

Inhaltsverzeichnis

I

Staats- und Verwaltungsrecht	5
1 Bau- und Planungsrecht	5
2 Denkmalschutz	12
3 Handelsregister	35
4 Sozialversicherungsrecht	39
5 Steuerrecht	66
6 Verfahrensrecht	94
7 Kindes- und Erwachsenenschutz	98
8 Polizeirecht	106
9 Stimm- und Wahlrecht	125

B

Stichwortverzeichnis	135
----------------------	-----

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Bau- und Planungsrecht

1.1 § 29 Abs. 4 PBG

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

(...)

b) (...) § 29 Abs. 4 PBG bestimmt Folgendes: Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen: a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit

der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossfläche der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.

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

(...)

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

h) Auch wenn die geplante Mobilfunkanlage eine Änderung der Arealbebauung darstellt, kann diese im vorliegenden Fall gleichwohl nicht als wesentlich bezeichnet werden. Ob eine Änderung der Arealbebauung wesentlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So wurde beispielsweise die Änderung des Farbtons von Rollläden in einer Arealüberbauung mit einheitlichen Rollläden als massgebliche Veränderung qualifiziert (Urteil des Verwaltungsgerichts V 2011 134). In einem anderen Verfahren wurden verschiedenste Änderungen an einem Garten mit Zäunen, einem Geräteschrank und Erdaufschüttungen hingegen als unwesentliche Änderung der Arealbebauung qualifiziert bzw. festgestellt, dass die dort vorge-

sehenen Veränderungen derart marginal seien, dass sie nicht der Bewilligungspflicht unterständen (Urteil des Verwaltungsgerichts V 2016 88). Vorliegend ist zu beachten, dass dem Augenschein besondere Bedeutung zukommt, weil sich der unbestritten gebliebenen Aussage des Regierungsrats entnehmen lässt, dass der Plan der ursprünglichen Überbauung aus dem Jahr 1977 nicht mehr verfügbar ist. Somit kann für die Beurteilung der Arealbebauung nur auf die faktischen Gegebenheiten, mit anderen Worten auf die aktuelle Erscheinung des Areals, abgestellt werden. Wie sich dem Protokoll des Augenscheins vom 8. Februar 2016 an der Strasse C. entnehmen lässt, weist die Arealüberbauung durchaus einheitliche Architekturelemente auf. Gleichwohl besteht hinsichtlich der Dachstruktur keine einheitliche Gestaltung, wie sich sowohl dem Augenschein als auch der vom Gericht selbst durchgeführten Begutachtung der räumlichen Situation entnehmen lässt. Ausserdem existieren Spezialstrukturen wie (...). Der Regierungsrat ging u.a. aufgrund dieser nicht durchwegs ähnlichen Architektursprache davon aus, dass die geplante Mobilfunkantenne als durchschnittlich dimensionierte Mobilfunkantenne zu keiner wesentlichen Änderung der Arealüberbauung führe.

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

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

j) Die Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömm-

lichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 143 IV 122 Erw. 3.2.3 m.w.H.).

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

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

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

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

Zur Entstehungsgeschichte von § 29 Abs. 4 PBG lässt sich Folgendes entnehmen: Im Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 10. August 2010 führte dieser im Rahmen der Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes zu § 29 PBG u.a. aus, mit der Neuformulierung der Bestimmung solle die Rechtssicherheit für alle Betroffenen erhöht werden, ohne dass die Anforderungen an die Arealbebauungen gelockert würden. Ein Problem seien die Änderungen von bestehenden Arealbebauungen, für welche im Gesetz eine Regelung getroffen werden solle. Der Regierungsrat stellte den Antrag, § 29 Abs. 3 PBG (der in der endgültigen Fassung zu Abs. 4 wurde) wie folgt zu formulieren: «Arealbebauungen können etappenweise

realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer des Areals, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden.» (mit Hervorhebungen durch das Gericht). Die Raumplanungskommission erklärte am 15. Dezember 2010, dass sie mit der vom Regierungsrat vorgeschlagenen neuen Bestimmung grundsätzlich einverstanden sei und lediglich eine Präzisierung vorschlage. Ihr Vorschlag lautete wie folgt: «Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen dann der Zustimmung der Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, wenn die Änderungen wesentlich sind. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossflächen der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.» (mit Hervorhebungen durch das Gericht).

In der ersten Lesung im Kantonsrat erfolgten verschiedene Voten zum neuen § 29 PBG betreffend Änderungen von Arealbebauungen. So wurde u.a. Folgendes gesagt: Votum Strub, Kommissionspräsidentin: «Bei den Änderungen muss zwischen den wesentlichen und den unwesentlichen Änderungen unterschieden werden. Die unwesentlichen Änderungen sind unproblematisch, da dafür keine Zustimmung von den Eigentümern der Arealfläche erforderlich ist. Anders ist die Situation bei einer wesentlichen Änderung an einer Arealbebauung. Als wesentliche Änderung gilt zum Beispiel eine Änderung beim Grundkonzept der Überbauung. Für wesentliche Änderungen ist nach der geltenden Rechtsprechung die Zustimmung von allen Eigentümern der Arealfläche notwendig. Das heisst mit anderen Worten, dass eine wesentliche Änderung einer Arealbebauung an der Zustimmung eines einzelnen Eigentümers scheitern kann. Damit Letzteres verhindert werden kann und wesentliche Änderungen bei einer Arealbebauung möglich sind, schlägt die Kommission eine Präzisierung vor. Für eine wesentliche Änderung einer Arealbebauung soll nicht mehr das Prinzip der Einstimmigkeit gelten, sondern gemäss Vorschlag der Kommission genügt es, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der Eigentümer der anrechenbaren Geschossflächen der Arealbebauung mit der Änderung einverstanden ist.» Votum Schmid: «Die CVP-Fraktion will sicherstellen, dass nicht ein Einzelner oder Wenige sinnvolle Änderungen oder Neuerung blockieren können. Darum unterstützen wir hier die Kommission. Wir hoffen, dass der Vorschlag der Kommission einfacher umzusetzen sein wird als derjenige der Regierung. Noch eine Bitte: Beim Regierungsvorschlag geht es ja darum, dass nur diejenigen zustimmen müssen, die wesentlich stärker belastet werden. Der Votant könnte sich auch vorstellen, dass wir das so machen, dass drei Viertel derjenigen, die wesentlich stärker belastet werden, zustimmen müssen. Das wäre besser.» [Ausserdem bat der Votant um eine Abklärung bis zur zweiten Lesung, welcher der beiden Vorschläge erneuerungsfreundlicher sei.] Votum Abt: «Die FDP-Fraktion ist der Ansicht, dass Bst. b der Regierung einfacher in der Handhabung ist als der Vorschlag der Kommission. Wir stellen deshalb den Antrag, anstelle von § 4b der Kommission den § 3b der Regierungsvorlage einzubauen.» Votum Tännler, Baudirektor: [...] Somit ist die Kommissionslösung viel strenger als die regierungsrätliche [...]. Mit anderen Worten:

Es muss höchstens die Zustimmung jener in diesem Block vorliegen, wo der Eigentümer diese Änderung will. Sicher nicht in den anderen Liegenschaften. [...] Ich könnte noch x andere Beispiele nennen, wo dieser Kommissionsansatz zwar klar ist, aber viel schlechter und strenger als der liberale Ansatz der Regierung. [...] Der regierungsrätliche Vorschlag ist nicht so klar wie der Vorschlag der Kommission, weil es immer eine Einzelfallabwägung ist. Wer ist jetzt stärker belastet? Was ist wesentlich und was unwesentlich? Wer ist belastet und wer nicht? Da kann man dann lang diskutieren. Der Eine glaubt, er sei belastet, der andere nicht. Da muss dann das Gericht entscheiden, da wird sich eine Praxis ergeben.»

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

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

«Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossfläche der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.» Im Anschluss daran wurde diese Version schliesslich in der zweiten Lesung als heute geltender § 29 Abs. 4 PBG angenommen.

m) Würdigend ist dazu Folgendes festzuhalten: Insbesondere aufgrund der Voten im Kantonsrat sticht ins Auge, dass der Gesetzgeber eine liberale Lösung für die Änderung von Arealbebauungen angestrebt hat. Weiter ergibt sich, dass die Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Änderungen sowohl in den Beratungen des Kantonsrats als auch im Gesetzesentwurf der Kommission thematisiert wurde. Gerade der Wunsch nach einer liberalen Lösung spricht dafür, dass von einem Zustimmungserfordernis bei unwesentlichen Änderungen abgesehen werden sollte. Wie nämlich die Kommissionspräsidentin (sinngemäss) ausgeführt hat, wäre es für Bauvorhaben bei Arealbebauungen sehr beschwerlich, ebenfalls bei unwesentlichen Änderungen die Zustimmung einer grossen Zahl von Eigentümern einzuholen. Auch die weiteren Äusserungen in der parlamentarischen Beratung zeigen, dass der Gesetzgeber genau solche Situationen vermeiden und stattdessen eine baufreundlichere Regelung

eingeführen wollte. Obgleich sich dies nicht im Wortlaut der Bestimmung niederschlägt, so ist dennoch aufgrund der klaren Materialien die gesetzgeberische Intention auszumachen, dass nur bei wesentlichen Änderungen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer erforderlich ist. Diese Absicht ist auch sachgerecht, weil andernfalls Änderungen von Arealbebauungen unnötig erschwert würden. Denn es ist nicht einzusehen, welches legitime Bedürfnis dafür bestehen sollte, ebenfalls bei unwesentlichen Änderungen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der stärker belasteten Eigentümer zu verlangen. Somit führt die historische Auslegung von § 29 Abs. 4 PBG zu hinreichend klaren und überzeugenden Ergebnissen, um der Position der Beschwerdegegner zu folgen und vom Wortlaut der Bestimmung abzuweichen. Daher bedürfen nur wesentliche Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Dies entspricht im Übrigen auch der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts Zug (siehe z. B. bereits zum alten Recht Urteil V 2006 54 Erw. 5d).

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

(...)

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

(...)

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

2. Denkmalschutz

2.1 § 25 DMSG

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 28. März 2017 stellte der Regierungsrat des Kantons Zug das ehemalige Stationsgebäude, Morgartenstrasse 4, Oberägeri, als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz. Der Güterschuppen wurde aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler entlassen. Ein Neubau an dieser Stelle müsse sich im Sinne des Umgebungsschutzes zum geschützten Stationsgebäude in Charakter und Materialisierung am historischen Güterschuppen orientieren. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. April 2017 liess die Einwohnergemeinde Oberägeri beantragen, die Unterschutzstellung des ehemaligen Stationsgebäudes sei aufzuheben. Infolge Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei das ehemalige Stationsgebäude nicht als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz zu stellen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. b) Wissenschaftlicher Wert.

(...)

cc) Wie der Regierungsrat zu Recht erwog, betrifft der wissenschaftliche Wert die Bedeutung eines Baudenkmals für die Forschung. Tatsächlich muss es bei dieser gesetzlichen

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

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

c) Kultureller Wert.

(...)

cc) Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass der kulturelle Wert die bautypologische, die baukünstlerische, die sozial-, wirtschafts- oder technikgeschichtliche Bedeutung eines Baudenkmals umfasst. Er betrifft mit anderen Worten dessen Wert für die Kunst- und Kulturgeschichte der Gemeinde, der Region oder des ganzen Kantons. Zweck der Unterschutzstellung muss zusammengefasst also die Erhaltung des baukulturellen Erbes sein, und zwar im Hinblick auf die Geschichte, Architektur, Archäologie oder Kultur der Gemeinde oder Region. Bezüglich des alten Bahnhöflis muss auch nach Überzeugung des Gerichts von einer hohen, ja sehr hohen kulturellen Bedeutung ausgegangen werden. Das Gebäude widerspiegelt nicht nur bautypologisch, sondern auch bauhistorisch und als Zeuge seiner funktionellen Geschichte einen bedeutenden Teil der Orts- und Talgeschichte. Der Ursprungsbau von 1894 ist schon an sich ein sehr wichtiger stilistischer Zeuge für den repräsentativen Wohnbau des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Bautypologisch nimmt das Gebäude in der Reihe der Hochbauten der Gründungszeit der ESZ insofern eine Sonderstellung ein, als es nicht neu erstellt, sondern pragmatisch aus einem bestehenden Bau durch wenige gezielte Eingriffe (Treppenhausweiterung und Anbau Güterschuppen) umgewandelt und für die neue Funktion angepasst worden ist. Zusammen mit dem bereits geschützten Stationsgebäude in Menzins-

gen (erbaut 1915) ist es von daher ein einzigartiger baulicher Zeuge der für die wirtschaftliche und bauliche Entwicklung im Kanton einst sehr wichtigen Strassenbahn. Auch wenn teilweise nicht mehr die originale Bausubstanz erhalten ist, blieben längst nicht nur die Grundstruktur und die Lesbarkeit der Veränderungen beim Übergang vom Privathaus zum öffentlichen Stationsgebäude sehr gut erhalten. Hinzu kommen der aus der Bauzeit stammende Bestand an tragenden Wänden, Decken und Böden, das Treppenhaus mit geschwungenem Treppenaufgang und dem Treppengeländer aus gedrehten Stäben und die Wandverkleidungen, die gestemmtten Geschoss- und Zimmertüren in profilierten Türrahmen, der erhaltene Fensterbestand mit Galgenfenstern und Basculeverschlüssen und Stützkolben mit Winkelbändern, breite Riemenböden und in den meisten Räumen bauzeitliche Wandverkleidungen aus Holztafer. Dass im Gebäude, so namentlich im Hochparterre, auch zahlreiche Spanplatten sichtbar sind, wie der Augenschein ebenfalls zeigte und die sicherlich nicht aus der Bauzeit stammen können, ändert an dieser Betrachtung nichts. Vielmehr entstand am Augenschein ein sehr direkt spürbarer Eindruck von der geschichtlichen Dimension dieses Gebäudes, dem man sich nur schwer entziehen konnte. Dazu trug sicher die nicht mehr bestehende Möblierung der Räume des schon lange unbewohnten und ungenutzten Gebäudes bei. Auch aufgrund seiner augenfälligen Position am Ausgang des Dorfes, aber in direkter Nähe zur Pfarrkirche Sankt Peter und Paul und dem gegenüber liegenden, ebenfalls inventarisierten Gebäude Morgartenstrasse 3 ergibt sich ein sehr hoher kultureller Wert. Es gehört insofern durchaus zum Ortszentrum, indem es dieses von Osten her ankündigt und in sichtbarer Verbindung mit den umliegenden Baudenkmalern im Zentrum der Gemeinde steht.

d) Heimatkundlicher Wert.

(...)

dd) Der heimatkundliche Wert betrifft nach richtiger Auslegung des Regierungsrates die identitätsstiftende Bedeutung, die ein Bauwerk aufgrund seines prägenden Standorts oder seines Zeugniswerts für einen Ort oder eine Region hat. Mit Rohrer (Kommentar NHG, Zürich 1997, 1. Kap., Rz. 30) ist mit dem Begriff Heimat «das gesamte kulturelle Erbe eines geographisch und sozial begrenzten Lebensraums» mit all seinen materiellen und geistigen Kulturgütern zu verstehen. Diesbezüglich muss festgestellt werden, dass dem alten Bahnhof für die Gemeinde Oberägeri ein sogar herausragender heimatkundlicher Wert beizumessen ist. Es war jahrzehntlang ein Ort der Begegnung und des Austausches, indem es von Osten her als Tor zu Ober- und Unterägeri und dem Kanton Zug fungierte. Es war damit ein Begegnungs- und Ausgangspunkt für die Bevölkerung, für Arbeitnehmer, Reisende und Touristen. Nicht verleugnet werden kann insbesondere die identitätsstiftende Wirkung des Gebäudes in räumlicher, zeitlicher und funktioneller Hinsicht. Zu Recht weist die Regierung auf das gerichtsnotorische Faktum hin, dass das Gebäude noch heute auch für die jungen Generationen als altes Bahnhof im kollektiven Gedächtnis verankert ist. Ungeachtet der aktuell eher entgegengesetzten politischen Stimmung würde ein Abbruch dieses Gebäudes von einer breiten Öffentlichkeit zweifellos als unwiederbringlicher Verlust von eigener Identität und

Geschichtlichkeit wahrgenommen. Das an einem markanten Ort eingangs des Dorfcentrums stehende alte Bahnhöfli ist damit längst von selber zu einem kaum mehr wegzudenkenden Dorfbestandteil geworden. Der Situationswert ist zweifellos von besonderer Bedeutung und bezieht sich sowohl auf den kulturellen als auch auf den heimatkundlichen Wert dieses Hauses. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass nicht nur das gegenüberliegende und inventarisierte Wohnhaus Morgartenstrasse 3 aus dem Jahr 1873 in einem wesentlichen kommunikativen Bezug zum Streitobjekt steht, sondern ebenso sehr die Kirche Sankt Peter und Paul, das schmucke historische Gasthaus Hirschen sowie weitere unter Schutz gestellte, historische Gebäude, wie der Augenschein zeigte. Diese Bauten prägen ganz offensichtlich gemeinsam das Erscheinungsbild im Sinne einer eindrücklichen Visitenkarte des Dorfes von Osten her. Die am Augenschein gemachte Aussage, die historischen Bauwerke Oberägeris befänden sich vorwiegend im westlichen Teil des Dorfes, wo Unterschutzstellungen von der Gemeinde immer unterstützt worden seien, erscheint von daher unverständlich, jedenfalls unvollständig. Mit seiner historischen Bausubstanz insbesondere in der Fassade stellt das alte Stationsgebäude nicht zuletzt einen wohlthuenden Kontrast zu den vielen Neubauten innerhalb der durch ein enormes Siedlungswachstum geprägten Gemeinde dar. Der Beschwerdeführerin ist weiter mit dem Regierungsrat zu entgegnen, dass sowohl Objekte, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler verzeichnet sind wie auch tatsächlich geschützte Denkmäler zu den «Schutzobjekten» im Sinne des Quartiergestaltungsplanes der Gemeinde gehören. Denn jedenfalls gelten als Schutzobjekte gemäss der ausdrücklichen Beschreibung im Quartiergestaltungsplan auch die «bloss» inventarisierten Objekte. Unbestrittenermassen sind aber inventarisierte Objekte nach § 5 DMSG «Objekte, deren Schutz erwogen wird» und für welche noch keine Abklärung der tatsächlichen Schutzwürdigkeit vorgenommen worden ist.

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

5. Öffentliches Interesse.

(...)

d) Schon aufgrund der vorher vom Gericht bejahten grundsätzlichen Schutzwürdigkeit des

«alten Bahnhöflis» im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG lässt sich nicht mehr sagen, das Gebäude habe keine ortsprägende architektonische und historische Bedeutung, um damit ein fehlendes sehr hohes öffentliches Interesse an dessen Erhalt zu begründen. Dem Regierungsrat ist darin zu folgen, dass Objekte, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler nach Denkmalschutzgesetz verzeichnet sind, ebenso sehr wie tatsächlich unter Schutz gestellte Denkmäler vom Begriff der «Schutzobjekte» im Quartiergestaltungsplan der Gemeinde Oberägeri zu unterscheiden sind. Inventarobjekte nach Denkmalschutzgesetz sind gemäss § 5 DSG «Objekte, deren Schutz erwogen wird», d.h. es ist für diese Objekte noch keine Abklärung der tatsächlichen Schutzwürdigkeit als Voraussetzung für die Aufnahme ins Verzeichnis der geschützten Denkmäler (Denkmalverzeichnis) durchgeführt worden. Die Gemeinde Oberägeri bezeichnet in ihrem Quartiergestaltungsplan Dorfkern demgegenüber allgemein diejenigen Objekte, die im kantonalen «Inventar» der schützenswerten Bauten enthalten sind, als «Schutzobjekte» und weist dies in der Legende des Planes auch aus. Da das alte Bahnhöfli Oberägeri am 10. Oktober 2002 auf Antrag der Denkmalkommission von der Direktion des Innern ins Inventar der schützenswerten Denkmäler aufgenommen worden ist, erscheint es also folgerichtig im Quartiergestaltungsplan Dorfkern als «Schutzobjekt». Wie erwähnt liegt das ehemalige Stationsgebäude zudem rechtsgültig innerhalb der Ortsbildschutzzone und in der Kernzone A, die gemäss Art. 36 Abs. 1 BO «der Erhaltung des historischen Ortskerns» dient. Im Quartiergestaltungsplan Dorfkern ist es als zu erhaltendes Objekt bezeichnet. Es kommt ihm daher offensichtlich für das Ortsbild eine hervorgehobene Rolle zu. Liegt das alte Bahnhöfli gemäss Zonenplan in der Kernzone und in der Ortsbildschutzzone, so ist dies ganz offensichtlich ein sehr gewichtiger Beleg dafür, dass sein Erhalt in einem jedenfalls hohen öffentlichen Interesse liegt. Insofern stehen der Aussage der Beschwerdeführerin, das Objekt habe keine Bedeutung für das Ortsbild, ihre eigenen planerischen Festsetzungen entgegen. Es kommt ihm somit nach gültigem gemeindlichem Recht für das Ortsbild eine tragende Rolle zu. Wie der Regierungsrat zu Recht erwähnte, wurden diese Zonengrenzen bewusst gezogen und ist es sicher nicht die Idee einer Zonengrenze, dass der Schutzgrad in deren Nähe im Gegensatz zu einer unmittelbaren Kernlage geringer ist. Vielmehr kommt dem alten Bahnhöfli schon durch seine Lage am Dorfeingang und damit als markanter Eck- und Ausgangspunkt des Ortskerns mit seiner historischen Bebauung ein vergleichbar hoher Stellenwert für den Ortskern zu. Diesbezüglich steht in Anwendung von Art. 37 Abs. 1 BO fest, dass Abbruch und Wiederaufbau dieser das Dorfbild ganz offensichtlich prägenden Baute nur zulässig ist, «wenn sich eine Renovation als unverhältnismässig erweist und die kantonale Denkmalpflege zugestimmt hat». An letzterem fehlt es offensichtlich, aber auch an der Unverhältnismässigkeit, wie unter E. 6 noch darzulegen ist.

e) Dass die Baudirektion die Schutzwürdigkeit des Gebäudes im Jahr 2005 wie schon 1998 bestritt, ist insofern zu würdigen, dass sie damals als Vertreterin der Eigentümerschaft entsprechend Antrag an die zuständige Behörde stellte. Zuständige Behörde war die Direktion des Innern (§ 11 und 21 DSG) bzw. bei Bestreitung durch die Standortgemeinde oder zu erwartenden Kantonsbeiträgen von über Fr. 200'000.- der Regierungsrat. Tatsächlich hatte aber die Direktion des Innern bereits 2002 die Inventaraufnahme beschlossen und die Kan-

tonale Denkmalkommission befürwortete anlässlich ihrer Augenscheine vom 30. Mai 2005 und 8. September 2016 die Schutzwürdigkeit. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Dorfkernumfahrung war demgegenüber 1954 beim Erwerb des Gebäudes durch den Kanton ein Thema und hätte den Abbruch des Schutzobjektes vorausgesetzt. Diese ist aber nicht zustande gekommen. Tatsächlich hatte im Jahr 1998 der damalige Leiter des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie im Hinblick auf den geplanten Verkauf des Objektes der Baudirektion erklärt, das ehemalige Stationsgebäude sei aufgrund des schlechten baulichen Zustands anlässlich der Ortsplanungsrevision aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler gestrichen worden. Der Regierungsrat macht dazu aber zutreffend geltend, dass diesbezüglich zu berücksichtigen ist, dass eine umfassende Abklärung der Schutzwürdigkeit damals offenbar noch nicht stattgefunden hatte, was die damaligen Aussagen doch stark relativiert und die gerügte widersprüchliche Beurteilung der Schutzwürdigkeit durch den Kanton in anderem Lichte erscheinen lässt.

f) Was den von der Beschwerdeführerin verständlicherweise angeführten politischen Druck in dieser Frage betrifft, so ist dieser auch vom Gericht ernst zu nehmen. Wie erwähnt dürfen Denkmalschutzmassnahmen nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden, sondern sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden. Diesbezüglich trifft es zu, dass in einer Konsultativabstimmung an der Gemeindeversammlung vom 12. Dezember 2016, die im Rahmen der Interpellation «Altes Bahnhöfli – nicht unter Schutz stellen» durchgeführt wurde, mit 157 gegen 6 Stimmen die Unterschutzstellung des Gebäudes abgelehnt worden ist. Diesen politischen Auftrag hat der Gemeinderat selbstverständlich bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen. Aber auch der Gemeinderat weiss, dass gemäss der vom Regierungsrat eingeholten Auskunft der Gemeindeverwaltung für diese Gemeindeversammlung 3'567 Personen stimmberechtigt gewesen wären und nur 179 teilgenommen haben. Die 157 Personen, die an jener Gemeindeversammlung die Unterschutzstellung des Bahnhöfli ablehnten, entsprachen also nur gerade 4,4 Prozent der Stimmberechtigten. Und zu gewichten ist auch, dass die Behandlung der Interpellation und die Abstimmung über diese nicht im Rahmen eines traktandierten Geschäfts stattfanden, sondern kurzfristig unter Varia angesetzt wurde. Nicht vernachlässigt werden darf in der politischen Betrachtung das Faktum, dass die Stimmberechtigten zweimal im Rahmen ordentlicher Abstimmungen bekräftigt hatten, dass sie einen Erhalt und eine darauf Rücksicht nehmende neue Nutzung des historischen Stationsgebäudes wünschten. Dies geschah einerseits an der Einwohnergemeindeversammlung vom 20. Juni 2011 mit der Genehmigung des Kaufvertrags, wobei die geplante Unterschutzstellung in den Abstimmungsunterlagen thematisiert war, und mit der Genehmigung des Projektierungskredits für die Sanierung und einen neuen Anbau an der Einwohnergemeindeversammlung vom 10. Dezember 2012. Auch der Quartiergestaltungsplan, in welchem das Objekt als Schutzobjekt bezeichnet ist, ist nicht etwa in der Zwischenzeit revidiert worden. Weiter ist mit dem Regierungsrat festzustellen, dass in Bezug auf die angeblich völlig übertriebene Unterschutzstellung von Gebäulichkeiten die von ihm eingereichte Statistik über die Anzahl Unterschutzstellungen seit der Einführung des Denkmalschutzgesetzes im Jahr 1991 bis ins Jahr 2016 zeigt, dass der

langfristige Verlauf der Anzahl Unterschutzstellungen seit 25 Jahren unverändert ist. Unterschutzstellungen erfolgen nicht systematisch, sondern jeweils dann, wenn aufgrund eines aktuellen Interesses einer Eigentümerschaft (z. B. Bauvorhaben, Verkaufsabsichten, Erbteilung) eine abschliessende Klärung der Schutzwürdigkeit gewünscht oder notwendig wird. Gemäss der Statistik wurden in Oberägeri in den letzten elf Jahren, d.h. von 2006 bis 2016, insgesamt zwei Wohnhäuser (Hauptstrasse 2, Gasthaus Ochsen; Doppelhaus Hauptstrasse 9/Bachweg 5) sowie eine Wegkapelle unter Schutz gestellt. Bezüglich eines dritten Wohnhauses im Dorfzentrum, nämlich an der Hauptstrasse 4, wurde ein Unterschutzstellungsentscheid des Regierungsrats vom Verwaltungsgericht kürzlich aufgehoben. Tatsächlich lässt sich der Vorwurf von «völlig übertriebenen Unterschutzstellungen» angesichts dieser Zahlen nicht begründen. Ein bei den Akten liegender, neuerer Newsletter des Forums Oberägeri, der sich auf vier Seiten der Bedeutung von Denkmälern für die Gemeinde und insbesondere dem «Alten Bahnhofli» widmet, belegt zudem, dass es nebst den kritischen Stimmen auch eine sicher nicht geringe Unterstützung für einen Erhalt dieses wichtigen Zeugen der Geschichte gibt. Haben sich die Stimmberechtigten von Oberägeri immerhin zweimal explizit positiv zu Erhalt, Umnutzung und Unterschutzstellung des alten Bahnhofli geäussert, ist somit festzustellen, dass zwar die an der Einwohnergemeindeversammlung vom 12. Dezember 2016 durchgeführte Konsultativabstimmung im Sinne einer spontan erhobenen Momentaufnahme unbestreitbar ein Unbehagen gegenüber denkmalpflegerischen Themen in der Gemeinde Oberägeri zeigte, dass dieses in der Gesamtabwägung aber sicher nicht geeignet ist, den sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert des Gebäudes und damit das sehr hohe öffentliche Interesse an dessen Erhalt grundsätzlich in Frage zu stellen.

