

Inhaltsverzeichnis

A

Gerichtspraxis	7
I	
Staats- und Verwaltungsrecht	8
1 Verfahrensrecht	8
2 Bau- und Planungsrecht	27
3 Umweltrecht	33
4 Sozialversicherung	43
5 Submissionsrecht	78
6 Politische Rechte	90
7 Datenschutzrecht	97
8 Öffentlichkeitsprinzip	111
9 Geoinformation	121
10 Strassenverkehrsrecht	130
11 Personalrecht	136
12 Handelsregisterrecht	156
13 Erwachsenenschutzrecht	163
II	
Zivilrecht	172
1 Familienrecht	172
2 Firmenschutz	182
3 Gleichstellung von Frau und Mann	188
4 Handelsregister	192
5 Obligationenrecht	196
6 Vollstreckung	197
7 Zivilrechtspflege	199
III	
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	202
1 Beschwerdeverfahren	202
2 Definitive Rechtsöffnung	203
3 Rechtsöffnung	207
4 Vollstreckung	210

IV

Rechtspflege	214
1 Anwaltsrecht	214
2 Zivilprozessrecht	218
3 Zivilrechtspflege	222

B

Stichwortverzeichnis	255
----------------------	-----

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfahrensrecht

1.1 §§ 25 Abs. 1 lit. c und 26 Abs. 1 VRG, § 6 Organisationsgesetz, §§ 3 Abs. 2 und Abs. 4 lit. g Delegationsverordnung

Regeste:

§§ 25 Abs. 1 lit. c und 26 Abs. 1 VRG, § 6 Organisationsgesetz, §§ 3 Abs. 2 und Abs. 4 lit. g Delegationsverordnung – Im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsbeschwerdeverfahren vor Regierungsrat kann die zuständige Direktion verfahrensleitende Verfügungen treffen (Erw. 1b). Dazu gehören Verfügungen über Kostenvorschüsse (Erw. 1c). Die verfahrensleitende Behörde, welche den Kostenvorschuss verfügt, darf nicht von sich aus über eine Kostenbefreiung befinden (Erw. 3a).

Aus dem Sachverhalt:

Gegen einen Nichteintretensbeschluss des Gemeinderats der Gemeinde B. reichte A. am 4. Januar 2016 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde ein, wobei er u.a. beantragte, ihm seien die Verfahrenskosten zu erlassen. Mit Verfügung in Briefform vom 12. Januar 2016 forderte die Sicherheitsdirektion A. auf, bis zum 11. Februar 2011 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– zu bezahlen. Wenn der Vorschuss nicht oder nicht fristgerecht geleistet werde, könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Gegen diese Verfügung reichte A. am 14. Januar 2016 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, die Kostenvorschussverfügung sei aufzuheben und anzuordnen, dass das Verfahren vor dem Regierungsrat ohne Bezahlung eines Kostenvorschusses fortzusetzen sei, eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und ein geringerer Kostenvorschuss anzuordnen.

Aus den Erwägungen:

1. (...) Zu prüfen ist vorerst, ob die Sicherheitsdirektion [im streitbetroffenen] Verwaltungsbeschwerdeverfahren befugt war, für den Regierungsrat verfahrensleitende Verfügungen zu erlassen.

a) Gemäss § 2 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung (Organisationsgesetz) vom 29. Oktober 1998 (BGS 153.1) gilt der Grundsatz, dass alle Entscheide vom Regierungsrat ausgehen. Er entscheidet als Kollegium, wobei andere gesetzliche Aufgabenzuweisungen sowie Kompetenzdelegation vorbehalten bleiben. In § 6 des Organisationsgesetzes ist die Kompetenzdelegation geregelt. Gemäss dieser Bestimmung ist der Regierungsrat ermächtigt, seine Entscheidungsbefugnis in Verwaltungsangelegenheiten in einzelnen, genau bezeichneten Bereichen an die Direktionen oder die Staatskanzlei zu delegieren. Ausgeschlossen ist

die Delegation der verwaltungsinternen Rechtsprechung. Gemäss § 6 Abs. 2 des Organisationsgesetzes sind die Direktionen und die Staatskanzlei ihrerseits berechtigt, die ihnen kraft Gesetz oder Delegation zustehenden Kompetenzen an die ihnen direkt unterstellten Ämter, Abteilungen oder an einzelne Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter zu delegieren, jedoch ohne Ermächtigung zur Subdelegation.

b) Gestützt auf § 6 Abs. 1 des Organisationsgesetzes hat der Regierungsrat am 23. November 1999 die Delegationsverordnung erlassen (BGS 153.3). Zweck dieser Verordnung ist es, Entscheidungsbefugnisse in Verwaltungsangelegenheiten in einzelnen, genau bezeichneten Bereichen vom Regierungsrat an die Direktionen oder an die Staatskanzlei zu delegieren. Die Zuteilung von an den Regierungsrat gerichteten Eingaben an die jeweilige Direktion erfolgt gemäss § 19 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 26. September 2013 (GO RR, BGS 151.1) durch die Landschreiberin/den Landschreiber bzw. die Staatskanzlei, ebenso die Umteilung bereits zugeteilter Eingaben von einer Direktion zur andern. Ist einer Direktion eine Eingabe zugeteilt, so trifft sie gemäss § 3 Abs. 2 der Delegationsverordnung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsbeschwerdeverfahren die verfahrensleitenden Verfügungen, sofern die Zuständigkeit nicht bereits im Gesetz geregelt ist. Sie kann im Rahmen eines Zwischenentscheides auch über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie des unentgeltlichen Rechtsbeistandes entscheiden. Die zuständige Direktion ist unter anderem auch berechtigt, Verwaltungsbeschwerdeverfahren abschliessend zu entscheiden, wenn der verlangte Kostenvorschuss oder die für die unentgeltliche Rechtspflege notwendigen Formulare oder Unterlagen innert der angesetzten Frist weder geleistet noch eingereicht wurden (§ 3 Abs. 4 lit. g Delegationsverordnung).

c) Im vorliegenden Fall hat die Staatskanzlei am 5. Januar 2016 vorerst die Direktion des Innern und am 7. Januar 2016 – aus Kapazitätsgründen – die Sicherheitsdirektion mit der Verfahrensinstruktion betraut. Am 12. Januar 2016 erliess der mit dem Verfahren befasste juristische Mitarbeiter der Sicherheitsdirektion die angefochtene Verfügung in Briefform. Er war hierfür gestützt auf § 5 der Verfügung über die Delegation von Entscheid- und Unterzeichnungsbefugnissen in der Sicherheitsdirektion vom 12. Januar 2007 (BGS 153.753) befugt, denn bei der Verfügung über den Kostenvorschuss handelt es sich um eine verfahrensleitende Massnahme, welche gemäss den oben aufgeführten Regeln in die Kompetenz der Direktion fällt, welcher die Staatskanzlei ein Geschäft zuweist. Bei dem Entscheid handelt es sich formell um einen delegierten verfahrensleitenden Entscheid des Regierungsrates, der direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Als Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer unbestrittenermassen zur Beschwerdeführung berechtigt. Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden und entspricht den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie vom Gericht zu prüfen ist.

2. a) Gemäss § 26 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) kann die Behörde von demjenigen, der eine Amtshandlung beantragt oder ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen. Mit dem Kostenvorschuss soll einerseits der Kostenanspruch des Gemeinwesens sichergestellt und zugleich der Vorschusspflichtige auf das Kostenrisiko des Verfahrens hingewiesen werden. Es liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie einen Kostenvorschuss verlangen will. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung (“...Die Behörde kann...einen Kostenvorschuss erheben“). Ebenfalls liegt es in ihrem Ermessen, in welcher betragsmässigen Höhe sie den Kostenvorschuss festsetzen will. Sie besitzt diesbezüglich einen weiten Ermessensspielraum, der in erster Linie durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz begrenzt wird. Abgestellt wird dabei auf den mutmasslichen Untersuchungs- bzw. Verfahrensaufwand. Als in diesem Sinne angemessen erweist sich ein Betrag, den die beschwerdeführende Partei im Falle ihres Unterliegens mutmasslich bezahlen müsste. Zur Leistung des Kostenvorschusses ist dem Pflichtigen eine angemessene Zahlungsfrist einzuräumen. Zu berücksichtigen sind dabei die Bedeutung und Dringlichkeit der Sache sowie unter Umständen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen (Kölz / Bosshart / Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 15 N 1 ff.). Während z. B. im Kanton Zürich gemäss § 15 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG-ZH, LS 175.2) nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Kostenvorschuss verlangt werden darf, dürfen die zuständigen Behörden im Kanton Zug immer, wenn ein Verfahren eingeleitet wird, einen Kostenvorschuss verlangen, es sei denn das Verfahren sei von Gesetzes wegen kostenlos. Fast wörtlich identische Regelungen kennen auch die Kantone Luzern (§ 195 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 3. Juli 1972 [VRG-LU, SRL 40]) und Aargau (§ 30 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 4. Dezember 2007 [VRPG, SAR 271.200]) Es liegt – wie oben schon erwähnt – im Ermessen der verfahrensleitenden Behörde, ob sie einen Kostenvorschuss erheben will oder nicht. Dem Gericht ist bekannt, dass der Regierungsrat in allen bei ihm anhängig gemachten Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss verlangt, soweit nicht ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht wird und/oder die Verfahren von Gesetzes wegen kostenlos sind. Auch beim Verwaltungsgericht ist die Erhebung eines Kostenvorschusses die Regel.

b) Das Erheben eines Kostenvorschusses ist auch nach den Regeln der EMRK zulässig. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gilt der Zugang zu einer Behörde und zu einem Gericht im Sinne von Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) nicht absolut; er steht vielmehr unter dem Vorbehalt der Einhaltung der einschlägigen Verfahrensvorschriften. In der Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften haben die Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Verfahrensvorschriften müssen ein legitimes Ziel verfolgen und dürfen das Recht auf Zugang zu einer Rechtsmittelinstanz nicht seiner Substanz berauben oder in unverhältnismässiger Weise einschränken. Sind diese Voraussetzungen eingehalten und tritt eine Behörde auf ein

Gesuch oder Rechtsmittel nicht ein, weil die entsprechenden Verfahrensvorschriften aus einem Grund, den die Parteien zu vertreten haben, nicht eingehalten sind, ist Art. 6 EMRK nicht verletzt. Insbesondere ist es mit Art. 6 EMRK vereinbar, das Eintreten auf ein Gesuch oder Rechtsmittel von der rechtzeitigen Bezahlung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen (BGE 124 I 322 E. 4 d/e) mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe in seiner Verwaltungsbeschwerde beantragt, die Verfahrenskosten seien gestützt auf § 25 Abs. 1 lit. c VRG zu erlassen. Vor der Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses hätte der Regierungsrat in einem Zwischen- oder Teilentscheid über den Antrag auf Kostenerlass befinden müssen.

a) In besonderen Fällen, insbesondere wenn es das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitsache rechtfertigt, können die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden. Über die Kostenbefreiung wird aber immer erst im Endentscheid befunden, denn erst nach Erledigung der Streitsache kann beurteilt werden, ob die Voraussetzungen für eine Kostenbefreiung nach § 25 VRG gegeben sind (BGer vom 6. März 2015, 2C_596/2014, Erw. 3.5). Da es sich bei der Behörde, welche einen Kostenvorschuss verlangt, und derjenigen, welche schlussendlich über die Kostenbefreiung befindet, um zwei unterschiedliche Behörden handelt, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten – eine bei Verfahrensbeginn, die andere bei Verfahrensabschluss – über Kostenfragen entscheiden, kann zu Beginn des Verfahrens von der verfahrensleitenden Direktion nicht über die Kostenbefreiung entschieden werden. Der Antrag auf Erlass der Kosten hat darum nicht zur Folge, dass die verfahrensleitende Behörde keinen Kostenvorschuss erheben darf bzw. vorgängig vom Regierungsrat einen Entscheid bezüglich Kostenbefreiung in Form eines Teil- oder Zwischenentseides erwirken müsste. Bei der Bezahlung des Kostenvorschusses gemäss § 26 VRG handelt es sich nämlich um eine Eintretensvoraussetzung, ohne die auf die Beschwerde gar nicht eingetreten werden kann (vgl. § 26 Abs. 2 VRG).

b) Eine besondere Regelung gilt für den Fall, dass der Beschwerdeführer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt. Wird ein solches Gesuch gleichzeitig mit der Beschwerdeschrift eingereicht, darf kein Kostenvorschuss erhoben werden, bevor über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden ist. Wird das Gesuch nach Erlass der Kostenvorschussverfügung gestellt, so wird die Frist für die Bezahlung des Kostenvorschusses gegenstandslos und es muss bei Abweisung des Gesuchs eine neue Zahlungsfrist festgelegt werden. Im Übrigen gilt der Entscheid über die Gewährung bzw. Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls als verfahrensleitende Verfügung gemäss § 3 Abs. 2 der Delegationsverordnung, welche von der zuständigen Direktion gefällt werden kann.

4. Der Beschwerdeführer beanstandet, dass der festgelegte Kostenvorschuss von

Fr. 1'200.- deutlich höher liege als eine allenfalls stark herabgesetzte Kostenaufgabe. Sie sei damit willkürlich. Die Sicherheitsdirektion erklärt diesbezüglich, mit Fr. 1'200.- betrage der geforderte Kostenvorschuss etwas mehr als ein Viertel des zulässigen Maximalbetrages gemäss Verwaltungsgebührentarif.

a) Bei der betragsmässigen Festsetzung des Kostenvorschusses steht der zuständigen Behörde ein sehr weitgehender Ermessensspielraum zu. In diesen Ermessensspielraum darf das Verwaltungsgericht nicht eingreifen, denn Entscheide des Regierungsrats darf das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen. Zu beachten ist dabei, dass der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens als Rechtsverletzung gilt (§ 63 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Ein Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn sich die Verwaltungsbehörde zwar formell an den Entscheidungsspielraum hält, den ihr ein Rechtssatz einräumt, der Entscheid selber aber nicht nur unzweckmässig und unangemessen, sondern sogar unhaltbar erscheint. Im Sinne von § 26 Abs. 1 VRG bedeutet dies, dass ein Kostenvorschuss dann als angemessen erscheint, wenn er den mutmasslichen Verfahrensaufwand zu decken vermag. Angemessen ist sicher der Betrag, den die unterliegende Partei am Ende des Verfahrens mutmasslich bezahlen muss. Aus § 1 Ziff. 1 des Verwaltungsgebührentarifs vom 11. März 1974 (BGS 641.1) ergibt sich, dass der Regierungsrat für Entscheide in Beschwerdesachen eine Spruchgebühr von Fr. 50.- bis Fr. 4'400.- verlangen muss. Die als Kostenvorschuss geforderte Betrag Fr. 1'200.- entspricht somit ca. 27% des möglichen Maximalbetrages.

b) Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich um ein sehr einfaches Verfahren, da nur einfache Rechtsfragen zu klären seien. Im vorliegenden Fall hat der Regierungsrat bei der Beurteilung der Verwaltungsbeschwerde zu klären, ob der Beschwerdeführer ohne nähere Präzisierung unbeschränkten Anspruch auf Zugang zu sämtlichen in einer bestimmten Zeitperiode erstellten Protokolle über die behandelten Geschäfte durch den Gemeinderat der Gemeinde B. hat. Die sich stellenden Rechtsfragen kann man nie zum vorneherein als einfach bezeichnen, zumal zu dem erst 2014 in Kraft getretenen Öffentlichkeitsgesetz noch kaum eine relevante Praxis vorliegt und sich die Behörden auf den blossen Gesetzestext und eine Wegleitung stützen müssen. Aufgrund des bescheidenen Umfangs der Akten und Rechtsschriften kann man zwar feststellen, dass es sich nicht um ein besonders umfangreiches Verfahren handeln wird. Angesichts der Tatsache aber, dass die Sicherheitsdirektion ein Verwaltungsbeschwerdeverfahren mit zwei Parteien durchzuführen und einen Antrag mit Begründung auszuarbeiten hat, der schliesslich vom Regierungsrat zu beurteilen und in einem ausgefertigten Entscheid zu eröffnen ist, kann man nicht von einem so geringen Aufwand sprechen, dass sich nur ein Kostenvorschuss deutlich im untersten Viertel der möglichen Skala rechtfertigen würde. Einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.- kann man nicht als überrissen oder unhaltbar bezeichnen. Jedenfalls bewegt sich der Regierungsrat damit in einem Ermessensspielraum, der vom Gericht zu respektieren ist, denn

wir befinden uns hier nicht in einem Bereich, den man als Rechtsverletzung qualifizieren könnte. Eine solche müsste aber vorliegen, damit das Gericht berechtigt wäre, den Kostenvorschuss bezüglich seiner Höhe aufzuheben. Anzumerken ist an dieser Stelle lediglich noch, dass für Verwaltungsbeschwerdeverfahren von durchschnittlicher Schwierigkeit vom Regierungsrat an sich ein Kostenvorschuss in der Grössenordnung von etwas über Fr. 2'000.- zu erheben wäre, wenn man den gesamten Kostenrahmen berücksichtigt. Festzuhalten bleibt auch, dass der Betrag des Kostenvorschusses die endgültige Festlegung der Verfahrenskosten nicht präjudiziert, d.h. der Kostenspruch im verfahrensabschliessenden Entscheid kann bei einem etwaigen Unterliegen eines Beschwerdeführers durchaus auch höher sein. Darum wird zum Teil von der Lehre die Meinung vertreten, dass der Kostenvorschuss in der Regel eher grosszügig und nicht zu knapp bemessen sein sollte, um Nachforderungen wenn immer möglich zu vermeiden (Urteil des Kantonsgerichts SG vom 20. April 2011, BE.2011.9, Erw. 3.2 mit Verweis auf Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/L. Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Bern 2013, Art. 98 N 13). Die Höhe des Kostenvorschusses bildet für die Parteien immerhin einen gewissen Anhaltspunkt für die spätere Höhe der Spruchgebühr und damit für die zu erwartenden Kosten im Fall des Unterliegens.

c) Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, der Regierungsrat habe das rechtliche Gehör verletzt, weil er die Kostenvorschussverfügung nicht begründet habe. Bei der Verfügung über den Kostenvorschuss handelt es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung, die nach der Praxis des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts (BGer vom 3. September 2014, 2C_736/2014, Erw. 2.3) nicht näher begründet werden muss. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine solche Verfügung vor allem dann keiner Begründung bedarf, wenn ein Tarif oder eine Norm Mindest- und Höchstbeträge vorsehe und wenn der dadurch vorgesehene Rahmen nicht überschritten werde (BGE 139 V 496 E. 5.1). Dasselbe gilt auch für die von der entscheidenden Behörde festgesetzten Parteientschädigungen. Besteht ein Tarif oder eine gesetzliche Regelung, die Minima und Maxima festsetzt, muss der Entscheid nur begründet werden, wenn er von den Grenzen abweicht oder wenn ausserordentliche Punkte zu beachten sind. Würde man bei der Festsetzung des Kostenvorschusses immer Begründungen verlangen, wie sie z. B. in § 1 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) vorgesehen sind (die Gebühr ist nach dem Zeit- und Arbeitsaufwand, der Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie nach dem Streitwert und den sonstigen Interessen der beteiligten Parteien festzusetzen), so läuft man – wie das Bundesgericht in BGE 139 V 496 E. 5.1 feststellt – Gefahr, dass stereotype Formeln verwendet werden, die sich kaum vom Fehlen einer Begründung unterscheiden. Dass die Kostenvorschussverfügung nicht näher begründet wurde, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, zumal sich der geforderte Betrag weit unter dem zulässigen Höchstbetrag befindet.

5. Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:

a) Die Sicherheitsdirektion ist aufgrund der Delegationsnorm von § 3 Abs. 2 Delegationsverordnung berechtigt und verpflichtet, über den Kostenvorschuss und dessen Höhe in Verfügungsform zu befinden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich Kostenvorschuss und Kostenentscheid dadurch unterscheiden, dass sie verfahrensrechtlich zeitlich unabhängig sind und nicht von der gleichen Instanz erlassen werden. Der Regierungsrat befindet in dem verfahrensabschliessenden Entscheid über die Kosten und nur dieser kann über einen Erlass der Kosten entscheiden, nachdem das Verfahren erledigt ist. Die Sicherheitsdirektion ist nicht berechtigt anzunehmen, dass der Regierungsrat als Kollegialbehörde allenfalls auf die Kostenerhebung verzichten werde. Die verfahrensleitende Behörde, welche den Kostenvorschuss verfügt, darf nicht von sich aus auf den Kostenvorschuss verzichten, es sei denn, die betroffene Person stelle ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Zwischen dem Kostenvorschuss und der Spruchgebühr, welche im verfahrensabschliessenden Entscheid festzulegen ist, besteht nämlich nur insofern ein Zusammenhang, als der Vorschuss – aus der prospektiven Sicht zu Beginn des Verfahrens – die mutmassliche Höhe der im Fall des Unterliegens aufzuerlegenden Kosten nicht in grösserem Mass überschreiten sollte.

b) Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht verlangt der Beschwerdeführer eine Befreiung von den Verfahrenskosten. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht können gemäss § 25 VRG in besonderen Fällen die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden, insbesondere wenn a) die Parteien an der Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind, b) ein Verfahren durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird, oder c) das öffentliche Interesse an der Abklärung der Streitfrage es rechtfertigt. Nachdem es vorliegend um die Frage geht, ob der Beschwerdeverfahren im Verfahren vor dem Regierungsrat Kosten zu bezahlen hat, kann man nicht davon ausgehen, dass er wirtschaftlich nicht am Ausgang des Verfahrens interessiert ist. Wie aus dem Urteil hervorgeht, handelt es sich bei dem vom Beschwerdeführer beanstandeten Vorgehen bei Kostenvorschüssen um eine gesetzlich einwandfrei abgestützte Verwaltungspraxis, die auch in anderen Kantonen existiert und die mit Blick auf den Kanton Zug überdies vom Bundesgericht geschützt wurde (BGer 2C_596/2014). Es stellten sich vorliegend somit keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, an deren erstmaliger Abklärung ein öffentliches Interesse bestanden hätte. Somit kommt auch eine Kostenbefreiung gestützt auf § 25 Abs. c VRG hier nicht in Frage. Angesichts des Verfahrensaufwands erachtet das Gericht eine bescheidene Spruchgebühr in der Höhe von Fr. 1'000.– als angemessen. Die Sicherheitsdirektion verlangt eine Parteientschädigung. Die Behörden haben aber nach der bisherigen Gerichtspraxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. April 2016, V 2016 7
Das Urteil ist rechtskräftig.

1.2 §§ 11 und 26 VRG; Art. 101 OR**Regeste:**

§§ 26, 11 VRG. Art. 101 OR – Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und er binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht. Die Wiederherstellung setzt voraus, dass weder der Partei noch ihrer Vertretung ein Vorwurf gemacht werden kann, wobei bereits ein leichtes Verschulden der Wiederherstellung entgegensteht (Erw. 3d). Bei Anwälten gilt ein strengerer Massstab als bei juristischen Laien. Sie haben ihren Kanzleibetrieb so zu organisieren, dass Fristen auch in ihrer Abwesenheit gewahrt werden können, und vor Ablauf der Frist Kontrollen durchzuführen bzw. fristwahrende oder fristerstreckende Massnahmen vorzunehmen. Dies gilt insbesondere für eine Rechtsschutzversicherung (Erw. 3e). Bedient sich die Partei oder ihr Vertreter zur Erfüllung der Kostenvorschusspflicht eines Erfüllungsgehilfen, so ist ihr bzw. dem Anwalt das Verhalten der Hilfsperson, selbst wenn es sich bei dieser ebenfalls um einen Anwalt handelt, wie ein eigenes zuzurechnen (Erw. 3g und h).

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat von G. löste das Arbeitsverhältnis mit X. am 10. Dezember 2015 per 31. Mai 2016 auf, worauf dieser am 25. Januar 2016 durch den Anwalt Y. beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erheben und Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung stellen liess. Mit Kostenvorschussverfügung vom 29. Januar 2016 forderte die Finanzdirektion den Rechtsvertreter auf, bis am 29. Februar 2016 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.- zu bezahlen. Nachdem der Kostenvorschuss innert der angesetzten Frist nicht geleistet wurde und auch keine Fristerstreckung beantragt worden war, räumte die Finanzdirektion dem Anwalt mit Schreiben vom 2. März 2016 die Möglichkeit ein, innert der gesetzlichen Frist von § 11 Abs. 3 VRG ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung der Frist einzureichen. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'200.- wurde daraufhin am 2. März 2016 von der Rechtsschutzversicherung Z. bezahlt. Mit Schreiben vom 4. März 2016 beantragte Anwalt Y. die Wiederherstellung der bis 29. Februar 2016 angesetzten Frist zur Leistung des Kostenvorschusses. Er begründete das Gesuch damit, dass die Rechtsschutzversicherung von X. Kostengutsprache geleistet und sich auch verpflichtet habe, einen allfälligen Kostenvorschuss für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren zu bezahlen. Trotz Weiterleitung der Verfügung der Finanzdirektion zwecks Bezahlung des Kostenvorschusses sei er von der Rechtsschutzversicherung nicht rechtzeitig bezahlt worden, weil deren angestellte Anwältin vom 24. – 29. Februar 2016 krankgeschrieben gewesen sei. Krankheit sei ein unverschuldetes Hindernis, mit welchem weder die Mitarbeiterin der Rechtsschutzversicherung noch der Anwalt von X. hätten rechnen müssen. Mit Beschluss vom 17. Mai 2016 trat der Regierungsrat auf die Beschw-

erde vom 25. Januar 2016 nicht ein. Die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Frist seien nicht gegeben. Am 20. Juni 2016 liess X., vertreten durch Anwalt Y., Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Regierungsratsbeschluss sei aufzuheben und das Fristwiederherstellungsgesuch vom 4. März 2016 sei gutzuheissen; weiter sei der Regierungsrat zu verpflichten, auf die Verwaltungsbeschwerde vom 25. Januar 2016 einzutreten und diese materiell zu beurteilen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss § 26 Abs. 1 VRG kann die Behörde von demjenigen, der eine Amtshandlung beantragt oder ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen. Wird der verlangte Vorschuss trotz Androhung der Folgen innert der angesetzten Frist nicht geleistet, so kann die Amtshandlung unterbleiben beziehungsweise das Verfahren abgeschrieven werden (§ 26 Abs. 2 VRG). Eine behördlich angesetzte Frist kann erstreckt werden, wenn vor Fristablauf ein Gesuch gestellt und ein ausreichender Grund glaubhaft gemacht wird (§ 11 Abs. 2 VRG). Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und er binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht (§ 11 Abs. 3 VRG).

3. a) Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 29. Januar 2016 aufforderte, den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'200.- bis am 29. Februar 2016 zu bezahlen. Gleichzeitig wurde im Schreiben mit Fettdruck darauf aufmerksam gemacht, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne, wenn der Vorschuss nicht oder nicht innert der angesetzten Frist geleistet werde. In der Folge wurde der Kostenvorschuss bis am 29. Februar 2016 nicht einbezahlt und der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, diesen fristgerecht geleistet zu haben. Es steht unbestrittenermassen fest, dass der Kostenvorschuss nicht rechtzeitig bezahlt wurde.

b) Gemäss § 11 Abs. 2 VRG kann eine behördlich angesetzte Frist erstreckt werden, wenn vor Fristablauf ein Gesuch gestellt und ein ausreichender Grund glaubhaft gemacht wird. Bei der Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses handelt es sich um eine behördliche Frist. Der Beschwerdeführer hatte vor Fristablauf kein Fristerstreckungsgesuch gestellt und macht dies auch nicht geltend. Indem weder der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet noch innerhalb der Frist ein Fristerstreckungsgesuch gestellt wurde, war auf die Beschwerde grundsätzlich nicht einzutreten und das Verfahren abzuschreiben. Zu prüfen bleibt im Folgenden, ob die Frist allenfalls wiederherzustellen ist.

(...)

d) Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und er binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht (§ 11 Abs. 3 VRG). Vorliegend wurde mit dem Wiederherstellungsgesuch vom 4. März 2016 die 10-tägige Frist von § 11 Abs. 3 VRG gewahrt. Wie die Vorinstanz richtig erkannte, lässt das Gesetz die Wiederherstellung aber nur zu, wenn weder der Partei noch ihrer Vertretung ein Vorwurf gemacht werden kann. Der Wortlaut des Zuger VRG – wonach der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten worden sein muss – lässt darauf schliessen, dass bereits ein leichtes Verschulden der Wiederherstellung entgegensteht (vgl. Plüss, in: Griffel, Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2014, N 44 zu § 12 VRG; vgl. Egli, in: Waldmann / Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016, N 12 zu Art. 24 VwVG). Ein Grund, der die Wiederherstellung einer Frist rechtfertigen könnte, ist nicht leichthin anzunehmen. Die strenge Praxis rechtfertigt sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verfahrensdisziplin (Plüss, a.a.O., N 45 zu § 12 VRG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2015 vom 19. Februar 2015 Erw. 2.2). Eine fehlende Nachlässigkeit ist zu bejahen, wenn es der säumigen Person trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt objektiv unmöglich oder subjektiv nicht zumutbar ist, die fristgebundene Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen (Plüss, a.a.O., N 46 zu § 12 VRG).

e) Von Rechtskundigen ist bei der Fristwahrung eine grössere Sorgfalt zu erwarten als von Rechtsunkundigen. Bei Anwälten gilt deshalb ein strengerer Massstab als bei juristischen Laien. Anwälte müssen ihren Kanzleibetrieb grundsätzlich so organisieren, dass Fristen in ihrer Abwesenheit bzw. im Hinderungsfall gewahrt werden können. Eine starke berufliche Belastung oder Ferienabwesenheit rechtfertigt keine Fristwiederherstellung. Ebenso wenig genügt die blossе Arbeitsunfähigkeit eines Anwalts als Wiederherstellungsgrund; zusätzlich ist nachzuweisen, dass aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse die Bestellung einer Vertretung ausgeschlossen war. Die geforderte Sorgfalt des anwaltlichen Handelns verlangt, dass der Anwalt es nicht darauf bewenden lassen darf, seinem Auftraggeber fristgebundene behördliche Auflagen zur Erledigung weiterzuleiten. Vielmehr muss er vor Ablauf der Frist Kontrollen durchführen bzw. fristwahrende oder fristerstreckende Massnahmen vornehmen. In Bezug auf Kostenvorschüsse bedeutet dies, dass der Vertreter die Kautions im Zweifelsfall entweder selbst einzubezahlen hat oder die Frist mit entsprechender Begründung rechtzeitig erstrecken lassen muss (Plüss, a.a.O., N 50 ff. zu § 12 VRG; vgl. BGE 119 II 86 Erw. 2a).

f) Ein Fristwiederherstellungsgrund liegt grundsätzlich im Fall einer ernsthaften Erkrankung der Person vor, die eine fristgebundene Rechtshandlung vorzunehmen hat. Die Erkrankung muss allerdings derart sein, dass der Rechtssuchende durch sie

sowohl davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln, als auch daran gehindert wird, eine Drittperson mit der Vornahme der fristgebundenen Prozesshandlung zu betrauen (BGE 119 II 86 Erw. 2a). So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Wiederherstellung in folgenden Fällen gewährt: Einem an einer schweren Lungenentzündung leidenden, hospitalisierten 60-Jährigen, ebenso einem Versicherten, der wegen schwerer nachoperativer Blutungen massive zerebrale Veränderungen aufwies, intellektuell stark beeinträchtigt und daher während der gesamten Rechtsmittelfrist weder fähig war, selber Beschwerde zu erheben, noch sich bewusst werden konnte, dass er jemanden mit der Interessenwahrung hätte betrauen sollen. Nicht gewährt hat das Gericht die Wiederherstellung dagegen in Fällen eines immobilisierten rechten Arms bzw. einer schweren Grippe, wo keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestanden und dies auch nicht weiter belegt wurde, dass der Rechtssuchende nicht imstande gewesen wäre, trotz der Behinderung fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen (BGE 112 V 255 Erw. 2a). Mit Urteil 2C_224/2012 vom 26. April 2012 trat das Bundesgericht auf das entsprechende Fristwiederherstellungsgesuch nicht ein und führte aus, dass sich aus der ärztlichen Bescheinigung nicht ergebe, dass der Beschwerdeführer an jeglichem zielgerichteten Handeln verhindert gewesen wäre. In BGE 119 II 86 Erw. 2b führte das Bundesgericht sinngemäss aus, wenn es am Nachweis fehle, dass der Zustand des Anwalts sogar die wenig arbeitsintensive Bestellung eines Vertreters oder die blosser Benachrichtigung der Klientschaft ausgeschlossen hätte, könne kein unverschuldetes Hindernis angenommen werden.

g) Fehler von Hilfspersonen werden der Partei und ihrer Vertretung zugerechnet. Eine Prozesspartei vermag sich der Verantwortung für die Wahrnehmung ihrer Prozesspflichten nicht dadurch rechtsgültig zu entledigen, dass sie Dritte mit der Wahrung ihrer Rechte und Pflichten beauftragt. Dies ergibt sich bereits aus dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts: Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, hat danach dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht (Art. 101 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR, SR 220]; Egli, a.a.O., N 17 zu Art. 24 VwVG; Urteil des Bundesgerichts 2C_699/2012 vom 22. Oktober 2012 Erw. 3.3).

Die Fristenwahrung bei Zahlungspflichten ist nicht anders zu handhaben als bei Eingaben (vgl. Plüss, a.a.O., N 64 ff. zu § 11 VRG). Zur Fristwahrung bei der Leistung von Kostenvorschüssen muss der Betrag am letzten Tag der Frist einem Schweizer Post- oder Bankkonto belastet worden sein. Während im Verfahren vor Bundesgericht eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses vorgesehen ist (Art. 63 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), gibt es im Verfahren nach Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG,

SR 172.021; Art. 63 Abs. 4 Satz 2 VwVG) wie auch im Verfahren nach VRG (§ 26 Abs. 2 VRG) keine Nachfrist (vgl. Rhinow / Koller / Kiss / Thurnherr / Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Nr. 913). Bedient sich die Partei oder ihr Vertreter zur Erfüllung der Kostenvorschusspflicht eines Erfüllungsgehilfen, so ist ihr bzw. dem Anwalt das Verhalten der Hilfsperson wie ein eigenes zuzurechnen (Art. 101 OR; Egli, a.a.O., N 27 zu Art. 21 VwVG mit weiteren Hinweisen), denn wer den Vorteil hat, Pflichten durch eine Hilfsperson erfüllen zu lassen, der soll auch die Nachteile daraus tragen (BGE 107 Ia 168 Erw. 2a; vgl. BGE 114 Ib 67 Erw. 3). In BGE 107 Ia 168 – in jenem Fall wies der Rechtsanwalt eine Versicherung an, den Kostenvorschuss zu bezahlen – führte das Bundesgericht aus, dass gemäss Art. 101 OR, welche Bestimmung nicht nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern auch im Verkehr zwischen Privaten und Amtsstellen (z. B. Gerichten) anzuwenden ist (BGE 94 I 248 Erw. 2b), der Anwalt sich das diesfalls in der Missachtung einer klaren Anordnung bestehende Verhalten der Hilfsperson wie sein eigenes anrechnen lassen müsse (siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2C_734/2012 vom 25. März 2013 Erw. 3.3). Die Rechtsprechung wendet einen strengen Massstab an die Sorgfaltspflicht der Partei an. Diese hat sich im Rahmen der Fristenkontrolle unter Umständen vor Ablauf der Frist beim Gericht zu erkundigen, ob der Kostenvorschuss eingegangen ist, um nötigenfalls noch eine Fristerstreckung erwirken zu können (Egli, a.a.O., N 27 zu Art. 21 VwVG).

h) Im vorliegenden Fall macht der Beschwerdeführer geltend, dass die zuständige Anwältin der Rechtsschutzversicherung zum Zeitpunkt des Fristablaufs krank gewesen sei. Ein Arztzeugnis bestätigt eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% vom 24. – 29. Februar 2016, ohne jedoch weitere Angaben zur Art der Krankheit zu machen. Vom Beschwerdeführer wird keine derartige Krankheit behauptet, welche die Anwältin sowohl davon abgehalten hätte, selber innert Frist zu handeln, als auch eine Drittperson mit der Vornahme der fristgebundenen Prozesshandlung zu betrauen. Da die Hürde für das Vorliegen einer derartigen Krankheit sehr hoch ist – nicht einmal bei Vorliegen einer schweren Grippe würde eine schwere Krankheit als gegeben betrachtet –, die Anwältin nach sechs Tagen bereits wieder am Arbeitsplatz erschien und keine gegenteiligen Behauptungen oder Beweise vorliegen, ist das Vorliegen einer schweren Krankheit nicht nachgewiesen. Selbst wenn eine derartige Krankheit vorgelegen hätte, sind zwei weitere Aspekte zu beachten. Bei der zuständigen Person der Rechtsschutzversicherung handelt es sich um eine Rechtsanwältin. Da Rechtskundigen bei der Fristwahrung eine grössere Sorgfalt zuzumuten ist als Rechtsunkundigen, ist bei Anwälten ein strengerer Massstab anzusetzen als bei juristischen Laien. Sie haben ihren Kanzleibetrieb so zu organisieren, dass Fristen auch in ihrer Abwesenheit gewahrt werden können. Sodann ist die Rechtsschutzversicherung Z. eine professionell organisierte Rechtsschutzversicherung mit rund 70 Mitarbeitern. Von einer professionellen Organisation in dieser Grösse mit einer Rechtsanwältin als zuständiger Mitarbeiterin kann umso mehr auch im Fall eines kurzfristigen Ausfalls der Mitarbeiterin eine reibungslose Bearbeitung drin-

gender Angelegenheiten – insbesondere Fristenwahrungen – zum Beispiel durch eine Stellvertretung erwartet werden. Zusammenfassend ist mangels entsprechender Belege nicht von einer derartigen Krankheit auszugehen, welche die Anwältin sowohl davon abhielt, den Kostenvorschuss selber innert Frist zu bezahlen, als auch eine Drittperson mit der Bezahlung des Kostenvorschusses zu betrauen. Selbst wenn eine derartige Krankheit vorgelegen hätte, müsste die Rechtsanwältin bzw. die Rechtsschutzversicherung als professionelle Organisation sich so organisieren, dass auch im Falle eines kurzfristigen Ausfalls die entsprechenden Fristen gewahrt werden. Im vorliegenden Fall war weder die angestellte Anwältin noch die Rechtsschutzversicherung genügend sorgfältig organisiert, damit die Kostenvorschusspflicht des Beschwerdeführers hätte gewahrt werden können. Aufgrund dieser mangelnden Sorgfalt liegt bei der Anwältin bzw. der Rechtsschutzversicherung keine unverschuldete Säumnis vor, weshalb die Frist grundsätzlich nicht wiederherzustellen ist.

4. Zu prüfen bleibt, ob dem Beschwerdeführer beziehungsweise seinem Rechtsvertreter das verschuldete Säumnis der Rechtsschutzversicherung zuzurechnen ist. Bei Anwalt Y. handelt es sich um den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, welcher den Prozess für seinen Klienten führt. Die Rechtsschutzversicherung bzw. ihre Mitarbeiterin stellt hingegen nur eine Hilfsperson des prozessführenden Rechtsanwalts dar, ist diese doch nicht direkt am Prozess beteiligt, sondern wurde sie von Anwalt Y. lediglich mit der Bezahlung des Kostenvorschusses beauftragt. Wie oben dargelegt, muss sich der Rechtsanwalt das Verhalten seiner Hilfsperson wie sein eigenes anrechnen lassen. Die strenge Sorgfaltspflicht eines Rechtsanwalts hätte im vorliegenden Fall erfordert, dass sich Anwalt Y. vor Ablauf der Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses bei der Gerichtskasse erkundigt, ob die Zahlung eingegangen ist und andernfalls entsprechende Massnahmen ergreift. Der Anwalt darf es nicht damit bewenden lassen, seiner Hilfsperson fristgebundene behördliche Auflagen zur Erledigung weiterzuleiten, ohne diese entsprechend zu kontrollieren. Selbst die Tatsache, dass es sich bei der Angestellten der Rechtsschutzversicherung ebenfalls um eine Rechtsanwältin handelt, ändert nichts daran. Anwalt Y. als prozessführender Anwalt trägt die Verantwortung für den korrekten Ablauf des Verfahrens, insbesondere die Einhaltung der Fristen. Wendet der Rechtsanwalt die entsprechende Sorgfalt nicht an, ist ihm bzw. seinem Klienten der Fehler von Hilfspersonen zuzurechnen. Zudem wäre auch vor der Erkrankung der angestellten Anwältin mehr als genug Zeit (über drei Wochen) zur Zahlung des Kostenvorschusses vorhanden gewesen. Auch der Einwand des Beschwerdeführers, es handle sich bei der Fristansetzung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses lediglich um eine Ordnungsfrist, trifft nicht zu. Aus dem Gesetz ist nicht ersichtlich, weshalb es sich bei der Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses lediglich um eine Ordnungsfrist handeln sollte. Das VRG sieht – im Gegensatz zu anderen Verfahrenserlassen – auch keine Ansetzung einer Nachfrist vor. In § 26 Abs. 2 VRG ist vielmehr explizit festgehalten, dass bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses innert der angesetzten Frist trotz Androhung der

Folgen die Amtshandlung unterbleiben bzw. das Verfahren abgeschrieben werden kann. Auf diese Folge wurde der Beschwerdeführer in der Kostenvorschussverfügung vom 29. Januar 2016 auch ausdrücklich in Fettschrift hingewiesen. Sodann hielt das Bundesgericht explizit fest, dass sich der Rechtsanwalt auch die Säumnis einer Drittperson zur Bezahlung des Kostenvorschusses anrechnen lassen müsse (vgl. oben Erw. 3g). Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass die geforderte anwaltliche Sorgfaltspflicht ausser Acht gelassen wurde, indem der prozessführende Rechtsanwalt die an die Rechtsschutzversicherung ausgelagerte Prozesshandlung zur Bezahlung des Kostenvorschusses nicht kontrollierte. Durch die Verletzung seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht ist dem Rechtsanwalt der Fehler seiner Hilfsperson anzurechnen. Folglich wurde der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers – durch die Anrechnung des Verschuldens seiner Hilfsperson – verschuldet abgehalten, innert der Frist zu handeln, weshalb § 11 Abs. 3 VRG keine Anwendung findet und das Fristwiederherstellungsgesuch nicht gutgeheissen werden kann bzw. auch von der Vorinstanz nicht gutgeheissen werden konnte. Demzufolge ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Verwaltungsbeschwerde eingetreten. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet, weswegen sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. September 2016, V 2016 55
Das Urteil ist rechtskräftig.

1.3 § 25 PolOrgG; Art. 5, 9 und 29 BV

Regeste:

§ 25 PolOrgG, Art. 5, 9 und 29 BV – Nach § 25 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Polizei werden die Kosten für polizeiliche Leistungen in Rechnung gestellt, wenn die Gesetzgebung es vorsieht. Ersatz der gesamten Kosten für polizeiliche Leistungen wird u.a. verlangt von Personen, die mutwillig eine Alarmierung auslösen (§ 25 Abs. 3 lit. a PolOrgG), oder aus deren privater Sicherheitseinrichtung sich ein Fehlalarm löst (lit. b). Wird einer Person jedoch erst rund drei Monate nach einem Fehlalarm eine Gebührenrechnung auferlegt, ohne dass ihr bezüglich des zugrundeliegenden Sachverhalts und der bezüglichen Rechtsgrundlage das rechtliche Gehör gewährt wurde, werden der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Gebot der Fairness im Verfahren verletzt (Erw. 4d und e).

Aus dem Sachverhalt:

X. kontaktierte am 5. Mai 2014 um 22.21 Uhr die Einsatzleitzentrale der Zuger Polizei und meldete, gerade per Telefon bzw. SMS einen Einbruchalarm von der Alarmanlage in seinem Einfamilienhaus an der Musterstrasse in Z. übermittelt erhalten

zu haben. In der Folge wurde eine Polizeipatrouille zum Wohnhaus von X. beordert. Die Polizeibeamten umstellten das Gebäude und kontrollierten sämtliche Türen und Fenster auf Einbruchspuren. Weder bei der Aussen- noch bei der Innenkontrolle des Gebäudes konnten sie irgendwelche Einbruchspuren feststellen. Nach Orientierung von X. über den Fehlalarm wurde der Einsatz beendet. Am 22. Juli 2014 auferlegte die Zuger Polizei X. die Kosten für den Polizeieinsatz vom 5. Mai 2014 in der Höhe von Fr. 440.95 inkl. MWST unter Verweis auf § 25 Abs. 3 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Polizei vom 30. November 2006 (Polizei-Organisationsgesetz [PolOrgG]; BGS 512.2) i.V.m. § 3 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über den Kostenersatz für polizeiliche Leistungen vom 11. Dezember 2007 (BGS 512.26). Zur Begründung wurde angegeben, dass es sich um einen Fehlalarm seiner Alarmanlage gehandelt habe. Gegen diese Rechnung erhob X. mit Eingabe vom 26. Juli 2014 Beschwerde an den Regierungsrat des Kantons Zug und beantragte sinngemäss deren Aufhebung. Zur Begründung brachte er vor, nach dem Alarm vom 5. Mai 2014 habe er am darauffolgenden Tag sämtliche Türen- und Fensterkontakte sowie die Bewegungsmelder kontrolliert. Dabei habe sich herausgestellt, dass diese ordnungsgemäss funktioniert hätten. An der Terrassentür der Küche sowie an deren Rahmen habe er aber frische Einbruchspuren festgestellt. Es sei somit sehr wahrscheinlich, dass der Alarm durch diesen Einbruchversuch ausgelöst worden sei und die Einbrecher zur Flucht veranlasst habe. Seiner Beschwerde legte X. Fotos der Terrassentür und deren Rahmen bei. Am 11. August 2014 kontaktierte X. die Zuger Polizei und erkundigte sich danach, wo er eine Anzeige wegen eines Einbruchversuchs einreichen könne. Zwei Polizeibeamte rückten in der Folge zu einer nachträglichen Sachverhaltsaufnahme aus. Gemäss Polizeirapport vom 19. August 2014 konnten sie indes keine Einbruchspuren feststellen, sondern lediglich ein leicht verbogenes Aluminiumblech im Schwellenbereich des Rahmens der Terrassentüre. Einbruchspuren, namentlich von Werkzeugen, hätten keine gesichert werden können und auf den Beizug des kriminaltechnischen Dienstes sei verzichtet worden. X. habe angegeben, er habe diesen Schaden erst am 11. August 2014 festgestellt. X. stellte gleichentags Strafantrag wegen Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs gegen unbekannt. Mit Beschluss vom 9. Dezember 2014 hiess der Regierungsrat die von X. erhobene Beschwerde teilweise gut und änderte die Rechnung der Zuger Polizei vom 22. Juli 2014 in dem Sinne ab, dass X. für den Polizeieinsatz für den Fehlalarm seiner Wertschutzanlage vom 5. Mai 2014 Kosten im Betrag von Fr. 408.30 zu tragen habe, somit ohne Mehrwertsteuer im Umfang von 8 % bzw. Fr. 32.65. Es wurden ihm die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 400.– auferlegt.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Nach § 25 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Polizei (Polizei-Organisationsgesetz vom 30. November 2006, PolOrgG, BGS 512.2) werden die Kosten

für polizeiliche Leistungen in Rechnung gestellt, wenn die Gesetzgebung es vorsieht. Ersatz der gesamten Kosten für polizeiliche Leistungen wird u.a. verlangt von Personen, die mutwillig eine Alarmierung auslösen (§ 25 Abs. 3 lit. a PolOrgG), oder aus deren privater Sicherheitseinrichtung sich ein Fehlalarm löst (lit. b).

b) Umstritten ist, ob der Polizeieinsatz der Zuger Polizei vom späten Abend des 5. Mai 2014 nach der Alarmierung durch den Beschwerdeführer in dessen Liegenschaft kostenpflichtig war oder nicht, bzw. ob es sich bei der die Alarmierung durch den Beschwerdeführer auslösenden Meldung aus dessen privater Alarmanlage am 5. Mai 2014 um einen kostenpflichtigen Fehlalarm im Sinne des Gesetzes gehandelt hat oder nicht. Der Beschwerdeführer moniert insbesondere, dass die Polizei einen Fehlalarm nie definiert habe. Einzugehen ist somit zunächst auf den vom Gesetz verwendeten Begriff des Fehlalarms.

(...)

g) Somit ergibt sich, dass der Gesetzgeber wegen der Schwierigkeit eines sicheren Nachweises von Fehlalarmen ganz bewusst eine Kausalhaftung statuiert hat. Diese Rechtsfolge muss notwendigerweise generell, d.h. auch für andere als rein technische Fehlalarme bzw. für andere Ursachen von Fehlalarmen gelten. Demgemäss muss es für die Kostenpflicht des Privaten für den ergebnislosen polizeilichen Einsatz genügen, dass kein Beweis für eine Präsenz und Einwirkung von Tätern oder anderer verantwortlicher Drittpersonen vorhanden ist. Der Besitzer einer Alarmanlage soll also selbst dann kostenpflichtig werden, wenn eventuell tatsächlich Täter zu Werke gewesen sind, sich nachträglich aber keine verbrecherischen Spuren beweisen lassen. Denn der Staat soll für die Rechnungstellung nach einem erfolglosen Einsatz nicht zum Nachweis verpflichtet sein, was im konkreten Fall einen Fehlalarm ausgelöst hat. Kausalhaftung bedeutet somit, dass zum vorneherein der Besitzer der Alarmanlage für die Kosten von Polizeieinsätzen aufzukommen hat, die er aufgrund bzw. im Vertrauen auf seine Alarmmeldung ausgelöst hat, ohne dass Täter oder eindeutige Einbruchspuren vorgefunden wurden.

3.

(...)

f) Ist vorliegend somit nicht (mehr) nachweisbar, ob es sich um einen technischen Fehlalarm handelte oder ob tatsächlich ein Einbruchversuch den Alarm auslöste, bzw. auf welche Ursache der von der privaten Alarmanlage des Beschwerdeführers ausgegangene Alarm zurückzuführen ist, sind grundsätzlich die Voraussetzungen für die Kausalhaftung und damit die Entschädigungspflicht des Beschwerdeführers erfüllt.

g) Festzustellen ist schliesslich noch, dass zur Erhebung der hier umstrittenen Gebühr im Sinne eines Kausalhaftungstatbestandes im Polizei-Organisationsgesetz eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, was vom Beschwerdeführer im Übrigen auch nicht in Zweifel gezogen wird. Ebenso wenig umstritten ist die vom Regierungsrat als Beschwerdeinstanz noch reduzierte Höhe des Kostenersatzes von Fr. 408.30 gestützt auf § 3 lit. a der Verordnung über den Kostenersatz für polizeiliche Leistungen (BGS 512.26).

4. a) Polizeiliches Handeln unterliegt den allgemeinen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. allgemein BGE 136 I 87, 91 ff. E. 3.2). Wie auch im Bericht und Antrag des Regierungsrates zum Polizei-Organisationsgesetz (S. 64) festgehalten worden ist, muss sich polizeiliches Handeln wie jede andere Verwaltungstätigkeit auf Verfassung und Gesetz stützen. Unter diesem Aspekt sind im Folgenden in Berücksichtigung des zu beurteilenden Beschwerdefalles und der entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers die sich daraus ergebenden Anforderungen an Verfahren und Rechtsschutz zu prüfen.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass für den umstrittenen Polizeieinsatz vom 5. Mai 2014 erst am 22. Juli 2014 Rechnung gestellt worden sei. Die beiden Polizisten hätten am Schluss des Einsatzes vom 5. Mai 2014 davon gesprochen, dass es sich wahrscheinlich um einen Fehlalarm gehandelt habe, sie hätten ihn aber nicht auf seine Verantwortung für einen – von ihm nie anerkannten – «Fehlalarm» aufmerksam gemacht. Auch habe vor der Rechnungstellung kein Kontakt mehr mit der Polizei stattgefunden, worin er einen Verstoss gegen Treu und Glauben erblickt.

Die Zuger Polizei hielt in ihrer Stellungnahme vom 30. September 2014 fest, dass zwischen dem 5. Mai 2014 und der nachträglichen Schadensmeldung eine doch beachtliche Zeit vergangen sei. Die Frage, ob die vom Beschwerdeführer nachträglich festgestellten leichten Beschädigungen an der Terrassentür wirklich ursächlich für den Alarm vom 5. Mai 2014 gewesen seien, würde sich nicht mehr mit Bestimmtheit beantworten lassen. Die Vorinstanz argumentiert im angefochtenen Entscheid, der Beschwerdeführer habe sich nach dem 5. Mai 2014 nicht mehr wegen dieses Vorfalls bei der Zuger Polizei gemeldet. Erst nach Erhalt der Rechnung der Zuger Polizei vom 22. Juli 2014 habe er sein Wohnhaus erneut auf Einbruchspuren kontrolliert. Es könne sein, dass die erst nachträglich durch den Beschwerdeführer und die Polizeipatrouille entdeckte Beschädigung an der Terrassentüre erst nach dem 5. Mai 2014 entstanden sei. Es wird auch von der Sicherheitsdirektion dem Beschwerdeführer entgegengehalten, nur frische Spuren seien aussagekräftig.

Auf das Ersuchen des Gerichts um vollständige Aktenedition betreffend den Polizeieinsatz vom 5. Mai 2014 berief sich die Zuger Polizei darauf, dass es sich bei Journaleintragungen um chronologische verwaltungsinterne Aufzeichnungen handle, die für interne Zwecke polizeiliche Einsätze dokumentierten. Die Daten seien erste In-

formation und Orientierungshilfe und seien in der Regel nicht überprüft und nicht gesichert. Das Auskunftsrecht werde konsequenterweise eingeschränkt, da Daten gemäss dem Datenschutzgesetz aktuell, richtig und vollständig sein müssten.

c) Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich das Untersuchungsprinzip (§ 12 VRG). Dies bedeutet, dass namentlich die Verwaltungsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen abklären. Sie sind für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich (vgl. BGE 135 II 161, Erw. 3; Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich / St. Gallen, Rz. 1623). Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Im Beschwerdeverfahren ist es in erster Linie Aufgabe des Beschwerdeführers, die Beanstandungen vorzutragen, die er anzubringen hat. Er trägt die Substantiierungslast. Artikel 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistet den Anspruch auf rechtliches Gehör. Kerngehalt des Gehörsanspruchs ist gerade, dass derjenige, dessen Rechtsstellung berührt wird oder berührt werden könnte, am Verfahren teilnehmen und sich insbesondere vor Erlass einer Verfügung äussern kann. Die Behörde hat dessen Vorbringen auch tatsächlich zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, woraus sich die grundsätzliche Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide ergibt. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch hat im kantonalen Verwaltungsverfahren seinen positivrechtlichen Niederschlag in § 15 VRG gefunden, wonach die Behörden den Parteien das rechtliche Gehör gewährt, bevor sie entscheidet. Insbesondere besteht ein Anspruch auf Stellungnahme zu einer Frage tatsächlicher Natur, die – wie hier – zweifelhaft und für die Entscheidung der Streitsache erheblich ist (vgl. BGE 94 I 15., E. 2). Dies muss erst recht gelten, wenn ein Beweisverfahren in einem späteren Rechtsmittelverfahren aufgrund der zeitlichen Verzögerung gar nicht mehr möglich ist (Erkennbarkeit in der Regel nur von frischen Einbruchspuren). Einem betroffenen Privaten muss deshalb im Sinne seines Anspruchs auf rechtliches Gehör für die Bestreitung einer doch erheblichen Kostenbelastung die Möglichkeit des Nachweises offenstehen, dass kein Fehlalarm vorliegt, d.h. dass die Einwirkung Dritter bzw. von Straftätern Ursache der Alarmierung durch die Alarmanlage gewesen ist.

d) Vorliegend wurde dem Beschwerdeführer aber der Polizeieinsatz vom 5. Mai 2014 erst nach knapp elf Wochen in Rechnung gestellt, ohne dass ihm bezüglich des zugrundeliegenden Sachverhalts und der bezüglichen Rechtsgrundlage das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Weder ist ihm nachweisbar am Einsatzabend die polizeiliche Beurteilung eines Fehlalarms und die sich daraus ergebende Kostenfolge für ihn kommuniziert worden, noch war dies anschliessend vor der Rechnungstellung der Fall. Der Beschwerdeführer ging nicht von einem – ihm zuzurechnenden – Fehlalarm aus, zumal er am 15. Februar 2014 bereits einmal Opfer eines Einbruchdiebstahls mit einem Schaden von Fr. 26'000.– geworden ist. Auf seine Beschwerde hin wurde dem Beschwerdeführer aber schliesslich gerade vorgeworfen, dass er seine Feststellungen über Einbruchspuren sofort nach dem Vorfall an die Polizei hätte melden

müssen, d.h. nicht erst nach Wochen, weshalb Beweise nicht mehr erhoben werden könnten. Tatsächlich hatte aber der Beschwerdeführer in Unkenntnis der Rechts- bzw. Kostenfolge eines allfälligen Fehlalarms erst nach Erhalt der Rechnung überhaupt Anlass dazu, mit sachverhaltlichen Einwänden und Beweisofferten seine Rechte zu wahren. Wenn die Vorinstanz ihm vorhält, dass die Zuger Polizei nicht auf die Einschätzung der von ihm beigezogenen Handwerker habe eingehen können, da er diese zu keinem Zeitpunkt als Zeugen benannt oder ein schriftliches Parteigutachten eingereicht habe, ist sie hierfür gerade selber verantwortlich. Bestimmt hätte der Beschwerdeführer in Kenntnis der Kostenpflicht eines von der Polizei festgestellten Fehlalarms seine Mitwirkung schon unmittelbar nach dem Vorfall angeboten, wie er denn auch darlegt. Wie die Vorinstanz hingegen zu Recht feststellt, war und ist inzwischen zu viel Zeit verstrichen, als dass eine Beweisführung noch möglich (gewesen) wäre, weshalb auch das Gericht auf einen Augenschein verzichtet hat. Daraus kann aber offensichtlich nicht dem Beschwerdeführer ein Vorwurf gemacht werden. Vielmehr sind ihm von der Zuger Polizei die elementaren Verfahrensrechte vorenthalten worden, die eben auch im Falle einer gesetzlichen Kausalhaftung zu greifen haben. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör wurde dadurch verletzt, dass er vor der Kostenauflegung zu dem von ihm nie anerkannten Sachverhalt nicht angehört worden ist. Stattdessen wurde ihm einzig gestützt auf einen Polizeirapport bzw. auf einen grundsätzlich niemandem zugänglichen «Journaleintrag» mit als «intern» bezeichnetem Inhalt, der von der Polizei sogar als nicht «aktuell, richtig und vollständig» im Sinne eines Anspruchs auf Datenherausgabe bezeichnet wird, eine Gebührenrechnung auferlegt.

e) Es ist deshalb festzustellen, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. das Gebot der Fairness im Verfahren (Art. 5 und 9 BV) verletzt worden sind. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGE 127 V 431) führt die Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen seiner formellen Natur ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Wenn die Verletzung als nicht schwerwiegend erscheint, kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431). Nachdem hier auch das Verwaltungsgericht – wie schon die Vorinstanz – als Rechtsmittelinstanz den ungenügend erhobenen Sachverhalt infolge des bereits eingetretenen Zeitablaufs nicht mehr mit eigenen Beweismassnahmen und Sachverhaltsfeststellungen ergänzen kann, muss der angefochtene Entscheid bzw. die Kostenrechnung aufgehoben und die Beschwerde somit gutgeheissen werden.

f) Die Zuger Polizei wird wohl nicht darum herumkommen, das Verfahren in solchen Fällen zu überprüfen. Es reicht nicht, dass mit den Worten der Zuger Polizei in Fällen wie diesem hier, wo die ausgerückten Polizisten auf einen Alarm hin nichts feststellen können, nur Rückmeldungen an die Zentrale und strikt «interne» Journalein-

träge ergehen, und gestützt auf diese jeweils im «monatlichen» Rhythmus, vorliegend aber fast drei Monate später, an die Betroffenen Rechnung für die Einsätze gestellt wird. Die äusserst knapp gehaltenen, als «intern» gehandhabten Informationen der Polizei mögen im Sinne der Auskunft der Polizei für die Rapportierung genügen, nicht aber auch für die erst Monate später erfolgende Auferlegung der Einsatzkosten durch eine Verfügung. Vielmehr ist verfahrensmässig sicherzustellen, dass betroffene Personen rechtzeitig und aktenkundig über die für die spätere polizeiliche Verrechnung der Einsatzkosten massgebliche Beurteilung der Polizeikräfte informiert werden und sich dazu umgehend bzw. rechtzeitig äussern können. Beispielsweise könnte unmittelbar im Anschluss an einen Einsatz von den Polizeikräften ein – eventuell vom betroffenen Bürger bzw. der Bürgerin zum Nachweis der Kenntnisnahme zu unterzeichnendes – Formular mit der polizeilichen Einschätzung als echter oder Fehlalarm abgegeben werden, auf dem eine angemessene Frist zur allfälligen Stellungnahme bzw. Bestreitung des Sachverhalts und der Kostenpflicht angesetzt würde. Nur solcherart könnte allenfalls auch ein Beweisverfahren noch sinnvoll erfolgen, sei es durch die Polizei, sei es allenfalls durch eine Beschwerdeinstanz.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. März 2016, V 2015 4
Das Urteil ist rechtskräftig.

2. Bau- und Planungsrecht

2.1 § 44 PBG

Regeste:

§ 44 PBG – Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen unterliegen der Bewilligungspflicht, es sei denn, der neue Verwendungszweck entspricht der in der fraglichen Zone zulässigen Nutzung und die Änderung erweist sich hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig (Erw. 3b). Wird ein als Nichtraucher-Café mit kalter Küche und 25 Sitzplätzen bewilligter Betrieb in einen Restaurationsbetrieb mit 39 Sitzplätzen, warmer Küche und längeren Betriebszeiten umgewandelt, sind die Auswirkungen des neuen Verwendungszweckes nicht mehr geringfügig und die Umnutzung ist bewilligungspflichtig (Erw. 3c).

Aus dem Sachverhalt:

Am 29. Juni 2012 bewilligte der Gemeinderat Q. für die Stockwerkeinheit A. den «Caféeinbau beim Gebäude Assek. Nr. 0000 auf GS Y., Z.strasse». Nach Hinweisen aus der Nachbarschaft ordnete der Gemeinderat mit Beschluss vom 12. November 2014 unter anderem den Rückbau einer Fassadenänderung an. Weiter ver-

fügte er, dass der Betrieb des Restaurants mit Lieferdienst per sofort einzustellen (Nutzungsverbot) und der rechtmässige Zustand im Sinne der Erwägungen umgehend wiederherzustellen sei. Am 8. April 2015 hob der Gemeinderat seine Anordnungen vom 12. November 2014 wiedererwägungsweise auf. Er forderte X. den Eigentümer der Stockwerkeinheit A., auf, für die Umnutzung (Betriebsänderung), den Einbau einer Gewerbeküche mit Lüftungsanlage und die Fassadenveränderungen ein Baugesuch mitsamt Plänen und Betriebskonzept zur nachträglichen Bewilligung einzureichen. Alternativ stehe es ihm frei, den am 29. Juni 2012 bewilligten Zustand (Café-Betrieb) wiederherzustellen. Weiter wurden ihm bis zum Vorliegen einer nachträglichen Baubewilligung eingeschränkte Öffnungszeiten vorgeschrieben. Einem Rechtsmittel gegen die Anordnungen wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Gegen diesen Beschluss liess X. am 28. April 2015 beim Regierungsrat des Kantons Zug eine Verwaltungsbeschwerde einreichen und dessen Aufhebung beantragen. Gleichzeitig ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, was mit Verfügung vom 3. August 2015 abgewiesen wurde. Mit Beschluss vom 5. April 2016 hiess der Regierungsrat die Beschwerde insofern teilweise gut, als er entschied, dass die Fassadenänderung (Vergrösserung des Lüftungsaustritts) nicht der Baubewilligungspflicht unterliege. In Neuformulierung von Ziffer 2 des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses verfügte er, dass X. aufgefordert werde, für die Umnutzung (Betriebsänderung) und den Einbau einer Gewerbeküche mit Lüftungsanlage bei der fraglichen Liegenschaft innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheides ein Baugesuch mitsamt Plänen und Betriebskonzept im Sinne der Erwägungen der Abteilung Planung/Bau zur nachträglichen Bewilligung einzureichen. Im Übrigen wies er die Beschwerde ab.

Am 9. Mai 2016 liess X. eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und die Aufhebung des Beschlusses des Regierungsrates vom 5. April 2016 beantragen – mit Ausnahme der Feststellung, wonach die Fassadenveränderung nicht bewilligungspflichtig sei. Die Baudirektion, der Gemeinderat Q. und die Eigentümer der benachbarten Stockwerkeinheit H. beantragten die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Mit Beschluss vom 5. April 2016 erwog der Regierungsrat sinngemäss, dass der vorgesehene Betrieb des Pächters, des Vereins C., eine wesentliche Änderung des im Jahr 2012 bewilligten Betriebes darstelle und dass diese Umnutzung samt dem Einbau der Gewerbeküche mit Lüftungsanlage der Baubewilligungspflicht unterstehe, weshalb er anordnete resp. den Beschwerdeführer aufforderte, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

Der Beschwerdeführer bestreitet die Bewilligungspflicht mit denselben Argumenten und in teilweiser wörtlicher Wiedergabe seiner vorinstanzlichen Beschwerde. Er macht geltend, dass schon die Baubewilligung aus dem Jahr 2012 nicht erforderlich gewesen sei, da die fragliche Stockwerkeinheit schon von Anfang als «Gewerbe» genehmigt worden sei, die Bewilligung 2012 insofern nur die grundlegende, bestehende Bewilligung konkretisiert habe, jedenfalls der jetzt beabsichtigte Betrieb des Vereins C. keiner neuen Bewilligung bedürfe, da von einer Umnutzung nicht die Rede sein könne. Selbst wenn aber die Baubewilligung 2012 spezifische Gültigkeit haben sollte, sei das Betriebskonzept 2012 nicht Bestandteil der damaligen Baubewilligung gewesen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem regierungsrätlichen Entscheid ist allerdings nicht zu erkennen und worin dessen Rechtsverletzung begründet sei – und nur diese unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Prüfung bzw. Korrektur – wurde schon gar nicht dargelegt.

3. a) X. ist Eigentümer der Stockwerkeinheit A. auf GS Nr. Y an der Z.strasse in Q., welche ursprünglich als «Gewerbe» bewilligt wurde. Das Grundstück befindet sich gemäss der gemeindlichen Zonenordnung in der Wohn- und Arbeitszone WA4 mit der Empfindlichkeitsstufe III. Gemäss § 30 Abs. 1 der Bauordnung der Gemeinde Baar vom 5. Juni 2005 (BO) sind Wohn- und Arbeitszonen für das Wohnen sowie für nicht störende und mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt. In Bezug auf den Sachverhalt blieb seitens des Beschwerdeführers unbestritten, dass nach der ursprünglichen Gewerbebewilligung im Jahr 2001 noch weitere Bewilligungen erteilt wurden, die die Nutzung dieser Stockwerkeinheit betrafen, nämlich am 11. Juni 2003 eine Bewilligung für einen Lebensmittelladen und am 7. November 2006 eine Bewilligung für einen Take-Away-Betrieb. Von der Richtigkeit dieser Ausführungen kann ausgegangen werden, zumal diese Genehmigungen für das vorliegende Verfahren ohnehin nicht entscheidend sind. Am 15. Juni 2012 ersuchte dann B. im Einverständnis mit dem Grundeigentümer X. im vereinfachten Verfahren (Bauanzeige) den Gemeinderat Baar um Bewilligung seines Bauvorhabens «Einrichtung Café, Bistro, Take-Away in best. Gewerberaum» und reichte dazu ein umfassendes Betriebskonzept mit den vier Anhängen A (Eingabepläne), B (Tabellen Berechnung Parkplatznachweis), C (Planbegutachtung Lebensmittelkontrolle des Amtes für Verbraucherschutz vom 18. Juni 2012) und D (Planbegutachtung Arbeitsbedingungen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 4. Juni 2012) ein. Weiter wurde noch ein Grundbuchplan, Visualisierungen der Inneneinrichtung aus verschiedenen Perspektiven sowie die Vermessung und Beschriftung des Einrichtungsplans eingereicht. Gemäss Betriebskonzept war das Lokal auf 25 innen liegende Sitzplätze ausgelegt (Ziff. 4.1 des Konzeptes). Angeboten werden sollten den ganzen Tag über Kaffee und Frischbackwaren, ganztägig Sandwiches und gekühlte Getränke, zur Mittagszeit ein leichtes, einfaches Mittagessen, hingegen kein Abendessen (Ziff. 5.1). Das Lokal sollte raucherfrei geführt und in einem separaten Bereich Spielmöglichkeiten angeboten werden (Ziff. 5.2 und 5.3). Hinsichtlich Geruchsentwicklung sollte primär eine «kalte Küche» betrieben werden (Ziff. 5.5). Aufgrund der gewählten Pro-

duktionsart (kalte Küche, Gerichte zum Aufwärmen/Aufbacken, kein Frittieren oder anderweitige geruchsintensive Herstellung) sollten nach Konzept keine Geruchsentwicklungen über diejenigen eines normalen Haushaltes entstehen (Ziff. 7). Als Öffnungszeiten sollten die regulären Ladenöffnungszeiten (07.00 Uhr bis 18.30 Uhr) gelten unter Vorbehalt der Nutzung des Lokals für einen ausgewählten, beschränkten Personenkreis bzw. für Club-/Vereinsmitglieder im geschlossenen Rahmen am Abend (Ziff. 8). Am 29. Juni 2012 erteilte der Gemeinderat die ersuchte Bewilligung für den Caféeinbau. In Ziff. 2.1 (Planunterlagen/Eingabeformular) verwies er auf die eingereichten Planunterlagen (Situation 1:500, Grundrisse und Perspektiven vom 15. Juni 2012) sowie das Eingabeformular vom 15. Juni 2012 und hielt fest, dass die darin enthaltenen Angaben integrierende Bestandteile der Baubewilligung bildeten. Vorab kann entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers festgestellt werden, dass schon aufgrund des klaren Wortlauts der Baubewilligung das Betriebskonzept 2012 mitsamt den vier Anhängen Grundlage und Bestandteil der Genehmigung für das Café war.

b) In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. Den Kantonen steht es frei, den Umfang der baubewilligungspflichtigen Vorhaben zu erweitern und gegenüber dem Bundesrecht weitere Bewilligungsvoraussetzungen aufzustellen (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG, Bern 2006, Art. 22, N 3 und 13). Gemäss § 44 Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) bedarf einer Bewilligung der zuständigen (Gemeinde-)Behörde, wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will. Geringfügige Bauvorhaben, welche die nachbarlichen und öffentlichen Interessen nicht erheblich berühren, sind der zuständigen Gemeindebehörde mit einer Bauanzeige zu melden (vgl. § 44a PBG). Für die Bewilligungspflicht ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht allein die Veränderung des Terrains durch bauliche Vorrichtungen oder Geländeänderungen ausschlaggebend; es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Auch reine Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen unterliegen der Bewilligungspflicht. Eine solche ist nur dann zu verneinen, wenn erstens auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zuzulassenden Nutzung entspricht und zweitens sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig erweist. Sind die mit der neuen Nutzung verbundenen Auswirkungen intensiver als die bisherigen, so ist von einer bewilligungspflichtigen Nutzungsänderung auszugehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_395/2015 vom 7. Dezember 2015, Erw. 3.3.1; 1C_285/2015 vom 19. November 2015, Erw. 3). Auch reine Änderungen des Betriebskonzepts können infolge der bewirkten direkten oder indirekten Immissionen bewilligungspflichtig sein (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_24/2015 vom 24. April 2015, Erw. 3.2; 1C_347/2014 vom 16. Januar 2015, Erw. 3.2; 1A.216/2003 vom 16. März 2004, Erw. 3.1). Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit

verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung (so namentlich die Umweltschutzgesetzgebung) zu überprüfen. Massgebend ist daher, ob mit der fraglichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Dabei ist es möglich, dass gewisse Vorhaben weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr aufgrund ihres Betriebes baubewilligungspflichtig sind (vgl. Waldmann / Hänni, a.a.O., Art. 22, N 10). Die Bewilligungspflicht dient der präventiven Kontrolle. Gemäss den Ausführungen von Fritzsche/Bösch/Wipf lasse sich trotz ausführlicher Normierung im kantonalen Recht oft nicht leicht bestimmen, ob eine bauliche Massnahme bewilligungspflichtig sei. Das gewichtige öffentliche Interesse an der Beachtung der Rechtsordnung rufe nach einem möglichst umfassenden Genehmigungszwang. Auf der anderen Seite sei die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu beachten, aus der sich Baufreiheit ableiten lasse. Ob eine Bewilligungspflicht bestehe, sei gegebenenfalls im baurechtlichen Verfahren abzuklären. Bei der Frage, ob ein solches Verfahren überhaupt einzuleiten sei, stehe der Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Beständen für sie Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte, werde sie im Zweifelsfall ein Bewilligungsverfahren einzuleiten haben. Vor allem bei Nutzungsänderungen bestehender Bauten werde oft erst eine genauere Untersuchung ergeben, ob die Zweckänderung der baurechtlichen Bewilligungspflicht untersteht. Eine Verfahrenseinleitung komme dann nicht infrage, wenn die Bewilligungspflicht von vornherein eindeutig entfalle (vgl. Fritzsche / Bösch / Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, Seite 256 f.). Diese Aussagen sind auch für die Baurechtsverfahren nach Zuger Recht gültig. Das Erstellen, Ändern oder die anderweitige Nutzung einer Baute und Anlage bedarf grundsätzlich der Bewilligung; nur bei Geringfügigkeit genügt eine Bauanzeige. Ein Verfahren ist dann nicht nötig, wenn die vom Bauherrn oder Betreiber gewünschten Änderungen – sei es im konstruktiven oder betrieblichen Bereich – eindeutig die öffentlichen Interessen oder jene der Nachbarschaft nicht tangieren.

c) Der strittige Betrieb soll in einer Liegenschaft geführt werden, die in der Zone WA4 liegt. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, in dieser Zone seien mässig störende Betriebe zulässig, wozu gemäss Entscheid des Regierungsrates vom 8. Juli 2014, publiziert in der Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP) 2014, S. 373, Erw. 4b, Ladengeschäfte, Restaurants, Barbetriebe, Nachtlokale und dergleichen gehörten, sind diese Aussagen korrekt, gehen hier aber an der Sache vorbei. Strittig ist hier vorab nicht die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit, sondern die Bewilligungspflicht. Der Regierungsrat hat unter Ziff. 4b einlässlich beschrieben, inwiefern der beabsichtigte Betrieb des C. Vereins wesentlich vom bewilligten Café abweicht und damit begründet, weshalb eine vorgängige Kontrolle durch die Behörden vonnöten ist. Der

vorgesehene Betrieb soll von 25 auf 39 Sitzplätze ausgeweitet werden, was einer 56%igen Zunahme entspricht, und soll als Raucherlokal geführt werden. Anstelle der bewilligten, mehrheitlich offerierten «kalten Küche» sollen Mahlzeiten angeboten werden, deren Herstellung deutlich geruchsintensiver ist. Die Öffnungszeiten für die Öffentlichkeit werden zwar etwas reduziert, für die Vereinsmitglieder aber massiv bis in die späten Abend- oder gar Nachtstunden verlängert werden. Der Erwerb der Vereinsmitgliedschaft ist abgesehen von einem bescheidenen Beitrag an keinerlei Voraussetzungen gebunden, so dass de facto das Lokal jedermann offensteht. Wenn sich der Beschwerdeführer mokiert, dass die blosser Änderung des Menüplans oder der Austausch von Einrichtungsmobiliar wohl nicht der Bewilligungspflicht unterliegen könnten, was leicht erkennbarer Unsinn wäre, hat er natürlich recht. Die hier geplanten Veränderungen gehen aber in jeder Hinsicht über blosses Auswechseln von Menü und Geschirr hinaus und haben fraglos wesentliche Auswirkungen auf die Nachbarschaft (Lärm/Geruch/ Erschliessung). Dies kann nicht ernsthaft bestritten werden. Die Erhöhung der Gästezahl hat möglicherweise auch Folgen für den Innenausbau (sanitäre Anlagen, Lüftung, Brandschutz etc.). Ob also die geplante Betriebsausweitung noch zonenkonform ist oder als übermässig störendes, nicht bewilligungsfähiges Gewerbe zu beurteilen ist, oder unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen der Betrieb geführt werden kann, bedarf der Prüfung in einem ordentlichen Verfahren. Mit der Einschätzung der Vorinstanzen, dass es sich um eine relevante Umnutzung handelt, welche der Bewilligungspflicht unterliegt, haben sie jedenfalls das ihnen zustehende Ermessen korrekt und in Nachachtung von Gesetz und Rechtsprechung ausgeübt.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Regierungsrat mit seiner Entscheidung keinerlei Recht verletzt hat. Die Beschwerde ist – soweit sie sich überhaupt sachdienlich mit dem angefochtenen Beschluss auseinandersetzt – völlig unbegründet und demnach abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2016, V 2016 44
Das Urteil ist rechtskräftig.

3. Umweltrecht

3.1 Art. 11 Abs. 2 und 15 USG; Art. 13 Abs. 1 LSV i.V.m. Art. 37a Abs. 1 LSV; Art. 40 Abs. 1 LSV; Anhang 7 LSV

Regeste:

Art. 15 USG; Art. 40 Abs. 1 LSV; Anhang 7 LSV – Die Lärmbeurteilung von Armbrustschiessanlagen hat grundsätzlich gemäss Anhang 7 LSV zu erfolgen. Abweichungen, auch punktuelle, von dieser Beurteilungsgrundlage sind möglich, müssen aber begründet werden (Erw. 6c). Ermittlung von Schiesshalbtagen und eines Korrekturpegels gestützt auf Anhang 7 LSV (Erw. 7i).

Art. 11 Abs. 2 USG – Beim Erlass eines Betriebsreglements einer Armbrustschiessanlage ist dem Vorsorgeprinzip Rechnung zu tragen (Erw. 8b und 8c).

Art. 13 Abs. 1 LSV i.V.m. Art. 37a Abs. 1 LSV – Die Armbrustschiessanlage in X. überschreitet die Immissionsgrenzwerte (IGW). Deshalb muss der Gemeinderat in einem Sanierungsentscheid die zulässigen IGW festhalten (Erw. 9).

Aus dem Sachverhalt:

Am 13. Januar 2014 reichte die Armbrustschützengesellschaft A. bei der Gemeindeverwaltung X. ein Gesuch für die Optimierung ihrer Armbrustschiessanlage ein. Gegen dieses Vorhaben wehrte sich Y. mit Rechtsmitteln bis vor Verwaltungsgericht, welches am 30. September 2014 eine vom Gemeinderat erteilte Baubewilligung aufhob und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an ihn zurückwies. Am 17. August 2015 reichte die A. ein abgeändertes Baugesuch für eine demontierbare Schallschutzvorrichtung im Zielbereich der Scheiben 1 bis 20 im Armbrustschiessstand ein. Am 5. Oktober 2015 erteilte das Amt für Raumplanung eine entsprechende Ausnahmegewilligung für ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone und der Gemeinderat X. die Baubewilligung, wogegen sich Y. erneut mit einer Einsprache wehrte. Am 14. Dezember 2015 wies der Gemeinderat die Einsprache ab und bewilligte das Vorhaben unter Auflagen und Bedingungen. In einer der Bedingungen legte er fest, dass folgende Schiesszeiten einzuhalten seien: montags bis samstags von 07:00 bis 22:00 Uhr, sonntags und an gesetzlichen Feiertagen von 08:00 bis 22:00. An überregionalen und nationalen Feiertagen könnten Ausnahmen bewilligt werden. Dabei seien die gesetzlichen Ruhezeiten einzuhalten. Dagegen reichte Y. am 15. Januar 2016 eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein, wobei er im Wesentlichen wesentlich kürzere Schiesszeiten verlangte.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Die Frage des Grenzabstands war die einzige Rüge des Beschwerdeführers, die sich mit baurechtlichen Mängeln in der Baubewilligung befasste. Da das Gericht in dieser Bewilligung keine weiteren bau- oder raumplanungsrechtlichen Fehler erkennen kann, könnte das Vorhaben an sich bewilligt werden. Der Rechtsstreit dreht sich in der Hauptsache denn auch nicht um baurechtliche Fragen, sondern um die mit der Baubewilligung verbundenen lärmrechtlichen Auflagen. In diesem Zusammenhang hat der Beschwerdeführer die Erstellung eines neuen Lärmgutachtens verlangt. Ferner müssten aus seiner Sicht die Betriebszeiten auf der Anlage der A. deutlich kürzer sein als diejenigen, welche der Gemeinderat dem Verein in der Baubewilligung zugestanden hatte. Bevor auf den Fragenkomplex der Betriebszeiten eingegangen werden kann, sind verschiedene andere damit zusammenhängende Themen zuerst abzuhandeln. So ist zunächst auf die im vorangegangenen [verwaltungsgerichtlichen] Verfahren (...) nicht behandelte Frage der Anwendbarkeit des Anhangs 7 der Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) für Lärm aus Armbrustschiessanlagen näher einzugehen. Danach ist zu prüfen, ob die vorhandenen Gutachten sich auch rechtsgenügend zur Einhaltung der Lärmschutzvorschriften nach Erstellung der geplanten 20 Schallschutzvorrichtungen äussern, so dass darauf abgestellt werden könnte.

6. a) Gemäss Art. 40 Abs. 1 LSV beurteilt die Vollzugsbehörde die ermittelten Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen anhand der Belastungsgrenzwerte nach den Anhängen der LSV. Fehlen diese, kommt Art. 40 Abs. 3 LSV zum Tragen, wonach die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) beurteilt. Artikel 15 USG bestimmt, dass die Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen so festzulegen sind, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Anhang 7 LSV legt die Belastungsgrenzwerte für den Lärm ziviler Schiessanlagen fest. Diese Werte gelten gemäss Ziff. 1 Abs. 1 dieses Anhangs für den Lärm ziviler Schiessanlagen, in denen ausschliesslich mit Hand- oder Faustfeuerwaffen auf feste oder bewegte Ziele geschossen wird.

b) Das Bundesgericht hat sich bisher einmal zur Anwendbarkeit von Anhang 7 LSV bei Armbrustschiessanlagen geäussert. Im Fall ging es im Wesentlichen darum, den Sanierungsbedarf einer Schiessanlage in der Gemeinde Emmen zu beurteilen. Die Anlage besteht aus einer 300 m-Anlage mit 30 elektronischen Scheiben, einem 100 m-Jagdschiessstand, einer 50 m-Anlage mit 14 Scheiben, einer 25 m-Anlage mit 10 Scheiben und einem Armbrustschiessstand. Direkt daran angebaut ist eine Schiessanlage des Bundes. Diese umfasst eine 300 m-Anlage mit 20 Scheiben sowie eine 50 m-Anlage und eine 25 m-Anlage mit je 10 Scheiben. Schliesslich befindet sich auf der nordöstlichen Seite der Schusslinie der 300 m-Anlagen eine Kurzdistanzschiesanlage für die Ausbildung der auf dem Waffenplatz Emmen stationierten Schulen und Kurse der Flieger- und Fliegerabwehrtruppen im gefechtsmässigen Schiessen

(BGE 133 II 181 Sachverhalt A). Das Bundesgericht widersprach in seiner Entscheidung den Ausführungen der Standortgemeinde nicht, wonach Anhang 7 LSV sich nicht auf den Lärm des Armbrustschiessens beziehe und folgte ausdrücklich der Vorinstanz, welche festgestellt hatte, dass in der vorliegenden Situation das Armbrustschiessen in Bezug auf die Lärmbeurteilung nicht relevant sei (BGE 133 II 181 E. 11.1). Die A. zieht aus diesem Urteil den Schluss, dass das höchste Gericht verbindlich gesagt habe, dass Anhang 7 LSV für das Armbrustschiessen nicht anwendbar sei. (...)

c) Würdigend ist festzuhalten, dass die Beurteilung des Bundesgerichts nicht ganz so eindeutig ist, wie die A. meint. Das höchste Gericht hat nämlich nicht direkt und verbindlich festgestellt, dass Lärmimmissionen aus Armbrustschiessanlagen nicht nach Anhang 7 LSV zu beurteilen sind, sondern es hat lediglich eine entsprechende Feststellung der ersten Instanz wiedergegeben und dieser nicht widersprochen. Sodann hatte das Bundesgericht sich mit dem Schiesslärm von drei nebeneinanderliegenden betrieblich voneinander unabhängig nutzbaren Schiessanlagen zu befassen, die sich je wieder aus verschiedenen Teilanlagen zusammensetzen. Es handelt sich also um ein Gebiet mit einer ausserordentlich hohen Anzahl Schiessanlagen auf engem Raum, von dem zweifelsohne erhebliche, wenn nicht gar massive, Lärmauswirkungen auf die Umgebung ausgingen. Das Bundesgericht stellte sich im Urteil denn auch auf den Standpunkt, dass der dringende Sanierungsbedarf in Bezug auf alle Schiessanlagen unbestritten sei (BGE 133 II 181 E. 11.2.2). Dass bei diesen Verhältnissen der zusätzliche Lärm, der vom Armbrustschiessstand ausging, eine für das Gericht vernachlässigbare Grösse darstellte, liegt auf der Hand. Die Feststellungen des Bundesgerichts sind somit vor dem Hintergrund der von ihm zu beurteilenden Gesamtlärmsituation entsprechend zu relativieren. Zwar ist es für das Verwaltungsgericht auch klar, dass eine Feuerwaffe nicht das gleiche ist wie eine Armbrust und dass der beim Armbrustschiessen entstehende Lärm deutlich weniger aggressiv und störend in Erscheinung tritt als beim Schiesssport mit Hand- oder Faustfeuerwaffen. Doch überzeugt die Ansicht des Lärmexperten S., wonach es beim Lärmcharakter auch Parallelen gibt. Ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, spielte er damit wohl auf die in unregelmässigen Abständen auftretenden kurzen explosionsartigen Geräusche an, die bei beiden Sportarten auf die Umgebung einwirken. Es rechtfertigt sich deshalb auch, seiner Ansicht und damit der Meinung des BAFU zu folgen, wonach Anhang 7 LSV als Orientierungsgrundlage zu dienen habe. Im Einzelnen bedeutet dies für das Gericht, dass die Lärmbeurteilung von Armbrustschiessanlagen grundsätzlich anhand dieses Anhangs zu erfolgen hat. Abweichungen, auch punktuelle, von dieser Beurteilungsgrundlage sind indessen möglich. Sie sind aber zu begründen, wobei aus der Begründung hervorgehen müsste, weshalb bei einer bestimmten Armbrustschiessanlage sich die im Anhang 7 LSV vorgegebenen Lärmgrenzwerte und/oder Ermittlungsmethoden nicht oder nur teilweise eignen und weswegen sich unter Anwendung alternativer Grenzwerte und/oder Ermittlungsmethoden besser feststellen lässt, ob der von der betreffenden Anlage ausgehende Lärm die Anwohnerschaft in ihrem Wohlbefinden erheblich stört oder nicht.

