 ff.) handelt es sich dabei um ein charakteristisches Beispiel eines im 19. Jahrhundert technisierten Flusslaufes im Talgrund des Lorzentobels; eine aussergewöhnlich gut erhaltene Anlage von Fabrikbauten, Villen und Arbeiterhäusern entlang der Durchgangsstrasse und Kanälen. Der Anlage als Ganzes werden sehr hohe Lage-, Raum- und architekturhistorische Qualitäten attestiert. Ziel ist gemäss ISOS die integrale Erhaltung (A) für diesen Strassendorfteil. Das ISOS empfiehlt, die vielfach baufälligen Altbauten mit besonderem Augenmerk auf ursprüngliche Detailformen fachgerecht zu renovieren. Bei einigen Wohnhäusern sei der Rückbau modernistischer Eingriffe angezeigt. Beachtung verdienten auch die Erhaltung der Gärten samt Eisenzäunen, der Vorplätze und Stützmauern (ISOS, Empfehlungen, S. 180). Bundesinventare wie das ISOS sind auch bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben von Bedeutung. Gemäss ihrer Natur kommen sie Sachplänen und Konzepten im Sinne von Art. 13 RPG (SR 700) gleich. Auf diese Weise finden sie Eingang in die konkrete Nutzungsplanung und sind daher von der zuständigen Behörde bei ihrer Planung zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 II 209, Erw. 2.1). In Nachachtung dieses Stufenprinzips befindet sich das Ensemble der Inneren Spinnereien Neuägeri gemäss den Zonenplänen der Gemeinden Unterägeri und Menzingen in der Ortsbildschutzzone. Gemäss § 24 der Bauordnung von Menzingen, in Kraft seit 1. Januar 2007, dienen Ortsbildschutzzonen der Erhaltung und Pflege des jeweiligen Orts- und Quartierbildes. Gebäude dürfen nur verändert werden, wenn das Orts- und Quartierbild nicht beeinträchtigt wird. Bei Bauvorhaben innerhalb der Ortbildschutzzone wirkt das Amt für Denkmalpflege und

Archäologie beratend mit. Nicht identisch im Wortlaut, aber praktisch gleich in der Bedeutung ist die Ortbildschutzzone in § 36 der Bauordnung 2008 der Gemeinde Unterägeri definiert.

d) In Würdigung dieser gesetzlichen Regelungen kann vorab festgestellt werden, dass die Anliegen des Ortsbildschutzes und des Denkmalschutzes sich in gewissen Teilen überlagern, aber jedenfalls nicht gleichzusetzen sind. Aus der Tatsache, dass das ganze Ensemble Innere Spinnereien im ISOS bzw. in der Ortsbildschutzzone aufgenommen ist, ergibt sich nicht, dass ein Gebäude nicht abgebrochen und nicht neu erstellt werden dürfte. Mit der Ortsbildschutzzone soll insbesondere ein Siedlungsteil in seiner Erscheinung und seiner Massstäblichkeit geschützt werden. Die erhöhte Sensibilität in dieser Zone ist der Grund, dass sowohl die Bauordnungen von Menzingen wie Unterägeri bei Bauvorhaben (Neu- oder Umbauten) den Einbezug der kantonalen Denkmalpflege verlangen. Richtig ist auch, dass sich aus der Zonenzuordnung als solcher die Denkmalwürdigkeit eines einzelnen Objektes nicht direkt ableiten lässt. Hingegen ist nicht zu verkennen, dass das Erhaltungsziel A des ISOS, womit die Substanzerhaltung angestrebt wird, mit den Mitteln des Denkmalschutzes auf die (rechtlich) einfachste und nachhaltigste Weise gesichert werden kann. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Regierungsrat in korrekter Anwendung des DMSG das Wohn- und Geschäftshaus an der Zugerstrasse 186, das sogenannte Kontor, unter Denkmalschutz gestellt hat, d.h. ob die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Wie oben ausgeführt, steht dem Gericht nur die Rechtskontrolle zu. Soweit sich die Frage stellt, ob die wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Werte im geforderten Mass gegeben sind, kann dies die Fachkompetenz des Gerichts sprengen. Eindeutig liegt es im Aufgabenbereich des Gerichts zu prüfen und zu erkennen, ob die Begründungen eines Entscheides nachvollziehbar und überzeugend, insgesamt schlüssig sind. Die Beurteilung, ob die Interessenabwägung korrekt gewichtet und die Verhältnismässigkeit gegeben ist, stellt ebenfalls eine Rechtsfrage dar.

4. a) Der Gemeinderat Menzingen bemängelt die fachlichen Grundlagen bzw. die Begründungstiefe des regierungsrätlichen Entscheides. Aufgrund der Tatsachen, dass der Beschwerdeführer sich schon im Februar 2012 gegen die Unterschutzstellung des fraglichen Objekts gestellt habe und mit der Revision des DMSG die Anforderungen an die Denkmalwürdigkeit verschärft worden seien, stütze sich der Regierungsrat zu Unrecht nur auf die Einschätzung des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie resp. die Stellungnahme der Denkmalkommission ab. In seinem Antrag zur Gesetzesrevision habe der Regierungsrat nämlich festgestellt, dass es triftige Gründe geben müsse, wenn die Unterschutzstellung gegen den Willen der Grundeigentümer oder der Standortgemeinde durchgesetzt werden solle. Implizit fordert der Beschwerdeführer somit eine verwaltungsexterne Stellungnahme bzw. wohl eine Begutachtung.

b) Vorab ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass der Regierungsrat gemäss seinen Ausführungen in der Kantonsrats-Vorlage den erhöhten Anforderungen für die Unterschutzstellung dann besondere Bedeutung zukommen lassen will, wenn Eigentümerschaft und Standortgemeinde sich dieser widersetzen (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates, a.a.O., Ziff. 3.2., S. 9). Dies ist hier offensichtlich nicht der Fall, hat ja die Eigentümerin selber die Unterschutzstellung beantragt. Letztlich dürfte dies aber nicht entscheidend sein, da ein Objekt nur bei gegebenen Voraussetzungen unter Denkmalschutz gestellt werden darf. Insofern müssen die Gründe für eine Unterschutzstellung immer triftig sein resp. im Rahmen des zulässigen Ermessens liegen, wobei nachvollziehbar ist, dass bei Einigkeit aller Betroffenen das Vorliegen der Gründe in der Regel einfacher bejaht werden dürfte. Auf den Sachverstand der eigenen Ämter abzustellen macht aus Kostenüberlegungen auch aus Gründen der Verfahrensdauer Sinn (vgl. BGer 1C_225/2011 vom 8. September 2011, Erw. 2.4). Ob sich der Regierungsrat allein auf den Bericht des (verwaltungsinternen) Amtes für Denkmalpflege abstützen kann, hängt von dessen Aussagekraft ab. Amtsberichte einer fachkundigen Amtsstelle sind zwar keine eigentlichen Gutachten; es soll ihnen indessen die gleiche Beweiskraft zukommen (Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., 2014, § 60 N. 14). Sofern ein interner Bericht der fachkundigen Stelle den Beweisanforderungen genügt, gibt es keine Verpflichtung, weitere Berichte einzuholen. Das Abstützen auf verwaltungsinterne Stellungnahmen stellt jedenfalls keinen Verfahrensmangel dar.

5. a) In materieller Hinsicht verweist der Beschwerdeführer auf die Ausführungen des Regierungsrates in seinem Bericht und Antrag zur Revision des DMSG (vgl. a.a.O., Ziff. 4.2). Demgemäss weise ein Baudenkmal nur dann einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen und heimatkundlichen Wert auf, wenn seine ortsprägende, architektonische und historische Bedeutung überdurchschnittlich sei. Richtig sei, dass das Kontor zum Gebäudeensemble der äusseren und inneren Spinnerei gehöre, hingegen stehe es ausserhalb dieser Kulturlandschaft ganz am Ende auf der gegenüberliegenden Strassenseite, wogegen die übrigen Gebäude wie die Spinnerei selber oder die Arbeiterhäuser alle entlang der Lorze stünden und als Ganzes zu betrachten seien. Eine entscheidende Prägung des Ortsbildes könne nicht ausgemacht werden. Ein Abbruch wäre für das Ortsbild Neuägeri resp. die Öffentlichkeit kein grosser Verlust. Insgesamt bestünden höchstens hohe wissenschaftliche, kulturelle und heimatkundliche Werte, was aber aufgrund des revidierten Gesetzes nicht mehr genüge. Demgegenüber verweist der Regierungsrat auf die Bedeutung des Kontors innerhalb der Fabrikanlage. Das Gebäude als ehemaliges «Spinnereibüro» mit Direktion und zeitweiliger Einquartierung von Telegrafiebüro, Post sowie der Fabrikschule sei ein zentraler Bestandteil der ganzen Anlage, die ihrerseits in ihrer Intaktheit ein exemplarisches und seltenes Beispiel für eine Fabrikanlage des 19. Jahrhunderts sei. Ein Abbruch des Kontorgebäudes würde die Aussagekraft des ganzen Ensembles stark mindern. Mit der massiven Bauweise und seiner besonderen Architektursprache (achsenbetonende Quergiebel. Eckquader, sandsteingerahmte Fenster) sei

es nicht irgendein Bau des Ensembles, sondern trete besonders markant in Erscheinung und hebe sich von den einfach geschindelten Arbeiterhäusern ab. Vom Tal her kommend bilde es zusammen mit dem geschützten Fabrikgebäude der Äusseren Spinnerei eine eigentliche Torsituation, den «Eingang» zum Strassendorf der Spinnereien. Auch geschichtlich stehe es nicht einfach «am Ende». Der heute Äussere Spinnerei genannte Teil des Fabrikensembles sei ein gutes Jahrzehnt nach der Inneren Spinnerei in Unterägeri errichtet worden. Diese neue und grössere Produktionsstätte sei zum Kern der neuen Siedlung, daraufhin Neuägeri genannt, geworden. Im Übrigen stehe auch das Kontorhaus an der Lorze, welche hier einen Bogen unter der Strasse durch mache.

b) Wie oben ausgeführt, verlangt das DMSG in § 25 Abs. 1 lit. a nicht, dass alle Wertkategorien in sehr hohem Mass erfüllt sind. Ist nur ein Wert erfüllt, muss dieser sicher in ausgeprägtem Mass gegeben sein. Demgegenüber kann aber auch das Zusammentreffen aller drei Kategorien einen herausragenden Wert und damit die Schutzwürdigkeit bewirken. Selbst der Beschwerdeführer spricht dem Kontor dessen hohe wissenschaftliche, kulturelle und heimatkundliche Werte nicht ab und gesteht ihm höchstens, aber immerhin, einen hohen Erhaltungswert zu. Er verkennt hier aber den Wert des Hauses als Bestandteil einer ganzen Anlage. Übereinstimmend rühmen die kantonalen und nationalen Fachgremien die Intaktheit dieses Zeitzeugen der frühen Industrialisierung und empfehlen weitreichende Schutzmassnahmen. Die überaus hohe Bedeutung für die Gesellschafts-, Industrie- und Architekturgeschichte kann nicht ernsthaft bestritten werden. Die Spinnereien als Produktionsstätte mit den vielfältigen dazu gehörenden Bauten für Wohnen, Administration, Energieerzeugung sind offensichtlich ortsprägend. Würde hier ein Stück aus der Fabrikanlage herausgebrochen, verlöre das Ganze seine umfassende Aussage. Der Regierungsrat hat sich zu Recht auf die Einschätzungen der Sachverständigen abgestützt und die hohe Bedeutung der Fabrikanlage in ihrer Gesamtheit gewürdigt und mit der Unterschutzstellung sichergestellt. An dieser Stelle kann auf die einlässlichen und zutreffenden Begründungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

c) Aus der Schutzwürdigkeit eines Objektes bzw. einer Anlage folgt in der Regel das öffentliche Interesse an der Erhaltung. Allfällige private Interessen können dieser Absicht entgegenstehen und das öffentliche Interesse überwiegen, weshalb in diesen Fällen die sich gegenüberstehenden Interessen abgewogen werden müssen. Vorliegend erübrigt sich der Interessenvergleich. Selbst die Eigentümerin teilt die Auffassung der Erhaltenswürdigkeit; mit ihrem Antrag schränkt sie sich freiwillig und langfristig in der Ausübung ihrer Eigentumsrechte ein – ein Eingriff in die privaten Rechte, der wohl nicht aus bloss finanziellen Überlegungen gewünscht oder akzeptiert wird. Insgesamt ist auch das öffentliche Interesse am Erhalt gemäss § 25 Abs. 1 lit. b DMSG fraglos zu bejahen.

d) Die Unterschutzstellung muss verhältnismässig sein (§ 25 Abs. 1 lit. c DMSG). Der Regierungsrat hat den Schutzumfang definiert: Es ist dies der Standort des Gebäudes, die äussere Erscheinung und die historische Bausubstanz, nicht aber der Innenausbau aus neuerer Zeit. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen ist die Substanz des Hauses grundsätzlich in einem guten baulichen Zustand, weshalb nicht ausserordentliche bauliche Massnahmen erforderlich sein werden, damit es überhaupt erhalten bleiben kann. Es werden keine Rekonstruktionen gefordert. Ebenso ist unwidersprochen, dass der Eigentümer auch unter Berücksichtigung der Denkmalschutzvorgaben sein Haus nach zeitgemässen Bedürfnissen wird nutzen können. Insgesamt sind mit der Unterschutzstellung keine unverhältnismässigen Massnahmen verbunden.

e) Der Beschwerdeführer begründet seine Ablehnung für die Unterschutzstellung mit der Befürchtung, dass die daraus resultierenden Kosten für die Gemeinde auf die Dauer untragbar werden (§ 25 Abs. 1 lit. d DMSG). Bereits heute belasteten die Baudenkmäler das Gemeindebudget bei einer Zeitspanne von sechs Jahren pro Jahr mit 5.61 Steuerprozenten bzw. über fünf Jahre mit 6.73 %. Für die Gemeinde sei nicht ersichtlich, welche Kosten bei diesem Objekt auf sie zukämen. Schon die geplante Sanierung von Dach und Fassade verursache erhebliche Kosten. Weitere Sanierungsmassnahmen des Innenausbaus würden sicher folgen. Der Regierungsrat stimmt dem Beschwerdeführer insofern zu, als dass die Gemeinde Menzingen derzeit in einem grösseren Ausmass finanzielle Beiträge an die Restaurierung von Denkmälern leisten müsse. Grund sei, dass Menzingen als traditioneller Standort verschiedener religiöser, überregional bedeutender Institutionen (Kloster Gubel, Institut der Schwestern vom Heiligen Kreuz, Lassalle-Haus) wichtige Denkmäler von regionaler Bedeutung aufweise. Mehrere dieser Bauten würden gegenwärtig oder in den nächsten Jahren saniert. Allerdings sei noch nicht bei allen Objekten Höhe, Zeitpunkt und Umfang allfälliger Sanierungsarbeiten geklärt. Es könne nicht sein, dass eine Unterschutzstellung allein deshalb abgelehnt werde, weil es zufälligerweise das letzte in einer ausserordentlichen Häufung von Restaurierungsarbeiten sei. Weshalb der Beschwerdeführer in Zeitspannen von fünf bzw. sechs Jahren rechne, sei eine unbeantwortete Frage.

Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass finanzielle Überlegungen bei gegebener hoher Schutzwürdigkeit (was hier der Fall ist) eine untergeordnete Bedeutung haben. Würden Rentabilitätsberechnungen Vorrang haben, wären Unterschutzstellungen in weiten Teilen nicht (mehr) möglich. Was den privaten Eigentümern bei entsprechender Gewichtung eines Schutzobjektes zugemutet wird, darf sicherlich gerade auch von der öffentlichen Hand erwartet werden, welche für die Finanzierung ihrer Investitionen in anderen Zeithorizonten rechnen kann. Es trifft zwar offensichtlich zu, dass die Gemeinde Menzingen mehr als andere Gemeinden von Denkmalschutzkosten betroffen ist. Wie der Regierungsrat aber richtig ausführt, handelt es sich bei der Sanierung von Fassade, Dach und Fenster

um eine Substanzerhaltung des Kontorgebäudes, welche bei fachgerechter Ausführung zumindest für die nächsten 20 bis 25 Jahre nachhalten sollte. Nach Aussage der Vorinstanz beträgt der Gemeindeanteil an den Kosten der Aussensanierung aufgrund des eingereichten Projektes und des errechneten Kostendaches rund Fr. 85'000.–. Jährlich wiederkehrende Kosten, also auf Dauer entstehende untragbare Kosten, sind dabei nicht zu erwarten. Noch kein Projekt liegt für die allfällige Innensanierung vor. Innen beschränkt sich aber der Schutzumfang auf die tragende Baustruktur, die (unwidersprochen) in einem guten baulichen Zustand sei, und auf wenige Teile der Innenausstattung. Die Mutmassung des Regierungsrates, die er in seiner Vernehmlassung äussern liess, dass diese Aufwendungen angesichts des absehbaren Umfangs geringer als diejenigen der Aussensanierung ausfallen dürften, erscheint plausibel. Sie wurde auch vom Beschwerdeführer selber nicht als fehlerhafte Annahme kommentiert. Der Beschwerdegegner bejaht die Tragbarkeit der Kosten für den Beschwerdeführer, welche ihm aus der Unterschutzstellung des Kontors resultieren. Ohne eine eigene Prüfung der gemeindlichen Bilanz und der Rechnungslegungsvorschriften vorzunehmen, kann dieser Ansicht zugestimmt werden, dies nicht zuletzt aufgrund der Pflicht des Kantons, dieselben Beiträge wie die Standortgemeinde leisten zu müssen. Auch der Kanton ist zu haushälterischem Umgang mit den finanziellen Mitteln verpflichtet; es darf erwartet werden, dass er sich nicht auf Kosten einlässt, die für ihn auf Dauer untragbar sind.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Fabrikanlage der Spinnereien Ägeri noch weitgehend erhalten und intakt ist und als Ganzes hohen Schutz verdient. Dazu bedarf es des Schutzes bzw. der Erhaltung der einzelnen Bestandteile. Der Regierungsrat hat mit der Unterschutzstellung des Kontors kein Recht verletzt. Er hat dessen – auch ihm allein zukommende – Denkmalwürdigkeit richtig ermessen und die finanziellen Auswirkungen resp. deren Tragbarkeit für die (gesamte) öffentliche Hand korrekt eingeschätzt. Das Gericht erachtet die Entscheidungsgrundlagen – ISOS, Bericht der Denkmalpflegekommission – als schlüssig und jedenfalls ausreichend. Unter diesen Umständen gibt es keine Veranlassung, ein gerichtliches Gutachten einzuholen oder die Angelegenheit an den Regierungsrat zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Die Beschwerde muss demnach als unbegründet abgewiesen werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. April 2017, V 2016 122
Das Urteil ist rechtskräftig.

7. Öffentlichkeitsprinzip

7.1 § 13 Abs. 2 ÖffG

Regeste:
§ 13 Abs. 2 ÖffG – Ein Gesuch um Zugang zu allen Gemeinderatsprotokollen zwischen dem 10. Mai 2014 und 15. November 2015 ist nicht hinreichend genau formuliert. Es gibt keinen Anspruch auf wahlloses Bedientwerden mit Informationen seitens der Behörden (Erw. 3c).
Entscheid aufgehoben durch Bundesgerichtsurteil vom 17. Juli 2017, 1C_155/2017.

Aus dem Sachverhalt:

A. reichte am 15. November 2015 beim Gemeinderat Steinhausen ein Gesuch um Zugang zu allen Protokollen der Sitzungen des Gemeinderates seit dem 10. Mai 2014 ein. Mit Schreiben vom 25. November 2015 bat ihm der Gemeindeschreiber, das Gesuch zu präzisieren. Man werde ihm bei der Identifikation der Dokumente behilflich sein. Mit Schreiben vom 30. November 2015 ersuchte A. explizit um Zugang zu allen Protokollen der Gemeinderatssitzungen bzw. der behandelten Geschäfte. Er könne die ihn interessierenden Geschäfte nicht auflisten, da es gerade Zweck der Anfrage sei, sich einen Überblick über alle Geschäfte zu machen. Die betreffenden Dokumente bildeten eine eng eingegrenzte Kategorie und seien hinreichend genau bezeichnet. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2015 trat der Gemeinderat auf das Gesuch von A. nicht ein. Dagegen reichte A. beim Regierungsrat eine Verwaltungsbeschwerde ein, welche am 13. September 2016 abgewiesen wurde. Am 4. Oktober 2016 reichte A. eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit den Anträgen, es seien der Beschluss des Regierungsrates aufzuheben, die Herausgabe der Protokolle des Gemeinderates Steinhausen vom 10. Mai 2014 bis 15. November 2015 an den Beschwerdeführer anzuordnen und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu erlassen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Am 10. Mai 2014 ist das Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 20. Februar 2014 (Öffentlichkeitsgesetz, ÖffG, BGS 158.1) in Kraft getreten. Das Gesetz fördert die Transparenz über die Tätigkeit der Behörden und Verwaltung des Kantons und der Gemeinden und regelt den Zugang zu amtlichen Dokumenten (§ 1 ÖffG). Denselben Zweck verfolgt für die Tätigkeiten namentlich der Bundesverwaltung das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3). Grundsätzlich

besteht ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des kantonalen Gesetzes Anspruch auf Zugang zu den vom Beschwerdeführer verlangten Dokumenten (vgl. § 18 ÖffG). Nach § 7 Abs. 1 ÖffG hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Mit der Inkraftsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes wurde der Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit («Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt») zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips («Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt») umgekehrt. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird gewährt durch Einsichtnahme vor Ort, die Aushändigung von Kopien oder auf elektronischem Weg (§ 8 Abs. 1 ÖffG). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben, mit Auflagen versehen oder verweigert, soweit überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Einschränkungen des Zugangs beziehen sich nur auf den schutzwürdigen Teil eines Dokuments und gelten nur so lange, als das überwiegende Interesse an der Geheimhaltung besteht (§ 9 ÖffG). Geschützt sind öffentliche und private Interessen (§§ 10 und 11 ÖffG). Gemäss § 12 ÖffG dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische und administrative Entscheid, für den sie Grundlage bilden, getroffen ist. Das Gesuch um Zugang ist an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die diesem Gesetz nicht unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Das Gesuch ist schriftlich einzureichen, bedarf keiner Begründung, muss aber hinreichend genau formuliert sein. Die Behörde ist der gesuchstellenden Person bei der Identifikation der verlangten Dokumente behilflich (§ 13 ÖffG). Gemäss § 17 ÖffG ist das Zugangsverfahren in der Regel kostenlos. Ist die Behandlung des Gesuchs mit erheblichem Aufwand verbunden, können kostendeckende Gebühren erhoben werden. Beabsichtigt die Behörde, wegen besonderen Aufwands eine Gebühr zu erheben, informiert sie die gesuchstellende Person vorgängig.

3. Der Beschwerdeführer verlangte vom Gemeinderat Steinhausen mit Schreiben vom 15. November 2015 den Zugang zu sämtlichen Protokollen der Sitzungen des Gemeinderats seit dem 10. Mai 2014. Streitfrage ist einzig, ob der Beschwerdeführer sein Zugangsgesuch hinreichend genau formulierte, wie dies § 13 Abs. 2 ÖffG und mit gleichem Wortlaut auch Art. 10 Abs. 3 BGÖ für den Zugang voraussetzen, oder ob es sich um eine unzulässige generelle Suchanfrage handelt.

a) Das Öffentlichkeitsprinzip findet nur auf «amtliche Dokumente» Anwendung. Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie übermittelt worden ist, und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (§ 6 Abs. 1 ÖffG). Dokumente in diesem Sinn sind Berichte, Stellungnahmen, Gutachten, Entscheide, Gesetzesentwürfe, Statistiken, Pläne, Ton- und Bildaufzeichnungen, Unterlagen von Projekt- und Arbeitsgruppen etc. Das Dokument muss einen informativen Inhalt besitzen: eine «Information» liefern (vgl. Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, S. 1991; Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 26. Feb-

ruar 2013 zur Vorlage des Kantonsrates KRV Nr. 2226.1, Laufnummer 14262, S. 15). Der Zugang gilt nur für bestehende Dokumente; die Verwaltung muss keine neuen Dokumente verfassen oder übersetzen oder – sofern sie aus welchen Gründen auch immer nicht mehr existieren – rekonstruieren. Das Dokument ist Träger einer bestimmten Information zu einem bestimmten Sachbereich.

b) Der Zugang zum amtlichen Dokument setzt im Kanton Zug voraus, dass der Behörde ein Gesuch gestellt wird. Damit das gewünschte Dokument überhaupt ausfindig gemacht werden kann, muss es hinreichend genau formuliert sein. Gemäss den Materialien zum ÖffG (vgl. KRV Nr. 2226.1, S. 25 zu § 13 ÖffG) bedeutet dies, «dass es sich auf einen konkreten Fall beziehen und möglichst genaue Angaben zur Identifikation des verlangten Dokuments enthalten muss. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich jedoch, dass von der gesuchstellenden Person nicht mehr Angaben verlangt werden dürfen, als für die Behandlung des Gesuchs unabdingbar ist, die geforderten Angaben müssen unter zumutbarem Aufwand beigebracht werden können; überspitzter Formalismus ist verboten.» Meinung des Gesetzgebers war somit klar, dass sich ein Gesuch auf ein spezifisches Dokument, welches Informationen betreffend einen konkreten Fall oder ein bestimmtes Thema enthält, beziehen muss. Diese Meinung deckt sich aber auch mit der Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips. Das Transparenzgebot will dem Bürger und der Bürgerin die Möglichkeit verschaffen, sich über das Handeln der Verwaltung in einem bestimmten Bereich oder zu einer definierten Sachfrage zu orientieren. Ziel des Transparenzgebotes ist nicht die unspezifische Information über die Tätigkeit der Verwaltung in ihrem gesamten Handeln. Es soll nicht das allgemeine, unbestimmte Interesse befriedigen, womit die Verwaltung sich so beschäftigt. Zwar bedarf das Zugangsgesuch keiner Begründung; in diesem Sinn muss der Gesuchsteller kein schützenswertes Interesse an dem von ihm angeforderten Dokument resp. ihn interessierenden Thema nachweisen. Aber immer muss der Sachbereich, das Thema, die gewünschte Information bestimmt sein. Nicht unter den Schutz des Öffentlichkeitsgesetzes fallen somit so genannte «fishing expeditions», mit welchen aufs Geratewohl und ohne thematische Abgrenzung im Dokumententeich nach etwas gesucht wird, das allenfalls ein vertieftes Wissen lohnen könnte.

Auf Bundesebene schreibt Art. 10 Abs. 3 BGÖ ebenfalls vor, dass das Zugangsgesuch hinreichend genau formuliert sein muss. Das Verfahren für Zugangsgesuche wird vom Bundesrat geregelt (Art. 10 Abs. 4 BGÖ). Dieser Pflicht ist er mit Erlass der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006 (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) nachgekommen. Gemäss Art. 7 Abs. 2 VBGÖ muss das Zugangsgesuch genügend Angaben enthalten, die es der Behörde erlauben, das verlangte amtliche Dokument zu identifizieren. Soweit es für die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller zumutbar ist, muss sie oder er namentlich allgemein zugängliche Daten, die ein Dokument eindeutig bezeichnen wie Erstellungsdatum, Titel, Referenz (lit. a), eine bestimmte Zeitspanne (lit. b), die Be-

hörde, die das Dokument erstellt hat (lit. c), oder den betreffenden Sachbereich (lit. d) angeben. Die Behörde kann verlangen, dass der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin das Gesuch präzisiert (Abs. 3). Gemäss Botschaft zu Art. 13 BGÖ (BBl 2003 1963, S. 2020) hat das BGÖ nicht zum Ziel, die Behörden zu Dokumentalisten zu machen, indem sie beauftragt werden, für den Gesuchsteller eine detaillierte Dokumentation zu einem Thema zusammenzutragen. Ein Gesuch, das durch seinen allgemeinen Charakter zu längeren Nachforschungen zwinge, ist gemäss den Ausführungen im BBl jedoch nicht an sich schon rechtsmissbräuchlich. Der Gesuchsteller wird dann aber zur Präzisierung aufgefordert. Die Behörden sind dabei angehalten, den Gesuchsteller zu unterstützen. Auch das BGÖ verschafft keinen Anspruch auf eine nicht näher eingrenzbare Menge von Verwaltungsinformationen, sondern auf eines oder mehrere bestimmte oder bestimmbare amtliche Dokumente (vgl. Julia Bhend/Jürg Schneider, in: Maurer-Lam-brou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Art. 10 BGÖ N 40).

c) Der Beschwerdeführer ersucht um Herausgabe der Sitzungsprotokolle des Gemeinderates seit 10. Mai 2014 bis 15. November 2015, welche fraglos amtliche Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellen. Unbestritten ist auch, dass der Zugang auch zu Dokumenten über einen längeren Zeitraum gewährt wird, sofern die Zeitspanne definiert ist und im zeitlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes liegt. Dies ist hier der Fall. Wie aber bereits die Vorinstanzen einlässlich erläuterten, fehlt es an der hinreichenden Formulierung. Der Regierungsrat verweist in diesem Zusammenhang auf die Doppelnatur des Sitzungsprotokolls. Einerseits stellt es ein genau bezeichnetes amtliches Dokument dar, anderseits betrifft es eine Mehrzahl von Geschäften, nämlich sämtliche an der protokollierten Sitzung behandelten Traktanden. Es ist folglich ein Dokument, das oftmals nicht einem bestimmten Geschäft zugeordnet werden kann, sondern Entscheide zu mehreren Geschäften enthält (vgl. GVP 2015 359, Erw. 3.2, S. 363 f.). Gemäss den unbestrittenen Erklärungen des Gemeinderates Steinhausen betrifft das Gesuch des Beschwerdeführers im verlangten Zeitraum 38 Protokolle mit über 500 teils mehrseitigen Beschlüssen aus den verschiedensten Gebieten der gemeindlichen Tätigkeit. Das Zugangsgesuch betrifft somit eigentliche Dokumentensammlungen. Von einer thematischen Eingrenzung kann – wie der Beschwerdeführer selber zugibt – keine Rede sein. Im Gegenteil begründet er sein allgemeines Gesuch mit dem Wunsch, Einblick in die gemeindliche Tätigkeit zu bekommen und so zu erfahren, was er politisch verwerten könnte bzw. was die anderen Einwohner allenfalls interessieren könnte. Auch wenn – wie erläutert – ein Zugangsgesuch keiner Begründung bedarf, verdeutlichen die Ausführungen des Beschwerdeführers, dass er gar nicht die vom Gesetzgeber bezweckte Transparenz betreffend eines konkreten Verwaltungsgeschäftes oder Sachverhaltes wünscht. Soweit er für seinen Ansprüche auf bundesgerichtliche Urteile verweist, sind die hier nicht einschlägig. Im Entscheid 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 erklärte das Bundesgericht das Zugangsgesuch für die Outlook-Agenda des ehemaligen Rüstungschefs als genügend spezifisch for-

muliert, da es einen Einblick in die Amtsausübung und in die militärische Führung gebe, insofern einen informativen Gehalt aufweise. Es hielt aber am gleichen Ort auch fest, dass ein Zugangsgesuch zu sämtlichen auf einem bestimmten Netzwerk eines Servers der Bundesverwaltung abgelegten Daten als derart unpräzis nicht bewilligt werden könnte (Erw. 2.4 des oben erwähnten Entscheids). Wie der Gemeinderat in seiner Vernehmlassung vom 7. November 2016 zu Recht einwandte, handelt es sich bei einem Agenda-Auszug um ein einzelnes, inhaltlich klar definiertes Dokument, woraus Termine und Verabredungen, nicht aber deren Inhalt, entnommen werden können. In diesem Sinn könnten die Protokolldeckblätter mit einer Agenda verglichen werden. Auch aus dem Bundesgerichtsentscheid 1C_123/2016 vom 21. Juni 2016 lässt sich für die hier zu beurteilende Streitfrage nichts ableiten, betrifft dieser doch einzig das in Art. 30 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung verankerte Prinzip der Justizöffentlichkeit, dazu insbesondere den Teilgehalt der öffentlichen Urteilsverkündung. Prozessthema im erwähnten Bundesgerichtsentscheid war, wie weit sich der verfassungsrechtliche Anspruch auf Kenntnisnahme von Urteilen überhaupt erstreckt. Vorliegend ist aber der grundsätzliche Anspruch des Gesuchstellers bzw. einer Gesuchstellerin auf Information nicht bestritten. Damit ist offensichtlich die in Art. 16 BV verfassungsrechtlich garantierte Meinungs- und Informationsfreiheit, auf welche sich der Beschwerdeführer auch beruft, nicht verletzt. Die Informationsfreiheit garantiert das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen (Empfangsfreiheit). Des Weiteren umfasst die Informationsfreiheit den Anspruch, Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen (Freiheit der Informationsbeschaffung). Ob eine Informationsquelle im Sinne der Verfassungsbestimmungen als allgemein zugänglich zu betrachten ist, bestimmt sich weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch den Verfassungs- und Gesetzgeber (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Dezember 2010, 1B_292/2010, Erw. 2.3.1). Im Öffentlichkeitsgesetz wird der Anspruch auf Informationen betreffend Verwaltungstätigkeit resp. deren Zugänglichkeit konkretisiert. Weder Verfassung noch Gesetz verschaffen somit einen Anspruch auf wahlloses Bedientwerden mit Informationen seitens der Behörden.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gesuchsteller das Zugangsgesuch nicht hinreichend genau formulierte. Sein Anliegen ist völlig unspezifisch. Das Transparenzgebot greift in diesem Sinn nicht. Das (pflichtgemässe, vgl. § 13 Abs. 3 ÖffG) Angebot des Gemeindeschreibers vom 25. November 2015, ihm bei der Identifikation der Dokumente Hilfe zu leisten, lehnte er am 30. November 2015 explizit ab und beharrte auf seinem Zugangsgesuch. Die Gemeinde hat somit in korrekter Beurteilung der Rechtslage gehandelt, was der Regierungsrat zu Recht mit Entscheid vom 13. September 2016 schützte. Die Beschwerde ist völlig unbegründet und daher abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 7. März 2017, V 2016 94

Aufgehoben durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 17. Juli 2017, 1C_155/2017, Rückweisung an den Gemeinderat Steinhausen für weitere Abklärungen.

8. Zivilstandswesen

8.1 Art. 8a SchlussT ZGB, Art. 30 Abs. 1 ZGB

Regeste:
Art. 8a SchlussT ZGB – Die Namensänderung durch eine einfache Erklärung ist auf den Ledignamen beschränkt (Erw. 3).
Art. 30 Abs. 1 ZGB – Trotz Lockerung der Praxis bei Namensänderungen kann der Name nicht voraussetzungslos nach eigenem Wunsch geändert werden. Eine Person hat nachzuweisen, weshalb und in welchem Mass der bisher geführte Namen eine Belastung darstellt respektive umgekehrt, weshalb der anbegehrte Namen für das weitere Fortkommen in gesellschaftlicher und/oder wirtschaftlicher Hinsicht von grosser Wichtigkeit ist (Erw. 5a).
Fall einer Gesuchstellerin, welche die geltend gemachten Unannehmlichkeiten, Nachteile und Belastungen durch den über lange Jahre geführten Namen nicht genügend objektiviert und nachvollziehbar dargelegt hat, weshalb der ablehnende Entscheid der Vorinstanz nicht zu korrigieren ist (Erw. 5c).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Gesuch vom 31. Mai 2016 an die Direktion des Innern liess A.Q. beantragen, dass ihr Familienname von Q. zu W. zu ändern sei. Mit Verfügung vom 24. November 2016 wurde die Namensänderung mit der Begründung abgelehnt, für eine Namensänderung lägen keine achtenswerten Gründe vor. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. Dezember 2016 liess A.Q. die Aufhebung der Verfügung der Direktion des Innern beantragen, eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Beschwerdeführerin wurde am 3. August 1938 geboren und mit dem Namen A.R. im Zivilstandsregister eingetragen. Am 5. Juni 1959 heiratete sie B.W., worauf sie den Namen W.-R. führte. Nach der rechtskräftigen Scheidung vom 4. Dezember 1979 ihrer Ehe mit B.W. trug die Beschwerdeführerin gestützt auf das damals geltende Recht wieder den Namen R.. Am 22. Juli 1980 ersuchte sie um Änderung ihres Namens auf W., was ihr die Direktion des Innern mit Hinblick auf die ihr zuge-

sprochenen Kinder und die lange Ehedauer mit Beschluss vom 12. August 1980 bewilligte. Am 2. September 1980 heiratete sie in zweiter Ehe C.Q.. Seitdem trägt sie den Namen A.Q..

3. Gemäss Art. 8a des Schlusstitels des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SchlT ZGB, SR 210), in dieser Fassung in Kraft seit 1. Januar 2013, kann der Ehegatte, der vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 30. September 2011 dieses Gesetzes seinen Namen bei der Eheschliessung geändert hat, jederzeit gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass er wieder seinen Ledignamen tragen will. Als Ledigname einer Person wird der Name erfasst, den sie: a) unmittelbar vor ihrer ersten Eheschliessung oder Begründung einer eingetragenen Partnerschaft geführt hat; oder b) gestützt auf einen Namensänderungsentscheid als neuen Ledignamen erworben hat (Art. 24 Abs. 2 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, [ZStV, SR 211.112.2]). Diese Bestimmung ist ebenfalls seit 1. Januar 2013 in Kraft. Die Namensänderung durch eine einfache Erklärung ist ausschliesslich auf den Ledignamen beschränkt und folgt dem Grundsatz des unveränderten Namens von der Wiege bis zur Bahre. Mit der Revision von Art. 8a SchlT ZGB per 1. Januar 2013 entfiel die vorher im Gesetzestext enthaltene Option, zum unmittelbar vor der Heirat geführten Namen zurückzukehren, wenn dieser nicht mit dem angestammten Namen übereinstimmt (vgl. Regina Aebi-Müller, Das neue Familiennamensrecht – eine erste Übersicht, SJZ 108 [2012] Nr. 19, S. 451). Als Ledigname ist der angestammte, nicht durch Heirat erworbene Name zu verstehen (vgl. BSK ZGB II, 5. Aufl., Basel 2015: Ruth E. Reusser, Art. 8a SchlT N 9 mit Verweis auf BSK ZGB I, 5. Aufl., Basel 2014: Roland Bühler, Art. 30a N 2 m.w.H.). Ein anderer früherer oder ein vor der Eheschliessung getragener Name kann nicht mittels einer solchen Erklärung angenommen werden (vgl. Cora Graf-Gaiser, Das neue Namens- und Bürgerrecht, in FamPra.ch 2013, S. 275). Eine Wiederannahme eines Namens aus einer früheren – auch langdauernden – Ehe ist unter diesem Titel nicht möglich. Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzustimmen, dass der Ledigname wohl in der Regel, aber nicht immer mit dem Geburtsnamen übereinstimmt. Letztere Konstellation ist z. B. bei Adoption eines Kindes oder bei Wiederverheiratung der Kindseltern gegeben. Vorliegend wurde mit der Namensänderung vom August 1980 der (geschiedenen) Beschwerdeführerin wieder das Führen des durch Heirat erworbenen Namens W. erlaubt, nicht aber ihr Ledigname geändert. Eine solche Änderung wurde damals nicht beantragt und wäre wegen des mutmasslich fehlenden wichtigen Grundes auch kaum bewilligungsfähig gewesen. Als Ledigname der Beschwerdeführerin ist denn auch R. im Familienausweis eingetragen. Von dessen Richtigkeit ist auszugehen (Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Es ergibt sich daher, dass die Beschwerdeführerin nicht durch einfache Erklärung gemäss Art. 8a SchlT ZGB die Berechtigung zum Tragen ihres vor der zweiten Eheschliessung getragenen Namens W. erwirken kann.

4. Nach Art. 30 Abs. 1 ZGB, in dieser Fassung in Kraft seit 1. Januar 2013, kann die Regierung des Wohnsitzkantons einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn achtenswerte Gründe vorliegen. Im Grundsatz gilt die Unabänderlichkeit des Namens (vgl. Bühler, a.a.O., Art. 30 N 1). Ob im einzelnen Fall «achtenswerte Gründe» für eine Namensänderung vorliegen, ist eine Ermessensfrage, die von der zuständigen Behörde nach Recht und Billigkeit zu beantworten ist (Art. 4 ZGB). In der Lehre gehen die Meinungen, wie die «achtenswerten Gründe» zu konkretisieren sind, auseinander. Das Bundesgericht verweist in seinem Entscheid 5A_334/2014 vom 23. Oktober 2014, Erw. 3.3.2 und 3.3.4, auf die in der Literatur vertretenen Ansichten. Einigkeit besteht darin, dass mit der Revision bzw. mit dem Wegfallen der «wichtigen Gründe» als Voraussetzung für eine Namensänderung die Hürden gesenkt wurden und die bisherige strenge Praxis gelockert werden muss. Die Revision von Art. 30 Abs. 1 ZGB erfolgte namentlich im Hinblick auf allfällige stossende Ergebnisse im Bereich des (neuen) Familiennamensrechts (R. Aebi-Müller, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., 2012, ZGB 30-30a N. 4). Unter altem Recht wurde ein wichtiger Grund nach aArt. 30 Abs. 1 ZGB dann bejaht, wenn mit der Namensänderung ernstliche Nachteile, die mit dem bisherigen Namen verbunden waren, beseitigt werden konnten, wobei vor allem moralische, geistige und seelische, aber auch wirtschaftliche oder administrative Interessen auf dem Spiele stehen konnten. Diese Interessen waren nach objektiven Kriterien zu werten, die subjektiven Gründe blieben bei dieser Wertung grundsätzlich bedeutungslos (vgl. BGE 136 III 161, Erw. 3.1.1). Unbestritten ist, dass der Name auch nach dem neuen, liberaleren Recht nicht voraussetzungslos nach eigenem Wunsch geändert werden kann. R. Aebi-Müller (SJZ, a.a.O., S. 457) neigt zu einer grosszügigen Interpretation von nArt. 30 Abs. 1 ZGB. Nach ihrer Ansicht sollten auch subjektive Gründe für eine Namensänderung genügen, soweit sie nicht geradezu belanglos erschienen bzw. eine gewisse Schwere erreichten (R. Aebi-Müller, in Handkommentar, ZGB 30-30a, N 4). Roland Bühler (a.a.O., Art. 30 N 5 und 9) vertritt die Auffassung, dass mit dem Führen des zu ändernden Namens Nachteile für den Namensträger verbunden sein müssten. Allerdings seien dabei neben den durch die Namensführung verursachten schweren Nachteilen auch diesbezügliche blosse Unannehmlichkeiten objektiver oder subjektiver Art achtenswerte Namensänderungsgründe. Als Beispiel führt er das Bestreben eines Trägers eines ausländischen Namens an, seine Herkunft und Abstammung tilgen zu wollen. Damit könne ein Integrationswille dokumentiert werden und dies stelle einen achtenswerten Grund dar. Thomas Geiser (Thomas Geiser, Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, ZKE 5/2012, S. 370 f., Ziff. 3.4.2) hält als Grundsätze für die Auslegung fest, dass der blosse Wille zur Namensänderung nicht genüge, sondern weitere Gründe angegeben werden müssten. Diese Gründe dürften nicht rechtswidrig, missbräuchlich oder sittenwidrig sein und sie müssten einsichtig sein. Die Namensregelung müsse rechtlich zulässig sein. In beweisrechtlicher Hinsicht müsse der behauptete Sachverhalt bewiesen und nicht nur glaubhaft gemacht werden. Als Beispiel für achtenswerte Gründe bringt Geiser Fälle, bei denen das Bundesgericht unter altem Recht die Namensänderung mangels wichtiger Gründe verweigerte. So sei es achtenswert, einen Na-

men vor dem Aussterben bewahren zu wollen oder den Künstlernamen als amtlichen Namen führen zu können, wenn er im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben objektiv von Bedeutung sei. Geiser erachtet es unter dem revidierten Recht als möglich, die anlässlich der Heirat getroffene Namenswahl nach der Heirat zu ändern, sofern der Gesuchsteller beweisen kann, dass sein bisheriger Name ihm objektive oder subjektive Unannehmlichkeiten bereitet.