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

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

(...)

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

Abbruch der Remise/des Güterschuppens möglich». Daraus ergibt sich, dass von der behaupteten falschen Sachverhaltsfeststellung durch den Regierungsrat nicht die Rede sein kann, dass aber die Unterschutzstellung – so wie auch die sog. «Schattendienstbarkeit» – jedenfalls einen Einfluss auf den reduzierten Kaufpreis gehabt hat.

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

6. Verhältnismässigkeit.

(...)

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

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

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

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

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

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

Dem Argument der Beschwerdeführerin betreffend eine Verschlechterung der finanziellen Lage der Gemeinde ist zunächst zu entgegnen, dass – wie der Regierungsrat zu Recht entgegen – rein finanzielle Interessen der Grundeigentümerin an einer möglichst gewinnbringenden Ausnutzung ihrer Liegenschaft das öffentliche Interesse an einer Eigentumsbeschränkung grundsätzlich nicht zu überwiegen vermag, da sonst eine Unterschutzstellung von schutzwürdigen Bauten beispielsweise in Stadtzentren oder an guter Geschäftslage illusorisch würde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.79/2005 vom 13. September 2005 E. 4.8; BGE 126 I 219 E. 2e S. 223, je mit Hinweisen). Grundsätzlich gilt, dass je schutzwürdiger eine Baute ist, desto geringer Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011, E. 7.1; BGE 126 I 219 E. 2c, S. 222, mit Hinweisen). Der Eigentümer einer in das Denkmalverzeichnis eingetragenen Liegenschaft kann nicht von der Nutzungsmöglichkeit ausgehen, die ohne die Beschränkung bestünde. Die Frage der Rendite ist nicht entscheidend (BGE 118 Ia 384, S. 393, E. 4e) bzw. daran zu messen, ob die Unterschutzstellung für die Eigentümerin unzumutbare finanzielle Folgen nach sich zieht bzw. ob es an einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Interesse an der Unterschutzstellung und dem Interesse der Eigentümerschaft mangelt. Grundsätzlich ist eine Unterschutzstellung verhältnismässig, solange sie die künftige Ausnutzung der Baute und die Anpassung an moderne Raumnutzungsbedürfnisse nicht schlechterdings verunmöglicht (vgl. BGE 120 Ia 283 f.; BGE vom 6.5.1998, in: ZBI 2000, S. 99 ff., 106, 118 Ia 394), was vorliegend wie erwähnt gerade nicht gesagt werden kann und auch das inzwischen erfolgte Verkaufsgeschäft belegt. Abgesehen davon kann unter Verweis auf die oben erwähnten Statistik der überschaubaren Anzahl der in dieser Gemeinde unter Schutz gestellten Objekte und der auch aktuell wieder gesunde(re)n finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin von einer unzumutbaren Belastung der Gemeindefinanzen nicht gesprochen werden. So spricht auch der Gemeinde-

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

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

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

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

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

Regeste:

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

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

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Das streitbetroffene Wohn- und Geschäftshaus G., steht an der G.-Strasse in Oberägeri. Die Grundstückfläche beträgt 214 m². Das Grundstück liegt in der Kernzone A, welche von einer Ortsbildschutzzone überlagert ist. Zusätzlich gelten die Bestimmungen eines Quartiergestaltungsplanes. Unmittelbar südöstlich angrenzend liegt das Gasthaus O., welches zusammen mit den ihm schräg gegenüber liegenden Hausteilen (...) unter Denkmalschutz gestellt ist.

Die Beschwerdegegnerin 1 erwarb die Liegenschaft per 31. Dezember 2009. Sie beabsichtigt unbestrittenermassen, das ganze Haus für ihren [Gewerbebetrieb] zu nutzen. Nachdem die Denkmalkommission von der Eigentümerin über deren Neubauabsichten in Kenntnis gesetzt wurde, nahm die Kommission diese Baute mit einem Stimmverhältnis von 5 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen am 17. Dezember 2013 ins Inventar der schützenswerten Denkmäler auf (vgl. deren Protokoll Nr. 166 vom 2. Dezember 2013). Am 9. April 2014 beantragte die Kommission mit 6 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen bei der Direktion des Innern dessen Unterschutzstellung als Denkmal von lokaler Bedeutung, woraufhin die Direktion des Innern einen entsprechenden Verfügungsentwurf zuhanden der Eigentümerin und der Standortgemeinde verfasste. Vom Schutzzumfang betroffen werden sollte demgemäss der Standort des Gebäudes, seine äussere Erscheinung und historische Bausubstanz (tragende Wände, Decken und Böden) sowie das Eckbuffet aus dem Jahre 1795 und die Verkleidungen der Stube. Insbesondere der jüngere Anbau auf der Ostseite mit grosser Terrasse wurde vom Schutzzumfang ausgenommen. Beide Verfügungsadressaten lehnten die Unterschutzstellung je mit Eingaben von Mitte August 2014 ab und verneinten sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen. Mit Entscheid vom 3. März 2015 entliess der Regierungsrat das fragliche Wohn- und Geschäftshaus aus dem Inventar für schützenswerte Denkmäler und lehnte die Unterschutzstellung ab. Zur Begründung hielt er im Wesentlichen fest, dass alle Voraussetzungen für die Unterschutzstellung nach § 25 Abs. 1 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (DMSG) dem Grundsatz nach erfüllt seien und auch der sehr hohe Wert des Denkmals und das sehr hohe öffentliche Interesse an dessen Erhaltung gegeben seien. Hingegen sei die Eigentümerin in ihrem Vertrauen, dass in Bezug auf dieses Objekt kein Unterschutzstellungsverfahren eingeleitet werde, zu schützen. Am 14. April 2015 erging im Zusammenhang mit dem Baugesuch für den Neubau des Wohnhauses mit Gewerbe unter Abbruch des bestehenden Gebäudes G. ein kantonaler Gesamtscheid, in welchen nebst anderen auch die Stellungnahme des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie einbezogen wurde. Dieses stimmte unter Berücksichtigung gewisser baulicher Anregungen dem Neubauprojekt grundsätzlich zu. Die kantonale Zustimmung erfolgte unter dem Vorbehalt, dass der Regierungsratsbeschluss vom 3. März 2015 betreffend Nichtunterschutzstellung rechtskräftig werde. Auf Beschwerde hin hob das Verwaltungsgericht im Verfahren V 2015 43 mit Urteil vom 22. Dezember 2015 den Regierungsratsbeschluss auf und wies die Vorinstanz an, die für eine Unterschutzstellung erforderlichen Voraussetzungen gemäss § 25 Abs. 1 lit. b-d DMSG unter Beizug eines Experten zu prüfen. Der Regierungsrat habe sich bei seinem Entscheid auf die Schlussfolgerungen der Fachkommission abgestützt. Während darin die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG relativ ausführlich beschrie-

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

5. a) Gemäss Art. 36 der Bauordnung Oberägeri vom 24. September 2006 (BO) dient die Kernzone A der Erhaltung des historischen Ortskerns. Sie ist für das Wohnen und für nicht und mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt (Abs. 1). Die das Ortsbild prägenden typischen Bauten sind nach Möglichkeit zu erhalten. Restaurierungen und Umbauten sind Neubauten oder Rekonstruktionen vorzuziehen. Artikel 37 Abs. 1 BO hält betreffend Um- und Ersatzbauten in der Kernzone A fest, dass die das Dorfbild prägenden Bauten unter Beibehaltung der ursprünglichen Bausubstanz, des bisherigen Gebäudeprofils und des herkömmlichen Erscheinungsbildes umgebaut werden dürfen. Ihr Abbruch und Wiederaufbau ist nur zulässig, wenn sich eine Renovation als unverhältnismässig erweist und die kantonale Denkmalpflege zugestimmt hat. Die Ortsbildschutzzonen dienen der Erhaltung und Pflege des jeweiligen Orts- und Quartierbildes. Gebäude dürfen nur verändert werden, wenn das Orts- und Quartierbild nicht beeinträchtigt wird. Einzelne Neubauten sind zulässig, wenn sie dem Charakter des schutzwürdigen Ortsbildes entsprechen (Art. 44 BO). Gemäss dem rechtskräftigen Quartiergestaltungsplan Kernzone 2011 ist die Liegenschaft der Beschwerdegegnerin als prägende Baute bezeichnet. Diese Bauten sind für die Dorfidentität von grosser Bedeutung. Sie sind als Bezugspunkte für die weitere Entwicklung von Oberägeri zu sehen und in ihrer besonderen Stellung zu erhalten. Allfällige Ersatzbauten müssen der städtebaulichen Situation entsprechend sorgfältig entwickelt werden, so dass sie einen gleichwertigen Beitrag zum Dorfbild leisten (vgl. Legende zum QGP Dorfkern 2011). Gemäss § 20 DMSG sind die in den vom Zonenplan der Gemeinde bezeichneten Ortsbildschutzzonen

prägenden Bestandteile der Siedlungen und gestalteten Freiräume zu bewahren. Im Baubewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen innerhalb der Schutzzonen wirkt das Amt für Denkmalpflege und Archäologie beratend mit.

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

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

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

diese gegenüber dem Entscheid der Vorinstanz mit Zurückhaltung zu beurteilen (vgl. Kommentar VRG, a.a.O., Marco Donatsch, § 50 N. 33).

Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann umso eher bejaht werden, je höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist. Das öffentliche Interesse verlangt, dass ein Baudenkmal recht eigentlich aus anderen Objekten herausragt und von bedeutendem kulturellen Wert ist (vgl. Walter Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 48 f., 205 f.). Ein Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter wird durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal (vgl. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege, Leitsätze der Denkmalpflege in der Schweiz, Zürich 2007, S. 13). Bei den für die Denkmalwürdigkeit in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG geforderten Qualifikationen der sehr hohen Werthaltigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Davon spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte Norm räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrates zu beurteilen sind. Bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ebenfalls eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt in diesen Fällen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt wurden (BGE 135 II 384 Erw. 2.2.2). Es hat mehrfach festgehalten (vgl. BGer 1C_555/2010 vom 23. Februar 2011, Erw. 2.1; BGer 1C_543/2009 vom 15. März 2010, Erw. 2.3), dass «bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen hat, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks berücksichtigt. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können. Schliesslich gilt auch für Denkmalschutzmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Danach müssen staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein. Ein Grundrechtseingriff ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht.» Dabei ist aber festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzbedürftigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können. Je schutzwürdiger eine Baute ist, umso geringer

sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (BGer 1C_55/2011 vom 1. April 2011, Erw. 7.1, mit Verweisen).

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

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

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

b/aa) Laut dem Gutachten I. ist eine zonenkonforme Nutzung mit Wohnen und Gewerbe bei Erhalt des Hauses bzw. Sanierung möglich, wenn sich die Gewerbefläche auf das Sockelgeschoss beschränkt, die Gewerbefläche im Sockelgeschoss um die Fläche der Haustechnik

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

b/bb) Das Gutachten zeigt mit aller Deutlichkeit auf, dass eine Mischnutzung faktisch nur möglich ist, wenn diese von einer Partei betrieben wird resp. das Haus als Einfamilienhaus bewohnt wird. Bei einer zurückhaltenden Sanierung ist das Untergeschoss nur sehr eingeschränkt nutzbar und die Fläche für die gewerbliche Nutzung muss im Sockelgeschoss zudem noch reduziert werden. Die Wohnqualität – z. B. Schallschutz auch innerhalb der Wohnung resp. zwischen den Geschossen, Raumhöhe – dürfte nicht mehr zeitgemäss sein, auch wenn sich vielleicht Liebhaber solchen Wohnraums finden könnten. Eine rein gewerbliche Nutzung, wie sie die Eigentümerin anstrebt, ist gemäss den erwähnten Gründen in verschiedener Hinsicht nicht vernünftig realisierbar. Es fragt sich, ob unter diesen Umständen mit der Sanierung – die heute angesichts der technischen Möglichkeiten fraglos möglich ist – eine nachhaltige Wirkung erreicht werden kann in dem Sinn, dass das Haus zweckmässig langfristig genutzt werden kann. Dem (privaten) Interesse der Eigentümerin an einer dauerhaft möglichen Nutzung ist hier somit durchaus ein hohes Gewicht beizumessen. Dies stimmt so auch mit dem Anliegen der Gemeinde überein, dass im Dorfkern Arbeitsplätze bestehen bleiben oder neu geschaffen werden. Solche tragen wesentlich zur Belebung eines Dorfes bei. Mit Arbeitsplätzen kann erreicht werden, dass andere Strukturen (z. B. andere Gewerbebetriebe) eines Dorfes erhalten bleiben. Der Regierungsrat scheint sich in seiner ersten Argumentation im angefochtenen Entscheid ebenfalls nicht sicher gewesen zu sein, dass bei Substanzerhalt eine Belebung des Dorfes gelingt («Sollte es gelingen, im Erdgeschoss eine neue gewerbliche Nutzung mit mehr Publikumsverkehr unterzubringen, könnte der Ortskern zusätz-

zlich an Lebensqualität gewinnen.»), schliesst sich aber in seiner Duplik neu diesen Überlegungen an. Dem durchaus hohen öffentlichen Interesse an der Erhaltung historischer Bausubstanz stehen somit nicht nur ein privates sondern auch ein weiteres öffentliches Interesse gegenüber, die zusammen zumindest als gleich bedeutend zu gewichten sind. Dazu kommt, dass das Bundesgericht der öffentlichen Meinung eine nicht nur untergeordnete Bedeutung zumisst, sondern verlangt, dass die Schutzwürdigkeit nicht nur von den Fachkreisen, sondern auch von einem grösseren Teil der Bevölkerung bejaht wird. In Oberägeri verhält es sich offensichtlich nicht so, dass allen Anliegen des Denkmalschutzes abwehrend entgegengetreten würde. Mit Befürwortung der Gemeinde wurden das Gasthaus O. und die gegenüberliegenden Hausteile (...) unter Schutz gestellt. In nächster Umgebung sind mit dem «R.» (...) und dem «E.» (...) zwei weitere Bauten denkmalgeschützt. Wenn nun eine Motion, mit welcher eine strengere Unterschutzstellungspraxis angestrebt wird, mit 403 Ja- zu 2 Nein-Stimmen erheblich erklärt wird, ist dies nicht ohne Relevanz. Zieht man in Betracht, dass der Gemeinderat als Vertreter der Einwohner von Oberägeri bei gewissen Objekten sehr wohl für den Denkmalschutz einsteht, vorliegend sich aber von Anfang an dezidiert gegen die Unterschutzstellung äusserte, kann jedenfalls nicht auf eine breite Anerkennung der Schutzwürdigkeit dieses konkreten Hauses geschlossen werden. Insgesamt ergibt sich, dass das öffentliche Interesse am Erhalt des Hauses an der G.-Strasse nicht im erforderlichen Mass überwiegt.

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

c/aa) Laut unwidersprochenen Aussagen der Eigentümerin betragen die Raumhöhen ca. 180 - 185 cm. Betreffend den Zustand des Hauses ist ein Bericht der T., Luzern, vom 21. März 2014 in den Akten. Anlässlich einer ersten visuellen Beurteilung zusammen mit einem Vertreter des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie (Abteilung Denkmalpflege und Bauberatung) wurde bezüglich der Statik festgestellt, dass bei zusätzlichen Belastungen die Tragsicherheit der Wände, welche in bauphysikalischer Hinsicht ein grosses Manko aufwiesen, überprüft werden müsste. Bei den Decken sei ein Unterzugssystem sichtbar, wobei etliche Hauptträger durchhingen. Der Unterzug im Wohnzimmer strassenseitig sei mit einem Rundstrahl bis ins Sparrendach hinauf aufgehängt; diese Aufhängung sei extrem ausgenützt und am Sparren nicht fachgemäss befestigt. Um alle Balken bezüglich Tragsicherheit kontrollieren zu können, müssten bei den Decken alle Verkleidungen entfernt werden. Das Dach müsse neu eingedeckt werden, wobei eine neue Holzkonstruktion vermutlich wirtschaftlicher wäre als Verstärkungen als Folge der Mehrlasten einzubauen. Der Estrichboden müsse in jedem Fall neu erstellt werden. Decken und Wände könnten sicher verstärkt werden, wobei zu beachten sei, dass die Raumhöhen jetzt schon sehr gering seien. W., Beratende Ingenieure und Planer SIA, kamen in einer von der Eigentümerin in Auftrag gegebenen Zustandsbeurteilung am 13. Mai 2014 zum Schluss, dass der Umbau des bestehenden Gebäudes, welcher den Anforderungen der aktuellen Normen entspreche, zu einer kompletten Aushöhlung des Gebäudes führe, was aus Sicht des Tragwerkplaners unverhältnismässig sei. U.a. wurde festgestellt, dass die geringen lichten Raumhöhen und die bauphysikalischen Begebenheiten für Däm-

mung und Raumakustik den heutigen Anforderungen bei Weitem nicht genügten. Die Anpassung der Geschosshöhen würde massive Eingriffe in die Tragstruktur der Riegelkonstruktion erfordern. Die Tragkonstruktion der oberen Geschosse entspreche nicht den Anforderungen an einen Feuerwiderstand von 60 Minuten. Die Balkenlagen und Wechselträger seien zu gering dimensioniert und müssten verstärkt oder ausgewechselt werden. Der Gutachter I. stellte betreffend den Rohbau u.a. fest, dass das Mauerwerk des Unter- und Sockelgeschosses in einem statisch guten Zustand sei. Das Untergeschoss weise feuchte Stellen auf mit Oberflächenkondensat und sei schlecht durchlüftet. Der Holzbau sei – soweit ersichtlich – in einem intakten Zustand mit einzelnen wenigen Feuchtstellen. Einzelne Bauteile seien statisch aus- resp. übernutzt (bspw. sei der Boden am Kachelofenstandort stark abfallend). Die Tragsicherheit sei ohne bauliche Veränderungen gegeben und ohne äussere Einwirkung bestehe keine Einsturzgefahr. Das Dach sei als Kaldach ohne Unterdach ausgebildet. Der Estrich sei unbeheizt. Der Dachstuhl sei in gutem Zustand. Die Ziegeleindeckung habe einzelne kleine Leckstellen und der Grat sei an drei Stellen aufgebrochen. Als Nutzungseinheit gebe es keine Anforderungen an den Schallschutz zwischen den Geschossen. Die Aussenwände hätten keinen genügenden Wärme- und Schallschutz. Betreffend die Bausubstanz zog er das Fazit, dass der Rohbau in der Grundsubstanz in einem guten Zustand und mit normalen Massnahmen für die heutige Nutzung ertüchtigt werden könne. Die restlichen Elemente seien über die Jahre abgenutzt und müssten aufgefrischt oder ersetzt werden. Die Abnutzung sei im Verhältnis zu vergleichbaren Bauten im normalen Bereich. Diverse Verkleidungen seien unsachgemäss demontiert und unwiderruflich zerstört worden (Gutachten S. 5, 4.10). Bei einer Substanzerhaltung sei der Ersatz der Geschossdecken durch Brettstapeldecken nicht notwendig, zumal sich dadurch die Raumhöhen um weitere 15 cm reduzierten. Würden die Raumhöhen angehoben, entstünden Probleme mit den Fensterhöhen (Absturzsicherung, Belichtung etc.). Die Verplattungen der Aussen- und Innenwände fielen auseinander. Die Aussendämmung sei aus denkmalpflegerischer Sicht nicht sinnvoll (allerdings ist die Westfasse mit einem – nicht ursprünglichen – Eternitschindelmantel verkleidet, S. 4, 4.5). Bei einer Kaltnutzung des Estrichs solle das Dach nicht gedämmt werden, da die zusätzliche Last auf den Sparren statische Massnahmen erforderten, hingegen könne der Estrichboden gedämmt werden. Während die Eigentümerin für eine substanzerhaltende Sanierung mit Kosten von ca. Fr. 1.4 Mio. rechnet, veranschlagt er diese auf ca. Fr. 1 Mio., da er einige Massnahmen (z. B. Aussendämmung, Kaltnutzung des Estrichs ohne aus statischen Gründen vorgenommene Dämmung des Daches) als nicht zwingend notwendig erachtet oder günstigere Alternativen sieht, dies allerdings unter dem Vorbehalt der Nutzung durch nur eine Nutzerpartei. Abschliessend stellte er fest, dass er im Gutachten nur die technischen Möglichkeiten untersucht und wiedergegeben habe. Aus baulicher Sicht sei vieles möglich. Für die erwähnte Mischnutzung (idealerweise selbstgenutztes Einfamilienhaus mit kleinem Gewerbe) sei eine Sanierung verhältnismässig einfach umsetzbar. Für die vom Eigentümer gewünschte Nutzung sei ein Neubau zweckmässiger, da bei der Sanierung zu viel Substanz verloren ginge. Zu bezweifeln sei, ob ein Umbau/Sanierung in der heutigen Nutzung wirtschaftlich vertretbar vermietet werden könnte. Der Wohnanteil werde zu gross bzw. der Ausbau für die Wohnungsgrösse zu wenig attraktiv. Zwei bis drei Geschosswohnungen könnten wegen der Erschlies-

sung und den erwähnten Vorschriften (Schallschutz, Brandschutz etc.) nur schwierig eingebaut werden (Gutachten S. 9, Schlusswort).