7. Im vorliegenden Fall liegen verschiedene Fachbeurteilungen zur Lärmsituation rund um die streitbetroffene Armbrustschiessanlage vor. Sie seien nachfolgend in der Zusammenfassung wiedergegeben.

a) [Lärmtechnisches Gutachten vom 16. August 2013 durch dipl. Ing. HTL H. der Firma P. Wurde von der A. in Auftrag gegeben und hatte im Wesentlichen die lärmtechnische Beurteilung des Ist-Zustands 2012/13 zum Thema.]

b) [Lärmtechnisches Gutachten vom 14. Januar 2014 durch dipl. Ing. HTL H. der Firma P. Wurde von der A. in Auftrag gegeben. Erweiterung des ersten Gutachtens.]

c) [Stellungnahmen vom 30. September 2013 und 21. Januar 2014 des Lärmfachmanns S., der vom Gemeinderat X. angefragt wurde, sich zu den beiden Gutachten P. zu äussern.]

d) [Lärmmessung und Bericht durch den von der A. angefragten dipl. Arch. N. am 22. Juli 2015]

e) [Stellungnahme vom 12. November 2015 des vom Gemeinderat X. angefragten Lärmexperten S. zum Bericht N. und den Messresultaten]

f) [Äusserungen des Projektleiters Lärmschutz im kantonalen AFU und des Lärmexperten S. an der Referentenaudienz vom 28. April 2016]

g) [Präzisierungen durch S. am 29. Juni 2016 in einer Eingabe an das Verwaltungsgericht]

h) Bei der nun folgenden Würdigung dieser Gutachten und Stellungnahmen sind die beiden Lärmmomente «Abschuss» und «Zeitpunkt» separat zu behandeln. Vorab ist allgemein festzustellen, dass sowohl die Gutachter H. und S. wie auch der Lärmexperte des AFU, der Gemeinderat und der Beschwerdeführer alle davon ausgehen, dass der Lärm, der beim Schiessbetrieb in der Armbrustschiessanlage in X. auftritt, den IGW [Immissionsgrenzwert] gemäss Anhang 7 LSV für die Empfindlichkeitsstufe III nicht überschreiten darf, d.h. tiefer als 65 dB (A) sein muss. Auch sind sich die Erwähnten einig darüber, dass der Belastungsgrenzwert gemäss der Methode dieses Anhangs zu ermitteln ist, das heisst unter anderem auch, dass nach Massgabe des effektiven Schiessbetriebs Pegelkorrekturen nach unten vorzunehmen sind. Die Haltung der A. zu diesem Punkt ist nicht ganz klar. Zwar haben Vertreter der Gesellschaft an der Referentenaudienz vorgebracht, dass keine Berechnungen nach Anhang 7 LSV vorzunehmen seien, da eine Armbrust kein Schiessinstrument sei (...). Die Wortführer haben aber weder an dieser Aussprache noch hat die A. in ihren schriftlichen Eingaben nachvollziehbar darlegen können, in welchen Bereichen die Ermittlungsmethode des Anhangs 7 LSV bei der Beurteilung des Lärms

von Armbrustschiesanlagen zu unbilligen Resultaten führen würde. Noch weniger ist aus den Akten ersichtlich, dass die A. alternative Lärmmittlungsmethoden vorgeschlagen hätte. Dazu kommt, dass die A. in ihren Eingaben immer dann mit den IGW und den Berechnungsmethode des Anhangs 7 LSV argumentiert, wenn es darum geht, Ergebnisse zu befürworten, die in ihrem Sinne sind (...). Die Vorbehalte einzelner Vertreter der A. gegen den Anhang 7 LSV vermögen das Gericht nach dem Gesagten nicht zu überzeugen. Da für das Gericht auch sonst nichts dagegen spricht, die Beurteilung des Lärms aus der Armbrustschiesanlage anhand von Anhang 7 LSV vorzunehmen, kann festgestellt werden, dass gegen die Methodik der Gutachter H. der Firma P. und S. grundsätzlich nichts einzuwenden ist.

h/aa) Was den Lärmpegel beim Abschuss betrifft, so bilden hierfür die beiden Lärmgutachten P. vom 16. August 2013 und 14. Januar 2014, welche von der A. in Auftrag gegeben wurden, die massgebenden Entscheidungsgrundlagen. Der Lärmexperte im AFU beurteilte diese Gutachten an der Referentenaudienz als mustergültig und verlangte, dass eine weitere Beurteilung, sollte sie erforderlich sein, nach dieser Methodik vorgenommen werde (...). Auch der Beschwerdeführer äusserte sich nicht im ablehnenden Sinne zu diesen beiden Gutachten. Er lobte sie jedenfalls als ausführlicher und verständlicher als die vom Gemeinderat in Auftrag gegebene Studie S. (...). Auch für das Gericht ist nicht zu sehen, dass die beiden Gutachten mit Blick auf die Abklärungen zur Lärmquelle «Waffe» Mängel aufweisen würden. Dies gilt namentlich für die am 13. November 2012 vorgenommenen Messungen und die dabei ermittelten Maximalpegel anhand der in Anhang 7 LSV verlangten Zeitkonstanten FAST. Es kann nach dem Gesagten somit auf den dabei gemessenen mittleren Maximalwert von 61 dB (A) abgestellt werden (...). Dieser Wert befindet sich unterhalb des hier massgebenden IGW gemäss Anhang 7 LSV, so dass gesagt werden kann, dass der Lärm, der bei Schussabgabe in der Armbrustschiesanlage in X. auftritt, sich nicht störend auf die Nachbarschaft im Sinne von Art. 15 USG auswirkt. (...)

(...)

h/dd) Was die Beurteilung des Lärms beim Einschlag betrifft, so bilden hierfür die eigenen Messungen der A. vom 22. Juli 2015 mit Schüssen auf eine sanierte Scheibe der Schussbahn 2 und der darauf gestützte Bericht des Lärmexperten S. vom 12. November 2015 die Beurteilungsgrundlagen. (...)

h/ee) Der Gutachter S. stützt sich in seinem Bericht auf Messdaten ab, welche ihm die A. lieferte. Der Verein ist in der Lärmfrage indessen Partei, so dass es angezeigt gewesen wäre, sich kritisch mit diesen Daten auseinanderzusetzen. Die lärmtechnische Beurteilung vom 12. November 2015 lässt diese kritische Würdigung indessen vermissen, was umso weniger nachzuvollziehen ist, als der Experte gleichwohl bemängelt, dass der Messvorgang nur knapp dokumentiert worden sei und er die Daten nicht habe überprüfen können. Hinzu kommt, dass er die ihm zur Ver-

fügung gestellten Daten aufgrund unterschiedlicher Beurteilungsrahmen gar nicht direkt mit den älteren Messdaten aus den beiden Gutachten P. vergleichen konnte. Der Experte S. stützte sich also auf knapp dokumentierte, nicht mehr überprüfbare Messdaten ab, die ihm von einer nicht neutralen Partei zur Verfügung gestellt wurden und kam dabei aufgrund von Plausibilitätsüberlegungen und Analogieschlüssen zu seiner Schlusserkenntnis. Das Gericht erachtet dieses Vorgehen als problematisch. Obwohl es klare Anzeichen dafür gibt, dass die von der A. angestrebte Sanierung der Scheiben 1 bis 20 den Einschusslärm deutlich senken wird, kann nach dem Gesagten nicht auf die Schlussfolgerungen des von der Gemeinde beauftragten Lärmexperten S. vom 12. November 2015 abgestellt werden. Es ist vielmehr dessen Empfehlung vom 29. Juni 2016 zu folgen, wonach nach Abschluss der baulichen Sanierung eine LSV-konforme Kontrollmessung durchgeführt werden soll. Diese weitere Messung drängt sich auch deshalb auf, da gar nicht bekannt ist, ob die Scheiben im Rahmen des zu beurteilenden Baugesuchs so ausgerüstet werden wie die Scheibe 2 anlässlich der Messung vom 22. Juli 2015.

h/ff) Der Beschwerdeführer moniert, dass die bisherigen Lärmmessungen nicht repräsentativ gewesen seien, da bei den Messungen nicht gleichzeitig auf allen Bahnen geschossen worden sei (...). Die A. wehrt sich gegen dieses Ansinnen mit dem Argument, dass Anhang 7 LSV nicht anwendbar sei. Ausserdem seien die Befürchtungen des Beschwerdeführers unbegründet, da ja alle Scheiben eingehaust würden (...). Der A. kann in der Argumentation nicht gefolgt werden. Da Anhang 7 LSV im vorliegenden Fall analog anwendbar ist und die A. von der Wirksamkeit ihrer Sanierungsmassnahmen überzeugt ist, spricht nichts dagegen, die Kontrollmessungen auch bei Vollbetrieb durchzuführen. Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen auch Art. 8 USG, wonach Einwirkungen sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken zu beurteilen sind.

i) Bei der Auswertung der noch durchzuführenden Kontrollmessungen werden die gemessenen Maximalpegel wieder mit einem Korrekturpegel nach unten angepasst werden. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle deshalb auf den Korrekturwert einzugehen, der in allen Gutachten bisher mit -2.9 dB (A) angegeben wurde. Ein bestimmender Faktor bei der Berechnung der Pegelkorrektur sind gemäss der Formel in Ziffer 321 Abs. 1 Anhang 7 LSV die so genannten jährlichen Schiesshalbtage. Je mehr Schiesshalbtage in der Formel eingesetzt werden, desto höher wird der Korrekturwert, das heisst desto weniger werden die Messergebnisse nach unten korrigiert. In Ziffer 322 Abs. 1 Anhang 7 LSV ist angegeben, wie Schiesshalbtage ermittelt werden. Demnach gilt jedes Schiessen vormittags oder nachmittags, das länger als zwei Stunden dauert, als Schiesshalbtage. Dauert es zwei Stunden oder weniger lang, zählt es als halber Schiesshalbtage. Gemäss Ziffer 321 Abs. 1 Anhang 7 LSV werden Schiesshalbtage an einem Sonn- oder an einem allgemeinen Feiertag drei Mal gewichtet. Ziffer 321 Abs. 2 Anhang 7 LSV bestimmt, dass bei der Erhebung der Schiesshalbtage alle Schiessen berücksichtigt werden, die innerhalb von drei

Jahren regelmässig stattfinden. Aus den beiden Gutachten P. geht hervor, dass die Pegelkorrektur von -2.9 dB (A) anhand der folgenden Eckdaten berechnet wurde: Saisondauer vom 1. April bis 31. Oktober (7 Monate), 45'000 Schüsse pro Jahr und 520 gewichtete Schiesshalbtage (328 werktags, 64 sonntags). Einer Tabelle ist gleichzeitig zu entnehmen, dass die Schiesshalbtage an jedem Vormittag 4 Stunden dauern, nämlich von 8 Uhr bis 12 Uhr, und nachmittags an Werktagen 8 Stunden, nämlich von 13.30 bis 21.30 Uhr, und nachmittags an Sonn- und Feiertagen 6.5 Stunden, nämlich von 13.30 bis 20.00 Uhr (...). Da zuvor festgestellt wurde, dass die Lärmmittlung bei der Armbrustschiessanlage in X. anhand der in Anhang 7 LSV vorgegebenen Methode zu erfolgen hat, sind konsequenterweise auch die Definitionen der Schiesshalbtage aus der Verordnung zu übernehmen. Demnach war es nicht korrekt, dass in den Gutachten P. bei der Berechnung der Pegelkorrektur Schiesshalbtage eingesetzt wurden, die am Nachmittag 6.5 oder 8 Stunden dauern. Zwar wird in Anhang 7 LSV die Länge eines Schiesshalbtags nicht direkt definiert, über die Definition des halben Schiesshalbtags jedoch indirekt sehr wohl. Für das Gericht scheint es jedenfalls klar, dass wenn ein Schiessereignis mit einer Dauer von maximal 2 Stunden als «halber» Schiesshalbtage gilt, ein Schiessereignis, welches zwischen 2 und maximal 4 Stunden dauert, als «ganzer» Schiesshalbtage zählt. In den Gutachten P. wurde davon ausgegangen, dass im Schützenstand der A. ab halb zwei Uhr nachmittags dauerhaft 6.5 bzw. 8 Stunden lang geschossen werden kann. Gestützt auf Anhang 7 LSV sind diese Schiesszeiten werktags deshalb als 2 und sonn- und feiertags als 6 Halbschiessstage zu zählen. Gemäss der hier zu beurteilenden Baubewilligung sollen der A. sogar durchgehende Schiesszeiten an Werktagen von 7.00 bis 22.00 Uhr und an Sonn- und Feiertagen von 8.00 bis 22.00 Uhr zugestanden werden. Es ist zu beachten, dass bei korrekter Anwendung von Anhang 7 LSV dann mit folgenden Schiesshalbtagen zu rechnen wäre: Werktage vormittags 1.5 und nachmittags 2.5; Sonn- und Feiertage vormittags 3 und nachmittags 7.5. Die Gutachter werden diese Überlegungen bei der Auswertung der durchzuführenden Kontrollmessung zu berücksichtigen haben.

8. a) Das Verwaltungsgericht hat in Entscheid V 2014 61 erwogen, dass der Gemeinderat es versäumt habe, mit der Baubewilligung über ein Betriebsreglement zu befinden. Dieses müsse festlegen, zu welchen Zeiten und wie lange der Schiessbetrieb jeweils aufrechterhalten werden dürfe (V 2014 61, Erw. 7d). Im vorliegenden Baubewilligungsverfahren hat die A. nunmehr ein Betriebsreglement vorgelegt und der Gemeinderat hat die darin vorgesehenen Schiesszeiten in die Baubewilligung aufgenommen (...). Demzufolge könne der A. an jedem Tag der Woche durchgehend bis um 22 Uhr schießen. Schiessbeginn sei werktags um 7 Uhr und sonn- und feiertags um 8 Uhr, an überregionalen und nationalen Wettkämpfen seien grosszügigere Regelungen möglich. Der Gemeinderat X. wie auch die A. rechtfertigen diese Regelung damit, dass nach erfolgter Sanierung gemäss Bauvorhaben in der Anlage ein Lärmniveau erreicht werde, welches die Betroffenen in ihrem Wohlfinden nicht mehr beeinträchtige. Aus Gründen des Lärmschutzes sei es dann nicht mehr zu recht-

fertigen, die Betriebs- und Schiesszeiten einzuschränken (...). Wenn in der Schiessanlage nach einer Sanierung die IGW eingehalten sind, ist es tatsächlich so, dass sich der Schiesslärm nicht mehr als schädliche oder lästige Einwirkung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 USG bezeichnen lässt. Abgesehen davon, dass darüber erst Gewissheit nach einer LSV-konformen Kontrollmessung bestehen wird, ist an dieser Stelle auf das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht aufmerksam zu machen.

b) Artikel 11 Abs. 2 USG definiert dieses zentrale Prinzip des Schweizer Umweltrechts wie folgt: «Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist.» Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass nach dem in Art. 11 USG enthaltenen Vorsorgeprinzip unnötiger Lärm vermieden werden muss, falls sich erweist, dass die Massnahmen zur Emissionsbegrenzung technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (BGE 126 II 300 E. 4c/bb, mit Hinweisen). Es hat auch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Lärmschutzmassnahmen nicht erst zu ergreifen sind, wenn die Umweltbelastung schädlich oder lästig wird. Es sollen auch die bloss unnötigen Emissionen vermieden werden. Dazu können direkt gestützt auf Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 USG Betriebs- oder andere Beschränkungen angeordnet werden (BGE 120 Ib 89 E. 4a, mit Hinweisen).

c/aa) Vorliegend hat der Gemeinderat Betriebszeiten bewilligt, die als äussert grosszügig zu bezeichnen sind. Diese Regelung wird dazu führen, dass der Beschwerdeführer ausserhalb der üblichen Nachtruhezeiten jederzeit mit Lärm aus dem benachbarten Armbrustschiessstand wird rechnen müssen, auch zu Zeiten, in denen die Lärmverordnung der Gemeinde X. vom 18. Mai 1971 (LVO) die Einwohner vor bestimmten andere lärmverursachenden Aktivitäten verschont, so vor Lärm im Zusammenhang mit Bauarbeiten, Teppichklopfen und anderen lärmigen Haus- und Gartenarbeiten (sonntags gar nicht erlaubt, werktags nicht erlaubt zwischen 12.00 und 13.00 Uhr und nach 19.00 Uhr, § 3 Abs. 2 LVO; § 5 LVO). Zur Begründung seiner Haltung bringt der Gemeinderat im Wesentlichen vor, dass der Lärm aus der Anlage nach der Sanierung nicht mehr als schädlich anzusehen sei. Der Gemeinderat hat aber nicht geprüft, ob der beim Schiessen auftretende Lärm sich im Sinne des Vorsorgeprinzips nicht auch noch über [Einschränkungen] der Betriebszeiten weiter eindämmen lässt. (...) Es ist im Übrigen (...) nicht so, dass derartige Einschränkungen sich immer nur auf die gesamte Anlage erstrecken müssten. Denkbar ist auch, den Schiessbetrieb zu gewissen Zeiten auf Bahnen zu unterbinden, die sich am nächsten zum Haus des Beschwerdeführers befinden (...).

c/bb) Der Gemeinderat wird sich somit ein weiteres Mal mit dem Betriebsreglement der A. zu befassen haben. Er wird dabei die Betriebszeiten neu festlegen müssen. Gegebenenfalls wird er dabei auch die zeitliche Nutzung verschiedener Schiessbahnen regeln. Dabei wird der Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit zu

erbringen sein, d.h. es wird aufzuzeigen sein, dass der Verein diese Zeiten benötigt, um seine Trainings-, Wettkampf- und Veranstaltungsbedürfnisse ohne unzumutbare Einschränkungen befriedigen zu können. Als weitere Beurteilungskriterien könnte er sich dabei beispielsweise auch auf die Anzahl Schützen im Verein, die besonderen Trainingsbedürfnisse der Jungschützen, (...) und die Zahl der Schiessbahnen stützen. Das Gericht erachtet im Übrigen die Konzeption der aktuellen provisorischen Regelung mit unterschiedlich langen Zeitfenstern innerhalb eines starren Betriebszeitenrahmens als Basis für das zu erlassende definitive Reglement unter lärmrechtlichen Gesichtspunkten als nicht sachgerecht. Dies vor allem deshalb, da Ausserstehende die Einhaltung der komplexen Regelung nur schwer überprüfen können. Ausserdem stehen Schiesshalbtage, die länger als 4 Stunden dauern, im Widerspruch zu Anhang 7 LSV. Anzustreben ist vielmehr eine einfache Regelung mit Betriebszeiten, während denen grundsätzlich auch geschossen werden darf. Dazu sind gewisse Lockerungen für genau definierte Spezialanlässe vorzusehen. Schliesslich ist zu bemerken, dass der Gemeinderat auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten haben wird, wonach sozio-psychologische Untersuchungen gezeigt hätten, dass Schiesslärm dann als besonders störend empfunden werde, wenn die Betroffenen sich zuhause erholen wollten (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1996 in URP 1997 S. 38 E. 3c). Dies ist namentlich im Hinblick auf die von der A. gewünschten Betriebsdauer in den Abendstunden bis täglich 22:00 Uhr von Bedeutung, aber auch in Bezug auf den angestrebten Betriebsbeginn von 07:00 Uhr werktags (d.h. auch samstags) und von 08:00 Uhr an Sonn- und Feiertagen.

(...)

9. (...) Gemäss Art. 13 Abs. 1 LSV ordnet die Vollzugsbehörde bei bestehenden ortsfesten Anlagen, die wesentlich zur Überschreitung der Immissionsgrenzwerte beitragen, die notwendigen Sanierungen an, nachdem sie die Inhaber der Anlagen angehört hat. Artikel 37a Abs. 1 LSV bestimmt, dass die Vollzugsbehörde in ihrem Entscheid über die Sanierung einer Anlage die zulässigen Immissionsgrenzwerte festhält. Vorliegend wurden durch den Betrieb der Armbrustschiessanlage in X. die IGW deutlich überschritten, was eine Sanierung der Anlage erforderlich macht. Soweit ersichtlich hat der Gemeinderat X. bisher noch nie formell eine Sanierung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 LSV angeordnet, sondern die A. hat ein Lärmsanierungskonzept erarbeitet, dem der Gemeinderat über die Erteilung der Baubewilligung implizit zugestimmt hat. In dieser Bewilligung wird unter «Besondere Bedingungen» Ziffer 1.2 jetzt zwar bestimmt, dass der künftige Schiessbetrieb ausschliesslich mit der Schallschutzvorrichtung stattfinden dürfe, damit die IGW auch effektiv eingehalten würden. Die Höhe der IGW wird aber nirgends erwähnt. Schon aus diesem Grund entspricht die Baubewilligung Art. 37a Abs. 1 LSV nicht. (...) An der Referentenaudienz sagte der Lärmfachmann des AFU, welche Punkte ein derartiger Feststellungsentscheid aus seiner Sicht zusätzlich enthalten sollte: ein Betriebsreglement, die Festlegung der Schiessbahnen, eine Dokumentation der Wirkung der

getroffenen Lärmschutzmassnahmen sowie eine Pegelkorrektur K (...). Das Gericht kann sich diesen Forderungen anschliessen. Wie der Lärmfachmann nämlich weiter überzeugend ausführte, muss der lärmbeeinträchtigte Nachbar etwas in der Hand haben, um später überprüfen zu können, ob die von der Behörde verfüigten Parameter eingehalten werden. Der Gemeinderat X. wird demzufolge auch diese Pendenz nachzuholen haben.

10. a) Zusammengefasst ist zum folgenden Ergebnis zu kommen: Die Baubewilligung vom 14. Dezember 2015 kann erteilt werden, mit Ausnahme der besonderen Bedingung in Ziffer 1.3. Dieser Abschnitt ist zu streichen und durch folgenden Satz zu ersetzen: «Solange nicht rechtskräftig feststeht, ob der sanierte Schützenstand die Immissionsgrenzwerte analog Anhang 7 LSV einhält, und solange nicht auch alle weiteren Massnahmen zur Vermeidung unnötigen Lärms ergriffen wurden, die technisch sowie betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind, regelt der Gemeinderat X. die Schiesszeiten einstweilen auf provisorischer Basis von Jahr zu Jahr.» Es kommt somit zu einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde, da der Beschwerdeführer mit seiner Kritik an dem vom Gemeinderat genehmigten Betriebsreglement der A. vor Gericht durchdringt und die Sache zur Bereinigung dieses Punktes wieder an den Gemeinderat zur Neuentscheidung zurückgewiesen wird. Bei anderen wichtigen Anliegen unterliegt der Beschwerdeführer jedoch vor Gericht, so wird die Baubewilligung erteilt, obwohl noch kein definitives Betriebsreglement vorliegt. Auch dem Antrag betreffend Grenzabstand wird nicht gefolgt und auf die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage des Grenzzauns wurde nicht eingetreten.

b) Bevor zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu beziehen ist, sind angesichts des komplexen Sachverhalts noch ein paar Bemerkungen zum weiteren Vorgehen angebracht. Da dieses Urteil den Parteien erst im Verlaufe des Monats September 2016 zugehen wird, ist davon auszugehen, dass während der aktuellen Schiesssaison keine Bauarbeiten im Schützenstand mehr stattfinden werden. Nach Fertigstellung der tunnelartigen Vorrichtungen könnte im Prinzip mit den Messungen für das weitere LSV-konforme lärmtechnische Gutachten begonnen werden. Zu beachten ist jedoch, dass auch Messungen bei Vollbetrieb durchzuführen sind (Erw. 7h/ff). Danach ist ein weiteres lärmtechnisches Gutachten zu erstellen. Hinsichtlich der im Gutachten einzusetzenden Pegelkorrektur ist vorerst von den Schiesszeiten auszugehen, welche der A. nach erfolgter Sanierung vorschwebten, d.h. Montag bis Samstag von 07:00 bis 22:00 Uhr und Sonn- und Feiertage von 08:00 bis 22:00 Uhr (Erw. 8a). Mit Blick auf die sich daraus ergebenden Schiesshalbtage ist bei korrekter Anwendung von Anhang 7 LSV pro Werktag mit 4 Schiesshalbtagen und pro Sonn- und Feiertag mit 10.5 Schiesshalbtagen zu rechnen. Die Dauer der Schiesssaison beträgt 7 Monate und die Anzahl jährlicher Schüsse 45'000 (Erw. 7i). Sollte das Lärmgutachten in der Folge zum Schluss kommen, dass der IGW gemäss Anhang 7 LSV eingehalten ist, muss geprüft werden, mit welchen weiteren Massnahmen dem Vorsorgeprinzip Nachachtung verschafft werden kann (Erw. 8 c/aa). Sollte der IGW

indessen überschritten werden, sind vorerst Einschränkungen bei den Schiesszeiten ins Auge zu fassen, um einen LSV-konformen Schiessbetrieb gewährleisten zu können. Aber auch in dieser Situation wird der Gemeinderat in einem weiteren Schritt das Vorsorgeprinzip nach Möglichkeit zu beachten haben. Anhand der allenfalls reduzierten Betriebs- und Schiesszeiten ist sodann der Faktor für die Pegelkorrektur neu zu berechnen. Am Schluss wird der Gemeinderat eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 LSV i.V.m. Art. 37a Abs. 1 LSV mit einem Betriebsreglement erlassen können (Erw. 9, 8c/bb). Die Verfügung ist nicht nur der A., sondern auch dem Beschwerdeführer zu eröffnen. Nach Erlangung der Rechtskraft kann die «Besondere Bestimmung» in der Ziffer 1.3 der Baubewilligung entsprechend angepasst werden. Sollte gegen die Verfügung der Rechtsmittelweg beschritten werden, führt der Weg in diesem Fall im Übrigen nicht mehr direkt an das Verwaltungsgericht, weil es sich dann nicht mehr um einen baurechtlichen Entscheid für eine Baute ausserhalb der Bauzone handeln wird. Solange keine Feststellungsverfügung vorliegt, wird der Gemeinderat X. wie bis anhin von Saison zu Saison eingeschränkte Betriebszeiten verfügen müssen, wobei wenig dagegen spricht, sich dabei am bisher verordneten Zeitrahmen zu orientieren. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2016, V 2016 8
Das Urteil ist rechtskräftig.

4. Sozialversicherung

4.1 § 6 EG KVG; § 7 EG KVG; Art. 2 Abs. 2 KVAG; aArt. 12 Abs. 2 KVG

Regeste:

§ 6 EG KVG; § 7 EG KVG; Art. 2 Abs. 2 KVAG; aArt. 12 Abs. 2 KVG – Sachliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 KVAG. Auslegung von § 6 EG KVG (Erw. 3.1 ff.). Zuständigkeitsnorm von § 6 EG KVG erfasst nur freiwillige Taggeldversicherungen gemäss KVG, nicht aber solche gemäss VVG. Letztere sind vielmehr unter den Begriff der Zusatzversicherung i.S.v. § 7 EG KVG zu subsumieren, womit entsprechende Streitigkeiten von den Zivilgerichten zu beurteilen sind (Erw. 3.3).

Aus dem Sachverhalt:

Die 1964 geborene A. war bis Ende Februar 2015 bei der B. GmbH angestellt und im Rahmen der Krankentaggeldversicherung ihres Arbeitgebers bei der X. Versicherung gegen krankheitsbedingten Erwerbsausfall versichert. Im Sommer 2014 unterzog sich A. nach eigenen Angaben in der Klinik Z. einer Operation, welche in eine postoperative Infektion mündete. Seither ist A. nach eigener Darstellung aufgrund chronischer Schmerzen durchweg zu 100 % arbeitsunfähig. Die X. anerkannte die Arbeit-

sunfähigkeit ab dem 13. Januar 2015 und richtete bis zum 31. Juli 2015 ein Krankentaggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % aus.

Mit Klageschrift vom 18. April 2016 stellte A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug die Rechtsbegehren, die X. sei teilklageweise zu verpflichten, ihr als Krankentaggeld für den Zeitraum vom 1. August 2015 bis 14. Februar 2016 den Betrag von CHF 76'160.70 nebst 5 % Zins seit dem 7. November 2015 zu bezahlen; von ihrem Nachklagerecht sei Vormerk zu nehmen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, ihre Erkrankung dauere bis heute an, was sie mittels entsprechender Arztzeugnisse gegenüber der Beklagten fortlaufend und unaufgefordert nachgewiesen habe. Die Beklagte weigere sich jedoch seit 1. August 2015, ihrer Leistungspflicht nachzukommen. Mit Klageantwort vom 16. Juni 2016 beantragte die Beklagte innert erstreckter Frist, auf die Klage sei mangels sachlicher Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht einzutreten. Eventualiter sei die Klage abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. (...) Die Beklagte bestreitet die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht. Uneinig sind sich die Parteien indessen in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, weshalb vorab darüber zu befinden ist.

3. Gemäss § 6 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (EG KVG, BGS 842.1) ist das Verwaltungsgericht das kantonale Versicherungsgericht im Regelungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und der freiwilligen Taggeldversicherung. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen i.S.v. Art. 12 Abs. 2 KVG sind demgegenüber gemäss § 7 EG KVG die Zivilgerichte zuständig. Es ist also zu ermitteln, ob unter «freiwillige Taggeldversicherung» i.S.v. § 6 EG KVG auch Taggeldversicherungen gemäss VVG zu subsumieren sind, bejahendenfalls das angerufene Gericht zur Beurteilung der Streitigkeit zuständig wäre.

3.1 Zunächst fällt auf, dass sich der kantonale Gesetzgeber bei § 6 EG KVG eines praktisch identischen Wortlautes bedient hat wie der Bundesgesetzgeber bei der Umschreibung des Geltungsbereiches des KVG in Art. 1a Abs. 1 KVG, welcher mit dem Begriff der sozialen Krankenversicherung identisch ist (Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung, BBl 2012 S. 1941 ff., S. 1956 [Botschaft KVAG]): Sowohl bei der bundesrechtlichen als auch bei der kantonalen Bestimmung ist von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung einerseits und der freiwilligen Taggeldversicherung andererseits die Rede. Paragraph 7 EG KVG verweist demgegenüber auf aArt. 12 Abs. 2 KVG (in der bis am 31. Dezember 2015 gültigen Fassung), welcher es Krankenkassen frestellte, neben

der sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ausserdem (gemäss aArt. 12 Abs. 3 KVG dem VVG unterstellte) Zusatzversicherungen anzubieten. Der eng an das KVG angelehnte bzw. direkt darauf verweisende Wortlaut von § 6 und 7 EG KVG kann als Hinweis darauf verstanden werden, dass der kantonale Gesetzgeber bei der Zuordnung der Zuständigkeiten dieselbe Aufteilung vornehmen wollte, wie es der Bundesgesetzgeber bei der Unterstellung der jeweiligen Versicherungsarten unter das öffentliche bzw. das Privatrecht getan hatte. Nach dieser Lesart wären Streitigkeiten aus der sozialen Krankenversicherung (bestehend aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und der freiwilligen Taggeldversicherung gemäss KVG) dem Verwaltungsgericht zur Beurteilung zugewiesen, wohingegen sämtliche privatrechtlichen Versicherungen, darin eingeschlossen die Taggeldversicherungen gemäss VVG, vom Zivilgericht zu entscheiden wären. Der Umstand, dass aArt. 12 Abs. 2 KVG per 31. Dezember 2015 ausser Kraft getreten ist, kann darauf keinen ernstzunehmenden Einfluss haben, zumal der Regelungsgehalt der Norm per 1. Januar 2016 vollständig in Art. 2 Abs. 2 KVAG überführt wurde (Botschaft KVAG, S. 1956) und § 7 EG KVG mittelfristig wohl an die neue Rechtslage auf Bundesebene angepasst werden dürfte. Der Wortlaut der relevanten Bestimmungen spricht somit eher gegen eine Subsumtion freiwilliger Taggeldversicherungen gemäss VVG unter § 6 EG KVG.

3.2 In systematischer Hinsicht vertritt die Klägerin die Auffassung, § 6 EG KVG stelle gegenüber § 7 EG KVG eine *lex specialis* dar. Paragraph 7 EG KVG gelte nicht für Taggeldversicherungen, da er diese zum einen nicht explizit erwähne und sich § 6 EG KVG zum anderen nicht ausdrücklich auf Taggeldversicherungen gemäss aArt. 67 ff. KVG beschränke. Für die – wenngleich implizite – Beschränkung von § 6 EG KVG auf freiwillige Taggeldversicherungen nach dem KVG spricht aber bereits dessen eng an die Definition der sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 1a Abs. 1 KVG angelehnte Wortlaut (E. 3.1). Die fehlende ausdrückliche Bezugnahme auf Taggeldversicherungen in § 7 EG KVG lässt sich damit erklären, dass Taggeldversicherungen gemäss VVG – wie die Beklagte zutreffend ausführt – nach der bundesgerichtlichen Praxis zu aArt. 12 Abs. 2 KVG, aArt. 85 Abs. 2 VAG (in der bis zum 31. Dezember 2010 in Kraft stehenden Fassung) und zuletzt auch Art. 7 ZPO bereits vom Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung erfasst werden (BGE 133 III 439 E. 2.1 f. und 2.2.2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2011, 4A_118/2011 E. 1.3, und vom 17. November 2010, 4A_194/2010 E. 2.2.1). Eine explizite Nennung von Taggeldversicherungen, wie es die Klägerin für erforderlich hält, wäre somit redundant. Auch binnensystematische Überlegungen sprechen mithin nicht für, sondern vielmehr gegen die Subsumtion von Taggeldversicherungen gemäss VVG unter § 6 EG KVG.

3.3 Nicht ausschlaggebend ist schliesslich das Argument der Klägerin, es sprächen teleologische Überlegungen für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, da § 6 EG KVG wie auch Art. 7 ZPO eine Know-how-Konzentration bei der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts zu bewirken suchten. Es trifft zwar zu, dass eine

Konzentration von Verfahren betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung beim kantonalen Sozialversicherungsgericht im Hinblick auf dessen Fachkompetenz sinnvoll sein kann (und in vielen Kantonen auch praktiziert wird). Indessen leuchtet es nicht ein, warum der Zuger Gesetzgeber, hätte er eine solche Zuständigkeitskonzentration herbeiführen wollen, dem Verwaltungsgericht lediglich die Zuständigkeit für Streitigkeiten betreffend die Taggeldversicherungen gemäss VVG, nicht aber jene betreffend die übrigen dem VVG unterstehenden Zusatzversicherungen zugewiesen hat. Es entspricht entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht der Zielsetzung von Art. 7 ZPO, die Zuständigkeit für die soziale Krankenversicherung und jene für Zusatzversicherungen beim kantonalen Verwaltungsgericht zu konzentrieren; die Kompetenz dazu kommt den Kantonen bereits aufgrund von Art. 4 Abs. 1 ZPO zu. Vielmehr wollte es der Bundesgesetzgeber den Kantonen ermöglichen, ein Gericht zu bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz (als Ausnahme vom Erfordernis des zweistufigen kantonalen Instanzenzugs gemäss Art. 75 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG, SR 173.110]) Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung beurteilen kann (hierzu Botschaft zur ZPO, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7247 f). Indem er es bei § 7 EG KVG und damit bei der Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO beliess, hat der Zuger Gesetzgeber aber gerade nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Auch vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeitsnorm von § 6 EG KVG nur freiwillige Taggeldversicherungen gemäss KVG, nicht aber solche gemäss VVG erfassen will. Letztere sind vielmehr unter den Begriff der Zusatzversicherung i.S.v. § 7 EG KVG zu subsumieren, womit entsprechende Streitigkeiten von den Zivilgerichten zu beurteilen sind.

3.4 Nach dem Gesagten ist das angerufene Gericht zur Beurteilung der anhängig gemachten Streitigkeit sachlich unzuständig, womit auf die Klage nicht einzutreten ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2016, S 2016 49.
Das Urteil ist rechtskräftig.

4.2 Art. 16 ATSG; Art. 28a Abs. 2 und 3 IVG**Regeste:**

Art. 16 ATSG, Art. 28a Abs. 2 und 3 IVG – Grad und Bemessung der Invalidität. Bestimmung des Invaliditätsgrades bei teilzeitiger Erwerbstätigkeit und Tätigkeit im Aufgabenbereich anhand eines Einkommensvergleichs. Gemischte Methode nach Art. 28a Abs. 3 IVG (Erw. 3.2). Keine Parallelisierung der Vergleichseinkommen bei einem deutlich unterdurchschnittlichen Einkommen, wenn der Beschwerdeführer sich über mehrere Jahre hinweg mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügte (Erw. 6.1). IV-Stelle durfte auf das vom Beschwerdeführer vor der Gesundheitsschädigung erzielte, deutlich unterdurchschnittliche Einkommen abstellen, da es dem Beschwerdeführer möglich gewesen wäre, wesentlich mehr zu verdienen. Es handelt sich nicht um ein gesundheitsbedingtes Mindereinkommen (Erw. 7).

Aus dem Sachverhalt:

A., Jahrgang 1961, war zuletzt als Monteur (60%) und Künstler (40%) tätig und meldete sich am 4. Februar 2010 bei der IV-Stelle des Kantons Zug zum Bezug von Leistungen an. Zur gesundheitlichen Beeinträchtigung gab er an, er habe Sehnen- und Muskelabrisse an beiden Schultern seit dem 21. Dezember 2008. Da parallel auch die Unfallversicherung den Leistungsanspruch abklärte, stützte sich die IV-Stelle in der Folge insbesondere auf die von der Suva eingeholten kreisärztlichen Untersuchungen sowie die Stellungnahmen des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Mit Vorbescheid vom 26. März 2014 teilte die IV-Stelle A. mit, sie beabsichtige, ihm vom 1. August 2010 bis zum 1. April 2011 sowie vom 1. November 2012 bis zum 1. Juni 2013 eine ganze Rente zuzusprechen. Ab dem 11. März 2013 habe wieder eine volle Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit bestanden, weswegen ab dem 1. Juni 2013 keine Rente mehr ausbezahlt werde. Trotz Einwand vom 28. April 2014 und einer Ergänzung vom 4. Juli 2014 hielt die IV-Stelle des Kantons Zug mit Verfügung vom 28. Oktober 2014 an ihrem Vorbescheid fest.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG haben jene Versicherten Anspruch auf eine Rente, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind (lit. b) und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. c). Bei einer Invalidität von 40% besteht Anspruch auf eine Viertelsrente, ab 50% auf

eine halbe, ab 60% auf eine Dreiviertels- und ab 70% auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 IVG).

3.2 Invalidität ist gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Bei erwerbstätigen Versicherten wird für die Bestimmung des Invaliditätsgrades gemäss Art. 16 ATSG das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen; sog. Einkommensvergleich). Bei Versicherten, die nur zum Teil erwerbstätig sind, wird für diesen Teil die Invalidität nach Art. 16 ATSG festgelegt. Waren sie daneben auch im Aufgabenbereich tätig, so wird die Invalidität für diese Tätigkeit nach Art. 28a Abs. 2 IVG festgelegt. In diesem Falle sind der Anteil der Erwerbstätigkeit und der Anteil der Tätigkeit im Aufgabenbereich festzulegen und der Invaliditätsgrad entsprechend der Behinderung in beiden Bereichen zu bemessen (Art. 28a Abs. 3 IVG; sog. gemischte Methode). Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG, jedoch frühestens im Monat, der auf die Vollendung des 18. Altersjahres folgt.

3.3 Für die Bestimmung des trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbaren Einkommens (Invalideneinkommen) ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher der Versicherte konkret steht. Übt er nach Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit aus, bei der – kumulativ – besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind und anzunehmen ist, dass er die ihm verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft und das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn erscheint, gilt grundsätzlich der von ihm tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil der Versicherte nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihm an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung die Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) beigezogen werden (BGE 126 V 75 Erw. 3b mit Hinweisen), wobei je nach den konkreten Umständen – nebst der leidensbedingten Einschränkung können auch weitere persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad lohnmindernd ins Gewicht fallen – ein Abzug von höchstens 25% zu berücksichtigen ist (BGE 126 V 75 Erw. 5b/aa-cc).

(...)

6. Der Beschwerdeführer liess weiter den von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Einkommensvergleich beanstanden, worauf im Folgenden einzugehen ist:

6.1 Zunächst liess der Beschwerdeführer rügen, es sei eine Parallelisierung der beiden Vergleichseinkommen vorzunehmen. Eine solche Parallelisierung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann vorzunehmen, wenn eine versicherte Person vor dem Eintritt der Gesundheitsschädigung aus invaliditätsfremden Gründen (z. B. geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung, mangelnde Deutschkenntnisse, beschränkte Anstellungsmöglichkeiten wegen Saisonierstatus) ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen bezog, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügen wollte (BGE 134 V 322 Erw. 4.1, mit weiteren Hinweisen). In casu erzielte der Beschwerdeführer vor Eintritt der Gesundheitsschädigung zwar in der Tat ein sehr geringes Einkommen zwischen ca. Fr. 25'000.- und Fr. 35'000.- pro Jahr, doch ist dies nicht etwa auf eine geringe Schulbildung, eine fehlende berufliche Ausbildung o.ä. zurückzuführen, ist doch der Beschwerdeführer gelernter Offsetdrucker und verfügt er zudem über spezielle Kenntnisse im Hochbau (...). Da es ihm daher ohne weiteres möglich gewesen wäre, mit diesen Tätigkeiten ein wesentlich höheres Einkommen zu erzielen, ging die Beschwerdegegnerin zu Recht davon aus, dass sich der Beschwerdeführer aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügte; dies wird denn auch durch den Bericht vom 4. September 2001 zur Arbeitgeberkontrolle der Suva bestätigt, wonach der Beschwerdeführer von den Einkünften nicht leben könne, er aber von seiner Lebenspartnerin unterstützt werde (...). Mithin musste sie auch keine Parallelisierung der Vergleichseinkommen vornehmen. Bei dieser Sachlage – der Beschwerdeführer begnügte sich über mehrere Jahre hinweg mit seinem bescheidenen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (...) – durfte die Beschwerdegegnerin zudem beim Valideneinkommen auch auf eben dieses zuletzt erzielte, bescheidene Einkommen abstellen (vgl. Urteil 8C_944/2011 vom 17. April 2012 Erw. 2.4).

6.2 Nachdem somit festgestellt wurde, dass zum einen eine Parallelisierung nicht erfolgen musste und zum anderen auf das bisher erzielte Einkommen abgestellt werden durfte, kann auf Ausführungen zur Berechnung des Invalideneinkommens verzichtet werden. Bei einem heranzuziehenden Valideneinkommen von – angepasst an die Nominallohnentwicklung – Fr. 35'053.- ab November 2012 würde es nämlich selbst bei Annahme eines unrealistisch tiefen Invalideneinkommens von Fr. 40'500.-, wie es der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift geltend machen liess, nicht zu einem Minderverdienst kommen, weswegen in der Konsequenz auch stets ein Invaliditätsgrad von 0% resultiert. Der Vollständigkeit halber sei aber festgehalten, dass das von der Beschwerdegegnerin errechnete Invalideneinkommen von Fr. 55'719.- sich nicht als offensichtlich falsch erweist, berücksichtigt dieses doch bereits die um 10% reduzierte Arbeitsfähigkeit, wurde es gestützt auf Niveau 4 der Tabellenlöhne berechnet und an die Nominallohnentwicklung angepasst. Zu

diskutieren wäre dabei höchstens die Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzuges, doch ist diesbezüglich auf Weiterungen zu verzichten, würde nämlich auch ein solcher Abzug nichts am Invaliditätsgrad von 0% ändern. Schliesslich errechnete der Beschwerdeführer selbst beim grösstmöglichen leidensbedingten Abzug von 25% noch ein – das Valideneinkommen übertreffendes – Invalideneinkommen von Fr. 40'500.-.

6.3 Da sich das Valideneinkommen anhand des vom Beschwerdeführer vor der Gesundheitsschädigung erzielten Einkommens festsetzen liess und die Berechnung des Invalideneinkommens keinerlei Probleme bereitete, ist nicht ersichtlich, weshalb der Invaliditätsgrad vorliegend nicht anhand eines Einkommensvergleichs hätte berechnet werden sollen. Ein Betätigungsvergleich, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, ist bei dieser Sachlage jedenfalls nicht vorzunehmen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer weder mit seinen Rügen betreffend die Abklärung des medizinischen Sachverhaltes noch mit denjenigen betreffend die fehlerhafte Erstellung des Einkommensvergleichs durchzudringen vermochte. Vielmehr ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer ausreichend medizinisch abgeklärt wurde und zudem auch ein umfassender Abklärungsbericht zur Erstellung eines Zumutbarkeitsprofils erstellt wurde. Beim Einkommensvergleich durfte die Beschwerdegegnerin auf das vom Beschwerdeführer vor der Gesundheitsschädigung erzielte, deutlich unterdurchschnittliche Einkommen abstellen, da es dem Beschwerdeführer möglich gewesen wäre, wesentlich mehr zu verdienen. Aufgrund des überaus geringen Valideneinkommens erübrigten sich sodann Weiterungen zum Invalideneinkommen bzw. zum Einkommensvergleich im Allgemeinen, da so oder anders kein gesundheitsbedingtes Mindereinkommen resultieren würde. Mithin erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet, weswegen sie volumfänglich abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2015, S 2015 9.
Das Urteil ist rechtskräftig.

4.3 Art. 9 Abs. 2 UVV

Regeste:

Art. 9 Abs. 2 UVV (Stand: 31.12.2016) – unfallähnliche Körperschädigung. Die Voraussetzung des äusseren Ereignisses bei einer unfallähnlichen Körperschädigung verlangt ein Geschehen, dem ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotenzial innewohnt (Erw. 3.1.2). Dem Joggen, verbunden mit Schwedenschritten und insbesondere mit dem zusammenhängenden Treppenspringen, wobei abwechselungsweise eine Stufe auszulassen ist, ist ein gesteigertes Gefährdungspotenzial zuzuerkennen. Es ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Sprungtechnik beim Squat-Jump zu verweisen. Pflicht des Unfallversicherers zur sorgfältigen Abklärung des Sachverhalts im Sinne von 43 Abs. 1 ATSG, ansonsten die erst mit der Einsprache erfolgte Präzisierung der Aussage des Versicherten nicht unter Verweis auf die Beweisregel der so genannten spontanen Aussagen der ersten Stunde übergangen werden kann (Erw. 6.1.2).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte A., Jahrgang 1970, Wirtschaftsprüfer in der Treuhand- und Revisionsgesellschaft B. und über diese bei der C. AG obligatorisch gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert, verspürte gemäss Bagatell-Unfallmeldung vom 28. Oktober 2015 am 10. Oktober 2015 beim Joggen mit integrierten Kraftübungen für die Beine einen heftigen Schmerz im rechten Knie. Während der erstbehandelnde Arzt Dr. D. eine unklare posterolaterale Knieaffektion, differenzialdiagnostisch eine Meniskusläsion oder eine chondrale Läsion festhielt, zeigte das MRI vom 19. Januar 2016 einen radiären Riss im Hinterhorn des Meniskus medialis, angrenzend an die interkondyläre Meniskuswurzel. Zudem bestanden eine diskrete mukoide Degeneration in der pars intermedia, eine mitteltiefe Knorpelfissur retropatellar medial sowie ein minimaler Gelenkerguss. Nach den Angaben des Versicherten seien erste Schmerzen im Sommer 2015 beim Joggen aufgetreten, das Velofahren sei aber immer problemlos gewesen. Ab dem 10. Oktober 2015 seien wieder akute Knieschmerzen aufgetreten. Dem Versicherer bekannt ist sodann, dass bereits 1990 eine Arthroskopie beider Knie stattfand und nebst einer AC-Gelenksdistorsion 2012 rechts sind offenbar multiple frühere Knieverletzungen beidseits beim Eishockey erstellt. Vor diesem Hintergrund verneinte die C. AG am 5. Februar 2016 das Vorliegen eines Unfalls nach Art. 4 ATSG wie auch das Vorliegen einer unfallähnlichen Körperschädigung nach Art. 9 Abs. 2 UVV. Die am 9. Februar 2016 dagegen erhobene Einsprache – mit dem Hinweis darauf, dass eine Listendiagnose nach Art. 9 Abs. 2 UVV vorliege – wies die C. AG mit Entscheid vom 14. April 2016 vollumfänglich ab.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1.1 Die unfallähnlichen Körperschädigungen müssen sämtliche Unfallbegriffsmerkmale erfüllen mit Ausnahme der ungewöhnlichen äusseren Einwirkung. Besondere Bedeutung kommt der Voraussetzung eines äusseren Ereignisses – allenfalls im Körperinnern – zu. Hat ein solches nicht stattgefunden, und sei es auch nur als Auslöser eines Gesundheitsschadens, liegt eindeutig eine krankheits- oder degenerativ bedingte Gesundheitsschädigung vor. Seit Januar 1998 gelten Körperschädigungen, die von einer Erkrankung oder Degeneration herrühren, explizit als ausgeschlossen. Wie erwähnt ist die Auflistung in Art. 9 Abs. 2 UVV abschliessend, weshalb Erweiterungen durch Analogieschlüsse nicht zulässig sind. Kann eine Schädigung indes nicht eindeutig nachgewiesen werden, so hat der Leistungsansprecher die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Hinsichtlich der Kausalität der körperähnlichen Schädigungen gilt im Übrigen ebenfalls der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. Rumo-Jungo/Holzer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 4. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2012, S. 80 f.).

3.1.2 Die Voraussetzung des äusseren Ereignisses verlangt im Grundsatz nach einem ausserhalb des Körpers liegenden, objektiv feststellbaren, sinnfälligen, unfallähnlichen Vorfall. Kein unfallähnliches Ereignis liegt vor, wenn der äussere Faktor mit dem (erstmaligen) Auftreten der für eine der in Art. 9 Abs. 2 UVV enthaltenden Gesundheitsschäden typischen Schmerzen gleichgesetzt wird. Sodann ist das Kriterium auch nicht erfüllt, wenn die Schmerzen bei einer blossen Lebensverrichtung auftreten, die die versicherte Person zu beschreiben in der Lage ist. Verlangt ist vielmehr ein Geschehen, dem ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotenzial innewohnt. Dies ist zu bejahen, wenn die zum einschliessenden Schmerz führende Tätigkeit im Rahmen einer allgemein gesteigerten Gefahrenlage vorgenommen wird, wie dies etwa für viele sportliche Betätigungen zutreffen kann. Der äussere Faktor mit erheblichem Schädigungspotential ist sodann auch zu bejahen, wenn die in Frage stehende Lebensverrichtung einer mehr als physiologisch normalen und psychologisch beherrschten Beanspruchung des Körpers, insbesondere seiner Gliedmassen, gleichkommt. Wer indes beim Aufstehen, Absitzen, Abliegen, beim Bewegen im Raum oder bei Handreichungen einen einschliessenden Schmerz erleidet, der sich als Symptom einer Listenerletzung erweist, kann sich nicht auf das Vorliegen einer unfallähnlichen Körperschädigung berufen. Allerdings ist das Erfordernis erfüllt bei Änderungen der Körperlage, die nach unfallmedizinischer Erfahrung häufig zu körpereigenen Traumen führen, wie etwa das plötzliche Aufstehen aus der Hocke, die heftige und/oder belastende Bewegung und die durch äussere Einflüsse unkontrollierbare Änderung der Körperlage. Erforderlich und hinreichend für die Bejahung eines äusseren Faktors ist, dass diesem ein gesteigertes Schädigungspotential zukommt, sei es zufolge einer allgemein gesteigerten Gefährdungslage, sei es durch Hinzutreten eines zur Unkontrollierbarkeit der Vornahme der alltäglichen

Lebensverrichtung führenden Faktors. Dabei kann der Auslösefaktor alltäglich und diskret sein. Es muss sich indessen um ein plötzliches Ereignis handeln wie eine heftige Bewegung oder das plötzliche Aufstehen aus der Hocke. Dabei kommt es beim Begriffsmerkmal der Plötzlichkeit im Rahmen der unfallähnlichen Körperschädigungen weniger auf die Dauer der schädigenden Einwirkung an als vielmehr auf deren Einmaligkeit. Keine unfallähnliche Körperschädigung liegt mithin vor, wenn die Listenverletzung ausschliesslich auf wiederholte, im täglichen Leben laufend auftretende Mikrotraumata zurückzuführen ist, welche eine allmähliche Abnutzung bewirken und schliesslich zu einem behandlungsbedürftigen Gesundheitsschaden führen (BGE 129 V 466 Erw. 4.2.2 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] U 159/06 vom 29. August 2006 Erw. 2, mit vielen weiteren Hinweisen).

3.1.3 Nach der Praxis kann die schädigende äussere Einwirkung in einer körpereigenen Bewegung bestehen wie dem plötzlichen Aufstehen aus der Hocke (BGE 116 V 148 Erw. 2c), in einem Fehlschlag beim Fussballspiel (RKUV 1990 Nr. U 112 S. 375 Erw. 3), im Aufheben oder Abstellen von Gewichten von 40 bis 50 kg (BGE 116 V 149 Erw. 4), im Umlagern eines Heizkörpers von über fünf Meter Länge und einem Gewicht von über 100 kg von einem Wagen auf einen Arbeitsbock (BGE 123 V 43, nicht publ. Erw. 3b), im Bruch eines Rückenwirbels zufolge von Kontraktionen bei einem epileptischen Anfall (SVR 1998 UV Nr. 22 S. 81), im Verschieben eines Wäschekorb mit dem linken Fuss, was zu einer Verdrehung des rechten Knies führt (RKUV 2000 Nr. U 385 S. 267), in einem Sprung von einer Verpackungskiste (RKUV 2001 Nr. U 435 S. 332), im Ausrutschen und Verdrehen des Knies als Folge der Bemühung, balgende Hunde zu trennen (Urteil des EVG U 127/00 vom 27. Juni 2001), im Stolpern, einer unkoordinierten Ausweichbewegung des Beines und daraufhin erfolgtem Anschlagen des linken Knies an einem Anhängerwagen (Urteil U 158/00 vom 27. Juni 2001), im Misstritt beim Volleyball, was zu einem einschliessenden Zwick im Knie führte (Urteil U 92/00 vom 27. Juni 2001), im Sprung von einem Bahngepäckwagen aus der Höhe von 60 cm (Urteil U 266/00 vom 21. September 2001), im Erleiden einer Zerrung der Adduktoren-muskeln während des Fussballtrainings (Urteil U 20/00 vom 10. Dezember 2001), in der Verstauchung eines Knöchels als Folge einer Rotationsbewegung (Urteil U 287/00 vom 22. Februar 2002) oder in einer brusken Drehbewegung beim Kochen mit einschliessendem Schmerz im Knie (Urteil U 5/02 vom 21. Oktober 2002). Verneint wird der äussere schädigende Faktor bei vermehrter Arbeitsbelastung, die zu kontinuierlicher Zunahme und Verschlechterung der Kniebeschwerden führte (Urteil U 198/00 vom 30. August 2001), bei wiederholten Anstrengungen wie bei Arbeiten mit Hammer oder Bohrer (BGE 123 V 43, nicht publ. Erw. 3b) oder beim Auftreten von Schmerzen nachts bei Drehbewegungen und nach längerem Gehen (Urteil U 458/00 vom 24. Oktober 2001, vgl. für die vorstehend aufgeführten bejahenden und verneinenden Beispiele: BGE 129 V 466 Erw. 4.1).

3.1.4 Weiterer Judikatur, die vorliegend von Belang sein könnte, kann im Wesentlichen das Folgende entnommen werden: In verfahrensrechtlicher Hinsicht ergibt sich aus dem Urteil 8C_696/2013 vom 14. November 2013 Erw. 4.3, dass ein Unfallversicherer im Nachgang an umfassende Sachverhaltsabklärungen nicht verpflichtet ist, die versicherte Person zur weitergehenden Substantiierung des gemeldeten Geschehens aufzufordern. Aus den Entscheiden RKUV 2004 U 502 S. 183 sowie U 322/02 vom 7. Oktober 2003 ergibt sich, dass der äussere Faktor im Falle eines regelkonformen Rückwärtspurzelbaums unter Verweis auf ähnlich gelagerte Fälle wie jenem einer regelkonform ausgeführten Rolle vorwärts einer Turnlehrerin oder jenem eines ordentlichen Jiu-Jitsu-Trainings verneint wurde. Im Entscheid 8C_772/2009 vom 7. Mai 2010 Erw. 3.3 führt das Bundesgericht aus, komme es beim Aufstehen aus der Hocke, mit einem Kleinkind im Arm, zu einem starken Schmerz und zu einer Knieblockade, besage dies noch nichts. Das Auftreten von Schmerzen als solches sei nämlich noch kein äusserer schädigender Faktor. Beim Aufstehen aus der Hocke mit einem Kleinkind auf dem Arm handle es sich nämlich um einen gewohnten, mehrmals täglich ausgeübten Bewegungsablauf und somit um eine alltägliche Verrichtung, die üblicherweise im Rahmen einer physiologisch normalen und psychologisch beherrschten Beanspruchung des Körpers erfolge und bei welcher grundsätzlich kein besonderes Schädigungspotential vorhanden sei. Es fehle an einer gesteigerten Gefahrenlage wie auch am Hinzutreten eines zur Unkontrollierbarkeit des aus der Hocke Aufstehens führenden Moments. Als solches könne entgegen der Ansicht der Betroffenen auch das Kleinkind auf dem Arm nicht gelten, gehöre doch auch dieses zur alltäglichen Lebensverrichtung und es sei anzunehmen, dass der Bewegungsablauf gerade in Rücksichtnahme auf das Kind besonders kontrolliert ausgeführt werde. Mit dem plötzlichen Aufstehen aus der Hocke gemäss BGE 116 V 145 sei dies jedenfalls nicht vergleichbar. Im Entscheid 8C_454/2013 vom 24. September 2013 Erw. 6.3 wird in Bezug auf die vermutungsweise Nennung möglicher Bewegungen, die für einen Meniskusriss ursächlich hätten sein können, festgestellt, dass die blossе Verdachtsdiagnose einer Verletzung dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nie genüge.

3.1.5 Im Entscheid 8C_295/2015 vom 8. September 2015 hat das Bundesgericht in Erwägung 4 zu einer speziellen Fitness-Übung Stellung bezogen und ausgeführt, die sportliche Aktivität allein als Anlass des für die Verletzung angeblich ursächlichen Bewegungsablaufs genüge nicht für die Bejahung des mit Blick auf den äusseren Faktor praxisgemäss erforderlichen gesteigerten Gefahrenpotenzials (SVR 2014 UV Nr. 30 S. 100, 8C_147/2014 Erw. 3.3). Der Versicherte habe während der Sprünge auf einem Bein aber gleichzeitig mit dem anderen Bein Kniestösse ausgeführt mit dem Ziel, einen Gegner, das heisst seinen Fitnesstrainer, zu treffen, welcher sich mit Handschuhen geschützt habe. Von einem gleichmässigen Bewegungsablauf wie etwa beim Joggen könne damit nicht gesprochen werden (Urteil 8C_118/2008 vom 23. Oktober 2008 Erw. 3.3). Der Fall sei vielmehr zu vergleichen mit der vom Bundesgericht als unfallähnliches Geschehen qualifizierten Partnerübung im Rahmen

eines Selbstverteidigungskurses. Das Bundesgericht habe wegen der Kraftanstrengung und den ständigen Belastungswechseln in kurzer Abfolge im Bewegungsablauf als Ganzem eine erhöhte Verletzungsgefahr angenommen (SVR 2014 UV Nr. 30 S. 100, 8C_147/2014 Erw. 3.5). Auch hier sei, ähnlich wie beim Squat-Jumping, von einer Gefahrenlage auszugehen, welche die Annahme eines mitwirkenden äusseren Faktors im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 2 UVV unterstütze (SVR 2014 UV Nr. 29 S. 97, 8C_40/2014 Erw. 3.1). Das kantonale Gericht habe seinerseits in Betracht gezogen, dass die Übung zum normalen Trainingsprogramm des Versicherten gehört habe. Das Bundesgericht habe jedoch die Annahme der für die Qualifikation als unfallähnliches Geschehen erforderlichen Gefahrenlage auch nicht ausgeschlossen im Fall der Fitness-Instruktorin, die sich beim Squat-Jump verletzt gehabt habe, obwohl dieser zu ihren alltäglichen, gewohnten Lebensvorrichtungen gezählt habe (SVR 2014 UV Nr. 29 S. 97, 8C_40/2014, Erw. 3.2).

Im Entscheid 8C_40/2014 vom 8. Mai 2014 Erw. 3.1 f. äusserte sich das Bundesgericht erstmals zum so genannten Squat-Jumping. Es hielt dabei fest, der Argumentation, wonach bei einem Squat-Jump kein äusserer Faktor im Sinne eines gesteigerten Gefährdungspotenzials zufolge allgemein gesteigerter Gefahrenlage mitwirke, könne nicht gefolgt werden. Die beim Squat-Jumping angewandte Sprungtechnik beruhe – bedingt durch die zu unterlassende Ausholbewegung und die fehlende Ausgleichsfunktion mittels Armeinsatzes – die erhebliche Gefahr eines während des Sprunges eintretenden Gleichgewichtsverlustes und damit wiederum eines auch unsauberen Wiederaufsetzens auf dem Boden in sich, was, wenn nicht gar zu Stürzen, so doch zu fehlerhaften Steuerungen einzelner Körperteile, namentlich der Beine, führen könne. Angesichts der dadurch geschaffenen Verletzungsgefahr könne ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotenzial jedenfalls nicht verkannt werden. Entsprechend gelte, dass der von der Beschwerdegegnerin als Fitness-Instruktorin demonstrierte Squat-Jump mit einer Gefahrenlage verbunden gewesen sei, welche die Annahme eines mitwirkenden äusseren Faktors im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 2 UVV unterstütze. Daran ändere nichts, dass ein Squat-Jump zumindest bei der beruflich als Fitness-Instruktorin tätigen Beschwerdegegnerin zu den alltäglichen, gewohnten Lebensverrichtungen zähle. Eine physiologisch noch im Normalbereich liegende und auch psychologisch beherrschte Beanspruchung werde bei einem Squat-Jump schon aufgrund der zu vermeidenden Zuhilfenahme der Arme zur Haltung des Gleichgewichtes – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – eindeutig überschritten. Von einem lediglich mit grösserem Kraftaufwand verbundenen gleichmässigen Bewegungsablauf könne auch in der besonderen beruflichen Situation der Beschwerdegegnerin nur bei optimalem Gelingen des Sprunges gesprochen werden. Die gleichwohl bestehende Gefahrenlage führe nämlich dazu, dass es – sei es während des Sprunges selbst, sei es erst bei der anschliessenden Landung auf dem Boden – zu Unregelmässigkeiten im Übungsablauf kommen könne, welche leicht auch zu körperlichen Verletzungen führen könnten.

(...)

6. In der Folge gilt es in einem ersten Schritt zu prüfen, ob vorliegend von einem sinnfälligen Ereignis nach Lehre und Praxis ausgegangen werden kann, in einem zweiten Schritt ist dann zu klären, ob die Kausalität der fraglichen Verletzung zum Ereignis rechtsgenügend erstellt ist oder aber ob von einer klar krankhaften bzw. degenerativen Ursache ausgegangen werden muss.

6.1.

6.1.1 Zur Sachverhaltserhebung in casu ist unter Verweis auf Erwägung 3.4.2 noch einmal daran zu erinnern, dass es rechtsprechungsgemäss jedenfalls dann nicht überzeugt, wenn ein Versicherter den Sachverhalt erst im Einsprache- oder sogar erst im Beschwerdeverfahren ergänzt resp. erst dann wichtige Aspekte erstmals erwähnt, obschon der Unfallversicherer den Sachverhalt vorher vermittels Frageblättern detailliert erhoben und damit seine Verpflichtung zur richtigen und vollständigen Sachverhaltsfeststellung erfüllt hat.

6.1.2 Trotz offensichtlichen Klärungsbedarfs nach Vorliegen lediglich der Bagatelunfallmeldung vom 28. Oktober 2015 – in welcher der Versicherte lediglich vom Joggen, in welches Kraftübungen für die Beine integriert gewesen seien, berichtet hatte – unterliess es der Unfallversicherer vorliegend, die angezeigten Fragen zu Art und Umfang der genannten Kraftübungen für die Beine vermittels Frage- oder Erhebungsblättern bzw. vermittels individueller Nachfrage zu stellen bzw. zu klären. Zog der Unfallversicherer nun aber ohne jede Nachfrage Schlüsse und qualifizierte er das «Joggen mit integrierten Kraftübungen für die Beine» ohne genaue Vorstellung davon, worum es sich bei den integrierten Kraftübungen für die Beine handeln könnte, als gewöhnlichen Bewegungsablauf ohne gesteigerte Gefahrenlage resp. als Lebensverrichtung mit physiologisch normaler und psychologisch beherrschter Beanspruchung des Körpers, so kam er seiner Pflicht zur sorgfältigen Abklärung des Sachverhalts im Sinne von 43 Abs. 1 ATSG nicht in rechtsgenügender Weise nach. Vor diesem Hintergrund kann die erst mit der Einsprache erfolgte Präzisierung, bei den integrierten Kraftübungen für die Beine handle es sich um Treppensprünge und Schwedenschritte, nicht einfach unter Verweis auf die Beweisregel der so genannten spontanen Aussagen der ersten Stunde übergangen werden, wenngleich der Beschwerdeführer, der bereits Ende November 2015 von der Absicht, die Leistungspflicht des Versicherers zu verneinen, erfahren hatte, die entsprechenden Präzisierungen bereits früher, als er mit dem Hinweis auf weitere medizinische Abklärungen um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung gebeten hatte, hätte nachschieben können. Im Lichte der versicherungsseitig weitgehend unterbliebenen Sachverhaltsabklärungen kann ihm dies jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen und die genannten Präzisierungen sind bei der Qualifikation des Geschehensablaufs zu berücksichtigen.

Nach dem Gesagten gilt für das Gericht als nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer am 10. Oktober 2015, 08.30 Uhr, joggen ging und dass er in sein Jogging-Training auch Kraftübungen für die Beine, konkret beidbeinig vollführte Treppensprünge unter jeweiligem Überspringen jedes zweiten Tritts sowie Schwedenschritte, integrierte bzw. dass er während dieser Kraftübungen heftig einschliessende Schmerzen im rechten Knie verspürte.

Zur Frage, ob dem Joggen mit integrierten Kraftübungen für die Beine, mit Treppensprüngen und Schwedenschritten, die nach Lehre und Praxis gebotene Sinnfälligkeit zukommt, ist auf die unter Erwägung 3.1.3 ff., insbesondere unter Erwägung 3.1.5 wiedergegebene Judikatur zu verweisen. Nachdem das Bundesgericht im Entscheid 8C_40/2014 zur Sprungtechnik beim Squat-Jump ausführte, Sprünge ohne Ausholbewegung und ohne ausgleichenden Armeinsatz würden erhebliche Gefahren für den Gleichgewichtsverlust, für unsauberes Auftreten und für Stürze beinhalten und angesichts dieser so geschaffenen Verletzungsgefahr könne ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotential nicht verneint werden, selbst für eine professionelle Fitness-Trainerin nicht, nachdem das Bundesgericht Squat-Sprüngen somit die geforderte Sinnfälligkeit zuerkannte, qualifizierte es im Entscheid 8C_295/2015 – wo es um die Einschätzung von Fitnessübungen ging, bei welchen der Betroffene jeweils auf einem Bein hüpfte und mit dem Knie des andern Beins gegen einen gepolsterten Handschuh seines Trainers schlug – auch das einbeinige Hüpfen verbunden mit Kniestössen des anderen Beines gegen eine Polsterung als äusseren Faktor, zumal das Ganze auch mit der bereits früher als sinnfällig qualifizierten Partnerübung im Rahmen eines Selbstverteidigungskurses vergleichbar sei. Ergänzend hielt das Bundesgericht fest, wie beim Squat-Jumping sei auch bei dieser Übung von einer gesteigerten Gefahrenlage auszugehen. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist nach Ansicht des Zuger Gerichts auch dem hier zu beurteilenden Joggen, verbunden mit Schwedenschritten und insbesondere mit dem zusammenhängenden Treppenspringen, wobei abwechslungsweise eine Stufe auszulassen ist – was die Kraftanstrengung erhöht und die Gefahr von Fehlritten gesteigert erscheinen lässt –, ein gesteigertes Gefährdungspotential zuzuerkennen bzw. die Übung als mit den obig umschriebenen Fitnessübungen vergleichbar zu qualifizieren ist. Springt jemand beidbeinig eine Treppe hoch und überspringt er jede zweite Stufe, ist dies mit variierendem Krafteinsatz, damit aber auch mit erhöhtem Kraftaufwand verbunden und birgt, wie angesprochen, die Gefahr von Misstritten, was eindeutig für das Vorliegen der geforderten gesteigerten Gefahrenlage spricht. Nach dem Gesagten ist im geschilderten Sachverhalt ein äusserer Faktor im Sinne von Gesetz, Verordnung, Lehre und Praxis zu sehen.

6.2

6.2.1 Nachdem insbesondere der Hausarzt, Dr. D., zweimal darauf hinwies, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich seiner Knie eine gewisse Vorgeschichte aufweise,

dass frühere Knieverletzungen aktenkundig seien und dass der Beschwerdeführer erste Beschwerden beim Joggen bereits für Sommer 2015 beklagt habe, stellt sich die Frage, ob die mit MRI vom 19. Januar 2016 sowie intraoperativ erkannten und diagnostizierten Verletzungen, insbesondere der Meniskusriss und die Läsion des anteromedialen Bündels des vorderen Kreuzbandes, auch als überwiegend wahrscheinlich im Zusammenhang mit dem fraglichen Ereignis bzw. als dessen Folge gelten können. Diesbezüglich ist zum einen zu bedenken, dass sich aus den beiden genannten Berichten von Dr. D. nicht klar ergibt, ob dieser die ab Sommer beklagten und nach dem 10. Oktober 2015 – nach dem fraglichen Ereignis – festgehaltenen Schmerzen in einem Zusammenhang sieht oder nicht. Soweit der Beschwerdeführer seinerseits moniert, die im Sommer beklagten Beschwerden hätten sich von der Hüfte abwärts aussenseitig bis zur Wade erstreckt und seien nicht vergleichbar mit den ab Oktober aufgetretenen Schmerzen, welche sich auf die Innenseite des Knies konzentriert hätten, kann diesen Angaben kein besonderes Gewicht zuerkannt werden. Die Frage ist folglich ausschliesslich unter Zuhilfenahme der medizinischen Berichte, insbesondere der Berichte des Facharztes, zu klären.

6.2.2 In medizinischer Hinsicht ist vorab festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin es offensichtlich unterliess, die Akten einem Vertrauensarzt vorzulegen. Die Behauptung, die erlittenen Verletzungen stünden nicht in einer natürlichen und adäquaten Kausalität zum fraglichen Ereignis basiert mithin nicht auf medizinischen Überlegungen, sondern ist als Schlussfolgerung aus der Verneinung der Sinnfälligkeit des geschilderten Geschehnisablaufs zu verstehen. Die entsprechende Feststellung entbehrt mithin einer ausreichenden Grundlage bzw. einer rechtsgenügenden Begründung. Demgegenüber basieren die Beurteilungen der Dres. D. und insbesondere E., wonach vor allem die intraoperativ zusätzlich zur Meniskusläsion festgestellten Verletzungen, die Teilruptur des anteromedialen Bündels des vorderen Kreuzbandes und die Zerreissung der Plica infrapatellaris auf eine erhebliche, schwerere Verletzung, gleichzeitig aber auch auf ein alleiniges Ereignis hindeuteten, auf medizinischen Erfahrungen, besonders auf der Erfahrung des routinierten orthopädischen Chirurgen Dr. E. Kann der Operateur in casu aufgrund seines Erfahrungsschatzes festhalten, dass ein solches Verletzungsbild klar auf ein singuläres Ereignis, nicht aber auf Degeneration hindeutet, verwendet er in diesen Zusammenhang den nicht juristischen Terminus «höchstwahrscheinlich», genügt dies nach Ansicht des Gerichts dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und bezeichnet nicht nur eine blosser Möglichkeit. Dass Hausarzt Dr. D., kein Facharzt für Orthopädie und/oder orthopädische Chirurgie, mit seinem Hinweis auf frühere Knieschädigungen den Verdacht auf eine degenerative Ursache schürte und mit der Verwendung des Wortes «wahrscheinlich» ebenfalls lediglich auf eine mögliche Ursache hinwies, entwertet die fachärztliche Einschätzung schliesslich in keiner Weise.

6.3 Nach dem Gesagten gilt als nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass dem Ereignis vom 10. Oktober 2015 die geforderte Sin-

nfälligkeit zukommt bzw. dass dieses einen äusseren Faktor im Sinne von Lehre und Praxis darstellt, überdies dass das Ereignis zu den diagnostizierten Verletzungen, von welchen jedenfalls der Meniskusriss und die Teilruptur des vorderen Kreuzbandes als Listenverletzungen nach Art. 9 Abs. 2 UVV gelten, in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang steht. Bei dieser Beurteilung der Sachlage erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob der am 1. Januar 2017 in Kraft tretende neue Art. 6 Abs. 2 UVG im Sinne einer Vorwirkung überhaupt beachtet werden dürfte oder nicht.

7. Entsprechend erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist insoweit gutzuheissen, als die Verfügung vom 5. Februar 2016 und der Einspracheentscheid vom 14. April 2016 aufzuheben sind und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten ist, dem Beschwerdeführer für die Folgen des Ereignisses vom 10. Oktober 2015 Leistungen gemäss UVG auszurichten.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. November 2016, S 2016 62
Das Urteil war bei Erscheinen der GVP noch nicht rechtskräftig.

4.4 Art. 39 UVG; 50 UVV

Regeste:

Art. 39 UVG; Art. 50 UVV – Wagnis; Leistungskürzung. Dem Beschwerdeführer muss angelastet werden, dass er sich wissentlich einer besonders grossen Gefahr aussetzte, als er einen Kopfsprung in für ein solches Unterfangen zu seichtes Wasser wagte (Erw. 5.3).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte A., Jahrgang 1971, ledig, war seit dem 17. August 2015 bei der B. AG angestellt, als er sich gemäss Schadenmeldung UVG vom 16. September 2015 am 12. September 2015 bei einem Sprung in den See am Kopf und an der Wirbelsäule verletzte. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) teilte A. mit Schreiben vom 28. September 2015 mit, für die Folgen des Unfalls vom 12. September 2015 die Versicherungsleistungen zu übernehmen, aber noch nicht abschliessend zur Höhe der Leistungen Stellung nehmen zu können. Bis zum Abschluss der Abklärungen werde ihm bzw. seinem Arbeitgeber ab 15. September 2015 50% des Taggeldes von Fr. 176.– pro Kalendertag ausbezahlt. Am 20. Januar 2016 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per 21. Februar 2016. Mit Verfügung vom 22. Februar 2016 teilte die Suva A. mit, gemäss ihren Abklärungen müsse die Wassertiefe am Unfalltag weniger als 50 cm betragen haben. Ein Kopfsprung ins Wasser mit einer Wassertiefe von weniger als 50 cm gelte nach

der Rechtsprechung als Wagnis. Aus diesem Grund müssten die Geldleistungen um 50% gekürzt werden; nicht von der Sanktion betroffen seien die Pflegeleistungen (Heilkosten). Er habe mithin ab dem 15. September 2015 Anspruch auf ein um 50% gekürztes Taggeld. Dagegen erhob A. am 10. März 2016 Einsprache, welche die Suva am 6. Juli 2016 abwies. Gleichzeitig entzog sie einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Einspracheentscheid die aufschiebende Wirkung.

Mit Eingabe vom 8. September 2016 liess A. gegen den Einspracheentscheid vom 6. Juli 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, die Verfügung vom 22. Februar 2016 sowie der Einspracheentscheid vom 6. Juli 2016 seien aufzuheben, von einer Kürzung der gesetzlichen Leistungen aufgrund des Unfallereignisses vom 12. September 2015 sei abzusehen, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm die vollen (ungekürzten) gesetzlichen Leistungen aufgrund des Unfalles vom 12. September 2015 zu erbringen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.4 Gestützt auf Art. 39 UVG kann der Bundesrat aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse bezeichnen, die in der Versicherung der Nichtberufsunfälle zur Verweigerung sämtlicher Leistungen oder zur Kürzung der Geldleistungen führen. Die Verweigerung oder Kürzung kann er in Abweichung von Art. 21 Abs. 1 bis 3 ATSG ordnen. Von dieser Kompetenzdelegation hat der Bundesrat in Art. 49 UVV (betreffend aussergewöhnliche Gefahren) und 50 UVV (betreffend Wagnisse) Gebrauch gemacht. Bei Nichtberufsunfällen, die auf ein Wagnis zurückgehen, werden die Geldleistungen um die Hälfte gekürzt und in besonders schweren Fällen verweigert (Art. 50 Abs. 1 UVV). Wagnisse sind Handlungen, mit denen sich der Versicherte einer besonders grossen Gefahr aussetzt, ohne die Vorkehrungen zu treffen oder treffen zu können, die das Risiko auf ein vernünftiges Mass beschränken. Rettungshandlungen zugunsten von Personen sind indessen auch dann versichert, wenn sie an sich als Wagnis zu betrachten sind (Art. 50 Abs. 2 UVV). Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen absoluten und relativen Wagnissen. Ein absolutes Wagnis liegt vor, wenn eine gefährliche Handlung nicht schützenswert ist oder wenn die Handlung mit so grossen Gefahren für Leib und Leben verbunden ist, dass sich diese auch unter günstigsten Umständen nicht auf ein vernünftiges Mass reduzieren lassen. Ein relatives Wagnis ist gegeben, wenn es die versicherte Person unterlassen hat, die objektiv vorhandenen Risiken und Gefahren auf ein vertretbares Mass herabzusetzen, obwohl dies möglich gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichts 8C_274/2012 vom 4. Dezember 2012 Erw. 3.1, mit Hinweisen).

Hat die versicherte Person den Gesundheitsschaden oder den Tod absichtlich herbeigeführt, so besteht kein Anspruch auf Versicherungsleistungen, mit Ausnahme der Bestattungskosten (Art. 37 Abs. 1 UVG). Gemäss Art. 37 Abs. 2 UVG werden in Abweichung von Art. 21 Abs. 1 Satz 1 ATSG in der Versicherung der Nichtberufsunfälle die Taggelder, die während der ersten zwei Jahre nach dem Unfall ausgerichtet werden, gekürzt, wenn der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt hat. Die Kürzung beträgt jedoch höchstens die Hälfte der Leistungen, wenn der Versicherte im Zeitpunkt des Unfalls für Angehörige zu sorgen hat, denen bei seinem Tode Hinterlassenenrenten zustehen würden.

3.5

3.5.1 In der Würdigung der einzelnen Beweismittel ist der Richter frei resp. nicht an besondere Beweisregeln gebunden. Er hat alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern dessen Inhalt (BGE 122 V 157 Erw. 1c).

3.5.2 Im Sozialversicherungsrecht gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dieser übersteigt einerseits die Annahme einer blossen Möglichkeit bzw. eine Hypothese und liegt andererseits unter demjenigen (etwa im Zivilprozess massgebenden) der strikten Annahme der zu beweisenden Tatsache. Die Wahrscheinlichkeit ist insoweit überwiegend, als der begründeten Überzeugung keine konkreten Einwände entgegenstehen. Gilt es, zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten zu entscheiden, ist diejenige überwiegend wahrscheinlich, welche sich am ehesten zugetragen hat (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2015, Art. 43 Rz. 46 und 50). In beweisrechtlicher Hinsicht ist überdies zu beachten, dass es Sache des Leistungsansprechers ist, die genauen Umstände des Unfalls resp. des zu beurteilenden Ereignisses glaubhaft zu machen. Der Nachweis eines Gesundheitsschadens allein genügt hierzu nicht. Das Gericht stellt sodann auf jene Sachverhaltsdarstellung ab, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste ansieht. Dabei ist der Beweismaxime, wonach die so genannten «spontanen Aussagen der ersten Stunde» in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können, entsprechend Rechnung zu tragen. Wechselt die versicherte Person ihre Darstellung im Laufe der Zeit, kommt den Angaben, die sie kurz nach dem Unfall gemacht hat, meistens grösseres Gewicht zu als jenen, die sie beispielsweise nach einer – einlässlich begründeten und mit Beispielen aus der Praxis versehenen – Ablehnungsverfügung bzw. nach einem ablehnenden Einspracheentscheid des Versicherers tätigte

(RKUV 1988 Nr. U 55 S. 363 Erw. 3b/aa). Hat der Unfallversicherer den Sachverhalt mittels Frageblättern detailliert erhoben und damit seine Verpflichtung zur richtigen und vollständigen Sachverhaltsfeststellung erfüllt, überzeugt es rechtssprechungsgemäss nicht, wenn die versicherte Person den Sachverhalt erst im Einsprache- oder im Beschwerdeverfahren ergänzt und erst dann wichtige Aspekte erstmals erwähnt (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] U 148/01 vom 27. Juni 2002). Die genannte Beweismaxime ist nach der bundesgerichtlichen Praxis Bestandteil der freien Beweiswürdigung. Entscheidend ist indes, dass das Untersuchungsprinzip grundsätzlich verlangt, dass ein Sachverhalt solange abzuklären ist, bis er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Wirklichkeit entspricht. Bei Widersprüchen sind diese, soweit möglich, vorerst aus dem Wege zu räumen. Erst wenn es keine weiteren Möglichkeiten gibt, den Sachverhalt abzuklären, kommen die Beweisregeln – wie die zitierte Beweismaxime – überhaupt zur Anwendung (vgl. BGE 121 V 45 sowie Urteil des EVG I 492/05 vom 19. Dezember 2006 Erw. 3.2.2).

3.5.3 Eine Beweislast besteht im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Sozialversicherungsprozess insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 8C_662/2015 vom 30. November 2015 Erw. 3.2, mit Hinweis auf BGE 117 V 261 Erw. 3b sowie Urteil des Bundesgerichts 8C_663/2009 vom 27. April 2010 Erw. 2.2).

4. Streitig ist im vorliegenden Fall, ob die Beschwerdegegnerin ihre Geldleistungen zu Recht mit der Begründung, der Nichtberufsunfall vom 12. September 2015 sei auf ein Wagnis zurückzuführen, um die Hälfte gekürzt hat. Zu prüfen ist demnach, ob der Kopfsprung in den See vom 12. September 2015 als Wagnis zu qualifizieren ist oder nicht.

(...)

5. Angesichts der unterschiedlichen gemessenen Wassertiefen an verschiedenen Uferstellen ist im vorliegenden Fall von entscheidender Bedeutung, von welcher Stelle aus der Beschwerdeführer den folgenreichen Kopfsprung tätigte bzw. wie tief das Wasser an der Unfallstelle war. Die Parteien sind sich bezüglich dieser Tatfrage nicht einig und aufgrund der Akten lässt sich der Unfallhergang nicht mehr mit Sicherheit rekonstruieren. Zu prüfen ist, ob anhand der Akten dennoch eruiert werden kann, wie sich der Unfall nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zugetragen hat.

5.1 Aus den Akten ergibt sich vorab, dass sämtliche Ärzte des Kantonsspitals Z. von einem Kopfsprung in seichtes Wasser ausgingen. Wie die Ärzte zu dieser anamnestischen Information kamen, ist indes unklar. Wahrscheinlich ist, dass diese Information in späteren Berichten jeweils aus den Vorberichten übernommen worden ist. Nicht auszuschliessen ist zudem, dass die erstbehandelnden Ärzte des Kantonsspitals Z. aufgrund der Schwere der erlittenen Verletzungen darauf schlossen, dass der Beschwerdeführer in seichtes Wasser gesprungen sein muss. Wahrscheinlicher ist aber, dass die Ärzte vom Beschwerdeführer oder von den Rettungssanitätern über den Ablauf des Unfalls informiert worden sind, wobei Letztere ihre Informationen wiederum von den beiden anwesenden Kollegen des Beschwerdeführers, möglicherweise auch vom Beschwerdeführer selbst, hatten.

5.2 Was die Angaben des Beschwerdeführers betrifft, fällt auf, dass es die Beschwerdegegnerin offenbar unterlassen hatte, den Beschwerdeführer unmittelbar nach dem Unfall oder zumindest nachdem sie über den Rettungsdienst in Erfahrung gebracht hatte, dass sich der Unfall am Ort Y. zugetragen hatte, nach der genauen Unfallstelle bzw. dem Absprungort zu fragen. Der dem Beschwerdeführer am 22. September 2015 zugestellte Fragebogen blieb unbeantwortet. Indes gab der Beschwerdeführer gegenüber der Beschwerdegegnerin bei zwei Telefonaten vom 23. September und vom 1. Oktober 2015 an, die Situation, die Distanz zum Boden, falsch eingeschätzt zu haben und mit dem Kopf am Seeboden bzw. an einem Stein aufgeschlagen zu sein. Am 23. November 2015 teilte er mit, weder zu wissen, wo sich die Unfallstelle befinde, noch die Namen und Telefonnummern der beiden Zeugen zu kennen. Später dann, d.h. nach Erlass der Kürzungsverfügung vom 22. Februar 2015, gab er an, vom vorderen Teil des Steges nach vorne in den See gesprungen zu sein und dabei mit dem Kopf am Seegrund aufgeprallt zu sein. An dieser Sachverhaltschilderung ergeben sich jedoch schon deshalb erhebliche Zweifel, weil die Wassertiefe am vorderen Teil des Steges frontal mehr als zwei Meter, seitlich nach der Messung der Beschwerdegegnerin 168 cm, nach jener des Beschwerdeführers ca. 150 cm betrug, der Beschwerdeführer bei dieser Wassertiefe und der vorliegend sehr geringen Absprunghöhe aber – auch bei unebenem, mit Steinen unterschiedlicher Grösse besetztem Seegrund – unmöglich mit einer derart grossen Energie mit dem Kopf auf dem Seegrund aufschlagen konnte, dass dadurch die von ihm erlittenen, schweren Verletzungen an der Halswirbelsäule und am Kopf entstehen konnten (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_458/2008 vom 21. Januar 2009 Erw. 3.3). Sodann mutet es doch seltsam an, dass dem Beschwerdeführer nach Erlass der Kürzungsverfügung die Namen seiner beiden Kollegen wieder erinnerlich waren und er der Beschwerdegegnerin in seiner Eingabe vom 10. März 2016 angab, die beiden Zeugen würden den genauen Ablauf des Unfalls gerne bestätigen. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer am 10. März 2016 angab, gewusst zu haben, dass das Wasser tiefer als 50 cm gewesen sei, da er zuvor bereits zum Schwimmen im See gewesen sei. Der Zeuge C. sagte dazu am 17. März 2016 aus, der Beschwerdeführer sei nach seinem ersten Bad im See wieder aus dem See gekommen und bis

etwa zum Bauchnabel nass gewesen. Sprang der Beschwerdeführer danach an jener Stelle ins Wasser, an welcher er die Seetiefe zuvor überprüft haben will, muss ihm vorgeworfen werden, dass er bei der erforderlichen Aufmerksamkeit um die für einen Kopfsprung zu geringe Wassertiefe hätte wissen müssen. Schliesslich spricht auch die erste Aussage des Beschwerdeführers Ende September und Anfang Oktober 2015 dafür, dass dieser in für einen Kopfsprung zu seichtes Wasser gesprungen ist, gab er doch an, die Situation bzw. die Distanz zum Boden falsch eingeschätzt zu haben.

5.3 Aufgrund der Art und Schwere der Verletzungen, der Angaben in den Arztberichten, der ersten Aussagen des Beschwerdeführers selbst sowie seines Verhaltens betreffend der Identität der beiden Zeugen, welches darauf hindeutet, dass er – bis zum Erlass der Kürzungsverfügung – kein Interesse an der genauen Rekonstruktion des Unfallherganges hatte, durfte die Beschwerdegegnerin mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer einen Kopfsprung in für ein solches Unterfangen deutlich zu seichtes Wasser ausgeführt hat, wobei dahingestellt bleiben kann, wie hoch das Wasser an der Unfallstelle genau war. Dabei muss dem Beschwerdeführer angelastet werden, dass er um die grundsätzliche, sehr grosse Gefährlichkeit, die einem Kopfsprung in zu wenig tiefes Wasser inhärent ist, wusste oder zumindest darum hätte wissen müssen, hätte er darüber nachgedacht. Mit Blick auf den Begriff des Wagnisses kommt es nicht darauf an, ob sich die versicherte Person der Gefährlichkeit ihrer Handlung bewusst war oder ob sie über ihr Tun nachgedacht hat; der Wagnisbegriff schliesst ein unplanmässiges, unüberlegtes oder gar unsinniges Handeln, ein Handeln aus Leichtsinne oder Übermut oder im Affekt, nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 8C_274/2012 vom 4. Dezember 2012 Erw. 6.5.1).

6. Aus den dargelegten Gründen ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall von einem Wagnis im Sinne von Art. 50 UVV ausgegangen ist und die Taggelderleistungen um 50 % gekürzt hat. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2016, S 2016 107
Das Urteil war bei Erscheinen der GVP noch nicht rechtskräftig.

4.5 Art. 30 Abs. 1 AVIG; Art. 26 AVIV; Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 3 AVIV**Regeste:**

Art. 30 Abs. 1 AVIG; Art. 26 AVIV; Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 3 AVIV – Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei nicht fristgerecht eingereichten Arbeitsbemühungen für eine Kontrollperiode (Erw. 2.1 und Erw. 3.2.2). Die Bemessung der Einstellungsdauer richtet sich nach dem Verschulden (Erw. 2.3). Das Sozialversicherungsgericht kann aus triftigen Gründen von Verwaltungsweisungen abweichen (Erw. 2.4.1 ff.). In casu drängt sich angesichts der minimalsten Verspätung von 8 Stunden und 33 Minuten eine Reduktion der Einstelldauer von zwei auf einen Tag auf (Erw. 3.3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Der Versicherte A., Jahrgang 1960, meldete sich am 18. März 2015 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zug zur Arbeitsvermittlung, am 19. März 2015 bei der Arbeitslosenkasse zum Bezug einer Arbeitslosenentschädigung an. Zuvor arbeitete er vom 1. Juli 2010 bis zum 28. Februar 2015 als Geschäftsführer in einem Vollpensum für die B. AG in Cham. Mit Verfügung vom 12. April 2016 teilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) A. mit, er werde gestützt auf Art. 26 Abs. 2 AVIV wegen fehlender Arbeitsbemühungen im Monat März 2016 während zweier Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. Bei der Festlegung der Höhe der Einstelltagelohn sei berücksichtigt worden, dass der Nachweis der Arbeitsbemühungen lediglich wenige Tage zu spät eingereicht worden sei und dass er sich bis anhin tadellos verhalten habe. Die eingereichten Arbeitsbemühungen seien zudem als genügend zu qualifizieren. Am 29. April 2016 wandte sich A. mit einem Wiedererwägungsgesuch an das AWA und teilte mit, er habe die Frist leider um ca. 8.5 Stunden verpasst. Mit E-Mail vom 2. Mai 2016 teilte das AWA dem Versicherten mit, man habe sein Wiedererwägungsgesuch geprüft und werde an der Verfügung festhalten. Daher werde seine Eingabe im Sinne einer Einsprache an die zuständige Stelle weitergeleitet. Mit Einspracheentscheid vom 24. Juni 2016 wies das AWA die Einsprache unter Bestätigung der Verfügung vom 12. April 2016 ab. Mit Eingabe vom 19. August 2016 erhob A. gegen den Einspracheentscheid des AWA Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, die Einstellung sei aufzuheben, zumindest aber auf einen halben Tagessatz zu reduzieren.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss mit Un-

terstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Er muss seine Bemühungen, eine neue Stelle zu finden, denn auch nachweisen können und trägt sodann auch die Beweislast dafür, dass er alles ihm Zumutbare unternommen hat (vgl. Art. 17 Abs. 1 AVIG). Diese Bestimmung hält den im Sozialversicherungsrecht verankerten Grundsatz der Schadenminderungspflicht fest, nach welchem ein Versicherter alles ihm Zumutbare vorzukehren hat, um den Eintritt des Versicherungsfalles zu verhüten bzw. den Schaden zu mindern (vgl. dazu Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz AVIG, Bd. I, Bern 1987, Art. 17 N 6 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Verletzt der Versicherte seine Schadenminderungspflicht, so ist dies im Regelfall mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 1 AVIG zu ahnden. Mit der Einstellungsregelung soll eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung verhindert werden. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung hat nicht den Charakter einer Strafe im Sinne des Strafrechts, sondern denjenigen einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit dem Zweck, der Gefahr missbräuchlicher Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung zu begegnen. Ein weiterer Zweck der Einstellung ist die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (Erwin Murer/ Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 4. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2013, S. 160 und die dort zitierten Entscheide). Nach Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung unter anderem dann einzustellen, wenn er sich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht. Dieser Tatbestand ist als erfüllt anzusehen, wenn die vom RAV einverlangten Unterlagen nicht bzw. nicht rechtzeitig beschafft werden (AVIG-Praxis ALE, Stand Januar 2016, D72, Ziffer 1.E).