Soweit ersichtlich fällte das Bundesgericht erst einen Entscheid betreffend Namensänderung nach neuem Recht. Dabei schützte es die Namensänderung des Kindes, das bei seiner sorgeberechtigten Mutter lebt und deren Namen tragen will (BGer 5A_334/2014 vom 23. Oktober 2014). Das nachgewiesene Bedürfnis einer Übereinstimmung des gemeinsamen Namens genüge, ohne dass mit dem bisherigen Namen konkrete und ernsthafte soziale Nachteile verbunden seien. Das Obergericht des Kantons Zürich setzte sich in seinem Beschluss und Urteil vom 29. Juni 2016 (OGer ZH NT160001-O/U) in Erw. III 1. ausführlich mit der Entstehungsgeschichte der neuen Gesetzesbestimmung auseinander. Dabei zog es den Schluss, dass es abzulehnen sei, nach neuem Recht bereits Gründe für eine Namensänderung zuzulassen, die sich auf rein subjektive Empfindungen und Unannehmlichkeiten stützten. Eine Berücksichtigung subjektiver Gründe solle nur erfolgen, soweit diese objektiv nachvollziehbar bzw. einsichtig und in diesem Sinn von einer gewissen Intensität seien. Eine andere Ansicht würde der Zuordnungs- sowie der Identifikationsfunktion des Namens zuwiderlaufen und zu einer Aushöhlung des (auch unter dem neuen Recht weitergeltenden) Grundsatzes der Unabänderlichkeit des Namens führen. Es würde Raum für eine Namensänderung nach eigenen Wünschen bieten. Dies sei mit der Anpassung des Gesetzes von Art. 30 Abs. 1 ZGB nicht beabsichtigt worden.

5. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Gesuch um Namenswechsel mit ihrer subjektiven Empfindung, dass es ihr über die Jahre immer mehr zur Last geworden sei, nicht W. zu heissen. Seit ihrer ersten Heirat sei sie Frau W. und fühle sich als solche und werde von ihrer persönlichen und geschäftlichen Umgebung so wahrgenommen. Gerade bei Kunden und Lieferanten sei sie als Frau W. bekannt. Nach ihrer Scheidung habe sie das Handelsunternehmen W. aufgebaut und ihre Person sei mit dem Geschäft eng verknüpft. Mit zunehmendem Alter möchte sie auch mit übereinstimmendem Namen die Identifikation mit ihrem Lebenswerk, dem Handelsunternehmen W. AG, zeigen. Weiter macht sie wirtschaftliche Nachteile geltend, die aus dem Namen Q. resultierten. Im heutigen schwierigen wirtschaftlichen Umfeld reagierten potenzielle Kunden vermehrt sensibel auf ausländische Unternehmen resp. Kunden wünschten heimische Produkte zu erwerben. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass sie die subjektive Unannehmlichkeit fraglos anerkenne, dass diese aber für eine Namensänderung nicht genüge. Die Nachteile aus der aktuellen Namensführung müssten objektiv nachvollziehbar sein. Es stelle sich die Frage, weshalb die Gesuchstellerin erst jetzt um eine Namensänderung ersuche, obwohl der Name Q. sie schon lange belaste. Der von ihr behauptete Mehraufwand

in administrativen Dingen wegen notwendiger Namensrichtigstellungen sei nicht belegt. Dass die Beschwerdegegnerin den Nachweis für die geltend gemachten wirtschaftlichen Schwierigkeiten verlange, sei kein überspitzter Formalismus. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass sie Kunden aufgrund ihres ausländischen Namens verliere, sei nicht nachvollziehbar. Insgesamt seien die subjektiven Beweggründe nachvollziehbar und unbestritten, hingegen basierten die beschriebenen objektiven Nachteile allein auf Parteibehauptungen und dürften ohne Nachweis nicht berücksichtigt werden. Dieser Beweis könne durch die offerierten Beweise nicht erbracht werden, bezögen sich diese doch auch nur auf subjektiven Wahrnehmungen im Einzelfall.

a) Vorab ist festzuhalten, dass der Grundsatz der Unabänderlichkeit des Namens nach wie vor gültig ist. Auch wenn mit der Revision von Art. 30 Abs. 1 ZGB eine Lockerung der bisher (sehr) strengen Praxis betreffend Namensänderung beabsichtigt wurde, wurde diese u.a. im Hinblick darauf geschaffen, Namensübereinstimmungen in Patchwork-Familien herzustellen, ohne dass Kinder schwer wiegende Nachteile aus der bisherigen Namensführung nachweisen mussten. Es ist – auch wenn es dazu selbstredend noch keine ausführliche Rechtsprechung gibt – in Nachachtung der grundsätzlichen Unabänderlichkeit des Namens zu fordern, dass aus der bisherigen Namensführung objektivierbare Erschwernisse für den Namensträger resultieren. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht nicht in das Ermessen der Vorinstanz eingreift, wenn diese ihren Entscheid nachvollziehbar und sachgerecht begründet hat, insoweit vertretbar ist, selbst wenn auch ein anderer Entscheid denkbar wäre. Unabhängig der Tatsache, wie hoch oder tief die Hürde für eine Namensänderung gesetzt wird, obliegt es dem Gesuchsteller bzw. der Gesuchstellerin nachzuweisen, weshalb und in welchem Mass der bisher geführte Namen eine Belastung darstellt resp. umgekehrt, weshalb der anbegehrte Namen für das weitere Fortkommen in gesellschaftlicher und/oder wirtschaftlicher Hinsicht von grosser Wichtigkeit ist.

b) Die Beschwerdeführerin macht wirtschaftliche Nachteile geltend, da der Name Q. im Handelsunternehmen nirgends formell erscheine. Diese Argumentation ist – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt – rein spekulativ. Im Jahr 1977 wurde das Handelsunternehmen W. AG im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen. Zu Beginn war die Beschwerdeführerin unter dem Namen A.W. als Mitglied des Verwaltungsrates eingetragen, worauf dann der Namenswechsel in A.Q. registriert wurde. Soweit sie geltend macht, der Blick in das Handelsregister schrecke potentielle Kunden von einer Geschäftsverbindung mit dem Handelsunternehmen W. ab, da der Name W. aktuell nicht mehr vertreten sei, erscheint diese Begründung kaum nachvollziehbar. Dass sich ein potentieller Käufer vorher im Handelsregister über die formellen Organe einer Firma kundig macht, widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dürfte jedenfalls die grosse Ausnahme darstellen. Sofern jemand doch so vorgehen sollte, wäre er wohl in der Lage, die Aussagen des Han-

delsregisters richtig zu deuten. Der Beschwerdegegner führt zutreffend aus, dass die wirtschaftlichen Wirkungen ihres persönlichen Namens für vergangene oder zukünftige Geschäftsergebnisse im Wesentlichen auf Hypothesen beruhen und daher nicht strikt nachgewiesen werden können. Zumindest müsste aber eine sehr hohe Plausibilität einer solchen Argumentation erwartet werden können. Das ist hier offensichtlich nicht der Fall. Das Handelsunternehmen ist schon lange in diesem Markt tätig und hatte nach Angaben der Beschwerdeführerin erfolgreich Bestand. Es erscheint überaus wahrscheinlicher, dass die allgemeine Wirtschaftslage, die Frankenstärke und/oder die grosse Konkurrenz im Inland oder nahen Ausland allfällige geschäftliche Schwierigkeiten massgeblich beeinflussen. Unbestritten spielt das Internet eine immer bedeutendere Rolle im Wirtschaftsleben, aber wohl eher in dem Sinne, dass der potentielle Kunde auf schnelle Weise das günstigste/billigste Produkt seiner Wünsche eruieren und bestellen kann. Dass der Name Q., den die Beschwerdeführerin seit 37 Jahren trägt, geradezu geschäftsschädigend oder zumindest beeinträchtigend ist, ist nicht mit der genügenden Beweiskraft dargelegt. Nach Angaben der Beschwerdeführerin arbeitet ihr Ehemann, C.Q., Mitglied des Verwaltungsrates, ebenfalls aktiv im Geschäft mit. Wäre der Name wirtschaftlich eine derartige Belastung, wie dies vorgebracht wird, müsste er konsequenterweise aus allen Funktionen ausscheiden. Insgesamt erscheinen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Namensänderung aus wirtschaftlichen Gründen nicht hinreichend begründet und objektiv nicht nachvollziehbar.

c) Die Beschwerdeführerin lässt ausführen, dass bei Geschäftspartnern wie Lieferanten und Käufern Verwirrung bzw. Ungewissheit in Bezug auf ihren Namen herrsche und sie vielfach mit Frau W. angesprochen und (nachweislich) so angeschrieben werde. Diese Situation sei belastend. Überdies sei das Handelsunternehmen ihr Lebenswerk, weshalb sie den mit der Firma identischen Namen tragen wolle. Wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführt, würde eine bewilligte Namensänderung auch nicht ohne Verwirrung und mutmasslich aufwendigen, gar mühsamen Klärungsbedarf vonstattengehen. Zweifellos empfindet die Beschwerdeführerin ihren Namen Q. subjektiv als unangenehm oder unpassend, ansonsten sie kein Gesuch gestellt hätte. Würde diese subjektive Belastung aber als Änderungsgrund reichen, würde dies letztlich auf eine freie Namenswahl hinauslaufen. Dies ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Mit dem Begriff der «achtenswerten» Motivation sollte eine Objektivierung der subjektiven Befindlichkeit erreicht werden, was – wie Thomas Geiser darlegt (Geiser, a.a.O., S. 370, Ziff. 3.30) – die Auslegung insofern problematischer macht, als damit (auch) Emotionen von Betroffenen zu bewerten sind, die für diesen fraglos ernsthaft sind. Hätte der Gesetzgeber aber die subjektive Befindlichkeit als ausreichenden Grund für eine Namensänderung zulassen wollen, hätte er sich damit begnügen können zu fordern, dass der anzunehmende Name gewisse Bedingungen erfüllen muss. Insgesamt ist hier objektiv weder einsichtig noch nachvollziehbar, welche Nachteile die Beschwerdeführerin aus ihrem Namen erleidet. Verständlich ist, dass eine Unternehmerin sich mit ihrem Geschäft identifiziert. Nicht einleucht-

end ist aber, weshalb sie zu Identifikationszwecken nach so langen Jahren den Namen ändern sollte, hat sie doch – unter angegebener Mitwirkung ihres Ehemannes – das Geschäft bestimmt und wird als prägende Persönlichkeit wahrgenommen. Weshalb sie es als belastend erlebt, wenn sie in ihrer Firma mit ihrem Wunschnamen und nicht mit dem amtlichen Namen angesprochen wird, erklärt sich in diesem Sinn auch nicht ganz. Es stellt sich daher zu Recht die Frage, weshalb sie sich erst nach 37 Jahren, in welchen sie schon Q. heisst, um eine Änderung bemüht. Das Argument, dass sie erst jetzt im hohen Alter Zeit finde, sich mit der Namensbereinigung zu beschäftigen, ist schwer zu begreifen. Immerhin wusste sie aufgrund ihrer Scheidung im Jahr 1979, dass es das Institut der Namensänderung gibt. Es darf angenommen werden, dass sie sich bei einer derart schweren Belastung durch den Namen schon früher informiert hätte, ob und unter welchen Voraussetzungen ihr Name geändert werden könnte. Auch ohne eigene juristische Ausbildung dürfte es einer versierten Geschäftsfrau nicht entgangen sein, dass die ehe- und namensrechtlichen Bestimmungen seit ihrer Eheschliessung im Jahr 1980 änderten. Die Einschätzung der Vorinstanz, dass die geltend gemachten Unannehmlichkeiten resp. Nachteile und Belastungen durch den über lange Jahre geführten Namen nicht genügend objektiviert, einsichtig und nachvollziehbar, somit nicht «achtenswert» im Sinne des Gesetzes sind, ist nicht zu beanstanden und wurde – entgegen der Beschwerdeführerin – auch einlässlich begründet. Es ist nicht zu sehen, dass sich die Beschwerdegegnerin dabei von unsachlichen oder unangemessenen Überlegungen hätte leiten lassen, und von Willkür kann schon gar nicht die Rede sein. Hat die Vorinstanz somit das ihr zustehende Ermessen vernünftig und dem Gesetzeszweck entsprechend gehandhabt, besteht für das Gericht kein Anlass, korrigierend einzugreifen und einen Entscheid nach eigenem, ebenfalls vertretbarem Ermessen zu fällen.

(…)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Mai 2017, V 2016 131
Das Urteil ist rechtskräftig.

9. Strassenverkehrsrecht

9.1 Art. 20a Abs. 5 VRV, Art. 8 Abs. 1 BV

Regeste:
Art. 20a Abs. 5 VRV – Personen, die infolge geistiger Beeinträchtigungen ganz allgemein der Begleitung bzw. des Schutzes bedürfen, fallen nicht unter den Begriff der «Gehbehinderung» der Verkehrsregelnverordnung (VRV). Solche Personen haben keinen Anspruch auf eine « Parkkarte für gehbehinderte Personen» (Erw. 4e).
Art. 8 Abs. 1 BV – Eine wörtliche Auslegung von Art. 20a Abs. 5 VRV hält vor dem Gleichheitsgebot der Verfassung stand (Erw. 5c). Keine Parkkartenberechtigung für zwei autistische Kinder, die ständiger Begleitung bedürfen, aber in der Lage sind, deutlich mehr als 200 m zu gehen (Erw. 5e).

Aus dem Sachverhalt:

Am 14. Oktober 2016 widerrief das Strassenverkehrsamt eine am 9. August 2016 erfolgte Zuteilung von zwei Parkkarten an C.N. Dieser hatte am 20. Juli 2016 zwei Parkkarten für Gehbehinderte aufgrund der autistischen Erkrankung seiner beiden Kinder A.N., geboren am 1. Oktober 2011, und B.N., geboren am 16. November 2012, beantragt. Zur Begründung des Widerrufs gab das Strassenverkehrsamt an, man habe nach eingehenden internen und externen Abklärungen festgestellt, dass die beiden Kinder nicht gehbehindert seien.

Mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 erhob C.N. dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte unter anderem sinngemäss, die Verfügung sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zug. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, das Strassenverkehrsamt habe diverse medizinische Atteste, welche die Mobilitätseinschränkung seiner Kinder bestätigt hätten, zurückgewiesen und den Vertrauensarzt Dr. med. B. dazu gebracht, seine Bestätigung zu widerrufen. Der Vertreter des Strassenverkehrsamtes und dessen «externes Team» hätten sich über die Gutachten der Ärzte hinweggesetzt und an deren Stelle entschieden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. (...)

c) Strittig und zu prüfen ist, ob die Symptome des bei zwei Kindern des Beschwer-

deführers diagnostizierten frühkindlichen Autismus den Beschwerdeführer zu einer Parkkarte für Gehbehinderte berechtigen oder nicht.

4. a) Gemäss Art. 20a Abs. 1 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV, SR 741.11) können gehbehinderte Personen und Personen, die sie transportieren, gewisse Parkierungserleichterungen in Anspruch nehmen, sofern sie über eine «Parkkarte für gehbehinderte Personen» verfügen. Eine Parkkarte wird ausgestellt für Personen, die mittels ärztlichen Zeugnisses eine erhebliche Gehbehinderung nachweisen, und für Halter von Fahrzeugen, die nachweislich für den häufigen Transport von erheblich gehbehinderten Personen eingesetzt werden (Art. 20a Abs. 5 VRV). Die Parkkarte wird durch die kantonale Behörde erteilt (Art. 20a Abs. 5 VRV). Zu den beanspruchbaren Parkierungserleichterungen zählen unter anderem das zeitlich begrenzte Parkieren an Stellen, die mit einem Parkverbot markiert sind (Art. 20a Abs. 1 lit. a VRV), das unbeschränkte Parkieren auf Parkplätzen (Art. 20a Abs. 1 lit. b VRV) und das Parkieren in Begegnungszonen (Art. 20a Abs. 1 lit. c VRV). Die Bestimmung ist als gesetzliche Massnahme nach Art. 8 Abs. 4 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) anzusehen, welche die tatsächliche Gleichstellung gehbehinderter Personen zu fördern bezweckt (vgl. SCHEFER/HESS-KLEIN, a.a.O., S. 523).

b) Der Begriff «erhebliche Gehbehinderung» wird im Bundesrecht nicht definiert. Gemäss einem von der asa Vereinigung der Strassenverkehrsämter herausgegebenen Merkblatt «Parkierungserleichterungen für gehbehinderte Personen» wie auch den soweit ersichtlich wortgleichen «Richtlinien Parkierungserleichterungen gehbehinderte Personen» der Interkantonalen Kommission für den Strassenverkehr IKST (nachfolgend: Merkblätter) äussert sich die erhebliche Gehbehinderung darin, dass «der gehbehinderten Person dauernd oder vorübergehend während mindestens 6 Monaten eine Fortbewegung zu Fuss nur bis ca. 200 m, bzw. mit besonderen Hilfsmitteln oder mit Hilfe einer Begleitperson möglich ist». Es handle sich hierbei um Gehbehinderungen, deren Ursache einerseits im Bewegungsapparat der Beine (direkte Gehbehinderung) und andererseits im Atem- und Kreislaufsystem (indirekte Gehbehinderung) liegen könne. Laut den Merkblättern kann die Behörde zusätzlich ein ärztliches Zeugnis eines Vertrauensarztes verlangen.

Nach allgemeinem Verständnis heisst gehbehindert eine Einschränkung in der Gehfähigkeit. Als Synonym für Gehbehinderung gilt allgemein etwa Lahmheit. Auch die bezüglichen, international gebräuchlichen Piktogramme zeigen Rollstuhlfahrer oder Personen mit einem Stock (vgl. das gemäss den Anhängen 2 Ziff. 5 und 3 Ziff. 2 zur Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 [SSV, SR 741.21], auf der Parkkarte für behinderte Personen abgebildete, in Anhang 4 Ziff. 2 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995 [VTS, SR 741.41] aufgeführte Zeichen für Fahrzeuge von Gehbehinderten). Anspruch soll offensichtlich eine Person haben, die sich wegen der Schwere ihrer Gehbehinderung

dauernd nur mit fremder Hilfe oder nur mit grosser Anstrengung ausserhalb eines Fahrzeuges bewegen kann. Eine «direkte Gehbehinderung» kann z. B. die Folge einer Gelenkarthrose sein. Ausserhalb des Bewegungsapparates liegende Faktoren, die im Ergebnis eine – mittelbare bzw. «indirekte» – Gehbehinderung bewirken, können ihre Ursache im Atem- und Kreislaufsystem haben. Zu denken ist etwa an Herzschäden mit schweren Dekompensationserscheinungen oder Ruheinsuffizienz oder Krankheiten der Atmungsorgane mit Einschränkungen der Lungenfunktion.

c) Der Beschwerdegegner stützt sich zur Begründung des Entzugs der Parkkarten im Wesentlichen auf die zitierten Richtlinien der IKST und führt aus, im Vordergrund stehe immer die Gehbehinderung und somit eine Einschränkung im Bewegungsapparat. Personen mit geistiger oder körperlicher Behinderung, deren Bewegungsapparat das Gehen nicht einschränke, seien weder direkt noch indirekt gehbehindert; dies auch dann nicht, wenn eine Begleitperson oder weitere Hilfsmittel notwendig seien. Diese klare Definitionsabgrenzung sei bewusst gewählt worden, weil die Anzahl Gehbehindertenparkkarten aus verkehrs- und verkehrssicherheitstechnischen Gründen klein bleiben müsse. Zur Wahrung der Rechtsgleichheit und der Gleichbehandlung dürfe der Beschwerdegegner nicht auf die bedauerliche Situation der Familie N. Rücksicht nehmen. Intensive Abklärungen hätten überdies ergeben, dass das Gehen und somit die Überwindung von Distanzen zu Fuss für die Kinder in der Entwicklung nur förderlich sein könne. Wenn der Beschwerdeführer annehme, seine Kinder hätten deshalb Anspruch auf eine Parkkarte für Gehbehinderte, weil sie nicht in der Lage seien, Gehstrecken selbständig und ohne Hilfe zurückzulegen und ständig auf Begleitung angewesen seien, so gehe seine Argumentation fehl. Wenn man dieser folge, hätten alle Babys und Kleinkinder einen entsprechenden Anspruch. Auch würde diese Voraussetzung auf eine Vielzahl anderer Behinderter zutreffen wie Taubblinde oder Sehbehinderte. Eine derartige Auslegung würde aber zu einer massiven Ausweitung der anspruchsberechtigten Personen führen und wäre deshalb aus verkehrs- und verkehrssicherheitstechnischen Gründen problematisch. Sie würde überdies den Richtlinien der IKST und der Praxis der kantonalen Strassenverkehrsämter widersprechen.

d) Die Kinder des Beschwerdeführers leiden unter frühkindlichem Autismus. Dieser stellt gemäss Wikipedia eine zu den tiefgreifenden Entwicklungsstörungen gerechnete psychische Erkrankung dar. Die Symptome treten in der Regel vor dem dritten Lebensjahr auf und zeigen sich in drei Bereichen. Erstens in Problemen im sozialen Umgang, zweitens durch Auffälligkeiten bei der sprachlichen und nonverbalen Kommunikation. Drittens kommen eingeschränkte, stereotype und sich wiederholende Verhaltensweisen und Interessen dazu. Autismus gilt als angeboren und nicht heilbar. Aufgrund der Behinderung durch Autismus benötigen die meisten Autisten eine lebenslange Hilfe und Unterstützung. Autismus ist unabhängig von der Intelligenzentwicklung, jedoch gehört Intelligenzminderung zu den häufigen Mehrfachbehinderungen bei Autisten.

Der Beschwerdeführer bringt zur Situation seiner Kinder vor, diese würden sich ohne Begleitung überhaupt nicht zu Fuss fortbewegen, könnten ohne Hilfe weder ins Auto ein- noch aussteigen, tendierten dazu «durchzubrennen» und könnten keine Gefahren erkennen. Seine Tochter sei ausserdem sehbehindert. Die behandelnden Ärzte Dres. med. F. und G. vom Kinderspital Luzern führten im Attest vom 15. Juli 2016 dazu aus, die Kinder seien nicht in der Lage, Gehstrecken selbständig und ohne Hilfe zurückzulegen, und seien auf ständige Begleitung angewiesen (...). Eine ähnliche Bestätigung stellte am 4. August 2016 auch Dr. med. B. aus (...), wobei der spätere «Widerruf» – wie im Schreiben vom 13. September 2016 festgehalten – auf einer mutmasslich fehlerhaften Regelauslegung beruhte, nicht jedoch auf einer medizinischen Fehleinschätzung. Doktor med. Regula C. führte am 31. Oktober 2016 ausserdem aus, die beiden Kinder des Beschwerdeführers könnten nicht selbständig Wegstrecken zurücklegen, sich im Verkehr orientieren oder Gefahren richtig einschätzen. Sie müssten ständig angeführt oder begleitet werden; auch seien sie nicht in der Lage, kleinere Anweisungen zu interpretieren und würden sie in der Folge nicht ausführen (...).

e) Die unter frühkindlichem Autismus leidenden Kinder des Beschwerdeführers sind nach den Aussagen der Ärzte offensichtlich weder mit Einschränkungen im Bewegungsapparat noch im Atem- und Kreislaufsystem konfrontiert und können sich ohne Hilfsmittel und Hilfspersonen über 200 m weit bewegen. Sie sind also nicht direkt oder indirekt physisch behindert in der eigentlichen Fortbewegung auf ihren eigenen Füssen, sondern sie bedürfen für das Gehen lediglich der Anleitung, Begleitung, Kontrolle, d.h. des Schutzes. Sie sind aufgrund ihres frühkindlichen Autismus nicht in der Lage, alleine, d.h. selbstbestimmt und selbstverantwortlich, oder auch nur auf Anweisung eine kürzere oder längere Strecke von A nach B zurückzulegen, bzw. wären sie als Fussgänger auf sich allein gestellt im Strassenverkehr grösster Gefahr ausgesetzt. Damit sind sie offensichtlich in ihrer Bewegungsfreiheit bzw. in ihrem sozialen Verhalten in der Öffentlichkeit eingeschränkt, nicht aber in ihrer Fortbewegung. Sie sind beim sowohl motorisch als auch bezüglich Atmen und Kreislauf problemlos möglichen Gehen einzig zu ihrem Schutz auf Kontrolle und Begleitung angewiesen, nicht aber im Sinne des Wortes «gehbehindert». Vom Wortlaut der Verordnungsbestimmung her ist also festzustellen, dass die Kinder des Beschwerdeführers sich ohne weiteres auf eigenen Füssen bewegen können und lediglich in der Öffentlichkeit ständig begleitet werden müssen. Personen, die infolge geistiger Beeinträchtigungen ganz allgemein der Begleitung bzw. des Schutzes bedürfen, fallen klarerweise nicht unter den Begriff der «Gehbehinderung». Ihr Schutzbedürfnis geht vielmehr weit über die Notwendigkeit der Begleitung im Gehen hinaus.

5. a) Zu prüfen bleibt, ob sich die Praxis und die sich darauf beziehenden Merkblätter aller kantonalen Strassenverkehrsämter zu Recht auf diese wörtliche Auslegung der Verordnungsbestimmung von Art. 20a Abs. 5 VRV abstützen. Diese äussert sich

nicht zu den möglichen Ursachen der zur Erlangung der Parkkarte vorausgesetzten Gehbehinderung. Soweit ersichtlich wird in der Literatur zum Strassenverkehrsrecht und dem Behindertengleichstellungsgesetz nirgends die Forderung nach einer darüber hinausgreifenden Auslegung der Verordnungsbestimmung erhoben.

b) Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den erwähnten Merkblättern nur, aber immerhin, um eine Hilfe zur einheitlichen Anwendung des Strassenverkehrsrechts in der Schweiz handelt. Die Merkblätter stellen weder Rechts- oder Verwaltungsverordnungen noch Gesetze im formellen Sinne dar, zumal weder der asa noch der IKST irgendwelche Rechtssetzungskompetenzen zukommen. Während die Merkblätter also durchaus einen wertvollen Beitrag zur Konkretisierung des Bundesrechts und der Gewährleistung einer einheitlichen Praxis der Strassenverkehrsämter leisten und auch das Verwaltungsgericht nicht ohne Not in die Praxis der rechtsanwendenden Behörden eingreifen soll, so ist das Gericht letztlich nicht an die in den Merkblättern festgelegten Definitionen gebunden. Vielmehr hat es entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis die jeweilige Norm in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen, wobei es an einen klaren und unzweideutigen Wortlaut in der Regel gebunden ist, und berücksichtigt ferner alle herkömmlichen Auslegungselemente, wobei es einen pragmatischen Methodenpluralismus zu befolgen hat (BGE 131 III 314 E. 2.2; 124 III 266 E. 4; 127 III 318 E. 2b). Obschon keine Hierarchie der Auslegungselemente besteht, ist bei der Auslegung von Verwaltungsnormen die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Norm (teleologische Auslegung), gegebenenfalls in Kombination mit einer geltungszeitlichen bzw. (bei jüngeren Normen) historischen Auslegung, besonders bedeutsam (TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 25 Rz. 5). Kommen die anerkannten Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Deutungen einer Norm, ist jenes Ergebnis zu wählen, welches der Verfassung am besten entspricht (BGE 138 II 217 E. 4.1).

c) Im Vordergrund für die weitere Auslegung steht Art. 8 Abs. 1 BV, gemäss dem alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Der allgemeine Gleichheitssatz bindet sowohl die rechtssetzenden als auch die rechtsanwendenden Behörden und wirkt in zwei Richtungen: Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln (Gleichheitsgebot), Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich (Differenzierungsgebot) (KIENER/ KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 414). Rechtsanwender wie die Verwaltungsbehörden und die Gerichte haben die Berechtigten in Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen zu behandeln: Personen, die sich in unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen befinden, sind unterschiedlich zu behandeln, während zwischen Personen, die sich in der gleichen Lage befinden, auf Differenzierungen zu verzichten ist (KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 414). Aus den vorstehenden Grundsätzen folgt, dass Personen mit Behinderungen unterschiedlicher Ursache von den rechtsanwendenden Behörden insofern gleich zu behandeln sind, als sich ihre Behinderungen gleich auswirken.

Es ist gerichtsnotorisch, dass gesunde Kinder im Alter der Tochter des Beschwerdeführers, welche im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung gerade fünf Jahre alt geworden war, normalerweise insofern bereits über eine gewisse geistige Reife und Selbständigkeit verfügen, als sie ihnen bekannte, autofreie Strecken bis ca. 200 m alleine zurücklegen können. Auch jüngere Kinder im Alter des Sohnes des Beschwerdeführers (der im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung knapp vier Jahre alt war) sind bei normaler Entwicklung immerhin in der Lage, offensichtliche Gefahrenherde wie fahrende Autos zu erkennen und einfache Anweisungen ihrer Begleitperson zu verstehen und ihnen Folge zu leisten. So ist ein gesundes vierjähriges Kind im Allgemeinen in der Lage, auf Anweisung neben dem Fahrzeug zu warten und im Beisein eines Erwachsenen längere Strecken zu Fuss zu gehen, ohne dabei ständig an der Hand gehalten zu werden.

Wie die Ärzte sowohl schriftlich als auch per Telefon aktenkundig ausgeführt haben, verfügen demgegenüber A.N. und B.N. über keine der vorgenannten Fähigkeiten. Insbesondere sind sie nach Aussage von Dr. med. C. nicht in der Lage, auch einfachste Anweisungen zu verstehen, geschweige denn zu befolgen, und können sich nicht einmal annähernd selbständig fortbewegen oder unbegleitet still stehen, da ihnen jedes Gefahrbewusstsein zu fehlen scheint. Zwischen dem Fortbewegungsverhalten gesunder Vier- bzw. Fünfjähriger und demjenigen von A.N. und B.N. bestehen damit zweifellos erhebliche Unterschiede. Die Kinder des Beschwerdeführers benötigen aufgrund ihrer Erkrankung bei der Fortbewegung zu Fuss weit mehr Unterstützung, als es bei gesunden Kindern im gleichen Alter der Fall wäre, und sind damit insgesamt bei der Fortbewegung gegenüber gleichaltrigen Kindern erheblich eingeschränkt. Hinzu kommt, dass nach der Feststellung von Dr. med. C. mit zunehmendem Alter damit zu rechnen sei, dass sich die Unterschiede zwischen dem Verhalten der Kinder des Beschwerdeführers und jenem gesunder Gleichaltriger vergrössern (und sich die Behinderung insofern noch akzentuieren) würden.

Gestützt darauf könnte im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes ungeachtet unterschiedlicher Ursachen, aber in Berücksichtigung der (teilweise) identischen Folgen trotz der fehlenden Beeinträchtigung des Bewegungsapparates argumentiert werden, dass die dargelegten, durch Autismus verursachten Beeinträchtigungen im Ergebnis ebenfalls insofern eine – indirekte – Gehbehinderung darstellen, als die – unbegleitete – Fortbewegung zu Fuss beeinträchtigt sei. Die in den Merkblättern gewählte Umschreibung der «indirekten Gehbehinderung» – «[h]ierbei handelt es sich um Gehbehinderungen deren Ursache im Bewegungsapparat der Beine (direkte Gehbehinderung) wie auch im Atem- und Kreislaufsystem (indirekte Gehbehinderung) liegen können» – geht davon aus, dass einzig Beeinträchtigungen, deren Ursache im Atem- oder Kreislaufsystem liegt, als «indirekte Gehbehinderungen» zu qualifizieren sind. Während – physische – Beeinträchtigungen des Atem- und Kreislaufsystems selbstverständlich geeignet sind, Betroffene bei der Fortbewegung zu Fuss zu behindern, so können an sich solche psychischer bzw. geistiger Natur im

Ergebnis ebenfalls eine «indirekte Gehbehinderung» verursachen. Konsequenterweise würde sich dann aber auch die Frage stellen, ob Personengruppen, welche sich altersbedingt aufgrund ihrer mangelnden geistigen Reife ohnehin nicht bzw. nicht ohne Hilfsmittel bzw. Hilfspersonen fortbewegen können (Babys und Kleinkinder), ebenfalls indirekt als gehbehindert zu betrachten wären. Um dies auszuschliessen, müsste die Umschreibung der Gehbehinderung dahingehend interpretiert werden, als die Beeinträchtigung der Fortbewegung zu Fuss eine erhebliche Schlechterstellung gegenüber jener Situation bedeuten muss, in welcher sich die betroffene Person bei voller Gesundheit bzw. nach ihrem normalen physischen und psychischen Entwicklungsstand befände. Es zeigen sich also schwierige Abgrenzungsfragen, auf welche der Beschwerdegegner zu Recht hingewiesen hat.

Nach Überzeugung des Gerichts wird dadurch, dass einzig – direkte oder indirekte – physische Beeinträchtigungen als Grund für Gehbehinderungen anerkannt werden, keine Unterscheidung getroffen, die den Gleichheitssatz verletzen würde. Vielmehr wird die umstrittene Differenzierung den tatsächlich klar unterscheidbaren Verhältnissen zwischen physisch – direkt oder indirekt – «gehbehinderten» Personen und Personen wie den Kindern des Beschwerdeführers gerecht, die sich problemlos bewegen können, dabei aber beaufsichtigt bzw. begleitet werden müssen. Es handelt sich dabei um zwei grundlegend verschiedene Ursachen bzw. Umstände, die eine unterschiedliche Betrachtung rechtfertigen.

d) Was die teleologische Auslegung betrifft, so zielt die umstrittene Vorschrift von Art. 20a Abs. 5 VRV zweifellos darauf ab, Personen Parkierungserleichterungen zu gewähren, die aus physischen Gründen schon mittlere Strecken – die Praxis spricht von 200 m – nicht selber oder nur in Begleitung zurückzulegen fähig sind. Denn nur diese Personen bedürfen der zusätzlichen Erleichterung spezieller Parkierungsmöglichkeiten, um sich in der Gesellschaft gleich wie andere bewegen zu können. Von diesem Zweck nicht direkt erfasst werden aber Fälle, in denen Personen lediglich zu ihrem Schutz bzw. zu ihrer Anleitung der Begleitung bedürfen. Diese können offensichtlich selber gehen, müssen aber – und dies letztlich generell in ihrem Alltag, also nicht nur auf der Strasse, sondern z. B. auch in einem öffentlichen Verkehrsmittel – stets begleitet und beschützt werden. So wie Eltern ihre Kleinkinder begleiten müssen, kann auch von den Eltern und Betreuern von geistig behinderten Kindern erwartet werden, dass sie ihre Schützlinge im Alltag ohne die zusätzliche Erleichterung durch Parkierungsvorrechte betreuen und begleiten, also z. B. allgemeine private und öffentliche Parkierungsmöglichkeiten nutzen.

e) Weitere Auslegungsmethoden erscheinen vorliegend nicht sachgerecht. Entscheidend erscheint dem Gericht eine vom Wortlaut ausgehende Auslegung von Art. 20a Abs. 5 VRV und die Tatsache, dass gestützt auf die Abklärungen des Kantonsarztes klar feststeht, dass bei beiden Kindern des Beschwerdeführers das «Gehen» motorisch und vom Kreislauf her kein Problem darstellt, auch nicht über längere Dis-

tanzen oder auf Treppen. Wie auch vor Gericht unwidersprochen blieb, legen die Kinder des Beschwerdeführers beispielsweise bei Arztbesuchen im Kinderspital des Kantons Luzern vom Parkhaus bis zur Arztpraxis weit mehr als 200 m zurück. Die Rechtsauffassung des Beschwerdegegners ist somit ohne weiteres mit dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung («Gehbehinderung») vereinbar. Es kann darüber hinausgehend aber nicht gesagt werden, dass der allgemeine Gleichheitssatz oder Sinn und Zweck der Norm nach einem Einbezug solcher indirekter Behinderungen in der Fortbewegung rufen, damit auch Personen, die als Folge einer geistigen Beeinträchtigung ganz generell ständiger Begleitung bedürfen, Anspruch auf Parkkarten haben müssten. Denn sie bedürfen ihrer Begleitpersonen nicht zum Gehen, sondern aus anderen Gründen, d.h. vor allem zu ihrem Schutz. Hierin unterscheiden sich die beiden Fallkonstellationen also ganz erheblich.

f) Würde man eine weitergehende Auslegung von Art. 20a Abs. 5 VRV favorisieren und auch das Erfordernis der ständigen Begleitung beim an sich uneingeschränkt möglichen Gehen zu Fuss als anspruchsbegründend für eine Parkkarte bezeichnen, würde zudem einer Ausweitung des Anspruchs in einem Masse der Boden bereitet, dass wegen der damit verbundenen Folgen einzig der Gesetzgeber eine Regelung zu treffen hätte. Denn eine solche Auslegung bzw. Praxis würde – abgesehen von schwierigen Abgrenzungsfragen für Behörden und Gerichte – zu einer unabsehbaren Ausweitung der anspruchsberechtigten Personen führen und wäre deshalb aus verkehrs- und verkehrssicherheitstechnischen Gründen sehr problematisch. Die öffentlichen Strassen- und Parkflächen würden in einem Masse beansprucht, welches nach einer grundsätzlich neuen und umfassend ausgestalteten Regelung rufen würde. Wie der Beschwerdegegner zu Recht geltend macht, besteht nur eine beschränkte Anzahl von Parkplätzen für Gehbehinderte und würde eine Ausweitung auf enge Grenzen stossen.

6. Bei allem Verständnis für das Anliegen des Beschwerdeführers und die schwierige Situation seiner Familie muss deshalb festgestellt werden, dass kein Anspruch auf die beantragten und zunächst bewilligten Parkkarten besteht und die Widerrufsverfügung somit rechtmässig und angemessen ist. Auch führt die bei einem Widerruf nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in jedem Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und jenem der Rechtssicherheit vorliegend zu keiner anderen Beurteilung. Weder ist gemäss der Rechtsprechung durch die ohnehin periodisch auf ihre Anspruchsvoraussetzungen zu überprüfende und kurze Zeit gültig gewesene Verfügung (maximale Gültigkeit: 5 Jahre) ein subjektives Recht begründet worden, noch ging es bei der erfolgten Bewilligung um eine allseitige Prüfung und Abwägung sich gegenüberstehender Interessen (vgl. BGE 121 II 273 E. 1a/aa). Der Widerruf erfolgte nicht willkürlich und verstösst nicht gegen Treu und Glauben. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. März 2017, V 2016 109
Das Urteil ist rechtskräftig.

9.2 Art. 87 Abs. 1 VZV, § 3 Abs. 1 lit. a, c und e Kommunikationsrichtlinien des Kantons Zug

Regeste:
Art. 87 Abs. 1 Satz 1 VZV – Ein Fahrzeughalter hat während 12 Monaten Anspruch auf Herausgabe der beim Strassenverkehrsamt deponierten Kontrollschilder.
Art. 87 Abs. 1 Satz 2 VZV, § 3 Abs. 1 lit. a, c und e Kommunikationsrichtlinien – Nach 12 Monaten kann das Strassenverkehrsamt deponierte Schilder zwar an Dritte vergeben, doch muss es seine entsprechende Praxis mindestens auf seiner Homepage bekannt geben.

Aus dem Sachverhalt:

X. verlangte vom Strassenverkehrsamt des Kantons Zug die Herausgabe des fünfstelligen Kontrollschilds ZG –000 und des vierstelligen Kontrollschilds ZG —, die seine Rechtsvorgängerin auf dem Amt hinterlegt hatte. Mit Verfügung vom 18. April 2017 verweigerte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug die Herausgabe, u.a. mit der Begründung, Kontrollschilder, welche länger als 12 Monate deponiert seien, könnten nicht mehr übertragen werden. Dagegen liess X. am 19. Mai 2007 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug führen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. b) Artikel 87 Abs. 1 Satz 1 der Verkehrszulassungsverordnung vom 27. Oktober 1976 (VZV, SR 741.51) bestimmt, dass die einmal zugeteilte Schildnummer für den Halter reserviert bleibt. Artikel 78 Abs. 1 VZV definiert die Haltereigenschaft. Diese beurteilt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Als Halter gilt namentlich, wer die tatsächliche und dauernde Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt und es in seinem Interesse oder auf seine Kosten gebraucht oder gebrauchen lässt. Aus der zweiten Bestimmung ergibt sich, dass ein Kontrollschilderpaar zunächst nur einem bestimmten Fahrzeug und gleichzeitig einem bestimmten Halter zugeteilt wird. Artikel 87 Abs. 1 Satz 1 VZV setzt aber stillschweigend eine Situation voraus, in der ein Halter kein Fahrzeug mehr besitzt, oder falls doch, dass er dieses zumindest vorübergehend nicht mehr verwendet. In solchen Fällen verfügt der ehemalige

Halter dem Grundsatz nach über einen bundesgesetzlich verankerten Anspruch auf Beibehaltung der ihm zuvor zugeteilten Schildnummer.

(...)