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

c/bb) Werden für die Substanzerhaltung des Hauses nur gerade die Massnahmen getroffen, die nach Begutachtung des Experten unbedingt notwendig sind, ist die Nutzung realistischere Weise nur als Einfamilienhaus möglich. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Ausbaustandard (Raumhöhen, Zimmergrössen, Schallschutz etc.) bei Weitem nicht den heutigen Ansprüchen auch eines durchschnittlichen Nutzers entspricht. Auch in anderen Belangen (Brandschutz, Gebäudeenergetik etc.) werden die geltenden Normen kaum erfüllbar sein. Den Annahmen des Regierungsrates, dass keine wirtschaftlich vertretbaren Mietzinse generiert werden können, kann angesichts der zu erwartenden Kosten und der (eingeschränkten) Nutzungsmöglichkeiten – auch wenn selbstredend keine verifizierten Zahlen vorliegen – ohne Weiteres gefolgt werden. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung darf überdies das Faktum mitberücksichtigt werden, dass die fragliche Liegenschaft bei der im Zusammenhang mit der Erstellung des QGP 2011 stattgefundenen Vorinventarisierung der Objekte in der Kernzone von Oberägeri nicht in das Inventar der schützenswerten Denkmäler aufgenommen wurde (vgl. BGer 1C_267/2014 vom 18. November 2014, Erw. 4.6 betreffend das Gasthaus O.). Dies steht nicht im Widerspruch zum Entscheid vom 22. Dezember 2015 in derselben Angelegenheit. Wäre nämlich ein schützenswertes Vertrauen der Eigentümerin zu bejahen gewesen, hätte die Unterschutzstellung auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen gemäss § 25 Abs. 1 DMSG verweigert werden können. Dass die zeitnah mit dem Liegenschaftserwerb erfolgte Inventarisierung der Bauten in der Kernzone Oberägeri die Liegenschaft der Beschwerdegegnerin 1 nicht miterfasste und das Haus im in Zusammenarbeit mit den Amt für Denkmalschutz und Archäologie erstellten QGP «nur» als prägendes, nicht aber als schützenswertes Objekt qualifiziert wurde, durfte von der Käuferin, der Beschwerdegegnerin 1, als Indiz für eine fehlende Denkmalwürdigkeit gewertet werden. Es darf angenommen werden, dass eine zu erwartende Unterschutzstellung den Kaufpreis oder gar die grundsätzliche Kaufabsicht beeinflusst hätte. Mit in die Überlegungen betreffend Verhältnismässigkeit darf sicher auch einbezogen werden, dass die Fachkommission gemäss den eingereichten Protokollen nicht einstimmig die Inventarisierung resp. Unterschutzstellung unterstützte, und dass das Haus «nur» als Denkmal von lokaler, nicht aber regionaler Bedeutung eingeschätzt wurde.

c/cc) Zusammenfassend ist dem Regierungsrat beizustimmen, dass eine Unterschutzstellung im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig bzw. der Eigentümerin nicht zumutbar ist.

Bei Erhalt der denkmalwürdigen Teile der Liegenschaft, so namentlich der Holzkonstruktion, kann eine zweckmässige und damit nachhaltige Nutzung nicht gewährleistet werden. Eine tieferegreifende Sanierung bereits in den kommenden Jahren wäre absehbar. Das ebenfalls schützenswerte Eckbuffet und Täfer (soweit überhaupt noch vorhanden) hingegen kann problemlos in einen Neubau integriert und somit langfristig erhalten werden.

(...)

8. Der Regierungsrat hat in seinem Bericht und Antrag zur Revision des DMSG (vgl. oben Erw. 6b) hervorgehoben, dass ein Denkmal die gesetzlichen Voraussetzungen in erhöhtem Mass erfüllen müsse, wenn Eigentümer und Standortgemeinde eine Unterschutzstellung ablehnten. Letzteres ist hier der Fall. Auch die Fachkommission hat – gemäss von der Direktion des Innern eingereichten Protokollen – nicht einstimmig die Inventarisierung resp. Unterschutzstellung dieses Hauses als Denkmal unterstützt und es wurde ihm auch «nur» eine lokale Bedeutung zugeschrieben. Die gerichtliche Prüfung hat ergeben, dass weder ein überwiegendes öffentliches Interesse am Erhalt des Hauses noch die Verhältnismässigkeit resp. Zumutbarkeit der Unterschutzstellung im erforderlichen Mass gegeben ist. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Regierungsratsbeschluss im Ergebnis nicht zu beanstanden ist und dem Regierungsrat nicht vorgeworfen werden kann, dass er sein ihm zustehendes Ermessen in rechtswidriger Weise angewandt hat. Auf die nur von der Beschwerdegegnerin 1 beantragte Durchführung eines Augenscheins kann bei diesem Schluss ohnehin verzichtet werden, zumal die Faktenlage in den Akten ausreichend beschrieben ist. Insgesamt ergibt sich also, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

3. Handelsregister

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

Regeste:

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

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

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

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

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 13. Juni 2017 löste das Handelsregisteramt des Kantons Zug die X. GmbH gestützt auf Art. 153b HRegV auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Gesellschaft habe den gesetzmässigen Zustand innert Frist nicht hergestellt. Das Amt auferlegte der Gesellschaft gleichzeitig die Kosten des Aufforderungsverfahrens von Fr. 300.– und der Verfügung von Fr. 130.– sowie den Mitgliedern des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans der Gesellschaft eine Ordnungsbusse von Fr. 300.–. Diese Verfügung wurde dem Gesellschafter und Geschäftsführer, Y., an seiner neuen Privatadresse in A. zugestellt. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Juni 2017 gelangte die X. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Y., an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und beantragte u.a., die Verfügung des Handelsregisteramtes sei bezüglich der Bussen aufzuheben. Mit Vernehmlassung vom 2. August 2017 beantragte das Handelsregisteramt des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Wird dem Handelsregisteramt gemäss Art. 153a Abs. 1 HRegV von Dritten mitgeteilt, dass eine Rechtseinheit angeblich über kein Rechtsdomizil mehr verfügt, fordert es das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Rechtseinheit auf, innert 30 Tagen ein neues Rechts-

domizil am Ort des Sitzes zur Eintragung anzumelden oder zu bestätigen, dass das eingetragene Rechtsdomizil noch gültig ist. Gemäss Art. 153a Abs. 2 HRegV weist die Aufforderung auf die massgebenden Vorschriften und Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin und wird zugestellt gemäss lit. a) mit einem eingeschriebenen Brief an das im Handelsregister eingetragene Rechtsdomizil sowie an allfällige im Handelsregister eingetragene weitere Adressen der Rechtseinheit; oder gemäss lit. b) nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr. Wird gemäss Art. 153a Abs. 3 der HRegV innert dieser Frist keine Anmeldung oder keine Bestätigung eingereicht, veröffentlicht das Handelsregisteramt die Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Dabei weist die Aufforderung auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin.

2.2 Leistet die Rechtseinheit der im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte Aufforderung innert Frist keine Folge, so erlässt das Handelsregisteramt gemäss Art. 153b Abs. 1 HRegV eine Verfügung über: lit. a) die Auflösung der juristischen Person und der Personengesellschaft beziehungsweise die Löschung des Einzelunternehmens und der Zweigniederlassung; lit. b) über die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatorinnen und Liquidatoren; lit. c) über den weiteren Inhalt des Eintrags im Handelsregister; lit. d) über die Gebühren; lit. e) gegebenenfalls über die Ordnungsbusse gemäss Art. 943 OR. Nach Abs. 2 lit. a dieser Bestimmung eröffnet das Handelsregisteramt seine Verfügung nach Massgabe des kantonalen Rechts oder nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr an: (Ziff. 1) die in der Schweiz wohnhafte Inhaberin oder den in der Schweiz wohnhaften Inhaber eines Einzelunternehmens; (Ziff. 2) die in der Schweiz wohnhaften Liquidatorinnen oder Liquidatoren einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person; oder (Ziff. 3) die in der Schweiz wohnhaften zur Vertretung der Zweigniederlassung berechtigten Personen. Gemäss Abs. 2 lit. b dieser Norm eröffnet das Handelsregisteramt die Publikation der Verfügung zudem im Schweizerischen Handelsamtsblatt, sollten nicht alle unter Buchstaben a genannten Personen einen Wohnsitz in der Schweiz haben. Wird gemäss Art. 153b Abs. 3 HRegV innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung der Auflösung einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft der gesetzliche Zustand wieder hergestellt, indem das neue Rechtsdomizil rechtskonform zur Eintragung angemeldet wird, kann das Handelsregisteramt die Auflösung widerrufen.

(...)

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

5.1 Dem Geschäftsführer ist zu widersprechen. Artikel 153a Abs. 2 lit. a HRegV hält ausdrücklich fest, dass das Handelsregisteramt die Aufforderung zur Anmeldung eines gültigen Rechtsdomizils bei einem angeblich fehlenden Rechtsdomizil an die Adresse zu senden hat, welche

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

5.2 Die vom Handelsregisteramt ausgesprochene Busse erweist sich entgegen der Ansicht des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin im Übrigen als rechtmässig. Gemäss Art. 943 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) hat die Registerbehörde von Amtes wegen gegen Fehlbare mit Ordnungsbussen zwischen Fr. 10.– und Fr. 500.– einzuschreiten, wenn das Gesetz die Beteiligten zur Anmeldung verpflichtet hat. Die Handelsregisterbehörde ist auf die Mitwirkung der anmeldepflichtigen Personen angewiesen und kann gemäss Art. 152 HRegV die Eintragungspflicht durchsetzen. Die Ordnungsbusse ist gegen fehlbare Beteiligte als Zwangsmittel vorgesehen. Zu büssen ist jeder absichtliche oder fahrlässige Verstoss gegen die im Gesetz und Verordnung geregelte Pflicht, eine Eintragung im Handelsregister anzumelden. Bei juristischen Personen werden die verantwortlichen Organe, d.h. die anmeldungspflichtigen Personen bestraft. Auch bei einem fehlenden Rechtsdomizil nach Art. 153b Abs. 1 HRegV ist eine Ordnungsbusse im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR auszusprechen (BSK-OR II, Eckert, N 1 zu Art. 943 OR). Gemäss Art. 123 Abs. 1 HRegV muss eine Gesellschaft bei einer Sitzverlegung an ihrem neuen Sitz angemeldet werden. Bei einer GmbH, wie vorliegend, muss jede Anmeldung von zwei Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder von einem Mitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung unterzeichnet werden (Art. 931a Abs. 1 OR, Art. 17 Abs. 1 lit. c HRegV). Bei der Beschwerdeführerin ist Y. als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Keine weitere Person ist in der Gesellschaft zur Unterschrift berechtigt (vgl. HRA-act. 2). Er wäre somit von Gesetzes wegen zur Anmeldung der Sitzverlegung der Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, was er aber – wie er selber zugibt – nicht tat. Damit hat er es fahrlässig unterlassen, den ihm durch das Handelsregisterrecht auferlegten Pflichten nachzukommen. Bei dieser Ausgangslage musste das Handelsregisteramt gegenüber eine Ordnungsbusse aussprechen. Diesbezüglich gab es für die Behörde gar keinen Spielraum. Die Höhe der auferlegten Ordnungsbusse erweist sich im Weiteren auch nicht als unverhältnismässig. Letzteres wurde vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin denn auch gar nicht behauptet.

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

2017) und andererseits Kosten für die Verfügung selbst von Fr. 130.– (Ziff. 3 der Verfügung vom 13. Juni 2017) auferlegt.

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

Für all diese Gebühren existiert eine Rechtsgrundlage, wie nachfolgend zu zeigen ist. In der ersten Gruppe wurden für die Domiziländerung Fr. 40.– in Rechnung gestellt. Rechtsgrundlage für die Erhebung dieses Betrags ist Art. 5 lit. a Ziff. 1 der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister vom 3. Dezember 1954 (KostenVO, SR 221.411.1). Weiter wurden in der Verfügung gestützt auf Art. 5 lit. a Ziff. 2 KostenVO für die Änderung der Funktion – der Geschäftsführer wurde zum Liquidator der Gesellschaft bestimmt – richtigerweise Fr. 20.– in Rechnung gestellt. Die dritte Position betraf die Kosten der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister, wofür Fr. 100.– veranschlagt wurden. Auch für diese Gebühr gibt es mit Art. 5 lit. d Ziff. 6 KostenVO eine Rechtsgrundlage. Schliesslich betrifft die Personalienänderung, für welche die Beschwerdeführerin Fr. 20.– zu zahlen hatte, die Tatsache, dass der Wohnort des Geschäftsführers im Handelsregister nicht mehr mit B., sondern mit A. angegeben wurde. Gesetzlich ist diese Gebühr wie die Eintragung der Funktionsänderung in Art. 5 lit. a Ziff. 2 KostenVO verankert.

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

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

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

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

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017, V 2017 77

Das Urteil ist rechtskräftig.

4. Sozialversicherungsrecht

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, Jahrgang 1968, schloss 1988 die Lehre als Konstruktionsschlosser ab und arbeitete dann in Zug als Metallbauschlosser. Im Jahr 2011 musste er seine unselbständige Erwerbstätigkeit als Metallbauschlosser wegen gesundheitlichen Beschwerden – Kalk- und Kristallablagerungen in den Knien – jedoch aufgeben, weshalb er im April 2011 eine von der IV-Stelle finanzierte Umschulung zum Bauleiter-Hochbau begann. Er besuchte ab dem 30. April 2011 die berufsbegleitende Ausbildung zum Bauleiter und nahm ab dem 1. Mai 2011 ein Praktikum in dieser Funktion auf. Nach eineinhalb Semestern musste er die theoretische Grundausbildung im Januar 2012 aus gesundheitlichen Gründen (Hand- und Fussgelenkprobleme) jedoch bereits wieder abbrechen, weshalb die praktische Ausbildung ohne den theoretischen Teil fortgesetzt wurde. Doch auch die praktische Ausbildung musste er im Septem-

ber 2012 krankheitsbedingt unterbrechen, was schliesslich zum definitiven Abbruch der Ausbildung per Ende April 2013 führte. In der Folge hatte der Beschwerdeführer verschiedene Nebenjobs und nahm schliesslich im Mai 2016 eine selbständige Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet des Metallbaus auf, wofür er bei der IV-Stelle ein Gesuch um Kapitalhilfe in der Höhe von Fr. 50'000.- stellte, welches indes mit Vorbescheid vom 16. Mai 2017 bzw. Verfügung vom 11. September 2017 abgewiesen wurde. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Oktober 2017 liess der Versicherte beantragen, die Verfügung vom 11. September 2017 sei aufzuheben, dem Gesuch um Kapitalhilfe sei stattzugeben, eventualiter seien weitere Sachverhaltsabklärungen durch die Beschwerdegegnerin vorzunehmen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung vom 16. November 2017 beantragte die IV-Stelle die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

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

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

3.4

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

- es muss eine Invalidität vorliegen, die der versicherten Person die weitere Ausübung der unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr erlaubt oder unzumutbar macht, oder die bisherige selbständige Erwerbstätigkeit erheblich beeinträchtigt;
- die versicherte Person muss subjektiv und objektiv eingliederungsfähig sein;
- die versicherte Person muss sich fachlich und charakterlich (Selbst- und Sozialkompetenzen) für eine selbständige Erwerbstätigkeit eignen;
- die versicherte Person muss in der Schweiz Wohnsitz haben;
- die Eingliederungsmassnahme, die zur selbständigen Erwerbstätigkeit führt, muss einfach und zweckmässig sein;
- der Gesundheitszustand und die wirtschaftlichen Aussichten müssen Gewähr für eine längerdauernde und existenzsichernde Eingliederung bieten. Eine Existenzsichernde Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn die Kapitalhilfe der versicherten Person ermöglicht, aus der selbständigen Erwerbstätigkeit während einer längeren Zeitspanne ein Bruttoeinkommen zu erzielen, das mindestens dem Mittelbetrag zwischen dem Minimum und Maximum der ordentlichen einfachen Altersrente entspricht, wobei Renten irgendwelcher Art, die die versicherte Person bezieht, nicht zu berücksichtigen sind;
- zusammen mit der Kapitalhilfe muss eine ausreichende und angemessene Finanzierung längerdauernd gesichert sein.

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

3.4.2 Verwaltungsweisungen – wie das obig zitierte Kreisschreiben – richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung jedoch berücksichtigen, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetze-

sanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 133 V 257 Erw. 3.2, mit vielen weiteren Hinweisen).

(...)

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

5.1 Die Beschwerdegegnerin begründet die Abweisung des Antrages betreffend Kapitalhilfe unter Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichts 9C_231/2009 vom 23. Dezember 2009, Erw. 3 und I 122/01 vom 5. März 2002 sowie Rz. 6005 KSBE damit, dass Versicherten, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis gestanden hätten, nur dann eine Kapitalhilfe zu gewähren sei, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig sei. Sei hingegen die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit möglich, bestehe kein Anspruch auf Kapitalhilfe. Wie der gutachterlichen Beurteilung sowie der ablehnenden Rentenverfügung vom 29. Februar 2016 entnommen werden könne, sei dem Versicherten eine angepasste Tätigkeit im Rahmen der ergonomischen Rahmenbedingungen zumutbar. Solche Tätigkeiten seien auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erhältlich. Damit seien die Voraussetzungen für den Anspruch auf Kapitalhilfe nicht gegeben.

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

5.3

5.3.1 Mit der Beschwerdegegnerin ist zunächst festzuhalten, dass das Bundesgericht die Rechtsprechung von I 122/01, veröffentlicht in AHJ 2002 S. 180, in den Urteilen 9C_290/2008 vom 27. Januar 2009, Erw. 3.3 und 9C_231/2009 vom 23. Dezember 2009, Erw. 3.1, ausdrücklich bestätigt hat. Demgemäss ist Versicherten, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis standen, nur dann eine Kapitalhilfe zu gewähren, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig ist. Ist hingegen die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit möglich, besteht kein Anspruch auf Kapitalhilfe. Entsprechend wird in Rz. 6005 KSBE festgehalten, Anspruch auf Kapitalhilfe hätten versicherte Personen, denen es auf Grund einer Invalidität nicht mehr möglich oder nicht zumutbar sei, als Unselbständigerwerbende tätig zu sein sowie Selbständigerwerbende, die aus invaliditätsbedingten Gründen ihren Betrieb umstellen müssten. Verwiesen wird in diesem

Zusammenhang auf den bereits genannten und in AHI 2002 S. 180 veröffentlichten Entscheid des EVG I 122/01.

Wie vom Beschwerdeführer zu Recht vorgebracht, trifft es zwar zu, dass sich Verwaltungsweisungen an die Durchführungsstellen richten und für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind. Der Beschwerdeführer verkennt jedoch, dass sie das Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigen soll, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (vgl. Erw. 3.4.2). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass an Rz. 6005 KSBF festgehalten wird, wendet das Bundesgericht das fragliche Kreisschreiben und insbesondere auch Rz. 6005 doch in konstanter Praxis an, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass die fragliche Verwaltungsweisung mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen durchaus vereinbar ist. Damit ergibt sich für das kantonale Sozialversicherungsgericht keine Veranlassung, den Anspruch auf Kapitalhilfe im vorliegenden Fall abweichend zu beurteilen. Insbesondere stellt auch die abweichende Lehrmeinung von Ulrich Meyer entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keinen triftigen Grund dar, um von Rz. 6005 KSBF und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweichen. Die Beschwerdegegnerin hat somit als Voraussetzung zur Ausrichtung einer Kapitalhilfe zu Recht die Unmöglichkeit einer Eingliederung als Unselbständiger verlangt.

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

werden, dass Anstellungsmöglichkeiten entsprechend den beruflichen Qualifikationen des Beschwerdeführers auch unter Berücksichtigung der ergonomischen Rahmenbedingungen offensichtlich vorhanden waren, weshalb ihm eine unselbständige Erwerbstätigkeit weiterhin zumutbar gewesen wäre, mithin kann trotz seiner Einschränkung vernünftigerweise erwartet werden, dass er als Angestellter arbeitet. Die Notwendigkeit von einer unselbständigen auf eine selbständige Erwerbstätigkeit umzustellen, ist aktenmässig nicht ausgewiesen. Der im Mai 2016 erfolgte Wechsel des Beschwerdeführers in eine selbständige Erwerbstätigkeit kann somit nicht als invaliditätsbedingt erforderlich im Sinne von Rz. 6005 KSBE beurteilt werden. In diesem Punkt ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen.

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

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

6. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin kein Recht verletzte, wenn

sie das Gesuch um Kapitalhilfe abwies. Im Gegenteil widerspiegelt die angefochtene Verfügung nur die konstante höchstrichterliche Rechtsprechung und ein Abweichen davon erscheint dem Verwaltungsgericht nicht angezeigt. Dem Beschwerdeführer wäre es aus invalidenversicherungsrechtlicher Sicht nicht unmöglich oder unzumutbar gewesen, eine unselbständige Tätigkeit zu suchen und auszuüben, weshalb eine Kapitalhilfe bereits aus diesem Grund nicht gewährt werden kann. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen nach Art. 18d IVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 IVV für einen Anspruch auf Kapitalhilfe nicht erfüllt sind. Die angefochtene Verfügung vom 11. September 2017 erweist sich dementsprechend als rechtens, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

erfolgt, in rechtswidriger Weise einen Kinderzulagenanspruch zu erwirken, dies obgleich die finanzielle Belastung durch die Enkelkinder nicht mehr als EUR 400.– betrage.

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

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG wird ab dem Geburtsdatum eines Kindes bis zum Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, eine Kinderzulage ausgerichtet. Ab dem Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens jedoch bis zum Ende des Monats, in dem es das 25. Altersjahr vollendet, wird gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG eine Ausbildungszulage ausgerichtet. Artikel 1 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (FamZV, SR 836.21) legt dabei präzisierend fest, dass ein Anspruch auf eine Ausbildungszulage für Kinder beste-

ht, die eine Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) – diese Bestimmung regelt den Anspruch auf Waisenrenten bis zum vollendeten 25. Altersjahr – absolvieren.

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

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

2.1.3 Nach Art. 6 FamZG wird für das gleiche Kind nur eine Zulage derselben Art ausgerichtet, wobei die Differenzzahlung nach Art. 7 vorbehalten bleibt. Artikel 7 FamZG sodann regelt die Anspruchskonkurrenz. Haben mehrere Personen für das gleiche Kind Anspruch auf Familienzulagen, so steht der Anspruch zunächst der erwerbstätigen Person; dann der Person, die die elterliche Sorge inne hat bzw. bis zur Mündigkeit inne hatte; danach der Person, bei der das Kind überwiegend lebt(e); der Person, auf die die Familienzulagenordnung im Wohnsitzkanton des Kindes anwendbar ist; der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit; schliesslich der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu (Abs. 1). Bei konkurrierenden Ansprüchen nach zwei verschiedenen kantonalen Zulageordnungen hat die zweitberechtigte Person Anspruch auf den Betrag, um den der gesetzliche Mindestansatz in ihrem Kanton jenen des anderen Kantons übersteigt (Differenz-zahlung; Abs. 2).

2.2 Zu Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG halten die Kommentatoren Kieser und Reichmuth unter anderem fest, nach dem BSV könne es sich bei dieser Konstellation nur um wenige Fälle handeln, weshalb sich die Frage ergebe, ob eine spezielle Regelung überhaupt erforderlich gewesen sei oder ob die wenigen Fälle nicht auch über die Pflegekinderregelung hätten erfasst

werden können (Ueli Kieser/Marco Reichmuth, Praxiskommentar FamZG, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 4 N. 48). Die Fallkonstellation, dass Kinder mit ihren nicht erwerbstätigen Eltern im Ausland leben, dort auch Fürsorgegelder inklusive Kinderzulagen erhalten und überdies von den Grosseletern aus der Schweiz unterstützt werden, handeln die Kommentatoren nicht speziell ab.

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

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

3. Fest steht vorliegend, dass die Beschwerdeführerin, die Grossmutter der in Portugal lebenden Kinder A und B, bereits im April 2015 Anspruch auf Kinderzulagen für ihre Enkel beantragte und dass die Familienausgleichskasse des Kantons Zug den Anspruch mit Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. b FamZV verneinte, da sie, die Beschwerdeführerin und Grossmutter, nicht in überwiegendem Masse im Sinne der Ordnungsbestimmung für die Kinder aufkomme. In der Folge erhöhte die Beschwerdeführerin ihre monatlichen Zahlungen an die beiden in Portugal lebenden Kinder von EUR 400.- auf EUR 2'000.- und meldete sich wiederum zum Leistungsbezug an. Während die Beschwerdeführerin einen Anspruch gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG nun als erstellt sieht, sieht die Beschwerdegegnerin einen Verstoß gegen das Verbot des Doppelbezugs bzw. ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen.

(...)

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

5.1 Aus den vorliegenden Akten ergibt sich, dass ein Familien- und Jugendgericht in Porto, Portugal, im Oktober 2010 festhielt, dass die elterliche Sorge über die Kinder A und B dem Kindsvater übertragen worden sei, dass die Kinder aber bei der Grossmutter leben würden. Der portugiesische Familiengerichtsentcheid nennt keine konkrete Adresse. Aus den weiteren Akten ergibt sich indes, dass die Grossmutter zum damaligen Zeitpunkt offenbar noch in Portugal lebte, wo sie über ein eigenes Haus verfügt. Ein damaliger Wohnsitz in der Schweiz ist jedenfalls nicht erstellt und es ist anzunehmen, dass die psychisch kranke Kindsmutter damals ebenfalls im Haus der Grossmutter lebte. Da der fragliche Entscheid mithin nicht auf einen gemeinsamen Wohnsitz der Kinder und der Grossmutter in der Schweiz hindeutet, lässt sich daraus für die Beurteilung der eingangs gestellten Frage nichts ableiten. Aus den Akten ergibt sich nämlich unzweifelhaft, dass die Kinder nach einem knapp fünf-monatigen Aufenthalt in der Schweiz – von August 2015 bis zum 7. Januar 2016 – wieder in Portugal lebten und noch immer dort leben. Zwar zeigen dieselben Akten, dass während dieser fünf Monate zwischen August 2015 und Januar 2016 ein Gesuch um Gewährung der Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Grossmutter in der Schweiz sowie ein Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung für die Grossmutter bearbeitet wurden. Nach der Rückkehr der Kinder nach Portugal wurden das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sowie der Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung hinfällig. Im Oktober 2016 wurde dann ein neuerlicher Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung eingereicht und mit diversen Akten – Beitreibungsauszüge, Leumundsberichte, Lohnausweise und Unterhaltsverpflichtungen – untermauert, wobei einige wichtige Dokumente – Berichte über den Gesundheitszustand – gemäss dem dem Gericht bekannten Aktenstand noch fehlten. Dass eine Pflegeplatzbewilligung schliesslich dann auch erteilt worden wäre, ist allerdings bis dato nicht aktenkundig. Mithin darf derzeit wohl vom Fehlen einer entsprechenden Bewilligung ausgegangen werden. Aktenkundig ist sodann, dass der Inhaber der elterlichen Sorge für die beiden Kinder, Kindsvater D, mit einer Wohnsitznahme der Kinder in der Schweiz einverstanden wäre, obgleich er die Verhältnisse bei der Grossmutter eingeständenermassen nicht kennt, und dass die Kinder- und Jugendschutzbehörde von Porto im Interesse des Kindeswohl einen Umzug der Kinder zur Grossmutter in der Schweiz begrüssen würde. Zu guter Letzt ist aktenmässig erstellt, dass die Grossmutter und ihr Lebenspartner seit ihrer Einreise in die Schweiz regelmässig Geldbeträge an die Adresse der Tochter und zur Verwendung für die Enkel nach Portugal überwiesen haben und noch immer überweisen und dass diese Beträge sich seit Herbst 2016, soweit ersichtlich, regelmässig auf EUR 2'000.– belaufen.