2.2 Nach Art. 26 Abs. 1 AVIV muss sich eine versicherte Person gezielt um Arbeit bemühen, in der Regel in Form einer ordentlichen Bewerbung. Sie muss den Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tage des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einreichen. Die Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn diese Frist verstrichen ist und keine entschuldbaren Gründe vorgebracht werden können (Art. 26 Abs. 2 AVIV). Nach Abs. 3 der besagten Verordnungsbestimmung werden die Arbeitsbemühungen von der zuständigen Amtsstelle monatlich überprüft.

2.3 Sind Verstösse gegen die obgenannten Pflichten zu sanktionieren, so dauert die Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 3 AVIV bei leichtem Verschulden ein bis 15 Tage, bei mittelschwerem Verschulden 16 bis 30 Tage und bei schwerem Verschulden 31 bis 60 Tage. Nach dem Gesagten richtet sich die Bemessung der Einstellungsdauer somit nach dem Verschulden unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der versicherten Person, wobei alle Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Verschuldensmindernde Umstände können die Beweggründe des Versicherten, die Be-

gleitumstände wie das Verhalten des Arbeitgebers oder der Arbeitskollegen, aber auch das Alter, familiäre Probleme, missliche finanzielle Verhältnisse oder die begründete Hoffnung auf eine Neuanstellung, schliesslich gar irrige Annahmen zum Sachverhalt, wie ein Irrtum bezüglich einer Zusicherung einer neuen Anstellung, sein (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Zürich 1998, S. 167; AVIG-Praxis ALE D64).

2.4

2.4.1 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 133 V 587 Erw. 6.1 und 133 V 257 Erw. 3.2 mit Hinweisen). Ein Eingreifen des Sozialversicherungsrichters in das Ermessen der Verwaltung rechtfertigt sich mithin nur dann, wenn ein Ermessensmissbrauch gegeben ist, d.h. wenn sich die Verwaltung von unsachlichen und zweckfremden Erwägungen leiten lassen oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot oder das Verbot rechtsungleicher Behandlung, aber auch das Gebot von Treu und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit missachtet hat (vgl. BGE 123 V 150 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 127/06 vom 14. September 2006 Erw. 4.2).

2.4.2 Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) hat im Kreisschreiben über die Arbeitslosentschädigung (KS ALK, ab 2013 ersetzt durch die AVIG-Praxis ALE) unter der Ziffer D72 einen Einstellraster für die Einstellung der Anspruchsberechtigung erlassen. Ziffer 1 regelt die Sanktionen bei ungenügenden Arbeitsbemühungen, Ziffer 1.E bei zu spät eingereichten Arbeitsbemühungen. Bei diesem Tatbestand wird schliesslich unterschieden, ob die Arbeitsbemühungen erst-, zweit- oder dritt- mal zu spät eingereicht wurden. Reicht ein Versicherter seine Arbeitsbemühungen zum ersten Mal zu spät ein, liegt ein leichtes Verschulden vor, wofür eine Einstelldauer von fünf bis neun Tagen vorgesehen ist (Ziffer 1). Dieser Einstellraster entbindet die verfügende Stelle jedoch nicht per se von der Pflicht, das Verhalten der versicherten Person unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls, d.h. der objektiven und subjektiven Gegebenheiten, zu würdigen und eine dem Verschulden angemessene Sanktion festzusetzen (Urteil des Bundesgerichts 8C_285/2011 vom 22. August 2011 Erw. 3.2.1 mit Hinweisen).

2.4.3 Das Bundesgericht hat im Urteil 8C_2/2012 vom 14. Juni 2012 entschieden,

dass eine erstmalige, nur knapp (in casu um fünf Tage) verspätete Einreichung der Arbeitsbemühungen einer bis anhin sich tadellos verhaltenden Versicherten ein Abweichen vom Einstellraster rechtfertigt. Es wurde eine Reduktion von fünf auf einen Einstelltag vorgenommen (vgl. dazu auch AVIG-Praxis ALE D33a). Im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug S 2013 109 vom 26. September 2013 ging es um per Post versandte Arbeitsbemühungen, wobei der Briefumschlag einen Datumsstempel vom 8. Juli 2013 trug und am 10. Juli 2013 beim RAV eingegangen war. Das Verwaltungsgericht reduzierte die vom Amt verfügte Einstellung von fünf Tagen unter Berücksichtigung des individuellen Verschuldensgrades und der konkreten Umstände des Einzelfalles auf zwei Tage. Mit Urteil S 2016 168 vom 18. Februar 2016 erachtete das Verwaltungsgericht in Anlehnung an den genannten bundesgerichtlichen Entscheid ein verspätetes Einreichen der Arbeitsbemühungen um acht Tage als im Sinne der höchstrichterlichen Praxis immer noch eher knapp und wick insoweit vom Einstellraster des seco ab, als es eine Reduktion auf drei Einstelltage vornahm. Im Urteil S 2016 46 vom 7. Juni 2016, Erwägung 4.2, erwähnte das Gericht schliesslich, dass «selbst ein Einreichen des Nachweises am 7. oder 8. Januar 2016 [...] eine Sanktion zur Folge gehabt [hätte], im Lichte des mehrfach zitierten Bundesgerichtsentscheides allerdings lediglich im Rahmen einer Einstelldauer von einem Tag».

3.

3.1 Fest steht, dass der Beschwerdeführer als Bezüger von Arbeitslosengeldern verpflichtet ist, monatlich quantitativ und qualitativ genügende Arbeitsbemühungen zu erbringen und diese zuhander der zuständigen Amtsstelle zu belegen. Fakt ist alsdann, dass der Beschwerdeführer am 23. März 2016 ein Beratungsgespräch mit dem Personalberater des RAV wahrnahm. Dabei wurde gemäss Gesprächsprotokoll eine neue Zielvereinbarung – der Beschwerdeführer sollte sich mehr auf ausgeschriebene Stellen bewerben und lediglich zwei Drittel der Bemühungen auf Netzwerkbasis oder mittels Spontanbewerbungen tätigen – getroffen (...). Das fragliche Nachweisformular («Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen») für den Monat März 2016, vom Beschwerdeführer persönlich unterzeichnet, trägt das Datum des 5. April 2016. Es wurde dem RAV als Anlage der E-Mail-Nachricht vom 6. April 2016, 8.33 Uhr, zugestellt. In der E-Mail-Nachricht selbst wies der Beschwerdeführer lediglich auf die Anlage hin (...). Es steht somit fest, dass der Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen im Monat März 2016 erst am 6. April 2016 und damit einen Tag zu spät erfolgte, der Beschwerdeführer seine Suchbemühungen mithin nicht rechtzeitig belegte. Soweit der Beschwerdeführer den (teilweisen) Nachweis der Arbeitsbemühungen bereits im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs vom 23. März 2016 zu konstruieren versucht, ist ihm zu entgegnen, dass dem entsprechenden Gesprächsprotokoll (...) keinerlei konkreten Angaben zu den im Monat März 2016 erfolgten Arbeitsbemühungen enthält, weshalb das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht zu hören ist.

3.2

3.2.1 Somit erfolgte der Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat März 2016 erst am 6. April 2016 und damit einen Tag zu spät, der Beschwerdeführer belegte seine Suchbemühungen mithin nicht rechtzeitig. Die verspätet nachgewiesenen Arbeitsbemühungen im Kontrollmonat März 2016 werden daher gemäss Art. 26 Abs. 2 AVIV (vgl. den entsprechenden Hinweis auf dem vom Beschwerdeführer ausgefüllten Formular «Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen» für den Monat März 2016, ...) nicht mehr berücksichtigt, sofern nicht ein entschuldbarer Grund vorliegt. Hierzu bringt der Beschwerdeführer vor, er habe Ende März/Anfang April 2016 eine hektische Zeit gehabt, da er am 30. März 2016 für ein Vorstellungsgespräch nach Caraglio, Italien, habe reisen müssen. Am 31. März 2016 habe dann das Gespräch stattgefunden; noch gleichentags sei er wieder nach Hünenberg zurückgefahren. Zudem habe er am 5. April 2016 am Abend ein Internetproblem gehabt, welches erst am Morgen des 6. April 2016 habe gelöst werden können. Bereits am 23. März 2016 habe er aber ein Beratungsgespräch mit dem Personalberater des RAV gehabt; wäre sein Formular damals leer gewesen, hätte dieser sicherlich schon damals interveniert.

3.2.2 Zu Recht wies die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid und in der Vernehmlassung an das Verwaltungsgericht darauf hin, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Abgabe des Formulars, d.h. am Morgen des 6. April 2016, nicht erwähnt habe, dass er am Vorabend ein Internetproblem zu bewältigen gehabt habe. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer dies erst am 29. April 2016, d.h. nach Erlass der Einstellungsverfügung, erstmals vorbrachte, spricht eher dafür, dass er die verspätete Abgabe des Formulars nachträglich zu rechtfertigen versuchte. Der mit der Beschwerde eingereichte, undatierte Servicerapport, wonach der Beschwerdeführer seit Monaten WLAN-Probleme und DSL-Unterbrüche gehabt habe, vermag nicht zu belegen, dass dieser am Abend des 5. April 2016 über kein Internet verfügte. Selbiges gilt für das Schreiben «Unterbruch der Swisscomleitung» der Alfred Müller AG, welches lediglich bestätigt, dass die Swisscomleitung am 27. September 2016 von 9.00 Uhr bis 15.00 Uhr wegen Rückbauarbeiten unterbrochen war (...). Nachdem der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Abgabe des Formulars keinerlei Internetprobleme erwähnt hatte und solches auch mit den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen nicht belegt werden kann, ist im vorliegenden Fall nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass er das Formular am 5. April 2016 wegen Internetproblemen nicht absenden konnte. Auch die Tatsache allein, dass der Beschwerdeführer sich bis anhin tadellos verhalten hat, vermag entgegen dessen Ansicht nicht auszuschliessen, dass es sich bei seiner Aussage, es sei am 5. April 2016 zu einem Internetproblem gekommen, nicht doch um eine Schutzbehauptung handeln könnte. Die Beweisregel «in dubio pro reo» ist strafprozessualer Natur und kommt vorliegend entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht zur

Anwendung. Vielmehr trägt der Beschwerdeführer die Beweislast für das Bestehen entschuldigbarer Gründe für die Verspätung des Nachweises der Arbeitsbemühungen, will er doch daraus Rechte im Sinne eines Absehens von Einstellungstagen ableiten. Was im Weiteren die Reise nach Italien betrifft, war der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben bereits am 31. März 2016 wieder zurück in Hünenberg; er hätte somit genügend Zeit gehabt, das Formular bis zum 5. April 2016 abzuschicken. Andere Rechtfertigungsgründe sind aus den Akten nicht ersichtlich und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Soweit die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer vor dem Hintergrund des obig dargelegten Sachverhalts eine Verletzung der Frist nach Art. 26 Abs. 2 AVIV vorhält, verletzt sie somit kein Recht. Angesichts der nicht fristgerecht eingereichten Arbeitsbemühungen für die Kontrollperiode März 2016 ist die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG grundsätzlich korrekt erfolgt. Die Beschwerdegegnerin war auch nicht verpflichtet, den Beschwerdeführer vor Erlass der Einstellungsverfügung anzuhören (vgl. Art. 42 Satz 2 ATSG). Zu prüfen bleibt noch, ob die erfolgte Sanktionierung als recht- und verhältnismässig zu qualifizieren ist.

3.3 Es ist unstrittig, dass der Beschwerdeführer bis anhin noch nie gegen die seine Schadenminderungspflicht verstossen hat. Namentlich hat er den Nachweis seiner Arbeitsbemühungen jeden Monat rechtzeitig eingereicht. Ebenfalls wird von der Beschwerdegegnerin bestätigt, dass die am 6. April 2016 eingereichten Arbeitsbemühungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht nicht zu beanstanden waren. Die Verspätung von einem Tag bzw. von 8 Stunden und 33 Minuten ist im Weiteren als minimal zu qualifizieren. Die Beschwerdegegnerin sanktionierte dies mit zwei Einstelltagen und unterschritt damit die Untergrenze von fünf Tagen gemäss Raster des seco. Damit steht fest, dass die Beschwerdegegnerin das Verschulden des Beschwerdeführers als sehr leicht qualifizierte. Dies zu Recht, besteht doch der Zweck der Einstellung in der angemessenen Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung verursacht hat. Aufgrund der vorliegenden, äusserst knappen Verspätung drängt sich eine Abweichung vom Einstellraster des seco auf. Allerdings kann die von der Beschwerdegegnerin verfügte Einstelldauer von zwei Tagen angesichts der in Erwägung 2.4.3. dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Verwaltungsgerichts nicht bestätigt werden, zumal die Verspätung schwerlich noch knapper hätte sein können, das RAV mithin am Morgen des 6. April 2016 im Besitz des fraglichen Formulars war und auch der Versand zu einem früheren Zeitpunkt des 6. April 2016 nichts an der Situation geändert hätte. Zudem ist nach dem Gesagten aktenkundig, dass sich der Beschwerdeführer bis anhin tadellos verhalten hat, ihm abgesehen von der vorliegenden verspäteten Einreichung seiner Arbeitsbemühungen kein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann und er für die Kontrollperiode März 2016 – sowohl quantitativ als auch qualitativ – genügende Arbeitsbemühungen vorgenommen hatte. Unter Berücksichtigung der minimalsten Versäumnis, des individuellen Verschuldensgrades und der konkreten Umstände des Einzelfalles recht-

fertigt sich vorliegend eine Reduktion der Einstellung in der Anspruchsberechtigung von zwei Tagen auf einen Tag. Eine weitere Reduktion auf einen halben Tag, wie dies vom Beschwerdeführer beantragt wird, drängt sich nicht auf und eine derartige Abstufung ist im Übrigen weder praktikabel noch gesetzlich vorgesehen.

4. Zusammenfassend ist im Sinne der vorstehenden Erwägungen die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Beschwerdeführer für einen Tag in der Anspruchsberechtigung einzustellen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. November 2016, S 2016 100.
Das Urteil ist rechtskräftig.

4.6 Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs. 1 FamZV; Art. 25 Abs. 5 AHVG; Art. 49bis AHVV

Regeste:

Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs.1 FamZV; Art. 25 Abs. 5 AHVG; Art. 49^{bis} AHVV – Ausrichtung von Ausbildungszulagen. Ausbildungscharakter von Praktika (Erw. 2.3.1 und 2.4). Die Prüfungsvorbereitungsphase zu Aufnahmeprüfungen zu Ausbildungsgängen als Musical-Darsteller kann weder rechtlich noch faktisch als anerkannter Bildungsgang – sei dies im Sinne des Besuchs von Schulen und Kursen, eines Brückenangebots oder einer berufsorientierenden Vorlehre – im familienzulagenrechtlichen Sinne qualifiziert werden. Dem individuellen Programm fehlt es trotz Coaching an einem institutionellen Rahmen bzw. einem eigentlichen Ausbildungsanbieter (Erw. 4.2).

Aus dem Sachverhalt:

B., verheiratet und Mutter eines Sohnes (A., Jahrgang 1994), meldete sich am 21. Januar 2013 bei der Familienausgleichskasse des Kantons Zug zum Bezug von Familienzulagen für Selbständigerwerbende an. Im Begleitschreiben zur Anmeldung führte sie u.a. aus, ihr Ehemann C., Vater von A., habe bis anhin die Zulagen bezogen, sei aber seit dem 1. August 2012 nicht mehr erwerbstätig. Mit Verfügung vom 8. März 2013 bejahte die Familienausgleichskasse die Bezugsberechtigung von B. für A. im Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 30. Juni 2014 (voraussichtlicher Erwerb der Matura) und sprach ihr für das Verfügungsjahr 2013 Ausbildungszulagen von Fr. 350.– pro Monat zu. Am 14. Februar 2014 erfolgte die Zusprache der monatlichen Ausbildungszulagen von Fr. 350.– für den Zeitraum vom 1. Januar bis 30. Juni 2014, den Anspruch ab 1. Juli 2014 bezifferte die Kasse indes mit Fr. 0.–.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2015 teilten die Eltern von A. der Familienausgleich-

skasse mit, es sei im Juni 2014 mit einer Mitarbeiterin der Kasse vereinbart worden, dass die Ausbildungszulagen mit der im Herbst 2015 geplanten Aufnahme des Studiums an der Hochschule Z. rückwirkend ausbezahlt würden. Nun sei dieser Berufsweg aber verbaut und A. strebe eine alternative Ausbildung als Musical-Darsteller an einer deutschen Universität an. Jegliche Tätigkeit, welche A. seit August 2014 unternommen habe, habe seinem Berufsziel gedient. Mit E-Mail vom 20. März 2016 setzten die Eltern von A. die Familienausgleichskasse über die erfolgreiche Bewerbung ihres Sohnes an einer Universität der Stadt X. in Kenntnis und baten um einen baldmöglichen Entscheid.

Mit Verfügung vom 6. April 2016 teilte die Familienausgleichskasse B. mit, es habe sich bei der Vorbereitungsphase ihres Sohnes auf die Aufnahmeprüfungen nicht um einen systematischen, strukturierten Lehrgang im Sinne des Gesetzes gehandelt. Die Unterrichtslektionen und das Selbststudium/ Training habe nicht überwiegenden Ausbildungscharakter und erfülle die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen nicht. Demnach habe A. seit dem 1. Januar 2016 keine Ausbildung im Sinne des Gesetzes absolviert. B. habe ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf Ausbildungszulagen für ihren Sohn. Nachdem die Familienausgleichskasse eine gegen diese Verfügung gerichtete Einsprache am 6. Juli 2016 abwies, beantragte B. mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Juli 2016 die Ausrichtung von Ausbildungszulagen für ihren Sohn A. im Zeitraum von Januar bis August 2016.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG wird ab dem Geburtsdatum eines Kindes bis zum Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, eine Kinderzulage ausgerichtet. Ab dem Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens jedoch bis zum Ende des Monats, in dem es das 25. Altersjahr vollendet, wird gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG eine Ausbildungszulage ausgerichtet. Artikel 1 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (FamZV, SR 836.21) legt dabei präzisierend fest, dass ein Anspruch auf eine Ausbildungszulage für Kinder besteht, die eine Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) – diese Bestimmung regelt den Anspruch auf Waisenrenten bis zum vollendeten 25. Altersjahr – absolvieren.

2.2 In Ausbildung ist ein Kind, wenn es sich auf der Grundlage eines ordnungsgemässen, rechtlich oder zumindest faktisch anerkannten Bildungsganges system-

atisch und zeitlich überwiegend entweder auf einen Berufsabschluss vorbereitet oder sich eine Allgemeinausbildung erwirbt, die Grundlage bildet für den Erwerb verschiedener Berufe. Als in Ausbildung gilt ein Kind auch, wenn es Brückenangebote wahrnimmt wie Motivationssemester oder Vorlehren sowie Au-pair- und Sprachaufenthalte, sofern sie einen Anteil Schulunterricht enthalten. Nicht als in Ausbildung gilt ein Kind, wenn es ein durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen erzielt, das höher ist als die maximale volle Altersrente der AHV (Art. 49^{bis} Abs. 1 bis 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV, SR 831.101]). Mit einem Berufs- oder Schulabschluss ist die Ausbildung beendet (Art. 49ter Abs. 1 AHVV). Sie gilt auch als beendet, wenn sie abgebrochen oder unterbrochen wird oder wenn ein Anspruch auf eine Invalidenrente entsteht (Abs. 2). Nicht als Unterbrechung im Sinne von Absatz 2 gelten die folgenden Zeiten, sofern die Ausbildung unmittelbar danach fortgesetzt wird: a) übliche unterrichtsfreie Zeiten und Ferien von längstens 4 Monaten; b) Militär- oder Zivildienst von längstens 5 Monaten; c) gesundheits- oder schwangerschaftsbedingte Unterbrüche von längstens 12 Monaten (Abs. 3).

2.3

2.3.1 Die Wegleitung über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (RWL), Stand 1. Januar 2016, hält zum Rentenanspruch von Kindern in Ausbildung über das obig Ausgeführte hinaus das Folgende fest: Die Ausbildung muss mindestens vier Wochen dauern und systematisch auf ein Bildungsziel ausgerichtet sein. Das angestrebte Bildungsziel führt entweder zu einem bestimmten Berufsabschluss oder ermöglicht eine berufliche Tätigkeit ohne speziellen Berufsabschluss, oder, falls die Ausbildung nicht zum vornherein auf einen bestimmten Beruf ausgerichtet ist, muss sie eine allgemeine Grundlage für eine Mehrzahl von Berufen bilden bzw. eine Allgemeinausbildung beinhalten. Die Ausbildung muss auf einem strukturierten Bildungsgang beruhen, der rechtlich oder zumindest faktisch anerkannt ist. Keine Rolle spielt es, ob es eine erstmalige Ausbildung, eine Zusatz- oder Zweitausbildung ist (Rz. 3358). Die systematische Vorbereitung erfordert, dass das Kind die Ausbildung mit dem objektiv zumutbaren Einsatz betreibt, um sie innert nützlicher Frist abschliessen zu können. Während der Ausbildung muss sich das Kind zeitlich überwiegend dem Ausbildungsziel widmen. Dies gilt nur dann als erfüllt, wenn der gesamte Ausbildungsaufwand (Lehre im Betrieb, Schulunterricht, Vorlesungen, Kurse, Vor- und Nachbereitung, Prüfungsvorbereitung, Selbststudium, Verfassen einer Diplomarbeit, Fernstudium etc.) mindestens 20 Stunden pro Woche ausmacht (Rz. 3359). Die Randziffern 3361 und 3361.1 befassen sich mit dem Ausbildungscharakter von Praktika; dieser wird bejaht, wenn das Praktikum gesetzlich oder reglementarisch für die Zulassung zu einem Bildungsgang oder zu einer Prüfung vorausgesetzt ist, oder zum Erwerb eines Diploms oder eines Berufsabschlusses verlangt wird. Ein Praktikum wird auch dann als Ausbildung anerkannt, wenn es für eine bestimmte Ausbildung faktisch geboten ist und mit dem Antritt

des Praktikums tatsächlich die Absicht besteht, die angestrebte Ausbildung zu realisieren, und das Praktikum im betreffenden Betrieb höchstens ein Jahr dauert. Gemäss Rz. 3362 wird nicht verlangt, dass das Kind während eines Praktikums schulischen Unterricht besucht. Übt das Kind jedoch lediglich eine praktische Tätigkeit aus, um sich dabei einige Branchenkenntnisse und Fertigkeiten anzueignen, um die Anstellungschancen bei schwieriger Beschäftigungssituation zu verbessern oder um eine Berufswahl zu treffen, liegt keine Ausbildung vor. Weiter stipuliert Rz. 3363 zu den Brückenangeboten, dass sich Kinder, die zwischen der Schulzeit und einer Anschlusslösung (etwa Lehrstelle) ein Brückenangebot wie das Motivationssemester (arbeitsmarktliche Massnahme) oder eine berufsorientierende Vorlehre wahrnehmen, in Ausbildung befinden. Voraussetzung ist jedoch, dass ein Schulanteil (Schulfächer, Werkstattunterricht) von mindestens 8 Lektionen (à 45 bis 60 Minuten) pro Woche Bestandteil dieser Zwischenlösung ist. Die Randziffern 3364 und 3365 befassen sich mit dem Ausbildungscharakter von Au-Pair- oder Sprachaufenthalten sowie von der IV gewährten Eingliederungsmassnahmen.

2.3.2 Wegleitungen und Kreisschreiben sind für die Verwaltung absolut verbindlich, für die kantonalen Versicherungsgerichte indes nicht. Das Gericht weicht im Regelfalle aber nicht davon ab, wenn die im konkreten Falle anwendbare Wegleitung kein übergeordnetes Recht verletzt resp. solange sie eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellt. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 133 V 587 Erw. 6.1, 257 Erw. 3.2).

2.4 Im von der Beschwerdegegnerin zitierten Bundesgerichtsurteil 9C_223/2008 vom 1. April 2008 Erw. 1.2 setzte sich das höchste Gericht mit dem Ausbildungscharakter eines unbezahlten Praktikums in einer Filmproduktionsfirma zur Vorbereitung auf eine filmschaffende Tätigkeit (Drehbuch und Regie) ohne Berufsabschluss auseinander. Dabei kam es zum Schluss, dass das Praktikum sehr wohl wertvolle Branchenkenntnisse und Fertigkeiten vermittele, die für eine spätere Tätigkeit im Filmgeschäft unentbehrlich seien, dass es ihm aber an einem systematischen, strukturierten Lehrgang, der unter Art. 25 Abs. 5 AHVG gefasst werden könne, fehle. Die Rechtsprechung verlange in diesem Zusammenhang «Schulen oder Kurse» (BGE 108 V 54 Erw. 1c); beide Begriffe würden notwendigerweise eine bestimmte Form von Lehrplan und ein Mindestmass an schulischer Infrastruktur voraussetzen. Das Praktikum im Rahmen der Produktion eines Spielfilms, an dem der Sohn der Beschwerdeführenden massgeblich an der Erstellung des Drehbuchs beteiligt gewesen sei, erfülle diese Eigenschaft nicht. Es handle sich im Weiteren auch nicht um ein Praktikum, welches der praktischen Umsetzung von theoretischen Kenntnissen diene, welche zuvor im Rahmen eines Ausbildungsgangs erworben worden seien.

Im Urteil 8C_177/2015 vom 14. Oktober 2015 Erw. 5.1.2 – zu beurteilen war ein Praktikum bei einem Radiosender – bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung

und ergänzte, das Argument, durch ein Praktikum würden die Chancen auf eine Lehrstelle erhöht, sei in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig, denn jede zusätzlich erworbene Berufserfahrung sei grundsätzlich geeignet, die Chance auf eine Anstellung zu steigern. Nicht jedes Praktikum könne jedoch automatisch als Ausbildung verstanden werden.

Im Urteil 8C_404/2015 vom 22. Dezember 2015 setzte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung des Ausbildungscharakters eines Lehrgangs bei einem islamischen Zentrum mit den Anforderungen an nicht reglementierte Bildungsgänge auseinander. Es hielt dabei fest, dass nicht reglementierte Bildungsgänge den rechtlich anerkannten nur unter hohen Anforderungen an Informationsdichte, Überprüfbarkeit der Angaben und Einhaltung von Qualitätsstandards gleichgestellt werden könnten (Erw. 4.3.1). Zum konkreten Fall hielt das Gericht fest, das Zentrum sei weder dem Verband Privatschulen noch einem anderen Verband angeschlossen, woraus auf die Einhaltung von Minimalstandards resp. objektive Qualitätsstandards sowie eine gewisse Überprüfbarkeit des Lehrangebots geschlossen werden könnte. Insbesondere aber seien die Angaben zum Inhalt des Lehrgangs spärlich und nicht überprüfbar. So würden Angaben zu den Lernzielen resp. den vorgesehenen Lernkontrollen in den einzelnen Fächern sowie den verantwortlichen Lehrpersonen fehlen. Auch würden keinerlei Absprachen seitens des Ausbildungsanbieters mit offiziellen Stellen vorliegen. Demnach fehle es der strittigen Ausbildung an Transparenz und damit an deren Überprüfbarkeit. Im Rahmen einer Gesamtsicht kam das Gericht zum Schluss, dass der Lehrgang nicht als faktische Ausbildung im Sinne von Art. 49^{bis} Abs. 1 AHVV anerkannt werden könne (Erw. 4.3.2). Weiter wies das Gericht darauf hin, dass es sich nicht etwa um einen Einzelfall handle und dass er nicht allein die islamische Religionslehre treffe. Das Bundesamt für Sozialversicherungen habe auch in Fällen von mehrjährigen, rein institutionsinternen Lehrgängen christlicher Organisationen die Anerkennung als Ausbildung im Sinne von Art. 49^{bis} Abs. 1 AHVV abgelehnt. Insofern stelle die Nichtanerkennung auch keine Diskriminierung einer bestimmten Religion (Art. 8 Abs. 2 BV) dar. Vielmehr gelte der dargelegte Massstab etwa auch für die faktische Anerkennung von Ausbildungen im sozialen, sportlichen oder kulturellen Bereich (Erw. 4.3.4).

3. Den Akten ist zum konkreten Fall zu entnehmen, dass A. nach dem im Sommer 2014 mit der Matura abgeschlossenen Gymnasium plante, die Hochschule Z. zu besuchen und aus diesem Grund – als Voraussetzung für die Prüfungszulassung – ein einjähriges Praktikum an der Musicalschule V. absolvierte. Im Mai 2015 legte er die Aufnahmeprüfung an der Hochschule Z. ab, erhielt dann aber im Juni 2015 eine Absage und musste sich deshalb neu orientieren. Das neue Ziel war nun eine Ausbildung zum Musical-Darsteller an einer Hochschule im deutschsprachigen Raum. Bereits während des Praktikums bei V. besuchte A. wöchentlich eine Tanzlektion und zwei Lektionen in Chorgesang bei der Musicalschule V. sowie alle zwei Wochen eine Solo-Gesangsstunde bei D. Wie die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann in

ihrer Eingabe vom 22. Februar 2016 an die Beschwerdegegnerin aufzeigten, war ihr Sohn während des Praktikumsjahrs auch an verschiedenen Projekten (...) beteiligt und erhielt dafür teilweise auch Gagen. Vom 19. September bis 7. Dezember 2015 besuchte er eine Sprachschule in Y. und erwarb das «Cambridge English: Advanced» Diplom. Parallel dazu besuchte er wöchentlich eine Solo-Gesangsstunde und 3.5 Stunden Tanzunterricht in Ballett, Contemporary Dance und Jazz Dance in einem Tanzstudio in Y. Nach der Rückkehr in die Schweiz setzte A. die Tanzlektionen und die Lektionen in Chorgesang bei der Musicalschule V. fort und besuchte eine Solo-gesangsstunde pro Woche bei D. Zudem ging er 3.5 Stunden pro Woche ins Tanztraining im Tanzhaus und besuchte Schauspielunterricht bei E. In der gesamten Zeit habe er zudem, so die Beschwerdeführerin, im Hinblick auf die Aufnahmeprüfungen selbständig geübt (Gesang, Klavier, Fitness, Monologe auswendig lernen). Ab Ende Dezember wirkte A. schliesslich wieder an verschiedenen Projekten (...) mit. Mitte März 2016 nahm er schliesslich mit Erfolg am Aufnahmeverfahren der Universität der Stadt X. teil. Im Mai übernahm er in einem Musical der Musicalschule V. die Hauptrolle. Schliesslich begann er im September 2016 das Studium zum Musical-Darsteller in X.

4. Strittig ist im vorliegenden Fall lediglich, ob das Engagement von A. von Januar bis August 2016 als Ausbildung im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden kann. Für den Zeitraum während des Praktikums bei V. (August 2014 bis Juli 2015) und des Sprachaufenthaltes in Y. (September bis Dezember 2015) hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ausbildungszulagen bejaht.

4.1 Fest steht aufgrund des in Erwägung 3 Dargelegten, dass sich A. – schon von Beginn seines Praktikums bei V. an – in Tanz, Chor- und Sologesang unterrichten liess und an diversen Projekten teilnahm. Nachdem er Anfang Juni 2015 von der Hochschule Z. eine Absage erhalten hatte, orientierte er sich neu in Richtung Musical-Darsteller und verfolgte sein neues Ziel zweifellos mit grossem Engagement, was sich schliesslich mit der Aufnahme an der Universität der Stadt X. auszahlte. Dabei führte er seine Aktivitäten nach der Absage aus Z. zuerst in der Schweiz (Gesangs- und Tanzstunden sowie Projekte) und während seines dreimonatigen Sprachaufenthalts in Y. (Gesangs- und Tanzstunden) weiter. Nach der Rückkehr in die Schweiz Anfang Dezember 2015 intensivierte er seine Bemühungen angesichts der bevorstehenden Aufnahmeprüfungen, besuchte weiterhin Gesangs- und Tanzstunden und nahm zudem neu auch noch Schauspielunterricht. Parallel dazu war er weiterhin an verschiedenen Projekten beteiligt. Ausser Zweifel steht auch, dass A. neben diesen Unterrichtsstunden und Projektstätigkeiten regelmässig, vielleicht täglich, selbständig übte und zudem auch wöchentlich mehrere Fitness-Trainings absolvierte.

4.2 Dass es sich bei diesen Vorbereitungen nicht um einen rechtlich anerkannten Bildungsgang handelte, steht fest und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht

behauptet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann die Prüfungsvorbereitungsphase ihres Sohnes indes auch nicht als faktisch anerkannter Bildungsgang – sei dies im Sinne des Besuchs von Schulen und Kursen, eines Brückenangebots oder einer berufsorientierenden Vorlehre – qualifiziert werden. Dies schon deshalb, weil es dem von A. selbst für sich entworfenen Programm, bestehend aus Gesangs-, Tanz- und Schauspielunterricht, selbständigem Üben und Training sowie diversen Projekten, an der einem Lehr- oder Bildungsgang üblicherweise anhaftenden, von aussen – durch einen Ausbildungsanbieter – vorgegebenen Struktur bzw. Systematik in der Form eines Lehrplans fehlt. Es lag somit allein in den Händen von A., sein Programm jederzeit beliebig abzuändern bzw. anzupassen. Wenn auch einige oder alle der von ihm bei der Prüfungsvorbereitung beanspruchten Coaches bzw. Lehrer durchaus qualifiziert sein mögen, fehlt es an einem institutionellen Rahmen bzw. einem eigentlichen Ausbildungsanbieter, welcher auf seine Qualität und die Einhaltung von Minimalstandards überprüft werden könnte. Eine schulische Infrastruktur nahm A. bei seinen Prüfungsvorbereitungen nur in bescheidenem Ausmass, über die Musicalschule V., in Anspruch. Es mag sein, dass diese Art von Vorbereitung bei Aufnahmeprüfungen zu Ausbildungsgängen als Musical-Darsteller üblich und zielführend ist. Es ist auch nicht ernsthaft zu bezweifeln, dass A. den Mindestaufwand von 20 Stunden pro Woche erreicht hat und dass er sich mit grossem Engagement und schliesslich mit Erfolg dafür eingesetzt hat, innert nützlicher Frist an einer Hochschule zur Ausbildung zum Musical-Darsteller zugelassen zu werden. Mit seinen vielfältigen Aktivitäten hat A. die Chancen, sein Ziel zu erreichen, sicherlich verbessert. Dies allein genügt aber nicht für eine Qualifikation dieser Aktivitäten als Ausbildung im familienzulagenrechtlichen Sinne. Auch die Tatsache, dass A. sein Ziel erreicht hat, ist bei der Qualifikation der Prüfungsvorbereitungen nicht von entscheidender Bedeutung.

4.3 Handelt es sich schon bei den Prüfungsvorbereitungen von A. nicht um eine Ausbildung im familienzulagenrechtlichen Sinn, gilt dies erst recht für seine Aktivitäten im Zeitraum zwischen dem positiven Bescheid der Universität der Stadt X. und dem Studienbeginn im September 2016.

5. Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 6. April 2016 sowie Einspracheentscheid vom 6. Juli 2016 einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ausbildungszulagen für ihren Sohn ab Januar 2016 verneint hat. Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Oktober 2016, S 2016 92
Das Urteil ist rechtskräftig.

5. Submissionsrecht

5.1 § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB; § 4 und 21a VRG

Regeste:

§ 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB, § 4 und 21a VRG – Eine Verfügung bzw. ein Entscheid ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Im Submissionsrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, wird Rechtssuchenden in § 21a VRG die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht (Erw. 2a). Bei der Erteilung von Konzessionen haben submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Erw. 3b/aa).

Aus dem Sachverhalt:

Im Herbst 2014 führte der Gemeinderat X. eine Contractingausschreibung betreffend «Wärmeverbund X.» durch. Gegenstand der Ausschreibung war laut Unterlagen die durch die Gemeinde über die Vertragsdauer zu beziehende Wärme sowie eine 30-jährige Konzession für den Betrieb eines ARA- und Industrieabwärmeverbunds innerhalb des Versorgungssperimeters des Wärmeverbunds. Die Y. AG beteiligte sich zusammen mit der Genossenschaft Z. im Rahmen der «Arbeitsgemeinschaft Wärmeverbund X.» an der Ausschreibung. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 gab der Gemeinderat X. den Zuschlag zum Betrieb des Wärmeverbunds X. der W. In einem Schreiben vom 15. September 2015 teilte der Gemeinderat X. der Y. AG mit, die W. habe seinerzeit das wirtschaftlichste Angebot eingereicht, weswegen das Contracting des Wärmeverbunds an diesen Anbieter vergeben worden sei. Mit dem Zuschlag erhalte die W. das alleinige Recht, Anlagen für die Fernwärme im öffentlichen Grund der Einwohnergemeinde zu erstellen. Dafür werde ein Konzessionsvertrag abgeschlossen. In einer Medienmitteilung gab die Einwohnergemeinde X. am 16. September 2015 bekannt, die Gemeinde habe einem Konzessionsvertrag mit der W. für den Wärmeverbund X. zugestimmt. Mit dieser Vereinbarung erhalte die W. das alleinige Recht, den Wärmeverbund X. zu betreiben sowie die dafür notwendigen Leitungen und Anlagen auf öffentlichem Grund zu bauen. Der Baubeginn der ersten Etappe sei im Frühling 2016 vorgesehen. Am 2. Oktober 2015 liessen die Y. und die Q. AG beim Gemeinderat X. ein Gesuch mit verschiedenen Anträgen stellen, über die der Gemeinderat mit anfechtbarer Verfügung entscheiden solle. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 überwies der Gemeinderat X. das Gesuch an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Begründet wurde dies damit, die Gesuchstel-

lerinnen würden rügen, der abgeschlossene Konzessionsvertrag sei vom Zuschlag nicht gedeckt. Diese Rüge müsse im Rahmen einer submissionsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes vom 2. Juni 2005 (SubG, BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.52). Es handelt sich hier um eine submissionsrechtliche Sonderbestimmung, welche der ordentlichen Zuständigkeitsvorschrift in § 61 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) vorgeht. Strittig und zu prüfen ist die Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und weitere Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (§ 6 Abs. 2 VRG). Das Gericht ist bei dieser Prüfung nicht an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden. Im Übrigen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (§ 12 VRG). Soweit die Erfüllung der Eintretensvoraussetzungen von bestimmten, dem Gericht nicht bekannten tatsächlichen Gegebenheiten abhängt, besteht allerdings eine Substantiierungslast der beschwerdeführenden Partei (Bertschi, in: Kommentar VRG des Kantons Zürich, 3. A., Zürich / Basel / Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19 – 28a, Rz. 53).

2. Unklar ist, ob überhaupt eine Verfügung vorliegt, welche gemäss der submissionsrechtlichen Sonderbestimmung direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann.

a) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlangt ein Betroffener in erster Linie Rechtsschutz, indem er Verfügungen und Entscheide vor den Behörden anfecht (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1186, vgl. auch BGE 140 II 315 E. 4.4). In einer Generalklausel bestimmt § 61 Abs. 1 VRG denn auch, dass an das Verwaltungsgericht nur Beschwerde gegen Entscheide geführt werden kann. Eine Verfügung (bzw. ein Entscheid im Sinne der Zuger Terminologie, vgl. § 4 VRG) ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 849 ff.). Im Submissionrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a – e IVöB). Beispielsweise gelten der Zuschlag des Auftrags, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens als durch Beschwerde selbständig anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB). Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, hat

der Kanton Zug – nicht zuletzt auch in Nachachtung der in der Verfassung verankerten Rechtsweggarantie – eine Bestimmung in das VRG eingefügt, welche Rechtssuchenden die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht. Gestützt auf § 21a Abs. 1 VRG kann nämlich jede Person, welche ein schutzwürdiges Interesse hat, von einer Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes oder des Kantons stützen und Rechte und Pflichten berühren, verlangen, dass sie a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Gemäss § 21a Abs. 2 VRG gelten die in der Folge ergangenen Anordnungen und Feststellungen der Behörden als Entscheide.

b) Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen in ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2015 an den Gemeinderat X. den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Aus den Anträgen in ihrem Gesuch ist zu schliessen, dass ihr Gesuch auf den Verzicht der Erteilung einer exklusiven Konzession an die W. (Antrag a) gerichtet war, ferner auf die Aufhebung der allenfalls erteilten exklusiven Konzession an die W. (Antrag b), auf eine Abänderung der Konzession (Antrag c) und auf gewisse Feststellungen, wonach die Beschwerdeführerinnen in der Gemeinde X. weiterhin Zutritt zum Fernwärmemarkt haben und sie über das Recht verfügen, in diesem Markt wachsen zu können (Anträge d und e). Das Gesuch erfolgte somit aufgrund des Umstands, dass eine kommunale Behörde handelte, konkret hatte nämlich der Gemeinderat X. einen Vertrag mit der W. abgeschlossen. Ferner stützten sich diese Handlungen auf öffentliches Recht bzw. hätten sich auf öffentliches Recht stützen müssen – hier auf das kantonale Vergaberecht und auf das Binnenmarktgesetz. Schliesslich berührte der Vertragsschluss des Gemeinderats die schützenswerten Rechte der Gesuchstellerinnen, und zwar ihre Rechte aus den Energielieferungsverträgen mit der Gemeinde X. vom Juli 1990 und November 1995. Die fragliche Eingabe trägt somit alle Merkmale eines Gesuchs auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 21a VRG. Der Gemeinderat X. hat dieses Gesuch indessen nicht behandelt und einen Entscheid gefällt, sondern er hat es zur Behandlung an das Verwaltungsgericht Zug weitergeleitet. Über solche Gesuche kann das Verwaltungsgericht indessen weder gestützt auf die submissionsrechtliche Sonderbestimmung in § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB noch gestützt auf die Generalklausel in § 61 Abs. 1 VRG befinden. Aus Sicht des Gerichts liegt gar kein anfechtbarer Entscheid vor. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Behandlung des Gesuchs ist nicht gegeben, womit es an den ursprünglichen Adressaten, den Gemeinderat X., zurückzuweisen ist.

3. Der Vollständigkeit halber ist nachstehend der Frage nachzugehen, bei welcher Instanz und innert welcher Frist gegen den Entscheid des Gemeinderats X. Beschwerde geführt werden kann, nachdem dieser das Gesuch behandelt hat. Einerseits liesse sich der Standpunkt vertreten, dass dieser Entscheid, wie im Regelfall

jeder andere Entscheid eines Gemeinderats auch, innerhalb von 20 Tagen nach Mitteilung beim Regierungsrat mit einer Verwaltungsbeschwerde anzufechten ist (§ 40 Abs. 1 VRG, § 43 Abs. 1 VRG). Andererseits gibt es auch Argumente für einen direkten Beschwerdeweg an das Verwaltungsgericht.

a) Eine direkte Beschwerdemöglichkeit beim Verwaltungsgericht wäre namentlich dann gegeben, wenn sich der vom Gemeinderat zu erlassende Entscheid auf Submissionsrecht abstützen würde. Wie bereits festgestellt, ist aus den Anträgen im Gesuch vom 2. Oktober 2015 zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht den Zuschlag im Visier haben, sondern den von der Gemeinde X. mit der W. noch abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrag, was in ihren Augen zu ihrem faktischen Ausschluss aus dem Fernwärmemarkt der Gemeinde X. führen würde. Ausserdem bringen sie vor Verwaltungsgericht ausdrücklich vor, dass es ihnen nicht darum gehe, die Zuschlagsverfügung an die W. aufzuheben. Daraus ist zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen keinen Rechtsschutz in einer submissionsrechtlichen Streitigkeit, sondern im Wesentlichen in einer konzessionsrechtlichen Frage begehren. Somit können in ihrem Fall die speziellen submissionsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB auf den ersten Blick nicht greifen.

b) Es stellt sich die Frage, ob sich eine direkte Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts aus analog anwendbarem Submissionsrecht ergeben könnte.

b/aa) Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. In der Lehre ist umstritten, ob bei dieser Ausschreibung die Normen des Submissionsrechts analog anzuwenden sind (Galli / Moser / Lang / Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A, Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 212). Das Bundesgericht hat es jedenfalls ausdrücklich offengelassen, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM einen Verweis auf das Submissionsrecht darstellt (BGE 135 II 49 E. 4.1). Kommt hinzu, dass weder die IVöB noch das Zuger Submissionsgesetz sich bei Übertragungen von kantonalen oder kommunalen Monopolen auf Private für anwendbar erklären. Für das Gericht steht indessen fest, dass auch bei der Erteilung von Konzessionen submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten haben, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Galli / Moser / Lang / Steiner, a.a.O., Rz. 212). Klar ist auch, dass die Übertragung einer Konzession in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat, gegen die das kantonale Recht ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen muss (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM).

b/bb) Vorliegend hat der Gemeinderat X. die Konzessionsvergabe im Zusammenhang mit der Contractingausschreibung des Wärmeverbands X. für den Betrieb

eines ARA- und Industrie-Abwärmeverbunds öffentlich ausgeschrieben und sich dabei unbestrittenermassen auf die Gesetzgebung über das Beschaffungswesen abgestützt. Insofern wäre es konsequent, dass vorliegend auch die Rechtsschutzvorschriften des kantonalen Submissionsrechts analog angewendet werden, wenn, wie hier, die Frage im Streit liegt, ob der Konzessionsvertrag vom 23. Oktober / 2. November 2015 hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrem Gesuch an den Gemeinderat X. genau diese Frage aufgeworfen. Auch die Baudirektion hat in ihrer Stellungnahme an das Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass der von der Gemeinde X. mit der W. abgeschlossene Konzessionsvertrag wegen der Exklusivbestimmung in einem wesentlichen Punkt von den Ausschreibungsunterlagen abweiche, womit dieser abgeänderte Konzessionsvertrag neu hätte ausgeschrieben werden müssen. Wenn das Verwaltungsgericht die Sache nun an den Gemeinderat X. zurückweist, wird sich dieser bei der Behandlung des Gesuchs vom 2. Oktober 2015 unter anderem auch mit diesen Fragen zu befassen haben, wobei er das Gesuch per Verfügung zu erledigen hat. In analoger Anwendung von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB würden die Beschwerdeführerinnen sodann über eine direkte Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht verfügen, wobei, wiederum in analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 2 IVöB, eine zehntägige Beschwerdefrist zu beachten wäre.

4. Somit kann das Verwaltungsgericht auf das Gesuch vom 2. Oktober 2015 nicht eintreten, und die Sache ist zur Behandlung an den Gemeinderat X. zurückzuweisen, der im Sinne der Erwägungen (E. 2b und 3b/bb) zu verfahren hat. Mit diesem Nichteintretensentscheid fällt auch die erteilte aufschiebende Wirkung vom 27. Januar 2016 dahin. Dem Gemeinderat X. wird angesichts des unsicheren Schicksals des im Streite liegenden Konzessionsvertrags empfohlen, weiterhin keine Anordnungen und Massnahmen mit präjudizieller Wirkung zu treffen. An sich werden die Gerichtskosten bei einem Nichteintretensentscheid der beschwerdeführenden Partei auferlegt. In diesem Fall gelangte die Eingabe der Beschwerdeführerinnen durch eine Überweisung des Gemeinderats X. an das Gericht, was sich nun als falsch herausgestellt hat. Somit ist die Einwohnergemeinde X. die unterliegende Partei. Gemäss § 24 Abs. 2 VRG werden den Gemeinden die Gerichtskosten auferlegt, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert sind. Im Streit liegt ein bereits abgeschlossener Konzessionsvertrag zwischen der Gemeinde X. und der W. Gemäss Ziffer 7.4 des Vertrags schuldet die Gemeinde dem Konzessionsnehmer eine Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung der Konzession. Da das rechtmässige Zustandekommen des Vertrags in Frage steht, hat die Gemeinde X. ein wirtschaftliches Interesse am Verfahren. Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.- werden somit der Einwohnergemeinde X. auferlegt. Der Gemeinderat X. hätte das Gesuch der Beschwerdeführerinnen behandeln sollen. Da er dies nicht tat, hat er einen Verfahrensfehler begangen. Die Einwohnergemeinde X. muss den Beschwerdeführerinnen gestützt auf § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG daher auch eine Parteientschädigung ausrichten. Die Beschwerdeführerinnen haben sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Das Gericht erachtet

eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MwSt) für das Honorar ihres Vertreters als angemessen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Juli 2016, V 2015 156
Das Urteil ist rechtskräftig.

5.2 §§ 22 Abs. 4 und 27 Abs. 1 SubV, Art. 16 Abs. 1 lit. a IVÖB, § 28 VRG

Regeste:

§§ 22 Abs. 4 und 27 Abs. 1 SubV, Art. 16 Abs. 1 lit. a IVÖB – Vergabeentscheid «Kehrlogistik 2016–2023». Die nachträgliche Verlegung des Fahrzeugstandorts während des Vergabeverfahrens stellte zwar eine unzulässige Offertnachbesserung dar. Im konkreten Fall durfte die Zuschlagsempfängerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass dies zulässig war. Für die Vergabestelle gab es umgekehrt keinen Grund an der rechtmässigen Nutzung des ursprünglichen Standorts durch die Zuschlagsempfängerin zu zweifeln (Erw. 2). § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG – Obsiegenden Behörden wird keine Parteientschädigung zugesprochen, ausser in besonders komplexen und aufwändigen Fällen (Erw. 7b/aa).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Zuschlagsverfügung vom 21. Mai 2014 erteilte der Zweckverband der Zuger Einwohnergemeinden für die Bewirtschaftung von Abfällen (ZEBA) der A. AG, in Z., den Auftrag für die Leistungen der Kehrlogistik 2016-2023 Los West zum Betrag von netto Fr. XX. Der Zuschlag wurde damit begründet, dass das Angebot die beste Übereinstimmung mit den Zuschlagskriterien aufgewiesen habe und die Anbieterin über Sammelfahrzeuge mit Euro VI und elektrischem Nebenantrieb verfüge. Mit Eingabe vom 2. Juni 2014 liessen die B. AG, in Y., und die C. AG, Zweigniederlassung X., dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und verlangten darin u.a. die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. Im Wesentlichen bezweifelten die Beschwerdeführerinnen, dass der von der Zuschlagsempfängerin verwendete elektrische Nebenantrieb eine bessere ökologische Bilanz aufweise als ihr Angebot.

Aus den Erwägungen:

2. c) Die Beschwerdeführerinnen stellen die Eignung der Zuschlagsempfängerin in Frage, da der von ihr in der Submissionseingabe angegebene Standort in W. nicht zonenkonform sei.

(...)

2. d/aa) Es ist den Beschwerdeführerinnen darin beizupflichten, dass der Fahrzeugstandort einer Unternehmung, die sich um einen Kehrlichtlogistikauftrag bewirbt, zonenkonform sein muss. Vorliegend ist jedoch nicht die Frage nach der tatsächlichen Zonenkonformität entscheidend, sondern es ist die Frage zu beantworten, ob die Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt ihrer Bewerbung in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass sie die Liegenschaft T. Strasse in der Gemeinde W. zonenkonform nutzte. Ferner kommt es darauf an, ob auch der ZEBA im Moment der Zuschlagserteilung davon ausgehen konnte und durfte, dass die Zuschlagsempfängerin das Grundstück bei der Ausführung ihres Auftrags zonenkonform würde nutzen können. Wäre eine dieser Fragen zu verneinen, wäre der ZEBA verpflichtet gewesen, die Standortkonformität genauer abzuklären, worauf die Zuschlagsempfängerin gegebenenfalls mangels Eignung vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Heute ist die Frage nach der Zonenkonformität des Grundstücks in W. insofern nicht mehr von Bedeutung, als die Zuschlagsempfängerin den Fahrzeugstandort im Laufe des Verfahrens verändert hat und die Nutzung am neuen Standort in R. unbestrittenermassen dem Zweck der Zone entspricht (vgl. dazu auch www.zugmap.ch, Q. Strasse 102, in R., GS Nr. P. und Q.: Grundstücke liegen in der Arbeitszone D). (...)

d/bb) Aus Sicht der Zuschlagsempfängerin ist zu beachten, dass sie die Scheune auf dem fraglichen Grundstück unstreitig schon seit 2009 als Einstellort für ihre Transportfahrzeuge nutzte, um von hier aus den Kehrlichtentsorgungsauftrag der G. wahrzunehmen. Gemäss Geschäftsbericht 2015 der G. handelt es sich bei ihr um eine interkommunale Anstalt von L. [Anzahl] Gemeinden im Bezirk U., darunter auch der Gemeinde W. (www.G.ch). Ins Gewicht fällt ferner, dass sich die Gemeindebehörden in W. offenbar mit der Frage der standortkonformen Nutzung des Grundstücks durch die Zuschlagsempfängerin befasst hatten und im Dezember 2011 zum Schluss gelangt waren, dass das Einstellen von Kehrlichtlastwagen auf dem fraglichen Grundstück durch die Zuschlagsempfängerin keine bewilligungspflichtige Umnutzung darstellte. Die Zuschlagsempfängerin nahm also eine im Interesse der Gemeinde W. liegende Aufgabe wahr, die Gemeindebehörden W. wussten, dass die Unternehmung dafür Kehrlichtfahrzeuge in einer Scheune auf der Liegenschaft T. Strasse 77 stationierte, und sie duldeten dieses Vorgehen über Jahre hinweg. Bei dieser Ausgangslage durfte die Zuschlagsempfängerin unzweifelhaft davon ausgehen, dass das Einstellen von Kehrlichtfahrzeugen auf dem fraglichen Grundstück zonenkonform war.

d/cc) Der ZEBA hat im Vergabeverfahren keine eigenen Nachforschungen zur Zonenkonformität des von der Zuschlagsempfängerin in der Bewerbung angegebenen Fahrzeugstandorts angestellt. Er wusste aber spätestens nach der Standortbesichtigung am 20. März 2014, dass die Unternehmung dort Kehrlichtfahrzeuge einstellte, um den G.-Auftrag ausführen zu können. Aufgrund der gleichen Überlegungen durfte der ZEBA daher in guten Treuen von einer zonenkonformen Nutzung dieses Grundstücks durch die Zuschlagsempfängerin ausgehen. Er war jedenfalls nicht gehalten,

diesbezüglich weitere Nachforschungen anzustellen. Der ZEBA hat die Frage der Zonenkonformität später im Laufe des Verwaltungsgerichtsverfahrens beim Gemeinderat W. – der zuständigen kommunalen Baubewilligungsbehörde (vgl. Fritzsche, Bösch, Wipf: Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 336) – dann aber abgeklärt. Dabei hat ihm der offensichtlich im Namen des Gemeinderats W. handelnde Gemeindeschreiber zwei Mal schriftlich mitgeteilt, dass die Zuschlagsempfängerin schon seit einiger Zeit auf dem Grundstück Kehrriemlastwagen einstelle, die Gemeinde diese Nutzung als zonenkonform betrachte, die Zuschlagsempfängerin für diese Tätigkeit keine Baubewilligung brauche und die Gemeinde nichts weiter unternehmen werde. Wegen dieser klaren Worte ist davon auszugehen, dass der Gemeinderat von W. dem ZEBA vor dem Vergabeentscheid identisch geantwortet hätte. Dies bedeutet: Hätte der ZEBA im Laufe des Vergabeverfahrens an der zonenkonformen Nutzung des Grundstücks gezweifelt und er sich diesbezüglich bei der zuständigen Behörde erkundigt, dann hätte er aufgrund der Antwort erst recht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Nutzung der Liegenschaft T. Strasse 77 durch die Zuschlagsempfängerin mit dem Raumplanungsrecht im Einklang stand.

d/dd) Es war nach dem Gesagten korrekt, dass der ZEBA die Zuschlagsempfängerin aufgrund des von ihr in den Bewerbungsunterlagen angegebenen Fahrzeugstandorts im Zeitpunkt des Zuschlags nicht vom Submissionsverfahren ausschloss. Er und die Zuschlagsempfängerin durften in guten Treuen von einer zonenkonformen Standortnutzung ausgehen.

d/ee) Die Beschwerdeführerinnen haben das Verwaltungsgericht ersucht, Abklärungen bei der Baudirektion des Kantons Zürich über die Standortkonformität vorzunehmen (...). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt, dass der Richter rechtzeitig und formrichtig angebotene erhebliche Beweismittel abzunehmen hat (BGE 122 I 53 E. 4a mit Hinweisen). Dies verwehrt ihm indessen nicht, einen Beweis Antrag abzulehnen, wenn er ohne Willkür in freier, antizipierter Würdigung der beantragten zusätzlichen Beweise zur Auffassung gelangen durfte, dass weitere Beweisvorkehren an der Würdigung der bereits abgenommenen Beweise voraussichtlich nichts mehr ändern würden (BGE 130 II 425 E. 2.1; 125 I 127 E. 6c/cc und 7b; 124 I 208 E. 4a; 122 II 464 E. 4a je mit Hinweisen; BGer 1P.26/2007 vom 4. Juli 2007, Erw. 4.1.1). Die Abklärung der Frage der zonenkonformen Nutzung des fraglichen Grundstücks bei einer dem Gemeinderat von W. übergeordneten kantonalen Behörde wäre allenfalls dann zielführend, wenn es vorliegend auf die tatsächliche Zonenkonformität ankäme, was, wie erwähnt, nicht der Fall ist. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass eine tatsächliche raumplanerische Rechtswidrigkeit des Standorts sich nicht mit einer Anfrage bei der Baudirektion des Kantons Zürich klären lässt, sondern nur mit einer rechtskräftigen Entscheidung im Rahmen eines umfassenden Baubewilligungsverfahrens. Dieses Verfahren könnte das Verwaltungsgericht weder bewirken – der Gemeinderat von W. weigert sich ein derartiges Verfahren durchzuführen

– noch wäre das Resultat verfahrensentcheidend. Im Übrigen wäre es überaus problematisch, wenn sich das Verwaltungsgericht Zug zur Klärung einer Vorfrage in einem Zuger Submissionsstreit in raumplanerische Belange eines anderen Kantons einmischen würde. Nach dem Gesagten wird das Verwaltungsgericht keine weiteren Abklärungen bei der Baudirektion des Kantons Zürich vornehmen. Das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerinnen wird abgewiesen.

f/aa) Gemäss Beschwerdeführerinnen gehe aus der Aktennotiz zur Standortbesichtigung vom 20. März 2014 hervor, dass die Zuschlagsempfängerin bei Erhalt des Zuschlags im Rayon W. eine andere Einstellmöglichkeit werden suchen müssen. Der ZEB A habe somit bereits zum Vergabezeitpunkt gewusst, dass der Standort W. nicht habe zur Diskussion stehen können. Nichtsdestotrotz habe er den Standort W. seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Im Zusammenhang mit der Standortfrage liege ein klarer Offertmangel der Zuschlagsempfängerin vor. (...)

f/cc) Eingegangene Angebote sind zunächst auf die Erfüllung von Grundanforderungen hin zu untersuchen. Zu prüfen ist also zunächst, ob Ausschlussgründe gegen das Angebot bzw. einen Anbietenden vorliegen. Die eingereichten Offerten müssen von der Vergabebehörde sodann soweit nötig in technischer und rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, damit sie objektiv vergleichbar und für die weitere Prüfung zwecks Zuschlagserteilung bereit sind (Galli/Moser/Lang/Steiner: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 663 f.). Im Submissionsrecht wird nach Eignungs- und Zuschlagskriterien unterschieden. Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmungen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erbringen (Galli, a.a.O., Rz. 555). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren (Galli, a.a.O., Rz. 580). In der Folge werden die Angebote der als geeignet betrachteten Anbieterinnen anhand der Zuschlagskriterien fachlich und rechnerisch geprüft sowie bewertet (vgl. § 27 der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 [SubV, BGS 721.53]). Der Auftraggeber kann von den Anbieterinnen Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen (§ 28 Abs. 1 SubV).

f/dd) Vorliegend hat der ZEB A die eingegangenen Offerten am 3. März 2014 geöffnet und anschliessend geprüft. Offenbar hielt er sämtliche Anbieterinnen für geeignet, denn in der Folge schrieb er am 3. April 2014 allen einen Brief, in dem er um ergänzende Unterlagen zum Fahrzeugstandort bat. Dabei gab er zur Begründung an, dass der Standort der Fahrzeuge beim Zuschlagskriterium Ökologie ein wesentlicher Faktor sei. Der Standort diene dazu, die notwendigen Anfahrkilometer zu bewerten. Im Brief wird an keiner Stelle Bezug auf die Standorte genommen, welche die Anbieterinnen in ihren Eingaben jeweils genannt hatten. Vorliegend kommt es darauf an, wie die Anbieterinnen diese Willenserklärung des ZEB A im Sinne des Vertrauensgrundsatzes verstehen durften und mussten (zum Vertrauensgrundsatz: BGE

113 II 49 E. 1a). In den Submissionsunterlagen wurde zwar deutlich zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien unterschieden, doch kam der Standort der Fahrzeuge weder im einen noch im anderen Kriterienkatalog vor. Nach Erhalt des Schreibens vom 3. April 2014, in dem der ZEBA die Nachweise zum Fahrzeugstandort ausdrücklich nur im Zusammenhang mit Berechnungen bei einem Zuschlagskriterium verlangte, durften die Anbieterinnen daher nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Standortnachweis im Submissionsverfahren kein Eignungskriterium darstellte, sondern dass er bei der Punktevergabe wegen der Fahrdistanzen eine Rolle spielen würde. Die Zuschlagsempfängerin hat in der Folge die Absichtserklärung für einen Mietvertrag auf dem Areal der Liegenschaft Q. Strasse 102 in R. eingereicht und die Standortkonformität dieses Areals nachgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen erblicken hierin eine unzulässige Offertnachbesserung. Dies trifft zu. Die Zuschlagsempfängerin hat mit der Standortverlegung von W. nach R. die Fahrkilometer, welche die verschiedenen Fahrzeuge in Erfüllung des Logistikauftrags, zurückzulegen haben, wesentlich verkürzen können. Würde man den neuen Standort beim Zuschlagskriterium ökologische Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur berücksichtigen, käme die Zuschlagsempfängerin gegenüber einer Bewertung basierend auf den ursprünglich angegebenen Standort W. deutlich besser weg. Sie hat somit gegen das Nachbesserungsverbot in § 22 Abs. 4 SubV verstossen.

f/ee) Die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, die Zuschlagsempfängerinnen habe mit der nachgebesserten Offerte mangelhafte Unterlagen eingereicht und hätte deswegen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Dem ist nicht zu folgen. Ein Ausschluss wäre dann angezeigt gewesen, wenn die Zuschlagsempfängerin davon hätte ausgehen müssen, dass der Standortnachweis ein Eignungskriterium gewesen wäre. Dies war, wie dargelegt, nicht der Fall. Der ZEBA hat mit seinem Schreiben vom 3. April 2014 der Zuschlagsempfängerin vielmehr signalisiert, dass sie den ursprünglich angegebenen ungünstig gelegenen Fahrzeugstandort in W. noch gefahrlos werde ändern können. Zwar hat die Zuschlagsempfängerin damit gegen das Nachbesserungsverbot verstossen, doch wäre es stossend und treuwidrig, sie deswegen vom Verfahren auszuschliessen.

(...)

f/hh) Stellt sich noch die Frage, ob es korrekt war, dass der ZEBA den neuen Standort der Zuschlagsempfängerin überhaupt akzeptierte. Die Beschwerdeführerinnen beantragen in diesem Zusammenhang, die von der Zuschlagsempfängerin nachgereichten Unterlagen zum Standort R. seien aus dem Recht zu weisen. Grundsätzlich hat eine Anbieterin ihren Auftrag so auszuführen, wie sie ihn offeriert hat. Es wäre nun aber geradezu widersinnig, wenn die Vergabestelle auch dann rigoros auf die Einhaltung der vertraglichen Abmachungen beharren würde, wenn eine Anbieterin bei der Ausführung des Auftrags nachträglich von sich aus Modalitäten verbessert, auf welche die Vergabestelle bereits bei der Ausschreibung Wert gelegt hatte. Vor-

liegend war allen Anbieterinnen aufgrund der Submissionsunterlagen bekannt, dass die Sammel- und Transportinfrastruktur nach ökologischen Gesichtspunkten beurteilt und dass dieses Kriterium bei der Vergabe mit 20 Prozent gewichtet werden wurde. Eine die Umwelt möglichst schonende Auftrags Erfüllung war dem ZEBa offensichtlich ein wichtiges Anliegen. Hätte die Zuschlagsempfängerin ihren Auftrag zunächst vom Standort W. ausgeführt und diesen ein bis zwei Jahre später nach R. verlegen wollen, hätte der ZEBa ihr diesen Wunsch nach dem Gesagten nicht verwehren dürfen, denn durch diese nachträgliche Standortverlegung hätte die Zuschlagsempfängerin ihre Sammel- und Transportinfrastruktur infolge der unbestrittenenmassen kürzeren Fahrdistanzen in ökologischer Hinsicht klar aufgewertet. Ist aber eine derartige Standortverlegung nach Zuschlag des Auftrags möglich, so muss dies einer Anbieterin – wie im vorliegenden Fall – erst recht in der Phase zwischen Offerteinreichung und Zuschlag zugestanden werden, denn dadurch könnte der Auftrag von Beginn weg umweltschonender als ursprünglich offeriert ausgeführt werden. Wichtig bei alledem ist einzig, dass die Vergabestelle in Nachachtung des Gleichbehandlungsprinzips bei der Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur sich strikte am ursprünglich angegebenen Standort orientiert. Dies tat der ZEBa hier unbestrittenenmassen. Nach dem Gesagten können die nachträglich von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Standortnachweise in den Akten belassen werden.

(...)

g) Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum Standort W. erweisen sich als unbegründet. Es ist festzuhalten, dass die Standortverlegung von W. nach R. als unzulässige Offertnachbesserung anzusehen ist, weshalb der ZEBa den neuen Standort bei der Zuschlagsberechnung korrekt ausser Acht liess und sich stattdessen am ursprünglich angegebenen Standort in W. orientierte. Dieses Vorgehen des ZEBa war zulässig, da es für ihn keinen Grund dafür gab, an der zonenkonformen Nutzung dieses Standorts durch die Zuschlagsempfängerin zu zweifeln. Auch durfte er davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin dort umweltschutzrechtliche Vorgaben erfüllen würde. Dies insbesondere deshalb, da sie das angegebene Grundstück bereits seit 2009 anstandslos als Fahrzeugstandort für einen Kehrlogistikauftrag von L. [Anzahl] Gemeinden im Bezirk U., darunter der Standortgemeinde, nutzte. Es ist schliesslich nicht zu beanstanden, dass der ZEBa den neu angegebenen Standort der Zuschlagsempfängerin in R. bereits vor dem Zuschlag akzeptierte, weil dieser neue Standort von Beginn weg eine ökologischere Auftragsabwicklung erlaubte.

3. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Ökologische Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur», Auseinandersetzung mit dem vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten. Feststellung, dass auf Gutachten abgestellt werden kann.]

4. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Besondere Innovationen»]

5. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Standort»]

6. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Organisationsstruktur»]

7. a) Die Beschwerdeführerinnen dringen mit keinem ihrer Anträge durch. Somit ändert sich auch nichts an den Beurteilungen der Vergabestelle, womit sich der Zuschlag vom 21. Mai 2014 betreffend die Kehrrichtentsorgung 2016–2023 für das Los West als rechtmässig erweist. Die Beschwerdeführerinnen haben das Begehren auf Bezahlung eines Schadenersatzes von Fr. ZZ gestellt (...). Um als nicht berücksichtigte Teilnehmerin in einem Submissionsverfahren mit einem Schadensersatzbegehren vor Gericht durchdringen zu können, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Eine davon ist die Feststellung einer unrechtmässigen Auftragsvergabe. Bei gegebenem Verfahrensausgang ist bereits diese Voraussetzung nicht erfüllt, womit der Antrag abzuweisen wäre. Er ist aber schon deshalb abzuweisen, weil weder in der IVöB noch im SubG vorgesehen ist, dass das Verwaltungsgericht derartige Schadenersatzansprüche zu beurteilen hat. Das dem verwaltungsgerichtliche Verfahren nachgelagerte Haftungsverfahren hat nach den Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 1. Februar 1979 (VG, BGS 154.11) zu erfolgen. Somit ist die Beschwerde vollständig abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

(...)

b/aa) Was die Spruchgebühr betrifft, so handelt es sich vorliegend um einen besonders komplexen, anspruchsvollen Fall, wovon unter anderem die vielen, umfangreichen schriftlichen Interventionen der Parteien – insbesondere solche der Beschwerdeführerinnen –, zwei Referentenaudienzen und ein aufwendiges Beweisverfahren deutliches Zeugnis ablegen. Es ist somit ohne weiteres gerechtfertigt, die Spruchgebühr nahe des oberen gesetzlichen Rahmens auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Da allerdings zwei nahezu identische Verfahren, eines für das Los West (V 2014 67) und eines für das Los Ost (V 2014 68), durchzuführen waren, und beide Verfahren zum gleichen, für die Beschwerdeführerinnen negativen Resultat geführt haben, ist es angezeigt, die Gerichtskosten hälftig zwischen beiden Verfahren aufzuteilen, womit die Beschwerdeführerinnen in diesem Verfahren solidarisch für Fr. 4'500.– einzustehen haben.

(...)

b/cc) In der Regel haben Behörden, die vor Verwaltungsgericht obsiegen und sich durch einen Rechtsvertreter haben vertreten lassen, keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da es zu ihren amtlichen Aufgaben gehört, ihre Verfügungen vor einer Rechtsmittelinstanz zu rechtfertigen. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist Behörden

indessen dann eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn sie Hilfe eines professionellen Rechtsvertreters in besonders komplexen und aufwändigen Fällen in Anspruch genommen haben. Dies ist vorliegend der Fall. Der ZEBA nimmt als Zweckverband der Gemeinden hoheitliche Aufgaben wahr und gilt deshalb als Behörde. Der zu beurteilende Rechtsstreit war, wie dargelegt, sehr komplex, was zweifelsohne auch zu einem überdurchschnittlich hohen Arbeitsaufwand beim Rechtsvertreter des ZEBA geführt hat. Für diese ausserordentliche Mehrarbeit ist er von den Beschwerdeführerinnen zu entschädigen. Das Gericht erachtet dabei eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- (inkl. MWSt) für beide Verfahren als angemessen. Daher ist dem ZEBA in diesem Verfahren eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerinnen von Fr. 2'000.- (inkl. MWSt, unter solidarischer Haftbarkeit) zuzusprechen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juni 2016, V 2014 67
Das Urteil ist rechtskräftig.

6. Politische Rechte

6.1 § 11 Abs. 1 GO Zug, Art. 21 Abs. 2 RPG

Regeste:

§ 11 Abs. 1 GO Zug, Art. 21 Abs. 2 RPG – Teilungültigkeit einer Volksinitiative. Eine Initiative darf übergeordnetem Recht nicht widersprechen. Betrifft der Widerspruch nur einen Teil des Initiativtexts, kann das Begehren für teilungültig erklärt werden (Erw. 4). Vorliegend widersprach Satz 3 der Stadtzuger Volksinitiative «Ja zur historischen Altstadt» dem bundesrechtlichen Grundsatz der Planbeständigkeit. Es war korrekt, sie ohne diesen Satz zur Abstimmung zu bringen (Erw. 7).

Aus dem Sachverhalt:

In der Urnenabstimmung vom 9. September 2012 genehmigten die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger der Stadt Zug einen Verpflichtungskredit in der Höhe von Fr. 52,23 Mio. zu Lasten der Investitionsrechnung und ermächtigten den Stadtrat, mit der Siemens Schweiz AG einen Vertrag über den Kauf der Liegenschaft an der Gubelstrasse 22, GS Nr. 4537, abzuschliessen. Am 17. April 2014 reichte das «Überparteiliche Komitee Doppelinitiative» zwei Volksbegehren mit den Titeln «JA zur historischen Altstadt» bzw. «JA zu gesunden Stadtfinanzen» ein.

Die Initiative «JA zu gesunden Stadtfinanzen» enthielt folgendes Begehren:

«Die Stadt Zug wird beauftragt, die Liegenschaft Gubelstrasse 22, GS 4537 GB Zug, bis spätestens 2023 an Dritte zu verkaufen.»

Die Initiative «JA zur historischen Altstadt» wurde mit folgendem Wortlaut eingereicht:

«Zum Erhalt der historischen Altstadt soll auch die städtische Verwaltung durch ihre Präsenz in ihren Liegenschaften zwischen Casino und Bundesplatz beitragen. Dadurch werden Publikumsverkehr und Arbeitsplätze in diesem Bereich erhalten und beleben diesen Stadtteil weiterhin. Um dies nachhaltig sicherzustellen, sollen die städtischen Liegenschaften im Bereich zwischen Casino und Bundesplatz in die Zone des öffentlichen Interesses überführt werden. Durch eine entsprechende Änderung der Gemeindeordnung soll zudem der Stadtrat verpflichtet werden, dafür zu sorgen, dass die Verwaltungsabteilungen in den städtischen Liegenschaften im Bereich zwischen Bundesplatz und Casino untergebracht werden.»

Gestützt auf ein Rechtsgutachten erklärte der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug (GGR) die Volksinitiative «JA zur historischen Altstadt» am 24. Februar 2015 für teiligültig und unterbreite sie dem Volk ohne Satz 3 zur Urnenabstimmung. Das Gutachten kam bezüglich des strittigen Satzes zum Ergebnis, dass diese Forderung bereits vier Jahre nach der letzten umfassenden Revision der Bau- und Zonenordnung gegen den in Art. 21 Abs. 2 RPG verankerten Grundsatz der Planbeständigkeit verstosse.

Nachdem das Initiativkomitee dagegen beim Regierungsrat erfolglos eine Verwaltungsbeschwerde führte, reichte es am 14. Dezember 2014 eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein, wobei beantragt wurde, es sei die Initiative, wie eingereicht zur Abstimmung zu bringen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Im Kanton Zug gibt es weder ein Verfassungs- noch eine Gesetzesbestimmung, die sich mit den Voraussetzungen zur Ungültigerklärung von Initiativen befasst. Auch die Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 1. Februar 2005 (GO Zug) enthält keine entsprechende Regelung. Allgemein gilt aber, dass eine Volksinitiative keine Bestimmungen enthalten darf, die dem übergeordneten Recht widersprechen (BGE 129 I 392 E. 2.2, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit weiter, dass Initiativen nicht als Ganzes für ungültig zu erklären sind, sofern vernünftigerweise anzunehmen ist, die Unterzeichner der Initiative hätten den gültigen Teil auch unterzeichnet, wenn er ihnen allein unterbreitet worden wäre. Dies ist dann der Fall, wenn der verbleibende Teil der Initiative nicht von untergeordneter Bedeutung ist, sondern noch ein sinnvolles Ganzes im

Sinne der ursprünglichen Stossrichtung ergibt, so dass die Initiative nicht ihres wesentlichen Gehaltes beraubt wird (BGE 139 I 292 E. 7.2.3). Eine Ungültigerklärung kann aber auch einen wichtigen Teil einer Initiative betreffen (BGE 133 I 110 E. 3.1). Gemäss § 11 Abs. 1 GO Zug überprüft die Stadtkanzlei nach Einreichung des Initiativbegehrens die Gültigkeit der Unterschriften. Gestützt auf einen Bericht und Antrag des Stadtrates beschliesst der GGR sodann über die Gültigkeit der Initiative. Mit Blick auf diese Darlegungen konnte der GGR somit grundsätzlich über die Gültigkeit der Volksinitiative («JA zur historischen Altstadt befinden»), um sie in der Folge für teilgültig zu erklären, da seiner Meinung nach der dritte Satz nicht mit übergeordnetem Raumplanungsrecht des Bundes zu vereinbaren sei. In formeller Hinsicht ist der angefochtene Beschluss des GGR nicht zu beanstanden.

5. a) Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG, SR 700]). Haben sich die Verhältnisse erheblich geändert, so werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst (Art. 21 Abs. 2 RPG). Mit der Bestimmung des zweiten Absatzes wird der Grundsatz der Planbeständigkeit im Schweizer Raumplanungsrecht zum Ausdruck gebracht. Ein Zonenplan kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist. Sowohl die privaten Grundeigentümer als auch die Behörden, die mit der Realisierung der Nutzungsplanung befasst sind, sollen sich unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit darauf verlassen können, dass einmal beschlossene Pläne längere Zeit in Kraft bleiben (BGE 128 I 190 E. 4.2; Waldmann/Hänni: Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 21 N 12). Die Bestimmung von Art. 21 Abs. 2 RPG bringt aber gleichzeitig zum Ausdruck, dass Pläne auch revidierbar sein sollen. Die Eigentumsgarantie in Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) steht einer solchen Anpassung nicht entgegen, zumal sie dem Eigentümer keinen Anspruch darauf vermittelt, dass sein Land dauernd in jener Zone verbleibt, in die es einmal eingewiesen worden ist. Eine Planung gilt nur als sachgerecht, wenn sie bei Bedarf mit der Wirklichkeit in Übereinstimmung gebracht wird (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 11). Eine Planänderung ist nur dann mit Art. 21 Abs. 2 RPG vereinbar, wenn sich die Verhältnisse seit der letzten Planfestsetzung erheblich verändert haben. Dies ist der Fall, wenn entweder die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, die der Planfestsetzung zugrunde gelegen hatten, zu wesentlichen Teilen dahingefallen sind, oder wenn seither neue bedeutende Bedürfnisse entstanden sind (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 16). Die Verhältnisse müssen sich in einer Weise geändert haben, dass kein öffentliches Interesse mehr an der Beibehaltung der bisherigen Nutzungsordnung besteht (BGE 127 I 103 E. 6b). Selbst wenn sich die Verhältnisse seit der letzten Planfestsetzung erheblich geändert haben, hat eine Planungsanpassung «nötigenfalls» zu erfolgen. Artikel 21 Abs. 2 RPG verlangt somit auf jeden Fall eine Abwägung mit dem Gebot der Planbeständigkeit (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 18). Gemäss Bundesgericht hat diese Interessenabwägung «unter Berücksichtigung von Geltungsdauer und Inhalt des Plans sowie des Ausmasses und der Begründung der beab-

sichtigten Anpassung» zu erfolgen. «Je neuer ein Zonenplan ist, desto mehr ist mit seiner Beständigkeit zu rechnen, und je einschneidender die Änderungen sind, desto gewichtiger müssen die Gründe für eine Planänderung sein» (BGer 1C_210/2015 vom 26. Oktober 2015, Erw. 5.2). Ungeachtet der Vorschrift von Art. 21 Abs. 2 RPG sind Zonenpläne in der Regel nach etwa 15 Jahren zu überarbeiten (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 20; BGE 128 I 190 E. 4.2).

b) Die Volksinitiative «JA zur historischen Altstadt» verlangt in Satz 3, dass die städtischen Liegenschaften im Bereich zwischen Casino und Bundesplatz in die Zone des öffentlichen Interesses überführt werden. Gemäss § 26 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) dienen die Zonen des öffentlichen Interesses dem Gemeinwohl. Sie können Frei- und Grünflächen enthalten oder Bauten und Anlagen, welche überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften dienen. Die Bau- und Zonenordnung der Stadt Zug (BO Zug) und der entsprechende Zonenplan wurden am 7. April 2009 vom GGR beschlossen und vom Regierungsrat am 22. Juni 2010 genehmigt. In der BO Zug werden zwei Zonen des öffentlichen Interesses definiert, solche für Bauten und Anlagen (§ 55 BO Zug) und solche für Erholung und Freihaltung (§ 56 BO Zug). Die zur Bauzone gehörenden Grundstücke zwischen Casino und Bundesplatz sind (mit Ausnahme des Regierungsgebäudes am Postplatz) im aktuell gültigen Zonenplan den Kernzonen A, B oder C zugeordnet. Gemäss § 36 BO Zug ist es in diesen Zonen möglich zu wohnen. Ferner sind dort leicht und mässig störende Betriebe zulässig.

c) Das vom GGR in Auftrag gegebene Gutachten hielt fest, dass für die von den Initianten beabsichtigte Änderung des Nutzungsplans nach nicht einmal einem Drittel des ordentlichen Planungshorizonts gewichtige Gründe vorliegen müssten. Im Initiativtext und in der beigefügten kurzen Begründung würden keine eigentlichen Gründe für die Revision der Zonenordnung genannt. Im Initiativtext heisse es lediglich, dass zur Sicherstellung des Verbleibens der Stadtverwaltung in der Altstadt die städtischen Liegenschaften in die Zone des öffentlichen Interesses überführt werden sollten. Die Umzonung diene also dazu, das mit der Initiative anvisierte Ziel sicherzustellen. Solche politischen Vorstellungen oder Ziele stellten keine erhebliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 21 Abs. 2 RPG dar. Dies habe das Bundesgericht wiederholt festgestellt. Die Initiative verstosse daher gegen übergeordnetes Raumplanungsrecht.

d) Würdigend ist zunächst festzuhalten, dass das Gutachten (...) an keinem formellen Mangel leidet, was im Übrigen auch keine Partei behauptet hat. Die Gutachter – beides anerkannte Experten aus dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts – haben die ihnen gestellten Fragen umfassend beantwortet und sind, gestützt auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung und Literatur, nachvollziehbar zu ihren Schlussfolgerungen gelangt. Sodann war ihre Feststellung nicht zu beanstanden, wonach für die von den Initianten beabsichtigte Nutzungsplanänderung

wichtige Gründe gegeben sein müssten, da noch nicht einmal ein Drittel des ordentlichen Planungshorizonts verstrichen sei. Wie aus Erwägung 5a hervorgeht, steht diese Feststellung im Einklang mit Rechtsprechung und Lehre zu Art. 21 Abs. 2 RPG.

d/aa) Die Beschwerdeführer entgegnen, dass in ihrem Fall der Grundsatz der Planbeständigkeit nicht tangiert sei, da es gar nicht um ein Einzonungsbegehren gehe. Sie wollten lediglich gewisse bereits in der Bauzone liegende Grundstücke einer anderen Nutzung zuführen. Die Direktion des Innern (DI) weist indessen zu Recht darauf hin, dass der Grundsatz der Planbeständigkeit auch bei Umzonungen gilt. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung diesen Grundsatz wiederholt auch bei Planungsvorhaben in Erinnerung gerufen, bei denen es nicht um Einzonungen von Nichtbauland in die Bauzonen gegangen ist, sondern um Umzonungen innerhalb der Bauzonen (BGE 102 Ia 331 Sachverhalt und E. 3d; 120 Ia 227 Sachverhalt und E. 2b; BGer 1C_305/2015 vom 14. Dezember 2015, Sachverhalt A und Erw. 3.1). Die Beschwerdeführer sind mit ihrem Vorbringen nicht zu hören.

d/bb) Die Beschwerdeführer wenden ein, der Grundsatz der Planbeständigkeit wolle hauptsächlich vermeiden, dass die Grundeigentümer und die erschliessungspflichtigen Gemeinwesen durch häufige Planungsänderungen in ihren Rechtssicherheitsinteressen beeinträchtigt würden. Davon könne hier keine Rede sein. Es bestünden keine raumplanerischen Hindernisse, einzelne öffentliche Liegenschaften der Zone des öffentlichen Interesses zuzufügen. Dies werde im Gegenteil durch Art. 3 Abs. 4 RPG für im öffentlichen Interesse liegende Bauten gefordert. Der von den Beschwerdeführern angesprochene Artikel 3 Abs. 4 RPG fordert im Sinne eines Planungsgrundsatzes, dass für öffentliche und im öffentlichen Interesse liegende Bauten und Anlagen sachgerechte Standorte bestimmt werden müssen. Die Beschwerdeführer scheinen zu übersehen, dass die Bestimmung nicht verlangt, dass öffentliche Bauten, wozu Verwaltungsgebäude gehören, zwingend in Zonen des öffentlichen Interesses stehen müssen. Solche Gebäude können auch in einer Zone für privates Bauen erstellt werden, solange sie sich mit dem Zonenzweck vertragen und die speziellen gesetzlichen Rahmenbedingungen eingehalten sind (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 3 N 52). Die Beschwerdeführer haben denn auch – zu Recht – nicht behauptet, dass sich die Verwaltungsgebäude der Stadt Zug nicht mit dem Zonenzweck der Kernzone A, B oder C vertragen würden oder dass die Gebäude sich nicht mit an ihrem Standort zu beachtenden gesetzlichen Rahmenbedingungen vereinbaren liessen. Die Beschwerdeführer verkennen weiter, dass der Grundsatz der Planbeständigkeit nicht nur die direkt von möglichen Umzonungen betroffenen Eigentümer schützen will, sondern ganz allgemein Dritte, insbesondere aber auch Nachbarn (BGer 1P.425/2002 vom 14. Januar 2003, Erw. 3.7.3), welche Rechtssicherheit darüber haben sollten, dass eine bestimmte in der Zonenordnung festgelegte Grundstücknutzung über längere Zeit Bestand hat. Im vor rund sechs Jahren neu in Kraft gesetzten Zonenplan haben die Stimmbürgerinnen und Stimmm

bürger der Stadt Zug beschlossen, die Liegenschaften der Stadt zwischen Casino und Bundesplatz, in denen die Verwaltung untergebracht ist, nicht der Zone des öffentlichen Interesses zuzuweisen. Damit signalisierten sie, dass die Stadt Zug diese Liegenschaften auch zu Wohn- und Gewerbebezwecken nutzen darf und sie diese Gebäude auch an Dritte vermieten oder gar verkaufen könnte. Eine Umzonung dieser Liegenschaften in die Zone des öffentlichen Interesses nach so kurzer Zeit würde somit die Rechtssicherheitsinteressen dieser Personen (Nachbarn, potentielle Mieter und Käufer) tangieren. Dies gilt umso mehr, als das Stadtzuger Stimmvolk Zug am 9. September 2012 in einer Abstimmung im Verhältnis von rund 56 % zu 44 % dem Kauf der Liegenschaft an der Gubelstrasse 22 zustimmte (...). Da der Kauf dieses Gebäudes gemäss Erläuterung auf der ersten Seite der Abstimmungsbroschüre bezweckte, die Arbeitsplätze der Stadtverwaltung an einen einzigen zentralen Standort zusammenzuführen, durften die Nachbarn und sonstige Dritte umso mehr davon ausgehen, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger am 9. September 2012 den kommunalen Zonenplan hinsichtlich der breiten Nutzungsmöglichkeiten der städtischen Liegenschaften zwischen Casino und Bundesplatz bis auf weiteres nicht abändern wollen.

d/cc) Die DI hat auch die Interessen der Stadt Zug als Eigentümerin ins Spiel gebracht. Satz 3 der Initiative greife erheblich in die Eigentumsrechte der Stadt ein. Die Beschwerdeführer halten mit dem Argument dagegen, dass sich die Stadt Zug nicht auf die Eigentumsgarantie berufen könne, denn bei ihren Liegenschaften handle es sich um öffentliches Eigentum. Die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger könnten selber über die Nutzungsmöglichkeiten «ihres» Eigentums befinden. Es mag richtig sein, dass der Stadtrat Zug oder der GGR sich gegen Satz 3 der Initiative nicht auf die Eigentumsgarantie berufen kann (...), doch haben sich die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger der Stadt Zug auch bei der Ausübung «ihrer» Eigentumsrechte an das übergeordnete Bundesrecht zu halten und dazu gehört der Grundsatz der Planbeständigkeit in Art. 21 Abs. 2 RPG.

(...)