4. Zu prüfen ist, ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf Beibehaltung der Zuteilung der Kontrollschilder ZG –0000 und ZG — an ihn weggefallen ist. Gemäss Art. 87 Abs. 1 Satz 2 VZV ist die Zuteilung anderer Nummern zulässig, wenn die Schilder länger als ein Jahr hinterlegt oder entzogen worden sind. Gemäss Art. 87 Abs. 5 VZV bleiben Kontrollschilder, mit Ausnahme der Schilder für die provisorische Zulassung, Eigentum der Behörde.

a) Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen (Art. 641 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Da das Strassenverkehrsamt von Gesetzes wegen Eigentümer der Kontrollschilder ist, bleibt es auch dann Eigentümer, wenn es die Schilder den Fahrzeughaltern zuteilt und aushändigt. Die Halter sind lediglich nutzungsberechtigte Besitzer dieser Schilder. Die Modalitäten dieses Nutzungsrechts werden im VZV umschrieben, sind also öffentlich-rechtlicher Natur. Zwar kann die Behörde im Rahmen dieser Bestimmungen ihr Eigentumsrecht wahrnehmen, was konkret bedeutet, dass sie bei ihr hinterlegte Kontrollschilder nach einem Jahr nicht wieder an den ursprünglichen Halter herausgeben muss und die Nummernschilder anderweitig zuteilen kann. Gleichzeitig hat sie sich als staatliche Behörde dabei aber auch an die übrige gesetzliche und verfassungsmässige Ordnung zu halten.

b) Fahrzeughalter verfügen zwar bloss über ein Nutzungsrecht an den Kontrollschildern, doch ist nicht zu übersehen, dass die von der Behörde geschaffene Möglichkeit der freien Kontrollschilderübertragung an Dritte dazu führt, dass gewisse Halter ihr Nutzungsrecht kommerzialisieren können. Dies betrifft insbesondere Halter, welche Kontrollschilder mit besonderen Nummernkombinationen oder mit nur wenigen Ziffern besitzen. Um diese Aussage zu bestätigen, genügt bereits ein Blick in das Amtsblatt des Kantons Zug. In der Ausgabe vom Nr. 38 vom 22. September 2017 gibt es auf der Seite 165 beispielsweise drei Inserate von Anbietern, welche drei- und vierstellige Kontrollschilder verkaufen wollen. In einem Fall wird sogar verlangt, dass das Angebot eines Interessenten für ein vierstelliges Nummernschild im Minimum Fr. 4'000.– zu betragen habe. Solche und ähnlich Inserate erscheinen in fast jeder Ausgabe des Amtsblatts. Auch das Strassenverkehrsamt geht davon aus, dass Kontrollschilder, die aus wenigen Ziffern bestehen, für die Nutzungsberechtigten einen beachtlichen Wert haben, indem es schreibt, dass Kontrollschilder mit drei- und vierstelligen Nummern im Hinblick auf ab 2018 durchzuführende Versteigerun-

gen zurzeit zurückbehalten würden und der Kanton mit solchen Versteigerungen Mehreinnahmen generieren könne. Durch das Verweigern der Herausgabe eines Kontrollschilds mit einer vierstelligen Nummer hat das Strassenverkehrsamt somit in eine Vermögensposition des Beschwerdeführers eingegriffen. Dabei war es aufgrund von Art. 87 Abs. 1 Satz 2 VZV keineswegs dazu verpflichtet, die Herausgabe zu verweigern, denn hierbei handelt es sich, wie erwähnt, um eine Kann-Bestimmung. Das Strassenverkehrsamt hat dem Gericht dargelegt, dass es diesbezüglich über eine jahrelange, rechtsgleich gehandhabte Praxis verfüge. Demzufolge würden Kontrollschilder mit drei- und vierstelligen Nummern zwei Jahre im Depot gehalten und solche mit fünfstelligen Nummern nur ein Jahr. Das Gericht zweifelt nicht daran, dass das Strassenverkehrsamt seine Praxis gegenüber den Haltern rechtsgleich anwendet. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Behörde ihre Praxis angesichts der auf dem Spiel stehenden Vermögensinteressen nicht auch in Form einer für jeden und jede verbindlichen generell-abstrakten Regelung, d.h. als Gesetz oder Verordnung, festhalten und auf dem jeweils dafür vorgesehenen Weg erlassen müsste. Dieser Punkt kann hier indessen offenbleiben. Denn wie der Beschwerdeführer richtig erkannt hat, räumt Art. 87 Abs. 1 Satz 2 VZV dem Strassenverkehrsamt ein Ermessen ein, welches es pflichtgemäss und nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) auszuüben hat. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass Fahrzeughalter Kontrollschilder beim Strassenverkehrsamt hinterlegen im berechtigten Vertrauen, dass sie diese wieder einlösen können, sobald sie sie wieder benötigen. Angesichts des Umstands, dass sich das Nutzungsrecht an gewissen Schildern zu einem guten Preis verkaufen lässt, bedeutet dies auch, dass das Amt nach Treu und Glauben in geeigneter Form transparent zu machen hat, unter welchen Voraussetzungen bzw. nach welcher Frist es hinterlegte Schilder nicht mehr an die bisherigen Halter herausgibt. Dieses Transparenzgebot deckt sich im Übrigen mit den Kommunikationsleitlinien des Kantons Zug vom 27. Januar 2015 (BGS 152.33), welche der Regierungsrat zuhanden der Verwaltungsbehörden erlassen hat. Angesprochen sind hier namentlich § 3 Abs. 1 lit. a, c und e der Leitlinien, wonach die externe Kommunikation Transparenz über die Tätigkeit der Behörden und der Verwaltung schafft, das Vertrauen in die kantonalen Institutionen stärkt sowie Standvorteile und Dienstleistungen des Kantons bekannt macht.

c) Wie der Beschwerdeführer richtig ausführt, informiert das Strassenverkehrsamt auf seiner Homepage[1] nicht über die Bedingungen zur Kontrollschilderhinterlegung. Namentlich warnt das Amt nicht davor, dass Schilder nach einer gewissen Hinterlegungszeit nicht mehr herausgegeben werden. Es ist auch korrekt, dass Strassenverkehrsämter anderer Kantone in ihren Webauftritten im Gegensatz dazu über die Hinterlegungsmodalitäten und die Herausgabefristen orientieren wie etwa die Strassenverkehrsämter der Kantone Aargau (Bf Beilage 14), des Kantons Bern (Bf Beilage 15), des Kantons Luzern (Bf Beilage 17), des Kantons St. Gallen (Bf Beilage 18),

[1] `http://www.zg.ch/behoerden/sicherheitsdirektion/strassenverkehrsamt/strassenverkehr/fahrzeuge/schilder`

des Kantons Schwyz (Bf Beilage 19), des Kantons Wallis (Bf Beilage 20) und des Kantons Zürich (Bf Beilage 22). Das Strassenverkehrsamt schreibt, es setze grundsätzlich die Deponierungspraxis nach Art. 87 Abs. 1 VZV um. Es erscheine ihm aus Effizienzgründen nicht sinnvoll, die gesetzlichen Bestimmungen auf der Internetseite im Wortlaut zu publizieren. Angesichts der Kann-Bestimmung von Art. 87 Abs. 1 VZV würde es tatsächlich nicht viel bringen, nur den Inhalt dieses Artikels auf der Webpage des Strassenverkehrsamts zu veröffentlichen. Umso wichtiger wäre es für einen Fahrzeughalter aber zu erfahren, wie das Amt seinen durch die Bestimmung eingeräumten Ermessensspielraum ausfüllt. Vorliegend wäre diese Information erst recht von Bedeutung, da das Amt offenbar zwei verschieden lange Reservationsfristen kennt, je nachdem ob es sich bei den deponierten Schildern um solche mit maximal vier oder mit minimal fünf Ziffern handelt. Im Übrigen orientiert das Amt an anderen Stellen seines Webauftritts sehr wohl über die Rechtsgrundlagen für gewisse Dienstleistungen (z. B. bei den Themen «Gesuch um Kontrollschild-Neuherstellung», «Autoindex und Halterauskünfte» oder dem Merkblatt «Parkkarte für Gehbehinderte»). Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Strassenverkehrsamt habe ihn nicht persönlich über die Fristenregelung orientiert. Das Strassenverkehrsamt hat diese Aussage nicht bestritten und ausserdem geschrieben, dass es in der Verantwortung der Fahrzeughaltenden liege, sich über die bundesrechtlichen Vorgaben zu informieren. Somit ist davon auszugehen, dass das Strassenverkehrsamt Fahrzeughalter, die Kontrollschilder hinterlegt haben, nicht individuell über die Fristenregelung orientiert. Dies beispielsweise im Gegensatz zum Strassenverkehrsamt des Kantons Bern, das jeden Halter ein Jahr nach der Deponierung anschreibt und anfragt, ob die Reservationsfrist um ein weiteres Jahr verlängert werden soll (Bf Beilage 15). Das Strassenverkehrsamt schreibt zur Entgegnung, dass aus dem Formular «Kontrollschilder-Abtretung» ausdrücklich auf das Verfügungsrecht und die Deponierungsfrist von 12 Monaten hingewiesen werde. Dieses Formular richtet sich jedoch nicht an Halter, die ihre Kontrollschilder beim Amt hinterlegen, sondern an solche, welche die Schilder übertragen möchten. Doch abgesehen davon, stimmt die Information in Ziffer 4.3 des Formulars («Schilder, die länger als 12 Monate deponiert sind, können nicht übertragen werden.») offenkundig nicht mit der Praxis des Amts überein, da Kontrollschilder mit drei- und vierstelligen Nummern zwei Jahre aufbewahrt werden und damit auch innerhalb dieser Frist übertragen werden können. Das Argument des Strassenverkehrsamts ist somit nicht tauglich, um damit zu belegen, dass es die Halter über seine Hinterlegungspraxis auf geeignete Weise direkt und transparent informiert.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Strassenverkehrsamt nicht über seine Fristenpraxis bei der Kontrollschilderhinterlegung orientiert. Nach Treu und Glauben und auch aufgrund der Kommunikationsleitlinien des Regierungsrats wäre es aber gehalten, auf geeignete Weise, zumindest aber auf seiner Homepage Fahrzeughalter darüber aufzuklären, nach welcher Frist der Herausgabeanspruch untergeht, wenn Schilder beim Amt hinterlegt werden. Dies vor allem deshalb, weil die

Schilder nach Ablauf der Frist nicht mehr übertragen werden können, was je nach Schildnummer den Verlust einer schützenswerten Vermögensposition bewirkt. Das Strassenverkehrsamt hat dem Beschwerdeführer die Herausgabe der Kontrollschilder ZG –000 und ZG — am 18. April 2017 verweigert. Dieser konnte aufgrund der beschriebenen Informationspraxis nicht wissen, dass die am 21. Dezember 2012 hinterlegten Schilder ihm nicht dauerhaft zur Verfügung gehalten würden bzw. dass er seinen Anspruch auf Beibehaltung der Zifferkombination –000 und — nach zwei Jahren verlieren würde. Das Nichtwissen ist nach dem Gesagten nicht ihm, sondern dem Strassenverkehrsamt anzulasten, womit der Beschwerdeführer grundsätzlich über einen Anspruch auf Zuteilung der Kontrollschilder ZG –000 und ZG — verfügt. Da die Kontrollschilder ZG –000 allerdings schon anderweitig vergeben wurden, ist bezüglich dieser Schilder nur noch – aber immerhin – die Feststellung einer widerrechtlichen Handlung möglich. Die Beschwerde ist demnach insofern teilweise gutzuheissen, als das Strassenverkehrsamt aufgefordert wird, dem Beschwerdeführer die Kontrollschilder ZG — zuzuteilen, und als festgestellt wird, dass die Zuteilung der Kontrollschilder ZG –000 an einen anderen Halter am 10. April 2015 widerrechtlich war.

(...)

Referenz: Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2017, V 2017 60
Das Urteil ist rechtskräftig.

II. Zivilrecht

1. Zivilrechtspflege

1.1 Art. 125 ZGB; Art. 277 ZPO; Art. 8 ZGB; Art. 53 Abs. 1 ZPO

Regeste:
Art. 125 ZGB; Art. 277 ZPO; Art. 8 ZGB; Art. 53 Abs. 1 ZPO – Nachehelicher Unterhalt; Wahl der Berechnungsmethode; Verhandlungsmaxime; Beweislast; rechtliches Gehör: Haben im Scheidungsverfahren beide Parteien den nachehelichen Unterhalt übereinstimmend nach der einstufig-konkreten Methode berechnet und ihre Behauptungen sowie die dazu angebotenen Beweise auf diese Methode beschränkt, erscheint es als willkürlich, wenn das erstinstanzliche Gericht nach blossem Ermessen auf die zweistufige Methode abstellt. Damit hat es nicht nur die Verhandlungsmaxime und Art. 8 ZGB, sondern auch der Anspruch der Parteien auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt.

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist zunächst, nach welcher Methode der nacheheliche Unterhalt der Beklagten festzusetzen ist. Im erstinstanzlichen Verfahren berechneten beide Seit-

en den Anspruch übereinstimmend nach der einstufig-konkreten Methode. Dessen ungeachtet wählte das Kantonsgericht die (zweistufige) Methode der Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung, was es wie folgt begründete:

3.1 Das Gesetz schreibe keine Bemessungsmethode für die Unterhaltsberechnung vor. In Frage kämen insbesondere die konkrete Bedarfsberechnung und die Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung. Hätten die Ehegatten während der Ehe keinerlei Ersparnisse gebildet oder könne der Unterhaltspflichtige nicht beweisen, dass tatsächlich eine Sparquote bestanden habe oder werde das Einkommen infolge der scheidungsbedingten Mehrkosten und allfälliger weiterer neuen Lasten von den tatsächlichen Lebenshaltungskosten aufgebraucht, so dürfe von einer konkreten Unterhaltsberechnung unter Berücksichtigung des zuletzt gemeinsam gelebten ehelichen Standards abgewichen werden. In diesem Fall rechtfertige sich die Methode der Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung. Der Kläger lege nicht dar und behaupte auch nicht, dass die Parteien während der Ehe Ersparnisse gebildet hätten. Insofern sei davon auszugehen, dass sie während der Dauer der Ehe das erzielte Einkommen für ihren Lebensunterhalt verwendet und keine Ersparnisse gebildet hätten. Mithin rechtfertige es sich vorliegend, die Methode der erweiterten Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung anzuwenden, um den gebührenden Unterhalt der Parteien zu bemessen. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass sowohl der Kläger als auch die Beklagte ihrer Unterhaltsberechnung die einstufig-konkrete Berechnungsmethode zu Grunde gelegt hätten. Das Gericht sei nicht an eine bestimmte Berechnungsmethode gebunden, sondern verfüge diesbezüglich über ein grosses Ermessen.

3.2 Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Methode der Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung angewendet. Die Beklagte habe die Wahl der Bemessungsmethode, d.h. der konkreten, einstufigen Methode, ausdrücklich anerkannt. Sie habe es allerdings unterlassen, die beantragten Unterhaltsansprüche zu substanziieren und ihren Bedarf sowie denjenigen der Kinder zu beziffern, und habe insbesondere auch keine Angaben und Ausführungen zum Vorsorgeunterhalt gemacht. Selbst wenn dem Gericht bei der Wahl der Berechnungsmethode ein grosses Ermessen zukomme, bedeute dies nicht, dass es diesbezüglich völlig frei sei. Seien sich die Parteien über die Wahl der Berechnungsmethode einig, dürfe das Scheidungsgericht nicht von sich aus eingreifen und Versäumnisse der anwaltlich vertretenen Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Bedarfsbezifferung korrigieren, indem es eine andere als die von den Parteien ausdrücklich anerkannte Berechnungsmethode anwende. Der Kläger habe sich im vorinstanzlichen Verfahren auf die Anerkennung der Methodenwahl durch die Beklagte verlassen dürfen und deshalb auch keine weiteren Ausführungen zu seinem Bedarf machen müssen, zumal er im Umfang des von der Beklagten eingeklagten Unterhaltes leistungsfähig sei. Demzufolge sei für die Berechnung des nachehelichen Unterhalts nach der konkreten Methode vorzugehen.

Die Beklagte hält dem entgegen, bei der Wahl der Berechnungsgrundlage handle es sich um eine Rechtsfrage. Im Rahmen der Rechtsanwendung sei das Gericht denn auch frei und nicht an die von den Parteien allenfalls anerkannten Berechnungsmethoden gebunden. Wenn die Vorinstanz gestützt auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Schluss gelangt sei, dass die Methode der hälftigen Überschussverteilung anwendbar sei, sei dies nicht zu beanstanden.

3.3 Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, schreibt das Gesetz keine bestimmten Methoden für die Berechnung von Unterhaltsbeiträgen vor. Den Gerichten kommt ein weites Ermessen zu, da sich die Festsetzung des nachehelichen Unterhalts allgemein einer exakten mathematischen Berechnung entzieht. Ausgangspunkt ist indes der gebührende Unterhalt der unterhaltsberechtigten Person, wofür die massgebenden Lebensverhältnisse der Parteien festzustellen sind. Bei lebensprägender Ehe bemisst sich der gebührende Unterhalt an dem in der Ehe zuletzt gemeinsam gelebten Standard (zuzüglich scheidungsbedingter Mehrkosten), auf dessen Fortführung bei genügenden Mitteln beide Teile Anspruch haben. Der Unterhaltsbeiträge beanspruchende Ehegatte muss sich sodann anrechnen lassen, was er mit eigenen Einkünften selber zu decken in der Lage ist (sog. «Eigenversorgungskapazität»). Verbleibt eine Differenz, wird der Unterhaltsbeitrag nach Massgabe der Leistungsfähigkeit der unterhaltsverpflichteten Person festgesetzt. Der so ermittelte Beitrag stellt die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs dar. Aus den soeben dargelegten Grundsätzen folgt, dass der jeweilige Bedarf grundsätzlich konkret, das heisst anhand der tatsächlich getätigten Ausgaben zu ermitteln ist. Indessen hat das Bundesgericht präzisiert, dass die Methode der Existenzminimumberechnung mit (allfälliger) Überschussverteilung (auch zweistufige Methode genannt) jedenfalls dann zulässige Ergebnisse gestatte, wenn die Ehegatten – gegebenenfalls trotz guter finanzieller Verhältnisse – nichts angespart haben oder aber die bisherige Sparquote durch die trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht wird. Der Unterhaltsschuldner, der eine Sparquote behauptet, trägt hierfür die Behauptungs- und Beweislast. Diesbezüglich trifft ihn eine Mitwirkungspflicht, aufgrund derer die Sparquote behauptet, beziffert und soweit möglich belegt werden muss. Es handelt sich dabei um einen klaren Rechtsgrundsatz, dessen Missachtung Willkür in der Rechtsanwendung darstellt. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass es weder vom Ermessen des Sachrichters noch von Billigkeitsgesichtspunkten abhängt, ob eine Sparquote zu berücksichtigen ist oder nicht (vgl. BGE 140 III 485 E. 3.3, 137 III 102 E. 4.2.1.1 [= Pra 2012 Nr. 27]; Urteil des Bundesgerichts 5A_34/2015 vom 29. Juni 2015 E. 3).

3.4 Die Ehe der Parteien ist offenkundig als lebensprägend zu betrachten. Aufgrund der unbestrittenen Erwägungen der Vorinstanz ist sodann darauf abzustellen, dass im massgebenden Zeitpunkt der Trennung das Nettoeinkommen des Klägers CHF 11'850.00 (inkl. Kinderzulagen) betrug (vgl. act. 76 E. 6.10). Mithin lebten die Parteien in guten wirtschaftlichen Verhältnissen, bei welchen der jeweilige Bedarf grund-

sätzlich konkret, d.h. anhand der tatsächlich getätigten Ausgaben, zu ermitteln ist. Wie eben dargelegt, kann unter Umständen aber auch in diesem Einkommensbereich die Methode des erweiterten Existenzminimums mit Überschussverteilung zu einer adäquaten Konkretisierung des zuletzt gemeinsam gelebten Standards führen (vgl. BGE 140 III 485 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_495/2013 E. 3.3). Im vorliegenden Fall war die Berechnungsmethode im erstinstanzlichen Verfahren allerdings nicht streitig. Vielmehr rechneten beide Parteien nach der einstufig-konkreten Methode, weshalb sich die Frage stellt, ob die Vorinstanz die Berechnungsmethode unabhängig von den übereinstimmenden Vorbringen der Parteien frei wählen konnte.

3.4.1 Die Frage, nach welchen Kriterien der nacheheliche Unterhalt zu berechnen ist, ist eine Rechtsfrage (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 3). Gemäss Art. 57 ZPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. An die Darlegungen der nach Meinung der Parteien anzuwendenden Rechtssätze ist das Gericht selbst dann nicht gebunden, wenn die Rechtsauffassung beider Parteien übereinstimmen. Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung bildet das vom Anspruchskläger behauptete Tatsachenfundament (vgl. Glasl, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, Art. 57 ZPO N 4 ff.).

3.4.2 Für den nachehelichen Unterhalt gelten die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime (Art. 277 ZPO). Unter deren Herrschaft ist es Sache der Parteien, die geltend gemachten Ansprüche zu benennen sowie den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen; dem Gericht obliegt, die zutreffenden Rechtssätze auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen (Urteil des Bundesgerichts 5A_440/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 3.2). Wird eine prozessrelevante Tatsache im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes nicht dargelegt bzw. behauptet oder zwar behauptet, aber nicht mit Beweismitteln erhärtet, so darf sie vom Gericht bei der Entscheidfindung nicht berücksichtigt werden. Für welche Partei sich dieser Umstand nachteilig auswirkt, regelt allerdings nicht das Zivilprozessrecht, sondern das materielle Privatrecht. Massgeblich sind die Regeln über die Beweislast (vgl. Sutter-Somm / von Arx, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 55 ZPO N 12 ff.; Glasl, a.a.O., Art. 55 ZPO N 3 ff.).

3.4.3 Nach der Grundregel von Art. 8 ZGB hat derjenige Ehegatte, der einen Unterhaltsanspruch geltend macht, zu beweisen, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, mithin dass es ihm nicht möglich bzw. unzumutbar ist, selbst für den ihm gebührenden Unterhalt zu sorgen, und dem anderen Ehegatten die Leistung des verlangten Unterhalts möglich ist. Dem Unterhaltsberechtigten obliegt insbesondere auch der Nachweis der bisherigen Lebenshaltung (vgl.Gloor/Sypcher, Basler Kom-

mentar, 5. A. 2014, Art. 125 ZPO N 43; Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A. 2010, Rz 05.173 m.w.H.).

Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der einstufig-konkreten Methode und der Methode der Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung: Während bei der einstufig-konkreten Methode der Unterhaltsgläubiger im Einzelnen nachweisen muss, was zu dem in der Ehe zuletzt gemeinsam gelebten Standard (zuzüglich scheidungsbedingter Mehrkosten) gehört(e), wird bei der zweistufigen Methode die Überschussverteilung «schematisch» vorgenommen. Dieses schematische Vorgehen hat zur Folge, dass der Unterhaltsgläubiger im Bereich jener Kosten, die er aus dem Überschuss wird decken können, keinen Nachweis erbringen (oder auch nur glaubhaft machen) muss, dass diese Kosten tatsächlich anfielen bzw. anfallen. Dass die entsprechenden Kosten für die Beibehaltung der bisherigen Lebenshaltung erforderlich sind, wird hier vielmehr aus dem Umkehrschluss abgeleitet, dass alles, was nicht Sparquote ist, dem Unterhalt dient(e). Eine Sparquote wiederum wird nur berücksichtigt, wenn derjenige, der sie behauptet, sie auch nachweist (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 02.65d; Hausheer, Scheidungsunterhalt: Berechnungs- und Bemessungsmethoden, ZSR 2012, Band I, S. 3 ff., 15 ff.). Demzufolge hängt die Wahl der Berechnungsmethode (und damit meist auch die Höhe des nachehelichen Unterhalts) entscheidend davon ab, was die Parteien vorbringen und letztlich – je nach Verteilung der Beweislast – auch nachweisen können. Das Gericht kann daher die Methode nicht nach Belieben wählen.

3.4.4 Im vorliegenden Fall haben beide Parteien den nachehelichen Unterhalt der Beklagten übereinstimmend nach der einstufig-konkreten Methode berechnet und ihre Behauptungen sowie die dazu angebotenen Beweise auf diese Methode beschränkt. Unter diesen Umständen erscheint es als willkürlich, nach blossem Ermessen auf die zweistufige Methode abzustellen. Die Vorinstanz hat damit nicht nur die Verhandlungsmaxime und Art. 8 ZGB, sondern auch den Anspruch der Parteien auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt (vgl. zum Ganzen auch Gabathuler, Unterhalt nach Scheidung: Rechtsgleichheit nicht verletzen, plädoyer 1/2012, S. 34 ff., 36 f.). Ergänzend bleibt Folgendes festzuhalten:

Im erstinstanzlichen Verfahren wurde eine Sparquote weder vom Kläger noch von der Beklagten behauptet. Dazu hatte der Kläger allerdings auch keinen Anlass, nachdem er im ganzen vorinstanzlichen Verfahren nach der einfach-konkreten Methode rechnete und die Beklagte sich dieser Berechnungsweise nicht widersetzte. Die Vorinstanz nahm allerdings an, dass die Parteien keine Ersparnisse gebildet hätten, wobei sie sich auf ihre Ausführungen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung stützte. Damit erkannte sie im Ergebnis auf eine Rechtsfolge, ohne dass die dafür notwendigen Tatsachen in den Prozess eingeführt worden wären. Das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung kann zwar ein Indiz für oder gegen eine Sparquote sein. Im vorliegenden Fall ist mangels entsprechender Behauptungen jedoch

nicht erstellt, wofür die Parteien ihre Mittel verwendet haben und ob tatsächlich das gesamte Einkommen der Ehegatten zur Bestreitung ihrer Lebenshaltung diente. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Existenzminimumberechnung mit Überschussbeteiligung die Ermittlung des zuletzt gelebten Standards verfälscht und der unterhaltsberechtigte Ehegatte wegen der günstigen Einkommensverhältnisse mehr erhält, als für die Weiterführung der bisherigen Lebenshaltung erforderlich ist. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die Beklagte an der Parteibefragung selber erklärte, die Parteien hätten immer sehr einfach gelebt (act. 45 Ziff. 24; vgl. dazu auch die Urteile des Bundesgerichts 5A_409/2015 vom 13. August 2015 E. 3.2 f. und 5A_384/2008 vom 21. Oktober 2008 E. 4.2.1). Auf der anderen Seite bringt der Kläger zu Recht vor, dass er angesichts der von der Beklagten anerkannten einstufigen Berechnungsmethode im erstinstanzlichen Verfahren keinen Anlass hatte, sich zu seinem eigenen Bedarf zu äussern. Bei Anwendung der zweistufigen Methode wäre das dem Kläger zustehende familienrechtliche Existenzminimum (samt trennungsbedingter Mehrkosten) hingegen sehr wohl zu berücksichtigen gewesen, da sich dessen Höhe unmittelbar auf den zu leistenden Unterhaltsbeitrag auswirkt. Dementsprechend hätte das Kantonsgericht dem Kläger jedenfalls Gelegenheit geben müssen, seinen Bedarf zu behaupten und nötigenfalls zu belegen, nachdem es diesen Bedarf – entgegen der übereinstimmenden Auffassung der Parteien – als relevant erachtete. Dies hat die Vorinstanz nicht getan und sie hat auch nicht dargelegt, dass und allenfalls aus welchen Gründen die gebotene, von den Parteien übereinstimmend angewandte einstufig-konkrete Methode zu unzulässigen oder gar stossenden Ergebnissen führen würde. Mithin besteht auch unter diesem Aspekt kein Grund, den nachehelichen Unterhalt der Beklagten nach der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung zu berechnen.

3.5 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass entgegen den Erwägungen der Vorinstanz die nacheheliche Unterhaltsberechnung vorliegend nicht zweistufig, sondern anhand der einfach-konkreten Methode vorzunehmen ist [...].

Urteil des Obergerichts, I. Zivilabteilung, 2. Februar 2016 (Z1 2014 30)

III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. Nachlassverfahren

1.1 Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG, Übergangsrecht

Regeste:
Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG, Übergangsrecht – Ob das alte Recht mit Mehrwertsteuerprivileg oder das neue Recht ohne Mehrwertsteuerprivileg anwendbar ist, hängt davon ab, wann das Gesuch um Nachlassstundung eingereicht wurde. Der Zeitpunkt der Kollokation ist nicht massgebend.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 219 SchKG regelt die Rangordnung der Gläubiger im Konkurs. Die Bestimmung ist über Art. 321 Abs. 2 SchKG auch im Nachlassverfahren anwendbar, in dem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zustande kommt. In seiner früheren Fassung enthielt Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse SchKG einen Buchstaben e, wonach zur zweiten Klasse auch die «Steuerforderungen aus dem Mehrwertsteuergesetz vom 12. Juni 2009 mit Ausnahme der Forderungen aus Leistungen, die von Gesetzes wegen oder aufgrund behördlicher Anordnung erfolgen», gehörten. Diese Bestimmung trat mit dem Mehrwertsteuergesetz vom 12. Juni 2009 am 1. Januar 2010 in Kraft (AS 2009 5255 und 5257). Mit der Änderung des SchKG vom 21. Juni 2013 (neues Sanierungsrecht), in Kraft seit 1. Januar 2014, wurde die Bestimmung wieder aufgehoben (AS 2013 4113 und 4123). Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG und damit die Rangordnung mit dem Zweitklass-Privileg für Mehrwertsteuerforderungen hatte somit nur vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2013 Geltung.

3. Die Parteien streiten darüber, ob im vorliegenden Fall Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse SchKG in seiner neuen Fassung ohne Mehrwertsteuerprivileg (Version der Klägerinnen) oder in seiner früheren Fassung mit Mehrwertsteuerprivileg (Version der Beklagten) anwendbar ist. Einig sind sie sich darin, dass die fraglichen Mehrwertsteuerforderungen zu einem Zeitpunkt entstanden, als noch die frühere Fassung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse SchKG in Kraft war. Unumstritten ist zudem, dass auch das Gesuch um Nachlassstundung und die Genehmigung des Nachlassvertrags noch unter Geltung der alten Privilegienordnung erfolgten, während der Kollokationsplan erst nach dem Inkrafttreten der neuen Privilegienordnung aufgelegt wurde (vgl. auch act. 1/2 und act. 1/11). Nach Darstellung der Klägerinnen sind alle Mehrwertsteuerforderungen, die nach dem 1. Januar 2014 kolloziert werden, in die dritte Klasse zu verweisen (act. 1 Ziff. 55, 70; act. 24 Ziff. 48; act. 30 Ziff. 44). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, massgeblicher Zeitpunkt, welche Privilegienordnung zur Anwendung gelange, sei das Eröffnungsdatum des Nachlassverfahrens. Indem das vorliegende Nachlassverfahren noch unter der früheren Fassung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse SchKG eröffnet worden sei, sei die frühere Rangordnung mit Mehrwertsteuerprivileg anwendbar (act. 18 S. 9 ff.; act. 27 S. 6 ff., act. 34 S. 2 ff.). Hier zu entscheiden ist demnach die übergangsrechtliche Frage, ob der Zeitpunkt der Eröffnung des Nachlassverfahrens oder jener der Kollokation dafür massgeblich ist, ob Mehrwertsteuerforderungen nach der alten oder neuen Privilegienordnung zu kollozieren sind.

4. Die Änderung des SchKG vom 21. Juni 2013 (neues Sanierungsrecht) enthält eine Übergangsbestimmung, die auch die Frage regelt, bis zu welchem Zeitpunkt Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG noch anwendbar ist. Diese Bestimmung steht

unter der Überschrift «Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013» und hat folgenden Wortlaut (AS 2013 4122):

«Wurde das Gesuch um Nachlassstundung vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 21. Juni 2013 eingereicht, so gilt für das Nachlassverfahren das bisherige Recht.»

Demnach ist in der Frage, welche Privilegienordnung in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist, das Datum des Gesuchs um Nachlassstundung entscheidend. In Nachlassverfahren, die vor dem 1. Januar 2014 eröffnet wurden, gilt die altrechtliche Privilegienordnung, mit der Folge, dass Mehrwertsteuerforderungen in der zweiten Klasse zu kollozieren sind. Wann der Kollokationsplan aufgelegt wird, ist dabei unerheblich. In Nachlassverfahren, die nach dem 1. Januar 2014 eröffnet werden, gilt demgegenüber die neue Rangordnung, also jene ohne Mehrwertsteuerprivileg. In solchen Nachlassverfahren sind Mehrwertsteuerforderungen in der dritten Klasse zu kollozieren (Gasser, Neues Nachlassverfahren – praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, in: BlSchK 2014 S. 8 f.). Im vorliegenden Fall ist folglich, nachdem das Gesuch um Nachlassstundung vor dem 1. Januar 2014 eingereicht wurde, die frühere Rangordnung anwendbar, also jene mit Mehrwertsteuerprivileg.

5. Nach Ansicht der Klägerinnen ist die zitierte Übergangsbestimmung vorliegend nicht einschlägig. Sie berufen sich dabei auf einen in der Zeitschrift «Jusletter» vom 23. Juni 2014 publizierten Aufsatz von Jean-Daniel Schmid. Laut diesem Autor fehlt eine Übergangsbestimmung, die die zeitliche Geltung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG regeln würde. Die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013 betreffe nur «das Nachlassverfahren an und für sich». Frühere Änderungen der Privilegienordnung gemäss Art. 219 SchKG hätten jeweils eine explizite Übergangsbestimmung vorgesehen, die die Fortdauer von Privilegien über den Zeitpunkt ihrer formellen Abschaffung hinaus statuiert hätten. Da in Bezug auf das Mehrwertsteuerprivileg eine solche Übergangsbestimmung fehle, sei davon auszugehen, dass das Mehrwertsteuerprivileg unmittelbar mit seiner formellen Aufhebung per 1. Januar 2014 dahinfallen solle. Ausserdem sei die insolvenzrechtliche Privilegierung fiskalischer Interessen in der Sache verfehlt und darum möglichst rasch nicht mehr anzuwenden. Im Ergebnis müsse bei der Frage, ab wann das Mehrwertsteuerprivileg nicht mehr zur Anwendung gelange, auf einen späteren Verfahrensschritt als die Eröffnung des Nachlassverfahrens abgestellt werden. Als sachgerechter Anknüpfungspunkt dränge sich dabei das Datum der Kollokation auf. Erfolge die Kollokation erst nach dem 1. Januar 2014, sei die neue Rangordnung ohne Mehrwertsteuerprivileg anwendbar, und zwar auch dann, wenn das Insolvenzverfahren noch vor dem 1. Januar 2014 eröffnet worden sei (Schmid, Bis wann wird die Mehrwertsteuer in der Insolvenz noch bevorzugt?, in: Jusletter vom 23. Juni 2014 Rz 9 ff.). Diese Argumentation, die die Klägerinnen in ihre Rechtsschriften übernehmen, überzeugt nicht.

5.1 Nach ihrem Wortlaut regelt die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013 die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt «für das Nachlassverfahren» noch das bisherige Recht gilt. Gleichermassen knüpfen die romanischsprachigen Gesetzesfassungen an der «procédure concordataire» (RO 2013 4121) bzw. der «procedura concordataria» (RU 2013 4121) an, ohne erkennen zu lassen, dass damit nur ausgewählte Aspekte des Nachlassverfahrens gemeint wären. In sprachlich-grammatikalischer Hinsicht ist die Übergangsbestimmung demnach auf sämtliche Änderungen anwendbar, die die Gesetzesnovelle vom 21. Juni 2013 für das im elften Titel des SchKG (Art. 293–336) normierte Nachlassverfahren mit sich brachte. Zu diesen Änderungen des Nachlassverfahrens gehört auch die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG. Die Vorschrift des Art. 219 SchKG ist zwar formal im sechsten Titel «Konkursrecht» (Art. 197–220) eingeordnet, mittels der Verweisungen in Art. 321 Abs. 2 und Art. 247 Abs. 1 SchKG wird sie jedoch in den elften Titel über das Nachlassverfahren importiert. Indem die Übergangsbestimmung vom «Nachlassverfahren» spricht, erfasst sie insoweit auch die Regelung in Art. 219 SchKG. Dass die Kollokation gemäss Art. 219 SchKG Teil des Nachlassverfahrens ist und darum vom Wortlaut her in den Anwendungsbereich der Übergangsbestimmung fällt, ergibt sich zudem daraus, dass beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Kollokation gemäss Art. 219 SchKG zu den gewöhnlichen Verfahrensschritten gehört (vgl. Art. 321 SchKG). Die These, die Übergangsbestimmung zur Änderung des SchKG vom 21. Juni 2013 erfasse nicht auch die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG, lässt sich folglich bereits im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut nicht halten.

5.2 Was die systematische Interpretation angeht, ist festzuhalten, dass die zitierte Übergangsbestimmung in der Gesetzesnovelle vom 21. Juni 2013 am Ende von Ziffer I steht, unter der die einzelnen Änderungen des SchKG, darunter die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG, aufgeführt sind. Die systematische Stellung der Übergangsbestimmung spricht somit ebenfalls dafür, dass diese auch die Frage regelt, bis zu welchem Zeitpunkt die frühere Rangordnung mit Mehrwertsteuerprivileg anwendbar sein soll. Diese Interpretation entspricht auch der Überschrift der Übergangsbestimmung, die sich auf die «Änderung vom 21. Juni 2013» insgesamt und damit auch auf die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG bezieht. Folglich kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber gleichzeitig auf eine Übergangsbestimmung verzichtete, die speziell die Geltungsdauer von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG regeln würde, nicht auf eine Gesetzeslücke geschlossen werden. Frühere Revisionen des SchKG, die zu Änderungen von Art. 219 SchKG führten, sahen zwar zuweilen eine besondere Übergangsbestimmung vor, die zur Abgrenzung zwischen bisherigem und neuem Recht an der Konkurseröffnung, dem Pfändungsvollzug oder der Bewilligung der Nachlassstundung anknüpften (vgl. Art. 2 Abs. 3 der Schlussbestimmungen zur Änderung vom 16. Dezember 1994 [AS 1995 1227]; Schlussbestimmung zur Änderung vom 24. März 2000 [AS 2000 2532]; Schlussbestimmung zur Änderung vom 19. De-

zember 2003 [AS 2004 4031]; Schlussbestimmung zur Änderung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 4922]). Dies ändert indessen nichts daran, dass die hier zur Diskussion stehende Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013 generell gefasst und insoweit eben lückenlos ist.

5.3 Auch in der Entstehungsgeschichte finden sich keine Hinweise dafür, dass die erwähnte Übergangsbestimmung nicht auch die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG erfassen sollte. Wie die Materialien zeigen, war man sich im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum neuen Sanierungsrecht einig, dass das kaum eingeführte Zweitklass-Privileg für Mehrwertsteuerforderungen dem Revisionsziel, Sanierungen möglichst zu erleichtern, zuwiderläuft und deshalb umgehend wieder beseitigt werden muss. Bereits der Bundesrat sah in seinem Gesetzesentwurf vom 8. September 2010 die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG vor (BBl 2010 6509). In diesem Entwurf fand sich auch schon die allgemeine Übergangsbestimmung, die schliesslich Gesetz wurde (BBl 2010 6518), wobei der Bundesrat in seiner Botschaft nicht erläuterte, wie diese zu verstehen wäre. In den parlamentarischen Beratungen sodann liess sich Bundesrätin Sommaruga dahin vernehmen, dass das Mehrwertsteuerprivileg «schnellstmöglich» zu beseitigen sei (AB 2011 N 1818). Dies sagte sie allerdings noch in der Eintretensdebatte, um die Dringlichkeit des neuen Sanierungsrechts insgesamt zu betonen, weshalb sich aus der Äusserung keine Rückschlüsse auf Sinn und Zweck der Übergangsbestimmung ziehen lassen. Auch soweit einzelne Parlamentarier in ihren Voten das Mehrwertsteuerprivileg aufgriffen, verwiesen sie jeweils nur allgemein auf die Notwendigkeit, dieses wieder aufzuheben, ohne zur Frage des Übergangsrechts Stellung zu beziehen (vgl. die Voten von NR Schwander [AB 2011 N 1702], SR Bischof [AB 2012 S. 351], NR Vogler [AB 2013 N 597] und NR Leutenegger-Oberholzer [AB 2013 N 600]). Letztlich nahmen National- und Ständerat die Streichung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG (AB 2012 S. 353; AB 2013 N 604) wie auch die Übergangsbestimmung (AB 2011 S. 355; AB 2011 N 618) diskussionslos so an, wie der Bundesrat vorgeschlagen hatte. Die Materialien belegen demnach, dass die Abschaffung des kaum eingeführten Mehrwertsteuerprivilegs politisch unumstritten war; dass übergangsrechtlich nicht die Einreichung des Gesuchs um Nachlassstundung massgebend sein sollte, wie von Wortlaut und Systematik der Übergangsbestimmung vorgesehen, lässt sich ihnen nicht entnehmen.

5.4 Nach der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013 wird ein bereits eröffnetes Nachlassverfahren noch nach altem Recht zu Ende geführt. Die Regel dient einerseits dem geordneten Verfahrensablauf und der Prozessökonomie. Andererseits trägt sie dem Interesse der Verfahrensbeteiligten Rechnung, dass die Spielregeln nicht sozusagen während des Spiels ändern (vgl. Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2016, Art. 404 ZPO N 20). Diese Anliegen haben auch im Zusammenhang mit der Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG ihre Berechtigung. Die

Frage, welche Forderungen privilegiert sind, ist nämlich nicht erst im Rahmen der Kollokation gemäss Art. 321 SchKG, sondern bereits im Zustimmungsverfahren relevant, weil gemäss Art. 305 Abs. 2 SchKG Gläubiger mit privilegierten Forderungen nicht stimmberechtigt sind. Wäre der übergangsrechtliche Grundsatz einschlägig, wonach neue Verfahrensvorschriften sofort und uneingeschränkt anzuwenden sind (BGE 115 II 97 E. 2c; vgl. auch BGE 129 III 80 E. 1), könnte es – so im vorliegenden Fall – dazu kommen, dass der Bund im Zustimmungsverfahren noch den Status eines privilegierten Gläubigers inne und darum kein Stimmrecht hätte, ehe er in der Kollokation bloss in der dritten Klasse zugelassen würde. Der Bund als ein Gläubiger des Gemeinschuldners würde auf diese Weise seines Stimmrechts beraubt, ohne voll befriedigt zu werden. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweckgedanken von Art. 305 Abs. 2 SchKG nicht vereinbar (vgl. Hardmeier, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG, 2. A. 2010, Art. 305 SchKG N 26). Um dem Bund sein Stimmrecht zu gewähren, müsste das Zustimmungsverfahren mit neu berechnetem Quorum wiederholt werden, was wiederum gegen prozessökonomische Interessen wie auch gegen den Grundsatz der Nichtrückwirkung (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB) verstossen würde (vgl. auch Schmid, a.a.O., Fn 50 a.E.). Solche Konflikte lassen sich vermeiden, wenn ein einmal eröffnetes Nachlassverfahren bis zum Schluss der Liquidation nach bisherigem Recht abgewickelt wird. Die übergangsrechtliche Lösung, wie sie die Änderung vom 21. Juni 2013 vorsieht, ist daher sachgerecht auch in Bezug auf die Frage, bis wann Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG noch Anwendung findet. Sie stimmt im Übrigen auch mit dem vom Bundesgericht festgehaltenen Grundsatz überein, wonach die Privilegien im Nachlassverfahren so zu berücksichtigen sind, wie sie bei Eröffnung des Nachlassverfahrens bestanden haben (BGE 125 III 154 E. 3b; 76 I 282 E. 2).

5.5 Zweifelsohne zeitigt das Mehrwertsteuerprivileg negative Auswirkungen auf die Sanierungsfähigkeit eines Gemeinschuldners. Denn die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrags setzt unter anderem voraus, dass die angemeldeten privilegierten Forderungen hinreichend sichergestellt sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG bzw. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Müssen auch Mehrwertsteuerforderungen sichergestellt werden, sind die Chancen für eine erfolgreiche Sanierung entsprechend geringer. Ausserdem benachteiligt das Mehrwertsteuerprivileg Drittklassgläubiger, weil es das Vermögen des Gemeinschuldners im betreffenden Umfang abschöpft (vgl. Hunkeler, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, in: Jusletter vom 26. Oktober 2009). Der Gesetzgeber hat diese Auswirkungen erkannt und darum Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts wieder aufgehoben (E. 5.3). Dies allein genügt indessen nicht, um der gleichzeitig erlassenen Übergangsbestimmung die Anwendung zu versagen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Abweichung vom Wortlaut nur dann zulässig, wenn triftige Gründe vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (BGE 140 V 213 E. 4.1; vgl. im Zusammenhang mit Art. 219 SchKG auch BGE 127 III 470 E. 3b). Was die Systematik, die Entstehungs-

geschichte und den Zweck der Übergangsbestimmung angeht, sind – wie ausgeführt (E. 5.2–5.4) – keine solchen Gründe ersichtlich. Inwiefern ein Fiskalprivileg gerechtfertigt ist, ist im Kern eine politische Frage, die je nach Blickwinkel unterschiedlich beantwortet werden kann. Dass der Gesetzgeber die Sanierungsfähigkeit des Gemeinschuldners sowie die Interessen der Drittklassgläubiger nunmehr wieder höher gewichtet als das Interesse des Fiskus an einer Privilegierung, bedeutet nicht automatisch, dass der Wortlaut der Übergangsbestimmung nicht deren wirklichen Sinn widergäbe oder dass eine wortgetreue Auslegung zu einem stossenden Ergebnis führte, zumal das Mehrwertsteuerprivileg ebenfalls in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurde und während immerhin vier Jahren Gesetzeskraft hatte. Eine teleologische Reduktion in dem Sinn, dass die Übergangsbestimmung auf die Aufhebung von Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG nicht anzuwenden und stattdessen auf eine Übergangsregel zurückzugreifen wäre, die eine baldmögliche Anwendung des neuen Rechts erlauben würde, rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht.

6. Die Übergangsbestimmung zur Änderung des SchKG vom 21. Juni 2013 regelt demnach auch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt im Nachlassverfahren das Privileg für Mehrwertsteuerforderungen gemäss Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e aSchKG anwendbar ist. Es liegt mit anderen Worten keine Gesetzeslücke vor, die auf dem Weg des Gewohnheits- oder Richterrechts zu schliessen wäre (vgl. Art. 1 ZGB). Entscheidend ist, wann das Gesuch um Nachlassstundung eingereicht wurde; der Zeitpunkt der Kollokation hat keine Bedeutung. Nachdem im vorliegenden Fall das Gesuch um Nachlassstundung noch vor dem 1. Januar 2014 eingereicht wurde, ist Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse SchKG in seiner früheren Fassung mit Mehrwertsteuerprivileg anwendbar. Die Liquidatoren kollozierten die Mehrwertsteuerforderungen der Beklagten von CHF 23'050'258.93 und CHF 1'687'733.83 zu Recht im zweiten Rang. Die Klage ist entsprechend abzuweisen. Ob gleich zu entscheiden wäre, wenn die X. nicht im Nachlass-, sondern im Konkursverfahren liquidiert würde, kann hier im Übrigen offen bleiben.

