



# Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	
Gerichtspraxis	5
<b>I</b>	
Staats- und Verwaltungsrecht	6
1 Bau- und Planungsrecht	6
<b>II</b>	
Zivilrecht	12
1 Gesellschaftsrecht	12
2 Gleichstellungsgesetz	27
<b>III</b>	
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	36
1 Vollstreckungsrecht	36
<b>IV</b>	
Strafrecht	40
1 Materielles Strafrecht	40
<b>V</b>	
Rechtspflege	43
1 Anwaltsrecht	43
<b>B</b>	
Stichwortverzeichnis	51

# A

Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Bau- und Planungsrecht

#### 1.1 Reduktion des Mindestwohnanteils

##### **Regeste:**

§ 17 Abs. 3 aV PBG, § 18 lit. a BO Stadt Zug – Verletzung der Gemeindeautonomie

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

A. Die A. AG ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. D. in der Stadt Zug. Auf dem Grundstück besteht ein Wohn- und Geschäftshaus (E.-strasse F.) mit Baujahr 1959. Das Grundstück liegt in der Kernzone C (KC), wo ein Wohnanteil von 50 % vorgeschrieben ist, und ist 522 m<sup>2</sup> gross. Am 18. Dezember 2017 fand beim Wohn- und Geschäftshaus bezüglich diverser Umbauten in den vier Obergeschossen eine Bauabnahme statt. Dabei wurde festgestellt, dass im zweiten und dritten Obergeschoss nicht bewilligte Nutzungsänderungen vorgenommen worden waren. Anstelle von Wohnungen wurden im zweiten Obergeschoss eine Praxis und Büros und im dritten Obergeschoss ebenfalls Büros erstellt. Mit Schreiben vom 24. September 2018 beantragte die A. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1), es sei die Umnutzung im 2. OG und 3. OG von Wohnnutzung in Gewerbenutzung zu bewilligen. Es sei der Gesuchstellerin eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des zonenkonformen Wohnanteils um 75,95 m<sup>2</sup> bzw. 5 % zu erteilen, da die E.-strasse eine lärmbelastete Strasse und für Wohnen nicht attraktiv sei.

B. Mit Beschluss vom 22. Januar 2019 verweigerte der Stadtrat von Zug die nachträgliche Bewilligung zur Unterschreitung des Wohnanteils um 75,95 m<sup>2</sup>. Es wurde angeordnet, dass innert 12 Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheides die Gewerbenutzung (Büro- oder Praxisnutzung) im Umfang von 75,95 m<sup>2</sup> aufzugeben sei.

C. Eine Beschwerde gegen den Entscheid des Stadtrats von Zug hiess der Regierungsrat des Kantons Zug mit Beschluss vom 2. Juni 2020 gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und bewilligte die beantragte Reduktion des Mindestwohnanteils bei der Liegenschaft E.-strasse F., Zug, GS Nr. D., um 75,95 m<sup>2</sup> bzw. 5 %, nachdem am 19. Juni 2019 die Baudirektion in Anwesenheit der Beschwerdeparteien einen Augenschein durchgeführt hatte. Der Regierungsrat begründete seinen Entscheid damit, die am Augenschein gemachten Feststellungen hätten aufgezeigt, dass die wegen des Restaurants G. und des Restaurants H. bestehenden erheblichen Lärm- und Geruchsimmissionen auf die Liegenschaft E.-strasse F. sowie die Parkierungsanlagen und die Verkehrssituation im Innenhof bei der Liegenschaft E.-strasse F. zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a der Bauordnung der Stadt Zug (BO) führten. Es sei nicht ersichtlich, wie die Wohnqualität verbessert werden

könnte. Eine Unterschreitung des Wohnanteils um 5 % im vorliegenden Fall sei aus den dargelegten Gründen verhältnismässig und könne bewilligt werden.

D. Gegen den Regierungsratsbeschluss vom 2. Juni 2020 erhob der Stadtrat von Zug am 3. Juli 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, der Regierungsratsbeschluss sei aufzuheben, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegner.

### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

4.

4.1 Gemäss § 36 BO ist in der Kernzone C (KC) ein minimaler Wohnanteil von 50 % vorgeschrieben. Paragraf 17 Abs. 3 aV PBG sieht vor, dass der Gemeinderat bei besonderen Verhältnissen die Mindestnutzungsanteile reduzieren oder auf sie verzichten kann. Gemäss § 18 BO kann der Stadtrat den Wohnanteil reduzieren oder aufheben, a) wenn die Wohnqualität wegen der Lage der Räume schlecht ist und nicht verbessert werden kann, b) wenn die Reduktion Kleinbetrieben im Erdgeschoss dient, c) wenn Einrichtungen öffentlichen Interessen oder der Quartierversorgung dienen. Die Kernzone C ist der Lärmempfindlichkeitsstufe III zugewiesen (§ 36 BO). Die Empfindlichkeitsstufe III gilt gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV in Zonen, in denen mässig störende Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohn- und Gewerbezonem (Mischzonem) sowie Landwirtschaftszonen.

4.2 Vorliegend geht es um die Auslegung von § 18 lit. a BO, somit um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs des kommunalen Rechts. Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 137 I 235 E. 2.2 m.w.H.; Marco Donatsch, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 20 N 57). Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des kommunalen Rechts steht in erster Linie den kommunalen Behörden zu und ist von den Rechtsmittelbehörden nur mit Zurückhaltung zu überprüfen. Der Gemeinde steht diesbezüglich somit eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit und damit eine Autonomie zu, und die Rechtsmittelinstanzen dürfen nicht unter mehreren verfügbaren und angemessenen

Auslegungsmöglichkeiten eine sinnvolle, zweckmässige Interpretation einer kommunalen Norm durch die Gemeinde durch ihre eigene Auslegung ersetzen (vgl. BGE 136 I 395 E. 3.2.3; BGer 1C\_5/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3 m.w.H.). Der Stadtrat von Zug verfügt somit bei der Auslegung von § 18 lit. a BO über Autonomie.

5.

5.1 Der Stadtrat von Zug hält in seinem Beschluss vom 22. Januar 2019, mit welchem er die nachträgliche Bewilligung zur Unterschreitung des Wohnanteils verweigert, fest, alle drei Vierzimmer-Wohnungen im Wohn- und Geschäftshaus an der E.-strasse F. hätten gleiche Grundrisse. Das Wohn- und Esszimmer sei zum «Durchwohnen» konzipiert. Das heisse, das Lüften über den ruhigen Innenhof sei problemlos möglich. Zudem sei ein Schlafzimmer pro Wohnung ebenfalls zum Innenhof orientiert. Es sei somit nicht nachgewiesen, warum die Wohnqualität wegen der Lage der Räume so schlecht sein sollte, dass der Wohnanteil reduziert werden müsste. Auch eine Ausnahmebewilligung im Sinne von § 31 Abs. 1 aV PBG könne nicht erteilt werden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Einhaltung des Wohnanteils zu einer unzumutbaren Lösung führe oder eine unbillige Härte bedeuten würde, zumal die Räume im zweiten und dritten Obergeschoss in den am 11. Mai 2017 zur Bewilligung eingegangenen und am 22. Juni 2017 bewilligten Plänen als Wohnnutzungen ausgewiesen worden seien. Im Übrigen stehe es der Bauherrschaft frei, den fehlenden Wohnanteil mittels Übertragung von Nutzungsanteilen gemäss § 17 Abs. 2 aV PBG zu heilen.

5.2 Der Regierungsrat begründet die Gutheissung der Verwaltungsbeschwerde in seinem Beschluss wie folgt (E. 2c f.):

«Am Augenschein der Baudirektion vom 19. Juni 2019 konnte festgestellt werden, dass südlich der streitbetroffenen Liegenschaft E.-strasse F. beim Restaurant G. eine grössere Lüftungsanlage besteht, die auf dieser Seite zu Lärm- und Geruchsmissionen führt. Die Anlage befindet sich auf einem Garagenanbau, d.h. ungefähr auf Höhe des ersten Obergeschosses der streitbetroffenen Liegenschaft, und ist auf die Fassade der E.-strasse F. gerichtet. Die Distanz zwischen dem Gebäude des Restaurants G. und der E.-strasse F. beträgt an der schmalsten Stelle nur ca. 2 Meter. Die Distanz der Lüftungsanlage zu den nächsten Fenstern der E.-strasse F. beträgt ungefähr 5-6 Meter, womit diese direkt von den Immissionen betroffen sind. Der Saal des Restaurants G. («Säli») für grössere Festgesellschaften (gemäss der Website des Restaurants G. bis zu 55 Personen) befindet sich im 1. Obergeschoss und damit auf Höhe des 1. und 2. Obergeschosses der E.-strasse F. ebenfalls in wenigen Metern Distanz. Im 3. Obergeschoss des Restaurants G. besteht noch eine grössere Terrasse, die ebenfalls für das Restaurant genutzt und zu entsprechenden Immissionen führen kann. Schliesslich befindet sich auf dieser Seite auch ein Ein- und Ausgang des Restaurants G. mit einer schweren Holztüre, die zu den Parkplätzen führt. Die Gäste betreten und verlassen das Restaurant durch diese Türe, was mit entsprechenden Immissionen auf die E.-strasse F. verbunden ist. Nördlich

von der streitbetroffenen Liegenschaft an der E.-strasse K. besteht im Erdgeschoss ein zweites Restaurant, nämlich das «H.». In Richtung Hinterhof hat das Restaurant einen Anbau erstellt, in dem weitere Gäste bewirtet werden. Ein Lüftungsrohr führt vom Restaurant die Hauswand hinauf, wobei das Rohr ungefähr 2 Meter über den Dachrand hinausgeführt wird. Mit den beiden direkt angrenzenden Restaurants sind erhebliche Lärm- und Geruchsmissionen auf die Liegenschaft E.-strasse F. verbunden, was zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO führt.

Es konnte am Augenschein auch festgestellt werden, dass östlich der E.-strasse F. im Innenhof eine oberirdische Parkierungsanlage mit ca. 50 Parkplätzen vorhanden ist. Der Innenhof wird hauptsächlich von der L.-strasse her erschlossen. Weiter besteht für eine unterirdische Garage eine Ein- und Ausfahrt mit einer relativ steilen Rampe, die auf die streitbetroffene Liegenschaft zuläuft. Die Rampe liegt in ca. 12 Meter Entfernung zur E.-strasse F. und hat entsprechende Immissionen auf die Liegenschaft zur Folge. Es konnte weiter festgestellt werden, dass mehrere Parkplätze vorhanden sind, die unmittelbar an das Gebäude grenzen oder nur einen sehr kleinen Abstand zur E.-strasse F. einhalten. Selbstredend ist das mit Immissionen wie Motorenlärm und Türeenschlagen auf die Liegenschaft verbunden. Die schmale Lücke zwischen dem Restaurant G. und der E.-strasse F. kann ebenfalls für motorisierte Fahrzeuge als Erschliessung für die Parkplätze benutzt werden, was mit Lärm- und Abgasmissionen für die E.-strasse F. aus kleiner Distanz verbunden ist. Schliesslich befindet sich auch die Garage bzw. das Garagentor des Restaurants G. in unmittelbarer Nähe der E.-strasse F. Auf der Westseite der streitbetroffenen Liegenschaft liegt die E.-strasse, auf der erheblicher Auto- und Busverkehr festgestellt werden konnte. Auf der Ostseite der E.-strasse war am Augenschein der Verkehrslärm so laut, dass man sich gegenseitig nicht verstand und auf die Westseite wechseln musste. Gemäss der Berechnung der Bauherrschaft vom 16. September 2019 fahren an Werktagen bis zu 537 öffentliche Verkehrsbusse der Linien 3, 6, 7, 11 und 16 vor der E.-strasse F. durch. Auf der gegenüberliegenden Seite der E.-strasse F. befindet sich zudem eine Bushaltestelle, was mit zusätzlichem Lärm beim Anhalten und Anfahren der Busse verbunden ist. Daraus folgt, dass auch die Parkierungsanlagen und die Verkehrssituation bei der Liegenschaft E.-strasse F. zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO führen.»

5.3 Gemäss den Ausführungen in E. 4.2 verfügt der Stadtrat von Zug bei der Auslegung von § 18 lit. a BO über Autonomie. Es fragt sich deshalb, ob der Regierungsrat diese Gemeindeautonomie respektiert oder ob er stattdessen einen vertretbaren Entscheid der Gemeinde in unzulässiger Weise korrigiert bzw. zu Unrecht in das Ermessen der kommunalen Behörde eingegriffen hat. Dem Verwaltungsgericht kommt nur Rechtskontrolle zu (§ 63 Abs. 1 VRG). Dagegen ist es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, eine eigene umfassende Beurteilung der Wohnqualität im streitgegenständlichen Gebäude vorzunehmen; damit würde es seine eigene Kognition

überschreiten (BGer 1P.678/2004 vom 21. Juni 2005 E. 4.3, in: ZBI 107/2006 S. 430 ff.).

5.4 Bei der Anwendung von § 18 lit. a BO muss im konkreten Fall festgestellt werden, was wegen der Lage der Räume als schlechte Wohnqualität anzusehen ist, welche nicht verbessert werden kann. Der Stadtrat von Zug begründete seinen ablehnenden Beschluss vom 22. Januar 2019 eher knapp. Zu einer ausgedehnteren Begründung war er jedoch auch nicht verpflichtet, begründete die Beschwerdegegnerin 1 ihr Gesuch vom 24. September 2018 um Nutzungsänderung, Wohnen zu Büro, doch einzig mit der lärmbelasteten E.-strasse, die für das Wohnen nicht attraktiv sei. Dass die Lärmemissionen der E.-strasse hoch sind, ist unbestritten. Das belegte u.a. auch der von der Baudirektion am 19. Juni 2019 von 11:00 bis 12:00 Uhr durchgeführte Augenschein. Gemäss Strassenlärmkataster (s. <https://www.zugmap.ch>), Beurteilungspunkt M., ist der Immissionsgrenzwert bei der Liegenschaft E.-strasse F. um 3 dB(A) am Tag und in der Nacht überschritten. Gerade der Augenschein zeigte aber auch auf, dass es im Innenhof auf der Ostseite wesentlich ruhiger ist und die Grenzwerte mit Sicherheit nicht überschritten sind, auch wenn es auch dort unbestrittenermassen sowohl Lärm- als auch Geruchsimmissionen durch die Restaurants G. und H., die 50 oberirdischen Parkplätze sowie die Ein- und Ausfahrt zur und von der unterirdischen Garage gibt. Den Plänen kann entnommen werden, dass alle Wohn- bzw. Esszimmer der drei ohne Bewilligung umgenutzten Vierzimmer-Wohnungen im 2. und 3. Obergeschoss auf den Innenhof entlüftet werden können. Jede Vierzimmer-Wohnung verfügt zudem im Bereich der Küche über einen Balkon, und zudem ist ein Schlafzimmer pro Wohnung ebenfalls zum Innenhof orientiert. Damit kann ohne weiteres festgestellt werden, dass die Einschränkung der Wohnqualität durch die lärmige E.-strasse zu einem grossen Teil dadurch kompensiert werden kann, dass die Wohnungen zum wesentlich ruhigeren Innenhof entlüftet werden können und mit den Küchen und zumindest einem Schlafzimmer pro Wohnung weitere Räume vorhanden sind, die dorthin ausgerichtet sind. Bei der Beurteilung der Frage, ob tatsächlich eine schlechte Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO vorhanden ist, ist nicht nur die Abwesenheit von übermässigen Lärmimmissionen massgebend, sondern es sind auch andere Aspekte zu berücksichtigen. Unter Wohnqualität sind die Vorzüge zu verstehen, welche das Wohlbefinden der Bevölkerung positiv beeinflussen. Gefragt sind z. B. gute Verkehrserschliessung (auch durch öffentlichen Verkehr), geringe Lärm- und Luftbelastung, gute Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ausreichend Grün- und Freiräume, hochwertige und identitätsstiftende Architektur sowie eine Siedlungsstruktur, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt fördert und Möglichkeiten der Beteiligung am Gemeinschaftsleben bietet (Pierre Tschannen, in: Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, 2019, Art. 1 N 32; Huser/Bühlmann/Muggli, Begriffe zur Raumplanung, ein Nachschlagewerk für die Praxis, VLP-Schrift Nr. 67, 1996, S. 142 f.; Bericht des Bundesrates vom 18. Februar 2015 zur Agglomerationspolitik des Bundes 2016+, S. 89; Botschaft vom 20. Januar 2010 zu einer Teilrevision des Raumplanungs-