5.2

5.2.1 Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG können auch erwerbstätige Grosseltern für ihre Enkelkinder

Kinderzulagen beanspruchen, so sie für deren Unterhalt in überwiegender Masse aufkommen. Wohnen die fraglichen Enkel nicht im selben Haushalt wie die Grosseltern, gilt die Unterhaltsleistung in überwiegender Masse als erstellt, wenn die Grosseltern pro Kind mindestens einen monatlichen Geldbetrag in der Höhe der maximalen vollen Waisenrente nach AHVG – Stand derzeit Fr. 940.– – überweisen. Soweit vorliegend als erstellt gilt, dass die Beschwerdeführerin monatlich und pro Enkelkind einen Betrag von EUR 1'000.– nach Portugal überweist, erweist sich die Anspruchsvoraussetzung von Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG i.V.m. Art. 6 FamZV ergo als grundsätzlich erfüllt.

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

5.2.3 Dem weiteren Argument der Beschwerdegegnerschaft, Art. 6 FamZG statuiere ein Doppelbezugsverbot, ist unter Verweis auf Erwägung 2.2 bzw. auf Kieser/Reichmuth festzuhalten, dass das fragliche Doppelbezugsverbot jedenfalls nach der einschlägigen Lehre im Falle des Zusammenfallens von bundesrechtlichen Zulagen und Zulagen nach ausländischem Recht keine Bedeutung haben, dass es mithin nur darum geht, dass innerhalb der Schweiz für dasselbe Kind nicht zweimal Zulagen bezogen werden. Vorbehalten bleibt der Anspruch auf Differenzzahlungen. Höchststrichterliche Praxis, die diese Einschätzung von Kieser/Reichmuth als unrichtig erscheinen liesse, findet sich nicht. Die Tatsache, dass der portugiesische Staat vorliegend für die Kinder A und B im Rahmen der Sozialhilfezahlungen an die Mutter monatliche Familienzulagen in der Höhe von EUR 35.19 pro Kind ausrichtet, spricht mithin nach Lehre und Rechtsprechung nicht grundsätzlich gegen den zu beurteilenden Zulagenanspruch der Grossmutter. Allerdings gilt es nach den Randziffern 434 und 435 ff. der Wegleitung FamWZL zu beachten, dass in internationalen Verhältnissen mit Staatsangehörigen der EU und der EFTA der Anspruch des Erwerbstätigen dem Anspruch des Bezügers rentenabhängiger Leistungen vorgeht bzw. dass der Anspruch des Erwerbstätigen auch dem Anspruch auf wohnsitzabhängige Leistungen vorgeht und dass bei gewissen Konstellationen der Anspruchskonkurrenz Differenzzahlungen erfolgen sollen. Nach dem Gesagten erweist sich ein Anspruch zumindest im Differenzbetrage zwischen der Zulage nach schweizerischen, nach zugerischen Recht und den in Portugal pro Kind effektiv ausgerichteten EUR 35.19 als nicht ausgeschlossen.

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

grenzübergreifenden Verhältnissen im EU/EFTA-Raum erste Anspruchspriorität der erwerbstätigen Person zukommt.

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

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der grundsätzliche Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kinderzulagen zugunsten ihrer in Portugal lebenden Enkel nicht per se verneint werden kann. Sehen Gesetz und Verordnung, Praxis und Lehre auch einen Anspruch für Grosskinder vor, sofern die Unterhaltsleistungen zu deren Gunsten ein gewisses Mass überschreiten, sehen die hier zur Anwendung kommenden internationalen Vereinbarungen denn auch Leistungen ins europäische Ausland vor und steht der Anspruch überdies im Einklang mit den national und international geltenden Regeln über die Anspruchskonkurrenz, so vermögen auch Zweifel an der schlussendlichen Verwendung der Gelder – solche können auch bei „innerschweizerischen“ Verhältnissen auftreten – der Anspruchsberechtigung nicht entgegenstehen. Ein offener Rechtsmissbrauch ist für das Gericht hier nicht ersichtlich und allein aufgrund der internationalen Komponente darf nicht auf einen solchen geschlossen werden. Hingegen wird es Sache der Familienausgleichskasse sein, den Fortbestand des Anspruchs regelmässig zu überprüfen, unter Vorbehalt der Rückforderung, sollten beispielsweise die Unterhaltsleistungen nicht mehr den Anforderungen von Art. 6 FamZV genügen. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache ist zur Festsetzung der Ansprüche im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(...)

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

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, geboren 2007, italienische Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung C für die Schweiz, wurde Ende Dezember 2007 bei der IV-Stelle Zug zum Leistungsbezug für Versicherte vor dem 20. Lebensjahr (medizinische Massnahmen) angemeldet. Als Leiden wurde eine verschlossene Klappe des Tränenkanals festgehalten. Dem gleichzeitig eingereichten Bericht des Kantonsspitals Luzern, für dieses Dr. A, Kinderspital Luzern, kann der Hinweis auf das Geburtsgebrechen 413 (Aplasie der Tränenwege/angeborenes Fehlen der Tränenwege), sowie der handschriftliche Vermerk «Dakryozele bei kongenitaler Dakryostenose» entnommen werden. Am 25. April 2008 äusserte RAD-Arzt Dr. B, FMH für Allgemeinmedizin, das Geburtsgebrechen GG 413 bzw. ein als Folge der Aplasie operationsbedürftiger Befund könnten bejaht werden und die entsprechende Operation sei von der Invalidenversicherung zu übernehmen.

Am 28. Mai 2017 wurde die Versicherte erneut zum Bezug von Leistungen für Minderjährige angemeldet. Wiederum ging es um medizinische Massnahmen. Es wurde auf eine erforderliche zahnärztliche Behandlung infolge Hypomineralisation der Zähne, auf ein Geburtsgebrechen resp. auf eine Nebenwirkung und/oder einen Folgeschaden hingewiesen. Beigelegt wurde ein Arztbericht des Luzerner Kantonsspitals, für dieses Dr. C. Der Bericht enthält die Diagnose eines Status nach Dakryozystitis/Dacryozele 12/2007 und den Hinweis, dass im Arzneimittel-Kompendium eine Hypomineralisation der Zähne nicht als Nebenwirkung der Behandlung mit Cephalosporinen aufgeführt werde, dass die Literatur aber Hinweise auf eine mögliche Assoziation enthalte, dass ein Zusammenhang mithin nicht ausgeschlossen werden könne. Am 11. Juli 2017 schlug RAD-Arzt Dr. D, FMH für Allgemeine Innere Medizin und zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, eine Anfrage bei Dr. med. dent. E vor. In Beantwortung

dieser Anfrage entgegnete Dr. E am 30. September 2017, ein kausaler Zusammenhang zwischen der Antibiose mit Cephalosporinen im ersten Lebensmonat und der Hypomineralisation der Zähne sei höchst unwahrscheinlich und eine Behandlung in Narkose rechtfertige sich bei einem zehnjährigen Kind ohnehin nicht. Infolge dessen lehnte die IV-Stelle Zug das Ersuchen um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen mit Vorbescheid vom 17. Oktober 2017 bzw. Verfügung vom 18. Dezember 2017 ab.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

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

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

(...)

4. Fakt ist, dass bei der Beschwerdeführerin das Geburtsgebrechen GG 413 diagnostiziert resp. dass diese in den ersten Wochen während ungefähr eines Monats mit Antibiotika behandelt wurde. Fakt ist weiter, dass die Beschwerdeführerin heute einen Zahnschaden (Molaren-Inzisives-Hypomineralisation [MIH]) aufweist, der der dringenden Behandlung bedarf. Streitig

ist, ob dieser Zahnschaden in einem qualifizierten kausalen Zusammenhang zum Geburtsgebrechen bzw. zur unmittelbar postnatalen Behandlung des Geburtsgebrechens mit Antibiotika steht, mithin jedenfalls als mittelbare Folge des Grundleidens zu werten ist.

(. . .)

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

6.1 Zum Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist nur aber immerhin festzuhalten, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht quantifiziert werden kann. Sie übersteigt die Annahme einer blossen Möglichkeit bzw. einer Hypothese und liegt andererseits unter dem – im Zivilprozess massgebenden – Beweisgrad der strikten Annahme der zu beweisenden Tatsache. Die Wahrscheinlichkeit ist dann überwiegend, wenn der begründeten Überzeugung keine konkreten Einwände entgegenstehen. Von zwei oder mehreren Möglichkeiten ist diejenige überwiegend wahrscheinlich, die sich am ehesten zugetragen haben könnte (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, dritte überarbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 50 zu Art. 43 ATSG).

6.2 Zur Frage, was unter einem qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhang zu verstehen ist, ist auf die einschlägige Rechtsprechung zu verweisen. Im Entscheid I 801/04 vom 6. Juli 2005 hielt das Bundesgericht (das damalige eidgenössische Versicherungsgericht) in Erwägung 1.3 hierzu im Wesentlichen fest, nach der Rechtsprechung erstrecke sich der Anspruch auf medizinische Massnahmen ausnahmsweise auch auf die Behandlung sekundärer Gesundheitsschäden, die zwar nicht mehr zum Symptomenkreis des Geburtsgebrechens gehörten, aber nach medizinischer Erfahrung häufig die Folge dieses Gebrechens seien. Zwischen dem Geburtsgebrechen und dem sekundären Leiden müsse demnach ein qualifizierter adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Nur wenn im Einzelfall dieser qualifizierte ursächliche Zusammenhang zwischen dem sekundären Gesundheitsschaden und dem Geburtsgebrechen gegeben sei und sich die Behandlung überdies als notwendig erweise, habe die Invalidenversicherung im Rahmen des Art. 13 IVG für die medizinischen Massnahmen aufzukommen. An die Erfüllung der Voraussetzungen des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs seien strenge Anforderungen zu stellen, zumal der Wortlaut des Art. 13 IVG den Anspruch der versicherten Minderjährigen auf die Behandlung des Geburtsgebrechens an sich beschränke (AHI 1998 S. 249 Erw. 2a). Bejaht worden sei der qualifizierte adäquate Kausalzusammenhang beispielsweise zwischen einem Prader-Willi-Syndrom (Ziff. 462 GgV Anhang) und einer morbidem Adipositas, weil diese eine fast zwangsläufige Konsequenz des Prader-Willi-Syndroms sei. Gleich entschieden worden sei im Falle einer Versicherten, welche an einer angeborenen Leukopenie (Ziff. 322 GgV Anhang) und einer Gingivitis gelitten habe, dies mit der Begründung, Infektionen der Schleimhäute stellten unmittelbare Folgen der Leukopenie dar

und könnten mittelbar zu Zahnfleischentzündungen führen, welche wiederum Parodontose verursachen könnten, sodass aufgrund dieser Verkettung das Risiko von weiteren Folgen des Grundleidens derart immanent zu diesem selbst sei, dass der natürliche Kausalzusammenhang besonders eng sei und die Adäquanz augenfällig erscheine. Im Lichte dieser Rechtsprechung habe das Eidgenössische Versicherungsgericht festgestellt, dass die Häufigkeit des sekundären Leidens nicht das allein entscheidende Kriterium für die Bejahung eines qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhanges darstelle (vgl. auch I 438/02; I 32/06; I 29/06 Erw. 4.2 sowie Urteil 9C_917/2011 vom 28. März 2012 Erw. 3.1 und viele weitere).

6.3 Beurteilend ist vorab zu bedenken, dass die im Alter von ca. zehn Jahren bei der Beschwerdeführerin festgestellte Hypomineralisation der Zähne, die Schmelzbildungsstörung, nicht in einem direkten Zusammenhang zum Geburtsgebrechen 413, d.h. zur Aplasie der Tränenwege resp. zur konkret diagnostizierten Dakryozele bei kongenitaler Dakryostenose steht. Einen direkten Zusammenhang zwischen dem kongenitalen Verschluss der Tränenwege und der Störung bei der Zahnschmelzbildung wird denn auch von niemandem behauptet. Fraglich ist indes, ob insofern ein indirekter Zusammenhang bejaht werden könnte, als die Zahnschmelzstörung überwiegend wahrscheinlich auf die zur Behandlung des Grundleidens im Kleinkindalter durchgeführte Antibiotika-Abgabe zurück geführt werden könnte.

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

Abgabe von Cedax und Zinat die Amenoblasten (Zahnschmelz bildende Zellen) aller bleibenden Zähne schädigen könne, andernfalls viel mehr Kinder betroffen sein müssten. Auch gehe es vorliegend ja nur um einen Zahn. In der Diskussion um die Ätiologie der MIH sei die Antibiotika-Abgabe nur eine der verschiedenen diskutierten – aber in keiner Weise bewiesenen – Ursachen.

6.3.2 Würdigend ist im Lichte der in Erwägung 6.2 angesprochenen Judikatur des Bundesgerichts festzustellen, dass ein qualifizierter adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Antibiotika-Abgabe im ersten Lebensmonat und der im Alter von zehn Jahren festgestellten Schmelzbildungsstörung nicht als überwiegend wahrscheinlich erstellt gilt. Ein solcher Kausalzusammenhang gilt vielmehr als allerhöchstens möglich. Zum einen sprechen die Dauer der Medikamentenabgabe und die Erfahrungstatsache, dass in diesem Zeitraum erst die Höckerspitzen der ersten bleibenden Molaren, der 6er-Molaren, verkalken, gegen einen Zusammenhang, bedenkt man insbesondere, dass in casu auch ein Inzisivus betroffen ist. Sodann sprechen jedenfalls die in Greifswald, aber auch die in Düsseldorf erhobenen statistischen Werte gegen eine gesicherte und primäre Ursächlichkeit der Antibiotika-Abgabe für die MIH. Zu bedenken ist alsdann, dass die Wissenschaft wie mehrfach erwähnt mindestens ein halbes Dutzend mögliche Ursachen diskutiert und dass jedenfalls Umweltgifte, Dioxine oder polychloriertes Biphenyl in der Muttermilch, aber auch ein allfällig länger-zeitiges Stillen oder im Gegensatz dazu die Auswirkungen von chemisch behandelten – weichgemachten – Schnullern oder Trinkflaschensaugern in casu als mögliche Ursachen nicht ausgeschlossen werden können. Zu guter Letzt ist auch nicht auszuschliessen, dass vorliegend auch eine der weiteren, im ersten Aufsatz unter Erwägung 4.2, in fine aufgelisteten Ursachen, eine der mit Fieberzuständen verbundenen Infektionskrankheiten oder eine leichtere Form einer Mangelerscheinung für den 2017 entdeckten Zahnschaden verantwortlich sein könnte. Mit anderen Worten: Selbst wenn die von der Wissenschaft diskutierten möglichen Ätiologien der MIH als erhärtet gelten würden, könnte in casu nicht einfach auf die Antibiotika-Abgabe im Kleinkindalter als Ursache geschlossen werden, da vorliegend auch andere Möglichkeiten nicht ausgeschlossen werden können. Beim derzeitigen Wissensstand der zahnmedizinischen Forschung aber verbietet es sich ganz klar, einen qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Antibiotika-Behandlung des Geburtsgebrechens im Kleinkindalter und der MIH anzunehmen. Daran ändert auch der Umstand, dass zum Zeitpunkt, als Frau Dr. Anzidei ihren Bericht verfasst hatte, schon fünf Zähne betroffen waren, Frau Dr. E aber nur von einem Zahn ausging, nichts. Im Gegenteil unterstreicht die Betroffenheit eines Inzisivus die Beurteilung von Dr. E sogar noch.

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

wahrscheinlich erstellt. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist volumfänglich abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. September 2018, S 2018 19

Das Urteil ist rechtskräftig.

4.4 Art. 10 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c EO

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

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

Aus den Erwägungen:

(. . .)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Während sich für Arbeitslose im Sinne von Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) die grundsätzliche Erwerbstätigkeit schon aus diesem Gesetz ergibt, müssen von lit. b erfasste Personen die hypothetische Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zwar nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen, aber immerhin glaubhaft machen. Unter lit. c fallende Personen profitieren von einer noch weiter gehenden Beweiserleichterung, indem – im Sinne einer gesetzlichen Vermutung – die Beweislast zu Gunsten des Leistungsansprechers umgekehrt und dessen Erwerbstätigkeit unterstellt wird. Diese Vermutung kann indessen durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden, indem die Verwaltung Umstände geltend macht, welche darauf schliessen lassen, dass der Leistungsansprecher auch ohne Dienstabsolvierung keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte (vgl. BGE 137 V 410 vom 12. Oktober 2011 Erw. 4.2.1).

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

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

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

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

5.3.1 Im oben schon oft zitierten BGE 137 V 410 Erw. 4.3 wurde die gesetzliche Vermutung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit während des Dienstes (Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV) als widerlegt betrachtet, weil der Dienstleistende unmittelbar nach dem Dienst einen dreimonatigen Auslandsaufenthalt angetreten und sich zuvor nur um eine einzige (nicht ausgeschriebene) Stelle beworben hatte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, es sei nur der Sachverhalt vor dem Militärdienst massgebend, kann gestützt auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung auch das nachdienstliche Verhalten des Beschwerdeführers berücksichtigt werden. Mit anderen Worten durfte die Beschwerdegegnerin aus dem nachdienstlichen Verhalten des Beschwerdeführers – zumal sein vordienstliches Verhalten für den Sachverhalt nichts hergibt (rückte doch der Beschwerdeführer noch im gleichen Monat in den Dienst ein,

in dem er die Berufslehre abschloss) – ihre Schlüsse ziehen. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringt, seine Antworten im Fragenkatalog (red. Anmerkung: vom 9. Oktober 2017, vgl. Erw. 4.4 oben), welche sich auf die Zeit nach dem Militärdienst bezogen hätten, seien irrelevant, kann er nicht gehört werden.

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

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

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

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

6. In diesem Fall bildet Grundlage für die Bemessung der Entschädigung das letzte vor dem Einrücken erzielte und auf den Tag umgerechnete Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 5 AHVG (Art. 4 Abs. 1 EO bzw. auch präzisierende Wegleitung zur EO für Dienstleistende und

Mutterschaft [WEO], gültig ab 1. Juli 2005, Stand 1. Januar 2015, Rz 5008). Gemäss Art. 10 Abs. 1 EOG beträgt die tägliche Grundentschädigung 80 Prozent des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens. Vorbehalten bleibt Art. 16 Absätze 1-3.

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

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

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. August 2018, S 2018 53

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, Jahrgang 1988, HR-Fachfrau mit eidg. Fachausweis, meldete sich am 18. Dezember 2017 zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Da sich die Versicherte vor Antritt ihrer neuen Stelle per 1. Juni 2018 zu einem Sprachaufenthalt in Thailand entschieden hatte, meldete sie sich per 16. Februar 2018 wieder ab. Mit Verfügung vom 16. Februar 2018 erklärte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) die Versicherte als vermittlungsunfähig, weil aufgrund des knappen Zeitabstands zwischen der Anmeldung zum Leistungsbezug (18. Dezember 2017) einerseits und dem Sprachaufenthalt (Flug am 19. Februar 2018) andererseits eine nur sehr geringe Wahrscheinlichkeit bestehe, von einem Arbeitgeber eine Anstellung zu erhalten. Erschwerend kämen ein zögerliches Wachstum der Schweizer Wirtschaft sowie der anhaltend schwierige Arbeitsmarkt hinzu. Die am 15. März 2018 dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Entscheid vom 20. April 2018 vollumfänglich ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 17. Mai 2018 beantragte die Versicherte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 20. April 2018 und die Feststellung ihrer Vermittlungsfähigkeit für den fraglichen Zeitraum. Mit Vernehmlassung vom 4. Juni 2018 beantragte das AWA die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3.

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

3.2 Nach Art. 15 AVIG als vermittlungsfähig gilt, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzuhaben (Abs. 1). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört mithin nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinne, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft den persönlichen Verhältnissen entsprechend auch einzusetzen. Dabei ist die Vermittlungsfähigkeit prospektiv, d.h. von jenem Zeitpunkt aus und unter Beachtung der Verhältnisse, die bei Verfügungserlass vorlagen, zu beurteilen. Der Begriff der Vermittlungsfähigkeit schliesst graduelle Abstufungen aus. Hingegen sind deren Teilelemente (Bereitschaft, Fähigkeit und Berechtigung) aufgrund der persönlichen Umstände der versicherten Person zu beurteilen. Die Frage der Vermittlungsfähigkeit ist unter Würdigung aller im Einzelfall wesentlichen, objektiven und subjektiven Faktoren zu beurteilen. Die Art der gesuchten zumutbaren Arbeit sowie der Umfang des für die versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarktes sind von Bedeutung (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 69 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C_382/2010 vom 1. Juli 2010, Erw. 2.2). Hat eine versicherte Person auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert und steht deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während einer relativ beschränkten Zeit zur Verfügung, ist sie in der Regel nicht vermittlungsfähig (BGE 126 V 520 Erw. 3a mit Hinweisen). Zeitliche Einschränkungen auf einen bestimmten Zeitpunkt ergeben sich z. B. bei Auslandsreise, Rückkehr von Ausländern in ihren Heimatstaat, Militärdienst, Ausbildung, Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit usw. (vgl. AVIG-Praxis ALE/B227). Die AVIG-Praxis nimmt dabei Vermittlungsfähigkeit einer versicherten Person an, wenn diese dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung steht. Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalles sind dabei nicht in erster Linie der Arbeitswille und die Arbeitsbemühungen der versicherten Person oder gar die Frage, ob sie in dieser Zeit effektiv eine Beschäftigung gefunden hat. Massgebend ist vielmehr, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber die versicherte Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (BGE 126 V 520 Erw. 3a; BGE 110 V 207 Erw. 1; SVR 2000 ALV Nr. 1 S. 1 Erw. 2b; ARV 1991 Nr. 3 S. 24 Erw. 2b, 1990 Nr. 14 S. 84 Erw. 2a). Bei Verfügbarkeit unter drei Monaten kann die Vermittlungsfähigkeit

bejaht werden, wenn aufgrund der Arbeitsmarktsituation und der Flexibilität der versicherten Person – der Bereitschaft zur Annahme von Arbeiten ausserhalb des erlernten Berufes bzw. von Temporärstellen – eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass letztere von einem Arbeitnehmer angestellt wird (AVIG-Praxis ALE/B227). Wer hingegen eine geeignete, jedoch nicht unmittelbar antretbare Stelle findet, handelt in Erfüllung der allen versicherten Personen obliegenden Schadenminderungspflicht. Er hat nicht das Risiko einer allenfalls noch längeren Arbeitslosigkeit auf sich zu nehmen. In einem solchen Fall ist die Vermittlungsfähigkeit bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts zu bejahen, auch wenn in der Praxis kaum Aussicht auf eine vorübergehende Beschäftigungsmöglichkeit besteht (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 71 f.; BGE 110 V 207 Erw. 1).

3.3 Disponiert eine versicherte Person (erst später) während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug anderweitig, ist zu prüfen, ob sie ab diesem Zeitpunkt beziehungsweise der folgenden Kontrollperiode auf Grund der nunmehr beschränkten zeitlichen Verfügbarkeit noch als vermittlungsfähig gelten kann. Dabei geht es aber nicht darum zu entscheiden, ob die Vermittlungsfähigkeit für die noch verbleibende Dauer arbeitsmarktlicher Verfügbarkeit gegeben ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob die versicherte Person, hätte sie bei ansonsten unveränderten Umständen die betreffende Disposition bereits vor bzw. bei der Anmeldung zum Taggeldbezug getroffen, in der Lage (gewesen) wäre, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Anders ausgedrückt ist die versicherte Person bei der Beurteilung der weiteren Vermittlungsfähigkeit für die verbleibende Zeitspanne so zu stellen, wie wenn sie bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit oder bei deren Andauern vor Ablauf der Leistungsrahmenfrist auf einen bestimmten späteren Zeitpunkt anderweitig disponiert hätte. Ist unter dieser Hypothese die Vermittlungsfähigkeit auf dem in Betracht fallenden allgemeinen Arbeitsmarkt zu bejahen, hat die versicherte Person auch nach der betreffenden Disposition als vermittlungsfähig zu gelten, andernfalls ist ihre Vermittlungsfähigkeit ab diesem Zeitpunkt zu verneinen (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich AL.2004.00457 vom 26. November 2004, Erw. 1.2; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 715 14 34/134 vom 5. Juni 2014, Erw. 3.6; SVR 2000 ALV Nr. 1 mit Hinweisen; SZS 1999, S. 251 ff.). Das Bundesgericht hat bestätigend festgehalten, dass die Disposition erst ab dem Zeitpunkt, an dem sie getroffen wurde, einen Einfluss auf die Vermittlungsfähigkeit haben kann. Die Prüfung der konkreten Aussichten, in der zur Verfügung stehenden Zeit angestellt zu werden, erstreckt sich dagegen zugunsten des Versicherten auf die gesamte Zeitspanne ab Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung bis zum Beginn der getroffenen Disposition. Damit soll eine Benachteiligung gegenüber denjenigen Versicherten vermieden werden, die bei sonst gleichen Verhältnissen bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit oder bei deren Andauern vor Ablauf der Leistungsrahmenfrist auf einen bestimmten Zeitpunkt anderweitig disponiert haben und deren Vermittlungsfähigkeit deswegen für die gesamte beschränkte Dauer einer möglichen Anstellung auf dem in Betracht fallenden allgemeinen Arbeitsmarkt bejaht worden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 37/05 vom 6. Juli 2005, Erw. 2.2 f.).