Urteil des Kantonsgerichts Zug A2 2016 23 vom 11. Juli 2017 (noch nicht rechtskräftig)

2. Vollstreckungsrecht

2.1 Art. 106 ff. ZPO; Art. 85 SchKG

Regeste:
Art. 106 ff. ZPO; Art. 85 SchKG – Der Betriebene, der beweist, dass er die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt hat, kann gemäss Art. 85 SchKG beim Gericht des Betreibungsortes jederzeit Klage auf Aufhebung der Betreibung einreichen. Obsiegt der Betriebene in diesem Verfahren, sind die Kosten dem unterlegenen Betreibenden aufzuerlegen, wenn dieser vom Betriebenen vor Einreichung der Klage erfolglos zum Rückzug der Betreibung aufgefordert worden war und im Verfahren gemäss Art. 85 SchKG die Abweisung der Klage beantragt hat.

Aus den Erwägungen:

1. Kostenentscheide können selbständig mit Beschwerde angefochten werden (Art. 110 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 320 ZPO).

(...)

3. Die Vorinstanz hat zur Begründung des Kostenentscheides ausgeführt, der Beschwerdegegner habe die Betreibung am 8. Mai 2017 zu Recht eingeleitet, da die Schuld zu diesem Zeitpunkt noch nicht getilgt gewesen sei. Es rechtfertige sich daher, die Kosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

4. Die Prozesskosten, wozu die Gerichtskosten einschliesslich der Entscheidgebühr gehören (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 95 Abs. 2 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies gilt für alle Arten von gerichtlichen Verfahren, namentlich auch für das summarische Verfahren, in welchem die Klage auf Aufhebung der Betreibung gemäss Art. 85 SchKG behandelt wird (Art. 251 lit. c ZPO). Das Gericht kann die Kosten u.a. dann abweichend verteilen, wenn besondere Umstände vorliegen, welche eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen würden (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO).

5. Der Beschwerdeführer ist mit seiner Klage auf Aufhebung der Betreibung durchgedrungen; die Betreibung wurde aufgehoben. Entsprechend ist der Beschwerdegegner, welcher die Abweisung der Klage beantragt hatte, im Verfahren unterlegen. Er wurde damit grundsätzlich kostenpflichtig.

6. Die Aufhebung der Betreibung gemäss Art. 85 SchKG hat u.a. zur Folge, dass

diese Dritten nicht mehr bekannt gegeben werden darf (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG). Die gleiche Folge hat ein Rückzug der Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG). Auch kann die Betreibung sowohl im Falle des Rückzugs als auch im Falle der Aufhebung nicht mehr fortgesetzt werden. Mithin erübrigt sich eine Klage auf Aufhebung der Betreibung im Sinne von Art. 85 SchKG, wenn diese zuvor zurückgezogen wurde. Auf eine Klage zur Aufhebung einer bereits zurückgezogenen Betreibung wäre, mit Kostenfolge für den Kläger, nicht einzutreten. Vorliegend hat jedoch der Beschwerdegegner die Betreibung trotz vollständiger Bezahlung nicht zurückgezogen, weshalb auf die Klage einzutreten war.

Der Beschwerdegegner hat im vorinstanzlichen Verfahren, wie erwähnt, die Abweisung der Klage beantragt und war offenkundig auch nicht bereit, die Betreibung zurückzuziehen. Der Beschwerdeführer hat im Beschwerdeverfahren unwidersprochen geltend gemacht, er habe den Beschwerdegegner nach der Bezahlung der Forderung erfolglos zum Rückzug der Betreibung aufgefordert. Von der Richtigkeit dieser Darstellung ist auszugehen. Der Beschwerdeführer hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, der Beschwerdegegner sei auf sein «Gesuch auf Löschung der Betreibung» nicht eingetreten; der Beschwerdegegner hatte dies auch damals nicht bestritten, sondern ausgeführt, der Beschwerdeführer beanspruche die Amtsstelle überdurchschnittlich, schöpfe die Instanzenwege aus und begegne den Mitarbeitenden teilweise mit ungebührlichem Verhalten, sodass kein Anlass bestehe, die Betreibung zurückzuziehen. Es muss daher hier nicht näher geprüft werden, wie es sich mit Bezug auf die Kosten des Aufhebungsverfahrens verhalten würde, wenn der Beschwerdegegner im vorinstanzlichen Verfahren auf einen Antrag zum Begehren des Beschwerdegegners verzichtet oder die Klage anerkannt hätte. Immerhin ist anzumerken, dass in einem solchen Fall, und wenn dem Gläubiger vorgängig keine Gelegenheit zum Rückzug der Betreibung gegeben wurde, von unnötig verursachten Kosten gesprochen werden könnte, die unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Verursacher, in diesem Falle dem Kläger, aufzuerlegen wären (Art. 108 ZPO). Vorliegend verhält es sich anders. Der Beschwerdegegner wurde vor Einleitung des Verfahrens zum Rückzug der Betreibung aufgefordert und hat im Verfahren Antrag auf Abweisung der Klage gestellt.

7. Besondere Umstände, welche eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen und eine abweichende Kostenverteilung rechtfertigen würden, liegen mithin nicht vor. Ziff. 2 des Entscheides vom 21. September 2017 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Gerichtskosten von CHF 50.00 sind auf die Staatskasse zu nehmen, nachdem dem Kanton Zug keine Gerichtskosten auferlegt werden (§ 62 Abs. 2 GOG).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 7. November 2017

IV. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 § 14 Abs. 1 lit e und h EG BGFA i.V.m. § 14 Abs. 2 EG BGFA

Regeste:
§ 14 Abs. 1 lit e und h EG BGFA i.V.m. § 14 Abs. 2 EG BGFA – Die Tätigkeit eines Anwalts als Erbschaftsverwalter fällt weder unter das anwaltliche Berufsgeheimnis noch handelt es sich dabei um eine notarielle Dienstleistung, die unter den Schutz des diesbezüglichen Amtsgeheimnisses fällt. Auf ein Gesuch um Entbindung vom Anwalts- und Amtsgeheimnis ist daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

Aus den Erwägungen:

Gestützt darauf, dass

- RA lic. iur. A._ (nachfolgend: Gesuchsteller) mit Eingabe vom 21. Dezember 2016 bei der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte das Gesuch stellte, er sei zur Vollstreckung seiner mit rechtskräftigem Beschluss des Gemeinderats B._ vom 3. März 2015 genehmigten Honorarforderung als Erbschaftsverwalter im Nachlass C._ sel. im Betrag von CHF 29'723.15 gegenüber D._ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden,
- die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Januar 2017 zum Gesuch Stellung nahm, ohne einen Antrag zu stellen,
- der Präsident der Aufsichtskommission für die Beurteilung von Gesuchen um Entbindung vom Amts- bzw. Anwaltsgeheimnis zuständig ist (Delegationsbeschluss der Aufsichtskommission vom 15. Januar 2008),
- es Rechtsanwälten gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB untersagt ist, ein Geheimnis zu offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben,
- in Übereinstimmung damit Art. 13 BGFA festhält, dass Anwältinnen und Anwälte über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von der Klientschaft anvertraut worden ist, zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis unterstehen,
- darunter Informationen fallen, die mit der anwaltstypischen Tätigkeit im Zusammenhang stehen, wozu die Wahrung von Klienteninteressen im Rahmen einer Rechtsberatung (Beratungsmandat) oder eines Rechtskonflikts (Prozessmandat) gehören, wohingegen die nicht-anwaltsspezifischen Tätigkeiten, wie beispielsweise die Ausübung von Verwaltungsrats- und reinen Vermögensverwaltungsmandaten, nicht dazugehören (Nater/Zindel, in: Fellmann/ Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 13 BGFA N 117 ff.),
- die Erbschaftsverwaltung ein privatrechtliches Institut sui generis ist und die temporäre Über-tragung der Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte am Nach-

lass auf einen behördlich bestellten, unabhängigen Verwalter beinhaltet, während die entsprechenden Rechte der Erben sistiert sind (Karrer/Vogt/Leu, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 554 ZGB N 1 und 5),
- zwischen dem Gesuchsteller als behördlich bestelltem Erbenvertreter und der Gesuchsgegnerin als Erbin somit nicht ein Mandatsverhältnis bestanden hat und es sich bei der Aufgabe des Gesuchstellers, im Interesse der bekannten und unbekannten Erben den Nachlass aus eigenem Recht und im eigenen Namen zu erhalten, zu verwalten und zu vertreten (Karrer/ Vogt/Leu, a.a.O., Art. 554 ZGB N 5), nicht um eine anwaltsspezifische Tätigkeit handelt,
- die Tätigkeit des Gesuchstellers als Erbschaftsverwalter somit nicht unter das anwaltliche Berufsgeheimnis fällt und es sich dabei auch fraglos nicht um eine notarielle Dienstleistung handelt, die unter den Schutz des diesbezüglichen Amtsgeheimnisses fällt,
- auf das Entbindungsgesuch somit mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten ist,
- offengelassen werden kann, ob sich der Gesuchsteller beim Gemeinderat B._ als Aufsichtsbehörde über die Erbschaftsverwaltung (§ 8 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug; EG ZGB; BGS 211.1) von einem allenfalls bestehenden Amtsgeheimnis entbinden lassen muss,
- es sich beim vorliegenden Verfahren nicht um ein eigentliches Zweiparteienverfahren handelt, sondern um einen Akt der Justizverwaltung, weshalb gemäss Praxis die Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Gesuchsteller auferlegt werden (GVP 1989/90, S. 126 f.),

Präsident der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zug, 17. Januar 2017

1.2 Verordnung über die Anwaltsprüfung und die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Regeste:
Anwaltsprüfungsverordnung – Ein Kandidat, der bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend bewertet wurde, hat die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden. Das gilt auch für das Fach Beurkundungsrecht, das Teil der Anwaltsprüfung ist.

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer, der zur Anwaltsprüfung des Kantons Zug zugelassen worden war und die mündliche Wiederholungsprüfung nicht bestanden hatte, wurde von der Anwaltsprüfungskommission mit dem Hinweis, dass ein erneutes Gesuch um Zulassung zur Anwaltsprüfung erst nach Ablauf von zwei Jahren zulässig sei, abgewiesen.

Nach Erwerb eines ausserkantonalen Anwaltspatents stellte er bei der Anwaltsprüfungskommission des Kantons Zug das Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Anwaltspatent. Der Präsident der Anwaltsprüfungskommission erkannte, ein solches Gesuch könne erst nach Ablauf der zweijährigen Sperrfrist gestellt werden. Ferner hielt der Präsident der Anwaltsprüfungskommission nach einem weiteren Schriftenwechsel gegenüber dem Beschwerdeführer fest, es treffe nicht zu, dass er die Beurkundungsprüfung im Rahmen der Anwaltsprüfung bestanden habe. Der Beschwerdeführer erhob dagegen Beschwerde und beantragte im Hauptstandpunkt, es sei ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen. Eventualiter sei ihm die Wiederholung der schriftlichen Beurkundungsprüfung zu erlassen, das Resultat des schriftlichen Prüfungsteils Beurkundungsrecht für den Fähigkeitsausweis anzuerkennen und ihn direkt zur mündlichen Beurkundungsprüfung zuzulassen. Subeventualiter sei er unverzüglich ohne Berücksichtigung einer Sperrfrist zur Beurkundungsprüfung zuzulassen. Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Zur Begründung seines Hauptantrags, wonach ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen sei, wiederholt der Beschwerdeführer den im Schreiben vom 2. Oktober 2016 vertretenen Standpunkt, wonach gemäss der Anwaltsprüfungskommission die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent im Sinne von §§ 12 ff. APV Teil der Anwaltsprüfung im Sinne von §§ 1 ff. APV sei, weshalb sämtliche Verfügungen der Anwaltsprüfungskommission im Rahmen der von ihm im Kanton Zug absolvierten Anwaltsprüfung auch mit Bezug auf die Erteilung des Fähigkeitsausweises zur öffentlichen Beurkundung nach §§ 12 ff. APV gelten würden. Da die Anwaltsprüfungskommission mit Verfügungen vom 22. September 2014 und vom 16. März 2015 seine schriftliche Arbeit und seine mündliche Prüfung im Fach Beurkundungsrecht je mit «gut» bewertet habe, habe er die Beurkundungsprüfung bestanden.

2.1 Die Anwaltsprüfung des Kantons Zug gliedert sich in einen schriftlichen und einen mündlichen Teil (§ 2 APV). Die schriftliche Prüfung besteht zum einen aus der Bearbeitung von zwei Fällen, die sich auf Zivilrecht und Zivilprozessrecht inkl. Gerichtsorganisation, Strafrecht und Strafprozessrecht inkl. Gerichtsorganisation oder Staats- und Verwaltungsrecht inkl. Verwaltungsrechtspflege erstrecken. Zum andern ist im Fach Beurkundungsrecht eine öffentliche Urkunde zu erstellen (§ 3 Abs. 1 und 2 APV). In der mündlichen Prüfung werden folgende Gebiete des Bundes- und des zugerischen Rechts geprüft: Zivil- und Zivilprozessrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Staats- und Verwaltungsrecht, Beurkundungsrecht und Anwaltsrecht (§ 5 Abs. 2 APV). Die Anwaltsprüfung gilt nur als bestanden, wenn in der schriftlichen Prüfung alle drei Arbeiten und in der mündlichen Prüfung alle sechs Gebiete mit mindestens genügend bewertet werden (§ 4

Abs. 2 und § 6 Abs. 2 APV). Wird die Leistung eines Kandidaten bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend qualifiziert, wird der Kandidat abgewiesen, womit die Zulassung zur Anwaltsprüfung erlischt. Ein erneutes Gesuch um Zulassung ist erst nach Ablauf von zwei Jahren zulässig. Diesfalls können die schriftliche und die mündliche Prüfung je einmal wiederholt werden. Eine erneute Abweisung bei der schriftlichen oder mündlichen Prüfung ist endgültig (§ 6 Abs. 4 APV).

2.2 Daraus erhellt, dass ein Kandidat, der bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend bewertet wurde, die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden hat. Das gilt auch für das Fach Beurkundungsrecht, das Teil der Anwaltsprüfung ist. Will ein solcher Kandidat das Anwaltspatent erwerben, muss er nach einer zweijährigen Sperrfrist die gesamte Prüfung wiederholen, unabhängig davon, welche Fächer er in der Anwaltsprüfung bestanden hat, die er vor der Sperrfrist absolvierte. Es ist also mit Blick auf eine nach der Sperrfrist zu absolvierende Prüfung irrelevant, in welchen schriftlichen Arbeiten oder Gebieten der mündlichen Prüfung ein Kandidat in einer letztendlich nicht bestandenen Prüfung ausreichende Leistungen erbracht hat.

2.3 In der mündlichen Wiederholungsprüfung vom 19. Mai 2015 bewertete die Anwaltsprüfungskommission die Leistungen des Beschwerdeführers in den Gebieten Zivilrecht I und II je mit ungenügend. Der Beschwerdeführer hat damit die ganze Anwaltsprüfung nicht bestanden. Das trifft auch auf das Fach Beurkundungsrecht zu, das Teil der Anwaltsprüfung ist. Demgemäss kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass seine Leistungen im Fach Beurkundungsrecht im schriftlichen und im mündlichen Teil je als gut qualifiziert wurden, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Keine Rolle spielt ferner, in welchen Gebieten der mündlichen Anwaltsprüfung die Leistungen des Beschwerdeführers mit ungenügend bewertet wurden. Selbst wenn der Beschwerdeführer in den Fächern Zivilrecht I und II ausreichende Leistungen erbracht hätte und in anderen Fächern gescheitert wäre, bestünde kein Anspruch auf Erteilung des Fähigkeitsausweises für das Beurkundungsrecht, da er auch in diesem Fall die gesamte Anwaltsprüfung inklusive des Fachs Beurkundungsrecht nicht bestanden hätte. Wie erwähnt, haben genügende Leistungen in Teilen der schriftlichen oder mündlichen Prüfung keinerlei Relevanz, wenn die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden wird. Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um eine Wiederholung der ganzen Anwaltsprüfung handelt oder um die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit einem – inzwischen erworbenen – ausserkantonalen Anwaltspatent nach §§ 12 ff. APV. Demgemäss kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf berufen, er habe aufgrund der ausreichenden Resultate im Fach Beurkundungsrecht in der von ihm letztlich nicht bestandenen Anwaltsprüfung nach dem Erwerb des [ausserkantonalen] Anwaltspatents Anspruch auf Erlass der gesamten Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent oder auf Erlass des schriftlichen Teils dieser Prüfung. Somit besteht auch kein Grund, dem

Verfahrensantrag auf Beizug der Tonbandaufnahmen und Prüfungsfragen der mündlichen Prüfung in den Fächern Zivilrecht I, Zivilrecht II sowie Beurkundungs- und Anwaltsrecht stattzugeben.

2.4 Nach dem Gesagten erweisen sich die Anträge des Beschwerdeführers, es sei ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen, eventualiter sei ihm die Wiederholung der schriftlichen Beurkundungsprüfung zu erlassen, als unbegründet und sind abzuweisen.

3. Zur Begründung seines Subeventualantrags, wonach er unverzüglich und ohne Berücksichtigung einer Sperrfrist zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV zuzulassen sei, macht der Beschwerdeführer geltend, bei der Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent und der Anwaltsprüfung handle es sich um zwei selbständige Prüfungen mit unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen und Inhalten, einem jeweils eigenständigen Prüfungsablauf und separat zu erlassenden Verfügungen und sich daraus ergebenden Rechtswirkungen auf die jeweilige absolvierte Prüfung. Bei seinem Gesuch vom 18. August 2016 handle es sich nicht um ein erneutes Gesuch um Zulassung zur Anwaltsprüfung im Sinne von § 6 Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 1 APV, sondern um ein neues und erstmaliges Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV. Weil dieses Gesuch somit in keinem Zusammenhang zur Anwaltsprüfung stehe, könne eine allfällig bestehende Sperrfrist nicht zur Anwendung kommen. Die abweisende Verfügung vom 22. Mai 2015 bzw. die darin ausgesprochene Sperrfrist betreffe nur die erneute Zulassung zur Anwaltsprüfung. Dem Wortlaut der Verfügung sei nirgends zu entnehmen, dass diese Sperrfrist auch im Hinblick auf eine allfällige Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent Wirkungen zeitigen solle.

4.1 Mit der am 12. November 2016 in Kraft getretenen Revision des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGS 163.1, EG BGFA) wurde § 6 um den Absatz 3 ergänzt. Danach kann nicht mehr zur Prüfung zugelassen werden, wer früher bereits definitiv abgewiesen worden ist, wobei – in Präzisierung der bereits bestehenden Regelung in § 4 Abs. 4 APV – festgehalten wurde, dass auch ausserkantonale Abweisungen zu berücksichtigen sind. In den Erläuterungen zur Änderung der Anwaltsprüfungsverordnung hielt das Obergericht fest, diese Regelung gelte auch für die Beurkundungsprüfung, welche im Kanton Zug Teil der Anwaltsprüfung sei. Wer bereits erfolglos versucht habe, das Anwaltspatent oder die Ermächtigung zur Beurkundung zu erlangen (sei es im Kanton Zug, in anderen Kantonen oder im Ausland), werde im Kanton Zug nicht zur Prüfung zugelassen. Daraus ist zu schliessen, dass ein Kandidat, der bei der Anwaltsprüfung im Kanton Zug definitiv abgewiesen wurde und in einem anderen Kanton das Anwaltspatent erworben hat, im Kanton Zug nicht mehr zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent zugelassen wird. Gleich muss es sich verhalten, wenn ein Kandidat bei der Wiederholung des schrift-

lichen oder mündlichen Teils der Anwaltsprüfung gescheitert ist und hernach in einem anderen Kanton das Anwaltspatent erwirbt. In diesem Fall kann der Betreffende gemäss § 4 Abs. 4 bzw. § 6 Abs. 4 APV vor Ablauf von zwei Jahren kein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent stellen. Das ergibt sich im Übrigen auch aus § 14 APV, der § 4 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 APV für die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent für sinngemäss anwendbar erklärt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers spielt dabei keine Rolle, dass in der Marginalie von § 14 APV von «Durchführung der Prüfung» die Rede ist und diese Bestimmung bloss eine sinngemässe Anwendung von § 2 sowie § 4–9 AVP vorsieht. Damit wird einzig klargestellt, dass die fraglichen Bestimmungen auf die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent soweit anwendbar sind, als dies aufgrund des unterschiedlichen Prüfungsstoffs angezeigt ist. Das trifft für die Regelungen über die Sperrfrist oder die Nichtzulassung eines endgültig abgewiesenen Kandidaten zu. Es ist denn auch durchaus angebracht, Kandidaten, die bei der schriftlichen oder mündlichen Wiederholungsprüfung gescheitert sind oder definitiv abgewiesen wurden, zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent nur unter erschwerten Bedingungen oder gar nicht mehr zuzulassen und damit anders zu behandeln als Kandidaten, die nicht erfolglos versucht haben, die Anwaltsprüfung des Kantons Zug zu bestehen. Aus diesem Grund ist auch der Vorwurf des Beschwerdeführers verfehlt, mit der ihm auferlegten zweijährigen Sperrfrist sei das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden.

4.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, dem Wortlaut des Schreibens des Vizepräsidenten der Anwaltsprüfungskommission vom 22. Mai 2015 sei nicht zu entnehmen, dass die Sperrfrist auch für eine Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent gelte, vermag er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Diese Frage stellte sich damals nicht, da der Beschwerdeführer die Wiederholungsprüfung nicht bestanden hatte und über kein ausserkantonales Anwaltspatent verfügte. Nachdem der Beschwerdeführer am 18. August 2016 nach dem Erwerb des [ausserkantonalen] Anwaltspatents das Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung eingereicht hatte, stellte der Präsident der Anwaltsprüfungskommission mit Schreiben vom 23. August 2016 und mit Verfügung vom 22. September 2016 klar, dass der Beschwerdeführer infolge der zweijährigen Sperrfrist erst ab dem 22. Mai 2017 ein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV werde stellen können.

5. An der Sache vorbei zielt schliesslich die Rüge, der Präsident der Anwaltsprüfungskommission habe mit dem Entscheid vom 20. September 2016, wonach der Beschwerdeführer erst ab dem 22. Mai 2017 ein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung stellen könne, eine Ermessensüberschreitung sowie eine Rechtverweigerung und -verzögerung begangen. In der fraglichen Verfügung hat der Präsident der Anwaltsprüfungskommission dem Beschwerdeführer beschieden, dass er

die Voraussetzungen für die Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent infolge der bis zum 22. Mai 2017 andauernden Sperrfrist derzeit nicht erfülle. Er hat damit das Gesuch zurzeit abgewiesen. Der Präsident der Anwaltsprüfungskommission hat somit in der Sache entschieden. Es liegt damit weder eine Rechtsverweigerung noch eine Rechtsverzögerung vor. Zudem ist der Entscheid auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer, der aufgrund der gescheiterten Wiederholungsprüfung mit einer Sperrfrist bis zum 22. Mai 2017 belegt ist, erfüllt die Voraussetzungen für die Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent nicht. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern der Präsident der Anwaltsprüfungskommission mit seinem Entscheid, das Gesuch einstweilen abzuweisen, eine Ermessensüberschreitung begangen haben soll.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 11. Januar 2017

2. Strafprozessordnung

2.1 Art. 382 Abs. 1 StPO

Regeste:
Art. 382 Abs. 1 StPO; Beschwerdelegitimation des Anzeigeerstatters – Macht der Anzeigeerstatter mittels Beschwerde eine formelle Rechtsverweigerung geltend, ergibt sich seine Beschwerdelegitimation allein aus seiner Berechtigung gemäss Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO, am Verfahren teilzunehmen, und nicht aus der Sache.

Aus den Erwägungen:

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt (...), es sei auf die Beschwerde mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht einzutreten, da er durch die angezeigten Straftaten in seinen Rechten nicht unmittelbar verletzt sei und daher nicht als geschädigte Person gelte; mit Ausnahme der Fristbestimmungen würden für Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung die gleichen formellen Anforderungen gelten wie für die übrigen Beschwerden.

Der Beschwerdeführer hat Strafanzeigen eingereicht; er ist damit Verfahrensbeteiligter (Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO). Ob er sich als Privatkläger konstituieren könnte bzw. ob er durch die angezeigten Straftaten in seinen Rechten unmittelbar verletzt wurde (Art. 115 Abs. 1 StPO), kann hier offen bleiben. Der Beschwerdeführer ist nämlich berechtigt, ungeachtet seiner Legitimation in der Sache eine Verletzung seiner Parteirechte zu rügen, die ihm nach der Strafprozessordnung, der Bundesverfassung oder der EMRK zustehen und deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft. Zulässig sind Rügen, die formeller Natur sind und von der

Prüfung der Sache getrennt werden können (Urteil des Bundesgerichts 1B_10/2012 vom 29. März 2012 E. 1.2.1 mit Hinweis auf BGE 136 IV 41 E. 1.4). Das erforderliche rechtlich geschützte Interesse ergibt sich in diesem Fall nicht aus einer Berechtigung in der Sache, sondern aus der Berechtigung, am Verfahren teilzunehmen. Der Beschwerdeführer macht eine formelle Rechtsverweigerung geltend, indem er der Staatsanwaltschaft vorwirft, sie nehme die ihr obliegenden hoheitlichen Verfahrenshandlungen nicht vor. Ob dies der Fall ist, kann geprüft werden, ohne materiell auf die Sache einzugehen. Mit den «formellen Anforderungen», die gemäss der von der Staatsanwaltschaft zitierten Literaturstelle (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. A. 2014, Art. 396 StPO N 10) auch für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erfüllt sein müssen, kann angesichts der erwähnten Rechtsprechung jedenfalls nicht die Legitimation des Beschwerdeführers gemeint sein, soweit er die Missachtung seiner Parteirechte rügt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

Obergericht, I. Beschwerdeabteilung, 18. August 2017

3. Strafrechtspflege

3.1 Art. 132 StPO

Regeste:
Art. 132 StPO – Amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren

Aus dem Sachverhalt:

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug führt eine Strafuntersuchung gegen die Beschwerdeführerin wegen gewerbsmässigen Betrugs, gewerbsmässigen Wuchers, ungetreuer Geschäftsbesorgung, schwerer Geldwäscherei und Verstosses gegen Art. 44 FINMAG im Zusammenhang mit dem Verkauf von privat gehaltenen Aktien der Firma Y und in ihrer Funktion als vormalige Präsidentin des Verwaltungsrates dieser Gesellschaft.

Am 15. Mai 2017 ersuchte Rechtsanwalt A als amtlicher Verteidiger der Beschwerdeführerin um Einsicht in die Einvernahmeprotokolle der bisher befragten Telefonverkäufer. Die Staatsanwaltschaft teilte Rechtsanwalt A mit, dass er ab Anfang Juli 2017 Einsicht in die Telefonprotokolle erhalte, sobald die vorgeladenen Telefonverkäufer einvernommen worden seien. Rechtsanwalt A bat daraufhin um eine «anfechtbare Verfügung betreffend die Abweisung bzw. die zeitliche Beschränkung des Akteneinsichtsgesuchs».

Gegen die daraufhin erlassene, gleichlautende Verfügung der Staatsanwaltschaft liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. Mai 2017 Beschwerde bei der I.

Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug einreichen und machte geltend, es sei ihr umgehend Akteneinsicht zu gewähren.

Aus den Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft gewährte der Beschwerdeführerin erst ab 1. Juli 2017 Akteneinsicht. Diese Frist ist in der Zwischenzeit abgelaufen, womit der Beschwerdeführerin ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht zusteht. Damit ist die vorliegende Beschwerde gegenstandslos geworden.

Zu befinden bleibt über die Kosten des Beschwerdeverfahrens und über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers der Beschwerdeführerin für dieses Verfahren.

(Kosten)

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt, es sei dem amtlichen Verteidiger der Beschwerdeführerin keine Entschädigung für die amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren vor Obergericht auszurichten. Die vorliegende Beschwerde sei nicht notwendig, um die Rechte der beschuldigten Person zu wahren. Sodann sei die Beschwerde auch nicht geeignet, um die angebliche Rechtsverletzung zu beseitigen, werde doch ein Entscheid des Obergerichts kaum vor dem 1. Juli 2016 [recte: 2017] vorliegen (vgl. act. 3 S. 3).

4.1 Die Beschwerdeführerin geht entsprechend der bisherigen Praxis der II. Beschwerdeabteilung davon aus, dass die im Untersuchungsverfahren angeordnete amtliche Verteidigung ohne Weiteres auch für das Beschwerdeverfahren gültig ist und der amtliche Verteidiger unabhängig vom Ausgang des Verfahrens für seine notwendigen und angemessenen Bemühungen entschädigt wird. Die Staatsanwaltschaft beantragt indessen, es sei der amtlichen Verteidigung keine Entschädigung auszurichten. Das vorliegende Verfahren bietet demnach Anlass, die bisherige, soweit ersichtlich noch nie einlässlich begründete Praxis zu überprüfen. Konkret ist die Frage zu beantworten, ob eine im Vorverfahren (oder im erstinstanzlichen Hauptverfahren oder im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht) angeordnete amtliche Verteidigung ohne Weiteres auch im Beschwerdeverfahren gilt, oder ob sie für das Beschwerdeverfahren neu beantragt und bewilligt werden muss.

4.2 Im Kanton Zürich wird die amtliche Verteidigung auch für das Beschwerdeverfahren als gültig angenommen, wenn sie zuvor, in der Regel von der Staatsanwaltschaft, angeordnet wurde (Beschlüsse des Obergerichts Zürich UH140209 vom 20. Januar 2015 E. 2 und UB1101126 vom 29. November 2011 E. 2). Gegenteiliger Auffassung ist das Bundesstrafgericht; eine im Strafverfahren bereits erteilte amtliche Verteidigung müsse für das Beschwerdeverfahren separat beantragt und erteilt werden (Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2015.119 vom 25. Novem-

ber 2015 E. 3.1 m.H.). Gleicher Meinung scheint auch das Bundesgericht zu sein, bezeichnet es doch in BGE 137 IV 2015 E. 2.3 das Zwangsmassnahmengericht als zuständig zur Bestellung einer amtlichen Verteidigung. Im Urteil 1B_705/2011 vom 9. Mai 2012 führt es in E. 2.3.2 aus, die (kantonale) Beschwerdeinstanz sei in dem vor ihr geführten Beschwerdeverfahren (betreffend Haftverlängerung) zuständig für die Anordnung und Bestellung einer amtlichen Verteidigung; dies gelte auch, wenn die Staatsanwaltschaft in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 133 StPO bereits einen amtlichen Verteidiger bestellt habe. Etwas abweichend wird im Urteil 1B_732/2011 vom 19. Januar 2012 E. 7.2 ausgeführt, an der bisherigen Lehre und Praxis, wonach die unentgeltliche Rechtspflege bei Haftbeschwerden und anderen strafprozessualen Nebenverfahren von der Nichtaussichtslosigkeit des konkret verfolgten Prozessziels abhängig gemacht werden könne, sei auch nach Inkrafttreten der StPO grundsätzlich festzuhalten; auch Art. 29 Abs. 2 BV garantiere einen unentgeltlichen Rechtspflegeanspruch nur bei nicht zum vorneherein aussichtslosen Rechtsmitteln. Die Vorinstanz hatte argumentiert, eine Offizialverteidigung sei im StPO-Beschwerdeverfahren nur zu bewilligen, wenn das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheine, wobei Aussichtslosigkeit bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte des Beschwerdeführers nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen sei; daran ändere nichts, dass im Hauptverfahren die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung erfüllt seien. Im Urteil 1B_332/2012 vom 15. August 2012 E. 2.4 hat das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offen gelassen, ob sich eine allfällige notwendige Verteidigung auch auf Nebenverfahren wie das Rechtsmittelverfahren gegen einen Beschlagnahmeentscheid erstrecke, weil eben kein Fall einer notwendigen Verteidigung vorliege.

4.3 In der Literatur vertritt Schmid (in: Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2009, Art. 130 StPO N 2) die Auffassung, im Falle einer notwendigen Verteidigung gelte diese bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens einschliesslich Nebenverfahren wie Haftrekurs und Ähnliches. Ruckstuhl (in: Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 130 StPO N 10) führt unter Berufung auf die zitierten Bundesgerichtsentscheide sowie auf die Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (BBl 2006 1180) und auf Oberholzer (Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A. 2012 N 440) aus, dies wäre zwar wünschenswert, ergebe sich aber in dieser Absolutheit und Klarheit weder aus der Gesetzestext noch aus der Botschaft. Ergreife eine beschuldigte Person in einem Nebenverfahren ein Rechtsmittel, so könne eine amtliche Verteidigung beantragt werden, wobei die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln für die unentgeltliche Verteidigung im Rechtsmittelverfahren (Bedürftigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit der gestellten Begehren) zur Anwendung kommen würden. Würden Nebenverfahren nicht von der beschuldigten Person initiiert, so müsse die notwendige Verteidigung aus Gründen der Waffengleichheit auch die Vertretung des Beschuldigten in diesen umfassen. Lieber (in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2.A. 2014, Art. 130 StPO N 26 f.) meint, das Gesetz äussere

sich nicht zur Frage, ob ein von der Notwendigkeit der Verteidigung beherrschtes Strafverfahren auch Neben- und Nachverfahren umfasse. Gehe man vom Grundgedanken der notwendigen Verteidigung aus, so verdiene die Auffassung Zustimmung, wonach von der Notwendigkeit einer Verteidigung stets auch die Nebenverfahren erfasst seien. In der Kommentierung zu Art. 388 StPO führt Lieber (a.a.O., Art. 388 StPO N 6) sodann aus, die Voraussetzungen einer amtlichen Verteidigung würden in aller Regel schon im Vorverfahren gegeben sein, womit die Bestellung auch für das Rechtsmittelverfahren gelte. Ziegler/Keller (in: Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 388 StPO N 3) sind schliesslich der Auffassung, eine amtliche Verteidigung müsse «in zweiter Instanz» nicht neu bestellt werden, sofern sie bereits erstinstanzlich bestanden habe. Ob sich dies nur auf Berufungs- oder auch auf Beschwerdeverfahren bezieht, wird nicht klar gesagt.

5.1 Die Auffassung, die im Fall der Notwendigkeit einer Verteidigung im Untersuchungsverfahren (oder auch im erstinstanzlichen Hauptverfahren oder im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht) gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO angeordnete Verteidigung (Offizialverteidigung) erstrecke sich bis zu ihrem Widerruf (vgl. Art. 134 Abs. 1 StPO) auch auf Nebenverfahren und namentlich auf das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden, ist überzeugend. Ob beim Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 130 lit. a bis lit. e StPO eine Verteidigung angeordnet wird, hängt nämlich nicht vom Willen der beschuldigten Person ab. Es besteht vielmehr ein Verteidigungszwang. Der Grund hierfür liegt im öffentlichen Interesse, dass Urteile in einem justizförmigen Verfahren zustande kommen, was wiederum der Wahrheitsfindung dient; jedenfalls in Verfahren von gewisser Bedeutung setzt dies voraus, dass die beschuldigte Person sachkundig verteidigt wird. Anderseits hat der Staat auch eine Fürsorgepflicht gegenüber beschuldigten Personen, die nicht imstande sind, sich selbst zu verteidigen (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 130 StPO N 1; Lieber, a.a.O., Art. 130 StPO N 27, je m.H.). Eine zweckmässige Verteidigung als Element der Sicherstellung eines justizförmigen Verfahrens schliesst die Überprüfung der Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden auf ihre Rechtmässigkeit und Angemessenheit ein, was indessen nur Sinn ergibt, wenn diese, soweit gesetzlich zulässig, mit Rechtsmitteln angefochten werden können. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei gegebenen Voraussetzungen bzw. wenn eine Offizialverteidigung bereits angeordnet wurde, für das Beschwerdeverfahren eine separate Anordnung erfolgen sollte. Eine erneute Anordnung wäre regelmässig eine blosse Formalität und überspitzt formalistisch und überdies mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheide verbunden, wenn die Beschwerdeinstanz die Notwendigkeit einer Verteidigung ebenfalls nur gestützt auf Art. 130 StPO prüfen würde. Würde demgegenüber die Notwendigkeit einer Verteidigung zusätzlich davon abhängig gemacht, ob das Rechtsmittel zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten notwendig und nicht aussichtslos ist, würde einerseits in übermässiger Weise in die Freiheit der Verteidigung eingegriffen, ihr Mandat unabhängig und eigenverantwortlich auszuüben (vgl.

Art. 12 lit. b BGFA); eine wirksame Verteidigung wäre nicht mehr gewährleistet. Anderseits gibt es keine gesetzliche Regelung, wonach die Offizialverteidigung von anderen als den in Art. 130 i.V.m. Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO genannten Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Somit ist der bereits eingesetzte Offizialverteidiger ohne Weiteres legitimiert, die beschuldigte Person im Beschwerdeverfahren zu vertreten. Für seine Bemühungen ist er gestützt auf Art 135 Abs. 1 StPO zu entschädigen. Neu anzuordnen wäre eine amtliche Verteidigung im Sinne einer Offizialverteidigung im Beschwerdeverfahren nur, wenn sie zuvor, etwa im Rahmen einer Einstellungsverfügung, aufgehoben wurde und die Voraussetzungen auch für das Beschwerdeverfahren weiterhin gegeben wären. Der Vollständigkeit halber anzufügen bleibt, dass stets nur die notwendigen und angemessenen Bemühungen des Offizialverteidigers zu entschädigen sind (BGE 141 I 124 E. 3.). Ferner bleibt festzuhalten, dass die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche als Auslagen grundsätzlich Teil der Verfahrenskosten sind (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO), nicht zu den Kosten der Hauptsache geschlagen werden dürfen, sondern gesondert festgesetzt werden müssen. Die beschuldigte Person kann nämlich durchaus im Beschwerdeverfahren obsiegen und in der Sache dennoch verurteilt und damit kostenpflichtig werden (oder umgekehrt). Würde alsdann bezüglich der Kostenpflicht (und damit zwangsläufig auch bezüglich der Pflicht zur Tragung der Verteidigungskosten) nur auf den Ausgang des Strafverfahrens abgestellt, so hätte dies eine ungesetzliche Kostenauflage (oder im umgekehrten Fall eine ungesetzliche Kostenbefreiung) zur Folge.

5.2 Anders verhält es sich, wenn die amtliche Verteidigung gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit b StPO angeordnet wird, weil die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (unentgeltliche Verteidigung). Eine unentgeltliche Verteidigung wird nur auf Antrag der beschuldigten Person angeordnet, wenn diese der Auffassung ist, sie sei der Sache selbst nicht gewachsen, sie aber nicht über die Mittel verfügt, einen Verteidiger zu beauftragen. Der Anspruch auf Gewährung einer amtlichen Verteidigung im Sinne einer unentgeltlichen Verteidigung beruht letztlich auf Art. 29 Abs. 3 BV, wonach jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand hat, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO setzt diese Vorgabe bzw. die Vorgabe von Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK um (Lieber, a.a.O., Art. 132 StPO N 9). Ein darüber hinausgehendes öffentliches Interesse an der Verteidigung von beschuldigten Personen, welche die Voraussetzungen von Art. 130 StPO nicht erfüllen, ist nicht ersichtlich (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 132 StPO N 19).

Bei der Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens (und auch des erstinstanzlichen Hauptverfahrens) wird die Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens nicht geprüft. Dies ist folgerichtig, weil diese Ver-

fahren unabhängig vom Willen der beschuldigten Person und unabhängig davon, ob sie Anträge stellt, eingeleitet und geführt werden. Demgegenüber hängt die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden einzig vom Willen der beschwerdeführenden Person ab; diese stellt Rechtsbegehren, deren Aussichten auf Erfolg beurteilt werden können. In Übereinstimmung mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 1B_732/2011 vom 19. Januar 2012 E. 7.2), wonach auch unter der Geltung der Schweizerischen Strafprozessordnung die unentgeltliche Rechtspflege bei Haftbeschwerden und anderen strafprozessualen Nebenverfahren von der Nichtaussichtslosigkeit des konkret verfolgten Prozessziels abhängig gemacht werden kann, ist somit die unentgeltliche Verteidigung für das Beschwerdeverfahren nur zu gewähren, wenn neben den Voraussetzungen gemäss Art. 130 Abs. 1 lit b StPO die Beschwerde nicht aussichtslos ist. Anzufügen ist, dass dies zunächst nur gelten kann, wenn die unentgeltlich verteidigte Person selbst Beschwerde führt. Sodann scheint es angemessen, an die Erfolgsaussichten der Beschwerde umso geringere Anforderungen zu stellen, je gravierender die angefochtene Verfügung oder Verfahrenshandlung in die Verhältnisse der beschwerdeführenden Person eingreift.

5.3 Im Sinne der Verfahrensökonomie und zur Vermeidung von widersprüchlichen Entscheidungen ist bei der Prüfung, ob für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Verteidigung gewährt werden kann, bezüglich der Voraussetzungen gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO auf eine bereits von der Staatsanwaltschaft oder vom erstinstanzlichen Gericht verfügte unentgeltliche Verteidigung abzustellen. Ob die Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person geboten ist und ob ihr die notwendigen Mittel fehlen, ist daher nicht erneut zu prüfen. Zudem kann das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung als gestellt gelten, auch wenn dies in der Beschwerde nicht gesondert verlangt wird. Hingegen prüft die Beschwerdeinstanz die Aussichten der Beschwerde und verweigert die unentgeltliche Verteidigung, wenn die Beschwerde als aussichtslos bezeichnet werden muss.

6. Bei der vorliegend angeordneten amtlichen Verteidigung der Beschuldigten durch Rechtsanwalt A handelt es sich um eine Offizialverteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und nicht um eine unentgeltliche Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO. Dies wird in der Ernennungsverfügung (OG GD 3/1) zwar nicht ausdrücklich festgestellt, ergibt sich aber ohne Weiteres aus der Schwere der Tatvorwürfe und aus dem Fehlen von Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen bzw. zur prozessualen Armut der Beschuldigten. Nach dem Vorerwähnten ist Rechtsanwalt A mithin ohne Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde für seine angemessenen und notwendigen Bemühungen zu entschädigen. (...)

Obergericht, I. Beschwerdeabteilung, 20. Juli 2017

4. Zivilprozessordnung

4.1 Art. 270 ZPO

Regeste:
Art. 270 ZPO – Die Einreichung einer Schutzschrift gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO ist zulässig (E. 1 - 2). Die Schutzschrift ist nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr zu beachten und ist samt Beilagen an die gesuchstellende Partei zurückzuschicken (E. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271-281 SchKG oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet. Die Schutzschrift ist sechs Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten (Art. 270 ZPO).

2. Die Gesuchstellerin befürchtet nicht die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme oder eines Arrestes gegen sie, sondern möchte mit der Hinterlegung einer Schutzschrift verhindern, dass einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid des Vollstreckungsrichters aufschiebende Wirkung gewährt bzw. die Vollstreckbarkeit der vom Vollstreckungsrichter angeordneten Massnahmen aufgeschoben wird. Das Obergericht des Kantons Zug hatte sich mit der Zulässigkeit von Schutzschriften gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Rechtsmittelverfahren bisher nicht zu befassen.

Die Zulässigkeit solcher Schutzschriften bzw. die Verpflichtung des Gerichtes, diese entgegenzunehmen und gegebenenfalls zu beachten, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Soweit ersichtlich nehmen das Bundesgericht und das Obergericht des Kantons Zürich Schutzschriften gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Rechtsmittelverfahren entgegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.39/2003 vom 12. März 2003 Sachverhalt lit. G; Urteile des Obergerichts Zürich LB150023 vom 22. Mai 2015, in: ZR 2014 Nr. 50; PS 120211 vom 8. November 2012). In der Literatur wird die Zulässigkeit von Schutzschriften zur Verteidigung gegen die überraschende Gewährung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels befürwortet (Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 270 ZPO N 8; Hess-Blumer, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 270 ZPO N 7; Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 270 ZPO N 11; Zürcher, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 270 ZPO N 2).