gesetzes, BBl 2010 1070). Mit Ausnahme der geringen Lärm- und Luftbelastung scheinen die genannten beispielhaften Aspekte, welche zur Wohnqualität beitragen, im vorliegenden Fall vorhanden zu sein; die Beschwerdeführerin bringt jedenfalls ausser der wegen der vorhandenen Lärmbelastung durch die E.-strasse etwas eingeschränkten Attraktivität für das Wohnen nichts Gegenteiliges vor. Hinzu kommen unbestrittenermassen gewisse Geruchsimmissionen von den beiden Restaurants. Im Gebäude bestehen aber auch bereits Wohnnutzungen, weshalb es offenbar nicht derart unzumutbar ist, in diesem Gebäude zu wohnen, wie dies die Beschwerdegegnerin 1 sinngemäss weismachen möchte. Dass die Räume offenbar zur Geschäftsnutzung leichter zu vermieten sind als zur Wohnnutzung, reicht allein nicht aus, den vorgeschriebenen Mindestnutzungsanteil zu reduzieren. Zu berücksichtigen ist auch, dass an der Einhaltung der Mindestwohnanteile ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Es ist ein raumplanerisch und sozialpolitisch wichtiges Anliegen, der Entleerung der Stadtkerne von der Wohnbevölkerung entgegenzuwirken und die erwünschte Durchmischung von Arbeits- und Wohnplätzen sicherzustellen, um damit möglichst auch preisgünstige Wohnungen zu erhalten und den Verkehrsstrom der Pendler zu reduzieren (BGE 111 Ia 93 E. 2b). Die Wohnlichkeit der Städte bedingt unter anderem, dass die Wohnnutzung in den Zentren erhalten bleibt und die Stadtkerne auch ausserhalb der Arbeitszeit belebt sind. In der Stadt Zug reicht die Kernzone C entlang der N.- und der E.-strasse von I. bis zur J.-strasse. Eine zu liberale Gewährung von Wohnanteilsreduktionen in der Kernzone C würde es zukünftigen Bauherrschaften leicht machen, gestützt auf vorhandene Lärmquellen eine Reduktion von Wohnanteilen zu erhalten, was die auf demokratischem Weg zustande gekommenen Wohnanteilsvorschriften unterlaufen würde. Dem Stadtrat ist zudem zuzustimmen, dass Verkehrsimmissionen allenfalls durch zumutbare Schallschutzmassnahmen auf eine für die Wohnnutzung erträgliche Lärmbelastung vermindert werden können (vgl. Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01]) und im Übrigen der Lärm in erster Linie durch Massnahmen bei der Quelle zu begrenzen ist (Art. 11 Abs. 1 USG), somit eine allenfalls festgestellte schlechte Wohnqualität wegen der Lage der Räume durchaus verbessert werden kann. Das Vorhandensein von Gründen für einen Verzicht auf allfällige Schallschutzmassnahmen (vgl. Art. 15 Abs. 3 LSV) hat die Beschwerdegegnerin 1 jedenfalls nicht belegt.

5.5 Wenn der Stadtrat von Zug unter Berücksichtigung all dieser Umstände den Schluss zog, die Voraussetzungen von § 18 lit. a BO seien nicht erfüllt, ist dies vertretbar. Der Regierungsrat hat mit seiner eigenen Würdigung zu Unrecht in das Ermessen der kommunalen Behörde eingegriffen. In dieser Überschreitung der Prüfungsbefugnis liegt Willkür, was eine Rechtsverletzung bedeutet. Gleichzeitig hat der Regierungsrat damit die Gemeindeautonomie verletzt. Die Beschwerde ist begründet und daher gutzuheissen. Der Entscheid des Regierungsrats vom 2. Juni 2020 ist aufzuheben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Juni 2021, V 2020 34

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank<sup>1</sup>

## II. Zivilrecht

### 1. Gesellschaftsrecht

#### 1.1 Art. 697i und Art. 697j i.V.m. Art. 697m OR; Art. 706b OR

##### **Regeste:**

Solange der Aktionär seinen GAFI-Meldepflichten nach Art. 697i und Art. 697j OR nicht nachgekommen ist, ruhen gemäss Art. 697m Abs. 1 OR die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss. Die Erfüllung der Meldepflicht verfolgt keinen Selbstzweck. Eine Ausnahme von der Meldepflicht besteht namentlich dann, wenn der Gesellschaft die meldepflichtigen Angaben gemäss Art. 697i OR und Art. 697j OR bekannt sind und die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung vornehmen kann (E. 4.6). Die Berufung auf 697m Abs. 1 OR ist im Übrigen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB missbräuchlich, wenn die Anrufung dieser Norm zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, und das Verhalten der sich darauf berufenden Aktiengesellschaft gleichsam im Widerspruch zu ihrem früherem Verhalten steht (E. 6). Die Abhaltung einer Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung stellt einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss (E. 8).

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

1.1 Die Beklagte ist eine nicht börsennotierte Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug und bezweckt den Rohstoffhandel als Händler, Distributor oder Agent sowie die Beratung von Rohstoffproduzenten, Handelsunternehmen und anderen Dienstleistern in dieser Branche.

1.2 Die Beklagte wurde ursprünglich im Jahr 2011 von A. und B. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht unter der Firma C. GmbH gegründet. A. und B. waren als Gesellschafter je 50 % am Stammkapital von CHF 20'000.- der C. GmbH beteiligt.

---

<sup>1</sup><https://verwaltungsgericht.zg.ch>

1.3 Am 23. Oktober 2014 (Datum des Eintrags im Handelsregister) änderte die Beklagte ihre Rechtsform und wurde in die heutige Aktiengesellschaft umgewandelt. Das Aktienkapital der Beklagten von CHF 100'000.– ist in 1'000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 100.– eingeteilt.

1.4 Im Zusammenhang mit der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die von B. zu 100 % beherrschte B. mbH, eine deutsche Gesellschaft mit begrenzter Haftung mit Sitz in Ingolstadt, Deutschland, CHF 40'000.– ein. Nach der Umwandlung verkaufte B. seine Beteiligung von 10 % an der Beklagten an die B. mbH, die daraufhin 50 % der Anteile an der Beklagten hielt.

1.5 Die Klägerin ist eine deutsche Gesellschaft mit begrenzter Haftung mit Sitz in München, Deutschland. Im Zusammenhang mit der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die Klägerin, welche zu diesem Zeitpunkt zu 100 % direkt von A. gehalten wurde, ebenfalls CHF 40'000.– ein. Gemäss Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 13. Juni 2014 wurden der Klägerin daher total 400 Inhaberaktien zugeteilt. Das entsprach einer Beteiligung von 40 % am Aktienkapital der Beklagten. Weitere 100 Inhaberaktien und damit 10 % am Aktienkapital wurden A. zugeteilt. Nach der Umwandlung übertrug A. seine Beteiligung von 10 % an der Beklagten an die Klägerin.

1.6 Vom Parlament wurde am 12. Dezember 2014 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) verabschiedet. Am 1. Juli 2015 traten die sog. GAFI-Bestimmungen von Art. 697i-m im OR in Kraft.

1.7 Am 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017 fanden ausserordentliche Generalversammlungen der Beklagten – in Form von Universalversammlungen – statt, an welchen die Klägerin teilnahm und insbesondere Dividendenausschüttungen beschlossen wurden.

1.8 Am 8. August 2018 stellte die Klägerin beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, ein Gesuch betreffend Auskunft und Einsicht sowie betreffend Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gegen die Beklagte (Verfahren ES 2018 449). Mit Entscheid vom 6. März 2019 wies der Einzelrichter das Gesuch ab.

1.9 Am 16. April 2019 hielt die Beklagte drei ordentliche Generalversammlungen für die Geschäftsjahre 2015, 2016 und 2017 in Form von Universalversammlungen ab. An diesen Generalversammlungen wurden für diese Geschäftsjahre der Beklagten sämtliche Jahresrechnungen und Geschäftsberichte sowie die jeweilige Gewinn- und Verlustverwendung genehmigt. Zudem wurden sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern Entlastung erteilt und die bestehenden Verwaltungsratsmitglieder für eine

neue dreijährige Amtsperiode bis 2021 gewählt. Die Klägerin wurde zu diesen Versammlungen weder eingeladen, noch nahm sie an diesen teil.

### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

3. Betreffend die Gültigkeit der am 16. April 2019 getroffenen Generalversammlungsbeschlüsse stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin hätten im relevanten Zeitraum i.S.v. Art. 697m Abs. 1 OR geruht, da sie es zuvor versäumt habe, die gesetzlich geforderten GAFI-Meldungen vorzunehmen. Als Konsequenz daraus sei der Klägerin kein Anspruch auf Einladung und Teilnahme an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 zugekommen.

3.1 Die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin seien bis am 23. April 2019 suspendiert gewesen, da es die Klägerin bis dahin unterlassen habe, ihrer Pflicht zur Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien gemäss Art. 697i OR sowie der Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR nachzukommen. Erst mit dem mit Datum vom 15. April 2019 versehenen Schreiben (eingegangen bei der Beklagten am 23. April 2019) sei die Klägerin ihren GAFI-Meldepflichten nachgekommen. Gemäss diesem Schreiben sei A. wirtschaftlich berechtigte Person (Ultimate Beneficial Owner [UBO]) der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Meldung zu 50% am Aktienkapital der Beklagten beteiligt gewesen sei.

Den entsprechenden Generalversammlungen der Beklagten vom 16. April 2019 sei ein Gesuch betreffend Auskunft und Einsicht sowie betreffend Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gegen die Beklagte vom 8. August 2018 und ein entsprechendes Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug vorausgegangen (Verfahren ES 2018 449). Im Entscheid vom 6. März 2019 habe der Einzelrichter festgehalten, dass die Klägerin ihren GAFI-Meldepflichten nicht nachgekommen sei und deshalb ihre Mitgliedschaftsrechte ruhen würden.

Auch das von der Klägerin im Verfahren ES 2018 449 eingereichte und vom Einzelrichter aufgrund der Novenschanke nicht mehr berücksichtigte Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 habe die gesetzlichen Anforderungen an korrekte GAFI-Meldungen nicht erfüllt. Die Klägerin verschweige dabei, dass insbesondere die GAFI-Meldung nach Art. 697i OR namentlich mangels des erforderlichen Identifikationsnachweises nicht rechtsgenügend erfolgt sei. Mit dem Schreiben vom 13. Dezember 2018 habe der Rechtsvertreter der Klägerin nur einen nicht beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister der Klägerin vom 20. November 2017 vorgelegt. Es habe somit an der erforderlichen Beglaubigung und der Aktualität des Auszugs gefehlt. Die vermeintlichen GAFI-Meldungen der Klägerin seien damit offenkundig unvollständig gewesen und hätten von der Beklagten in dieser Form nicht anerkannt werden dürfen. Gemäss dem GAFI-Gesetz sei es einzig und allein an der Klägerin

gewesen, ihren GAFI-Meldungen proaktiv unter Beilegung der erforderlichen Dokumente nachzukommen. Die Beklagte sei in keiner Weise verpflichtet, eigene Nachforschungen anzustellen. Auch eine anerkannte oder unbestrittene Aktionärserschaft würde den Aktionär nicht von der formellen Meldepflicht entbinden. Es handle sich um ein sehr formalisiertes Verfahren, und es gehe um Geldwäscherei und die Terrorismusbekämpfung. Das Gesetz schreibe klar vor, wie diese Meldung zu erstatten sei. In Bezug auf die gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen bleibe kein Interpretationsspielraum.

Die Beklagte sei somit ohne Weiteres berechtigt gewesen, die Generalversammlungen als Universalversammlungen i.S.v. Art. 701 OR abzuhalten. Einer vorgängigen Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) habe es nicht bedurft; eine derartige Einberufungsmodalität gelte bei einer Universalversammlung gerade nicht.

3.2 Die Klägerin bringt demgegenüber zusammengefasst und im Wesentlichen vor, die Beklagte wisse seit ihrer Umwandlung von einer GmbH in eine AG im Herbst 2014 um die Aktionärsstellung der Klägerin. Diese Aktionärsstellung habe die Beklagte seither auch mehrfach anerkannt. Die Klägerin legt verschiedene Ereignisse dar, bei welchen die Beklagte die Aktionärsstellung der Klägerin und den an den Aktien der Beklagten wirtschaftlich Berechtigten anerkannt habe. Beispielsweise habe die Beklagte die Klägerin in einem hängigen Gerichtsverfahren in Deutschland als ihre «50 %-ige Aktionärin» bezeichnet. Weiter habe die Beklagte im Jahr 2017 zwei ausserordentliche Generalversammlungen durchgeführt, zu denen die Klägerin zugelassen und an denen ihr jeweils eine Dividende ausgeschüttet worden sei – einmal sogar explizit entsprechend ihrer 50 %-igen Beteiligung.

Ebenso habe die Beklagte A. mehrfach als wirtschaftlich berechtigte Person an 500 ihrer Inhaberaktien, die von der Klägerin gehalten würden, anerkannt. So habe die Beklagte A. als ihren «UBO» bezeichnet. Weiter habe die Beklagte Kaufangebote hinsichtlich der 50 %-Beteiligung der Klägerin an der Beklagten explizit an A. gerichtet. Zudem habe die Beklagte A. in einem hängigen Gerichtsverfahren in Deutschland als mittelbar (über die Klägerin) an der Beklagten beteiligt bezeichnet.

Schliesslich habe die Klägerin der Beklagten vorsichtshalber am 13. Dezember 2018 eine Meldung betreffend die von ihr gehaltenen Inhaberaktien an der Beklagten und ihrer wirtschaftlich berechtigten Person zugestellt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt seien deshalb sämtliche (vorgeschobenen) Zweifel der Beklagten an der Stellung der Klägerin als 50 %-ige Aktionärin der Beklagten und an der Stellung von A. als wirtschaftlich berechtigte Person an der Beklagten ausgeschlossen gewesen.

Selbst wenn das Schreiben vom 13. Dezember 2018 nicht als rechtsgültige GAFI-Meldung gewertet würde, hätte die Beklagte zur Wahrung der Aktionärsrechte dieser

«unbekannten» Aktionäre die Einberufung der strittigen Generalversammlungen, zumindest aber die Mitteilung über die Auflage der Geschäftsberichte am Gesellschaftssitz im SHAB publizieren müssen. Schliesslich hätte den «unbekannten» Aktionären die Möglichkeit geboten werden müssen, sich mittels (rechtzeitiger) GAFI-Meldung Zugang zu den strittigen Generalversammlungen zu verschaffen. Aus diesem Grund habe die Beklagte auf keinen Fall auf die Publikationen im SHAB verzichten dürfen.

Im Ergebnis sei der Klägerin als unliebsame Aktionärin eine Teilnahme an den strittigen Generalversammlungen bewusst verunmöglicht worden. Dabei habe es sich nicht etwa um ein Versehen seitens der Beklagten gehandelt. Vielmehr hätten die Beklagte und die andere 50%-ige Aktionärin der Beklagten beabsichtigt, die Klägerin bewusst von der Beschlussfassung und Geltendmachung ihrer Aktionärsrechte ausschliessen. Die jeweiligen Generalversammlungsbeschlüsse seien deshalb nichtig. Die SHAB-Meldung sei gesetzlich und gemäss Art. 21 der Statuten der Beklagten vorgeschrieben gewesen.