4. Fakt ist, dass sich die Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2017 zum Bezug von Ar-

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

(...)

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

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

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

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

konnte und sie dementsprechend die dazwischen liegende Zeit sinnvoll nutzen wollte. Nach dem Dargelegten ist die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin somit ab dem Zeitpunkt der Umdisposition am 15. Februar 2018 bis zur Abmeldung am 16. Februar 2018 zu verneinen.

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

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

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. September 2018, S 2018 57

Das Urteil ist rechtskräftig.

5. Steuerrecht

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(...)

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

(...)

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

(...)

5. Das Bundesgericht befasste sich bisher – soweit ersichtlich – in zwei Fällen am Rande mit der Frage, ob die (kantonale) Mindestbesteuerung des Eigenkapitals dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht oder nicht. Dem Urteil 2C_792/2008 vom 19. Februar 2009 liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Nachlassrichter am 20. Juni 2003 den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der SAirLines AG, welche ein einbezahltes Aktienkapital von 400 Millionen Franken aufwies, genehmigte. Die zuständige Einschätzungsabteilung des kantonalen Steueramtes Zürich schätzte die SAirLines in Nachlassliquidation mit einem steuerbaren Eigenkapital von Fr. 400'000'000.– ein (Steuersatz 1,5%■). In der Erwägung 3.1 hielt das Bundesgericht fest, dass die Kapitalsteuer zunächst eine Substanzsteuer sei, indem sie auch dann geschuldet sei, wenn ein Unternehmen keinen Gewinn erziele. Weil mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital steuerbar sei, werde sie darüber hinaus zur Objektsteuer bzw. zur Minimalsteuer, wenn das Aktienkapital ganz oder teilweise verloren sei. In seinem Urteil hatte das Bundesgericht aber lediglich die Frage zu klären, ob die Kapitalsteuerforderung während der Nachlassstundung als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren ist oder unter einen Nachlassvertrag fällt. Soweit ersichtlich hatte sich die SAirLines in Nachlassliquidation nicht gegen die Erhebung der Kapitalsteuer auf dem einbezahlten Aktienkapital gewehrt. Entgegen der Rekursgegnerin kann daher dem

Urteil 2C_792/2008 nicht entnommen werden, das Bundesgericht habe die Erhebung von Kapitalsteuern während der Liquidationsphase eines überschuldeten Unternehmens – auch nicht implizit – als zulässig erachtet. Auf der anderen Seite hat das Bundesgericht in seinem Entscheid aber auch nicht erklärt, es erachte die Erhebung der Kapitalsteuer auf dem einbezahlten Aktienkapital als bundesrechtswidrig.

Auch im Urteil 2C_259/2008 vom 6. November 2008 hielt das Bundesgericht mit Hinweisen auf die Literatur fest, dass eine Kapitalsteuer, bei der mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital steuerbar sei, und zwar selbst dann, wenn ein Unternehmen keinen Gewinn erziele oder sogar das investierte Kapital von den bestehenden Aktiven nicht mehr gedeckt werde, zur (reinen) Objektsteuer werde, welche sich nicht mehr an den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln der Gesellschaft (bzw. am effektiven Unternehmensvermögen) orientiere und insoweit nicht mehr mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit übereinstimme (E. 2.3). Das oberste Gericht liess jedoch die Frage der Verfassungs- bzw. Bundesrechtskonformität mangels rechtsgenügend vorgebrachter Rüge offen.

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

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

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

b) Eine mittlere Haltung nimmt Markus Reich (a.a.O., § 4 N 139, 141) ein. Das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlange, dass jeder Steuerpflichtige im Verhältnis der ihm zur Verfügung stehenden Mittel an die gesamten Lasten des Gemeinwesens beitrage. Das Leistungsfähigkeitsprinzip ziehe sich durch die gesamte Steuerordnung und gelte grundsätzlich sowohl für die direkten wie auch die indirekten Steuern. Auch Objekt- und Verbrauchssteuern seien, sobald sie erhebliche Belastungswirkungen zeitigten, nicht nur nach den besonderen Eigenschaften des Steuerobjektes, sondern auch nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der von der Steuer betroffenen Personen auszurichten. Werde von der individuellen Leistungsfähigkeit abgesehen, so bedürfe dies einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung. Dabei sei eine Gesamtbeurteilung anzustellen, indem auch die Belastung mit anderen Steuern in die Beurteilung einbezogen werde. Das Leistungsfähigkeitsprinzip beziehe sich primär auf die Gesamtheit aller Steuerlasten, sodass der regressiven Wirkung der Mehrwertsteuer bei der Einkommenssteuerbelastung durchaus Rechnung getragen werden dürfe. Das Hauptanwendungsgebiet des Leistungsfähigkeitsprinzips sei jedoch das Einkommens- und Vermögenssteuerrecht, wo das Leistungsfähigkeitsprinzip im Laufe der letzten Jahrzehnte zunehmend konkretisiert worden sei.

c) Auf der anderen Seite stehen folgende Kommentatoren: Gemäss Bernhard Zwahlen/Albert Lissi (in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 29/29a StHG N 1 bis 6) bildet die Kapitalsteuer eine nicht an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfende Abgabe, womit sie in europäischer Hinsicht ein Unikum darstelle. (...) Das Steuerobjekt Eigenkapital könne es mit sich bringen, dass die Unternehmung Steuern zu bezahlen habe, obwohl das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Eine solche Steuer werde zur reinen Objektsteuer, welche eine fiktive Besteuerung darstelle, denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesamtunternehmung liege nicht mehr vor. (...) Eine solche Objektsteuer widerspreche dem von der Bundesverfassung vorgegebenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV), der für alle Steuerpflichtigen gälte. (...) Trotz des grundsätzlichen Objektsteuercharakters der Kapitalsteuer dürfte infolge fehlender ausdrücklicher bundesgesetzlicher Rechtsgrundlage eine Mindestbesteuerung bzw. Besteuerung eines fiktiven Eigenkapitals kaum bundesrechtskonform sein. Dies habe erst recht in jenen Fällen zu gelten, in denen die Kapitalsteuer betragsmässig mehr als eine blossе Registraturgebühr darstelle. (...) In systematischer und teleologischer Hinsicht gehöre die Kapitalsteuer wie die Gewinnsteuer zu den direkten Steuern, womit der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit jeglicher Objektsteuer vorzugehen habe. Es fällt auf, dass Bernhard Zwahlen in der 2. Auflage des Kommentars Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.) zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, Basel 2002, noch nicht die Meinung geäussert hatte, die Minimalbesteuerung des einbezahlten Grundkapitals sei bundesrechtswidrig. Dort hatte er lediglich darauf hingewiesen, dass das Steuerobjekt der Kapitalsteuer es mit sich bringen könne, dass die Unternehmung Steuern zu bezahlen habe, obwohl das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Eine solche Steuer werde zur reinen Objektsteuer, welche eine fiktive Besteuerung darstelle, denn die

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesamtunternehmung liege nicht mehr vor (Art. 29a N 3). Auch Thomas Linder/Felix Schalcher (Die Erhebung der Kapitalsteuer bei Verlustausweis, Steuer Revue 2011, S. 894 ff.) kritisieren die gesetzliche Regelung bzw. die gefestigte Praxis in den meisten Kantonen, mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital (sowie nach bisheriger Praxis in einzelnen Kantonen das verdeckte Eigenkapital) von der Kapitalsteuer zu erfassen. Damit gelange in dem Umfang, in welchem diese Grössen durch Verluste aufgezehrt worden seien, ein Steuerobjekt zur Besteuerung, welches tatsächlich gar nicht mehr vorhanden sei. Gemäss einer Bundesgerichtsentscheid vom 6. November 2008 (2C_259/2008) dürfte nun zumindest das verdeckte Eigenkapital mit Verlusten verrechenbar sein. Basierend auf dem Verfassungsgrundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit müsste nach Ansicht von Linder/Schalcher die Verlustrechnung jedoch auch auf das einbezahlte Grund- oder Stammkapital ausgeweitet werden.

7. Nachfolgend ein Blick auf die Kantone.

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

bezahlte Grundkapital.» Seither stellt im Kanton Zürich im Anschluss an eine Konkursöffnung bzw. eine Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nur noch das Reinvermögen einer juristischen Person das steuerbare Kapital dar.

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

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

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

8. Die Beurteilung im vorliegenden Fall ergibt nun Folgendes:

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

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

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

d) Es fällt auf, dass die Kritik, mindestens das einbezahlte Grundkapital von der Kapitalsteuer zu erfassen, auch wenn das Aktienkapital wegen Konkurses oder wegen Nachlassliquidation vollständig und dauerhaft verloren ist, eher neueren Datums ist. Einzelne Autoren begnügten sich vorher damit, darauf hinzuweisen, dass mindestens der einbezahlte Teil aus dem einbezahlten Grundkapital steuerbar sei, verlangten aber nicht ausdrücklich, dass auf eine Minimalsteuer zu verzichten sei, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht mehr vorhanden ist. Zwar erklärte die Steuerkommission des Kantons Schwyz in einem obiter dictum bereits in einem Entscheid vom 20. Dezember 2004, die Minimalbesteuerung für das einbezahlte nominelle Aktien-, Stamm- oder Anteilscheinkapital bzw. das einbezahlte Grundkapital erscheine unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als problematisch, sofern das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Unter Hinweis auf Bernhard Zwahlen (in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 29a StHG N 3) hielt die Steuerkommission des Kantons Schwyz weiter fest, eine solchermassen festgesetzte Kapitalsteuer werde zur reinen Objektsteuer, welche sich nicht mehr an den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln einer Kapitalgesellschaft orientiere. Aus verschiedenen Gründen sah sich aber die Steuerkommission nicht in der Lage, ohne weiteres davon abzuweichen. Dennoch wies sie noch einmal darauf hin, dass diese Minimalbesteuerung nur bedingt mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Einklang zu bringen sei. Richtig stark und eindeutig wurde die Kritik dann mit dem erwähnten Beitrag von Linder/Schalcher in der Steuer Revue 2011 sowie dem Kommentar von Zwahlen/Lissi (in: Zweifel/Beusch [Hrsg.], a.a.O., Art. 29/29a StHG N 1 bis 6), wonach eine Objektsteuer auf einem von den Aktiven gar nicht mehr gedeckten Eigenkapital dem von der Bundesverfassung vorgegebenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) widerspreche. Damit haben sich in der Literatur die Ansichten bezüglich der umstrittenen Frage in jüngerer Zeit durchaus etwas verschoben.

9. Das oben Dargelegte bringt das Gericht zur Überzeugung, dass die Minimalbesteuerung des Aktienkapitals im Falle eines Konkurses bzw. im Anschluss an die Genehmigung eines

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

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

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

5.2 § 193 Abs. 1 StG**Regeste:**

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

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

(...)

5.1 Umstritten ist (...), ob der Wert des Gebäudes vor 25 Jahren als Teil der Anlagekosten zu

betrachten sei (VG Act. 1, N 36 ff.). Der Wert selbst ist soweit ersichtlich nicht umstritten. Beide Seiten akzeptieren den von der Gebäudeversicherung für das Jahr 1984 festgestellten Wert von Fr. 1'173'000.–.

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

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

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

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

5.1.4 Im Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich (SB.2013.00081 vom 2. April 2014) stellte das Gericht zum Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse in Erwägung 3.2 nahezu die gleichen Überlegungen an wie das Zuger Verwaltungsgericht im zuvor erwähnten Fall. Es ist also auch nach der Zürcher Rechtsprechung zuerst der rechtsgeschäftliche Wille der Vertragsparteien zu ermitteln. Eine wichtige Rolle beim damals vom Verwaltungsgericht Zürich zu beurteilenden Fall spielte die Regel, wonach vermutet werden könne, dass Parteien nur Bauland verkauft haben, wenn auf dem Grundstück ein Abbruchobjekt steht, das mitübertragen wird. Strittig war, ob das damals verkaufte Gebäude wirtschaftlich abbruchreif war. Gemäss Urteil beurteile sich diese Frage in objektiver Weise aus Sicht des Veräusserers. Die in einem Kaufvertrag bekundete Absicht des Käufers, die Liegenschaft abzureissen, lasse keinen Rückschluss zu auf die Frage, ob der Wert der abzubrechenden Liegenschaft von den Vertragsparteien im Rahmen der Preisgestaltung berücksichtigt worden sei oder nicht. Es sei vielmehr von der Vermutung auszugehen, dass das überbaute Grundstück Gegenstand der Preisbestimmung gebildet habe und es obliege der Steuerbehörde die Beweislast dafür, dass der Gebäudewert nicht Bestandteil des Verkaufserlöses gebildet habe (Urteil VGer ZH SB.2013.00081 vom 2. April 2014, E. 3.3, mit Verweis auf VGer ZH SB.2003.00017). Das Verwaltungsgericht Zug ist nicht der Meinung, dass die Frage der wirtschaftlichen Abbruchreife in objektiver Weise aus Sicht des Veräusserers zu beurteilen ist, sondern dass jeweils alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dieser Punkt müsste aber so oder so erst

dann geklärt werden, wenn sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in Bezug auf den Preis nicht eindeutig ermitteln lässt.

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

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

5.1.7 Der Verweis im Sacheinlagevertrag auf den in Rechtskraft getretenen Bebauungsplan und die dadurch mögliche Neuüberbauung mit einer höheren Ausnutzung lässt nur einen Schluss zu: Der Vertrag wurde offensichtlich mit dem Ziel einer Neubebauung abgeschlossen. Dies würde aber für sich noch nicht reichen, um eindeutig sagen zu können, dass die Parteien im vereinbarten Kaufpreis den Gebäudewert nicht mitberücksichtigt haben. Die entscheidende Stelle des Vertrags ist hierfür die nächste Passage. Dort ist zunächst zu erfahren, dass die Parteien eine «Landwertschätzung nach der Residualwertmethode» veranlasst haben, worauf der Verkehrswert bzw. Preis genannt wird, auf den sich die Vertragsparteien geeinigt haben. Jede vernünftig urteilende Vertragspartei durfte und musste diese Passage so verstehen, dass nur das Land und nicht auch das darauf vorhandene Gebäude geschätzt wurde und dass der im Vertrag genannte Verkehrswert von Fr. 3'400'000.– sich daher nur auf das Land und nicht auch auf das Gebäude bezog. Wäre es anders, hätte angesichts der zuvor erfolgten Erklärungen nach Treu und Glauben erwartet werden müssen, dass die Parteien sich um eine Klarstellung bemüht hätten, das heisst, dass sie entweder den Wert des Gebäudes im Sacheinlagevertrag ausdrücklich beziffert hätten oder dass sie dort darauf hingewiesen hätten, dass die Schätzung von Fr. 3'400'000.– Land und Gebäude betraf.

5.1.8 Die Rekurrentin schreibt, dass das Gebäude zum Handänderungszeitpunkt noch bewohnt gewesen sei, und es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass dies noch länger der Fall

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

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

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

Regeste:

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

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(. . .)

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

(. . .)

b) Der Vertrauensschutz bedarf zunächst einer Vertrauensgrundlage, worunter das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen ist, das beim betroffenen Privaten bzw. bei einer anderen Behörde bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen u.a. Verfügungen, Rechtsetzungsakte, Raumpläne sowie die Verwaltungs- oder Gerichtspraxis in Frage. Ein besonders wichtiger Anwendungsfall des Vertrauensschutzes stellen sodann unrichtige behördliche Auskünfte und Zusicherungen dar. Rechtsprechungsgemäss wird dabei

vorausgesetzt, dass (a) die Behörde die Auskunft vorbehaltlos in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen erteilt hat, (b) sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, (c) die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres zu erkennen war, (d) im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen oder unterlassen wurden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht oder nachgeholt werden können, und (e) die relevante Rechts- und Sachlage seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 E. 6, BGE 129 I 161 E. 4.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 22 Rz. 10 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 79 ff.). Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss das Interesse am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegen, damit die Berufung auf Treu und Glauben durchdringen kann (Urteil des Bundesgerichts 8C_332/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 5.2, mit Hinw.; Urteile Bundesverwaltungsgericht A-793/2011 vom 20. Februar 2012 E. 4.2 und C-2335/2009 vom 28. März 2011 E. 2.5, je mit Hinweisen).

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

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

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

erkennen. Das ergibt sich nur schon daraus, dass die Zusicherung von einer Fachperson stammte und die Parteien sich auch heute noch nicht einig sind, ob die Auskunft richtig war.

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

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

c/cc) Die Rekursgegnerin wendet ein, sie könne auf diese Bestätigung nicht behaftet werden, da diese nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen sei. Die Rekursgegnerin verkennt, dass dieser Punkt bei der Prüfung der Voraussetzungen zur Geltendmachung des Vertrauensschutzes nicht entscheidend ist. Relevant ist hier einzig der Umstand, dass eine hierfür zuständige Person gegenüber der Rekurrentin eine vorbehaltlose Zusicherung bezüglich der anfallenden Grundstückgewinnsteuern gemacht hat. Dazu kommt Folgendes: Selbst wenn es sich bei dieser Bestätigung um eine Verfügung gehandelt hätte, so können laut Bundesgericht formlose Briefe ohne Rechtsmittelbelehrungen auch Verfügungen darstellen (BGer 2C_244/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 3.1). Aus einer fehlerhaften bzw. fehlenden Rechtsmittelbelehrung in einer Verfügung darf einer Partei jedoch grundsätzlich kein Nachteil erwachsen, ausser wenn die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung einfach zu erkennen war (BGE 124 I 255 E. 1). Hier erhielt die Rekurrentin eine sie nicht belastende Zusicherung von einer Steuerbehörde. In so einer Situation erwartet keine steuerpflichtige Person eine Rechtsmittelbelehrung, da sie gar kein Interesse daran hat, diese Zusicherung bei einer nächsten Instanz anzufechten.

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

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

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

c/gg) Die Rekursgegnerin ist mit ihren Einwendungen nach dem Gesagten nicht zu hören. Es ist demnach festzuhalten, dass die Rekurrentin mit der vorbehaltlosen Zusicherung vom

9. Juli 2015 über eine Vertrauensgrundlage im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfügte.

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

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

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

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

(. . .)

5 b) Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass eine Prüfung in der Sache durchaus zum Resultat führen könnte, dass die Auskunft des Steuersekretärs gar nicht falsch war. Gemäss § 190 Abs. 1 lit. a StG wird die Grundstückgewinnsteuer nämlich in folgen-

den Fällen aufgeschoben: bei einem Eigentumswechsel durch Erbgang (Erbfolge, Erbteilung, Vermächtnis), bei einem Erbvorbezug oder einer Schenkung. Der Aufschub bewirkt zunächst, dass der Veräusserer keine Grundstückgewinnsteuer zu zahlen hat. Der bis zur Handänderung entstandene Gewinn ist dabei aber weiterhin latent vorhanden und er wird zurückgestellt, bis es zur nächsten steuerbaren Handänderung kommt (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013, § 216 N 153). Der die Steuer aufschiebende Schenkungstatbestand kann auch dann erfüllt sein, wenn die Vermögenszuwendung mit einer deutlich tieferen Gegenleistung verbunden ist, das heisst wenn eine gemischte Schenkung vorliegt (Richner / Frei: Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz, Zürich 1996, § 4 N 51). Nach der Praxis im Kanton Zürich kann bei gemischten Schenkungen von Grundstücken dann ein Aufschub der Grundstückgewinnsteuer eintreten, wenn die Parteien den Kaufpreis bewusst unter dem wahren Wert des Grundstücks ansetzen mit dem Willen, die Differenz dem Erwerber unentgeltlich zukommen zu lassen. Vorausgesetzt wird, dass zwischen der Leistung und Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis gegeben sein muss (vgl. Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., § 216 N 193). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nimmt dieses Missverhältnis beispielsweise dann an, wenn zwischen dem Verkehrswert und dem Kaufpreis des Grundstücks eine Differenz von mehr als 25 % besteht. In solchen Fällen wird der Steueraufschub im Kanton Zürich für das ganze Objekt gewährt (StE 2004, B 42.32 Nr. 7 E. 1 c/aa). Das Bundesgericht hat diese im Kanton Zürich angewendete Praxis unter harmonisierungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht beanstandet (BGer 2A.9/2004 vom 21. Februar 2005 E. 4.3). Das Zuger Verwaltungsgericht hat sich bisher noch nicht zur Frage des Aufschubs der Grundstückgewinnsteuer bei gemischten Schenkungen geäußert, und wird sich in diesem Fall aufgrund des klaren Verfahrensausgangs auch nicht dazu äussern müssen. Sollte dies jedoch eines Tages der Fall sein, dürfte dabei die Zürcher Praxis einen wichtigen Anhaltspunkt liefern. Den Stellungnahmen der Rekursgegnerin ist demgegenüber zu entnehmen, dass sie es als richtiger erachtet, sich am System der Kantone Luzern und St. Gallen zu orientieren, wonach die Gegenleistung des Beschenkten in Verbindung zum Anlagewert gesetzt wird (VG-Act. 6, S. 5 f.; Act.-GGSt X. 8). Eine Erfahrungsgruppe aus Vertretern der Grundstückgewinnsteuerkommissionen im Kanton Zug habe sich im Jahr 2004 auf dieses Vorgehen verständigt (Act.-GGSt X. 7). Ein Abstellen auf den Anlagewert scheint dem Gericht in einer vorläufigen Einschätzung indessen weniger sachgerecht und den wirtschaftlichen Realitäten weniger angemessen als eine Orientierung am Verkehrswert. Für Schenkerinnen und Schenker steht im Moment der Schenkung in der Regel nämlich der wahre, aktuelle Wert eines Grundstücks im Vordergrund und nicht der von ihnen in der Vergangenheit entrichtete Kaufpreis. Die Praxis der Rekursgegnerin führt auch dazu, dass in Zeiten stark steigender Grundstückspreise, wie aktuell, eine Grundstückgewinnsteuer bereits bei im Verhältnis zum aktuellen Verkehrswert relativ geringfügigen Gegenleistungen der «gemischt» Beschenkten anfällt. Dies hat der vorliegende Fall exemplarisch gezeigt, wo eine steuerpflichtige Person rund drei Viertel ihres flüssigen Vermögens für die Grundstückgewinnsteuer aufwenden müsste, obwohl der Wert der Gegenleistung der «gemischt» beschenkten Söhne (Schuldübernahme, Einräumung einer Nutzniessung) deutlich tiefer als der Verkehrswert des Grundstücks sein dürfte.

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

5.4 § 33 StG, Art. 35 DBG

Regeste:

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

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

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

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Gemäss § 24 StG werden zur Ermittlung des steuerpflichtigen Reineinkommens von den gesamten steuerbaren Einkünften die zu ihrer Erzielung notwendigen Aufwendungen und allgemeinen Abzüge abgezogen. Zu den allgemeinen Abzügen, die das Steuergesetz unabhängig von der Einkommenshöhe gewährt, gehören gemäss § 30 lit. c StG die Unterhaltsbeiträge an den geschiedenen, gerichtlich oder tatsächlich getrennt lebenden Eheteil sowie die Unterhaltsbeiträge an einen Elternteil für die unter dessen elterlicher Sorge oder Obhut stehenden Kinder, nicht jedoch Leistungen in Erfüllung anderer familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungspflichten. Artikel 33 Abs. 1 lit. c DBG enthält eine wörtlich nahezu identische Regelung.

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

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

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

gemacht werden kann, einen Abzug vor Teuerungsausgleich von Fr. 6'000.– für die eigene Betreuung. In der hier interessierenden Steuerperiode betrug der Kindereigenbetreuungsabzug auch unter Berücksichtigung der Teuerungsanpassung Fr. 6'000.–.

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

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

c) Nach § 33 Abs. 3 StG und Art. 35 Abs. 2 DBG werden die Sozialabzüge nach den Verhältnissen am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht festgesetzt. Unter «Ende der Steuerperiode» wird der 31. Dezember, 24.00 Uhr, verstanden. Fallen die Voraussetzungen für einen Sozialabzug erst kurz vor diesem Termin während der Steuerperiode dahin, ändert dies nichts an der Verweigerung des Abzugs. Umgekehrt wird der Abzug auch dann in vollem Umfang und unabhängig von den tatsächlichen Aufwendungen gewährt, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erst kurz vor dem 31. Dezember eintreten. Es gilt das Stichtagsprinzip (RICHNER E.A., DBG, a.a.O., Art. 35 N 81 f.). Das Stichtagsprinzip stellt das Beispiel einer gesetzlichen Vereinfachung im Rahmen der Steuerveranlagung dar. In der damit verbundenen groben Schematisierung wird ein zulässiges Vorgehen des Gesetzgebers gesehen (BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch, a.a.O., Art. 35 N 33a; BGE 2C_1145/2013 vom 20. September 2014, E. 5.2.2). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gibt es allerdings mit

Blick auf die Steuerpflicht. Besteht die Steuerpflicht nur während eines Teils der Steuerperiode, werden die Sozialabzüge gemäss § 33 Abs. 4 StG bzw. Art. 35 Abs. 3 DBG lediglich anteilmässig gewährt.

