



# Inhaltsverzeichnis

## **II**

Zivilrecht	5
1 Güterrecht	5
2 Arbeitsrecht	13
3 Nachbarrecht	16
4 Familienrecht	26
5 Vorsorgliche Massnahmen bei Kündigung eines Alleinvertriebsvertrags; Novenrecht	44
6 unentgeltliche Rechtspflege	50

## **B**

Stichwortverzeichnis	53
----------------------	----

## II. Zivilrecht

### 1. Güterrecht

#### 1.1 Art. 197 ZGB und Art. 198 ZGB

##### **Regeste:**

Art. 197 ZGB und Art. 198 ZGB – Güterrechtliche Qualifikation von Mitarbeiterbeteiligungen .

Der Einbezug einer bestimmten Position in die Vorschlagsteilung kann nur in Betracht fallen, wenn sich das Recht bzw. die Forderung am Stichtag zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hat, d.h. der Erwerber eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden kann. Zu berücksichtigen sind nur jene Vermögenswerte resp. Anwartschaftsrechte, die am Stichtag (im vorliegenden Fall im Zeitpunkt der Eheschliessung) bereits vorhanden waren. Dabei darf aus der Tatsache, dass sich ein Vermögenswert zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich realisiert hat, nicht auf den gesicherten Bestand zum Zeitpunkt des Stichtags geschlossen werden. Massgebend ist einzig die Erwerbssicherheit am Stichtag. Aus dem gleichen Grund fällt auch ein Einbezug pro rata temporis ausser Betracht.

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Allgemeiner Hinweis

Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes wurden sämtliche Kalenderdaten geändert und die Erwägungen teilweise gekürzt.

Aus dem Sachverhalt

Die Parteien heirateten am 17. September 2010. Mit Eheschutzentscheid des Kantonsgerichts Zug vom 25. Oktober 2015 wurde zwischen den Parteien per 1. Oktober 2015 die Gütertrennung angeordnet. Im anschliessenden Ehescheidungsverfahren stritten sich die Parteien u.a. um die güterrechtliche Qualifikation von Mitarbeiterbeteiligungen.

##### **Aus den Erwägungen:**

10. Der Beklagte besass im Zeitpunkt der Anordnung der Gütertrennung unbestrittenermassen [Zahl] Aktien der Z. AG, die er aufgrund von «Participation Units» (nachfolgend: PPU) erworben hatte. Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren anerkannt, dass es sich bei den Aktien, welche der Beklagte aus den in den Jahren 2008 und 2009 zugeteilten PPU erworben hat, um Eigengut des Beklagten handelt. Nach wie vor umstritten ist, ob die restlichen [Zahl] PPU dem Beklagten vor oder nach der Eheschliessung zugeteilt worden und diese je nachdem zum Eigengut oder zur Errungenschaft des Beklagten zu zählen sind.

10.1 Das Kantonsgericht gelangte zum Schluss, dass insgesamt [Zahl] Aktien der Z. AG der

Errungenschaft des Beklagten zuzuordnen seien, wobei sich deren Wert (nach Abzug der Steuern) auf CHF [Betrag] belaufe. Zur Begründung führte es zusammengefasst Folgendes aus:

10.1.1 Gemäss Art. 197 Abs. 1 ZGB sei ein Vermögenswert bzw. ein Arbeitsentgelt Errungenschaft, wenn es während der Dauer des Güterstandes erworben worden sei. Werde der Vermögenswert also noch vor der Heirat erworben, falle er nicht in die Errungenschaft, sondern in das Eigengut des erwerbenden Ehegatten. Die Errungenschaft eines Ehegatten gemäss Art. 197 ZGB umfasse grundsätzlich Sachwerte und vermögenswerte Rechte aller Art. Zur Errungenschaft gehöre auch der Arbeitserwerb (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Massgebend sei vorliegend die güterrechtliche Bedeutung von Arbeitserwerb in Form von Mitarbeiterbeteiligungen bzw. Mitarbeiteraktien.

10.1.2 Durch Mitarbeiterbeteiligungsprogramme erhielten Mitarbeiter die Möglichkeit, sich im Rahmen der Gesamtvergütung am Erfolg oder am Kapital der Gesellschaft zu beteiligen. Den Zeitpunkt, in welchem die Option zum Erwerb von Aktien eingeräumt werde, bezeichne man als Zuteilungsdatum (engl. «grant date»). Werde im Optionsplan eine Vesting-Periode vorgesehen, bezeichne man damit die Wartezeit zwischen der Zuteilung der Optionen und deren unwiderruflichem Rechtserwerb, in welchem die zugeteilten Aktien sozusagen «verdient» werden müssten. Sei die Option während eines bestimmten Zeitraums ausübbar, werde diese Zeitspanne als Ausübungsperiode bezeichnet (engl. «exercise period»). Das Datum, bis zu welchem die Optionen ausgeübt werden könnten, werde Ablaufdatum (engl. «expiry date») genannt. Das Vesting könne vom Eintritt von Bedingungen abhängig gemacht werden (z. B. Verbleib in der Gesellschaft oder Erreichen gewisser Leistungsziele). Unter dem Begriff «Mitarbeiteraktie» werde in einem weiteren Sinne eine Aktie der arbeitgebenden (oder einer dieser nahestehenden) Gesellschaft verstanden, die dem Mitarbeiter aufgrund eines Arbeitsverhältnisses gewährt werde. Die Gewährung erfolge entweder an alle oder nur an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter. In der Regel erfolge die Gewährung unentgeltlich oder zumindest zu Vorzugsbedingungen direkt durch die arbeitgebende (oder eine dieser nahestehenden) Gesellschaft. Mitarbeiteraktien könnten aufschiebend bedingt ausgestaltet werden und insbesondere einer Vesting-Periode unterliegen bzw. an (in der Zukunft liegende) objektive Leistungsziele geknüpft werden.

10.1.3 Für die Frage, was Errungenschaft darstelle, sei güterrechtlich weniger die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses bzw. der Bedingung bedeutsam, sondern wie das bedingte Entgelt für die Arbeitsleistung im Einzelfall ausgestaltet sei. Vorliegend stelle sich insbesondere die Frage, inwiefern Mitarbeiterbeteiligungen im Bestand des Eigengutes des Beklagten zu berücksichtigen seien, welche erst nach der Eheschliessung [am 17. September 2010], jedoch rückwirkend auf den 1. Januar 2010 (also noch vor der Eheschliessung) zugeteilt worden seien.

Wann ein Vermögenswert im Allgemeinen als erworben gelte, werde im Gesetz nicht näher

ausgeführt. Zum Zeitpunkt des Erwerbs eines Vermögenswerts führe die Lehre im Allgemeinen aus, dass nicht die Fälligkeit oder der Zeitpunkt der effektiven Auszahlung des Kapitals, sondern der Entstehungszeitpunkt eines Rechts bzw. einer Forderung massgeblich sei. Zu prüfen sei, ob bzw. nach Massgabe welcher rechtlicher Kriterien Rechte bzw. Forderungen Eigengut bilden könnten, die zwar grundsätzlich entstanden, aber bedingt ausgestaltet seien. Als Bedingung werde im Allgemeinen eine vertragliche Vereinbarung bezeichnet, durch welche die Parteien die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses als Ganzes oder nur einzelner vertraglicher Rechte und Pflichten vom Eintritt oder Nichteintritt einer ungewissen zukünftigen Tatsache abhängig machten. In der Lehre werde dazu der Begriff der «Anwartschaft» verwendet. Als Anwartschaft könne im Allgemeinen ein möglicher Anspruch auf eine bestimmte künftige Leistung verstanden werden. Unter einer «blossen» bzw. «faktischen» Anwartschaft werde nach der Praxis des Kantonsgerichts Zug eine faktische Erwerbsaussicht oder Erwartung verstanden. Es handle sich um die mehr oder weniger konkrete Hoffnung, die Chance auf eine bloss mögliche künftige Leistung, ohne dass eine gesicherte Rechtsposition vorliege. Sie sei in der güterrechtlichen Auseinandersetzung unbeachtlich. Von der «blossen» Anwartschaft abzugrenzen sei das «Anwartschaftsrecht». Massgebende Merkmale des Anwartschaftsrechts seien die Automatik des Rechtseintritts sowie die gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers. Dabei werde zur Berücksichtigung als Eigengut im Allgemeinen nicht verlangt, dass eine Vergütung bzw. das Recht im Zeitpunkt der Eheschliessung bereits endgültig und unbedingt entstanden sei. Es genüge, dass sich das Recht bzw. die Forderung vor der Eheschliessung zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet habe. Ein Anwartschaftsrecht liege bei aufschiebend bedingten Forderungen vor, die mit Bedingungseintritt ipso iure, d.h. ohne weiteres Zutun der Parteien, zum Vollrecht würden und der Erwerber dadurch bereits jetzt eine gesicherte Rechtsstellung erlange, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden könne. Anwartschaftsrechte bildeten nach der wohl herrschenden Lehre Vermögensbestandteile und seien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen. Der Umstand, dass die Vergütung aufschiebend bedingt ausgestaltet sei bzw. vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängige und der Eintritt unter Umständen ausbleibe, beschlage somit nicht den Bestand des bedingten Rechts bzw. der bedingten Forderung.

10.1.4 Im Besonderen gehe es vorliegend um die Berücksichtigung von Arbeitserwerb. Stehe dem Arbeitgeber oder einem Auftraggeber im Zusammenhang mit der (künftigen) Ausrichtung einer Vergütung kein Ermessensspielraum zu, indem auch die Höhe der Sondervergütung objektiv bestimmt oder bestimmbar sei, handle es sich um eine ermessensfeindliche Vergütung bzw. arbeitsrechtlich um einen Lohnbestandteil. Seien diese ermessensfeindlichen Vergütungen bedingt ausgestaltet, hätten sich diese Forderungen in aller Regel zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet. Liege die Bezahlung demgegenüber im Ermessen des Arbeitgebers, liege eine blosser Gratifikation vor und der Arbeitnehmer verfüge über keine gesicherte Rechtsposition, weshalb eine «blosse» Anwartschaft vorliege.

10.1.5 Damit die [Zahl] PPU im Bestand des Eigengutes des Beklagten berücksichtigt wer-

den könnten, sei neben der Qualität als Anwartschaftsrecht zu verlangen, dass die Vergütung für Arbeitsleistungen ausgerichtet werde, welche vor Begründung des Güterstandes geleistet worden seien: Für den Zeitpunkt des Arbeitserwerbs werde daran angeknüpft, wann die entgeltliche Arbeitsleistung erbracht worden sei. Nur jenes Entgelt gelte als erworben, das auf schon erbrachte Arbeitsleistungen entfalle. Entgelt für Arbeitsleistungen, welche vor der Begründung des Güterstandes erbracht würden, bilde mit anderen Worten keine Errungenschaft, selbst wenn es während der Dauer des Güterstandes ausgerichtet worden sei.

Würden beispielsweise Mitarbeiteroptionen vor der Eheschliessung «gegranted», aber nach der Eheschliessung «gevestet», gelte es zu eruieren, in welchem Umfang die Optionen während der Dauer des Güterstandes während der laufenden Vesting-Periode «verdient» worden seien. Wie erwähnt, bestehe der wirtschaftliche Wert für den Begünstigten im möglichen Gewinn, der mit Wirkung der Ausübung entstehe, durch die Differenz zwischen dem Wert des Titels im Zeitpunkt der Ausübung und des Preises, welche im Zeitpunkt der Zuteilung im Voraus bestimmt worden sei. Dieser Gewinn, welcher alsdann als Vergütung ausgerichtet werde, werde während der Vesting-Periode durch die Arbeit des betreffenden Mitarbeiters (mit)geschaffen, wobei es sich in der Regel nicht eruieren lasse, welche Wertsteigerung wann und aufgrund welcher Handlungen entstanden sei. Dauere die Vesting-Periode über die Begründung des Güterstandes hinaus, sei in zeitlicher Hinsicht pro rata temporis auszuschneiden, welcher prozentuale Anteil der variablen Vergütung zwischen der Einräumung bzw. Entstehung des (bedingten) Rechts bzw. [der bedingten] Forderung und dem unwiderruflichen Rechtserwerb während des Güterstandes «verdient» worden sei.

10.1.6 Diese Auslegung entspreche auch dem Sinn und Zweck der Errungenschaftsbeteiligung. Das Zusammenwirken der Gatten in der Schicksals- und Wirtschaftsgemeinschaft ihrer Ehe und ihres Güterstandes (vgl. Art. 159 ZGB) trage zumindest mit dazu bei, den Aufbau eines Errungenschaftsvermögens überhaupt erst zu ermöglichen. Insbesondere könne es in einer stark aufgabenteilig gestalteten Ehe erst die Sorge eines Ehegatten für Haushalt und Kinder sein, welche dem anderen Ehegatten sein berufliches und wirtschaftliches Vorwärtsskommen ermögliche. Sinn und Zweck solcher variablen Vergütungen bzw. Vergütungen wie Mitarbeiterbeteiligungen, welche beispielsweise einer Vesting-Periode unterlägen, sei es denn auch, den Mitarbeiter zu motivieren, durch die Verrichtung seiner Arbeit Werte zu schaffen und diese Personen mit der Aussicht auf eine lukrative Unternehmensbeteiligung an die Gesellschaft zu binden. Handle es sich (ganz oder teilweise) um Vergütungen für während der Dauer des Güterstandes verrichtete Arbeit, rechtfertige es sich aufgrund des Zwecks der Errungenschaftsbeteiligung, diese zu teilen.

10.1.7 Mit Schreiben vom 5. Oktober 2011 seien dem Beklagten von der Z. AG [Zahl] PPU zusammen mit dem Recht zum Kauf von [Zahl] Aktien der Gesellschaft zu einem Ausübungspreis von CHF [Betrag] pro Aktie rückwirkend auf den 1. Januar 2010 («granted as of January 1, 2010») zugeteilt worden. Aus der Mitteilung der Z. AG vom 5. Oktober 2011 gehe hervor, dass die Zuteilung («Allocation Date» oder «Grant Date») der [Zahl] PPU am 1. Januar 2010 erfolgt

sei. Dieses Vorgehen entspreche dem Vorgehen der Z. AG in den vorangegangenen Jahren. So seien auch im Jahr 2009 [Zahl] PPU's mit Schreiben vom 30. Juni 2009 rückwirkend auf den 1. Januar 2009 zugeteilt worden. Dasselbe Prozedere sei im Jahr 2008 erfolgt. Während welcher Periode die Optionen ausgeübt werden könnten, gehe aus dem Schreiben nicht hervor. Ob sich diese Anwartschaft am 1. Januar 2010 bereits zu einem Anwartschaftsrecht verfestigt habe, hänge von den Zuteilungskriterien der Mitarbeiteraktien ab. Das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm habe der Vereinbarung über das «Participation Program» (nachfolgend: PP) sowie dem «Shareholder Agreement» unterlegen. Beide Dokumente habe der Beklagte nicht eingereicht. Auch aus den Rechtsschriften des Beklagten gehe nicht hervor, wie das PP aufgebaut gewesen sei und wie es genau funktioniert habe. Es hätte dem beweisbelasteten Beklagten obliegen, die nötigen Behauptungen in den Rechtsschriften aufzustellen und diese mit Belegen zu untermauern. Er trage die Folgen der Beweislosigkeit (Art. 8 ZGB).

Aufgrund der fehlenden Dokumente könnten der exakte Mechanismus der Zuteilung und die Zuteilungskriterien der [Zahl] PPU's nicht abschliessend beurteilt werden. Im Schreiben der Z. AG vom 5. Oktober 2011 werde zwar ausgeführt, dass das PP ähnlich oder gleichartig ausgestaltet sei wie das bereits existierende Participation Program. Dies reiche jedoch nicht aus, um eine Automatik des Rechtseintritts sowie eine gesicherte Rechtsstellung des Beklagten nachzuweisen. Es hätte dem Beklagten obliegen, die betreffenden Dokumente in den vorliegenden Prozess einzubringen, zumal ihm die Beweislast für das von ihm behauptete Eigengut obliege. Der Beklagte mache denn auch keine Ausführungen zu den Bedingungen, an welche die Mitarbeiteraktien gekoppelt gewesen seien. Insbesondere habe er auch seinen Arbeitsvertrag, der auf mögliche variable Lohnvergütungen in Form von Mitarbeiterbeteiligungen hinweisen könnte, nicht eingereicht. Der Beklagte habe mithin nicht nachweisen können, dass sich die [Zahl] PPU's zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hätten, sodass er im Zeitpunkt der Eheschliessung am 17. September 2010 bereits einen durchsetzbaren Anspruch auf Zuteilung der PPU's gehabt und es sich daher um Eigengut gehandelt hätte. Die letzten [Zahl] PPU's stellten somit Errungenschaft des Beklagten dar (vgl. Art. 200 Abs. 3 ZGB).

10.1.8 Wie bereits erwähnt, sei der Zeitraum, in welchem allfällige Mitarbeiterbeteiligungen «verdient» worden seien, nur dann zu prüfen, wenn sich diese Rechte bereits zu Anwartschaftsrechten verdichtet hätten. Auf das vom Beklagten eingereichte Bestätigungsschreiben von Y. vom 9. Juni 2016 könne nicht abgestellt werden. Dieses Dokument sei ausdrücklich auf Wunsch des Beklagten von der ehemaligen Arbeitgeberin in Bezug auf das hängige Scheidungsverfahren ausgestellt worden. Beweisrechtlich handle es sich dabei um ein privates Bestätigungsschreiben, worin Dritte zuhanden einer Prozesspartei ihre Wahrnehmungen festhielten. Private Bestätigungsschreiben würden als Urkunde zwar die Tatsache dieser Äusserung beweisen. Als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung seien sie jedoch ungeeignet und hätten in Bezug auf den Inhalt keinen Beweiswert. Selbst wenn auf das Schreiben von Y. abgestellt würde, würde dieses keine ausschliessliche Zuteilung der PPU's aufgrund guter Arbeitsleistungen des Beklagten vor dem 1. Januar 2010 belegen, zumal das Schreiben ausdrücklich die «vorwiegende Berücksichtigung der vor dem Allokationszeitpunkt, d.h. vor dem

1. Januar 2010, erbrachten Leistungen» als Zuteilungskriterium nenne (Hervorhebung hinzugefügt). Weitere Beweisstücke, welche den Standpunkt des Beklagten bekräftigen würden, lägen nicht im Recht. Mithin misslinge dem Beklagten der Nachweis, dass die [Zahl] PPU's im Bestand seines Eigengutes zu berücksichtigen seien. An dieser Feststellung vermöchte auch eine Zeugenaussage von Y. nichts zu ändern, zumal er kaum etwas anderes erklären würde, als was er schon in seiner eigenen schriftlichen Erklärung bestätigt habe. Zudem diene das Beweisverfahren nicht dazu, ungenügend vorgetragene Sachverhalte zu korrigieren.