4. Ausgehend von der (materiell-rechtlichen) Aktionärsstellung der Klägerin ist vorliegend die strittige Rechtsfrage zu klären, ob die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin i.S.v. Art. 697m Abs. 1 OR geruht haben und die Beklagte berechtigt war, die Klägerin von den Generalversammlungen der Beklagten vom 16. April 2019 auszuschliessen.

4.1 Am 1. Juli 2015 traten die GAFI-Bestimmungen von Art. 697i-m OR in Kraft. Dabei betrifft ein wesentlicher Anteil der neuen Regulierung verschärfte Meldepflichten von Inhabern von Beteiligungsrechten, insbesondere den Aktionären (Facincani/Sutter, Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX 2015 S. 216).

Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, muss gemäss Art. 697i Abs. 1 OR den Erwerb, seinen Vor- und seinen Nachnamen oder seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist der Gesellschaft melden. Der Aktionär hat den Besitz der Inhaberaktie nachzuweisen und sich als ausländische juristische Person wie folgt zu identifizieren: durch einen aktuellen beglaubigten Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder durch eine gleichwertige Urkunde (Art. 697i Abs. 2 OR). Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft gemäss Art. 697j Abs. 1 OR innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).

Die Meldepflicht des Inhaberaktionärs findet ihren Gegenpart in der Pflicht der Inhaberaktiengesellschaft ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die

der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen (vgl. Art. 697i Abs. 1 OR; Lutz/Kern, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ 2015 S. 307; Glanzmann, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, 2016, S. 293). Dieses Verzeichnis enthält bei juristischen Personen die Firma sowie die Adresse der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697i Abs. 2 OR).

Gemäss Art. 697m Abs. 1 OR ruhen die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss, solange der Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist. Nach Art. 3 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen müssen Personen, die beim Inkrafttreten der Änderung bereits Inhaberaktien halten, ihrer Meldepflicht innert sechs Monaten nachkommen, d.h. bis 1. Januar 2016 (vgl. Glanzmann, a.a.O., S. 290).

4.2 Mit den im Jahr 2015 eingeführten GAFI-Bestimmungen Art. 697i–m OR bezweckte der Gesetzgeber, die Transparenz bei juristischen Personen zu erhöhen. Mit verschiedenen Massnahmen war beabsichtigt, sicherzustellen, dass die Behörden Zugang zu den Informationen über die Aktionärinnen und Aktionäre und die Personen haben, die eine juristische Person letztendlich kontrollieren, insbesondere bei Gesellschaften mit Inhaberaktien (Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI] vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 [nachfolgend: Botschaft], S. 607; vgl. auch Gericke/Kuhn, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 2015 S. 853; Spoerlé, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 697i OR N 2). Mit den Massnahmen sollten die für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zuständigen Behörden rechtzeitig hinreichende, verwertbare und aktuelle Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten und über die Kontrolle juristischer Personen erhalten bzw. darauf zugreifen können (Botschaft, S. 614). Um diesen Zugriff durch die Behörden zu gewährleisten, sollte die Gesellschaft (oder der bezeichnete Finanzintermediär) verpflichtet werden, ein Verzeichnis über die meldepflichtigen Inhaberinnen und Inhaber und wirtschaftlich Berechtigten von Inhaberaktien zu führen (Botschaft, S. 618).

4.3 Der Zweck der Meldepflicht besteht somit darin, Transparenz zu schaffen. Die Erfüllung der Meldepflicht verfolgt mithin keinen Selbstzweck. Vor diesem Hintergrund soll nach gewissen Vertretern in der Lehre eine Ausnahme von der Meldepflicht namentlich dann bestehen, wenn der Gesellschaft die meldepflichtigen Angaben gemäss Art. 697i OR und Art. 697j OR bekannt sind und die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung vornehmen kann (vgl. Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697i OR N 16; dieselben,

a.a.O., Art. 697j OR N 70). Eine Meldung gemäss Art. 697i OR erübrigt sich beispielsweise bei einer Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Inhaberk Aktien, da die Anteilseigner aufgrund der gesetzlichen Regelungen für diese Formen von juristischen Personen bereits bekannt sind (Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697i OR N 16).

4.4 Erfolgt zwar gestützt auf die GAFI-Bestimmungen eine Meldung, beinhaltet diese aber nicht alle gesetzlich geforderten Angaben oder Nachweise, so ist in der Lehre umstritten, ob der meldepflichtige Erwerber damit seine Meldepflicht erfüllt hat (verneinend: Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 23; behärend: in Bezug auf den Besitzesnachweis und die Identifikationspflicht, mit der Begründung, dass die einschneidenden Rechtsfolgen einer Meldepflichtverletzung in diesen Fällen unverhältnismässig wäre, da die Beibringung dieser Belege nur der Bestätigung der erfolgten Meldung dienen: Lutz/Kern, a.a.O., S. 308; Facincani/Sutter, a.a.O., S. 219). Das Sanktionsregime ist angesichts seiner sehr einschneidenden, pönalen Natur jedenfalls restriktiv anzuwenden (Gericke/Kuhn, a.a.O., S. 362). Angesichts der Schwere der Sanktionen einer Meldepflichtverletzung einerseits und der Pflicht des Verwaltungsrats, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und das Verzeichnis gemäss Art. 697i OR zu führen andererseits, obliegt es jedenfalls dem Verwaltungsrat der Gesellschaft nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft den Aktionär, der eine mangelhafte oder unvollständig dokumentierte Meldung gemacht hat, auf fehlende Angaben oder Dokumente aufmerksam macht (Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 23; vgl. auch Gericke/Kuhn, a.a.O., S. 362; Urteil des Handelsgerichts Zürich HE170202 vom 9. Oktober 2017 E. 5.3.3: «Die Meldung des Klägers ist freilich aktenkundig und die Beklagte anerkennt, dass sie erfolgte. Die Beklagte zeigt nirgends auf, dass sie dem Kläger mitgeteilt habe, sie halte dessen Meldung für ungenügend. Dies wäre jedoch schon allein aufgrund von Treu und Glauben nötig gewesen»).

4.5 Schliesslich ist auch im Rahmen der GAFI-Gesetzgebung das Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Bundesgericht in der ganzen Rechtsordnung. Es bildet Bestandteil des schweizerischen Ordre public und ist von jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden (BGE 143 III 666 E. 4.2; BGE 128 III 201 E. 1c). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 143 III 279 E. 3.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 138 III 425 E. 5.2; BGE 128 II 145 E. 2.2). Ob eine Berechtigung missbräuchlich ausgeübt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGE 143 III 279 E. 3.; BGE 138 III 425 E. 5.2; BGE 135 III 162 E. 3.3.1; BGE 121 III 60 E. 3d). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem angestrebten Zweck nichts zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt. Die Geltendmachung eines Rechts ist ebenfalls missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete

Erwartungen enttäuscht. Art. 2 Abs. 2 ZGB dient als korrigierender „Notbehelf“ für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des Bundesgerichts 6B\_1039/2019 vom 16. Juni 2020 E. 2.3.2).

4.6 Vorliegend ist unstrittig und anerkannt (s. oben: Sachverhalt Ziff. 1.2), dass die Beklagte ursprünglich im Jahr 2011 von A. und B. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht unter der Firma C. GmbH gegründet wurde. A. und B. waren als Gesellschafter je 50% am Stammkapital von CHF 20'000.– der C. GmbH beteiligt. Am 23. Oktober 2014 änderte die Beklagte ihre Rechtsform und wurde in die heutige Aktiengesellschaft umgewandelt. Bei der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die von B. zu 100% beherrschte B. mbH CHF 40'000.– ein. Nach der Umwandlung verkaufte B. seine Beteiligung von 10% an der Beklagten an B. mbH, die daraufhin 50% der Anteile an der Beklagten hielt. Die Klägerin, welche zu diesem Zeitpunkt zu 100% direkt von A. gehalten wurde, brachte im Rahmen der Kapitalerhöhung ebenfalls CHF 40'000.– ein. Gemäss Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 13. Juni 2014 wurden der Klägerin daher total 400 Inhaberaktien zugeteilt. Das entsprach einer Beteiligung von 40% am Aktienkapital der Beklagten. Weitere 100 Inhaberaktien und damit 10% am Aktienkapital wurden A. zugeteilt. Nach der Umwandlung übertrug A. – was die Beklagte vorliegend selbst ausführte – seine Beteiligung von 10% an der Beklagten an die Klägerin.

Nachdem die GAFI-Bestimmungen von Art. 697i–m OR im Jahr 2015 in Kraft traten, waren – wie erwähnt – diejenigen Personen, die beim Inkrafttreten der Änderung bereits Inhaberaktien hielten, verpflichtet, ihrer Meldepflicht innert sechs Monaten nachkommen, d.h. bis 1. Januar 2016. Am 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017 fanden ausserordentliche Generalversammlungen der Beklagten – in Form von Universalversammlungen – statt, an welchen die Klägerin teilnahm und insbesondere Dividendenausüttungen beschlossen wurden. An beiden Versammlungen wurde unstrittig beschlossen, der Klägerin eine Dividende im Umfang von 50% auszuschütten (vgl. Schreiben der Beklagten betreffend Dividendenzahlung vom 31. Oktober 2017, welches ausdrücklich festhält, dass die Klägerin «entsprechend ihrer Anteile 50% dieser Summe», d.h. der Dividende von insgesamt CHF 3 Mio. erhält).

Aufgrund der vorgängigen Gründung einer GmbH durch B. und A. und der nachfolgenden Umwandlung dieser Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft waren der Beklagten im Zeitpunkt des Inkrafttretens der GAFI-Bestimmungen sowohl die Inhaber der Aktien als auch die daran wirtschaftlich berechtigten Personen bekan-

nt, weshalb die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung hätte vornehmen können. Da die von B. und A. gegründete GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien umgewandelt wurde und die Beklagte anerkennt, dass A. in der Folge seinen Anteil von 10 % an die Klägerin übertrug – und dies durch die im Jahr 2017 abgehaltenen Universalversammlungen bestätigt wird –, war der mit den GAFI-Bestimmungen verfolgte Zweck der Meldepflicht, Transparenz zu schaffen, bereits erfüllt. Aus diesem Grund hat sich im vorliegenden Fall eine formelle Meldung durch die Klägerin zur Führung des gesetzlich vorgeschriebenen Verzeichnisses nach Art. 697i OR erübrigt.

(. . .)

5. Selbst wenn man der Auffassung der Beklagten folgen und eine formelle GAFI-Meldung zur Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte am 16. April 2019 hätte voraussetzen wollen, so ist an dieser Stelle im Sinne einer Eventualbegründung festzuhalten, dass die Klägerin zumindest der Meldepflicht nach Art. 697j OR mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 vollständig nachgekommen ist.

Mit diesem Schreiben teilte der Rechtsvertreter der Klägerin der Beklagten rund vier Monate vor den strittigen Generalversammlungen gestützt auf Art. 697i OR und Art. 697j OR mit, dass A. jederzeit der wirtschaftlich Berechtigte der A. mbH gewesen sei, und dass diese Gesellschaft 50 % der Aktien der Beklagten halte. Mit der Einbringung seiner 100 %-Beteiligung an der A. mbH in die A. Holding GmbH am 28. November 2017 sei die wirtschaftliche Berechtigung von A. unverändert geblieben. Die Klägerin legte diesem Schreiben unter anderem die Liste der Gesellschafter der A. mbH vom 21. Oktober 2011 und vom 7. Dezember 2017, einen Handelsregisterauszug der A. mbH vom 20. November 2017, eine Passkopie von A. sowie eine Bestätigung von D., des Geschäftsführers der A. mbH, vom 12. Dezember 2018 über die wirtschaftliche Berechtigung von A. bei.

Die Beklagte wendet im Rahmen des vorliegenden Verfahrens dagegen ein, dieses Schreiben erfülle die Meldungsformalitäten gemäss Art. 697i Abs. 2 OR nicht, da nur ein nicht beglaubigter Handelsregisterauszug der Klägerin, welcher zudem älter als ein Jahr gewesen sei, beigelegt worden sei. Damit ist unbestritten und gleichsam belegt, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 13. Dezember 2018 der Meldepflicht hinsichtlich Art. 697j OR nachgekommen ist und der Beklagten unter Angabe von Vor- und Nachnamen sowie der Adresse (. . .) bestätigte, dass nach wie vor A. an den Aktien der Klägerin wirtschaftlich berechtigt ist.

Da die Meldepflicht betreffend die Angaben nach Art. 697j OR spätestens mit dem Schreiben vom 13. Dezember 2018 erfüllt war, kann offen bleiben, ob und inwiefern die Beklagte dies bereits früher anerkannt hat.

6. Betreffend die Meldung der Aktionärsstellung gestützt auf Art. 697i OR trifft es zwar zu, dass der mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 eingereichte (ausländische) Handelsregistorauszug vom 20. November 2017 datierte und nicht beglaubigt war. Die Berufung auf diesen unvollständigen Identifikationsnachweis gemäss Art. 697i Abs. 2 lit. c OR und die gestützt darauf erfolgte Nichtbekanntgabe der abzuhaltenden Generalversammlungen vom 16. April 2019 ist jedoch aus mehreren Gründen treuwidrig:

6.1 Zunächst dient die Beibringung dieser Belege nur der Bestätigung der gestützt auf Art. 697i OR erfolgten Meldung. Zwar trifft es – wie die Beklagte ausführt – zu, dass die Klägerin aufgrund des Entscheids des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug ES 2018 449 vom 6. März 2019 davon ausgehen musste, dass die Beklagte die klägerischen Mitgliedschaftsrechte hinsichtlich einer künftigen Generalversammlung gestützt auf Art. 697m Abs. 1 OR als ruhend betrachten würde. Der Einzelrichter berücksichtigte in diesem Entscheid jedoch das Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 aufgrund der Novenschranke nicht. Unabhängig davon, dass gewisse Vertreter der Lehre dafürhalten, dass die Meldepflicht auch ohne Identifikationsnachweis erfüllt ist (s. oben E. 4.4), wäre der Verwaltungsrat der Beklagten jedenfalls angesichts der Schwere der Sanktionen einer Meldepflichtverletzung einerseits und der Pflicht des Verwaltungsrats, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und das Verzeichnis gemäss Art. 697i OR zu führen, andererseits gestützt auf die ansonsten einwandfreie Meldung vom 13. Dezember 2018 nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Klägerin über die Generalversammlungen in Kenntnis zu setzen, um ihr die Teilnahme unter Nachweis ihres Aktienbesitzes (und der nach Auffassung der Beklagten fehlenden Angaben gemäss Art. 697i OR) zu ermöglichen. Mit der Pflicht der Klägerin zum Nachweis ihres Aktienbesitzes anlässlich der Teilnahme an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 wäre der Verwaltungsrat auch seiner Pflicht nach Art. 697m Abs. 4 OR nachgekommen zu verhindern, dass Aktionäre trotz Verletzung ihrer Meldepflicht ihre Rechte wahrnehmen (vgl. dazu Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 25).

6.2 Hinzu kommt in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte das Rechtsinstitut der GAFI-Meldepflicht vorliegend zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet hat, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, und ihr Verhalten gleichsam im Widerspruch zu ihrem früherem Verhalten steht.

6.2.1 Mit den neu eingeführten GAFI-Bestimmungen sollten die für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zuständigen Behörden rechtzeitig hinreichende, verwertbare und aktuelle Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten und über die Kontrolle juristischer Personen erhalten bzw. darauf zugreifen können. Um diesen Zugriff durch die Behörden zu gewährleisten, sollte die Gesellschaft (oder der bezeichnete Finanzintermediär) verpflichtet werden, ein Verze-

ichnis über die meldepflichtigen Inhaberinnen und Inhaber und wirtschaftlich Berechtigten von Inhaberaktien zu führen.