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

(. . .)

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

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

(. . .)

5. Alimente November/Dezember 2015

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

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

c) In einem Fachbeitrag aus dem Jahr 2004 untersuchte der anerkannte Steuerrechtsexperte Markus Reich die steuerrechtlichen Auswirkungen ungerechtfertigt bezogener Leistungen, deren Rückerstattung erst in einer späteren Steuerperiode erfolgt (REICH MARKUS, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, FStR 2004, S. 3 ff.). Als Fazit hielt er Folgendes fest:

«Das Periodizitätsprinzip ist als technisches Prinzip dem Leistungsfähigkeitsprinzip untergeordnet. Einschränkungen des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind auf das durch die Abgrenzungsfunktion des Periodizitätsprinzips Erforderliche zu beschränken und müssen sich klar und deutlich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergeben. (. . .) Eine streng periodenbezogene Betrachtungsweise würde im Privatvermögens-

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

d) Die Ansicht von Markus Reich überzeugt. Im vorliegenden – den Privatvermögensbereich betreffenden – Fall ist mithin auf eine periodenübergreifende Betrachtungsweise abzustellen. Abzulehnen ist hingegen die von der Rekursgegnerin vorgenommene periodenbezogene Beurteilung; denn sie würde dazu führen, dass die Ehefrau des Rekurrenten im Jahr 2015 aufgrund des Korrespondenzprinzips (vgl. Erwägung 2a hiervor) die zu Unrecht erhaltenen Unterhaltsbeiträge als Einkommen zu versteuern hätte, während sie den via Verrechnung im Jahr 2016 erfolgten Vermögensabgang («Rückzahlung» der zu Unrecht erhaltenen Unterhaltsbeiträge) in der Steuerperiode 2016 nicht einkommensmindernd würde geltend machen können. Dies deshalb, da Rückerstattungen keinen Gewinnungskostencharakter haben und in den Steuergesetzen auch nicht im abschliessenden Katalog der allgemeinen Abzüge aufgeführt sind. Gleichzeitig könnte der Rekurrent die bezahlten Unterhaltsbeiträge in der Steuerperiode 2015 zwar vom steuerbaren Einkommen abziehen. Im Jahr 2016 würde ihm die Rückerstattung aber wieder als Einkommen angerechnet. Durch die periodenbezogene Beurteilung würde somit im Jahr 2016 das Korrespondenzprinzip verletzt und eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit namentlich bei der Ehefrau verhindert. Richtig kann somit nur sein, die im Jahr 2015 zu Unrecht erfolgten Vermögenszuflüsse und -abflüsse in einer periodenübergreifenden Betrachtungsweise neutralisierend zu berücksichtigen. Dies bedeutet bezogen auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt, dass die vom Rekurrenten im Jahr 2015 via Lohnpfändung rechtsgrundlos geleisteten Unterhaltszahlungen von Fr. 4'900.– in der Steuerperiode 2015 nicht zu einer Steuerminderung führen dürfen. Sie sind daher nicht zum Abzug zugelassen. Nebenbei bemerkt führt dieses Resultat auch dazu, dass die im Jahr 2016 erfolgte Rückerstattung infolge Verrechnung das steuerbare Einkommen des Rekurrenten in der

Steuerperiode 2016 konsequenterweise nicht erhöhen darf. Vorliegend ist die Steuerperiode 2016 jedoch nicht Gegenstand des Rechtsstreits, so dass sich Weiterungen dazu erübrigen.

6. Unterhaltsbeiträge 2014

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

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

(...)

c/bb) Der Rechtsgrund der vom Rekurrenten angeblich im Jahr 2015 für die Zeit im Jahr 2014 geleisteten Fr. 10'133.– liegt nicht in der am 17. Juli 2014 erstmals gerichtlich ausgesprochenen Trennung. Vielmehr handelt es sich hierbei um Leistungen innerhalb der bestehenden Familiengemeinschaft, die der Rekurrent bis zum Vollzug der tatsächlichen Trennung (Auszug der Ehefrau) an seine Ehefrau zu zahlen hatte. Die Eheleute wohnten indessen seit diesem Urteil bis Ende November 2015 nach wie vor zusammen. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen stellen die Fr. 10'133.– entgegen der Ansicht der Rekursgegnerin somit keine Unterhaltsbeiträge i.S.v. § 30 lit. c StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG dar. Sie sind daher nicht zum Steuerabzug zugelassen.

7. Krankenkassenprämien 2015 Kinder

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

ligung für die Kinder von je Fr. 468.– abziehen. Somit seien die Unterhaltsbeiträge um Fr. 1'123.10 zu erhöhen (VG-act. 9, S. 2, Ziff. 3a)

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

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

b) Hat der Rekurrent in der Steuerperiode 2015 keine Unterhaltsbeiträge im Sinne von § 30 lit. c StG und Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG geleistet, erfüllt er aber am Stichtag sonst alle weiteren Voraussetzungen zur Geltendmachung des Kinderabzugs nach § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG bzw. des halben Kinderabzugs nach Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG (Erwägung 3c), so sind ihm diese Abzüge für die Steuerperiode 2015 auch zu gewähren. Da der Rekurrent am Stichtag von seiner Ehefrau getrennt zusammen mit seinen Kindern lebte und den Kinderabzug nach kantonalem Recht beanspruchen kann, ist ihm zusätzlich der persönliche Abzug von § 33 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a StG zu gewähren. Da die beiden Kinder am Stichtag weniger als 15 Jahre alt waren, steht ihm schliesslich auch der Kindereigenbetreuungsabzug von § 33 Abs. 2 StG für jedes Kind zu. Die Steuerveranlagung ist entsprechend zu korrigieren.

9. Bei getrennt lebenden steuerpflichtigen Personen, die allein mit eigenen Kindern im gleichen Haushalt zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten, gelangen die Tarife nach § 35 Abs. 2 StG bzw. Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 Abs. 2bis DBG zur Anwendung und nicht die Grundtarife nach § 35 Abs. 1 StG bzw. Art. 36 Abs. 1 DBG. Massgebend für die Bestimmung der Tarife sind – wie bei den Sozialabzügen (vgl. Erwägung 2c) – die Verhältnisse am Ende der Steuerperiode, also der 31. Dezember 2015 (RICHNER E.A., DBG, a.a.O., Art. 36 N 16; BGer 2C_1145/2013 vom 20. September 2014 E. 2.3). Der Rekurrent lebte am Ende

der Steuerperiode 2015 getrennt von seiner Ehefrau zusammen mit seinen beiden Kindern im gleichen Haushalt und bestritt deren Unterhalt. Bei der Berechnung der Einkommenssteuer sind bei ihm deshalb nicht die Grundtarife anzuwenden, sondern die so genannten «Tarife für Mehrpersonenhaushalte» (BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch, a.a.O., Art. 36 N 34a) nach § 35 Abs. 2 StG bzw. Art. 36 Abs. 2 DBG i.V.m. Art. 36 Abs. 2bis DBG. Auch in diesem Punkt ist die Steuerveranlagung zu korrigieren.

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

6. Verfahrensrecht

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

2. a) Als Grundsatz regelt § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG, dass gegen Verwaltungsentscheide unterer kantonalen Verwaltungsbehörden die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig ist, soweit sich ihre Entscheide auf Bundesrecht stützen und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Gemäss § 76 VRG beurteilt das Verwaltungsgericht letztinstanzlich Streitigkeiten vorwiegend vermögensrechtlicher Art nach kantonalem Recht, insbesondere Beschwerden gegen Entscheide der Schätzungskommission nach dem Planungs- und Baugesetz (Ziff. 2). Gemäss § 67 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) richtet sich der Rechtsschutz in Planungs- und Bausachen nach dem Verwaltungspflegegesetz. Die Entscheide der Schätzungskommission (7. und 8. Abschnitt) unterliegen der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, wobei für Zwischenentscheide eine Beschwerdefrist von 20 Tagen gilt (§ 67 Abs. 2 lit. e PBG). Letztere Bestimmung korrespondiert abgesehen vom Hinweis in der Klammer mit § 76 Ziff. 2 VRG. Der 7. Abschnitt des PBG enthält Bestimmungen betreffend Landumlegung und Grenzbereinigung und der 8. Abschnitt regelt die Voraussetzungen und Wirkungen der (formellen und materiellen) Enteignung. Weiter unterliegen gestützt auf § 3 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB, BGS 211.1), in der seit dem 17. November 2001 geltenden Fassung, Einspracheentscheide der Schätzungskommission der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Weitere explizite gesetzliche Regelungen zur Anfechtung von Entscheiden der Schätzungskommission gibt es im kantonalen Recht nicht.

b) Mit § 3 EG ZGB wurde auf kantonalen Ebene das in Art. 618 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) verlangte amtliche Schätzungsverfahren eingeführt, welches in denjenigen Fällen angeordnet wird, wenn sich die Erben nicht über den Anrechnungswert von Grundstücken einigen können. Gestützt darauf erliess der Regierungsrat die Verordnung über die amtliche Schätzung vom 3. Dezember 2002 (BGS 215.14). Sie regelt in § 1 die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der amtlichen Schätzung von Liegenschaftswerten im privaten Rechtsverkehr nach Zivilgesetzbuch und bäuerlichem Bodenrecht (lit. a); die Schätzung auf Grund von Verfügungen des Landwirtschaftsamts oder im Auftrag des Grundbuch- und Vermessungsamts, von Gerichten und Betreibungsämtern (lit. b); und die Voraussetzungen, unter denen in Rechtsgebieten, wo das Gesetz keine amtliche Schätzung vorsieht, die Schätzungskommission eine amtliche Schätzung vornehmen kann (lit. c). Im streitigen und nicht-streitigen Verfahren können Parteien im gegenseitigen Einvernehmen eine amtliche Schätzung auch dann verlangen, wenn das Gesetz eine solche nicht vorsieht (§ 3 der Verordnung). Eine

Expertenschätzung kann als amtliche Schätzung eröffnet werden, wenn die Schätzung nach den verbindlichen Grundlagen gemäss § 2 (so u.a. Einhalten von Standesregeln und Vorgaben der Fachverbände) und den Parteien das rechtliche Gehör gemäss § 3 (so u.a. Teilnahme am Schätzungsaugenschein, Einsicht in Unterlagen) vorgenommen wurde und die Parteien über die Schätzungsmethode orientiert wurden.

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

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

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

ZGB, § 3 Verordnung über die amtliche Schätzung». In der Rechtsmittelbelehrung wird auf die Möglichkeit der schriftlichen Einsprache an die Schätzungskommission verwiesen.

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

Eine Ausweitung auf die direkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen alle Entscheide der Kommission rechtfertigt sich aber auch aus sachlichen Gründen nicht. Das Zuger Steuergesetz gibt der Steuerverwaltung keine gesetzliche Grundlage oder einen Auftrag, in Bewertungsfragen eine «amtliche Schätzung» anzuordnen. Im vorliegenden Fall könnte überdies der Schätzungsbericht auch nicht gestützt auf § 11 der Verordnung über die amtliche Schätzung als amtliche Schätzung eröffnet werden, wurde die Steuerverwaltung gemäss den Akten offenkundig nicht in das Schätzungsverfahren einbezogen. Die Steuerverwaltung kann im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen verlangen, dass die notwendigen Bemessungs- und Bewertungsgrundlagen der zu besteuernenden Vermögenswerte (neu) zu erstellen bzw. vorzulegen sind. Betreffend Grundstücke stellt die Schätzung der Zuger Schätzungskommission dazu eine Möglichkeit nebst anderen denkbaren Nachweisen des Wertes (aktuelle private fachkundige Schätzungen, aktuelle Werte von vergleichbaren Grundstücken etc.) dar. Anders aber als in Schätzungsverfahren gestützt auf das PBG oder auf das ZGB, bei welchen die (rechtskräftigen) Schätzungsergebnisse für beide Parteien verbindlich gelten, bilden Schätzungen, unabhängig von wem sie getätigt wurden, im Steuerveranlagungsverfahren für die Steuerbehörde bloss, aber immerhin Entscheidungshilfen. Die Steuerverwaltung ist und bleibt befugt, nach den spezifischen steuerrechtlichen Bestimmungen und ihrer gehandhabten Praxis die Vermögenswerte abweichend von einer Expertise zu veranlagern. Ist der Steuerpflichtige mit den zugrunde gelegten Vermögenswerten nicht einverstanden, kann (und muss) er seine Rechte im steuerrechtlichen Einsprache- bzw. im Rekursverfahren beim Verwaltungsgericht geltend machen. Zusammenfassend muss sich somit ergeben, dass im Rahmen des Steuerveranlagungsverfahrens eingereichte Schätzungen ähnlich wie im Ver-

waltungsverfahren erhobene Gutachten zu würdigen sind, die grundsätzlich in materieller Hinsicht nicht eigenständig anfechtbar sind. Würde anders entschieden, hätte dies zur Folge, dass die Schätzungen, sei es sofort oder erst nach gerichtlicher Beurteilung, für den Steuerpflichtigen aber auch die Steuerverwaltung in Rechtskraft erwüchsen und für beide Beteiligten Pflicht und Recht daraus resultierte, die Steuerveranlagung darauf zu stützen. Indem der Grundstückeigentümer den Schätzungsbericht nicht selbstständig anfechten kann, erleidet er im Übrigen keinen Nachteil, da ihm im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in der Steuerangelegenheit die umfassende gerichtliche Überprüfung der Veranlagung bzw. der darauf basierenden Faktoren verbleibt.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rechtsmittelbelehrung der Schätzungskommission nicht korrekt war. Entsprechend erging auch der Einspracheentscheid zu Unrecht und zeitigt damit keine Rechtswirkung. Die Schätzungskommission wird daher an dieser Stelle darauf hingewiesen, inskünftig bei ihren ausserhalb der sachlichen Bereiche des PBG und des ZGB erfolgten Schätzungen in ihren Einspracheentscheiden die Rechtsmittelbelehrung zu unterlassen. Solche Schätzungen dürften in aller Regel als Gutachten dienen und innerhalb eines zwischen den Parteien bestehenden Grundverhältnisses allenfalls einer richterlichen Prüfung unterzogen werden können. Aufgrund des Dargelegten kann somit auf die Beschwerde von C. aus Zuständigkeitsgründen nicht eingetreten werden.

(...)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

7. Kindes- und Erwachsenenschutz

7.1 Art. 363 Abs. 2 und 3 ZGB

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

Die verwitwete A. liess am 30. Oktober 2015 einen Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 bis 369 ZGB öffentlich beurkunden. Als vorsorgebeauftragte Personen setzte sie für die Personensorge ihre Tochter C. und für die Vermögenssorge ihren Sohn B. ein. Mit Gefährdungsmeldung vom 26. Januar 2017 teilte B. der KESB mit, dass seine Mutter A. am 10. Juli 2015 einen Stolpersturz erlitten und in der Folge eine Implantation einer inversen Schulterprothese links gehabt habe. Mithilfe der Spitex und der Nachbarsfrauen könne sie den Haushalt noch besorgen. Sie leide an einer beginnenden demenziellen Entwicklung. Nach der Einholung eines

ärztlichen Berichts, der Anhörung von A. und den beiden designierten Vorsorgebeauftragten stellte die KESB mit Entscheid vom 2. Mai 2017 fest, dass der am 30. Oktober 2015 beurkundete Vorsorgeauftrag gestützt auf Art. 363 Abs. 2 und 3 ZGB gültig errichtet worden sei und erklärte diesen für wirksam. Sie ernannte C. zur vorsorgebeauftragten Person für die Personensorge und B. zur vorsorgebeauftragten Person für die Vermögenssorge. Den Vorsorgebeauftragten seien die notwendigen Auslagen zu ersetzen. Für ihren zeitlichen Aufwand hätten sie Anspruch auf eine übliche Entschädigung. Gegen diesen Entscheid der KESB reichte B. am 27. Mai 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte unter anderem, die KESB sei anzuweisen, die Höhe der Entschädigung der Beauftragten konkret festzuhalten. Mit Vernehmlassung vom 29. Juni 2017 beantragte die KESB die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

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

3.3 Der KESB ist zunächst darin zuzustimmen, dass sie nur dann nach Art. 366 ZGB eine Entschädigung festlegen soll, wenn der Vorsorgeauftrag keine oder nur eine lückenhafte Regelung diesbezüglich enthält (FamKomm Erwachsenenschutz-Geiser, Art. 366 ZGB N 6). Insofern sollte die KESB in der Tat nur zurückhaltend eine Regelung der Entschädigung vornehmen (siehe Geiser, a.a.O., Art. 366 ZGB N 13). Gleichwohl dürfen diese Überlegungen nicht dazu führen, dass die KESB ihrem Schutzauftrag i.S.v. Art. 368 ZGB, der Beseitigung von Gefährdungen der Interessen der betroffenen Person, nicht mehr nachkommt. Eine solche Gefährdung liegt namentlich potentiell dann vor, wenn die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen der betroffenen Person widersprechen (Art. 365 Abs. 2 ZGB). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der beauftragten Person (Art. 365 Abs. 3 ZGB). Wenn nun aber dem Beschwerdeführer als einer der beiden beauftragten Personen die Kompetenz eingeräumt wird, den auslegungsbedürftigen Begriff der «üblichen Entschädigung» selbst zu konkretisieren, besteht die Gefahr eines Interessenkon-

flikts. Diese Gefahr ist umso grösser, als in der Lehre keine vollständige Einigkeit darüber besteht, welche Faktoren bei der Bemessung einer üblichen Vergütung im Rahmen eines Vorsorgeauftrags relevant sein können (siehe Hinweise bei Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 366 N 5). Obwohl ein Interessenkonflikt zwar dann nicht zwingend eine Benachrichtigungspflicht nach Art. 365 Abs. 2 ZGB auslöst, wenn der Konflikt von der auftraggebenden Person bewusst in Kauf genommen worden ist (siehe dazu Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 N 23), sollte die Gefahr durch einen solchen Interessenkonflikt nicht unterschätzt werden. Dass ein solcher bewusst in Kauf genommen worden ist, ergibt sich vorliegend nicht zwingend aus der blossen Formulierung der einen Klausel im Vorsorgeauftrag. Vielmehr bräuchte es hier zusätzliche Elemente, die es nahelegten, dass die Vorsorgeauftraggeberin die Kompetenz zur Festlegung der Entschädigung bewusst den beiden Vorsorgebeauftragten hat erteilen wollen und damit einen Interessenkonflikt akzeptiert hat. Solche können aber beispielsweise auch dem Gesprächsprotokoll der Anhörung vom 6. April 2017 nicht entnommen werden, sodass nicht hinreichend Indizien für eine Inkaufnahme eines Interessenkonflikts vorhanden sind. Zu beachten ist zudem, dass die Vorsorgeauftraggebende in ihrem Vorsorgeauftrag zwei Personen mit je verschiedenen Aufgaben beauftragt hat, was einen Einfluss auf die jeweilige Entschädigungshöhe haben könnte. Da die Vorsorgeauftraggebende im Vorsorgeauftrag lediglich den Grundsatz der Entschädigung ohne ausreichende Bemessungskriterien festgehalten und der Beschwerdeführer die KESB mit einer schlüssigen und nachvollziehbaren Begründung um die Festlegung der Entschädigungshöhe ersucht hat, hat die KESB eine angemessene Entschädigungsregelung zu treffen. Sie kann jedoch bei der vorsorgebeauftragten Person einen Vorschlag zur Entschädigungsregelung einholen (Kurzkommentar-ZGB-Langenegger, Art. 366 N 2). Insofern kann sich die KESB durchaus der Erfahrung des Beschwerdeführers in der Vorsorge- und Finanzberatung bedienen, selbst wenn einzig der KESB selbst die Kompetenz zur Festlegung der Entschädigungshöhe zukommt.

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

der Beschwerdeführer, welcher gemäss der unwidersprochenen Darstellung der KESB in der Vorsorge- und Finanzberatung erfahren ist, sie um die Festlegung der Entschädigung bittet. Damit riskiert er zwar, dass die Entschädigung geringer ausfällt, als wenn er sie selber festlegen könnte, doch sieht er sich durch den angestrebten behördlichen Entscheid nicht dem Vorwurf einer Treuepflichtverletzung ausgesetzt. Dieses vorsichtige Vorgehen des Beschwerdeführers deutet gerade darauf hin, dass er die soeben beschriebenen Konflikte vermeiden möchte, was ihm nicht zum Nachteil gereichen soll.

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

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

(. . .)

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

ob die unterschiedlichen Aufgabenbereiche der Vorsorgebeauftragten eine unterschiedliche Entschädigungshöhe erfordern oder nicht.

(. . .)

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

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

Regeste:

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

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

Aus dem Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

(. . .)

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

4.1 Nach Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB beachtet das Gericht bei der Regelung des

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

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

(...)

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

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

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

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

widersprechender Druck auf A. aufgebaut würde. Die KESB hat in regelmässigen Abständen zu prüfen, ob die Sistierung des Besuchsrechts nach wie vor notwendig und verhältnismässig ist. Es ist daher festzuhalten, dass die von der KESB angeordnete Sistierung des Besuchsrechts zurzeit erforderlich ist und dass es sich dabei auch um die mildest mögliche Massnahme handelt. Die Beschwerde erweist sich als diesbezüglich unbegründet.

(...)

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

(...)

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

8. Polizeirecht

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

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

Aus den Erwägungen:

(...)

3a) Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Konkordats kann einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat, der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Die zuständige Behörde bestimmt, für welche Rayons das Verbot gilt. Dabei wird das Rayonverbot für eine Dauer bis zu drei Jahren verfügt und kann Rayons in der ganzen Schweiz umfassen (Art. 4 Abs. 2 des Konkordats).

(...)

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

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

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

bb) In zeitlicher Hinsicht dürfen Massnahmen nur so lange dauern, als es notwendig ist, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen. Das Rayonverbot wurde vorliegend für die Dauer vom 10. März 2018 bis 9. März 2021 jeweils für vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende ausgesprochen. Diesbezüglich ist zunächst auf Art. 4 Abs. 2 des Konkordats zu verweisen, wonach das Rayonverbot für eine Dauer von bis zu drei Jahren verfügt werden kann. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin vorliegend die nach dem Konkordat zulässige Maximaldauer ausgeschöpft. Das Bundesgericht hält zur Maximaldauer eines Rayonverbots in BGE 140 I 2 Erw. 11.2.2 fest, eine solche Dauer erscheine namentlich vor dem Hintergrund, dass Rayonverbote neu Rayons in der ganzen Schweiz umfassen könnten, als sehr lang. Es dürfte jedoch nicht geradezu ausgeschlossen sein, dass ein dreijähriges Rayonverbot bei einschlägig bekannten Personen notwendig und verhältnismässig sein könne, um der Gewalt bei Sportveranstaltungen wirksam vorzubeugen. Um die Maximaldauer von drei Jahren auszusprechen, dürften also wiederholte Widerhandlungen im Sinne von Art. 2 des Konkordats vorausgesetzt werden. Wie die Beschwerdegegnerin korrekterweise darauf hingewiesen hat, sind sodann die Empfehlungen über die praktische Umsetzung von Massnahmen des Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen durch die Polizeikorps der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS) vom 27. Oktober 2016 zu berücksichtigen. Im Anhang findet sich dabei ein Katalog der Massnahmen-Dauer, wobei für das vorliegend beanzeigte Delikt des Landfriedensbruch ein Rayonverbot für die Dauer von zwei Jahren (bzw. für Anführer 2 1/2 Jahren) empfohlen wird. Massgebend sind

jedoch stets die konkreten Umstände einschliesslich der Schwere des begangenen Gewaltakts.