Im Beschwerdeverfahren sind, auch bezüglich der Anordnung von sichernden Massnahmen und des Aufschubs der Vollstreckung (Art. 325 ZPO), grundsätzlich beide Parteien anzuhören und ist der Standpunkt beider Parteien zu berücksichtigen. Nur aus Gründen der Dringlichkeit kann die aufschiebende Wirkung ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei gewährt werden (Freiburghaus / Afheldt, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 325 ZPO N8). Dieser Benachteiligung einer Partei kann mit der Beachtung einer zuvor eingereichten Schutzschrift bzw. der darin gemachten Ausführungen begegnet werden. Das Bedürfnis, in solchen Fällen den eigenen Standpunkt vorsorglich einzubringen, ist vergleichbar mit dem Bedürfnis nach einer Schutzschrift gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme. Das Gesetz schliesst die Zulässigkeit nicht aus; vielmehr kann eine Schutzschrift auch hinterlegen, wer eine «andere Massnahme» befürchtet. Darunter kann zwangslos auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels subsumiert werden, zumal damit dem verfassungsmässigen Anspruch auf das rechtliche Gehör Rechnung getragen wird. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb dem Begehren Ziff. 1 der Gesuchstellerin vorliegend nicht entsprochen bzw. die Schutzschrift nicht entgegengenommen werden sollte.

3. Schutzschriften sind gemäss Art. 270 Abs. 2 ZPO sechs Monate aufzubewahren. Die Gesuchstellerin beantragt vorliegend eine Aufbewahrung bis zum Ablauf der Beschwerdefrist, jedenfalls aber bis zum 15. April 2017.

Im Gegensatz zu den Verhältnissen bei befürchteter Anordnung einer superprovisorischen Massnahme oder eines Arrestes ist bei befürchteter Gewährung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels in zeitlicher Hinsicht bestimmt, bis wann das Rechtsmittel eingereicht sein muss bzw. wie lange die Befürchtung aktuell ist. Es besteht kein Anlass, die Schutzschrift länger als nötig aufzubewahren und in jedem Fall den Ablauf der sechsmonatigen Frist abzuwarten.

Gegen den Entscheid des Vollstreckungsrichters war das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig (Art. 309 lit. a ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Die Beschwerdefrist betrug zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO), da über die Vollstreckung von Schiedsentscheiden im summarischen Verfahren entschieden wird (Art. 339 Abs. 2 ZPO) und entschieden wurde. Die Rechtsmittelfrist ist demzufolge inzwischen unbenutzt abgelaufen. Eine prozessleitende Anordnung ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs muss die Gesuchstellerin nicht mehr befürchten. Die vorliegende Schutzschrift ist folglich nicht mehr zu beachten und kann samt Beilagen an die Gesuchstellerin zurückgesandt werden.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 27. April 2017

5. Zivilrechtspflege

5.1 Art. 84 und Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 684 ZGB

Regeste:
Art. 84 und Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 684 ZGB – Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsbegehren bei positiven Leistungsklagen im Nachbarrecht (Beseitigung von Immissionen).

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. yyy, GB (...). Sie plant auf ihrem Grundstück die Realisierung eines Bauprojekts. Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks Nr. xxx, GB (...). Er betreibt darauf einen landwirtschaftlichen Betrieb. Die Grundstücke sind benachbart.

Die Klägerin reichte beim Kantonsgericht Zug Klage gegen den Beklagten mit folgendem Rechtsbegehren ein: «Es sei der Beklagte als Grundeigentümer von GS Nr. xxx, GB (...), unter Androhung wegen Ungehorsam im Widerhandlungsfalle im Sinne von Art. 292 StGB zu verpflichten, die Lärmquellen 'Heubelüftungsanlage' und 'Futtermischer' auf seinem Grundstück GS Nr. xxx, GB (...), innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils durch gerichtlich anzuordnende Massnahmen zu beseitigen, so dass auf dem gesamten Grundstück GS Nr. yyy, GB (...), der Klägerin die zur Erteilung einer Baubewilligung zur Erstellung von Wohnbauten mit lärmempfindlichen Räumen einzuhaltende Lärmgrenzwerte eingehalten werden».

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, vom Nachbargrundstück (Grundstück des Beklagten) würden übermässige Lärmimmissionen im Sinne von Art. 684 ZGB ausgehen, weswegen der Beklagte zu verpflichten sei, diese Lärmquellen zu beseitigen, sodass die Lärmgrenzwerte eingehalten würden. Bevor die Übermässigkeit, welche die Klägerin im Wesentlichen mit der Überschreitung der Immissionsgrenzwerte gemäss Lärmschutzverordnung begründet (...), beurteilt und gegebenenfalls Massnahmen zur Beseitigung angeordnet werden können, ist zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Denn erst wenn sämtliche Prozessvoraussetzungen gegeben sind, kann auf die Klage eingetreten werden. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 60 ZPO; Gehri, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 60 ZPO N 1 ff. mit Hinweisen).

2. Eine Prozessvoraussetzung ist die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). (...).

3. Eine weitere Prozessvoraussetzung ist die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO). Die klagende Partei muss im Rechtsbegehren konkret, klar und bestimmt sagen, was sie will (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO; Willisegger, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 221 ZPO N 12 und 18).

3.1 Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann. Die Gegenpartei muss wissen, gegen was sie sich verteidigen muss (Wahrung des rechtlichen Gehörs), und für das Gericht muss klar sein, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes (Art. 58 Abs. 1 ZPO) Streitgegenstand ist, woraus sich auch die materielle Rechtskraft des Entscheids ergibt. Das zum Urteilsspruch erhobene Rechtsbegehren soll eine Zwangsvollstreckung ermöglichen, ohne dass daraus eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren zu erwarten ist. Das Vollstreckungsrecht als Teil des Prozessrechts hat aber eine dienende Funktion. Das Zivilprozessrecht ist insgesamt darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, hängt daher auch von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts ab. Was die positive Leistungsklage auf Herausgabe einer Sache oder Vornahme einer anderen Handlung anbelangt, so ist das Rechtsbegehren so präzise zu bezeichnen, dass es als Urteilstext und ohne weitere Abklärungen als Vollstreckungsgrundlage dienen kann. Dies gilt – spätestens seit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung – auch für Beseitigungsbegehren im Nachbarrecht. Unbestimmte Rechtsbegehren sind höchstens zulässig, sofern bzw. solange es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen (Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; Füllemann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 84 ZPO N 4; Killias, Berner Kommentar, 2012, Art. 221 ZPO N 8 ff.; Dorschner, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 84 ZPO N 12; Urteil des Handelsgerichts Zürich HE130354 vom 15. Mai 2014 E. 3.4.2; Göksu, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 679 ZGB N 11 in fine; je mit Hinweisen).

3.2 Die Klägerin macht geltend, der Beklagte sei zu verpflichten, die Lärmquellen «durch gerichtlich anzuordnende Massnahmen» zu beseitigen. Sie verlangt nicht ein Unterlassen oder ein Dulden, sondern ein bestimmtes Tun (Beseitigungshandlung). Die Immissionsklage der Klägerin stellt daher eine positive Leistungsklage dar (Art. 84 ZPO). Das klägerische Rechtsbegehren kann jedoch nicht zum Urteilstext erhoben werden, weil die Klägerin nicht beantragt, zu welchen Massnahmen das Gericht den Beklagten zu verpflichten hat. Der Beklagte kann somit nicht wissen, gegen was er sich verteidigen muss, und für das Gericht ist nicht erkennbar, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes Streitgegenstand ist (vgl. im Unterschied etwa zum Beseitigungsbegehren in einem Fall vor Bezirksgericht Horgen, zitiert im Urteil des Bundesgerichts 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013 Sachverhalt B.a.). Es ist nicht zulässig

und nicht Aufgabe des Gerichts, in den Rechtschriften, den Belegen oder sogar gestützt auf eigene Erhebungen nach möglichen Massnahmen zur Lärmreduktion beim Heubelüfter und Futtermischer zu suchen, diese einander gegenüberzustellen und sich dann für je eine zu entscheiden.

3.3 Dass es der Klägerin nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre, je eine bestimmte Massnahme betreffend die zwei Lärmquellen anzugeben und im Rechtsbegehren aufzuführen, wird nicht behauptet und ist – insbesondere nach Vorliegen des Lärmgutachtens der A. AG vom (...), worin einzelne Massnahmen thematisiert werden (...) – nicht ersichtlich. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass die Klägerin ein «detailliertes Lärmsanierungskonzept» erstellt hat (oder sich zumindest zur Erstellung eines solchen verpflichtet hat), «in welchem die einzelnen Lärmsanierungsmassnahmen genau beschrieben sind» und welches in einen zwischen den Parteien zu schliessenden Vergleich hätte aufgenommen werden sollen (Beschlussprotokoll einer Verhandlung vom [...]). Die Klägerin hätte sich auch in ihrem Rechtsbegehren auf spezifische Massnahmen festlegen müssen (allenfalls verbunden mit Eventualanträgen). Dies tat sie nicht. Sie tat es zudem auch in der Begründung nicht. In der Klageschrift erwähnte sie zwar die Ausdrücke «sanieren» oder «Sanierung», ohne aber eine konkrete Sanierungsmassnahme zu nennen (...). Im ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung erwähnte sie sodann in der Begründung ausschliesslich, welche Massnahmen in Frage kämen (im Konjunktiv; [...]: «Als Massnahmen kämen bei der Heubelüftung entweder die Montage eines Lärmschutzschildes oder ein Ersatz des vorhandenen Heubelüfters in Frage. Beim Transportermotor kämen alternative Antriebssysteme in Frage»). Dabei führte sie aber bei keiner Lärmquelle aus (und deutete auch nicht an; vgl. E. 3.6), welche Massnahme oder Massnahmen sie konkret beantragt.

Was den Heubelüfter im Speziellen betrifft, bleibt anzufügen, dass selbst die Gutachter im Lärmgutachten offenliessen, ob ein Ersatz des bestehenden Heubelüfters erforderlich sei oder ein Lärmschutzschild bereits ausreichen würde (...). Angesichts der Mehrzahl möglicher Massnahmen sowie des Umstands, dass selbst für die Gutachter nicht feststand, welche Massnahme erforderlich bzw. genügend ist, wäre von der Klägerin umso mehr zu verlangen gewesen, dass sie eine bestimmte Massnahme im Rechtsbegehren beantragt hätte (nebst der Begründung der entsprechend beantragten Massnahme und ihrer Eignung). In einem früheren Gutachten der B. AG vom (...) wird empfohlen, es sei mit dem Gerätelieferanten des Heubelüfters abzuklären, ob eine Ableitung der Luft durch einen Kanal mit Schalldämpfern oder ein Lärmschutzschild die bessere Lösung sei (...). Mithin haben die verschiedenen Gutachter allein mit Bezug auf die Heubelüftung drei mögliche Massnahmen aufgezeigt (neuer Heubelüfter, Ableitung der Luft mit Schalldämpfer oder Lärmschutzschild). Als weitere Massnahme wäre auch denkbar, dass der Heubelüfter nur tagsüber läuft (...). Was den Futtermischer bzw. den Antriebsmotor anbelangt, so nennen die Gerichtsgutachter nur ansatzweise mögliche Massnahmen: «Auch beim

Transportermotor lassen sich die Immissionsgrenzwerte grundsätzlich durch den Ersatz mit einem alternativen Antriebssystem (z. B. Elektromotor) einhalten» (...). Hervorzuheben ist hier das Wort «grundsätzlich», was darauf schliessen lässt, dass entweder nicht jedes alternative Antriebssystem taugt oder aber, dass auch andere Massnahmen als alternative Antriebssysteme in Frage kommen. Mit der Klammerbemerkung «z. B. Elektromotor» weisen die Gutachter ferner darauf hin, dass es offenbar eine Mehrzahl an alternativen Antriebssystemen gibt.

3.4 Dass die Gutachter keine detaillierten Angaben zu den Massnahmen machen konnten, führten sie darauf zurück, dass der Beklagte die Mitarbeit verweigert habe (...) und er keine Messungen – gemeint sind wohl Messungen des Gutachters auf dem Grundstück des Beklagten – zugelassen habe (...). Selbst wenn der Beklagte damit die Mitwirkung bei der Beweiserhebung, wozu er gemäss Art. 160 ZPO verpflichtet ist, unberechtigterweise verweigert hat, und dies gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist, ändert dies nichts an der Obliegenheit der Klägerin, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen. Die Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung hätte prinzipiell höchstens zur Folge, dass unter Umständen angenommen würde, der von der klagenden Partei behauptete, aber unbewiesen gebliebene Sachverhalt, habe sich so zugetragen, wie ihn die klagende Partei behauptet (Schmid, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 164 ZPO N 2). Die Frage nach dem Beweis und der Beweiswürdigung stellt sich vorliegend indes gar nicht erst, da aufgrund des unbestimmten Rechtsbegehrens nicht feststeht, was zu beweisen ist. Im Übrigen begründet die Klägerin nicht, inwiefern ihrer Ansicht nach die unberechtigte Verweigerung zu Lasten des Beklagten zu würdigen wäre, was die Klägerin beispielsweise dadurch hätte tun können, indem sie dargelegt hätte, bei welcher Massnahme – aufgrund der verweigerten Mitwirkung – der Beweis für deren Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit (s. Rey/Strebel, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 679 ZGB N 15) als erbracht zu betrachten gewesen wäre.

3.5 Dass das Gericht bei der Feststellung der Übermässigkeit und der allenfalls anzuordnenden Massnahme über einen grossen Ermessensspielraum verfügt (vgl. Rey/Strebel, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 684 ZGB N 8), entbindet die Klägerin nicht davon, im Rechtsbegehren eine konkrete Massnahme zu beantragen. Gerade aufgrund des grossen (materiellen) Ermessensspielraums (hier Rechtsfolgeermessen) ist in prozessualer Hinsicht umso mehr ein bestimmtes Rechtsbegehren (allenfalls verbunden mit Eventualanträgen) erforderlich.

3.6 Rechtsbegehren sind im Lichte der Klagebegründung auszulegen. Bei der Auslegung der Rechtsbegehren rechtfertigt sich allerdings eine gewisse Strenge, wenn eine Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist (BGE 137 III 617 E. 6.2; 134 III 235 E. 2; Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 21. November 2014 [KV-Z 2013/3] E. 1.3).

3.6.1 Die Auslegung ist zum einen dort geboten, wo die Anwendung prozessualer Formstrenge die Grenze zum verbotenen überspitzten Formalismus, einer besonderer Erscheinungsweise der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV), überschreitet. Das Verbot des überspitzten Formalismus ist verletzt, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, und ferner, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Daraus folgt, dass auf eine Klage mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung ergibt, was die klagende Partei in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z1 2016 5 vom 2. Dezember 2016 E. 5.2). Zum anderen ergibt sich die Pflicht, unklare oder unvollständige Rechtsbegehren auszulegen, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO (Hurni, Berner Kommentar, 2012, Art. 52 ZPO N 18 ff. mit Hinweisen; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z1 2016 5 vom 2. Dezember 2016 E. 5.2).

3.6.2 Vorliegend ist das Rechtsbegehren nicht auslegungsbedürftig. Die anwaltlich vertretene Klägerin stellte bereits in der Klageschrift dasselbe Rechtsbegehren und hielt daran auch nach durchgeführtem Beweisverfahren (mithin nach Vorliegen des Lärmgutachtens) ausdrücklich fest. Hinzu kommt, dass auch aus der Begründung in der Klageschrift und im Parteivortrag an der Hauptverhandlung nicht hervorgeht, welche Massnahme die Klägerin beantragt oder in welcher Reihenfolge sie welche Massnahmen (verstanden als Haupt- und Eventualanträge) geltend macht. Wie bereits erwähnt, spricht die Klägerin in der Klageschrift ausschliesslich von «Sanierung» oder «sanieren» (...). An der Hauptverhandlung wies sie einzig auf mögliche Massnahmen hin (...). Es ist somit selbst aus der Begründung in den Eingaben der Klägerin weder für das Gericht noch für den Beklagten erkennbar, welche Massnahme die Klägerin angeordnet haben will. Mithin ist es weder überspitzt formalistisch, noch stellt es einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, wenn das Rechtsbegehren nicht in konkrete Massnahmen «uminterpretiert» bzw. es nicht entsprechend ausgelegt wird. Überspitzt formalistisch ist der Nichteintretensentscheid aber auch deshalb nicht, da mit ihm grundsätzlich keine Rechtskraftwirkung entsteht, mithin die Klägerin keinen definitiven Rechtsverlust erleidet, da sie den Anspruch erneut einklagen kann, ohne die Einrede der abgeurteilten Sache befürchten zu müssen (vgl. Entscheid des Obergerichts Zürich LF140001 vom 30. Januar 2014 E. 7; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 221 ZPO N 40).

3.7 Der Ordnung halber ist festzuhalten, dass das Gericht die Klägerin auch nicht hätte dazu auffordern müssen oder dürfen, das Rechtsbegehren anders, das heisst

bestimmt, zu formulieren. Weder aus Art. 56 ZPO (gerichtliche Fragepflicht) noch aus Art. 132 Abs. 1 ZPO (mangelhafte Eingaben) ergibt sich, dass das Gericht im kontradiktorischen Zivilprozess die anwaltlich vertretene Klägerin auf das mangelhafte Rechtsbegehren hinweisen oder ihr eine Nachfrist zur Verbesserung gewähren muss oder darf. Eine Aufforderung oder ein Hinweis durch das Gericht hätte eine (unzulässige) einseitige Bevorzugung der Klägerin dargestellt (vgl. mit Bezug auf unbezifferte Rechtsbegehren: BGE 140 III 409 E. 4.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 [teilweise publiziert als BGE 142 III 102] E. 7; Entscheid des Obergerichts Bern vom 13. März 2014 [ZK 12 366] E. 9.5, abgedruckt in: CAN 2015, S. 36 f., zusammengefasst in: ius.focus 7/2015, S. 22; a.M. Baumann Wey, a.a.O., N 560 [pro Nachfristansetzung] und Spühler, a.a.O., N 11 zu Art. 85 ZPO [pro gerichtliche Fragepflicht]).

3.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Klage nicht einzutreten ist.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A3 2014 54 vom 31. August 2017
Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Strafrecht

1. Materielles Strafrecht

1.1 Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 DSG

Regeste:
Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 DSG – Verwertbarkeit von Dashcamaufzeichnungen in einem Strafverfahren; Persönlichkeitsverletzung durch Bearbeitung von Personendaten – Rechtfertigung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse

Aus den Erwägungen:

(...)

4.4 Wie vorstehend ausgeführt, hat der Anzeigeerstatter sowohl vor der Polizei als auch gegenüber der Staatsanwaltschaft im Hauptanklagepunkt anschaulich und widerspruchsfrei ausgeführt, dass der Beschuldigte auf der Überholspur der Autobahn bei einer Geschwindigkeit von mindestens 110 km/h wiederholt so nahe zu ihm aufgeschlossen habe, dass er im Rückspiegel das vordere Kontrollschild des Fahrzeuges des Beschuldigten nicht mehr habe erkennen können, sondern lediglich noch die Windschutzscheibe. Zum Ablauf und zu den Distanzen hielt der unter Wahrheitspflicht stehende Anzeigeerstatter in seiner Befragung als Zeuge fest, das zu nahe Auffahren sei «schubweise» erfolgt; d.h. der fehlbare Autolenker sei «schätzungsweise» bis auf zwei bis drei Meter an ihn herangefahren, danach habe

er sich wieder auf zwanzig Meter zurückfallen lassen; anschliessend habe er wieder nahe aufgeschlossen (act. 2/1 Ziff. 11 und 14).

Es besteht auch insoweit kein Grund, nicht auf die glaubhaften Angaben des Anzeigeerstatters abzustellen. Zwar ist einzuräumen, dass das genaue Schätzen von Distanzen über den Rückspiegel schwierig ist und dass daraus Ungenauigkeiten resultieren können. Dies ist indessen nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, dass der Abstand in jedem Fall ausserordentlich gering war, was sich mit hinreichender Deutlichkeit daraus ergibt, dass der Anzeigeerstatter zeitweise das vordere Kontrollschild des vom Beschuldigten gesteuerten Wagens in seinem Rückspiegel nicht mehr erkennen konnte. Daher ist die Annahme der Vorinstanz, der Abstand müsse jeweils weniger als fünf Meter betragen haben, entgegen der Auffassung des Beschuldigten grundsätzlich vertretbar. Um den erwähnten Ungenauigkeiten in der Schätzung des Abstands aber noch etwas mehr Rechnung zu tragen, weil beispielsweise bei nicht optimal gerichtetem Rückspiegel die Front eines nachfolgenden Wagens auch bei leicht grösserem Abstand nicht sichtbar ist, ist zugunsten des Beschuldigten anzunehmen, der Abstand habe jeweils wenige Meter, in jedem Fall aber unter zehn Meter betragen.

4.5 Dem Beschuldigten wird des Weiteren vorgeworfen, nach dem Überholen des Personenwagens des Anzeigeerstatters bei der Ausfahrt Küssnacht eine auf der Fahrbahn angebrachte doppelte Sicherheitslinie überfahren zu haben. Diesen Vorfall schilderte einerseits der Anzeigeerstatter in seiner Anzeige und in seiner Befragung gegenüber der Polizei, anderseits wird der Vorfall durch die Aufnahmen der Dashcam des Anzeigeerstatters dokumentiert (act. 1/1/3). Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

4.5.1 Die Vorinstanz hielt fest, es gebe in der Schweiz keine Rechtsprechung, wonach der Einsatz von Dashcams unzulässig wäre, sofern solche primär zur eigenen Absicherung eingesetzt würden. Die Vorinstanz hat deshalb geschlossen, die Videoaufnahmen seien verwertbar. Der Beschuldigte hält demgegenüber dafür, die Dashcam-Aufzeichnungen seien rechtswidrig erlangt worden und daher nicht verwertbar.

4.5.2 Beim Einsatz von Dashcams werden Personen und Fahrzeugkennzeichen erkennbar, womit entsprechende Filmaufnahmen in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten als Bearbeitung von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a und lit. e des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu betrachten sind.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 DSG darf, wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Nach Abs. 1 von Art. 13 DSG («Rechtfertigungsgründe») ist eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates

oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG). Neben dem Interesse des Datenbearbeiters können dabei auch Interessen Dritter oder sogar der betroffenen Personen selbst die Datenbearbeitung unter Umständen rechtfertigen. Grundsätzlich kann jedes schützenswerte Interesse, d.h. jedes Interesse von allgemein anerkanntem Wert, berücksichtigt werden (BGE 138 II 346 E. 10.3 S. 364 mit Hinweisen). Die Prüfung, ob ein Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen und setzt eine Abwägung aller betroffenen Interessen voraus (vgl. BGE 138 II 346 E. 9.2).

4.5.3 Im vorliegenden Anklagepunkt ist zunächst festzuhalten, dass eine Verurteilung des Beschuldigten auch ohne das Abstellen auf die Deshcamaufzeichnungen erfolgen kann. Zu beachten ist, dass der Anzeigeerstatter bereits in seiner Anzeige schilderte, der Porschefahrer habe beim Spurwechsel «die doppelt durchzogene Linie» überfahren. Gegenüber der Polizei bestätigte der Anzeigeerstatter, es sei so «wie auf dem Film festgehalten» gewesen. Seine Angaben sind insoweit glaubhaft, zumal auch hier nicht ersichtlich ist, weshalb er den ihm zuvor unbekannten Beschuldigten wider besseres Wissen belasten sollte. Damit ist bereits aufgrund der Aussagen des Anzeigeerstatters erstellt, dass der Beschuldigte bei der Ausfahrt Küssnacht die doppelte Sicherheitslinie überfuhr.

4.5.4 Sodann ist anzuführen, dass der Anzeigeerstatter gegenüber der Staatsanwaltschaft zur Frage, weshalb er eine Front-Dashcam in seinem Fahrzeug habe, ausführte, Technik-Freak zu sein. Auch sei er beruflich viel unterwegs, weshalb es hilfreich sei, wenn man dokumentieren könne, wie man sich selbst im Strassenverkehr bewegt, bzw. wenn man in einer kritischen Situation beweisen könne, dass man schuldlos sei (act. 2/1 Ziff. 10). Aufgrund dieser Aussagen ist davon auszugehen, dass der Anzeigeerstatter seine Dashcam zwar permanent in Betrieb hatte, jedoch nicht deshalb, weil er «Hobbypolizist» spielen wollte, wie der Beschuldigte vermutet. Denn nicht das Überfahren der doppelten Sicherheitslinie, sondern der ausserordentlich geringe Abstand war Ursache, dass der Anzeigeerstatter die Polizei verständigte (vgl. hierzu act. 1/1/1). Gleichwohl ist festzuhalten, dass es zumindest problematisch erscheint, das Geschehen auf der Strasse ständig zu filmen. Wie es sich damit genau verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben.

Denn im vorliegenden Fall kommt entscheidend hinzu, dass der Anzeigeerstatter zur Beweissicherung berechtigt gewesen war, die Dashcam, nachdem ihn der Beschuldigte mit seinem Porsche derart bedrängt hatte, in Betrieb zu nehmen bzw. laufen zu lassen. Hierin ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz keine Rechtswidrigkeit zu erkennen, zumal der Beschuldigte mit seinem Fahrverhalten die Gefahr einer Auffahrkollision schuf, die angesichts der hohen Geschwindigkeiten schlimme Folgen hätte haben können (a.M. offenbar der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte, wonach das nachvollziehbare Interesse, bei Unfällen Bilder

als Beweismittel zur Hand zu haben, kein den Persönlichkeitsschutz überwiegendes Interesse darstelle; vgl. OG GD 5/11 S. 2). Mit anderen Worten hat die Aufzeichnung des Überfahrens der doppelten Sicherheitslinie durch den ersten deutlich gewichtigeren Verstoss einen Anlassbezug erhalten, sodass entgegen der Auffassung des Beschuldigten keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung und damit auch kein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Das Interesse des Anzeigeerstatters, zur Beweissicherung die Dashcam in Betrieb zu nehmen bzw. laufen zu lassen, war unter den gegebenen Umständen höher einzustufen als dasjenige des Beschuldigten, sich unbeobachtet und unkontrolliert im Strassenverkehr zu bewegen. Damit ist das Überfahren der doppelten Sicherheitslinie (gewissermassen doppelt) bewiesen.

(...)

Obergericht, Strafabteilung, 11. Mai 2017

2. Strafzumessung und Verwahrung

2.1 Art. 112 und Art. 49 Abs. 1 StGB; Art. 64 Abs. 1 und 1bis StGB; Art. 56 Abs. 1 StGB

Regeste:
Art. 112 und Art. 49 Abs. 1 StGB – Strafzumessung bei mehrfachem Mord; Art. 64 Abs. 1 und 1bis StGB – Voraussetzungen der Verwahrung und der lebenslänglichen Verwahrung; Art. 56 Abs. 1 StGB – Verhältnis zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Verwahrung.

Aus dem Sachverhalt:

X. raubte am 17. Februar 2009 A in deren Wohnung in Zug aus und erdrosselte diese sowie die ebenfalls anwesende B. In der Folge zündete er zur Vertuschung von Spuren verschiedene Gegenstände in der Wohnung an und entwendete Schmuck, Bargeld und Kreditkarten der Opfer. Den Schmuck veräusserte er und die Kreditkarten von A setzte er verschiedentlich zur Bezahlung ein bzw. versuchte dies; eine Kreditkarte überliess er einem Kollegen in Hamburg zur Verwendung.

Aus den Erwägungen:

«III. Sanktion

1. Für den Tatbestand des Mordes sieht das Gesetz lebenslängliche Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren vor (Art. 112 StGB). Im Verhältnis zum Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB stellt Mord einen qualifizierten Tatbestand dar (Trechsel/Fingerhuth, a.a.O., Art. 111 StGB N 1).

2. Die Vorinstanz hat die Grundsätze die Strafzumessungsregeln im Sinne von Art. 47 ff. StGB zutreffend dargestellt (OG GD 4/1 E. C.III.1.3-1.5), weshalb grundsätzlich darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist einzig auf das Doppelverwertungsverbot hinzuweisen, wonach Umstände, die zur Qualifikation der Tötung als Mord geführt haben (Art. 112 StGB), im Rahmen der Strafzumessung nicht als verschuldenserhöhend berücksichtigt werden dürfen. Der Täter, der mehrere qualifizierende Tatbestandselemente erfüllt, von denen jedes einzelne für sich den höheren Strafrahmen begründet, muss sich dies hingegen zu seinem Nachteil anrechnen lassen. Das zweite (und jedes weitere) Qualifikationskriterium darf uneingeschränkt taterschwerend berücksichtigt werden; hier kommt das Doppelverwertungsverbot nicht mehr zum Tragen (vgl. Mathys, Leitfaden Strafzumessung, 2016, N 67 f.).

3. Der Beschuldigte hat folgende Delikte begangen:

- mehrfachen Mord gemäss Art. 112 StGB;
- Raub gemäss Art. 140 Ziff. 1 StGB;
- Brandstiftung gemäss Art. 221 Abs. 1 StGB;
- Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB;
- versuchten betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB;
- Gehilfenschaft zum betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB;
- Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB
- Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB.

3.1 Hat der Beschuldigte durch mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat (Einsatzstrafe) und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Vorliegend lässt sich unter den beiden Morden die schwerwiegendere Tat nicht a priori bestimmen. Es ist daher sachgerecht, für jedes Tötungsdelikt separat eine Einsatzstrafe festzulegen (Urteil SB140071-O des Obergerichts Zürich vom 18. November 2014 E. IV.1 und IV.5).

3.2 Der Mord an A ist aufgrund des brutalen und rücksichtslosen Vorgehens des Beschuldigten objektiv als ausserordentlich schwere Tat zu gewichten. Der Beschuldigte nützte das Vertrauen von A schamlos aus. Er verschaffte sich heimtückisch Zugang zu ihrer Wohnung und überwältigte sie dort mit roher Gewalt. Danach fesselte er sie auf brutale und erniedrigende Weise und band sie nach eigenen Angaben als «zusätzliche Sicherung» am Griff einer Zimmertüre fest. In dieser Lage beliess er A, bis er sie erdrosselte, weil er sie nicht mehr benötigte und «Ruhe haben» wollte. Mit diesem Verhalten manifestierte der Beschuldigte eine aussergewöhnlich grosse kriminelle Energie.

Zum subjektiven Verschulden hielt bereits die Vorinstanz zutreffend fest, dass der

Beschuldigte ausgesprochen kaltblütig vorging. Er handelte aus eigenem Antrieb, planmässig, völlig gefühlskalt und ohne Rücksicht auf das Empfinden und das Leben seines Opfers. Auch das Verschulden wiegt daher grundsätzlich ausserordentlich schwer. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitpunkt vermindert war. Die Beurteilungen der beiden Gutachter weichen in dieser Frage geringfügig voneinander ab: Gemäss Dr. Y war der Beschuldigte im Tatzeitpunkt voll (act. 5/6/17 S. 85 Ziff. 2.2), gemäss Dr. Z allenfalls leicht vermindert schuldfähig (S. 78 ff. Ziff. 6.2 und S. 87 Ziff. 2.2). Zu Gunsten des Beschuldigten ist daher eine verminderte Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB anzunehmen. Diese ist aber nur leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, da sie auf die diagnostizierte psychische Störung zurückzuführen ist, welche nicht sehr ausgeprägt ist und nicht das Ausmass einer eigentlichen Psychopathie erreicht (vgl. Gutachten Z, SG GD 5/26, S. 72 f.). Auch der Alkohol- und Drogenkonsum ist nur in geringem Masse verschuldensmindernd zu berücksichtigen (Mathys, a.a.O., N 193 ff), da sich der Beschuldigte im Tatzeitpunkt nicht in einem erheblichen Rauschzustand befand. Weitere verschuldensmindernde Umstände liegen nicht vor, sodass der Beschuldigte in subjektiver Hinsicht zwar nicht ein ausserordentlich schweres, aber ein immer noch sehr schweres Verschulden trägt. Auch in der Gesamtbetrachtung mit der der objektiven Tatschwere lastet daher die Tat sehr schwer, weshalb eine Strafe im obersten Drittel des ordentlichen Strafrahmens, d.h. eine Freiheitsstrafe knapp unter 20 Jahren, gerechtfertigt ist.

3.3 Bei der Gewichtung der objektiven Schwere des Mordes an B ist festzustellen, dass der Beschuldigte bei B im Wesentlichen auf die gleiche, äusserst kaltblütige und rücksichtslose Weise wie bei A vorging. Auch B überwältigte er mit roher Gewalt und fesselte sie im Wesentlichen auf die gleiche, brutale und erniedrigende Art wie A. Er erdrosselte sie, weil sie ihm in die Quere gekommen war und er «Ruhe haben» wollte, womit er auch bei dieser Tat eine aussergewöhnlich grosse kriminelle Energie manifestierte. Insgesamt ist auch die Tötung von B objektiv als ausserordentlich schwere Tat zu werten. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens kann sodann vollumfänglich auf die Erwägungen zum Mord an A verwiesen werden, da die Tatumstände weitgehend identisch sind. Auch bei der Tötung von B wiegt das Verschulden unter Berücksichtigung der geringfügig verminderten Schuldfähigkeit und des Alkohol- und Drogenkonsums des Beschuldigten immer noch sehr schwer. Mithin ist auch hier eine Einsatzstrafe im obersten Drittel des ordentlichen Strafrahmens, d.h. eine Freiheitsstrafe knapp unter 20 Jahren, gerechtfertigt.

3.4 Bei diesem Ergebnis ist nicht relevant, welche der beiden Tötungen zur Festlegung der Einsatzstrafe herangezogen wird, nachdem im einen wie im anderen Fall von einer Einsatzstrafe von knapp unter 20 Jahren Freiheitsstrafe auszugehen ist. Das zweite Tötungsdelikt wirkt sich jedenfalls straferhöhend aus (Art. 49 Abs. 1 StGB), wobei vorliegend wegen der gleichwertigen Schwere der Delikte die Strafe in einem derartigen Mass zu erhöhen ist, dass die Einsatzstrafe ganz erheblich über-

schritten wird. Da keine zeitige Freiheitsstrafe über 20 Jahren ausgefällt werden kann und auch die zweite Tat wie die erste mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe als Maximalstrafe bedroht ist, kommt vorliegend nur die Ausfällung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe in Betracht. Dass sich bei dieser Maximalstrafe eine zusätzliche Sanktionierung der weiteren Delikte (s. E. III.1.3 hiervor) erübrigt, versteht sich von selbst (vgl. Urteil SB140071-O des Obergerichts Zürich vom 18. November 2014 E. IV.5).

4. [Täterkomponente]

5. [...]

6. Im Ergebnis ist daher das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und der Beschuldigte ist mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu bestrafen. Darauf ist gemäss Art. 51 StGB der bis und mit Urteilsdatum durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug entstandene Freiheitsentzug von 2'863 Tagen anzurechnen.

IV. Therapeutische Massnahmen und Verwahrung

1. Das Strafgericht stützte sich auf die forensisch-psychiatrischen Gutachten von Dr. Y und Dr. Z sowie deren Ausführungen an der Hauptverhandlung und kam im Wesentlichen zu folgenden Schlüssen:

1.1 Für die von beiden Sachverständigen diagnostizierte – zentrale – dissoziale Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten gebe es keine Erfolg versprechenden Behandlungsprogramme, welche die Legalprognose verbessern könnten; eine therapeutische Intervention könnte sich im Gegenteil sogar kontraproduktiv auswirken. Die Anordnung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB falle daher ausser Betracht (OG GD 4/1 E. C.IV.1 ff., 3.3).

1.2 In den Kernpunkten wiesen die beiden Gutachten keine wesentlichen Unterschiede auf. Die Rückfallgefahr würden die Sachverständigen allerdings insofern abweichend formulieren, als einerseits von «überdurchschnittlich hoher Wahrscheinlichkeit», «deutlich oberen Risikobereich» und «ganz erheblicher Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten» und anderseits von «mittelgradig erhöhtem Risiko» (aktuarisches Verfahren) bzw. «hoher Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Delikte» (Einzelfallanalyse) die Rede sei.

In Würdigung der Gutachten der beiden Sachverständigen liege beim Beschuldigten zweifelsohne eine hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Straftaten vor, wie dies bereits die Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB voraussetze. Für die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB werde indessen eine darüber hinausgehende, sehr ho-

he Rückfallwahrscheinlichkeit gefordert, an deren Annahme ausserordentlich hohe Anforderungen gestellt würden. Die sehr hohe Rückfallgefahr führe in die Nähe der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit; die relevante Gefährlichkeit sei nur in Extremfällen anzunehmen. In diesem Lichte und angesichts der nicht übereinstimmenden, differierenden Schlussfolgerungen der beiden Sachverständigen, wonach eine «ganz erhebliche» bzw. eine «hohe» Rückfallgefahr vorliege, könne eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer schwerwiegender Taten des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB nicht bejaht werden. Falle demnach die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung bereits aus diesem Grunde ausser Betracht, könne offen bleiben, ob der Beschuldigte als dauerhaft untherapierbar im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB einzustufen wäre (OG GD 4/1 E. C.IV.1 -3, 3.3).

1.3 Der Beschuldigte habe zwei Morde und einen Raub und demnach mehrere Anlasstaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB begangen. Indem er B und A in deren Wohnung [...] zunächst überwältigt, gefesselt und in der Folge erdrosselt habe, habe er die psychische Integrität seiner beiden Opfer in besonders schwerer und deren physische Integrität in der schwerstmöglichen Weise beeinträchtigt (Art. 64 Abs. 1 StGB). Aufgrund der forensisch-psychiatrischen Gutachten sei zudem erstellt, dass beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine damit im Zusammenhang stehende hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Gewalt-, Tötungs- und Raubdelikte vorliege. Mit anderen Worten sei ernsthaft zu erwarten, dass er weitere Taten in der Art der vorliegend beurteilten begehe (Art. 64 Abs. 1 lit. a und lit. b Satzteil 1 StGB). Beide Sachverständigen hätten übereinstimmend festgehalten, dass für die beim Beschuldigten diagnostizierte dissoziale Persönlichkeitsstörung im heutigen Zeitpunkt keine Behandlungsprogramme mit ausreichenden Erfolgsaussichten hinsichtlich der Verbesserung der Legalprognose existierten. Aufgrund der in der Strafanstalt Pöschwies geschaffenen Therapie-Spezialabteilung lägen möglicherweise in einigen Jahren neue Erkenntnisse vor; dasselbe gelte auch betreffend die wissenschaftliche Forschung. Dass unter diesen Umständen die Anordnung einer therapeutischen stationären Massnahme ausser Betracht falle (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB), sei bereits festgestellt worden. Seien demzufolge die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, sei eine Verwahrung des Beschuldigten gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen (OG GD 4/1 E. C.IV.4 ff.).

1.4 Vorliegend seien die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, weshalb beide Sanktionen anzuordnen seien (Art. 57 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte könnte – sofern die Rückfallgefahr bis dahin entfallen sein sollte – frühestens nach Verbüssung von 15 Jahren Freiheitsstrafe aus dem Vollzug bedingt entlassen werden und müsste in diesem Fall die Verwahrung nicht mehr antreten. Sollte jedoch nach 15 Jahren noch immer eine Rückfallgefahr mit Bezug auf Verbrechen oder Vergehen vorliegen, wäre eine bedingte Entlassung ausgeschlossen.

Dies gälte auch für den weiteren Verlauf und solange, bis die Rückfallgefahr als nicht mehr existent beurteilt werden könnte. Sollte diese Situation nie eintreten, so verbliebe der Beschuldigte bis zu seinem Lebensende im Strafvollzug (OG GD 4/1 E. C.V.1 ff).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragt demgegenüber, Ziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei nach erfolgtem Vollzug der lebenslänglichen Freiheitsstrafe gestützt auf Art. 64 Abs. 1bis StGB lebenslänglich zu verwahren. Zur Begründung brachte sie an der Berufungsverhandlung im Wesentlichen vor, der Beschuldigte stehe u.a. wegen eines zweifachen Tötungsdelikts sowie eines Raubes vor Gericht. Indem er A und B überwältigt, gefesselt und in der Folge erdrosselt habe, habe er deren psychische Integrität in besonders schwerer Weise und deren physische Integrität in schwerstmöglicher Weise verletzt. Demzufolge seien bereits zwei der Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 64 Abs. 1bis StGB, nämlich ein allerschwerstes Tötungsdelikt i.V.m. Raub als Katalogtat sowie die schwere physische und psychische Beeinträchtigung der Opfer, gegeben. Hinsichtlich der Rückfallgefahr gingen beide Gutachter von einer überdurchschnittlich hohen resp. einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit bezüglich schwerwiegender Delikte gegen die körperliche und seelische Integrität aus, wobei der Gutachter Dr. Y auch Sexualdelikte nicht ausschliesse. Hinzu komme, dass Raub allgemein ein Delikt mit einer hohen statistischen Rückfallwahrscheinlichkeit sei. Zum (dritten) Erfordernis der dauerhaften Nichttherapierbarkeit gemäss Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB sei sodann festzuhalten, dass nach der Auffassung beider Gutachter weder Behandlungsprogramme noch Therapien existierten, welche sowohl die vorhandene Persönlichkeitsstörung als auch das Rückfallrisiko des Beschuldigten in einem positiven Sinne beeinflussen könnten. Der Gutachter Dr. Y warne, dass falsch angewandte Therapien die Gefährlichkeit des Beschuldigten sogar erhöhen könnten. Angesichts der allenfalls bei einem Rückfall des Beschuldigten zu erwartenden Delikte wäre das Eingehen eines solchen Risikos nicht zu verantworten. Behandelbarkeit im forensisch-psychiatrischen Sinn sei immer kriminalprognostisch gedacht und stelle ein Beweisthema dar. Dabei sei die für die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung von der Rechtsprechung geforderte Untherapierbarkeit insofern problematisch, als keine klaren Kriterien definiert worden seien, welche eindeutig klären würden, wann eine Person nicht therapierbar sei. Die langfristige Unbehandelbarkeit stelle letztlich eine Wahrscheinlichkeitsrelation dar, bei der einem ausserordentlich hohen Risiko für die erneute Begehung schwerster Straftaten eine ausserordentlich geringe Wahrscheinlichkeit für risikomindernde Veränderungen gegenüberstehe. Bei dieser Wahrscheinlichkeitsrelation komme der Beschuldigte mit seiner bisherigen Biografie und Diagnose schlecht weg: Dem überdurchschnittlich hohen Risiko für die Begehung einer weiteren schweren Straftat stehe eine ausserordentlich geringe Wahrscheinlichkeit für risikomindernde Veränderungen gegenüber. Vorliegend stelle sich daher die Frage, ob der Öffentlichkeit – welche den Schutzgedanken durch die Annahme der Verwahrungsinitiative klar zum Ausdruck gebracht habe – ein allfäl-

liges Risiko eines Vollzugs- und/oder Bewährungsversagens mit den beim Beschuldigten zu befürchtenden Delikten auferlegt werden solle (OG GD 5/1/2).

3. Die Verteidigung hielt diesen Ausführungen entgegen, der Beschuldigte habe nie ausgesagt, dass er B und A überwältigt, gefesselt und erdrosselt habe. Unklar sei auch, welcher Sachverhalt zur Anklage gebracht werde, vor allem auch weil die Staatsanwaltschaft vom zwischenzeitlich anerkannten epileptischen Anfall, der extrem viel erklärt hätte, wieder abgewichen sei. Die Aussage der Staatsanwaltschaft, wonach Raub ein Delikt mit einer hohen statistischen Rückfallquote sei, sei irrelevant, weil es vorliegend gar keinen Raub gebe bzw. dem Beschuldigten der erforderliche (Eventual-)Vorsatz, einen Raub zu begehen, nicht nachgewiesen worden sei. Ein weiterer Fehler bestehe darin, dass der Kokainkonsum des Beschuldigten nicht berücksichtigt worden sei, weshalb die Gutachten von Dr. Y und von Dr. Z auf falschen Grundlagen basierten. Ferner sei der Beschuldigte noch gar nie therapiert worden. Er sei auch nicht etwa früher erfolglos therapiert worden. Man habe ihn gar nicht therapiert; man habe es nicht einmal versucht. Es werde einfach gesagt, der Beschuldigte sei nicht therapierbar, und behauptet, er sei erfolglos therapiert worden. Das stimme einfach nicht. Vielleicht sollte überhaupt erst einmal versucht werden, ihn zu therapieren.