Wie erwähnt waren der Beklagten aufgrund der Vorgeschichte und der Umwandlung der damaligen GmbH in eine Aktiengesellschaft sowohl die Aktionärin als auch der daran wirtschaftlich Berechtigte bekannt (s. oben E. 4.6). Die Aktionärsstellung der Klägerin – und nur darum geht es vorliegend – anerkannte die Beklagte nach Inkrafttreten der GAFI-Vorschriften mehrmals, namentlich an den ausserordentlichen Generalversammlungen vom 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017. Weiter teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 erneut mit, dass sie Aktionärin sei und es sich bei A. um den wirtschaftlich Berechtigten handle. Vor diesem Hintergrund lässt die darauf folgende Unterlassung, die Klägerin über die Abhaltung der Generalversammlungen vom 16. April 2019 in Kenntnis zu setzen, keinen anderen Schluss zu, als dass die Beklagte sich vorliegend im Widerspruch zu ihrem Verhalten im Jahr 2017 nur deshalb auf die GAFI-Bestimmungen beruft, um die Klägerin von den strittigen Generalversammlungen vom 16. April 2019 auszuschliessen. Dabei blendet die Beklagte in rechtlicher Hinsicht völlig aus, dass die Meldepflicht des Inhaberaktionärs ihren Gegenpart in der Pflicht der Inhaberaktiengesellschaft findet, ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen (vgl. Art. 697i Abs. 1 OR). Wenn es der Beklagten wirklich allein darum gegangen wäre – wie sie an der Hauptverhandlung mehrfach betonte –, aus Gründen der Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung Transparenz zu schaffen, so hätte sie die Klägerin vorgängig über ihre Absicht informiert, am 16. April 2019 Generalversammlungen abhalten zu wollen, um es der Klägerin zu ermöglichen, den geforderten Identifikationsnachweis vollständig zu erbringen. Wie ausgeführt hätte dies die Beklagte in einer Art und Weise tun können, welche im Einklang zur Pflicht des Verwaltungsrats gestanden wäre, gemäss Art. 697m Abs. 4 OR dafür zu sorgen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.

6.2.2 Mit der Durchführung der Generalversammlungen vom 16. April 2019 ohne die Klägerin verfolgte die Beklagte einen Zweck, der mit dem von den GAFI-Bestimmungen verfolgten Zweck der Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung nichts zu tun hat und verhielt sich überdies widersprüchlich zu früherem Verhalten, weshalb ihr Verhalten keinen Rechtsschutz verdient und die Berufung auf Art. 697m Abs. 1 OR vorliegend missbräuchlich ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).

6.2.3 Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob die Bestimmungen von Art. 697i, Art. 697j und Art. 697m OR als zwingend zu beurteilen und der Disposition der Parteien entzogen sind. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist in der ganzen Rechtsordnung anwendbar und schützt gerade vor der zweckwidrigen Verwendung von – an sich – verbindlichen Rechtsvorschriften. So hat jeder Aktionär beispielsweise gestützt auf die (unentziehbare) Bestimmung von Art. 697 OR das Recht

auf Auskunft- und Einsichtnahme. Dennoch ist eine aktienrechtliche Auskunfts- und Einsichtsklage, deren Geltendmachung in Wirklichkeit nicht der Ausübung von Aktionärsrechten dient, sondern auf die Destabilisierung des Verwaltungsrates abzielt, wegen Rechtsmissbrauchs abzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_36/2010 vom 20. April 2010, zusammengefasst in ius.focus 2010 Nr. 282). Gleichsam ist auch das Recht, die Klägerin gestützt auf Art. 697m Abs. 1 OR von einer Generalversammlung auszuschliessen, nach Treu und Glauben auszuüben.

6.2.4 Schliesslich trifft es zwar zu, dass der Einzelrichter mit Entscheid ES 2018 449 vom 6. März 2019 das klägerische Gesuch um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung abwies und festhielt, dass die Klägerin ihren GAFI-Meldepflichten nicht nachgekommen sei und deshalb ihre Mitgliedschaftsrechte ruhen würden. Ebenfalls hielt der Einzelrichter fest, dass sich die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich verhalten habe (E. 2.3). Jedoch ist zu beachten, dass der Einzelrichter das Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 bei seinem Entscheid nicht berücksichtigte und der Entscheid lediglich nach einer summarischen Prüfung erging und nicht über den Streitgegenstand hinweggehend in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Mithin konnte die Beklagte gestützt auf den Entscheid nicht darauf vertrauen, dass das Gericht im Rahmen einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen die Generalversammlungsbeschlüsse vom 16. April 2019 – nach umfassender Prüfung des konkreten Falles – zum gleichen Schluss gelangen würde wie der Einzelrichter. Vielmehr war die Beklagte – wie vorstehend erwähnt – nach dem Erhalt des Schreibens vom 13. Dezember 2018 nach Treu und Glauben gehalten, der Klägerin anzukündigen, dass sie am 16. April 2019 eine Universalversammlung abhalte und damit der Klägerin zu ermöglichen, die nach Meinung der Beklagten fehlenden Belege beizubringen, um ihre Mitgliedschaftsrechte ausüben zu können.

7. Nach dem Gesagten haben die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin im Zusammenhang mit den Generalversammlungen vom 16. April 2019 nicht geruht, weshalb ihr ein Recht auf Einladung und Teilnahme zugekommen wäre.

8. Nichtige Generalversammlungsbeschlüsse sind von Anfang an unwirksam; sie werden vom Recht als überhaupt nicht zustande gekommen betrachtet (Dubs/Truffer, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 706b OR N 4). Das Gesetz normiert in Art. 706b OR – in nicht abschliessender Weise – drei Tatbestände für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung. Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die zwingend gewährte Aktionärsrechte entziehen oder beschränken (Ziff. 1), Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzliche Mass hinaus beschränken (Ziff. 2) oder die Grundstruktur der Aktiengesellschaft missachten, etwa die Bestimmungen des Kapitalschutzes verletzen (Ziff. 3).

8.1 Die im Gesetz ausdrücklich genannten Nichtigkeitsgründe beschlagen primär inhaltliche Mängel des Beschlusses. Auch schwerwiegende Mängel in seinem Zus-

tandekommen, d.h. formelle Mängel, können indessen zur Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses führen (Böckli, Aktienrecht, 4. A. 2009, § 16 Rz 174). Diese Nichtigkeit aus formellen Gründen wird teilweise unterschieden vom Falle eines Schein- oder Nichtbeschlusses. Dem Sachverhalt also, bei welchem von vornherein kein Generalversammlungsbeschluss vorliegt, weil entweder gar keine Generalversammlung im Rechtssinne zustande gekommen ist oder anlässlich einer solchen ein Beschluss nicht gefasst wurde (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 25 Rz 117; Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 706b OR N 17; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.331/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.2.3).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Abhaltung einer Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss (BGE 137 III 460 E. 3.3.2 m.w.H.; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 4A\_141/2020 vom 4. September 2020 E. 3.2 und 4A\_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 2.3; sinngemäss auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_482/2014 vom 14. Januar 2014 E. 5).

8.2 Da die Generalversammlungsbeschlüsse vom 16. April 2019 unter Ausschluss der Mitwirkung und Teilnahme der Klägerin zustande kamen, welche 50 % der Aktien an der Beklagten hält, haftet diesen Beschlüssen ein formeller Fehler an, welcher gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR zur Nichtigkeit der Beschlüsse führt; es liegen nach oben Gesagtem mithin «Nichtbeschlüsse» vor. Mithin ist das klägerische Hauptbegehren gutzuheissen, und es ist festzustellen, dass die an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 getroffenen Beschlüsse nichtig sind.

Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 7. Januar 2021 A3 2020 11

## 1.2 Art. 802 Abs. 4 OR, Art. 823 OR

### **Regeste:**

Die Auskunft oder Einsicht kann nach Massgabe von Art. 802 Abs. 4 OR angeordnet werden, wenn ein Gesellschafter dies verlangt. Die Gesellschaftereigenschaft muss nicht nur im Zeitpunkt der Einreichung eines Informationsbegehrens, sondern auch noch im Zeitpunkt des Entscheids über das Begehren gegeben sein. Wurde die gesuchstellende Partei zwischenzeitlich als Gesellschafterin aus der Gesellschaft ausgeschlossen (Art. 823 OR), fehlt es ihr an der Aktivlegitimation, und zwar unabhängig davon, ob die rechtliche Zuordnung der Stammanteile der ausgeschlossenen Gesellschafterin bereits geklärt ist oder nicht.

### **Aus dem Sachverhalt:**

Am 7. Juni 2019 reichte die Gesuchstellerin gegen die Gesellschaft (Gesuchsgegnerin) beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Einsicht und Auskunft gemäss Art. 802 Abs. 4 OR (Informationsgesuch) ein. Zu diesem Zeitpunkt hielt die Gesuchstellerin sechs der 20 Stammanteile der Gesellschaft. Am 14. April 2020 bestätigte das Bundesgericht (in einem anderen Verfahren) den Ausschluss der Gesuchstellerin aus der Gesellschaft. Am 30. September 2020 wies der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug das Gesuch um Einsicht und Auskunft ab. Dagegen erhob die Gesuchstellerin Berufung beim Obergericht des Kantons Zug.

### **Aus den Erwägungen:**

4. Wie zu zeigen ist, ist das Informationsgesuch der Gesuchstellerin mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Ob die Gesuchstellerin ein berechtigtes Interesse an der Auskunft und Einsicht hat, ob eine Schädigungsgefahr bewiesen wurde und ob die Änderung des Rechtsbegehrens zulässig gewesen ist, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden.

4.1 Gemäss Art. 802 OR kann jeder Gesellschafter Auskunft und Einsicht verlangen. Vorausgesetzt ist also die Gesellschaftereigenschaft. Folglich kann ein ausgeschiedener Gesellschafter keine Informationsklage nach Art. 802 Abs. 4 OR anheben. Der Ausschluss eines Gesellschafters erfolgt im Innenverhältnis mit Rechtskraft einer gutgeheissenen Ausschlussklage und im Aussenverhältnis mit Eintrag im Handelsregister (Sanwald, in: Nussbaumer/Sanwald/Scheidegger [Hrsg.], Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, 2007, Art. 823 OR N 16, 18; Stäubli, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 823 OR N 6; Jörg/Arter, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung [GmbH], 2015, S. 150). Ausschluss bedeutet Erlöschen der Mitgliedschaft und sämtlicher daraus fliessender Rechte (Sanwald, a.a.O., Art. 823 OR N 19). Die materielle wie auch die formelle Mitgliedschaft enden mit dem Ausschluss (und nicht erst mit dem Übergang auf einen Rechtsnachfolger; Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, 2009, S. 58 f.; Wipf/von der Crone, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, SZW 2018 S. 569 ff., 581 f.; a.M. von Steiger, Zürcher Kommentar, 1950, Art. 800 OR N 9 und 11, Art. 807 N 2).

Ein ausgeschiedener Gesellschafter kann mithin kein Begehren um Auskunft oder Einsicht stellen, was jedoch erforderlich wäre, um überhaupt eine Informationsklage anzuheben (vgl. Art. 802 Abs. 4 OR). Hat der Gesellschafter Auskunft und Einsicht noch vor Rechtskraft des Urteils über seinen Ausschluss verlangt und wird er erst nachher ausgeschlossen, nützt ihm dies auch nichts. Denn die Gesellschaftereigenschaft ist eine Komponente der Aktivlegitimation. Diese stellt eine materielle rechtliche Voraussetzung eines bundesrechtlichen Anspruchs dar. Sie muss im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids gegeben sein (vgl. BGE 133 III 180 E. 3.2–3.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_648/2011 vom 4. April 2012 E. 3.1; anders, ohne Begründung

und insbesondere nicht auf das Erfordernis der Aktivlegitimation eingehend: ZR 1971 S. 334).

4.2 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchstellerin stünden mit ihrem rechtskräftigen Ausschluss aus der Gesuchsgegnerin keine Mitgliedschaftsrechte mehr zu, wie dies die Vorinstanz in E. 4.3.2 fälschlicherweise erwogen habe, sondern es könnten ausschliesslich Abfindungsansprüche zur Diskussion stehen. Der Ausschluss sei inzwischen überdies im Handelsregister nachvollzogen worden. Die registerrechtlichen Verhältnisse seien offenkundig bzw. gerichtsnotorisch im Sinne von Art. 151 ZPO (. . .).

Die Gesuchstellerin entgegnet, die Gesuchsgegnerin verschweige, dass die Rechtsfolgen des Ausschlusses nicht geklärt seien. Die rechtliche Zuordnung der sechs Stammanteile sei noch offen. Eine Grundkapitalgesellschaft könne keine herrenlosen Aktien oder Stammanteile haben. Aus diesem Grund bleibe die Gesuchstellerin als ausgeschiedene Gesellschafterin formell Mitglied der Gesellschaft, bis die Mitgliedschaft an einen Rechtsnachfolger übergehe. Ohnehin sei die Gesuchstellerin aber für die vorliegend zu beurteilenden Auskunfts- und Einsichtsrechte legitimiert. Die Gesuchsgegnerin habe keinen Antrag auf rückwirkenden Ausschluss gestellt, weshalb der Ausschluss erst im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des Urteils Wirkung entfalte. Die Gesuchstellerin sei somit bis zur Rechtskraft des Ausschlussurteils, das am 14. April 2020 eröffnet worden sei, Gesellschafterin der Gesuchsgegnerin mit sämtlichen damit verbundenen Gesellschafterrechten (. . .).

4.3 Am Tag der Ausfällung des Bundesgerichtsurteils (Urteil 4A\_447/2019) über den Ausschluss der Gesuchstellerin aus der Gesuchsgegnerin, mithin am 14. April 2020, war der Ausschluss rechtskräftig (Art. 61 BGG). Am 17. Juli 2020 (Tagesregister) wurde der Ausschluss im Handelsregister eingetragen. Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug fällte seinen Entscheid über die Einsicht und Auskunft jedoch erst am 30. September 2020. Zu diesem Zeitpunkt war die Gesuchstellerin weder intern noch extern, weder materiell noch formell Gesellschafterin der Gesuchsgegnerin. Dies gilt unabhängig davon, ob die sechs Stammanteile der Gesuchstellerin als ausgeschiedene Gesellschafterin rechtlich einer neuen Gesellschafterin bereits zugeordnet waren (E. 4.1). Mithin fehlte es der Gesuchstellerin an der Aktivlegitimation und das Gesuch wäre aus diesem Grund abzuweisen gewesen. (. . .)

5. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das auf Art. 802 Abs. 4 OR gestützte Begehren um Auskunft und Einsicht (Informationsklage) im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 19. Oktober 2021 (Z2 2020 47)

## 2. Gleichstellungsgesetz

### 2.1 Art. 114 lit. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO; Gleichstellungsgesetz

#### **Regeste:**

Art. 114 lit. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO; GIG – Werden Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 30'000.– geltend gemacht und fallen diese nur in geringem Umfang unter das Gleichstellungsgesetz, finden die Vorschriften über das ordentliche Verfahren Anwendung. Auf die Klage im vereinfachten (kostenlosen) Verfahren wird nicht eingetreten.