Was den vorliegenden Fall anbelangt, ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer rechtskräftig wegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Konkordats verurteilt wurde, weshalb bereits deshalb von einem grossen öffentlichen Interesse am Erlass eines Rayonverbots auszugehen ist. Dem rechtskräftigen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 7. Juni 2018 ist zu entnehmen, dass am Nachmittag des 10. März 2018 rund 50 Mitglieder der Hooligan-Gruppierung «B.» – darunter auch der Beschwerdeführer – den Entschluss fassten, gemeinsam nach Zug zu fahren, um mit Fans des EVZ beim Restaurant Pickwick eine körperliche Auseinandersetzung zu suchen. Nachdem mögliche Angriffsrouten auf Strassenkarten markiert waren, begaben sich ungefähr zwei Dutzend Personen mit mehreren Privatautos nach Zug, wobei ein Auto vom Beschwerdeführer gelenkt wurde. In unmittelbarer Nähe des Pickwicks bereitete man sich auf den Angriff auf sich im Pickwick befindende Anhänger des EVZ vor, indem einige der Hooligans – darunter auch der Beschwerdeführer – sich verummten sowie mit Zahnschutz und Boxbandagen ausrüsteten. Anschliessend stürmte die Gruppe – darunter auch der Beschwerdeführer – um 17.56 Uhr geschlossen auf das Pickwick zu, wobei ein Mitglied der Gruppe mit der Absicht, die sich im Pickwick aufhaltenden Personen ins Freie zu treiben, eine Rauchpetarde ins Pickwick warf. Andere Mitglieder der Gruppe behändigten beim Pickwick Gartenstühle und schlugen damit Fenster- und Türscheiben ein. Weil die Tür des Pickwicks von innen zugehalten wurde und keine Personen ins Freie traten, flüchtete die Gruppierung. Schliesslich konnte das Auto, welches der Beschwerdeführer lenkte, in Baar durch die Zuger Polizei angehalten werden. Durch die Gewalteinwirkungen entstand ein Sachschaden in Höhe von ca. Fr. 10'000.–. Angesichts dessen wurde der Beschwerdeführer unter anderem des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Aufgrund der im Rahmen des Landfriedensbruchs tangierten Rechtsgüter (Gefährdung von Leib und Leben, Sachbeschädigung) ist von einem erhöhten öffentlichen Interesse auszugehen. Insbesondere ist mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass die mit den anderen Hooligans gebildete öffentliche Zusammenrottung nicht nur gegen Sachen, sondern auch gegen Personen gewaltsam vorging, indem durch eine eingeschlagene Fensterscheibe eine brennende Rauchpetarde ins Innere des Pickwicks geworfen wurde. Angesichts dessen ist nicht von der Hand zu weisen, dass die öffentliche Sicherheit erheblich gefährdet wurde. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer zusätzlich zum Landfriedensbruch wegen weiterer Delikte (Verstoss gegen das Vermummungsverbot und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz) schuldig gesprochen wurde. Sodann kann die Vermummung im konkreten Zusammenhang nicht anders denn als Mittel gewertet werden, die strafrechtliche Verfolgung des Verhaltens zu erschweren. Des Weiteren ist mit der Beschwerdegegnerin festzustellen, dass der Beschwerdeführer bereits in der Vergangenheit negativ im Zusammenhang mit Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen aufgefallen ist – 29. September 2013 Mitführen von Pyrotechnik und 25. Mai 2015 Zugehörigkeit gewaltausübender Mob, Vermummung, Verlassen der von der Polizei vorgegebenen Route (Landfriedensbruch, Vermummungsverbot) – und ihm deswegen bereits zweimal ein

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

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

Rahmen des ihr zustehenden Ermessens bewegt. Das Rayonverbot erweist sich dementsprechend auch bezogen auf die Dauer am Spieltag als verhältnismässig.

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

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

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

Dem Beschwerdeführer wird durch das ihm auferlegte Rayonverbot untersagt, für die Dauer vom 10. März 2018 bis 9. März 2021 jeweils vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende die Rayons am Austragungsort sämtlicher Eishockeyspiele des C.-Clubs

und sämtlicher Fussballspiele des Y.-Clubs zu betreten und darin zu verweilen. Zudem wird ihm das Betreten der Rayons im Kanton Zug untersagt. Dass dadurch eine erhebliche Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit einhergeht, ist unbestritten und nicht von der Hand zu weisen. Der Beschwerdeführer ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ein Rayonverbot seinem Zweck entsprechend immer eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit mit sich bringt. Des Weiteren ist zu beachten, dass dem privaten Interesse des Beschwerdeführers, sich frei bewegen zu können, sehr erhebliche öffentliche Interessen entgegenstehen. Es ist noch einmal zu betonen, dass aufgrund der tangierten Rechtsgüter, der im Rahmen des Landfriedensbruchs begangenen Delikte und der Einträge in der HOOGAN-Datenbank sowie der hohen Rückfallgefahr von einem grossen bis sehr grossen öffentlichen Interesse am Erlass eines Rayonverbots auszugehen ist. Sodann darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beschwerdeführer nicht in der Stadt C., sondern in D. wohnt. Dem Beschwerdeführer ist es somit weiterhin möglich, sich an seinem Wohnort und in der näheren Umgebung frei zu bewegen. Auch wenn der Wohnort des Beschwerdeführers nur 5,51 km (Luftlinie) vom Bahnhof G. (Rayon B) und 9,35 km vom Stadion H. (Rayon A) entfernt liegt, der Beschwerdeführer mithin nur unweit von der Stadt C. entfernt wohnt, und es wohl zutrifft, dass ein 21-Jähriger unter diesen Umständen seine Freizeit auch in der Stadt C. verbringt, genügt dies nicht, um das verfügte Rayonverbot zeitlich und/oder örtlich zu beschränken. Hinsichtlich der Zumutbarkeit ist der Beschwerdegegnerin sodann Recht zu geben, dass nur die Rayons am jeweiligen Spielfeld des C.-Clubs und des Y.-Clubs (sowie die Rayons im Kanton Zug) betroffen sind. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nichts vorbringt, was auf eine individuelle Einschränkung bezüglich der verbotenen Rayons ausserhalb der Stadt C. hindeuten würde. Was die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in den Rayons der Stadt C. betrifft, ist mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass diese Einschränkung nicht an allen Spieltagen des Y.-Clubs und des C.-Clubs, sondern bloss an denjenigen, an welchen die Spiele in C. ausgetragen werden, gilt. Auch wenn es, wie vom Beschwerdeführer aufgezeigt, zutrifft, dass der C.-Club und der Y.-Club pro Saison eine beachtliche Anzahl von Eishockey- und Fussballspielen in C. austragen, und es ihm dementsprechend an diesen Tagen verunmöglicht wird, seinen Freizeitaktivitäten in den Rayons der Stadt C. nachzugehen, genügt dies nicht, um die entgegenstehenden erheblichen öffentlichen Interessen zu überwiegen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nicht weiter konkretisiert, um was für Freizeitaktivitäten es sich handeln soll, die ihm durch die Auferlegung des Rayonverbots verunmöglicht würden, und er auch nicht geltend macht, dass er an diesen Tagen einer dringenden Tätigkeit auf dem C.-Gebiet nachgehen bzw. sich anderweitig notwendigerweise dort aufhalten müsste. Schlussendlich ist in Betracht zu ziehen, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar sein sollte, seine Freizeitgestaltung an den betreffenden Tagen so auszurichten, dass er die verbotenen Rayons weder betreten noch darin verweilen muss, respektive im Einzelfall bei der Zuger Polizei eine Ausnahmegewilligung zu erwirken. Eine Abwägung der sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen ergibt somit, dass dem Beschwerdeführer unter den konkreten Umständen das verfügte Rayonverbot zumutbar ist. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die Regelung in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung, wonach der Beschwerdeführer für den Fall, dass er für den Arbeitsweg oder aus sonstigen zwingen-

den Gründen den öffentlichen Verkehr benützt, den Rayon Bahnhof maximal zehn Minuten vor Zugsabfahrt bis zehn Minuten nach Zugsankunft betreten darf. Soweit der Beschwerdeführer diesbezüglich vorbringt, eine Durchquerung der Rayons mit dem öffentlichen Verkehr müsse immer gewährleistet sein, ist er darauf hinzuweisen, dass ihm durch das verfügte Rayonverbot nur das Betreten des Rayons Bahnhof sowie das Verweilen darin untersagt wird. Die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel zur blossen Durchreise auch innerhalb der grundsätzlich verbotenen Rayons bleibt ihm demgegenüber weiterhin möglich, hält sich der Beschwerdeführer doch nicht im Rayon auf, wenn er sich im geschlossenen Zug auf der Durchreise befindet. Die in Ziff. 4 getroffene Regelung hindert den Beschwerdeführer daher nicht daran, die verbotenen Rayons mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zu durchqueren, wird in der genannten Ziffer doch lediglich geregelt, wie lange er den Rayon Bahnhof betreten darf, wenn er den öffentlichen Verkehr für den Arbeitsweg oder aus sonstigen zwingenden Gründen benützt. Was an dieser Regelung absurd sein sollte, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht näher substantiiert. Vielmehr ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die bessere Freizeitgestaltung kein triftiger Grund darstellt, um die in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung getroffene Regelung zu lockern und das Betreten des Rayons Bahnhof bei Benützung des öffentlichen Verkehrs zu blossen Freizeit Zwecken für maximal zehn Minuten vor Zugsabfahrt bis zehn Minuten nach Zugsankunft zu gestatten. In Anbetracht des grossen Gefährdungspotenzials des Beschwerdeführers würde eine solche Lockerung im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen des C.-Clubs und des Y.-Clubs zu einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit führen, handelt es sich doch sowohl beim Bahnhof G. als auch beim Bahnhof C. um bekannte Treffpunkte der Risikofangruppierungen. Die in Ziff. 4 getroffene Regelung erweist sich somit als erforderlich, um den Beschwerdeführer von Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen abzuhalten. Zudem bringt der Beschwerdeführer, abgesehen von der besseren Freizeitgestaltung, keine Gründe vor, die die Regelung für ihn als unzumutbar erweisen würde.

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

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, V 2018 44

Das Urteil ist rechtskräftig.

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

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

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 31. Oktober 2017 erteilte der Regierungsrat des Kantons Zug die Bewilligung zum Betrieb einer Videoüberwachung für fünf Jahre. Die Videoüberwachung bezweckt die Verhinderung, Verfolgung und Aufklärung von strafbaren Handlungen. Als zuständiges Organ wurde die Zuger Polizei bezeichnet. Überwacht werden soll mit insgesamt 23 Kameras der öffentliche Raum in der Stadt Zug

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

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

Auf Verlangen des Gerichts reichte die Sicherheitsdirektion eine statistische Auswertung ein zur Beantwortung der Fragen, worauf ihre Feststellungen basierten, dass im für die Videoüberwachung vorgesehenen Perimeter überdurchschnittlich viele Straftaten stattfänden bzw. es sich um

Orte mit hohem Kriminalitätsdruck, um sog. Brennpunkte oder «Hotspots», handle, sowie dass die Straftaten im vorgesehenen Perimeter zu jeder Jahreszeit und zu jeder Tages- und Nachtzeit erfolgten. Das von der Zuger Polizei erstellte Dokument enthält die statistische Auswertung der Straftaten, welche im Zeitraum 2014 bis 2018 (Stand: 26. September 2018) im Kanton Zug stattgefunden haben. Dabei wurden die Straftaten nach ausgewählten StGB-Titeln gegliedert und einerseits räumlich (mit einer Heatmap) und andererseits zeitlich statistisch ausgewertet. Für die Auswertung konnten die Straftaten verwendet werden, deren Tatorte mit Koordinaten versehen sind (81.4 % aller Straftaten im Kanton Zug, davon 37.9 % in der Stadt Zug).

Aus den Erwägungen:

(...)

3a) Eine personenbezogene Videoüberwachung – wie sie hier der Fall ist, weil Personen erkennbar oder bestimmbar sind – stellt einen Eingriff in die von der Bundesverfassung und der EMRK geschützten Grundrechte persönliche Freiheit, insbesondere die Freiheit, sich in den überwachten Räumen frei und ungezwungen zu bewegen (Art. 10 Abs. 2 BV) (Lucien Müller, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen, Diss. Zürich/St. Gallen 2011, S. 151), Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK) und informationelle Selbstbestimmung, welche vor Datenmissbrauch schützt (Art. 13 Abs. 2 BV), dar. Einschränkungen dieser Rechte haben die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen. Danach bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Einschränkungen von Grundrechten müssen zudem verhältnismässig sein. Mit dem VideoG ist die gesetzliche Grundlage für die Videoüberwachung gegeben. Im vorliegenden Fall verfolgt die Videoüberwachung das Ziel, Straftaten zu verhüten und zu ahnden, was unbestrittenermassen im öffentlichen Interesse liegt. Ob das öffentliche Interesse (Schutzzweck) das private Interesse (persönliche Freiheit, Schutz der Privatsphäre) überwiegt und ob die geplanten Massnahmen verhältnismässig sind, ist nachfolgend zu beurteilen.

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

lichen Grundrechtseingriff muss sodann ein vernünftiges Verhältnis bestehen. Das öffentliche Interesse an der Durchführung einer Massnahme oder der Erfüllung einer Aufgabe einerseits und die dadurch betroffenen privaten Interessen andererseits sind gegeneinander abzuwägen, um zu entscheiden, ob der Grundrechtseingriff dem Betroffenen zumutbar ist (dazu Schweizer, a.a.O., Art. 36, Rz. 40).

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

d) (...)

Müller (a.a.O.) hat in seiner Dissertation zahlreiche Studien und Berichte betreffend die Videoüberwachung analysiert. Er kommt dabei zum Ergebnis, dass die Videoüberwachung grundsätzlich ein geeignetes Mittel dazu sei, die Strafverfolgung zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen. Namentlich liessen sich mit der Videoüberwachung die Aufklärungsraten und das Festnahmerisiko steigern. Auch die Funktion von Videoaufzeichnungen als Beweismittel im Strafprozess dürfe nicht unterschätzt werden. Die Aufzeichnungen könnten auch dazu dienen, Opfer und Zeugen von Straftaten zu identifizieren (S. 240 f.). Gemäss Müller ist insbesondere diejenige Videoüberwachung geeignet, welche auch eine Echtzeitbeobachtung zulässt. Bei dieser gehe es auch darum, unmittelbar Gefahren am Bildschirm zu registrieren und Beamte vor Ort schicken zu können. Es sei davon auszugehen, dass eine solche Echtzeitbeobachtung nach dem Kamera-Monitor-Prinzip der Polizei tatsächlich ein schnelleres Eingreifen vor Ort erlaube, womit sich die Begehung von Delikten oder zumindest die Begehung zusätzlicher oder schwerer Delikte verhindern lasse (S. 241 f.). Eine Echtzeitüberwachung ist im Kanton Zug gemäss § 8 VideoG möglich und wird in Ziff. 11 des Regierungsratsbeschlusses auch ausdrücklich erwähnt. Eher unklar ist, ob die Videoüberwachung einen abschreckenden Effekt auf die Begehung von Delikten hat. Gemäss Müller sei festzustellen, dass sich aus bisherigen Untersuchungen zur Wirksamkeit der Videoüberwachung im öffentlichen Raum zur Reduktion der Gesamtkriminalität im überwachten Gebiet keine klaren Schlüsse ziehen liessen. In den Untersuchungen scheine immerhin eine gewisse Übereinstimmung dahingehend zu bestehen, dass die Videoüberwachung Delikte, welche mit Gewalt gegen Personen verbunden seien, wie namentlich Körperverletzungsdelikte, kaum oder nur in sehr geringem Umfang zu verhindern im Stande sei. Dies werde damit erklärt, dass solche Delikte häufig im Affekt und/oder unter Alkohol- oder Drogeneinfluss begangen würden. Hingegen scheine die Videoüberwachung von Parklätzen zum Schutz der Fahrzeuge vor Diebstahl und Sachbeschädigung wirksam zu sein, zumindest soweit gleichzeitig weitere Mass-

nahmen ergriffen würden, wie etwa eine bessere Beleuchtung. Bezüglich anderer auf öffentlichen Strassen und Plätzen vorkommender Delikte wie Sachbeschädigung, Raub oder Diebstahl zeige sich ein uneinheitliches Bild. Ähnliches gelte für Betäubungsmitteldelikte. Die Videoüberwachung im öffentlichen Verkehr solle hingegen zu Rückgängen von Vandalismusschäden geführt haben, ebenso zu einer Verminderung von Bedrohungen und Übergriffen. Müller kommt zum Ergebnis, dass sich nicht pauschal behaupten lasse, die Videoüberwachung sei ein generell ungeeignetes Mittel, um die Kriminalität im überwachten Bereich zu verringern. Ohnehin gelte, dass Massnahmen der Gefahrenabwehr nicht etwa schon deshalb ungeeignet seien, weil sie Gefahren nicht vollumfänglich zu verhindern in der Lage seien. Es sei ausreichend, wenn sie voraussichtlich einen sinnvollen Beitrag zur Verwirklichung des angestrebten Zieles leisteten (S. 243 ff.).

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

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

(...)

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

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

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

g/aa) Der Regierungsrat liess dem Verwaltungsgericht eine statistische Auswertung der Straftaten der Jahre 2014 bis 2018, deren Tatorte mit Koordinaten versehen sind (81.4 % aller Straftaten), zukommen (act. 20). In der von der Zuger Polizei erstellten räumlichen Auswertung (Heatmap) wird dargestellt, wo diese Straftaten im Kanton Zug und insbesondere in der Stadt Zug erfolgten. Basierend auf der Gebietsbelastung durch Straftaten wurde die der Heatmap zugrundeliegende Karte wie folgt eingefärbt: gelb = starke Belastung, rot = mittlere Belastung,

blau = geringe Belastung, wobei die unterschiedliche Einfärbung nicht nur auf der Ebene von Quartieren, sondern in noch grösserer Detaillierung vorgenommen wurde. Auch wenn die Heatmap keine Legende mit absoluten Zahlen enthält, kann ihr mit grosser Eindringlichkeit entnommen werden, dass mit Abstand am meisten Delikte im Gebiet des Bahnhofs Zug begangen werden. Dies gilt insbesondere für strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität sowie für strafbare Handlungen gegen das Vermögen (wobei Letztere, was die Gesamtzahl anbetrifft, stark überwiegen). Die Heatmap zeigt somit auf, dass es sich beim Bahnhof Zug und seinem Umgelände eindeutig um einen Brennpunkt oder «Hotspot» bezüglich Straftaten handelt. Es ist daher nicht zu bemängeln, wenn sich der Überwachungssperimeter vom südlichen Bahnhofsingang bis zum Dreispitzplatz sowie an der westlichen Bahnhofvorfahrt vom dortigen Bahnhofsangang bis zur Gubelstrasse erstreckt. In diesen beiden Gebieten ist das Personenaufkommen hoch, und dort finden, wie ausgeführt, mit Abstand am meisten Straftaten innerhalb des Kantons Zug statt. Im Gebiet des Bahnhofs Zug ist die Karte gelb eingefärbt.

(. . .)

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

g/cc) Als Zwischenresultat ergibt sich somit, dass die räumliche Dimension der vorgesehenen Videoüberwachung nicht zu bemängeln ist. Ob sich die Videoüberwachung auch bezüglich ihres zeitlichen Umfangs (vorgesehen ist die Überwachung rund um die Uhr, sowohl beim

Bahnhof Zug als auch auf der «Fanmarschroute») als verhältnismässig erweist, ist nachfolgend zu prüfen.

(. . .)

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

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

Gubelstrasse bis zur Bossard-Arena (Spiegelstriche 3 - 5 der Bewilligung des Regierungsrats) die Videoüberwachung rund um die Uhr vorzunehmen. So war es denn auch der Regierungsrat selber, der in seinem Bericht und Antrag vom 4. Dezember 2012 zum VideoG ausführte, die Videoüberwachung sei nicht nur in räumlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht auf das zur Erreichung des Überwachungsgesetzes Notwendige zu begrenzen. So werde sich etwa die Überwachung an öffentlichen Flanierwegen und Freizeitplätzen im Wesentlichen auf die Sommermonate beschränken, wo die Wahrscheinlichkeit von Straftaten wesentlich grösser sei als im Winter, und der Weg vom Bahnhof Zug zur Bossard-Arena und zurück werde praktisch nur im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen zu einem möglichen Problem-bereich (KRV Nr. 14211, S. 16). Nach Ansicht des Gerichts ist eine Videoüberwachung rund um die Uhr in diesem Gebiet unverhältnismässig, und der Regierungsrat hat diesbezüglich sein Ermessen überschritten. Eine Beschränkung der Videoüberwachung auf Veranstaltungen, bei denen mit Ausschreitungen bzw. dem Begehen von strafbaren Handlungen gerechnet werden muss, ist angezeigt, wobei – entsprechend der Empfehlung der Datenschutzstelle – Echtzeitüberwachungen (mit gleichzeitiger Aufzeichnung) zulässig sein sollen. Um welche Veranstaltungen es sich dabei handelt, soll der pflichtgemässen Beurteilung der Zuger Polizei überlassen bleiben. Die Folge, dass dadurch für die Bevölkerung weniger gut erkennbar und nachvollziehbar ist, ob momentan eine Videoüberwachung erfolgt oder nicht, ist für das Gericht vernachlässigbar, da es einerseits technische Mittel gibt, dies zu kommunizieren, und andererseits die erwünschte kriminalpräventive Wirkung der Videoüberwachung auch dann gegeben ist, wenn ein Betroffener irrtümlich davon ausgeht, die Videoüberwachung sei eingeschaltet. Die Beschränkung der Videoüberwachung auf einzelne Veranstaltungen reduziert im Übrigen auch die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Problematik, dass sich im Gebiet der „Fanmarschroute“ das Kaufmännische Bildungszentrum (KBZ) befindet. Zu den Zeiten, in denen diejenigen risikobehafteten Veranstaltungen stattfinden, bei welchen eine Videoüberwachung angezeigt ist, findet in der Regel im KBZ kein Schulunterricht statt, weshalb die grosse Mehrheit der KBZ-Schülerinnen und -Schüler nicht von Videokameras erfasst wird.

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

i/aa) Damit bezieht sich der Beschwerdeführer auf die Verhältnismässigkeit der Videoüberwachung im engeren Sinne. Dabei ist zu klären, ob durch die Videoüberwachung ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem durch die betroffenen Personen zu erduldenen Eingriff besteht. Die Massnahme muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist sie den betroffe-

nen Privatpersonen zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind also einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 557).

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

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

i/cc) Die Beantwortung der Frage der Intensität des Grundrechtseingriffs durch Videoüberwachung im öffentlichen Raum hängt von den Umständen des Einzelfalls ab bzw. hat unter Berücksichtigung sämtlicher die Überwachung charakterisierender Elemente zu erfolgen. Es trifft zu, dass durch die vorliegend vorgesehene Videoüberwachung viele Personen betroffen sind. Wie dargelegt, finden im Überwachungssperimeter aber auch überdurchschnittlich viele Straftaten statt. Ein Missverhältnis zwischen der Anzahl der von der Videoüberwachung betroffenen Personen und der Anzahl Straftaten ist jedenfalls nicht erkennbar. Überdies wiegt der individuelle Grundrechtseingriff an sich nicht deshalb schwerer, weil eine grosse Anzahl von Personen betroffen ist (siehe dazu BGE 133 I 77 E. 5.3). Wie erwähnt (Erw. 3c), enthält das VideoG einen Hinweis auf das Gebot der Verhältnismässigkeit. Aber auch mit weiteren Bestimmungen trägt das VideoG den von der Videoüberwachung tangierten Grundfreiheiten Rechnung. So dürfen gemäss § 9 VideoG die Bildaufzeichnungen nur dann ausgewertet werden, wenn eine Strafanzeige, ein Strafantrag oder konkrete Verdachtsgründe für eine Straftat vorliegen und damit zu rechnen ist, dass die Aufzeichnungen als Beweismittel dienen können. Ein verdachtsloses Ausforschen oder Verfolgen von Einzelpersonen ist untersagt. Die Echtzeitüberwachung ist an die Voraussetzungen von § 8 VideoG gebunden. Danach

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

Im vorliegenden Fall machte der Regierungsrat mehrere Auflagen, um die Intensität des Grundrechtseingriffs von Videoüberwachungen zusätzlich zu verringern. So sind gemäss Ziff. 9 der Bewilligung die Aufzeichnungen nach 14 Tagen zu löschen, sofern sie nicht Eingang in Strafuntersuchungen finden, obwohl gemäss bundesgerichtlicher Praxis (BGE 133 I 77 E. 5.3) und § 12 VideoG eine 100-tägige Aufbewahrungsfrist zulässig wäre. Durch diese Senkung der Aufbewahrungsfrist auf 14 Tage sinkt die Intensität des Grundrechtseingriffs. Zugang zu den Daten und Einsicht in die Aufzeichnungen erhält nur ein eingeschränkter Personenkreis der Zuger Polizei, der an das Amtsgeheimnis gebunden ist (Ziff. 14 der Bewilligung). Entsprechend der kantonalen Gesetzgebung findet die Videoüberwachung nur im öffentlichen Raum statt. Verglichen mit einer Videoüberwachung im privaten, nicht öffentlich zugänglichen Raum weist eine solche im öffentlichen Raum eine geringere Eingriffsintensität auf. Um die Privatsphäre von Anwohnern und Geschäften zu respektieren und zu gewährleisten, werden ihre Liegenschaften, Hauseingänge und Räumlichkeiten technisch mit sogenannten «Privacy Masks» ausgeblendet, so dass sie weder auf den Aufzeichnungen noch in der Live-Ansicht einsehbar sind. Gemäss der glaubwürdigen Darstellung der Sicherheitsdirektion und entge-

gen der Vermutung des Beschwerdeführers sind diese Aufzeichnungen nicht rekonstruierbar. Es sei nämlich vorgesehen, dass die Blindbereiche direkt auf der Kamera programmiert bzw. konfiguriert würden, so als würde ein Teil der Kameralinse mit einem Gegenstand oder einem durchsichtigen Klebeband zugedeckt. Die Blindbereiche könnten folglich nicht eingesehen werden. Da sie gar nicht aufgenommen würden, bestehe auch im Nachhinein keine Möglichkeit, die Anonymisierungen auf den Bildsequenzen zu bearbeiten, zu entfernen oder dahinterliegende Ereignisse sichtbar zu machen. Damit kann den Bedenken des Beschwerdeführers entsprochen werden, wonach es im überwachten Bereich Angebote und Dienstleistungen wie Anwaltskanzleien, Arztpraxen sowie soziale und andere Beratungsstellen (z. B. kantonale Ombudsstelle) gebe, deren Räumlichkeiten nur über das überwachte Gebiet erreicht werden könnten. Es kann davon ausgegangen werden, dass Leute, welche solche Gebäude betreten, nicht erkannt werden können, womit ihre Privatsphäre diesbezüglich geschützt ist. Von Bedeutung ist weiter, dass die Überwachung entsprechend § 13 VideoG und Ziff. 15 der Bewilligung offen und nicht verdeckt erfolgt, indem auf den Einsatz der Bildaufzeichnungs- und Bildübermittlungsgeräte mit einem Kamerasymbol und der Aufschrift «Video» gut sichtbar hingewiesen wird. Durch den Verzicht auf die Heimlichkeit der Datenbeschaffung sinkt die Eingriffsintensität ebenfalls.