10.2 In der Berufung hält der Beklagte diesen Erwägungen im Wesentlichen Folgendes entgegen:

10.2.1 Die Vorinstanz verkenne, dass aus der Mitteilung der Z. AG vom 5. Oktober 2011 hervorgehe, dass «You [der Beklagte] are granted as of January 1, 2010, the Allocation Date, [Zahl] Profit Participation Instruments». Damit werde klar bestätigt, dass die [Zahl] PPU's dem Beklagten fest mit Zuteilungsdatum 1. Januar 2010 zugewiesen worden seien. Diese Zuweisung hänge einzig davon ab, dass der Beklagte einen Betrag von CHF [Betrag] an die Z. AG überweise. Irgendeine Möglichkeit, diese Zuteilung mit Zuteilungstag 1. Januar 2010 zu widerrufen, habe die Z. AG nicht mehr gehabt. Allein aus der Mitteilung der Z. AG ergebe sich somit, dass sich diese Anwartschaft oder die mögliche Beteiligung bereits per 1. Januar 2010 und damit vor dem Datum des Eheschlusses, welcher am 17. September 2010 erfolgt sei, zu mehr als einem Anwartschaftsrecht verdichtet habe, sondern zu einem Anspruch geworden sei, den der Beklagte gegen Bezahlung von CHF [Betrag] einseitig habe geltend machen können. Der Fakt, dass diese Erklärung erst am 5. Oktober 2011 erfolgt sei, stehe mit der Frage, wann der Anspruch entstanden sei, in keinem Zusammenhang. Dies bestätige auch Y., Verantwortlicher für sämtliche Mitarbeiterbeteiligungen der Gesellschaft, in seiner Erklärung vom 9. Juni 2016. Y. sei überdies Mitglied des Verwaltungsrates der Z. AG gewesen. Die Vorinstanz erachte diese Erklärung von Y. zu Unrecht als eine Parteibehauptung, habe doch Y. bei der Z. AG eine absolut unabhängige Funktion innegehabt und sei im Übrigen mit dem Beklagten weder befreundet oder verfeindet, noch stehe er in einem Abhängigkeitsverhältnis, sondern sei einzig als Mitarbeiter der Z. AG dieser Gesellschaft gegenüber verpflichtet. Somit habe Y. die Erklärung nicht im Sinne eines Gefälligkeitszeugnisses als Kollege oder Mitarbeiter des Beklagten während dessen Tätigkeit, sondern [Zahl] Jahre nach dem Ausscheiden des Beklagten aus der Z. AG abgegeben. Der Erklärung sei auch ganz klar zu entnehmen, dass im Allgemeinen die Anspruchsbegründung einer Allokation jeweils im Juni/Juli des Jahres der Allokation bekannt gegeben worden sei. Dies sei in Bezug auf die Allokation per 1. Januar 2010 allerdings später erfolgt, weil das Verfahren für die börsenrechtliche Zulassung dieser Anleihen bis weit ins Jahr 2011 gedauert habe. Grund dafür sei gewesen, dass die mögliche Börsenkotierung a) kompliziert gewesen sei und b) aufgrund der börsenrechtlichen Insiderproblematik absolut vertraulich habe erfolgen müssen. Die Mitteilung habe aber keinerlei Einfluss auf die Tatsache gehabt, dass das Recht zum Erwerb der [Zahl] PPU's bereits erworben gewesen und demnach rückwirkend per 1. Januar 2010 erfolgt sei. Damit habe die Vorinstanz zu Unrecht verneint, dass der Beklagte das Recht für den Erhalt dieser [Zahl] PPU's bereits

am 1. Januar 2010 im Sinne eines Anspruchs oder durchsetzbaren Rechts erworben habe. Die entsprechende Mitteilung sei zwar erst später erfolgt, doch sei auf diese Mitteilung nicht abzustellen.

10.2.2 Das gleiche Resultat ergebe sich auch – und dies habe die Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt – aus einem Schreiben vom 20. März 2017, worin die Z. AG, vertreten durch Y. nochmals die Zuteilung der PPU's aufliste und deren Werte angebe. Der Wert der Allokation 2010 von CHF [Betrag] ergebe sich aus der Berechnung des Werts pro Aktie von CHF [Betrag], den der Beklagte auch habe versteuern müssen. Die Vorinstanz habe die Ausführungen an der Hauptverhandlung und die in diesem Zusammenhang eingereichte Bestätigung der Z. AG vom 20. März 2017 zu Unrecht nicht berücksichtigt. Damit sei erstellt, dass es sich bei den [Zahl] PPU's, welche dem Beklagten rückwirkend auf den 1. Januar 2010 zugeteilt worden seien, um Eigengut handle und der Beklagte dieses Recht zum Erhalt der [Zahl] PPU's vor dem Datum der Heirat erworben habe.

10.2.3 Selbst wenn im Übrigen nicht auf das Schreiben von Y. vom 9. Juni 2016 abgestellt werden sollte, habe die Vorinstanz zu Unrecht den ganzen Wert der [Zahl] PPU's als Vermögenswert der Errungenschaft zugewiesen, sei doch der auf die Periode Januar 2010 bis Mitte September 2010 anfallende Anteil von 8,5 Monaten unbestrittenermassen vor der Ehe erarbeitet und maximal der Anteil ab Mitte September bis Dezember 2010, mithin 3,5 Monate, während der Dauer der Ehe erarbeitet worden. Daher sei – selbst wenn man der falschen Auffassung der Vorinstanz folgen wolle – eine Ausscheidung des vorehelichen Anteils und des nachehelichen Anteils an der Arbeitsleistung vorzunehmen. Aus dem bereits erwähnten Schreiben vom 20. März 2017 ergebe sich, dass die Zuteilung der Aktien jeweils immer für die Dauer eines Jahres erfolgt sei. Gehe man mit der Vorinstanz davon aus, dass die Zuteilung der letzten [Zahl] PPU's für das Jahr 2010 erfolgt sei, sei die Zuteilung demnach für 12 Monate erfolgt, wovon die Parteien nur 3,5 Monate verheiratet gewesen seien. Es sei demnach nicht gerechtfertigt, den Wert der gesamten Aktien der Errungenschaft zuzuweisen. Damit sei der Wert der [Zahl] PPU's, den die Vorinstanz mit CHF [Betrag] bewertet habe, in einen vorehelichen Teil von  $8,5/12$  und einen nachehelichen und damit der Errungenschaft zuzuweisenden Anteil von  $3,5/12$  aufzuteilen. Der Errungenschaft sei mithin nur ein Betrag von CHF [Betrag] abzüglich CHF [Betrag] (Steuern) als zusätzlicher Vorschlag bei den Aktiven der Errungenschaft des Beklagten zu berücksichtigen.

10.3 Demgegenüber folgt die Klägerin in der Berufungsantwort im Wesentlichen den erstinstanzlichen Erwägungen.

10.4 Die Rügen, welche der Beklagte im Zusammenhang mit der güterrechtlichen Zuordnung der von ihm erworbenen Aktien der Z. AG erhebt, sind in mehrfacher Hinsicht unbegründet.

10.4.1 Der Beklagte bestreitet zunächst zu Recht nicht, dass einfache (reine) Anwartschaften, bei denen es um bloss mögliche Ansprüche auf eine künftige Leistung geht und die keine real-

isierbaren Gegenwert besitzen, bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht zu berücksichtigen sind. Ein Einbezug einer bestimmten Position in die Vorschlagsteilung kann vielmehr nur in Betracht fallen, wenn sich das Recht bzw. die Forderung vor der Eheschliessung zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hat, d.h. der Erwerber eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden kann. Massgebende Merkmale sind die Automatik des Erwerbsanfalls sowie die Erwerbssicherheit. Diese Kriterien sind namentlich dann nicht erfüllt, wenn ein bestimmter Vermögenswert vor seinem endgültigen Erwerb in Bestand und Umfang ungewiss, unveräusserlich und unübertragbar ist und auch nicht gepfändet werden kann (vgl. vorne E. 10.1.3; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1992, Art. 198 ZGB N 9 [m.w.H.] und Art. 197 ZGB N 57; Althaus, Mitarbeiterbeteiligungen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, FamPra.ch 2017 S. 953 ff., 960 f. m.w.H.).

10.4.2 Die Parteien haben am 17. September 2010 geheiratet. Dass der Beklagte ausgewählt wurde, am PP der Z. AG teilzunehmen, teilte ihm die Z. AG dagegen erst mit Schreiben vom 5. Oktober 2011 mit. Insofern ist offenkundig, dass ihm im Zeitpunkt der Eheschliessung noch kein Anwartschaftsrecht im eben dargelegten Sinn zustand. Dies ergibt sich zumindest indirekt auch aus dem Schreiben von Y. vom 9. Juni 2016, in welchem dieser festhielt, dass die Leistungen den Aktionären in Form von börsenkotierten Anleihen zuflossen, bei denen das Verfahren für die börsenrechtliche Zulassung weit bis ins Jahr 2011 dauerte. Wenn die Anleihen, welche die Basis für die [Zahl] strittigen PPU's waren, im Zeitpunkt der Eheschliessung, d.h. im September 2010, noch gar nicht existierten, ist die für ein Anwartschaftsrecht erforderliche Erwerbssicherheit von vornherein ausgeschlossen. Daran ändert in güterrechtlicher Hinsicht auch der Umstand nichts, dass die Z. AG das «Allocation Date» für die [Zahl] PPU's rückwirkend auf den 1. Januar 2010 festlegte, vermag doch die Erklärung eines (privaten) Dritten die auf einer zwingenden Gesetzesvorschrift beruhende Zuordnung eines Vermögenswerts zum Eigengut (Art. 198 ZGB) nicht ausser Kraft zu setzen (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 198 ZGB N 2 f.).

Im Übrigen behauptet der Beklagte zwar, dass mit der Bezahlung von CHF [Betrag] «for the purchase of shares [der Z. AG]» die Z. AG keine Möglichkeit mehr gehabt habe, die per 1. Januar 2010 erfolgte Zuteilung zu widerrufen. Er hat diese – von der Klägerin bestrittene – Behauptung aber nicht belegt. Abgesehen davon hing gemäss dem Schreiben der Z. AG vom 5. Oktober 2011 die Zuteilung nicht allein von der Zahlung von CHF [Betrag] ab. Vielmehr wurde festgehalten, dass «the Profit Participation Instruments and the corresponding number of shares [der Z. AG] will be issued to you, and thus the profit participation program will be become effective, upon: (1) Execution and delivery of the PP; (2) Execution and delivery of the Shareholder's Agreement». Der (beweisbelastete) Beklagte hat diese beiden Dokumente nicht eingereicht. Daher können – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkte – der exakte Mechanismus der Zuteilung und die Zuteilungskriterien der [Zahl] PPU's nicht abschliessend beurteilt werden, zumal der Beklagte in seinen Rechtsschriften nicht dargelegt hat, an welche Bedingungen der Erwerb der Mitarbeiteraktien gekoppelt war. Damit ist eine Automatik des Recht-

seintritts und eine gesicherte Rechtsstellung des Beklagten nicht hinreichend substantiiert oder gar nachgewiesen. Schliesslich weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass in den Steuererklärungen der Parteien für die Jahre 2010 und 2011 keine entsprechenden Vermögenswerte verzeichnet sind. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der beweisbelastete Beklagte nicht nachgewiesen hat, dass er im Zeitpunkt der Eheschliessung am 17. September 2010 ein Anwartschaftsrecht auf Zuteilung der [Zahl] PPU's hatte, weshalb diese gemäss Art. 200 Abs. 3 ZGB zur Errungenschaft des Beklagten gehören (vgl. vorne E. 10.1.7).

10.4.3 Nach dem Gesagten kann offenbleiben, welcher Beweiswert den Bestätigungsschreiben von Y. vom 9. Juni 2016 und 20. März 2017 zukommt. Dies gilt umso mehr, als sich auch diesen beiden Schreiben nur entnehmen lässt, dass die Z. AG den Allokationszeitpunkt rückwirkend auf den 1. Januar 2010 festgelegt und der Beklagte im Rahmen der «2010 Allocation» tatsächlich Aktien der Z. AG erhalten hat. Zu den konkreten Zuteilungskriterien finden sich hingegen keine oder nur pauschale und dementsprechend unpräzise Hinweise wie etwa die Bemerkung, dass „diese erste Allokation unter dem PP eine vorwiegende Berücksichtigung der vor dem Allokationszeitpunkt, d.h. vor dem 1. Januar 2010, erbrachten Leistungen der Teilnehmer“ impliziere.

In diesem Zusammenhang ist im Übrigen nochmals zu betonen, dass nur jene Vermögenswerte (resp. Anwartschaftsrechte) zu berücksichtigen sind, die am Stichtag, d.h. im vorliegenden Fall im Zeitpunkt der Eheschliessung, bereits vorhanden waren. Dabei darf aus der Tatsache, dass sich ein Vermögenswert nach dem Stichtag tatsächlich realisiert hat, nicht auf den gesicherten Bestand zum Zeitpunkt des Stichtags geschlossen werden. Massgebend ist einzig die Erwerbssicherheit am Stichtag. Aus dem gleichen Grund fällt – entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Beklagten – ein Einbezug pro rata temporis ausser Betracht, wobei es auch in diesem Zusammenhang unerheblich ist, dass die Bedingungen, die zum Erwerb erforderlich waren, zwischenzeitlich eingetreten sind. Die Berufung des Beklagten erweist sich auch unter diesem Aspekt als unbegründet.

Obergericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 10. März 2020 (Z1 2018 28)

## 2. Arbeitsrecht

### 2.1 Entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge

#### **Regeste:**

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, dass entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge (BVG) an ihn persönlich ausbezahlt werden.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die A. AG (nachfolgend: „Beklagte“) ist eine in B. domizilierte Gesellschaft, welche den internationalen Handel mit Rohstoffen aller Art und mit anderen Gütern, sei es für eigene oder für fremde Rechnung, bezweckt. Am 26. Oktober 2016 unterzeichneten die Parteien eine mit «Arbeitsvertrag» betitelte Vereinbarung, gemäss welcher C. (nachfolgend: «Klägerin») ab dem 1. Februar 2017 als Senior Traffic Operator / Business Development bei der Beklagten in ein Anstellungsverhältnis trat. Die Parteien vereinbarten einen jährlichen Bruttolohn von CHF 200'000.00, zahlbar in zwölf Monatslöhnen. Mit Schreiben vom 2. April 2019 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten per 31. Juli 2019. In der Folge vertraten die Parteien unterschiedliche Ansichten in der Frage, ob die Klägerin nach ihrer Kündigung freigestellt worden war oder nicht. Der Aufforderung der Beklagten, die Tätigkeit wieder aufzunehmen, kam die Klägerin nicht nach. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26. April 2019 fristlos.

### **Aus den Erwägungen:**

5. Es steht somit fest, dass die Klägerin keine Arbeitspflichten verletzt hat. Demzufolge ist die fristlose Entlassung vom 26. April 2019 zu Unrecht erfolgt und es ist zu prüfen, welche finanziellen Folgen dies mit sich bringt.

5.1 Ist eine fristlose Entlassung nicht gerechtfertigt, so hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 337c Abs. 1 OR gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

Es ist belegt und unbestritten, dass sich der monatliche Nettolohn der Klägerin auf CHF 14'364.10 belaufen hat (act. 1/11). Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 43'092.30 netto (Lohn für die Monate Mai bis Juli 2019) zu bezahlen. Dieser Betrag ist ab dem 26. April 2019, dem Erhalt der fristlosen Kündigung (vgl. act. 1/15, vorab per E-Mail), mit 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) zu verzinsen (BGE 130 III 202 E. 3.3.1).

Zu ergänzen bleibt, dass die Klägerin ihre neue Arbeitsstelle per 1. August 2019 antreten konnte (vgl. act. 11/25). Abgesehen davon hat sich die Klägerin am 20. Mai 2019 beim RAV zur Arbeitsvermittlung angemeldet (act. 11/24). Infolgedessen kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich absichtlich nicht um eine neue Stelle bemüht oder hätte anderweitigen Verdienst absichtlich unterlassen.

5.2 Die Klägerin macht gestützt auf die ungerechtfertigte fristlose Kündigung eine Entschädigung in Höhe von zwei Monatslöhnen, d.h. von CHF 31'933.30 (zwei Brutto-Monatslöhne;

vgl. act. 1/16), geltend (act. 1 Rz 21). Die Beklagte bestreitet die Forderung, auch wenn das Gericht die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt ansehe (act. 5 Ziff. 40).

Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann das Gericht den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen, die es nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Der massgebende Monatslohn einschliesslich Zulagen, Gratifikation und 13. Monatslohn pro rata temporis berechnet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_310/2008 vom 25. September 2008, in: JAR 2009 S. 377 ff., 380 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.406/2005 vom 2. August 2006, in: JAR 2007 S. 300 ff., 306). Die Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Bei der Bemessung der Strafzahlung hat das Gericht namentlich das Verschulden des Arbeitgebers, die Schwere der Persönlichkeitsverletzung, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Kündigung, die Enge und Dauer der vertraglichen Beziehung, die wirtschaftliche Situation der Parteien sowie ein allfälliges Mitverschulden des Entlassenen zu berücksichtigen (BGE 135 III 405 E. 3.1; 123 III 391 E. 3c; 123 III 246 E. 6a; 121 III 64 E. 3c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 8; Portmann, Basler Kommentar, 7. A. 2019, Art. 337c OR N 5 f.). Obwohl es sich bei Art. 337c Abs. 3 OR gemäss Gesetzeswortlaut um eine Kann-Formulierung handelt, wird die Entschädigung bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung grundsätzlich zugesprochen. Ausnahmen bilden ausserordentliche Umstände, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Zahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen. Solche Umstände können gegeben sein, wenn ein im Vergleich zum Fehlverhalten des Arbeitgebers erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegt, das für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreicht (Urteile des Bundesgerichts 4A\_179/2018 vom 29. Januar 2019 E. 5.1 und 4C.400/2005 vom 24. März 2006 E. 3.1). Im Übrigen ist es Sache des Arbeitnehmers, die geeigneten Tatsachen vorzutragen, die es erlauben, die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu bemessen (von Kaenel/Rudolph, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, Art. 337c OR N 8 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_175/2016 vom 2. Juni 2016).

Wie bereits festgehalten, ist kein wichtiger Grund ersichtlich, der die fristlose Entlassung der Klägerin gerechtfertigt hätte. Eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung verletzt den Arbeitnehmer grundsätzlich in seinen persönlichen Verhältnissen und beeinträchtigt seinen Ruf (BGE 116 II 300 E. 5a). Allerdings sind keine Umstände aktenkundig, die auf ein besonders verwerfliches Vorgehen der Beklagten schliessen liessen. Im Übrigen dauerte das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nur etwas mehr als zwei Jahre, mithin nicht besonders lang. Zur wirtschaftlichen Situation der Beteiligten äusserten sich die Parteien nicht. Zu bemerken ist jedoch, dass der Monatslohn der Klägerin doch als eher hoch zu bezeichnen ist. Demgegenüber kann der Klägerin kein Mitverschulden vorgeworfen werden und es sind auch keine anderen Umstände ersichtlich, die den Verzicht auf eine Strafzahlung naheliegen würden. Es ist mithin von einer «normalen» fristlosen Kündigung ohne Vorliegen besonderer Umstände

auszugehen, womit eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohns angemessen ist. Auf der Strafzahlung sind keine Sozialversicherungsprämien abzuführen (Streff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 15 und 17). Die Beklagte hat der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR somit eine Entschädigung von – gerundet – CHF 15'965.00 (act. 1/16) zu bezahlen. Der von der Klägerin beantragte Zins von 5% seit 26. April 2019 ist ihr ebenfalls zuzusprechen (s. vorne E. 5.1).