#### 2.1.1 Aus dem Sachverhalt:

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

1.1 (. . .) Mit Arbeitsvertrag vom 20. April 2017 stellte die Beklagte die Klägerin per 1. Mai 2017 in der Funktion als «Manager Government Affairs and Compliance» an. Ab Januar 2018 war die Klägerin fachlich dem für den gesamten F. Konzern zuständigen HR Chef E. unterstellt. Ihr Anfangslohn betrug CHF 10'897.00 brutto pro Monat. Nach verschiedenen Lohn erhöhungen bezog die Klägerin zuletzt CHF 13'000.00 brutto pro Monat. Daneben war ein Bonus von bis zu 20% bzw. später bis zu 25% des jährlichen Bruttosälärs der Klägerin, auf der Basis der Jahresleistung der Klägerin und der Beurteilung durch die Beklagte gemäss KPI (sofern anwendbar) vereinbart, wobei die Bonuszahlung im Ermessen der Beklagten lag und jeweils innert den ersten drei Monaten des dem massgebenden Jahr folgenden Jahres zu zahlen war.

1.2 Am 30. Juli 2018 kam der Sohn der Klägerin zur Welt. Aufgrund von Mutterschaftsurlaub, Ferien und Krankheit war die Klägerin vom 12. Juli 2018 bis 7. Januar 2019 abwesend.

1.3 Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten per Ende Juli 2019 und war in der Folge ab 14. Mai 2019 freigestellt.

2. Am 11. Februar 2020 reichte die Klägerin beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte Klage («Klage im vereinfachten Verfahren») mit folgendem Rechtsbegehren ein und begründete damit die Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO; act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 19'000.00 (brutto) zzgl. 5% Zins seit 31. März 2019 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 78'000.00 (brutto) zzgl. 5% Zins seit 31. Dezember 2018 zu bezahlen.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'787.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 15. August 2018 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 22'750.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 31. Juli 2019 zu bezahlen.
5. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zuzüglich 7,7% MWST).

Die Klägerin machte geltend, sie stütze ihre Forderungen auf die schwangerschafts- und mutterschaftsbezogene Diskriminierung durch verminderte Lohnzahlungen. Die vorliegende Klage basiere daher auf dem Gleichstellungsgesetz (Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann, GIG; SR 151.1). Gestützt auf Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO verzichtete die Klägerin auf ein Schlichtungsverfahren.

3. In der Klageantwort vom 28. April 2020 (act. 9) beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage vom 11. Februar 2020.

4. Mit Entscheid vom 10. Juli 2020 beschränkte der Einzelrichter das Verfahren auf die Frage, ob der Prozess angesichts des Streitwertes im ordentlichen Verfahren zu führen sei, und diese Frage wurde zum Gegenstand eines Zwischenentscheids gemacht. Der Einzelrichter begründete den Entscheid damit, dass prima vista anzunehmen sei, dass sich der weitaus grösste Teil der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht auf das Gleichstellungsgesetz stützen lasse (act.17).

(...)

### **Aus den Erwägungen:**

1. Gegenstand dieses Zwischenentscheids bildet die Frage des anwendbaren Verfahrens auf die vorliegende Klage (die örtliche Zuständigkeit der Zuger Gerichte ist gestützt auf Art. 34 Abs. 1 ZPO unbestritten gegeben).

2. Das Gericht prüft gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört nach Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit; ferner wird auch die Wahl der richtigen Verfahrensart dazu gerechnet. Das Gesetz geht vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2).

2.1 Nach § 28 Abs. 2 lit. b GOG (Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Zug; BGS 161.1) ist der Einzelrichter für Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren zuständig. Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche

Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00. Für gewisse Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren jedoch streitwertunabhängig, so namentlich für Streitigkeiten «nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995» (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Begründet wird dies damit, dass es sich dabei um «besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts» handle (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BBI 2006 S. 7346). Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz werden sodann unabhängig vom Streitwert keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. a ZPO). (. . .).

2.2 Häufig werden Forderungen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz in Verbindung mit anderen arbeitsrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht. Stützt die klagende Partei ihr Begehren auf verschiedene Anspruchsgrundlagen und fallen diese nur teilweise unter Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO, so stellt sich die Frage, ob in Streitigkeiten, in denen der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt und die Forderungen nach dem Gleichstellungsgesetz mit den übrigen arbeitsrechtlichen Forderungen kumuliert werden, das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt. Die Lehre ist sich in dieser Frage uneinig (vgl. Lempen/Voloder, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, SJZ 4/2018 S. 81 ff., S. 83 unter Verweis auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen). Eine bundesgerichtliche Rechtsprechung besteht – soweit ersichtlich – nicht zu diesem Thema, und die kantonale Praxis ist nicht einheitlich (vgl. Entscheid der Chambre des prud'hommes de la Cour de justice des Kantons Genf CAPH/64/2016 vom 13. April 2017 E. 2.2, wonach das vereinfachte Verfahren ungeachtet des Streitwertes gilt, wenn sich die Klage in grundlegender Weise auf eine i.S. des Gleichstellungsgesetzes verbotene Diskriminierungsart beziehe, selbst wenn die Summe dieser Forderungen im Vergleich zu den übrigen Forderungen [z. B. Lohnnachzahlungen] anteilmässig gering ist; Urteil des Genfer Tribunal des prud'hommes vom 16. Juni 2016 C/5866/2015 5 E. 2b, wobei eine arbeitsrechtliche Klage, mit welcher auch ein Anspruch aus Gleichstellungsgesetz geltend gemacht wurde im ordentlichen Verfahren behandelt wurde, da die Rüge aus Gleichstellungsgesetz nur einen Fünftel der gesamten Streitsumme ausmachte; das Kantonsgericht Zug überwies eine Klage vom ordentlichen ins einfache Verfahren, wobei es zwischen den einzelnen Ansprüchen Anspruchskonkurrenz annahm und auf die plausibel erachteten klägerischen Behauptungen abstellte, wonach sämtliche Ansprüche auf das Gleichstellungsgesetz abzustützen waren [Entscheid des Referenten A2 2012 8 vom 22. Juni 2012 E. 4]; das Arbeitsgericht Zürich wies einen Fall dem vereinfachten Verfahren zu, wobei die nicht gleichstellungsrechtlichen Ansprüche für sich allein betrachtet einen kumulierten Streitwert von unter CHF 30'000.00 hatten, e contrario deutete das Gericht an, dass das vereinfachte Verfahren für die weiteren Ansprüche nicht anwendbar wäre, wenn deren kumulierten Streitwerte CHF 30'000.– übersteigen würden [Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich AN190029 vom 5. Dezember 2019 E. 3.2.1]).

2.3 Nach der hier vertretenen Auffassung steht einer Klagenhäufung nicht entgegen,

wenn (nicht unter Art. 243 Abs. 2 ZPO fallende) Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 30'000.– zusammen mit Ansprüchen geltend gemacht werden, für welche nach Abs. 2 streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren gilt. Allerdings ist dann das Verfahren insgesamt im ordentlichen Verfahren nach Art. 220 ff. ZPO zu führen und nicht nach Art. 243 ff. ZPO (gl.M. Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 243 ZPO N 15). Eine Behandlung im vereinfachten Verfahren ist nur angezeigt, wenn die Ansprüche im Wesentlichen in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fallen (vgl. Bohnet/Dietschy, in: Aubert/Lempen, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, Art. 12 GIG Rz 6). Art. 114 lit. a ZPO kann dadurch entsprochen werden, dass die Gerichtskosten im Verhältnis der geltend gemachten Ansprüche gekürzt werden, bzw. der massgebende Streitwert zur Berechnung der Gerichtskosten um jenen Teil reduziert wird, welcher nach Treu und Glauben gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemacht werden konnte.

Werden die Begehren der klagenden Partei in Anspruchskonkurrenz zugleich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen gestützt und fallen diese auch unter Art. 243 Abs. 2 ZPO müssen die Vorschriften über das ordentliche Verfahren jedenfalls dann angewendet werden, wenn eine unter Abs. 2 zu subsumierende Anspruchsgrundlage von der klagenden Partei nur vorgeschoben wird, um streitwertunabhängig in den Genuss der Vorschriften über das vereinfachte Verfahren zu kommen (vgl. Hauck, a.a.O., Art. 243 ZPO N 16; Killias, *Berner Kommentar*, 2012, Art. 243 ZPO N 44).

3. Die Klägerin stützt ihre arbeitsvertraglichen Forderungen in Anspruchskonkurrenz einerseits auf das Obligationenrecht (OR) und andererseits gesamthaft auch auf das Gleichstellungsgesetz (GIG) – wegen schwangerschafts- und mutterschaftsbezogener Diskriminierung durch verminderte Lohnzahlungen – und leitet daraus die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes ab. Es ist zu prüfen, ob die klägerischen Ansprüche als Ansprüche nach dem Gleichstellungsgesetz zu qualifizieren sind.

(...)

3.1 Zunächst stellt sich die Frage, auf welcher Behauptungsgrundlage das anwendbare Verfahren zu bestimmen ist. Die Klägerin macht geltend, bei der Prüfung des anwendbaren Verfahrens handle es sich um eine doppelrelevante Tatsache, weshalb das angerufene Gericht für die Bestimmung der Zuständigkeit und damit auch des Verfahrens auf die Behauptungen der Klägerin abzustellen habe.

3.1.1 Ob und inwieweit das Gleichstellungsgesetz Grundlage für die geltend gemachten Ansprüche bildet, ist bei der materiellrechtlichen Prüfung zu entscheiden. Allerdings hängt davon – wie oben dargelegt – auch die Eintretensfrage ab. Es handelt sich dabei um eine doppelrelevante Tatsache. Über eine solche ist in der Regel nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheids zu befinden.

Dabei genügt es für die Anerkennung der Eintretensfrage, wenn die vorgebrachten Tatsachen, welche sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren materiellrechtliche Begründetheit erheblich (doppelrelevant) sind, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorliegen (vgl. BGE 145 II 153 E. 1.4).

Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit im Falle von sog. doppelrelevanten Tatsachen primär auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab und nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Sachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3).

In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Hängt die Zuständigkeit davon ab, ob Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsgebiet geltend gemacht werden, ist im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen abzuklären, ob solche ausgeschlossen sind. Ist dies zu bejahen, kann auf die Klage nicht eingetreten werden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A\_461/2010 vom 22. November 2010 E. 2.2). Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen kann nicht dazu dienen, eine Zuständigkeit zu konstruieren (Urteil des Obergerichts Zug Z2 2016 34 vom 9. November 2016 E. 2.4).

3.1.2 Mithin ist im Rahmen der Eintretensprüfung bzw. der Prüfung des anwendbaren Verfahrens immerhin abzuklären, ob sich die klägerischen Ansprüche mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf das Gleichstellungsgesetz abstützen lassen können und diese Anspruchsgrundlage nicht bloss konstruiert wurde, um ein kostenloses Verfahren führen zu können.

3.2 Gemäss dem im Gleichstellungsgesetz vorgesehenen Diskriminierungsverbot dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG). Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GIG). Eine Diskriminierung gilt als direkt,

wenn sie sich ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A\_395/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 5.1; Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, in: BBl 1993 I 1295). Bei der Anknüpfung an die Schwangerschaft (oder an die Mutterschaft) handelt es sich um direkte Diskriminierung (Freivogel, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A. 2009, Art. 3 GIG N 18). Indirekt ist eine Diskriminierung dagegen, wenn sie sich nicht direkt auf die Geschlechtszugehörigkeit stützt, aber das eine Geschlecht gegenüber dem anderen erheblich benachteiligt (BGE 138 I 205 E. 5.5; 125 I 71 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 8C\_1006/2012 vom 10. April 2013 E. 5.2).

Die gesetzwidrige Diskriminierung wird vermutet, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sie spricht, ohne dass die Möglichkeit bereits auszuschliessen wäre, dass eine solche letztlich doch nicht besteht. Ist die Diskriminierung in diesem Sinn glaubhaft gemacht, hat die Gegenpartei nachzuweisen, dass keine solche vorliegt. Kann sie dies nicht, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt (Beweislast erleichterung nach Art. 6 GIG; Urteil des Bundesgerichts 8C\_598/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4).

3.3 Mit Rechtsbegehren 1 macht die Klägerin eine Forderung aus Arbeitsvertrag im Betrag von CHF 19'000.– geltend, welche sie zugleich aus Art. 3 GIG ableitet (ausstehender Bonus 2018). Sie begründet dies damit, dass die Beklagte die vollständige Zahlung des vereinbarten Bonus unter Hinweis auf die schwanger- und mutterschaftsbedingte Abwesenheit der Klägerin im Jahr 2018 verweigert habe. Damit habe sie die Klägerin diskriminiert. Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin auf den Bonus 2018, räumt aber ein, dass für die Beurteilung der effektiv erbrachten Leistungen der Klägerin u.a. auch die Absenzen der Klägerin im Jahr 2018 berücksichtigt worden seien. Damit ist ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Jahresbonus 2018 und der Schwangerschaft/Mutterschaft der Klägerin glaubhaft gemacht, und eine Berufung auf das GIG für diese Bonusforderung erscheint zumindest nicht als fadenscheinig.

3.4 Mit Rechtsbegehren 2 verlangt die Klägerin die Restzahlung eines Cadmium-Bonus in der Höhe von CHF 78'000.–, welche sie auf eine angeblich bestehende Bonusvereinbarung stützt (. . .).

3.4.1 Die Klägerin begründet ihren Bonusanspruch mit Vereinbarungen zwischen ihr und E.. Sie konnte aber nicht glaubhaft machen, dass ein solcher Bonus zwischen ihr und der Beklagten vereinbart war (. . .).

3.4.2 Mit Bezug auf die vorliegend relevante Frage, ob es sich bei dieser Bonusforderung um eine Forderung nach dem Gleichstellungsgesetz handelt, ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht glaubhaft machen konnte, dass die Vorenthaltung dieses

(nicht vereinbarten) Bonus etwas mit ihrer Mutterschaft zu tun hatte. Der Umstand ihrer Schwangerschaft/Mutterschaft ist für die Beurteilung dieses Anspruchs von keiner Relevanz. Bei der Beurteilung stellt sich nicht die Frage der Geschlechterdiskriminierung, sondern bloss die rein vertrags-/arbeitsrechtliche Frage, ob ein solcher Bonus vereinbart wurde oder nicht, was nichts mit dem Geschlecht zu tun hat. Es ist keine Ungleichbehandlung, die auf dem Geschlecht beruht, ersichtlich. Daran ändert sich nichts, nur weil die Klägerin im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen schwanger war. Wenn dem so wäre, könnten schwangere Mitarbeiterinnen stets während der Schwangerschaft irgendwelche neuen, im Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Forderungen und Vertragsänderungswünsche vorbringen und sich im Nachhinein, wenn der Arbeitgeber nicht auf diese Forderungen eingeht, auf eine Verletzung des Gleichstellungsgesetzes berufen. Dies ist nicht mit dem Zweck der zivilprozessualen Privilegierung von Forderungen gemäss Gleichstellungsgesetz vereinbar, wonach die sozial schwachen Personen begünstigt werden sollten. Wenn kein Anspruch besteht, kann es auch keine diskriminierende Kürzung oder Vorenthaltung geben. Dies gilt im Besonderen für die vorliegende Konstellation, wo bereits zu Beginn der Verhandlungen um den Cadmium-Bonus bekannt war, dass die Klägerin schwanger war. Die Klägerin macht denn auch nicht geltend, dass ihr zunächst – vor Kenntnis der Schwangerschaft – etwas versprochen worden war, was ihr später vorenthalten wurde. Ebenso wenig macht sie geltend, dass sie schlechter behandelt worden wäre als ihre männlichen Arbeitskollegen. Aus der Korrespondenz geht vielmehr hervor, dass es die Klägerin war, die während ihrer Schwangerschaft neue Forderungen stellte und zugleich die Entwürfe der gewünschten Vertragsanpassungen erstellte. Ihre Änderungswünsche umfassten auch den neuen, arbeitsvertraglich nicht vorgesehenen Cadmium-Bonus. Dass darüber letztendlich keine Vereinbarung zustande gekommen ist, lässt sich aber bei dieser Sachlage nicht mit dem Gleichstellungsgesetz begründen. Die Klägerin kann nicht einen nicht vereinbarten Anspruch unter dem Deckmantel der Geschlechterdiskriminierung konstruieren, um vom kostenlosen Verfahren zu profitieren. Ein solches Vorgehen verdient keinen Rechtsschutz. Mithin handelt es sich beim Cadmium-Bonus nicht um eine Streitigkeit nach dem Gleichstellungsgesetz.