Weiter ist Folgendes zu beachten: Im südlichen und westlichen Vorfeld des Bahnhofs Zug bzw. im dort überwachten Raum sind die Aufenthaltszeiten der betroffenen Personen in der Regel eher kurz. Es handelt sich nicht um ein typisches Ausgangsviertel, und z. B. Strassencafés, in denen Personen regelmässig länger verweilen, gibt es nur wenige. Die Pflege von sozialen Kontakten und der Kommunikation mit anderen Personen steht in diesem Gebiet nicht im Vordergrund. Auch wird das Gelände nicht für Veranstaltungen genutzt. Viel eher wird das Gebiet normalerweise einfach durchquert, wenn nicht gerade Personen auf Busse warten oder auf der Westseite des Bahnhofs mit Personenwagen oder Cars abgeholt werden. Mit anderen Worten: Das Verhalten bzw. die Persönlichkeit einer Person werden dort in einem geringen Ausmass erfasst. Es gibt kaum besonders schützenswerte Lebensbereiche, in denen Personen beobachtet oder registriert werden. Und schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass keine sogenannte intelligente Videosysteme (auch «Thinking Cameras» genannt) eingesetzt werden, was den Grundrechtseingriff vertiefen würde. Intelligente Videoüberwachung würde Videoanalysen und einen Datenabgleich erlauben. Unter Videoanalyse versteht man Verfahren, welche Bildinhalt und/oder das Videosignal bewerten, insbesondere um Abweichungen festzustellen oder Objekte anhand bestimmter Kriterien (wie Form, Grösse oder Geschwindigkeit) zu erkennen. Als wichtigste Videoanalysefunktionen gelten die Videosensorik, die Objekterkennung, die Biometrie, die Suche in Bildkonserven und die Sabotageüberwachung (Müller, a.a.O., S. 17 ff.). All das wird vorliegend nicht eingesetzt, um auch dadurch die Eingriffsintensität gering zu halten.

j) Das Gericht teilt die Ansicht des Beschwerdeführers nicht, wonach die Bewilligung des Regierungsrats nur ungenügende Massnahmen betreffend Datensicherheit enthalte und insbesondere unklar bleibe, mit welchen Massnahmen die Datensicherheit in Bezug auf die

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

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

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

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018, V 2017 132

Das Urteil ist bei Redaktionsschluss der GVP 2018 noch nicht rechtskräftig.

9. Stimm- und Wahlrecht

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

Regeste:

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

Aus dem Sachverhalt:

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

b. Bei der ersten Abstimmung der Gemeindeversammlung zu Traktandum sechs wurde der Antrag des Gemeinderates mit 126 Nein-Stimmen gegen 123 Ja-Stimmen abgelehnt. Ein Teilnehmer der Gemeindeversammlung, Z, stellte einen Ordnungsantrag auf «Nachzählung», worauf der Gemeindepräsident wie folgt reagierte: «Gut, das können wir machen. Nochmalige Nachzählung ... Wer für die Tempo-30-Zone ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen... Wer gegen das Konzept ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen.» Bei der zweiten Abstimmung gab es 133 Ja-Stimmen und 122 Nein-Stimmen. Anschliessend ging der Gemeindepräsident zu Traktandum sieben (weitere Informationen aus dem Gemeinderat) über. Daraufhin wurde er von einem Stimmberechtigten unterbrochen. Dieser fragte ihn, welches Resultat nun gelte in Anbetracht der Tatsache, dass die Gemeindeversammlung in der ersten Abstimmung

mung den Kredit abgelehnt und in der zweiten Abstimmung dem Kredit zugestimmt habe. Daraufhin ordnete der Gemeindepräsident eine dritte Abstimmung mit folgenden Worten an: «Wer ist dafür, dass wir die 46'000.- Franken ausgeben? ... Wer ist dagegen? Wir machen keine vierte Abstimmung.» Die dritte Abstimmung ergab 128 Ja-Stimmen und 128 Nein-Stimmen. In der Folge erklärte der Gemeindepräsident, dass der Gemeinderat dieses Geschäft auf die nächste Gemeindeversammlung verschiebe.

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

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

Aus den Erwägungen:

(...)

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

a) Die Privatperson D. ist gegenüber dem angefochtenen Gemeindeversammlungsbeschluss vom 29. November 2017 als stimm- und wahlberechtigter Einwohner ohne weiteres zur Erhebung der Stimmrechtsbeschwerde befugt. Dies ergibt sich formell schon aufgrund des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens in Berücksichtigung von Art. 111 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) i.V. mit Art. 89 Abs. 3 BGG (BGE 135 I 292 E. 1, 1C_587/2008 vom 12. August 2009, E. 1). Die Beschwerdeberechtigung in Stimmrechtssachen schliesst an die politische Stimmberechtigung im Sinne einer Organstellung und damit an die Ausübung öffentlicher Interessen an und setzt darum insbesondere kein besonderes persönliches Interesse voraus (vgl. Steinmann, Basler Kommentar BGG, 2. A. 2011, Art. 89 N 71 f.). Schon allein die Tatsache, dass ein Stimmberechtigter Beschwerde führt, weist ein genügendes Interesse an der Wahrung des objektiven Rechts aus (vgl. Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, 1980, S. 45). In dem mit dem Inkrafttreten des WAG am 16. Dezember 2006 aufgehobenen § 49 Abs. 2 Ziff. 2 VRG war noch ausdrücklich festgehalten, dass jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt ist.

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

(...)

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

(...)

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

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

worden sei. In einer derartigen Situation sei es dem Landammann nicht verwehrt, eine Wiederholung der Abstimmung anzuordnen, um das Stimmenverhältnis – nötigenfalls unter Beihilfe der übrigen Regierungsratsmitglieder – nochmals abschätzen zu können. Auf Grund des bundesrechtlichen Anspruches auf richtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses sei er zu einem solchen Vorgehen berechtigt.

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

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

Zweifellos geht im Falle, dass keine klaren Gründe für eine solche Anordnung bestehen, die Wiederholung einer Abstimmung zur Nachzählung über die ordentliche verfahrensleitende Befugnis des Gemeindepräsidenten hinaus, da eine solche Anweisung eben gerade nicht nur das Verfahren sicherstellt und ordnet, sondern offensichtlich direkte Auswirkungen auf

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

e) Die Stimmberechtigten müssen die Möglichkeit des Antrags auf Wiederholung einer Abstimmung als Gegenstand eines Ordnungsantrags haben, nachdem bei begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der ermittelten Resultate wie erwähnt ein Anspruch auf Wiederholung der Abstimmung besteht. Dies muss insbesondere gelten, falls die Versammlungsleitung nicht selber tätig wird. Auch aufgrund dieses sich aus der Garantie der politischen Rechte ergebenden Anspruchs hat die in § 76 Abs. 2 GG enthaltene Aufzählung von Ordnungsanträgen offensichtlich nur beispielhaften Charakter. Sie ist nicht abschliessend. Bei einem Ordnungsantrag auf Wiederholung einer Abstimmung hat die Gemeindeversammlung aber gemäss § 76 Abs. 2 GG zuerst formell darüber abzustimmen, ob sie nochmals auf die bereits erfolgte Abstimmung zurückkommen möchte. Ohne ausdrückliche Zustimmung der Gemeindeversammlung besteht kein Anspruch der Stimmberechtigten auf ein Rückkommen (vgl. H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A., Wädenswil 2000, § 46 Ziff. 5.6.2). Es ist somit – wie der Regierungsrat zu Recht ausführt – zu unterscheiden, ob die Versammlungsleitung oder die Gemeindeversammlung selbst auf ein Abstimmungsergebnis zurückkommt. Während die Versammlungsleitung nicht nach Belieben auf ein nach Auszählung der Stimmen verkündetes Abstimmungsergebnis zurückkommen und eine Wiederholung der Abstimmung anordnen kann (vgl. den Landsgemeindefall BGE 104 Ia 428 E. 3b), kann die Gemeindeversammlung selbst entscheiden, auf ein Abstimmungsergebnis zurückkommen und die Abstimmung wiederholen zu wollen. Diesbezüglich ist es nicht abwegig, beispielsweise auf das im Kanton Zug bestehende Antragsrecht eines Kantonsratsmitglieds, eine Abstimmung des Kantonsrates zu wiederholen (§ 71 Abs. 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrats vom 28. August 2014, GO KR; BGS

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

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

141.1), hinzuweisen, da es sich doch um ein demokratisches Abstimmungsverfahren handelt, auch wenn es zutreffend ist, dass parlamentarische Verfahren grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der politischen Rechte gehören (vgl. Gerald Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV, Rz. 5). Das Gemeindegesetz schliesst eine Wiederholung einer Abstimmung jedenfalls nicht explizit aus. Auch zum Zürcher Gemeindegesetz wird denn die Meinung vertreten, dass die Gemeindeversammlung auch ohne explizite Gesetzesbestimmung selbst auf ein Geschäft zurückkommen kann, über welches sie bereits abgestimmt hat (H.R. Thalmann, § 46 Ziff. 6.2, recte 5.6.2; Alain Griffel in: GG – Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich, 2017, § 23 N 26). Nicht einschlägig erscheinen demgegenüber die von den Beschwerdeführern angeführten Entscheide BGer 1C_582/2016 und BGE 131 I 442 E. 3.3, da einerseits im vorliegenden Fall der Ordnungsantrag gerade unmittelbar im Anschluss an die erste Abstimmung gestellt worden ist und sich andererseits die Situation anlässlich einer Urnenabstimmung nicht auf eine Gemeindeversammlungsabstimmung mit offenem Handmehr übertragen lässt. An der notwendigen Unterscheidung zwischen den Kompetenzen der Versammlungsleitung und der Gemeindeversammlung vorbei geht aber die Ansicht, dass Anträge aus der Versammlung auf Wiederholung einer Abstimmung nicht ohne Weiteres bzw. nur zugelassen werden dürften, wenn Fehler in der Ermittlung des Ergebnisses vorlägen, die für das Ergebnis von entscheidender Bedeutung seien. Über die Angemessenheit oder die Missbräuchlichkeit einer erneuten Abstimmung kann und soll ja gerade die Gemeindeversammlung mittels Abstimmung befinden. Auch im aargauischen Gemeinderecht ist das Stellen von Wiedererwägungsanträgen ohne spezielle Voraussetzungen gestattet (vgl. AGVE 2002, 621, 623). Demzufolge muss gelten, dass wenn Fehler in der Ermittlung des Ergebnisses oder im Abstimmungsverfahren noch in der Gemeindeversammlung festgestellt oder glaubhaft gemacht werden oder Zweifel über den Ausgang der Abstimmung bestehen, der Präsident die Abstimmung sofort zu wiederholen hat (vgl. H.R. Thalmann, § 46 N 6.10, mit Hinweis u.a. auf BGE 101 Ia 245; 98 Ia 85). Im Übrigen entscheidet im Zweifel, wie Thalmann überzeugend ausführt, die Versammlung über einen allfälligen entsprechenden Ordnungsantrag. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man rechtsvergleichend unter Berücksichtigung von § 59 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Solothurn (GG, vom 16. Februar 1992, SO BGS 131.1) davon ausgeht, dass wer mit einer verhandlungsleitenden Verfügung – beispielsweise der unterlassenen Wiederholung einer Abstimmung – nicht einverstanden ist, sich sogleich bei der Gemeindeversammlung zu beschweren hat, die unverzüglich entscheidet. Wer also mit einer verhandlungsleitenden Verfügung nicht einverstanden ist, kann sich – mit einem Ordnungsantrag – ungeachtet der Tatsache, dass das zugerische Gemeindegesetz sich dazu nicht äussert, sogleich bei der Gemeindeversammlung beschweren, die unverzüglich entscheidet (dies in Analogie zu § 77 Abs. 4 GG, wonach über Einwände gegen die Festlegung der Abstimmungsfolge von Anträgen die Gemeindeversammlung entscheidet).

f) Im vorliegenden Fall stellte der Versammlungsteilnehmer Z nach der ersten Abstimmung den «Ordnungsantrag... ich bitte um Nachzählung». Da eine eigentliche Nachzählung wegen des offenen Handmehr im Gegensatz zu einer Urnenabstimmung nicht möglich war, konnte und musste sein Antrag auf Nachzählung nur insofern interpretiert werden, dass

er eine Wiederholung der Abstimmung verlangte. Eine andere Würdigung käme entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer einem unzulässigen, überspitzten Formalismus und einer offensichtlichen Verletzung der demokratischen Rechte gleich. So kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie einwerfen, ungültige Anträge auf Nachzählung könnten nicht «sinngemäss» in gültige Anträge auf Rückkommen umgedeutet werden. Denn es kann überhaupt kein Zweifel daran bestehen, dass der Antragsteller nach einem formell an sich angezeigt gewesenen präsidentialen Hinweis auf die Unmöglichkeit einer Nachzählung und die formell angebracht gewesene Rückfrage, ob er damit einen Antrag auf Wiederholung stelle, diese Frage bejaht hätte. Unter den gegebenen Umständen bedurfte es einer solchen formellen Bestätigung aber offensichtlich nicht. Nicht gefolgt werden kann weiter der Ansicht der Beschwerdeführer, dass Ordnungsanträge, über die fälschlicherweise nicht abgestimmt werde, nicht pendent blieben, sondern als erledigt zu gelten hätten, wenn nicht rechtzeitig Beschwerde erhoben werde, womit die erste Abstimmung Gültigkeit behielte. Diese Argumentation verfängt hier schon darum nicht, weil der Antragsteller Z angesichts der offensichtlich in seinem Sinn ausgegangenen weiteren Abstimmungen keinen Anlass hatte, formelle Rügen geltend zu machen. Er wäre dazu auch kaum legitimiert gewesen. Eine solche Rechtsprechung widerspräche gerade dem Sinn und Zweck der Formstrenge im demokratischen Entscheidungsfindungsprozess. Denn der oder die Verfahrensfehler liegen hier klar auf Seiten der Versammlungsleitung und können nicht nachträglich zu Lasten des Stimmberechtigten angerechnet werden, hinter dessen Anliegen wohl auch eine Vielzahl anderer Anwesender standen.

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

g) Der Gemeindepräsident hätte der Gemeindeversammlung unverzüglich mitteilen müssen, dass infolge objektiver Unmöglichkeit der Ordnungsantrag von Z einzig als solcher auf Wiederholung der Abstimmung behandelt werden könne und auch sogleich in diesem Sinne darüber abzustimmen sei. Die Versammlungsleitung hat es aber unterlassen, den zwar richtig verstandenen Ordnungsantrag unverzüglich als solchen der Gemeindeversammlung zur Abstimmung zu unterbreiten. Stattdessen hat sie sogleich noch einmal in der Sache abstimmen lassen. Diese zweite Abstimmung erfolgte ganz offensichtlich unter Umständen, gemäss de-

nen jedenfalls höchst unsicher war, ob die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über den Abstimmungsmodus bzw. den Gegenstand ihrer Stimmabgabe (Abstimmung über den Ordnungsantrag auf Wiederholung oder materielle Abstimmung in der Sache selbst) im Klaren oder im Ungewissen waren. Wenn der Gemeindepräsident folgende Worte an die Gemeindeversammlung richtete: «Wer für die Tempo-30-Zone ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen... Wer gegen das Konzept ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen», dann legten diese Ausführungen für viele Versammlungsteilnehmer nahe, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit die meisten Stimmberechtigten davon ausgegangen sind, dass erneut über die Sache und nicht über einen Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung abgestimmt werde. Dieser Mangel wiegt zweifellos so schwer, dass die zweite Abstimmung keine ordnungsgemässe und gültige Erledigung des Ordnungsantrags darstellen konnte. (Nur am Rande ergänzt sei hier die Bemerkung, dass der Gemeindepräsident bei der zweiten Abstimmung mit seinen Worten – «Wer für die Tempo 30-Zone ist ...» – gleichzeitig formell auch nicht den zutreffenden Antrag – nämlich den Kredit von Fr. 46'000.– – zur Abstimmung stellte). Erst wenn der Ordnungsantrag angenommen worden wäre, hätte die (Sach-) Abstimmung wiederholt werden können und ein anderes Ergebnis hätte gültig zustande kommen können. Nur bei einer Abweisung des Ordnungsantrags wäre hingegen das Ergebnis der (ersten) Abstimmung unverändert gültig geblieben. Angesichts dieser Rechtslage hängt die erste Abstimmung folglich noch solange in der Schwebe bzw. ist das Verfahren «nicht vollständig durchgeführt worden», bis über den Ordnungsantrag gültig abgestimmt worden ist, ungeachtet der Tatsache, dass formell die Hauptabstimmung – sogar zweimal – wiederholt worden ist (siehe dazu den Entscheid AGVE 2002 S. 621, 623, bei dem allerdings aufgrund der Umstände der Beschluss trotz Mangels nicht aufzuheben war). Angesichts der ungültigen Abstimmung über den Ordnungsantrag von Z war insbesondere auch die nachfolgende dritte Abstimmung über die Sache unzulässig, da auch sie ohne den notwendigen rechtsgültigen Beschluss der Gemeindeversammlung über den Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung erging. Abgesehen davon ergab sie ein Patt, das eine weitere Abstimmung erforderlich gemacht hätte (vgl. § 79 Abs. 1 GG).

Demzufolge kann, wie der Regierungsrat richtig feststellt, das Resultat der ersten Abstimmung entgegen der Betrachtungsweise der Beschwerdeführer nicht als gültig zustande gekommen betrachtet werden. Dabei handelt es sich keineswegs um einen überspitzten Formalismus, sondern um eine notwendige Strenge im demokratischen Abstimmungsverfahren der Gemeindeversammlungsdemokratie. Dass ein Ordnungsantrag, über den infolge Verfahrensfehlers der Versammlungsleitung nicht sofort abgestimmt wird, die Gültigkeit des zuvor erfolgten Abstimmungsganges nicht hindern solle, würde demgegenüber eine unstatthafte Verkürzung der rechtzeitig geltend gemachten Verfahrensrechte der Stimmberechtigten bedeuten. Nicht nur vermag erst die auf das zuvor beschlossene Rückkommen vorzunehmende Abstimmung in der Sache selber in ihrem Ergebnis die frühere Abstimmung zu ersetzen, wie die Beschwerdeführer geltend machen. Ebenso sehr kann die frühere Abstimmung so lange noch nicht Gültigkeit beanspruchen, als ein formell korrekt erhobener Ordnungsantrag dazu noch nicht erledigt worden ist. Da nur eine rechtsgültig vorgenommene neue Abstimmung das vorherige

Resultat ersetzen kann, sind die zweite wie die dritte Abstimmung ungültig. Mit Blick auf das sich aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit ergebende Erfordernis der korrekten Formulierung der Abstimmungsfragen und die rechtmässige Durchführung der Abstimmung ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über das von der Versammlungsleitung gewählte Abstimmungsverfahren jederzeit im Bilde sind und deshalb in der Lage sind, die Tragweite ihres Abstimmungsverhaltens abzuschätzen (vgl. RRB vom 18. August 1998, ZBl 2000, 48 ff., 50, E. 3b).

(. . .)

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

j) Somit ergibt sich, dass es bezüglich des Traktandums 6 an einem gültigen Beschluss der Gemeindeversammlung fehlt. Demzufolge hat der Regierungsrat die Beschwerde und den Antrag der Beschwerdeführer, die erste Abstimmung mit dem Resultat von 126 Nein-Stimmen zu 123 Ja-Stimmen sei für gültig und sämtliche weiteren Abstimmungen sowie Handlungen des Gemeinderats unter Traktandum sechs seien für nichtig zu erklären, zu Recht abgewiesen. Indessen ist der Regierungsrat zu Unrecht nicht auf die Beschwerde der C.-Partei eingetreten. Wie vom Regierungsrat angeordnet worden ist, hat der Gemeinderat das Geschäft nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils der Gemeindeversammlung notwendigerweise erneut vorzulegen. Demzufolge liegt keine Unregelmässigkeit im Sinne von § 67 WAG i.V.m. § 17bis des Gemeindegesetzes vor und muss die Beschwerde abgewiesen werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, V 2018 20

Das Urteil ist rechtskräftig.

B

Stichwortverzeichnis

Änderungen von Arealbebauungen: Nur wesentliche Änderungen einer Arealbebauung verlangen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer, 5

Behandlung des Geburtsgebrechens , 53

Anfechtbarkeit von Schaenkungen der Schenkungskommission: Mangelgrundlage können Schenkungen, welche die Schenkungskommission im Rahmen einer Steuerveranlagung erstellt, nicht direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden, 94

Arbeitslosenversicherung, 62

Aufschub der Grundsteuer bei gemischten Schenkungen. Vorläufige Einschätzung zur Praxis verschiedener Zuger Grundsteuer-Kommissionen. , 80

Bemessung Erwerbsausfallentschädigung aufgrund nachdienstliches Verhalten, 57

Berücksichtigung des Kindeswillens bei der Regelung des Besuchsrechts, 103

Beschwerdelegitimation der Parteien; Voraussetzungen des berechtigten Ordnungsantrages; Folgen der Missachtung eines berechtigten Ordnungsantrages, 125

Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit: Die Minimalbesteuerung des Aktienkapitals verstößt im Falle eines Konkurses bzw. im Anschluss an die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, 66

Denkmalschutz: Folgen für Präfektur, wenn Standortgemeinde und Eigentümer Erhalt ablehnen, 24

Denkmalschutz: Präzisierung der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses am Erhalt, 24

Denkmalschutz: Unterschutzstellung des ehemaligen Stationsgebäudes Oberaargau, 12

Der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse, 76

Die Anordnung einer Videobewachung muss verhältnismässig sein., 113

Die dauerhafte Videobewachung eines Gebiets zum Schutz vor strafbaren Handlungen stellt einen verhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen dar, wenn ausgewiesen ist, dass es sich um einen Kriminalitäts Schwerpunkt handelt und dort Straftaten zu jeder Zeit stattfinden. , 113

Eingliederungsmassnahmen Invalidenversicherung: Voraussetzungen zur Gewährung der Kapitalhilfe in der Invalidenversicherung, 39

Entschädigung bei Gefahr eines Interessenkonflikts, 99

Erwerbsausfallentschädigung, 57

- Familienzulagen: Tragweite des Doppelbezugsverbots, 45
 Familienzulagen: Voraussetzung der Bezugsberechtigung von Grosseltern fuuml;r im Ausland lebende Enkel, 45
- Geburtsgebrechen , 52, 53
 Grundsatz der vergleichbaren Verhauml;ltnisse, 75
 Grundstuuml;ckgewinnsteuer, 75, 80
- Handelsregisterrecht: Verfahrenskosten bei Auflouml;sung einer Rechtseinheit, 35
 Handelsregisterrecht: Voraussetzungen zur Ausfauml;hlung einer Ordnungsbusse nach Art. 943 Abs. 1 OR, 35
 Handelsregisterrecht: Zustellung von Verfuuml;gungen bei unguuml;ltigem Rechtsdomizil, 35
- Invalidenversicherung, 52
- Kindesschutz, 105
- Leistungen in Erfuuml;llung familienrechtlicher Pflichten bei nicht aufgelouml;ster Familiengemeinschaft sind nicht von den Steuern abziehbar. , 86
 Leistungspflicht der Invalidenversicherung, 52
- Massnahmen bei fehlender Mouml;glichkeit einer Kindeswohlkonformen Ausuuml;bung des Besuchsrechts, 102
- Periodizitauml;tsprinzip , 90
- Qualifizierung von Schauml;tzungen der Schauml;tzungskommission in Steuerverfahren: Im Steuerveranlagungsverfahren eingereichte Schauml;tzungen unterscheiden sich im Hinblick auf ihre Anfechtbarkeit nicht von anderen in Verwaltungsverfahren erhobenen Gutachten, 94
- Rayonverbots, 106
 Rechtfertigung einer periodenuuml;bergreifenden Betrachtungsweise fuuml;r den Fall, dass zu Unrecht erfolgte Vermouml;genszufluuml;sse und -abfluuml;sse in verschiedenen Steuerperioden miteinander verrechnet werden., 90
- Sozialabzuuml;ge, 86
 Stimmrechtsbeschwerde, 125
- Tragweite des Stichtagprinzips: Verweigerung des Sozialabzugs fuuml;r die gesamte Periode, wenn die Voraussetzungen dafuuml;r am 31. Dezember nicht erfuuml;llt sind. , 86
 Tragweite von Dispositionen auf die Vermittlungsauml;higkeit, 62
- Unterhaltsbeitrauml;ge , 86

Verhauml;ltisnissmauml;ssigkeitspruuml;fung, 114

Verhauml;ltisnissmauml;ssigkeitspruuml;fung einer Besuchsrechtssistierung, 102

Verhauml;ltisnissmauml;ssigkeitspruuml;fung des Rayonverbots, 107

Vertrauensschutz, 80

Videouuml;berwachung , 113

Vorbehaltlose Zusicherung eines Sekretauml;rs einer Grundstuuml;ckgewinnsteuer-
Kommission als Vertrauensgrundlage fuuml;r einen Steuerpflichtigen, 80

Vorsorgeauftrag, 98