6. Des Weiteren verlangt die Klägerin von der Beklagten CHF 3'990.90 «netto» für entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge in den Monaten Mai bis Juli 2019 (act. 1 Rz 22). Die Forderung wird von der Beklagten bestritten (act. 5 Ziff. 31).

Nach konstanter Praxis spricht das Kantonsgericht Zug (auch unter dem Titel Schadenersatz bzw. entgangener Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist [Art. 337c Abs. 1 OR]) nur Netto- und nicht Bruttobeträge zu. Obwohl der Anspruch kein Lohn ist, wird er wie ein Lohn abgerechnet, also mit Sozialabzügen, BVG usw. (Farner, Fristlose Entlassung, in: Portmann/von Kaenel [Hrsg.], Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, Rz 12.89). Grundsätzlich hat der Arbeitgeber daher die Sozialversicherungsbeiträge, wozu auch die Beträge an die berufliche Vorsorge gehören, zusätzlich an die betreffenden Stellen abzuliefern; die abzuziehenden Sozialabgaben stehen nicht dem Arbeitnehmer zu. Abgesehen davon besteht der Schaden, der einem Arbeitnehmer entsteht, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Ablieferung der Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge nicht nachkommt, nicht in der monatlich zu bezahlenden BVG-Prämie, sondern im Rentenverlust. Dieser Rentenverlust wird von der Klägerin nicht beziffert, weshalb ihr Anspruch auch deshalb zurückzuweisen ist. Die Beklagte ist daher gehalten, spätestens nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids auch mit der beruflichen Vorsorgeeinrichtung definitiv abzurechnen (vgl. demgegenüber Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 15 [S. 1170]).

Entscheid des Kantonsgerichts vom 28. August 2020 A2 2019 28

### 3. Nachbarrecht

#### 3.1 Art. 684 und 688 ZGB sowie § 111a Abs. 1 EG ZGB

##### **Regeste:**

Art. 684 und 688 ZGB sowie § 111a Abs. 1 EG ZGB – Nachbarrecht, hochstämmiger Baum  
Zur Frage, ob ein Baum als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB gilt, kann auf die Pflanzenlisten in der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» von Wasserfallen/JardinSuisse (4. A. 2014) abgestellt werden.

Allgemeiner Hinweis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurden die Erwägungen teilweise gekürzt und/oder leicht geändert.

**Aus dem Sachverhalt:**

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks A. Dieses Grundstück grenzt an das Grundstück B der Beklagten. Auf dem Grundstück B steht ein 10,96 Meter hoher Walnussbaum (*Juglans regia*) mit einem Grenzabstand von 4,6 Metern zum Grundstück A. Die Stammhöhe des Walnussbaums beträgt ein Meter.

**Aus den Erwägungen:**

1. Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob die Beklagte den auf ihrem Grundstück stehenden Walnussbaum zu beseitigen hat. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen lauten wie folgt:

1.1 Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht (Abs. 2).

1.2 Die Kantone sind gemäss Art. 688 ZGB befugt, für Anpflanzungen je nach der Art des Grundstücks und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben. Nach Lehre und Rechtsprechung stellt Art. 688 ZGB einen echten zuteilenden Vorbehalt zu Gunsten der Kantone auf. Gestützt darauf sind diese ermächtigt, die Abstände, welche die Eigentümer für Anpflanzungen einhalten müssen, festzulegen und Sanktionen für die Verletzung entsprechender Bestimmungen vorzusehen (BGE 126 III 452 E. 3a). Von diesem Vorbehalt hat der Kanton Zug im Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug (EG ZGB; BGS 211.1) Gebrauch gemacht, wobei der Kantonsrat die Bestimmungen zum Nachbarrecht mit Beschluss vom 31. März 2016 revidiert hat. Diese neuen Bestimmungen sind seit dem 11. Juni 2016 in Kraft.

1.2.1 Bis zum Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen galten für Anpflanzungen folgende kantonalen Vorschriften:

Gegen den Willen des Nachbarn dürfen hochstämmige Bäume jeder Art (Waldbäume oder grosse Zierbäume, wie Platanen, Pappeln, wilde Kastanien, Nuss- und Kirschbäume und dergleichen) nicht näher als acht Meter, gewöhnliche Kulturobstbäume, wie Apfel- und Birnbäume, nicht näher als vier Meter, Zwergobst-, Zwetschgen-, Pflaumenbäume usw. nicht näher als zwei Meter, niedere bis auf drei Meter unter der Schere zu haltende Gartenbäume und Ziersträucher nicht näher als 50 Zentimeter an das nachbarliche Grundstück gesetzt werden (a§ 102 Abs. 1 EG ZGB).

1.2.2 Die neuen, seit dem 11. Juni 2016 in Kraft stehenden und im vorliegenden Fall massgebenden kantonalen Bestimmungen lauten wie folgt:

Pflanzungen dürfen, unter Vorbehalt abweichender Vereinbarungen, nie höher gehalten werden als das Doppelte ihres Grenzabstands. Ab einem Grenzabstand von 8,0 Metern besteht keine Höhenbeschränkung (§ 102 Abs. 1 EG ZGB). Bei Pflanzungen, die den Abstandsvorschriften widersprechen, kann die Eigentümerschaft des betroffenen Nachbargrundstücks die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangen, wobei auf die Vegetationsperiode Rücksicht zu nehmen ist (§ 102b Abs. 1 EG ZGB). Hochstämmige Bäume, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 überschreiten, bleiben in ihrem Bestand geschützt, wenn sie fünf Jahre vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gepflanzt worden sind (§ 111a Abs. 1 EG ZGB).

1.3 Halten Pflanzungen die kantonalrechtlichen Abstände nicht ein, kann ihre Beseitigung (bzw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) vorbehaltlos, d.h. ohne Nachweis übermässiger Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB, verlangt werden (BGE 126 III 452 E. 3c.bb).

2. Zwischen den Parteien ist in erster Linie strittig, ob der Walnussbaum ein hochstämmiger Baum und daher gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB in seinem Bestand geschützt ist.

Damit die Bestimmung von § 111a Abs. 1 EG ZGB überhaupt anwendbar ist, muss es sich allerdings nicht nur um einen hochstämmigen Baum handeln. Vielmehr muss dieser Baum auch vor dem 11. Juni 2011 (d.h. fünf Jahre vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen) gepflanzt worden sein und am 11. Juni 2016 die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB überschritten haben. Diese beiden weiteren Voraussetzungen sind vorliegend offenkundig erfüllt: Der Walnussbaum ist mindestens 35-jährig und war im Jahr 2016 rund 10,5 Meter hoch. Im Weiteren ist unbestritten, dass der 4,6 Meter von der Grundstücksgrenze entfernte Walnussbaum infolge seiner Höhe die Abstandsvorschrift gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmungen am 11. Juni 2016 nicht einhielt. Er überschritt mit seinen damaligen 10,47 Metern die zulässige Maximalhöhe von 9,2 Metern (2 x 4,6 Meter Grenzabstand).

(...)

4. Hinsichtlich der von den Klägern beantragten Beseitigung des Walnussbaums ist festzuhalten, dass gemäss § 102b Abs. 1 EG ZGB bei Pflanzungen, die den Abstandsvorschriften widersprechen, einzig die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt werden kann. Gestützt auf das kantonale Recht könnte die Beklagte daher nur dazu verpflichtet werden, den Walnussbaum bis zur zulässigen Maximalhöhe von 9,2 Metern – soweit möglich und sinnvoll – «unter der Schere zu halten», nicht jedoch den Walnussbaum zu fällen. Dessen ungeachtet

darf die Maximalhöhe dann überschritten werden, wenn der Walnussbaum als hochstämmiger Baum zu qualifizieren und gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB in seinem Bestand zu schützen ist.

5. Ob es sich beim Walnussbaum um einen hochstämmigen Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB handelt, ist durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln.

5.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinn ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Abweichungen vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Gesetzeswortlaut sind daher zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Auslegungselement), aus ihrem Zweck (teleologisches Auslegungselement) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisches Auslegungselement) ergeben. Bei der Auslegung einer Norm sind daher nebst dem Wortlaut auch diese Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei darf das Gericht die ratio legis nicht nach den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen ermitteln, sondern hat sich nach den Vorgaben des Gesetzgebers zu richten. Eine historisch orientierte Auslegung ist zwar für sich alleine nicht entscheidend. Doch vermag nur sie die sich insbesondere aus den Materialien ergebende Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt (vgl. BGE 143 IV 122 E. 3.2.3; 143 III 385 E. 4.1; 142 III 557 E. 8.3; 140 I 305 E. 6.1 f.; 131 III 314 E. 2.2; je m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_655/2017 vom 3. Juli 2018 E. 4.1 m.w.H.).

5.2 Der Gesetzeswortlaut von § 111a Abs. 1 EG ZGB ist insoweit unklar, als sich ihm nicht direkt entnehmen lässt, welche Bäume als hochstämmig zu qualifizieren sind. Gemäss Duden wird unter «Hochstamm» eine «Zuchtform von Gehölzen mit relativ hohem Stamm» verstanden. «Hochstämmig» bedeutet «einen hohen Stamm aufweisend». Diese Definitionen lassen offen, wann ein Baum hochstämmig ist. Es trifft zwar zu, dass sich der Begriff «Hochstamm» – wie die Kläger vorbringen – aus den beiden Wörtern «hoch» und «Stamm» zusammensetzt, weshalb für einen hochstämmigen Baum – auch in Einklang mit den Definitionen des Duden – durchaus ein Stamm mit einer gewissen Höhe vorausgesetzt werden darf. Dass dabei jedoch alleine die effektive Höhe eines bestimmten Baumstamms für die Definition des «Hochstäm-

mers» massgebend sein soll, ist dem Wortlaut nicht eindeutig zu entnehmen. So sieht § 111a Abs. 1 EG ZGB denn auch keine bestimmte Stammhöhe vor.

5.3 Es stellt sich somit die Frage, welche Pflanzungen nach dem Willen des Gesetzgebers unter den in § 111a Abs. 1 EG ZGB verwendeten Begriff der hochstämmigen Bäume fallen. Gerade bei jüngeren Gesetzen – wie den vorliegend revidierten Bestimmungen des EG ZGB – kommt der historischen Auslegung und damit den Materialien zur Gesetzesrevision eine besondere Bedeutung zu.

(...)

5.3.2 Vor und an der 2. Lesung im Kantonsrat schlug die vorberatende Kommission vor, § 111a Abs. 1 EG ZGB wie folgt zu formulieren: «Hochstämmige Bäume, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB überschreiten, bleiben in ihrem Bestand geschützt, wenn sie fünf Jahre vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gepflanzt worden sind». Diese Formulierung stelle klar, dass ein Bestandesschutz nur für hochstämmige Bäume, d.h. für Baumtypen, die in Fachkreisen als «Hochstämme» bezeichnet würden, bestehe. Der Regierungsrat schloss sich diesem Antrag an der 2. Lesung im Kantonsrat an, woraufhin das Gesetz mit diesem Wortlaut verabschiedet wurde (vgl. S. 2 der Anträge der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung [Hervorhebungen hinzugefügt]).

(...)

5.4.1 Unbestritten ist, dass hinsichtlich der Definition des hochstämmigen Baums an der 1. Lesung im Kantonsrat sowie in den Anträgen der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung auf Fachleute und Fachmeinungen bzw. Fachkreise verwiesen wurde.

(...)

5.5 Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard hielt an der 1. Lesung im Kantonsrat fest, für Fachleute sei klar, was «hochstämmig» sei. Wann ein Baum als hochstämmig gilt, ist allerdings nicht abschliessend geklärt; vielmehr kommt es in der Praxis mit Bezug auf den Begriff des «Hochstammers» regelmässig zu Abgrenzungsschwierigkeiten.

5.5.1 Wie die Kläger zutreffend vorbringen, wird der Begriff «Hochstammbaum» bzw. «Hochstämme» von Baumzüchtern und in Baumschulen als Fachbegriff verwendet. In der Baumzucht gilt als «Hochstämme» ein Baum, welcher einen Stamm von einer bestimmten Höhe aufweist, was oftmals künstlich – z.B. in Baumschulen mittels Absägens aller Äste unterhalb der gewünschten Kronenhöhe – erreicht wird. Die Höhe eines Stamms wird dadurch zu einem gewissen Qualitätsmerkmal eines einzelnen Baums. In den Fachkreisen werden bei der Definition eines «Hochstammers» verschiedene Stammhöhen vorgeschlagen: 1,2 und 1,6 Meter gemäss den Hochstamm Suisse Richtlinien (unterteilt nach Steinobstbäumen [1,2 Meter]

sowie Kernobstbäumen, Kastanien- und Nussbäumen [1,6 Meter], wobei auch Ausnahmen beilligt werden können (vgl. Ziff. 3.1 Abs. 2 der Richtlinien)]; 1,7 Meter gemäss den Schweizer Qualitätsbestimmungen für Baumschulpflanzen und Stauden von «JardinSuisse» und 1,8 bzw. 2 Meter bei zwei- bzw. dreimal verpflanzten Bäumen gemäss der aktuellen DIN-Norm 18916 (vgl. Ziff. 4.1 der DIN-Norm 18916 i.V.m. den Gütebestimmungen für Baumpflanzschulen, Ziff. 2.3.1.1 und 2.3.2.1; FLL [Hrsg.], Fokus Baum, 2. A. 2019, S. 46 und 121).

Demgegenüber wird in der Botanik (bzw. der Dendrologie als Teilgebiet der Botanik, welche sich mit verholzenden Pflanzen, insbesondere Bäumen, Sträuchern und verschiedenen Kletterpflanzen beschäftigt) nicht zwischen verschiedenen Stammhöhen eines Baums unterschieden. Bäume haben – im Unterschied zu Sträuchern – in der Regel einen kräftigen, verholzenden Stamm und eine belaubte Krone. Zudem ist anerkannt, dass die Ausbildung des Stamms und der Seitenäste zur Krone durch die genetische Veranlagung der jeweiligen Baumart bestimmt wird (vgl. Lüder, Grundkurs Gehölzbestimmung, 3. A. 2018, S. 16 f.).

5.5.2 Im Pflanzenrecht zeigt sich exemplarisch, dass bestimmte Begrifflichkeiten von verschiedenen Kreisen unterschiedlich verwendet werden. Gemäss der botanischen Nomenklatur wird in der Fachsprache eine Pflanze mit einem aus der Gattungsbezeichnung (z. B. «Juglans») und der Artbezeichnung (z. B. «regia») zusammengesetzten lateinischen und latinisierten Namen eindeutig bezeichnet. Diese beiden Angaben genügen aus botanischer Sicht, um eine Pflanze eindeutig zuzuordnen. Eine zusätzliche Sortenbezeichnung kann zur Unterscheidung von Eigenschaften bestimmter Pflanzenarten (z. B. bei unterschiedlichen Blütenfarben) angegeben werden, hat aber botanisch keine Bedeutung. Demgegenüber werden in der Umgangssprache die Begriffe «Gattung», «Art» und «Sorte» nicht konsequent voneinander unterschieden. Hingegen findet sich in der Alltagssprache der von der Botanik nicht näher definierte Begriff des «Typs» einer Pflanze. Die erwähnten Begriffe werden umgangssprachlich oftmals generell als Sammelbegriffe für eine bestimmte Pflanzenart im botanischen Sinn verwendet. Zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens ist im Folgenden derjenige Sprachgebrauch massgebend, von welchem der Gesetzgeber in seinen Beratungen ausging und gestützt auf welchen er die Gesetzesbestimmungen erliess. Würde den Gesetzesbestimmungen im Nachhinein ein anderer Bedeutungsgehalt beigemessen, liefe dies auf eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens hinaus.

5.5.3 Entscheidend ist vorliegend, dass der Bestandsschutz gemäss § 111 a Abs. 1 EG ZGB nach dem gesetzgeberischen Willen nur für hochstämmige Bäume, d.h. für Baumtypen, die in Fachkreisen als «Hochstämme» bezeichnet werden, gilt (vgl. S. 2 der Anträge der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung [Hervorhebung hinzugefügt]). Dass der Botanik der Begriff des Baumtyps in ihrer systematischen Einteilung fremd ist, ändert nichts daran, dass der Kantonsrat – in der botanischen Fachsprache gesprochen – auf die einzelne Baumart (z. B. «Juglans regia») abstellte.

Daraus folgt, dass es für die Qualifikation eines Baums als «Hochstämme» im Sinne von

§ 111a Abs. 1 EG ZGB nur auf die Baumart ankommt. Der Kantonsrat stellte für die Definition hochstämmiger Bäume mithin auf den einer Baumart innewohnenden, natürlichen Keim zum artgemässen Hochstammwachstum – bzw. auf seine genetische Veranlagung entsprechend der grundlegenden Botanik – ab. Die «konkrete Gestalt» des einzelnen Baums (z. B. die effektive Höhe seines Stamms) spielt somit keine Rolle (vgl. Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, 2002, S. 149), was auch mit der botanischen Lehre übereinstimmt (vgl. Roloff, Handbuch Baumdiagnostik, 2015, S. 8 [es geht nicht um den gerade aktuellen Habitus eines bestimmten Baums, sondern um den potenziellen der Baumart allgemein]). Neigt somit eine Baumart zum artgemässen Hochstammwachstum, gilt ein Baum dieser Art – unabhängig von seinem tatsächlichen Erscheinungsbild – als hochstämmiger Baum bzw. «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 17 15 vom 12. September 2017 E. 4). Diese Ansicht scheint im Übrigen auch das Bundesgericht zu teilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_69/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.1.1; Roos, a.a.O., S. 149).

Somit ist nach dem gesetzgeberischen Willen auf diejenigen Fachkreise abzustellen, welche Baumarten im Sinne ihrer art- bzw. naturgemäss üblichen Gestalt als hochstämmige oder nicht hochstämmige Bäume bezeichnen. Demgegenüber ist der Fachkreis der Baumzucht, der zur Definition des Fachbegriffs des «Hochstämmers» auf die Stammhöhe eines Baums abstellt, nicht zu berücksichtigen.

5.5.4 Damit ist dem Hauptargument der Kläger, wonach der streitige Walnussbaum infolge seiner geringen Stammhöhe kein «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB sei, der Boden entzogen. Entgegen ihrer Auffassung ist nach dem gesetzgeberischen Willen eben nicht die menschengemachte Zuchtform eines Baums für dessen Einordnung massgebend, sondern die Baumart. Es trifft daher auch nicht zu, dass die Beklagte den Walnussbaum mittels entsprechenden Schnitts und fachmännischer Pflege zu einem «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB hätte trimmen können. Wie gesehen, kommt es im Zusammenhang mit dem «Hochstämmer» gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB – im Unterschied zur Baumzucht – eben gerade nicht darauf an, ob der Walnussbaum (z. B. durch Absägen der unteren Äste) zu einem «Hochstämmer» hätte «herangezüchtet» werden können. Im Übrigen könnte dadurch die Qualifikation eines Baums mit einem menschlichen Eingriff beeinflusst werden, was nicht sachgerecht wäre (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 17 15 vom 12. September 2017 E. 4.b).