3.5 Mit Rechtsbegehren 3 verlangt die Klägerin die Zahlung einer Lohnerhöhung rückwirkend ab 1. April 2018, was eine Forderung von CHF 14'787.– ergibt. Zur Begründung führt sie aus, dass die Lohnerhöhung ursprünglich per 1. April 2018 vorgesehen gewesen und dann einzig mit dem Argument aufgeschoben worden sei, die Klägerin sei schwanger und infolgedessen eine längere Zeit von der Arbeit abwesend. Die Beklagte habe ihren Entscheid, die Lohnerhöhung aufzuschieben, somit einzig mit dem Umstand der schwanger- und mutterschaftsbedingten Abwesenheit der Klägerin begründet, was eine Diskriminierung darstelle. Wäre die Klägerin nicht schwanger gewesen, hätte sie die Lohnerhöhung per 1. April 2018 erhalten. Eine Lohndiskriminierung durch aufgeschobene Lohnerhöhung sei zumindest glaubhaft gemacht (. . .).

3.5.1 Gemäss Addendum no. 3 zum Arbeitsvertrag vom 11. Juli 2018 war zwischen den Parteien vereinbart, dass die Klägerin ab 1. Januar 2019 einen Lohn von monatlich CHF 13'000.– brutto erhält. Eine Vereinbarung, wonach die Lohnerhöhung ursprünglich bereits rückwirkend ab 1. April 2018 vorgesehen gewesen war, konnte die Klägerin nicht glaubhaft machen. Abgesehen davon, dass aus der Korrespondenz zwischen der Klägerin und E. keine verbindliche rückwirkende Vereinbarung einer Lohnerhöhung per 1. April 2018 hervorgeht, ist zu wiederholen, dass es E. ohnehin an der Vertretungsmacht für die Beklagte fehlte. Gegen die Version der Klägerin spricht zudem der Umstand, dass die Parteien mit Addendum no. 1 zum Arbeitsvertrag bereits am 14. März 2018 eine Lohnerhöhung auf monatlich CHF 11'357.00 brutto ab 1. März 2018 vereinbarten. Dass die Parteien schon einen Monat später den Lohn der Klägerin wieder erhöhen wollten, ist wenig wahrscheinlich. Vielmehr geht aus Addendum no. 3 klar hervor, dass eine Lohnerhöhung ab 1. Januar 2019 vereinbart war. Ein Anspruch auf eine rückwirkende Lohnerhöhung ab 1. April 2018 ist nicht glaubhaft gemacht.

3.5.2 Auch bei dieser Forderung um rückwirkende Lohnerhöhung handelt es sich nicht um eine Forderung nach dem Gleichstellungsgesetz. Der Umstand der Schwangerschaft/Mutterschaft der Klägerin ist für die Beurteilung dieses Anspruchs von keiner Relevanz. Bei der Beurteilung stellt sich nicht die Frage der Geschlechterdiskriminierung, sondern bloss die rein vertrags-/arbeitsrechtliche Frage, ob eine rückwirkende Lohnerhöhung vereinbart wurde oder nicht. Die Klägerin stellte ihre Forderungen auf eine rückwirkende Lohnerhöhung ab April 2018 zu einem Zeitpunkt als ihre Schwangerschaft allen bekannt war. Aus den folgenden Vertragsverhandlungen ging die Vereinbarung gemäss Addendum no. 3 vom 11. Juli 2018 hervor. Eine diskriminierende Vorenthaltung einer rückwirkenden Lohnerhöhung ist nicht ersichtlich (. . .). Wiederum versucht die Klägerin aus dem Umstand, dass sie im Juli 2018 Mutter wurde, einen Anspruch aus dem Gleichstellungsgesetz zu konstruieren, was keinen Schutz verdient.

3.6 Mit Rechtsbegehren 4 (Austrittsbonus) verlangt die Klägerin die anteilige Zahlung des Bonus für das Austrittsjahr 2019 in Höhe von CHF 22'750.–. Die Beklagte habe die Auszahlung des Bonus verweigert, ohne dies zu begründen. Die Klägerin vermute, dass die Verweigerung auch im Zusammenhang mit ihrer Mutterschaft gestanden sei, da sie keine Anhaltspunkte für einen anderen Grund sehe (. . .).

Beim Jahresbonus handelt es sich unbestrittenermassen um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Dass der Klägerin ein pro rata Bonus versprochen worden wäre, macht sie nicht glaubhaft. Insbesondere ist aber nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht substantiiert, welchen Zusammenhang diese Forderung mit ihrer Mutterschaft/Schwangerschaft haben sollte, war sie doch im Jahr 2018 und nicht im für den Bonus massgebenden Jahr 2019 abwesend. Eine geschlechterbed-

ingte Diskriminierung der Klägerin ist nicht erkennbar. Mithin lässt sich diese Forderung ebenfalls nicht auf das Gleichstellungsgesetz abstützen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich von den klägerischen Forderungen in der Höhe von insgesamt CHF 134'537.- bloss die eine Forderung von CHF 19'000.- (Rechtsbegehren 1) nach Treu und Glauben auf das Gleichstellungsgesetz stützen lässt. Im Ergebnis handelt es sich bei den klägerischen Begehren um eine Klagenhäufung, mit welcher rein arbeitsvertragliche Ansprüche mit einem Streitwert von insgesamt über CHF 30'000.- (Rechtsbegehren 2-4) zusammen mit einem Anspruch nach dem Gleichstellungsgesetz (Rechtsbegehren 1) geltend gemacht wird. Damit bezieht sich die Klage nicht in grundlegender Weise auf eine nach dem Gleichstellungsgesetz verbotene Diskriminierung, und die Forderung, welche in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fällt, macht bloss 14% der gesamten Streitsumme aus. Bei den übrigen Begehren schob die Klägerin zu Unrecht das Gleichstellungsgesetz als Anspruchsgrundlage vor. Mithin rechtfertigt sich nicht, dass die Klägerin gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO im Umfang des gesamten Betrags von CHF 134'537.- im vereinfachten Verfahren prozessieren kann, ohne dass Gerichtskosten anfallen. Vielmehr ist auf die vorliegende Streitigkeit insgesamt das ordentliche Verfahren anzuwenden (vgl. E. 2.3).

Die Prozessvoraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren vor dem Einzelrichter liegen somit nicht vor, weil sich die Rechtsauffassung der Klägerin nicht durchsetzt, ihre Klage stütze sich auf das Gleichstellungsgesetz. Eine Überweisung an den zuständigen Spruchkörper ist nicht angebracht, da die Klägerin bewusst das vereinfachte Verfahren gewählt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2). Hinzu kommt, dass die Klägerin für das ordentliche Verfahren das Schlichtungsverfahren zu durchlaufen hätte. Mithin ist auf die Klage insgesamt nicht einzutreten.

5. Abschliessend ist über die Prozesskosten zu befinden. Gemäss Art. 114 lit. a ZPO werden bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz keine Gerichtskosten gesprochen. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, stützt sich die vorliegende Klage bloss in geringem Umfang (CHF 19'000.00) auf das Gleichstellungsgesetz. Der Streitwert der nicht gleichstellungsrechtlichen Ansprüche beträgt CHF 115'537.-, und die Ansprüche wären demnach im kostenpflichtigen ordentlichen Verfahren einzuklagen. Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin als unterliegender Partei (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) gestützt auf einen Streitwert von CHF 115'537.- Gerichtskosten aufzuerlegen (Entscheidgebühr von CHF 4'000.- gemäss § 11 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 2 KoV OG).

Sodann wird die Klägerin entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). (. . .).

Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021

### III. Schuldbetriebs- und Konkursrecht

#### 1. Vollstreckungsrecht

##### 1.1 Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG

**Regeste:**

Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG. – Das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte kann während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG, mithin auch nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, gestellt werden.

**Aus dem Sachverhalt:**

1. Am 1. Februar 2019 leitete die A. AG beim Betreibungsamt X. gegen die B. AG eine Betreuung für eine Forderung von CHF 256'500.– ein (Nr. . . .). Gleichentags leitete auch die C. SA gegen die B. AG beim Betreibungsamt X. eine Betreuung für eine Forderung von CHF 421'347.– ein (Nr. . . .).

2. Die B. AG verlegte am 1. Februar 2019 ihren Sitz von X. nach Y. Das Betreibungsamt X. konnte daher die Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . nicht zustellen.

3. Mit Schreiben vom 18. November 2020 ersuchte die B. AG das Betreibungsamt X., die Betreibungsregistereinträge in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG ab sofort Dritten nicht mehr bekannt zu geben. Mit Verfügung vom 23. November 2020 wies das Betreibungsamt X. das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte ab.

4. Dagegen liess die B. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 26. November 2020 Beschwerde bei der II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug als Aufsichtsbehörde über Schuldbetriebung und Konkurs einreichen und folgende Anträge stellen:

1. Es sei die Verfügung des Betreibungsamtes X. vom 23. November 2020 aufzuheben und das Betreibungsamt X. anzuweisen, die Betreibungen Nrn. . . . und . . . vom 1. Februar 2019 Dritten nicht mehr bekannt zu geben.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

5. In der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2020 beantragte das Betreibungsamt X. sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

**Aus den Erwägungen**

1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, laut Ziff. 5 der Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 des Bundesamtes für Justiz (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) vom 18. Oktober 2018 sei das Gesuch um Nichtbekanntgabe eines Betreibungsregistereintrages auch nach Ablauf der Einjahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG zulässig. Setze der Gläubiger nach Ablauf der Einjahresfrist die Betreuung nicht fort, gelte sie als unbegründet und dürfe Dritten nicht mehr bekannt gegeben werden. Eine Fristansetzung an den Gläubiger gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG müsse vorliegend nicht erfolgen, da der Gläubiger erloschene Betreibungen in keinem Fall fortsetzen könne; eine Fristansetzung wäre daher sinnlos.

2. Das Betreibungsamt hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe vom 26. Februar 2014 bis zum 11. Februar 2020 ihren Hauptsitz an der ... in X. gehabt. Im Betreibungsregisterauszug seien sämtliche Betreibungen, welche während diesem Zeitraum eingegangen seien, aufzuführen, ausser (1) die Betreuung sei nichtig oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheides aufgehoben, (2) der Schuldner habe mit einer Rückforderungsklage obsiegt oder (3) der Gläubiger habe die Betreuung zurückgezogen. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt.

3. Gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG geben Ämter Dritten von einer Betreuung keine Kenntnis, wenn der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ein entsprechendes Gesuch gestellt hat, sofern der Gläubiger nach Ablauf einer vom Betreibungsamt angesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79-84 SchKG) eingeleitet wurde.

3.1 Zunächst ist zu prüfen, ob das Betreibungsamt X. für die Beurteilung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte zuständig war, konnten doch in den fraglichen Betreibungen Nrn. ... und ... keine Zahlungsbefehle zugestellt werden.

3.1.1 Zuständig für das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte ist dasjenige Betreibungsamt, bei welchem die beanstandete Betreuung eingereicht worden ist bzw. welches den Zahlungsbefehl ausgestellt hat. Ein unzuständiges Amt hat ein Gesuch um Nichtbekanntgabe gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG an das zuständige Amt zu überweisen (vgl. Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 [neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG] des Bundesamtes für Justiz vom 18. Oktober 2018, S. 2 Ziff. 4; Rodriguez/Gubler, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, in: ZBJV 2019 S. 24).

3.1.2 Das Betreibungsamt X. stellte in den Betreibungen Nrn. ... und ... zwar die Zahlungsbefehle aus, konnte diese aber nicht zustellen, da die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2019 ihren Sitz von X. nach Y. verlegte. Gleichwohl war das Betrei-

bungsamt X. zuständig für die Beurteilung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte, da die fraglichen Betreibungen beim Amt eingereicht wurden und es die entsprechenden Zahlungsbefehle ausgestellt hat.

3.2 Weiter ist zu prüfen, ob das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte auch nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG gestellt werden kann, um zu verhindern, dass diese bis zu fünf Jahre lang (Art. 8a Abs. 4 SchKG) im Register erscheint.

3.2.1 Laut Ziff. 5 der Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) des Bundesamtes für Justiz vom 18. Oktober 2018 ist auf ein Gesuch, das eine Betreuung betrifft, die vor mehr als fünf Jahren eingeleitet wurde und folglich nicht mehr im Betreibungsregisterauszug für Dritte einsehbar ist, mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Zur Frage, ob es dem Betriebenen möglich sein soll, nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG noch ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung zu stellen, äussert sich die Weisung nicht explizit.

3.2.2 Nach Rodriguez/Gubler überwiegen die Gründe, das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG zuzulassen. Ein Gläubiger, der es unterlassen habe, rechtzeitig gegen den Rechtsvorschlag vorzugehen, gebe zu erkennen, dass die Betreuung wahrscheinlich unbegründet sei. Dies entspreche der Idee des Gesetzgebers: Wo eine Betreuung nicht fortgesetzt werde, gelte sie im Sinne der Revision als unbegründet. Sei die Betreuung gerechtfertigt gewesen, so müsse der Gläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung ohnehin eine neue Betreuung anheben und den Rechtsvorschlag (diesmal) innert der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG beseitigen lassen. Tue er dies, so erscheine diese Betreuung (die ja dieselbe Forderung betreffe) definitiv im Betreibungsregisterauszug (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG). Hinzu komme, dass auch aus intertemporal-rechtlichen Gründen nicht auf die Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG abgestellt werden sollte; ansonsten müssten sich vor dem 1. Januar 2019 (zu Unrecht) betriebene Personen noch bis zu vier Jahre mit alten Einträgen plagen (Rodriguez/Gubler, a.a.O., S. 24).

3.2.3 Auch Bernauer (Der neue Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in der Praxis, in: AJP 7/2019, S. 699) vertritt die Ansicht, dass ein Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte auch nach dahingefallener Betreuung, d.h. nach Ablauf der Frist für das Fortsetzungsbegehren gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG, erlaubt sein sollte. Erstens handle ein Gläubiger, der sich nicht rasch nach Erhebung eines Rechtsvorschlages an den Richter wende, nach Auffassung des Gesetzgebers gegen Treu und Glauben. Nachdem er sich an einer Vollstreckung nicht interessiert gezeigt habe, sei ein allfälliges Interesse des Gläubigers an der weiteren Bekanntgabe des Eintrags im Betreibungsregister aber von vornherein in Frage gestellt. Zweitens tangiere das Gesuch

um Nichtbekanntgabe einer Betreibung ohnehin nicht in erster Linie die Interessen des Gläubigers, dessen Betreibung nicht mehr bekanntgegeben werde, sondern die Interessen der Öffentlichkeit resp. potentieller Gläubiger an einem aussagekräftigen Betreibungsregister. Diese Interessen seien vom Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG berücksichtigt worden. Drittens sei es keineswegs so, dass der Gläubiger gar nicht mehr reagieren könne. Abgesehen davon, dass er seine Forderung unabhängig von der Betreibung mittels Anerkennungsklage geltend machen könnte, könne der Gläubiger vielmehr grundsätzlich jederzeit erneut die Betreibung einleiten. Ein Interesse daran, dass auch die ursprüngliche, inzwischen dahingefallene Betreibung weiterhin im Register erscheine – mithin zwei Einträge betreffend dieselbe Forderung bestünden –, sei nicht ersichtlich.