Beide Gutachten seien unbrauchbar, weil sie auf einem falschen Sachverhalt basierten. Beim Hauptgutachten von Dr. Y komme hinzu, dass es vom 5. Juli 2010 datiere. Auf ein so altes Gutachten könne nicht abgestellt werden, wenn man jemanden verwahren wolle; selbst wenn es inhaltlich korrekt wäre, dürfte es nicht verwendet werden. Zumindest die Zweitbegutachtung müsste wiederholt werden, nachdem das Gutachten von Dr. Z aus dem Jahr 2013 stamme, womit die vom Bundesgericht gesetzte Grenze von drei Jahren gerade noch erreicht werde. Auch bei diesem Gutachten müsse man sich allerdings fragen, ob es noch aktuell sei. Es mache daher in jedem Fall Sinn, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche ein oder mehrere neue Gutachten einholen könne. Das wäre wohl die einfachste Variante (OG GD 5/1/3 S. 34 f.).

4.1 Das Gericht ordnet gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn:

a. auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht; oder

b. auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 keinen Erfolg verspricht.

4.2 Das Gericht ordnet gemäss Art. 64 Abs. 1bis StGB die lebenslängliche Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, einen Raub, eine Vergewaltigung, eine sexuelle Nötigung, eine Freiheitsberaubung oder Entführung, eine Geiselnahme, Menschenhandel, Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen (zwölfter Titelter) begangen hat und wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a. Der Täter hat mit dem Verbrechen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person besonders schwer beeinträchtigt oder beeinträchtigen wollen.

b. Beim Täter besteht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass er erneut eines dieser Verbrechen begeht.

c. Der Täter wird als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft, weil die Behandlung langfristig keinen Erfolg verspricht.

4.3 Wie bereits das Strafgericht zutreffend festhielt, ist zwingend die lebenslängliche Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1bis StGB und nicht die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für erstere erfüllt sind (vgl. Trechsel/Pauen Borer, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], a.a.O., Art. 64 StGB N 13). Demnach ist vorab zu prüfen, ob vorliegend die lebenslängliche Verwahrung anzuordnen ist.

4.4 Bei der lebenslänglichen Verwahrung handelt es sich im Vergleich zur ordentlichen Verwahrung um die deutlich eingriffsintensivere Sicherungsmassnahme zum Schutz der Allgemeinheit. Ihr soll (nur) ein Personenkreis unterworfen werden, der dauerhaft höchste, nicht ausreichend verminderbare Risiken für die öffentliche Sicherheit repräsentiert. Aufgrund ihrer ausserordentlichen Eingriffsintensität sind entsprechend sehr hohe Anforderungen an ihre Voraussetzungen zu stellen (BGE 140 IV 1 E. 3.2.4 m.w.H.). Dies gilt nicht nur für das Erfordernis der dauerhaften Nichttherapierbarkeit gemäss Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB, sondern auch hinsichtlich der übrigen Anordnungsvoraussetzungen. Erforderlich ist daher nach dem Gesetzeswortlaut, dass eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer Katalogtaten besteht (Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB) und der Täter mit dem Verbrechen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person «besonders schwer» beeinträchtigte oder beeinträchtigen wollte (Art. 64 Abs. 1bis lit. a StGB; vgl. BGE 141 IV 423 E. 4.3.3). Die besonders geartete Gefährlichkeit, die aus der Umschreibung ei-

ner «sehr hohen Wahrscheinlichkeit» weiterer Katalogtaten abzuleiten ist, ist begrifflich schwer zu fassen. Aufgrund der Zielrichtung der Reform sowie der Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren ist immerhin darauf zu schliessen, dass gesteigerte Anforderungen an die Risikoanalyse zu stellen sind und eine hier relevante Gefahr nur in Extremfällen (d.h. nahe an der «mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit») anzunehmen ist. Praktisch wird dies zu bejahen sein, wenn sich das Gericht kaum vorstellen kann, dass der Täter nicht wiederum eine gleichartige Tat begeht. Es gilt zu bedenken, dass für die Annahme einer verwahrungsrelevanten Gefährlichkeit bereits bei der ordentlichen Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB Zurückhaltung geboten ist, welche hier noch zu übertreffen ist (vgl. Heer/Habermeyer, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 64 StGB N 118; Trechsel/Pauen Borer, a.a.O., Art. 64 StGB N 18).

4.5 Mit dem Strafgericht ist vorab festzuhalten, dass der Beschuldigte mehrere der in Art. 64 Abs. 1bis StGB erwähnten Katalogtaten begangen sowie die physische und psychische Integrität der Opfer in schwerster Weise beeinträchtigt hat (Art. 64 Abs. 1bis lit. a StGB). Das Strafgericht wies sodann unter einlässlicher Zitierung der einschlägigen Stellen in den Gutachten zutreffend darauf hin, dass beide Gutachter beim Beschuldigten von einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Straftaten ausgehen. So beurteilt die Gutachterin Dr. Z das Rückfallrisiko für ein erneutes Gewaltdelikt unter Abstützung auf ein aktuarisches (d.h. auf einer Gruppe von Personen mit einer bestimmte Merkmalskombination basierendes) Verfahren als mittelgradig erhöht, während sie aufgrund einer Einzelfallanalyse auf eine hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Delikte gegen die körperliche oder psychische Integrität schliesst (SG GD 5/26 S. 80 ff. und 87 f.). Der Gutachter Dr. Y hält sodann fest, dass «auch im Vergleich mit einem entsprechenden Täterkollektiv (Tötungsdelikte) mit überdurchschnittlich hoher Wahrscheinlichkeit von polytroper Rückfalldelinquenz ausgehen» ist, d.h. «primär Gewalt und Raubdelikte, sekundär aber auch in Folge des dissozialen Hintergrundes andere Eigentums-, Sexual- und Betäubungsmitteldelikte» (D 5/6/17 S. 80 ff. und 86 f.). Im Lichte dieser Beurteilungen ist nicht zu beanstanden, wenn das Strafgericht zum Schluss kam, dass beim Beschuldigten zwar eine hohe, nicht aber eine für die lebenslängliche Verwahrung erforderliche extrem hohe Rückfallgefahr vorliegt; eine «mittelgradig erhöhte», «hohe» oder auch «überdurchschnittlich hohe Wahrscheinlichkeit» reicht nicht an die «sehr hohe Wahrscheinlichkeit», wie sie in Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB verlangt wird (vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4 ff., 4.2.3.1 f.).

4.6 Was die Staatsanwaltschaft dagegen vorbringt, geht weitgehend an der Sache vorbei. Ihre Ausführungen betreffen im Grunde genommen die Frage der Nichttherapierbarkeit, welche zwar ebenfalls eine wesentliche Rolle spielt (Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB). Sie ist aber – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkte – erst dann und separat zu prüfen, wenn die besondere Gefährlichkeit, d.h. eine extrem hohe Rückfallgefahr im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB, zu bejahen ist. Natürlich kann sich die

Therapierbarkeit (auch) auf die Rückfallgefahr auswirken; auf der anderen Seite geht es aber nicht an, die von den Gutachtern aufgrund sämtlicher Kriterien als ungünstig bzw. (überdurchschnittlich) hoch taxierte Wahrscheinlichkeit allein wegen einer allfälligen Nichttherapierbarkeit nach oben korrigieren zu wollen und als extrem hoch einzustufen bzw. einen Rückfall als praktisch unausweichlich darzustellen. Damit werden die Bestimmungen von Art. 64 Abs. 1bis lit. b und lit. c StGB in unzulässiger Weise vermischt. Abgesehen davon kann auch mit einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB dem Bedürfnis nach Schutz der öffentlichen Sicherheit hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. nachfolgend E. IV.6). Das Strafgericht hat demzufolge eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer schwerwiegender Taten des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB zu Recht verneint und es unter diesen Umständen auch zu Recht offen gelassen, ob der Beschuldigte als dauerhaft untherapierbar im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB einzustufen wäre (vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4.2.3.2 und 4.2.4). Mithin erweist sich auch die Berufung der Staatsanwaltschaft als unbegründet, weshalb diese ebenfalls abzuweisen ist.

5. Auf der anderen Seite sind sämtliche Voraussetzungen für eine Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt. Wie das Strafgericht zutreffend feststellte, hat der Beschuldigte, welcher B und A zunächst überwältigte, fesselte und in der Folge erdrosselte, die psychische Integrität seiner beiden Opfer in besonders schwerer und deren physische Integrität in der schwerstmöglichen Weise verletzt (Art. 64 Abs. 1 StGB). Aufgrund der forensisch-psychiatrischen Gutachten ist zudem erstellt, dass beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine damit im Zusammenhang stehende hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Gewalt-, Tötungs- und Raubdelikte vorliegt, weshalb ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten in der Art der vorliegend beurteilten begeht (Art. 64 Abs. 1 lit. a und lit. b Satzteil 1 StGB; vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4.3.1 ff.).

Den Einwänden, welche die Verteidigung dagegen vorbringt, kann nicht gefolgt werden. Zum einen basieren die Gutachten von Dr. Y und Dr. Z – wie schon wiederholt dargelegt – nicht auf einem falschen Sachverhalt, weshalb sie entgegen der Auffassung der Verteidigung durchaus brauchbar sind. Zum anderen ist auch der Verteidigung entgegenzuhalten, dass es vorliegend nicht in erster Linie um die Therapierbarkeit des Beschuldigten, sondern um die Rückfallwahrscheinlichkeit geht und diese Wahrscheinlichkeit aufgrund der Gutachten als hoch einzustufen ist. Im Weiteren können beide Gutachten noch als hinreichend aktuell betrachtet werden: Das Gutachten von Dr. Y datiert zwar vom 5. Juli 2010; sowohl Dr. Y wie auch Dr. Z, die ihr Gutachten am 2. September 2013 erstattete, wurden aber an der Hauptverhandlung vom Strafgericht vom 28. Oktober 2013 nochmals einlässlich befragt, wobei sie die in den Gutachten gemachten Feststellungen grösstenteils bestätigten. Abgesehen davon ist zur Beantwortung der Frage, ob ein Gutachten noch hinreichend aktuell ist, nicht primär auf das formelle Kriterium des Alters des Gutachtens abzustellen.

Massgeblich ist vielmehr, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat. Nur soweit ein früheres Gutachten mit Ablauf der Zeit und zufolge veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst hat, sind neue Abklärungen unabdingbar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_56/2015 vom 27. November 2015 E. 4.3.1 m.w.H., insbesondere auf BGE 134 IV 246 E. 4.3). Vorliegend bestehen keine Anzeichen oder Hinweise, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung der Gutachten geändert hätte. Irgendwelche Umstände, die konkret auf relevante Änderungen schliessen liessen, nennt denn auch die Verteidigung nicht. Sie begnügt sich mit dem blossen Hinweis auf das Alter der Gutachten, was indessen nicht genügt.

6. Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 56 Abs. 1 StGB eine Massnahme anzuordnen ist, wenn (a.) eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen; (b.) ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert; und (c.) die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind. Hat der Täter eine unter Art. 64 Abs. 1 StGB fallende Straftat verübt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB die Verwahrung an, wenn auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht. Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 57 Abs. 1 StGB beide Sanktionen an. Der Vollzug der Freiheitsstrafe geht der Verwahrung voraus (Art. 64 Abs. 2 Satz 1 StGB). Sind die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt, ist es zum Schutz der öffentlichen Sicherheit geboten, neben der lebenslänglichen Freiheitsstrafe eine Verwahrung anzuordnen. Da im Fall der Anordnung einer Verwahrung neben der Freiheitsstrafe die Anforderungen an die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug formell und materiell höher und die Anforderungen an die Rückversetzung in den Strafvollzug weniger hoch sind als bei einer Freiheitsstrafe ohne gleichzeitige Anordnung einer Verwahrung, werden im Falle der Anordnung einer Verwahrung einerseits das Risiko von Fehlprognosen beim Entscheid über die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug und andererseits das Risiko von Straftaten nach der bedingten Entlassung verringert. Aus diesen Gründen ist die Anordnung der Verwahrung gegenüber einem gefährlichen Täter auch bei einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB zum Schutz der öffentlichen Sicherheit erforderlich und ist im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB die Strafe allein nicht geeignet, der Gefahr weiterer Straftaten durch den Täter zu begegnen. Die sich aus den genannten Gründen ergebende Verringerung der Gefahr für die öffentliche Sicherheit gebietet es, die Verwahrung eines gefährlichen Täters neben einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe anzuordnen. Daran ändert nichts, dass im Falle einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe ohne gleichzeitige Anordnung einer Verwahrung der Täter so lange im Strafvollzug verbleibt, als die Voraussetzungen der bedingten Entlassung gemäss Art. 86 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sind, und ein Vollzug der angeordneten Verwahrung nicht vorstellbar ist, weil bei Vorliegen der

Voraussetzungen der bedingten Entlassung gemäss Art. 86 Abs. 1 StGB ein Verwahrungsvollzug mangels Gefährlichkeit des Täters ausgeschlossen erscheint. Die Anordnung der Verwahrung neben einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe ist aus den genannten Gründen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit zulässig, auch wenn die Verwahrung voraussichtlich nie vollzogen werden wird. (vgl. BGE 142 IV 56 E. 2.3.1 und 2.6). Mithin ist nicht zu beanstanden, dass das Strafgericht neben der lebenslänglichen Freiheitsstrafe auch eine Verwahrung angeordnet hat. Vielmehr ist das angefochtene Urteil auch unter diesem Aspekt zu bestätigen.»

Obergericht, Strafabteilung, 22. Februar 2017

Die Beschwerde des Beschuldigten gegen dieses Urteil hat das Bundesgericht am 6. November 2017 abgewiesen (Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2017). Das Urteil ist rechtskräftig.

B

Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Bürgerrecht

1.1 Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG, § 5 Abs. 2 kant. BüG

Regeste:
Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG, § 5 Abs. 2 kant. BüG – Sofern die Bürgergemeinde zur Prüfung der Eignung der Einbürgerungswilligen eine Wissensprüfung durchführen will, anlässlich derer Kenntnisse geprüft werden, die typischerweise spezifisch vorbereitet werden müssen, gebietet es der Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. der allgemeine Grundsatz der Verfahrensfairness, dass die Bewerberinnen und Bewerber vorgängig über die gestellten Anforderungen informiert, und die verlangten Kenntnisse umschrieben werden (Ziff II. E. 2.5.4.). Indem der Beschwerdegegner die Beschwerdeführenden vorliegend nicht einmal in den Grundzügen über die verlangten Kenntnisse orientierte und sodann trotzdem eine detaillierte Wissensprüfung vorgenommmen hat, ohne ihnen vorgängig die Chance auf eine angemessene Vorbereitung ermöglicht zu haben, hat er deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. in allgemeiner Weise den Grundsatz der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV) in schwerer Weise verletzt (Ziff. II E. 2.5.5.).

Aus dem Sachverhalt:

Am 10. Mai 2016 reichten B.Y. und A.Y. beim Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Zug ein Gesuch um Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung ein. In das Einbürgerungsgesuch einbezogen waren die beiden Töchter C.Y. und D.Y. Dieses Gesuch stellte der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst mit Schreiben vom 19. Juli 2016 der Bürgergemeinde X zur Prüfung zu. Der Bürgerrat X führte am 24. Oktober 2016 ein Einbürgerungsgespräch mit Familie Y. durch.

Mit Beschluss vom 22. Dezember 2016 sprach sich der Bürgerrat X gegen die Erteilung des Gemeindebürgerrechts an A.Y. und B.Y. aus. Der Bürgerrat begründete dies im Wesentlichen mit ungenügenden Kenntnissen über die Schweiz und ihre Einwohnerschaft sowie mit ungenügenden Kenntnissen über die Schweizer Geschichte im Rahmen des Einbürgerungsgesprächs. So hätten A.Y. und B.Y. zwar die ihnen gezeigten Fotoaufnahmen, nicht aber die Aufgaben der Bürgergemeinde benennen können. Ebenso wenig sei es ihnen gelungen, eine Liegenschaft der Bürgergemeinde zu bezeichnen. Auch die Fragen zur näheren Schweizer Geschichte hätten nicht genügend beantwortet werden können. Zwar hätten sie die Schlacht am Morgarten sowie diejenige von Marignano, nicht aber den Sonderbundskrieg oder die Burgunderkriege gekannt. Auch zum Löwendenkmal in Luzern oder zum Zusammenhang zwischen der Schlacht am Morgarten und der (Legoren) Fasnacht hätten keine geschichtlich relevanten Angaben gemacht werden können. Die Einbürgerungsge-

suche der Töchter C.Y. und D.Y. hiess der Bürgerrat X dagegen an der Sitzung vom 20. Dezember 2016 gut.

Mit Verwaltungsbeschwerde vom 19. Januar 2017 haben B.Y. und A.Y. (nachfolgend «Beschwerdeführende» genannt) den Beschluss des Bürgerrats X vom 22. Dezember 2016 beim Regierungsrat des Kantons Zug angefochten und beantragten dessen Aufhebung; dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse. Zur Begründung führten sie aus, indem der Bürgerrat X sie nicht über den Inhalt des Einbürgerungsgesprächs informiert habe, habe er ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) verletzt bzw. in allgemeiner Weise gegen das Prinzip der Verfahrensfairness nach Art. 29 Abs. 1 BV und den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 9 und Art. 5 Abs. 3 BV verstossen. Es sei zudem nicht zutreffend, dass sie mangelhaft integriert seien. Bei der Durchführung der entsprechenden Eignungsprüfung sei der Bürgerrat X in mehreren Punkten willkürlich und somit bundesrechtswidrig vorgegangen.

In seiner Stellungnahme vom 27. April 2017 hielt der Bürgerrat X (nachfolgend «Beschwerdegegner» genannt) an der angefochtenen Verfügung fest und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführenden die Abweisung der Verwaltungsbeschwerde. Er machte im Wesentlichen geltend, er habe in der Einladung zum Einbürgerungsgespräch darauf hingewiesen, dass mit diesem Gespräch die Eignung zur Einbürgerung geprüft werde. Es entspreche weder der kantonalen Einbürgerungspraxis noch der Usanz, dass vor einer Überprüfung der Eignung zur Einbürgerung detailliert auf die Themen hingewiesen werde. Er habe zudem nicht willkürlich entschieden. Dies ergebe sich schon alleine aus dem Umstand, dass die Einbürgerungsgesuche der beiden Töchter gutgeheissen worden seien. Daraus ergebe sich, dass der Bürgerrat differenziert und sachgerecht entschieden habe.

Aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1.

1.1. Bei der ordentlichen Einbürgerung wird das Schweizer Bürgerrecht mit der Einbürgerung in einem Kanton und einer Gemeinde erworben (Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. Sep-

tember 1952 [eidgenössisches Bürgerrechtsgesetz, eidg. BüG; SR 141.0]). Die Einbürgerung ist nur gültig, wenn zudem eine entsprechende Bewilligung des zuständigen Bundesamtes vorliegt (Art. 12 Abs. 2 eidg. BüG). Die Bewerberin oder der Bewerber muss gemäss Art. 14 eidg. BüG zur Einbürgerung geeignet sein, das heisst insbesondere in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert (lit. a) sowie mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut sein (lit. b), die schweizerische Rechtsordnung beachten (lit. c) und darf weder die innere noch die äussere Sicherheit gefährden (lit. d).

1.2. Das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht darf nur Bewerberinnen und Bewerbern erteilt werden, die aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind (§ 5 Abs. 1 kant. BüG). § 5 Abs. 2 kant. BüG zählt hierzu beispielhaft und nicht abschliessend («insbesondere») verschiedene Kriterien auf, anhand derer die Eignung zu überprüfen ist, wie namentlich, ob die Bewerberin oder der Bewerber mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennt und beachten will, genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden sowie Mitbürgerinnen und Mitbürgern besitzt sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen kann.

1.3. Das kantonale Bürgerrechtsgesetz gewährt keinen Anspruch auf Einbürgerung. Insofern verfügen die Bürgergemeinden, die das Gemeindebürgerrecht zusichern, über einen gewissen Ermessensspielraum. Das bedeutet aber nicht, dass sie in ihrem Entscheid völlig frei sind. Gemeinwesen, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, sind an die Grundrechte gebunden und haben zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV; vgl. BGE 135 I 265 E. 4.2). Sie haben ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Die gesuchstellenden Personen können sich auf die verfassungsmässigen und gesetzlichen Garantien berufen, dass die Behörden bei ihrem Entscheid die allgemeinen Rechts- und Verfahrensgrundsätze befolgen. So haben sie insbesondere das Willkürverbot sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und sie müssen sich von sachlichen Motiven leiten lassen. Die Betroffenen haben Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs und – bei Gesuchsablehnung – auf eine rechtsgenügende Begründung (Art. 15b eidg. BüG; vgl. BGE 135 I 265 E. 4.3; GVP 2008 S. 105).

2.

2.1. Die Beschwerdeführenden rügen, dass das Einladungsschreiben des Beschwerdegegners vom 1. September 2016 zum Einbürgerungsgespräch keine Anhaltspunkte zu den einzelnen Gesprächsbestandteilen enthalten habe. Es fehle dem Schreiben an der Information, dass anlässlich dieses Gesprächs eine vertiefte Eignungsprüfung stattfinden würde, und insbesondere an der vorgängigen Orientierung über die Befragung zu detaillierten historischen Punkten, aufgrund welcher das Ein-

bürgerungsgesuch schliesslich abgelehnt worden sei. Dieses Vorgehen des Beschwerdegegners verstosse gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. in allgemeiner Weise gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. Überdies verletze das Vorgehen des Beschwerdegegners in prozessualer Hinsicht das Prinzip von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 BV.

2.2. Der Beschwerdegegner macht geltend, im Einladungsschreiben zum Einbürgerungsgespräch sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass mit diesem Gespräch die Eignung zur Einbürgerung geprüft werde. Damit seien sämtliche Behauptungen zur angeblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, des Grundsatzes der Fairness im Verfahren sowie des Prinzips von Treu und Glauben widerlegt. Dass mit der Einladung zum Einbürgerungsgespräch detailliert auf die Gesprächsthemen und die einzelnen Gesprächsteile hingewiesen werden müsse, sei weder vorgeschrieben noch üblich.

2.3. Zu der durch Art. 29 BV geschützten Verfahrensfairness gehört der in Art. 29 Abs. 2 BV besonders aufgeführte Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. RENÉ RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 309). Dieser dient der Sachaufklärung und garantiert den Verfahrensbeteiligten ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Sie haben insbesondere Anspruch auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnahme ihrer erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis. Voraussetzung dafür sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Dabei geht es nicht nur um formelle Abläufe wie insbesondere die Abnahme von Beweisen, sondern auch um inhaltliche Anforderungen (BGE 140 I 99 E. 3.4).

2.4. Obwohl dem Einbürgerungsentscheid auch eine politische Komponente innewohnt, ist das Einbürgerungsverfahren kein rechtsfreier Vorgang, wird doch darin über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden (BGE 141 I 60 E. 3.2). Die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gelten daher in geeigneter Weise auch im Verfahren der ordentlichen Einbürgerung (vgl. weiter oben Ziff. II. E. 1.3). Dazu zählt das Recht auf vorgängige Orientierung. Die Gesuchstellenden sind jedenfalls über diejenigen Verfahrensschritte vorweg zu informieren, die geeignet sind, den Entscheid über die Einbürgerung zu beeinflussen, und auf die sie sich gezielt vorbereiten können (BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 140 I 99 E. 3.5; Urteil des Bundesgerichts 1D_1/2017 vom 24. Mai 2017, E. 5.2). Wird anlässlich eines Einbürgerungsgesprächs Wissen geprüft, so drängt sich eine vorgängige Orientierung darüber auf (BGE 140 I 99 E. 3.7.2).

2.5.

2.5.1. Das Einladungsschreiben des Beschwerdegegners vom 1. September 2016 hielt fest, dass mit diesem Gespräch (d.h. dem Einbürgerungsgespräch) die Eignung zur Einbürgerung geprüft wird. Darüber hinausgehende Informationen zum Inhalt des Einbürgerungsgesprächs sind dem Schreiben nicht zu entnehmen.

2.5.2. Die Beurteilung der Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts richtet sich nach den Grundsätzen von § 5 kant. BüG. Die Ausgestaltung des Verfahrens dieser Eignungsprüfung ist gesetzlich nicht geregelt und liegt insoweit in der Kompetenz der Bürgergemeinden, welchen in diesem Bereich ein Ermessensspielraum zukommt. Die Bürgergemeinden können unter Vorbehalt der Beachtung höherrangigen Rechts die Prüfung des zur Eignung erforderlichen Wissens nach eigenen Vorstellungen regeln, sofern sich das gewählte Verfahren zur Überprüfung der infrage stehenden Voraussetzung eignet (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2015.00381 vom 11. November 2015, E. 4.3.2). Doch gerade weil die Bürgergemeinden in inhaltlicher Hinsicht über einen Ermessensspielraum verfügen, ist die Beachtung der formellen Verfahrensanforderungen umso bedeutsamer (BGE 141 I 60 E. 3.3).

2.5.3. Gemäss § 5 Abs. 2 kant. BüG ist insbesondere zu prüfen, ob die Bewerberinnen und Bewerber mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut sind und die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennen und beachten wollen (vgl. auch Art. 14 eidg. BüG).

Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass der Beschwerdegegner diese Kriterien dahingehend auslegt, dass die Bewerberinnen und Bewerber spezifische Fragen zur näheren Geschichte der Schweiz beantworten können müssen. Der Beschwerdegegner bringt im angefochtenen Entscheid zum Ausdruck, dass er dabei nicht nur geschichtliches Allgemeinwissen (wie zum Beispiel das Kennen der vom Beschwerdegegner als naheliegend bezeichneten Schlachten von Morgarten und Marignano) voraussetzt, sondern zusätzlich Kenntnisse über weniger bekannte historische Ereignisse (wie zum Beispiel die Burgunderkriege) verlangt. Weiter sollen die Einbürgerungswilligen gemäss dem angefochtenen Entscheid in der Lage sein, diese historischen Ereignisse in einen Zusammenhang mit örtlichen Brauchtümern zu setzen (beispielsweise den Zusammenhang der Schlacht am Morgarten und der Legoren Fasnacht) sowie geschichtlich relevante Angaben zu ausserkantonalen Denkmälern (beispielsweise zum Luzerner Löwendenkmal) zu machen.

Es kann somit festgestellt werden, dass der Beschwerdegegner überaus hohe, insbesondere geschichtsspezifische, Wissensanforderungen an das Kriterium der Vertrautheit mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten stellt. Mehrere Fragen des Einbürgerungstests gingen klar über generell als bekannt vorauszusetzendes Allgemeinwissen hinaus.

2.5.4. Unabhängig davon, ob das Vorliegen solch detaillierter, historischer Kenntnisse zum Nachweis der Eignung zur Einbürgerung überhaupt als geeignet erachtet werden kann (vgl. dazu nachfolgend Ziff. II. E. 3.2), wird im Hinblick auf den Ermessensspielraum bei der inhaltlichen Prüfung der Einbürgerungsvoraussetzungen jedenfalls nach einer entsprechend einwandfreien Beachtung der formellen Verfahrensanforderungen verlangt (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3). Wird wie im vorliegenden Fall detailliertes Wissen geprüft, drängt sich daher die bereits erwähnte vorgängige Orientierung (vgl. weiter oben Ziff. II. E. 2.4) geradezu auf. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll den Bewerberinnen und Bewerbern dadurch ermöglicht werden, sich sowohl inhaltlich als auch mental auf die Prüfung einzustellen, um so durch den Überraschungseffekt bewirkte kurzfristige Wissenslücken zu vermeiden (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.7.2). Denn um eine Prüfung bestehen zu können, benötigt man die Möglichkeit, sich angemessen auf sie vorbereiten zu können. Es ist notorisch, dass sich Bewerberinnen und Bewerber für eine Einbürgerung – ähnlich wie bei schulischen Examen – teilweise vertieft und unter Verwendung spezifischer Lehrmittel auf die Prüfung des Wissens vorbereiten, das ihre Integration belegen soll (BGE 140 I 99 E. 3.7.2). Dies gilt vor allem dann, wenn eine Einbürgerungsbehörde Wissen prüft, dass die durchschnittliche Schweizerin bzw. der durchschnittliche Schweizer typischerweise nicht jederzeit und ohne entsprechende Vorbereitung abrufen kann.

Dieser Charakter kommt den im vorliegenden Fall verlangten, tiefer gehenden Geschichtskenntnissen klarerweise zu. Selbst eine vorzüglich integrierte Person müsste sich auf solche Fragen vorbereiten, da die durchschnittliche Schweizerin bzw. der durchschnittliche Schweizer im Alltag erfahrungsgemäss erheblich seltener mit solch detaillierten geschichtlichen Fragestellungen konfrontiert wird, als mit anderen einbürgerungsrelevanten Themengebieten wie zum Beispiel der Staatsorganisation oder der Schweizer Rechtsordnung. Sofern die prüfende Behörde eine Wissensprüfung durchführen will, anlässlich derer Kenntnisse geprüft werden, die typischerweise spezifisch vorbereitet werden müssen, gebietet es der Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. der allgemeine Grundsatz der Verfahrensfairness, dass die Bewerberinnen und Bewerber vorgängig über die gestellten Anforderungen informiert, und die verlangten Kenntnisse umschrieben werden (vgl. weiter oben Ziff. II. E. 2.4).

Den Bürgergemeinden stehen darüber hinaus verschiedenste Möglichkeiten zu Verfügung, um den Einbürgerungswilligen eine faire und chancengleiche Wissensprüfung im Einbürgerungsverfahren zu ermöglichen. Diese reichen vom zur Verfügung stellen von Unterlagen mit Informationen zum Prüfungsinhalt über die Angabe von entsprechenden Literaturhinweisen bis hin zur Durchführung von entsprechenden Einbürgerungskursen. So bietet denn auch der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Zug, welcher mit den Bewerberinnen und Bewerbern das staatsbürgerliche Gespräch durchführt, einen entsprechenden Vorbereitungskurs an und stellt

den Einbürgerungswilligen schriftliche Unterlagen zur Verfügung. Kenntnisse, welche über den durch diese Hilfsmittel vermittelten Inhalt hinausgehen, werden anlässlich des staatsbürgerlichen Gesprächs nicht verlangt.

2.5.5. Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführenden gemäss dem vorliegenden Sachverhalt keine dieser aufgezeigten Möglichkeiten angeboten. Das vorliegende Einladungsschreiben weist nicht einmal in den Grundzügen darauf hin, welche Kenntnisse von den Beschwerdeführenden an der Eignungsprüfung verlangt werden. Zudem kann von den Bewerberinnen und Bewerbern nicht verlangt werden, gestützt auf § 5 kant. BüG davon auszugehen, solch vertieftes Wissen in einem Einbürgerungsgespräch ohne entsprechende Vorankündigung wiedergeben zu müssen. Der Beschwerdegegner irrt somit, wenn er davon ausgeht, dass er mit dem schlichten Hinweis auf die allgemeine Eignungsprüfung sämtliche einschlägigen Verfahrensanforderungen erfüllt habe. Vielmehr offenbart sich bei der Würdigung des vorliegenden Sachverhalts eine stossende Diskrepanz zwischen dem Schwierigkeitsgrad der gestellten Wissensanforderungen auf der einen, und der den Beschwerdeführenden gewährten Vorbereitungsmöglichkeiten auf der anderen Seite.

Indem der Beschwerdegegner die Beschwerdeführenden nicht einmal in den Grundzügen über die verlangten Kenntnisse orientierte und sodann trotzdem eine detaillierte Wissensprüfung vorgenommen hat, ohne ihnen vorgängig die Chance auf eine angemessene Vorbereitung ermöglicht zu haben, hat er deren Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV bzw. in allgemeiner Weise den Grundsatz der Verfahrensfairness gemäss Art. 29 Abs. 1 BV in schwerer Weise verletzt.

2.6. Als Zwischenergebnis ist somit Folgendes festzuhalten: Der Beschwerdegegner hat in Zusammenhang mit dem vorliegenden Einbürgerungsverfahren den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und § 15 Abs. 1 VRG) bzw. in allgemeiner Weise den Grundsatz der Verfahrensfairness gemäss Art. 29 Abs. 1 BV verletzt. Nicht besonders schwerwiegende Verletzungen des rechtlichen Gehörs können ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffenen Personen die Möglichkeit erhalten, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2). In diesem Fall kann eine ausnahmsweise Heilung jedoch schon alleine aufgrund der Schwere der vorliegenden Gehörsverletzung nicht in Erwägung gezogen werden. Zudem würde eine solche ohnehin nicht in Betracht kommen, da sich der Regierungsrat bei der Überprüfung von Entscheiden der Bürgerräte gemäss § 30 Abs. 2 kant. BüG auf die Rechtskontrolle zu beschränken hat und ihm somit keine volle Kognition zusteht (vgl. weiter oben Ziff. I. E. 4). Folglich ist der angefochtene Beschluss aufgrund der formellen Natur des Verfahrensmangels unabhängig von dessen inhaltlicher Rechtmässigkeit aufzuheben (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.8; Urteil des Bundesgerichts 1D_1/2015 vom 1. Juli 2015 E. 2.7).

3. Nach dem Gesagten erübrigt sich eine Überprüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführenden. Im Hinblick auf die Neubeurteilung der Eignung der Beschwerdeführenden zur Einbürgerung sind allerdings folgende Bemerkungen anzufügen:

3.1. Der Beschwerdegegner ist auch bezüglich der inhaltlichen Anforderungen der Eignungsprüfung nachdrücklich auf die entsprechenden bundesrechtlichen Vorgaben und die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts hinzuweisen. Demnach hat die Eignungsprüfung anlässlich des Einbürgerungsverfahrens nicht nur vom Verfahren her, sondern auch mit Blick auf deren Inhalt fair zu sein. Die verlangten Anforderungen müssen sinnvoll erscheinen und namentlich einen massgeblichen Zusammenhang zur Einbürgerungsfrage aufweisen. Es darf von den Einbürgerungswilligen nicht mehr verlangt werden, als auch von einer durchschnittlichen Schweizerin bzw. einem durchschnittlichen Schweizer zu erwarten ist (Urteil des Bundesgerichts 1D_7/2015 vom 14. Juli 2016 E. 4.3 mit Hinweisen). Die Ermessensbetätigung der Einbürgerungsbehörde muss zudem pflichtgemäss erfolgen. Sie hat sich an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien und den weiteren verfassungsrechtlichen Schranken zu orientieren (vgl. MARCO DONATSCH, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 50 N. 26).

Die vorliegende Eignungsprüfung bestand im Wesentlichen aus einigen wenigen, sehr selektiv anmutenden Wissensfragen. Anstatt in allgemeiner und grundsätzlicher Weise die Kenntnisse der Beschwerdeführenden zu testen, schien sich die gewählte Fragenauswahl viel eher in wiederholter und tiefgehender Weise auf einige bestimmte Themengebiete zu fokussieren. Den von den Beschwerdeführenden korrekt beantworteten Fragen betreffend Vertrautheit mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten schenkte der Beschwerdegegner dagegen in seinem Entscheid wenig Beachtung. Auch kommt im angefochtenen Entscheid nicht zum Ausdruck, dass die Beschwerdeführenden Kontakte zu Nachbarinnen und Nachbarn pflegen und in einem Verein aktiv sind. Es erscheint fraglich, ob eine solche Eignungsprüfung den bundesrechtlichen Anforderungen genügt; insbesondere ob sie dem Willkürverbot gemäss Art. 9 BV, dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV, sowie dem verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten kann. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst im Rahmen des staatsbürgerlichen Gesprächs – welches die Beschwerdeführenden noch nicht absolviert haben – insbesondere auch historisches Wissen erfragt. Wie bereits erwähnt, bietet er zur Vorbereitung dieses Gesprächs Kurse an und stellt den Bewerberinnen und Bewerbern Unterlagen zur Verfügung. In diesem Kurs bzw. den Unterlagen wird in keiner Weise auf derart detailliertes historisches Wissen eingegangen, wie der Beschwerdegegner voraussetzt.

3.2. Im angefochtenen Beschluss führte der Beschwerdegegner weiter aus, dass gegen den Beschwerdeführer A.Y. ein Verdacht bestünde, gegen die schweizeri-

sche Rechtsordnung zu verstossen. Sein Einbürgerungsgesuch müsste demgemäss auch aus diesem Grund abgelehnt werden. Der Beschwerdegegner stützte diese Annahme auf eine von Beschwerdeführer A.Y. anlässlich des Einbürgerungsgesprächs gemachte Aussage, wonach er beim Vorführen «manchmal Hilfe habe». Aus den eingereichten Jahresabschlüssen gehe jedoch nicht hervor, dass für diese «Hilfe» ein Lohn bezahlt und Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet würden. Dies würde einen Verstoss gegen die schweizerische Rechtsordnung darstellen.

Diese Ausführungen sind bedenklich. Der angebliche Verdacht eines Verstosses gegen die schweizerische Rechtsordnung kann vom Beschwerdegegner nicht ansatzweise rechtsgenügend nachgewiesen werden. So haben die entsprechenden Abklärungen des Beschwerdegegners bei den Strafbehörden des Kantons Schwyz doch gerade ergeben, dass gegen den Beschwerdeführer A.Y. eben keine strafrechtlichen Verfahren hängig sind (Schreiben Kantonspolizei Schwyz vom 8. November 2016). Mithin handelt es sich beim vorliegenden Vorwurf um eine reine Behauptung. Es liegt nicht im Kompetenzbereich der Einbürgerungsbehörde, allfällige Straftatbestände zu untersuchen und zu würdigen, vielmehr ist dies die Aufgabe der Strafbehörden. Diese haben den Sachverhalt zu untersuchen und abzuklären, ob ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegt. Zudem ist auch im Einbürgerungsverfahren die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) zu beachten.

III.

(...)

Entscheid des Regierungsrates vom 19. Dezember 2017

2. Personalrecht

2.1 §§ 10 und 11 des Personalgesetzes

Regeste:
§ 10 des Personalgesetzes – missbräuchliche Kündigung infolge Verletzung des rechtlichen Gehörs. Eine Frist von total 15 Tagen für die Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme als Gewährung des rechtlichen Gehörs ist in Anbetracht der bereits vorgängig geführten diversen Gespräche sowie angesichts der zeitlichen Dringlichkeit ausreichend.
§ 11 des Personalgesetzes – nichtige Kündigung. Wird jemand nur für eine Anstellung krankgeschrieben, arbeitet aber in einer anderen Anstellung weiter, so muss von einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsverhinderung gesprochen werden, welche den Kündigungsschutz von § 11 Abs. 1 Bst. c PG entfallen lässt.

Aus dem Sachverhalt:

A. Herr B. war seit dem 1. August 2013 als Lehrbeauftragter an der M-Schule angestellt. Ab 1. August 2016 wurde Herr B. als Hauptlehrer an der M-Schule angestellt. Die Wahl zum Hauptlehrer erfolgte am 10. Dezember 2015, wobei vermerkt wurde, dass die im Wahlverfahren festgestellten und besprochenen Schwächen von Herrn B. in einer Zielvereinbarung festgehalten würden.

Am 7. Juni 2016 wurde zwischen der M-Schule und Herrn B. eine Zielvereinbarung getroffen, welche folgende Punkte umfasste:

- Persönliche pädagogisch-didaktische Weiterbildung;
- Hospitation;
- Klärung von Problemen mit Klassen.

B. Am 14. Juni 2016 fand ein Gespräch statt. Dabei wurde Herrn B. mitgeteilt, Eltern hätten Kritik angebracht, dass Herr B. am 14. Juni 2016 in drei Lektionen zu spät im Unterricht erschienen sei und dass die Klassenschnitte in den ersten Klassen zu tief seien. Die aktuelle Situation sei nicht mehr haltbar. Unter diesen Umständen würden alle personalrechtlichen Optionen offen gehalten.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2016 sprach die M-Schule gegenüber Herrn B. einen Verweis aus. Mit dem Verweis wurde die Auflage verknüpft, dass Herr B. in Zukunft die vorgeworfenen Verhaltensmängel vermeiden müsse. Insbesondere werde keine weitere Unpünktlichkeit akzeptiert, und es werde eine markante Steigerung im Bereich des didaktischen und pädagogischen Engagements erwartet. Folgende Kritikpunkte wurden geäussert:

- Regelmässige Unpünktlichkeit im Unterricht;
- Abwertende Bemerkungen gegenüber Schülerinnen und Schülern;
- Fehlende Empathie im Umgang mit Schülerinnen und Schülern;
- Unstimmigkeiten im Umgang mit Prüfungen;
- Ungenügende Unterrichtsvorbereitung;
- Zu tiefe Notendurchschnitte bei den Zwischennoten;
- Uneinsichtigkeit bei Kritik.

Am 24. August 2016 fand ein weiteres Gespräch statt. Dabei wurden folgende drei «roten Linien» definiert, an welche sich Herr B. zu halten habe:

- Korrekte Kommunikation innerhalb der Fachschaft und des Lehrerteams;
- Pünktlichkeit;
- Unterrichtsqualität.

Am 16. November 2016 fand ein weiteres Gespräch statt. Anlässlich dieses Gesprächs wurde eine Zwischenbilanz zum Monitoring bezüglich des schriftlichen Verweises vom 29. Juni 2016 gezogen. Die Schulleitung entschied in Absprache mit dem Fachvorstand Folgendes:

1. Herr B. wird bis Mitte Dezember 2016 erneut im Unterricht besucht. Sollten die Schulleitung und der Fachvorstand die erwartete markante Steigerung im didaktischen und pädagogischen Bereich erneut nicht feststellen, wird die Schulleitung die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31.7.17 prüfen.
2. In einer Klasse erachtet die Schulleitung die Situation als so verfahren, dass sie einen Lehrerwechsel per Ende des 1. Semesters 2016/17 prüft. Zu dieser Frage erwartet sie von Herrn B. innert Wochenfrist eine Stellungnahme.

Herr B. bemängelte, dass in der Besprechungsnotiz nicht genauer drin stehe, was besprochen worden sei. Darüber hinaus sei die Kritik an verschiedenen Lektionen für ihn nicht nachvollziehbar.

Am 16. Dezember 2016 fand ein weiteres Gespräch. Anlass war die Auswertung der Unterrichtsbesuche bei Herrn B. vom 16. November bis 16. Dezember 2016. Es wurde Herrn B. mitgeteilt, dass die erwartete Steigerung im didaktisch-methodischen und pädagogischen Bereich nicht in genügendem Umfang stattgefunden habe, und dessen Unterricht die von der Schule erwarteten Standards weiterhin nicht erfülle. Die Schulleitung und der Fachvorstand teilten Herrn B. deshalb mit, dass die Einleitung personalrechtlicher Massnahmen erwogen werde. Herr B. widersprach den vorstehend wiedergegebenen Aussagen.

C. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 der M-Schule wurde Herr B. zu einem Gespräch zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs auf den 11. Januar 2017 eingeladen. Begründet wurde dies wie folgt: Man sei mit den Leistungen von Herrn B. als Hauptlehrer nach wie vor nicht zufrieden. Deshalb müssten personalrechtliche Massnahmen in Betracht gezogen werden. Insbesondere stünden die Androhung der Entlassung sowie die Auflösung des Dienstverhältnisses zur Diskussion.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2017 teilte Herr B. dem Rektor der M-Schule mit, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, den Gesprächstermin vom 11. Januar 2017 wahrzunehmen. Er werde sich melden, wenn dies wieder möglich sei. Auch wurde ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis zugestellt, welches eine Arbeitsunfähigkeit von Herrn B. vom 27. Dezember 2016 bis 24. Februar 2017 bescheinigte.

D. Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 teilte der Rektor der M-Schule Herrn B. mit, wegen wiederkehrender Verhaltens- und Leistungsmängel prüfe die Schulleitung die Ergreifung personalrechtlicher Massnahmen, konkret die Androhung der Kündigung bzw. die Kündigung selbst. Da Herr B. nicht in der Lage gewesen sei, den angesetzten Gesprächstermin zu wahren, werde das rechtliche Gehör auf schriftlichem Wege gewährt. Die im Verweis vom 29. Juni 2016 verlangte markante Steigerung des pädagogischen Engagements sowohl in Bezug auf die Unterrichtsvorbereitung als auch im Unterricht selbst sei trotz Hinweis auf die möglichen Konsequenzen während des fast halbjährigen Monitorings nicht erfolgt. Der Unterricht erfülle die

didaktischen Mindeststandards der M-Schule weiterhin nicht. Ebenso lasse es Herr B. bei der Mitarbeit innerhalb der Fachschaft am notwendigen Engagement fehlen, und er gefährde mit seinem mangelnden Teamgeist eine gedeihliche Zusammenarbeit innerhalb des Fachbereichs. Aus diesen Gründen sehe man sich zum Wohle der Schülerschaft gezwungen, die Ergreifung personalrechtlicher Massnahmen zu prüfen.

Herrn B. wurde die Gelegenheit gegeben, bis 23. Januar 2017 eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2017 ersuchte der Rechtsvertreter von Herrn B. um eine Fristerstreckung zur Einreichung der Stellungnahme bis 7. Februar 2017. Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 wurde eine Fristerstreckung bis 26. Januar 2017 gewährt. Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 wurde der Rektor der M-Schule darauf hingewiesen, dass die beantragte Fristerstreckung dringend nötig sei, da die Instruktion aufgrund der Arbeitsunfähigkeit von Herrn B. beträchtlich erschwert sei.

E. Mit Schreiben vom 26. Januar 2017 an den Rektor der M-Schule hielt der Rechtsvertreter von Herrn B. fest, dass die M-Schule mit ihrem Vorgehen und der Verweigerung einer Fristerstreckung das rechtliche Gehör von Herrn B. massiv verletzt habe. Letzterer sei immer noch arbeitsunfähig und sein Gesundheitszustand lasse es momentan nicht zu, die benötigten Instruktionen einzuholen. Herrn B. werde es auf diese Weise verunmöglicht, das rechtliche Gehör lege artis zu wahren.

Die Herrn B. vorgeworfenen mangelhaften Leistungen seien das wohl prägnanteste Symptom der attestierten Krankheit Burnout und seien nicht einer Gleichgültigkeit oder gar einem mangelnden Willen zuzuschreiben. Ein Mangel in den didaktischen und pädagogischen Fähigkeiten werde bestritten. Zudem sei den Vorhalten zu entgegnen, dass die Rückmeldungen der Schülerinnen und Schüler keineswegs lediglich negativ ausgefallen seien, vielmehr habe Herr B. von den Schülerinnen und Schülern wiederholt ein Feedback eingeholt und zahlreiche gute Rückmeldungen und viel Anerkennung erhalten. Die Zielvorgaben vom 7. Juni 2016 habe er anstandslos erfüllt.

F. Mit Verfügung der M-Schule vom 27. Januar 2017 wurde das Arbeitsverhältnis mit Herrn B. (nachfolgend: Beschwerdeführer) per 31. Juli 2017 aufgelöst. Begründet wurde die Kündigung mit den gleichen Gründen wie die schriftliche Gewährung des rechtlichen Gehörs. Weiter wurde ausgeführt, dass ein Arbeitsverhältnis während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit während gewisser Sperrfristen nicht kündbar bzw. eine Kündigung während laufender Sperrfrist nichtig und damit rechtlich unbeachtlich sei. Da Herr B. aufgrund von Auskünften der Z-Schule seiner dortigen Arbeitstätigkeit offenbar weiterhin nachgehe, sei davon auszugehen, dass es sich bei der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit um eine arbeitsplatzbezogene Arbeit-

sunfähigkeit handle. Eine solche schliesse den Sperrfristenschutz aus. Vorliegend sei deshalb nicht von einem Kündigungshindernis auszugehen.

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1.1. Am 27. Dezember 2016 wurde dem Beschwerdeführer ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis von Dr. A. ausgestellt, wonach der Beschwerdeführer bis am 24. Februar 2017 «für die Anstellung in der M-Schule» zu 100 Prozent arbeitsunfähig sei. Die Kündigung wurde mit Verfügung vom 27. Januar 2017 ausgesprochen.

Zunächst ist deshalb von Amtes wegen zu prüfen, ob die Kündigung nicht während einer Sperrfrist ausgesprochen wurde, so dass die Kündigung nichtig wäre.

1.2. Gemäss § 11 Abs. 1 Bst. c PG ist die Kündigung seitens des Kantons unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie nach Ablauf der Probezeit während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall ausgesprochen wird. Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, entfaltet keine Rechtswirkung (§ 12 Abs. 1 PG).

Allerdings ist von dieser generellen Regelung die Konstellation zu unterscheiden, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist. Für die Beantwortung der Frage, ob eine solcherart bloss arbeitsplatzbezogene Arbeitsverhinderung den zeitlichen Kündigungsschutz von § 11 Abs. 1 Bst. c PG auszulösen vermag, ist vom Zweckgedanken dieses Paragrafen auszugehen. Dieser dient dem Schutz der bzw. des Arbeitnehmenden vor Verlust des Arbeitsplatzes in Zeiten, in welchen ihre bzw. seine Chancen gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. Wenn eine gesundheitliche Störung diesen Effekt nicht hat, soll daher auch die Sperrfrist nicht spielen. Damit muss der Kündigungsschutz von § 11 Abs. 1 Bst. c PG entfallen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 8, S. 1083 f.).

1.3. Das Arbeitsunfähigkeitszeugnis von Dr. A. hält eine Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers zu 100 Prozent «für die Anstellung in der M-Schule» fest. Der Beschwerdeführer kam während seiner Arbeitsunfähigkeit betreffend die M-Schule denn auch unbestrittenermassen seiner Arbeitstätigkeit an der Z-Schule weiterhin nach. Der Beschwerdeführer machte auch nie geltend, die Kündigung sei nichtig;

auch keine entsprechenden Entgegnungen auf die Argumentation der M-Schule führte er an. Deshalb muss von einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsverhinderung gesprochen werden, welche den Kündigungsschutz von § 11 Abs. 1 Bst. c PG entfallen lässt.

2. Mit Entscheid der M-Schule vom 27. Januar 2017 wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist für Lehrkräfte gemäss § 9 Abs. 3 PG aufgelöst.

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, das rechtliche Gehör sei in mehrfacher Hinsicht verletzt worden.

2.1.1. Der Beschwerdeführer führt vorab an, er habe keine Möglichkeit gehabt, seine Sichtweise vor Erlass der Verfügung angemessen einbringen zu können. Die M-Schule habe darauf verzichtet, ihm eine angemessene Nachfrist für eine Stellungnahme zu gewähren. Die M-Schule habe dem Beschwerdeführer wegen dessen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit jegliche Chance verwehrt, an der Entscheidfindung mitzuwirken. Überdies sei die Entscheidung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses festgestanden, bevor dem Beschwerdeführer überhaupt die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt worden sei. Mit diesem Vorgehen habe die Beschwerdegegnerin Verfahrensvorschriften verletzt, weil sie die Vorbringen des Beschwerdeführers nicht tatsächlich gehört und schon gar nicht sorgfältig und ernsthaft geprüft habe; die Vorbringen seien in der Entscheidfindung auch nicht angemessen berücksichtigt worden. Die Beschwerdegegnerin habe damit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers mannigfaltig verletzt.

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, angesichts der Tatsache, dass dem Beschwerdeführer innert Monatsfrist zweimal mündlich und schriftlich die Erwägung rechtlicher Massnahmen angekündigt worden sei, sei es nicht nachvollziehbar, dass die Mitteilung solcher Massnahmen (Anordnung der Entlassung, Auflösung des Dienstverhältnisses) in der Einladung zum rechtlichen Gehör vom 22. Dezember 2016 für den Beschwerdeführer 'überraschenderweise' erfolgt sein solle. Vor diesem Hintergrund sei die gewährte Zeitspanne vom 11. bis 23. Januar 2017 inklusive Fristerstreckung bis am 26. Januar 2017 ausreichend, da der Beschwerdeführer spätestens seit der Aktennotiz vom 16. November 2016 gewusst habe, dass die Schulleitung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 erwäge.

a) Vor der Kündigung ist den Mitarbeitenden das rechtliche Gehör zu gewähren, und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Die Kündigung ist gemäss § 13 PG unter anderem dann missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist prozessorientiert auf die Entscheidfindung im Einzelfall hin ausgerichtet und gewährleistet ef-

fektive Mitwirkung der Betroffenen im Verfahren. Das rechtliche Gehör ist einerseits ein persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blossen Verfahrensobjekt. Andererseits ist es ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidgrundlagen und ermöglicht im Rahmen des Verfahrensrechts die Einführung der Sicht der Betroffenen. Der Anspruch ergibt sich allein aus dem Verfahren heraus und gilt vorbehaltlos. Inhalt und Umfang des Gehörsanspruchs sind nicht abstrakt zu umschreiben, sondern am Anspruch auf wirksame Mitwirkung anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu konkretisieren. Das rechtliche Gehör umfasst verschiedene Teilgehalte, stellt eine Minimalgarantie dar und wird durch das Verfahrensrecht im Einzelnen umschrieben (Steinmann, in: Ehrenzeller / Matronardi / Schweizer / Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 21 zu Art. 29 BV, mit weiteren Hinweisen). Die einzelnen Teilgehalte – Anspruch auf Orientierung, Äusserung, Teilnahme am Beweisverfahren und Begründung – konkretisieren das Recht auf wirksame Partizipation im Hinblick auf den unmittelbaren Prozess der Entscheidfindung und sind trotz ihrer unterschiedlichen Aspekte als Einheit zu verstehen (Steinmann, a.a.O., N 23 zu Art. 29 BV). Der Anspruch auf rechtliches Gehör räumt den Betroffenen das Recht ein, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zu allen wesentlichen Punkten, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts betreffen, (zumindest schriftlich) zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (Steinmann, a.a.O., N 25 zu Art. 29 BV; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2165/2007 vom 21. Januar 2010, E. 3.1; Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 520). Bevor die Behörde eine Anordnung trifft, muss sie den Betroffenen davon in Kenntnis setzen, damit er sich dazu äussern kann (konstante Rechtsprechung; statt vieler vgl. BGE 122 II 274 ff).

Aus der Bundesverfassung wird kein allgemeiner Anspruch abgeleitet, welcher der Behörde verbieten würde, dem Betroffenen eine bestimmte Äusserungsfrist einzuräumen. Jedenfalls verletzt die Ansetzung einer Äusserungsfrist durch die Behörde nicht den grundrechtlichen Gehörsanspruch. Die Rechtzeitigkeit der Äusserung kann unmittelbar durch gesetzliche oder durch behördlich angesetzte Fristen gewährleistet sein. Dadurch will man dem Interesse eines geordneten Verfahrensganges Rechnung tragen. Grundsätzlich soll aber davon ausgegangen werden, dass die Frist angemessen sein muss, d. h. so bemessen, dass sie den Betroffenen eine gehörige Wahrung ihres Äusserungsrechts – gegebenenfalls unter Beizug einer Rechtsvertreterin oder eines Rechtsvertreters – tatsächlich ermöglicht. Den Betroffenen soll hinreichend Zeit eingeräumt werden, um eine fundierte Stellungnahme zur Sache einreichen zu können: Bei der schriftlichen Ausübung des Äusserungsrechts muss die Frist genügend lang gesetzt werden, damit den Betroffenen hinreichend Zeit verbleibt, um die Eingabe vorzubereiten und zu redigieren. Massgebend für die Fristbemessung sollen die konkreten Fallumstände sein. Ins Gewicht fallen insbeson-

dere die Komplexität der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen, der Umfang des Verfahrensstoffs und die Person des Berechtigten, andererseits aber auch die Interessen der Verfahrensökonomie und der Verfahrensbeschleunigung, worunter auch die allfällige Dringlichkeit der zu treffenden Massnahmen fällt (vgl. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 341 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2165/2007 vom 21. Januar 2010, E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-328/2012 vom 27. Februar 2013; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2227/2012 vom 11. September 2013, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 1C_128/2010 vom 8. Juni 2010).

b) Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 lud die M-Schule den Beschwerdeführer zu einem Gespräch auf den 11. Januar 2017 zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs ein. Mit diesem Schreiben wurde der Beschwerdeführer auch informiert, dass man mit seinen Leistungen als Hauptlehrer nach wie vor nicht zufrieden sei, wie man ihm dies schon mehrfach in Gesprächen und letztmals am 16. Dezember 2016 mitgeteilt habe. Man wolle und könne vor dieser Situation nicht die Augen verschliessen und müsse auf förmlichem Weg personalrechtliche Massnahmen in Betracht ziehen. Insbesondere folgende Anordnungen stünden zur Diskussion: Androhung der Entlassung oder Auflösung des Dienstverhältnisses. Ferner wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, welche Personen am Gespräch teilnehmen würden, dass er sich von einer Person seines Vertrauens begleiten lassen könne und wie die Sitzung aufgebaut sein werde.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2017 teilte der Beschwerdeführer der M-Schule mit, wie aus dem Arztzeugnis vom 27. Dezember 2016 hervorgehe, sei er nicht in der Lage, den Gesprächstermin vom 11. Januar 2017 wahrzunehmen. Weiter bat er darum, ihm alle für das Gespräch vom 11. Januar 2017 vorgesehenen Inhalte schriftlich bekanntzugeben.

Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 gewährte die M-Schule dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör auf schriftlichem Weg. Darin wurde dem Beschwerdeführer detailliert aufgezeigt, an welchen Daten welche Gespräche mit welchen Inhalten stattgefunden hatten. Es wurde auch festgehalten, dass am 29. Juni 2016 ein schriftlicher Verweis erteilt worden sei, verknüpft mit der Auflage, die vorgeworfenen Verhaltensmängel in Zukunft zu vermeiden. Am 16. November 2016 sei ihm mitgeteilt worden, dass er bis Mitte Dezember 2016 nochmals vom Fachvorstand, vom zuständigen Prorektor und vom Rektor im Unterricht besucht und eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 geprüft werde, falls die erwartete markante Steigerung im pädagogischen und didaktischen Bereich weiterhin nicht feststellbar sein sollte. Nach den Unterrichtslektionen habe die Schulleitung dem Beschwerdeführer am 16. Dezember 2016 mitgeteilt, dass die im didaktisch-methodischen und pädagogischen Bereich erwartete Steigerung erneut

nicht habe festgestellt werden können, weshalb als Nächstes personalrechtliche Massnahmen erwogen würden. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die im Verweis vom 29. Juni 2016 verlangte markante Steigerung des pädagogischen Engagements sowohl in Bezug auf die Unterrichtsvorbereitung als auch im Unterricht selbst, trotz Hinweis auf die möglichen Konsequenzen, während des fast halbjährigen Monitorings nicht erfolgt sei. Der Unterricht des Beschwerdeführers erfülle die didaktischen Mindeststandards der M-Schule weiterhin nicht. Ebenso lasse es der Beschwerdeführer bei der Mitarbeit innerhalb der Fachschaft am notwendigen Engagement fehlen und gefährde mit seinem mangelnden Teamgeist eine gedeihliche Zusammenarbeit innerhalb des Fachbereichs. Aus diesem Grund sehe man sich zum Wohle der Schülerschaft gezwungen, die Ergreifung personalrechtlicher Massnahmen zu prüfen. Dem Beschwerdeführer wurde mit diesem Schreiben vom 11. Januar 2017 Frist bis zum 23. Januar 2017 zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme angesetzt.

Am 19. Januar 2017 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers darum, die Frist um 15 Tage, also bis zum 7. Februar 2017, zu erstrecken. Man sei dringend auf die Fristerstreckung angewiesen, denn nebst dem hohen Arbeitsanfall erschwere auch der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers die notwendige Instruktion. Am 20. Januar 2017 wurde dieses Schreiben auch noch per E-Mail zugestellt.

Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 teilte der Rektor der M-Schule dem beschwerdeführenden Rechtsvertreter mit, da für den Beschwerdeführer genügend Zeit vorhanden gewesen sei, einen Anwalt zu mandatieren, und man bezüglich der auszusprechenden Massnahme fristgebunden sei, werde eine letztmalige Fristerstreckung bis 26. Januar 2017 gewährt.

Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nochmals darum, die Frist antragsgemäss zu erstrecken.

Am 26. Januar 2017 liess der Beschwerdeführer sich schliesslich kurz zum Sachverhalt vernehmen. Vorab hielt er fest, dass die M-Schule mit ihrem Vorgehen und der Verweigerung einer Fristerstreckung das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers massiv verletzt habe. Dieser sei immer noch arbeitsunfähig und sein Gesundheitszustand lasse es momentan nicht zu, die benötigten Instruktionen einzuholen. Die Stellungnahme zum Sachverhalt ergehe daher nur fragmentarisch und in aller Kürze.

c) Die dem Beschwerdeführer eingeräumte Frist von total 15 Tagen (vom 11. Januar bis 26. Januar 2016, inkl. Fristerstreckung) für die Abgabe einer Stellungnahme als Gewährung des rechtlichen Gehörs erscheint auf den ersten Blick knapp. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer anlässlich diverser Gespräche seit Mitte 2016 mehrmals Gelegenheit hatte, sich zum Sachverhalt zu äussern. Bereits am 16. November 2016 wurde dem Beschwerdeführer gegen-

über erwähnt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 geprüft werden müsse, wenn die erwartete markante Steigerung im didaktischen und pädagogischen Bereich nicht feststellbar sei. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 informierte die M-Schule den Beschwerdeführer sodann darüber, dass sie personalrechtliche Massnahmen, nämlich die Androhung der Entlassung oder die Auflösung des Dienstverhältnisses in Betracht ziehe. Der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter wussten zudem, dass, sollte der Entscheid auf das Aussprechen einer Kündigung fallen, dies aufgrund der Kündigungsfrist für Lehrpersonen gemäss § 10 Abs. 2 PG vor Ende Januar 2017 zu geschehen hatte, wenn man mit der Kündigung nicht ein Jahr zuwarten wollte, und dass der Angelegenheit aus Sicht der M-Schule somit höchste zeitliche Dringlichkeit zukam. Damit musste es dem Beschwerdeführer und seinem Rechtsvertreter klar sein, dass sie mit einer relativ kurzen, nur um wenige Tage erstreckbaren Frist rechnen mussten. Der Beschwerdeführer bevollmächtigte seinen Rechtsvertreter erst am 18. Januar 2017, obwohl er bereits mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 über die möglicherweise erfolgende Kündigung in Kenntnis gesetzt worden war. Dem beschwerdeführenden Rechtsvertreter musste es sodann bewusst sein, dass nur eine kurze Frist für die Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs zur Verfügung stehen wird. Mit Annahme des Mandats wusste der Rechtsvertreter damit auch, dass der hohe Arbeitsanfall bei ihm dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen durfte.

Da der Beschwerdeführer nur betreffend die Anstellung an der M-Schule arbeitsunfähig war, er aber an der Z-Schule unbestrittenermassen weiterhin arbeitete, kann auch der Einwand nicht gehört werden, eine Instruktion sei aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen.

Damit ist die dem Beschwerdeführer gesetzte Frist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs als ausreichend zu betrachten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2165/2007 vom 21. Januar 2010, E. 3.3 f.), zumal es sich beim Gegenstand der Abklärungen, zu welchen das rechtliche Gehör gewährt wurde, nicht um besonders umfangreiche oder komplizierte Sachverhaltselemente handelt.

2.2. Sodann argumentiert der Beschwerdeführer mit Verweis auf eine E-Mail vom 24. Januar 2017, dass die Entlassung des Beschwerdeführers bereits vor der Kündigungsverfügung festgestanden sei. Damit verletze die Beschwerdegegnerin Verfahrensrecht, wodurch die Kündigungsverfügung ebenfalls als missbräuchlich zu qualifizieren sei.

a) Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 an den beschwerdeführenden Rechtsvertreter führte der Rektor der M-Schule aus: «In Ihrem Schreiben vom 19. Januar 2017 bitten Sie mich um eine Fristerstreckung für die schriftliche Stellungnahme zum rechtlichen Gehör Ihres Klienten Herr B. um 15 Tage (bis 7. Februar 2017 statt bis 23. Januar 2017). Da für Herrn B. genügend Zeit vorhanden war, einen Anwalt zu man-

datieren, und wir bezüglich der auszusprechenden Massnahme fristgebunden sind, gewähre ich Ihnen eine letztmalige Fristerstreckung bis Donnerstag, den 26. Januar 2017.»

b) Für die von der M-Schule in Betracht gezogene Massnahme einer Kündigung bestand eine gewisse Dringlichkeit, wenn man mit der Kündigung nicht ein Jahr zuwarten wollte, da den Lehrpersonen der kantonalen Schulen bekanntlich nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf Ende eines Schuljahres gekündigt werden kann (§ 10 Abs. 2 PG). Mit der E-Mail vom 24. Januar 2017 wurde dem beschwerdeführenden Rechtsvertreter allerdings lediglich die gewünschte Fristerstreckung nicht gewährt, um der vorliegenden Dringlichkeit gerecht zu werden. In keiner Weise wurde darin erwähnt, dass der entsprechende Entscheid schon gefällt sein könnte. Damit kann auch die Argumentation des Beschwerdeführers, die Kündigung sei missbräuchlich, weil der Entscheid bereits vor Gewährung des rechtlichen Gehörs gefällt worden sei, nicht gehört werden.

2.3. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat, weshalb die Kündigung aus diesem Grund nicht missbräuchlich ist.

3.1. Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die Kündigung sei missbräuchlich, weil die M-Schule keine weniger weitreichenden Massnahmen erwogen habe. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 habe die M-Schule lediglich eine mögliche Androhung der Entlassung des Beschwerdeführers in Betracht gezogen, und es sei auch keine mildere Massnahme vorgeschlagen worden, obwohl das Gesetz ausdrücklich dazu verpflichte.

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, der Behauptung, dass die Schulleitung vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses keine minderen rechtlichen Massnahmen erwogen habe, stehe zum einen die Tatsache entgegen, dass die Schulleitung dem Beschwerdeführer am 29. Juni 2016 mit dem schriftlichen Verweis eine mindere Massnahme erteilt habe. Zum anderen habe sie dem Beschwerdeführer während des viermonatigen Monitorings und des darin integrierten vielfältigen Feedbacks zu seinem Unterricht ausführlich Gelegenheit gegeben, die ihm seit dem Feedback zum Wahlverfahren vom 14. Dezember 2015 bekannten didaktischen und pädagogischen Schwächen zu beheben. Die in der Einladung zum rechtlichen Gehör vom 22. Dezember 2016 erwähnte Androhung der Entlassung als mögliche Massnahme habe die Schulleitung erst nach reiflicher Abwägung verworfen. Ausschlaggebend für diesen Entscheid seien folgende Gründe gewesen:

a) die Tatsache, dass mit dem schriftlichen Verweis vom 29. Juni 2016 bereits eine mildere Massnahme verfügt worden sei;

b) die Tatsache, dass im Rahmen des viermonatigen Monitorings trotz der vielfältigen, konkreten Feedbacks die festgestellten didaktischen und pädagogischen Mängel nicht behoben worden seien;

c) die Feststellung, dass das schriftliche Gehör vom 26. Januar 2017 keine stichhaltigen Gründe für eine weitere mildere Massnahme enthalten hätten.

3.2. 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, Versetzung an eine andere Stelle oder Androhung der Entlassung). Diese Bestimmung will dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Nachachtung verschaffen. 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, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, 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 eine langjährige Mitarbeitende oder einen langjährigen Mitarbeiter von einschneidenderer Bedeutung als für eine bzw. einen jüngeren.

3.3. Am 14. Juni 2016 fand ein Gespräch statt. Dabei wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, Eltern hätten Kritik angebracht, dass ersterer am 14. Juni 2016 in drei Lektionen zu spät im Unterricht erschienen sei, und dass die Klassenschnitte in den ersten Klassen zu tief seien. Dem Beschwerdeführer wurde mitgeteilt, die aktuelle Situation sei nicht mehr haltbar. Unter diesen Umständen würden alle personalrechtlichen Optionen offen gehalten.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2016 sprach die M-Schule gegenüber dem Beschwerdeführer explizit gestützt auf § 10 Abs. 5 PG einen Verweis aus. Mit dem Verweis wurde die Auflage verknüpft, dass Herr B. in Zukunft die vorgeworfenen Verhaltensmängel vermeiden müsse. Insbesondere werde keine weitere Unpünktlichkeit akzeptiert, und es werde eine markante Steigerung im Bereich des didaktischen und pädagogischen Engagements erwartet. Folgende Kritikpunkte wurden geäussert:

- Regelmässige Unpünktlichkeit im Unterricht;
- Abwertende Bemerkungen gegenüber Schülerinnen und Schülern;
- Fehlende Empathie im Umgang mit Schülerinnen und Schülern;
- Unstimmigkeiten im Umgang mit Prüfungen;
- Ungenügende Unterrichtsvorbereitung;
- Zu tiefe Notendurchschnitte bei den Zwischennoten;
- Uneinsichtigkeit bei Kritik.

Anlässlich der Gespräche vom 24. August 2016 und vom 16. November 2016 wurden dem Beschwerdeführer die bereits festgehaltenen Mängel erneut aufgezeigt. Am 24. August 2016 wurde ein Monitoring in Aussicht gestellt, welches folgende Punkte umfassen sollte: Einholung Feedback bei der Schülerschaft, unangekündigte Unterrichtsbesuche, stichprobenartige Überprüfung der Pünktlichkeit sowie Meldung weiterer Fälle von inkorrekter Kommunikation. Am 16. November 2016 wurde dem Beschwerdeführer als Zwischenbilanz des Monitorings mitgeteilt, betreffend Pünktlichkeit seien seit den Sommerferien keine Mängel mehr festgestellt worden. Die verlangte Steigerung im didaktischen und pädagogischen Bereich habe hingegen nicht festgestellt werden können. Wenn aufgrund weiterer Unterrichtsbesuche keine markante Steigerung im didaktischen und pädagogischen Bereich festgestellt werden könne, müsse die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 geprüft werden.

Mit dem erwähnten Verweis, dem Monitoring sowie mit den erteilten Auflagen wurden gegenüber dem Beschwerdeführer personalrechtliche Massnahmen im Sinne von weniger weitreichenden Massnahmen gemäss § 10 Abs. 4 PG ausgesprochen. Der Verweis wurde auch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Im Kündigungsverfahren wurde auf den am 29. Juni 2016 ausgesprochenen Verweis sowie die erwähnten Gespräche und Auflagen Bezug genommen. Zudem wurde auch die Androhung der Entlassung geprüft. Es ist daher festzuhalten, dass die M-Schule nicht nur weniger weitreichende Massnahmen geprüft, sondern vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch ausgesprochen hat. Mithin ist festzustellen, dass die M-Schule weniger weitreichende Massnahmen im Sinne von § 10 Abs. 4 PG erwogen und diese dem Beschwerdeführer rechtsgenüglich mitgeteilt hat, weswegen sich die Kündigung vom 27. Januar 2017 nicht missbräuchlich infolge Verletzung von § 10 Abs. 4 PG erweist. Die Kündigung war im Interesse eines reibungslosen Schulbetriebs und mit Rücksicht auf die Schülerschaft nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich.

4. Der Vollständigkeit halber ist von Amtes wegen zu prüfen, ob für die Kündigung auch ein sachlicher Grund vorlag.

4.1. Gemäss § 10 Abs. 1 PG kann ein Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Mitarbeitenden geltenden Kündigungsfristen und -termine gekündigt werden. Eine Kündigung seitens des Kantons ist gemäss § 13 PG unter anderem missbräuchlich, wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt.

Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz beschränkt sich demnach nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts, sondern geht weiter (vgl. Entscheid 2A.71/2001 des Bundesgerichts vom 22. Mai 2001). Als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber hat der Kanton Zug auch verfassungsrechtliche Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Grundsatz von Treu und Glauben

zu beachten. Das Erfordernis der sachlichen Begründetheit einer Entlassung ist eine Folge des Willkürverbots. Dabei müssen die Entlassungsgründe von einem gewissen Gewicht sein. Indessen ist es nicht erforderlich, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheint; es reicht aus, wenn die Weiterbeschäftigung des oder der betreffenden Mitarbeitenden dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 299). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung und zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass weniger einschneidende Massnahmen, wie beispielsweise eine Verwarnung, nicht ebenfalls zum Ziel führen würden. Drittens muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (Urteil PB.2009.00013 des Verwaltungsgericht Zürich vom 13. Januar 2010, Erw. 2.2).

4.2. Das Personalgesetz lehnt sich bei der Formulierung der Voraussetzungen, welche eine Auflösung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich erscheinen lassen, an die in Art. 336 Abs. 1 OR genannten Gründe, weshalb bei der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, die zu Art. 336 Abs. 1 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden kann.

Als sachliche Gründe im Sinne des PG können beispielsweise genannt werden die nicht befriedigende Erfüllung dienstlicher Aufgaben über längere Zeit, gravierendes Fehlverhalten, die erhebliche Störung des Arbeitsklimas, die Weigerung, im Zuge einer Funktionsänderung eine andere zumutbare Aufgabe zu übernehmen oder die ersatzlose Aufhebung der Stelle (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, Vorlage Nr. 130.4, Laufnummer 8257, S. 54).

4.3. Nachfolgende Ausführungen zeigen auf, dass für die Kündigung auch ein sachlicher Grund vorlag:

4.3.1. Bereits vor der Festanstellung des Beschwerdeführers als Hauptlehrer per 1. Juli 2016 wurde mit diesem am 7. Juni 2016 eine Zielvereinbarung getroffen. Konkret enthielt diese Zielvereinbarung folgende Punkte:

1) Persönliche pädagogisch-didaktische Weiterbildung, unter anderem Studium von «John Hattie: Lernen sichtbar machen für Lehrpersonen».

2) Hospitation mit dem Fokus «offener vs. eng geführter Unterricht» im Schuljahr 2016/17 (inkl. Abschlussgespräch mit dem zuständigen Schulleitungsmitglied).

3) Klärung von Problemen mit Klassen:

– Analyse und Optimierung des eigenen Vorgehens bei Kritik durch Schülerinnen, Schüler oder Eltern.
– Diesbezügliches Coaching mit der Lehrberatungsstelle durchführen.
– Abschlussgespräch mit dem zuständigen Schulleitungsmitglied.

4.3.2. Am 29. Juni 2016 erteilte die M-Schule dem Beschwerdeführer einen schriftlichen Verweis und verknüpfte diesen mit der Auflage, die im Verweis erwähnten Verhaltensmängel zu vermeiden. Explizit wurde im Verweis darauf hingewiesen, dass sein wiederholtes Zuspätkommen im Unterricht nicht mehr akzeptiert und von ihm in Zukunft eine markante Steigerung im Bereich des pädagogischen und didaktischen Engagements erwartet werde. Nach den Sommerferien teilte die M-Schule dem Beschwerdeführer in einer Besprechung vom 24. August 2016 mit, dass die Umsetzung der im Verweis gemachten Auflagen in den folgenden Wochen in einem Monitoring überprüft werde. Im Rahmen des Monitorings würde er einerseits durch den Fachvorstand, den zuständigen Prorektor und den Rektor der M-Schule im Unterricht besucht, andererseits würden bei den von ihm unterrichteten Klassen und Kursen schriftliche Feedbacks bei der Schülerschaft eingeholt.

4.3.3. Am 16. November 2016 teilte der Rektor der M-Schule dem Beschwerdeführer das auf sechs Unterrichtsbesuchen und den schriftlichen Feedbacks bei der Schülerschaft basierende Zwischenergebnis des Monitorings mit: Während bei der Pünktlichkeit seit den Sommerferien keine Mängel mehr festgestellt worden seien, hätten die Schulleitung und der Fachvorstand keine wesentlichen Veränderungen in Bezug auf das didaktische und pädagogische Engagement feststellen können. Die Unterrichtsbesuche hätten im Gegenteil einen klaren Mangel an Unterrichtsvorbereitung, -aufbau und Zielorientierung gezeigt. Diese Mängel seien durch die bei sechs Klassen eingeholten schriftlichen Feedbacks der Schülerschaft bestätigt worden. Der Rektor der M-Schule habe dem Beschwerdeführer eine Kopie der Schülerfeedbacks überreicht und ihn explizit auf die Bereiche hingewiesen, bei welchen sowohl aufgrund der eigenen Beobachtungen als auch der Feedbacks der Schülerschaft der grösste Handlungsbedarf bestand. Der Rektor der M-Schule habe ihm mitgeteilt, dass er bis Mitte Dezember 2016 nochmals vom Fachvorstand, vom zuständigen Prorektor und von ihm selbst im Unterricht besucht werde und er eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2017 prüfen werde, falls die erwartete markante Steigerung im pädagogischen und didaktischen Bereich weiterhin nicht feststellbar sein sollte.

4.3.4. Vom 16. November bis 15. Dezember 2016 wurde der Beschwerdeführer vom Fachvorstand, vom zuständigen Prorektor und vom Rektor der M-Schule in insgesamt 10 Unterrichtslektionen besucht. Am 16. Dezember 2016 teilte die Schulleitung dem Beschwerdeführer das Ergebnis der Auswertung dieser Besuche mit. In

didaktisch zentralen Bereichen seien weiterhin klare Mängel festgestellt worden. Der Rektor der M-Schule habe dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass die bei ihm im didaktisch-methodischen und pädagogischen Bereich erwartete Steigerung erneut nicht festgestellt worden sei und sein Unterricht die von der Schule erwarteten Standards weiterhin klar nicht erfülle. Der Rektor der M-Schule habe ihn darüber orientiert, dass als Nächstes personalrechtliche Massnahmen erwogen würden.

4.4. Vorstehende Ausführungen zeigen, dass die M-Schule mit dem pädagogischen Engagement des Beschwerdeführers sowohl in Bezug auf die Unterrichtsvorbereitung als auch im Unterricht selbst über längere Zeit nicht zufrieden war. Trotz Hinweis auf die möglichen Konsequenzen während des fast halbjährigen Monitorings erfüllte der Unterricht des Beschwerdeführers die didaktischen Mindeststandards der M-Schule nicht. Auch kritisierte die M-Schule das fehlende Engagement des Beschwerdeführers innerhalb der Fachschaft Physik. Das durchgeführte Monitoring im Herbst 2016 bestätigte die Mängel in der Unterrichtsvorbereitung, im Unterrichtsaufbau und in der Zielorientierung. Die Vorwürfe der M-Schule werden untermauert durch negative Rückmeldungen der Klassen und Eltern, wobei die Feedbacks der Schülerschaft (eingeholt bei sechs der vom Beschwerdeführer sieben unterrichteten Klassen) dem Beschwerdeführer auch abgegeben wurden. Insbesondere wird dem Beschwerdeführer mehrfach vorgeworfen, den Unterricht ungenügend zu dokumentieren, unvorbereitet oder zu wenig vorbereitet die Schulstunden zu bestreiten, den Unterricht unstrukturiert, unmotiviert und uninteressiert durchzuführen, Schülerinnen und Schüler respektlos zu behandeln. Zwar wurde der Beschwerdeführer unbestrittenermassen zum Hauptlehrer gewählt, jedoch wurden ihm in diesem Zusammenhang Auflagen diktiert, was darauf schliessen lässt, dass die Leistungen des Beschwerdeführers bereits im Zeitpunkt der Festanstellung in gewissen Bereichen ungenügend waren. Es ist deshalb als erwiesen zu erachten, dass der Beschwerdeführer didaktische und pädagogische Unzulänglichkeiten aufwies, welche diesem auch mehrfach kommuniziert worden waren. Dabei kann der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorhalte seien ihm gegenüber ungenügend oder unklar formuliert worden, so dass er nicht gewusst habe, was von ihm erwartet werde, nicht gehört werden: Sowohl die Feedbacks der Schülerschaft als auch der Verweis vom 29. Juni 2016 geben detailliert darüber Auskunft, wo das Verbesserungspotenzial lag.

Auch der Einwand des Beschwerdeführers, ein angeblicher Leistungs- oder Verhaltensmangel liege nicht etwa an einem mangelnden Willen oder an Gleichgültigkeit, sondern wäre vielmehr den Symptomen des Burnouts zuzuschreiben, kann nicht gehört werden. Die vorgeworfenen und angesprochenen Mängel mussten von Beginn der Anstellung an immer wieder thematisiert werden und wurden auch immer wieder aufgegriffen. Es fand nicht ein (plötzlicher) Leistungs- oder Verhaltensabfall statt, sondern die gewünschte Steigerung in der Leistung und im Verhalten konnten trotz mehrmaliger entsprechender Hinweise nicht festgestellt werden. Darüber hin-

aus unterrichtete der Beschwerdeführer an der Z-Schule weiterhin, was gegen ein Burnout spricht.

Die Kündigung war damit sachlich begründet. Die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers widersprach dem öffentlichen Interesse. In Berücksichtigung der Akten kann der Beschwerdegegnerin nicht vorgeworfen werden, sie habe sich beim Entscheid, den Beschwerdeführer zu entlassen, missbräuchlich verhalten. Es ist vielmehr nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdegegnerin für die Kündigung des Beschwerdeführers entschied. Der Entscheid der Beschwerdegegnerin für eine Entlassung des Beschwerdeführers ist mithin nicht zu beanstanden. Entsprechend ist dem Beschwerdeführer auch keine Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung zuzusprechen.

(...)

Entscheid des Regierungsrats vom 21. August 2017

2.2 § 11 PG

Regeste:
§ 11 PG – Jede auf einem neuen Grund beruhende Krankheit löst eine neue Sperrfrist aus. Ein Zusammenzählen der Fehltage erfolgt damit nur (aber immerhin), wenn aufgrund derselben gesundheitlichen Ursache mehrere Absenzperioden vorkommen. Wesentlich ist, ob die Verhinderung auf dieselbe gesundheitliche Ursache zurückgeht. Ein Rückfall oder eine Folgeerscheinung lösen also keine neue Sperrfrist aus.

Aus dem Sachverhalt:

A. B. arbeitete seit dem 1. Januar 2010 in einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent beim Amt I., vorerst in einem bis zum 31. Dezember 2011 befristeten und ab dem 1. Januar 2012 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

B. Aufgrund von Hinweisen der Schweizerischen Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBIK) eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen B. Nachdem der Leiter des Amts I. davon Kenntnis erhalten hatte, stellte er B. mit Verfügung vom 10. September 2015 von seinen Arbeitsverpflichtungen frei. In der Freistellungsverfügung wurde festgehalten, dass B. während seiner Freistellung Anspruch auf seinen Lohn inklusive allfälliger Sozialansprüche hat, der Kanton sich jedoch eine Rückforderung des ausbezahlten Lohns für den Fall einer Kündigung vorbehält. Gegen diese Verfügung erhob B. am 28. September 2015 Beschwerde beim Regierungsrat. Der Regierungsrat wies diese Beschwerde mit Entscheid vom 17. November 2015 ab.

(...)

D. Das Amt I. verfügte am 27. Juli 2016 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit B. unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von vier Monaten per 30. November 2016. Auf die gemäss § 10 Abs. 2 PG mögliche Rückforderung des während der Freistellung ausbezahlten Lohns wurde verzichtet. Hiervon ausgenommen wurde ein allfällig während der Freistellung erzielter Verdienst aus einer neu aufgenommenen unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder ein anderweitiger Verdienst. Darüber hinaus wurde festgehalten, dass mit der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortdauernden Freistellung sämtliche Ferienguthaben als bezogen sowie ein positiver Arbeitszeitsaldo als vollumfänglich kompensiert gelte. Begründet wurde die Kündigungsverfügung im Wesentlichen damit, dass vorliegend entgegen der Vorbringen betreffend Unschuldsvermutung nicht von einer sogenannten Verdachtskündigung gesprochen werden könne. Dies einerseits, weil der Verdacht ausreichend begründet sei, da er sich auf nachweisbare und nachprüfbare Tatsachen abstütze: Gemäss Bericht der KOBIK seien Teile der über die IP-Adresse von B. heruntergeladenen Dateien als kinderpornografisch erkannt worden und zudem habe auch B. selber zugegeben, verbotene (Kinder-)Pornografie heruntergeladen zu haben. Anderseits stelle der durch den Verdacht auf eine Straftat ausgelöste Vertrauenswegfall einen sachlichen Grund für eine Entlassung dar. Vorliegend haben das Verhalten und die mangelnde Kooperation von B. während der Strafuntersuchung wesentlich zum Vertrauensverlust beigetragen. Betreffend Zusammenhang wurde festgehalten, dass zwar kein direkter Zusammenhang mit der Anstellung bestehe, sich die vorgeworfene Straftat jedoch auf diese auswirke. (...) Der schwere Vertrauensverlust stehe einer weiteren Zusammenarbeit mit B. entgegen. Des Weiteren wurde die Angemessenheit der Kündigung geprüft und diesbezüglich festgehalten, dass eine weniger weit reichende Massnahme wie z. B. die Androhung einer Kündigung für den Fall der Verurteilung weder möglich noch zielführend sei, denn diese würde den erlittenen Vertrauensverlust nicht zu beseitigen vermögen. Eine Funktionsänderung oder Zuordnung anderer Arbeit komme sodann mangels bestehender Möglichkeit innerhalb der Verwaltung und aufgrund der Spezialisierung von B. nicht in Frage. Die Interessen des Kantons und der Öffentlichkeit an einem gut funktionierenden Amt I. und an der Verhinderung eines theoretisch möglichen Reputationsschadens würden die Interessen von B. an einer Weiterbeschäftigung überwiegen. Dieser habe angesichts seiner Spezialisierung und seiner fachlichen Qualifikation trotz seines Alters intakte Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Schlussendlich wurde auf eine Rückforderung des während der Freistellung ausbezahlten Lohnes verzichtet; dies unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von B. sowie dessen Gesundheitszustandes.

E. Mit Eingabe vom 16. August 2016 reichte B. beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde ein. Er beantragte, dass die Verfügung bzw. die ausgesprochene Kündigung wegen Missbräuchlichkeit aufgehoben und dem Beschwerdeführer eine Ent-

schädigung in Höhe von sieben Monatslöhnen ausgerichtet werde. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates. Zur Begründung für die Missbräuchlichkeit machte der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, dass die am 27. Juli 2016 vom Amtsleiter des Amts I. verfügte Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht in dessen Kompetenz gelegen habe, denn die Zuständigkeit zum Aussprechen einer Kündigung liege bei der Finanzdirektion. Diese Beschwerde wies der Regierungsrat mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 rechtskräftig ab.

F. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 meldete B. dem Amt I., er befinde sich seit 24. Oktober 2016 in der Klinik Zugersee in Oberwil, wo er in der Akutstation habe hospitalisiert werden müssen. Die provisorische Meldung erfolge, damit die zuständigen Versicherer zeitnah über den Krankheitsfall informiert werden könnten. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 stellte das Amt I. fest, dass das Arbeitsverhältnis von B. trotz der gemeldeten erneuten Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist, wie in der Kündigungsverfügung vom 27. Juli 2016 vorgesehen, am 30. November 2016 ende, da die Sperrfrist von 180 Tagen bereits abgelaufen sei.

G. Gegen diesen Entscheid des Amts I. vom 27. Oktober 2016 reichte B. (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 17. November 2016 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat ein und stellte folgende Anträge:

«1. Die Verfügung, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Befreiung von weiteren Lohnzahlungen per 30. Nov. 2016 vorsieht, sei aufzuheben, und es seien dem Beschwerdeführer die gesetzlich vorgesehenen Leistungen bei Krankheit bzw. der Lohn weiterhin auszurichten.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.»

(...)