6. Die Beschwerdeführer sind der Meinung, dass vorliegend auch von einer erheblichen Änderung der Verhältnisse gesprochen werden müsste. Gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG wäre somit eine Revision erlaubt, selbst wenn der Grundsatz der Planbeständigkeit auf Satz 3 der Initiative anzuwenden wäre.

a) Die Beschwerdeführer tragen in diesem Zusammenhang vor, der Regierungsrat blende im angefochtenen Entscheid aus, dass der Kauf der L & G-Liegenschaft zum Zwecke erfolgt sei, die heute im Bereich der Altstadt ansässige Stadtverwaltung zu dislozieren und genau dies zu einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse führe, die mit der Initiative verhindert werden solle. Die Beschwerdeführer verkennen mit dieser Argumentation, dass der von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern

bürger beschlossene Kauf der Liegenschaft an der Gubelstrasse 22 im Jahr 2012 zu keiner Änderung der Verhältnisse geführt hat, welche das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der zwischen Casino und Bundesplatz festgelegten Nutzungsordnung hinfällig machen würde. Dies wäre allenfalls dann der Fall gewesen, wenn die städtischen Liegenschaften in diesem Gebiet heute in der Zone des öffentlichen Interesses lägen. Dies würde nämlich bedeuten, dass die Stadt ihre Immobilienstrategie, die darin besteht, die Arbeitsplätze der Stadtverwaltung im Gebäude an der Gubelstrasse zu konzentrieren, nicht oder nicht im gewünschten Umfang würde umsetzen können (...). So wie sich die Rechtslage heute darstellt, kann die Stadt auf Grundlage der bestehenden Zonenordnung diese Strategie aber umsetzen. Die städtischen Liegenschaften zwischen dem Bundesplatz und dem Casino müssen nicht nur als Verwaltungsgebäude genutzt werden und das Gebäude an der Gubelstrasse 22 liegt heute in der Bauzone mit speziellen Vorschriften Landis + Gyr, welche gemäss § 47 Abs. 1 BO Zug für Gewerbe, Dienstleistungen und das Wohnen bestimmt ist. Die von den Beschwerdeführern angesprochene erhebliche Veränderung der Verhältnisse ist also bereits in der bestehenden Zonenordnung angelegt.

b) Die Beschwerdeführer argumentieren weiter, bei Realisierung der Pläne des Stadtrats werde dies erhebliche Folgen für die Stadtbevölkerung und die Wirtschaft südlich des Postplatzes haben. Es ist zweifelsohne so, dass die Konzentration der Arbeitsplätze der Stadtverwaltung in einem einzigen Gebäude nordwestlich des Bahnhofs zu einer Änderung der Wege der städtischen Verwaltungsangestellten und der Kundschaft der Stadtverwaltung führen wird. Dass auch Geschäfte, Restaurants und Cafés in der Altstadt von einer Verlagerung der Arbeitsplätze und der Besucherströme nachteilig betroffen sein könnten, wie von den Beschwerdeführern befürchtet, ist durchaus möglich. Doch hier wie vorher gilt, dass die Beschwerdeführer fälschlicherweise mit dem Resultat einer von der aktuell gültigen Zonenordnung ermöglichten Entwicklung argumentieren und diese als erhebliche Änderung der Verhältnisse darstellen. Das Argument der Beschwerdeführer geht somit fehl. Sollten die Beschwerdeführer aber der Meinung sein, dass die Änderung der Verhältnisse darin bestehe, dass eine Mehrheit der Stadtzuger Bevölkerung aufgrund der von ihnen ins Feld geführten möglichen nachteiligen Entwicklungen heute gegen einen Wegzug der Stadtverwaltung aus der Altstadt eingestellt sei, so wäre ihnen die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegenzuhalten, wonach ein politischer Sinneswandel keine erhebliche Änderung der Verhältnisse darstelle (BGE 128 I 190 E. 4.2; 111 II 326 E. 3a/cc; 109 Ia 113 E. 3).

c) Im Gutachten (...) wird ausgeführt, dass die Initianten weder im Initiativtext noch in der stichwortartigen Begründung eigentliche Gründe für eine Revision der Zonenordnung genannt hätten. Eine Durchsicht der genannten Unterlagen ergibt, dass die Initianten tatsächlich auf keine veränderten Verhältnisse verweisen, welche eine Revision der Zonenordnung rechtfertigen würden. Im Gegenteil geht als Quintessenz aus allen Argumenten hervor, dass die Initiative einen bestehenden Zustand, der

sich bewährt habe, zementieren soll. Da auch sonst keine veränderten Verhältnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art zu sehen sind, welche eine Änderung des Zonenplans der Stadt Zug im Bereich zwischen dem Bundesplatz und dem Casino rund sechs Jahre nach seinem Erlass rechtfertigen könnten, hat der Regierungsrat kein Recht verletzt, als er den Gutachtern in diesem Punkt folgte.

7. [Es] steht fest, dass die Rechtsauffassung der Gutachter (...), wonach Satz 3 der Initiative gegen den bundesrechtlichen Grundsatz der Planbeständigkeit verstosse, korrekt ist. Die von den Initianten angepeilte Zonenplanänderung zwischen Bundesplatz und Casino kommt rund sechs Jahre nach Inkraftsetzung der revidierten Ortsplanung in der Stadt Zug zu früh. Es sind keine wesentlichen Änderungen der Verhältnisse zu sehen, welche eine Planänderung in diesem Gebiet nach Ablauf von noch nicht einmal der Hälfte des ordentlichen Planungshorizonts gebieten könnten. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach dieser Grundsatz im vorliegenden Fall gar nicht zum Tragen komme, bzw. falls doch, dass es vorliegend Gründe gebe, die eine Planänderung rechtfertigen würden, sind nicht zu hören.

(...)

10. (...) Die Beschwerde ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid vom 10. November 2015 ist zu bestätigen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. April 2016, V 2015 148
Das Urteil ist rechtskräftig.

7. Datenschutzrecht

7.1 §§ 4 lit. d und 8 Abs. 2 DSG

Regeste:

§§ 4 lit. d und 8 Abs. 2 DSG – Eine politische Partei mit Sitz im Kanton Zug kann die Herausgabe bestimmter Einwohnerdaten von «Jungen» und «Neuzugezogenen» verlangen, um damit vor Wahlen Wahlwerbung zu betreiben. Dieser Zweck ist schutzwürdig im Sinne von § 8 Abs. 2 lit. c DSG. Die Herausgabe solcher Daten zu diesem Zweck ist verhältnismässig im Sinne von § 4 lit. d DSG (Erw. 9). Auslegung des Gesetzes (Erw. 6)

Aus dem Sachverhalt:

Am 5. Mai 2015 stellte die X. Partei an alle elf Einwohnergemeinden des Kantons ein Gesuch um Sammelauskunft, was von zehn Gemeinden abgelehnt wurde. Am 26. Juni 2015 erhob die X. Partei gegen die zehn Entscheide erfolglos Einsprache, worauf sie beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde gegen acht Einspracheentscheide

mit identischem Wortlaut einlegte. Nachdem der Regierungsrat am 26. August 2015 die Beschwerde abwies, reichte die X. Partei am 7. September 2015 dagegen eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

3. (...) Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Regierungsrat die zurückhaltende Praxis der Gemeinden in Bezug auf die Datenherausgabe für «die Jungen» und die «Neuzugezogenen» zu Recht geschützt hat. Mit den «Jungen» sind gemäss Gesuch die Einwohnerinnen und Einwohner gemeint, die zwischen den vorletzten und letzten eidgenössischen Wahlen (Zeitraum 23. Oktober 2011 bis 18. Oktober 2015) volljährig wurden. Mit den «Neuzugezogenen» sind diejenigen Einwohnerinnen und Einwohnern gemeint, die im Zeitraum 23. Oktober 2011 bis 1. Juni 2015 neu in die Gemeinde zugezogen waren und am 1. Juni 2015 noch dort wohnten.

4. Bevor auf die zu prüfende Frage eingegangen wird, ist zunächst in allgemeiner Art die Gesetzeslage darzulegen. Als Rechtsgrundlagen für eine Anfrage nach Einwohnerdaten bei einer Einwohnergemeinde kämen theoretisch das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 28. September 2006 (WAG, BGS 131.1), das Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 20. Februar 2014 (ÖffG, BGS 158.1) und das Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (DSG, BGS 157.1) in Frage.

a) Nach § 4 Abs. 5 WAG steht das Stimmregister den Stimmberechtigten zur Einsicht offen. Dies bedeutet, dass eine stimmberechtigte Person im Rahmen von einzelnen Anfragen Auskunft darüber verlangen kann, ob sie selber im Stimmregister geführt wird und ob eine andere Person stimmberechtigt oder wählbar ist. Auszüge oder die Abgabe von Listen mit Daten aus dem Stimmregister sind aufgrund dieser Bestimmung jedoch nicht möglich. Bis zum 12. Juli 2014 hatte § 6 Abs. 1 der Verordnung zum Wahl- und Abstimmungsgesetz vom 29. April 2008 (WAV, BGS 131.2) allerdings noch vorgesehen, dass Parteien und andere politische Gruppierungen auf Gesuch hin Auszüge aus dem Stimmregister erhielten. Diese Bestimmung wurde mit Regierungsratsbeschluss vom 1. Juli 2014 gestrichen, da das WAG für ein derartige Verwendung der Daten von Stimmberechtigten eine ungenügende gesetzliche Grundlage darstellte. Wie der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid dazu zutreffend erläutert, liegt der Sinn des öffentlichen Stimmregisters darin, dass die Stimmberechtigten einen Anspruch auf die richtige Zusammensetzung des Stimmkörpers haben. Eine andere Funktion hat die Bestimmung nicht. Insbesondere kann es nicht darum gehen, das Stimmregister als Quelle für den Bezug von Daten über die Stimmberechtigten zu nutzen.

b) Gemäss § 7 ÖffG hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten.

Vorbehalten bleiben jedoch Regelungen des Zugangsrechts in Spezialgesetzen. Bestimmt ein solches Gesetz, dass bestimmte Informationen geheim oder nur unter bestimmten Bedingungen zugänglich sind, so geht diese spezialgesetzliche Regelung dem Öffentlichkeitsprinzip vor (§ 5 ÖffG). Das DSG enthält in § 8 f. Bestimmungen zur Bekanntgabe von Daten durch die Einwohnerkontrolle an andere Behörden und Dienststellen sowie an Dritte. Die hier interessierenden Sammelauskünfte an Dritte sind in § 8 Abs. 2 lit. c DSG geregelt. Eine Lektüre dieser Bestimmung ergibt, dass solche Sammelauskünfte nur unter einschränkenden Bedingungen erteilt werden, unter anderem ist der Empfängerkreis eingeschränkt und es dürfen nicht alle von der Einwohnergemeinde gesammelten Personendaten herausgegeben werden. Somit geht das DSG im vorliegenden Fall, wo es die Zulässigkeit von Sammelauskünften an Dritte durch die Einwohnergemeinden zu beurteilen gilt, dem ÖffG vor.

c) Gemäss § 5 Abs. 1 DSG dürfen staatliche Behörden und Dienststellen (bzw. «Organe» in der Diktion des Datenschutzgesetzes) Daten nur dann bearbeiten, sofern a) eine gesetzliche Grundlage dafür besteht oder b) es für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebenen Aufgabe unentbehrlich ist oder c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt hat oder ihre Einwilligung nach den Umständen offensichtlich vorausgesetzt werden kann. Das «Bearbeiten von Daten» ist gemäss § 2 lit. c DSG jeder Umgang mit Daten, das heisst also auch das Bekanntgeben von Daten fällt darunter. Die Datenbearbeitung hat unter Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit und des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erfolgen (§ 4 lit. d DSG).

5. a) Vorliegend will die Beschwerdeführerin in den Besitz bestimmter Personendaten gelangen, welche in den von den Einwohnerkontrollen geführten Melderegistern enthalten sind. Die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Daten durch die Einwohnerkontrolle an Dritte ist in § 8 Abs. 2 DSG geregelt. Die vom DSG verlangte gesetzliche Grundlage für diese Art von Datenbearbeitung ist somit gegeben. In der Bestimmung wird nach Einzel- und nach Sammelauskünften unterschieden. (...) Das Gesuch der Beschwerdeführerin stellt (...) eine Sammelauskunft dar. Die Bestimmung zu den Sammelauskünften lautet:

«Sammelauskünfte betreffend Name, Vorname, Geschlecht, Geburtsdatum, aktuelle Adresse und die in einem bestimmten Zeitraum Zugezogenen werden an natürliche oder juristische Personen mit Wohnsitz beziehungsweise Sitz im Kanton erteilt, wenn ein Interesse glaubhaft gemacht wird und die Daten für einen schützenswerten ideellen Zweck verwendet werden. Die Daten können nach einem oder mehreren der vorgenannten Merkmale sortiert bekannt gegeben werden. Gesuch und Auskunft erfolgen schriftlich. Dritte haben sich unterschriftlich zu verpflichten, die Daten ausschliesslich zum angegebenen Zweck zu verwenden und sie nicht weiterzugeben» (§ 8 Abs. 2 lit. c DSG).

b) Die Beschwerdeführerin begründete ihr Gesuch vom 5. Mai 2015 wie folgt: «Als politische Partei, welche mit Kandidaten bei den Nationalrats- und Ständeratswahlen im Oktober 2015 antritt, möchte die X. Partei gewisse Einwohnerinnen und Einwohner in Ihrer Gemeinde gezielt direkt anschreiben, um sie persönlich auf die Möglichkeiten der politischen Mitarbeit hinzuweisen, die verschiedenen Kandidaturen vorzustellen und die stimmberechtigten Einwohnerinnen und Einwohner zu motivieren, sich an den eidgenössischen Wahlen 2015 zu beteiligen. (...) Es ist uns (...) ein grosses Anliegen, die Stimmbeteiligung, welche in den letzten Jahren im Kanton Zug bei nur noch etwas über 50 % lag (...) wieder signifikant zu steigern. Wir sind überzeugt, dass uns dies nur durch das persönliche Anschreiben gewisser Gruppen von Einwohnerinnen und Einwohnern gelingt, da unpersönliche Massenversände oft ungelesen als Altpapier entsorgt werden. Aus diesem Grund sind wir der Meinung, dass es sich beim Zweck unseres Gesuchs um einen 'schützenswerten ideellen' Verwendungszweck handelt».

c) Die Beschwerdeführerin ist eine juristische Person mit Sitz im Kanton Zug. Die persönliche Voraussetzung, um als «Dritte» Sammelauskünfte bei einer Zuger Einwohnergemeinde stellen zu dürfen, ist vorliegend erfüllt. Sie begründete ihr Gesuch relativ ausführlich und machte dabei im Wesentlichen ein politisches Interesse im Vorfeld der National- und Ständeratswahlen geltend. Da es sich bei der Beschwerdeführerin um eine politische Partei handelt, die sich mit eigenen Kandidatinnen und Kandidaten an diesen Wahlen beteiligte, konnte sie ihr Interesse an den von ihr verlangten Sammelauskünften mit dieser Begründung ohne weiteres glaubhaft machen. Im Gesuch vom 5. Mai 2015 verlangte die Beschwerdeführerin Listen, welche den Namen, Vornamen, das Geschlecht und Geburtsjahr sowie die aktuelle Adresse von Einwohnerinnen und Einwohnern enthielt. Diese Daten dürfen die Einwohnergemeinden im Rahmen von Sammelauskünften Dritten gemäss § 8 Abs. 2 lit. c Satz 1 DSG grundsätzlich bekannt geben. Die Beschwerdeführerin interessierte sich aber nicht für alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde, sondern nur für solche, die gewisse Kriterien erfüllten. Paragraph 8 Abs. 2 lit. c Satz 2 DSG gestattet die Herausgabe von Einwohnerdaten, die nach einem Personenmerkmal oder mehreren Personenmerkmalen sortiert worden sind. Zu den erlaubten Sortierkriterien gehören das Geburtsdatum und das Zugzugsdatum. Da für die von der Beschwerdeführerin verlangte Liste der «Jungen» die Einwohnerdaten zuerst nach dem Geburtstag sortiert werden müssen, um in der Folge diejenigen Personen herausfiltern zu können, welche zwischen dem 23. Oktober 2011 und 18. Oktober 2015 das 18. Lebensjahr erreicht haben, ist eine derartige aufbereitete Sammelauskunft somit grundsätzlich möglich. Das Gleiche gilt für die zweite Liste der «Neuzugezogenen». Hier müssen die Einwohnerdaten nach dem Zugzugsdatum sortiert werden, um danach diejenigen Personen zu ermitteln, welche zwischen dem 23. Oktober 2011 und 1. Juni 2015 ihren Wohnsitz neu in die Gemeinde verlegt haben. Das Gesuch ist somit auch von § 8 Abs. 2 lit. c Satz 2 DSG gedeckt. Die Beschwerdeführerin stellte in ihrem Gesuch vom 5. Mai 2015 die Frage, ob

es möglich wäre, bei den Listen alle ausländischen, nicht in der Schweiz stimmberechtigten Einwohnerinnen und Einwohner herauszufiltern. Dies ist nicht gestattet. Die Nationalität ist im Rahmen von § 8 Abs. 2 lit. c DSG aufgrund des klaren Wortlauts der Bestimmung kein erlaubtes Sortierkriterium. Die Datenschutzbeauftragte schreibt in ihrer Eingabe an das Verwaltungsgericht, die Einwohnergemeinde Q. habe sich rechtswidrig verhalten, indem sie am 15. Juni 2015 beschlossen habe, der Beschwerdeführerin die Daten der «Stimmberechtigten» bekanntzugeben. Nach dem Gesagten ist ihr bei dieser Einschätzung zu folgen. Die Beschwerdeführerin stellte ihr Gesuch schriftlich. Sie verpflichtete sich, die Daten vertraulich zu behandeln, sie nicht an Dritte weiterzugeben und ausschliesslich dafür zu verwenden, im Wahlkampf 2015 jede durch die Gemeinde aufgelistete Person maximal einmal anzuschreiben. Das Gesuch wurde vom Präsidenten der X. Partei unterschrieben. Das Gesuch erfüllt somit auch die Voraussetzungen von § 8 Abs. 2 lit. c Satz 3 und 4 DSG.

6. Strittig ist, ob der von der Beschwerdeführerin angegebene Verwendungszweck der Daten sich als ein schützenswerter ideeller Zweck im Sinne der Bestimmung bezeichnen lässt. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die Bestimmung von § 8 Abs. 2 lit. c DSG nach den herkömmlichen Methoden auszulegen sei. Sie kritisiert, die Beschwerdegegner hätten den Begriff «schützenswerter Zweck» nicht nach dem Methodenpluralismus ausgelegt, sondern sich im Resultat auf die Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten, das heisst auf eine behördeninterne Meinung, abgestützt.

a) Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 133 V 9 E. 3.1). Ist der Text nicht ganz klar, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, nämlich dann, wenn anzunehmen ist, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Grund und Zweck (teleologische Methode) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematische Methode) ergeben (vgl. BGE 135 II 195 E. 6.2). Vorliegend ist in § 8 Abs. 2 lit. c DSG die Tragweite des Ausdrucks «schützenswerter ideeller Zweck» umstritten. Bei diesem Ausdruck handelt es sich um einen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff. Ein solcher Rechtsbegriff liegt immer dann vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge in offener, unbestimmter Weise umschreibt (Häfelein/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, Rz. 445). Somit ist der Wortlaut der Bestimmung nicht klar und es ist unter Berücksichtigung anderer Auslegungselemente nach seiner wahren Bedeutung zu suchen.

b) Der Regierungsrat schreibt im angefochtenen Entscheid, beim schützenswerten

ideellen Zweck sei an politische, wohltätige, gesellschaftliche oder wissenschaftliche Gründe zu denken. Im Bericht und Antrag des Regierungsrats zum Erlass des neuen Datenschutzgesetzes habe der Regierungsrat geschrieben, es sei – bei Einhaltung aller übrigen Vorgaben in der Bestimmung – die jährliche eventuell halbjährliche Bekanntgabe der Adressen aller Neuzuzügerinnen und Neuzuzüger einer Gemeinde an politische Parteien zulässig. Für Werbung oder andere kommerzielle Zwecke, beispielsweise für den Adresshandel, würden hingegen keinerlei Sammelauskünfte erteilt. Gestützt auf eine historische Auslegung der Bestimmung bejaht der Regierungsrat somit die Herausgabe von Einwohnerdaten an politische Parteien in regelmässigen Abständen in grundsätzlicher Art.

c/aa) Die vom Regierungsrat vorgenommene Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers ist im angefochtenen Entscheid in mancherlei Hinsicht aber nicht ganz vollständig. [Darstellung der Entstehungsgeschichte von § 8 DSG vor der Inkraftsetzung des DSG im Jahr 2000 und vom aktuell gültigen § 8 Abs. 2 DSG im Zuge der Gesetzesrevision des Jahres 2006, beides anhand der Berichte und Anträge des Regierungsrates und der Ratsdebatten]

c/bb) Aufgrund dieses historischen Abrisses des Gesetzgebungsprozesses ist würdigend festzuhalten, dass der Gesetzgeber im Zuger DSG bei der Bekanntgabe von Personendaten durch die Einwohnerkontrollen grundsätzlich eine liberale Lösung anstrebte. Bei den Sammelauskünften an Dritte legten der Regierungs- und Kantonsrat bei gewissen Personenmerkmalen (Geburtsdatum / Neuzuzüger / Sortierkriterien) zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses im Jahr 2000 allerdings eine gewisse Zurückhaltung an den Tag. Da sich die ursprüngliche Lösung in der Praxis offenbar nicht bewährte, wurde das DSG bereits sechs Jahre später revidiert. Dabei fällt auf, dass die Kantonsräte sich in der entsprechenden Debatte vom 27. Oktober 2005 über die Bedenken des kantonalen Datenschutzexperten hinwegsetzten, der bei den Sammelauskünften offenbar gar keine Änderung oder nur sehr geringfügige Änderungen befürwortete. Ferner ist zu sehen, dass der Kantonsrat im Laufe der Diskussion in verschiedenen Bereichen auch Vorschläge des Regierungsrates, die im Sinne eines verstärkten Datenschutzes zu Gunsten der Einwohnerinnen und Einwohner gedacht waren, durch Textfassungen ersetzte, welche mehr im Interesse der Gesuchsteller, also der «Dritten», lagen. Weiter zeigt die Diskussion, dass sich der Gesetzgeber sehr bewusst war, dass durch die verschiedenen Lockerungen der Bestimmung zu den Sammelauskünften die politischen Parteien bzw. ihre Kandidaten einfacher Wahlwerbung betreiben können. Da nach dem Votum von Peter Rust kein anderer Parlamentarier und auch kein Regierungsrat sich zu Wort meldete und ihm widersprach, ist davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit der Kantonsräte der Meinung war, dass gestützt auf § 8 Abs. 2 lit. c DSG die Herausgabe von Einwohnerdaten an Parteien zum Zwecke der Wahlwerbung möglich sein sollte, das heisst in ihren Augen diene diese Art der Datenverwendung einem schützenswerten ideellen Zweck.

(...)

d/aa) Der Regierungsrat schreibt im angefochtenen Entscheid, bei einem Gesuch um Sammelauskunft gemäss § 8 Abs. 2 lit. c DSG habe die Einwohnerkontrolle zu beurteilen, ob im Einzelfall der «schützenswerte ideelle Zweck» zu bejahen sei. Diese vom Gesetzgeber gewählte Formulierung des Tatbestandselements räume der Einwohnerkontrolle ein Ermessen ein, welches die Berücksichtigung der sachlichen und persönlichen Umstände des Einzelfalles erlaube. Die Einwohnerkontrollen hätten ihren Beurteilungsspielraum im vorliegenden Fall genutzt, als sie sich für eine zurückhaltende Auslegung des Begriffs «schützenswerter ideeller Zweck» entschieden hätten. Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Datenverwendung liege nahe bei der Wahlwerbung und es sei den Einwohnergemeinden darin Recht zu geben, dass eine Herausgabe von Personendaten für Wahlwerbung im DSG nicht beabsichtigt sei (...). Betrachtet man die fragliche Bestimmung aus gesetzensystematischer Sicht, so fällt auf, dass § 8 Abs. 2 lit. a DSG, § 8 Abs. 2 lit. b DSG und § 8 Abs. 2 lit. c DSG, welche die Datenherausgabe an Dritte regeln, nicht als Kann-Bestimmungen formuliert sind. Dies bedeutet, dass ein Gesuchsteller grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Herausgabe der Daten durch die Einwohnerkontrolle hat, sofern die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Über Ermessen verfügen die Einwohnerkontrollen hingegen nur dann, wenn es um die Berücksichtigung der Interessen der Einwohnerinnen und Einwohner, also der Dateninhaber, geht. Wenn die Einwohnerkontrollen der Meinung sind, dass die Inhaber über ein schützenswertes Interesse an einer Nichtherausgabe von Sammelauskünften verfügen, können sie gemäss § 8 Abs. 2 lit. d DSG die Datenbekanntgabe verweigern. Weder die Einwohnerkontrollen noch der Regierungsrat haben im vorliegenden Fall die Datenbekanntgabe gestützt auf diese Bestimmung verweigert, so dass sich weitere Überlegungen zu § 8 Abs. 2 lit. d DSG erübrigen.

d/bb) Zwar ist die strittige Voraussetzung der «Datenverwendung für einen schützenswerten ideellen Zweck» in § 8 Abs. 2 lit. c DSG offen formuliert, doch handelt es sich dabei, wie festgestellt (Erw. 6a), um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Somit hat der Gesetzgeber den Einwohnerkontrollen entgegen der Meinung des Regierungsrats bezüglich dieser Voraussetzung gerade kein Ermessen eingeräumt. Sie verfügen indessen über einen gewissen Beurteilungsspielraum (vgl. BGer 2A.112/2007 vom 30. Juli 2007, Erw. 3.2). Bei dieser Unterscheidung handelt es sich nicht bloss um ein Spiel mit Worten. Die praktische Bedeutung der Differenzierung liegt darin, dass unbestimmte Rechtsbegriffe der Auslegung zugänglich sind und dass die Auslegung durch die Verwaltungsbehörden von den Verwaltungsgerichten grundsätzlich überprüft werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 446b). Nach herrschender Lehre ist bei dieser Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Dies trifft vor allem dann zu, wenn die Verwaltungsbehörden zur Beurteilung der konkreten Umstände besser geeignet sind als die Gerichte. Gegen eine volle richterliche Überprüfung sprechen vor allem der Zusammenhang

mit den örtlichen Verhältnissen, die Technizität der Fragen und die grössere Nähe und Vertrautheit der Verwaltungsbehörden mit den tatsächlichen Verhältnissen. In solchen Fällen kommt den Verwaltungsbehörden bei unbestimmten Rechtsbegriffen ein vom Gericht nicht oder nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (Häfelin/Mül-ler/ Uhlmann, a.a.O., Rz. 446c; BGE 135 II 384, E. 2.2.2). Vorliegend geht es jedoch nicht um die Klärung technischer Fragen oder um einen Themenkreis, bei dem Kenntnisse der lokalen Gegebenheiten durch die Gemeindebehörden von Bedeutung wären. Auch stellen sich in jeder Einwohnergemeinde in etwa die gleichen datenschutzrechtlichen Fragen, wenn deren Einwohnerkontrollen Sammelauskünfte erteilen sollen. Es gibt aus Sicht des Gerichts somit keinen Grund, um sich bei der Beurteilung der Frage, ob die Einwohnergemeinden bzw. der Regierungsrat den Begriff «schützenswerter ideeller Zweck» korrekt ausgelegt und damit auch richtig angewendet haben, in Zurückhaltung zu üben.

d/cc) Im angefochtenen Entscheid schreibt der Regierungsrat, es sei den Einwohnergemeinden darin Recht zu geben, dass eine Herausgabe von Personendaten für Wahlwerbung von § 8 Abs. 2 lit. c DSG nicht beabsichtigt sei. Diese Interpretation widerspricht den historischen Fakten. Wie bereits erwähnt (Erw. 6 c/bb), ergibt eine Überprüfung der Debatten im Kantonsrat, dass der Gesetzgeber spätestens anlässlich der Revision von § 8 DSG im Jahr 2005 der Meinung war, dass Einwohnerdaten aus einer Sammelauskunft für Wahlwerbung der Parteien verwendet werden können, das heisst dass es sich bei Wahlwerbung um einen schützenswerten ideellen Zweck im Sinne von § 8 Abs. 2 lit. c DSG handelt. Der Regierungsrat hat den unbestimmten Rechtsbegriff somit konträr zum Willen des historischen Gesetzgebers ausgelegt. Gestützt darauf hat er seine ablehnende Haltung im angefochtenen Entscheid begründet, was eine Rechtsverletzung darstellt. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die acht Einwohnergemeinden die Abweisung der Einsprachen nicht damit begründeten, dass die Beschwerdeführerin mit den Einwohnerdaten Wahlwerbung betreiben möchte, sondern dass die aufgelisteten Zwecke «nahe bei der Wahlwerbung» liegen würden. Entspricht aber die Datenverwendung zum Zwecke der Wahlwerbung dem Willen des historischen Gesetzgebers, so ist das erst recht der Fall, wenn die Daten für Ziele eingesetzt werden, die der Wahlwerbung nahe kommen.

e/aa) Der Regierungsrat argumentiert, es sei sinnvoll, dass die Einwohnergemeinden solche Gesuche regelmässig bewilligten, mit welchen Organisationen und Vereinen, etwa politische Parteien, über ihr «Bestehen» informieren wollten. Auf diese Weise könnten angeschriebene Personen selbst entscheiden, ob sie sich für eine bestimmte Partei näher interessierten. Der durch die Beschwerdeführerin verfolgte Zweck gehe aber weit über solche Informationen hinaus, weshalb die Einwohnergemeinden bei Gesuchen um Sammelauskunft mit guten Gründen zwischen diesen verschiedenen Arten von Zwecken differenzieren würden. Die Beschwerdeführerin bringt mit Blick auf eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck vor, unter einem

ideellen Zweck sei ein nichtmaterieller Beweggrund zu verstehen. Die Nutzung der Daten dürfe nicht der Erwirtschaftung eines finanziellen Gewinnes dienen, sondern müsse «höhere» Ziele verfolgen. Die politischen Parteien würden die ihnen zur Verfügung gestellten Adressdaten unter anderem dafür verwenden, um die Neuzugezogenen als Mitglieder zu gewinnen und darüber hinaus deren Gunst bei anstehenden Wahlen. Sie würden damit im Resultat nichts anderes als Wahlwerbung betreiben. Diese Art der Datenverwendung weise jedoch keinen kommerziellen Charakter auf.

e/bb) Es ist der Beschwerdeführerin darin Recht zu geben, dass die hier strittige Voraussetzung in § 8 Abs. 2 lit. c DSG in erster Linie bezweckt, die Herausgabe von Einwohnerdaten an Dritte zu verhindern, welche mit diesen Daten ein kommerzielles Ziel verfolgen wollen. Dritte sollen mit diesen Daten keinen finanziellen Gewinn erzielen können. Politische Parteien streben auch einen Gewinn an, dieser ist aber nicht merkantiler Natur. Sie wollen im Rahmen von Wahlen möglichst viele Stimmen gewinnen. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen Parteien Wahlwerbung betreiben. Dazu gehört auch, dass sie Einwohnerinnen und Einwohner, die sie in einer bestimmten Gemeinde bisher noch nicht angesprochen haben, also die «Jungen» und die «Neuzugezogenen», mit geeignetem Werbematerial zu erreichen versuchen. Der Regierungsrat meint hingegen, beim Begriff des «schützenswerten ideellen Zwecks» sei eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht. Sein Gedankengang lautet dabei zusammengefasst wie folgt: Solange die erteilten Sammelauskünfte dafür verwendet werden, um bestimmte Einwohnerinnen und Einwohner in einem Ausmass gewissermassen neutral und zurückhaltend über die eigene Existenz als Partei zu informieren, verfolgt eine Partei einen schützenswerten ideellen Zweck. Enthält die Sendung dagegen politische Botschaften sowie Hinweise auf von der Partei portierte Kandidatinnen und Kandidaten bei bevorstehenden National- und Ständeratswahlen, dann lässt sich der mit den Daten verfolgte Zweck nicht mehr als ideell und schützenswert bezeichnen. Die vom Regierungsrat vorgenommene Differenzierung überzeugt nicht. Der Regierungsrat verkennt damit die wichtige Bedeutung, welche den Parteien im Rahmen von Parlamentswahlen zukommt. Es steht ausser Frage, dass die Wahl der parlamentarischen Vertretung eines der fundamentalsten Rechte unserer Demokratie ist. Praktisch alle Vertreter in den nationalen Parlamenten gehören einer politischen Partei an. Es ist deshalb auch allgemein anerkannt, dass die Parteien und ihre Kandidierenden, aber auch sogenannte unabhängige Kandidaten, im Vorfeld der Wahlen die Möglichkeit haben müssen, sich und ihre Ideen vorzustellen. Ohne diese Information kann ein demokratisches System gar nicht funktionieren. In diesem Zusammenhang sei auch daran zu erinnern, dass der Verfassungsgeber die besondere Bedeutung, welche den politischen Parteien im demokratischen Meinungsbildungsprozess in der Schweiz zukommt, in einem eigenen Verfassungsartikel gewürdigt hat (Art. 137 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Es fällt dem Gericht daher schwer, das von der Beschwerdeführerin verfolgte Ziel nicht als schützenswert und ideell anzusehen. Analysiert man den strittigen unbestimmten

Rechtsbegriff unter dem Blickwinkel seines Sinns und Zwecks, so ist festzuhalten, dass es nicht dem Sinn dieser Voraussetzung entspricht, Werbeaktivitäten der politischen Parteien im Vorfeld von nationalen Parlamentswahlen zu verhindern oder einzuschränken.

(...)

g) Aufgrund der Auslegung des strittigen unbestimmten Rechtsbegriffs in § 8 Abs. 2 lit. c DSG nach historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ist zusammenfassend festzuhalten, dass eine politische Partei mit Sitz im Kanton Zug einen schützenswerten ideellen Zweck verfolgt, wenn sie im Vorfeld von nationalen Parlamentswahlen die Daten von den seit den letzten nationalen Wahlen volljährig gewordenen Einwohnerinnen und Einwohnern einer Zuger Gemeinde von den Einwohnerkontrollen in Erfahrung bringen will, um damit im Rahmen eines einmaligen Aussands Wahlwerbung zu betreiben. Das Gleiche lässt sich sagen, wenn eine politische Partei mit Sitz im Kanton Zug dafür die Daten von denjenigen Personen in Erfahrung bringen will, welche seit den letzten nationalen Wahlen in eine Zuger Einwohnergemeinde neu zugezogen sind. Die Beschwerdeführerin hat genau dieses Ziel verfolgt. Ihrem Gesuch ist zu entnehmen, dass sie die «Jungen» und die «Neuzugezogenen» in den Zuger Einwohnergemeinden vor den National- und Ständeratswahlen mit Hilfe der von den Einwohnerkontrollen zur Verfügung gestellten Daten gezielt anschreiben wollte, um ihre Kandidaturen vorzustellen und die Angeschriebenen zur Wahl zu motivieren. Indem der Regierungsrat den strittigen unbestimmten Rechtsbegriff deutlich enger auslegte und den schützenswerten ideellen Zweck einer Sammelauskunft für eine einmalige Wahlwerbung bei diesen Personen in acht Zuger Gemeinden im Vorfeld der National- und Ständeratswahlen vom Oktober 2015 verneinte, hat er Recht verletzt.

7. Der Regierungsrat schreibt im angefochtenen Entscheid, die Beschwerdeführerin sei entgegen ihrer Meinung nicht auf die Daten angewiesen, um auf das aktive Wahlrecht aufmerksam zu machen. Mehrere Gemeinden (...) würden einen gemeinsamen Wahlprospektversand für die Parteien durchführen. (...) Paragraph 4 lit. d DSG bringt das im Datenschutzrecht verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip zum Ausdruck. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die von der Beschwerdeführerin gewünschten Sammelauskünfte, welche einen Eingriff in die Rechte der Dateninhaber, d.h. der Einwohnerinnen und Einwohner, bewirken, nur dann gestattet sind, wenn die Auskünfte für die Zielerreichung der Beschwerdeführerin überhaupt erforderlich und geeignet sind. Ferner ist gefordert, dass das Interesse der Beschwerdeführerin an der Datenbekanntgabe andere entgegenstehende Interessen überwiegt (vgl. BGE 140 I 2 E. 9.2.2). Sind diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt, dürfen der Beschwerdeführerin die verlangten Einwohnerdaten nicht herausgegeben werden. Nachfolgend gilt es die erwähnten Voraussetzungen zu prüfen.

a) Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, im Vorfeld der nationalen Parlamentswahlen junge und neuzugezogene Einwohnerinnen und Einwohner in den Zuger Gemeinden persönlich anzuschreiben, um bei diesen Personengruppen Wahlwerbung betreiben zu können. Die Bekanntgabe der von der Beschwerdeführerin verlangten Daten aus den Einwohnerregistern ist zweifellos ein geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen.

b) Mit einer Datenbekanntgabe an die Beschwerdeführerin wird das datenschutzrechtliche Gebot der Zweckbindung durchbrochen. Einwohnerinnen und Einwohner sind von Gesetzes wegen verpflichtet, bestimmte Daten bekanntzugeben. Diese dürfen grundsätzlich nur zur Erfüllung der gesetzlich festgelegten, öffentlichen Aufgaben verwendet werden. Da es im Datenschutzrecht gilt, die Betroffenen vor einer beliebigen Weiterverwendung ihrer Daten zu bewahren, stellt sich vorliegend die Frage, ob es für die Beschwerdeführerin Vorgehensweisen gibt, bei denen sie ihr Ziel erreichen kann, wobei weniger stark in die Rechte der Dateninhaber, d.h. der Einwohnerinnen und Einwohner, eingegriffen wird. Zwar organisieren mehrere Gemeinden im Kanton Zug einen gemeinsamen Wahlprospektversand für die Parteien. Dieser ist aber entgegen der Ansicht des Regierungsrats und der Einwohnergemeinden nicht zu vergleichen mit dem Anliegen der Beschwerdeführerin. Auch ist es im Rahmen eines gemeinsamen Aussands an alle Haushalte möglich, ganz allgemein Wahlwerbung zu betreiben. Die Beschwerdeführerin will in ihrem Aussand aber Junge und Neuzugezogene zielgruppengerecht und persönlich ansprechen können. Dieses Anliegen lässt sich im Rahmen eines an sämtliche Haushalte verteilten Sammelkuverts mit Wahlmaterial aller Parteien selbstredend nicht verwirklichen. Als Alternative in Frage käme ein eigenständig organisierter Massenaussand. Die Post bietet solche Lösungen unter dem Namen «PromoPost» an. Dabei werden sogenannte «offizielle Sendungen» – wozu die Post ausdrücklich Sendungen von politischen Parteien versteht – in alle Briefkästen verteilt. (...) Zwar kann eine Partei mit dem Massenmailing von PromoPost alleine für sich werben und damit wohl einen besseren Werbeeffekt erzielen als bei einem von der Gemeinde organisierten gemeinsamen Wahlprospektversand, doch kann sie dabei die Empfängerinnen und Empfänger nicht persönlich ansprechen, und auch eine Zustellung an ganz bestimmte Einwohnerinnen und Einwohner ist so nicht möglich. Daher ist auch ein Aussand mittels PromoPost aus der Sicht der Beschwerdeführerin kein Mittel, mit dem sie ihr Ziel erreichen kann und bei dem gleichzeitig schonender mit den Einwohnerdaten umgegangen wird. Die beiden vom Regierungsrat und den Einwohnergemeinden ins Spiel gebrachten Varianten wären unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten allerdings dann das «mildere» Mittel, wenn eine Partei alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde mit identischem Wahlwerbematerial erreichen will. Die Einwohnergemeinden befürchten eine Werbeflut bei den Einwohnerinnen und Einwohnern, was ein Ärgernis sei (...). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nur spezifische Einwohnerinnen und Einwohner in einer Gemeinde anschreiben will und eben nicht alle. Würde sie für ihre Botschaften an die «Jungen» und «Neuzugezogenen» auf Massen-

mailings setzen, wäre die Papierflut grösser. Hinzu kommt, dass es sich dabei um eine ausgesprochen ineffiziente Massnahme handeln würde. Die meisten Empfängerinnen und Empfänger würden sich von der Sendung nicht angesprochen fühlen und das Wahlwerbematerial wohl gleich wieder dem Abfall übergeben. Mit Blick auf das von den Einwohnergemeinden angesprochene Ärgernis ist zu sagen, dass die Einwohnerinnen und Einwohner voraussetzungslos verlangen können, dass ihre Daten nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen, somit auch nicht an politische Parteien (§ 9 Abs. 1 DSG). Die Einwohnergemeinden haben es in der Hand, ihre Einwohnerinnen und Einwohner mit geeigneten Mitteln auf dieses Recht aufmerksam zu machen. Nach dem Gesagten steht fest, dass die Beschwerdeführerin auf die gewünschte Datensammlung angewiesen ist, um ihr Ziel zu erreichen. Es gibt aus Sicht des Datenschutzes dafür kein milderer Mittel.

c) Im Rahmen der Prüfung der sogenannten Zweck-Mittel-Relation ist in erster Linie das private Interesse der Beschwerdeführerin am Erhalt der Daten gegen das Interesse der Einwohnerinnen und Einwohner abzuwägen, deren Daten an Dritte weitergegeben werden sollen. Die Beschwerdeführerin, eine politische Partei, will mit den Daten im Vorfeld der nationalen Parlamentswahlen Wahlwerbung betreiben. Wie festgestellt, verfolgt sie damit nicht nur ein rein privates Interesse, das heisst sie möchte nicht nur Sitze gewinnen, sondern sie trägt damit zum Funktionieren der Demokratie bei. Sie nimmt mit ihrem Anliegen somit indirekt auch ein öffentliches Interesse wahr. Auf der anderen Seite stehen die Einwohnerinnen und Einwohner, die ein berechtigtes Interesse daran haben, dass ihre Daten grundsätzlich nur zur Wahrnehmung von gesetzlich geregelten, öffentlichen Aufgaben verwendet werden. Die Beschwerdeführerin hat jedoch nicht die Herausgabe der Daten aller Einwohnerinnen und Einwohner verlangt, sondern nur von zwei spezifisch definierten Gruppen. Diese «Jungen» und «Neuzugezogenen» machen nur einen kleinen Teil der Einwohnerschaft aus. Sie sollen im Vorfeld der Wahlen nur einmal angeschrieben werden. In vier Jahren, bei den nächsten nationalen Parlamentswahlen, gehören die angeschriebenen Personen ausserdem nicht mehr zu den «Jungen» und «Neuzugezogenen». Führt man sich schliesslich vor Augen, dass, wie erwähnt, Einwohnerinnen und Einwohner die Datenherausgabe an Dritte jederzeit und voraussetzungslos unterbinden können, so ist festzustellen, dass in diesem Fall das Interesse der Beschwerdeführerin an einer Datenherausgabe das konträre Interesse der Einwohnerinnen und Einwohner deutlich überwiegt. Mit Ausnahme von Y. befürchten die Einwohnergemeinden, dass bei ihnen ein Mehraufwand entstehen könnte (...). Es ist für das Gericht nicht zu sehen, worin dieser Mehraufwand bestehen würde. Bei den heutigen elektronischen Datenverarbeitungssystemen dürfte es ein Leichtes sein, die verlangten Daten anhand der von der Beschwerdeführerin gewünschten Kriterien aus den Einwohnerregistern herauszufiltern. Etwas anderes haben die sieben Einwohnergemeinden denn auch nicht behauptet. Im Weiteren ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Einwohnergemeinden bei Sammelauskünften an Dritte für ihren Aufwand eine Gebühr gemäss Kantonsratsbeschluss über die Gebühren in Verwal-

tungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif, BGS 641.1) erheben können (§ 17 Abs. 3 DSG). (...)

d) Somit erweist sich das Gesuch der Beschwerdeführerin, soweit es noch Streitgegenstand vor Verwaltungsgericht bildet, als verhältnismässig. Die von ihr verlangte Datenbearbeitung hält vor § 4 lit. d DSG stand.

8. Die Direktion des Innern befürchtet bei Gutheissung der Beschwerde die Schaffung eines Präjudizes. Es müsste künftig auch anderen Gesuchen um Sammelauskünfte stattgegeben werden. Wenn im Extremfall sämtliche politische Parteien im Vorfeld von Wahlen solche Versände vornehmen würden, sei es durchaus nicht übertrieben, wenn der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid darauf hinweise, dass es zu vermeiden gelte, dass die Bevölkerung regelmässig und gehäuft durch politische Parteien angeschrieben werde (...). Die Datenschutzbeauftragte bringt in diesem Zusammenhang Folgendes vor: Würde dem Ansinnen der Beschwerdeführerin stattgegeben, könnten politische Parteien oder Interessengemeinschaften zukünftig auch vor Abstimmungen die Adressen bestimmter Personen herausverlangen, beispielsweise bei einer Finanzvorlage die Adressen aller Personen, die über 50 Jahre alt seien und die am Zugerberg oder in Walchwil wohnten (...). Für das Gericht liegt mit diesem Entscheid zwar ein Präjudiz vor, aber nicht in dem Sinne, wie von der Direktion des Innern und der Datenschutzbeauftragten befürchtet. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Sammelauskunft ein ideelles Anliegen (Wahlwerbung im Vorfeld der nationalen Parlamentswahlen) bei einer eng definierten Zielgruppe («Junge», «Neuzugezogene») in Bezug auf einen begrenzten Zeitraum (die letzten vier Jahre vor den Wahlen) verfolgt. Dazu kommt, dass diese Personen aufgrund der Zielgruppendefinition überhaupt nur einmal mit persönlich adressierter Werbung bedient würden. Insofern spricht sich das Gericht bei einer Gutheissung der Beschwerde nicht darüber aus, wie es bei strittigen Sammelauskunftsgesuchen entscheiden würde, bei denen davon auszugehen wäre, dass bestimmte Einwohnerinnen und Einwohner häufiger persönlich an sie adressierte Wahlwerbung erhalten könnten. Allerdings würde das Gericht auch dann zu berücksichtigen haben, dass der historische Gesetzgeber im DSG die Bekanntgabe von Einwohnerdaten an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung nicht verhindern wollte. Ferner würde das Gericht in einem derartigen Fall erneut in Erwägung ziehen müssen, dass im Gesetz die Erteilung von Drittauskünften im Sinne eines grundsätzlichen Anspruchs dieses Dritten ausgestaltet wurde. Mit einer Gutheissung ist im Übrigen, entgegen der Meinung der Datenschutzbeauftragten, ebenfalls nicht entschieden, ob Sammelauskunftsgesuchen politischer Parteien im Vorfeld von Sachabstimmungen stattgegeben werden müsste oder nicht.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 8 Abs. 2 lit. c DSG erlaubt, die Daten von «Jungen» und «Neuzugezogenen» an eine politische Partei mit Sitz im Kanton Zug zum Zwecke der Wahlwerbung vor eidgenössischen Wahlen herauszugeben. Dabei

sind mit den «Jungen» die Einwohnerinnen und Einwohner gemeint, die zwischen den letzten und anstehenden eidgenössischen Wahlen volljährig geworden sind. Mit den «Neuzugezogenen» sind diejenigen Einwohnerinnen und Einwohner gemeint, die im gleichen Zeitraum neu in die Gemeinde zugezogen sind und an einem bestimmten Stichtag immer noch dort wohnten. Die Herausgabe dieser Einwohnerdaten an Dritte erweist sich gemessen am konkret von der Beschwerdeführerin verfolgten Zweck (Hinweis auf die Möglichkeiten der politischen Mitarbeit, Vorstellen der verschiedenen Kandidaturen, Motivation zur Teilnahme an den Wahlen 2015) auch als verhältnismässig. Nach dem Gesagten hätten die acht Einwohnergemeinden, die von der Beschwerdeführerin verlangten Daten der «Jungen» und der «Neuzugezogenen» herausgeben müssen. Der Regierungsrat hat durch die Abweisung des angefochtenen Entscheids die zurückhaltende Praxis der [acht Gemeinden] in Bezug auf die Datenherausgabe für «die Jungen» und die «Neuzugezogenen» zu Unrecht geschützt. Der Entscheid vom 26. August 2015 ist somit aufzuheben und die Beschwerde gutzuheissen. Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei festzustellen, dass es sich bei ihrem im Gesuch vom 5. Mai 2015 geltend gemachten Zweck um einen schützenswerten ideellen Zweck gemäss § 8 Abs. 2 lit. c DSG handle. Da die eidgenössischen Wahlen 2015 der Vergangenheit angehören, verfügt die Beschwerdeführerin über ein schutzwürdiges Interesse an einem entsprechenden Feststellungsurteil (BGE 99 Ib 159 E. 1a). Die Beschwerdeführerin hat allerdings im Laufe des Verfahrens ihr Gesuch betreffend die Daten der «älteren, weiblichen Generation» fallengelassen, weshalb bezüglich dieser Gruppe keine Feststellung erfolgen kann. Das Feststellungsurteil wäre mit dem von der Beschwerdeführerin verlangten Satz allerdings nicht vollständig. Um dem Einzelfall gerecht zu werden, ist auch die Feststellung erforderlich, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz gemäss § 4 lit. d DSG standhält.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. März 2016, V 2015 105

Das Urteil ist rechtskräftig.

8. Öffentlichkeitsprinzip

8.1 §§ 9 und 10 ÖffG

Regeste:

§§ 9 und 10 ÖffG – Der Zugang zu amtlichen Dokumenten nach §§ 7 ff. ÖffG wird eingeschränkt, sofern überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung kommt nicht per se der besondere Stellenwert eines erhöhten öffentlichen Interesses zu (Erw. 3c). Ein überwiegendes Interesse liegt jedoch vor, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass sich der Regierungsrat als Kollegium präsentiert und als solches wahrgenommen wird. Daraus ergibt sich, dass das Abstimmungsverhältnis bei Beschlüssen des Regierungsrates nicht öffentlich gemacht werden darf (Erw. 4d und 5).

Aus dem Sachverhalt:

Am 17. November 2015 reichte A. beim Regierungsrat des Kantons Zug ein Gesuch um Zugang zu Auszügen aus Protokollen diverser Regierungsratssitzungen ein. Am 1. Dezember 2015 liess ihm der Regierungsrat die gewünschten Unterlagen zukommen. Am 9. Dezember 2015 ersuchte A. um weitere Unterlagen. Mit Verfügung in Briefform vom 15. Dezember 2015 liess der Regierungsrat dem Gesuchsteller nochmals verschiedene Unterlagen zukommen, lehnte aber seinen Antrag betreffend Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses in den regierungsrätlichen Protokollen vom 20. November 2012 und 23. September 2014 ab. Zur Begründung führte der Regierungsrat aus, der Regierungsrat sei ein Kollegium von sieben vom Zuger Stimvolk gewählten Mitgliedern. Bei Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses in Protokollauszügen würden sich das Kollegium einerseits und die einzelnen Ratsmitglieder andererseits Spekulationen, Gerüchten und womöglich sogar Druckversuchen aussetzen. Je nach Geschäft könnten Externe die Haltung von einzelnen Ratsmitgliedern aus dem Stimmenverhältnis herauslesen (je nach Sachgebiet und politischer Couleur des betroffenen Ratsmitglieds oder der betroffenen Ratsmitglieder). Dies widerspreche dem in § 10 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 26. September 2013 (GO RR, BGS 151.1) verankerten Kollegialitätsprinzip. Dadurch würde die Unabhängigkeit der Ratsmitglieder untergraben. Bei publikumswirksamen Geschäften wie dem vorliegenden sei die Bekanntgabe eines Stimmenverhältnisses zudem nicht zugänglich, weil dadurch die Haltung von Ratsmitgliedern in den in regelmässigen Abständen absehbaren Folgegeschäften voraussehbar wäre und dadurch die Freiheit aller Ratsmitglieder betreffend ihrer Meinungsbildung in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Im Bereich Wahlen und Abstimmungen sei dies besonders heikel. Dadurch sei letztlich das Funktionieren der Exekutive in Frage gestellt, was nicht im öffentlichen Interesse sei. Das Stimmgeheimnis in Bezug auf die einzelnen Mitglieder einer Kolle-

gialbehörde gehöre zu dem traditionellen Rechtsverständnis der schweizerischen Demokratie. Die Anonymisierung des Stimmenverhältnisses in Auszügen aus Protokollen eines grundsätzlich geheim beratenden Rates von nur sieben Mitgliedern sei gerechtfertigt, weil der Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses die genannten überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen würden, die andauern. Die Anonymisierung des Stimmenverhältnisses in Auszügen aus Protokollen sei als Einschränkung des Zugangs zum mittlerweile öffentlichen Dokument vertretbar und verhältnismässig, weil der Gesuchsteller ja – bis auf das Stimmenverhältnis – alle massgeblichen Sachinformationen erhalten habe. Gegen diese Verfügung reichte A. am 30. Dezember 2015 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, die Verfügung des Regierungsrates sei aufzuheben, die Herausgabe von vollständigen und unveränderten Kopien der regierungsrätlichen Protokolle vom 20. November 2012 sowie vom 23. September 2014 anzuordnen und die Sache zur neuen Entscheidung an den Regierungsrat zurückzuweisen. Zudem seien die Verfahrenskosten zu erlassen. Mit Vernehmlassung vom 5. Februar 2016 beantragte die Staatskanzlei im Auftrag des Regierungsrates die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. (...)

a) Gemäss § 7 Abs. 1 des Gesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 20. Februar 2014 (ÖffG, BGS 158.1) hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird gewährt durch Einsichtnahme vor Ort, die Aushändigung von Kopien oder auf elektronischem Weg (§ 8 Abs. 1 ÖffG). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben, mit Auflagen versehen oder verweigert, soweit überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 9 Abs. 1 ÖffG). Einschränkungen des Zugangs beziehen sich nur auf den schutzwürdigen Teil eines Dokuments und gelten nur so lange, als das überwiegende Interesse an der Geheimhaltung besteht. Das öffentliche Interesse ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, und wird in den gesetzlichen Bestimmungen, in denen er vorkommt, nicht näher konkretisiert. Der Gesetzgeber überlässt es der Rechtsprechung und der Lehre, den Begriff im Einzelfall auf dem Weg der Subsumtion mit konkreten Inhalten zu füllen. Wann ein öffentliches Interesse vorliegt, ergibt sich aus einer umfassenden Beurteilung von Sinn und Zweck der entsprechenden gesetzlichen Regelung. Paragraph 10 ÖffG definiert den Begriff der «überwiegenden öffentlichen Interessen» näher, indem er folgende Regelung enthält:

¹ Überwiegende öffentliche Interessen liegen namentlich vor, wenn durch Zugang

a) eine behördliche Massnahme vereitelt werden könnte;

b) die Position eines Organs in laufenden und absehbaren Verhandlungen gefährdet werden könnte;

c) der Bevölkerung Schaden zugefügt würde, namentlich durch die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.»

Die Definition ist nicht abschliessend, was sich aus der Formulierung «namentlich» ergibt, d.h. es gibt noch andere überwiegende öffentliche Interessen, die im Einzelfall durch Subsumtion mit konkreten Inhalten gefüllt werden müssen. Dies ergibt sich auch aus dem Bericht und Antrag des Regierungsrates zum Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip vom 26. Februar 2013 (KRV 14'262), wo von einer exemplarischen, aber nicht abschliessenden Aufzählung die Rede ist.

b) Aus den Materialien zum Öffentlichkeitsgesetz ergibt sich mit Bezug auf den in § 9 ÖffG verwendeten Begriff der überwiegenden öffentlichen Interessen Folgendes:

b/aa) Der Bericht und Antrag bzw. der entsprechende Gesetzesentwurf des Regierungsrates vom 26. Februar 2013 (KRV Nr. 14'262 ff.) enthielt noch eine andere Version von § 10 Abs. 1 Bst. a, indem geregelt war, dass überwiegende öffentliche Interessen namentlich vorliegen würden, wenn durch Zugang die behördliche Meinungsbildung und Entscheidungsfindung beeinträchtigt werden könnte, insbesondere bei Voten, Abstimmungen und Wahlen. Der Regierungsrat führt in seinem Bericht zu Bst. a (S. 19) aus, bei den hier erwähnten Interessen handle es sich wohl um den wichtigsten Anwendungsfall, nämlich um eine mögliche Beeinträchtigung der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Wörtlich wurde weiter ausgeführt: «Mancherorts besteht nämlich die Befürchtung, durch das Öffentlichkeitsprinzip werde die Meinungsbildung der Behörden behindert und das Kollegialitätsprinzip gestört. Der Entwurf nimmt diese Bedenken ernst, denn es ist legitim, dass eine Behörde ihre Entscheidungen vorbereiten kann, ohne dem Druck der Medien und der öffentlichen Meinung ausgesetzt zu sein» (S.19). Der Regierungsrat verwies auf die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, wo festhalten wurde, dass die frühzeitige Bekanntgabe bestimmter Positionen je nach den Umständen die öffentliche Auseinandersetzung vorzeitig blockieren könnte, denn es sei schwieriger, seine Meinung im Scheinwerferlicht zu ändern (vgl. hierzu BBl 2003, 2007). Weiter führte der Regierungsrat aus, die Beratungen in der Exekutive, aber auch in den kantonsrätlichen Kommissionen, seien Vertrauenssache. Es dürfe nicht sein, dass mit Blick auf die Öffentlichkeit jedes Wort auf die Goldwaage gelegt werden müsse. Die ungestörte Meinungsbildung könne also einem Gesuchsteller entgegengesetzt

werden, soweit nicht ein übergeordnetes Interesse zwingend dessen Zugänglichkeit erfordere.

b/bb) Aus dem Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 20. Juni 2013 ergibt sich, dass sich diese bezüglich § 10 Abs. 1 Bst. a des Gesetzesentwurfs gefragt hat, wie er zu verstehen und ob er wirklich notwendig sei. Im Bericht wird hierzu Folgendes festgehalten (KRV 14'465, S. 8): «Nach Ansicht des Regierungsrates soll damit verhindert werden, dass die Diskussionen und Abstimmungsverhältnisse im Regierungsrat bekannt werden, bevor ein Geschäft vollständig abgeschlossen ist, also beispielsweise noch Folgegeschäfte mit sich bringen kann. Es soll vermieden werden, dass die einzelnen Regierungsräte gegeneinander ausgespielt werden können. Die Kommission war der Ansicht, dass der Passus «...insbesondere bei Voten, Wahlen und Abstimmungen...» nicht erforderlich sei, da der erste Teilsatz ausreiche. Im weiteren Verlauf der Diskussionen setzte sich innerhalb der vorberatenden Kommission sogar die Meinung durch, es könne entgegen der Haltung des Regierungsrates ganz auf die Bestimmung von § 10 Absatz 1 Bst. a verzichtet werden. Der Schutz der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung könne aufgrund der allgemeinen Einschränkung wegen überwiegender öffentlicher Interessen gemäss § 9 auch ohne diese Bestimmung gewährleistet werden. Bei den in § 10 genannten Fällen handle es sich nämlich bloss um eine exemplarische Aufzählung zur Konkretisierung der in § 9 genannten öffentlichen Interessen. Es sei somit im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Zugang zu einem Dokument gewährt werden könne oder ob überwiegende öffentliche Interessen aus Gründen der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung einer Behörde entgegenstehen würden. Die vorberatende Kommission sprach sich mit 12 zu 2 Stimmen dafür aus, die Bestimmung von § 10 Abs. 1 Bst. a gemäss Entwurf zu streichen.

b/cc) Bei der 1. Lesung der Vorlage im Kantonsrat 12. Dezember 2013 beantragte der Präsident der vorberatenden Kommission Thomas Wyss die Streichung von § 10 Abs. 1 Bst. a des Entwurfs. Unter Verweis auf den Kommissionbericht erklärte er, dass der Schutz der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung aufgrund der allgemeinen Einschränkung wegen überwiegender öffentlicher Interessen gemäss § 9 auch ohne diese Bestimmung gewährleistet werden könne. Der Sicherheitsdirektor Beat Villiger seinerseits erklärte, dass der Regierungsrat an seiner Auffassung festhalte, weil der Schutz der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung wohl der wichtigste Anwendungsfall überwiegender öffentlicher Interessen darstelle. Wenn dieser Schutz nicht mehr gewährleistet sei, könnten die Mitglieder eines Entscheidgremiums gegeneinander ausgespielt werden und das Kollegialitätsprinzip werde unterwandert. Der Kantonsrat genehmigte in der Folge mit 41 zu 21 Stimmen die Streichung von § 10 Abs. 1 Bst. a des Entwurfs.

b/dd) Im Hinblick auf die 2. Lesung im Kantonsrat reichte die CVP-Fraktion am 28. Januar 2014 einen Antrag auf Änderung von § 12 Abs. 3 ein mit dem Wortlaut:

«Der Zugang ist ausgeschlossen für Sitzungsprotokolle des Regierungsrates und der Kommissionen des Kantonsrates». Zur Begründung ihres Antrages führte die Fraktion aus: «Die CVP unterstützt grundsätzlich das Öffentlichkeitsprinzip, will aber, wie auf Bundesebene und in den meisten anderen Kantonen, die Protokolle des Regierungsrates und der parlamentarischen Kommissionen im Interesse der Meinungsbildung und des Kollegialitätsprinzips vom Öffentlichkeitsgesetz ausnehmen. Für die CVP-Fraktion geht es bei diesem Antrag um den Schutz von zwei fundamentalen Prinzipien unserer politischen Kultur, namentlich um den der Konkordanz und Kollegialität. In einem Land, in dem nicht die Mehrheit die Minderheit dominieren soll, sondern alle relevanten Kreise in die Entscheidungsfindung und -umsetzung eingebunden werden sollen, ist es wichtig, dass die Zusammenarbeit über die Parteigrenze hinaus auf Vertrauen basiert. Dabei geht es nicht um Geheimniskrämerei, sind doch die eigentlichen Entscheide im Parlament und auch das schlussendliche Stimmenverhalten jedes einzelnen Parlamentariers völlig transparent. Es geht darum, das Abrücken von der eigenen Meinung im Interesse einer tragfähigen Lösung zu fördern und zu schützen. Das Kollegialitätsprinzip bedeutet, dass einmal gefasste Entscheide von den Exekutiven gegen aussen geschlossen vertreten werden. Ist das Abstimmungsverhalten jedes einzelnen Mitglieds jedoch öffentlich, so wird die Tendenz verstärkt, dass sich einzelne Mitglieder nicht an die getroffenen Entscheide gebunden fühlen und diese allenfalls hintertreiben. Öffentlichkeit ist wichtig, muss aber da seine Grenzen haben, wo sie die Arbeit des Parlaments und der Exekutive behindert».

b/ee) Im Rahmen der 2. Lesung des Gesetzesentwurfs über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 20. Februar 2014 wies der Kantonsrat den Antrag der CVP-Fraktion mit 50 zu 23 Stimmen ab. Im Rahmen der Diskussion des CVP-Antrages führte der Kommissionspräsident aus, in einer schriftlichen Befragung der Kommissionsmitglieder sei dargelegt worden, dass der Blick über die Kantonsgrenzen hinaus für den Antrag der CVP-Fraktion spreche. Beim Bund gelte die Regelung, dass die Bundesverwaltung sowie die Parlamentsdienste dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt seien, nicht aber der Bundesrat und die Bundesversammlung selbst. Sitzungsprotokolle des Bundesrates sowie parlamentarischer Kommissionen seien nicht öffentlich zugänglich. Begründet werde diese Ausnahme mit dem Schutz der Freiheit der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung sowie beim Bundesrat zusätzlich mit der Wahrung des Kollegialitätsprinzips. Die Mehrheit der Kantone, welche das Öffentlichkeitsprinzip kennen würden, würden den Zugang zu Protokollen von nicht öffentlichen Sitzungen ausschliessen (Aargau, Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt, Basel-Land, Freiburg, Schwyz und Wallis). Weiter habe die schriftliche Befragung ergeben, dass die entsprechende Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips für die Öffentlichkeit nur gering sei. Alle wesentlichen Dokumente zu einem Geschäft seien nach dessen Abschluss weiterhin einsehbar. Lediglich die Meinungsäusserungen und das Abstimmungsverhalten im Regierungsrat und in den kantonsrätlichen Kommissionen seien auch inskünftig nicht ersichtlich. Schliesslich erinnerte der

Kommissionspräsident daran, dass der Kantonsrat in der ersten Lesung § 10 Abs. 1 Bst. a gestrichen habe. Damit habe er – auch dem Willen der vorberatenden Kommission entsprechend – die behördliche Meinungs- und Entscheidungsbildung explizit als überwiegendes öffentliches Interesse anerkannt, welches besonders geschützt werden solle. Als Sprecher der SVP-Fraktion erklärte er aber, dass die Fraktion sich im Rahmen der zweiten Lesung treu bleibe und den Antrag, Regierungsrats- und Kommissionsprotokolle vom Öffentlichkeitsgesetz auszuschliessen, grossmehrheitlich ablehne. Für die FDP-Fraktion erklärte Irene Castell-Bachmann, die Fraktion lehne die einseitige Bevorzugung der regierungsrätlichen Sitzungen und der kantonsrätlichen Kommissionen ab. Für die SP-Fraktion erklärte Barbara Gysel, die Fraktion lehne den Antrag der CVP-Fraktion grossmehrheitlich ab. Bei den Argumenten der Freiheit und Ungestörtheit des politischen Prozesses handle es sich um Scheinargumente. Das ganze Gesetz sei derart aufgebaut, dass Dokumente erst dann zugänglich gemacht würden, wenn ein politisches Geschäft abgeschlossen sei und nicht vorher. Ein politisches Geschäft könne also ungehindert entwickelt werden. Für die Alternativ-Grüne Fraktion erklärte Vroni Straub-Müller, die Fraktion lehne den Antrag der CVP geschlossen ab. Sie wolle das Öffentlichkeitsgesetz nicht abschwächen und schon von Beginn weg mit Ausnahmeregelungen beschränken. Sie wolle, dass das Vertrauen in die Verwaltung und in die Regierungen gestärkt werde. Zudem würden gemäss den Angaben des Regierungsrates Beat Villiger in der Regel sowieso nur Beschlussprotokolle geführt.

c) Aus diesen Materialien ergeben sich für die im Öffentlichkeitsgesetz verankerten Einschränkungen die folgenden Schlussfolgerungen: Mit der Streichung von § 10 Abs. 1 Bst. a brachte die Legislative deutlich zum Ausdruck, dass sie der behördlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung nicht per se den besonderen Stellenwert eines erhöhten öffentlichen Interesses einräumen wollte, wie ihn der regierungsrätliche Gesetzesentwurf noch vorgesehen hatte. Eine klare Mehrheit des Kantonsrats hat sich – nach einer intensiven Diskussion – auch dafür ausgesprochen, dass die Protokolle des Regierungsrates und der kantonsrätlichen Kommissionen – im Gegensatz zu den Regelungen in den meisten anderen Kantonen und im Bund – nicht vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen werden. Besonders zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Befürworter einer Ausnahmeregelung für die Regierungsrats- und Kommissionsprotokolle in der kantonsrätlichen Debatte mit der Freiheit und Ungestörtheit des Entscheidungsprozesses und mit der Gefährdung des Kollegialitätsprinzips argumentierten. Gerade im Wissen um diese Argumente votierte die Mehrheit des Kantonsrates dafür, dass die Protokolle des Regierungsrates und diejenigen der kantonsrätlichen Kommissionen – mit Ausnahme von Protokollen einer besonderen parlamentarischen Untersuchungskommission – öffentlich zugänglich sein sollen.

4. Zu prüfen ist weiter, ob das Kollegialitätsprinzip durch eine Offenlegung der Abstimmungsverhältnisse eines regierungsrätlichen Entscheides in einem Mass verlet-

zt wird, dass deshalb der Zugang zu diesem Dokument gestützt auf die allgemeine Einschränkungsnorm von § 9 Abs. 1 ÖffG verweigert oder eingeschränkt werden darf. Der Regierungsrat stellt sich nämlich in der angefochtenen Verfügung auf den Standpunkt, die Anonymisierung des Stimmenverhältnisses in Auszügen aus Protokollen eines geheim beratenden Rates von nur sieben Mitgliedern sei gerechtfertigt, weil der Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses andauernde überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 9 ÖffG entgegenstehen würden. Zur Begründung verweist der Regierungsrat auf das Kollegialitätsprinzip und darauf, dass bei Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses sich das Kollegium einerseits und die einzelnen Ratsmitglieder andererseits Spekulationen, Gerüchten und womöglich gar Druckversuchen aussetzen würden.

a) Das Kollegialprinzip, welches auf Bundesebene ausdrücklich in Art. 177 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) vorgesehen ist, bedeutet auch auf kantonaler Ebene, dass die einzelnen Mitglieder einer Exekutivbehörde juristisch gesehen auf der Grundlage vollkommener Egalität operieren. Sie werden vom Volk auf die gleiche feste Amtsdauer gewählt, verfügen unabhängig voneinander über die gleiche demokratische Legitimation und haben im Kollegium die gleiche rechtliche Stellung. Entscheide über Regierungsgeschäfte gehen vom gesamten Regierungsratskollegium aus und nicht von den einzelnen Mitgliedern. Der Regierungsrat ist dafür als Organ politisch verantwortlich. Entsprechend sind die einzelnen Mitglieder gehalten, die Entscheide des Regierungsrates in gleicher Weise und glaubwürdig mitzutragen. Wer sich in den Regierungsrat wählen lässt, muss ein ausreichendes Mass an Kollegialeignung mitbringen (Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern 2011, § 36 N 8 ff.). Das Kollegialitätsprinzip verlangt von den Mitgliedern des Regierungsrates, dass sie sich mit dem Entscheid des Regierungsrates identifizieren und diesen nach aussen vertreten. In einer Mehrparteienregierung, wie sie in der Schweizer Referendumsdemokratie üblich ist, resultieren daraus parteiübergreifende Solidarisierungspflichten. Das dem Kollegialitätsprinzip inne wohnende Identifikationsgebot lässt sich vor diesem Hintergrund nur solange ohne Beschädigung der einzelnen Regierungsmitglieder halten, als das Kollegium die Einigung sucht und förmliche Abstimmungen nach Möglichkeit meidet. Unter diesen Umständen ist es wenig sinnvoll, das Verhalten von einzelnen Regierungsräten im Kollegium öffentlich zu machen, im Gegenteil: Das Kollegium müsste der «Transparenz» zuliebe zu regelmässigen Abstimmungen übergehen; damit würde aber der Einigungsdruck wegfallen und mit ihm ein wesentlicher Vorteil des Kollegialprinzips. Insofern ist das Sitzungsgeheimnis von Regierungskollegien eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren von Exekutivbehörden (siehe Tschannen, a.a.O., § 36 N 9 mit Verweis auf Bernhard Ehrenzeller, in: St. Galler Kommentar zu Art. 177 BV, N 14).

b) Von Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob dem uneingeschränkten Zugang zu den Protokollen des Regierungsrates überwiegende öffentliche Interessen ent-

gegenstehen, sind auch die Bestimmungen des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 26. September 2013 (GO RR, BGS 151.1), bei dem es sich – wie beim Öffentlichkeitsgesetz – um einen referendumpflichtigen Erlass handelt. In § 6 GO RR wird vorerst normiert, was bei einer Regierungsrats-sitzung überhaupt protokolliert werden muss. Gemäss § 6 Abs. 2 enthält das Protokoll die Beschlüsse sowie die Abstimmungen, Wahlen und Anstellungen mit Angabe der Stimmzahl. Bei strittigen Geschäften werden die wichtigsten, in die Beratung eingebrachten Argumente aufgeführt. Die Beratungen des Regierungsrates sind nicht öffentlich (§ 8 Abs. 1 GO RR). Die Ratsmitglieder dürfen unberechtigten Dritten keine Wahrnehmungen weitergeben, die sie bei der Ausübung des Amtes machen (§ 8 Abs. 2 GO RR). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten des Regierungsrates richtet sich nach dem Öffentlichkeitsgesetz (§ 8 Abs. 3 GO RR). Der Regierungsrat orientiert die Öffentlichkeit und die kantonale Verwaltung regelmässig und rasch über seine Beschlüsse von allgemeinem Interesse, soweit sie nicht dem Amtsgeheimnis unterliegen (§ 9 GO RR). In § 10 ist unter dem Titel «Kollegialitätsprinzip» geregelt, dass die Ratsmitglieder ungeachtet ihrer persönlichen Meinung für die Beschlüsse des Regierungsrates gegenüber Dritten einzustehen haben. Aus schwerwiegenden persönlichen Gründen kann der Regierungsrat Ratsmitglieder für ein einzelnes Geschäft vom Kollegialitätsprinzip entbinden (§ 10 Abs. 2 GO RR).

c) Der Regierungsrat hat sich schon verschiedentlich grundsätzlich zu Fragen des Kollegialitätsprinzips geäussert. So erklärte er in einer mündlichen Antwort zu einer das Kollegialitätsprinzip betreffend Interpellation von Heinz Tännler vom 11. Mai 2001 (KRV 10'551), dass dieses die Vertraulichkeit und Geschlossenheit stärke und die Leistungsfähigkeit erhöhe. «Es beinhaltet das gemeinsame Einstehen für gemeinsam gefasste Beschlüsse sowie ein einheitliches Auftreten nach aussen. Ein einzelnes Mitglied muss die Gewissheit haben, dass es allfällige Schwierigkeiten seines Standpunktes im Gremium offen legen kann und muss, ohne im Verhältnis zu andern staatlichen Organen und zur Öffentlichkeit Nachteile zu befürchten. ...Die unterschiedlichen politischen Auffassungen werden häufig in mehreren Schritten harmonisiert. Ein häufig kontroverser Interessenausgleich findet statt. Die unterschiedlichen Gestaltungswünsche werden zu einem tragfähigen Kompromiss zusammengeschmiedet. ... Alle Mitglieder, auch die überstimmten, müssen imstande sein, den Entscheid gegen aussen zu vertreten».

d) Bei der Beurteilung der Frage, inwieweit öffentliche Interessen eine Einschränkung des Zugangs zu den Protokollen der Sitzungen des Regierungsrates rechtfertigen könnten, ist in erster Linie zu beachten, dass die Sitzungen des Regierungsrates auch nach dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes nicht öffentlich sind. Auch ist es den Mitgliedern des Regierungsrates nach wie vor untersagt, unbeteiligten Dritten Wahrnehmungen weiter zu geben, die sie in Ausübung ihres Amtes machen. Zu beachten ist weiter, dass die uneingeschränkte nachträgliche Publikation des Werdegangs und der Abstimmungsverhältnisse bei einem Entscheid des Regierungs-

rates einen unerwünschten Einfluss auf die Meinungs- und Willensbildung innerhalb des regierungsrätlichen Kollegiums haben kann. Die nachträgliche Bekanntgabe des Stimmenverhältnisses kann die Mitglieder einer Kollegialbehörde unnötig unter Druck setzen, indem sie sich gegenüber der Presse, ihrer Wählerschaft, ihren Parteifreunden und allfälligen Gesuchstellern verpflichtet sehen könnten, in jedem Fall eine Abstimmung zu verlangen, auch wenn sich bereits während der Vorbereitung eines Geschäftes eigentlich eine einvernehmliche Lösung abgezeichnet, der die Mitglieder des Rates nach gewalteter Diskussion ihre Zustimmung geben können. Zu beachten ist auch, dass an einer nachträglichen Bekanntgabe allfälliger Abstimmungsverhältnisse auch nur ein relativ geringes Interesse bestehen kann, lässt sich doch ein Entscheid, der ja nach Willen des Kantonsrates in den wesentlichsten Punkten offen gelegt werden muss, nicht mehr abändern. Es ist aber der Wille von Verfassung und Gesetz, dass der Entscheid als Entscheid des Gesamtregierungsrates wahrgenommen wird und nicht als Entscheid, der mit einem zufälligen Stimmenverhältnis von 4 zu 3 als Entscheid einer «rechten» oder «linken» Mehrheit daher kommt. So kann man auch vermeiden, dass die Mitglieder des Regierungsrates, die ja dem Amtsgeheimnis unterstehen, mit Hilfe von Drittpersonen in zeitlicher Nähe zu einem Entscheid indirekt ihre abweichende Meinung ungestraft öffentlich machen können. Das Gericht geht daher mit dem Regierungsrat insofern einig, als ein erhebliches öffentliches Interesse daran besteht, dass das Abstimmungsverhältnis bei Beschlüssen des Regierungsrates im Fall der Zugangsgewährung zu den Protokollen der Regierungsratssitzungen nicht öffentlich gemacht werden darf.

e) Ein Blick auf die Regelungen in den übrigen Kantonen ergibt, dass die Sitzungen des Regierungsrates – mit Ausnahme des Kantons Solothurn – nicht öffentlich sind. In allen übrigen Kantonen sind die Protokolle der Sitzungen des Regierungsrates nur unter der Einschränkung einsehbar, dass keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Mehrere Kantone (z. B. Graubünden und Nidwalden) sehen vor, dass im Protokoll der Regierungsratssitzungen keine Hinweise auf Abstimmungsverhältnisse aufgeführt werden. Im Hinblick auf eine mögliche Publikation gibt es sogar Regelungen (z. B. Freiburg), welche eine doppelte Protokollierung (mit und ohne Abstimmungsergebnis) verlangen. Mehrere Kantone (z. B. Baselland und Baselstadt) sehen Einschränkungen des Einsichtsrechts wegen möglicher Verletzungen des Kollegialitätsprinzips ausdrücklich vor. In den Kantonen Nidwalden und St. Gallen dürfen im Protokoll des Regierungsrates keine Minderheitsmeinungen aufgeführt werden, und im Kanton Zürich sind bei Geschäften des Regierungsrates Anträge, Mitberichte und Stellungnahmen von der Protokollierung ausgeschlossen. Auch diese kurzen Hinweise auf die Regelungen in den andern Kantonen zeigen, dass dem Kollegialitätsprinzip überall ein sehr grosser Stellenwert zukommt, welcher besondere Sorgfalt im Umgang mit der Veröffentlichung von regierungsrätlichen Sitzungsprotokollen verlangt.

5. Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Aus den Materialien zum Öffentlichkeits-

gesetzt ist klar zu entnehmen, dass der Kantonsrat sich dafür entschieden hat, dass die Beschlüsse des Regierungsrates der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. Der Kantonsrat hat aber nicht entschieden, dass die Entscheide des Regierungsrates uneingeschränkt, d.h. unter Bekanntgabe von Namen und der Abstimmungsverhältnisse zugänglich zu machen sind. Liegt ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse vor, so darf der Zugang zu den Protokollen eingeschränkt, aufgeschoben, oder verweigert werden. Ein solches überwiegendes Interesse liegt vor, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass der Regierungsrat sich als Kollegium präsentiert und auch als solches wahrgenommen wird. Der Regierungsrat weist zu Recht darauf hin, dass das Stimmgeheimnis bezogen auf die einzelnen Mitglieder eine Kollegialbehörde einer der zentralen Werte des schweizerischen Rechtssystems ist. Das Hauptmerkmal der regierungsrätlichen Tätigkeit liegt darin, dass er als Kollegium auftritt. Entsprechend sollen seine Entscheide nach aussen auch als Entscheide einer Kollegialbehörde wahrgenommen werden und nicht als Entscheide, welche eine majorisierte Minderheit nolens volens mittragen muss.

Damit erweist sich die Beschwerde auch bezüglich des Antrags auf Einsicht in das Protokoll der Regierungsratssitzung vom 23. September 2014 als unbegründet und muss abgewiesen werden. Wie bereits eingangs unter Erw. 2 ausgeführt, besteht bezüglich des Protokolls vom 20. November 2012 überhaupt kein Anspruch auf Einsicht.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. März 2016, V 2016 1
Das Urteil ist rechtskräftig.

9. Geoinformation

9.1 § 36 GeoIV-ZG, Art. 4 GeoNV, § 42 VRG

Regeste:

§ 36 GeoIV-ZG, Art. 4 GeoNV – Der Gemeinderat bzw. Stadtrat ist im Bereich der Bezeichnung gemeindlicher Strassen oder Plätze nicht verpflichtet, eine (kommunale oder kantonale) Nomenklaturkommission anzuhören. Wird eine Nomenklaturkommission eingesetzt, hat sie ausschliesslich beratende Funktion und ihre Empfehlungen sind nicht verbindlich; die entscheidende Behörde darf jedoch nur mit triftigen, sachlich vernünftigen und überzeugenden Gründen von der Meinung der Fachstelle abweichen (Erw. 6). Beim Vorhaben, eine Parzelle in der Stadt Zug «Kirschtortenplatz» zu nennen, handelt es sich um eine Namensänderung und nicht um eine Neubenennung. Namensänderungen dürfen nur aus öffentlichem Interesse erfolgen und der Name muss allgemein akzeptiert sein (Erw. 7).

§ 42 VRG – Vorliegend hat es der Regierungsrat unterlassen, im Rahmen seiner umfassenden Kognition zu prüfen, ob der Stadtrat als entscheidende Behörde sein Ermessen in Nachachtung der bundesrechtlichen Vorgaben richtig gehandhabt hat, weshalb der Entscheid aufzuheben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (Erw. 5a und 8).

Aus dem Sachverhalt:

Der Stadtrat Zug beschloss am 10. September 2013, dass der «heute namenlose Platz an der Alpenstrasse gegenüber dem Geburtshaus der Zuger Kirschtorte» an der nördlichen Ecke des Dreispitzplatzes ab 2015 «Kirschtorten-Platz» heissen solle. Auf Gesuch der A. & Co. Kollektivgesellschaft vom 3. Oktober 2014 entschied der Stadtrat Zug, die beabsichtigte Benennung des Platzes mit Hinweis auf die Einsprachemöglichkeit gemäss GeoIG zu publizieren. Die Stockwerkeigentümergeinschaft B. erhob fristgerecht Einsprache gegen den Stadtratsbeschluss vom 10. September 2013. Mit Entscheid vom 17. März 2015 hiess der Stadtrat die Einsprache insofern gut, als der Platz an der Alpenstrasse an der nördlichen Ecke des Dreispitzplatzes «Kirschtortenplatz» heissen solle. Im Übrigen wurde sie abgewiesen. Dagegen liess die Stockwerkeigentümergeinschaft B. am 13. April 2015 beim Regierungsrat des Kantons Zug Verwaltungsbeschwerde einreichen mit den Anträgen, dass der Beschluss des Stadtrates vom 10. September 2013 aufzuheben sei, die Sache an den Stadtrat zurückzuweisen und dieser anzuweisen sei, die kantonale Nomenklaturkommission für einen neuen Beschluss beizuziehen. Mit Beschluss vom 8. September 2015 wies der Regierungsrat diese Beschwerde ab. Zusammengefasst hielt er fest, dass der Platz vermessungsrechtlich als Strasse zu qualifizieren sei, weshalb die kantonale Nomenklaturkommission nicht angehört werden müssen. Die Stadt Zug sei somit abschliessend zuständig für die Namensbezeichnung. Die

Auswahl liege im Ermessen des Gemeinderates und Anwohner hätten grundsätzlich kein Recht auf einen schönen, passenden oder althergebrachten Namen. Die Argumentation des Stadtrates für den Namen (Werbung des Gemeinwesens für ein Nahrungsmittel, Ansehen etc.) sei vertretbar und es gebe keine Gründe, welche die breite Akzeptanz als fraglich erscheinen liesse. Durch die Verankerung der 400-jährigen Kirschkultur in der Stadt mittels der Neubenennung des «abparzellierten» Platzes sei das öffentliche Interesse hinreichend und vertretbar begründet.

Am 14. Oktober 2015 liess die Stockwerkeigentümerschaft B. Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen mit dem Antrag, dass der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zug vom 8. September 2015 und der Beschluss des Stadtrats von Zug vom 10. September 2013 aufzuheben seien. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2015 verzichtete die Direktion des Innern namens des Regierungsrates auf eine Vernehmlassung und stellte auch keinen eigenen Antrag auf Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde. Der Stadtrat Zug beantragte mit Vernehmlassung vom 1. Dezember 2015 die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Geoinformation vom 5. Oktober 2007 (Geoinformationsgesetz, GeoIG, SR 510.62) erlässt der Bundesrat Vorschriften zur Koordination der Namen von Gemeinden, Ortschaften und Strassen. Diese Kompetenz nahm der Bundesrat mit Erlass der Verordnung über die geografischen Namen vom 21. Mai 2008 (Geo-NV, SR 510.625) wahr. In Art. 3 GeoNV sind die in der Verordnung verwendeten Begriffe definiert. Gemäss Art. 3 lit. a GeoNV sind Namen von Strassen geografische Namen. Unter den Strassenbegriff werden Strassen, Wege, Gassen, Plätze und benannte Gebiete, die als Strassenbezeichnungen für Adressen dienen, subsumiert (Art. 3 lit. f GeoNV). Artikel 4 GeoNV statuiert die Grundsätze der Namensgebung: Demgemäss sind geografische Namen einfach schreib- und lesbar und werden allgemein akzeptiert (Abs. 1); sie werden, soweit möglich und sinnvoll, in Anlehnung an die Standardsprache (Schriftsprache) der Sprachregion formuliert (Abs. 2); und geografische Namen und ihre Schreibweise dürfen nur aus öffentlichem Interesse geändert werden (Abs. 3). Das Bundesamt für Landestopografie erlässt Regeln für die geografischen Namen der Landesvermessung und der amtlichen Vermessung. Diese bestehen insbesondere aus den Regelungen für die Sprachregionen. Zur Schreibweise der Strassenamen und der Gebäudeadressierungen erlässt es Empfehlungen (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c Geo-NV). Zurzeit liegt immer noch erst dessen «Empfehlung Gebäudeadressierung und Schreibweise von Strassenamen für die deutschsprachige Schweiz» in der Version 1.6 vom 3. Mai 2005 vor. Das Bundesrecht (vgl. Art. 9 GeoNV) verlangt (nur) für die ge-

ografischen Namen der amtlichen Vermessung, also für Namen der topografischen Objekte, die in den Informationsebenen Nomenklatur (Flurnamen, Ortsnamen und Geländennamen), Bodenbedeckung und Einzelobjekte verwendet werden (Art. 3 lit. b GeoNV), die Einsetzung einer kantonalen Nomenklaturkommission als Fachstelle.

Gemäss Art. 25 GeoNV müssen alle Strassen in Ortschaften und anderen bewohnten Siedlungen benannt werden. Die Schreibweise der Strassennamen, die Elemente der geografischen Namen der amtlichen Vermessung übernehmen, wird auf regionaler Ebene harmonisiert. Die Schreibweise der Strassennamen der amtlichen Vermessung ist behördenverbindlich. Die Kantone gewährleisten die umfassende Benennung von Strassen und regeln die Zuständigkeit und das Verfahren für die Festlegung und Harmonisierung der Strassennamen (Art. 26 Abs. 1 und 2 GeoNV).

b) Das Gesetz über Geoinformation im Kanton Zug vom 29. März 2012 (Geoinformationsgesetz, GeolG-ZG, BGS 215.71) vollzieht das Bundesgesetz über die Geoinformation und regelt die Geodaten auf dem Kantonsgebiet (§ 1 Abs. 1 GeolG-ZG). Gemäss § 25 Abs. 1 GeolG-ZG bezeichnet die kantonale Nomenklaturkommission die geografischen Namen der amtlichen Vermessung und legt die Schreibweise fest. Der Gemeinderat legt die Quartier- und Strassennamen fest (§ 25 Abs. 2 lit. a GeolG-ZG). Ebenfalls liegt es in der Kompetenz des Gemeinderates, Ortschaften innerhalb des Gemeindegebietes zu bestimmen und abzugrenzen. In diesen Fällen legt der Gemeinderat den Namen und die Schreibweise fest, wobei die kantonale Nomenklaturkommission zur Schreibweise anzuhören ist (§ 25 Abs. 2 lit. b GeolG-ZG). Während somit für geografische Namen der amtlichen Vermessung und der Landesvermessung (zu den Begriffsdefinitionen Art. 3 lit. b und c GeoNV) die Nomenklaturkommission die Namen und Schreibweisen verbindlich festlegt (Art. 9 und Art. 25 Abs. 3 GeoNV und darauf abgestützt § 25 Abs. 1 GeolG-ZG), hat sich der Gemeinderat (resp. Stadtrat) von Gesetzes wegen «nur» an die Grundsätze von Art. 4 GeoNV bzw. an die Empfehlungen des Bundesamtes für Landestopografie zu halten. Im Bereich der Strassenbezeichnung – und damit auch der Benennung von Plätzen – ist auf Gesetzesebene nicht einmal die Anhörung der Nomenklaturkommission zwingend angeordnet, wie sich e contrario auch aus § 36 Abs. 1 der Verordnung über Geoinformation im Kanton Zug vom 18. Dezember 2012 (Geoinformationsverordnung, GeolV-ZG), welcher den Aufgabenbereich der kantonalen Nomenklaturkommission beschreibt, ergibt.

c) Die Stadt Zug führt ein Namensverzeichnis von Strassen, Wegen, Plätzen, Höfen, Fluren und Gewässern. Die Ausgabe 2012 wurde vom Baudepartement der Stadt Zug und der städtischen Nomenklaturkommission in Zusammenarbeit mit der Korporation Zug, der GIS-Fachstelle des Kantons Zug und dem Tiefbauamt des Kantons Zug (Wasserbau und baulicher Gewässerschutz) erarbeitet und vom Verwaltungsrat der Korporation Zug am 13. Oktober 2009 (betreffend Korporationsnamen) und von Stadtrat Zug am 3. Juli 2012 (betreffend Gesamtverzeichnis) genehmigt. Gemäss

den Erläuterungen zu diesem Verzeichnis berät die städtische Nomenklaturkommission den Stadtrat in Fragen der Neu- und Umbenennung von Strassen, Plätzen und Häusern der Stadt Zug. Sie beurteilt Benennungsvorschläge aus der Bevölkerung und legt die richtige Schreibung der Namen fest. Der siebenköpfigen Kommission gehören Vertreterinnen und Vertreter der verschiedenen Stadtteile, der Post und der Verwaltung sowie Historiker und Sprachwissenschaftler an (vgl. S. 6 des Verzeichnisses).

d) Die «Empfehlung des Bundesamtes für Landestopografie vom 3.5.2005» bezweckt, die Gemeinden bei der Einführung und Pflege der Gebäudeadressierung zu unterstützen. Da es aus verschiedenen Gründen (Post, Rettungsdienste, Feuerwehr etc.) nötig ist, dass Gebäude eindeutig adressiert sind und schnell aufgefunden werden können, empfiehlt es sich demgemäss, jedes einer Strasse zugeordnete Gebäude strassenweise durchzunummerieren. In der «Empfehlung» werden Namen von Plätzen wie Strassennamen behandelt. Aus der räumlichen Zuordnung einer Anliegerliegenschaft zu einer Strasse oder zu einem Platz folgt somit gemäss – einleuchtender und vernünftiger – Empfehlung deren Adressierung.