3.2.4 Demgegenüber soll es nach Brönnimann (Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen – Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG, in: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, 2018, S. 414 f.) dem Betriebenen nicht möglich sein, nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG ein Gesuch um Nichtbekanntgabe zu stellen. Der Gläubiger könne nach Ablauf der Jahresfrist gar nicht mehr reagieren. Daher sei ein Vorgehen nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nach dahingefallener Betreibung nicht geeignet, die gerechtfertigten von den ungerechtfertigten Betreibungen zu unterscheiden.

3.2.5 Das Bundesgericht hat die Frage, ob der Betriebene nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, welche die Gültigkeit des Zahlungsbefehls begrenzt und nach deren Ablauf der Gläubiger nicht mehr tätig werden kann (sondern ohnehin eine neue Betreibung anheben müsste), ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreibung stellen kann, damit diese nicht weiter – bis zu fünf Jahren (Art. 8a Abs. 4 SchKG) – im Register erscheine, bisher nicht erörtert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_656/2019 vom 22. Juni 2020 E. 3.5).

3.2.6 Insgesamt überwiegen die Gründe, die für die Zulassung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG sprechen. Es besteht ein Rechtsschutzinteresse an der Behandlung von Gesuchen um Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG. Setzt der Gläubiger eine Betreibung innert der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht fort oder kann er – wie vorliegend – eine Betreibung gar nicht fortsetzen, war die Betreibung wahrscheinlich unbegründet. Für solche unbegründeten Betreibungen schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG vorzugehen. Dementsprechend hat das Betreibungsamt X. das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte zu Unrecht abgewiesen.

4. In Gutheissung der Beschwerde ist demnach die Verfügung des Betreibungsamtes

X. vom 23. November 2020 in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . aufzuheben. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Nichtbekanntgabe der Betreibungen Nrn. . . . und . . . ist gutzuheissen und das Betreibungsamt X. anzuweisen, diese Betreibungen Dritten nicht bekanntzugeben.

Das Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen sind nicht auszurichten (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, Urteil vom 4. März 2021 (BA 2020 42)

#### **IV. Strafrecht**

##### **1. Materielles Strafrecht**

###### **1.1 Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und d UWG, Art. 31 StGB**

###### **Regeste:**

Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und d UWG, Art. 31 StGB - Natur eines UWG-Delikt; Dauer - oder Zustandsdelikt

##### **Aus den Erwägungen:**

2.2.1 Der Beschuldigte lässt weiter einwenden, der Strafantrag sei verspätet. Bei den Delikten, für welche der Beschuldigte von der Vorinstanz schuldig gesprochen worden sei, handle es sich entgegen deren Auffassung nicht um Dauerdelikte, bei denen die Frist zur Stellung des Strafantrages erst mit ihrer Beendigung zu laufen beginne. Vielmehr seien dies sogenannte Zustandsdelikte. Das tatbestandsmässige Verhalten bestehe alleine in der Aufschaltung von Webseiten mit unlauterem Inhalt. Das blosses «Aufgeschaltet lassen» dieser Webseiten erfülle für sich alleine die strafrechtlichen Tatbestände gemäss UWG hingegen nicht. Es gebe eine strafbewehrte Verpflichtung, einen UWG-Verstoss nicht zu begehen bzw. einen unlauteren Zustand nicht zu schaffen, hingegen keine ausreichend konkret strafbewehrte Verpflichtung, einen solchen nicht aufrecht zu erhalten bzw. zu beseitigen. Eine durch eine Webseite verursachte unlautere Irreführung oder Verwechslungsgefahr werde mit der Aufschaltung dieser Webseite begangen und sogleich vollendet. Nach der Aufschaltung werde ein womöglich rechtswidriger Zustand bloss aufrechterhalten, aber nicht neu begangen. Daran ändere nichts, dass das Bundesgericht die Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit aufgegeben habe; es gehe vorliegend nicht darum, ob verschiedene aufeinanderfolgende Delikte in einer verjährungsrechtlichen Einheit zusammengefasst werden müssten, sondern nur darum, wann das von den Strafbestimmungen erfasste Verhalten beendet war. Ein Dauerdelikt könne auch nicht konstruiert werden mit der Behauptung, der Beschuldigte habe Anpassungen

oder Änderungen an der Webseite vorgenommen, zumal keine Aufschaltung von neuen Elementen behauptet werde.

Das SECO beschreibe im Strafantrag, es habe bereits im Jahr 2013 Kenntnis von den vorliegend zu beurteilenden Taten gehabt. Es habe die X. GmbH am 12. September 2013 hinsichtlich exakt derjenigen Sachverhalte abgemahnt, die Gegenstand der Anklage bilden würden. Die Strafantragsfrist sei daher spätestens im Dezember 2013 abgelaufen.

2.2.2 Das Strafantragsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten; die Strafantragsfrist beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird (Art. 31 StGB). Dies setzt begrifflich die Kenntnis der Tat voraus, sodass zur Fristauslösung Kenntnis von Tat und Täter erforderlich ist (Riedo, Basler Kommentar, 4. A. 2019, Art. 31 StGB N 6 m.H.). Der Täter muss nicht namentlich bekannt, jedoch individualisierbar sein, etwa anhand einer bestimmten Funktion (Riedo, a.a.O., Art. 31 StGB N 27). Bekannt im Sinne von Art. 31 StGB ist der Täter nicht schon, wenn der Verletzte gegen eine bestimmte Person einen Verdacht hegt. Erforderlich ist vielmehr eine sichere, zuverlässige Kenntnis, die ein Vorgehen gegen den Täter als aussichtsreich erscheinen lässt und die antragsberechtigte Person gleichzeitig davor schützt, wegen falscher Anschuldigung oder übler Nachrede belangt zu werden (BGE 126 IV 131 E. 2a). Die berechtigte Person ist nicht verpflichtet, nach dem Täter zu forschen, und das blosses Kennenmüssen des Täters oder ein blosser Verdacht löst die Antragsfrist nicht aus. Im Falle von Mittäterschaft genügt jedoch die Kenntnis eines Mittäters (Urteil des Bundesgerichts 6B/1148/2013 vom 5. Dezember 2014 E. 2.2). Der Antragsberechtigte darf auch nicht zuwarten, bis er genügend Beweismittel in den Händen hält (Riedo, a.a.O., Art. 31 StGB N 28 m.H.).

2.2.3 Die Webseiten, auf denen der Beschuldigte die beanstandeten Äusserungen verbreitet haben soll, wurden unbestrittenermassen mehr als drei Monate vor Einreichung der Strafanzeige aufgeschaltet. Es ist auch erstellt, dass die Privatklägerin schon im Jahre 2013 Kenntnis vom Sachverhalt hatte und den Beschuldigten am 12. September 2013 abmahnte. Sollte die Auffassung des Beschuldigten zutreffen und sich ein allfälliges strafbares Verhalten im Aufschalten der Webseiten mit den strittigen Äusserungen erschöpfen, wäre der Strafantrag in der Tat verspätet und wäre das Verfahren einzustellen.

Indessen handelt es sich bei einer Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b, lit. c oder lit. d UWG entgegen der Auffassung des Beschuldigten nicht um ein sogenanntes Zustandsdelikt. Als Zustandsdelikte werden gemeinhin Taten bezeichnet, die einen rechtswidrigen Sachverhalt herstellen, der ohne weiteres Zutun des Täters anhält (Treichsel/Capus, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3.A. 2018, Art. 98 StGB N 6 m.H.). Als Schulbeispiel dient die Bigamie (Art. 215 StGB). Das Bundesgericht hat auch eine

durch Publikation im Internet begangene üble Nachrede (Art. 173 StGB) als Zustandsdelikt bezeichnet und entsprechend festgestellt, dass die Verjährungsfrist mit der Publikation zu laufen beginnt (BGE 142 IV 18 = Pra 2016 Nr. 64). Dauerdelikte liegen demgegenüber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, «wenn die Begründung des rechtswidrigen Zustandes mit den Handlungen, die zu seiner Aufrechterhaltung vorgenommen werden, bzw. mit der Unterlassung seiner Aufhebung eine Einheit bildet und das auf Perpetuierung des deliktischen Erfolgs gerichtete Verhalten vom betreffenden Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss mitumfasst wird. [...] Dauerdelikte sind mit anderen Worten dadurch gekennzeichnet, dass die zeitliche Fortdauer eines rechtswidrigen Zustandes oder Verhaltens noch tatbestandsmässiges Unrecht bildet» (BGE 131 IV 83 E. 2.1.2 m.H.; Trechsel/Capus, a.a.O., Art. 98 StGB N 5 m.H.).

Das UWG stellt die Beteiligung am wirtschaftlichen Wettbewerb mit unlauteren Mitteln unter Strafe. Wettbewerbshandlungen wie etwa das Aufhängen eines Plakates oder eben auch die Publikation einer bestimmten wettbewerbsrelevanten Äusserung im Internet lassen sich zwar auf einen bestimmten Zeitpunkt eingrenzen. Die Teilnahme am Wettbewerb ist aber stets auf Dauer ausgerichtet, und entsprechend dienen auch die Wettbewerbshandlungen dazu, sich auf Dauer in diesem Wettbewerb zu behaupten. Im Falle einer unlauteren bzw. strafbaren Wettbewerbshandlung ist diese mithin stets auf die Aufrechterhaltung des deliktischen Erfolgs gerichtet, d.h. auf die dauerhafte Beteiligung am Wettbewerb mit unlauteren Mitteln. Solange der Wettbewerb besteht und die unlautere Äusserung in diesem Rahmen verbreitet wird, bleibt auch der Wettbewerb unlauter. Wollte man die Widerhandlung gegen das UWG als Zustandsdelikt begreifen, so müsste die Tatsache, dass der unlautere Wettbewerb besteht und nicht behoben wird, obwohl er behoben werden könnte, irrelevant bleiben. Dies kann nicht richtig sein, denn das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs muss dauerhaft respektiert werden. Die zeitliche Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes bildet genauso tatbestandsmässiges Unrecht wie dessen Begründung. Mindestens sinngemäss ist das auf die Perpetuierung des deliktischen Erfolgs gerichtete Verhalten von den strafrechtlichen Tatbeständen gemäss Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b, lit. c und lit. d UWG mitumfasst. Damit übereinstimmend macht sich nicht nur strafbar, wer sich im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbs unlauter äussert, sondern auch derjenige, der in seiner Eigenschaft als Geschäftsherr eine bestehende unlautere Äusserung nicht beseitigt, selbst wenn diese nicht von ihm persönlich stammt (vgl. Art. 26 UWG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 VStrR).

Aus dem Urteil des Bundesgerichts 6S.184/2003 lässt sich entgegen der Auffassung des Beschuldigten nichts Gegenteiliges herleiten. In diesem Entscheid war die Frage der verjährungsrechtlichen Einheit mehrerer Widerhandlungen gegen das UWG zu entscheiden. Vorliegend geht es hingegen darum, ob die Publikation und die Beibehaltung einer (angenommen) unlauteren Äusserung im Internet den Schluss zulassen, dieses Verhalten sei auf die Perpetuierung des deliktischen Erfolgs aus-

gerichtet. Dies ist, wie gezeigt, der Fall. Ob die verschiedenen in casu dem Beschuldigten vorgeworfenen Widerhandlungen gegen das UWG untereinander eine verjährungsrechtliche Einheit bilden, ist dabei nicht von Belang bzw. eine andere Frage. Des Weiteren ist auch der erwähnte Entscheid BGE 142 IV 18 nicht einschlägig; die Tatsache der Publikation im Internet begründet für sich keine Gleichsetzung von so unterschiedlichen Tatbeständen wie Widerhandlungen gegen das UWG und Ehrverletzungsdelikten mit Bezug auf ihre Natur als Dauer- bzw. Zustandsdelikte. Die UWG-Widerhandlung ist, wie gezeigt und im Gegensatz zur ehrverletzenden Äusserung, auf einen andauernden deliktischen Erfolg ausgerichtet.

Hinzu kommt ein Weiteres: Wie ausgeführt, hängt die Klageberechtigung der Privatklägerin von einem öffentlichen Interesse ab, welches ab einer gewissen Anzahl von Beschwerden als tangiert gilt. Wollte man unlautere Wettbewerbshandlungen als Zustandsdelikte begreifen und entsprechend den Zeitpunkt der erstmaligen unlauteren Äusserung bzw. deren Kenntnisnahme durch die Privatklägerin als fristauslösend, so könnte regelmässig der Fall eintreten, dass im Zeitpunkt des Vorliegens des öffentlichen Interesses die Strafantragsfrist bereits abgelaufen ist. Auch dies spricht für die Qualifikation der hier strittigen Delikte als Dauerdelikte. Die Strafantragsfrist ist mithin entgegen der Auffassung des Beschuldigten gewahrt, nachdem die fraglichen Äusserungen im Zeitpunkt des Strafantrages unstrittig im Internet aufgeschaltet waren.

Obergericht, Strafabteilung, Urteil vom 6. Oktober 2021 (S 2020 24)

## V. Rechtspflege

### 1. Anwaltsrecht

#### 1.1 Art. 12 lit. a und j BGFA

##### **Regeste:**

Art. 12 lit. a und j BGFA

Anwältinnen und Anwälte sind nach Art. 12 lit. j BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Anwaltsregister mitzuteilen. Solche Mitteilungen müssten nach der Praxis der Aufsichtskommission innert angemessener Frist, d.h. in der Regel innert maximal drei Monaten erfolgen (E. 2-3).

Anwältinnen und Anwälte sind gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Dazu gehört insbesondere die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nach der Eintragung ins Anwaltsregister (E. 4).

##### **Aus den Erwägungen:**

2. Nach Art. 12 lit. j BGFA sind die Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Anwaltsregister mitzuteilen. Solche Mitteilungen müssten nach der – dem Advokatenverein mit Schreiben vom 21. Juni 2005 bekannt gegebenen – Praxis der Aufsichtskommission innert angemessener Frist, d.h. in der Regel innert maximal drei Monaten erfolgen (vgl. ferner Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz 2. A. 2011, Art. 12 BGFA N 174a). Nach § 2 Abs. 2 BeurkG darf Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons und der Gemeinden die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung nicht erteilt werden. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit durch im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte steht der Aufrechterhaltung der Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung somit entgegen. Demzufolge ist die Aufnahme einer Angestelltentätigkeit beim Kanton oder den Gemeinden durch registrierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gestützt auf Art. 12 lit. j BGFA i.V.m. § 2 Abs. 2 BeurkG gegenüber der Aufsichtskommission meldepflichtig. Nur so kann sichergestellt werden, dass die erteilte Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung gelöscht und das Anwaltsregister, in welchem auch die Beurkundungsbefugnis<sup>1</sup> vermerkt ist, auf dem aktuellsten Stand gehalten werden kann.

RA A. hat der Aufsichtskommission bis zum August 2021 keine Kenntnis davon gegeben, dass sie zwischen April 2016 und Dezember 2018 bei den Gemeinden X. und Y. als Urkundsperson in einem Pensum von je 100 % angestellt gewesen ist. Mit der Nichtbekanntgabe ihrer Anstellungen bei den Gemeinden X. und Y. hat somit RA A. gegen Art. 12 lit. j BGFA verstossen.

3. Bei der Aufgabe der freiberuflichen Anwaltstätigkeit handelt es sich ebenfalls um eine gemäss Art. 12 lit. j BGFA meldepflichtige Tatsache (Beschluss der Aufsichtskommission AK 2019 1 vom 19. Oktober 2019 E. 1 mit Hinweis auf BBl. 1999, S. 6047 u. 6058; im selben Sinne bereits Zirkulationsbeschluss AK 2005/2 vom 20. Juni 2005, vgl. dazu Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 174a FN 1043).

RA A. hat die Aufsichtskommission erst auf Aufforderung mit Schreiben vom 12. August 2021 darüber informiert, dass sie im Jahre 2019 ein Sabbatical eingelegt und damit die Tätigkeit als freiberufliche Rechtsanwältin eingestellt hat. Somit liegt auch in diesem Fall eine Verletzung von Art. 12 lit. j BGFA vor.