5.5.5 Es erstaunt daher auch nicht, dass es in den von den Klägern angeführten Publikationen („Schweizer Qualitätsbestimmungen für Baumschulpflanzen und Stauden“ von «Jardin Suisse»; «Hochstamm Suisse Richtlinien» von «Hochstamm Suisse») und der von der Vorinstanz hinzugezogenen Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft hauptsächlich um die Qualitätssicherung von Pflanzen und Bäumen geht (vgl. den Anhang 4 Ziff. 12.1 und 12.2 zur DV [Qualitätsstufe I und II]). Dies stellen die Kläger denn auch gar nicht in Abrede. Vielmehr führen sie diesbezüglich an, dass mit dem Abstellen auf diese Publikationen eben

gerade sichergestellt werde, dass nur Bäume in ihrem Bestand geschützt würden, die eine gewisse Qualität aufwiesen. Dabei verkennen sie aber, dass das (allenfalls) baumzüchterisch erzeugte „Qualitätsmerkmal“ der bestimmten Stammhöhe auf die Zuordnung eines Baumtyps bzw. einer Baumart zu den «Hochstämmern» keinen Einfluss hat.

5.5.6 Die Kläger argumentieren im Weiteren, dass es der Rechtssicherheit abträglich wäre, wenn der Walnussbaum aufgrund seiner Gattung [bzw. Art] als «Hochstämmer» taxiert würde, während die [baumzüchterische] Praxis für den Begriff des Hochstamms eine andere Definition verwende. Diesfalls gäbe es fortan zwei Definitionen davon, was ein «Hochstammbaum» sei, was offensichtlich nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sei. So habe Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard an der 1. Lesung im Kantonsrat denn auch festgehalten, dass eine Definition des Begriffs «hochstämmig» im EG ZGB unnötig sei und zu Rechtsunsicherheiten führen könnte, wenn diese von der Fachmeinung abweiche.

Bei dieser Argumentation verkennen die Kläger, dass der Begriff des «Hochstämmers» bereits heute zwei Definitionen kennt – nämlich diejenige, welche der grundlegenden Botanik zugrunde liegt, und diejenige, welche in der Baumzucht verwendet wird. Daraus können die Kläger jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal nach dem Willen des Gesetzgebers betreffend § 111a Abs. 1 EG ZGB auf die grundlegende Botanik abzustellen ist. Dass mit diesen unterschiedlichen Definitionen eine Rechtsunsicherheit einhergeht, ist zwar unbefriedigend, letztlich aber hinzunehmen, bringt doch nicht der blosser Gesetzeswortlaut, sondern erst die Gesetzesauslegung den wahren Sinn einer Bestimmung zu Tage. Abgesehen davon würde mit der von den Klägern vertretenen Auffassung die geltend gemachte Rechtsunsicherheit noch verstärkt, wäre doch damit nicht geklärt, ob für einen «Hochstämmer» die Stammhöhe nun mindestens 1,2 oder 1,6 oder 1,7 oder gar 1,8 bis 2 Meter (bei mehrfach verpflanzten Bäumen) betragen muss.

5.5.7 Schliesslich berufen sich beide Parteien auf eine Äusserung von Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard an der 2. Lesung im Kantonsrat, wonach «die Fünfjahresfrist [...] verhindern [soll], dass Grundeigentümerinnen und -eigentümer vor Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen noch rasch hochstämmige Bäume pflanzen, in der Absicht, von den attraktiveren Grenzabstandsbestimmungen des noch geltenden Rechts zu profitieren und danach Bestandesschutz zu geniessen». Diese Äusserung spricht jedoch weder für die eine noch die andere Auffassung der Parteien hinsichtlich des Begriffs hochstämmiger Bäume. So hätten einerseits – nach Lesart der Beklagten – noch rasch Baumarten, die den natürlichen Keim zum artgemässen Hochstammwachstum in sich tragen, gepflanzt werden können. Andererseits hätten aber – im Sinne der klägerischen Auffassung – auch noch Bäume mit einer Stammhöhe von 1,2 bis 1,7 oder 1,8 bis 2 Metern (z. B. in einem Grenzabstand von 0,5 Metern) gepflanzt werden können. Allerdings wurde – wie die Beklagte zu Recht vorbringt – die effektive Stammhöhe im ganzen Gesetzgebungsverfahren nie thematisiert, was gegen die klägerische Auffassung spricht.

5.5.8 Zu prüfen bleibt, gestützt auf welche Publikation zu bestimmen ist, ob eine Baumart das Hochstammwachstum in sich trägt oder nicht.

Zur einfachen und praktikablen Bestimmung, ob eine bestimmte Baumart als «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB zu qualifizieren ist, eignet sich die Pflanzenlisten der Publikation „Bäume und Sträucher im Nachbarrecht“ von Andreas Wasserfallen und «JardinSuisse» (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A. 2014, S. 3). Dabei fällt zwar vorab auf, dass auch in dieser Publikation in der Tabelle «Kantone und Pflanzabstände» solche Bäume «als hochstämmig [...] bezeichnet [werden], deren unterste Äste erst ab einer Stammhöhe von rund 1.70 m austreiben» (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 10 Fn 5). Auch in den «Erläuterungen zu den Pflanzenlisten» findet sich unter der Kategorie «Hochstämmige Obstbäume» der Hinweis, dass «Obstbäume mit einem Stamm, deren Kronenansatz bei mindestens 1.70 m liegt, [...] als Hochstamm-Obstbäume bezeichnet» werden (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 29). Entgegen der klägerischen Auffassung kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass es sich beim vorliegenden Walnussbaum [wegen seiner geringen Stammhöhe] nicht um einen Hochstammbaum handelt. In der Tabelle «Kantone und Pflanzabstände» wird nämlich auf sämtliche kantonalen Bestimmungen Bezug genommen und im Übrigen ebenso ausgeführt, dass unter hochstämmigen Bäumen generell auch Nussbäume zu verstehen seien (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 10 Fn 5). Auch «hinsichtlich der Kategorie Hochstämmige Obstbäume» wird in der Publikation darauf hingewiesen, dass die dort aufgeführten Kategorien «meist aus den kantonalen Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch (EG ZGB) stammen» (Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 29). Eine konkret auf den Kanton Zug bezogene Regelung lässt sich diesen allgemeinen Bemerkungen jedoch nicht entnehmen, zumal die zugerischen Bestimmungen in der Zwischenzeit ohnehin revidiert worden sind. Insbesondere verkennen die Kläger aber auch, dass vor der Revision die in a§ 102 Abs. 1 EG ZGB aufgezählten Nussbäume per se als hochstämmige Bäume galten, ohne dass eine bestimmte Stammhöhe bzw. eine Stammhöhe von 1,7 Metern vorausgesetzt war. Gemäss dem neuen Recht ist aber hinsichtlich der Definition hochstämmiger Bäume im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB nur noch auf den von Fachkreisen als «Hochstämmer» bezeichneten «Baumtyp» abzustellen. Mithin kann aus den früher geltenden Bestimmungen auch die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.5.9 Entscheidend ist vorliegend, dass die Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» unter «Teil 2 Fachliche Grundlagen» die beiden Pflanzenlisten «Laubgehölze» und «Nadelgehölze» führt und darunter verschiedene Baumarten listet (Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 34-52). Mithilfe dieser beiden Pflanzenlisten lässt sich in einfacher und praktikabler Weise bestimmen, welche Baumarten von Natur aus den hochstämmigen Bäumen zuzuordnen sind. Die (Mit-)Zugehörigkeit zu den «hochstämmigen Bäumen» (Kategorie A) oder den «hochstämmigen Obstbäumen» (Kategorie B) genügt, damit eine Baumart als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB gilt, ist doch damit die genetische Veranlagung belegt (vgl. z. B. das Beispiel des Apfelbaums [*Malus domestica*] bei Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 41). Übereinstimmend mit der Beurteilung des Bundesgerichts, welches die Rosskas-

tanie im Verfahren 1C\_69/2017 als hochstämmig qualifizierte, bezeichnet auch die Pflanzenliste «Laubgehölze» die Rosskastanie klarerweise als hochstämmigen Baum (vgl. die Rosskastanie [*Aesculus hippocastanum*] bei Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 34).

(. . .)

5.6 Neben der historischen Auslegung ist das teleologische Element besonders wichtig, da es der Ermittlung des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient. Es ist oftmals eng mit der Entstehungsgeschichte einer Norm – d.h. dem historischen Auslegungselement – verbunden. Um zur «ratio legis» zu gelangen, muss man sich fragen, welche Interessen dem Gesetzgeber vorgelegen haben und wie er die Interessenabwägung vorgenommen hat. Häufig kann auch die systematische Stellung der auszulegenden Norm im Gesamtkontext eines Gesetzes – mithin das systematische Auslegungselement – helfen, den Zweck einer Norm zu eruieren.

Der Gesetzgeber wollte mit dem als «Übergangsbestimmung» betitelten § 111a Abs. 1 EG ZGB bestimmten Bäumen eine «Bestandesgarantie» zugestehen und dabei explizit «stattliche» sowie «alte, wertvolle» Bäume schützen (vgl. das Protokoll des Kantonsrats vom 28. Januar 2016, Vormittag, 1. Lesung, S. 712). Da auch in diesem Zusammenhang die effektive Stammhöhe mit keinem Wort erwähnt wurde, scheint klar, dass die Stammhöhe für die «Stattlichkeit» eines Baums keine Rolle spielen kann. Es kommt folglich nicht – bzw. nicht nur – auf die Stammhöhe an, ob ein Baum «stattlich» ist oder nicht. Die «Stattlichkeit» ergibt sich vielmehr gestützt auf eine Gesamtbetrachtung des Baums (gemäss Duden bedeutet «statisch»: «von beeindruckender grosser und kräftiger Statur» bzw. «[in Hinsicht auf äussere Vorzüge] ansehnlich, bemerkenswert»). Die teleologische Auslegung deckt sich demnach mit den Ausführungen zur historischen Auslegung, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann.

5.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich dem Wortlaut von § 111a Abs. 1 EG ZGB nicht eindeutig entnehmen lässt, was unter «hochstämmigen Bäume» im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist. Auch aus der systematischen Stellung der Norm lässt sich diesbezüglich nichts ableiten. Jedoch gebieten das historische und das teleologische Auslegungselement die art- bzw. naturgemäss übliche Gestalt einer bestimmten Baumart zu berücksichtigen, um die «hochstämmigen Bäume» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB zu bestimmen. Hierzu kann auf die Pflanzenlisten «Laubgehölze» und «Nadelgehölze» der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» abgestellt werden: Zählen diese Pflanzenlisten eine Baumart zu den hochstämmigen Bäumen (oder hochstämmigen Obstbäumen), gilt der dieser Baumart zugehörige Baum als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB. Demgegenüber sind die Kriterien des in der Baumzucht gebräuchlichen Fachbegriffs des «Hochstamms», d.h. die tatsächliche Einhaltung einer bestimmten Stammhöhe, nicht massgeblich. Ob die «Stattlichkeit», das Alter oder der «Wert» eines Baums als zusätzliche Voraussetzung für das Vorliegen eines «hochstämmigen Baums» gilt, kann vorliegend offenbleiben, sind diese Kriterien beim vorliegenden Walnussbaum doch ohne Weiteres erfüllt.

6. Die Pflanzenliste «Laubgehölze» der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» qualifiziert den Walnussbaum als hochstämmigen Baum bzw. hochstämmigen Obstbaum (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 40). Damit gehört der vorliegend zu beurteilende Walnussbaum der Beklagten zu den hochstämmigen Bäumen im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB. Ausserdem kann er zweifellos als «stattlich» bezeichnet werden und auch sein Alter ist beachtlich. Einen solchen Baum wollte der Gesetzgeber mithin klarerweise weiterhin im Bestand schützen.

(...)

Obergericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 27. November 2020 (Z1 2019 25)

## 4. Familienrecht

### 4.1 Art. 134 ZGB, Art. 298 ZGB, Art. 308 ZGB

#### **Regeste:**

Art. 134 ZGB, Art. 298 ZGB, Art. 308 ZGB – Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsentscheids. Keine Änderung der Obhut (E. 3). Partieller Entzug der elterlichen Sorge bei Uneinigkeit der Eltern über ärztlich empfohlene Ritalinbehandlung eines zwölfjährigen Kindes (E. 4). Festlegung eines Besuchsrechts (E. 5). Verteilung der Prozesskosten (E. 7).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Aus der Ehe der Parteien ist der gemeinsame Sohn D., geb. 2007, hervorgegangen. Im Jahr 2013 wurde die Ehe geschieden, D. unter gemeinsamer elterlicher Sorge belassen und unter die Obhut der in Deutschland wohnhaften Beklagten (Mutter) gestellt wurde. Im Jahr 2015 haben die Parteien schriftlich vereinbart, D. unter die Obhut des Klägers (Vater) zu stellen. D. zog zum Kläger in die Schweiz.

Im Jahr 2020 reichte der Kläger beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, eine Klage auf Abänderung des Scheidungsentscheids ein und verlangte im Wesentlichen, dass D. unter seine alleinige elterliche Sorge gestellt werde. Die Beklagte beantragte in der Klageantwort, dass D. unter ihre alleinige elterliche Sorge und wieder unter ihre Obhut gestellt werde.

Der Einzelrichter hörte das Kind D. an, holte einen schriftlichen Bericht bei den Unterstützenden Dienste der KESB Zug ein und führte eine Parteibefragung mit Hauptverhandlung durch.

Am 22. September 2020 entschied das Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, dass beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge über D., geb. 2007, in der Angelegenheit «AD(H)S/Autismus-Untersuchung und -Therapie» bis auf Weiteres entzogen (Art. 308 Abs. 3 ZGB) wird. Weiter regelte das Gericht den persönlichen Verkehr wie folgt: «Die Mutter wird verpflichtet und

berechtigt, jeden Mittwoch nach dem Mittag mit D. per Telefon oder Videotelefon zu sprechen und ab 1. Januar 2021 mit ihm pro Jahr während der Schulferien drei Wochen Ferien zu verbringen, wobei die Ferien zwischen den Eltern drei Monate im Voraus abzusprechen sind. Können sie sich nicht einigen, so kommt der Mutter in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu und in Jahren mit gerader Jahreszahl dem Vater. Die Ausübung des Ferienrechts erfolgt auf eigene Kosten». Schliesslich ordnete das Kantonsgericht Zug für D. eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB an und ersuchte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug (KESB) darum, eine Beistandsperson zu bestellen und dieser die folgenden Aufgaben zu übertragen:

#### A. AD(H)S/Autismus-Untersuchung und -Therapie:

- Anmeldung von D. zu einer umfassenden ADS/ADHS/Autismus-Untersuchung bei Dr.med. K. oder - bei Verhinderung desselben - einem von der Beistandsperson zu bestimmenden Kinderarzt im Kanton Zug mit Fachgebiet ADS/ADHS/Autismus samt Bericht (Untersuchungsbericht) mit allfälligen Therapieempfehlungen, wobei dem Kinderarzt insbesondere folgende Fragen zu unterbreiten sind:
  1. Hat D. ADS/AHDS/Autismus?
  2. Falls ja: Empfiehlt der Kinderarzt eine Behandlung oder nicht?
  3. Falls eine Behandlung empfohlen wird: Welche Behandlung empfiehlt der Kinderarzt?
  4. Falls eine Behandlung mit einem Stimulans (z. B. Ritalin) empfohlen wird: Wäre ohne die Behandlung mit dem Stimulans D.s Wohl ernsthaft gefährdet (Abwärtsspirale etc.)?
  4. Hat der Kinderarzt weitere Bemerkungen?
- Zustellung des Untersuchungsberichts mit allfälligen Therapieempfehlungen des Kinderarztes an beide Eltern;
- Versuch, mit beiden Eltern eine gemeinsame Lösung über die Anordnung oder Nichtanordnung einer Therapie zu finden;
- Für den Fall, dass innert einem Monat ab Empfang des Untersuchungsberichts durch die Beistandsperson keine Einigung zwischen Eltern gefunden werden kann: Entscheid (durch die Beistandsperson) über Anordnung oder Nichtanordnung einer Therapie gestützt auf schriftliche Empfehlung des Kinderarztes und Anmeldung von D. zur Therapie beim Kinderarzt oder bei einer vom Kinderarzt empfohlenen Drittperson;
- Information der Eltern über Therapieverlauf;
- Begleitung von D. während Therapie, und, gestützt auf schriftliche Empfehlung des Kinderarztes, gegebenenfalls Entscheid über Abbruch der Therapie;
- Stete Überprüfung, ob partielle Beschränkung der gemeinsamen elterlichen Sorge aufgehoben werden kann, und, gegebenenfalls, Antragstellung bei der KESB.

#### B. Besuchsrecht (Besuchsrechtsbeistandschaft)

- Vermittlung bei Konflikten bei der Ausübung des persönlichen Verkehrs.

#### C. Weitere Kinderbelange

- Hinarbeiten auf Verbesserung der Kommunikation (inkl. Informationsaustausch) unter den Eltern;
- Überprüfung, ob Beistandschaft noch erforderlich ist oder ob sogar ein weiterer partieller

oder gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge erforderlich ist, und gegebenenfalls Antragstellung bei der KESB.

### **Aus den Erwägungen:**

1. Der Kläger ist Schweizer, die Beklagte amerikanische Staatsangehörige. Der Kläger wohnt im Kanton Zug, die Beklagte in Deutschland. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vor.

Strittig ist vorliegend die elterliche Sorge und Obhut über D. Die Zuständigkeit und das anwendbare Recht bestimmen sich nach dem Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen [HKsÜ]; SR 0.211.231.011; s. Art. 3 HKsÜ). Gemäss Art. 5 Ziff. 1 HKsÜ sind die Gerichte des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, um Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Da D. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Kanton Zug hat, ist das Kantonsgericht international (Art. 5 Ziff. 1 HKsÜ) und örtlich (Art. 2 IPRG) zuständig. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zugs ergibt sich aus § 28 Abs. 2 lit. e GOG sowie Art. 198 lit. c und Art. 284 ZPO. Anwendbares Recht ist gemäss Art. 15 Ziff. 1 HKsÜ das Schweizer Recht.

2. Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Kindesschutzbehörde ist die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung befasst sich mit der Änderung der per Scheidungsurteil geregelten Kinderbelange, wobei sich Abs. 1 auf die elterliche Sorge und Abs. 2 auf die übrigen Wirkungen des Kindesverhältnisses, namentlich Obhut und persönlicher Verkehr, bezieht. Die im Scheidungsurteil getroffene Regelung der Kinderbelange ist grundsätzlich auf Dauer angelegt, muss allerdings bei entscheidend und auf eine relevante Dauer veränderten Verhältnissen angepasst werden können. Ob eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eine Abänderung der getroffenen Anordnungen bewirken soll (Interventionsschwelle), beurteilt sich aus der Perspektive des Kindeswohls. Eine Neuregelung der Elternrechte (elterliche Sorge, Obhut, Betreuung, persönlicher Verkehr) setzt voraus, dass die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht; das Gericht muss zum Schluss kommen, dass die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen, der mit der Änderung einhergeht (Fountoulakis/Breitschmid, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 134 ZGB N 1–3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.3; je mit Hinweisen).

Im Abänderungsverfahren ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein Abänderungsgrund vorliegt (Interventionsschwelle). Bejahendenfalls sind in einem zweiten Schritt jene Parameter,

für die ein Abänderungsgrund vorliegt, anzupassen. Hinsichtlich des ersten Schrittes haben bei der elterlichen Sorge vorliegend – trotz Geltung der Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 55 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 ZPO) – beide Parteien (beide beantragen eine Änderung) und bei der Obhut die Beklagte (sie beantragt die Umteilung) gestützt auf Art. 8 ZGB diejenigen Umstände zu beweisen (Beweislast), aus denen sich die Erheblichkeit und Dauer der geltend gemachten Veränderung der Verhältnisse ergibt (Beweis des Abänderungsgrundes; s. auch Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 01/2012 S. 38 ff., 49 und 53 ff.).