3. Die Stadt Zug ist Eigentümerin der Parzelle GS Nr. 844, die den Namen «Bundesplatz» trägt. Diese Bezeichnung ist im Grundbuchplan des Zuger Geoportals ZugMap (www.zugmap.ch) eingetragen. Die Parzelle verläuft schräg von Südosten nach Nordwesten. Im Norden grenzt sie an die Gotthardstrasse und im Westen an die Alpenstrasse. Alle an dieser Parzelle gelegenen Häuser führen als Adresse den Namen «Bundesplatz» mit je eigener Nummer. Angrenzend im Südwesten liegt die ebenfalls im Eigentum der Stadt Zug stehende Parzelle GS Nr. 843, welche als öffentlicher Parkplatz dient. Diese Parzelle wird vom Stadtrat als Dreispitzplatz bezeichnet, welcher Name aber nicht im Grundbuch steht. Daran schliesst die Parzelle GS 842 mit einem öffentlichen Warenhaus mit der Adresse Bundesplatz 11 – 17 an. Südlich sind noch weitere Grundstücke dem Bundesplatz zugeordnet. Die Liegenschaften mit Adresse «Bundesplatz» umfassen eine Fläche von rund 10'000 m². Mit Beschluss vom 10. September 2013 legte der Stadtrat Zug fest, dass der nach seiner Ansicht namenlose Platz an der Alpenstrasse gegenüber dem Geburtshaus der Zuger Kirschtorte ab 2015 «Kirschtorten-Platz» heisse. Auf Einsprache hin änderte er die Schreibweise auf «Kirschtortenplatz», behielt aber den Namen bei. Der vorgesehene Platz hat eine Fläche von rund 500 m² und liegt am nördlichen Ende des Bundesplatzes. Er wird von den beiden nördlich und westlich verlaufenden Strassen und südlich von einem Kiosk und Fahrradständern begrenzt, im Osten stösst er an das Haus B., wobei aber ein kleiner Vorplatz zu dessen Eingang nach Willen des Stadtrates ausgespart und vom Rest des geplanten Kirschtortenplatzes abgetrennt wird. Nach Ansicht des Stadtrates hat dies u.a. auch die Wirkung, dass die Adresse der Beschwerdeführer, Bundesplatz XY, nicht geändert werden muss.

Gemäss Stadtratsbeschluss vom 10. September 2013 veranlasste das 100-Jahr-Ju-

biläum der Zuger Kirschtorte den Stadtrat dazu, den nördlichsten Teil des Dreispitzplatzes an der Kreuzung Gotthardstrasse/Alpenstrasse, «gewissermassen nomenklatorisch abzuparzellieren» und ihn neu «Zuger-Kirschtorten-Platz» zu benennen. Damit solle die 400-jährige Kirschkultur in der Stadt Zug verankert werden. Vor dem Beschluss holte er die Meinung der städtischen Nomenklaturkommission ein, deren Haltung er im Stadtratsbeschluss wiedergab. Demgemäss vertrat diese Kommission die Ansicht, dass am fraglichen Ort städtebaulich keine Platzsituation gegeben sei. Die Pendlerströme suchten sich dort zwischen Kiosk, Blumentrögen, Bäumen, Restaurantmobiliar etc. einen Weg zum Bahnhof. Die Plastik «Nicole» von Josef Rickbacher stehe mittendrin und komme nicht zur Geltung. Unter den Bäumen im fraglichen Bereich gebe es keine Kirschbäume, was bei der beabsichtigten Bezeichnung unabdingbar wäre. Die Bezeichnung «Zuger-Kirschtorten-Platz» würde von der Bevölkerung nicht mit dem Gründerhaus an der Alpenstrasse 7 in Verbindung gebracht, sondern mit der direkt gegenüber liegenden Konditorei Speck. Dies werde von der Kommission als unzulässige Bevorzugung eines einzelnen Kirschtortenproduzenten erachtet. Strassen und Plätze dürften nicht als Marketinginstrumente missbraucht werden. Zusätzlich sei die vorgeschlagene Bezeichnung ein Wort-Ungetüm, welches erfahrungsgemäss keine Akzeptanz habe und von der Bevölkerung nicht verwendet werde, somit eine eigentliche Totgeburt wäre. Zur Verankerung der Zuger Kirschentradition seien weder der vorgeschlagene Name noch der Standort geeignet. Der Stadtrat vertrat demgegenüber die Ansicht, dass die Zuger Kirschtorte eine bedeutende identitätsstiftende Marke der Stadt Zug sei; es gehe nicht um Marketing für eine Firma, sondern um die Marke schlechthin. Die Stadt sehe vor (sobald die personellen Ressourcen es erlaubten), ein Gesamtkonzept zu erstellen, damit der gesamte Platz mit seinen Nutzungen freundlicher, übersichtlicher und durchlässiger gestaltet werden könne. Der Stadtrat verfolge eine langfristige Strategie und trage dem Umstand Rechnung, dass in der Stadt rund 34 % international ausgerichtete Personen lebten, die diese Marke in die Welt trügen. In Berücksichtigung des Einwandes der Kommission werde der Wortbestandteil «Zuger» gestrichen und der Name auf «Kirschtorten-Platz» gekürzt.

4. Die Beschwerdeführer rügen, dass die kantonale Nomenklaturkommission nicht angehört worden sei und sich der Stadtrat willkürlich über die Empfehlung der von ihm beigezogenen, zwar an sich nicht mehr zuständigen kommunalen Kommission hinweggesetzt habe. Der Regierungsrat habe sich trotz voller Kognition ebenfalls in keiner Weise mit den Argumenten der Kommission auseinandergesetzt, sondern im Wesentlichen bloss die Erwägungen des Stadtrates wiederholt und lapidar festgestellt, dass dessen Argumentationen vertretbar seien. Damit verkomme das Rechtsmittel zur Farce. Auch habe er die begründete Besorgnis betreffend Adressänderung völlig unberücksichtigt gelassen. Der Regierungsrat habe den Sachverhalt ungenügend bzw. unrichtig festgestellt und seine Begründungspflicht verletzt. Auch sei nicht geklärt worden, ob überhaupt ein öffentliches Interesse an der neuen Bezeichnung bestehe, welche für eine Namensänderung erforderlich sei. Der

Stadtrat habe nur aufgrund einiger weniger privater Interessen, quasi aus Goodwill, gehandelt. Darüber hinaus handle es sich beim vorgesehenen Ort gar nicht um einen eigenständigen Platz. Da der Stadtrat sein Ermessen nach unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Gesichtspunkten betätigt habe, habe er sein Ermessen missbraucht. Jedenfalls habe er sein Ermessen unangemessen ausgeübt, was der Regierungsrat hätte überprüfen und feststellen müssen.

5. a) Mit der Verwaltungsbeschwerde können gemäss § 42 VRG alle Mängel des Verfahrens und des angefochtenen Entscheides gerügt werden, insbesondere ist die Rüge möglich, der angefochtene Entscheid sei unzweckmässig oder unangemessen. Neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen und die Bezeichnung neuer Beweismittel sind zulässig. Die Beschwerdeinstanz prüft die Beschwerde, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Sie kann den Entscheid zugunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern (§ 47 Abs. 1 VRG). Der Regierungsrat kann (in bestimmten Fällen) die unrichtige Handhabung des Ermessens kontrollieren. Diese Bestimmung ermächtigt ihn im Grundsatz, sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Kommt der Rechtsmittelinstanz volle Kognition zu, ist sie verpflichtet, diese voll auszuschöpfen. Beschränkt sie ihre Überprüfung auf eine reine Rechtskontrolle oder gar eine blosser Willkürprüfung, so begeht sie eine formelle Rechtsverweigerung (BGE 130 II 449 E 4.1). Nach der Rechtsprechung hat sie aber einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen (BGE 133 II 35 E 3). Unangemessen ist eine Anordnung dann, wenn sie zwar innerhalb des Ermessensspielraumes liegt, Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet, das Ermessen aber unzweckmässig ausgeübt wird (vgl. Marco Donatsch, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 20 N. 49 f.). Die Rechtsmittelinstanzen haben praxisgemäss das Ermessen dann zurückhaltend zu kontrollieren, wenn es sich um Entscheide im Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie handelt oder die Natur der Streitsache (besondere technische, wirtschaftliche oder örtliche Kenntnisse) einer uneingeschränkten Überprüfung entgegensteht (vgl. Marco Donatsch, a.a.O., N. 55).

b) Vorliegend schreibt der Bundesgesetzgeber vor, welche Kriterien bei der Benennung von geografischen Gegebenheiten, wozu Strassen und Plätze gehören, zu beachten sind. Es sind dies die einfache Schreib- und Lesbarkeit des neuen Namens, die allgemeine öffentliche Akzeptanz, die Anlehnung an die Standardsprache der Sprachregion und die Änderung des Namens aus öffentlichem Interesse. Im Bereich der Namensgebung sind die Ansprüche vielfältig und massgeblich individuell geprägt. Es versteht sich, dass unzählige Möglichkeiten für eine Benennung mit ebenso guten (oder noch besseren) Gründen zur Wahl stehen. Im Kanton Zug überliess es der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Kompetenzzuweisung dem jeweiligen Gemeinderat, die Namen der Strassen auf seinem

Gemeindegebiet zu bestimmen. Diese gesetzgeberische Lösung ist sinnvoll, da die gemeindliche Behörde mit den lokalen Verhältnissen und Bedürfnissen vertraut ist. Angesichts der Vielzahl (ebenfalls) passender Namen ist es daher richtig, dass der Regierungsrat nicht sein eigenes Ermessen an dasjenige des Gemeinderates setzt, ansonsten der Gesetzgeber direkt dem Regierungsrat die Kompetenz zur Namensgebung hätte erteilen sollen. Es ist daher richtig, wenn der Regierungsrat sich auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die Kriterien des Bundesgesetzgebers eingehalten worden sind.

c) Vorliegend kann festgestellt werden, dass sich der Regierungsrat mit den bundesrechtlichen Kriterien für eine Namensgebung auseinandergesetzt hat. Allerdings ist der Vorwurf der Beschwerdeführer, er habe sich auf ihre Argumentation gar nicht eingelassen, sondern sich im Wesentlichen mit der Wiederholung der Begründung des Stadtrates begnügt und so dessen Haltung als vertretbar erachtet, nicht ganz von der Hand zu weisen. Tatsächlich findet sich keine explizite Auseinandersetzung mit der Haltung der kommunalen Nomenklaturkommission. Auch äussert sich der Regierungsrat mit keinem Wort zur rechtlichen Frage, ob – da tatsächlich vom Stadtrat zwar so nicht angeordnet – eine Neubenennung des Platzes zwingend zu der von den Beschwerdeführern befürchteten Adressänderung führen müsste. Es mutet denn auch etwas eigenartig an, dass er im vorliegenden Gerichtsverfahren nicht nur auf eine Vernehmlassung verzichtete und auch nicht auf seine Erwägungen verwies, sondern nicht einmal einen Antrag stellte und insofern auch keinen gerichtlichen Schutz für seinen eigenen Entscheid begehrte. Eine Verletzung der Begründungspflicht, die als Verletzung des rechtlichen Gehörs qualifiziert werden müsste, kann aber nicht bejaht werden, weshalb der angefochtene Beschluss nicht aus formellen Gründen aufzuheben ist.

6. In formeller Hinsicht ist weiter festzuhalten, dass weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht den Beizug einer (kantonalen oder kommunalen) Nomenklaturkommission bei der Benennung von gemeindlichen Strassen oder Plätzen vorschreiben. Der Stadtrat Zug hat daher korrekt die kantonale Nomenklaturkommission nicht miteinbezogen. Hingegen hat die Stadt Zug auf kommunaler Ebene eine Nomenklaturkommission als Fachstelle für Namensgebungen und -beurteilungen eingesetzt, weshalb der Stadtrat richtigerweise vorgängig deren Meinung eingeholt hat. Ebenfalls korrekt ist die Ansicht des Stadtrates, dass die Kommission ausschliesslich beratende Funktion hat und ihre Beurteilungen resp. Empfehlungen keinen verbindlichen Charakter haben. Die entscheidende Behörde ist nicht an deren Einschätzungen gebunden. Sinn und Zweck einer Fachstelle ist aber gerade, dass bei ihr das für die Beantwortung einer Frage spezifisch benötigte Wissen gebündelt vorhanden ist und abgerufen werden kann. Es darf und muss daher erwartet werden, dass die entscheidende Behörde nur mit triftigen, sachlich vernünftigen und überzeugenden Gründen von der Meinung der Fachstelle abweichen darf. Vorliegend hat der Stadtrat entgegen der klaren Meinungsäusserung der Nomenklaturkommission

entschieden; dies ist formell klar zulässig. Insgesamt gibt es daher keinen Anlass, den Stadtratsbeschluss aus formellen Gründen aufzuheben.

7. In materieller Hinsicht ist zu prüfen, ob die Beurteilung des Regierungsrates zutrifft, dass die gewählte Bezeichnung der vom Stadtrat gewählten Örtlichkeit die bundesrechtlichen Kriterien erfüllt und der Stadtrat sein Ermessen richtig handhabte. Dem Regierungsrat ist zuzustimmen, dass der Namensgeber (hier der Stadtrat) im Übrigen frei in der Namenswahl ist.

a) Der Stadtrat Zug geht beim von ihm benannten «Kirschtortenplatz» von einer bis anhin namenlosen Örtlichkeit aus. Diese Meinung trifft offensichtlich nicht zu: Gemäss Grundbuch gehören diese 500 m² zur Parzelle GS Nr. 844, welche im Grundbuch als Ganzes mit «Bundesplatz» bezeichnet ist. Sie bildet den oberen Abschluss der Parzelle. Der Stadtrat wollte diesen Teil denn auch nur «nomenklatorisch abparzellieren». In rechtlicher Sicht handelt es sich somit nicht um eine Neubenennung, sondern um eine Namensänderung, die gemäss Art. 4 Abs. 3 GeoNV nur aus öffentlichem Interesse erfolgen darf.

Die Nomenklaturkommission ist vorab der klaren Meinung, dass es sich beim fraglichen Ort in räumlicher und städtebaulicher Hinsicht nicht einmal um einen Platz handelt. Der (ausgeweitete) Bereich der Parzelle sei so stark mit Kiosk, Restaurantmobiliar, Blumentrögen, Bäumen möbliert, dass sich die Pendler den Weg zum Bahnhof suchen müssten. Auch die Skulptur «Nicole» von Josef Rickenbacher komme nicht zur Geltung. Letztere Aussage impliziert ebenfalls, dass die Örtlichkeit nicht als Platz wahrgenommen wird, sondern mehr als verbreiterter Weg zum/vom Bahnhof.

Der Stadtrat und mit ihm der Regierungsrat begründen das öffentliche Interesse mit der Tatsache, dass in der Nähe an der Alpenstrasse 7 die Kirschtorte erfunden worden sei. Die Kirschtorte sei eine bedeutende identitätsstiftende Marke der Stadt; 34 % der Wohnbevölkerung seien international ausgerichtet und würden die Marke in die Welt tragen. Aus Sicht der Nomenklaturkommission wird der Name dagegen eher als Marketingmittel für die Kirschtortenproduzenten empfunden; sie erachtet den gewählten Ort als unzulässige Bevorzugung der direkt gegenüber liegenden Confiserie Speck. Ein Bezug zum Gründerhaus an der Alpenstrasse sei nicht erkennbar.

Weder Stadt- noch Regierungsrat haben sich mit der Örtlichkeit konkret befasst. Der Stadtrat hat allerdings die Absicht geäussert, dass er, wenn es die personellen Ressourcen dann erlaubten, die Örtlichkeit einmal so umgestalten werde, dass sie freundlicher, übersichtlicher und durchlässiger werde – und dass er auf diese Weise Platzcharakter in räumlicher Hinsicht herstellen will. Soweit es um den genannten inhaltlichen, auch historischen Bezug – die Erinnerung an die Erfindung der Kirschtorte – geht, so könnte dieser auf dem direkt gegenüber der Alpenstrasse

7 (Erfinderhaus) liegenden so genannten Dreispitzplatz oder auf dem südlichen Teil des Bundesplatzes vis-à-vis der Treichler Confiserie (Gründerhaus) möglicherweise deutlicher hervorgehoben werden. Ob mit der Benennung eines Ortes in der Stadt mit «Kirschtorte» tatsächlich die 400-jährige Kirschkultur verankert werden kann (und soll), wenn die bestehenden Bäume keine Kirschbäume sind, ist eine aufgeworfene Frage, die weder vom Stadt- noch Regierungsrat beantwortet wurde. Auch ist die von der Nomenklaturkommission befürchtete Bevorzugung eines einzigen Kirschtortenherstellers nicht von der Hand zu weisen. Dass dies nicht in der Absicht des Stadtrates liegt, ist durchaus glaubhaft, doch mit dem blossen Nichtteilen dieser Ansicht sind die Bedenken nicht weggewischt. Ein Stadtrat, der sich nicht dem Vorwurf der einseitigen Bevorzugung aussetzen will, müsste auf irgendeine Weise versuchen festzustellen (z. B. durch eine repräsentative Umfrage o.ä.), wie der Name in der Bevölkerung wahrgenommen wird. Der Regierungsrat hat sich begnügt, in blosser Wiederholung der Argumente des Stadtrates das öffentliche Interesse an der Namensänderung zu bejahen. Mit den bedenkenwerten Einwänden der Nomenklaturkommission und denjenigen der Beschwerdeführer in räumlicher und inhaltlicher Hinsicht hat er sich nicht auseinandergesetzt und hat die unterschiedlichen, je auch zutreffenden Interessen und Anliegen nicht gegeneinander abgewogen. Ohne Vorliegen des öffentlichen Interesses lässt der Bundesgesetzgeber aber eine Namensänderung nicht zu (vgl. Art. 4 Abs. 3 GeoNV).

b) Namen von Strassen und Plätzen müssen einfach schreib- und lesbar sein. Diese Anforderung darf bei «Kirschtortenplatz» wohl ohne weiteres bejaht werden.

c) Als weiteres Kriterium für die Namenswahl wird deren allgemeine Akzeptanz gefordert. Es ist naturgemäss schwierig, eine Akzeptanz zu fordern bzw. zu überprüfen, wenn ein Name neu und daher in der Öffentlichkeit noch gar nicht etabliert ist. Für die Bejahung der Akzeptanz wird es aber nicht genügen, dass ein Name nur nicht anstössig oder nicht lächerlich ist oder eine Verbindung zu von der Öffentlichkeit negativ besetzten und solcherart abgelehnten Ereignissen oder Personen herstellt. Akzeptanz ist nicht gleich bedeutend mit fehlender Ablehnung, sondern stellt insofern höhere Anforderungen. Wenn der Regierungsrat in Ziff. 2.3 des angefochtenen Entscheids erwägt, «Kirschtortenplatz» sei nicht anstössig, so ist ihm selbstverständlich zuzustimmen. Mit nur dieser Eigenschaft aber bereits die breite Akzeptanz zu verbinden, erscheint etwas gewagt. Die Begründung des Stadtrates unter Verweis auf die Alkoholgesetzgebung bzw. auf ein Informationsschreiben der Eidg. Alkoholverwaltung, wonach die Benennung eines Ortes mit einem alkoholhaltigen Lebensmittel aus polizeilichen Gründen erlaubt sei, kann offensichtlich auch nicht als Beweis für die breite Akzeptanz genügen, wie dies der Regierungsrat ohne Nachfrage übernimmt. Die Beschwerdeführer verweisen im Zusammenhang mit der Akzeptanz auf eine Online-Umfrage vom 29. Januar 2015; demgemäss fänden 30 % den Namen eine gelungene Würdigung der Kirschtortenkultur, 12 % sei es egal und 58 % hielten den Namen für einen PR-Gag. Auch andere Kirschtortenproduzenten,

nicht aber der Inhaber der angrenzenden Confiserie, seien nicht überzeugt von dieser Idee. Ob diese Darstellungen der Beschwerdeführer zutreffen, muss an dieser Stelle nicht verifiziert werden. Ihre Hinweise müssen jedoch als Indiz dafür gewertet werden, dass die Akzeptanz nicht im vom Bundesgesetzgeber geforderten Mass gegeben sein könnte. Auf welche Weise die Akzeptanz ermittelt wird, ist aber nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, sondern des Namensgebers bzw. der ihn mit umfassender Kognition prüfenden Rechtsmittelinstanz.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Stadtrat Zug in der Bezeichnung einer Strasse oder Platzes grundsätzlich ein grosses Ermessen zukommt, in welches die Rechtsmittelbehörde nicht ohne Not eingreift. Es ist daher richtig, dass der Regierungsrat nicht einfach sein Ermessen an dasjenige des Stadtrates setzt. Im Rahmen seiner umfassenden Kognition wäre er aber verpflichtet gewesen zu prüfen, ob das Ermessen vom Stadtrat in Nachachtung der bundesrechtlichen Vorgaben richtig gehandhabt wurde. Dies hat er vorliegend pflichtwidrig unterlassen, indem er sich zwar formell mit den bundesrechtlichen Kriterien für geografische Namen befasste, materiell aber eine fundierte Begründung unterliess. Insofern muss ihm eine formelle Rechtsverweigerung und damit eine Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Die Beschwerde wird daher gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit gestützt auf § 72 Abs. 1 VRG zur Neubeurteilung – insbesondere zur Prüfung der Platzsituation mit Abtrennung des Hauseinganges der Beschwerdeführer, des öffentlichen Interesses für eine Namensänderung und der Akzeptanz des Namensvorschlages – an die Vorinstanz zurückgewiesen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. März 2016, V 2015 123
Das Urteil ist rechtskräftig.

10. Strassenverkehrsrecht

10.1 Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG; Art. 30 VZV

Regeste:

Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG, Art. 30 VZV – Eine Person, die unter dem Einfluss von Cannabis ein Fahrzeug gelenkt hat, erfüllt den Tatbestand von Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG und ist deshalb ohne weiteres einer Fahreignungsabklärung zu unterziehen (Erw. 4a). Bei einem THC-Carbonsäurewert im Blut von 88 µg/L und einem THC-Wert von 15 µg/L sowie Hinweisen auf psychische Probleme durfte die Vorinstanz von ernsthaften Zweifeln an der Fahreignung ausgehen, und den Führerausweis vorsorglich entziehen (Erw. 4b).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 entzog das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug M., Jahrgang 1966, den Führerausweis aller Kategorien vorsorglich für unbestimmte Zeit. Zur Begründung führte das Strassenverkehrsamt aus, M. sei als Lenker eines Personenwagens von der Polizei anlässlich einer Kontrolle positiv auf Cannabis getestet worden. Der forensisch-toxikologische Abschlussbericht des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Bern habe zudem ergeben, dass der im Vollblut nachgewiesene Wert der THC-Carbonsäure (THC-COOH) von 88 µg/L eindeutig auf einen chronischen und hohen Cannabiskonsum hinweise, der die Fahreignung deutlich in Frage stelle. Es würden erhebliche Zweifel an der Eignung von M. zum Lenken von Motorfahrzeugen und Mofas bestehen, weshalb ihm der Führerausweis vorsorglich für unbestimmte Zeit entzogen werde. Über die Frage, ob ein Sicherungsentzug zu verfügen sei, werde erst entschieden, wenn geklärt sei, ob M. aus gesundheitlichen Gründen zum Lenken von Fahrzeugen in der Lage sei oder nicht.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Juni 2016 liess M. die Aufhebung der Verfügung vom 19. Mai 2016 und die umgehende Wiedererteilung des Führerausweises beantragen. Zudem sei von einer spezialärztlichen Abklärung der Fahreignung durch eine anerkannte Institution abzusehen. Das Strassenverkehrsamt beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Motorfahrzeugführer müssen über Fahreignung und Fahrkompetenz verfügen (Art. 14 Abs. 1 SVG). Über keine Fahreignung verfügt (insbesondere), wer an einer Sucht leidet, die das sichere Führen von Motorfahrzeugen beeinträchtigt (Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG), oder wer nach seinem bisherigen Verhalten keine Gewähr bietet, als Motorfahrzeugführer die Vorschriften zu beachten und auf die Mitmenschen Rücksicht zu nehmen (Art. 14 Abs. 2 lit. d SVG). Wer wegen Alkohol-, Betäubungsmittel- oder Arzneimittelleinfluss oder aus anderen Gründen nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahruntfähig und darf kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 2 SVG). Befindet sich ein Fahrzeugführer in einem Zustand, der die sichere Führung des Fahrzeugs ausschliesst, so verhindert die Polizei die Weiterfahrt und nimmt den Führerausweis ab (Art. 54 Abs. 3 SVG). Von der Polizei abgenommene Ausweise sind sofort der Entzugsbehörde zu übermitteln; diese entscheidet unverzüglich über den Entzug. Bis zu ihrem Entscheid hat die Abnahme eines Ausweises durch die Polizei die Wirkung des Entzugs (Art. 54 Abs. 5 SVG).

b) Gemäss der Verkehrsregelverordnung des Bundesrates vom 13. November 1962 (VRV, SR 741.11) gilt eine Fahruntfähigkeit (im Sinne von Art. 31 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 7 lit. a SVG) grundsätzlich als erwiesen, wenn im Blut des Fahrzeuglenkers

Tetrahydrocannabinol (THC/Cannabis) nachgewiesen wird (Art. 2 Abs. 2 lit. a VRV). Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) erlässt nach Rücksprache mit Fachexperten Weisungen über den Nachweis dieser Substanzen (Art. 2 Abs. 2bis VRV). Gemäss der Verordnung vom 22. Mai 2008 des ASTRA (VSKV-ASTRA, SR 741.013.1) zur bundesrätlichen Strassenverkehrskontrollverordnung vom 28. März 2007 (SKV, SR 741.013) gilt Cannabis im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a VRV als nachgewiesen, wenn der THC-Messwert im Blut den Grenzwert von 1.5 µg/L erreicht oder überschreitet (Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA). Dieser Grenzwert dient in erster Linie als Richtwert für die Feststellung einer aktuellen Fahrunfähigkeit (im Sinne von Art. 31 Abs. 2 und Art. 91 Abs. 2 SVG) und damit verbundene Strafsanktionen bzw. administrative Warnungsentzüge von Führerausweisen (Art. 55 Abs. 7 lit. a SVG). Für die Prüfung der generellen Fahreignung bzw. eines (vorsorglichen) Sicherungsentzuges wegen Anzeichen für Drogensucht (vgl. dazu nachfolgende Erw. 2c) haben sie nur eine beschränkte Bedeutung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_365/2013 vom 8. Januar 2014 Erw. 4.3).

c) Führerausweise sind mangels Fahreignung auf unbestimmte Zeit zu entziehen (sog. Sicherungsentzug), wenn der Lenker an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG) oder wenn er aufgrund seines bisherigen Verhaltens nicht Gewähr bietet, dass er künftig beim Führen eines Motorfahrzeuges die Vorschriften beachten und auf die Mitmenschen Rücksicht nehmen wird (Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG). Auf fehlende Fahreignung wegen Drogensucht darf nach der Praxis des Bundesgerichtes geschlossen werden, wenn der Lenker nicht (mehr) in der Lage ist, Drogenkonsum und Strassenverkehr ausreichend auseinanderzuhalten, oder wenn die naheliegende Gefahr besteht, dass er im akuten Rauschzustand am motorisierten Strassenverkehr teilnimmt (BGE 129 II 82 Erw. 4.1; 127 II 122 Erw. 3c mit Hinweisen). Ein regelmässiger aber kontrollierter und mässiger Cannabiskonsum erlaubt für sich allein noch nicht den Schluss auf eine fehlende Fahreignung. Von Bedeutung sind die Konsumgewohnheiten des Lenkers, seine Vorgeschichte, sein bisheriges Verhalten im Strassenverkehr und seine Persönlichkeit (BGE 128 II 335 Erw. 4a mit Hinweisen; Urteil 1C_445/2012 vom 26. April 2013 Erw. 3.1).

d) Bestehen Zweifel an der Fahreignung einer Person, so wird diese einer Fahreignungsuntersuchung unterzogen, namentlich bei Fahren unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln oder bei Mitführen von Betäubungsmitteln, die die Fahrfähigkeit stark beeinträchtigen oder ein hohes Abhängigkeitspotenzial aufweisen (Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG). In dieser Situation ist der Führerausweis nach Art. 30 der Verkehrszulassungsverordnung vom 27. Oktober 1976 (VZV, SR 741.51) im Prinzip vorsorglich zu entziehen, denn diesfalls steht die Fahreignung des Betroffenen ernsthaft in Frage, weshalb es unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit grundsätzlich nicht zu verantworten ist, ihm den Führerausweis bis zum Vorliegen des Untersuchungsergebnisses zu belassen (BGE 125 II 396 Erw. 3; Urteile des Bundes-

gerichts 1C_356/2011 vom 17. Januar 2012 Erw. 2.2 und 1C_292/2015 vom 20. Oktober 2015 Erw. 2.1, je mit Hinweisen). Im Übrigen setzt die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung (wegen einer möglichen Drogensucht im Sinne von Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG) rechtsprechungsgemäss nicht zwangsläufig voraus, dass der Lenker unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln gefahren ist oder bei der Anlasstat Drogen im Fahrzeug mitgeführt hat (vgl. Urteil 1C_445/2012 vom 26. April 2013 Erw. 3.2). Der strikte Beweis für eine den Sicherungszug rechtfertigende fehlende Fahreignung ist im Verfahren des vorsorglichen Sicherungszuges noch nicht erforderlich (BGE 125 II 492 Erw. 2b und 122 II 359 Erw. 3a, je mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1C_658/2015 vom 20. Juni 2016 Erw. 2, mit Hinweisen).

3. Strittig und zu prüfen ist, ob das Strassenverkehrsamt dem Beschwerdeführer den Führerausweis aller Kategorien mit Verfügung vom 19. Mai 2016 zu Recht vorsorglich auf unbestimmte entzogen und den Erlass einer definitiven Verfügung von einer spezialärztlichen Fahreignungsabklärung abhängig gemacht hat oder nicht. In Verfahren nach § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG – wie in casu – kann das Gericht neben Rechtsverletzungen (§ 63 Abs. 1 VRG) und entscheidenderheblichen unrichtigen oder ungenügenden Sachverhaltsfeststellungen (§ 63 Abs. 2 VRG) auch die unrichtige Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz (§ 63 Abs. 3 VRG) überprüfen.

4. Den vorliegenden Akten ist zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer am 12. März 2016, um ca. 11.50 Uhr, von der Kantonspolizei Aargau aufgrund eines positiv ausgefallenen Drogenschnelltests der Führerausweis abgenommen wurde (...). Der Beschwerdeführer musste dann im Spital Baden sowohl eine Blut- als auch eine Urinprobe abgeben, wobei die Urinprobe positiv ausfiel und das Institut für Rechtsmedizin der Universität Bern im Blut des Beschwerdeführers einen THC-Wert von 15 µg/L sowie einen THC-Carbonsäurewert (THC-COOH) von 88 µg/L nachweisen konnte (...). Damit wurde der vom ASTRA festgelegte THC-Grenzwert von 1.5 µg/L deutlich überschritten, weswegen der Beschwerdeführer am 12. März 2016 zum Zeitpunkt der Polizeikontrolle wegen Betäubungsmittelinfluss erwiesenermassen fahrunfähig war (vgl. vorstehende Erw. 2b) und damit eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz beging (Art. 16c Abs. 1 lit. c SVG). Dies ist grundsätzlich unbestritten und wurde vom Beschwerdegegner in der vorliegend angefochtenen Verfügung unter Ziff. 7 zu Recht festgehalten.

a) Umstritten sind nun aber die Rechtmässigkeit des vorsorglichen Führerausweisentzugs und die Bedingung einer spezialärztlichen Fahreignungsabklärung. Was die Fahreignungsabklärung betrifft, ist zunächst auf vorstehende Erw. 2d und insbesondere auf Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG zu verweisen. Das Gesetz zählt exemplarisch auf, bei welchem Sachverhalten per se von Zweifeln an der Fahreignung eines Fahrzeuglenkers auszugehen ist, namentlich – unter anderem – beim Fahren unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln. Der Beschwerdeführer, der unbestrittenermassen unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln (Cannabis) ein Fahrzeug gelenkt hat, er-

füllt somit den Tatbestand von Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG. Bei Erfüllung eines der nicht abschliessend aufgezählten Tatbestände von Art. 15d Abs. 1 SVG werden die Zweifel an der Fahreignung einer Person von Gesetzes wegen vermutet. Sie begründen einen Anfangsverdacht fehlender Fahreignung. Die entsprechende Person ist deswegen ohne weiteres einer Fahreignungsabklärung zu unterziehen, zumal es sich bei Art. 15d Abs. 1 SVG nicht um eine «Kann-Bestimmung» handelt (Jürg Bickel, in: Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, Art. 15d N 14 f.). Der Tatbestand von Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG setzt sodann nicht voraus, dass der Konsument der Drogen tatsächlich nicht in der Lage ist, Drogenkonsum und Strassenverkehr ausreichend auseinanderzuhalten, bezweckt doch die Untersuchung die Abklärung genau dieser Frage (Jürg Bickel, a.a.O., Art. 15d N 23). Somit ist der Antrag des Beschwerdeführers, wonach von einer spezialärztlichen Abklärung der Fahreignung durch eine anerkannte Institution abzusehen sei, abzuweisen.

b) Obwohl sich die Anordnung einer spezialärztlichen Fahreignungsabklärung damit als rechtmässig erwiesen hat, bedeutet dies noch nicht, dass auch der vorsorgliche Führerausweisentzug rechtmässig war. Artikel 30 VZV setzt nämlich das Bestehen ernsthafter Zweifel voraus, während Art. 15d Abs. 1 SVG lediglich Zweifel voraussetzt. Mithin verbleibt zu prüfen, ob der Beschwerdegegner zu Recht vom Bestehen ernsthafter Zweifel an der Fahreignung des Beschwerdeführers ausgehen durfte oder nicht. Bereits zuvor in Erw. 2d wurde unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausgeführt, dass bei Anordnung einer Fahreignungsabklärung in der Regel auch ein vorsorglicher Führerausweisentzug zu verfügen ist. In casu lenkte der Beschwerdeführer nicht nur ein Fahrzeug unter Betäubungsmittelinfluss, sondern es wurde ihm darüber hinaus auch noch ein THC-Carbonsäurewert (THC-COOH) im Blut von 88 µg/L nachgewiesen. Dieser Wert befindet sich deutlich über dem Grenzwert von 40 µg/L, ab welchem gemäss dem Rundschreiben der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Januar 2014 von einem mehr als gelegentlichen bzw. einem häufigen Cannabiskonsum (mehr als zweimal pro Woche) auszugehen ist (...). Nachdem somit bereits kraft gesetzlicher Vermutung von Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG Zweifel an der Fahreignung des Beschwerdeführers vorhanden waren, wurden diese Zweifel durch den sehr hohen und auf einen chronischen Cannabiskonsum hinweisenden THC-Carbonsäurewert in seinem Blut noch verstärkt. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Tatsache, dass der THC-Wert des Beschwerdeführers zum Kontrollzeitpunkt 15 µg/L betrug und damit den maximal zulässigen Wert von 1.5 µg/L um das Zehnfache überschritt. Es ist zumindest fraglich, ob der nächtliche Marihuanakonsum dazu führen konnte, dass der Grenzwert von 1.5 µg/L auch elf Stunden nach dem Konsum noch um das Zehnfache überschritten war. Zweifel bestehen insbesondere auch deshalb, weil die Kantonspolizei Aargau bei der Kontrolle im Fahrzeuginnern einen Cannabisgeruch wahrnehmen konnte (...). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer seit August 2015 in psychotherapeutischer Behandlung war und es anfangs 2016 zu einer psychischen Krise kam (...). Obwohl aufgrund der fachärztlichen Bestätigung davon auszugehen

ist, dass die Antidepressiva per Ende 2015 abgesetzt wurden und es somit nicht zu einem gefährlichen Mischkonsum von Betäubungsmitteln und Medikamenten kam, kann sich auch das Durchleben einer psychischen Krise an sich durchaus negativ auf die Fahreignung auswirken. Insofern erweist sich die Einschätzung des Beschwerdegegners, welcher vor diesem Hintergrund und aufgrund sämtlicher Umstände von ernsthaften Zweifeln an der Fahreignung ausgegangen ist, als nicht zu beanstanden. Mithin liegt weder eine Rechtsverletzung noch eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder eine unrichtige Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz vor.

5. Was der Beschwerdeführer hiergegen vorbringen lässt, vermag an der dargelegten Sach- und Rechtslage nichts zu verändern und er vermag daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Insbesondere ist die Frage, ob ein Fahrzeughlenker in der Lage ist, den Betäubungsmittelkonsum und das Führen eines Fahrzeuges strikte auseinanderzuhalten, beim vorsorglichen Sicherungszug noch nicht relevant. Vielmehr soll unter anderem diese Frage gerade mit der spezialärztlichen Abklärung beantwortet werden, sodass in der Folge ein definitiver Sicherungszug verfügt oder aber dem Fahrzeughlenker der Führerausweis wieder ausgehändigt werden kann. Der Verweis des Beschwerdeführers auf das Urteil des Bundesgerichts 1C_111/2015 vom 21. Mai 2015 Erw. 4.4 ist insofern unerheblich, als es in diesem Urteil um einen (definitiven) Sicherungszug geht. Beim vorsorglichen Sicherungszug muss der strikte Nachweis der fehlenden Fahreignung aber gerade noch nicht erbracht sein, ansonsten bereits ein definitiver Sicherungszug verfügt werden könnte und müsste (BGE 122 II 359 Erw. 3a). Nicht weiter relevant sind vorliegend sodann die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Angewiesenheit auf den Führerausweis, steht seine Fahreignung doch ernsthaft in Frage, sodass es unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit nicht zu verantworten ist, ihm den Führerausweis bis zum Vorliegen der spezialärztlichen Abklärung zu belassen bzw. wieder auszuhändigen. Mit dem Beschwerdegegner ist der Beschwerdeführer an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es ihm frei steht, sich zu einer spezialärztlichen Abklärung bei einer vom Strassenverkehrsamt anerkannten Institution anzumelden und durch diese Abklärung die bestehenden Zweifel an seiner Fahreignung aus der Welt zu schaffen. Da der Beschwerdeführer vorbringen liess, er habe den Cannabiskonsum bereits nach dem Ereignis vom 12. März 2016 sistiert – was sehr zu befürworten ist –, hätte er diese Abklärung in der Zwischenzeit bereits durchführen lassen können. Da dies nicht gemacht wurde, bleibt der vorsorgliche Führerausweisenzug bestehen, bis das Strassenverkehrsamt den entsprechenden Bericht zur Fahreignungsabklärung erhält und die Zweifel ausgeräumt sind. Daran ändern auch die eingereichten Urinproben vom 18. August 2016 nichts (...), muss gestützt auf Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG doch zwingend eine Fahreignungsabklärung erfolgen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer am 12. März 2016 unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln (THC-Wert von 15 µg/L bei Grenz-

ert von 1.5 µg/L) ein Motorfahrzeug lenkte, bei der darauf folgenden Blutprobe einen auf einen chronischen Cannabiskonsum hinweisenden THC-Carbonsäurewert von 88 µg/L aufwies und er sich zu dieser Zeit offenbar auch in einer psychischen Krisensituation befand. Der Beschwerdegegner durfte in Berücksichtigung dieser Umstände zu Recht davon ausgehen, dass ernsthafte Zweifel an der Fahreignung des Beschwerdeführers vorlagen und gestützt darauf nach Art. 30 VZV einen vorsorglichen Führerausweisentzug verfügen. Weil durch das Fahren unter Betäubungsmittel einfluss auch Art. 15d Abs. 1 lit. b SVG erfüllt war, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, dass der Erlass einer definitiven Verfügung von einer spezialärztlichen Abklärung der Fahreignung abhängig gemacht wurde. Mithin erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet, weswegen sie vollumfänglich abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2016, V 2016 56
Das Urteil ist rechtskräftig.

11. Personalrecht

11.1 §§ 10, 13 und 24 PG

Regeste:

§§ 10 und 13 PG – Die ordentliche Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis bedarf eines sachlichen Grundes, der mit der Anstellung direkt im Zusammenhang stehen und von einer gewissen Schwere sein muss; ein Verschulden des Angestellten ist nicht notwendig (Erw. 2b). Erweist sich das Vertrauensverhältnis zwischen Vorgesetzter und Angestelltem als zerrüttet und eine Verbesserung der Situation durch mildere Massnahmen als unmöglich, ist ein sachlicher Grund gegeben (Erw. 3b).

§ 24 PG – Der Angestellte hat nach zehn Dienstjahren Anspruch auf eine Abgangsentschädigung, wenn die Entlassung ohne Verschulden erfolgte (Erw. 2d). Wurden dem Angestellten verschiedene Angebote gemacht, wie das Arbeitsverhältnis in veränderter Form weitergeführt werden könnte, und lehnte dieser sämtliche Vorschläge ohne konkrete Gegenvorschläge ab, erfolgt die Entlassung nicht unverschuldet (Erw. 3e).

Aus dem Sachverhalt:

Z. arbeitete seit dem 1. Februar 1992 bei der X.-Direktion des Kantons Zug, wobei er seit 1999 in einer stellvertretenden Funktion tätig war. Am 1. Mai 2009 wurde B. die direkte Vorgesetzte von Z. Nachdem das Arbeitsklima zwischen Z. und B. sich zunehmend verschlechtert hatte und eine Konfliktklärung durch einen externen Berater erfolglos blieb, wurden diverse Anpassungen des Dienstverhältnisses von

Z. wie Funktionsänderungen und eine Reduktion des Beschäftigungsgrads geprüft. Diese lehnte Z. allesamt ab. In der Folge erhob Z. den Vorwurf, er werde von seiner Vorgesetzten gemobbt, worauf eine externe Spezialistin beauftragt wurde, die Vorwürfe zu begutachten. In ihrem Bericht vom 13. November 2014 kam sie zum Schluss, dass das Vertrauensverhältnis zwischen B. und Z. zwar zerrüttet sei, man das Verhalten von B. gegenüber Z. allerdings nicht als Mobbing bezeichnen könne. In der Folge wurde Z. ein Vorschlag für eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2015 unterbreitet, welchen Z. ablehnte. Mit Verfügung vom 18. März 2015 löste die X.-Direktion das Arbeitsverhältnis mit Z. schliesslich per 31. Oktober 2015 auf. Dagegen erhob Z. am 9. April 2015 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Am 22. September 2015 wies der Regierungsrat des Kantons Zug die Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. Oktober 2015 beantragte Z., es sei der Entscheid des Regierungsrates aufzuheben, es sei die Kündigung des Kantons aufgrund der Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie wegen der erheblich unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin als missbräuchlich zu bezeichnen und aufzuheben. Zudem seien ihm aufgrund der missbräuchlichen Kündigung eine Entschädigung von neun Monatsgehältern und eine Abgangsentschädigung von sechs Monatsgehältern zuzusprechen. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. Zur Begründung führte er u.a. an, er selbst und weitere Mitarbeiter seien wiederholt unangemessenem Verhalten der Vorgesetzten ausgesetzt gewesen. Die Massnahmen zur Klärung der Situation seien ungenügend gewesen und es seien allein sein Verhalten und seine Leistungen thematisiert worden. Die Kündigung sei gemäss Aktenlage nicht von ihm verschuldet, nicht angemessen sowie nicht verhältnismässig. Der Regierungsrat des Kantons Zug beantragte mit Stellungnahme vom 30. November 2015 die vollumfängliche und kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Vorliegend (...) bestand unbestrittenermassen ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, welches durch Kündigung des Kantons per 31. Oktober 2015 aufgelöst wurde.

a) Gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 1. September 1994 (PG, BGS 154.21) endigt ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis in der Regel durch schriftliche Kündigung seitens des Mitarbeiters oder des Kantons. Gestützt auf § 10 Abs. 1 PG kann der Kanton das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Vor der

Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist nach § 10 Abs. 4 PG die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie förmliche Erteilung eines Verweises, Gehaltskürzung, Aufschub oder Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, Zuweisung anderer Arbeit, Versetzung an eine andere Stelle (Funktionsänderung) oder Androhung der Entlassung. Eine Kündigung seitens des öffentlichen Arbeitgebers ist nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung, wenn sie während bestimmter Sperrfristen erklärt wird (§ 11 und § 12 PG). Missbräuchlich ist eine Kündigung seitens des Arbeitgebers gemäss § 13 PG dann, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt. Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, welche abhängig vom Dienstalter drei bis höchstens neun Monatsgehälter beträgt. Hingegen kann aus einer missbräuchlichen Kündigung kein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden (§ 14 PG).

b) Die ordentliche Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis bedarf eines sachlichen Grundes. Gründe dieser Art müssen mit der Anstellung direkt im Zusammenhang stehen oder sich doch auf diese auswirken, sachlich haltbar und von einer gewissen Schwere sein. Ein Verschulden des Angestellten ist nicht massgebend. Eine einmalige geringfügige Beanstandung genügt nicht, verlangt wird vielmehr ein sachlicher Grund von einer gewissen Schwere bzw. wiederholtes oder andauerndes Fehlverhalten. Zur Kündigung eines Angestelltenverhältnisses genügen auch objektive, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe, wie gesundheitliche Probleme oder fachliches Unvermögen sowie die Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigende Verhaltensweisen. Die Gründe müssen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedoch nicht als unzumutbar erscheinen lassen (Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 2. September 1999, RB ZH 1999 163). Eine ohne sachliche Gründe ausgesprochene Kündigung kann in der Regel nicht durch das Nachschieben von Kündigungsgründen, die sich erst nach der Entlassung zugetragen haben, geheilt werden. Hingegen ist es zulässig und geboten, nachträgliche Vorkommnisse zu berücksichtigen, mit denen bereits im Entlassungszeitpunkt vorhandene Kündigungsgründe untermauert und erhärtet werden. Ebenso ist es statthaft, die Kündigung nachträglich mit Tatsachen zu begründen, die im Entlassungszeitpunkt zwar bestanden haben, der kündigenden Partei jedoch nicht bekannt gewesen sind und auch nicht haben bekannt sein können (Bernische Verwaltungsrechtsprechung, BVR 1999 433; vgl. Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht, Eine Fallsammlung, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 558 ff.). Weitere sachlich haltbare (triftige) Gründe zur ordentlichen Beendigung des Angestelltenverhältnisses sind folgenden Beispielen aus der Rechtsprechung verschiedener Kantone zu entnehmen: Fehlender Wille zur Zusammenarbeit, inexistentes gegenseitiges Vertrauen, undenkbbare Zusammenarbeit; gestörtes Vertrauensverhältnis; quantitativ und qualitativ ungenügende Arbeitsleistungen; persönliche Schwierigkeiten sowohl mit Unterstellten als auch mit Vorgesetzten, die das Vertrauens- und Arbeitsverhältnis nachhaltig ungünstig beeinflussen; mangel-

hafte Leistungen des Angestellten und Spannungen zwischen diesem und seinem Vorgesetzten; mangelnde Sozialkompetenz, bei welcher eine Angestellte über einen längeren Zeitraum hinweg und bei unterschiedlichen Gelegenheiten immer wieder von Neuem Anlass zu Kritik bot, wobei die Kritik nicht bloss von einer Seite, sondern von Schülern, Eltern und Lehrerkollegen kam; ungenügende Arbeitsleistungen, die trotz Beizug von fachlicher Unterstützung nicht verbessert werden konnten; minimalistische Grundeinstellung bei der Umsetzung des Lehr- und Erziehungsauftrags (vgl. zum Ganzen: Peter Hänni, a.a.O., S. 567 f., mit weiteren Verweisen).

c) Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gilt es weiter das Willkürverbot, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Letzterer findet seinen Niederschlag explizit in § 10 Abs. 4 PG, indem vor der Entlassung weniger weitreichende Massnahmen seitens des Arbeitgebers zu prüfen sind. Die Kündigung muss daher zur Lösung eines Problems nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen muss eine Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. zum Ganzen: Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 301). Bei dieser Interessenabwägung kann bei Personen mit Beispielfunktionen, wie dies zum Beispiel bei Lehrpersonen der Fall ist, ein strengerer Massstab an die Integrität angelegt werden. Andererseits ist auch die Dauer des bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses in die Interessenabwägung miteinzubeziehen, ist doch eine Kündigung für einen langjährigen Mitarbeiter von einschneidenderer Bedeutung als für einen Jüngeren.

d) Gemäss § 24 Abs. 1 PG hat der Mitarbeiter Anspruch auf eine Abgangsentschädigung, wenn das Arbeitsverhältnis seitens des Kantons gekündigt wird, ohne dass der Mitarbeiter durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. (...)

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

(...)

d/cc) Im Personalrecht des Bundes gilt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter anderem dann als verschuldet, wenn der Arbeitgeber es kündigt wegen: a. Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten; b. Mängeln in der Leistung oder im Verhalten; c. mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im

Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten; d. mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Art. 31 Abs. 1 lit. a BPV i.V.m. Art. 10 Abs. 3 lit. a-d BPG).

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

d/ee) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses dann als unverschuldet zu betrachten, wenn sie hauptsächlich auf Gründen beruht, die ausserhalb der Person des betreffenden Mitarbeiters liegen bzw. auf Tatsachen, für die er nicht als verantwortlich gelten darf. Für die Annahme eines Verschuldens genügt nicht jede Dienstpflichtverletzung oder jedes missliebige Verhalten des Mitarbeiters. Es muss eine gewisse Schwere der Veranlassung gefordert werden. Fehlt sie und wird bloss eine Kleinigkeit als Anstoss für den Entschluss zur Auflösung des Dienstverhältnisses angeführt, so liegt die Vermutung nahe, dass daneben auch nicht genannte Gründe bestehen, die weniger beim Mitarbeiter als bei der Verwaltung selber liegen, und dass das Verhalten des Mitarbeiters als Vorwand genommen wird, um Zwecke zu erreichen, die im Grunde und hauptsächlich aus administrativen Gesichtspunkten angestrebt wurden. Umgekehrt kann der Mitarbeiter, der zufolge seines Verhaltens, für das er verantwortlich ist, der Verwaltung unzumutbar geworden ist, nicht einwenden, die Massnahme sei von ihm unverschuldet, selbst wenn sie zusätzlich durch einige Tatsachen, die ausserhalb seiner Person liegen oder für die er nicht verantwortlich ist, bedingt worden ist (BGE 118 V 248 Erw. II. 2c, mit Verweis auf die Praxis in BGE 103 Ib 261 Erw. 8c). Verschulden bedeutet mehr als blosser Verursachung. Sie setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Kündigung hätte vermeiden können, beispielsweise durch das Erbringen der erwarteten Leistung oder die geforderte Verhaltensänderung, wenn solches dem Mitarbeiter zumutbar und aufgrund der persönlichen Verhältnisse objektiv auch möglich gewesen wäre (Urteile des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich: PB.2009.00013 vom 13. Januar 2010 Erw. 6.3; PB.2005.00061 vom 17. Mai 2006, Erw. 2.4.2).

3. Strittig und zu prüfen ist vorliegend, ob der Regierungsrat mit seinem Entscheid die von der X.-Direktion verfügte Auflösung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in rechtswidriger Weise geschützt hat. Würde sich die Kündigung als missbräuchlich herausstellen, hätte der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Entschädi-

gung. Eine Aufhebung der Kündigung, wie es der Beschwerdeführer auch beantragt, ist jedoch nicht möglich. Weiter hätte der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Abgangsschädigung, wenn er zur Kündigung nicht durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass gegeben hätte.

a) Nachdem der Beschwerdeführer rügte, es seien Verfahrensvorschriften verletzt worden, ist zunächst zu prüfen, ob die X.-Direktion als Arbeitgeberin bei der Kündigung vom 18. März 2015 formell richtig vorgegangen ist.

a/aa) Gemäss § 10 Abs. 1 PG kann der Kanton das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Die für den vorliegenden Fall einschlägige Frist findet sich in § 9 Abs. 2 lit. c PG und beträgt aufgrund der über 20-jährigen Anstellungsdauer des Beschwerdeführers sechs Monate. Mit Kündigung vom 18. März 2015 wurde das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2015 aufgelöst, womit sowohl die Voraussetzung der Kündigung «auf Monatsende» als auch diejenige der sechsmonatigen Kündigungsfrist erfüllt wurden (...).

a/bb) Weiter ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vor der Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren und es ist die Kündigung zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt das Recht der betroffenen Person dar, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Aktes zur Sache äussern zu können. Von der Behörde wird dabei verlangt, dass sie die Vorbringen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 8C_258/2014 vom 15. Dezember 2014 Erw. 7.2.2). Vorliegend wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. Januar 2015 das rechtliche Gehör zur in Erwägung gezogenen Entlassung gewährt (...). Dem Beschwerdeführer wurden die Beweggründe des Arbeitgebers ausführlich dargelegt und es wurde ihm die Gelegenheit gegeben, auf dieses Schreiben zu reagieren. Mit Schreiben vom 5. Februar 2015 nahm der Beschwerdeführer dazu Stellung (...). Es kann somit festgehalten werden, dass dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Sinne von § 10 Abs. 3 PG gewährt wurde. Der Beschwerdeführer bringt hierzu jedoch vor, es sei ihm bereits am 28. April 2014 durch B. das rechtliche Gehör gewährt worden (...) und obwohl er damals umfangreich Stellung genommen habe, seien seine Einwände nicht gewürdigt worden. Deshalb habe er beim zweiten rechtlichen Gehör auf eine umfassende Stellungnahme verzichtet, da mit der Ankündigung der Kündigung auf Anfang 2015 durch den Amtsleiter schon deutlich gemacht worden sei, dass eine wirksame Partizipation am Entscheid der X.-Direktion nicht mehr gegeben gewesen sei. Diese Argumentation überzeugt indes nicht, liess doch die Direktion bzw. der Kanton im Nachgang zur Stellungnahme zum rechtlichen Gehör vom 28. Mai 2014 und zur Besprechung vom 18. Juni 2014 (...) die vom Beschwerdeführer erhobenen Mobbingvorwürfe professionell von einer externen Fachperson abklären und wurde damit klar aufgezeigt, dass solche Stellung-

nahmen und Vorwürfe sehr wohl gewürdigt und weiter abgeklärt werden. Im Übrigen liegt es aber in der Natur der Sache, dass die verfügende Behörde die Absicht zum Entscheid grundsätzlich schon vor der Gewährung des rechtlichen Gehörs gefasst hat. Die Direktion ist somit beim ersten rechtlichen Gehör ihren Pflichten durchaus nachgekommen. Beim zweiten und vorliegend entscheidenden rechtlichen Gehör brachte der Beschwerdeführer keine weiteren stichhaltigen Argumente vor, sondern er bestätigte geradezu, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seiner Vorgesetzten zerrüttet war, wie dies auch schon die externe Expertin, D., in ihrem Bericht festgehalten hatte (...). Insofern gab es für die Direktion keinen Anlassgrund, von der beabsichtigten Kündigung abzusehen. Dies ändert aber nichts daran, dass dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör einwandfrei gewährt wurde und seine Vorbringen gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt wurden. Festzuhalten ist weiter, dass die Kündigungsverfügung vom 18. März 2015 ausführlich begründet wurde, sodass auch § 10 Abs. 3 PG Genüge getan wurde.

a/cc) Was die Erwägung milderer Massnahmen im Sinne von § 10 Abs. 4 PG betrifft, so wurde dem Beschwerdeführer anlässlich der Sitzung vom 4. März 2014 (...) zunächst angeboten, die Funktion als [Stellvertreter] zugunsten einer guten Zusammenarbeit mit B. aufzugeben, was für den Beschwerdeführer indes ausgeschlossen war (...). Nachdem dann auch eine diskutierte Änderung der Zuständigkeitsbereiche nicht zu einer Lösung führte, wies der Amtsleiter, F., darauf hin, dass er unter diesen Umständen die einzige Möglichkeit in einer angeordneten Funktionsänderung bzw. in der Ergreifung rechtlicher Schritte sehe (...). Nach weiteren Diskussionen fragte der Amtsleiter B., ob sie eine Lösung sehe, bei welcher der Beschwerdeführer seine Stellvertreterfunktion beibehalten könne. B. verneinte dies und führte aus, sie sehe den Beschwerdeführer einzig in der Funktion eines Fachbereichsleiters, der gewisse Fachbereiche leite, aber sicherlich nicht verbunden mit einer Besoldungsreduktion. Der Beschwerdeführer entgegnete, dass eine Abgabe der Stellvertreterfunktion für ihn nicht verhandelbar sei (...). Danach gab B. an, sie könnte sich mit der Beibehaltung der Stellvertretungsfunktion einverstanden erklären, wenn der Beschwerdeführer sein Arbeitspensum auf 80 % reduzieren würde. Dies wiederum führte dazu, dass der Amtsleiter dem Beschwerdeführer als letzten Vorschlag die Pensenreduktion auf 80 % mit Beibehaltung der Stellvertretungsfunktion und den genannten Zuständigkeiten und eine Besoldung in der bisherigen Lohnklasse unterbreitete (...). Gegen Ende der Sitzung relativierte der Amtsleiter die Absolutheit seiner Aussage und gab dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, einen klaren, konkreten und strukturierten Vorschlag vorzubringen, mit welchem er dann zu B. gehe und der von dieser dann beurteilt werde. Wenn man dann keine Einigung finde, sehe er keine andere Lösung, als den Rechtsweg zu beschreiten (...). Mit Schreiben vom 2. April 2014 teilte der Beschwerdeführer dem Amtsleiter in der Folge mit, er freue sich, die Zusammenarbeit (...) mit allen Beteiligten fortzusetzen (...). Dabei nahm der Beschwerdeführer weder zum Vorschlag der Pensenreduktion Stellung noch lehnte er

diesen explizit ab. Zudem machte er auch keinen neuen Vorschlag. Mit Schreiben vom 28. April 2014 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, man prüfe derzeit eine Funktionsänderung mit einer Reduktion des Beschäftigungsgrades. Zu der beabsichtigten Anordnung werde ihm das rechtliche Gehör gewährt (...). Daraufhin nahm der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Mai 2014 ausführlich Stellung, lehnte dabei die Reduktion des Pensums sowie die Funktionsänderung ab, wies auf seine während 22 Jahren stets korrekte, anständige und wohlwollende Verhaltensweise hin und zählte am Ende zehn Punkte auf, über die B. ihrerseits nachdenken solle (...). Auch an der Besprechung vom 18. Juni 2014 mit F. und G. hielt der Beschwerdeführer an seinem Standpunkt fest. Bei dieser Besprechung reichte er offenbar auch ein Schreiben «Feststellungen für die Besprechung vom Mittwoch, 18. Juni 2014» vom 17. Juni 2014 ein, mit welchem er der Direktion bzw. dem Kanton unter anderem mitteilte, dass Mobbing an Mitarbeitenden nicht unterbunden werde (...). Aus diesem Grunde wurde das personalrechtliche Verfahren zwecks einer Untersuchung der Mobbingvorwürfe sistiert. Nachdem die Mobbingvorwürfe von der externen Fachperson, D., mit Bericht vom 13. November 2014 (...) nicht bestätigt werden konnten, wurde dem Beschwerdeführer vom Kanton anfangs Dezember 2014 die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2015 (erst-möglicher Zeitpunkt einer Frühpensionierung) mit Auszahlung einer Entschädigung im Umfang von sechs Monatsgehältern vorgelegt (...). Da der Beschwerdeführer auch diese Variante ablehnte, kam es in der Folge – wie bereits erwähnt – zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Kündigungsverfügung vom 18. März 2015. Vor diesem Hintergrund kann ohne weiteres festgehalten werden, dass der Kanton vor der Kündigung weniger weitreichende Massnahmen im Sinne von § 10 Abs. 4 PG nicht nur geprüft, sondern diese dem Beschwerdeführer auch zur Kenntnis gebracht hat, diese vom Beschwerdeführer jedoch allesamt abgelehnt wurden. Andere Massnahmen waren zur Verbesserung des Arbeitsklimas und des Vertrauensverhältnisses zwischen den beteiligten Personen offensichtlich nicht zweckmässig. Die Kompromissbereitschaft auf Seiten des Kantons bzw. des Amtsleiters und der direkten Vorgesetzten B. war durchwegs vorhanden, diejenige auf Seiten des Beschwerdeführers jedoch nicht. Indem Letzterer auf seinem Standpunkt beharrte, verhinderte er die Weiterführung der Zusammenarbeit und liess dem Kanton nichts anderes übrig, als das Arbeitsverhältnis einseitig aufzulösen.

a/dd) Mithin ist nicht ersichtlich, inwiefern im Rahmen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer Verfahrensvorschriften verletzt worden wären. Die Kündigung erfolgte formell korrekt gemäss § 10 PG und wurde diesbezüglich zu Recht vom Regierungsrat geschützt.

b) Nachdem somit keine Verfahrensvorschriften verletzt wurden, verbleibt zu prüfen, ob sich die X.-Direktion bei der Kündigung auf sachliche Gründe abstützen konnte oder nicht:

b/aa) In der Kündigungsverfügung vom 18. März 2015 führte die Direktion als Begründung an, es gehe aus sämtlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers zur Zusammenarbeit mit B. deutlich hervor, dass er sie weder als Mensch noch als seine Vorgesetzte akzeptiert habe und sie auch nie als solche akzeptieren werde. Er verkenne offensichtlich, dass sie als seine Vorgesetzte Entscheidungsträgerin und damit legitimiert sei, auch ohne Einbezug der Mitarbeitenden Entscheide zu treffen und Weisungen zu erteilen, an die er sich auch trotz seiner langjährigen Funktion als Stellvertreter zu halten habe. Er zeige keinerlei Willen, sich ihr hierarchisch unterzuordnen. Insbesondere aus der Stellungnahme vom 5. Februar 2015 gehe hervor, dass er ihr auch die Befähigung abspreche, sachgerechte Entscheide zu treffen, indem er ihr unterstelle, sie treffe Entscheide ohne Rücksicht auf die Sache nur um ihm damit ihre Überlegenheit zu demonstrieren. Dementsprechend hinterfrage er ihre Entscheidungen beständig, prüfe sie auf ihren Sinn hin und kritisiere diese teilweise auch vor Anderen. Damit fehle es beim Beschwerdeführer nicht nur an der für seine Funktion als Stellvertreter notwendigen Loyalität und dem notwendigen Respekt gegenüber B., den er ihr nicht in erster Linie wegen ihrer Person, sondern wegen ihrer Funktion als seiner Vorgesetzten schulde, sondern auch an seiner Vertrauenswürdigkeit. Wie auch der Bericht von D. bestätige, habe dies zur Folge, dass es gegenseitig an der notwendigen Vertrauensbasis für eine fruchtbare Zusammenarbeit fehle, womit längerfristig nicht nur die Gesundheit der beiden Beteiligten, sondern auch das betriebliche Interesse an einer gut funktionierenden [Amtstätigkeit] gefährdet sei.

b/bb) Der Regierungsrat nahm zu diesen Punkten einzeln und ausführlich Stellung und schützte die Kündigung letztlich mit der zusammenfassenden Begründung, dass die Zusammenarbeit zwischen B. und dem Beschwerdeführer nicht funktioniert habe. Immer wieder seien grosse Spannungen aufgetreten und das gegenseitige Vertrauen habe immer mehr gefehlt. Die Schwierigkeiten, die die beiden Parteien miteinander bekundet hätten, hätten zu so grossen Spannungen geführt, dass im Herbst 2011 eine Mediation und im Herbst 2014 ein Bericht zur Abklärung von Mobbing-Vorwürfen gegen B. in Auftrag gegeben worden seien. Alle Klärungs- und Schlichtungsversuche hätten jeweils – wenn überhaupt – nur eine vorübergehende Verbesserung der Situation gebracht. Damit sei die Basis für eine gute Zusammenarbeit und letztlich auch das reibungslose Funktionieren [des Amts] nicht mehr gewährleistet gewesen. In ihrer Gesamtheit liessen die Umstände die Auflösung des Arbeitsverhältnisses deshalb als sachlich begründet erscheinen. Eine weitere Zusammenarbeit zwischen B. und dem Beschwerdeführer sei schlicht nicht denkbar gewesen.

b/cc) Der Beschwerdeführer hingegen rügt diesbezüglich, es werde jegliche Beweisführung verweigert. Die gemachten Anschuldigungen seien haltlos und es gebe keinen einzigen Anhaltspunkt, der dies stützen würde. Vielmehr sei es eine Tatsache, dass er während 23 Jahren nachweislich ohne Fehl und Tadel für den Kanton Zug

gearbeitet habe, was Vorgesetzte, Mitarbeitende, Kollegen und externe Stellen vollumfänglich bestätigen könnten. Ursache und Grund für die Kündigung seien letztlich einzig und alleine die von ihm (...) im Juni 2011 gemachten Vorwürfe betreffend Mobbing/Bossing gewesen. Diese seien im Übrigen weder abgeklärt worden noch seien die Probleme aufgearbeitet worden. Eine Verbindung zwischen den Kündigungsgründen und dem Bericht von D. sei unzulässig, da D. in ihrem Bericht keinen einzigen der von der X.-Direktion geltend gemachten Vorwürfe und Kündigungsgründe aufführe bzw. als richtig bestätige.

b/dd) Die Argumente des Beschwerdeführers vermögen jedoch nicht zu überzeugen und sind teilweise nicht nachvollziehbar. Die «Anschuldigungen» sind keineswegs haltlos, sondern wurden sogar durch den ausführlichen externen Bericht von D. vom 13. November 2014 bestätigt. In diesem Bericht wird nach erfolgter Prüfung der Akten und nach Anhörung von B. und des Beschwerdeführers im Fazit (...) klar festgehalten, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Vorgesetzten zerrüttet sei. Dass dem tatsächlich so war, lässt sich ohne weiteres durch die Akten belegen, geht aus ihnen doch das von Beginn weg schwierige Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Vorgesetzten mit diversen Aussprachen, Bereinigungsversuchen und externen Beratern deutlich hervor. Es ist nachvollziehbar, dass eine weitere Zusammenarbeit im Rahmen einer Stellvertretung für die Vorgesetzte, B., nicht mehr denkbar war. Wäre das Arbeitsklima nämlich nicht schwer beeinträchtigt gewesen, wären die diversen Aussprachen und Aufarbeitungen offensichtlich nicht notwendig geworden. Weil bei der Beurteilung der sachlichen Gründe ein Verschulden eines Mitarbeiters nicht massgebend ist (vgl. Erw. 2b), erübrigen sich an dieser Stelle grundsätzlich Weiterungen zur Entstehung des Konflikts zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Vorgesetzten. Fakt ist, dass das Vertrauensverhältnis zerrüttet, das Arbeitsklima schlecht und eine weitere fruchtbare Zusammenarbeit undenkbar war (...). Es entspricht einer allgemeinen Erfahrung, dass ein gravierend gestörtes Arbeitsklima sich über kurz oder lang negativ auf den Betrieb selber auswirkt und dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einem Fall von Vertrauensverlust grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt. Weiter sind die betrieblichen Interessen ein sachliches Kriterium, das bei der Wahl, wem zu kündigen ist, berücksichtigt werden darf (Urteil des Bundesgerichts 8C_995/2012 vom 27. Mai 2013 Erw. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Ein sachlicher Grund lag damit ohne weiteres vor (vgl. auch die in Erw. 2b erwähnte Fallsammlung) und es war für die X.-Direktion auch naheliegend, die Situation durch Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer – und nicht etwa demjenigen mit seiner Vorgesetzten – zu bereinigen. Eine Verbesserung der Situation durch mildere Massnahmen war aufgrund der Ablehnung des Beschwerdeführers indes nicht möglich und eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Vorgesetzten des Beschwerdeführers aus betrieblicher Sicht mit grösseren Nachteilen verbunden, sodass einzig die ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers übrig blieb. Würde man der Argumentation des Beschwerdeführers folgen

und die Kündigung selbst vor diesem klaren Hintergrund als missbräuchlich qualifizieren, hätte dies unweigerlich zur Folge, dass öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse de facto kaum je ordentlich kündbar wären, was weder vom Gesetzgeber beabsichtigt noch sinnvoll wäre. Mithin hat der Beschwerdeführer die formell korrekte und auf sachlichen Gründen beruhende Kündigung hinzunehmen; gleichzeitig hat er sich selbst zuzuschreiben, dass er auf die Angebote der X.-Direktion nicht eingegangen ist und im Gegenzug auch keine eigenen Vorschläge eingereicht hat. Somit ist der Entscheid des Regierungsrates diesbezüglich nicht zu beanstanden. Ebenso wenig zu beanstanden ist vor diesem Hintergrund, dass die Vorinstanzen auf die Befragung von Zeugen und die Abnahme weiterer Beweise verzichtet haben. Der Konflikt, welcher während sechs Jahren nicht endgültig beseitigt werden konnte, und die Bestätigung des zerrütteten Vertrauensverhältnisses durch die externe Fachperson waren ausreichend, um das Vorliegen eines sachlichen Grundes bejahen bzw. bestätigen zu können.

c) Den Ausführungen des Beschwerdeführers entgegen war die Kündigung weiter auch verhältnismässig. Die Massnahme war geeignet, das Arbeitsklima bei der Arbeitsstelle bzw. bei der X.-Direktion zu verbessern und durch eine Neubesetzung der Arbeitsstelle das Vertrauensverhältnis zur Vorgesetzten, B., wieder herzustellen. Die Massnahme war weiter auch erforderlich, zumal der Beschwerdeführer mildere Massnahmen wie etwa die Versetzung, die Änderung des Stellenbeschriebs bzw. die Funktionsänderung oder eine Pensenreduktion nicht akzeptierte. Andere mildere Massnahmen wie etwa eine Verwarnung oder eine Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage waren nicht geeignet, um das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Vorgesetzten zu verbessern. Insofern blieb der X.-Direktion trotz der langjährigen Anstellungsdauer nichts anderes übrig, als das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen. Aus betrieblicher Sicht ist ferner nachvollziehbar, dass die Kündigung gegen den Beschwerdeführer und nicht etwa gegen dessen Vorgesetzte ausgesprochen wurde, sind die betriebsinternen Auswirkungen doch grundsätzlich umso geringer, je tiefer ein Mitarbeiter hierarchisch gestellt ist. Der angefochtene Regierungsratsbeschluss ist auch in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

d) Ergänzend ist festzuhalten, dass die vorliegend umstrittene Kündigung nicht während einer Sperrfrist nach § 11 PG ausgesprochen wurde und sie daher auch nicht nichtig ist. Da im Übrigen ein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses selbst aus einer missbräuchlichen Kündigung nicht abgeleitet werden könnte (§ 14 Abs. 3 PG), ist der Antrag des Beschwerdeführers auf Aufhebung der Kündigung abzuweisen.

e) Zu prüfen ist weiter der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Abgangsent-schädigung nach § 24 PG.

e/aa) Hierzu ist zunächst auf die vorstehende Erw. 2d zu verweisen, wonach im

Personalrecht des Bundes zum Beispiel bereits die mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung anderer zumutbarer Arbeit als Verschulden des Mitarbeiters gilt. Ganz allgemein ist ein Verschulden unter anderem dann gegeben, wenn der Mitarbeiter die Kündigung hätte vermeiden können. In casu wurden dem Beschwerdeführer verschiedene Angebote gemacht, wie man das Arbeitsverhältnis in veränderter Form hätte weiterführen können (vgl. vorstehende Erw. 3a/cc). Der Beschwerdeführer lehnte aber sämtliche Vorschläge der X.-Direktion ab und machte darüber hinaus auch keine konkreten Gegenvorschläge, sondern beharrte darauf, dass er sich immer korrekt verhalten habe und die weitere Zusammenarbeit einer grundlegenden Aufarbeitung bedürfe. Dass eine Aufarbeitung der Konflikte aber nach sechs Jahren und mehreren nicht erfolgreichen Bereinigungsversuchen nicht mehr möglich war, liegt auf der Hand. Insofern war diese Anregung des Beschwerdeführers nicht zielführend. (...) Mithin lässt sich ohne weiteres festhalten, dass der Beschwerdeführer nicht nur keine Bereitschaft zur Verrichtung anderer zumutbarer Arbeit zeigte, sondern er seine Kündigung mit der Annahme eines der genannten Vorschläge auch hätte vermeiden können. Insofern hat er damit durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründeten Anlass gegeben, weswegen ihm zu Recht keine Abgangsentschädigung zugesprochen und dies vom Regierungsrat zu Recht geschützt wurde.

(...)

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Regierungsrat korrekt und ohne Rechtsverletzung die von der X.-Direktion verfügte Kündigungsverfügung geschützt hat. Mit dem erwiesenermassen zerrütteten Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Vorgesetzten lag ein sachlicher Kündigungsgrund vor und aufgrund der Ablehnung sämtlicher milderer Massnahmen gab der Beschwerdeführer auch durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, weswegen ihm keine Abgangsentschädigung auszurichten war. Die von der Vorinstanz vorgenommenen Abklärungen und Ausführungen halten der gerichtlichen Prüfung stand. Mit seinen Einschätzungen und Bewertungen hat der Regierungsrat sein Ermessen weder missbraucht noch überschritten. Der angefochtene Entscheid ist nicht zu beanstanden und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Juni 2016, V 2015 129
bestätigt durch Bundesgericht in BGer 8C_560/2016 vom 30. November 2016

11.2 §§ 99 und 132 Abs. 1 GG; § 70 Abs. 1 PG

Regeste:

§§ 99 und 132 Abs. 1 GG – Die Rechte und Pflichten der Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter einer Gemeinde richten sich nach dem (Gemeinde-)Gesetz und nach dem Dienst- und Besoldungsreglement der Gemeinde. Soweit Bestimmungen fehlen, werden die kantonalen Vorschriften sinngemäss angewendet. Dies gilt auch für Kirchgemeinden (Erw. 1c).

§ 70 Abs. 1 PG – Verweist das Personalreglement einer Kirchgemeinde für den Rechtsschutz ausdrücklich auf das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG), werden zunächst die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes anwendbar, welche wiederum auf das VRG verweisen. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind in diesem Fall nicht klageweise geltend zu machen, sondern es ist das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren durchzuführen (Erw. 3). Für die Zusprechung einer Abgangsentschädigung ist erstinstanzlich allein die Anstellungsbehörde zuständig. Eine Entschädigung als Folge einer missbräuchlichen Kündigung kann dagegen nur die Beschwerdeinstanz – vorliegend der Regierungsrat – feststellen (Erw. 4b).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 24. Februar 2016 kündigte der Kirchenrat der Kirchgemeinde K. den Anstellungsvertrag vom 28. November 2003 mit X. unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Monaten per 31. August 2016. Gleichzeitig stellte er ihn von seinen Aufgaben frei. Im gleichen Schreiben wurde ein neuer Anstellungsvertrag als (...) thematisiert, dessen detaillierte Regelungen ihm noch zugestellt würden. Mit Brief vom 2. März 2016 an den Kirchenrat erhob X. formell Protest gegen die Kündigung und bot weiterhin seinen bisherigen vollumfänglichen Dienst an. Den Vorschlag, weiterhin als (...) tätig zu sein, könne er aus grundsätzlichen Überlegungen nicht annehmen. Er biete Hand zu einer gangbaren Lösung und ersuche den Rat, auf die Kündigung vom 24. Februar 2016 zurückzukommen. Trotz anschliessend folgenden Gesprächen und Interventionen bestätigte der Kirchenrat am 22. Juni 2016 die Kündigung und hielt fest, dass das Arbeitsverhältnis per 31. August 2016 ende.

Mit verwaltungsrechtlicher Klage vom 31. August 2016 gegen die Kirchgemeinde K. liess X. das Rechtsbegehren stellen, dass die Beklagte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu verpflichten sei, ihm innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils den Betrag von total Fr. ..., enthaltend Fr. ... als Entschädigung und Fr. ... als Genugtuung, zuzüglich Treue- und Erfahrungszulage TREZ der letzten 15 Jahre und Zins von 5 % ab 1. September 2016 zu bezahlen. Mit Vernehmlassung vom 12. Oktober 2016 liess die Kirchgemeinde K. die vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Klägers beantragen. In

prozessualer Hinsicht wurde beantragt, dass das Verfahren vorerst auf die Vorfrage zu beschränken sei, ob die behaupteten Ansprüche des Klägers auf dem Klageweg oder auf dem verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg geltend zu machen seien.

Aus den Erwägungen:

1. (...) Unbestritten zwischen den Parteien und zutreffend ist, dass der Kläger in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mit der Kirchgemeinde K. stand.

a) Gemäss § 81 Abs. 1 Ziff. 1 VRG beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz vermögensrechtliche Ansprüche Privater gegen Kanton oder Gemeinden, soweit sie sich auf öffentliches Recht stützen und die Gesetzgebung nicht eine andere Behörde als erste Instanz bezeichnet hat. Die verwaltungsrechtliche Klage ist kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinn. Sie gehört nicht der nachträglichen, sondern der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege an. Unabdingbar ist das Klageverfahren dort, wo der Staat wegen der besonderen Natur der Sache – bzw. ihrer Regelung im betreffenden Sachgesetz – nicht selber ein Rechtsverhältnis durch verbindliche, formelle Verfügung regeln darf, wo somit ein Subordinationsverhältnis fehlt (vgl. Tobias Jaag, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, Vorbem. zu §§ 81 – 86 N 11). Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerde- und jene als Klageinstanz schliessen sich gegenseitig aus. Welchem Verfahren der Vorrang vor dem andern zukommt, bestimmt sich danach, ob in einer Sache verfügt werden kann oder nicht. Ist es einer Behörde verwehrt, eine Angelegenheit formell mittels Verfügung zu entscheiden, kommt das Klageverfahren zur Anwendung. Sieht aber eine Sachgesetzgebung die Verfügungskompetenz vor, so steht der Klageweg selbst dann nicht offen, wenn die Klage nach dem Wortlaut des – hier für den Kanton Zug geltenden – § 81 Abs. 1 Ziff. 1 VRG möglich wäre (vgl. Tobias Jaag, a.a.O., Vorbem. zu §§ 81 – 86 N 14).

b) Der bis 31. Dezember 1994 geltende § 81 Abs. 1 Ziff. 2 VRG sah für vermögensrechtliche Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen von Behördenmitgliedern, Beamten, Angestellten und Lehrern des Kantons und der Gemeinden die verwaltungsrechtliche Klage vor. Mit der Revision des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (PG, BGS 154.21) wurde § 81 Abs. 1 Ziff. 2 VRG ersatzlos aufgehoben (vgl. § 74 Abs. 2 PG mit Verweis auf GS 24, 566). Das geltende Personalgesetz verweist für den Rechtsschutz und das Verfahren in § 70 Abs. 1 und 3 PG für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen generell auf das Beschwerdeverfahren nach dem VRG (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994, Vorlage Nr. 130.4, Laufnummer 8257, S. 98). Mit der materiellen Neuordnung des Personalrechts wurde somit das Klageverfahren aufgehoben. Abweichend von den Bestimmungen des VRG, das den Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerden grundsätzlich aufschiebende Wirkung verleiht und die Aufhebung der fehlerhaften Verfügung zulässt, ist das Beschwerdever-

fahren gemäss § 70 Abs. 3 PG auf ein Feststellungsverfahren reduziert. Wird bei Beschwerdeverfahren gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen. Unter Vorbehalt der Nichtigkeit ist die Aufhebung der das Arbeitsverhältnis beendigenden Verfügung ausgeschlossen. Voraussetzung für das Beschwerdeverfahren ist immer das Vorliegen einer Verfügung. Die personalrechtlichen Verwaltungsentscheide, so beispielsweise die Kündigung oder die Festsetzung finanzieller Leistungen, sind förmlich als Verfügung auszugestalten und müssen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Zuständigkeit zur Behandlung der Beschwerde richtet sich danach, welche Behörde die Verfügung erlassen hat.

c) Das kantonale Personalgesetz gilt gemäss § 1 Abs. 1 PG für das kantonale Personal. Die Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes gelten bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses beispielsweise auch für das Dienstverhältnis des gemeindlichen Lehrpersonals (§ 10 Abs. 1 des Lehrpersonalgesetzes vom 21. Oktober 1976, BGS 412.31). Gemäss § 99 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG, BGS 171.1) richten sich die Rechte und Pflichten der Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter der Gemeinde nach dem (Gemeinde-)Gesetz und nach dem Dienst- und Besoldungsreglement der Gemeinde (Abs. 1). Soweit Bestimmungen fehlen, werden die kantonalen Vorschriften sinngemäss angewendet (Abs. 2). Die Bestimmung von § 99 GG gilt gemäss § 132 GG (Organisation der Kirchgemeinde) insbesondere auch für die Kirchgemeinde. Die Gemeinden können somit auf eine abschliessende Regelung verzichten mit der Folge, dass die kantonalen Vorschriften sinngemäss anwendbar sind.

2. Die Kirchgemeinde K. erliess am 24. Oktober 1991 ein Besoldungsreglement. Gemäss Ingress des Reglements regelte dieses die grundsätzlichen Rechte und Pflichten derer, die einen Dienst in der Kirchgemeinde verrichteten. Der Kirchenrat erliess wo nötig Ausführungsbestimmungen. Im Wesentlichen enthielt das Reglement nur Bestimmungen betreffend die finanziellen Aspekte bestehender Dienstverhältnisse (Gehaltsklassen, Entschädigungen, Zulagen, Versicherungen etc.). In Bezug auf die Beendigung von Dienstverhältnissen fand sich nur gerade eine Bestimmung, nämlich § 18, wonach das Dienstverhältnis der (...) in der Regel im Zeitpunkt erlösche, in welchem sie zum Bezug einer AHV-Rente berechtigt seien, wobei der Kirchenrat in begründeten Fällen Ausnahmen bewilligen könne. Mit Beschlüssen der Kirchgemeindeversammlung vom 2. Dezember 2014 wurden neu ein Anstellungs- und Besoldungsreglement der Kirchgemeinde K. (Personalreglement, PR) und die Vollziehungsverordnung zum Anstellungs- und Besoldungsreglement (Personalverordnung, PV) beschlossen. Gemäss § 26 Abs. 1 PR bzw. § 56 Abs. 1 PV treten sie für bereits bestehende Arbeitsverhältnisse auf den 1. Januar 2016 in Kraft und ersetzen alle vorhergehenden Besoldungsreglemente samt Ausführungsbestimmungen.

Unter den Allgemeinen Bestimmungen hält § 2 Abs. 1 PR fest, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (exkl. Aushilfen und Personen in Ausbildung) in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen. Soweit der Inhalt des Arbeitsverhältnisses weder durch das Personalreglement noch durch die Personalverordnung oder durch abweichende Vereinbarungen im individuellen Arbeitsvertrag geregelt ist, gelten als öffentlich-rechtliches Ersatzrecht die Regeln des Zivilrechts, insbesondere Art. 319 ff. OR (§ 2 Abs. 1 PR). Die Anstellung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie der Abschluss von Arbeitsverträgen erfolgt durch den Kirchenrat (§ 4 Abs. 1 PR). Das unbefristete Arbeitsverhältnis endet – nebst anderen Gründen – durch Kündigung (§ 5 Abs. 1 lit. a PR und § 3 Abs. 1 PV). Gemäss § 25 PR richtet sich die Rechtspflege bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nach dem Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Zug. Beschwerden sind an den Kirchenrat zu richten.

Personalreglement wie Personalverordnung sind integrierende Bestandteile des Arbeitsverhältnisses (§ 1 PV). Die Kirchgemeinde kann das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen, wobei vorab das rechtliche Gehör zu gewähren und die Angemessenheit weniger weit reichender Massnahmen zu erwägen ist (§ 5 Abs. 1 – 3 PV). Eine Kündigung ist nichtig, wenn sie während spezifisch definierter Sperrfristen ausgesprochen wird (§ 6 PV). Eine nichtige Kündigung entfaltet keine Wirkung (§ 7 Abs. 1 PV). Die Kündigung seitens der Kirchgemeinde ist missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt (§ 8 Abs. 1 PV). Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, nicht aber auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses; Beschwerden wegen missbräuchlicher Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 9 Abs. 1 und 3 PV).

3. Die Kirchgemeinde K. hat ein eigenes Besoldungsreglement, weshalb sich die Rechte und Pflichten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach diesem Reglement richten (§ 99 Abs. 1 GG). Nur soweit Bestimmungen fehlen, werden die kantonalen Vorschriften sinngemäss angewendet (§ 99 Abs. 2 GG). Es fragt sich vorliegend, ob mit den kirchgemeindlichen Vorschriften eine umfassende Regelung getroffen wurde oder ob kantonales Verfahrensrecht subsidiär zur Anwendung gelangt. Der Kläger verweist für seinen Standpunkt auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Juni 2000 (V 1999 102), worin das Gericht zum Schluss kam, dass Entschädigungsansprüche einer Mitarbeiterin der Kirchgemeinde E. auf dem Weg der verwaltungsgerichtlichen Klage geltend gemacht werden könnten, da das diesbezügliche Dienst- und Besoldungsreglement ergänzend auf das Obligationenrecht verwies, aber kein Fall vorlag, wo im Sinne von § 99 Abs. 2 GG Bestimmungen fehlten, weshalb nicht kantonale Vorschriften sinngemäss anzuwenden seien, so dass aus dem kantonalen Personalgesetz weder materielle Ansprüche abgeleitet werden könnten noch das besondere Beschwerdeverfahren gemäss § 70 PG anwendbar sei.

Im vorliegenden Fall verweist das Personalreglement der Beklagten in § 25 Satz 1 für den Rechtsschutz ausdrücklich auf das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass für die Durchsetzung von Ansprüchen einzig das Beschwerdeverfahren möglich ist, ist doch die verwaltungsrechtliche Klage unter gewissen, allerdings sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig bzw. der richtige Weg. Die Bestimmung von § 25 Satz 1 PR entspricht aber exakt der Formulierung von § 70 Abs. 1 des kantonalen Personalgesetzes, wonach sich bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen die Rechtspflege nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz richte. Aus dem dazugehörigen Absatz 3 von § 70 PG ergibt sich aber in aller Deutlichkeit, dass die Ansprüche aufgrund eines beendigten Arbeitsverhältnisses beschwerdeweise geltend gemacht werden müssen; der verwaltungsrechtliche Klageweg steht damit klar nicht offen. In § 2 Abs. 1 PR werden zwar die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR als öffentlich-rechtliches Ersatzrecht anwendbar erklärt. Dieser Verweis betrifft jedoch offensichtlich nur Fragen des Inhalts des Arbeitsverhältnisses, somit Fragen materiell-rechtlicher Natur. Damit unterscheidet sich das vorliegende Reglement von demjenigen im Fall V 1999 102, das umfassend für alle Sachverhalte (materiell wie verfahrensrechtlich) auf Ersatzrecht verwies und damit keine Bestimmungen im Sinne von § 99 Abs. 2 GG fehlten. Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Zudem hält wie erwähnt § 25 Satz 2 PR fest, dass «Beschwerden» an den Kirchenrat zu richten sind. Diese Formulierung kann offensichtlich nur für Fälle gelten, in welchen eine dem Kirchenrat untergeordnete Stelle eine verbindliche Verfügung trifft, und ist hier nicht einschlägig. Eine Überprüfung eines Entscheides bei der verfügenden ersten Instanz, hier dem Kirchenrat, der als Anstellungsbehörde auch für die Kündigung zuständig ist, müsste – sofern im Gesetz überhaupt vorgesehen – im Rahmen einer Einsprache und nicht im Beschwerdeverfahren erfolgen. Immerhin lässt die gewählte Formulierung aber den Schluss zu, dass das kantonale Beschwerdeverfahren und der damit verbundene Verfahrensweg implementiert werden sollten. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 9 Abs. 3 PV, wonach «Beschwerden» gegen missbräuchliche Kündigungen keine aufschiebende Wirkung zukommt. In Würdigung aller Aspekte ergibt sich, dass das Personalreglement und die Personalverordnung keine abschliessenden Regelungen enthalten und somit aufgrund von § 99 Abs. 2 GG kantonale Vorschriften sinngemäss zur Anwendung kommen, konkret also die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes. Dies hat zur Folge, dass die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht klageweise geltend gemacht werden können, sondern das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren durchzuführen ist.

Mit der hier eingereichten verwaltungsrechtlichen Klage macht der Kläger Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche gegenüber der Kirchgemeinde geltend. Anspruchsgrundlage ist nach seiner Darstellung die missbräuchliche Kündigung. Wie oben erwogen, ist der verwaltungsrechtliche Klageweg aber ausgeschlossen, weshalb das Gericht auf die Eingabe als Klage nicht eintreten kann.

4. a) Gegenstand eines verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens ist notwendigerweise ein erstinstanzlicher Entscheid. Gemäss § 19 VRG werden Entscheide (resp. Verfügungen) schriftlich eröffnet und müssen den Rechtsspruch, den Kostenspruch, die Rechtsmittelbelehrung und die Daten der Entscheidung und des Versandes enthalten. In Briefform ausgefertigte Entscheide müssen als solche bezeichnet werden. Fehlerhafte Verfügungen sind in aller Regel nicht nichtig, sondern anfechtbar. Enthält eine Anordnung zu Unrecht keine oder eine unrichtige oder eine unvollständige Rechtsmittelbelehrung, so gilt sie als mangelhaft eröffnet, was gemäss dem Fairnessgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) dem Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen darf, es sei denn, dass die Partei den Irrtum bemerkt hat oder ihn bei gebührender Aufmerksamkeit hätte bemerken müssen (vgl. Kaspar Plüss, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 10 N. 51).

Vorliegend hat der Kirchenrat am 24. Februar 2016 in schriftlicher Briefform gekündigt. Eine Rechtsmittelbelehrung hat er für den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nicht beigefügt. Beim Kündigungsschreiben handelt es sich offensichtlich um einen Entscheid im Sinne des VRG, auch wenn er nicht als solcher bezeichnet und – aufgrund der fehlenden Rechtsmittelbelehrung – ebenso offenkundig fehlerhaft ist. Trotz dieses Mangels ist die Kündigung gültig, da – abgesehen von Fällen der Nichtigkeit – auch allenfalls missbräuchliche Kündigungen beständig sind und das Arbeitsverhältnis beenden (vgl. § 70 Abs. 3 PG, § 9 Abs. 3 PV). Beschwerdeinstanz gegenüber einem Entscheid des Kirchenrates ist nach § 40 Abs. 1 VRG der Regierungsrat.

b) Wird bei Beschwerdeverfahren gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen (§ 70 Abs. 3, § 14 PG). Es stellt sich die Frage, ob zu diesem Zweck die Angelegenheit vom Gericht an den Kirchenrat als der zuständigen Verfügungsinstanz zurückzuweisen oder direkt als Beschwerde an den Regierungsrat als ordentliche Rechtsmittelinstanz zu überweisen ist.