4. Die Anwältinnen und Anwälte sind nach Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Die Anwältin bzw. der Anwalt ist nach Auffassung des Bundesgerichts gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Dazu gehört insbesondere die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nach der Eintragung ins Anwaltsregister,

---

<sup>1</sup><https://www.zg.ch/behoerden/zivil-und-strafrechtspflege/aufsichtskommission-rechtsanwalte/anwaltsregister>

da die Aufsichtsbehörde in einem solchen Fall zu prüfen hat, ob die von der Anwältin bzw. dem Anwalt getroffenen Massnahmen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen, um für die Sicherung der Unabhängigkeit Gewähr zu bieten, oder ob der Eintrag im Anwaltsregister infolge fehlender institutioneller Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zu löschen ist (vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 176 mit Hinweis auf BGE 130 II 87 E. 7).

RA A. hat die Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen erst im August 2021 über ihre von April 2016 bis Ende Dezember 2018 erfolgten Anstellungen bei den Gemeinden X. und Y. sowie über das seit Januar 2020 bestehende Anstellungsverhältnis in der Privatwirtschaft informiert. Zwar hat sich das Bundesgericht in zitierten Entscheid nicht dazu geäussert, innert welcher Frist die Anwältin bzw. der Anwalt gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet ist, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Da die institutionelle Unabhängigkeit von herausragender Bedeutung ist und Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz bildet (BGE 130 II 87 E. 41), hat eine Meldung an die Aufsichtsbehörde ohne Zweifel zeitnah zu erfolgen. Eine zeitnahe Meldung hat RA A. aber offenkundig nicht gemacht, weshalb sie auch mehrfach gegen Art. 12 lit. a BGFA verstossen hat.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen, 24. November 2021 (AK 2021 9)

## 1.2 § 10b und § 13 BeurkG

### Regeste:

§ 10b und § 13 BeurkG – Die Urkundsperson ist verpflichtet, sich über die Handlungsfähigkeit einer Urkundspartei zu vergewissern, wenn sie diesbezüglich Zweifel hat. Beurkundet die Urkundsperson das Geschäft gleichwohl, ohne zumindest in der Urkunde auf diesen Umstand hinzuweisen, handelt sie sorgfaltswidrig (E. 2-8).

Die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht stellt einen gravierenden Verstoss dar (E. 9).

### Aus den Erwägungen:

2. Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. 1 SchIT ZGB). Der Kanton Zug hat in Ausführung dieser Bestimmung das Beurkundungsgesetz (BeurkG) erlassen.

2.1 Gemäss § 10b Abs. 1 BeurkG hat die Urkundsperson die Beurkundung mit Sorgfalt vorzubereiten und auszuführen. Sie darf nur beurkunden, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat (§ 10 Abs. 2 BeurkG). Sie hat den wahren Willen der Parteien zu ermitteln und in der Urkunde klar und vollständig zum Ausdruck zu

bringen. Zu diesem Zweck hat sie die Parteien über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, ihnen die für die Willensbildung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf die Beseitigung von Widersprüchen und Unklarheiten hinzuwirken (§ 10 Abs. 3 BeurkG).

2.2 Gemäss § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat sich die Urkundsperson über die Identität und Handlungsfähigkeit der vor ihr erscheinenden Personen zu vergewissern. Die Beurkundung ist zu verweigern, wenn die Urkundsperson die Überzeugung gewinnt, dass eine Partei nicht urteilsfähig ist (§ 13 Abs. 2 BeurkG). Bestehen hinsichtlich der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei Zweifel, nimmt die Urkundsperson die Beurkundung auf deren Verlangen vor und hält diesen Umstand in der Urkunde fest (§ 13 Abs. 3 BeurkG).

2.3 Primärer Zweck der öffentlichen Beurkundung ist die Schaffung schriftlicher Belege mit rechtlich zuerkannter Wahrheitsgeltung. Diese Wahrheitsgeltung wird auch als öffentlicher Glaube bezeichnet. Die rechtliche Zuerkennung des öffentlichen Glaubens erfolgt für die öffentlichen Urkunden des schweizerischen Bundesprivatrechts in Art. 9 ZGB, und zwar durch die den öffentlichen Urkunden in dieser Gesetzesvorschrift verliehene verstärkte Beweiskraft (Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N 241 f.). So erbringen nach Art. 9 Abs. 1 ZGB öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Wo das Gesetz die öffentliche Beurkundung für individuelle rechtsgeschäftliche Erklärungen verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Belegschaftung dem Schutz der Erklärenden vor Unbedacht anlässlich der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (Brückner, a.a.O., N 258). Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber für die Errichtung öffentlicher Beurkundungen strenge formelle Vorschriften aufgestellt (§ 13 ff. BeurkG) und die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung einem besonderen Personenkreis vorbehalten (§ 1 f. BeurkG), der durch seine fachlichen und persönlichen Voraussetzungen Gewähr für eine korrekte Durchführung der Beurkundungen bietet.

3. Der Verzeigte führte in seiner Stellungnahme vom 2. Juni 2021 aus, es hätten «nicht die geringsten Zweifel an der Urteilsfähigkeit von A.» bestanden (act. 10 S. 3). Gemäss seinen Angaben hatte er im Zeitraum zwischen dem 4. Februar 2020 und Ende Februar 2020 A. gleich mehrfach persönlich getroffen und habe es dabei «keinerlei Anhaltspunkte» gegeben, welche an der Urteilsfähigkeit von A. hätten zweifeln lassen müssen. Die persönlichen Kontakte seien dann «unter dem Einfluss von Corona und mutmasslich auch jenem von B.» nicht mehr fortgeführt worden (act. 10 S. 4).

Aufgrund der sehr langjährigen persönlichen Bekanntschaft zwischen dem Verzeigten

und A. ist denn auch soweit glaubhaft, dass der Verzeigte bis Anfang Februar 2020 von sich aus keine grundsätzlichen Zweifel an deren Urteilsfähigkeit hatte.

4. Nichtsdestotrotz gelangte der Verzeigte mit Schreiben vom 7. Februar 2020 an Dr. C. und ersuchte diesen um einen aktuellen «kurzen Bericht betreffend der Urteilsfähigkeit meiner Mandantin», damit in rechtlicher Hinsicht die nötigen Vorkehrungen mit Blick auf das zunehmende Alter seiner Mandantin getroffen werden könnten. Der Verzeigte bat Dr. C. um Beifügung des Berichts «des offenbar beigezogenen Geriaters Dr.med. D.» zu seinem Bericht (act. 10/2).

Dr. C. antwortete dem Verzeigten mit Schreiben vom 18. Februar 2020 und übergab ihm «den Bericht des Geriaters und des für Fragen des Alters spezialisierten Dr. D. (vom 3.11.2019 und den Verlaufsbericht, den ich via e-mail am 15.12.2019 erhielt)» und fügte bei, «wegen dieser erschwerten Fragestellung» habe er den Geriater beigezogen. Die Frage der Urteilsfähigkeit könne er [Dr. C.] ihm [dem Verzeigten] nicht beantworten und bitte ihn, diese an Herrn Dr. D. zu richten (act. 12/1).

5. Der Verzeigte wandte sich mit besagtem Schreiben vom 20. Februar 2020 an Dr. D. und führte aus, seinen Berichten vom 3. November 2019 und 15. Dezember 2019 an Dr. C. habe er entnommen, dass seines [Dr. D.'s] Erachtens bei seiner Mandantin eine paranoid-halluzinatorische Symptomatik vorliegen solle. Er [Dr. D.] rege das Erstellen eines Vorsorgeauftrages und einer Patientenverfügung an. Mithin gehe er [Dr. D.] davon aus, dass seine Mandantin nach wie vor voll urteilsfähig sei. Er selbst [der Verzeigte] habe in Bezug auf die Urteilsfähigkeit seiner Mandantin nicht die geringsten Zweifel, auch wenn ihr Erinnerungsvermögen nicht mehr das beste sei (act. 4/1).

6. Mit E-Mail vom 8. März 2020 antwortete Dr. D. auf das Schreiben des Verzeigten vom 20. Februar 2020 und teilte mit, er habe dieses soeben – nach Ferienabwesenheit – gelesen. Leider könne er die Urteilsfähigkeit von A. für einen Vorsorgeauftrag und ein Testament nicht telquel bestätigen. Mit E-Mail vom 17. März 2020 gelangte Dr. D. erneut an den Verzeigten und teilte diesem mit, er habe die Sachlage in der vergangenen Woche mit A. besprochen und sich erneut ein Bild der gesundheitlichen Situation gemacht. Er weise höflich darauf hin, dass A. nicht in allen Teilen urteilsfähig sei, und er gehe davon aus, dass der Hausarzt seine Auffassung teile. Er denke, man sollte miteinander sprechen, «wie wir die Situation klären» (act. 4/3).

7. Noch vor der Rückmeldung von Dr. D. hatte der Verzeigte zusammen mit der Urkundspartei am 3. März 2020 die Beurkundung des Vorsorgeauftrages vorgenommen (act. 4/2). Die öffentliche Urkunde sandte er am 18. März 2020, mithin nach den E-Mails von Dr. D., an seine Mandantin (act. 4/4).

8. Es mag zutreffen und ist auch vor dem Hintergrund des gesamten Sachverhaltes

glaubhaft, dass der Verzeigte selber bis Anfang Februar 2020 keine oder nur sehr geringe Zweifel an der Urteilsfähigkeit seiner Mandantin hatte. Dennoch hat sich der Verzeigte mit Schreiben vom 7. Februar 2020 an den Hausarzt von A., Dr. C., gewendet. Der Hausarzt schickte dem Verzeigten mit Schreiben vom 18. Februar 2020 den Bericht des Geriaters und des für Fragen des Alters spezialisierten Dr. D. vom 3.11.2019 sowie dessen Verlaufsbericht und wies den Verzeigten darauf hin, dass er als Hausarzt wegen dieser erschwerten Fragestellung den Geriater beigezogen habe. Und weiter fügte der Hausarzt an, er könne die Frage der Urteilsfähigkeit dem Verzeigten nicht beantworten und bitte den Verzeigten, diese Frage an Dr. D. zu richten. Demnach erachtete sich der Hausarzt von A. gestützt auf den Bericht des Geriaters nicht mehr in der Lage, zur Frage der Urteilsfähigkeit von A. Stellung zu nehmen. Vielmehr verwies der Hausarzt den Verzeigten an den Spezialisten. Diese Antwort vom Hausarzt war für den Verzeigten Anlass genug, um sich mit Schreiben vom 20. Februar 2020 an Dr. D. zu wenden zur Abklärung der Urteilsfähigkeit von A.. Gewisse Restzweifel muss der Verzeigte demnach gehabt haben bzw. sind nicht zu negieren, denn der Notar, der in dieser Situation keinerlei Zweifel in dieser Hinsicht hat, holt keine entsprechenden Berichte ein.

Indem der Verzeigte die Antwort von Dr. D. nicht abwartete und den Vorsorgeauftrag beurkundete, indem er seine Restzweifel auch nicht im Sinne von § 13 Abs. 3 BeurkG in der Urkunde festhielt und indem er seiner Mandantin mit Schreiben vom 18. März 2020 die Urkunde übergab, obwohl Dr. D. in seinen beiden E-Mails vom 8. und 17. März 2020 entsprechende Bedenken geäussert hatte, versties der Verzeigte gleich mehrfach gegen die Sorgfaltspflichten der Urkundsperson gemäss § 10b und § 13 BeurkG. Dabei vermag ihn nicht zu entlasten, dass die Ausführungen von Dr. D. teilweise widersprüchlich waren. Der Verzeigte hätte sich aber, wenn nicht bei Dr. D., dann zumindest anderweitig absichern müssen, zumal er selber, mit Blick auf seine «anwältliche Sorgfaltspflicht» den Kontakt mit den Ärzten gesucht hatte.

9. Die Aufsichtsbehörde übt bei Amtspflichtverletzungen die Disziplinalgewalt aus (§ 33 Abs. 1 bis lit. d BeurkG). Als Disziplinar massnahmen kommen die Verwarnung, der Verweis, die Busse bis CHF 20'000.-, der befristete Entzug der Beurkundungsbefugnis für längstens zwei Jahre sowie der dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis in Betracht (§ 33c Abs. 1 BeurkG). Eine Busse kann zusätzlich zum befristeten oder dauernden Entzug der Beurkundungsbefugnis ausgesprochen werden (§ 33 Abs. 2 BeurkG).

Die Aufsichtsbehörde hat diejenige Massnahme zu wählen, die dem Zweck des Disziplinarrechts am besten entspricht. Es ist zu fragen, welche Massnahme am ehesten geeignet ist, die durch das Disziplinarrecht geschützten Interessen vor weiterer Verletzung zu bewahren. Dabei ist auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen, und der Disziplinarbehörde steht bei der Festlegung der Sanktion ein gewisser Ermessensspielraum zu, wobei sie gehalten ist, das un-

terschiedliche Gewicht der verschiedenen Sanktionen und die darin zum Ausdruck kommende Rangordnung zu beachten. Die Behörde kann von einer Disziplinierung absehen, wenn eine Pflichtverletzung geringfügig ist, weit zurückliegt oder wenn eine Wiederholungsgefahr nicht besteht. Verweis und Busse sind für leichtere und solche Fälle bestimmt, die an sich die Vertrauenswürdigkeit der Urkundsperson nicht ohne weiteres beeinträchtigen können. Sie haben primär Strafcharakter; mit ihnen soll der Disziplinarverstoss gesühnt und der Fehlbare spezialpräventiv von der Wiederholung ähnlicher Handlungen abgehalten werden. Für schwere Fälle ist der vorübergehende oder dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis vorgesehen.

Der Verzeigte beurkundete am 3. März 2020 für seine Mandantin einen Vorsorgeauftrag, dies vor dem Hintergrund, dass er sich im Vorfeld bei zwei Ärzten nach deren Urteilsfähigkeit erkundigt, nicht aber die Antwort des dafür spezialisierten Facharztes, an den er verwiesen wurde, abgewartet hatte. Von der Möglichkeit des Urkundenvermerks gemäss § 13 Abs. 3 BeurkG machte er dabei keinen Gebrauch und sicherte sich auch nicht anderswie zur Frage der Urteilsfähigkeit der Urkundspartei ab. Damit versties der Verzeigte gegen elementare Pflichten im Beurkundungswesen, was die gravierende Folge hatte, dass die Urkunde seitens der KESB für ungültig errichtet erklärt wurde. Dem Verzeigten kann immerhin zugutegehalten werden, dass er selber wohl tatsächlich nur sehr geringe Zweifel an der Urteilsfähigkeit der Urkundspartei gehabt hatte. Dies vermag ihn aber nicht von den formellen Pflichten der Urkundsperson, welche strikten Charakter haben, zu entlasten. Dieses Verhalten stellt einen gravierenden Verstoss gegen die Pflichten der Urkundsperson dar, welcher nicht mehr mit einer Verwarnung oder einem Verweis zu sanktionieren ist. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Verzeigte bereits mit Beschluss der Aufsichtskommission vom 19. Mai 2020 wegen Verletzung der Berufsregel von Art. 12 lit. c BGFA mit einem Verweis belegt werden musste, erscheint im vorliegenden Fall eine Busse von CHF 1'000.0 angemessen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 24. November 2021 (AK 2021 4)



# B

Stichwortverzeichnis

## B Stichwortverzeichnis

Auskunft oder Einsicht kann nach Massgabe von Art. 802 Abs. 4 OR, 24

Anwaltsrecht, 43

Dauerdelikt, 40

Gleichstellungsgesetz, 27

Nichteinhaltung der GAFI-Meldepflichten, 12