3. Zwischen den Parteien ist strittig, unter wessen Obhut D. zu stellen ist. D. ist zurzeit unter der Obhut des Klägers. Die Beklagte beantragt die Umteilung dieser Obhut, während der Kläger auf Abweisung dieses Antrags schliesst.

3.1 Zur Begründung ihres Antrags führt die Beklagte zusammengefasst aus, dass D. in der Schweiz fünf Jahre lang keine Chance gegeben worden sei, um Leistungen gemäss seinem nachweislich guten kognitiven Potential zu zeigen. Dem Kläger sei es gemäss Abklärungsbericht der KESB schon zu viel, eine einzige Stunde am Tag in D.s schulische Unterstützung zu investieren. Auch während der Covid-19-Krise habe er D. nicht zu Hause unterstützt, was dazu geführt habe, dass D. in die Notbetreuung der Schule gegangen sei, obwohl er gewusst habe, dass D. insbesondere in der ihm unbekanntem Fernunterrichtssituation seine Unterstützung und Anleitung dringend benötigt hätte. Der Kläger gebe seine Verantwortung für das Kind ab. Aus den Schulprotokollen gehe hervor, dass D. in den Fächern, in denen er gut sei, weil er Wissen habe, wie beispielsweise im Fach Deutsch, sich durchaus konzentrieren könne. Wo Wissenslücken bestünden, weil der Kläger das Wissen D.s seit dem Umzug in die Schweiz nicht gefördert hätte, sei D.s Bereitschaft nicht ausgeprägt, was aber nichts mit Konzentrationsschwierigkeiten zu tun habe. Es bestehe eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls durch intellektuell-kognitive und emotionale Vernachlässigung, durch fehlende Kontinuität hinsichtlich einer stabilen Erziehung für eine ausgeglichene Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und durch fehlende Bildungsfürsorge. Ihr (der Beklagten) sei es nicht zu viel, private Zeit zu investieren, sich mit D. hinzusetzen und ihn schulisch und emotional zu unterstützen. Sie sei fähig, D. in der weiteren Entwicklung zu fördern, was sie in der Vergangenheit bewiesen habe und nachzulesen sei in Berichten von deutschen Lehrpersonen und therapeutischen Fachkräften. Sie habe D. freiwillig mit den besten Absichten und wie von ihr vorgesehen nur temporär in die Obhut des Klägers gegeben. Seitdem sei D. ihr vom Kläger kontinuierlich entfremdet, in der Schweiz zweimal zurückversetzt und leistungsmässig von einem guten Schüler auf das Niveau der Schweizer Realschule herabgestuft worden. Sie möchte D. zurückhaben, um zu gewährleisten, dass er körperlich gesund bleibe und um ihm eine Chance in diesem Leben zu geben (. . .).

Der Kläger wendet im Wesentlichen ein, dass der Beklagten einzig das schulische Weiterkommen wichtig sei, wobei sie zu vergessen scheine, dass sich Kinder nicht nur über ihre schulischen Fähigkeiten auszeichnen. Zudem sei D. in der Schweiz zwei Klassenstufen zu hoch

eingeschult worden. Erst nach zweimaligem Wiederholen sei er mit Gleichaltrigen in der Klasse gewesen. Als der Kläger gemerkt habe, dass D. in der Tagesschule M. nicht mehr gut zurechtgekommen sei, habe er gemeinsam mit allen Personen, die D. gut gekannt hätten, eine Lösung gesucht. Es habe sich um D.s Klassenlehrerin N., die Rektorin der M. Frau O., die Kinderpsychologin E., D.s Hausarzt Dr. P., D.s Kinderarzt Dr. Q. und die Familie gehandelt. Alle hätten erkannt, dass eine Schule wie das H. die notwendigen Strukturen vermitteln könne. Die Beklagte habe aber diesen Schritt verweigert mit der Begründung, es habe an der Schule H. zu viele Männer. Dem Kläger sei es stets wichtig gewesen, dass D. nicht nur auf Leistung gedrillt werde, sondern auch die Möglichkeit habe, seine Kindheit zu geniessen, er mithin nicht nur intellektuell gefördert werde, sondern auch einen Ausgleich im Sport (Fussball und neu Basketball anstelle von Fussball) und der Musik (Klavierunterricht) habe. Im Weiteren habe der Kläger sein Arbeitspensum reduziert, als D. in die Schweiz gekommen sei. Wenn D. von der Schule nach Hause komme, sei er da. Wenn er einmal nicht anwesend sei, organisiere er sich mit den Nachbarn oder seinen Töchtern. Dass sich der Kläger teilweise organisieren müsse und auf Hilfe zurückgreifen müsse, könne ihm nicht vorgehalten werden; dies müssten alle berufstätigen Eltern, wie dies im Übrigen auch die Beklagte, die mit ihrer Mutter zusammenwohne, habe tun müssen (. . .).

3.2 Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern D.s Wohl gefährdet wäre, wenn er unter der Obhut des Klägers bleibt.

3.2.1 D. ist seit (. . .) 2015 in der Schweiz und hat sich gut eingelebt. Er hat eine enge Bindung zu seinem Vater und zu seinen Stiefschwestern. Im Unterschied zum Wohnort der Beklagten hat er Freunde in der Schule, im Fussballclub und aus der Nachbarschaft (. . .). Das Verhältnis zwischen D. und der Beklagten hingegen ist getrübt. Die Beklagte hat den Kontakt zu D. seit Längerem abgebrochen oder unterbrochen. Das letzte Mal haben sich Mutter und Sohn an einem Tag nach den Schulsommerferien 2018 ganz kurz (physisch) gesehen und der letzte Telefonkontakt fand im Mai 2020 statt (. . .). Den Grund für den Kontaktabbruch bzw. -unterbruch beschreibt die Beklagte wie folgt: «Ich habe keinen Sinn darin gesehen, mit meinem Sohn während dieser Zeit zu telefonieren, wo er sowieso so stark unter dem Einfluss des Vaters steht» (. . .). Die Beklagte ist offenbar nicht imstande oder gewillt, die Paarebene von der Eltern-Kind-Ebene zu trennen, indem sie die – angeblich auf den Kläger zurückzuführenden – Gründe für den Kontaktunterbruch ausblenden und zum Wohl von D. dessen Telefonanrufe entgegennehmen würde. Denn selbst wenn D. beeinflusst wäre, wofür indes keine Anhaltspunkte vorliegen, wäre es wichtig, dass die Mutter den Kontakt zu D. nicht aussetzt. D. hat an der Kinderanhörung gesagt, er habe mehrmals versucht, seine Mutter anzurufen, sie habe jedoch die Anrufe nie entgegengenommen und auch nicht zurückgerufen (. . .). Darüber ist D. verständlicherweise enttäuscht.

3.2.2 An der Kindesanhörung äusserte D. deutlich den Willen, nicht nach Deutschland zurück zu wollen (act. 32 S. 2 Mitte). Dieser Wille ist aufgrund seines Alters von zwölfeinhalb Jahren zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_1013/2018 vom 1. Februar 2019 E. 5),

umso mehr, als Kinder auch in diesem Alter durchaus eine Vorstellung davon haben, welche Konsequenzen ein Umzug in ein anderes Land hätte, und überdies D. an der Anhörung einen reflektierten, reifen und smarten Eindruck hinterliess. So gingen die von ihm spontan gemachten Ausführungen oft über die Fragestellungen hinaus und die von ihm gestellten Fragen zeugten von Besonnenheit oder Scharfsinn (vgl. etwa Fragen zur Notwendigkeit der Mathematik oder dazu, ob seine Mutter an der Einigungsverhandlung in der Schweiz gewesen sei, was einen Rückschluss darauf zugelassen hätte, ob sie ihn trotz allfälliger Anwesenheit in der Schweiz nicht besucht hätte; [ . . . ]).

3.2.3 Im Übrigen haben sich auch sämtliche Fachpersonen, die regelmässig mit D. in Kontakt stehen oder gestanden haben, einerseits gegen einen Obhutswechsel zur Beklagten und andererseits für die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit des Klägers ausgesprochen. Die Psychologin E. hielt in ihrem auf Ersuchen der KESB erstellten Gutachten vom 12. November 2019 fest, sie erachte es als zentral, dass D. in seinem jetzigen sozialen Umfeld bleiben könne ( . . . ). Die Schulsozialarbeiterin R. erwähnte gegenüber der KESB am 22. August und 10. Dezember 2019 zwar, dass sich D. für bestimmte Situationen „ein Mami zu Hause“ wünsche ( . . . ). Dass sich D. nach «einem Mami» zuhause sehnt, bedeutet jedoch nicht, dass die Obhut deswegen umzuteilen wäre. Nebst dem Austausch mit seinem Vater wünscht sich D., wie bei Kindern getrenntlebender Eltern üblich, die Nähe, sei dies nur schon via Telefon, zum nicht hauptbetreuenden Elternteil. Daraus ist jedoch kein Wunsch nach einem Obhutswechsel abzuleiten. Die damalige Klassenlehrerein von D., S., sagte in einem Gespräch gegenüber der KESB bereits am 24. Oktober 2019, dass D. sich in einer positiven Form habe integrieren können und er gut in der Schule verwurzelt sei und es mit dem Vater (dem Kläger) eine sehr gute Zusammenarbeit gebe ( . . . ). Was die schulische Entwicklung von D. anbelangt, welche – wie der Kläger richtig ausführt – nur einen Teil der ganzen Entwicklung D.s ausmacht, ist unbestritten, dass der Kläger für D. eine Nachhilfe organisiert hat. Ausserdem hat D. an der Kinderanhörung gesagt, dass er auf die Unterstützung seines Vaters zählen könne, wenn er in anderen Fächern als Mathematik Mühe oder Fragen zu den Hausaufgaben habe ( . . . ). An der Parteibefragung hat der Kläger gesagt, er schaue, dass er zuhause sei, wenn D. nach Hause komme ( . . . ). An dieser Aussage bestehen keine Zweifel, zumal der Kläger selber attestiert hat, dass dies nicht immer möglich sei ( . . . ). Weiter gab der Kläger zu Protokoll, dass er D. helfe, wenn dieser in schulischen Angelegenheiten Probleme habe. Auch hier ergänzte der Kläger: «Sofern ich das kann» ( . . . ). Der Kläger ist für D. da, aber auch nüchtern und ehrlich genug, um einzusehen, dass dies zeitlich oder aus anderen Gründen (Schwierigkeit von Kindern, die Hilfe von Eltern bei Schulangelegenheiten anzunehmen) nie hundertprozentig möglich ist. Hinzu kommt, dass aufgrund der unzähligen Vorwürfe der Beklagten an den Kläger über D.s schulische Entwicklung nicht auszuschliessen ist, dass D., falls er unter die Obhut der Beklagten gestellt würde, einem zu hohen Leistungsdruck seitens der Beklagten oder deren Mutter (Grossmutter von D.) ausgesetzt würde. Bei Lektüre der Eingaben der Beklagten entsteht in der Tat der Eindruck, dass es der Beklagten ausschliesslich um die schulische Leistung D.s geht, welche mittels individueller Förderung durch die Eltern oder gruppenpsychologischer Therapien zu optimieren sei. Der Kläger betont zu

Recht, dass es im Leben eines Kindes nicht nur die Schule gibt. Dass D. beim Kläger in irgendeiner Hinsicht vernachlässigt würde, ist nicht der Fall. Schliesslich erachtet auch L. von den Unterstützenden Diensten der KESB die Beibehaltung der aktuellen Obhutssituation als angezeigt (. . .).

3.2.4 Der Vorwurf der Beklagten, wonach der Kläger physische Gewalt gegen D. angewandt habe, indem er D. am Ohr geschlagen und dieser geblutet habe (. . .), stellte sich als unbegründet heraus. Wie sich an der Parteibefragung ergab, hat D. gegenüber der Beklagten bloss gesagt, dass es zwischen ihm und dem Vater zu einem Streit über die Hausaufgaben gekommen sei. Anschliessend habe es, so die Beklagte, „wohl eine Gemengelage gegeben“ (. . .). Der Kläger führte aus, dass es sich um eine spielerische Rauferei gehandelt habe und er plötzlich gesehen habe, dass D. blute (. . .). Anhaltspunkte dafür, dass es eine Gewaltanwendung im Sinne eines gezielten Schlages oder dergleichen gegeben hat, gab und gibt es keine. Dass die Beklagte diesen schweren Vorwurf dennoch erhebt, spricht nicht für sie. Die weiteren Vorwürfe der Beklagten an den Kläger (namentlich unterlassene Information, Drohung, psychische Gewalt gegen die Beklagte, Umgangsvereitelung [. . .]) sind für die Frage der Obhut nicht relevant, da sie die Kommunikation unter den Parteien betrifft und nicht erkennbar ist, inwiefern D.s Wohl – falls die Vorwürfe zutreffen – dadurch gefährdet wird.

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass D.s Wohl nicht gefährdet ist, wenn er unter der Obhut des Klägers bleibt. Der entsprechende Antrag der Beklagten ist daher abzuweisen.

4. Sodann ist zwischen den Parteien strittig, ob den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge entzogen, und, gegebenenfalls, welchem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zugewiesen werden soll.

4.1 Der Kläger macht geltend, er sei voll arbeitstätig und deshalb grundsätzlich darauf angewiesen, dass D. den ganzen Tag betreut werde und, wenn möglich, die Hausaufgaben in der Schule erledigen könne. Aus diesem Grund habe er verschiedene Tagesschulen für D. im Kanton Zug geprüft. Im Jahr 2018 habe D. an der Tagesschule H. geschnuppert. Dort habe es ihm sehr gut gefallen. Die Beklagte habe jedoch ihre Zustimmung verweigert mit der Begründung, H. sei eine männerdominierte Schule und entsprechend frauenfeindlich. Die Unmöglichkeit der Zusammenarbeit mit der Beklagten und der Umstand, wie sie mit ihrem dekonstruktiven Verhalten Entscheide zum Wohle von D. verhindere, ergebe sich auch aus der Zusammenarbeit mit dem Kinderarzt von D., Dr.med. Q. Mit Schreiben vom (. . .) 2019 habe Dr. Q. den Kläger darüber informiert, dass D. an einer einfachen Aufmerksamkeitsstörung leide, weshalb er eine Therapie mit einem zentralen Stimulans, z. B. mit Ritalin, empfehle. Dies nicht nur als Türöffner zum Ausschöpfen von D.s Potential, sondern auch um eine Negativspirale aus sinkenden schulischen Leistungen, Frustration und Schuldgefühlen zu verhindern, die sich negativ auf den zukünftigen Lebensweg von D. auswirken würden. Auf dieses Schreiben habe die Beklagte mit einem neunseitigen Brief reagiert, worin sie dem Kinderarzt vorgeworfen habe, er hätte keine ADHS-Abklärungen tätigen dürfen, er hätte keine seriösen und

detaillierte Abklärungen vorgenommen, sei seiner Informationspflicht nicht nachgekommen. Die Beklagte suche nur Schuldige und sei nicht bereit, zum Wohle von D. irgendeine Kompromisse einzugehen. Die Beklagte blockiere aus der Ferne sämtliche Entscheidungen des Klägers und von Fachpersonen, mache den Vater vor Behörden und Fachpersonen schlecht, erhebe Beschwerden, verbringe aber gleichzeitig keine Zeit mit D. und versuche nicht, konstruktiv zu einer Lösung beizutragen. Dies führe zu einer Handlungsunfähigkeit des Klägers in Bezug auf D. und somit auch zu einer Gefährdungssituation (. . .). Weiter macht der Kläger geltend, dass die Beklagte alles besser zu wissen scheine als Fachpersonen. Sie steuere von Deutschland aus und ohne aktiv am Leben von D. teilzunehmen in ihrem Gutdünken. Ihm bleibe letztlich nichts anderes, als sich den Vorstellungen der Beklagten zu beugen, da ansonsten keine Lösung gefunden werde. Dies nenne sich nicht Kommunikation, welche im Sinne des Kindeswohls bei einer gemeinsamen Sorge unabdingbar sei. Die Beklagte blockiere alle wichtigen Entscheidungen in Bezug auf D., so namentlich die Schulwahl, den Besuch von Therapiestunden bei E. oder die medizinischen Abklärungen bei einem Kinderarzt. Es sei zu erwarten, dass die Beklagte auch mit der Berufswahl von D. nicht einverstanden sei und verweigern werde, einen Lehrvertrag mitzuunterzeichnen (. . .).

Die Beklagte führt, um ihren Antrag auf Zuteilung der alleinigen Sorge zu unterlegen, die bereits in E. 3.1 aufgeführten Argumente ins Feld. Zudem macht sie geltend, der Kläger habe jedweden Anspruch auf das alleinige elterliche Sorgerecht heute und zukünftig verwirkt, indem er D. keinem Arzt vorgestellt habe, als er ihn am Ohr geschlagen und D. stark geblutet habe, dies in der Absicht, die Dokumentation seiner Affekthandlung zu vermeiden. Ausserdem habe der Kläger ihr gegenüber gesagt, andere Leute denken, sie sei psychisch krank. Diese Äusserung, welche im Beisein von D. erfolgt sei, sei psychische Gewalt. Durch dieses Verhalten lerne D., dass die Beklagte und damit auch die Frau belogen, bedroht und beleidigt werden dürfe. Mit Bezug auf die «zur Diskussion» stehende Verabreichung von Ritalin sei der Kinderarzt Dr. Q. seinen ärztlichen Pflichten nicht nachgekommen. Der Kläger versuche nunmehr, sein Nichtstun bezüglich schulischer und intellektueller Unterstützung und die dadurch längst verursachte Negativspirale des Kindes im Jahr 2019 mit Hilfe einer Tablette zu «lösen», damit der Kläger so weitermachen könne wie bisher. Indem der Kläger selber Ritalin versucht habe, offenbare dieser seine grenzenlose Naivität und Anpassbarkeit an eine um Selbstoptimierung bemühte Leistungsgesellschaft. Die Langzeitfolgen von Ritalin scheinen den Kläger nicht zu kümmern. ADS-Abklärungsbedarf habe in Deutschland für D. nie bestanden. Die Ritalin-Verabreichung sei versuchte Körperverletzung an einem Minderjährigen. Ferner habe es der Kläger versäumt, D. weiter gruppentherapeutisch betreuen zu lassen zur Verbesserung von D.s sozialer Interaktion, zur Konzentrationssteigerung unter Ablenkung. Sie (die Beklagte) boykottiere keine Entscheide des Klägers oder von Fachpersonen, sie weise in begründeter Form auf das Fehlverhalten dieser Personen hin. Sie habe ihren Sohn nicht neun Monate ausgetragen, im Jahre 2007 gesund zur Welt gebracht, fast 18 Monate gestillt, zum Wohle des Kindes 7,5 Jahre Teilzeit gearbeitet, auf Einkünfte und Rentenbeiträge verzichtet, D. zuhause mit guten Erfolgen schulisch unterstützt, ihn zur Verbesserung seiner Sozialkompetenz und Interaktionsfähigkeit ein mehrmonatiges therapeutisches Gruppentraining absolvieren lassen,

damit der Kläger, der das Kind seit (. . .) 2015 in Obhut habe, es über Jahre in seinen schulischen Leistungen abstürzen lasse, um ihm dann mit dem Segen des Kinderarztes und der Psychologin als vermeintlich letzte Lösung Psychostimulanzien, die wie Kokain nachweislich abhängig machten, nur Symptom-Unterdrücker und keine Heilmittel seien, zu verabreichen und dadurch das Kind zusätzlich zu stigmatisieren und zu pathologisieren mit unabsehbaren, weil unerforschten Langzeit-Folgen für D.s physische und psychische Gesundheit (. . .).