Voraussetzung für eine Beschwerde ist immer das Vorliegen einer Verfügung. Vorliegend hat der Kirchenrat – wenn auch formell mangelhaft – bereits verfügt, indem er die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen hat. Im Streit liegen denn auch Ansprüche aus einer angeblichen Rechtsverletzung durch die Kündigungsverfügung, nicht hingegen die auch nach Rechtskraft der Kündigung noch mögliche Geltendmachung von Folgeansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht im Beschwerdeverfahren, sondern zuerst bei der erstinstanzlich zuständigen Behörde geltend zu machen sind, so wie es z. B. bei der erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werdenden Abgangsentschädigung nach § 24 ff. PG der Fall ist. Wie das Verwaltungsgericht früher festgestellt hat, besteht auf die Abgangsentschädi-

gung ein klarer gesetzlicher Anspruch; der Klarheit halber werde in § 24 Abs. 2 PG betont, dass die Abgangsentschädigung unabhängig von anderen Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis bestehe wie z. B. dem Fall der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung und der missbräuchlichen Kündigung, wo Schadenersatz bzw. eine Entschädigung geschuldet sei (vgl. Urteil vom 26. August 2008, V 2007 27, und diesbezüglich Entscheid des BGer 1C_441/2008 vom 18. März 2009). Wie das Verwaltungsgericht ebenfalls bereits einmal festgestellt hat, ist für die Zusprechung von Entschädigungen wie der Abgangsentschädigung erstinstanzlich allein die Anstellungsbehörde zuständig (Urteil vom 27. März 2012, V 2011 130, Erw. 2c), während eine Entschädigung als Folge einer missbräuchlichen Kündigung überhaupt nur durch die Beschwerdeinstanz festgestellt werden kann (vgl. Urteil vom 18. Dezember 2008, V 2008 63, Erw. 2a).

Liegt hier die innert Rechtsmittelfrist zu rügende und einzig von der Rechtsmittelinstanz festzustellende Missbräuchlichkeit einer Kündigung im Sinne von § 13 f. PG im Streit, ist die Klageschrift somit als Beschwerde an die zuständige Beschwerdeinstanz, d.h. den Regierungsrat weiterzuleiten.

c) Sind Eingaben an eine unzuständige Instanz gemäss § 7 VRG von Amtes wegen und unter Mitteilung an den Absender an die zuständige Behörde weiterzuleiten, so ist für die Einhaltung der Beschwerdefrist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde massgebend. Ziel dieser Bestimmung ist es, Verfahrensverzögerungen zu verhindern sowie Fristen und Rechtshängigkeit zu wahren, wenn sich ein Rechtsuchender mit einer Eingabe versehentlich (bzw. ohne bösgläubig zu sein) an eine unzuständige Behörde wendet oder wenn die Zuständigkeit einer Instanz aufgrund der gesetzlichen Regelung zweifelhaft ist (vgl. Kaspar Plüss, a.a.O., § 5 Rz. 40 f.).

Einer Partei, welche sich auf eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung verliess und verlassen konnte, darf daraus kein Nachteil erwachsen. Allerdings genießt nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Es besteht kein Anspruch auf Vertrauensschutz, wenn der Mangel für die Rechtssuchenden bzw. ihren Rechtsvertreter schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung ersichtlich ist. Dies gilt nicht nur für das Verfahren vor Bundesgericht, sondern auch für das kantonale Verfahren (BGer 6B_935/2009 vom 23. Februar 2010, Erw. 7.2).

Vorliegend kann dem zunächst nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer wegen der unterlassenen Rechtsmittelbelehrung, aber auch wegen dem selbst für einen Rechtsanwalt nicht klaren Präjudiz des Falles V 1999 102 vom 20. Juni 2000 und nicht zuletzt wegen der Unkenntnis auch der verfügenden Instanz über die anwendbare Verfahrensart nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er – lange nach Ablauf

der 30-tägigen Beschwerdefrist gegen die Kündigungsverfügung vom 24. Februar 2016 – mit einer verwaltungsrechtlichen Klage an das Verwaltungsgericht gelangte und die Missbräuchlichkeit der Kündigung und daraus fliessende Ansprüche geltend machte. Demzufolge muss die Beschwerdefrist als gewahrt gelten.

d) Zuständig als Beschwerdeinstanz ist somit gemäss § 40 Abs. 1 VRG der Regierungsrat. Dieser wird – allenfalls nach Einräumung der Gelegenheit zur Ergänzung der nunmehr als Beschwerdeschrift zu behandelnden Klageschrift resp. der Klageantwort – in einem Feststellungsentscheid über eine allfällige Rechtsverletzung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. die geltend gemachte Missbräuchlichkeit der Kündigung zu entscheiden und daraus allenfalls fliessende Entschädigungsansprüche des Beschwerdeführers zu bestimmen haben.

Nachdem die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts vorliegend unklar erschien, muss die Weiterleitung an die zuständige Instanz im Rahmen eines anfechtbaren Nichteintretensentscheids erfolgen. Überweisungsentscheide im Rahmen des Nichteintretens stellen selbständig anfechtbare Zwischenentscheide über die Zuständigkeit dar (Plüss, a.a.O., Rz 34, u.a. mit Hinweis auf BGE 138 III 610, Erw. 2.5.1).

5. Das Nichteintreten auf das Klageverfahren durch das Verwaltungsgericht kommt grundsätzlich einem Unterliegen gleich, weshalb dem Kläger gemäss § 86 VRG mit Verweis auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG die Verfahrenskosten aufzuerlegen wären. Vorliegend enthielt das Kündigungsschreiben keine Rechtsmittelbelehrung und ist damit mangelhaft. Wie die Vernehmlassung der Beklagten zeigt, ist sich auch der Kirchenrat unsicher über den anwendbaren Rechtsmittelweg, schlug er doch vor, dass zuerst im Beschwerdeverfahren eine allfällige Missbräuchlichkeit der Kündigung festzustellen sei, woraufhin dann im Klageverfahren über die finanziellen Folgen zu befinden wäre. Bei dieser Sachlage darf dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, dass er eine verwaltungsrechtliche Klage einreichte, zumal er sich auf den vergleichbaren, aber eben nicht identischen Fall V 1999 102 bezog, wo das Gericht auf die Klage eintrat. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, dem Kläger keine Kosten aufzuerlegen. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2016, V 2016 78
Das Urteil ist rechtskräftig.

12. Handelsregisterrecht

12.1 § 62 VRG; Art. 165 Abs. 3 lit. a und b HRegV

Regeste:

§ 62 VRG; Art. 165 Abs. 3 lit. a und b HRegV – Keine Legitimation zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wenn ein Aktionär sich gegen bereits erfolgte Eintragungen von Kapitalerhöhungen ins Handelsregister wehrt (Erw. 2 – 5). Der Beschwerdeführer bleibt nicht ohne Rechtsschutz. Er kann seine Anliegen vor Kantonsgericht klageweise geltend machen (Erw. 6). Prüfung, ob der Eintragung offensichtliche materielle Rechtsverletzungen zugrunde lagen. Frage verneint (Erw. 7).

Aus dem Sachverhalt:

Die Z. AG, Baar, meldete beim Handelsregisteramt des Kantons Zug die Eintragung einer Statutenänderung, einer ordentlichen Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital sowie einer genehmigten und einer bedingten Kapitalerhöhung an. Das Handelsregisteramt prüfte die eingereichten Belege und nahm die Eintragung am nn. April 2016 vor. Die erwähnten Tatsachen wurden am oo. April 2016 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert. Dagegen reichte M. am 20. Mai 2016 eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte u.a., es sei festzustellen, dass die Beschlüsse der a.o. Generalversammlung der Z. AG (fortan: Beschwerdegegnerin 2) vom 7. April 2016 nichtig seien, eventuell die Kapitalerhöhungen und die Anmeldung der Beschlüsse zur Eintragung nicht gesetzeskonform seien. Es sei das Handelsregisteramt anzuweisen, die entsprechenden Änderungen von Amtes wegen vollumfänglich zu löschen. Seine Beschwerdelegitimation stützte er auf den Umstand, dass er Aktionär der betroffenen Gesellschaft sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Beschwerdeführer nennt als Beschwerdeobjekte die Eintragung einer Statutenänderung und von drei Kapitalerhöhungen der Beschwerdegegnerin 2 ins Tagesregister des Handelsregisters des Kantons Zug am nn. April 2016 bzw. die Veröffentlichung dieser Tatsachen am oo. April 2016 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB). Die Beschwerdegegnerin 2 bringt zunächst vor, dass damit gar keine Verfügung des Handelsregisteramtes angefochten werde.

a) Eine Verfügung ist gemäss den in der Lehre entwickelten Grundsätzen durch die folgenden fünf Elemente charakterisiert: Sie ist erstens eine hoheitlich einseitige Anordnung einer Behörde, welche zweitens in einem individuell-konkreten Fall erge-

ht, drittens in Anwendung von Verwaltungsrecht erfolgt, viertens auf Rechtswirkungen ausgerichtet ist und fünftens verbindlich und erzwingbar sein muss. Ein Hoheitsakt ist dann auf Rechtswirkungen ausgerichtet, wenn dabei in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten eines bestimmten Privaten begründet, geändert oder aufgehoben werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 849 ff.).

b) Bei einer sogenannten Allgemeinverfügung handelt es sich um eine Verwaltungs-massnahme, die eine konkrete Situation ordnet, die sich aber an einen grösseren, nicht individuell bestimmten Personenkreis richtet. Rechtlich wird eine Allgemeinverfügung regelmässig wie eine gewöhnliche Verfügung behandelt. Sie ist damit Anfechtungsobjekt der Beschwerde an Verwaltungsbehörden, Verwaltungsgerichte und an das Bundesgericht (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 933 und 944).

c) Gemäss Art. 932 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ist für die Bestimmung des Zeitpunktes der Eintragung in das Handelsregister die Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch massgebend. Eine Eintragung im Handelsregister wird gegenüber Dritten erst an dem nächsten Werktag wirksam, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Schweizerischen Handelsamtsblattes (SHAB) folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist. Dieser Werktag ist auch der massgebende Tag für den Lauf einer Frist, die mit der Veröffentlichung der Eintragung beginnt (Art. 932 Abs. 2 OR). Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung ist die Veröffentlichung der strittigen Eintragung am oo. April 2016 im SHAB als Allgemeinverfügung anzusehen. Es handelt sich dabei nämlich um einen einseitigen Hoheitsakt einer Behörde in einem konkreten Fall, der Rechtswirkungen gegenüber einem grösseren, nicht individuell bestimmten Personenkreis zeitigt. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte auch in Anwendung von öffentlichem Recht. Denn obwohl die Normen des Registerrechts (Recht des Handels- und Zivilstandsregisters und des Grundbuchs) in einem engen Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen, sind Registersachen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts öffentlich-rechtlicher Natur. In diesem Zusammenhang wird des Öftern auch von ergänzendem öffentlichem Recht gesprochen (BGer 4A_638/2010 vom 11. April 2011, Erw. 2.4.1.4, vgl. auch mit Art. 72 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110], in dem die Anfechtung von Entscheiden über die Führung des Handelsregisters als öffentlich-rechtliche Streitigkeit bezeichnet wird). Die Veröffentlichung der Eintragung im SHAB vom oo. April 2016 stellt somit für Dritte grundsätzlich eine anfechtbare Verfügung dar.

3. Es stellt sich allerdings die Frage, ob jede Person diese Allgemeinverfügung anfechten kann oder ob der Kreis der Beschwerdelegitimierten vom Gesetzgeber enger gezogen wurde. In der Eingabe vom 15. Juli 2016 stützte der Beschwerdeführer seine Legitimation auf § 62 VRG.

a) Gemäss Art. 929 Abs. 1 OR erlässt der Bundesrat die Vorschriften über die Einrichtung, die Führung und die Beaufsichtigung des Handelsregisters sowie über das Verfahren, die Anmeldung zur Eintragung, die einzureichenden Belege und deren Prüfung, den Inhalt der Eintragungen, die Gebühren und die Beschwerdeführung. Die Regelungen zur Beschwerdeführung gegen Verfügungen des Handelsregisteramtes finden sich in Art. 165 HRegV. Dieser lautet wie folgt:

¹ Verfügungen der kantonalen Handelsregisterämter können angefochten werden.

² Jeder Kanton bezeichnet ein oberes Gericht als einzige Beschwerdeinstanz.

³ Beschwerdeberechtigt sind Personen und Rechtseinheiten:

a. deren Anmeldung abgewiesen wurde;

b. die von einer Eintragung von Amtes wegen unmittelbar berührt sind.

⁴ Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Handelsregisterämter sind innert 30 Tagen nach der Eröffnung der Entscheide zu erheben.

⁵ Die kantonalen Gerichte teilen ihre Entscheide unverzüglich dem kantonalen Handelsregisteramt sowie dem EHRA mit.

b) Der Bundesrat hat mit dieser Regelung tief in das kantonale Verfahrensrecht eingegriffen. Sie bestimmt nämlich einerseits, dass es gegen Verfügungen des Handelsregisteramtes nur eine einzige Beschwerdeinstanz geben darf, welche überdies ein Gericht zu sein hat. Ausserdem wird der Kreis der Beschwerdelegitimierten gegenüber denjenigen im kantonalen Verfahrensrecht eingeschränkt. Der bei kantonalen Beschwerdeverfahren sonst zur Anwendung gelangende § 62 VRG nennt drei Voraussetzungen, die für eine Beschwerdeberechtigung kumulativ erfüllt sein müssen: die so genannte formelle Beschwerde, d.h. die Verfahrensteilnahme vor der Vorinstanz (§ 62 Abs. 1 lit. a VRG), und die materielle Beschwerde, nämlich ein besonderes Berührtsein (§ 62 Abs. 1 lit. b VRG) sowie ein Rechtsschutzinteresse (§ 62 Abs. 1 lit. c VRG). Demgegenüber räumt Art. 165 Abs. 3 HRegV zwei Personengruppen ein Beschwerderecht gegen Verfügungen des Handelsregisteramtes ein. Einerseits können die formell Beschwerzten ein Rechtsmittel ergreifen, das sind in diesem Fall Personen, deren Anmeldung abgewiesen wurde (Art. 165 Abs. 3 lit. a HRegV). Andererseits sind auch lediglich materiell beschwerte Personen beschwerdeberechtigt. Dies allerdings bei Eintragungen, die von Amtes wegen erfolgt sind, und erst dann, wenn diese Personen davon unmittelbar berührt sind (Art. 165 Abs. 3 lit. b HRegV). Ausserhalb des in Art. 165 Abs. 3 HRegV umschriebenen Kreises sind mit Ausnahme des EHRA [Eidg. Amt für das Handelsregister] keine weiteren Per-

sonen zur Beschwerde legitimiert. Die Handelsregisterbeschwerde ist keine Popularbeschwerde (Rüetschi, SHK-HRegV, Art. 165, Rz. 16).

c) Da Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), haben bei Beschwerden gegen Handelsregisterverfügungen die Legitimationsanforderungen in § 62 VRG denjenigen in Art. 165 Abs. 3 HRegV zu weichen. Der Beschwerdeführer hat seine Legitimation somit zu Unrecht auf § 62 VRG abgestützt.

4. In der Beschwerde vom 20. Mai 2016 wurde vorgebracht, die Beschwerdelegitimation sei aufgrund von Art. 165 Abs. 3 lit. b HRegV gegeben.

a) Im Handelsregisterrecht gilt das Anmeldeprinzip. Dies bedeutet, dass einer Eintragung grundsätzlich eine Anmeldung vorauszugehen hat (vgl. Art. 15 Abs. 1 HRegV, Art. 16 HRegV). Eine Anmeldung ist eine von den anmeldenden Personen an das Handelsregisteramt gerichtete schriftliche Erklärung, mit der die Eintragung von eintragungspflichtigen oder -berechtigten Tatsachen ins Handelsregister beantragt wird (Zihler, SHK-HRegV, Art. 15, Rz. 1). Daneben gibt es noch – als Ausnahme – die Eintragung von Amtes wegen. Die Sachverhaltskonstellationen, die zu einer solchen Eintragung führen, sind im 5. Titel der Handelsregisterverordnung ab Art. 152 – 161 HRegV aufgeführt.

b) Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin 2 dem Handelsregisteramt eine Statutenänderung, eine ordentliche Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital, eine genehmigte Kapitalerhöhung und eine bedingte Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (...). Die hier angefochtene SHAB-Publikation erfolgte somit als Folge einer Eintragung im regulären Anmeldeverfahren und nicht als Folge einer Eintragung von Amtes wegen. Die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers aufgrund von Art. 165 Abs. 3 lit. b HRegV ist somit nicht gegeben.

5. Zu prüfen ist eine Beschwerdebefugnis gestützt auf Art. 165 Abs. 3 lit. a HRegV.

a) Nach dieser Bestimmung sind die Rechtseinheiten sowie die für sie handelnden Anmeldepflichtigen des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans bzw. die Inhaber von Einzelunternehmen sowie die Kollektivgesellschafter zur Beschwerde berechtigt (Michael Gwelessiani: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. A., Zürich/Basel/G 2012, Rz. 584). Es handelt sich mithin um diejenigen Personen, welche in Art. 17 HRegV abschliessend als diejenigen bezeichnet werden, welche zu einer Anmeldung berechtigt, und damit aber auch verpflichtet sind. Die Anmeldung ist stellvertreterfeindlich (Gwelessiani, a.a.O., Rz. 79). Der Beschwerdeführer ist zwar Aktionär der Beschwerdegegnerin 2, er gehört aber ihrem Verwaltungsrat nicht an (vgl.

www.hrazg.ch, eingesehen am 30. August 2016). Im Übrigen hat er die umstrittene Eintragung nicht angemeldet (...) und die Anmeldung wurde vom Handelsregisteramt nicht abgewiesen. Eine Beschwerdeberechtigung lässt sich hier somit auch nicht aus Art. 165 Abs. 3 lit. a HRegV ableiten.

b) In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass der Kreis der Aktivlegitimierten in Art. 165 Abs. 3 lit. a HRegV zu eng gefasst sei. Eine formelle Beschwerde liege demzufolge auch dann vor, wenn einer Anmeldung nachgekommen wurde, der Beschwerdeführer sich aber auf eine unrichtige Anwendung des Gebührentarifs berufe und eine Gebührenbeschwerde erheben wolle. Entsprechendes gelte für die Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerde (Rüetschi, SHK-HRegV, Art. 165 Rz. 18; Gwlessiani, a.a.O., Rz. 585). Die Diskussion in der Lehre kreist jedoch nicht um die Frage, ob es neben den anmeldeberechtigten Personen gemäss Art. 17 HRegV noch weitere Personen gibt, die sich bei ihrer Beschwerdelegitimation auf Art. 165 Abs. 3 lit. a HRegV berufen könnten. Es geht bei der Streitfrage vielmehr darum, ob die anmeldeberechtigten Personen auch im Falle einer Gutheissung ihrer Anmeldung die Möglichkeit haben sollen, auf dem Beschwerdeweg gegen die Verfügung des Handelsregisteramtes vorzugehen oder nicht. Der vorliegende Fall betrifft aber eine Person, die gar nicht anmeldeberechtigt ist. Die Diskussion in der Lehre ist für den vorliegenden Fall nicht relevant.

c) Somit gibt es für den Beschwerdeführer keinen Weg, um gestützt auf die einschlägige Bestimmung in der Handelsregisterverordnung gegen die Verfügung (Publikation der Eintragung im SHAB vom 00. April 2016) beim Verwaltungsgericht vorzugehen.

6. Gemäss Art. 29a Abs. 1 BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

a) Es liesse sich argumentieren, dass Personen, welche nicht legitimiert sind, um sich gegen die Publikation von Eintragungen des Handelsregisteramtes mit einer Beschwerde zu wehren, ohne Rechtsschutz blieben. Dies ist indessen hier nicht der Fall. Artikel 162 HRegV regelt das sogenannte Einspruchverfahren gegen Eintragungen in das Handelsregister. Dabei wird die Legitimation zum Einspruch nicht eingeschränkt. Grundsätzlich kann daher jede von der betroffenen Rechtseinheit verschiedene Person Einspruch erheben (Carbonara, SHK-HRegV, Art. 162, Rz. 26). Artikel 162 Abs. 1 und 5 HRegV machen klar, dass der Einspruch nur Wirkungen entfalten kann, wenn das Handelsregisteramt die Eintragung ins Tagesregister noch nicht vorgenommen hat (Carbonara, SHK-HRegV, Art. 162, Rz. 48). Wurde der Eintrag vorgenommen, stellt das Handelsregisteramt diesen Umstand fest. Es hat das Einspruchverfahren zu schliessen und dem Einsprecher mitzuteilen, dass die Eintragung bereits ins Tagesregister aufgenommen wurde. Es hat den Einsprecher gestützt

auf Art. 162 Abs. 5 HRegV in seiner Mitteilung an das Gericht zu verweisen (Carbonara, SHR-HRegV, Art. 162, Rz. 116). Ob der Einsprecher die ihm missliebige Eintragung ungeschehen machen kann, indem das mit der Sache befasste Gericht das Handelsregisteramt zur Löschung oder Änderung einer vorgenommenen Eintragung anweist, ist Sache des Gerichts und in einem ordentlichen Verfahren zu klären (Carbonara, SHK-HRegV 162, Art. 162, Rz. 118). Bei diesem Gericht handelt es sich um ein Zivilgericht (BSK-OR II, 4. A., Eckert, Art. 929, Rz. 20 und Art. 940, Rz. 7).

b) Der Beschwerdeführer wehrt sich als Aktionär der Beschwerdegegnerin 2 vorliegend gegen Eintragungen in das Handelsregister, die auf Beschlüsse einer a.o. Generalversammlung der Beschwerdegegnerin 2 beruhen, die er als nicht rechtmässig zustande gekommen erachtet. Die strittige Eintragung wurde allerdings schon vorgenommen. Der Beschwerdeführer wäre somit, sollte er dagegen einen Einspruch erheben wollen, vom Handelsregisteramt gestützt auf Art. 162 Abs. 5 HRegV an das Zivilgericht zu verweisen, wo er die Verletzung seiner Aktionärsrechte geltend zu machen hätte. Obwohl also der Beschwerdeführer im konkreten Fall nicht legitimiert ist, um sich vor Verwaltungsgericht gegen die Publikation einer Eintragung des Handelsregisteramtes mit einer Beschwerde zu wehren, würde er nicht ohne Rechtsschutz bleiben.

7. Der Beschwerdeführer macht eine Nichtigkeit der Beschlüsse der a.o. Generalversammlung vom 7. April 2016 geltend, dies da die Kontrollrechte der Aktionäre vorsätzlich und schwerwiegend verletzt worden seien (...). Er verlangt deshalb, dass das Verwaltungsgericht die Nichtigkeit dieser Beschlüsse feststelle (...).

a/aa) Nichtigkeit eines GV-Beschlusses kann inzident, durch Einwendung in einem beliebigen Verfahren, oder selbständig durch Feststellungsklage geltend gemacht werden und muss zudem von Amtes wegen beachtet werden. Betroffen sind vor allem die Gerichte, aber auch das Handelsregister, sofern der Beschluss an einem Mangel leidet, der ihn eindeutig als nichtig erscheinen lässt (BGE 100 II 384 E. 1, BSK-OR II, 4. A., Truffer/Dubs, Art. 706b OR, Rz. 5). Generalversammlungsbeschlüsse, die an Mängeln leiden, die sie nicht nur als anfechtbar, sondern als nichtig erscheinen lassen, sind vom Handelsregisterführer zu beanstanden; bereits vorgenommene Eintragungen sind in solchen Fällen von Amtes wegen rückgängig zu machen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Handelsregisterführer jedoch nur in offensichtlichen und klaren Fällen abweisen resp. die Eintragung löschen. So hat der Registerführer insbesondere einen durch die ihm vorgelegten Unterlagen gültig ausgewiesenen Beschluss der Aktionäre entgegenzunehmen, ohne zu prüfen, ob die Generalversammlung ordnungsgemäss einberufen und zusammengesetzt war (BGer 4A_24/2007 vom 22. Juni 2007, Erw. 2.2).

a/bb) Dass im Gegensatz zur registerrechtlichen die materielle rechtliche Prüfung

durch den Registerführer nur eine beschränkte sein kann, ist einerseits auf die dispositive Natur beträchtlicher Teile des Handelsrechts und andererseits auf die in diesem Gebiet vorrangige Zuständigkeit des Zivilrichters zurückzuführen. Der Registerführer hat daher, selbst wenn er auf die Möglichkeit eines ungerechtfertigten Eintrags aufmerksam gemacht wird, bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss. Die Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit soll mithin nur offensichtliche Mängel vermeiden und die Vereinbarkeit mit bestimmten qualifizierten Rechtsnormen sicherstellen. Dabei darf der Handelsregisterführer von der inhaltlichen Richtigkeit der ihm eingereichten Erklärungen und Belege ausgehen und hat nur im Zweifelsfall eine beschränkte Nachprüfungspflicht. Diese Grundsätze gelten auch, wenn Beschlüsse der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft zur Eintragung angemeldet werden. Während der Registerführer die Einhaltung der registerrechtlichen Anforderungen mit freier Kognition zu überwachen hat, würde er der materiellen Überprüfung solcher Beschlüsse, die auf Anfechtung gemäss Art. 706 OR hin dem Zivilrichter obliegt, vorgeifen, wenn er sich nicht äusserster Zurückhaltung befleissigte (BGE 114 II 68 E. 2).

b/aa) Das Verwaltungsgericht beurteilt in aller Regel Beschwerden gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden (§ 61 Abs. 1 VRG). In einzelnen vom Gesetz abschliessend aufgezählten Fällen beurteilt es auch Streitigkeiten im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klagen (§ 80 ff. VRG). Klagen, mit denen das Ziel verfolgt wird, die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen festzustellen, gehören nicht zu den verwaltungsgerichtlichen Klagen und werden von diesem Gericht nicht behandelt. Allerdings ist das Verwaltungsgericht berufen, die Handlungen der kantonalen Behörden zu beurteilen, somit auch solche des Handelsregisteramtes. Im Rahmen der materiellen Behandlung einer Beschwerde gegen das Handelsregisteramt befasst sich das Verwaltungsgericht typischerweise mit der Frage, ob das Amt sich bei der Behandlung von Eintragungsgesuchen an Gesetz und Rechtsprechung gehalten hat oder nicht.

b/bb) Gestützt auf die zuvor zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung bleibt somit zu prüfen, ob das Handelsregisteramt bei der Bearbeitung der Anmeldung der Beschwerdegegnerin 2 betreffend Statutenänderung, eine ordentliche Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital, eine genehmigte Kapitalerhöhung und eine bedingte Kapitalerhöhung hätte merken können und müssen, ob die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Beschlüsse der a.o. Generalversammlung

vom 7. April 2016 an einem offensichtlichen Mangel litten und dass dabei gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstossen wurde, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind. Wäre diese Frage zu bejahen, wäre festzustellen, dass das Handelsregisteramt seine Prüfungsbefugnis unterschritten und die beanstandeten Eintragungen zu Unrecht vorgenommen hat. (...).

c) – h)

[Prüfung dieser Frage mit Feststellung, dass Handelsregisteramt seine Prüfungsbefugnis nicht unterschritten hat.]

8. Zusammenfassend ist festzustellen, dass weder § 62 VRG noch Art. 165 Abs. 3 lit. a und b HRegV dem Beschwerdeführer eine Berechtigung verleihen, um auf dem Beschwerdeweg via Verwaltungsgericht gegen die von ihm monierte Eintragung vom mm. April 2016 ins Tagesregister des Handelsregisters des Kantons Zug vorzugehen. Auch hat das Handelsregisteramt bei der Bearbeitung der strittigen Anmeldung der Beschwerdegegnerin 2 seine Kognition richtig gehandhabt, insbesondere ist ihm keine Unterschreitung der materiellen Kognition bei der Eintragung der ordentlichen und der bedingten Kapitalerhöhung vorzuwerfen. Somit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer bleibt bei diesem Ergebnis nicht ohne Rechtsschutz. Für die Behandlung der von ihm aufgeworfenen Fragen ist das kantonale Zivilgericht zuständig. Nichteintreten gilt mit Blick auf die Kostenaufgabe als vollständiges Unterliegen. Somit hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– zu übernehmen (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2016, V 2016 49
Das Urteil ist rechtskräftig.

13. Erwachsenenschutzrecht

13.1 Art. 433 ff. ZGB

Regeste:

Art. 433 ff. ZGB – Medizinische Massnahmen ohne Zustimmung des Patienten im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung; Inhalt und Bedeutung des Behandlungsplans. Der Behandlungsplan als solcher ist gerichtlich nicht anfechtbar. Er bildet die Grundlage für eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung des Patienten. Diese Massnahme muss im Behandlungsplan erwähnt sein, ist in einem separaten Dokument mit Rechtsmittelbelehrung vom Chefarzt der Abteilung (oder seinem Stellvertreter) anzuordnen und kann gerichtlich angefochten werden (Erw. 2.1).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Wird eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht (Art. 426 Abs. 1 ZGB), so erstellt der behandelnde Arzt unter Beizug der betroffenen Person und gegebenenfalls ihrer Vertrauensperson einen schriftlichen Behandlungsplan (Art. 433 Abs. 1 ZGB). Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann die Chefärztin oder der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist (Art. 434 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) und keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

2.1 Der Behandlungsplan gemäss Art. 433 Abs. 2 ZGB soll Auskunft über die geplanten Abklärungen und Untersuchungen geben, eine erste oder eine bereits gesicherte Diagnose enthalten, die dazu passende Therapie umschreiben, Ausführungen über Risiken und Nebenwirkungen der Therapie machen und eine mögliche Prognose stellen. Zudem sind andere mögliche Behandlungswege und die Gefahren einer unterlassenen Therapie aufzuzeigen (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7068). Der Behandlungsplan wird der betroffenen Person zur Zustimmung unterbreitet (Art. 433 Abs. 3 ZGB). Wenn eine Zustimmung zur Behandlung nicht vorliegt, ist die Ergreifung von medizinischen Massnahmen nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 434 ZGB erlaubt (Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 7068). Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst (Art. 433 Abs. 4 ZGB). Mit Erstellen des Behandlungsplans wird somit nicht über eine bestimmte Behandlung entschieden, sondern, wie auch in der Botschaft ausgeführt, lediglich Auskunft über die geplanten Therapien oder über alternative Behandlungsmöglichkeiten gegeben. Stimmt eine Person dem Behandlungsplan zu, können die darin erwähnten Behandlungen durchgeführt werden. Stimmt sie dem Behandlungsplan nicht zu, kann eine medizinische Massnahme auf der Grundlage von Art. 434 ZGB durchgesetzt werden. Hierzu bedarf es aber gemäss dem Gesetzeswortlaut eines schriftlichen Entscheids, welcher gestützt auf Art. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB anfechtbar ist. Vorbehalten bleibt die Anordnung medizinischer Massnahmen, die sofort aufgrund einer Notfallsituation umgesetzt werden müssen (Art. 435 ZGB). Da somit mit dem Behandlungsplan keine konkrete medizinische Massnahme angeordnet wird, sondern lediglich Absichten aufgezeigt werden, ist der Behandlungsplan nicht als möglicher Anfechtungsgegenstand einer Beschwerde anzusehen. Gegen eine einzelne Massnahme kann sich eine betroffene Person wehren, wenn die Einrichtung einen Entscheid gestützt auf Art. 434 ZGB fällt, mithin «eine im Behandlungsplan vorgesehene medizinische Massnahme» schriftlich und ohne Zustimmung der betroffenen Person anordnet. Der Behandlungsplan als solcher ist folglich keine behördliche Verfügung und

auch keine Zwangsmassnahme, sodass er auch nicht gestützt auf Art. 439 ZGB gerichtlich angefochten werden kann. Der Behandlungsplan bildet jedoch die Grundlage für eine gestützt auf Art. 434 ZGB angeordnete und auch gerichtlich anfechtbare medizinische Massnahme, da diese im Behandlungsplan vorgesehen sein muss (s. dazu Basler Kommentar ZGB I, Geiser/Etzensberger, Art. 433 N 21; FamKomm Erwachsenenschutz/Guillod, Art. 433 ZGB N 32; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 10.40; Erwachsenenschutzrecht, 2. A., Basel 2015, Daniel Rosch, Art. 439 ZGB N 3).

2.2 Im vorliegenden Verfahren beanstandet die Beschwerdeführerin die vorgesehene antipsychotische Medikation, die sie konsequent ablehnt. Das Dokument «Behandlungsplan: Geplante medikamentöse Zwangsmassnahme» vom 14. April 2016 enthält einerseits die für einen Behandlungsplan gemäss Art. 433 ZGB vorgeschriebenen Elemente (Gründe und Zweck der Behandlung, Risiken und Nebenwirkungen, Folgen der Unterlassung und alternative Behandlungsmöglichkeiten), so auch die vorgesehenen vorwiegend antipsychotisch wirkenden Medikamente Aripiprazol, Amisulprid (Reserve: in der Akutphase Haloperidol und Diazepam). Andererseits ist darin aber auch eine Zwangsmedikation angeordnet worden mit dem antipsychotisch wirkenden Clopixol für den Fall, dass die Beschwerdeführerin nach dem 24. April 2016 die verordneten Medikamente nicht oral einnehmen würde; verbunden war diese Anordnung mit einer Rechtsmittelbelehrung, wonach die Beschwerdeführerin gegen diese Anordnung Einspruch erheben könne. Damit hat die Beschwerdegegnerin jedoch den Behandlungsplan und die medizinische Massnahme ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin in ein einziges Dokument verpackt und – wie an der Anhörung vom 2. Mai 2016 bestätigt – auch nicht vorgesehen, bei Non-Compliance eine zusätzliche, auf den Behandlungsplan gestützte Anordnung zu treffen. Dies widerspricht indessen dem Gesetzeswortlaut und der vorherrschenden Lehrmeinung; danach bildet der (nicht gerichtlich anfechtbare) Behandlungsplan die Grundlage für eine Verfügung, mit der eine medizinische Behandlung ohne Zustimmung dann auch tatsächlich angeordnet werden kann (s. dazu Basler Kommentar ZGB I, Geiser/Etzensberger, Art. 433 N 24; FamKomm, Erwachsenenschutz-Guillod, Art. 434 N 31). Dass es sich um eine separate Verfügung handeln muss, ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass der Behandlungsplan nach dem Wortlaut des Gesetzes vom behandelnden Arzt ausgearbeitet wird (Art. 433 Abs. 1 ZGB), während die medizinische Massnahme ohne Zustimmung vom Chefarzt der Abteilung (oder seinem Stellvertreter) angeordnet werden muss (Art. 434 Abs. 1 ZGB), was voraussetzt, dass er als entscheidende Person mithin auch eine bestimmte Stellung in der Klinik innehat und über eine Spezialausbildung in Psychiatrie verfügt (Basler Kommentar ZGB I, Geiser/ Etzensberger, Art. 434/435 N 32 ff.)

2.3 Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, soweit der Behandlungsplan beanstandet wird. Soweit der Behandlungsplan allerdings bereits eine medikamentöse Behandlung ohne Zustim-

mung der Beschwerdeführerin anordnet und auch eine Rechtsmittelbelehrung enthält, ist er in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Nicht angefochten und damit auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die im Urteilzeitpunkt noch bestehende ärztliche FU, die gemäss Angaben der Klinikvertreterinnen an der Anhörung voraussichtlich demnächst aufgehoben werden dürfte, da eine Aufrechterhaltung angesichts der Non-Compliance der Beschwerdeführerin wenig Sinn mache.

3. Gerichtskosten sind nicht zu erheben, da es sich um ein Verfahren im Bereich der fürsorglichen Unterbringung handelt (§ 57 Abs. 2 EG ZGB). Eine Parteientschädigung ist der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. Mai 2016, F 2016 19
Das Urteil ist rechtskräftig.

13.2 Art. 450e Abs. 3 und 4 Satz 1 ZGB und Art. 433 ff. ZGB

Regeste:

Art. 450e Abs. 3 ZGB – Auf das Gutachten des Sachverständigen ist auch dann abzustellen, wenn die betroffene Person eine einlässliche Untersuchung verweigert, der Sachverständige sich aber unter anderem anhand der Akten eine schlüssige Beurteilung bilden konnte (Erw. I./2).

Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB – Verweigert die betroffene Person die Teilnahme an der Anhörung, ist auf Grundlage der Akten zu entscheiden (Erw. I./2).

Art. 433 ff. ZGB – Voraussetzungen für die Anordnung von medizinischen Massnahmen ohne Zustimmung der betroffenen Person im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung. Fehlt die Zustimmung des Patienten, so kann der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist, die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist und keine angemessene mildere Massnahme zur Verfügung steht (Erw. II./2).

Aus den Erwägungen:

(...)

I./2 Die gerichtliche Beschwerdeinstanz hört die betroffene Person in der Regel als Kollegium an (Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB) und bei psychischen Störungen muss gestützt auf das Gutachten einer sachverständigen Person entschieden werden (Art. 450e Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdeführerin hat sich konsequent geweigert, an der Anhörung teilzunehmen. Damit hat sie eine Anhörung ihrer Person verun-

möglich, weshalb auf Grundlage der Akten entschieden werden kann und auch muss (siehe dazu Basler Kommentar ZGB I-Geiser, Art. 450e N 24). Die Untersuchung durch den gerichtlichen Gutachter A brach die Beschwerdeführerin nach wenigen Minuten ab, als sie seiner gutachterlichen Funktion gewahr wurde. Gestützt auf diesen kurzen Eindruck, die umfangreichen, aus verschiedenen Quellen stammenden Unterlagen und das Gespräch mit den Klinikärzten war es dem erfahrenen Gutachter A durchaus möglich, eine nachvollziehbare und wohlbegründete Beurteilung der Beschwerdeführerin abzugeben. Den gesetzlichen Vorgaben an das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz ist damit Genüge getan.

(...)

II./2 Wird eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht (Art. 426 Abs. 1 ZGB), so erstellt der behandelnde Arzt unter Beizug der betroffenen Person und gegebenenfalls ihrer Vertrauensperson einen schriftlichen Behandlungsplan (Art. 433 Abs. 1 ZGB). Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann die Chefärztin oder der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist (Art 434 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) und keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

II./2.1 Der Behandlungsplan gemäss Art. 433 Abs. 2 ZGB soll Auskunft über die geplanten Abklärungen und Untersuchungen geben, eine erste oder eine bereits gesicherte Diagnose enthalten, die dazu passende Therapie umschreiben, Ausführungen über Risiken und Nebenwirkungen der Therapie machen und eine mögliche Prognose stellen. Zudem sind andere mögliche Behandlungswege und die Gefahren einer unterlassenen Therapie aufzuzeigen (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7068). Der Behandlungsplan wird der betroffenen Person zur Zustimmung unterbreitet (Art. 433 Abs. 3 ZGB). Wenn eine Zustimmung zur Behandlung nicht vorliegt, ist die Ergreifung von medizinischen Massnahmen nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 434 ZGB erlaubt (Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 7068). Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst (Art. 433 Abs. 4 ZGB). Mit Erstellen des Behandlungsplans wird somit nicht über eine bestimmte Behandlung entschieden, sondern, wie auch in der Botschaft ausgeführt, lediglich Auskunft über die geplanten Therapien oder über alternative Behandlungsmöglichkeiten gegeben. Stimmt eine Person dem Behandlungsplan zu, können die darin erwähnten Behandlungen durchgeführt werden. Stimmt sie dem Behandlungsplan nicht zu, kann eine medizinische Massnahme auf der Grundlage von Art. 434 ZGB durchgesetzt werden. Hierzu bedarf es aber gemäss dem Gesetzeswortlaut eines schriftlichen

Entscheid, welcher gestützt auf Art. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB anfechtbar ist. Vorbehalten bleibt die Anordnung medizinischer Massnahmen, die sofort aufgrund einer Notfallsituation umgesetzt werden müssen (Art. 435 ZGB). Da somit mit dem Behandlungsplan keine konkrete medizinische Massnahme angeordnet wird, sondern lediglich Absichten aufgezeigt werden, ist der Behandlungsplan nicht als möglicher Anfechtungsgegenstand einer Beschwerde anzusehen. Gegen eine einzelne Massnahme kann sich eine betroffene Person wehren, wenn die Einrichtung einen Entscheid gestützt auf Art. 434 ZGB fällt, mithin «eine im Behandlungsplan vorgesehene medizinische Massnahme» schriftlich und ohne Zustimmung der betroffenen Person anordnet. Der Behandlungsplan als solcher ist folglich keine behördliche Verfügung und auch keine Zwangsmassnahme, sodass er auch nicht gestützt auf Art. 439 ZGB gerichtlich angefochten werden kann. Der Behandlungsplan bildet jedoch die Grundlage für eine gestützt auf Art. 434 ZGB angeordnete und auch gerichtlich anfechtbare medizinische Massnahme, da diese im Behandlungsplan vorgesehen sein muss (s. dazu Basler Kommentar ZGB I-Geiser/Etzensberger, Art. 433 N 21; FamKomm Erwachsenenschutz/Guillod, Art. 433 ZGB N 32; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 10.40; Erwachsenenschutzrecht, 2. A., Basel 2015, Daniel Rosch, Art. 439 ZGB N 3).

II./2.2 Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann die Chefärztin oder der Chefarzt der Abteilung gemäss Art. 434 Abs. 1 ZGB die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist (Ziff. 1), die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist (Ziff. 2) und keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist (Ziff. 3). Die Anordnung wird der betroffenen Person und ihrer Vertrauensperson mit einer Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitgeteilt (Art. 434 Abs. 2 ZGB). Der zuständige Arzt kann demnach als ultima ratio die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn der Patient der Behandlung nicht zustimmt, und wenn überdies die Voraussetzungen nach Ziff. 1 bis 3 kumulativ erfüllt sind. Die Behandlung ohne Zustimmung ist lediglich im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung zulässig, die speziell für diesen Zweck, d.h. die Behandlung einer psychischen Störung, angeordnet worden ist. Diesfalls ist die Massnahme letztlich die logische Folge des Entscheids, den Behandlungsbedürftigen in eine psychiatrische Einrichtung einzuweisen (Hermann Schmid, Kommentar Erwachsenenschutz, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 434 N 3).

Ohne Behandlung muss der betroffenen Person, auch durch Selbstgefährdung, ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden drohen, oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter muss ernsthaft gefährdet sein, denn eine Beschränkung auf die Selbstgefährdung hätte zur Folge, dass psychisch Kranke im Fall ernsthafter Fremdgefährdung längere Zeit, unter Umständen dauerhaft, fürsorgerisch untergebracht wür-

den, wenn sie einer Behandlung nicht zustimmen wollen oder können. Psychiatrische Kliniken würden so zu reinen Verwahrungsanstalten ohne therapeutische Möglichkeiten verkommen. Die betroffene Person muss sodann urteilsunfähig sein bezüglich ihrer eigenen Behandlungsbedürftigkeit. Schliesslich dürfen keine angemessenen Massnahmen zur Verfügung stehen, die weniger einschneidend sind, d.h. die Behandlung muss verhältnismässig sein und dem Stand der Wissenschaft entsprechen (Schmid, a.a.O., Art. 434 N 7 ff.; Basler Kommentar ZGB I-Geiser / Etzensberger, Art. 434/435 N 13 ff.).

II./3 Die Beschwerdeführerin beanstandet im vorliegenden Verfahren ohne Begründung die geplante medikamentöse Zwangsmassnahme, da sie damit nicht einverstanden sei. Eine Begründung ist nicht erforderlich (Art. 439 Abs. 3 i.V.m. Art. 450e Abs. 1 ZGB), weshalb zu prüfen ist, ob die angeordnete medizinische Massnahme ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin den gesetzlichen Vorgaben von Art. 434 ZGB entspricht. Eine Prüfung muss auch nicht deshalb unterbleiben, weil im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung erst ein grundsätzlich nicht anfechtbarer Behandlungsplan vorgelegen hatte; dieser enthielt jedoch – wenn auch zu Unrecht – bereits eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung, die danach am 16. Juni 2016 und damit noch vor der Anhörung mit separater und anfechtbarer Verfügung angeordnet wurde.

II./3.1 Die formellen Voraussetzungen einer medizinischen Massnahme ohne Zustimmung sind vorliegend offensichtlich erfüllt. Die Beschwerdeführerin befindet sich gestützt auf eine behördliche FU zur Behandlung in der Psychiatrischen Klinik B. Die Klinik hat sodann einen Behandlungsplan im Sinne von Art. 433 ZGB erstellt, diesen am 16. Juni 2016 letztmals angepasst und ebenfalls am 16. Juni 2016 eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin angeordnet, die im Behandlungsplan enthalten ist. Die Anordnung ist vom dafür gemäss Gesetz zuständigen Abteilungschefarzt und Leitenden Arzt Dr. C unterzeichnet. Der Behandlungsplan enthält auch die für einen Behandlungsplan gemäss Art. 433 ZGB vorgeschriebenen Elemente (Gründe und Zweck der Behandlung, Risiken und Nebenwirkungen, Folgen der Unterlassung und alternative Behandlungsmöglichkeiten) und auch die vorgesehenen Medikamente Risperidon und Olanzapin, im Falle einer Ablehnung der oralen Medikation die intramuskuläre Verabreichung von Haloperidol oder Clopixol acutard.

II./3.2 Gemäss Gutachter A ist die Beschwerdeführerin sowohl im Allgemeinen wie auch zur Notwendigkeit einer adäquaten Behandlung in hohem Masse urteilsunfähig. Nach Ansicht von Assistenzärztin D ist die Urteilsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Allgemeinen schwankend, je nach Tagesform und je nach dem, um was es gehe; bezüglich der Krankheit und der Behandlungsbedürftigkeit sei sie aus Sicht der Klinik nicht urteilsfähig. Gestützt auf die Vorgeschichte und die ärztlichen Angaben ist damit klar erstellt, dass die Beschwerdeführerin bezüglich

ihrer Krankheit und der Behandlungsbedürftigkeit dieser Krankheit nicht urteilsfähig ist. Damit ist auch diese Voraussetzung für eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung erfüllt.

II./3.3 Ohne Behandlung droht der Beschwerdeführerin ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden, insbesondere im Sinne von Suizidalität und im weiteren Andauern, einer Chronifizierung und einer prognostisch immer schlechteren Therapierbarkeit ihrer gravierenden psychischen Störung. In ihrem aktuellen Zustand stellt sie auch eine erhebliche Gefährdung für das Wohl ihrer Familie und insbesondere das Kindeswohl dar, da die Kinder durch die Krankheit der Mutter unzumutbar belastet sind. Bleibt die Beschwerdeführerin weiterhin im aktuellen Zustand, so droht zudem ein möglicher erweiterter Suizid, wenn die Kinder ihrem Mann zugeteilt werden sollten, sie die Kinder vor allem Bösen bewahren will und sie daher in den Tod mitnimmt.

II./3.4 Die gemäss Anordnungsdokument vom 16. Juni 2016 für die zwangsweise Verabreichung vorgesehenen Medikamente Clopixol acutard oder Haloperidol sind wie erwähnt im Behandlungsplan enthalten und entsprechen nach Aussage des gerichtlichen Gutachters als Notfallmedikamente dem aktuellen medizinischen Wissensstand, sind erprobt, zugelassen und in ihrer Wirksamkeit bestätigt. Sie stellen eine Behandlung *lege artis* der psychischen Störung der Beschwerdeführerin dar. Es ist zudem nicht erforderlich, dass für jeden einzelnen Behandlungsschritt in Form einer intramuskulären Verabreichung ein neues Anordnungsdokument ausgestellt werden müsste; allerdings sollte – wie im Anordnungsdokument vom 16. Juni 2016 vorgenommen – eine bestimmte Dauer festgehalten werden (vgl. dazu Basler Kommentar ZGB I-Geiser/Etzensberger, Art. 434/435 N 27). Mildere Massnahmen als die zwangsweise Medikation wären unter anderem eine orale Medikamenteneinnahme, welche die Beschwerdeführerin jedoch seit nunmehr zwei Monaten vehement und konsequent ablehnt. Auch eine Abschirmung im Intensivzimmer, eine Kontaktsperre oder Ähnliches wäre nach Gutachter A möglich; er räumt indessen selber ein, dass damit lediglich eine Reizabschirmung, nicht aber eine wesentliche Verbesserung des Gesundheitszustandes erreicht werden könnte. Eine alternative oder weniger einschneidende Massnahme steht demzufolge nicht zur Verfügung.

II./3.5 Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mittlerweile seit zwei Monaten in der Klinik B hospitalisiert ist, ohne dass sich an ihrem Zustand irgendetwas Wesentliches geändert hätte. Eine Spontanremission ist nach ärztlichen Angaben mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten. Ohne Medikamente im geschützten Rahmen und mit der aktuellen Hochleistungsversorgung ist nach Gutachter A nur möglicherweise damit zu rechnen, dass die Beschwerdeführerin irgendwann auftauen und bestimmte Beziehungen zulassen oder die Medikamente einnehmen könnte. Dies könnte jedoch sehr lange dauern, ein oder zwei Jahre oder noch länger; irgendwann setze auch bei schizophrenen Patienten ab und zu ein Blitz ein und sie kämen zur Vernunft. Eine schnelle Veränderung ohne Medikamente

sei jedoch nicht zu erwarten. Würde eine zwangsweise Medikation verabreicht, so könne in wenigen Wochen relativ schnell eine Wirkung erzielt werden. Bei dieser Sachlage erscheint es nun aber auch in jeder Hinsicht als verhältnismässig, den Zustand der Beschwerdeführerin durch den Einsatz von Medikamenten innert nützlicher Frist zu verbessern. Alles andere würde offenkundig eine jahrelange Verwahrung der in besonderem Masse schutzbedürftigen Beschwerdeführerin bedeuten, die Prognose für eine Therapierbarkeit deutlich verschlechtern und das Gefährdungspotential für sich und andere in keiner Weise verbessern. Auch der Leidensdruck mit schwerwiegenden Verfolgungs- und Vergiftungsideen würde anhalten, was nicht zuletzt der Pflicht des Staates, seine Bürger bestmöglich zu schützen, zuwiderlaufen würde. Gerade die Beschwerdeführerin in ihrem absolut desolaten psychischen Zustand ohne jegliche ernsthafte Aussicht auf spontane Besserung darf nicht in diesem menschenunwürdigen Zustand belassen werden, nachdem Medikamente zur Verfügung stehen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer relativ schnellen und deutlichen Verbesserung des Zustandes mit zumindest ansatzweiser Krankheitseinsicht und Behandlungsbereitschaft führen dürften. Die angeordnete medizinische Massnahme ist demnach unter allen Aspekten rechtmässig und nicht zu beanstanden.

II./3.6 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Voraussetzungen für eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin allesamt erfüllt sind und die zwangsweise Verabreichung der im Behandlungsplan vorgesehenen Medikamente gesetz- und auch verhältnismässig ist. Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet und muss abgewiesen werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Juni 2016, F 2016 27/28
Das Urteil ist rechtskräftig.

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

1.1 Art. 172 ff. ZGB, Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Regeste:

Art. 172 ff., Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Eine allfällige Stellungnahme ist umgehend einzureichen (E. 2). In der Regel ist mit der Entscheidfällung zuzuwarten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (E. 3). Der persönliche Verkehr bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts (E. 4). Die Bemessung des Unterhalts im Eheschutzverfahren erfolgt bei durchschnittlichen finanziellen Verhältnissen in der Regel nach der zweistufigen Methode. Bei sehr guten finanziellen Verhältnissen muss die Unterhaltsberechnung indes nach der einstufigen-konkreten Methode vorgenommen werden. Dieser aufgrund der einstufig-konkreten Methode ermittelte Bedarf stellt in jedem Fall die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs dar (E. 5).

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 nahm der Gesuchsgegner unaufgefordert Stellung zur Berufungsantwort vom 4. Mai 2016 (act. 5). Darauf liess sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 31. Mai 2016 ebenfalls spontan vernehmen (act. 6).

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197). Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Hält eine Partei eine Stellungnahme von seiner Seite zu einer zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so hat er diese unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen (BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47). Als unverzüglich gilt in der Regel noch eine Frist von maximal 10 Tagen (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 229 ZPO N 9a; ZR 2008 Nr. 22 E. 3). Das Replikrecht kann zudem nur insoweit für Ergänzungen angerufen werden, als die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Ausgeschlossen sind hingegen in diesem Rahmen Anträge und Rügen, die bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hätten erhoben werden können. Die Replik darf nicht dazu verwendet werden, ein Rechtsmittel zu ergänzen oder zu

verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4; BGE 135 I 19 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3).

2.2 Der Gesuchsgegner macht in seiner Eingabe vom 23. Mai 2016 zur vorausgesetzten rechtzeitigen Ausübung des Replikrechts keine Ausführungen. Die Berufungsantwort wurde ihm am 11. Mai 2015 (Postfach) zugestellt. Demnach liess sich der Gesuchsgegner mehr als 10 Tage später dazu vernehmen und mithin – gemäss den vorstehenden Erwägungen – zu spät. Im Übrigen ist aber ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern ihn erst die Berufungsantwort veranlassen soll, die angebliche Beeinträchtigung des Kontaktes zwischen ihm und E. durch die Gesuchstellerin seit seinem Auszug zu thematisieren. Der Gesuchsgegner hätte diese Vorbringen bereits in seiner Berufung vortragen können und müssen. Dasselbe gilt hinsichtlich des von der Gesuchstellerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Vorwurfs, dass sich der Gesuchsgegner wenig bis gar nicht um E. gekümmert habe (Vi act. 23 Rz 3.1 S. 5). Die als zu hoch gerügte Sparquote ergab sich aus dem erstinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeitrag, weshalb auch die diesbezüglichen Einwände mit der Berufung vorzutragen waren. Im Übrigen bringt der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 23. Mai 2016 dazu ohnehin nichts Neues vor. Selbiges gilt mutatis mutandis auch betreffend die Mietkosten. Kann die Eingabe des Gesuchsgegners vom 23. Mai 2016 schon wegen verspäteter Einreichung nicht beachtet werden, so braucht auf die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 31. Mai 2016 nicht eingegangen zu werden.

3. Vorab rügt der Gesuchsgegner eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da ihm die Vorinstanz die Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 erst mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt habe (act. 1 S. 6).

3.1 Wie vorstehend bereits ausgeführt, haben die Parteien als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs Anspruch darauf, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren (E. 2.1 hiavor). Dementsprechend ist es den Gerichten verboten, einer Partei das Äusserungsrecht zu eingegangenen Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unterer Instanzen und weiterer Stellen abzuschneiden. Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang dieser Eingaben zu orientieren; sie muss ausserdem die Möglichkeit zur Replik haben. Wird einer Partei eine Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt und möchte sie nochmals zur Sache Stellung nehmen, so hat sie dies nach Treu und Glauben umgehend zu tun. In der Regel ist mit der Entscheidung zuzuwarten, bis angenommen werden darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_370/2009 vom 4. August 2009 E. 4.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich formeller Natur. Stellt die Rechtsmittelinstanz eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz fest, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und ist aufgrund der so-

nannten formellen Natur des Gehörsanspruchs aufzuheben, unabhängig davon, ob das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre. Eine Heilung ist immerhin zulässig, wenn die Gehörsverletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 ZPO N 26 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

3.2 Die Vorinstanz stellte die Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 dem Gesuchsgegner erst mit dem Endentscheid zu (Vi act. 23; Vi act. 24 S. 14). Gemäss den vorstehenden Ausführungen hätte die Eingabe aber vor der Entscheidfällung zugestellt werden müssen, um dem Gesuchsgegner die Einreichung einer allfälligen Vernehmlassung zu ermöglichen, falls er dies als notwendig erachtet hätte. Somit hat die Vorinstanz, insoweit sie die fragliche Eingabe der Gesuchstellerin bei ihrem Entscheid mitberücksichtigt hat, den Gehörsanspruch des Gesuchsgegners verletzt. Indes scheint dies – soweit ersichtlich – nicht der Fall zu sein. Die Vorinstanz äussert sich dazu allerdings nicht. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs würde aber vorliegend geheilt. Die Rechtsmittelinstanz hat im Berufungsverfahren die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen wie die erste Instanz. Der Gesuchsgegner konnte sich zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. April 2016 in diesem Verfahren äussern und hat es denn auch getan.

4. Der Gesuchsgegner beantragt, er sei in Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 2.2 des erstinstanzlichen Entscheides zu berechtigen und zu verpflichten, E. an jenen Wochenenden, welche er bei der Gesuchstellerin verbringe, am Sonntagabend ab 16.00 Uhr bis Montagmorgen zu betreuen. Weiter verlangt er in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2.3 die Einräumung des Ferienbesuchsrechts ab sofort und nicht erst ab dem vierten Altersjahr von E. Zur Begründung trägt er vor, die Verweigerung der beantragten zusätzlichen Betreuung alternierend von Sonntagabend bis Montagmorgen führe zu einem siebentägigen Bruch in der Kontinuität der Vater-Sohn-Beziehung. Die ersatzlose Aufgabe der gewohnten Betreuung am Wochenende widerspreche dem Kindeswohl. Für Kleinkinder sei ein Zeitabstand von sieben Tagen ein unüberbrückbarer Zeitraum, in dem sie immer wieder der Ungewissheit ausgesetzt seien, dass der andere Elternteil sie verlassen habe. Die Feststellung der Vorinstanz, er habe den Sohn wenig gesehen, sei falsch. Es sei unbestritten, dass er das Einschlafen von E. begleitet habe, wenn die Gesuchstellerin schwimmen gegangen sei. Mithin gelte die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich E. zuerst an die einzelnen Übernachtungen beim Vater gewöhnen müsse, «analog auch für die Übernachtungen wie auch Ferien bei der Mutter». Es diene dem Kindeswohl, wenn E. während längerer Zeit allein vom Gesuchsgegner betreut werde (act. 1 S. 4 ff.).

4.1 Eltern, denen die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 271 Abs. 1 ZGB). Das Recht steht den Betroffenen um ihrer Persönlichkeit

willen zu. Als sogenanntes «Pflichtrecht» dient es freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist daher das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann (zum Ganzen BGE 122 III 404 ff. E. 3a m.w.H.; auch BGE 130 III 585 ff. E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4; Büchler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. I, 2. A. 2011, Art. 273 ZGB N 21).

Die Vorstellungen darüber, was in durchschnittlichen Verhältnissen als angemessenes Besuchsrecht zu gelten habe, gehen in der Lehre und der Praxis auseinander, wobei auch regionale Unterschiede festzustellen sind: Während das Besuchsrecht in der Westschweiz üblicherweise jedes zweite Wochenende mit einer Übernachtung, die Hälfte der Schulferien und alternierend die Doppelfeiertage umfasst, wird in der Deutschschweiz – im Streitfall – das Besuchsrecht üblicherweise für Kinder im Vorschulalter auf ein bis zwei Halbtage monatlich, für Schulkinder auf ein Wochenende mit einer Übernachtung und zwei bis drei Wochen Ferien jährlich festgesetzt. Dabei ist eine Tendenz zur Ausdehnung des Besuchsrechts feststellbar (Urteil des Bundesgerichts 5A_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.2). Auch wenn solchen Übungen bei der Bemessung des Besuchsrechts eine gewisse Bedeutung zukommt, kann im Einzelfall nicht allein darauf abgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2a; BGE 123 III 445 E. 3a). Was als «angemessener» persönlicher Verkehr im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB zu verstehen ist, lässt sich grundsätzlich nur anhand der Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts bestimmen (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 21; Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 273 ZGB N 10; BGE 123 III 445; Urteil des Bundesgerichts 5A_409/2008 vom 26. November 2008 E. 3.2; 5C.11/2006 vom 9. Februar 2007 E. 5.1). Dabei steht dem Richter ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.3; 5A_168/2010 vom 1. Juni 2010 E. 2.1). Massgebend für die Gewährung, den Umfang und die Ausgestaltung des Rechts auf persönlichen Verkehr ist stets das Kindeswohl (Urteil des Bundesgerichts 5C.178/2006 vom 16. November 2006 E. 4.1.1). Dieses ist gefährdet, wenn die ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung des Kindes durch das Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGE 122 III 404 E. 3b). Die Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte richten sich vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil (vgl. BGE 111 II 405), der Häufigkeit der bisherigen Kontakte, der Entfernung und Erreichbarkeit der Woh-

nung der Eltern und der Lebensausgestaltung des Kindes und beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 13). Aufgrund des kindlichen Zeitgefühls sollte bei Kleinkindern einerseits keine zu lange Trennung von der Hauptbezugsperson erfolgen und andererseits der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen nicht überschreiten. Ob das Kind beim Besuchsberechtigten übernachtet, hängt neben dem Alter v.a. auch von der Qualität der Beziehung zwischen dem Besuchsberechtigten und dem Kind ab (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 274 N 14). Bei Kindern im Vorschulalter wird auf Übernachtungen beim Besuchsberechtigten zwar regelmässig verzichtet (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 24). Wie bereits erwähnt, ist jedoch vor allem auf die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts abzustellen. Es geht nicht an, das Besuchsrecht jeweils schematisch aufgrund von einmal aufgestellten Grundsätzen festzulegen.

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass das Gericht den Sachverhalt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen hat. Es gilt mithin die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, was indessen eine antizipierte Beweismwürdigung i.S. der willkürfreien Ablehnung untauglicher oder überflüssiger Beweisanträge nicht ausschliesst (vgl. Steck, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 296 ZPO N 17).

4.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen sollten die Besuchskontakte bei Kleinkindern aufgrund deren Zeitgefühls in kürzeren Abständen erfolgen. Dem hat die Vorinstanz Rechnung getragen, indem sie den Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet hat, Sohn E. – zusätzlich zu jedem zweiten Wochenende – am Mittwochabend bis zum nächsten Morgen zu sich zu nehmen. Von einem weiteren Betreuungsrecht an denjenigen Sonntagabenden, wenn E. das Wochenende bei der Gesuchstellerin verbringt, sah der erstinstanzliche Richter hingegen ab, da ein solches zu unnötiger Unruhe für E. führen würde (Vi act. 24 E. 4.2). In der Tat erscheint es für ein Kind belastend, wenn es am Sonntagnachmittag seine bisherige Beschäftigung abbrechen und sich bis zum Schlafengehen an einen anderen Ort begeben und sich auf einen Wechsel der Betreuungsperson einstellen müsste. Dabei wäre der Kontakt mit dem Gesuchsgegner ohnehin eher von kurzer Dauer, da E. in der Regel um ca. 20.00 Uhr schlafen geht (Vi act. 10 Frage 7, 8). Zudem würde eine solche Betreuungsregelung dazu führen, dass E. – bis auf die Ferien – kein ganzes Wochenende mit der Gesuchstellerin verbringen könnte. Die Planung eines Ausfluges an einem Sonntag würde der Gesuchstellerin erheblich erschwert, wenn sie jeweils spätestens um 16.00 Uhr wieder zuhause sein müsste. Die Nachteile einer solchen Betreuungsregelung wiegen schwerer als der Vorteil, dass die Zeit bis zum nächsten Kontakt mit dem Gesuchsgegner kürzer wäre. Im Übrigen kommt es ohnehin nicht allein auf die Häufigkeit der Kontakte an, sondern vor allem auch auf ihren Gehalt (vgl. Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., Art. 176 ZGB N 9). Vor dem Hintergrund, dass in der Literatur die Auffassung vertreten wird, die Besuche sollten bei Kleinkindern nicht mehr als zwei Wochen auseinanderliegen (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 24;

Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 14; Schreiner, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. II, 2. A. 2011, Anh. Psych N 171), erscheint ein sieben-tägiger Unterbruch der väterlichen Betreuung alle zwei Wochen – nämlich wenn kein Besuchswochenende stattfindet – in Abwägung der Vor- und Nachteile der beantragten Betreuungsregelung durchaus vertretbar. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass der erstinstanzliche Richter von der beantragten weiteren Betreuung am Sonntagabend bis Montagmorgen durch den Gesuchsgegner abgesehen hat.

4.3 Der Vorderrichter berechnete und verpflichtete den Gesuchsgegner, mit E. ab seinem vierten Altersjahr jährlich dreimal eine Woche Ferien zu verbringen. Er zog in Erwägung, dass E. bis anhin nie längere Zeit vom Gesuchsgegner allein betreut worden sei, sondern nur von der Gesuchstellerin oder von beiden Eltern zusammen. Es erscheine deshalb sinnvoll, E. Zeit einzuräumen, um sich zuerst an die einzelnen Übernachtungen beim Gesuchsgegner zu gewöhnen (Vi act. 24 E. 4.5). Wie bereits erwähnt, sollten Kleinkinder nicht zu lange von der Hauptbezugsperson getrennt werden (E. 4.1 hiervor). Gemeinsame Ferien werden bei Kindern im Vorschulalter deshalb eher zurückhaltend festgesetzt. Für Kinder im Kindergartenalter (4-6 Jahre) werden bei einer gut etablierten Beziehung und Bindung Ferien von einer Woche als gut zu bewältigen erachtet. Der telefonische Kontakt zum hauptbetreuenden Elternteil sollte dabei aber möglich sein (Schreiner, a.a.O., Anh. Psych N 172). Es kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass die Gesuchstellerin, welche nach der Geburt von E. während 13 Monaten gar nicht und danach in einem Pensum von 50% bzw. 40% erwerbstätig war und seit Mai 2015 in einem Pensum von 60% einer Arbeit nachgeht, während der Gesuchsgegner stets in einem Vollzeitpensum arbeitete, die Hauptbetreuungsperson von E. ist (Vi act. 1 S. 4; Vi act. 10 Frage 14, 15; act. 4 S. 5). Bisher brachte jeweils die Gesuchstellerin E. ins Bett. Lediglich falls er nicht einschlief und die Gesuchstellerin zum Schwimmen ausser Haus war, kümmerte sich der Gesuchsgegner um ihn (Vi act. 10 Frage 7, 9). Der Gesuchsgegner führt denn auch selber aus, dass er insgesamt relativ wenig Kontakt zu E. gehabt habe. Früher hätten sie jedes Wochenende zu Dritt etwas unternommen und seien jedes zweite Wochenende zusammen essen gegangen (Vi act. 10 Frage 7). Der Schluss der Vorinstanz, wonach E. bis anhin nie längere Zeit vom Gesuchsgegner allein betreut worden sei, ist gestützt auf die Aussagen der Parteien im Rahmen der Parteibefragung nicht zu beanstanden. Mithin kann aufgrund der gesamten Umstände keine Rede davon sein, dass die Festsetzung eines Ferienrechts erst ab dem vierten Lebensjahr von E. dem Kindeswohl widersprechen soll. Im Gegenteil findet dieses Vorgehen nach dem Gesagten durchaus Stütze in der Literatur. Das Vorbringen des Gesuchsgegners, dass mit der Gewährung der beantragten Ferienregelung die Ferienzeit der Mutter kompensiert werden könne, ist unbehelflich. Die Gesuchstellerin weist zu Recht darauf hin, dass es bei der Festsetzung des Besuchsrechts nicht darum gehe, einen gerechten Interessensausgleich zwischen den Eltern zu finden (act. 4 S. 3; E. 4.1 hiervor). Die Berufung des Gesuchsgegners erweist sich auch diesbezüglich als unbegründet.

5.2.1 Die Vorinstanz bezifferte das monatliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners auf CHF 16'811.40, jenes der Gesuchstellerin auf CHF 5'383.60 inkl. Anteil 13. Monatslohn, zzgl. Kinderzulagen von CH 300.00. Dabei handelt es sich um ein überdurchschnittlich hohes Familieneinkommen, welches gemäss den Erwägungen im angefochtenen Entscheid den Parteien während des Zusammenlebens die Bildung von jährlichen Ersparnissen von CHF 108'000.00 erlaubt hat (Vi act. 24 E. 5.5 f.). Dementsprechend erachtete die Vorinstanz zu Recht die Anwendung der einstufig-konkreten Methode als angezeigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_288/2008 vom 27. August 2008 E. 5.4), was denn auch unbestritten geblieben ist (act. 1 S. 6).

5.2.2 Wie bereits erwähnt, hat bei der einstufig-konkreten Bemessungsmethode der unterhaltsberechtigten Ehegatte den Lebensbedarf darzutun (E. 5.1 hiervor). Dieser beläuft sich gemäss der Berechnung der Vorinstanz auf CHF 7'059.00 (zu den einzelnen Positionen vgl. Vi act. 24 E. 5.7) und blieb seitens der Gesuchstellerin unbestritten. Dieser Bedarf bildet die Obergrenze des gebührenden Unterhalts. Auf mehr hat der unterhaltsberechtigten Ehegatte grundsätzlich keinen Anspruch. Der erstinstanzliche Richter zog zur Berechnung des Unterhaltsbeitrages indes den gesamten Familienbedarf von CHF 15'171.00 heran und verteilte diesen entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien zu 75 % auf den Gesuchsgegner und zu 25 % auf die Gesuchstellerin. Letztere hätte somit gemäss dem angefochtenen Entscheid ihren gebührenden Bedarf von CHF 7'059.00 lediglich im Betrag von CHF 3'793.00 selber zu tragen (Vi act. 24 E. 6), woraus ein Unterhaltsbeitrag von CHF 3'266.00 resultiert. Zusammen mit ihrem Einkommen von CHF 5'683.60 stünde der Gesuchstellerin somit zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts nach der Trennung ein Betrag von insgesamt rund CHF 8'950.00 zur Verfügung und damit deutlich mehr als der ermittelte gebührende Bedarf. Mithin würde die Berechnungsmethode der Vorinstanz zu einer unzulässigen Vermögensverschiebung zugunsten der Gesuchstellerin führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_593/2014 vom 23. Dezember 2014 E. 4.2.2). Wäre der Vorderrichter der einstufig-konkreten Methode gefolgt, hätte er prüfen müssen, inwieweit die Gesuchstellerin ihren gebührenden Bedarf mit ihrem eigenem Einkommen zu decken in der Lage ist (vgl. E. 5.1 hiervor). In diesem Sinne ist nachfolgend in einem ersten Schritt der gebührende Bedarf der Gesuchstellerin zusammen mit Sohn E. – soweit dieser Bedarf vom Gesuchsgegner angefochten wird – zu ermitteln. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, inwieweit die Gesuchstellerin in der Lage ist, diesen Bedarf selber zu decken.

Bei der Frage, welcher Mietzins angemessen ist, sind die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen und ist auf die Gleichbehandlung der Parteien zu achten (vgl. Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrecht, 2. A. 2010, Rz 02.33). Die Wohnkosten von CHF 3'020.00 gehörten zum zuletzt gemeinsam geführten Lebensstandard und entsprachen den finanziellen Möglichkeiten der Parteien. So belaufen sich die gesamten Wohnkosten der Familie – d.h. bei Hinzurechnung des Mietzinsens für die Wohnung des Gesuchsgegners von

CHF 2'488.00 – auf weniger als 1/3 des Familieneinkommens. Der Gesuchsgegner führt den angeblich zu hohe Lebensstandard auf die mit seinem Auszug eingetretene Erhöhung der pro Kopf Wohnfläche zurück. Bei dieser Betrachtungsweise müsste die bisherige Wohnung indes bei einer Trennung wohl stets aufgegeben werden. Im Übrigen dürfte sich auch die dem Gesuchsgegner zur Verfügung stehende Wohnfläche von bisher 46 m² vor der Trennung mit dem Einzug in eine eigene Wohnung erhöht haben, zumal E. seinen ständigen Wohnsitz nicht beim Gesuchsgegner hat und sich nur im Rahmen des Besuchsrechts dort aufhält. Aufgrund der guten finanziellen Verhältnisse und unter Berücksichtigung der gerichtsnotorischen Tatsache, dass im Kanton Zug die Mietzinsen eher hoch sind, erscheint die Berücksichtigung der Wohnkosten von rund CHF 3'000.00 beim Bedarf der Gesuchstellerin und von Sohn E. jedenfalls noch im Rahmen des bisherigen Lebensstandards zu liegen. Immerhin betragen die Wohnkosten des Gesuchsgegners rund CHF 2'488.00 inkl. Nebenkosten (Vi act. 10 Frage 4), weshalb auch zur Wahrung der Gleichbehandlung der Parteien von der beantragten erheblichen Reduktion des Mietzinses im Eheschutzverfahren abzusehen ist (vgl. auch Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 02.33 m.H. auf BGE 114 II 13 E. 6).

5.3.2 Die Vorinstanz berücksichtigte beim Bedarf der Gesuchstellerin Mobilitätskosten von CHF 250.00 pro Monat. Dagegen bringt der Gesuchsgegner vor, weder die Auslagen von CHF 100.00 für das Car-Sharing der Mobility Genossenschaft noch CHF 150.00 für den öffentlichen Verkehr hätten dem ehelichen Standard entsprochen (act. 1 S. 9).

Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch vom 19. Oktober 2015 im erstinstanzlichen Verfahren monatliche Auslagen für den öffentlichen Verkehr von CHF 150.00 und für das Car-Sharing von CHF 100.00 geltend gemacht (Vi act. 1 S. 6). Diese Kosten hat der Gesuchsgegner in der Gesuchsantwort vom 4. Dezember 2015 nicht bestritten (act. 7 S. 8). Erstmals in der Eingabe vom 21. März 2016 trug er vor, die Gesuchstellerin habe das Angebot der Mobility Genossenschaft nur sehr eingeschränkt genutzt, wofür monatliche Kosten von CHF 65.00 angefallen seien (Vi act. 18 S. 7). Entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners in der Berufung hat die Gesuchstellerin diese tieferen Auslagen für die Mobilität in ihrer Eingabe vom 4. April 2016 durchaus bestritten (Vi act. 23 Rz 2.3 S. 3). Gemäss der vom Gesuchsgegner selber erstellten Aufstellung der bisherigen Kosten belaufen sich die monatlichen Fahrkosten für die Gesuchstellerin und E. auf CHF 241.00 (Ausflüge CHF 200.00, Mehrfahrtenkarte Zug CHF 26.00, Halbtax CHF 15.00). Hinzu kommen Auslagen für das Car-Sharing von CHF 66.00 pro Monat (Mitgliederbeitrag CHF 16.00, Fahrten CHF 50.00; Vi act. 7/7). Mithin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für die Mobilität Kosten von insgesamt CHF 250.00 pro Monat für die Gesuchstellerin und Sohn E. berücksichtigte.

5.3.3 Der Gesuchsgegner erachtet die von der Vorinstanz seitens der Gesuchstel-

lerin ermessensweise angerechneten Steuern von CHF 350.00 pro Monat als zu hoch. Er trägt vor, nachdem der Unterhaltsbeitrag im angefochtenen Sinn neu festzusetzen sei, müsse der Betrag entsprechend reduziert werden (act. 1 S. 10).

Zum Nachweis des monatlichen Steuerbetrages von nur CHF 135.50 reichte der Gesuchsgegner im erstinstanzlichen Verfahren eine Steuerberechnung ein, wonach die Kantons- und Gemeindesteuern CHF 1'513.00 pro Jahr und die Bundessteuern CHF 113.00 betragen (Vi act. 18/25). Die Gesuchstellerin wendet zu Recht ein, dass diese Berechnung offenkundig lediglich auf dem Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin fusst (act. 4 S. 8). Sie wird aber auch die Unterhaltsbeiträge zu versteuern haben. Da gemäss den nachfolgenden Erwägungen die erstinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge zu reduzieren sind, erscheint der von der Vorinstanz für die Steuern berücksichtigte Betrag zu hoch. Wird von einem steuerbaren Einkommen von ca. CHF 62'500.00 bzw. für die Bundessteuern von CHF 68'000.00 ausgegangen (Nettoeinnahmen CHF 92'000.00 abzgl. ermessensweise 3. Säule CHF 6'770.00, Berufsauslagen CHF 2'000.00 [vgl. Vi act. 18/22], Kinderbetreuung CHF 5'760.00 [E. 5.3.4 hiernach], Kinderabzug CHF 12'000.00 bzw. bei den Bundessteuern CHF 6'500.00, Versicherungsprämien und Zinsen CHF 3'000.00), resultiert eine jährliche Steuerlast von CHF 3'504.00 (Gemeinde- und Kantonssteuer CHF 3'091.00, Bundessteuer rund CHF 413.00). Der von der Vorinstanz angerechnete Steuerbetrag von CHF 350.00 ist somit auf CHF 290.00 zu reduzieren.

5.3.4 Die Vorinstanz ging von monatlichen Fremdbetreuungskosten von CHF 590.00 aus. Der Gesuchsgegner wendet ein, da der Unterhaltsbeitrag im angefochtenen Sinn neu festzusetzen sei, seien beim Bedarf der Gesuchstellerin Fremdbetreuungskosten von nur CHF 347.00 einzusetzen (act. 1 S. 10).

Im erstinstanzlichen Verfahren reichte der Gesuchsgegner eine Einstufung der Kinderbetreuung Zug (KiBiZ) gültig ab 1. April 2016 ein, wonach die Monatspauschale für die Betreuung von E. CHF 347.00 beträgt. Diese Einstufung basiert auf einem Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von ca. CHF 69'000.00 (Vi act. 18/27). Darin sind die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge offenkundig nicht enthalten, sondern lediglich das Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin, welches sich auf CHF 5'683.60 inkl. Anteil 13. Monatslohn und CHF 300.00 Kinderzulagen beläuft. Aufgrund der vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge ist von einem Einkommen von rund CHF 92'000.00 auszugehen. Das Vermögen der Gesuchstellerin belief sich per Ende 2015 unbestrittenermassen auf rund CHF 76'000.00 (exkl. 3. Säule; act. 1 S. 12). Da die Gesuchstellerin seit April 2015 in einem Pensum von 60% arbeitet, beträgt das (Fremd-)Betreuungspensum ebenfalls 60% (act. 4 S. 11; act. 4/2). Daraus resultiert gemäss dem auf der Website www.kibiz-zug.ch abrufbaren Tarifrechner, welchen auch die Parteien zur Berechnung der Fremdbetreuungskosten verwendet haben (Vi act. 7/12, 18/27; 11/24; act. 4/2), eine Monatspauschale von rund CHF 480.00.

5.4 Nach den vorstehenden Erwägungen beläuft sich der gebührende Bedarf der Gesuchstellerin auf CHF 6'889.00 (Bedarf gemäss Vorinstanz CHF 7'059.00 abzgl. um CHF 60.00 geringere Steuerbelastung und um CHF 110.00 tiefere Betreuungskosten). Gemäss den Ausführungen des Gesuchsgegners konnte die Gesuchstellerin vor der Trennung im Jahr 2015 Ersparnisse im Betrag von CHF 9'350.00 bilden (Vi act. 24 E. 5.4.2, act. 1 S. 12). Diese Sparquote gesteht er ihr ausdrücklich weiterhin zu. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Sparquote der Gesuchstellerin auf das rigide Haushaltsbudget zurückzuführen sei und bei Einhaltung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung über die Aufteilung der Familienkosten hätte höher ausfallen müssen (Vi act. 24 E. 5.4.2). Massgebend kann aber – wenn überhaupt – nur die vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes tatsächlich erzielte Sparquote sein. Die Gesuchstellerin bestreitet die vom Gesuchsgegner vorgenommene Berechnung der Sparquote und insbesondere die zugrunde gelegten Vermögensverhältnisse nicht substantiiert, wendet aber ein, dass sich eine prozentual gleich hohe Sparquote ergebe, wenn sich die Parteien im Verhältnis ihrer Einkommen am Bedarf der Familie beteiligen würden (act. 4 S. 10 f.). Wie vorstehend dargelegt, kann dieser vorinstanzlich vorgenommenen Unterhaltsberechnung indes nicht gefolgt werden. Bei der Berechnung nach der einstufig-konkreten Methode bildet der gebührende Bedarf die Grundlage der Unterhaltsbemessung, wofür die Gesuchstellerin die Beweislast trägt. Dies gilt auch in Bezug auf ihre eigene Sparquote, soweit eine solche überhaupt berücksichtigt werden kann. Der Gesuchsgegner hat die Sparquote von jährlich CHF 9'350.00, welche er wie erwähnt der Gesuchstellerin zugesteht, nachvollziehbar dargetan (act. 1 S. 12). Mithin ist der Gesuchstellerin zusätzlich zu ihrem Bedarf von CHF 6'889.00 eine Sparquote von rund CHF 780.00 zu gewähren. Das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin beläuft sich auf CHF 5'683.60, inkl. Anteil 13. Monatslohn und Kinderzulagen CHF 300.00. Dieser Betrag muss sich die Gesuchstellerin im Sinne der Eigenversorgungskapazität anrechnen lassen (vgl. E. 5.1 hiervor). Daraus resultiert ein Unterhaltsbeitrag von CHF 1'985.00 (zzgl. allfälliger Kinderzulagen, welche derzeit die Gesuchstellerin bezieht). Der Gesuchsgegner beantragt in seiner Berufung für den Zeitraum ab 1. April 2016 bis 31. März 2017 die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages von CHF 2'138.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen. Dementsprechend ist er zur Bezahlung dieses Beitrages an die Gesuchstellerin zu verpflichten. Ab 1. April 2017 ist der Gesuchsgegner, der ab diesem Zeitpunkt nur noch die Zusprechung eines Kinderunterhaltsbeitrages von CHF 1'053.00 beantragt, zu einem Unterhaltsbeitrag von CHF 1'985.00 zu verpflichten.

6. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. Juni 2016

2. Firmenschutz

2.1 Art. 956 OR

Regeste:

Art. 956 Abs. 2 OR – Jede später eingetragene Firma muss sich von der älteren hinreichend unterscheiden. Andernfalls besteht in der Regel Verwechselbarkeit. Dabei genügt die blossе Verwechslungsgefahr, worüber der Richter nach seinem Ermessen entscheidet.

Aus den Erwägungen:

1. Für Streitigkeiten über den Gebrauch einer Firma ist gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c ZPO in Verbindung mit § 90 Bst. a GOG und § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts die II. Zivilabteilung des Obergerichts als einzige kantonale Instanz sachlich und funktional zuständig. Ihre örtliche Zuständigkeit ergibt sich sodann aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO.

2. Gemäss Art. 223 ZPO setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Nachfrist bei versäumter Klageantwort (Abs. 1). Wird auch diese Nachfrist nicht benützt, trifft das Gericht einen Entscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist; andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung vor (Abs. 2).

Nachdem die Zustellung der Klage am Domizil der Beklagten fehlgeschlagen war, weil diese die eingeschriebene Postsendung innert der von der Post angesetzten Frist nicht abgeholt hatte, wurde die Klage dem einzigen Verwaltungsrat der Gesellschaft, P., an dessen Privatwohnsitz zur Beantwortung zugestellt. Gemäss Rückschein nahm er die Sendung am 4. November 2015 entgegen. Indes reichte er innert der angesetzten Frist keine Klageantwort ein. Die Beklagte versäumte es in der Folge auch, innert der ihr angesetzten Nachfrist eine Klageantwort einzureichen. Die Angelegenheit erscheint indes spruchreif. Da sich die beklagte Partei nicht geäussert hat, kann das Gericht die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei als unbestritten betrachten. Anerkannt sind damit die Tatsachen, nicht aber die klägerischen Rechtsbegehren. Das Gericht kann diese Tatsachen seinem Entscheid zugrunde legen. Es heisst die Klage gut, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs aufgrund der nicht bestrittenen Tatsachenbehauptungen gegeben sind (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 223 ZPO N 5). Gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO kann das Gericht allerdings trotz Geltung der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Nur bei offensichtlich unrichtigen Tatsachenbehauptungen kann es von sich aus eine Wahrheitsprüfung vornehmen; soweit es sich aber um plausible nichtstreitige Tatsachen handelt, hat es diese seinem Entscheid zugrunde zu leg-

en (vgl. Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 153 ZPO N 8). Erheblich sind die Zweifel dann, wenn z. B. im Säumnisfall die Vorbringen nicht glaubhaft sind; das Gericht soll in diesem Fall nicht gezwungen sein, ein Urteil zu fällen, das auf einem unwidersprochenen Sachverhalt beruht (Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, Art. 153 ZPO N 21).

Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen zu den Rechtsfragen ergibt, kann auf die Tatsachendarstellung der Klägerin, die eben unbestritten sind, ohne Weiteres abgestellt werden, da sich keine Zweifel an ihrer Richtigkeit aufdrängen.

3. Gemäss Art. 950 OR können Aktiengesellschaften ihre Firma unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung frei wählen, wobei die Rechtsform angegeben werden muss. Die Firmen der Aktiengesellschaft müssen sich gemäss Art. 951 Abs. 2 OR aber von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen dieser Rechtsform deutlich unterscheiden. Die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte Firma steht dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauche zu (Art. 956 Abs. 1 OR). Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann nach Art. 956 Abs. 2 OR auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

3.1 Die Ausschliesslichkeit der Firma einer AG (Art. 951 Abs. 2 OR) bedeutet, dass sich innerhalb der Schweiz jede später eingetragene Firma von der älteren hinreichend unterscheiden muss. Unterlässt sie dies, so besteht in der Regel Verwechselbarkeit. Dabei genügt die blossе Verwechslungsgefahr, worüber der Richter nach seinem Ermessen entscheidet (Guhl/Kummer/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A. 2000, S. 785 f.). Massgebend ist dabei eine normal unterscheidungs-fähige Person bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt. Abgestellt wird primär darauf, ob im Erinnerungsbild eine deutliche Unterscheidbarkeit zwischen zwei Firmen vorliegt (Sic! 5/2000 S. 400; BGE 95 II 236). Unternehmen, die sich an ein breites Publikum richten, müssen sich mit ihrer Firma deutlicher von anderen Firmen unterscheiden als Unternehmen, welche mit einem enger begrenzten, speziellen Publikum verkehren (Altenpohl, Basler Kommentar, 4. A. 2013, Art. 951 OR N 6). Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen. Die Firmen müssen nicht nur bei gleichzeitigem, aufmerksamem Vergleich unterscheidbar sein, sondern auch in der Erinnerung auseinandergelassen werden können. Im Gedächtnis bleiben namentlich Firmenbestandteile haften, die durch ihren Klang oder ihren Sinn hervorstechen; solchen Bestandteilen kommt daher für die Beurteilung des Gesamteindrucks einer Firma erhöhte Bedeutung zu (BGE 122 III 369 E. 1 mit Hinweis auf BGE 118 II 322 E. 1). Besonders strenge Massstäbe an die Unterscheidbarkeit sind bei reinen

Fantasiebezeichnungen anzulegen, die in der Regel stark prägende Kraft besitzen. Umgekehrt verhält es sich bei Firmen, die gemeinfreie Sachbezeichnungen als wesentliche Bestandteile enthalten. Wer dieselben Sachbezeichnungen ebenfalls als Firmenbestandteile verwendet, hat deshalb für eine hinreichend deutliche Abhebung von der älteren Firma zu sorgen, indem er sie mit individualisierenden zusätzlichen Elementen ergänzt (BGE 118 II 322).

3.2 Der klägerischen Firma kommt gegenüber derjenigen der Beklagten Alterspriorität zu. Soweit sich also die Firma der Beklagten zu wenig deutlich von derjenigen der Klägerin unterscheidet und dadurch eine Verwechslungsgefahr hervorruft, kann die Klägerin von der Beklagten verlangen, dass diese auf die Führung ihrer Firma verzichtet bzw. diese entsprechend ändert, so dass eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist.