J. Nachdem der Beschwerdeführer den Ambulanten Psychiatrischen Dienst für Erwachsene, die Klinik Zugersee sowie Dr.med. P. am 8. Februar vom Arztgeheimnis entbunden hatte und die Parteien keine weiteren Fragen als die ihnen im Entwurf vorgelegten hatten, wurden diese Therapeuten, Kliniken und Ärzte am 6. März 2017 um die Beantwortung der an sie gerichteten Fragen gebeten. Am 17. März 2017 beantwortete die Psychiatrische Klinik Zugersee die gestellten Fragen (act. 016), am 18. März 2017 Dr.med. P. und am 22. März 2017 die Ambulanten Psychiatrischen Dienste, APD für Erwachsene.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1. Der Beschwerdeführer beantragte, die Verfügung, welche eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Befreiung von weiteren Lohnzahlungen per 30. November 2016 vorsehe, sei aufzuheben und es seien dem Beschwerdeführer die gesetzlich vorgesehenen Leistungen bei Krankheit bzw. der Lohn weiterhin auszurichten. Er begründet dies zusammengefasst und im Wesentlichen damit, mit Brief vom 24. Oktober 2016 habe der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers das Amt I. über dessen krankheitsbedingte Hospitalisation ins Bild gesetzt und der Beschwerdegegnerin empfohlen, den Fall der Taggeldversicherung anzumelden. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 habe die Beschwerdegegnerin mitgeteilt, die erneute Erkrankung des Beschwerdeführers habe keine Auswirkung auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. November 2016, da es sich beim Grund für die aktuelle Hospitalisation um dieselbe Erkrankung handle, die schon früher in den Jahren 2013 und 2014 aufgetreten sei, zu Absenzen geführt habe und in der gleichen Klinik behandelt worden sei. Die Sperrfrist sei deshalb längst abgelaufen, denn beim aktuellen Fall handle es sich um einen Rückfall.

Die Unterstellung und Behauptung, beim aktuellen Krankheitsfall handle es sich um einen Rückfall im Zusammenhang mit einer früheren Erkrankung, sei unwahr. Zwar leide der Beschwerdeführer an einer psychischen Erkrankung, mit welcher er aber dank adäquater Behandlung durchaus normal leben könne. Nur soweit die belastende Situation am Arbeitsplatz (Überlastungssituation und Burn-out) trotz entsprechender Ermahnungen durch den behandelnden Arzt nicht entschärft worden sei, sei es zum Rückfall 2014 aufgrund der bereits im Jahr 2013 festgestellten schwierigen Situation am Arbeitsplatz gekommen. Ein Zusammenhang mit der heute interessierenden Krankheit bestehe aber nicht.

Die nunmehr erforderliche stationäre Unterbringung sei auf eine neue, andere Erkrankung, die noch näher abgeklärt und diagnostiziert werden müsse, zurückzuführen. Damit stehe sie jedenfalls in keinem Zusammenhang mit früheren Klinikaufenthalten. Zudem könnten nicht einfach Krankheitstage verschiedener Krankheitsfälle über Jahre hinweg aufaddiert werden, um dann behaupten zu können, die Sperrfrist sei längst abgelaufen. Die Sperrfristen änderten mit den Dienstjahren. Es wäre also unsinnig anzunehmen, (vermeintlich) gleichgelagerte Krankheitsbilder könnten über Jahre kumuliert werden, damit der Schutz der Sperrfristen nicht spiele. Vorliegend sei aber bedeutsam, dass keine gleichen, sondern verschiedene Erkrankungen vorlägen, womit eine Kumulation der Absenztage zur Bestimmung der Sperrfrist ohnehin ausgeschlossen sei.

Unabhängig davon seien aber die Sperrfristen zu beachten, die zur Verlängerung der Kündigungsfrist bei unverschuldeter Krankheit führten. Zu Recht werde von der Beschwerdegegnerin nicht behauptet, die Erkrankung sei durch den Beschwerdeführer selbst verschuldet. Soweit also die Kündigungsfrist von vier Monaten im vorliegenden Fall durch den neuen Krankheitsfall unterbrochen werde, könne das Arbeitsver-

hältnis auch nicht einfach automatisch per 30. November 2016 enden. Immerhin sei der Sinn der Sperrfrist, dass sich der gekündigte Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt neu bewerben könne, was ihm aufgrund der eingetretenen Krankheit verunmöglicht werde.

Die Beschwerdegegnerin hielt dem entgegen, bei der Frage, ob die erneute Erkrankung des Beschwerdeführers während laufender Kündigungsfrist eine Sperrfrist auslöse, handle es sich um eine rein juristische Problemstellung mit medizinischem Hintergrund. Deshalb und um nicht noch weitere Personalressourcen auf diesen Fall verwenden zu müssen, werde auf eine eingehende Stellungnahme verzichtet. Stattdessen stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, es seien der Klinikleitung der Psychiatrischen Klinik Zugersee sachdienliche Fragen zur Beantwortung vorzulegen.

Der Beschwerdeführer ergänzte mit Schreiben vom 27. April 2017, dass die im Jahr 2016 vorliegende unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit vom 15. Mai bis zum 30. Juni 2016 in keinem Zusammenhang mit den vorliegend zu beurteilenden krankheitsbedingten Ausfällen stehe. Damit könnten diese Absenzen auch nicht mit früheren zusammengerechnet werden. Gegenteils löse jede unabhängige Erkrankung auch wieder eine neue volle Sperrfrist von 180 Tagen aus. Die heute diagnostizierte schwere kombinierte Persönlichkeitsstörung unterscheide sich von der früher auftretenden rezidivierenden depressiven Störung, könne damit auch nicht mit dieser vermengt und bei der Berechnung der anzuwendenden Sperrfrist kumuliert werden. Vielmehr seien beide als eigenständige Krankheitsbilder zu betrachten, die auch unterschiedliche Sperrfristen auslösten. Zu berücksichtigen sei sodann der Umstand, dass die erste Hospitalisation des Beschwerdeführers auf die Situation am Arbeitsplatz zurückgeführt worden sei. Die der Arbeitgeberin erteilten Verhaltenshinweise seien von dieser nicht beachtet worden, was dann Anlass für eine zweite stationäre Unterbringung gebildet habe. Damit bestehe schon unter Berücksichtigung des Veranlassungsprinzips eine zumindest moralische Verantwortung der Arbeitgeberin. Die Zusammenhänge zwischen den Erkrankungen bestünden nur theoretisch; von einem überwiegend wahrscheinlichen Zusammenhang könne nicht gesprochen werden.

2.2. Es ist erwiesen und unbestritten, dass der Beschwerdeführer wie folgt krankheitshalber arbeitsunfähig war:

- 29.10.2012–04.12.2012 100 % 37 Kalendertage
- 16.10.2013–09.12.2013 100 % 55 Kalendertage
- 13.01.2014–26.01.2014 50 % 14 Kalendertage
- 07.07.2014–19.09.2014 100 % 75 Kalendertage
- 22.09.2014–03.10.2014 75 % 12 Kalendertage
- 04.10.2014–27.10.2014 50 % 24 Kalendertage

- 28.10.2014–02.11.2014 40 % 6 Kalendertage
- 03.11.2014–30.11.2014 25 % 28 Kalendertage
- 01.12.2014–16.01.2015 15 % 47 Kalendertage
- 13.04.2015–17.04.2015 100 % 5 Kalendertage
- 04.05.2015–14.05.2015 100 % 11 Kalendertage
- 15.05.2015 100 % 1 Kalendertag
- 24.07.2015 100 % 1 Kalendertag
- 24.08.2015–25.08.2015 100 % 2 Kalendertage
- 26.08.2015–11.10.2015 100 % 47 Kalendertage
- 12.10.2015–27.10.2015 100 % 16 Kalendertage
- 28.10.2015–03.11.2015 70 % 7 Kalendertage
- 04.11.2015–10.11.2015 60 % 7 Kalendertage
- 11.11.2015–06.12.2015 60 % 26 Kalendertage
- 07.12.2015–31.12.2015 60 % 25 Kalendertage
- 26.04.2016–02.05.2016 100 % 7 Kalendertage
- 24.10.2016–11.11.2016 100 % 19 Kalendertage
- 12.11.2016–30.11.2016 100 % 19 Kalendertage

Aufgrund eines Unfalls war der Beschwerdeführer wie folgt arbeitsunfähig:

- 17.05.2016–27.05.2016 100 %
- bis 10.06.2016 100 %
- bis 30.06.2016 100 %

2.3. Ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis endigt gemäss § 8 PG durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters oder seitens des Kantons. Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis gemäss § 10 Abs. 1 PG unter Einhaltung der für die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Gemäss § 11 Abs. 1 PG ist die Kündigung seitens des Kantons unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie nach Ablauf der Probezeit während folgender Sperrfristen ausgesprochen wird: (...); c) während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall; (...). Ist die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis zum Beginn der Sperrfrist noch nicht abgelaufen, so wird die Kündigungsfrist gemäss § 12 Abs. 2 PG bis zum Ablauf der Sperrfrist unterbrochen.

Bei der Formulierung von § 11 und § 12 PG orientierte sich der Gesetzgeber erklärtermassen am Zivilrecht, da der Beamtenstatus abgeschafft und das Arbeitsrecht des kantonalen Personals dem Obligationenrecht angeglichen werden sollte. Die Regelung des Kündigungsschutzes ist denn auch praktisch identisch mit Art. 336c Abs. 2 und 3 OR (GVP 2008, S. 109). Entsprechend kann für die Beantwortung

der Frage, ob vorliegend die Sperrfrist unterbrochen wurde, die zu Art. 336c OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden.

Bei den Sperrfristen infolge gesundheitlicher Störungen handelt es sich um Kalender- und nicht um Arbeitstage und auch nicht um Monate. Es verlängern aber nur die effektiven Krankheitstage die Kündigungsfrist; es ist also nicht so, dass eine Erkrankung von kürzerer Dauer die Frist um 30, 90 oder 180 Tage verlängern würde. Das Dienstjahr dient dabei nur zur Bestimmung der Schutzdauer; es ist also auch nicht so, dass sich die Sperrfrist in jedem Dienstjahr erneuern würde. Nicht die Krankheit oder der Unfall lösen die Sperrfrist aus, sondern die aus diesen Ursachen folgende Arbeitsverhinderung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, S. 1079 f. N 8 zu Art. 336c, mit weiteren Hinweisen).

Jede auf einem neuen Grund beruhende Krankheit löst dabei eine neue Sperrfrist aus. Ein Zusammenzählen der Fehltage erfolgt damit nur (aber immerhin), wenn aufgrund derselben gesundheitlichen Ursache mehrere Absenzperioden vorkommen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 1084 f., mit weiteren Hinweisen). Wesentlich ist, ob die Verhinderung auf dieselbe gesundheitliche Ursache zurückgeht. Ein Rückfall oder eine Folgeerscheinung lösen also keine neue Sperrfrist aus. Allerdings kann bei einem Rückfall der Rest einer noch nicht vollständig konsumierten Sperrfrist noch in Anspruch genommen werden. Dies hat zur Folge, dass der Schutz durch die Sperrfrist auch bereits vor der Kündigung konsumiert werden kann (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 1075 f., N 4, mit weiteren Hinweisen).

Auch bei einer Teilarbeitsunfähigkeit läuft die Sperrfrist. Letztere verlängert sich auch nicht proportional bei Teilarbeitsunfähigkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., S. 1083, mit weiteren Hinweisen).

2.4. Der Beschwerdeführer trat seine Stelle bei der Beschwerdegegnerin am 1. Januar 2010 an. Damit befand er sich im Zeitpunkt, da die Kündigungsverfügung vom 27. Juli 2016 das Arbeitsverhältnis per 30. November 2016 beendete, im 7. Dienstjahr. Mithin betrug die Sperrfrist 180 Tage.

Von Oktober 2012 bis Ende November 2016 (Ende der Kündigungsfrist) fehlte der Beschwerdeführer während total 491 Kalendertagen krankheitshalber. Die stellvertretende Oberärztin der Psychiatrischen Klinik Zugersee führte in ihrem Schreiben vom 17. März 2017 aus, bei der Hospitalisation vom 24. Oktober 2016 sei eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode ohne psychotische Symptome (F33.2) festgestellt worden. Aus psychiatrischer Sicht bestehe ein medizinisch ursächlicher Zusammenhang zu den früheren Hospitalisationen zwischen 2013 und 2016. Bei der Hospitalisation vom 24. Oktober 2016 handle es sich nicht um eine mittelgradige depressive Episode wie bei den früheren Hospital-

isationen, sondern um eine schwere Episode, allerdings jeweils im Rahmen einer rezidivierenden depressiven Erkrankung. Bei der die Hospitalisation vom 24. Oktober 2016 auslösenden Erkrankung handle es sich um einen Rückfall einer früheren Erkrankung. Dr.med. P. merkte in seinem Bericht vom 18. März 2017 an, in Hinsicht auf die Hauptdiagnose einer schweren kombinierten Persönlichkeitsstörung mit rezidivierenden depressiven Einbrüchen könne theoretisch von einem medizinisch kausalen Zusammenhang der vorgängigen Hospitalisationen ausgegangen werden. Die bisherigen Hospitalisationen und Arbeitsunfähigkeiten seien auf die rezidivierende depressive Störung zurückzuführen, insbesondere aber auch auf die Persönlichkeitsstörung, wobei diese Persönlichkeitsstörung nicht neu aufgetreten sei, sondern schon vorher bestanden habe. Es handle sich wahrscheinlich um einen Rückfall. Die APD für Erwachsene führten in ihrem Schreiben vom 22. März 2017 an, der Patient leide seit 2007 unter einer rezidivierenden depressiven Störung und an einer Panikstörung. Hinzu komme der Status nach posttraumatischer Belastungsstörung. Alle durch die APD vorgenommenen Klinikeinweisungen seien im Rahmen einer depressiven Episode der rezidivierenden depressiven Störung vorgenommen worden; dies treffe auch auf die Arbeitsunfähigkeit zu. Die die Hospitalisation vom 24. Oktober 2016 auslösende Erkrankung könne im Rahmen eines Rückfalls der rezidivierenden depressiven Störung angeordnet werden.

Aufgrund aller drei Arztberichte muss davon ausgegangen werden, dass die Hospitalisation vom 24. Oktober 2016 auf demselben Grund beruht wie die früheren krankheitsbedingten Arbeitsabwesenheiten und Hospitalisationen. Es handelt sich um einen Rückfall, der keine neue Sperrfrist auslöst. Da die Sperrfrist von 180 Tagen bereits durch die krankheitsbedingten Arbeitsabsenzen inklusive Hospitalisationen von total 491 Kalendertagen von Oktober 2012 bis Ende November 2016 vollständig konsumiert war, konnte und kann der Beschwerdeführer keine Unterbrechung der Kündigungsfrist geltend machen, welche eine Lohnzahlung weiterhin ermöglichen würde. Da sich die Sperrfrist nicht in jedem Dienstjahr erneuert, ist es dabei auch korrekt, die krankheitsbedingten Fehltage zusammenzuzählen. Auch die Krankheitstage, an welchen der Beschwerdeführer lediglich teilarbeitsunfähig war, ändern an der vorgenommenen Berechnung nichts.

(...)

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde unbegründet und mithin vollumfänglich abzuweisen ist.

Entscheid des Regierungsrats des Kantons Zug, 27. Juni 2017

3. Politische Rechte, Wahlen und Abstimmungen

3.1 Art. 77 Abs. 1 BPR und Art. 82 lit. c BGG

Regeste:
Art. 77 Abs. 1 BPR und Art. 82 lit. c BGG – Nach Art. 77 Abs. 1 BRP kann bei der Kantonsregierung Beschwerde geführt werden wegen Verletzung des Stimmrechts (Stimmrechtsbeschwerde), wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen (Abstimmungsbeschwerde) und wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung der Nationalratswahlen (Wahlbeschwerde) (Erw. 1). Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen interkantonale Zusammenschlüsse sämtlicher kantonaler Finanzdirektorinnen und -direktoren, Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren sowie der Kantonsregierungen und bezieht sich auf einen eidgenössischen Sachverhalt. Auf eine solche Beschwerde kann die Kantonsregierung nicht eintreten (Erw. 5). Verzicht auf Schriftenwechsel wegen offensichtlicher Unzuständigkeit der Kantonsregierung (Erw. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Am 12. Februar 2017 fand die eidgenössische Volksabstimmung über das Unternehmenssteuerreformgesetz III statt. Im Vorfeld zu dieser Abstimmung erhob X. Beschwerde beim Regierungsrat gegen die Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren, die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren und die Konferenz der Kantonsregierungen wegen «Verletzung der Abstimmungsfreiheit durch behördliche Propaganda ... ». X machte im Wesentlichen geltend, eine das Unternehmenssteuerreformgesetz III befürwortende gemeinsame Medienkonferenz und Medienmitteilung der Beschwerdegegnerinnen stelle eine unzulässige Verletzung der Abstimmungsfreiheit dar. Wegen dieser «massiven Intervention» der Beschwerdegegnerinnen sei die Volksabstimmung abzubrechen beziehungsweise aufzuheben und neu anzusetzen und es sei den Beschwerdegegnerinnen zu untersagen, sich zukünftig zu eidgenössischen Volksabstimmungen zu äussern.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 77 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1; BPR) kann bei der Kantonsregierung wegen Verletzung des Stimmrechts (Stimmrechtsbeschwerde), wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen (Abstimmungsbeschwerde) und wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung der Nationalratswahlen (Wahlbeschwerde) Beschwerde geführt werden. Im vorliegenden Fall macht der Beschwerdeführer «Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen» (Art. 77 Abs. 1 Bst. b BPR) im Zusammenhang mit dem Urnengang vom 12. Februar 2017 geltend.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. Die Beschwerde richtet sich gegen die Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren, die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren und die Konferenz der Kantonsregierungen. Geltend gemacht wird der Beschwerdegrund der «Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen» gemäss Art. 77 Abs. 1 Bst. b BPR. Die Beschwerde zielt auf einen Abbruch bzw. eine Aufhebung mit Neuansetzung der eidgenössischen Volksabstimmung über das Unternehmenssteuerreformgesetz III vom 12. Februar 2017 (Rechtsbegehren 1). Ausserdem sei den Beschwerdegegnerinnen zu untersagen, sich zukünftig zu eidgenössischen Volksabstimmungen zu äussern (Rechtsbegehren 2).

Betroffen ist somit einerseits eine eidgenössische Volksabstimmung, welche einen nationalen Sachverhalt betrifft. Andererseits handelt es sich bei den Beschwerdegegnerinnen um interkantonale Zusammenschlüsse sämtlicher kantonaler Finanzdirektorinnen und -direktoren, Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren sowie der Kantonsregierungen. Die mit der Beschwerde verbundenen Fragen haben einen kantonsübergreifenden Inhalt.

Bei dieser Ausgangslage kommt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Tragen, nach welcher die Verschiebung oder Absetzung einer eidgenössischen Abstimmung nicht in der Kompetenz einer Kantonsregierung liegt. Ähnlich verhält es sich, wenn Eingriffe in den Abstimmungskampf beanstandet werden, die kantonsübergreifend wirken, weil sie von Bundesbehörden, eidgenössischen Parteien oder anderen schweizweit tätigen Personen oder Vereinigungen ausgehen oder durch nationale Medien verbreitet werden (BGE 137 II 180, Erw. 1.2.3), wie dies vorliegend der Fall ist. Die Beurteilung der Beschwerde kann demzufolge nicht durch die Zuger Kantonsregierung vorgenommen werden. Da sie für die Behandlung der vorgebrachten Belange nicht zuständig ist, hat sie einen formellen Nichteintretensentscheid zu fällen (vgl. BGE 137 II 180 f., Erw. 1.2.3). Das Bundesgericht beurteilt demgegenüber Beschwerden betreffend Volksabstimmungen (Art. 82 lit. c des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]), wird aber nicht als erste Instanz tätig, sondern behandelt in eidgenössischen Stimmrechtsangelegenheiten nur Beschwerden gegen Verfügungen der Bundeskanzlei und gegen Entscheide von Kantonsregierungen (Art. 88 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 137 II 179, Erw. 1.2.1).

Gestützt auf diese Erwägungen kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Da die Unzuständigkeit der Kantonsregierung für die materielle Beurteilung

der Beschwerde angesichts der Ausgangslage in Verbindung mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits bei Eingang der Beschwerde offensichtlich war, hat die mit der Instruktion betraute Direktion des Innern im Übrigen auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

6. (...)

Regierungsrat, 25. Januar 2017

II. Schule, Kultur, Natur- und Heimatschutz, Kirche

1. Verfahrensrecht, Denkmalpflege, Aufsichtsbeschwerde

1.1 § 52 VRG (Aufsichtsbeschwerde)

Regeste:
§ 52 VRG (Aufsichtsbeschwerde) – Der Verlust von Wandmalereien als integrierender Bestandteil einer Kapelle kann bei fehlendem Inventareintrag aus denkmalpflegerischer Sicht nicht verhindert werden. Wenn die Kapelle selbst nicht als schutzwürdiges Baudenkmal taxiert wird, beinhaltet deren Abbruch auch die Wandmalereien; diese verlieren ihren schutzwürdigen Wert, wenn sie nicht mehr im Kontext mit der Kapelle stehen (Erw. II.G). Das Vorgehen der einzelnen kantonalen Behörden und Personen wie auch die Koordination deren Handelns waren im vorliegenden Fall korrekt und geben keinerlei Anlass für die Ergreifung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen (Erw. II.H).

Aus dem Sachverhalt:

A. Der Verein X. (nachfolgend: der Beschwerdeführer) hat mit Eingabe vom 16. November 2016 beim Regierungsrat des Kantons Zug eine Aufsichtsbeschwerde betreffend «Sachbeschädigung und Kulturgutzerstörung durch Mitarbeitende und Vorgesetzte der kantonalen Verwaltung» wegen der Übermalung der Wandbilder von Fritz Pauli in der alten Kapelle des ehemaligen Kantonsspitals Zug eingereicht.

B. Der Beschwerdeführer führte aus, es seien im ehemaligen Kantonsspital Zug Bilder des Schweizer Künstlers Fritz Pauli mit weisser Farbe übermalt worden, was nach heutiger Erkenntnis nicht mehr rückgängig gemacht werden könne und damit unweigerlich zum Verlust der Wandgemälde geführt habe. Er habe bei der Staatsanwaltschaft deshalb eine Strafanzeige gegen Unbekannt eingereicht. Da der Kanton das Spital an der Artherstrasse in Zug mit der Kapelle und den zwischen 1937 und 1938 von Fritz Pauli gemalten Wandbildern von der Bürgergemeinde übernommen hatte, sei dieser auch verantwortlich für die Pflege und den Erhalt dieser bedeutenden Kunstwerke. Es sei nicht verständlich, weshalb keine Inventarinformationen über die Bedeutung der Wandmalerei vorhanden seien. Bekannt sei dem

Beschwerdeführer, dass die Denkmalpflege seit längerer Zeit die Passionsszenen in der ehemaligen Kapelle in den Schutz des kantonalen Denkmalschutzgesetzes habe aufnehmen wollen. Aufgrund des absehbaren Abbruchs der Kapelle sei auch erwogen worden, die auf Leinwand gemalten Werke samt dem darunter liegenden Verputz abzulösen und woanders gesichert aufzubewahren. Warum diese Abklärungen nicht zum Ziel geführt hätten oder warum allfällige erhaltende Massnahmen nicht getroffen worden seien, sei nicht bekannt. Die Vorgänge um die Übermalung der Wandbilder seien deshalb aufsichtsrechtlich zu klären. Abzuklären sei weiter, wo Fehler passiert seien und welche Massnahmen zu treffen seien, die ein ähnliches Vorgehen künftig verhindern würden. Namentlich sei die aus Sicht des Beschwerdeführers fehlende beziehungsweise nicht genügende Koordination zwischen den verantwortlichen Personen für die Asylunterkunft und den Fachexpertinnen und Fachexperten für die Kulturgüter zu verbessern.

(...)

Aus den Erwägungen:

D. Mit einer Aufsichtsbeschwerde kann jede Person die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern (§ 52 Abs. 1 VRG). Die Aufsichtsbeschwerde ist ein formloser Rechtsbehelf, welcher kein eigentliches Beschwerdeverfahren auslöst und der Anzeigeerstatterin beziehungsweise dem Anzeigeerstatter keinen Anspruch auf Erledigung verleiht (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 75). Die Anzeigeerstatterin beziehungsweise der Anzeigeerstatter hat nicht die Rechte einer Partei und es besteht keine Pflicht zur Begründung von aufsichtsrechtlichen Entscheiden (§ 52 Abs. 2 und 4 VRG). Die Art der Erledigung ist der Anzeigeerstatterin beziehungsweise dem Anzeigeerstatter indessen mitzuteilen (§ 52 Abs. 3 VRG). Nach ständiger Praxis wird eine Anzeige von der Aufsichtsbehörde nicht behandelt, sofern ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht. Sie dient dem Ziel der Verwaltungskontrolle und knüpft an der Pflicht der oberen Behörde an, die nachgeordneten Stellen angemessen zu beaufsichtigen, um eine rechtmässige und gut funktionierende Verwaltung zu gewährleisten. Die Eingabe soll eine Aktion veranlassen, welche die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen durchführen müsste, würde sie selbständig auf den gerügten Missstand aufmerksam (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbemerkungen zu § 19 bis 28, N 29 ff.; Auer / Müller / Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Bern 2008, S. 891 ff.). Eine Aufsichtsbeschwerde hat schliesslich insofern eine beschränkte Wirkung, als ihr nur beim Vorliegen von unhaltbaren Zuständen, welche in einem Rechtsstaat nicht toleriert werden dürfen, Folge gegeben wird. Dies ist bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Ver-

fahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen der Fall (BGE 126 II 300 E. 2.c; BGE 125 I 394 E. 3).

Nach § 52 Abs. 1 VRG ist die Aufsichtsbeschwerde bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu führen. Die angerufene Behörde prüft ihre Zuständigkeit gemäss § 6 Abs. 2 VRG von Amtes wegen. Gemäss § 47 Abs. 1 lit. h KV kommt dem Regierungsrat die Aufsicht über die unteren Verwaltungsbehörden und das Entscheidungsrecht über diesbezügliche Anstände und Beschwerden unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu. Die vorliegende Aufsichtsbeschwerde gegen das Handeln von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und vorgesetzten Personen der kantonalen Verwaltung fällt demzufolge in seine Zuständigkeit. Dem Beschwerdeführer steht vorliegend kein formelles Rechtsmittel zur Verfügung, weshalb die Aufsichtsbeschwerde an die Hand zu nehmen ist.

E. Aus den Stellungnahmen der Baudirektion vom 14. Dezember 2016, der Direktion des Innern vom 30. Dezember 2016 und der Kantonalen Denkmalkommission vom 18. Mai 2017 geht hervor, dass sich der zu klärende Sachverhalt folgendermassen zugetragen hat:

Die Wandmalereien waren zu keinem Zeitpunkt im Inventar der schützenswerten Denkmäler oder im Verzeichnis der geschützten Denkmäler enthalten. Im Rahmen der Planungsarbeiten für die Nutzung des Areals des ehemaligen Kantonsspitals hat die Baudirektion im November 2004 betreffend die Neunutzung des Areals einen Investorenwettbewerb ausgeschrieben. In diesem Zusammenhang hat die Kantonale Denkmalkommission am 6. Dezember 2004 einen ausführlichen Augenschein auf dem Areal vorgenommen und dabei unter anderem die Kapelle mit den Wandmalereien von Fritz Pauli beurteilt. Sie kam damals zum Schluss, dass die Kapelle mitsamt den Wandmalereien nicht schutzwürdig sei und es aus denkmalpflegerischer Sicht einzig Gründe gebe, auf dem Areal den Bettentrakt des Keiser&Bracher-Baus aus den Jahren 1934-37 (sogenannter Südflügel) zu erhalten. Ein Auszug aus dem Text der Denkmalpflege zu Handen des Beurteilungsgremiums des Wettbewerbs lautete denn auch: «Die Wandmalereien in der Kapelle des Seeflügels (1938, von Fritz Pauli) [...] müssen nicht zwingend erhalten werden.». Ab diesem Zeitpunkt bildeten die Malereien keinen Teil des offiziellen Verfahrens mehr.

An ihrer Sitzung vom 3. Dezember 2008 stellte die Kantonale Denkmalkommission einen Antrag auf Aufnahme des Südflügels (als einziges Gebäude auf dem ehemaligen Kantonsspitalareal) ins Inventar der schützenswerten Denkmäler. Im beiliegendem Bericht wurden die Malereien nicht erwähnt. Die Direktion des Innern folgte dem Antrag der Denkmalkommission und teilte der Baudirektion und dem Stadtrat von Zug im Schreiben vom 18. Dezember 2008 die Aufnahme des Bettentrakts ins Inventar der schützenswerten Denkmäler mit. Der damalige Denkmalpfleger war jedoch trotz Verzicht der Aufnahme der Kapelle ins Inventar (und trotz fehlender

Verpflichtung) darum bemüht, die Wandmalereien an einem anderen Standort unterbringen zu lassen. Diesen Bemühungen war allerdings kein Erfolg beschieden.

Das damalige Siegerprojekt des Wettbewerbsverfahrens sah einen Abbruch der alten Gebäude im Bereich der Kapelle vor, wobei lediglich der Spitalsüdflügel der Architekten Keiser & Bracher erhalten werden sollte. Während der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug den entsprechenden Bebauungsplan Belvedere beschloss, lehnte ihn das Stimmvolk der Stadt Zug im Jahr 2008 ab. Die Wandmalereien wurden auch anlässlich der Abstimmung nicht thematisiert.

Am 25. Juli 2011 lancierte die Baudirektion einen städtebaulichen Studienauftrag, der die Grundlage für einen neuen Bebauungsplan bilden sollte. Dieser Auftrag hielt erneut fest, dass die Wandmalereien in der Kapelle des Südflügels nicht zwingend erhalten werden müssten. Im Rahmen der Überarbeitung des Siegerprojekts präzisierte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie im Januar 2014 die zwingend zu erhaltenden Bauteile des schützenswerten Südflügels des Spitals. Die ehemalige Kapelle mitsamt den Wandmalereien war davon nicht betroffen. Diese Rahmenbedingungen flossen schliesslich in den Bebauungsplan ein. Der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug beschloss schliesslich am 15. Dezember 2015 den Bebauungsplan, welchen der Regierungsrat am 3. Mai 2016 genehmigte. Die kantonale Genehmigung ist zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen.

Aufgrund der angespannten Situation im Asylbereich entschied der Regierungsrat, die noch freien Räumlichkeiten des alten Kantonsspitals neu und während der Dauer einer Übergangsphase als Durchgangsstation für Asylsuchende entsprechend herzurichten und zu nutzen.

F. Vor der hier behandelten Aufsichtsbeschwerde reichte der Beschwerdeführer am 9. Juni 2016 eine Strafanzeige gegen unbekannt ein. Diese wurde mit Verfügung vom 28. Februar 2017 mangels fehlender Legitimation nicht an die Hand genommen. In den Erwägungen wird zudem festgehalten, dass die fraglichen – übermalten – Wandbilder nicht als wertvoll qualifiziert werden, da sie denkmalpflegerisch als nicht zwingend zu erhalten taxiert wurden.

G. Die Baukunst ist grundsätzlich auf das Engste und Unmittelbarste mit dem Bauwerk selbst verbunden. Denkmäler sind überdies stets ortsgebundene Objekte, die in ihrer Materie möglichst vollständig mit all ihren Zeitspuren überliefert bleiben und nicht versetzt werden sollen («Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz» der eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege, Zürich 2007, Ziff. 1.2 f. und Ziff. 5.7). Die Wandmalereien von Fritz Pauli wurden als «Kunst am Bau» realisiert und wurden spezifisch für die alte Kapelle des Kantonsspitals Zug angefertigt. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Kapelle. Der Verlust der Wandmalereien ist aus kunsthistorischer Sicht zwar bedauerlich, konnte aus denkmalpflegerischer Sicht aber

nicht verhindert werden. Da die Kapelle selbst nicht als schutzwürdiges Baudenkmal taxiert wurde, beinhaltet deren Abbruch auch die Wandmalereien; diese verlieren ihren schutzwürdigen Wert, wenn sie nicht mehr im Kontext mit der Kapelle stehen.

H. Gestützt auf die vorangegangenen Ereignisse sowie den rechtskräftigen Bebauungsplan konnten die betroffenen Personen davon ausgehen, dass weder die alte Kapelle als Abbruchobjekt noch die dort angebrachten Wandbilder schutzwürdig sind. Darüber hinaus enthielt auch die baurechtliche Umnutzung keine entsprechenden Auflagen. Infolge dessen mussten die Mitarbeitenden der Baudirektion denn auch keine geeigneten Schutzmassnahmen ergreifen. In Bezug auf die Mitarbeitenden des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie kann festgehalten werden, dass sich die Direktion des Innern bei der Behandlung ihrer Geschäfte grundsätzlich stets auf die Überlegungen und Anträge der Kantonalen Denkmalkommission stützt (siehe auch § 13 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 [Denkmalschutzgesetz; BGS 423.11]). So kam die Kommission im Anschluss an den ausführlichen Augenschein auf dem Areal des ehemaligen Kantonsspitals am 6. Dezember 2004 zum Schluss, dass es aus denkmalpflegerischer Sicht keinen Grund gebe, die Kapelle zu erhalten. Es wurden insgesamt durch die Vorgehensweise der betroffenen Personen weder Verfahrensgrundsätze noch klares materielles Recht verletzt. Auch kann nach dem Gesagten keine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen erblickt werden. Das Vorgehen der einzelnen kantonalen Behörden und Personen wie auch die Koordination deren Handelns waren im vorliegenden Fall korrekt und geben keinerlei Anlass für die Ergreifung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch kein relevantes strafrechtliches Verhalten festgestellt werden konnte.

I. Dem Begehren um die aufsichtsrechtliche Klärung der Vorgänge im Zusammenhang mit der Übermalung der Wandmalereien in der alten Kapelle des ehemaligen Kantonsspitals Zug ist mit Aufklärung des Sachverhaltes somit materiell entsprochen worden und die Aufsichtsbeschwerde kann in diesem Punkt als erledigt abgeschrieben werden.

J. In Bezug auf das Begehren des Beschwerdeführers, Massnahmen zu treffen, die ein ähnliches Vorgehen wie das vorliegende künftig verhindern, ist die Aufsichtsbeschwerde gestützt auf die vorangehenden Ausführungen nicht Folge zu leisten.

K. Bei der Erledigung einer Aufsichtsbeschwerde werden der Anzeigeerstatterin beziehungsweise dem Anzeigeerstatter keine Kosten auferlegt. Es besteht zudem kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. GVP 1991/92, S. 203).

(...)

Regierungsrat, 29. August 2017

C

Stichwortverzeichnis

Ouml;ffentlichkeitsgesetz: Anforderungen an Genauigkeit eines Gesuchs um Zugang zu amtlichen Dokumenten, 137
laquo;Kunst am Bauraquo;: Die Wandmalereien von Fritz Pauli wurden als laquo;Kunst am Bauraquo; realisiert und spezifisch fuuml;r die alte Kapelle des Kantonsspitals Zug angefertigt. Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Kapelle und verlieren ihren schutzwuuml;rdigen Wert, wenn sie nicht mehr im Kontext mit der Kapelle stehen, 246

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Verabgabung fuuml;r Arbeitnehmer bei Tauml;tigkeiten in zwei unterschiedlichen Staaten, 107
Anwaltsrecht: Tauml;tigkeit eines Anwalts als Erbschaftsverwalter, 175
Anwaltsrecht: Voraussetzungen fuuml;r das Bestehen der Anwaltspruuml;fung, 176
Arbeitslosenentschauml;digung: Es kann Anspruch auf Arbeitslosenentschauml;digung bestehen, wenn die Person dem Arbeitgeber faktisch nicht mehr zur Verfuuml;gung stehen muss und daher vermittlungsfauml;hig ist, 95
Ausnuuml;tzung: Erlaubte Kumulation von Ausnuuml;tzungszuschlauml;gen und Ausnuuml;tzungsuuml;bertragungen bei einer Arealbebauung. Grundausnuuml;tzungsziffer als Berechnungsbasis fuuml;r jede gesonderte Ausnuuml;tzungsverbesserung, 44
Ausnuuml;tzungsuuml;bertragung: Fehlende genuuml;gend enge nachbarschaftliche Beziehung verhindert Ausnuuml;tzungsuuml;bertragung, 44

Buuml;rgerrecht: Formale und inhaltliche Anforderungen an die Eignungspruuml;fung im Rahmen des Einbuuml;rgerungsverfahrens, 212
Beschwerdelegitimation: Anfechtbarkeit superprovisorischer Verfuuml;gungen bei nicht wieder gutzumachendem Nachteil, 17
Bewegungsfreiheit: Uuml;berpruuml;fung der Rechtmauml;ssigkeit eines Rayonverbots nach unbewilligter Demonstration, 32
Beweislast bei Entscheidzustellung: Bezuuml;glich Empfangszeitpunkt eines fristauslouml;senden Entscheids ist Behouml;rde beweisbelastet. Beweisschwierigkeiten bei Versand mit A-Post oder B-Post, 8

Deckung zahnauml;rztliche Behandlungen: Differenzierung der Ursache des Zahnleidens zwischen schweren Erkrankung des Kausystems (Art. 17 KLV) oder schwere Allgemeinerkrankung oder deren Behandlung (Art. 18 KLV), oder ob die zahnauml;rztliche Versorgung notwendiger Bestandteil der Behandlung einer schweren Allgemeinerkrankung darstellt (Art. 19 KLV), 77
Denkmalschutz: Hohe Schutzwuuml;rdigkeit des gesamten Ensembles der Spinnereien Auml;geri, 128
Denkmalschutz: Standortgemeinde wehrt sich gegen vom Eigentuuml;mer beantragte Unterschutzstellung, 128

Ehehaftes Wasserrecht: Die Restwassersanierung hat bei einem Wasserkraftwerk, das kraft eines ehehaften Wasserrechts Wasser nutzt, nach Art. 80 ff. und nicht nach Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen, 63

Ergauml;nzungsleistungen: Keine Ruuml;ckerstattung unrechtmauml;ssig bezogener Ergauml;nzungsleistungen bei gutem Glauben (und grosser Hauml;rte), 113
Erwerbstauml;tigkeit: Abgrenzung selbststauml;ndige oder unselbststauml;ndige Erwerbstauml;tigkeit, 107

Freiheitsrechte: Bedingter Anspruch auf Nutzung des ouml;ffentlichen Grunds zur Ausuuml;bung von Freiheitsrechten, 24

Gerichtsstand: Gerichtsstand gemauml;ss Art. 73 BVG bei mehreren Beklagten, 126

Insolvenzentschauml;digung: Kein Anspruch auf Insolvenzentschauml;digung bei Beendigung des Arbeitsverhauml;ltnisses, 95
Invalidenversicherung: Voraussetzungen fuuml;r unentgeltlichen Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren, 85
Inventareintrag: Mouml;glichkeit des Abbruchs oder der Verauml;nderung eines Gebauml;udes bei fehlendem Inventareintrag, 246
ISOS: Verhauml;ltnis zwischen ISOS und Denkmalschutz, 128

Klage auf Aufhebung der Betreibung; Auferlegung der Verfahrenskosten: Obsiegt der Betriebene mit seiner Klage auf Aufhebung der Betreibung, sind die Kosten dem unterlegenen Betreibenden aufzuerlegen, wenn dieser vom Betriebenen vor Einreichung der Klage erfolglos zum Ruuml;ckzug der Betreibung aufgefordert worden war und im Verfahren gemauml;ss Art. 85 SchKG die Abweisung der Klage beantragt hat, 173
Kommunikationsrichtlinien des Kantons Zug: Orientierungspflicht des Strassenverkehrsamts uuml;ber Fristenpraxis bei Kontrollschilderhinterlegung, 157
Kontrollschilderhinterlegung: Bundesrechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Kontrollschildern wauml;hrend 12 Monaten, 157
Krankenversicherung: Abgrenzung zwischen zahnauml;rztlichen und auml;rztlichen Behandlungen, 77

Mehrwertsteuerprivileg: Konkursrechtliches Zweitklass-Privileg fuuml;r Mehrwertsteuerforderungen; uuml;bergangsrechtliche Frage, ob das per 1. Januar 2014 aufgehobene Mehrwertsteuerprivleg noch anwendbar ist, wenn ein Nachlassverfahren vor dem 1. Januar 2014 erouml;ffnet wurde, die Kollokation jedoch erst nach dem 1. Januar 2014 erfolgt, 166
Meldepflichtverletzung: Sorgfaltspflicht auch ohne Meldepflichtverletzung, 113
Mutterschaftsentschauml;digung: Voraussetzung fuuml;r Entschauml;digung, wenn die Mutter zum Geburtszeitpunkt arbeitslos ist und die Mindesterwerbsdauer nicht erfuuml;llt, 119

Nachbarrecht: Uuml;bermauml;ssige Immissionen, 190
Nachehelicher Unterhalt: Wahl der Berechnungsmethode; Verhandlungsmaxime; Beweislast; rechtliches Gehouml;r, 161

Namensauml;nderung, achtenswerte Gruuml;nde: Rein subjektive Empfindungen und Unannehmlichkeiten als unzureichende Motivation fuuml;r Namensauml;nderung, 142
Namensauml;nderung, Liberalisierung: Lehre und Rechtsprechung seit Lockerung des Namensrechts im Jahr 2013, 142

Parkkarte fuuml;r Gehbehinderte: Auslegung des Begriffs Gehbehinderung, 149
Parkkarte und Autismus: Kein Anspruch auf Parkkarte fuuml;r Gehbehinderte fuuml;r Begleitperson autistischer Kinder, 149
Plakatflauml;chen fuuml;r politische Werbung: Verfassungsmauml;ssigkeit der Praxis der Stadt Zug zur Regelung des Plakataushangs vor Abstimmungen und Wahlen, 24
Politische Rechte - Stimmrechts-, Abstimmungs- und Wahlbeschwerde: Zustauml;ndige Rechtsmittelinstanz; Rechtsmittelweg bei eidgenouml;ssischen Sachverhalten; Verzicht auf Schriftenwechsel, 244

Quartiervertrauml;glichkeit: Uuml;berpruuml;fung der Quartiervertrauml;glichkeit von Neubauten bei fehlenden Bauvorschriften, 53

Ruuml;ckerstattung ndash; Guter Glaube: Voraussetzungen Ruuml;ckerstattung unrechtmauml;ssig bezogener Leistungen aus Arbeitslosenversicherung, 101
Rahmenfristen: Anspruchsvoraussetzungen und Grundsatz der Bestauml;ndigkeit von Rahmenfristen, 90
Rechtliches Gehouml;r: Ruuml;ge der Gehouml;rsverletzung bei superprovisorischen Verfuuml;gungen nicht mouml;glich, 17
Rechtsbegehren: Bestimmtheit von Rechtsbegehren bei positiven Leistungsklagen (namentlich im Nachbarrecht), 190
Rechtsverordnung: Verbindlichkeit von Rechtsverordnungen erst nach deren Publikation, 24
Restwassermenge: Die Restwassersanierung hat bei einem Wasserkraftwerk, das kraft eines ehehaften Wasserrechts Wasser nutzt, nach Art. 80 ff. und nicht nach Art. 31 ff. GSchG zu erfolgen, 63

Sperrfrist bei Krankheit: Ein Ruuml;ckfall oder eine Folgeerscheinung louml;sen keine neue Sperrfrist aus, 236
Strafprozessrecht: Amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren, 182
Strafprozessrecht: Beschwerdelegitimation des Anzeigeerstatters, 181
Strafrecht: Strafzumessung bei mehrfachem Mord, 198
Strafrecht: Verwertbarkeit von Dashcamaufzeichnungen in einem Strafverfahren, 195
Superprovisorische Verfuuml;gung: Einstweilige Anordnung ohne Anhouml;rung im Verwaltungsverfahren, 17

Veranlagungsverjauml;hrung: Voraussetzungen zur Bejahung einer Veranlagungsverjauml;hrung im Steuerrecht, 8

Vermittlungsfauml;higkeit: Als vermittlungsfauml;hig gilt, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen, 95
Versicherungspflicht: Ausnahme zu der allgemeinen Krankversicherungspflicht, 71
Voraussetzungen der Verwahrung und der lebenslauml;nglichen Verwahrung: Verhauml;ltnis zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Verwahrung, 198

Wahlen und Abstimmungen, 244

Zivilprozessrecht: Zulauml;ssigkeit der Einreichung einer Schutzschrift gegen die Gewauml;hrung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO, 188
Zonenkonformitauml;t: Alterswohnungen in einer Zone fuuml;r ouml;ffentliche Bauten und Anlagen, 53