4.2 Gemäss Art. 302 ZGB obliegt den sorgeberechtigten Eltern die Pflicht, das Kind im Rahmen ihrer Verhältnisse zu erziehen und seine geistigen, körperliche und sittliche Entfaltung zu einer selbstständigen Persönlichkeit zu fördern und zu schützen. Für eine behördliche Intervention in diese elterliche autonome Entscheidungsbefugnis muss, wie erwähnt, eine Kindeswohlgefährdung vorliegen. Eine solche Gefährdung setzt die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ebenjener körperlichen, seelischen und sozialen Entfaltung des Kindes voraus. Damit die Interventionsschwelle erreicht ist, muss diese Gefahr objektiv feststellbar und ernsthaft sein. Die behördliche Reaktion darauf muss den Prinzipien der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität folgen (Affolter/Vogel, Berner Kommentar, 2016, Art. 296 ZGB N 13 ff. und Vorbem. Art. 307–327c ZGB N 259 ff. mit Hinweisen). Eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge ist nur in Ausnahmefällen denkbar (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5A\_186/2016 vom 2. Mai 2016, wo selbst bei einem Dauerkonflikt, unterschiedlichen Erziehungsansichten und Unfähigkeit zur Kommunikation am Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge festgehalten wurde).

4.3 Bei schwerwiegenden elterlichen Konflikten, die spezifisch auf einzelne Problemstellungen bezogen sind, ist aufgrund der Subsidiarität zuerst zu prüfen, ob weniger einschneidende Massnahmen als die Zuteilung der Alleinsorge den Konflikt genügend zu entschärfen vermögen (flankierende Kindesschutzmassnahmen; BGE 141 III 472 E. 4.7).

Eine solche mögliche Massnahme besteht darin, einem Elternteil für die umstrittene Angelegenheit oder bestimmte umstrittene Angelegenheiten die alleinige Entscheidungsbefugnis zu erteilen. Erfolgsversprechend ist diese Massnahme jedoch nur, wenn sich der elterliche Streit auch tatsächlich auf spezifische Probleme beschränkt. Abgesehen von diesen umstrittenen Angelegenheiten müssen die Eltern in den sonstigen Kindesbelangen grundsätzlich zu einem kooperativen Zusammenarbeiten in der Lage sein (BGE 142 III 197 E. 3.6; 141 III 472 E.4.7; ZBJV 150/2014, S. 900). Eine andere mögliche Massnahme ist die Errichtung einer Beistandschaft. In einem ersten Schritt kann eine Beistandsperson eingesetzt werden, um die Kommunikation zwischen den zerstrittenen Eltern zu verbessern. In neutraler Umgebung können so die beiden Sorgeberechtigten die für den Entscheid notwendigen Informationen besprechen und einen neuen Anlauf in Richtung eines Kompromisses starten. Falls dies wegen fehlender Kooperationsbereitschaft scheitert oder zum Scheitern verurteilt ist, kann die elterliche Sorge gemäss Art. 308 Abs. 3 ZGB hinsichtlich der übertragenen Aufgaben beschränkt werden. Die Beistandsperson wird zeitgleich mit besonderen Befugnissen ausgestattet. Ihr wird die Entscheidungskompetenz überlassen, damit sie eine dem Kindeswohl

entsprechende Entscheidung fällen kann. Der Inhalt ihres Auftrages ist vom Gericht präzise festzulegen (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, 2018, Art. 301 ZGB N 14; Breitschmid, Basler Kommentar, 2018, Art. 308 ZGB N 6 und 20).

Zu beachten ist, dass die flankierenden Kinderschutzmassnahmen nicht ein Mass annehmen dürfen, das den Restbestand der elterlichen Sorge zur inhaltsleeren Hülle verkommen liesse. Wären nämlich die elterlichen Restkompetenzen unbeachtlich, würden solche Kinderschutzmassnahmen auf Dauer nicht dem Kindeswohl entsprechen. In diesen Fällen wäre vielmehr ein Entzug des Sorgerechts angezeigt (Affolter/Vogel, a.a.O., Art. 298 ZGB N 17 ff.; Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.1).

4.4 Die Parteien sind in verschiedenen Kinderbelangen uneins. Nur in einem Belang jedoch – und zwar mit Bezug auf AD(H)S/Autismus – kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Uneinigkeit der Eltern für D.s Wohl eine ernsthafte Gefahr darstellt, wie zu zeigen ist.

4.4.1 Mit Bezug auf die Sitzungen D.s bei der Psychologin E. ist keine ernsthafte Kindeswohlgefährdung vorhanden, wenn die Mutter die Zustimmung verweigert, dass D. weitere Sitzungen bei ihr besucht. D. ging zwar gerne zu E. (. . .). Als D. in die Schweiz gekommen ist und D. seine Mutter nicht mehr täglich gesehen hat, dürften die Gespräche mit E. für D. wohl auch besonders wertvoll gewesen sein. Inzwischen sind fünf Jahre vergangen, seit D. in der Schweiz ist. Er hat sich hier gut eingelebt (E. 3.3). Es spräche zwar nichts dagegen, wenn D. weiterhin zu E. ginge. Die Einwände der Beklagten gegen E. (falsche Fachrichtung, Fehlentscheidung Schulwahl, Autoritätsuntergrabung, gesetzeswidrige Datenweitergabe, unbegründete Schuldzuweisungen gegenüber der Kindsmutter, mangelnde Sorgfalt bei Angaben und Begrifflichkeiten sowie Täuschung und Befangenheit [. . .]) sind aus Kindeswohloptik nicht nachvollziehbar. Doch es wäre, falls D. weiter zu E. ginge, zu befürchten, dass sich das Verhältnis zwischen der Beklagten und D. weiter verschlechtern würde. Wichtig für D.s Wohl ist primär, dass er wieder eine gute Bindung zu seiner Mutter herstellen kann. Dies kann jedoch nicht E. oder eine andere Psychologin, sondern primär die Beklagte bewerkstelligen, indem letztere ihr Verhalten ändert. Es liegt in erster Linie an ihr, den (Wieder-)Aufbau einer stabilen, von Zuneigung, Wertschätzung und Empathie geprägten Mutter-Kind-Beziehung zu fördern (dazu nachstehend E. 5).

4.4.2 Mit Bezug auf die Ausbildung ist festzuhalten, dass mit der Einschulung in der Oberstufe in F. die verbleibende obligatorische Schulzeit D.s vorgespurt ist (vgl. dazu auch Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.3). Gemäss Auskunft der damaligen Klassenlehrerin, S., gegenüber der KESB(. . .) ist D. in einer öffentlichen Schule «absolut tragbar» und «am richtigen Ort». Wie sich gezeigt hat, stellte die Nichtzustimmung zur Tagesschule H. – auch wenn diese Nichtzustimmung auf objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen («männerdominierte Schule») beruhte – keine Gefährdung des Kindeswohls dar. Sodann hat D. an der Kinderanhörung geäußert, dass er gerne Koch werden möchte. Die Beklagte hat sich nicht grundsätzlich gegen D.s Berufswunsch verschlossen (. . .). Zwar war die Antwort

der Beklagten auf die Frage des Einzelrichters an der Parteibefragung, ob die Beklagte D.s Vorhaben, Koch zu werden, unterstützen würde, ausweichend. Anstatt sich mit D. darüber zu freuen oder ihn zu ermutigen, hegte sie Bedenken an D.s Selbstkompetenz (. . .). Dessen ungeachtet ist eine ernsthafte Kindwohlgefährdung nicht zu erblicken, wenn den Eltern die gemeinsame Sorge über diesen Entscheid belassen wird. Hinzu kommt, dass sich der Berufswunsch Koch in den nächsten zwei bis drei Jahren auch noch ändern kann.

4.4.3 Mit Bezug auf die Erziehungsfähigkeit ist festzuhalten, dass diese bei beiden Eltern grundsätzlich gegeben ist, wie dies L., Unterstützende Dienste der KESB, dem Einzelrichter schriftlich mitgeteilt hat (. . .). Wie L. zu Recht ausführt, lässt sich der Begriff der Erziehungsfähigkeit nicht losgelöst vom Einzelfall definieren (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_106/2016 vom 7. Juni 2016 E. 3.3) und wird von Sorgeberechtigten nicht verlangt, dass sie alle Funktionen persönlich ausüben, sofern sie für einen angemessenen Ersatz sorgen. Die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe, selbst wenn sie zutreffen (würden), ändern nichts daran, dass an der Erziehungsfähigkeit des Klägers keine Zweifel bestehen. Ausserdem ist unbestritten, dass der Kläger auf die Ratschläge der Fachpersonen hört, beispielsweise betreffend die schulische Unterstützung zu Hause ([. . .]: «Damit es eine optimale Lösung für D. gibt, habe ich nachgefragt, wie wir uns am besten verhalten sollen. Ich habe nicht geholfen, wenn mir die Schule gesagt hat, dass ich es eher sein lassen solle, da es kontraproduktiv sei»). Dass die Beklagte Fachpersonen, die ihre Meinung nicht teilen, kritisiert, ändert an der Kompetenz dieser Personen und am Umstand, dass der Kläger sich auf deren Ratschläge verlassen darf, nichts.

4.4.4 Mit Bezug auf ADS/AHDS/Autismus bei D. verhält es sich anders. Die Frage, ob die Nichtzustimmung zu einer Behandlung mit Ritalin oder ähnlichen Substanzen – mithin die Nichtbehandlung mit Medikamenten – eine ernsthafte Gefahr für D.s Wohl darstellt, ist akut. Über diese Frage müssten sich die Parteien als Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge einigen. Es handelt sich dabei um eine medizinische Frage, die durch eine Fachperson – hier einer Kinderärztin oder einem Kinderarzt – beurteilt werden muss, wobei der Entscheid letztlich bei den Eltern liegt (s. auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LQ100090 vom 5. August 2011 E. 7.2.5). Dr.med. Q. ist Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin und war behandelnder Kinderarzt von D. Er hat gestützt auf eine Untersuchung von D. in seinem Schreiben vom (. . .) 2019 an den Kläger eine Therapie mit einem zentralen Stimulans, z. B. Ritalin, nachdrücklich empfohlen. Diese Medikamente wären für D. im Moment ein Türöffner nicht nur zum Ausschöpfen seines Potentials, sondern auch zum Vermeiden einer Spirale aus sinkenden schulischen Leistungen, Frustration und Schuldgefühlen, die sich nachhaltig negativ auf seinen zukünftigen Lebensweg auswirken würde (. . .). Aufgrund dieser ärztlichen Diagnose – selbst wenn diese kein Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO ist – kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Inkaufnahme derzeitiger oder künftiger Symptome des AD(H)S oder Autismus bei D., selbst wenn mögliche Nebenwirkungen einer Ritalinbehandlung berücksichtigt werden, eine ernsthafte Gefährdung für D.s Wohl darstellen. Mithin darf und kann nicht ohne Weiteres eine ernsthafte Gefährdung von D. verneint werden. Hinzu kommt,

dass der Entscheid über diese Angelegenheit keine weitere Verschleppung duldet. Wie sich gezeigt hat, konnte trotz der ergriffenen Fördermassnahmen keine merkliche Verbesserung – jedenfalls nicht die von den Eltern und Fachpersonen erwartete Verbesserung der schulischen Leistungen – erzielt werden, sodass D., dessen Potential unbestrittenermassen höher eingeschätzt wird (vgl. Einschätzung der damaligen Klassenlehrerin [. . .] und des damaligen Kinderarztes [. . .]), zurzeit in der «Realschule» ist (. . .). Gegen die «Realschule» ist grundsätzlich nichts einzuwenden, doch steht D. unter einem Leistungsdruck, der massgeblich von der Beklagten ausgeht. So hat D. an der Kinderanhörung erzählt, dass die letzten Telefonate, die er mit seiner Mutter geführt hätte, nie spannend gewesen seien, da er von ihr über nichts anderes als die Schule und über die Beziehung zu seinem Vater ausgefragt worden sei (. . .). D. hat den Einzelrichter an der Anhörung auch gefragt, ob dieser Mathematik im Alltag brauche (. . .). Dies zeigt, dass die Schulleistungen, insbesondere in Mathematik, D. beschäftigen. Dass sich D. in einer Negativspirale befindet, attestiert auch die Beklagte ([. . .]: «längst verursachte Negativspirale»). Diese Gefahr der Abwärtsspirale ist somit nicht von der Hand zu weisen, und die Parteien sind nicht fähig, betreffend die medizinische Versorgung von D. im Zusammenhang mit ADHS/ADS/Autismus zu kommunizieren, zu kooperieren und Entscheidungen innert nützlicher Frist zu treffen (s. dazu auch Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.2)

Bei Nichteinigung der Eltern über eine medizinische Behandlung des Kindes empfiehlt sich die Einholung einer Zweitmeinung. Dazu riet vorliegend auch die KESB (. . .) und selbst die Beklagte billigte dies an der Einigungsverhandlung vom 12. Mai 2020 noch. Inzwischen lehnt sie einen Zweituntersuch – bei diesem geht es ausschliesslich um eine Diagnose, nicht bereits um eine konkrete Behandlung – kategorisch und ohne Angabe von Gründen ab. Da eine Einigung zwischen den Parteien über eine Zweituntersuchung und eine allfällige Therapie nicht möglich war und ist und diese Entscheide, wie erwähnt, nicht weiter verschleppt werden dürfen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_89/2016 vom 2. Mai 2016 E. 4), ist den Parteien in dieser Angelegenheit die gemeinsame elterliche Sorge zu entziehen und eine Beistandschaft zu errichten (zu den weiteren Gründe für die Bestellung einer Beistandschaft E. 4.5). Die Aufgaben der Beistandsperson sind im Dispositiv definiert. Insbesondere ist die Beistandsperson berechtigt und verpflichtet, die erforderlichen Entscheide selbst zu treffen, wenn sich die Eltern nicht einigen. Der Zweituntersuch ist durchzuführen durch Dr.med. K. Der Kläger schlägt diesen Arzt vor (. . .) und die Beklagte hat dessen fachliche Eignung selber hervorgehoben (. . .). Dr. med. K. hat D. zu untersuchen (Diagnose) und – falls er eine Therapie für erforderlich hält – eine Therapieempfehlung abzugeben und – auf Anordnung der Beistandsperson, falls sich die Eltern nicht einigen können – die Therapie durchzuführen. Dabei ist auch die Verabreichung von Methylphenidat (MPH) oder ähnlichen Substanzen, wie sie im Medikament Ritalin enthalten sind, nicht ausgeschlossen ist, wobei dies ultima ratio bildet. Gemäss den Empfehlungen des Schweizerischen Heilmittelinstituts Swissmedic soll die medikamentöse Behandlung von ADHS/ADS nur von Ärztinnen und Ärzten begonnen und überwacht werden, welche auf Verhaltensstörungen von Kindern und Jugendlichen beziehungsweise Erwachsenen spezialisiert sind (abrufbar unter: [www.swissmedic.ch/swiss](http://www.swissmedic.ch/swiss))

professional-communication–hpc-/archiv/swissmedic-schliesst-ueberpruefungsverfahren-der-praeperate-mit-.html), was auf Dr.med. K. zutrifft.

4.5 Die Kommunikation unter den Parteien über das Besuchsrecht und weitere Kinderbelange (Gesundheit, Schule etc.) von D. ist praktisch zum Erliegen gekommen. Auch deshalb erfordern es die Verhältnisse, eine Beistandschaft zu errichten (Art. 308 ZGB). Die weiteren, d.h. über ADS/AHDS/Autismus hinausgehenden Aufgaben der Beistandsperson sind ebenfalls im Dispositiv aufgeführt.

4.6 Für einen gänzlichen Entzug der elterlichen Sorge sind die Voraussetzungen zurzeit nicht erfüllt. Ein gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge dürfte vorliegend vielmehr zu einer Eskalation der Situation führen, was aus Kindeswohlüberlegungen und psychologischer Sicht ein schlechter juristischer Entscheid wäre (Schreiner, in: Schwenger/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. A. 2017, N 218 zu Anh. Psych). Zwar wäre die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an den Kläger eine pragmatische Lösung, damit – gestützt auf die vom Kläger eingeholten und einzuholenden Ratschläge von Fachpersonen (Psychologen, Ärzte, Pädagogen) – innert nützlicher Frist Entscheide in wichtigen Kindesangelegenheiten getroffen werden könnten, ohne dass die Beklagte die Vorhaben des Klägers von Deutschland aus unterbinden könnte. Immerhin ist aber festzuhalten, dass seitens der Beklagten noch nicht von einer kategorischen Zustimmungsverweigerung gesprochen werden kann. So hat die Beklagte beispielsweise nicht gegen die D.s Pläne, ins Basketball zu gehen (. . .), opponiert. Auch hat sie an der Parteibefragung eine schulpsychologische Abklärung nicht abgelehnt (. . .). Sollte sich in Zukunft jedoch zeigen, dass die Beklagte in anderen wichtigen Kindesangelegenheiten, die gemeinsame Entscheidungen erfordern (namentlich Zähne, Impfungen, Berufswahl, Lehrstelle; [ . . .]), jegliche Kompromissbereitschaft missen lässt, wäre von der KESB ein weiterer partieller oder gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge zu prüfen.

4.7 Da, wie erwähnt, kein Grund für einen Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge – ausser im Bereich ADS/ADHS/Autismus – besteht, stellt sich auch die Frage nicht, welchem Elternteil die (alleinige) elterliche Sorge zuzuteilen ist.

5. Der Kläger beantragt eventualiter die Festlegung eines Besuchsrechts (Ziff. 7 seines Rechtsbegehrens), demgemäss die Beklagte D. während drei Ferienwochen pro Jahr betreut und ihn einmal pro Woche telefonisch, per Skype, per Zoom oder auf einem anderen technisch möglichen, elektronischen Weg kontaktiert. Die Beklagte hat dazu keinen Antrag gestellt, an der Parteibefragung allerdings geäussert, dass dies wünschenswert wäre (. . .).

5.1 Hat das Gericht über die Änderung der elterlichen Sorge, der Obhut oder des Unterhaltsbeitrages für das minderjährige Kind zu befinden, so regelt es nötigenfalls auch den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile neu (Art. 134 Abs. 4 ZGB). Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Der Vater oder die

Mutter können verlangen, dass ihr Anspruch auf persönlichen Verkehr geregelt wird (Art. 273 Abs. 3 ZGB). Zum persönlichen Verkehr gehört die gesamte verbale und nonverbale Kommunikation. Im Vordergrund steht selbstverständlich das tatsächliche Zusammensein zwischen Eltern und Kindern, jedoch – gerade bei weit entfernten Wohnorten – auch Kontakt via Telefon, Brief oder Skype, sowie ein solcher über E-Mail und SMS (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 1 mit Hinweisen).