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es vor allem auf jene Bestandteile an, die der Firma ihr charakteristisches Gepräge geben. Erhöhte Bedeutung kommt jenen Bestandteilen zu, die durch ihren Klang oder Sinn auffallen. Hauptbestandteil der klägerischen Firma ist die Bezeichnung «Credit Trust», welche einzig von der Bezeichnung der Rechtsform in der Abkürzung «AG» begleitet wird, die als reine und damit gemeinfreie Sachbezeichnung kennzeichnungsschwach ist (Altenpohl, a.a.O., Art. 951 OR N 9 mit Hinweis auf SMI 1989, S. 43). Die beiden englischen Wörter credit und trust prägen die Firma der Klägerin. Sie sind gemeingebräuchliche Sachbegriffe und werden – trotzdem sie aus der englischen Sprache stammen – auch in der Schweiz vom durchschnittlichen Publikum als solche verstanden. Sie sind demnach ebenfalls kennzeichnungsschwach. Daran ändert auch die Kombination der beiden Begriffe wenig, da die ins Deutsche übersetzten Begriffe wie etwa Kredit, Darlehen, Guthaben, Ansehen einerseits und Vertrauen, jemandem vertrauen, Stiftung andererseits übliche und vertraute Begriffspaare darstellen, ja teilweise sogar als Synonyme gebraucht werden können. Auch bei der Firma der Beklagten stellt den prägenden Bestandteil die Wortverbindung «Credittrust» dar, die sich sowohl klanglich als auch vom Schriftbild her kaum von «Credit Trust» unterscheidet. Die beiden Firmen sind in ihren Bestandteilen «Credittrust» und «Credit Trust» bis auf den fehlenden Buchstaben t und die Getrennt- bzw. Zusammen- sowie Grossschreibung der beiden englischen Wörter «credit» und «trust» identisch. Diese Unterschiede vermögen aber an der Identität der beiden Firmen nichts zu ändern. In aller Regel werden zwei Firmen als identisch beurteilt, die die gleiche Zeichenfolge besitzen, und zwar unabhängig davon, ob die eine gross und die andere klein geschrieben, ob in der einen Leerschläge, Interpunktionszeichen, Umlaute und andere diakritische Zeichen oder unterschiedliche, aber korrekte Rechtschreibweisen verwendet werden (Hilti, Firmenrecht, in: SIWR III/2, 2. A. 2005, S. 37). Der bei der beklagten Firma fehlende Buchstabe t beim Bestandteil Credit, ändert daran ebenfalls nichts, da dies weder klanglich noch im Schriftbild auffällt. Je mehr aber eine Firma aus Bestandteilen des Gemeingebruchs, wie z. B. beschreibenden Be-

griffen besteht, desto geringer ist der Schutzzumfang dieser Firma. Der Schutzzumfang des besser berechtigten Firmeninhabers kann sich dann im Extremfall darauf beschränken, einem Dritten den Gebrauch einer nahezu identischen Firma untersagen zu können. Bereits ein einzelner unterscheidungskräftiger Zusatz kann diesfalls zu einer ausreichenden Abgrenzung führen (Hilti, a.a.O., S. 76; vgl. auch BGE 130 III 478). Bei beschreibenden und daher kennzeichnungsschwachen Firmen können mit anderen Worten schon geringfügige Abweichungen eine ausreichende Abgrenzung bewirken. Da es sich bei der klägerischen Firma wie erwähnt um eine kennzeichnungsschwache Firma handelt, stellt sich die Frage, ob der Bestandteil «Switzerland» in der Firma der Beklagten einen unterscheidungskräftigen Zusatz darstellt, der zu einer ausreichenden Abgrenzung zur im Übrigen praktisch identischen Firma der Klägerin führt. Es handelt sich bei diesem Bestandteil um einen geografischen Begriff. Solche Angaben dürfen als Firmenbestandteile – unter Vorbehalt des Wahrheitsgebots, des Täuschungsverbots und des Schutzes öffentlicher Interessen – an sich frei verwendet werden (Hilti, a.a.O., S. 31). Grundsätzlich kann daher auch mit einem geografischen Zusatz bei identischen Firmen die Eintragung bereits erreicht werden (Hilti, a.a.O., S. 38 Fn 127 mit Hinweis auf SJZ 1969 S. 28). Bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit sieht die Sache allerdings anders aus. Der zusätzliche Bestandteil «Switzerland» gehört als geografischer Begriff ebenfalls zum Gemeingut und ist daher gleichermassen kennzeichnungsschwach. Wie erwähnt geniesst die Firma der Klägerin, die aus einer Kombination von mehreren Sachbegriffen mit assoziativem Charakter zusammengesetzt ist, im Gegensatz etwa zu Fantasiebezeichnungen zwar einen engeren Schutz. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass Firmen von publikumsnahen Branchen wie hier grundsätzlich einen etwas weiteren, Firmen von Spezialbranchen einen etwas engeren Firmenschutz geniessen. Des Weiteren nimmt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Verwechslungsgefahr mit bestehendem Wettbewerbsverhältnis und/oder geografischer Nähe zu (BGE 73 II 115). Im vorliegenden Fall sind die Parteien weitgehend in derselben Branche, dem Revisions- und Treuhandgeschäft, tätig. Die Verwechslungsgefahr wird hier besonders klar indiziert, da die Beklagte praktisch dieselben stark prägenden Firmenbestandteile enthält wie die Klägerin (vgl. sic! 5/2000 S. 400 f.). Auch wenn ein verhältnismässig schwacher Zusatz bei Firmen, die aus identischen oder ähnlichen Sachbezeichnungen bestehen, genügen mag (Urteil des Bundesgerichts 4C.199/2003 vom 20. Oktober 2003), kann die daraus resultierende fehlende deutliche Unterscheidbarkeit nicht allein durch die Hinzufügung schwacher Elemente, wie das der geografische Zusatz «Switzerland» darstellt, kompensiert werden (Kramer, «starke» und «schwache» Firmenbestandteile, in: Festschrift Pedrazzini, 1990, S. 683 ff.). Mit dem geografischen Zusatz «Switzerland» gelingt der jüngeren Firma der Beklagten keine genügende Abgrenzung gegenüber derjenigen der Klägerin, zumal Aktiengesellschaften ihre Firma frei wählen können und die Rechtsprechung daher an deren Unterscheidungskraft im Allgemeinen strengere Anforderungen stellt (BGE 122 III 369 E. 1). Es ist zumindest von einer mittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen, was aber genügt.

4. Ist mithin die Verwechselbarkeit der beiden Firmen gegeben, hat die Klägerin aufgrund des firmenrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechts Anspruch auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma durch die Beklagte (Art. 956 Abs. 2 OR). Schon in Anbetracht der Firmengebrauchspflicht (Art. 954a OR) kann nicht zweifelhaft sein, dass die vorausgesetzte Wiederholungsgefahr gegeben ist bzw. der rechtswidrige Zustand andauert. Auch die Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen der Klägerin durch den unbefugten Firmengebrauch durch die Beklagte liegt auf der Hand.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Beklagte auch gegen Art. 3 lit. d UWG verstösst und der Klägerin auch Ansprüche unter diesem Aspekt zustehen.

5.1 Die Klage ist daher grundsätzlich gutzuheissen. (...)

5.2 Während es sich beim ersten Teil des Rechtsbegehrens Ziff. 1 um eine Unterlassungsklage handelt, stellt der zweite Teil des Rechtsbegehrens eine Beseitigungsklage in der Gestalt einer Leistungsklage dar. Dabei wird also von der Beklagten die Abgabe einer Willenserklärung verlangt, mithin eine Verpflichtung zu einem Tun. Gleichzeitig verlangt die Klägerin, dass der Beklagten bereits im Urteil sowohl mit Bezug auf die Unterlassungsklage als auch mit Bezug auf die Beseitigungsklage, die Bestrafung nach Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme gemäss Art. 236 Abs. 3 ZPO angedroht wird, was eine direkte Vollstreckung i.S. von Art. 337 ZPO darstellt. Was die Unterlassungsklage angeht, ist das die einzige Möglichkeit einer Vollstreckungsmassnahme, d.h. die Vollstreckung des Verbots kann nur indirekt durch Strafandrohung und/oder Ordnungsbusse (Art. 343 Abs. 1 lit. a-c ZPO) erzwungen werden. Durch diesen indirekten Zwang soll die Beklagte zur Realerfüllung angehalten werden (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2.A. 2015, Art. 343 ZPO N 2).

5.3 Mit der Beseitigungsklage wird hingegen die Abgabe einer Willenserklärung durch die Beklagte verlangt. Auch hier ist an sich als Vollstreckungsmassnahme der indirekte Zwang zur Realerfüllung durch Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB und/oder Ordnungsbusse möglich und in aller Regel auch zweckmässig. Die Zivilprozessordnung sieht aber in Art. 344 als besondere Vollstreckungsmassnahme vor, dass die Abgabe einer Willenserklärung direkt durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt wird (Abs. 1). Betrifft die Erklärung ein öffentliches Register wie das Grundbuch und das Handelsregister, so erteilt das urteilende Gericht der registerführenden Person die nötigen Anweisungen (Abs. 2). Dabei kann Inhalt dieser Anweisungen grundsätzlich alles sein, was der Umsetzung bzw. der Vollstreckung des Entscheids auf Abgabe einer Willenserklärung dient (Rohner/Lerch, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 344 ZPO N 15; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer, Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 344 ZPO N 6; Zinsli, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 344 ZPO N 16; a.M. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2013,

§ 28 N 4). Dadurch soll der Vollzug erleichtert werden. In der Tat ist in Anbetracht des bisherigen Prozess- und sonstigen Geschäftsverhaltens der Beklagten bzw. ihres einzigen Verwaltungsratsmitglieds, P. (vgl. Sachverhalt Ziff. 2 ff. hiervor), zu befürchten, dass die Klägerin mit dem indirekten Zwang nicht zum Ziel kommt und die Beklagte sich um die gerichtlichen Anordnungen foutiert. Die Klägerin verlangt daher, dass in analoger Weise vorzugehen sei wie vom Handelsgericht Zürich in einem Urteil vom 7. März 2014 in einem gleich gelagerten Fall vorgezeichnet. Das Handelsgericht wies dort das Handelsregisteramt für den Fall an, dass die Beklagte der Verpflichtung auf Löschung der inkriminierten und Eintragung einer nach Art. 944 OR zulässigen Firmenbezeichnung innert Frist nicht nachkommen sollte, in Stufenschritten weiter vorzugehen: Zunächst soll das Handelsregisteramt der Beklagten erneut eine Frist ansetzen, um ihre Firmenbezeichnung in ihren Statuten zu ändern und gestützt darauf die Änderung der Firma im Sinne von Art. 944 OR im Handelsregister zu veranlassen. Sollte die Beklagte weiterhin untätig bleiben, sei in einem weiteren Schritt ihre Auflösung im Sinne einer direkten Zwangsmassnahme nach Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO gerichtlich anzuordnen, wobei für das Liquidationsverfahren sinngemäss die Regeln über den Konkurs heranzuziehen seien. Dementsprechend sei das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 344 Abs. 2 ZPO anzuweisen, beim zuständigen Vollstreckungsrichter die Anordnung des Liquidationsverfahrens nach den Regeln über den Konkurs sowie die Mandatierung des zuständigen Konkursamtes zu verlangen. Das Handelsgericht hielt in diesem Zusammenhang im Übrigen fest, dass sich das Eidgenössische Amt für das Handelsregister und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zur fraglichen Thematik hätten vernehmen lassen und keine bzw. keine grundlegenden Einwände gegen diese Lösung der vorliegenden vollstreckungsrechtlichen Problematik vorgebracht hätten (Urteil HG130059-O vom 7. März 2014).

5.4 Der vom Handelsgericht Zürich aufgezeigte Weg einer direkten Vollstreckung in der vorliegenden Konstellation erscheint durchaus sinn- und zweckmässig; die Lösung überzeugt auch in ihrer rechtlichen Begründung. Diese Lösung kann sich denn auch an das Vorgehen bei Mängeln in der gesetzlich vorgesehenen Organisation der Gesellschaft (Art. 941a OR) anlehnen, wo der Handelsregisterführer im Rahmen einer sog. Organisationsklage im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO) an den Richter gelangen kann, welcher gemäss Art. 731b OR als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen kann. Das Obergericht Zug schliesst sich daher dieser Rechtsprechung an.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 2. Februar 2016

3. Gleichstellung von Frau und Mann

3.1 Art. 3 GIG, Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG, Art. 6 GIG

Regeste:

Art. 3 GIG, Art. 5 Abs. 1 und 2 GIG, Art. 6 GIG – Glaubhaftmachen einer Geschlechterdiskriminierung; Untersuchungsmaxime (Erw. 3). Grundsätzlich spricht keine natürliche Vermutung dafür, dass eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses geschlechtsspezifisch begründet ist (Erw. 10.5).

Aus dem Sachverhalt:

Die Beklagten bilden einen internationalen Konzern. CEO war Q. Im Frühjahr 2008 wechselte die Klägerin, die bereits zuvor mit Q. im selben Unternehmen tätig war, zu den Beklagten. Im November 2010 verliess Q. den beklagtischen Konzern. Im März 2011 kündigten die Beklagten der Klägerin «aus gutem Grund» («for Cause»; Sachverhalt zusammengefasst).

Aus den Erwägungen:

3. Die Klägerin stützt alle geltend gemachten Ansprüche (...) alternativ zu den arbeitsrechtlichen Grundlagen auf eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 3 sowie Art. 5 Abs. 1 lit. b und d GIG (...).

3.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG 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. Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GIG). Wer von einer Diskriminierung im erwähnten Sinne betroffen ist, kann gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen, dass eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen ist (lit. a), dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird (lit. b), dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt (lit. c) oder dass die Zahlung des geschuldeten Lohns angeordnet wird (lit. d). Das Diskriminierungsverbot hat absolut zwingenden Charakter. Art. 6 GIG sieht für die diskriminierte Person eine Beweislasterleichterung vor. Demnach wird bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Mit der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung kehrt folglich die Beweislast um. Glaubhaftmachen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Die diskrim-

inierte Person hat darzulegen, dass das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen wahrscheinlich ist (vgl. Freivogel, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 GIG N 2; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 7 ff. und Art. 266 ZPO N 3 mit Hinweisen).

3.2 Bei Streitigkeiten nach dem GIG gilt die Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat von Amtes wegen den Sachverhalt festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO) und Beweise zu erheben (Art. 153 Abs. 1 ZPO). Nach Lehre und Rechtsprechung ist das Gericht jedoch nur zur Nachforschung verpflichtet, wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, so ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf krasse Fälle beschränkt. Das Gericht darf daher trotz Untersuchungsmaxime nicht darauf hinwirken, dass Einwendungen oder Einreden geltend gemacht oder nicht offerierte Beweise abgenommen werden (Hauck, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 247 ZPO N 35; Hasenböhler, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 153 ZPO N 4).

3.3 Ob eine Diskriminierung vorliegt, ist für jede behauptete Ungleichbehandlung separat zu prüfen. Beruhte etwa die unterschiedliche Entlohnung auf einer geschlechterspezifischen Diskriminierung, trifft dies nicht ohne Weiteres auch für die Entlassung zu und umgekehrt. Wie an den entsprechenden Stellen zu zeigen ist, liegt der vorliegenden Streitigkeit indes keine (geschlechterspezifische) Diskriminierung zugrunde.

(...)

10.5 Schliesslich beruft sich die Klägerin darauf, dass die Kündigung «aus wichtigem Grund» («for Cause») diskriminierend gewesen sei, weil die in der Kündigung erhobenen Vorwürfe – falls sie zutreffen würden – umso stärker gegen Herrn Q. gelten würden. Doch hätten die Beklagten Q. gegenüber nie Vorwürfe erhoben (...). Die Beklagten entgegnen, dass sie erst im Februar 2011 auf das im Form 10 ausgewiesene Gesamtsalär der Klägerin aufmerksam geworden seien, Q. jedoch die Beklagte 1 bereits per 1. Dezember 2010 verlassen habe. Die Aufhebungsvereinbarung mit Q. (...) sei ihm bereits im November 2011 unterbreitet und von ihm am 14. Dezember 2010 unterzeichnet worden (...).

10.5.1 Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses, so hat die betroffene Person gestützt auf Art. 5 Abs. 2 GIG Anspruch auf eine Entschädigung. Im Verhältnis zur Sanktionsregelung für eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336

Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 336a OR geht die Regelung des Gleichstellungsgesetzes vor (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., Art. 5 GIG N 47).

10.5.2 Gestützt auf Art. 6 GIG ist zu prüfen, ob die Klägerin eine Diskriminierung, d.h. eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, glaubhaft gemacht hat. Glaubhaftzumachen ist einerseits die Benachteiligung (Ungleichbehandlung) als solche und andererseits der Umstand, dass der Grund der Benachteiligung im Geschlecht liegt. Betreffend Lohngleichheit beispielsweise ist nach Auffassung des Bundesgerichts bei ungleicher Entlohnung von Mitarbeitenden unterschiedlichen Geschlechts, welche eine ähnliche Position mit vergleichbarem Pflichtenheft innehaben, zu vermuten, dass die Lohn Differenz geschlechtsspezifisch begründet ist (vgl. Stauber-Moser, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 11/2006, S. 1352 ff., 1359; BGE 127 III 207 E. 3b). Bei der erwähnten Vermutung handelt es sich um eine natürliche Vermutung. Dabei wird von bewiesenen Tatsachen (Vermutungsbasis; im erwähnten Beispiel: Lohnungleichheit) gestützt auf die Lebenserfahrung und den gewöhnlichen Lauf der Dinge (Erfahrungssatz) auf unbewiesene Tatsachen (Vermutungsfolge) geschlossen (Walter, Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Liber amicorum Roland Brehm, 2012, S. 447 ff., 451 ff.; Kummer, Berner Kommentar, 2012, Art. 8 ZGB N 317 f. und 362). Die Erfahrungssätze bei Lohnungleichheit ergeben sich aus Lohnstatistiken. Derlei gibt es in Bezug auf Beförderungen oder Kündigungen nicht. Dort wäre eine natürliche Vermutung höchstens in Erwägung zu ziehen bei Kündigungen gegenüber Arbeitnehmerinnen, die schwanger sind oder aufgrund der familiären Situation Teilzeit arbeiten; diese zwei Beispiele kommen in der Gleichstellungspraxis bei Kündigungen nämlich besonders häufig vor (vgl. Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. 1998, S. 178 ff.; Online-Datenbank für Verfahren betreffend Gleichstellungsgesetz [www.gleichstellungsgesetz.ch]). Jedenfalls aber darf die natürliche Vermutung bei Lohnungleichheit nicht ohne Weiteres auf andere Diskriminierungsarten wie beispielsweise die Beförderung oder die Kündigung übertragen werden, dies umso weniger, wenn es um eine Kündigung geht, die keinen Zusammenhang mit einer wegen der familiären Situation bedingten Teilzeitarbeit oder mit einer Schwangerschaft aufweist.

10.5.3 Vorliegend ist nicht von der Hand zu weisen, dass einige der von den Beklagten an die Klägerin gerichteten Vorwürfe (z. B. das angeblich eigenmächtige Festlegen eines Umrechnungskurses [für ihr Salär] von 1,2213) nicht der Klägerin, sondern wenn, dann vielmehr dem Vergütungsausschuss bzw. Q. vorzuwerfen gewesen wären (...). Die Beklagten halten dem entgegen, dass sie die Pflichtverletzungen der Klägerin erst im Februar 2011 entdeckt hätten, d.h. nachdem die Aufhebungsvereinbarung mit Q. bereits abgeschlossen gewesen sei (...). Die Aufhebungsvereinbarung wurde von Q. am 14. Dezember 2010 gegengezeichnet. Sein Austritt erfolgte per 30. November 2010 («Separation Date»). Das Datum des Inkrafttretens («Effec-

tive Date») der Aufhebungsvereinbarung war acht Kalendertage nach Unterzeichnung, also am 22. Dezember 2010 (...). Ab dann waren die vereinbarten Leistungen gemäss Aufhebungsvereinbarung geschuldet, wobei die Fälligkeit gewisser Leistungen aufgeschoben wurde (vgl. Ziff. 2.1 der Aufhebungsvereinbarung). Im Gegensatz zu Q. hat die Beklagte 2 in der Aufhebungsvereinbarung nicht auf sämtliche Forderungen gegenüber Q. verzichtet (vgl. Ziff. 5.1 und 5.2 [...]). Insofern wäre es gemäss Aufhebungsvereinbarung nicht ausgeschlossen gewesen, dass die Beklagte 2 gegenüber Q. auch ab Februar 2011 noch Ansprüche hätte erheben können. Dies tat sie aber offenbar nicht. Eine Ungleichbehandlung ist damit glaubhaft.

10.5.4 Dass diese Ungleichbehandlung allerdings auf dem Geschlecht beruht, ist nicht glaubhaft. Hierfür liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Hingegen gibt es zahlreiche andere Unterschiede zwischen der Klägerin und Q., welche plausible Gründe für die Ungleichbehandlung darstellen. Erstens hätte Q. nämlich nicht vorgeworfen werden können, seinen eigenen Lohn in Eigenregie festgelegt zu haben. Im Falle der Klägerin ging es bei den angeblichen Pflichtverletzungen um ihren eigenen Lohn. Insofern wäre die behauptete Bereicherungsabsicht (vgl. schriftliche Kündigungsbegründung [...]: «uniquely enriching compensation arrangements») bei Q. ganz anders zu beurteilen. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass Q. im Gegensatz zur Klägerin nicht Jurist ist und nicht Leiter der Personalabteilung war (...). Selbst wenn er als CEO die Gesamtverantwortung trug, dürfte und müsste die Klägerin mit den Einzelheiten der Genehmigungserfordernisse besser vertraut (gewesen) sein als er. Dies ist ein ausbildungs- und tätigkeitspezifisches Unterscheidungsmerkmal. Drittens bekleidete Q. eine andere Position als die Klägerin, weshalb auch aus diesem Grund eine Ungleichbehandlung nicht geschlechtsbedingt sein muss. Losgelöst von Q. spricht sodann gegen eine Geschlechterdiskriminierung, dass sich die Klägerin während des Arbeitsverhältnisses nie über Diskriminierung beklagt hat und sie namentlich lohnmässig sogar bessergestellt war als sämtliche männlichen Arbeitskollegen auf gleicher Stufe (...). Ferner ist den Beklagten dafürzuhalten, dass sie – soweit aktenkundig – gegen die (weiblichen) Mitarbeiterinnen T. (sie unterzeichnete die Ergänzungsvereinbarung der Klägerin mit dem Basissalär von CHF 400'000.00 [...]) und S. (sie war involviert bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages der Klägerin [...]; zudem war sie am Kündigungsgespräch am 10. März 2011 anwesend) ebenfalls keine rechtlichen Schritte eingeleitet haben. Die Ungleichbehandlung der Klägerin im Vergleich zu Q. ist ein Einzelfall ohne erkennbaren Zusammenhang mit dem Geschlecht.

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 27. Mai 2016

4. Handelsregister

4.1 Art. 938a OR i.V.m. Art. 155 HRegV

Regeste:

Art. 938a OR i.V.m. Art. 155 HRegV – Der Handelsregisterführer kann eine Gesellschaft nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen, wenn diese keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Macht ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, so entscheidet der Richter. Dabei hat der Gläubiger den Bestand einer Forderung und auch ein Interesse an der Beibehaltung der Gesellschaft geltend zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchsgegnerin 2 hat ihren Sitz während des laufenden Berufungsverfahrens nach Zürich verlegt. Im dortigen Handelsregister wurde die Gesellschaft am 4. Februar 2016 eingetragen. Die Sitzverlegung hat indes keinen Einfluss auf die einmal begründete örtliche Zuständigkeit, da sich diese nach den Tatsachen im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bestimmt (Courvoisier, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 59 ZPO N 16 m.H. auf BGE 116 II 209 E. 2b/bb).

2. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Löschung bzw. die Aufrechterhaltung des Eintrages der Gesellschaft im Handelsregister. Aufgrund der erwähnten Sitzverlegung der Gesuchsgegnerin 2 wurde ihr Eintrag im Handelsregister des Kantons Zug zwar mittlerweile gelöscht. Damit hat sich dieses Verfahren aber nicht ohne Weiteres erledigt, da die Gesuchsgegnerin 2 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen wurde und ihr Eintrag somit auch im Zentralregister des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister enthalten ist, welches das öffentlich einsehbare Firmenzentralregister («Zefix») speist (Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 HRegV; vgl. Siffert, in: Siffert/Turin [Hrsg.], Handkommentar zur HRegV, 2013, Art. 13 HRegV N 1, 3). Die Bestimmung von Art. 155 HRegV, wonach eine Rechtseinheit ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven aus dem Handelsregister zu löschen ist, soll den Handel mit Aktienmänteln verhindern und dient zudem der Registerwahrheit (Rüetsch, in: Siffert/Turin [Hrsg.], a.a.O., Art. 155 HRegV N 1). Solange der Eintrag in einem kantonalen Handelsregister und damit auch im Zentralregister besteht, ist das aktuelle und praktische Interesse an der Fortführung bzw. Entscheidung des Rechtsstreites weiterhin gegeben, wie dies der Gesuchsgegner 1 zu Recht singemäss geltend macht (act. 7 S. 1; vgl. Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. A. 2016, Art. 242 ZPO N 3). Mithin ist über die Löschung bzw. die beantragte Aufrechterhaltung des Eintrages im Handelsregister zu befinden.

3. Vorab verlangt die Gesuchstellerin erneut eine Prüfung, ob sie als Gläubigerin

der zu löschenden Gesellschaft tatsächlich selbst Prozesspartei sei. Diesbezüglich kann auf die zu-treffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Vi act. 11 E. 9). Im vorliegenden Verfahren verlangt die Gesuchstellerin die Aufrechterhaltung des Eintrages im Handelsregister, weshalb ihr der erstinstanzliche Richter zu Recht die Rolle der gesuchstellenden Partei zugeschrieben hat.

4. Die Gesuchstellerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da der Gesuchsgegnerin 2 im erstinstanzlichen Verfahren zwar Parteistellung zuerkannt, sie aber nicht angehört worden sei (act. 1). Auf eine Gehörsverletzung kann sich indes nur berufen, wer selbst davon betroffen ist. Richtet sich der behauptete Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gegen Dritte, kann dies nicht geltend gemacht werden (Sutter-Somm / Chevalier, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 ZPO N 26 m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 1C_320/2011 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.1). Die Rüge ist aber auch haltlos. Der erstinstanzliche Richter hat der Gesuchsgegnerin 2 mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 die Eingabe des Gesuchsgegners 1 vom 24. August 2015 sowie die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 13. Oktober 2015 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt. Das Schreiben wurde von der Gesuchsgegnerin 2 am 2. November 2015 in Empfang genommen (Vi act. 9). Mithin kann von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs keine Rede sein.

5. Gemäss Art. 938a Abs. 1 OR kann der Handelsregisterführer eine Gesellschaft nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen, wenn diese keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Macht ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, so entscheidet der Richter (Art. 938a Abs. 2 OR). Dabei hat der Gläubiger mehr geltend zu machen als nur den Bestand einer Forderung, nämlich ein Interesse an der Beibehaltung der Gesellschaft (Eckert, Basler Kommentar, 4. A. 2012, Art. 938b OR N 5). Die Vorinstanz zog dabei zu Recht die Rechtsprechung zur Frage der Wiedereintragung heran (vgl. Eckert, a.a.O., Art. 938b OR N 5). Es kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Vi act. 11 E. 8).

5.1 Die Gesuchstellerin hält im Berufungsverfahren daran fest, dass die Gesuchsgegnerin 2 über Aktiven verfüge, diese aber gemäss Abtretungsvertrag vom 22. März 2011 im vollen Umfang an sie abgetreten worden seien. Die Ausstellung eines definitiven Verlustscheines bedeute nicht, dass keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden seien. Als Gläubigerin könne sie nicht Kenntnis von weiteren verwertbaren Aktiven beim Schuldner haben. Nach Löschung einer juristischen Person bestehe keine Möglichkeit mehr, die Forderung erfüllt zu erhalten.

5.1.1 Die Vorinstanz zog im angefochtenen Entscheid zutreffend in Erwägung, dass die Gesuchstellerin ihre Behauptung, wonach ihr eine Forderung gegenüber der

Gesuchsgegnerin 2 zustehe, nicht rechtsgenügend dargelegt habe (Vi act. 11 E. 11.3). Auch im Berufungsverfahren macht sie keine substantiierten Angaben dazu, aus welchem Rechtsgeschäft und in welcher Höhe ihr eine Forderung gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 zustehen soll. Ist sie aber nicht Gläubigerin, fehlt es an der Aktivlegitimation, wie dies die Vorinstanz zur Recht festgehalten hat. Die Berufung ist bereits aus diesem Grund abzuweisen.

5.1.2 Im Übrigen lässt das Vorliegen eines Verlustscheines - entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin - durchaus vermuten, dass die Geschäftstätigkeit aufgehört hat und keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden sind (Eckert, a.a.O., Art. 938a OR N 3; Rüetsch, a.a.O., Art. 155 HRegV N 8). Der Gesuchstellerin ist es nicht ansatzweise gelungen, diese Vermutung umzustossen. Sie behauptet zwar weiterhin, dass die Gesuchsgegnerin 2 mit Abtretungsvertrag vom 22. März 2011 sämtliche Aktiven an sie abgetreten habe. In ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2015 im erstinstanzlichen Verfahren führte sie die angebliche Abtretungsvereinbarung als Beilage 2 auf, ohne diese aber tatsächlich einzureichen (Vi act. 7). Die vom erstinstanzlichen Richter angesetzte Frist zur Einreichung der Vereinbarung liess die Gesuchstellerin unbenutzt verstreichen (Vi act. 8). Im Berufungsverfahren verlangt sie nun die Wiederherstellung der Frist. Zur Begründung trägt sie vor, der zuständige Sachbearbeiter sei krankheitsbedingt abwesend gewesen, weshalb das Versäumnis entschuldbar sei. Das Gericht kann eine Frist gestützt auf Art. 148 ZPO nur wiederherstellen bzw. eine Nachfrist gewähren, wenn die säumige Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin - hätte sie die zu erwartende Sorgfalt nur ansatzweise beachtet - innerhalb der laufenden Frist nicht eine Fristerstreckung zur Einreichung der Abtretungsvereinbarung verlangt hat. Sollte sie dazu aufgrund der angeblichen Krankheit eines Mitarbeiters innerhalb der laufenden Frist nicht in der Lage gewesen sein, was sie aber nicht geltend macht und was ohnehin nicht plausibel wäre, so hätte sie immerhin noch im erstinstanzlichen Verfahren um Wiederherstellung der Frist ersuchen müssen. Die Editionsaufforderung hat die Gesuchstellerin am 4. November 2015 in Empfang genommen (Vi act. 8), der Entscheid erging erst am 25. November 2015. Die Gesuchstellerin hat keine Ausführungen gemacht, wie lange der zuständige Mitarbeiter krankheitsbedingt abwesend gewesen sein soll. Ein Arzzeugnis hat sie nicht eingereicht, obschon die Wiederherstellungsgründe genau anzugeben und durch entsprechende Nachweise zu belegen sind (Merz, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 148 ZPO N 19). Im Übrigen ist ohnehin nicht nachvollziehbar, dass aufgrund des angeblichen krankheitsbedingten Ausfalls eines Sachbearbeiters der Aufforderung zur Einreichung des Abtretungsvertrages nicht hätte Folge geleistet werden können. Arbeitsunfähigkeit ist zudem nicht mit Verhandlungsunfähigkeit gleichzusetzen (vgl. Merz, a.a.O., Art. 148 ZPO N 21). Die Gesuchstellerin hat somit nicht ansatzweise glaubhaft dargelegt, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren die angesetzte Frist aufgrund eines nur leichten Verschuldens verpasst hat. Keine Erklärung liefert die Gesuchstellerin zudem,

weshalb sie die als Beilage aufgeführte Vereinbarung nicht bereits ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2015 beigelegt hat, was zu erwarten gewesen wäre. Auch im Berufungsverfahren hat sie die erwähnte Abtretungsvereinbarung vom 22. März 2011 weiterhin nicht eingereicht, sondern verlangt nun – anders als noch im erstinstanzlichen Verfahren – deren Edition, ohne Angaben zu machen, durch wen der Vertrag ediert werden soll. Dieses Verhalten ist trölerisch und treuwidrig. Da sie um Wiederherstellung der Frist zur Einreichung der Vereinbarung ersucht, ist sie offenbar in der Lage, den Vertrag selber beizubringen, weshalb dem Editionsbegehren ohnehin nicht Folge geleistet werden könnte (Higi, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 160 ZPO N 11). Die Gesuchstellerin hat somit auch ihre Behauptung, wonach die Gesuchsgegnerin 2 über Aktiven verfüge, diese aber an sie abgetreten worden seien, nicht ansatzweise glaubhaft gemacht.

5.1.3 Sodann hat die Gesuchstellerin auch ihr Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin 2 nicht dargetan. Wie vorstehend bereits ausgeführt, behauptet die Gesuchstellerin, dass die Aktiven der Gesuchsgegnerin 2 an sie abgetreten worden seien. Zur Höhe der angeblichen Forderung gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 machte sie keinerlei Angaben. Würde ihrer Darstellung gefolgt, wäre von ihr vernünftigerweise zu erwarten, dass sie zur Befriedigung der angeblichen Schuld die an sie abgetretenen Aktiven verwertet. Somit hat sie aber kein schützenswertes Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin 2 (vgl. BGE 132 III 734 = Pra 2007 Nr. 17).

6. Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin nicht belegt, dass sie überhaupt Gläubigerin der Gesuchsgegnerin 2 ist und ihr somit die Aktivlegitimation zukommt. Sodann vermochte sie aber auch nicht glaubhaft darzutun, dass die Gesuchsgegnerin 2 über verwertbare Aktiven verfügt und eine Geschäftstätigkeit betreibt. Schliesslich hat die Gesuchstellerin nicht substantiiert vorgetragen, inwiefern sie überhaupt ein schutzwürdiges Interesse am Weiterbestehen der Gesuchsgegnerin 2 hat. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der angefochtene Entscheid ist demnach zu bestätigen und – aufgrund der vorgenommenen Sitzverlegung – das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die Gesuchsgegnerin 2 aus dem Handelsregister zu löschen.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 16. März 2016

5. Obligationenrecht

5.1 Art. 404 OR

Regeste:

Art. 404 OR – Bei Krippenverträgen kann das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR gültig wegbedungen werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Selbst wenn die Wegbedingung nicht gültig ist, ist es zulässig, für den Fall des Widerrufs oder der Kündigung zur Unzeit eine Konventionalstrafe entsprechend den Betreuungsgebühren bis zum Kündigungstermin zu vereinbaren.

Aus den Erwägungen:

3.2 Der Betreuungsvertrag (ein Krippenvertrag) ist ein Vertrag sui generis, auf den hauptsächlich Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung gelangt (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 178). Die Beklagte bestreitet nicht, dass für die Betreuung ihres Sohnes ein Honorar bzw. eine Gebühr in Höhe von CHF 1'906.60 pro Monat vereinbart wurde. Weiter ist unbestritten, dass der Betreuungsvertrag gemäss Ziff. Y. der AGB nur unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats gekündigt werden kann und vorliegend kein Grund für eine fristlose oder sofortige Auflösung gegeben war. Gemäss Rechtsprechung des Kantonsgerichts Zug ist das zwingende Widerrufsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR bei Kinderkrippenverträgen nicht anwendbar (Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 178 f.; Rusch/Hochstrasser, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, Rz 42 ff.). (...)

Selbst wenn jedoch Art. 404 Abs. 1 OR, wonach der Auftrag von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann, anwendbar wäre, führte dies vorliegend zu keinem anderen Resultat. Denn falls die Auflösung des Auftrags zur Unzeit erfolgt, ist die zurücktretende Partei gemäss Art. 404 Abs. 2 OR zum Ersatz des der Gegenpartei verursachten Schadens verpflichtet. Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, für den Fall eines Widerrufs zur Unzeit eine Konventionalstrafe vorzusehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.4). Aufgrund der Ausführungen der Klägerin an der Hauptverhandlung erfolgte die Kündigung des Betreuungsvertrages durch die Klägerin am 30. April 2016 zur Unzeit. Die Kündigung sei – so die unbestritten gebliebene Darstellung der Klägerin – für sie überraschend gekommen. Man habe den Betreuungsplatz zudem nicht besetzen können. Die (kurzfristige) Neubesetzung sei sehr schwierig (act. 6 S. 2). Es ist notorisch, dass eine Kinderkrippe eine Organisation darstellt, die Räume, Personal und Material bereitzustellen hat und entsprechend planen können muss (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. Juli 2005, in: GVP 2005 S. 179; Rusch/Hochstrasser, a.a.O., Rz 46). Dass im Falle einer sofortigen Auflösung des Betreuungsvertrages, ohne

dass die Kinderkrippe dazu begründeten Anlass gegeben hat (vgl. act. 6 S. 1), noch die Betreuungsgebühr (im Sinne einer Konventionalstrafe) für drei Monate bis zum Ende des Monats (bis zum Kündigungstermin) als geschuldet vereinbart wird (s. in casu Ziff. Y. der AGB), ist zulässig (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011 E. 2.4).

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 18. Oktober 2016

6. Vollstreckung

6.1 Art. 319 ff. ZPO, Art. 327a ZPO, Art. 38 ff. LugÜ

Regeste:

Art. 319 ff. ZPO, Art. 327a ZPO, Art. 38 ff. LugÜ – Ein Rechtsöffnungsentscheid mit expliziter Exequaturerteilung gemäss Lugano-Übereinkommen ist ausschliesslich mit Beschwerde nach Art. 319 – Art. 327 ZPO anfechtbar, und zwar ohne die Modifikationen gemäss Art. 327a ZPO.

Aus den Erwägungen:

1.1 Vorliegend geht es um die Vollstreckung einer in einem italienischen Mahnbescheid zugesprochenen Geldforderung. Die Vollstreckbarerklärung eines solchen Entscheids richtet sich in der Schweiz nach dem Lugano Übereinkommen (LugÜ, SR 0.275.12; Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 1 LugÜ und LugÜ nach Anhang IX). Danach steht dem Gläubiger zunächst der ordentliche Weg über das Exequaturverfahren nach Art. 38 ff. LugÜ beim kantonalen Vollstreckungsgericht mit daran anschliessender Betreibung offen. Der erstinstanzliche Richter – im Kanton Zug der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Kantonsgericht (Anhang II des LugÜ i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO, § 27 Abs. 3 lit. b GOG und § 28 Abs. 2 lit. k GOG) – entscheidet über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 41 LugÜ sofort und ohne Anhörung des Schuldners. Gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht kann jede Partei beim oberen kantonalen Gericht, d.h. bei der Beschwerdeabteilung des Obergerichts, innert eines Monats bzw. zwei Monaten einen Rechtsbehelf einlegen (Art. 43 LugÜ i.V.m. Anhang III des LugÜ, Art. 309 lit. a ZPO, Art. 319 lit. a ZPO und § 21 Abs. 1 lit. a GOG). Die Rechtsmittelinstanz prüft die im LugÜ vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition und die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (Art. 327a ZPO).

1.2.1 Daneben steht dem Gläubiger eine weitere Vollstreckungsmethode offen. Er kann nämlich den Weg über die ordentliche Betreibung wählen. Damit wird über die Vollstreckbarerklärung im Rahmen des kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahrens entschieden. Diese Alternative kommt in zweierlei Ausprägungen vor: Zum einen kann die Vollstreckbarerklärung bei der Rechtsöffnung bloss vorfrageweise

bzw. inzident erfolgen. Zum anderen kann der Gläubiger im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens eine ausdrückliche Vollstreckbarerklärung beantragen (Hofmann / Kunz, Basler Kommentar, 2.A. 2016, Art. 38 LugÜ N 288 f.). Im Kanton Zug ist für diese Entscheidungen erstinstanzlich der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Kantonsgericht zuständig (Art. 339 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 27 Abs. 3 lit. b GOG und § 28 Abs. 2 lit. k GOG sowie Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. c GOG).

1.2.2 Gegen den Rechtsöffnungsentscheid sowie die damit inzident ausgesprochene Vollstreckbarerklärung sind nach herrschender Lehre die Rechtsmittel nach innerstaatlichem Recht und nicht etwa der Rechtsbehelf nach dem LugÜ gegeben. Der erstinstanzliche Rechtsöffnungsentscheid kann entsprechend nur mittels Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO angefochten werden. Die in Art. 327a ZPO für den Rechtsbehelf nach dem LugÜ enthaltenen Sonderregeln finden keine Anwendung. Die Frist für die Erhebung des Rechtsmittels richtet sich nach nationalem Recht und beträgt zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Kognition der Rechtsmittelinstanz ist beschränkt (Art. 320 ZPO) und Noven sind unzulässig (Art. 326 ZPO). Der Beschwerde kommt sodann keine aufschiebende Wirkung zu, sofern das Gericht nicht Gegenteiliges anordnet (Art. 325 ZPO; vgl. ferner Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 LugÜ N 316 ff.).

1.2.3 Die Anfechtungsmöglichkeiten eines Rechtsöffnungsentscheids mit expliziter Exequaturerteilung sind in der Lehre umstritten. Nach einem Teil der Lehre ist, wie bei Rechtsöffnungsentscheiden mit inzident ausgesprochener Vollstreckbarerklärung, ausschliesslich die Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO zulässig, und zwar ohne die Modifikationen gemäss Art. 327a ZPO. Demgegenüber geht ein anderer Teil der Lehre von einer Gabelung des Rechtsmittelweges für die Rechtsöffnung und das Exequatur aus. Danach ist gegen die Vollstreckbarerklärung die LugÜ-Beschwerde nach Art. 327a ZPO zu ergreifen, während der Rechtsöffnungsentscheid mit der herkömmlichen Beschwerde nach Art. 319–Art. 327 ZPO anzufechten ist. Schliesslich wird postuliert, dass für die Anfechtung des Rechtsöffnungsentscheids mit ausdrücklicher Exequaturerteilung insgesamt die LugÜ-Beschwerde nach Art. 327a ZPO zur Verfügung steht (Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 LugÜ N 344 ff.). Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, zu den Anfechtungsmöglichkeiten nach Inkrafttreten des revidierten LugÜ im Jahre 2011 noch nicht geäussert. Unter dem alten Recht vertrat es die Meinung, die Bestimmungen des aLugÜ über die Vollstreckung seien in einem solchen Fall nicht anwendbar. Es erachtete für den Rechtsmittelzug die Regelung des innerstaatlichen Rechts, d.h. des damals gültigen kantonalen Zivilprozessrechts, als massgebend (BGE 125 III 386 E. 3.b = Pra 2000 Nr. 13 E. 3.b).

1.3 Nach Auffassung der Beschwerdeabteilung ist der Rechtsöffnungsentscheid mit ausdrücklicher Exequaturerteilung nach den gleichen Regeln wie der Rechtsöffnungsentscheid mit inzidenter Exequaturerteilung anzufechten. In beiden Verfahren

gibt der Einzelrichter am Kantonsgericht dem Schuldner die Möglichkeit, sowohl zur Exequaturerteilung als auch zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung Stellung zu nehmen. Eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs auf Letzteres findet nicht statt, da solches nicht praktikabel wäre. Wird dem Schuldner somit das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Verfahren vollumfänglich gewährt, ist ein umfassendes Beschwerderecht nach Art. 327a ZPO nicht gerechtfertigt. Andernfalls würde unsorgfältiges Prozessieren belohnt. Mit der Möglichkeit, sich vor dem Einzelrichter erschöpfend vernehmen zu lassen und im Beschwerdeverfahren die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts im erstinstanzlichen Verfahren rügen zu können (Art. 320 ZPO), werden die Rechte des Schuldners ausreichend gewahrt. Er erfährt damit sogar einen besseren Rechtsschutz, als wenn er im erstinstanzlichen Verfahren zur Frage der Vollstreckbarerklärung nicht angehört würde und sich erst im Beschwerdeverfahren dazu vernehmen lassen könnte. Ein unterschiedlicher Rechtsmittelzug für Rechtsöffnungsentscheide mit inzi-denter und ausdrücklicher Vollstreckbarerklärung ist damit nicht angezeigt, auch wenn Letztere nicht nur für das konkret eingeleitete Betreibungsverfahren, sondern allgemein Gültigkeit hat (Hofmann/Kunz, a.a.O., Art. 38 N 337).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Juni 2016

7. Zivilrechtspflege

7.1 Art. 5 Abs. 1 lit. a und d ZPO

Regeste:

Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO – Know-How als solches ist kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne der genannten Prozessbestimmung, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut darstellt.

Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO – Die blosse Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht nicht aus, um die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO zu begründen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO bezeichnet das kantonale Recht das Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist (lit. a) für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum einschliesslich der Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte und (lit. d) für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG), sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.00 beträgt oder der Bund sein Klagerecht ausübt. Nach § 19 Abs. 1 lit. a GOG i.V.m. § 5 Abs. 2

der Geschäftsordnung des Obergerichts ist die II. Zivilabteilung des Obergerichts die einzige kantonale Instanz nach Art. 5 ZPO.

2.3 Soweit die Klägerin im vorliegenden Fall eine «Streitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum» erblickt und die obergerichtliche Zuständigkeit dementsprechend aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO herleiten will, kann ihren Ausführungen nicht gefolgt werden. Gegenstand der infrage stehenden Lizenzverträge ist Know-How der Klägerin in Bezug auf die Herstellung bzw. Zulassung pharmazeutischer Substanzen. Der Begriff «Know-How» ist gesetzlich nicht definiert. Grundsätzlich sind darunter technische, kaufmännische oder betriebswirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen zu verstehen, deren Benutzung dem Know-How-Nehmer Herstellung und Vertrieb von Produkten, aber auch sonstige betriebliche Tätigkeiten wie Organisation und Verwaltung gestattet bzw. ermöglicht (Zehnhäusern, Der internationale Lizenzvertrag, 1991, S. 18; vgl. Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. A. 2005, S. 176). Know-How ist als solches kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne der genannten Prozessbestimmung, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut darstellt (Urteil des Obergerichts Zug, Einzelrichter, vom 13. Dezember 2013 E. 1.2.1, in: CAN 2014 S. 16 f.). Zum geistigen Eigentum im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO zählen nur diejenigen immateriellen Güter, welche die Merkmale eines absoluten Rechts aufweisen, d.h. an denen ihrem Inhaber Verfügungs- und Abwehrrechte zustehen, die mit jenen des Eigentümers einer Sache vergleichbar sind. Dazu gehören das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG), der Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (ToG) sowie die verschiedenen Formen des gewerblichen Rechtsschutzes, d.h. der Marken (MSchG), Designs (DesG) und Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz) (Berger, Berner Kommentar, 2012, Art. 5 ZPO N 6; vgl. auch Vock/Nater, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 5 ZPO N 4; Wey, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 5 ZPO N 9). Diese Rechte sind alle durch Spezialgesetze näher umschrieben (Härtsch, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, SHK, 2010, Art. 5 ZPO N 3). Daran ändert nichts, dass Know-How Gegenstand eines Lizenzvertrages sein kann. Es gehört dennoch nicht zu den absolut geschützten Immaterialgütern gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO (Urteil des Obergerichts Zug, Einzelrichter, vom 13. Dezember 2013 E. 1.2.1, in: CAN 2014 S. 16 f.; Berger, a.a.O., Art. 5 ZPO N 6; gl.M. Wey, a.a.O., Art. 5 ZPO N 9; a.M. Härtsch, a.a.O., Art. 5 ZPO N 4). Der Schutz des Know-Hows ergibt sich aus Vertrag bzw. – sofern es als Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden kann – aus Straf- oder Lauterkeitsrecht. Im Weiteren legt die Klägerin weder ausdrücklich dar, inwiefern ein immaterielles Gut verletzt sein soll, welches die Merkmale eines absoluten Rechts aufweist und damit von der infrage stehenden prozessrechtlichen Bestimmung erfasst ist, noch lassen sich entsprechende Anhaltspunkte der Klageschrift entnehmen. In dieser wird zwar vereinzelt auf bestehende Patente – welche einen absoluten Schutz geniessen – hingewiesen. Die Klägerin stützt die geltend gemachten Ansprüche jedoch nicht auf Patentrecht. Kommt hinzu, dass

in diesem Bereich ohnehin das Bundespatentgericht zuständig wäre (Vock/Nater, a.a.O., Art. 5 N 5a). Die obergerichtliche Zuständigkeit lässt sich somit nicht mit Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO begründen.

2.4 Die Klägerin erwähnt sodann auch Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO als zuständigkeitsbegründende Norm. Die Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 wäre vorliegend offensichtlich erfüllt. Die Klägerin führt in der Klageschrift aus, dass ihre Geschäftsgeheimnisse durch Art. 6 UWG geschützt seien (act. 1 Rz 33) und ihr unter anderem aus dieser lauterkeitsrechtlichen Bestimmung Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten zustünden (act. 1 Rz 291). Lauterkeitsrechtliche Hauptansprüche nach Art. 9 UWG macht sie hingegen keine geltend. 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. 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 (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 9 N 33a). Das UWG gewährt – im Gegensatz zu den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen – nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine selbständigen Auskunftsansprüche (Baudenbacher/Glöckner, in: Baudenbacher [Hrsg.], Kommentar zum UWG, 2001, Art. 9 UWG N 265; Rüetschi, Basler Kommentar, 2013, Art. 9 UWG N 150; Spitz, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SHK, 2010, Art. 9 UWG N 114; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 15. November 2004, in: sic! 11/2007, S. 845). Wenn überhaupt, bestehen solche Auskunftsansprüche lediglich im Hinblick auf die Durchsetzung eines lauterkeitsrechtlichen Hauptanspruches (vgl. Baudenbacher/Glöckner, a.a.O., Art. 9 UWG N 265). Ein solcher wird von der Klägerin mit keinem Wort behauptet. Die blosser Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht mithin nicht aus, um die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO zu begründen.

2.5 Nach dem Gesagten mangelt es an der sachlichen Zuständigkeit des Obergerichtes als einziger kantonaler Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO. Auf die Klage ist nicht einzutreten.

(...)

Urteil des Obergerichts, II. Zivilabteilung, 9. November 2016 (Z2 2016 34)

III. Schuldbetriebs- und Konkursrecht

1. Beschwerdeverfahren

1.1 Art. 67 SchKG, Art 9 u. Art. 135 OR, Art. 13 u. Art. 16 GebV SchKG; Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung

Regeste:

Art. 67 SchKG, Art 9 u. Art. 135 OR, Art. 13 u. Art. 16 GebV SchKG; Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung – Wird in derselben Eingabe das Betreibungsbegehren gestellt und sogleich wieder zurückgezogen, kann nach allgemeiner zivilrechtlicher und einzig logischer Regel das Begehren nur als nicht gestellt betrachtet werden. Nimmt das Betreibungsamt ein solches Betreibungsbegehren gleichwohl entgegen und stellt den Zahlungsbefehl aus, ist es berechtigt, die Kosten für die Aus- und die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger zu erheben. Diese Kosten fallen indes nicht an, wenn im Betreibungsbegehren nebst dem Hinweis, dass die Betreuung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erfolgt, ausdrücklich beantragt wird, dass kein Zahlungsbefehl aus- und zuzustellen, sondern lediglich der Eingang des Betreibungsbegehrens gebührenfrei zu bescheinigen ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Verjährung nach Art. 135 Ziff. 2 OR wird unterbrochen durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs. Gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt für die Unterbrechung der Verjährung in all diesen Fällen die Postaufgabe, da diese Unterbrechungsgründe allein auf eine Handlung des Forderungsgläubigers abstellen; nicht vorausgesetzt wird, dass der Schuldner davon Kenntnis erhält (Urteil des Bundesgerichts 2C_426/2008 und 2C_432/2008 vom 18. Februar 2009 mit Hinweisen). Voraussetzung für die Verjährungsunterbrechung ist allerdings, dass das Betreibungsbegehren gültig ist. Wird in derselben Eingabe das Betreibungsbegehren gestellt und sogleich wieder zurückgezogen, kann nach allgemeiner zivilrechtlicher und einzig logischer Regel (vgl. Art. 9 OR; BGE 83 III 7 ff.) das Begehren nur als nicht gestellt betrachtet werden, da die Rückzugserklärung gleichzeitig mit dem Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt eintrifft (BISchK 2011 S. 148 ff. E. 3.2.2).

2.1 Vorliegend stellte die Beschwerdeführerin in der Beilage 1 zur Eingabe vom 8. März 2016 das Betreibungsbegehren und zog es in Beilage 2 vorbehaltlos zurück. Da die Rückzugserklärung beim Betreibungsamt gleichzeitig mit dem Betreibungsbegehren eintraf, wäre das Betreibungsbegehren gemäss den obigen Ausführungen

an sich als nicht gestellt zu betrachten gewesen. Demgemäss hätte es vom Betreibungsamt zurückgewiesen werden müssen, mit der Folge, dass die Verjährung nicht unterbrochen worden wäre.

2.2 Das Betreibungsamt nahm das Betreibungsbegehren nun gleichwohl entgegen, stellte den Zahlungsbefehl aus, auf dem es den Rückzug des Betreibungsbegehrens vermerkte, und sandte dieses Exemplar an die Beschwerdeführerin. Es betrachtete damit das Betreibungsbegehren als gültig, indem es die gleichzeitig eingereichte Rückzugserklärung erst nach der Ausstellung des Zahlungsbefehls beachtete. Damit handelte das Betreibungsamt letztlich im Interesse der Beschwerdeführerin, welche das Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung stellte. Unter diesen Umständen sind die Kosten für die Aus- und die Zustellung des Zahlungsbefehls an die Beschwerdeführerin gerechtfertigt. Die Rechnung von CHF 53.30 ist daher nicht zu beanstanden.

2.3 Anlass zur Aufhebung der fraglichen Kostenverfügung hätte nur bestanden, wenn die Beschwerdeführerin im Betreibungsbegehren nebst dem Hinweis, dass die Betreibung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erfolgt, ausdrücklich beantragt hätte, dass kein Zahlungsbefehl aus- und zuzustellen, sondern lediglich der Eingang des Betreibungsbegehrens gemäss Art. 67 Abs. 3 SchKG gebührenfrei zu bescheinigen sei. In diesem Fall hätte das Betreibungsamt mit Ausnahme der gebührenpflichtigen Protokollierung der Betreibung im Eingangsregister (Art. 16 Abs. 4 GebV SchKG per analogiam), der gebührenfreien Ausstellung der Eingangsbestätigung und ihrem kostenpflichtigen Versand (Art. 13 GebV SchKG; BGE 130 III 387 E. 3) keine weiteren Handlungen vornehmen müssen. Ob ein solches Betreibungsbegehren zur Unterbrechung der Verjährung tauglich ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls könnte das Betreibungsamt aufgrund der konkreten Anträge nicht haftbar gemacht werden, falls der Zivilrichter zum Schluss käme, dass ein solches Betreibungsbegehren keine Verjährungsunterbrechung bewirkt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Mai 2016

2. Definitive Rechtsöffnung

2.1 Art. 81 Abs. 1 SchKG

Regeste:

Art. 81 Abs. 1 SchKG – Definitive Rechtsöffnung. Umfang und Bedeutung der Saldoklausel einer genehmigten Scheidungsvereinbarung.

Aus den Erwägungen:

3. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde, so wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 81 Abs. 1 SchKG).

Der Beschwerdeführer reichte im Rechtsöffnungsverfahren einen rechtskräftigen Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 1. Dezember 2014 vor, worin die Beschwerdegegnerin verpflichtet wurde, ihm die Gerichtskosten von CHF 2'000.00 zu ersetzen sowie eine Parteientschädigung von CHF 4'500.00 zu bezahlen. Die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 6'500.00 beruht daher unbestritten-ermassen auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG. Streitig ist demgegenüber, ob die Forderung des Beschwerdeführers durch Einbezug in die Saldoklausel der im Anschluss an die zweite Einigungsverhandlung vom 20. Oktober 2015 abgeschlossenen und mit Entscheid vom 25. November 2015 genehmigten Scheidungsvereinbarung untergegangen ist.

4. Ziff. 3 («Güterrechtliche Auseinandersetzung») der Scheidungsvereinbarung lautet wie folgt: «Mit öffentlicher Urkunde vom 12. November 2010 haben die Parteien Gütertrennung vereinbart. Somit entfällt die güterrechtliche Auseinandersetzung. Jede Partei behält mit Aktiven und Passiven, was sie gegenwärtig besitzt bzw. was auf ihren Namen lautet.» (Ziff. 3.1). «Im Übrigen stellen die Parteien fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind.» (Ziff. 3.2). In Ziff. 5 der Scheidungsvereinbarung («Saldoklausel») erklärten sich die Parteien sodann «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt».

4.1.1 Wählen die Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung, so fehlt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts an ehelichen Gütern; entsprechend entfällt auch die güterrechtliche Auseinandersetzung. Gleichwohl können zwischen den Ehegatten anlässlich der Ehescheidung Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur entstehen, zum Beispiel weil Ehegatten ihre Güter tatsächlich nicht getrennt gehalten haben. Auch bei der Beendigung der Gütertrennung kann es sich daher als unumgänglich erweisen, dass die Ehegatten zur notwendigen Entflechtung ihrer Vermögen ihre jeweiligen Vermögenswerte zurücknehmen und ihre gegenseitigen Schulden regeln. Mit Blick auf diese Entflechtung sind die in Art. 205 Abs. 1 und 3 ZGB enthaltenen Vorschriften betreffend die Auflösung des ordentlichen Güterstandes sinngemäss anwendbar (Urteil des Bundesgerichts 5A_608/2010 vom 6. April 2011 E. 3.2.1).

4.1.2 Auch Hausheer/Reusser/Geiser (Berner Kommentar, 1996, Vorbem. zu Art. 247 ff. ZGB N 14) halten fest, dass es in jeder Gütertrennungs-Ehe ungeachtet der von Gesetzes wegen getrennten Vermögen der Ehegatten zu einer mehr oder weniger

grossen Vermischung von Vermögenswerten komme. Auch bei Auflösung der Gütertrennung, namentlich wenn sie mit dem Ende der Ehe zusammenhänge, müssten deshalb die beiden Vermögen entflochten werden. Vermögenswerte, die sich im Besitz des andern Ehegatten befänden, seien zurückzunehmen und die gegenseitigen Schulden seien, sofern fällig, zu tilgen. Die Ausscheidung der Vermögenswerte, die jedem Ehegatten zukämen, unterscheide sich aber grundsätzlich nicht von derjenigen zwischen nicht miteinander verheirateten Personen. Massgebend seien die Normen des Obligationenrechts und des Sachenrechts. Die Trennung der Vermögen habe sinngemäss gleich wie beim ersten Schritt im Zusammenhang mit der Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung zu geschehen. Für Einzelheiten verweisen Hausheer/Reusser/ Geiser daher auf die Kommentierung zur Errungenschaftsbeteiligung (a.a.O., Art. 205 ZGB N 11 ff.). Ferner weisen sie darauf hin, dass der Vernehmlassungsentwurf noch eine entsprechende Norm bei der Gütertrennung vorgesehen habe, die in der Folge aber als überflüssig gestrichen worden sei.

4.1.3 Nach dem Gesagten sind – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – die in Art. 205 Abs. 1 und 3 ZGB enthaltenen Vorschriften betreffend die Auflösung des ordentlichen Güterstandes sinngemäss bei der Gütertrennung anwendbar, auch wenn bei der Gütertrennung – anders als bei der Errungenschaftsbeteiligung – keine güterrechtliche Auseinandersetzung stattfindet.

4.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zählen zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB alle im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bestehenden Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, namentlich Schulden aus Unterhaltsanspruch (Art. 163 – 164 ZGB), aus Ausgleich für ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt der Familie (Art. 165 ZGB), aus Verwaltung des Vermögens des andern (Art. 195 ZGB), aus Entschädigungsanspruch nach Art. 205 Abs. 2 ZGB, aus Vertrag (wie Kauf, Darlehen oder Arbeitsvertrag), aus Delikt (Art. 41 ff. OR), aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_608/2010 vom 6. April 2011 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010 E. 3.2.1). Auch nach Schwenzer (FamKommentar, 2. A. 2011, Art. 205 ZGB N 16) werden von Art. 205 Abs. 3 ZGB nicht nur eherechtliche Schulden (z. B. Unterhaltsschulden, Art. 163–165 ZGB), sondern alle Schulden (Geld- und Sachschulden) zwischen Ehegatten erfasst. Es gehe um die Entflechtung der Vermögen beider Ehegatten im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, wozu gehöre, dass fällige Schulden beglichen würden. Dementsprechend gehören zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB alle im Zeitpunkt der Entflechtung der Vermögen bestehenden Verbindlichkeiten, mithin – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – auch Schulden, die keinen (direkten) Bezug zum Eherecht aufweisen. Damit zählen auch die vom Beschwerdeführer geforderten Prozesskosten (Ersatz Gerichtskosten von CHF 2'000.00 und Parteientschädigung von CHF 4'500.00 gemäss Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom

1. Dezember 2014) zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Diese waren daher ebenfalls in die Entflechtung der Vermögenswerte zwischen den Parteien einzubeziehen. Die Parteien erklärten in der im Anschluss an die zweite Einigungsverhandlung vom 20. Oktober 2015 abgeschlossenen Scheidungsvereinbarung, die mit Scheidungsurteil vom 25. November 2015 genehmigt wurde, ausdrücklich, dass sie «in güterrechtlicher Hinsicht» vollständig auseinandergesetzt seien (Ziff. 3.2) bzw. «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche» auseinandergesetzt seien (Ziff. 5; vgl. vorne E. 4). Die Erklärung der Parteien, sie seien «güterrechtlich auseinandergesetzt», kann aber vorliegend – bei Gütertrennung – nur so verstanden werden, dass die Parteien ihre Vermögen entflochten haben, wozu – wie vorne dargelegt – auch gehört, dass sie ihre gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB beglichen haben. Dafür, dass die Prozesskosten gemäss Entscheid vom 1. Dezember 2014 «absichtlich» nicht in die Saldoerklärung einbezogen worden sein sollen, wie der Beschwerdeführer behauptet, liegen keine Anhaltspunkte vor. Damit steht fest, dass mit dem Scheidungsurteil vom 25. November 2015 die von der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer geschuldeten Prozesskosten gemäss Entscheid vom 1. Dezember 2014 untergegangen sind. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch des Beschwerdeführers abgewiesen hat.

4.3 Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass nicht ersichtlich ist, weshalb das von der Vorinstanz zitierte Urteil des Bundesgerichts 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010 E. 3.3 vorliegend nicht einschlägig sein soll. Das Bundesgericht führte in diesem Urteil aus, Schulden aus Unterhaltspflicht fielen unter die gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB zu regelnden Schulden. Daher seien sie bei der Auflösung des Güterstandes in die güterrechtliche Abrechnung einzubeziehen. Erklärten die Parteien als Ergebnis dieses Vorganges, sie seien auseinandergesetzt, so bedeute dies nach dem allgemeinen Verständnis, dass keiner vom anderen mehr etwas zu fordern habe. Diese Ausführungen sind analog auf den vorliegenden Fall anwendbar, auch wenn sich dieses Urteil auf Unterhaltszahlungen bezieht. Die Parteien haben ihr Vermögen entflochten und als Ergebnis dieses Vorgangs erklärt, sie seien auseinandergesetzt. Dementsprechend kann keiner vom andern mehr etwas fordern. Nicht nachvollziehbar ist die Darstellung des Beschwerdeführers, dass die von ihm geforderten Prozesskosten keine Schulden unter den Ehegatten darstellen würden. Der Beschwerdeführer verlangt von der Beschwerdegegnerin die Bezahlung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung und bringt damit zum Ausdruck, dass es sich dabei um eine Forderung zwischen den (geschiedenen) Ehegatten handelt. Keine Rolle spielt sodann der Streitgegenstand, aus welchem die Gerichtskosten resultieren. Zu den gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB zählen alle im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bestehenden Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund (vgl. vorne E. 4.2). Von einer Verletzung der Rechtsgleichheit kann zudem keine Rede sein. Auf einen unverheirateten Vater

kommen die Bestimmungen über die Ehescheidung und deren Nebenfolgen nicht zur Anwendung. Wenn der Beschwerdeführer argumentiert, Art. 205 Abs. 3 ZGB spreche lediglich von der Regelung der gegenseitigen Schulden, nicht jedoch davon, dass die Schulden zu begleichen seien, lässt er ausser Acht, dass die Parteien in der Scheidungsvereinbarung erklärten, sie seien «in güterrechtlicher Hinsicht» vollständig auseinandergesetzt (Ziff. 3.2) bzw. «mit dem Vollzug dieser Vereinbarung ehe-, vorsorge- und güterrechtlich per saldo aller Ansprüche» auseinandergesetzt (Ziff. 5). Diese Erklärung kann aber nur so verstanden werden, dass sie ihre Vermögen entflochten haben, wozu auch gehört, dass sie ihre gegenseitigen Schulden im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB begleichen haben (vgl. vorne E. 4.2). Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, Ziff. 3.2 der Scheidungsvereinbarung wäre nicht erforderlich gewesen. In Ziff. 3.1 wird festgehalten, dass die Parteien der Gütertrennung unterstehen und jede der Parteien an Aktiven und Passiven behält, was sie gegenwärtig besitzt bzw. was auf ihren Namen lautet. Damit liegt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 205 Abs. 1 ZGB vor. In Ziff. 3.2 stellten die Parteien fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind. Damit wurden die Schulden zwischen den Parteien im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB geregelt. Ziff. 3.1 und Ziff. 3.2 der Scheidungsvereinbarung haben somit unterschiedliche Regelungsinhalte.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 1. September 2016 (BZ 2016 58)

3. Rechtsöffnung

3.1 Art. 81 Abs. 1 SchKG

Regeste:

Art. 81 Abs. 1 SchKG – Definitive Rechtsöffnung. Hat ein Schuldner gegenüber den im Scheidungsurteil festgelegten Unterhaltsbeiträgen Mehrleistungen erbracht, kann er diese im definitiven Rechtsöffnungsverfahren nur zur Verrechnung bringen, wenn seine Gegenforderung ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt ist.

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Richter im Rechtsöffnungsverfahren nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Einrede der Tilgung nur anerkennen, wenn dafür der Urkundenbeweis erbracht wird. Sofern die Tilgung auf die Verrechnung mit einer Gegenforderung gestützt wird, muss die Gegenforderung des Schuldners ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt sein.

Das Bundesgericht führte aus, es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, dass die Möglichkeiten des Schuldners zur Abwehr im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung eng beschränkt seien; um jede Verschleppung der Vollstreckung zu verhindern, könne der definitive Rechtsöffnungstitel daher nur durch einen strikten Gegenbeweis, d.h. mit völlig eindeutigen Urkunden, entkräftet werden. Dies gelte gerade auch für familienrechtliche Unterhaltsforderungen, die im materiellen Recht und im Vollstreckungsrecht in verschiedener Hinsicht privilegiert seien. Im konkreten Fall kam es zum Schluss, dass es nicht willkürlich sei, wenn der Rechtsöffnungsrichter gestützt auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil betreffend Leistung von Unterhaltsbeiträgen nach Art. 145 ZGB die definitive Rechtsöffnung gewähre, obwohl der Schuldner durch Urkunden nachweisen könne, dass er in früheren Monaten mehr geleistet habe als das, wozu er im betreffenden Urteil verpflichtet worden sei. Damit sei nur die Zahlung urkundlich nachgewiesen, nicht aber, dass der Schuldner im entsprechenden Umfang eine verrechenbare Gegenforderung erworben habe (BGE 115 III 97 E. 4; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 5D_72/2015 vom 13. August 2015 E. 4.1, 5A_279/2012 vom 13. Juni 2012 E. 4 und 5A_869/2011 vom 10. Mai 2012 E. 3.3). Eingeschränkt wird die Möglichkeit zur Verrechnung zudem durch ein allfälliges Verrechnungsverbot, wie es von Art. 125 Ziff. 2 OR für Unterhaltsansprüche vorgesehen ist, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_279/2012 vom 13. Juni 2012 E. 4).

5.1 Wie soeben in E. 4 dargelegt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Einrede der Verrechnung nur dann beachtlich und die definitive Rechtsöffnung zu verweigern, wenn die Gegenforderung des Schuldners ihrerseits durch ein gerichtliches Urteil im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG oder durch eine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenpartei belegt ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Beschwerdegegner reichte einzig eine eigenhändige Aufstellung ein, wonach er gegenüber den im Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 6. August 2009 festgelegten Unterhaltsbeiträgen Mehrleistungen erbracht hat. Damit ist der erforderliche Urkundenbeweis für den Bestand seiner Forderung nicht geleistet. Sein Urkundenbeweis beschränkt sich auf den Nachweis, dass er gegenüber der im rechtskräftigen Scheidungsurteil des Kantonsgerichts Zug festgelegten Unterhaltsverpflichtung gewisse Mehrleistungen erbracht hat. Ob der Beschwerdegegner durch diese Zahlungen auch eine Gegenforderung erworben hat, ist durch die Urkunde hingegen nicht ausgewiesen. Ebenso wenig ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin die Gegenforderung des Beschwerdegegners vorbehaltlos anerkannt hat. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf die Replik der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 2015. Darin betonte die Beschwerdeführerin, dass sie «auf die im Scheidungsurteil festgelegten Frauentalimente von Fr. 600.00 angewiesen» sei. Der «Anspruch [bestehe] bis zur ordentlichen Pensionierung [des Beschwerdegegners], d.h. bis ...». Sodann führte sie unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 12. November 2015 aus: «Die Unterhaltspflicht ist in monatlichen Beiträgen zu erfüllen. Dabei sind die Unter-

haltsbeiträge jeweils im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbar. Zahlt der Unterhaltspflichtige die Unterhaltsbeiträge früher oder freiwillig mehr als er aufgrund des Rechtstitels leisten müsste, hat dies damit sein Bewenden. Diese Vorauszahlungen und Mehrleistungen kann er nicht mit später fällig werdenden Unterhaltsbeiträgen verrechnen». Mit diesen allgemeinen Ausführungen lässt sich keine vorbehaltlose Anerkennung der Gegenforderung des Beschwerdegegners belegen.

5.2 Hinzu kommt Folgendes: Die Verrechnung einer behaupteten mit der betriebenen Forderung darf nicht durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen sein. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, können wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden (Art. 125 Ziff. 2 OR). Dass es sich bei der betriebenen Forderung um familienrechtliche Unterhaltsansprüche handelt, ergibt sich ohne weiteres aus dem als Rechtsöffnungstitel eingereichten Urteil des Kantonsgerichts Zug. Gemäss der herrschenden Lehre bestimmt sich der unverrechenbare Teil der Unterhaltsschuld nach den zu Art. 93 SchKG entwickelten Richtlinien für den sog. Notbedarf (vgl. Peter, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 125 OR N 9). Eine Berechnung dieser unverrechenbaren Quote geht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Prüfungsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters hinaus und hat deshalb nicht im Rahmen dieses Verfahrens zu erfolgen (BGE 115 III 97 E. 4 lit. d). Da es sich somit bei der vorliegend betriebenen Forderung um familienrechtliche Unterhaltsansprüche handelt, kann der Beschwerdegegner gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR nicht ohne Einwilligung der Beschwerdeführerin verrechnen. Eine Einwilligung der Beschwerdeführerin ist vorliegend nicht ersichtlich und eine Tilgung durch Verrechnung deshalb auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

5.3 Entsprechend ist der angefochtene Entscheid des Einzelrichters vom 5. Januar 2016, mit dem das Rechtsöffnungsgesuch vom 7. Dezember 2015 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X. abgewiesen wurde, in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X. definitive Rechtsöffnung für CHF 1'800.00 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2015 zu erteilen.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 24. März 2016 (BZ 2016 5)

4. Vollstreckung

4.1 Art. 41 SchKG

Regeste:

Art. 41 SchKG – Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann. Der Gläubiger hat sich in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung zu entscheiden.

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 41 Abs. 1 SchKG wird für pfandgesicherte Forderungen die Betreibung, auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, durch Verwertung des Pfandes fortgesetzt. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1bis SchKG).

1.2 Die Unterscheidung zwischen der Betreibung auf Pfandverwertung und der gewöhnlichen Betreibung liegt nicht im öffentlichen Interesse. Sie dient nicht der Wahrung der Interessen von am Schuld- und Pfandverhältnis nicht beteiligten Dritten. Auch wenn grundsätzlich bei pfandgesicherten Forderungen die Betreibung auf Pfandverwertung zu erheben ist, steht es dem Schuldner frei, sich einer anderen Betreibungsart zu unterziehen. Er hat aber das Recht – abgesehen von den Fällen der Wechselbetreibung und der Betreibung für grundpfandgesicherte Zinsen und Annuitäten – zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dieses Recht wird als *beneficium excussionis realis* bezeichnet und ist mittels Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen. Die Nichterhebung der Beschwerde kommt einem Verzicht auf die Einrede gleich. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage und läuft ab Zustellung des Zahlungsbefehls und nicht etwa ab dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis von der Pfandbestellung. Kommt die Konkursbetreibung in Frage, ist die Beschwerde nicht etwa erst gegen die Konkursandrohung zu erheben. Auch hier bleibt es dabei, dass Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl zu erheben ist. Andernfalls ist die Einrede verwirkt (Acocella, Basler Kommentar, 2. A. 2010, Art. 41 SchKG N 17, 43 u. 46).

2. Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin gegen den Zahlungsbefehl Nr. [...] des Betreibungsamtes A. weder innert Frist Rechtsvorschlag noch machte sie mit Beschwerde das *beneficium excussionis realis* geltend. Sie hat die Einrede der Vorausvollstreckung damit verwirkt. Die erst nach Zustellung der Konkursandrohung

mit Beschwerde erfolgte Berufung auf das beneficium excussionis realis ist verspätet und kann nicht gehört werden. Die B. AG ist daher grundsätzlich berechtigt, die beim Betreibungsamt A. angehobene Betreibung auf Konkurs fortzuführen.

3.1 Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, dass die B. AG für dieselbe Forderung zwei Betreibungen eingeleitet hat. Nebst der ordentlichen Betreibung auf Konkurs stellte sie beim Betreibungsamt C. für die gesamte Forderung von CHF 32'241.95 das Betreibungsbegehren auf Grund- bzw. Faustpfandverwertung. Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs bedeutet aber nicht, dass er für die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann (Acocella, a.a.O., Art. 41 SchKG N 49a). Die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern hat daher in einem Entscheid vom 29. März 2005 festgestellt, dass sich der Gläubiger in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung entscheiden müsse. Eine Aufhebung der bis zur Konkursandrohung fortgeschrittenen Betreibung auf Konkurs falle nicht in Betracht. Gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls sei keine Beschwerde geführt worden und die Betreibung sei nicht nichtig, da die Unterscheidung zwischen Betreibung auf Pfandverwertung und gewöhnlicher Betreibung nicht im öffentlichen Interesse liege. Der Schuldner habe sich indes rechtzeitig gegen die auf einem ungesetzlichen Zahlungsbefehl beruhende Konkursandrohung gewendet. Dem Begehren um Konkursandrohung sei daher nur und erst dann zu entsprechen, wenn der Gläubiger zuvor die Betreibung auf Pfandverwertung zurückgezogen habe. Bis zu diesem Entscheid bleibe die ordentliche Betreibung in der Schwebe (BISchK 2007 S. 19 ff.).

3.2 Die B. AG machte die gesamte Forderung über CHF 32'241.95 nicht nur in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs geltend. Vielmehr erklärte sie, die fragliche Summe auch in der Betreibung auf Pfandbetreibung gefordert zu haben. Ferner will sie ihr Pfandrecht nicht verlieren, weshalb sie in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs ihre Forderung auf den über die Pfandsumme von CHF 25'000.00 liegenden Betrag von CHF 7'241.95 reduziert hat. Indes ändert dies nichts daran, dass damit der Betrag von CHF 7'241.95 sowohl in der Betreibung auf Konkurs als auch in der Betreibung auf Pfandverwertung geltend gemacht wird, nachdem in der Letzteren gemäss der eigenen Darstellung nach wie vor die Summe von CHF 32'241.95 gefordert wird. Eine Fortsetzung der Betreibung auf Konkurs über den Betrag von CHF 7'241.95 kommt unter diesen Umständen nicht in Frage. Dies ist nur möglich, falls die B. AG in der Pfandbetreibung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert. Alsdann würde die Forderung über CHF 32'741.95 im Umfang von CHF 25'000.00 auf dem Wege der Pfandbetreibung geltend gemacht und im Umfang von CHF 7'241.95 auf dem Wege der Betreibung auf Konkurs. Demnach ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Konkursandrohung in der ordentlichen Betreibung Nr. [...] aufzuheben und das Betreibungsamt A. ist anzuweisen, in diesem Betreibungsverfahren einem Fortsetzungsbegehren der B. AG über die auf CHF 7'241.95

reduzierte Forderung nur zu entsprechen, falls diese den Nachweis leistet, dass in der beim Betreibungsamt C. angehobenen Betreuung auf Pfandverwertung die Forderung auf CHF 25'000.00 reduziert wurde.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 9. Dezember 2016

4.2 Art. 74 SchKG

Regeste:

Art. 74 SchKG – Die Erhebung des Rechtsvorschlags per E-Mail ist zulässig.

Aus den Erwägungen:

1.1 Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies nach Art. 74 Abs. 1 SchKG sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert zehn Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären.

1.2 Schriftlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden, etwa durch umgehendes Anbringen des Wortes «Rechtsvorschlag» und der Unterschrift auf dem Zahlungsbefehl. Wird der Rechtsvorschlag schriftlich erhoben, indem bloss das Wort «Rechtsvorschlag» auf dem Zahlungsbefehl angebracht wird, so wird das Fehlen der eigentlichen Unterschrift gemäss der wohl überwiegenden Praxis zu Recht als unbeachtlicher Mangel angesehen. Soweit aber der Rechtsvorschlag auf einer separaten schriftlichen Erklärung abgegeben wird, ist die Unterschrift unerlässlich; fehlt diese, so hat das Betreibungsamt dem Betriebenen eine kurze Nachfrist anzusetzen. Mündlich kann der Rechtsvorschlag anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls gegenüber dem Überbringer abgegeben werden. Nach Abschluss der Zustellung muss die Erklärung des Rechtsvorschlags auf dem zuständigen Betreibungsamt erfolgen (Bessenich, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 74 SchKG N 13 f.). Erhebt der Schuldner beim Betreibungsamt telefonisch Rechtsvorschlag, darf das Amt diese Erklärung jedenfalls dann in dieser Form entgegennehmen, wenn keine Zweifel bezüglich der Identität des Anrufers bestehen. Liegen besondere Umstände vor, die beim Amt ausnahmsweise solche Zweifel wecken, kann dieses die Entgegennahme des telefonischen Rechtsvorschlags ablehnen und den Anrufenden auffordern, seine Erklärung schriftlich oder auf dem Amt mündlich zu erklären (BGE 127 III 181 E. 4 b).

1.3 Im zitierten Entscheid erkannte das Bundesgericht sodann einen Rechtsvorschlag per Telefax als zulässig, wobei die für den telefonisch erklärten Rechtsvorschlag geltenden Grundsätze sinngemäss anwendbar seien. Das Bundesgericht hat damit den per Telefax übermittelten Rechtsvorschlag als gültig erachtet, obwohl es sich dabei mangels Originalunterschrift des Betriebenen nicht um eine schriftliche

Erklärung handelt. Das Bundesgericht postuliert mithin, dass der Rechtsvorschlag möglichst einfach erhoben werden kann, ohne dass er an eine bestimmte Form gebunden ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Betreuung grundsätzlich an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist und angehoben werden kann, ohne dass der Bestand der geltend gemachten Forderung nachgewiesen werden müsste (vgl. Kofmel Ehrenzeller, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 67 SchKG N 4a und 42).

1.4 Bei einem per E-Mail erhobenen Rechtsvorschlag liegen vergleichbare Verhältnisse vor, wie wenn der Rechtsvorschlag mit Telefax übermittelt wird. Wie beim Telefax fehlt es bei der E-Mail an einer Unterschrift des Betreibenden. Es handelt sich bei der E-Mail somit wie beim Telefax nicht um eine schriftliche Erklärung. Unter diesen Umständen erscheint es im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts als angezeigt, dass auch per E-Mail Rechtsvorschlag erhoben werden kann (im selben Sinne: Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 26. Juli 2016 [420 16 148] und Dominik Gasser in ZBJV 138 S. 258). Gleich wie beim Telefax darf das Betreibungsamt diese Erklärung entgegennehmen, wobei auch hier die für den telefonisch erklärten Rechtsvorschlag geltenden Grundsätze sinngemäss anwendbar sind. Daher spielt auch keine Rolle, dass nach 33a Abs. 2 SchKG elektronische Eingaben nur gültig sind, wenn sie mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen sind. Mit dieser Regelung wird bloss die Gleichstellung des elektronischen Verkehrs mit der traditionellen Kommunikation auf Papier bezweckt (Rüetschi, Basler Kommentar, 2.A. 2010, Art. 33a SchKG N 4). Beim Rechtsvorschlag mittels E-Mail handelt es sich indes – wie ausgeführt – analog zum Rechtsvorschlag per Telefax mangels Unterschrift nicht um eine schriftliche Erklärung, weshalb Art. 33a SchKG nicht anwendbar ist. Anzumerken ist jedoch, dass der Betreibende das Risiko der Übermittlung eines Rechtsvorschlags per E-Mail an das Betreibungsamt trägt. Dazu gehört auch, ob die E-Mail innert Frist beim Betreibungsamt eingetroffen ist. Letzteres kann das Betreibungsamt im Zweifelsfall anhand des Verlaufsprotokolls in den Internetkopfzeilen (für Outlook: Datei / Eigenschaften / Internetkopfzeilen) ohne weiteres feststellen.

Urteil des Obergerichts, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 25. November 2016

IV. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 Art. 12 lit.a BGFA

Regeste:

Art. 12 lit. a BGFA – Die Kontaktaufnahme eines Rechtsanwalts mit einem potentiellen Zeugen ist nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar und sollte mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden. Generell ist die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die Kontaktierung eines möglichen Zeugen ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht, die Befragung im Interesse des Mandaten liegt und so ausgestaltet wird, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet wird.

Aus den Erwägungen:

5. Schliesslich wirft die Anzeigerstatterin dem Verzeigten vor, in unerlaubter Weise einen (möglichen) Zeugen beeinflusst zu haben.

5.1 Zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a. BGFA gehört auch, dass der Anwalt grundsätzlich jegliches Verhalten unterlässt, das die Gefahr einer Beeinflussung von Zeugen hat. Die selbständige Kontaktaufnahme mit einer Person, die als Zeuge in Betracht kommt, erscheint unter diesem Gesichtspunkt als problematisch, da mit einem solchen Vorgehen stets eine zumindest abstrakte Gefahr einer Beeinflussung verbunden ist. Eine Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen ist daher nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar und sollte nur mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden. Generell ist die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die Kontaktierung eines möglichen Zeugen ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht, die Befragung im Interesse des Mandaten liegt und so ausgestaltet wird, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet wird. Als sachlicher Grund für eine private Zeugeneinvernahme ist namentlich das Einschätzen der Erfolgsaussichten von Prozesshandlungen wie etwa die Prozesseinleitung, das Einlegen bzw. der Rückzug eines Rechtsmittels oder das Stellen eines Beweisantrages anzusehen; entscheidend sind aber die Umstände des konkreten Einzelfalls. Um der Gefahr einer Beeinflussung des potentiellen Zeugen bzw. dem blossen Anschein einer unzulässigen Einflussnahme in solchen Fällen entgegenzuwirken, sind entsprechende Vorsichtsmassnahmen zu treffen. So soll der

Anwalt den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er weder verpflichtet ist zu erscheinen noch auszusagen. Ebenfalls hat der Anwalt dem Zeugen mitzuteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden soll. Das Gespräch soll ohne den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine Drittperson als Gesprächszeugin hinzugezogen werden soll. Der Anwalt darf keinen Druck auf den Zeugen ausüben und ihn insbesondere nicht zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage drängen und ihm für den Fall des Schweigens nicht mit Nachteilen drohen. Verpönt ist auch das Stellen von Suggestivfragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_909/2010 vom 12. April 2010 E. 2.1 unter Hinweis auf BGE 136 II 551 E. 3 ff.; vgl. zum Ganzen auch Fink, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, 2015, Rz 106 ff., und Züger, Privater Zeugenkontakt der Verteidigung in der Praxis, ZStrR 131/2013 S. 247 ff., 253 ff.).

5.2 In der abschliessenden Stellungnahme vom 3. Mai 2016 führte der Verzeigte aus, die Kontaktnahme mit A._ sei gleich zu Beginn der Mandatierung erfolgt; sie sei notwendig und geboten gewesen. A._ sei von seiner Mandantin (der B._ AG) über den Kontakt und die Konstellation vorinformiert gewesen. Dieser habe an der Befragung vom 13. April 2016 bestätigt, dass er sich «in keinster Weise» unter Druck gesetzt gefühlt habe. Er (der Verzeigte) habe weder am Telefon noch in der E-Mail detaillierte Fragen oder Suggestivfragen gestellt. A._ habe seine Wahrnehmungen frei erzählt; diese seien festgehalten und bestätigt worden. Weitere Kontakte seien nicht erfolgt. Vor diesem Hintergrund könne ihm (dem Verzeigten) kein Fehlverhalten oder gar eine Verletzung von Berufspflichten vorgeworfen werden. Er habe der Gefahr, einen allfälligen Zeugen unter Umständen beeinflussen zu können, mit der gebotenen Sorgfalt und Vorsicht vorgebeugt. Würden seine Handlungen bereits als Beeinflussung eines Zeugen qualifiziert, bedeutete dies, dass bei ähnlichen Fällen praktisch blind rechtliche Wege beschritten werden müssten, ohne dass erste wichtige Abklärungen zum Sachverhalt, zu Chancen/Risiken und zu möglichen Vorgehen gemacht werden könnten. Das wiederum könne nicht im Sinne der Beteiligten und Behörden sein, nicht einmal der Anzeigeerstatlerin (act. 12 S. 3).

5.3 Der Auffassung des Verzeigten kann nicht gefolgt werden, und zwar aus folgenden Gründen:

5.3.1 Allgemein ist vorab festzuhalten, dass ein Rechtsanwalt den Sachverhalt eines Falles sorgfältig zu prüfen hat. Seine primären Informationsquellen sind der eigene Klient bzw. die ihm von diesem zur Verfügung gestellten Unterlagen. Grundsätzlich darf der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit der Angaben seines Klienten vertrauen. Eine Überprüfung ist allenfalls notwendig, wenn begründeter Anlass besteht, an der Wahrheit der Angaben zu zweifeln, oder wenn diese ungenau sind. Im Grundsatz ist der Anwalt jedoch nicht verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen, um zu prüfen, ob die von seinem Klienten erteilten Informationen richtig sind. Wenn der Klient

somit angibt, ein Zeuge könne zu einer bestimmten Tatsache bzw. einem Sachverhalt Angaben machen, darf der Rechtsanwalt diesen Angaben grundsätzlich vertrauen. Er ist nicht verpflichtet, die Aussagen eines Zeugen im Vorfeld eines allfälligen Verfahrens (ohne begründete Zweifel) zu überprüfen. Eine private Zeugenbefragung durch den Anwalt ist bei gegebenen Voraussetzungen vielmehr eine Befugnis des Rechtsanwalts und keine Pflicht. Sagt der Zeuge im Verfahren nachteilig für den eigenen Klienten aus, hat die negativen Folgen dieser Zeugenaussage der Klient zu tragen (vgl. Fink, a.a.O., Rz 107 ff. m.w.H.). Davon abweichend kann es allenfalls im Strafprozess geboten sein, eigene Ermittlungen durchzuführen, wenn es um die Frage geht, ob ein Zeuge zur Entlastung des Mandanten beitragen kann (vgl. Züger, a.a.O., S. 250 f., und Fink, a.a.O. Rz 165 ff., je m.w.H.). Eine solche Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist.

5.3.2 Die Befragung von Zeugen ist – wie bereits dargelegt – Aufgabe der Gerichte und nicht Obliegenheit der Parteien oder ihrer Anwälte. Ausnahmsweise kann eine Kontaktierung von Zeugen dann zulässig sein, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht. Ein solcher fehlt, wenn sich der Anwalt die erforderlichen Informationen auch mit weniger einschneidenden Mitteln beschaffen und das gleiche Resultat, z. B. auch über einen Antrag an die verfahrensleitende Stelle, erreicht werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_909/2010 vom 12. April 2011 E. 2.1 und 2.3; Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 22; ZR 106/2007 Nr. 81 S. 307; vgl. auch Fink, a.a.O., Rz 199 ff., und Züger, a.a.O., S. 254 f., die allerdings den sachlichen Grund als Kriterium der Zulässigkeit ablehnen und einzig als massgebend erachten, dass der Zeuge bei der Befragung durch den Rechtsanwalt nicht beeinflusst wurde).

Der Verzeigte rechtfertigt sein Vorgehen lediglich mit dem allgemeinen Hinweis, es sei zunächst darum gegangen, «den Prozessstoff überhaupt abzuklären»; die Befragung von A._ sei mit Blick auf die Wahl bzw. Einleitung des Verfahrens und die Beurteilung der damit verbundenen Risiken notwendig und geboten gewesen sei. Auf solche Gründe dürfte sich ein Rechtsanwalt wohl praktisch bei jeder privaten Zeugenbefragung berufen. Weshalb diese im vorliegenden Fall sachlich notwendig gewesen sei und weshalb die erforderlichen Information vorab nicht schon von der eigenen Klientin oder zu einem späteren Zeitpunkt über einen Antrag an die verfahrensleitende Stelle hätten beschafft werden können, legt der Verzeigte hingegen nicht dar. Wenn er im Übrigen vorbringt, dass es im Zeitpunkt der Befragung noch völlig offen gewesen sei, ob und allenfalls welche rechtlichen Schritte gegen wen eingeleitet werden sollten, drängt sich die Frage auf, warum der Verzeigte A._ zu diesem Zeitpunkt überhaupt befragt hat. Ein konkreter sachlicher Grund, welcher die Befragung als notwendig erscheinen liesse, ist unter den gegebenen Umständen nicht ersichtlich.