5.2 In der Vereinbarung der Parteien über die Trennungs- und Scheidungsfolgen, verhandelt am (...), vor der Notarin C. (...), genehmigt vom Amtsgericht G. mit Beschluss vom (...) 2013 (...), haben die Parteien festgehalten, dass aufgrund der Entfernung der Wohnorte der Umgang nach «Möglichkeit aller Beteiligten zu planen und umzusetzen» sei, der Kläger einen «flexiblen Umgang» mit D. haben soll und der Umgang zum gemeinsamen Urlaub auch zwei Wochen am Stück erfolgen könne (...). In der Vereinbarung vom (...) 2015 haben die Parteien festgelegt, dass D. unter die Obhut des Klägers gestellt wird; für die Regelung des Umgangs wurde auf die Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung vom (...) verwiesen (...). Eine konkrete Regelung besteht daher nicht, und in der Ausübung des persönlichen Verkehrs ist es, wie erwähnt, zu Differenzen gekommen. L., Unterstützende Dienste der KESB, hat in ihrer schriftlichen Auskunft vom 12. Juni 2020 darauf hingewiesen, dass ein kontinuierlicher Kontakt von D. zur Mutter ausserhalb der «belasteten Themen» ermöglicht werden müsse. Dies würde bedingen, dass die Eltern konsequent Daten festlegen würden, an denen es zu Kontakten von D. mit der Mutter kommen könne, dass mithin eine klare Besuchs- und Kontaktregelung bestünde. In diesen Zeiten sollte D. die Gelegenheit haben, sich in der Welt seiner Mutter und seines früheren Aufenthaltsortes zu bewegen und positive Erinnerungen zu festigen. Die Themen des Alltags in der Schweiz sollten dann in dieser Zeit aussen vor bleiben (...). Dem ist nichts beizufügen.

5.3 Insofern rechtfertigt es sich aus Kindeswohloptik, das «Umgangsrecht» neu bzw. konkret zu regeln. In Zukunft soll ein wöchentlicher Anruf zwischen Mutter und Sohn geführt werden, und die Beklagte als nicht obhutsberechtigtes Elternteil ist zu verpflichten und berechtigen, D. für drei Wochen pro Jahr während der Schulferien zu betreuen. Für den Fall, dass sich die Eltern nicht einigen können, empfiehlt sich der praxisgemässe Turnus zwischen geraden und ungeraden Jahren. Das Ferienrecht ist indes behutsam aufzubauen. Angesichts des langen Kontaktunterbruchs und der Sorgen, die sich die Beklagte des Coronavirus' wegen macht (...), soll das physische Ferienbesuchsrecht erst nächstes Jahr beginnen. Wie erwähnt, unterstützt die Beistandsperson die Eltern auch in der Ausübung des Besuchsrechts.

6. (...)

7. Abschliessend sind die Prozesskosten zu verteilen. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). In familienrechtlichen

Verfahren kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

Keine der Parteien obsiegt bzw. unterliegt im vorliegenden Prozess vollumfänglich. Beide Parteien unterliegen mit ihrem Antrag auf Alleinzuteilung der elterlichen Sorge. Der Kläger unterliegt sodann mit seinen Eventualanträgen betreffend E. und Ausbildung, während die Beklagte mit ihrem Antrag auf Umteilung der Obhut unterliegt. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen. Bei den Gerichtskosten ist indes zu berücksichtigen, dass von der Eingabe der Beklagten vom 16. April 2020 seitens des Gerichts Kopien haben angefertigt werden müssen, nachdem die Beklagte kein Doppel eingereicht hat, weshalb die Kopierkosten von CHF 203.00 (. . .) – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – der Beklagten aufzuerlegen sind.

Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug EO 2020 2 vom 22. September 2020

### **4.2 Art. 122 ff. ZGB, Art. 124e ZGB, Art. 22f Abs. 1 FZG, Art. 63 Abs. 1bis IPRG**

#### **Regeste:**

Art. 122 ff. ZGB, Art. 124e ZGB, Art. 22f Abs. 1 FZG, Art. 63 Abs. 1bis IPRG –  
– Vorsorgeausgleich bei der beruflichen Vorsorge zurechenbaren ausländischen Vorsorgeguthaben.

Indirekte Teilung ausländischer Vorsorgeguthaben mittels Festlegung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124e ZGB. Auszahlung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124e ZGB durch Übertragung einer Austrittsleistung nach Freizügigkeitsgesetz (FZG).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Parteien heirateten im Jahr 1998. Im Jahr 2018 reichte die Klägerin gegen den Beklagten beim Kantonsgericht Zug die Scheidungsklage ein. Im Ehescheidungsverfahren war u.a. die Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge umstritten.

Im Entscheid wies das Kantonsgericht Zug die Freizügigkeitsstiftung, welcher der Beklagte angeschlossen war, gerichtlich an, von dessen Konto gestützt auf Art. 122 ZGB einen Betrag von CHF 529'119.– zuzüglich Zins ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens auf ein Vorsorgekonto der Klägerin und gestützt auf Art. 124e ZGB einen Betrag von CHF 204'579.– zuzüglich Zins ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens auf ein Freizügigkeitskonto der Klägerin zu überweisen.

#### **Aus den Erwägungen:**

13. Schliesslich ist über die Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge zu befinden.

13.1 Die Parteien beantragen übereinstimmend die hälftige Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge (. . .). Die Klägerin macht geltend, der Beklagte verfüge über der beruflichen Vorsorge zurechenbare Guthaben bei der D. Freizügigkeitsstiftung in der Schweiz, bei E. in England sowie bei F. Pension in Südafrika. Die Summe dieser Guthaben sei hälftig zu teilen und die D. Freizügigkeitsstiftung anzuweisen, diesen Betrag auf ein auf die Klägerin lautendes Freizügigkeitskonto zu übertragen (. . .). Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Guthaben bei F. Pension seien grösstenteils vorehelich geäuft worden, weshalb lediglich die Guthaben bei der D. Freizügigkeitsstiftung und der E. zu teilen seien (. . .).

13.2 Bezüglich der Teilung des Guthabens aus beruflicher Vorsorge gilt die Officialmaxime. Die Parteien können Anträge zur Teilung stellen. Das Gericht ist an diese allerdings nicht gebunden, da der Vorsorgeausgleich der Disposition der Parteien weitgehend entzogen ist und das Gericht die Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich von Amtes wegen anwendet. Zudem gilt im Rahmen des Vorsorgeausgleichs der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Scheidungsgericht die erforderlichen Angaben betreffend Höhe der Altersguthaben grundsätzlich von Amtes wegen einzuholen hat, wobei sich auch aus den Art. 122 ff. ZGB keine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime ergibt. Den Parteien obliegt es daher im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht, dem Gericht die notwendigen Tatsachen und Beweismittel zu unterbreiten. Mit anderen Worten trifft die Parteien eine aktive Mitwirkungspflicht, weshalb die Parteien angehalten werden dürfen, dem Gericht die Höhe der Austrittsleistungen mitzuteilen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_111/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2; Oehler, Sachverhaltsermittlung und Beweis im Scheidungsrecht, in: Dolge [Hrsg.], Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 111; Jungo/Grütter, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. ZPO Art. 281 N 12; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. A. 2018, N 10.168 f.; Meyer Honegger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. ZPO Art. 277 N 15 f.). Betreffend die Folgen einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung ist auf E. 4.2.3 zu verweisen.

13.3 Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat jeder Ehegatte nach Art. 123 ZGB Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung samt Freizügigkeitsguthaben des anderen Ehegatten. Massgeblich für die Berechnung der Austrittsleistung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens, vorliegend der (. . .) 2018 (. . .).

13.4 Da die Klägerin in der Schweiz unbestrittenermassen nie gearbeitet hat, verfügt sie über keine teilbaren Vorsorgenansprüche in der Schweiz. Dass seitens der Klägerin ausländische Vorsorgeguthaben bestünden, wurde nicht geltend gemacht und ist angesichts der sehr kurzen Arbeitstätigkeit der Klägerin nicht anzunehmen (. . .).

13.5 Der Beklagte verfügt einerseits über eine Freizügigkeitsleistung bei der D. Freizügigkeitsstiftung in der Schweiz in Höhe von CHF 1'058'238.- (. . .).

Andererseits besteht ein Vorsorgeguthaben des Beklagten bei der E. in England. Bezüglich dem Vorsorgeguthaben bei der E. ist der Beklagte der gerichtlichen Anordnung, einen Kontoauszug per (. . .) 2018 einzureichen, unberechtigterweise nicht nachgekommen (. . .). Dies ist bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, weshalb auf den von der Klägerin behaupteten Inhalt abzustellen ist (. . .). Die Klägerin rechnet dem Beklagten ein Vorsorgeguthaben bei der E. von GBP 76'275.36 bzw. CHF 99'158.- an.

Ausserdem verfügt der Beklagte über ein Vorsorgeguthaben bei F. in Südafrika. Dieses Guthaben hatte per (. . .) 2009 einen Wert von ZAR 935'520.07 (. . .). Ausgehend vom Guthaben per (. . .) 2003 von ZAR 380'728.98 (. . .) und einer durchschnittlichen Rendite von jährlich 16,19% rechnet die Klägerin dem Beklagten ein Guthaben von rund ZAR 4'200'000.- bzw. CHF 310'000.- an (. . .). Der Beklagte hat diese Berechnung nicht bestritten. An der Hauptverhandlung führte er lediglich aus, dieser Ausgleichsanspruch sei «grösstenteils vorehelich geäufnet» worden (. . .), was die Klägerin wiederum bestreitet (. . .). In welchem Umfang dieser Anspruch vorehelich sein soll, macht der Beklagte jedoch nicht geltend. Ausserdem offerierte er keinen Beweis für die behauptete, rechtshindernde Tatsache, dass das Vorsorgeguthaben grösstenteils vorehelich ist. Insbesondere legt er keinen entsprechenden Kontoauszug per (. . .) 2018 ins Recht. Dementsprechend ist auf die Berechnung der Klägerin abzustellen.

Mithin verfügt der Beklagte per Stichtag insgesamt über Vorsorgeguthaben in Höhe von CHF 1'467'396.- (= CHF 1'058'238.- + CHF 99'158.- + CHF 310'000.-).

13.6 Die schweizerischen Gerichte – im vorliegenden Fall das Kantonsgericht Zug (. . .) – sind für den Vorsorgeausgleich ausschliesslich zuständig, sofern und soweit es um den Ausgleich von Vorsorgeansprüchen gegenüber einer schweizerischen Einrichtung der beruflichen Vorsorge geht (Art. 63 Abs. 1 bis IPRG). Für Ansprüche im Ausland gegenüber ausländischen Vorsorgeeinrichtungen ist das Kantonsgericht Zug ebenfalls zuständig, allerdings nicht ausschliesslich. Da sich der Vorsorgeausgleich nach dem auf die Scheidung anwendbaren Recht richtet (. . .), ist vorliegend schweizerisches Recht anwendbar. Dies gilt grundsätzlich auch für Vorsorgeansprüche im Ausland. Bezüglich der Höhe der Anwartschaften und der Frage, wie eine Aufteilung vollzogen werden kann, ist jedoch die für die einzelne Vorsorgeeinrichtung geltende Rechtsordnung massgebend (Urteil des Bundesgerichts 5A\_176/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 3.2). Das zuständige schweizerische Gericht kann das schweizerische Recht in der Regel nicht direkt auf eine ausländische Vorsorgeeinrichtung anwenden, d.h. im Ausland gelegene Vorsorgeguthaben unmittelbar aufteilen oder den ausländischen Vorsorgeträger in das schweizerische Verfahren einbinden. Ausserdem ist zweifelhaft, ob eine schweizerische Anordnung über die Teilung eines ausländischen Vorsorgeguthabens von einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung anerkannt würde. Aus diesen Gründen erfolgt regelmässig eine indirekte Teilung des ausländischen Guthabens mittels Art. 124e Abs. 1 ZGB: Dem berechtigten

Ehegatten wird eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder Rente zugesprochen, wenn das schweizerische Gericht die Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge im Ausland nicht wirksam durchführen kann. Das zuständige schweizerische Gericht hat dafür zu sorgen, dass das Gesamtergebnis des Vorsorgeausgleichs den Grundsätzen der Vorsorgeausgleichsregelung des ZGB entspricht (Widmer Lüchinger, Zürcher Kommentar, 3. A. 2018, Art. 63 IPRG N 24 ff. und 63 ff.; Jametti/Weber, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. IPR N 79 ff.; vgl. Jungo/Grütter, a.a.O., Anh. ZPO Art. 281 N 4; Jungo/Grütter, a.a.O., Art. 124e ZGB N 14; Grütter, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, FamPra.ch 2017, S. 151; Urteil des Bundesgerichts 5A\_623/2007 vom 4. Februar 2008 E. 2; Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2013 4887, S. 4929).

13.7 Gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB schuldet der verpflichtete Ehegatte dem berechtigten Ehegatten eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder einer Rente, wenn ein Ausgleich aus Mitteln der beruflichen Vorsorge nicht möglich ist. Es kann vorkommen, dass Guthaben und Anwartschaften der beruflichen Vorsorge zuzurechnen sind, aber dennoch keine Austrittsleistungen gemäss Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG, SR 831.42) bestehen bzw. dieses und das BVG für die Berechnung der Ansprüche und die Frage derer Übertragbarkeit nicht anwendbar sind. Dies trifft insbesondere auf ausländische Vorsorgeguthaben zu. Die in diesem Fall zu leistende angemessene Entschädigung ist nach gerichtlichem Ermessen festzulegen. Die Bemessung erfolgt – wie nach altem Recht (aArt. 124 ZGB) – zweistufig: Da sich jeder Vorsorgeausgleich an der hälftigen Teilung orientiert, ist in einem ersten Schritt der Betrag festzulegen, der bei hälftiger Teilung geschuldet wäre. In einem zweiten Schritt ist dieser Betrag nach den Vorsorgebedürfnissen beider Ehegatten zu gewichten, denn die Angemessenheit der Entschädigung wird mit Rücksicht auf die Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten beurteilt. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten nach der Scheidung. Dem Gericht kommt dabei ein grosses Ermessen zu. Die Auszahlung der so festgelegten angemessenen Entschädigung kann (anstelle einer Rente oder Kapitalabfindung) auch durch Übertragung einer Austrittsleistung nach FZG erfolgen. Es kann sein, dass zwar ein bestimmtes Guthaben aus der beruflichen Vorsorge nicht geteilt werden kann, der Ehegatte aber über weitere Vorsorgeguthaben verfügt, die sehr wohl einer Teilung zugänglich sind. Das Gericht kann dann von diesen mehr als die Hälfte auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung nach Art. 124e Abs. 1 ZGB übertragen. Diese Möglichkeit wird in Art. 124e Abs. 1 ZGB nicht erwähnt, ist aber in Art. 22f Abs. 1 FZG ausdrücklich vorgesehen (Geiser, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 124e ZGB N 5, 8 und 9; Jungo/Grütter, a.a.O., Art. 124e ZGB N 3, 8 und 12; Widmer Lüchinger, a.a.O., Art. 63 IPRG N 64; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 10.60c f.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_623/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3; Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2013 4887, S. 4922).

13.8 Der Beklagte verfügt über eine Austrittsleistung nach FZG in Höhe von CHF 1'058'238.00

bei der D. Freizügigkeitsstiftung sowie über ausländische Vorsorgeguthaben im Betrag von CHF 409'158.- (vgl. E. 13.5).

13.8.1 Die hälftige Teilung der in der Schweiz gelegenen Vorsorgeguthaben ergibt einen Anspruch der Klägerin in Höhe von CHF 529'119.- (vgl. E. 13.3).

13.8.2 Anschliessend ist die angemessene Entschädigung gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB festzulegen (vgl. E. 13.7). Im ersten Schritt sind die ausländischen Vorsorgeguthaben hälftig zu teilen, was einen Betrag von CHF 204'579.00 ergibt. Anschliessend ist dieser Betrag – im zweiten Schritt – nach den Vorsorgebedürfnissen und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten nach der Scheidung zu gewichten. Vorliegend sind die unterschiedlichen Wohnsitze bzw. Lebensmittelpunkte der Parteien von grundlegender Bedeutung. In Mosambik, wo der Beklagte nach eigenen Angaben lebt, sind sowohl die Einkommen als auch die Lebenshaltungskosten bedeutend tiefer als in der Schweiz. Dies wird vom Beklagten anerkannt (. . .). Dementsprechend besteht auf Seiten der Klägerin ein wesentlich höheres Vorsorgebedürfnis. Der Beklagte hat nicht behauptet, er würde in Zukunft (insbesondere nach Eintritt ins ordentliche Pensionsalter) wieder in die Schweiz zurückkehren. Mangels gegenteiliger Hinweise ist bei der Klägerin davon auszugehen, dass sie auch künftig in der Schweiz leben wird. Am erheblich höheren Vorsorgebedürfnis der Klägerin würde sich aber selbst dann nichts ändern, wenn die Klägerin – als britische Staatsangehörige – ihren Lebensmittelpunkt nach Grossbritannien verlegen würde; auch zwischen Mosambik und Grossbritannien bestehen bezüglich Einkommen und Lebenshaltungskosten erhebliche Unterschiede. Kein anderes Bild ergibt sich, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien nach der Scheidung berücksichtigt werden: Die Klägerin hat zwar Anspruch auf einen naheheiligen Unterhalt in Form einer Kapitalabfindung sowie auf eine güterrechtliche Ausgleichszahlung. Aufgrund der unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz und Mosambik sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten dennoch als bedeutend besser einzustufen als jene der Klägerin. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, der Klägerin antragsgemäss die Hälfte der ausländischen Guthaben, mithin CHF 204'579.-, als Entschädigung gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB zuzusprechen. Die F. Freizügigkeitsstiftung ist entsprechend anzuweisen.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A1 2018 11 vom 19. November 2019

## **5. Vorsorgliche Massnahmen bei Kündigung eines Alleinvertriebsvertrags; Novenrecht**

### **5.1 Art. 261 ZPO und Art. 229 ZPO**

#### **Regeste:**

Art. 261 ZPO und Art. 229 ZPO – Novenrecht im vorsorglichen Massnahmeverfahren

#### **Aus dem Sachverhalt:**

1. Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in (...) (act. 1/3). Sie bezweckt im Wesentlichen den Vertrieb diverser Eigenmarken im Bereich (...). Ausserdem vertreibt sie in Lizenz auch verschiedene Fremddmarken (act. 1 N 11 f.; act. 1/4; act. 13 Rz 136).

2. Die Gesuchsgegnerin ist eine Gesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in (...). Ihr Zweck besteht insbesondere in der Produktion und dem Handel mit Waren aller Art (act. 1 N 13; act. 1/5; act. 13 Rz 136). Die Gesuchsgegnerin ist insbesondere für (...) bekannt. Diese werden in der Schweiz und in Deutschland unter der Bezeichnung (...) vertrieben, während sie andernorts (...) genannt werden (act. 1 N 14; act. 1/6; act. 13 Rz 136).

3. Die Parteien schlossen am (...) (act. 1/7) einen ersten und am (...) (act. 1/8) einen zweiten befristeten Alleinvertriebsvertrag über (...) ab. Damals firmierte die Gesuchstellerin als (...). Im Jahr (...) fusionierte die Gesuchstellerin mit der (...) und änderte ihre Firma in (...) um (act. 1 N 16; act. 1/4; act. 13 Rz 21, 136). Am (...) (act. 1/9) schlossen die Parteien einen dritten und am (...) (act. 1/2, der Alleinvertriebsvertrag vom (...) wird nachfolgend als «Alleinvertriebsvertrag» bezeichnet) einen vierten befristeten Alleinvertriebsvertrag über (...) ab. Die letzten beiden Alleinvertriebsverträge erwähnten als «Supplier» nebst der Gesuchsgegnerin eine (...).

4. Mit E-Mail vom (...) (act. 1/14) kündigte die Gesuchsgegnerin den Alleinvertriebsvertrag. Zeitgleich nahm sie die Zusammenarbeit mit der (...) für den Vertrieb der (...) in Deutschland auf (act. 1/15; act. 1/16). In der darauffolgenden Korrespondenz zwischen den Parteien war im Wesentlichen strittig, ob die Kündigung Gültigkeit erlangte oder nicht (act. 1/19–25).

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2. Die Gesuchstellerin beantragt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO. Darüber ist im summarischen Verfahren zu befinden (Art. 248 lit. d ZPO). Das summarische Verfahren ist ein Verfahren mit Beweisbeschränkung zum Ziel der Prozessbeschleunigung. Zudem zeichnet es sich durch eine summarische Prüfung der Rechtsfragen aus. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Verfügungsanspruch) und ihr aus dieser (möglichen) Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund). Ebenfalls zum Voraussetzungskatalog gehören das Glaubhaftmachen der zeitlichen Dringlichkeit sowie der Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahme. Glaubhaft machen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Die Gesuchstellerin hat darzulegen, dass das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen wahrscheinlich ist. Notwendig ist der Nachweis objektiver Anhaltspunkte, nach welchen eine gewisse Wahrscheinlichkeit

für die behaupteten Tatsachen spricht, wobei eine Restunsicherheit verbleiben kann (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 261 ZPO N 17 ff., N 25; Mazan, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 248 ZPO N 9; Presenti, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 248 ZPO N 1).

Wird die Anordnung einer Leistungsmassnahme verlangt, sind erheblich höhere Anforderungen an die Voraussetzungen der Hauptsache- und Nachteilsprognose sowie an die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit zu stellen, denn die Massnahme darf nur sehr restriktiv angeordnet werden, da sie einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung der Gegenpartei darstellt. Höhere Anforderungen sind zudem an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3, 3.2 [= Pra 2006 Nr. 95]; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 2. November 2017, in: ZR 117/ 2018 S. 207 ff. E. 2.2; Sprecher, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 261 ZPO N 65). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Entscheid über die angebehrten Massnahmen eine definitive Wirkung haben kann, weil der Streit mit der Anordnung der Massnahmen endet und ein Urteil gegenstandslos wird (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3, 3.2 [= Pra 2006 Nr. 95]).

Nicht nur bei der beantragten vorsorglichen positiven Verpflichtung, die Gesuchstellerin weiterhin mit (. . .) zu beliefern (Rechtsbegehren Ziff. 1), sondern auch beim vorsorglichen Verbot, (. . .) in (. . .) nicht an Dritte zu vertreiben (Rechtsbegehren Ziff. 2), wird eine Leistungsmassnahme angebehrt (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 5, 7; act. 1 N 97 f.; act. 13 Rz 122). Dabei würde der befristete Alleinvertriebsvertrag ohnehin am 31. Dezember 2021 enden. Der Massnahmeentscheid würde folglich einen rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache aufgrund der zu erwartenden Prozessdauer des Hauptsacheverfahrens (zumindest wahrscheinlich) vollständig vorwegnehmen. Mithin sind erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme und an die Begründetheit des Begehrens zu stellen.

3. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Verfügungsanspruch vorliegt. Basis jeder vorsorglichen Massnahme ist ein Verfügungsanspruch, d.h. ein zivilrechtlicher Anspruch der Gesuchstellerin (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 17). Wenn die Gesuchstellerin nicht nachweisen kann, dass ihr eine Berechtigung zukommt, so ist mittels vorsorglicher Massnahmen auch nichts zu schützen. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist bereits eine rechtliche Würdigung vorzunehmen und der Hauptsacheanspruch ist einer ersten Beurteilung zu unterziehen. Die Rechtsanwendung soll dabei möglichst mit voller Kognition stattfinden, denn das Gericht hat auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren die Rechtsprechungsaufgaben wahrzunehmen. Bei komplizierten Rechtsfragen, die umfangreiche Abklärungen erforderlich machen, ist jedoch eine Erleichterung zuzulassen. Im Interesse der Beschleunigung darf, soweit erforderlich, auch die Rechtsanwendung summarisch erfolgen und die umfassende Prüfung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten werden (Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 261 ZPO N 14 ff., 20). Der Entscheid betreffend die vorsorgliche Massnahme hat für

das Hauptsacheverfahren keine Rechtskraftwirkung; weder die tatsächlichen Feststellungen noch die summarisch geprüfte Rechtsauffassung des Massnahmegerichts binden das Hauptsachegericht (Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2014, Art. 263 ZPO N 7).

Die Voraussetzungen für den Bestand eines Verfügungsanspruches richten sich nach dem anwendbaren Recht, vorliegend mithin nach dem Schweizer Recht (*lex causae*; vgl. Art. 116 IPRG; act. 1/2 Ziff. 7g).

(...)

3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Alleinvertriebsvertrag der Gesuchstellerin zwar das exklusive Vertriebsrecht von (...) der Gesuchsgegnerin für das Vertragsgebiet (...) einräumt. Vorliegend ist jedoch von einer gültigen und rechtzeitig ausgesprochenen Kündigung des Alleinvertriebsvertrags durch die Gesuchsgegnerin auszugehen. Die Kündigung wurde so-dann sofort wirksam. Somit ist das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs infolge Untergangs durch Kündigung zu verneinen.

4. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Gesuchstellerin aus der Verletzung des (behaupteten) Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil gedroht hätte und mithin ein Verfügungsgrund gegeben wäre.

(...)

4.1 Die Gesuchstellerin hat den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, nämlich dass bei Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess durch eine bereits bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser so, wie er lautet (d.h. die Realvollstreckung), vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre, oder dass ihr ungeachtet der Möglichkeit nachträglichen Vollzugs ein nicht leicht zu ersetzender Schaden oder anderer Nachteil droht. Der Nachteil muss drohen, d.h. er darf noch nicht eingetreten sein. Ist der Nachteil bereits eingetreten und droht er nicht, sich zu vergrössern, besteht kein Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme, weil es dann nichts mehr vorzusorgen gibt. Unter einem Nachteil ist insbesondere jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten verursacht wurde oder werden kann, egal ob rechtlicher oder tatsächlicher Natur. Ausreichend zur Begründung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils ist auch eine drohende Erschwerung der Vollstreckung des Verfügungsanspruches (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 18 ff., 20 ff. m.w.H.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 16 ff., 23, 28b; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 261 ZPO N 17 ff., 23 ff. m.w.H.). Überdies kann ein drohender Vermögensschaden einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen, wobei nicht entscheidend ist, ob die drohende Beeinträchtigung schlussendlich mit Geld entschädigt werden kann (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom

28. Juni 2006, BBl 7221 ff., 7354; Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 20, wobei ein primär auf Schadenersatz gerichteter Anspruch am Nachteils-kriterium scheitert). Ein finanzieller Schaden genügt nur unter erhöhten Anforderungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen, was dann der Fall ist, wenn der finanzielle Schaden später nur schwer eingefordert werden kann (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 28b mit Verweis auf N 34 sowie N 30), so beispielsweise bei einem Verlust der Kundschaft oder Marktverwirrung (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Land vom 21. Mai 2012 E. 3, in: CAN 2012 Nr. 50 S. 145 ff.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 34). Auch die längere Nichtbelieferung einer Vertreiberin ist generell geeignet, deren Kundenstamm nachhaltig zu erodieren, was zu Einbussen führt, die im Einzelnen nur schwer zu beweisen und mit Geld allein nicht zu beheben sind (BGE 123 III 451 E. 3c; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 2. November 2017, in: ZR 117/2018 S. 207 ff. E. 4). Auch wenn ein Handeln oder eine Unterlassung grundsätzlich geeignet ist, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu begründen, befreit dies die gesuchstellende Partei jedoch nicht davon, den Nachteil substantiiert zu behaupten und darzulegen. Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen nachvollziehbar sind und unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht oder nicht genügend substantiiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. Urteil des Obergerichts Zug vom 10. Januar 2012 E. 3.3, in: GVP 2012 S. 204 ff.; Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 ZPO N 23 f.). Das Gericht nimmt auch keine über die Parteibehauptungen hinausgehenden Ermittlungen vor (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 ZPO N 12, 20). Es bleibt in Erinnerung zu rufen, dass vorliegend erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme und an die Begründetheit des Begehrens zu stellen sind, da um Erlass einer vorsorglichen Leistungsmassnahme ersucht wird (vgl. E. 2 in fine vorne).

4.2 Neben dem Verfügungsgrund ist im Folgenden ferner zu prüfen, ob die Noveneingabe der Gesuchstellerin zulässig und im Weiteren zu berücksichtigen ist. Die Gesuchstellerin begründet die Zulässigkeit der Noveneingabe lediglich pauschal und gibt an, es handle sich bei den neu-en Tatsachen um echte Noven, da diese allesamt nach Einreichen des Massnahmege-suchs entstanden seien (act. 9 N 2).

Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens gelten subsidiär für sämtliche übrigen und somit auch für das summarische Verfahren (Art. 219 ZPO). Das im ordentlichen Verfahren gel-tende System von Art. 229 ZPO kann jedoch nicht unbesehen auf das summarische Verfahren übertragen werden. Denn im summarischen Verfahren findet regelmässig nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (vgl. Art. 253 ZPO) und das Gericht kann auf die Durch-

führung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Die unbeschränkte Möglichkeit zum Vorbringen von Noven widerspricht ausserdem der geforderten Schnelligkeit des summarischen Verfahrens im Allgemeinen. Bei Durchführung des summarischen Verfahrens mit einem einmaligen Schriftenwechsel tritt der Aktenschluss daher nach der erstmaligen umfassenden Äusserungsmöglichkeit ein. Die Parteien haben keinen Anspruch, sich zweimal unbeschränkt frei zur Sache zu äussern. Es trifft sie vielmehr die Last, sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mit dem ersten Vortrag einzureichen. Nach Aktenschluss können die Parteien neue Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel mit spontanen Eingaben nur noch unter den Voraussetzungen für Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a oder b ZPO vorbringen. Echte Noven lassen sich ohne Weiteres noch einbringen, sofern dies ohne Verzug erfolgt. Unechte Noven dürfen hingegen nur noch eingereicht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon mit dem ersten Schriftenwechsel vorgetragen werden konnten. Werden unechte Noven vorgebracht, muss dargelegt werden, dass die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt sind (vgl. BGE 144 III 117 E. 2; Urteil des Obergerichts Zürich LF160046 vom 14. September 2016 E. II. 3.1; Urteil des Obergerichts Bern ZK 12 217 vom 21. September 2012 E. 25; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 229 ZPO N 17; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 229 ZPO N 27; Sogo/Baechler, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 3/2020 S. 317, 323 f. Fn 59). Das Novenrecht nach Art. 229 ZPO dient gerade nicht zum Nachholen von ursprünglich Versäumtem oder zur Rückgängigmachung prozessualer Nachlässigkeiten (vgl. Moret, Aktenschluss und Novenrecht, 2014, N 600 ff.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 101). Ferner sind Noven, deren Entstehung wesentlich vom Willen einer Partei abhängen und welche die Partei erst in einem Zeitpunkt entstehen lässt, nachdem Angriffs und Verteidigungsmittel nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden können (sog. PotestativNoven), nicht zu berücksichtigen. Da die Einbringung von Potestativ Noven mit zumutbarer Sorgfalt früher möglich gewesen wäre, widerspricht deren Berücksichtigung der Eventualmaxime sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_439/2014 vom 16. Februar 2015 E. 5, in: SZP 3/2015 S. 236, wobei sich das Prozessrecht aber nicht zur Frage äussert, ob eine Partei eine bestimmte Tatsache ins Leben rufen soll; Schmid/Hofer, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016 S. 282 ff., 294 Fn 148).

(...)

4.3 (...) Das Novenrecht im Sinne von Art. 229 ZPO dient gerade nicht zum Nachholen von ursprünglich Versäumtem oder zur Rückgängigmachung prozessualer Nachlässigkeiten. Folglich ist daran festzuhalten, dass die ursprünglichen Ausführungen der Gesuchstellerin zu den behaupteten Schadenspositionen (Rufschädigungen, entgangene Gewinne, Geschäftschancen, Marktverwirrung) und zu deren behaupteten erschwerten prozessualen Durchsetzung zu generell gehalten sind, weshalb damit ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nicht glaubhaft dargetan ist. (...)

5. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein. Neben dem Verfügungsanspruch ist folglich ein Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz erforderlich (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 ZPO N 7). Ausserdem muss die beantragte Massnahme verhältnismässig sein (Güngerich, a.a.O., Art. 261 ZPO N 39; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 112). Aufgrund des fehlenden Verfügungsanspruchs und -grundes besteht vorliegend auch keine Dringlichkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit ist zu beachten, dass der Alleinvertriebsvertrag (. . .). Die beantragte Leistungsmassnahme und dessen Wirkungen auf die Gesuchsgegnerin erscheint im Vergleich zu den nicht genügend substantiierten drohenden Schadenspositionen der Gesuchstellerin vielmehr als unverhältnismässig.

6. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen von Art. 261 ZPO nicht erfüllt sind und dementsprechend der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 26. März 2020 (act. 4) zu bestätigen ist. In diesem Sinne erübrigen sich auch Erwägungen zu den beantragten Vollstreckungsmassnahmen im Sinne von Art. 267 ZPO.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 15. Mai 2020 ES 2020 148

## **6. unentgeltliche Rechtspflege**

### **6.1 Art. 119 Abs. 6 ZPO**

#### **Regeste:**

Art. 119 Abs. 6 ZPO – Kostenaufgabe im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Massnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB und Ehescheidung)

#### **Aus den Erwägungen:**

[1.-3.]

4. Die Gesuchstellerin wohnt zusammen mit ihren beiden Kindern, [. . .].

4.1 Das (erweiterte) Existenzminimum der Gesuchstellerin und der beiden Kinder berechnet sich wie folgt (act. 1 samt Beilagen; insbesondere: act. 5 [Protokoll der Verhandlung vom 12. November 2020 im Verfahren ES 2020 400 samt Bedarfsberechnung]):

Grundbetrag Gesuchstellerin (plus 20 % Zuschlag) CHF 1'620.00

Grundbetrag [. . .] (plus 20 % Zuschlag) CHF 480.00

Grundbetrag [. . .] (plus 20 % Zuschlag) CHF 480.00

Miete (inkl. Nebenkosten) CHF 1'280.00

Krankenkasse Gesuchstellerin (nur KVG ./.. Prämienverbilligung) CHF 235.00

Krankenkasse [. . .] (nur KVG ./.. Prämienverbilligung) CHF 65.00

Krankenkasse [. . .] (nur KVG ./.. Prämienverbilligung) CHF 65.00  
Arbeitsweg CHF 289.00  
Schulskosten [. . .] CHF 160.00  
Auswärtiges Essen CHF 154.00  
Total Grundbedarf CHF 4'828.00

4.2 Demgegenüber erzielt die Gesuchstellerin ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 3'871.00 (vgl. act. 5 S. 4) Hinzu kommen ab dem 1. September 2020 die vom Prozessgegner den beiden Kindern geschuldeten Unterhaltsbeiträge von CHF 800.00 bzw. CHF 950.00, je inkl. Kinderzulagen (vgl. act. 5 S. 2), womit sich ein gesamtes monatliches Einkommen der Gesuchstellerin von CHF 5'621.00 ergibt. Der monatliche Überschuss über dem Existenzminimum beläuft sich somit auf CHF 793.00 und der jährliche Überschuss auf rund CHF 9'500.00. Aufgrund dieses Überschusses ist die Gesuchstellerin in der Lage, für die Kosten in den Verfahren betreffend Massnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB (ES 2020 400) und betreffend Ehescheidung (EO 2020 170) aufzukommen (mutmassliche Gerichtskosten [hälftiger Anteil] von insgesamt rund CHF 1'400.00 für beide Verfahren, mutmassliche Parteikosten von – da sich die Parteien vorzeitig geeinigt haben – weniger als CHF 5'000.00 [vgl. verfahrenseinleitende Verfügung im Verfahren ES 2020 400]). Verbleibt nämlich nach der Deckung des Grundbedarfs ein Überschuss, ist die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei zu verneinen, wenn es ihr der monatliche Überschuss ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen; zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 141 III 369 E. 4.1). Dies ist vorliegend der Fall.

5. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin sei im Sinne von Art. 117 ZPO bedürftig, weshalb das Gesuch abzuweisen ist. An diesem Resultat ändert auch nichts, wenn die Kinder von der Berechnung ausgenommen würden (Urteil des Bundesgerichts 7B.35/2005 vom 24. März 2005 E. 4.2). Der ihnen zustehende Unterhaltsbeitrag ist nämlich an deren Auslagen angemessen anzurechnen (Urteil des Obergerichts Zug BZ 2011 101 vom 12. April 2012 E. 3). Es resultiert bei der Gesuchstellerin somit nach wie vor ein genügend ho-her Überschuss. Sodann müsste bei der Gesuchstellerin, würden die Kinder weggelassen, mit einem tieferen Grundbetrag gerechnet werden (Urteil des Obergerichts Zug BZ 2011 101 vom 12. April 2012 E. 4.1), womit sich der Überschuss noch vergrössern würde (zum Wegfall der Bedürftigkeit während eines laufenden Verfahrens vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_124/2012 vom 28. März 2012 E. 3.3).

6. Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Mutwillig ist ein Gesuch etwa dann, wenn es dazu missbraucht wird, den Prozess zu verzögern, beispielsweise weil der Gesuchsteller offensichtlich nicht bedürftig oder sein Rechtsbegehren klarerweise aussichtslos ist, oder wenn es mit unkorrekten und unvollständigen Angaben begründet wird (Emmel, in: Sutter-

Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 119 ZPO N 15; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Art. 119 ZPO N 145). Dasselbe muss auch gelten, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel klarerweise ausreichen, um die Prozesskosten zu finanzieren.

Wie ausgeführt, verfügt die Gesuchstellerin über einen monatlichen Überschuss über dem Existenzminimum von CHF 793.00 bzw. einen jährlichen Überschuss von rund CHF 9'500.00. Damit kann sie die Prozesskosten finanzieren. Dass dies möglich ist, wurde der Gesuchstellerin an der Verhandlung vom 12. November 2020 im Verfahren ES 2020 400 denn auch vorgerechnet und es wurde ihr empfohlen, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückzuziehen. Dies lehnte die Gesuchstellerin ohne nachvollziehbare Gründe ab, was als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Ihr sind daher Gerichtskosten aufzuerlegen.

Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. November 2020 UP 2020 105

# B

Stichwortverzeichnis

Abauml;nderung des Scheidungsentscheids, 26  
Arbeitsrecht, 16

entgangene Arbeitgeberbeitrauml;ge an die berufliche Vorsorge (BVG), 13

Guuml;terrecht, 5

Nachbarrecht, hochstauml;mmiger Baum, 16

unentgeltliche Rechtspflege, 50