5.3.3 Im Weiteren hat der Verzeigte nicht alle erforderlichen Vorsichtsmassnahmen getroffen, um eine Beeinflussung zu vermeiden und die störungsfreie Sachverhalt-

sermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörden zu gewährleisten. Zwar ist aufgrund der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Befragung von A._ davon auszugehen, dass der Verzeigte den Befragten «in keinsten Weise» unter Druck gesetzt und ihn auch nicht aufgefordert hat, bestimmte Aussagen zu machen oder gewisse Sachen zu verschweigen (vgl. act. 10 Ziff. 22, 25, 27 und 32). Auf der anderen Seite ist unbestritten, dass der Verzeigte A._ ohne vorherige schriftliche Anfrage direkt und ohne Beizug einer Drittperson telefonisch kontaktiert hat. Im Weiteren muss aufgrund der Aussagen von A._ angenommen werden, dass er nicht genau darüber informiert war, wofür seine Angaben verwendet werden sollten. So führte er einerseits aus, er sei von einer Klage [in einem Zivilverfahren] ausgegangen, da er gewusst habe, dass es um eine Schadenersatzforderung in einer bestimmten Höhe gehe (act. 10 Ziff. 18-20). An anderer Stelle erklärte er dann, er habe gewusst, dass sich die B._ AG und C._ bei der Staatsanwaltschaft oder der Kriminalpolizei treffen würden, dass ein Verfahren eingeleitet werde oder laufe und dass seine Bestätigung für dieses Verfahren verwendet werde (act. 10 Ziff. 30). Hinzu kommt, dass der Verzeigte A._ beim Telefongespräch nicht bloss allgemein danach fragte, ob er zur Beendigung des Auftragsverhältnisses zwischen der Anzeigerstatterin und der B._ AG (aus eigener Wahrnehmung) Angaben machen könne (act. 10 Ziff. 21 a.E.). Vielmehr «diskutierten» sie beide «konkret über die Kommunikation zwischen C._ und der B._ AG und wie der Mandatswechsel hätte von statten gehen sollen» (act. 10 Ziff. 16). Dabei wurde A._ offenbar vom Verzeigten «über die Situation befragt», wobei der Verzeigte «beispielsweise die Frage [stellte], wie ich [A._] die Aussage von C._ beurteilen würde, dass Daten nur gegen Zahlung der geforderten Summe geliefert würden. Dabei wollte der Verzeigte wissen, ob dies so von statten gegangen sei und ob C._ dies als Druckmittel verwendet habe. Der Verzeigte fragte mich, wie ich das erlebt hätte» (act. 10 Ziff. 17 und 21). Diese (unbestrittenen) Aussagen von A._ zeigen, dass es sich beim fraglichen Telefongespräch nicht bloss um eine prozessökonomisch motivierte, untergeordnete Vorabklärung, sondern vielmehr um eine Besprechung handelte, bei welcher der Verzeigte zumindest einzelne Fragen mit suggestivem Charakter stellte und sich von seinem Gesprächspartner offensichtlich entscheidende Informationen erhoffte (vgl. BGE 136 II 551 E. 3.3.2 a.E.). Damit kann nicht mehr bloss von einer abstrakten Gefahr einer Beeinflussung des Zeugen gesprochen werden. Im Übrigen hat A._ zwar bestätigt, dass der Verzeigte seine Aussagen in der (zweiten) E-Mail vom 3. Februar 2015 (act. 1/4) richtig wiedergegeben hat (act. 10 Ziff. 28). Daraus folgt aber nicht zwingend, dass dort die Wahrnehmungen des Zeugen vollständig und korrekt festgehalten wurden. Dies zeigt sich an der Aussage von A._, wonach für eine Mehrforderung [der Anzeigerstatterin gegenüber der B._ AG] kein Raum bestanden habe, da im Vertrag eine pauschale Vergütung abgemacht worden sei. Diese Aussage war in der ersten E-Mail vom 30. Januar 2015 (act. 7/3) noch enthalten, wurde von A._ dann aber vollständig gestrichen, weil er diesen Satz zwar vielleicht so gesagt habe, er aufgrund seiner damaligen Position aber nicht habe beurteilen können, ob dies zutreffend habe (vgl. act. 10 Ziff. 24, 25 und 27). Dagegen ist zwar grundsätzlich nichts einzuwenden. Problematisch ist allerdings, dass der Verzeigte die Aussagen von A._ zumindest fak-

tisch protokolliert hat, indem er sie in E-Mails schriftlich festhielt und vom Zeugen explizit bestätigten liess. Mit einem solchen Vorgehen wird der Zeuge auf seine Aussagen «festgenagelt», was dazu führt, dass er sich daran gebunden fühlt und sich bei einer behördlichen Einvernahme nicht mehr frei äussern kann (vgl. Züger, a.a.O., S. 265 m.w.H.). Eine störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde ist damit nicht mehr gewährleistet. Schliesslich verletzt das unvorsichtige Vorgehen des Verzeigten aber auch die Interessen seiner Klientin, weil aufgrund der unzulässigen privaten Befragung die Aussagen des Zeugen in den staatlichen Verfahren u.U. nicht (mehr) verwertbar sind und damit das Beweisergebnis erheblich gefährdet wird (vgl. Reichart/Hafner, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 107/2011 S. 201 ff., 205).

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Verzeigte mit seinem Vorgehen die Anforderungen, die an eine private Zeugenbefragung zu stellen sind, nicht erfüllt und damit seine Berufspflichten im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 7. Juli 2016

2. Zivilprozessrecht

2.1 Art. 154 ZPO

Regeste:

Art. 154 ZPO – Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Das Fehlen einer Beweisverfügung an sich bedeutet noch nicht ohne weiteres, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben wäre. Entscheidend ist letztlich, ob und inwieweit eine Partei beschwert ist, d.h. ob ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin vertrat an der Hauptverhandlung im erstinstanzlichen Verfahren die Ansicht, dass der vorliegende Prozess nicht spruchreif sei. Insbesondere fehle eine Beweisverfügung und es hätten die Beweise durch das Kollegialgericht und nicht durch den Instruktionsrichter (Referenten) abgenommen werden müssen. Diese Einwendungen der Klägerin taxierte die Vorinstanz als unbegründet. Die Existenz der von den Parteien eingereichten Beweismittel sei in tatsächlicher Hinsicht unbestritten. Die Klägerin habe zudem nicht dargelegt, bezüglich welcher konkreten Tatsachen eine Beweisverfügung hätte erlassen werden sollen. Der vorliegende Prozess sei daher nach der Hauptverhandlung auch ohne Beweisverfügung spruchreif gewesen. Die Beweisabnahme könne gemäss Art. 155 Abs. 1 ZPO zudem an eines oder

mehrere Gerichtsmitglieder delegiert werden, was im vorliegenden Fall mit der Präsidialverfügung vom 6. April 2011 erfolgt sei.

1.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin im Berufungsverfahren die Delegation der Beweisabnahme an ein Gerichtsmitglied zu Recht nicht mehr rügt. Die Legitimation für die Delegation ist in Art. 155 Abs. 1 ZPO ausdrücklich verankert.

Die Klägerin moniert jedoch, die Vorinstanz habe weder vor der persönlichen Befragung der Parteien noch vor der Einholung der Expertise und auch nicht vor Durchführung der Hauptverhandlung eine Beweisverfügung erlassen. Während des ganzen vorinstanzlichen Verfahrens habe das Kantonsgericht die Klägerin im Ungewissen gelassen. Es sei ihr nicht möglich gewesen, sich im Hinblick auf die Parteibefragung gehörig vorzubereiten. X.Y. als Organ der Klägerin habe quasi zu einem strafrechtlichen Verhör erscheinen müssen. Er habe nicht klar und eindeutig gewusst, was ihm bevorstehe und zu welchen bestrittenen Tatsachenbehauptungen er werde aussagen müssen. Dasselbe gelte für die Hauptverhandlung. Aufgrund des Vorgehens der Vorinstanz sei den Parteien nicht klar gewesen, was ihnen an der Hauptverhandlung bevorstehe. Ein ordentliches Verfahren ohne Beweisverfügung sei nicht spruchreif. Die Klägerin wisse selbst heute noch nicht, weshalb die Vorinstanz X.Y. nicht zu allen Sachverhaltsbehauptungen befragt und die Befragung mit der Beweisaussage verknüpft habe. Die Klägerin wisse zudem selbst heute nicht, weshalb das Gericht die angerufenen Zeugen nicht gehört habe.

1.2 Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Beweisverfügungen können jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 ZPO). Sie sind prozessleitende Verfügungen im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO (Leu, in: Brunner und andere [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Art. 154 ZPO N 23; Brönnimann, Berner Kommentar, 2012, Art. 154 ZPO N 5; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, 2. A. 2014, Art. 124 ZPO N 3 und Art. 154 ZPO N 1).

Die Beweisverfügung leitet das Beweisstadium ein und legt das Programm des Beweisverfahrens fest. Ihr Erlass setzt voraus, dass das Gericht den vorhandenen Prozesstoff analysiert, anhand der in Frage stehenden materiellen Rechtsnormen die erheblichen von den irrelevanten Sachvorbringen trennt, sich Klarheit darüber verschafft, welche der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen bestritten und demnach beweisbedürftig sind, die form- und fristgerecht angerufenen Beweismittel auf ihre Tauglichkeit hin prüft und schliesslich im Idealfall auch noch die Reihenfolge von deren Abnahme festlegt (Priorisierung). Im Verhältnis zu den Parteien hat die Beweisverfügung Informationsfunktion: Die Parteien sollen wissen, was nach An-

sicht des Gerichts erheblich ist und wer was womit zu beweisen hat (Brönnimann, a.a.O., Art. 154 ZPO N 3 f.; Leu, a.a.O., Art. 154 ZPO N 26 ff.). (...)

Die Beweisverfügung kann sehr summarisch gehalten sein und muss nicht einmal begründet werden. Sie kann (als prozessleitende Verfügung) jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 Satz 3 ZPO), so dass auch ein stufenweises Vorgehen möglich ist. Dem Gericht steht diesbezüglich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. Guyan, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 154 ZPO N 7 ff.; Hasenböhler, a.a.O., Art. 154 ZPO N 31 ff.; Urteil des Obergerichts Zug Z1 2014 27 vom 28. April 2015 E. 4.1).

1.3 Die Klägerin macht geltend, die von der Vorinstanz vertretene Auffassung verletze Art. 154 ZPO. Das Kantonsgericht verkenne zudem den von ihm zitierten Bundesgerichtsentscheid (4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4), wenn es der Klägerin vorwerfe, sie hätte im Rahmen der Hauptverhandlung nicht dargelegt, im Zusammenhang mit welchen konkreten Tatsachen die Vorinstanz eine Beweisverfügung hätte erlassen sollen.

1.4 Soweit die Vorinstanz das Fehlen einer Beweisverfügung mit dem Verweis auf das bundesgerichtliche Urteil 4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4 zu begründen versucht, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie sich aus der Erwägung 3.4.2 des bundesgerichtlichen Urteils ergibt, hatte im dortigen Verfahren der Präsident der Vorinstanz an der Hauptverhandlung die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass und aus welchen Gründen kein Beweisverfahren durchgeführt werde. Mithin fand – anders als im vorliegenden Prozess – gar kein Beweisverfahren statt, weshalb es auch keiner Beweisverfügung bedurfte (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_78/2014 und 4A_80/2014 vom 23. September 2014 E. 8.1). Diese Konstellation lässt sich mit dem vorliegenden Verfahren nicht vergleichen.

1.5 Wenn die Vorinstanz ausführt, die Klägerin habe nicht dargelegt, bezüglich welcher konkreten Tatsachen eine Beweisverfügung hätte erlassen werden sollen, verkennt sie, dass gemäss der expliziten Regelung in Art. 154 ZPO vor der Beweisabnahme die erforderlichen Beweisverfügungen zu treffen sind. Demnach ist grundsätzlich eine Beweisverfügung zu erlassen, damit die Parteien insbesondere von der gerichtlichen Sicht der streitigen oder sonst feststellungsbedürftigen Tatsachen, der entsprechenden Beweisführungslast und von den zugelassenen Beweismitteln Kenntnis nehmen können. Art. 154 ZPO bildet indes mit dem Wortlaut, wonach nur die «erforderlichen» Beweisverfügungen zu treffen sind, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Beweisverfügung Ansatzpunkt für eine Auslegung, welche das Gericht davon befreit, Beweisverfügungen in jedem Verfahren vor jeder Abnahme zu erlassen (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 154 ZPO N 33 m.w.H.). Es ist jedoch unbestritten, dass im ordentlichen Verfahren – wie es vorliegend zur Anwendung kommt – grundsätzlich Beweisverfügungen zu erlassen sind (vgl. Guyan, a.a.O., Art. 154

ZPO N 12 f.; ders., Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, ZZZ 2011/2012, S. 3 ff., 13 f.; Brönnimann, a.a.O., Art. 154 ZPO N 8; Leu, a.a.O., Art. 154 ZPO N 13; Passadelis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 154 ZPO N 7-9).

(...)

1.7 Das Fehlen einer Beweisverfügung an sich bedeutet noch nicht ohne weiteres, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben wäre. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Vorinstanz mit Entscheid vom 20. März 2013 (act. 37) und ergänzend mit Entscheid vom 24. April 2013 (act. 40) ein gerichtliches Gutachten über die von der Klägerin behaupteten Zusatzleistungen und das Vordach anordnete, mit A.B., einen entsprechenden Sachverständigen mit der Erstellung des Gutachtens beauftragte und diesem die als wesentlich eingestuften Fragen unterbreitete. Bei diesen Entscheiden handelt es sich letztlich um – zwar sehr rudimentäre – Beweisverfügungen, in denen das zugelassene Beweismittel bezeichnet und mit der Fragestellung das Beweisthema dem Grundsatz nach festgelegt wurde. Diese Beweisverfügungen erweisen sich jedoch insoweit als unvollständig und deshalb mangelhaft, als sie entgegen Art. 154 ZPO nicht bestimmen, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (vgl. dazu Leuenberger, ZZZ 2011/2012 S. 109 ff.).

Entscheidend ist letztlich, ob und inwieweit eine Partei beschwert ist, d.h. ob ihr aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfügung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr grundrechtlicher Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. dazu Leu, a.a.O., Art. 150 ZPO N 25 f.) verletzt worden ist. Diese Fragen sind nachfolgend im Rahmen der von der Klägerin erhobenen Rügen im Einzelnen zu prüfen.

Urteil des Obergerichts, I. Zivilabteilung, vom 22. März 2016
(Z1 2015 5)

3. Zivilrechtspflege

3.1 Art. 1 IPRG, Art. II Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958

Regeste:

Art. 1 IPRG, Art. II Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 – Sieht eine Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz ausserhalb der Schweiz vor, gelangt das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 zur Anwendung. Nach diesem Übereinkommen hat jeder Vertragsstaat eine schriftliche Schiedsvereinbarung anzuerkennen und auf Antrag die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie stellt sich auf den Standpunkt, die norwegische E. ASA als Konzernobergesellschaft der E. Gruppe – und damit auch der Beklagten – habe mit den Klägern am 19. Januar 1999 ein sog. «Settlement Agreement B» sowie ein zugehöriges «Mutual Release» abgeschlossen. Das «Settlement Agreement B» enthalte in Section 10.04 eine Schiedsklausel, aus welcher auch die Tochtergesellschaften der E. ASA berechtigt seien. Demnach sei für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vergleich ein Schiedsgericht in New York zuständig. Das «Settlement Agreement B» sei abgeschlossen worden, um sämtliche gegenwärtigen und künftigen Ansprüche zu bereinigen, welche die Kläger sowie weitere zugewandte Gesellschaften im Zusammenhang mit dem angeblich vom Kläger 1 entdeckten Erdöl- und Gasvorkommen in Kasachstan gegenüber D. und/oder E. ASA oder deren Tochtergesellschaften, verbundenen Gesellschaften, Arbeitnehmern etc. allenfalls geltend machen könnten (act. 10 S. 7 ff.).

2. Die Kläger haben Wohnsitz bzw. Sitz in den USA. Die Beklagte hat ihren Sitz in Zug. Es liegt damit ein internationales Verhältnis i.S. von Art. 1 IPRG vor. Das «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999 enthält eine Schiedsklausel, wonach über Streitigkeiten aus dem Agreement oder aus dem gleichentags abgeschlossenen «Mutual Release» ein Schiedsgericht mit Sitz in New York zu entscheiden hat. Als Schiedsrichter wurde J. bestimmt (act. 10/2 section 10.4 S. 59 f.). Sieht eine Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht mit Sitz ausserhalb der Schweiz vor, gelangen nicht die Bestimmungen des IPRG zur Anwendung, sondern das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (nachfolgend: New Yorker Übereinkommen oder abgekürzt NYÜ; SR 0.277.12, für die Schweiz 1965 in Kraft getreten; Berti/Droese, Basler Kommentar, 3. A. 2013,

Art. 7 IPRG N 4 mit Hinweis auf BGE 138 III 681 E. 3.1). Das IPRG behält in Art. 1 Abs. 2 denn auch ausdrücklich völkerrechtliche Verträge vor.

Gemäss Art. II NYÜ hat jeder Vertragsstaat eine schriftliche Schiedsvereinbarung anzuerkennen und auf Antrag die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist. Der staatliche Richter hat dabei die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung mit voller Kognition zu prüfen (BGE 121 III 38 E. 2b). Die Schiedsvereinbarung ist nur gültig, wenn sie der in Art. II Ziff. 2 NYÜ vorgeschriebenen Schriftform genügt. Allgemeine Voraussetzung einer Schiedsvereinbarung ist zudem ihre Klarheit und Bestimmtheit hinsichtlich der privaten Jurisdiktion, d.h. das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht muss entweder eindeutig bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein (Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2; BGE 121 III 38 E. 2 = Pra 84 Nr. 205). Die Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in materieller Hinsicht erfolgt grundsätzlich nach der *lex arbitri*, d.h. das Recht des Landes in dem der Schiedsspruch ergehen würde. Vorbehalten bleibt eine hinsichtlich der Schiedsklausel getroffene Rechtswahl (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 2).

2.1 Die D. Company Ltd. und die Kläger schlossen das erwähnte «Settlement Agreement B» am 19. Januar 1999 in Denver ab. Die Vereinbarung wurde von den Parteien und einem Zeugen im Beisein eines Notars unterzeichnet (act. 10/2 S. 66 ff.). Die vom Übereinkommen verlangte Schriftform ist damit grundsätzlich erfüllt. Section 5.04 des «Settlement Agreement B» sieht die Möglichkeit einer Parteiänderung (als *Novation* bezeichnet) vor, so dass die E. ASA die D. Company Ltd. als Partei vollständig ersetzt (act. 10/2 S. 42 f.). Davon haben die Parteien mit Vereinbarung vom 19. Januar 1999 Gebrauch gemacht, da D. ihre strategische Zusammenarbeit mit E. ASA beendet hatte (act. 10/4, 10/5). Damit wurden die E. ASA und ihre «affiliates» (direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften; act. 10/2 S. 2) selber Partei des «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999. Bei der Beklagten handelt es sich unbestrittenermassen um eine Tochtergesellschaft der E. ASA (act. 10 Rz 49). Damit die Schiedsvereinbarung auch hinsichtlich der Tochtergesellschaften gilt, ist es nicht notwendig, dass die Tochtergesellschaften in der Vereinbarung namentlich genannt werden und sie diese ebenfalls unterzeichnet haben (Gränicher, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 178 IPRG N 8). Dies gilt auch unter dem New Yorker Recht, was sich aus dem von der Beklagten eingereichten Urteil des «District Court New York» vom 3. März 2011 ergibt (act. 10/6). Aus dem Agreement geht sodann unmissverständlich hervor, dass die Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in New York bestimmt haben, wobei sie sich – wie bereits erwähnt – auch auf einen Schiedsrichter geeinigt haben (act. 10/2 section 10.4 S. 59). Das Schiedsverfahren ist gemäss den «Commercial Arbitration Rules» der «American Association» durchzuführen. Allfällige Streitigkeiten in Bezug auf die Durchführung und das Verfahren sollen vor einem «state court in the state of New York» vor-

getragen werden (act. 10/2 section 10.4 S. 59). Damit ist das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht eindeutig bestimmt (vgl. BGE 133 III 66 E. 3.1 S. 70). Der Notar bestätigte, dass die Parteien den Inhalt der Vereinbarung verstanden haben (act. 10/2 S. 68). Dementsprechend stellen die Kläger die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung denn auch nicht in Abrede. Der staatliche Richter hat aber grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Schiedsvereinbarung über eine schiedsfähige Streitsache abgeschlossen wurde (Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz 660, a.M. namentlich Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1989, Art. 7 N 2).

2.2 Mit dem «Settlement Agreement B» wollten die Parteien allfällige Ansprüche im Zusammenhang mit Kasachstan bzw. den dortigen Rohstoffen regeln (act. 10/2 Präambel und section 6.02 S. 44 f.). Gemäss dem zugehörigen «Mutual Release» vom 19. Januar 1999 – für welches die Schiedsklausel im «Settlement Agreement B» ebenfalls gilt (act. 10/2 section 10.4 S. 59) – wurde die E. ASA und damit auch die Beklagte als Tochtergesellschaft derselben von sämtlichen Ansprüchen der Kläger im Zusammenhang mit der kasachischen sozialistischen Sowjetrepublik, der Republik Kasachstan oder deren Öl, Gas oder natürlichen Rohstoffen befreit (act. 10/3 Ziff. II S. 1, Incident Ziff. 4 S. 3 und S. 5 Ziff. 2). Die geltend gemachten Ansprüche fallen somit unter die Regelungen des «Settlement Agreement B» und des «Mutual Release», was die Kläger denn auch nicht bestreiten. Dementsprechend gelangt die vereinbarte Schiedsklausel zur Anwendung.

2.3 Im Geltungsbereich des New Yorker Übereinkommens führt der Umstand, dass eine Partei vor einem ordentlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt, unter den Voraussetzungen von Art. II Ziff. 3 NYÜ wie erwähnt dazu, dass die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Beurteilung der Streitsache derogiert wird (BGE 124 III 83 E. 5b).

3. Nach dem Gesagten ist auf die Klage nicht einzutreten und die Parteien sind auf das schiedsgerichtliche Verfahren gemäss dem «Settlement Agreement B» vom 19. Januar 1999 zu verweisen.

(...)

3.2 Art. 29 Abs. 2 BV

Regeste:

Art. 29 Abs. 2 BV – Eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und sich dazu äussern will, hat das ihr zustehende Replikrecht in aller Regel innert einer Frist von zehn Tagen geltend zu machen. Versäumt es eine Partei, das Replikrecht rechtzeitig geltend zu machen, wird angenommen, sie habe (definitiv) auf eine weitere Eingabe verzichtet.

Aus den Erwägungen:

1. In prozessualer Hinsicht ist vorab zu prüfen, ob die Klägerin ihre Stellungnahme vom 6. Juli 2015 rechtzeitig eingereicht hat und daher ihre dortigen Ausführungen noch zu berücksichtigen sind.

1.1 Die Berufungsantwort des Beklagten vom 9. Juni 2015 wurde am 15. Juni 2015 zur Kenntnisnahme an die Klägerin versandt. Sie ging der Klägerin am 16. Juni 2015 zu, welche mit Eingabe vom 6. Juli 2015 unaufgefordert dazu Stellung nahm und sich dabei auf das sog. «Replikrecht» berief.

1.2 Die ZPO sieht im Berufungsverfahren als Regel einen Schriftenwechsel vor (Art. 312 ZPO); ein zweiter Schriftenwechsel wird nur ausnahmsweise angeordnet (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Wird die Berufungsantwort der Gegenpartei lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt, gilt der Schriftenwechsel grundsätzlich als geschlossen. Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien indes Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien zu äussern. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie sich darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen. Hierzu reicht es grundsätzlich aus, die fragliche Eingabe der Partei zur Information zuzustellen. Begnügt sich das Gericht in diesem Sinne mit einer blossen Zustellung zur Kenntnisnahme, ohne dem Adressaten eine Frist zur Stellungnahme zu setzen, so bringt es damit zum Ausdruck, dass der Schriftenwechsel geschlossen ist und von den Parteien auch sonst keine zusätzlichen Eingaben mehr erwartet werden, es die Sache mithin als spruchreif erachtet. Dementsprechend wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt er-

hält und sich dazu äussern will, dies umgehend und spontan tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Das soeben Gesagte gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der von Berufs wegen als Parteivertreter auftritt und kraft seines Mandats in der Pflicht steht, die Rechte seiner Klientenschaft zu wahren. Sieht sich der Anwalt ausserstande, umgehend eine ausformulierte Stellungnahme für seinen Mandanten auszuarbeiten, so muss er dem Gericht ankündigen, dass er eine Stellungnahme einzureichen beabsichtige, oder die Justizbehörde wenigstens um Ansetzung einer Frist ersuchen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.2 f. mit weiteren Hinweisen).

1.3 Nach der Praxis des Obergerichts hat eine Partei das ihr zustehende Replikrecht in aller Regel innert einer Frist von zehn Tagen geltend zu machen. Eine solche Frist ist in den allermeisten Fällen ausreichend, damit eine Partei schlüssig beurteilen kann, ob sie sich zu einer Eingabe der Gegenpartei äussern will bzw. ob eine Stellungnahme (aus ihrer Sicht) erforderlich ist. Dabei genügt es, wenn sie innert der Frist von zehn Tagen mitteilt, dass sie eine Stellungnahme einreichen will, oder um Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer Stellungnahme ersucht. In solchen Fällen wird der betroffenen Partei eine (weitere) Frist angesetzt, die den konkreten Umständen Rechnung trägt und bspw. in dringenden Angelegenheiten nur für eine kurze Dauer und ohne Möglichkeit einer Erstreckung gewährt werden kann. Selbstverständlich ist es der Partei aber auch unbenommen, schon in den ersten zehn Tagen nach Zugang der Eingabe der Gegenseite eine umfassende Stellungnahme einzureichen. Versäumt es eine Partei, das Replikrecht rechtzeitig geltend zu machen, wird angenommen, sie habe (definitiv) auf eine weitere Eingabe verzichtet (vgl. zum Ganzen auch Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 225 ZPO N 17 ff.; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2016, Art. 225 ZPO N 5). Mit einem solchen Vorgehen wird nicht zuletzt ein ordnungsgemässer Gang des Verfahrens gewährleistet.

1.4 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin nach Zugang der Berufungsantwort 20 Tage zugewartet, bis sie ihre Replik am 6. Juli 2015 der Post übergeben hat. Nachträglich berief sie sich dabei einzig auf E. 1.4 des Urteils des Bundesgerichts 5A_155/2013 vom 17. April 2013, legte indes nicht dar, weshalb es ihr im konkreten Fall nicht zumutbar oder möglich gewesen sein soll, das Replikrecht innert zehn Tagen geltend zu machen. Die Eingabe vom 6. Juli 2015 ist daher verspätet und dementsprechend nicht mehr zu berücksichtigen.

Obergericht, I. Zivilabteilung, 27. Oktober 2016 (Z1 2015 15)

3.3 Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK**Regeste:**

Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben. Das Replikrecht dient nicht der Ergänzung oder Verbesserung des Rechtsmittels.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die Gesuchstellerin liess sich zur Berufungsantwort des Gesuchsgegners vom 4. April 2016 mit Eingabe vom 15. April 2016 unaufgefordert vernehmen und reichte weitere Urkunden ein (act. 6). Der Gesuchsgegner erachtet diese Eingabe der Gesuchstellerin als unzulässig (act. 7).

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Ergänzung eines Rechtsmittels auf dem Weg der Replik nur insoweit statthaft, als die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Ausgeschlossen sind hingegen in diesem Rahmen Anträge und Rügen, die bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hätten erhoben werden können. Die Replik darf nicht dazu verwendet werden, ein Rechtsmittel zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4; vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3).

3.2 Die Gesuchstellerin verlangt bereits in ihrer Berufung die Anrechnung des doppelten betriebsrechtlichen Grundbetrages sowie die Berücksichtigung von Treuhandkosten. Inwiefern erst die Stellungnahme des Gesuchsgegners diesbezüglich zu weiteren Ausführungen Anlass gegeben haben soll, ist nicht ersichtlich. Die Auslagen für das Golfen hat die Vorinstanz nicht angerechnet, da der eingereichte Beleg aus der Zeit nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts stammt (Vi act. 34 E. 4.4 S. 12). Somit hätte die Anrechnung dieser Auslagen unter Beilage eines entsprechenden Beleges bereits in der Berufungsschrift verlangt werden müssen. Es geht gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht an, die Berufung im Rahmen des Replikrechts zu ergänzen. Dasselbe gilt bezüglich die geltend gemachten Kosten für die Fensterreinigung sowie für die Lymphdrainage und die psychologische Beratung. Die Vorinstanz berücksichtigte die Auslagen für die Fensterreinigung mangels eines entsprechenden Beleges aus der Zeit des Zusammenlebens nicht (Vi act. 34 E. 4.4. S. 11). Es hätte daher für die Gesuchstellerin Anlass bestanden, allfällige Unterlagen bereits mit der Berufung einzureichen. Hinsichtlich der angeblich fehlenden Bestreitung dieser Auslagen durch den Gesuchsgegner wird auf Erwägung Ziffer 7.2 hiernach verwiesen. Ebenso hätte die Gesuchstellerin Belege für die behauptete

psychologische Behandlung während des Zusammenlebens mit der Berufung einreichen müssen. Solche hat sie zudem auch mit der Eingabe vom 15. April 2016 nicht nachgereicht, sondern Rechnungen einer Naturheilpraxis aus dem Jahr 2015. Im Übrigen wird in Bezug auf die Kosten für die Lymphdrainage, Massage und psychologische Beratung auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (E. 7.4 hiernach). Nach dem Gesagten kann die Eingabe der Gesuchstellerin vom 15. April 2016 nicht berücksichtigt werden.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 1. Juni 2016

3.4 Art. 74 ZPO, Art. 731b OR

Regeste:

Art. 74 ZPO, Art. 731b OR – Die Nebenintervention kommt grundsätzlich auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmittels in Betracht. Der Gesuchsteller hat die materiellen Voraussetzungen für die Zulassung einer Nebenintervention glaubhaft zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Berufungskläger hat am erstinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen. Mit Eingabe vom 6. April 2016 beantragte er beim Kantonsgericht zwar die Einsetzung eines Sachwalters. Da in diesem Zeitpunkt der angefochtene Entscheid bereits gefällt war, wurde die Eingabe des Berufungsklägers aber nicht mehr entgegengenommen. Mit Eingabe vom 18. April 2016 wandte er sich fristgerecht an das Obergericht und legte Berufung ein.

2. Zur Begründung der Aktivlegitimation bzw. der Zulässigkeit der Nebenintervention trägt der Berufungskläger im Wesentlichen vor, durch die Ausübung eines vorgemerkten Kaufrechts habe ihm die Gesuchsgegnerin im Januar 2013 ein Grundstück in Vico Morcote abgekauft. Am 17. November 2015 sei gegen die wirtschaftlich berechnete Person der Gesuchsgegnerin, L., ein Verfahren wegen Veruntreuung und Geldwäscherei eröffnet worden. Aufgrund der Eröffnung dieses Strafverfahrens hinterfrage er die Rechtmässigkeit des Kaufvertrages und prüfe derzeit die Möglichkeit einer Anfechtung. Da er zudem im Rahmen des Grundstückverkaufs gegenüber der finanzierenden Bank eine Bürgschaft zugunsten der Gesuchsgegnerin eingegangen sei, habe er ein berechtigtes Interesse an der Rückabwicklung des Kaufvertrages. Denn die Auflösung der Gesuchsgegnerin würde zur sofortigen Geltendmachung der Bürgschaft durch die Gläubigerbank führen.

2.1 Gemäss Art. 74 ZPO kann im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren

und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen, wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde. Da die Intervention grundsätzlich auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmittels denkbar ist, kann die Berufung inhaltlich gleichzeitig als Interventionsgesuch i.S. von Art. 75 ZPO entgegen genommen werden (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 2. März 2009, AA080067; Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Vorbem. Art. 308-318 ZPO N 35).

Das Interventionsgesuch hat gemäss Art. 75 Abs. 1 ZPO den Grund der Intervention zu enthalten. Der Gesuchsteller hat also die materiellen Voraussetzungen für die Zulassung einer Nebenintervention glaubhaft zu machen (Graber/Frei, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 74 ZPO N 2, Art. 75 ZPO N 1). Wie bereits erwähnt, wird ein rechtliches Interesse verlangt, dass die Rechtsstreitigkeit zugunsten einer Partei ausgeht. Folglich müssen Rechte oder Pflichten des Intervenienten vom Ausgang des Erstprozesses abhängen (Zuber/Gross, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 74 ZPO N 21). Rein tatsächliche, wirtschaftliche Interessen genügen nicht. Ein rechtliches Interesse ist gegeben, wenn das Urteil aus dem Hauptprozess auf die materielle Rechtslage zwischen Hauptpartei und Nebenintervenient einwirkt. Dabei ist nicht erforderlich, dass diese Wirkung unmittelbar eintritt, es genügt dafür eine Reflexwirkung des Urteils. Die Wirkung kann in einer Beeinträchtigung, einer Gefährdung oder einer Verschlechterung der Rechtslage des Nebenintervenienten liegen (Stahelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 74 ZPO N 33 f.). Das vorausgesetzte rechtliche Interesse besteht m.a.W. namentlich dann, wenn eigene Rechte und Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten vom Bestand oder Nichtbestand der Rechte oder Rechtsverhältnisse abhängen, die Gegenstand des Prozesses zwischen den Hauptparteien bilden. Die Nebenintervention ist somit zuzulassen, wenn die intervenierende Partei befürchten muss, eine der Hauptparteien werde im Falle ihres Unterliegens gegen sie Ansprüche auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben oder sie werde Rechte gegenüber einer der Hauptparteien einbüßen, wenn diese im Prozess unterliegt, aber auch wenn das Urteil nur faktisch gegenüber dem Intervenienten präjudizial wirkt, so dass die Annahme begründet ist, je nach dem Ausgang des Prozesses werde es zu einem Prozess zwischen einer Hauptpartei und dem Dritten kommen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 306; Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A. 2016, Art. 74 ZPO N 11; Graber/Frei, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 74 ZPO N 4).

2.2 Der Berufungskläger erwägt die Anfechtung eines Grundstückskaufvertrages zwischen ihm und der Gesuchsgegnerin. Die Rückabwicklung dieses Kaufvertrages hält er nur für möglich, wenn die Gesuchsgegnerin über eine Geschäftsführung verfüge. Bei einer Liquidation der Gesuchsgegnerin sieht der Berufungskläger zudem seine

Eigentümerrechte verletzt. Er werde anstelle der Gläubigerbank in die Rolle des Pfandgläubigers versetzt, da die Bank die vereinbarte Bürgschaft geltend machen würde. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Die Liquidation der Gesuchsgegnerin wird nach den Vorschriften über den Konkurs durchgeführt (Vi act. 7 E. 1; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Das betreffende Grundstück wird – zusammen mit dem weiteren Vermögen der Gesuchsgegnerin – die Konkursmasse bilden (Art. 197 SchKG). Der Berufungskläger kann aber gegenüber der Konkursverwaltung geltend machen, dass die Liegenschaft etwa aufgrund eines ungültigen Kaufvertrages nicht zur Konkursmasse gehöre (Art. 242 Abs. 1 SchKG). Sollte die Konkursverwaltung den Anspruch des Berufungsklägers als unbegründet erachten, so kann er den Richter anrufen (Art. 242 Abs. 2 SchKG). Demnach bedarf es entgegen der Auffassung des Berufungsklägers zur allfälligen Rückabwicklung des Kaufgeschäftes nicht der Einsetzung eines Sachwalters. Die Möglichkeit, den Kaufvertrag anzufechten und die Liegenschaft zurückzufordern, wird durch eine Liquidation der Gesuchsgegnerin nach den Bestimmungen des Konkursrechts nicht beeinträchtigt. Etwas anderes hat der Berufungskläger nicht substantiiert und nachvollziehbar dargetan. Soweit er sodann geltend macht, die Auflösung der Gesellschaft würde zur sofortigen Geltendmachung der Bürgschaft durch die Gläubigerbank führen und ihn folglich in die Rolle des Grundpfandgläubigers anstelle der Bank versetzen, ist das nicht nachvollziehbar. Bei der Solidarbürgschaft kann der Bürge vor der Verwertung des Grundpfandes nach Art. 496 Abs. 1 OR nur belangt werden, sofern die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners offenkundig ist. Davon kann aber im vorliegenden Fall keine Rede sein, ist doch die Auflösung der Gesuchsgegnerin und die Anordnung ihrer konkurssamtliche Liquidation einzig wegen eines Organisationsmangels erfolgt und nicht wie im Konkursfall wegen Zahlungsunfähigkeit. Der Berufungskläger macht denn auch nicht geltend, dass die Gesuchsgegnerin zahlungsunfähig sei. Mithin ist nicht ersichtlich, inwiefern die Rechte und Pflichten des Berufungsklägers vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens abhängig sein sollen.

Von der Gläubigerbank würde er zudem ohnehin nur dann als Bürge in Anspruch genommen, wenn deren Forderung ungedeckt bliebe. Dazu macht er keine konkreten Ausführungen. Hierbei handelt es sich aber ohnehin um ein wirtschaftliches Interesse des Berufungsklägers, welches zur Begründung der Nebenintervention nicht ausreicht.

Nach dem Gesagten fehlt es somit an einem rechtlichen Interesse am vorliegenden Verfahren, weshalb das Gesuch um Nebenintervention abzuweisen ist.

3. Ist aber eine Nebenintervention des Berufungsklägers unzulässig, kann auf seine Berufung mangels Legitimation nicht eingetreten werden.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. Juni 2016

3.5 Art. 90 Abs. 2 IPRG, Art. 15 Abs. 1 IPRG

Regeste:

Art. 90 Abs. 2 IPRG, Art. 15 Abs. 1 IPRG – Wurde der Nachlass eines ausländischen Staatsangehörigen im Ausland eröffnet und durch das dortige Gericht ein Nachlassbeauftragter bestellt, ist zur Beurteilung einer Vorfrage erbrechtlicher Natur – vorliegend die Aktivlegitimation des Nachlasses –, welche sich im Rahmen einer Vertragsklage stellt, die Anknüpfung an das Kollisionsrecht dieses Staates angezeigt. Damit kann die einheitliche Behandlung durch das ausländische Recht gewährleistet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert im angefochtenen Zwischenentscheid auf CHF 30'001.00. Indes hat ein Zwischenentscheid zur Legitimation einer Partei keinen eigenen Streitwert, sondern folgt dem der Hauptsache (Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 91 ZPO N 7). Der Gesuchsteller beziffert den Marktwert des betreffenden Grundstücks, für welches die Grundbuchsperrung verlangt wird, auf CHF 2'527'000.00 (Vi act. 1 Rz 103). Die Streitwertgrenze der Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ist somit offenkundig erreicht. Auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind unbestrittenermassen erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2.1 Der erstinstanzliche Richter hat das Verfahren einstweilen auf die strittige Frage der Aktivlegitimation des Gesuchstellers beschränkt (Vi act. 17) und diese mit Zwischenentscheid vom 3. November 2015 bejaht (Vi act. 27). Zur Begründung führte er aus, grundsätzlich sei die Vorfrage an das Kollisionsrecht desjenigen Staates anzuknüpfen, in dem die Sache beurteilt werde (lex fori), d.h. an das schweizerische IPRG (sog. selbständige Anknüpfung). Habe aber der Sachverhalt eindeutig überwiegende Beziehung zum Ausland, so sei an das Kollisionsrecht desjenigen Staates anzuknüpfen, in dessen Recht die Vorfrage aufgetaucht sei (sog. unselbständige Anknüpfung). Vorliegend sei der Nachlass indes bereits im Januar 2015 in Schweden eröffnet und mit Entscheidung des Amtsgerichts Stockholm vom 8. Juli 2015 Rechtsanwältin S. als Nachlassbeauftragte bestellt worden. Es sei deshalb – um die einheitliche Behandlung durch das ausländische Recht zu gewährleisten – auf den Nachlass das schwedische Erbrecht anwendbar. Hinzu komme, dass K. sel. seinen Nachlass im Testament vom 5. Dezember 2014 selber schwedischem Recht unterstellt habe. Nach diesem Recht sei der Nachlass unbestrittenermassen aktivlegitimiert (Vi act. 27).

2.2 Die Gesuchsgegnerin stellt insbesondere das Bestehen einer überwiegenden

Beziehung des Sachverhalts zum Ausland in Abrede (act. 1 S. 3). So trägt sie vor, der letzte Wohnsitz von K. sel. habe sich in Unterägeri befunden, wo auch das streitgegenständliche Grundstück liege. Der vom Gesuchsgegner angefochtene Abtretungsvertrag vom 22. Oktober 2013 sei in der Schweiz abgeschlossen und vom Notar der Gemeinde Unterägeri öffentlich beurkundet worden. Sodann sei der Nachlass nicht nur von der Behörde in Schweden, sondern auch von der Erbschaftsbehörde Unterägeri eröffnet worden. Zudem seien in der Schweiz gleich viele Entscheidungen ergangen wie in Schweden. Es sei deshalb die einheitliche Behandlung durch das schweizerische Recht auch im Rahmen einer vorfrageweisen Behandlung hinsichtlich der Aktivlegitimation zu beachten und entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht der unselbständigen Anknüpfung der Vorrang zu geben. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach K. sel. im Testament vom 5. Dezember 2014 seinen Nachlass dem Heimatrecht unterstellt habe, beziehe sich allein auf das Erbrecht, obschon die Vorinstanz selber festgehalten habe, dass kein erbrechtlicher Sachverhalt vorliege. Zudem hätte abgeklärt werden müssen, ob das Testament überhaupt gültig sei.

3. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin hat die Vorinstanz ihren Entscheid – soweit ersichtlich – nicht damit begründet, dass aufgrund einer überwiegenden Beziehung zum Ausland die Vorfrage unselbständig anzuknüpfen ist (act. 1 S. 3). Vielmehr stellte die Vorinstanz darauf ab, dass im vorliegenden Fall der Nachlass bereits in Schweden eröffnet worden ist und zog – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – in Erwägung, dass unter diesen Umständen die einheitliche Behandlung durch das ausländische Erbrecht zu beachten sei. Deshalb sei für die Vorfrage in der Regel vollumfänglich auf das ausländische Erbrecht abzustellen (Vi act. 27 E. 3.4).

3.1 Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid insbesondere auf BGE 119 II 281 ab. Im dortigen Urteil ging es um die Frage der Passivlegitimation, welche sich nicht im für die Hauptfrage anwendbaren Schuldrecht, sondern im Erbgang realisiert hat. Der Nachlass wurde in Frankreich eröffnet und, soweit behördliche Akte erfolgt waren, nach französischem Recht behandelt. Zudem hatten die Nachkommen ihre Ausschlagungserklärung nach französischem Recht vor der zuständigen französischen Instanz abgegeben. Das Bundesgericht hat daher eine möglichst mit dem französischen Erbrecht übereinstimmende Lösung gesucht (Schwander, in: AJP 1993 Ziff. 3 S. 1008).

3.2 Auch im vorliegenden Fall ist – wie die Vorinstanz richtig festhielt – zur Klärung der Vorfrage, d.h. ob dem Nachlass die Aktivlegitimation zukommt, das Erbrecht heranzuziehen, während aber die Streitsache selber nicht erbrechtlicher Natur ist (Vi act. 27 E. 3.2). Inwiefern darin ein Widerspruch zu sehen ist, vermag die Gesuchsgegnerin nicht nachvollziehbar darzutun. Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass es eine Frage des Erbrechts sei, wer die Rechte im Zusammenhang mit dem angefochtenen Abtretungsvertrag nach dem Ableben von K. sel. geltend machen könne

(Vi act. 27 E. 3.2). Mithin berührt auch bei der vorliegenden Konstellation die Vorfrage der Aktivlegitimation ein anderes Rechtsgebiet als die Hauptsache. Der Nachlass des am 8. Januar 2015 in Schweden verstorbenen K. sel. wurde in Schweden eröffnet (Vi act. 1/71). In diesem Sinne ist das erwähnte Urteil des Bundesgerichts durchaus mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Die Behörden in Schweden erachteten sich als zuständig, da sich die gesetzliche Erbfolge eines schwedischen Staatsangehörigen gemäss dem schwedischen Kollisionsrecht ausschliesslich nach schwedischem Recht beurteilt, unabhängig vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Kapitel 1 § 1 Absatz 1 des schwedischen Gesetzes über zwischenstaatliche Rechtsverhältnisse betreffend die Nachlässe von Verstorbenen vom 5. März 1937 [1937:81] (Anwendbares Recht Schweden¹); Vi act. 16/78 Rz 11, Vi act. 16/80 § 5). Sie erstellte denn auch die Todesfallbescheinigung und traf die Verwandtschaftsabklärung (Vi act. 1/71). Weiter betraute das Amtsgericht Stockholm mit Entscheid vom 20. Januar 2015 vorläufig Rechtsanwältin B., Genf, mit der Verwaltung des Nachlasses (Vi act. 1/74). In Aufhebung dieses Entscheides ernannte das Gericht am 8. Juli 2015 Rechtsanwältin S. aus Huddinge in Schweden zur Nachlassverwalterin (Vi act. 20/2). Zwar hat die Behörde in Unterägeri im April 2015 den Ehe- und Erbvertrag eröffnet (Vi act. 20/6). Anders als in Schweden wurden aber keine weitergehenden Anordnungen getroffen, insbesondere nicht in Bezug auf die Nachlassverwaltung. Die Erbschaftsbehörde Unterägeri hat die Ernennung von Rechtsanwältin B. als Willensvollstreckerin lediglich bescheinigt (Vi 16/85), nachdem diese vom Amtsgericht Stockholm als Nachlassverwalterin eingesetzt worden war. Dementsprechend hat die Erbschaftsbehörde denn auch die Bescheinigung am 28. September 2015 ohne Weiteres widerrufen, nachdem das Amtsgericht Stockholm mit Entscheid vom 8. Juli 2015 B. ihres Amtes als Nachlassverwalterin enthoben hatte (Vi act. 24/9, Vi act. 20/2). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 119 II 281) – die Vorfrage nach schwedischem Recht beurteilt und damit dem internationalen Entscheidungseinklang Vorrang gegeben hat (Vi act. 27 E. 3.5). So wird auch dem Grundsatz einer einheitlichen Behandlung des Nachlasses am besten Genüge getan (vgl. Graham-Siegenthaler, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Erbrecht, 3. A. 2015, Anhang IPR N 3). Der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach es im erwähnten Urteil des Bundesgerichts primär um die Anwendbarkeit eines Artikels eines Staatsvertrages gegangen sei (act. 5 S. 2), vermag daran nichts zu ändern. In der Lehre wird die überzeugende Auffassung vertreten, dass der Schweizer Richter im Rahmen der blossen vorfraglichen Beurteilung von erbrechtlichen Verhältnissen jedenfalls nicht ausser Acht lassen soll, wenn der Erbgang im Heimatstaat des Erblassers eröffnet worden und nach dem IPR des Heimatstaates Heimatrecht als Erbstatut anwendbar ist. Es liegt eine der Anerkennungsproblematik ähnliche Situation vor, auch wenn kein anerkennt- und vollstreckbarer ausländischer Entscheid vorliegt (Schwander, in: AJP 1993 Ziff. 5d S. 1009). In solchen Konstellationen geht es – wie bere-

¹http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_swe_de.htm

its erwähnt – um die Beachtung einer einheitlichen Behandlung des Nachlasses durch das ausländische Erbrecht im Rahmen einer vorfragenweisen Behandlung vor schweizerischen Gerichten. Es ist daher vollumfänglich auf das ausländische Erbrecht abzustellen (Schnyder/Liatowitsch, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 92 IPRG N 4).

3.3 Selbst wenn aber die ausländische Rechtsordnung als nicht anwendbar erachtet würde, so käme der Richter nicht darum herum, zumindest Rücksicht auf die Rechtssätze der ausländischen Rechtsordnung zu nehmen, wenn sich der ausländische Staat selber als zuständig ansieht (Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 1990, Rz 441), was hier gemäss den vorstehenden Ausführungen der Fall ist. Im Rahmen dieser Rücksichtnahme auf das schwedische Recht erschiene es aufgrund der gesamten Umstände angezeigt, dem Nachlass die Aktivlegitimation zuzugestehen.

4. Die Anwendung des schwedischen Rechts auf den Nachlass ist sodann auch angezeigt, weil K. sel. seinen Nachlass im Testament vom 5. Dezember 2014 ausdrücklich dem Heimatrecht unterstellt hat (Vi act. 5/72). Die Gesuchsgegnerin erachtet die Rechtswahl als ungültig, da K. sel. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Unterschiede der Rechtsordnungen hinsichtlich seines Nachlasses zu erfassen (Vi act. 7 S. 6). Dass das Testament angefochten worden ist, behauptet sie aber nicht.

Ihr Einwand erweist sich ohnehin als unbegründet. Eine Rechtswahlerklärung wird von der Gerichtspraxis grosszügig angenommen. So braucht das Bewusstsein, dass eine Rechtswahl getroffen wird, nicht vorhanden zu sein (Graham-Siegenthaler, a.a.O., Anhang IPR N 70 mit Hinweis auf BGE 125 III 35 [= Pra 1999 Nr. 153]). Es reicht aus, dass der Wille des Erblassers zur Anwendung des Heimatrechts vorhanden war, was sich in der Regel schon aus dem Wortlaut des Testaments ergibt (Schwander, in: AJP 1999 S. 491). Es war daher nicht erforderlich, dass der Erblasser die Unterschiede der Rechtsordnungen im Detail erfassen konnte. Die Wahl des Heimatrechts ist nach Art. 90 Abs. 2 IPRG zulässig.

5. Im Übrigen liesse sich die Anwendung des schwedischen Rechts auf die Vorfrage der Aktivlegitimation auch rechtfertigen, wenn das IPRG der Schweiz zur Anwendung gelangen würde. Denn Art. 15 Abs. 1 IPRG sieht vor, dass das Recht, auf welches das IPRG verweist, ausnahmsweise nicht anwendbar ist, wenn der Sachverhalt mit einem anderen Recht offensichtlich in viel engerem Zusammenhang steht. Dies trifft in diesem Fall aufgrund der konkreten Umstände zu (vgl. E. 3.2 hiavor).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 12. Februar 2016

3.6 Art. 234 Abs. 1 ZPO, Art. 245 Abs. 1 ZPO**Regeste:**

Art. 234 Abs. 1 ZPO, Art. 245 Abs. 1 ZPO – Enthält die Klage keine Begründung, sind die Parteien zur Hauptverhandlung vorzuladen. Erscheint die beklagte Partei, die bereits der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, nicht zur Hauptverhandlung, ist sie nicht erneut vorzuladen. Das Gericht kann seinem Entscheid – unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO – die Akten und die Vorbringen der an der Hauptverhandlung anwesenden klagenden Partei zu Grunde legen. Vorausgesetzt ist, dass in der Vorladung zur Hauptverhandlung auf die Säumnisfolgen hingewiesen wird.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Klage enthält keine Begründung im Sinne von Art. 245 Abs. 1 ZPO, weshalb direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde. Die Beklagte blieb der Hauptverhandlung unentschuldigt fern. Gemäss Art. 234 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO hat das Gericht daher jene Eingaben, die nach Massgabe der Zivilprozessordnung eingereicht worden sind, sowie die Akten und Vorbringen der anwesenden Partei an der Hauptverhandlung dem Entscheid zu Grunde zu legen. Darauf wurde in der Vorladung zur Hauptverhandlung hingewiesen (act. 4). Art. 234 Abs. 1 ZPO behält Art. 153 ZPO vor. Gemäss dieser Bestimmung erhebt das Gericht von Amtes wegen Beweis, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, und es kann von Amtes wegen Beweise erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Diese Bestimmung ist hier nicht einschlägig. Vorliegend ist somit ohne Beweiserhebung auf die (unbegründete) Klageschrift, auf die von der Klägerin mit der Klage und an der Hauptverhandlung eingereichten Belege sowie auf die klägerischen Vorbringen an der Hauptverhandlung abzustellen. Gestützt auf diese Unterlagen ist die Angelegenheit, wie zu zeigen sein wird, spruchreif. Eine erneute Vorladung zur Hauptverhandlung – dies wird von einem Teil der Lehre analog zur Nachfristansetzung bei versäumter Klageantwort (vgl. Art. 223 Abs. 1 ZPO) gefordert (Literaturhinweise sogleich) – ist in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen und zwar auch nicht, wenn bei einer unbegründeten Klage (im vereinfachten Verfahren) direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen wird. Mithin kann bei Säumnis der beklagten Partei ein Entscheid ohne erneute Vorladung gefällt werden (vgl. Art. 245 Abs. 1 ZPO; Berti, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N 262; Grütter, Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante, Jusletter 14. November 2011, Rz 36; a.M. Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 425 f. mit Hinweisen auf die wohl überwiegende Lehre, die eine erneute Vorladung für erforderlich hält). Gegen das Erfordernis einer erneuten Vorladung spricht insbesondere der Grundsatz der Prozess-

beschleunigung, der im vereinfachten Verfahren besonders hoch gewichtet wird (vgl. Art. 246 Abs. 1 ZPO). Währenddem beim Nichteinreichen einer Klageantwort bloss eine kurze Nachfrist – nach Praxis des Kantonsgerichts Zug eine Frist von fünf Tagen – angesetzt wird, dauern das Finden eines neuen Termins für eine Hauptverhandlung, die neuerliche Vorladung und die Protokollierung der Verhandlung bedeutend länger. Ausserdem müsste die klagende Partei zum neuen Verhandlungstermin nochmals erscheinen mit dem Risiko, dass die neuerliche Vorladung infolge wiederholten Ausbleibens der beklagten Partei obsolet ist. Bei der Nachfristansetzung für eine Klageantwort ergeben sich für die klagende Partei hingegen keine zusätzlichen Aufwendungen. Solche Aufwendungen bzw. Verfahrensverzögerungen sind einer klagenden Partei nicht zuzumuten, insbesondere dann nicht, wenn die beklagte Partei – wie vorliegend – bereits der Schlichtungsverhandlung beim Friedensrichter als auch der Hauptverhandlung vor Gericht unentschuldigt ferngeblieben ist und sie sich im Verfahren (...) nie hat vernehmen lassen. Ob es sich bei der beklagten Partei um eine Laiin handelt oder nicht, spielt dabei keine Rolle.

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 18. Oktober 2016

3.7 Art. 257 ZPO

Regeste:

Art. 257 Abs. 1 ZPO – Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Dabei hat der Kläger den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Die Rechtslage ist im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO klar, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm zu keinem Zweifel Anlass gibt. Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Der Rechtsschutz in klaren Fällen ermöglicht es der klagenden Partei, bei eindeutiger Sach- und Rechtslage rasch, d.h. ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren, zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1).

1.1 Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Rechtsschutz in klaren Fällen unterliegt keiner Beweisstrengebeschränkung.

Blosses Glaubhaftmachen genügt für die Geltendmachung des Anspruchs nicht, sondern der Kläger hat den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 7221, 7351 Ziff. 5.18 zu Art. 253 E-ZPO; Sutter-Somm / Lötscher in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 257 ZPO N 6; Hofmann, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 257 ZPO N 10). Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen (BGE 138 III 123 E. 2.1.1 m.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen, kann der schnelle Rechtsschutz grundsätzlich nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen indes nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (Urteil des Bundesgerichts 5A_645/2011 vom 17. November 2011 E. 1.2 m.H.). Der Gesuchsteller hat sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen, so dass klare Verhältnisse herrschen. Dies allein ist der relevante gesetzliche Massstab und nicht, ob der Gesuchsgegner seine Einwendungen glaubhaft gemacht hat oder nicht. Demnach muss es für die Verneinung eines klaren Falles genügen, dass der Gesuchsgegner substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht auf Grund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch des Gesuchstellers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagischen Einwände könne daran nichts ändern (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Es kann immerhin gesagt werden, dass die Rechtslage, nach welcher der Gesuchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen voll zu beweisen hat und sich der Gesuchsgegner mit substantiierten und schlüssigen Einwendungen begnügen kann, dazu führt, dass der Gesuchsteller auch den Beweis für den Nichtbestand des diesen zugrunde gelegten Tatsachenfundaments erbringen muss, wenn er liquide Verhältnisse im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO schaffen will (BGE 138 III 620 E. 6.2 m.H. auf Jent-Sorensen in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 257 ZPO N 11). Eine Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug kann in diesem Verfahren sodann nur erfolgen, wenn sowohl der Haupt- als auch der Gegenanspruch liquid sind (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., Art. 257 ZPO N 8 m.H. auf ZR 85 Nr. 108).

1.2 Die Rechtslage ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung klar, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich auf Grund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung oder bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt (Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2011 vom 20. September 2011 E. 2.3). Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (Urteil des Bundes-

gerichts 4A_688/2014 vom 15. April 2015 E. 3.1 m.w.H.; BGE 141 III 23). Unter klarem Recht im Sinne von Art. 257 ZPO ist grundsätzlich nur objektives Recht (einschliesslich Gewohnheitsrecht zu verstehen). Sind aber Verträge und Statuten auslegungsbedürftig, hat der Richter dabei auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen und die Interessen der Parteien zu berücksichtigen und damit letztlich sein Ermessen auszuüben, besteht dafür im Verfahren nach Art. 257 ZPO ebenfalls kein Raum (Hofmann, a.a.O., Art. 257 ZPO N 11a m.w.H.). Fälle, in denen das Gericht Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auslegen muss, können nicht im Verfahren nach Art. 257 ZPO behandelt werden (ZR 2012 Nr. 65 E. 3). Ist allerdings eine vertragliche Regelung oder privatrechtliche Satzung im (seltenen) Einzelfall klar, sollten diese nicht absolut und per se vom Anwendungsbereich von Art. 257 ZPO ausgeschlossen werden (Hofmann, a.a.O., Art. 257 ZPO N 11a).

2. Der Gesuchsteller stützt sich für sein Begehren auf die Bestimmung von Ziffer 3 der Vereinbarung «B». Darin erklärt sich die Gesuchsgegnerin – unter der Bedingung einer Darlehens-gewährung der B. AG an die S. in Weissrussland über EUR 1,4 Mio. – bereit, vom Gesuchsteller 5% der Aktien der B. AG zu einem Kaufpreis von EUR 1,4 Mio. zu erwerben, wobei die Tilgung des Kaufpreises in vier bestimmten Ratenzahlungen zu erfolgen hat. Es wird sodann festgehalten, dass die Parteien über diesen Kauf noch einen separaten Kaufvertrag abschliessen würden (Vi act. 1/3).

2.1 Mit Recht erblickt der Gesuchsteller darin einen Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR. Er ist aber der Auffassung, dass dieser im vorliegenden Fall dem Hauptvertrag gleichzusetzen sei, da er bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthalte. Nach der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne daher direkt auf Erfüllung geklagt werden.

2.2 Der Vorvertrag i.S. von Art. 22 OR ist ein Schuldvertrag, in dem sich eine oder jede Partei zum Abschluss eines künftigen Schuldvertrages, des Hauptvertrages verpflichtet. Je nach dem Inhalt des Vorvertrages hat eine oder jede Partei das – oft bedingte oder zeitlich limitierte – Recht, von der anderen den Abschluss des Hauptvertrages zu verlangen (Gauch/ Schluemp/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 10. A. 2014, Rz 1076). Die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages müssen nach herrschender Auffassung – im Sinne eines Gültigkeitserfordernisses – auf Grund des Vorvertrages bestimmt oder bestimmbar sein (BGE 98 II 307). Ist aber der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, ist er noch unbestimmt, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag (Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. 1992, Rz 290 ff.; BGE 129 III 264 E. 3.2.1; 118 II 32 E. 3). Zumindest kann nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre bei einem Vorvertrag, der bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält und zwischen den gleichen Parteien zu den gleichen Bedingungen abzuschliessen ist, direkt auf Erfüllung geklagt werden (BGE 118 II 32 E. 3c; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger,

a.a.O., Rz 1087, 1088a). Es muss aber in jedem Einzelfall geprüft werden, ob nicht die Parteien, indem sie explizit einen Vorvertrag und nicht einen Hauptvertrag eingegangen sind, stillschweigend die Möglichkeit der Real-exekution vertraglich ausschliessen wollten (Zellweger-Gutknecht, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 22 OR N 65). Ob die Parteien tatsächlich direkt, vorbehaltlos und rechtlich voll bindend einen Hauptvertrag schliessen wollten, kann nur eine Auslegung im Einzelfall zeigen. Dabei sind die konkreten Umstände zu beachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_297/2013 vom 4. September 2013 E. 3.2.1). Nur dann stellt der von ihnen verwendete Terminus Vorvertrag eine *falsa demonstratio* dar (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 16). Dass der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar ist, schliesst für sich allein die Annahme eines Vorvertrages keineswegs aus. Selbst wenn der spätere Vertrag unter den gleichen Parteien zustande kommt, ist er somit ein vom Vorvertrag verschiedener Vertrag. Welchen Sinn es macht und ob es vernünftig ist, einen entsprechenden Vorvertrag abzuschliessen, ist im Übrigen eine Frage, über die weder die Dogmatik noch die Gerichte, sondern die Parteien – in Ausübung ihrer Privatautonomie – selber zu entscheiden haben (Gauch / Schluop / Schmid / Emmenegger, a.a.O., Rz 1080). Es ist zu respektieren, wenn die Parteien sich erst zum Abschluss eines fraglichen Hauptvertrages verpflichten wollten (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 16). Parteien, die den Weg über einen Vorvertrag oder eine vorvertragsnahe Abrede wählen, bringen mitunter gerade damit zum Ausdruck, dass es sich im Hinblick auf das (hauptvertragliche) Endergebnis (noch) nicht mit letzter Konsequenz binden wollen (Zellweger-Gutknecht, a.a.O., Art. 22 OR N 18).

2.3 Im vorliegenden Fall bestreitet die Gesuchsgegnerin, dass gestützt auf den Vorvertrag direkt die versprochene Leistung des Hauptvertrages durchgesetzt werden könne. Aufgrund der Komplexität der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien könnten die *Essentialia* eines Vertrages nicht auf einige wenige, auf den ersten Blick primäre Punkte reduziert werden. Andernfalls hätte sich eine Verweisung auf einen separaten Kaufvertrag erübrigt. Es sei notorisch, dass bei vergleichbaren Transaktionen vielseitige Verträge mit zusätzlichen Beilagen und Einwilligungen üblich seien. Mit dem Verweis auf einen separaten Kaufvertrag habe sie (die Gesuchsgegnerin) ihren Willen dargetan, dass weitere für sie wesentliche Punkte noch nicht abschliessend dargelegt seien (act. 7 S. 6 f.).

Nach dem Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmung von Ziffer 3 des Vertrags «B» erscheint es tatsächlich naheliegend, dass die Parteien darin noch nicht sämtliche relevanten Punkte des Aktienkaufvertrages regeln und sich für den Aktienkauf noch nicht in allen Teilen und unveränderlich binden wollten. Jedenfalls sind die Einwände der Gesuchsgegnerin nicht offensichtlich unbegründet oder haltlos. Das Vorbringen des Gesuchstellers, wonach die Parteien in vertraglicher Hinsicht einen unkomplizierten Umgang gepflegt hätten, ist unbehelflich. Für den Aktienkauf wollten es die Parteien nach dem Wortlaut der Vereinbarung offenbar gerade nicht bei den

knappen Regelungen in Ziffer 3 des Vertrages «B» belassen, sondern beabsichtigten ausdrücklich den Abschluss eines Kaufvertrages (Vi act. 1/3 Ziff. 3). Diesbezüglich ist ergänzend zu bemerken, dass der Gesuchsteller sowie die von ihm beherrschten Gesellschaften der S. das Darlehen über EUR 1,4 Mio. – entgegen den Ausführungen im Gesuch – nicht aufgrund eines einzigen Satzes in Ziffer 3 des Vertrages «B» valutiert haben (act. 1 Rz 24, 28). Vielmehr haben der Gesuchsteller sowie die B. AG und die H. Holding AG mit der S. separate, jeweils dreiseitige Darlehensverträge abgeschlossen und es mithin nicht bei der Regelung in Ziffer 3 des Vertrages «B» belassen (Vi act. 1 Rz 13; Vi act. 3/6, 8, 10, 12). Gemäss den vorstehenden Erwägungen wäre deshalb zu prüfen, ob die Parteien die Möglichkeit der Realexekution des Vorvertrages – d.h. der Bestimmung Ziffer 3 im Vertrag «B» hinsichtlich des Aktienkaufes – nicht ausschliessen wollten, indem sie ausdrücklich auf einen noch abzuschliessenden separaten Kaufvertrag verwiesen haben (vgl. E. 2.2 hier- vor). Wenn der Gesuchsteller hier anderer Auffassung ist, hätte er den Nachweis zu erbringen, dass die Parteien – entgegen dem Wortlaut des Vorvertrags – in Tat und Wahrheit direkt, vorbehaltlos und rechtlich voll bindend den Aktienkaufvertrag schliessen wollten und der Vorvertrag alle wesentlichen Elemente enthält. Für diese – subjektive – Auslegung hat er aber keine Beweise geliefert. Es müsste daher eine objektive, normative Auslegung des Vorvertrages Platz greifen (vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfrage. Diese Auslegung ist indes nur unter Rückgriff auf das Vertrauensprinzip möglich, das aus Art. 2 ZGB fliesst. Die Rechtslage ist aber wie erwähnt nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (Urteil des Bundesgerichts 4A_688/2014 vom 15. April 2015 E. 3.1 m.w.H.). Ist ein Vertrag auslegungsbedürftig, so hat der Richter auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzugreifen und die Interessen der Parteien zu berücksichtigen und damit letztlich sein Ermessen auszuüben, wofür im Verfahren nach Art. 257 ZPO aber kein Raum besteht (E. 1 hiervor mit Zitathinweisen). Da im vorliegenden Fall mithin die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden müssen, kann der Rechtsschutz für klare Fälle im summarischen Verfahren nicht gewährt werden (ZR 2012 Nr. 65 E. 3).

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 4. März 2016

3.8 Art. 266 i.V.m. 261 ZPO

Regeste:

Art. 266 i.V.m. 261 ZPO – Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt unter anderem voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die betreffende Publikation vorliegt. Vorsorgliche Massnahmen haben zudem stets verhältnismässig zu sein. Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen unterliegt gestützt auf Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO der Berufung, und zwar unabhängig von einem Streitwert, wenn es sich – wie im vorliegenden Verfahren – nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Urteil des Bundesgerichts 5A_333/2012 vom 11. Juli 2012 E. 1). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2. Nach Art. 266 i.V.m. 261 ZPO trifft das Gericht auf Gesuch hin gegen periodisch erscheinende Medien die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn glaubhaft ist, dass ein dem Gesuchsteller zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung ernsthaft zu befürchten ist (Verfügungsanspruch; Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und dass ihm aus der Verletzung ein besonders schwerer Nachteil droht (Verfügungsgrund; Art. 266 lit. a ZPO). Für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind objektive Kriterien massgebend (Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 20). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien setzt weiter voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Weiter müssen die Massnahmen verhältnismässig sein (Art. 266 lit. c ZPO). Sodann wird Dringlichkeit vorausgesetzt; ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Entscheid darf nicht zumutbar sein (Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2011, Art. 261 ZPO N 8). Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Behauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenpartei ihre Einwendungen (Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 261 ZPO N 58).

3. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen als erfüllt. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, aufgrund der an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen der Gesuchsgegnerin sei davon auszugehen, dass im geplanten Artikel das Geschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. dargestellt werde. Der Inhalt der geführten Gespräche sowie die Beweggründe, welche zum Vertragsabschluss geführt hätten, seien aber umstritten.

ten. Es erscheine glaubhaft, dass im geplanten Artikel Attribute wie «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe verwendet würden, wodurch die Reputation der Gesuchstellerin beeinträchtigt werde und es zu einer Vorverurteilung in den Medien komme. Auch wenn es sich bei den genannten Bezeichnungen um Werturteile handle, seien diese unter den gegebenen Umständen als unnötig herabsetzend und damit als ehrverletzend zu qualifizieren. Der geplante Artikel lasse den falschen Eindruck entstehen, dass der dem Mäklergeschäft zugrunde liegende Sachverhalt, wie ihn B. der Gesuchsgegnerin geschildert habe, gegeben sei. Es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen zu publizieren, die auf einen nicht verifizierten Sachverhalt beruhen würden. Zudem sei den Akten nicht zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin aufgrund einer fragwürdigen Geschäftspolitik bereits mehrmals Probleme mit Kunden gehabt habe. Die Publikation lasse sich daher nicht mit einem öffentlichen Interesse rechtfertigen. Der Nachteil, welchen die Gesuchstellerin bei einer Publikation des fraglichen Artikels erleiden würde, sei ungleich grösser als der Nachteil seitens der Gesuchsgegnerin bei einem Publikationsverbot. Mithin sei ein Verbot verhältnismässig.

4. Dagegen bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe eine bevorstehende widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu Unrecht allein aufgrund des der Gesuchstellerin vorgelegten Fragenkataloges – insbesondere aufgrund der Verwendung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» – als glaubhaft erachtet. Weiter sei die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend, wonach eine Veröffentlichung der Stellungnahme der Gesuchstellerin im geplanten Artikel an der herabsetzenden und ehrverletzenden Wirkung nichts ändere. Ein kritischer Durchschnittskonsumant sei fähig, sich mit den fraglichen Aussagen auseinanderzusetzen. Es obliege der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass die Publikation von unwahren Behauptungen zu befürchten sei. Aus der eingereichten SMS-Korrespondenz zwischen J. (seitens der Gesuchstellerin) und B. gehe hervor, dass die Gesuchstellerin auf einen Verkaufspreis von CHF 600'000.– gedrängt habe. Mithin seien die Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach B. den Verkaufspreis selber festgelegt habe, nicht glaubhaft. Auch die weitere Behauptung der Gesuchstellerin, dass Vertragsklauseln mit Erfolgsprovision häufig vorkämen, sei nicht glaubhaft gemacht worden. Die Vorinstanz führe selber aus, dass der Sachverhalt umstritten sei, mithin sei dieser nicht manifest und zweifelsfrei widerrechtlich. Sie (die Gesuchsgegnerin) habe glaubhaft gemacht, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Berichterstattung über das Mäklergeschäft zwischen der Gesuchstellerin und B. bestehe. Sodann sei das angeordnete Verbot unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe über die Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» hinaus keine weiteren Tatsachendarstellungen oder Werturteile zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogen, weshalb sie das einstweilige Publikationsverbot auf diese Werturteile hätte beschränken müssen.

5. Wie vorstehend bereits erwähnt, setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter anderem das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs voraus, d.h. einen zivil-

rechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei, für den sie vorläufigen Rechtsschutz bedarf (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 15).

5.1 Die Gesuchstellerin beruft sich auf Art. 28 ZGB. Sie befürchtet eine Verletzung ihrer Persönlichkeit, wenn die Gesuchsgegnerin einen Artikel über ihre Tätigkeit als Mäklerin publizieren würde, was die Vorinstanz als glaubhaft erachtete. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, es dürfe nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sie die im Fragenkatalog wiedergegebenen von Dritten geäusserten Werturteile *tel quel* in herabsetzender und ehrverletzender Manier im geplanten Artikel verwenden werde. Sie verzichte ausdrücklich und verbindlich darauf, die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» zu verwenden.

5.2 Art. 28 Abs. 1 ZGB gewährt dem in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzten Rechtsschutz. Auch juristische Personen können den Persönlichkeitsschutz in Anspruch nehmen, da sie gemäss Art. 53 ZGB aller Rechte und Pflichten fähig sind, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben (Meili, Basler Kommentar ZGB I, 4. A. 2010, Art. 28 ZGB N 33). Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt namentlich vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches, wirtschaftliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird. Ob eine Äusserung geeignet ist, dieses Ansehen herabzumindern, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe eines Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat (BGE 127 III 481 E. 2b/aa S. 487 mit Hinweisen). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Praxisgemäss ist in zwei Schritten zu prüfen, ob erstens eine Persönlichkeitsverletzung und zweitens ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Urteil des Bundesgerichts 5A_489/2012 E. 2.2), wie das denn auch die Vorinstanz getan hat.

5.3.1 Mit E-Mail vom 15. April 2015 lud der Redaktor der Gesuchgegnerin, M., die Gesuchstellerin zu einer Stellungnahme ein. Die Kritik der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz hätte nicht einzig aus den der Gesuchstellerin unterbreiteten Fragen schliessen dürfen, sie werde die Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» in ihrem Artikel verwenden und damit die Persönlichkeit der Gesuchstellerin widerrechtlich verletzen, überzeugt nicht. Zwar geht aus der E-Mail vom 15. April 2015 hervor, dass die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» von der Kundin der Gesuchstellerin B. bzw. von S., Präsident der Schweizerischen Maklerkammer, stammten (Vi act. 1/6). Die Gesuchsgegnerin bekundete im erstinstanzlichen Verfahren aber nicht die Absicht, auf die Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» verzichten zu wollen. Sie gab lediglich an, der Inhalt des Artikels stehe erst nach Abschluss der Recherche fest (Vi act. 5 Rz 9.3.4), erachtete sich aber unter Berufung auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit zur Äusserung eines solchen Wer-

turteils für berechtigt (Vi act. 5 Rz 9.3.3). S. wurde mit E-Mail vom 23. April 2015 angefragt, ob er mit dem Satz «dieses Honorar ist unverschämt hoch» zitiert werden dürfe (Vi act. 5/8). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verwendung der Begriffe «Abzockerei» und «unverschämt hoch» im geplanten Artikel als glaubhaft erachtete. Ob darin eine Persönlichkeitsverletzung liegen würde, braucht im Berufungsverfahren indes nicht eingehend geprüft zu werden, nachdem die Gesuchsgegnerin verbindlich erklärt hat, im geplanten Artikel auf die erwähnten Begriffe zu verzichten. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorinstanz die Reputation der Gesuchstellerin nicht nur durch die Verwendung der Attribute «unverschämt hoch» und «Abzockerei», sondern auch durch die Verwendung ähnlicher Begriffe als beeinträchtigt erachtete (Vi act. 14 E. 4.5). Würde der Berufungsantrag Ziff. 2 der Gesuchsgegnerin nicht auch ähnliche Begriffe umfassen, so müsste darüber im Berufungsverfahren befunden werden, was die Gesuchsgegnerin zur Vereinfachung des Verfahrens ausdrücklich verhindern wollte. Die Berufungsanträge sind – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt auszulegen, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 311 ZPO N 35). Die Gesuchsgegnerin sah sich zum Verzicht auf die genannten Attribute offenkundig erst durch den erstinstanzlichen Entscheid veranlasst. Sie verkannte indes, dass die Vorinstanz auch die Verwendung ähnlicher Begriffe als persönlichkeitsverletzend erachtete. Entsprechend seinem Sinn und Zweck ist der Berufungsantrag Ziff. 2 nach Treu und Glauben dahingehend auszulegen, dass auch auf die Verwendung ähnlicher Begriffe verzichtet wird. Nur so kann die von der Gesuchsgegnerin angestrebte Vereinfachung des Verfahrens überhaupt erreicht werden. Zudem wäre es aufgrund des erklärten Verzichtes treuwidrig, wenn die Gesuchsgegnerin an der Verwendung ähnlicher Begriffe festhalten wollte. Hat die Gesuchsgegnerin demnach aber verbindlich auf die Verwendung solcher Ausdrücke verzichtet, so ist das Gesuch insofern gegenstandslos geworden (vgl. Steck, Basler Kommentar zur ZPO, 2.A. 2013, Art. 242 ZPO N 11). Immerhin ist aber anzumerken, dass die Beurteilung der Begriffe «unverschämt hoch» und «Abzockerei» und dergleichen durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, da gemäss den nachfolgenden Erwägungen glaubhaft erscheint, dass ein Bericht über die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit einem angeblich überhöhten Mäklerhonorar auch ohne Verwendung der erwähnten Begriffe die Persönlichkeit der Gesuchstellerin tangiert. Die Gesuchsgegnerin trägt denn auch in ihrer Berufung nicht substantiiert vor, dass die Vorinstanz eine allfällige Verwendung der erwähnten Begriffe im geplanten Artikel zu Unrecht als persönlichkeitsverletzend qualifiziert hat.

5.3.2 Die Gesuchstellerin wurde in der E-Mail des Redaktors vom 15. April 2015 auch mit dem Vorwurf konfrontiert, auf eine Senkung des Verhandlungspreises auf CHF 600'000.– gedrängt zu haben, um die zusätzliche Mäklerprovision von einem Drittel am Mehrbetrag generieren zu können (Vi act. 1/6). Diese Darstellung er-

achtete die Vorinstanz als strittig. Sie zog in Erwägungen, es gehe nicht an, unsachgemässe Qualifikationen gestützt auf einen nicht verifizierten Sachverhalt zu publizieren. Es sei umstritten und wohl in einem ordentlichen Verfahren zu klären, wie es zum vereinbarten Basiskaufpreis gekommen sei und wie detailliert die einzelnen Bestimmungen des Mäklervertrages besprochen worden seien (Vi act. 14 E. 4.5 f.). Dass aber die Darstellung in der erwähnten E-Mail glaubhaft Teil des geplanten Artikels geworden und zudem falsch gewesen wäre, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin obliegt es grundsätzlich ihr, glaubhaft zu machen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem geplanten Artikel einen falschen Sachverhalt publizieren und dadurch ihre Persönlichkeit verletzen wird (E. 2 hiervor). Wie die Gesuchstellerin selber ausführt, kann aber die Frage, wie es zum Verhandlungspreis von CHF 600'000.– gekommen ist, letztlich offen bleiben (act. 4 Rz 38), da es um die Angemessenheit der Höhe des Honorars geht. Mit der eingereichten E-Mail des Präsidenten der Schweizerischen Maklerkammer und durch Verweis auf die Rechtsprechung zur Honorarhöhe eines Mäklers hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass ein Honorar von CHF 42'590.65 für den Verkauf einer Wohnung zum Preis von CHF 659'000.– – somit 6,4% des Kaufpreises – zumindest als hoch bezeichnet werden darf (Vi act. 5 Rz 9.4.2 f., act. 5/6). Insofern erscheint ein Bericht zur Angemessenheit des Mäklerhonorars der Gesuchstellerin grundsätzlich nicht unnötig verletzend. Somit scheidet übrigens auch ein Verstoss gegen das UWG (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG) aus, was die Gesuchstellerin ohnehin nicht substantiiert geltend macht. Die Gesuchsgegnerin behauptete im erstinstanzlich Verfahren nicht, dass das Honorar unrechtmässig sei, sondern hat dieses im Gegenteil selber als legal bezeichnet. Mithin ist nicht glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin das Honorar im Artikel als rechtswidrig erscheinen lassen wird. Immerhin soll aber der Gesuchstellerin ein aussergewöhnlich hohes Mäklerhonorar zum Vorwurf gemacht werden, so dass beim Durchschnittsleser der negative Eindruck erweckt werden könnte, die Gesuchstellerin sei über Gebühr auf den eigenen Vorteil bedacht. Die Behauptung eines solchen in der Gesellschaft missbilligten Verhaltens trifft die Gesuchstellerin in ihrer Geschäftsehre.

5.4.1 Wie bereits erwähnt, ist eine Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich stets widerrechtlich, es sei denn, der Verletzer könne sich auf einen der gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berufen (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Bei persönlichkeitsverletzenden Presseäusserungen steht als Rechtfertigungsgrund der Informationsauftrag der Presse im Vordergrund. Die Rechtfertigung kann dabei stets nur so weit reichen, als ein Informationsbedürfnis besteht; der Auftrag der Presse, die Öffentlichkeit hier über unzulässiges Geschäftsgebaren frei zu informieren, ist deshalb kein absoluter Rechtfertigungsgrund. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei das Gericht zu prüfen hat, ob sowohl die Ziele, die der Verletzer verfolgt, als auch die Mittel, derer er sich bedient schutzwürdig sind. Damit ist ein gewisses Ermessen verbunden. An kritische Äusserungen dürfen aber nicht derart strenge Anforderungen gestellt werden, dass die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EM-

RK) in dem Sinne mittelbar beeinträchtigt wird, als sich der Betroffene aufgrund einer behördlichen Reaktion nicht mehr getraut, erneut von seinem Grundrecht Gebrauch zu machen, und selbst begründete Kritik nicht mehr vorzubringen wagt. Die Widerrechtlichkeit einer Ehrverletzung durch die Presse entscheidet sich im Wesentlichen danach, ob die beanstandete Äusserung tatsachenwidrig ist oder – im Vergleich zum wirklich gegebenen Sachverhalt – als korrekt erscheint (Urteil des Bundesgerichts 5C.248/2001 vom 7. Februar 2002 E. 2b; Treis, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zur ZPO, 2010, Art. 266 ZPO N 5). Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gegen Medien setzt weitergehend voraus, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 266 lit. b ZPO). Da ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlen muss, hat die vorstehend erwähnte Interessenabwägung klar zugunsten der gesuchstellenden Partei auszufallen, damit die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO erfüllt ist (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17). Die Widerrechtlichkeit der Verletzung hat manifest und zweifelsfrei erwiesen zu sein (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 11 m.w.H.; Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 266 ZPO N 12; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O; a.M. Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 17).

Es liegt an der Trägerschaft des Mediums, die für eine Publikation sprechenden Gründe substantiiert vorzutragen, soweit sie sich nicht schon aus den Akten ergeben (Zürcher, a.a.O., Art. 266 ZPO N 18 m.w.H.). Grundsätzlich ist auch das Nichtvorhandensein bestimmter Tatsachen zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen. Der Schwierigkeit, negative Tatsachen zu beweisen, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen, dass die nicht beweisbelastete Partei an der Beweisführung und damit an der Sachverhaltsaufklärung durch Antritt des Gegenbeweises mitzuwirken hat (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. November 2013, HE130272-O, E. 7.3.2 mit Hinweis auf Hasenböhler, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 150 ZPO N 7 f.; BGE 119 II 305 E. 1b/aa).

5.4.2 Gemäss den vorstehenden Erwägungen in Ziffer 5.3.2 hat die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht, dass das Mäklerhonorar der Gesuchstellerin für den Verkauf der Immobilie von B. zumindest als hoch bezeichnet werden darf. Verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung von Begriffen wie «Abzockerei» und «unverschämt hoch» in ihrem Artikel, was sie ausdrücklich zugesichert hat, erscheint ein Bericht über die Höhe des Honorars der Gesuchstellerin nach dem Gesagten als vertretbar. Entgegen der offenbar von der Gesuchstellerin vertretenen Ansicht ist nicht erforderlich, dass sie gegen das Gesetz verstossen hat, damit sich ein Bericht über die Angemessenheit ihres Honorars rechtfertigen lässt (act. 4 Rz 25 und 29). Die Höhe des Mäklerhonorars ist offenkundig von einem gewissen öffentlichen Interesse, sind davon doch Haus- und Wohnungseigentümer betroffen, die bei einem allfälligen Verkauf ihrer Immobilie die Hilfe eines Mäklers zu beanspruchen gedenken. Die Gesuchstellerin bzw. die D. & Partner, zu welcher die Gesuchstellerin unumstritten gehört (Vi act. 13 Rz 28.4), betreibt eine Website, über welche sie eine grosse

Anzahl Kunden erreichen kann. Gemäss Angaben auf der Homepage bestehen vier Niederlassungen, nämlich in Thun, Bern, Solothurn und Zug (Vi act. 5/11). Mithin kann der Auffassung der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wonach es sich bei ihr um einen Kleinbetrieb mit einem sehr beschränkten Wirkungskreis handle (act. 4 Rz 62). Dass sich bisher einzig die Kundin B. über das vereinbarte Mäklerhonorar bei der Gesuchstellerin beschwert hat, ist kein grosses Gewicht beizumessen, da die Gesuchstellerin die Auffassung vertritt, die vereinbarte Erfolgsprovision (über die Provision von 3% hinaus) sei gerechtfertigt und käme in der Praxis häufig vor (Vi act. 1 Rz 19). Angesichts der konkreten Umstände erscheint der geplante Artikel zum Mäklerhonorar durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich. Es kann zumindest keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund für die Publikation eines Artikels über die Angemessenheit des Mäklerlohnes besteht. Fällt aber die Interessenabwägung nicht klar zu Gunsten der Gesuchstellerin aus, so ist jedenfalls die Voraussetzung gemäss Art. 266 lit. b ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt.

6. Fehlt es gemäss den vorstehenden Erwägungen an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung bzw. an einem Verfügungsanspruch, so braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob ein Verfügungsgrund vorliegt, d.h. der Gesuchstellerin aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender, besonders schwerer Nachteil droht. Aber selbst wenn der Verfügungsanspruch zu bejahen wäre, müsste das Gesuch abgewiesen werden, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist:

6.1 Die besondere Schwere des Nachteils kann sich aus der Art der Verletzung ergeben; es muss sich dabei in aller Regel um eine qualifizierte Verletzung der Persönlichkeit des Gesuchstellers handeln. Die Verbreitung einer unwahren Tatsache ist in der Regel eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, die jedenfalls zu einem besonders schweren Nachteil führen kann. Sodann ist auch das Ausmass der Verbreitung ein bedeutender Faktor bei der Beurteilung der Schwere des Nachteils (Huber, a.a.O., Art. 266 ZPO N 10).

6.2 Die Vorinstanz bejahte einen besonders schweren Nachteil. Sie erachtete es als glaubhaft, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die Publikation in den gewichtigen Medien der Gesuchsgegnerin einen erheblichen Schaden nehmen und die Gesuchstellerin Kunden verlieren würde (Vi act. 14 E. 5). Die Gesuchsgegnerin moniert, die Vorinstanz habe nicht ausgeführt, worin die Rufschädigung bestehe. Es fehle somit die Grundlage für einen besonders schweren Nachteil. Sie stellt aber nicht in Abrede, dass sie über gewichtige Medien verfügt, welche viele Adressaten erreichen. Dies spricht gemäss den vorstehenden Ausführungen für einen schweren Nachteil. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Ruf der Gesuchstellerin durch die geplante Publikation beeinträchtigt wird. Allerdings ist dies in aller der Regel der Fall, wenn in einer Konsumentenzeitschrift über einen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen kritisch berichtet wird. Die Gesuchsgegnerin gibt aber zutreffend

zu bedenken, dass der Adressatenkreis der auf Konsumentenfragen spezialisierten Zeitschriften aus kritischen Durchschnitts-konsumenten besteht, die fähig sind, sich mit den fraglichen Aussagen auseinander zu setzen und dies auch tun (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.170/2006 vom 28. August 2008 E. 3.3). Einen besonders schweren Nachteil hat die Gesuchsgegnerin danach nicht glaubhaft gemacht.

7. Vorsorgliche Massnahmen haben sodann stets verhältnismässig zu sein. Es soll das mildeste Mittel verwendet werden. So ist von einem vollumfänglichen Verbot abzusehen, wenn es ausreichend ist, die vorgesehene Publikation mit Auflagen zu verbinden (Güntherich, a.a.O., Art. 266 ZPO N 15).

Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz die (gemischten) Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnliche Begriffe als unnötig verletzend qualifizierte und dementsprechend das Gesuch guthies (Vi act. 14 E. 4.5). Die Gesuchsgegnerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz darüber hinaus über keine weiteren Tatsachendarstellungen und Werturteile befunden hat (act. 1 Rz 22, 49). Dennoch hat sie nicht geprüft, ob neben einem generellen Verbot einer Publikation im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Gesuchstellerin als Immobilienmaklerin der Erlass einer mildereren Massnahme zielführend gewesen wäre. Erkannte die Vorinstanz in der Verwendung der Wörter «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe eine Persönlichkeitsverletzung, so hätte ein entsprechendes Verbot ausgereicht. Die Gesuchsgegnerin erachtet die Auferlegung eines totalen einstweiligen Publikationsverbotes aufgrund der mit E-Mail vom 15. April 2015 an die Gesuchstellerin gerichteten Fragen somit zu Recht als unverhältnismässig. Daran ändert nichts, dass die Möglichkeit einer Veröffentlichung eines Artikels über die Honorare von Mäklern ohne Namensnennung weiterhin bestehen würde. Erscheint gemäss den vorstehenden Erwägungen glaubhaft, dass das Honorar der Gesuchstellerin als hoch bezeichnet werden darf und verzichtet die Gesuchsgegnerin auf die von der Vorinstanz als persönlichkeitsverletzend beurteilten Begriffe, erscheint die Einschränkung auf die Publikation eines Artikels ohne Namensnennung unverhältnismässig. Konsumentenzeitschriften kritisieren in aller Regel ein bestimmtes Verhalten eines Marktteilnehmers und beschränken sich nicht auf theoretisch anmutende allgemeine Abhandlungen ohne Namensnennung zu einem bestimmten Thema, hier zur Angemessenheit der Mäklerhonorare bei Immobiliengeschäften. Im Übrigen wäre nicht auszuschliessen, dass die Darstellung im Artikel einem falschen Unternehmen bzw. Mäkler zugeschrieben werden könnte.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als begründet, soweit das Massnahmengesuch nicht gegenstandslos geworden ist. Nachdem die Gesuchsgegnerin auf die Verwendung der Werturteile «unverschämt hoch» und «Abzockerei» oder ähnlicher Begriffe verzichtet hat, erscheint eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nicht glaubhaft. Die Gesuchsgegnerin kann sich als Rechtfertigungsgrund auf das

öffentliche Interesse berufen. Zumindest kann keine Rede davon sein, dass offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Schliesslich wäre das von der Vorinstanz ausgesprochene Verbot der Publikation des geplanten Artikels auch unverhältnismässig.

(...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 20. Januar 2016

3.9 Art. 311 ZPO

Regeste:

Art. 311 ZPO - Die Berufungsschrift hat Anträge und eine Begründung zu enthalten. Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.1 In der Berufungsschrift ist im Einzelnen vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch sei und deshalb geändert werden müsse (Begründungslast). Sodann ist ein – mit Blick auf Art. 318 ZPO grundsätzlich reformatorischer – Antrag zu stellen (Gasser/Rickli, Kurzkommentar zur ZPO, 2010, Art. 311 ZPO N 5). Aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO geht zwar nicht explizit hervor, dass die Berufungsschrift Anträge zu enthalten hat. Dies ergibt sich jedoch aufgrund der Pflicht zur Begründung der Berufungsschrift, welche entsprechende (zu begründende) Berufungsanträge implizit voraussetzt, von selbst (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A. 2016, Art. 311 ZPO N 34 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Spühler, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A. 2013, Art. 311 ZPO N 12). Aber auch aus Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO, dessen Bestimmung für die Berufungsschrift sinngemäss zur Anwendung kommt, ergibt sich, dass die Berufung konkrete Anträge zu enthalten hat (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, S. 371 Rz 872; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 33 mit

Hinweis auf BGE 138 III 213 E. 2.3). Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt (Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 311 ZPO N 14). Der Berufungskläger muss somit einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1). Geht es um eine auf Geldleistung gerichtete Forderung, so ist demnach eine Bezifferung erforderlich (BGE 137 III 617 E. 4.3). Denn mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 34). Die Anträge sollen grundsätzlich so lauten, dass sie vom Gericht ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden können, wenn es das Rechtsmittel gutheisst. Sind die Berufungsanträge unklar formuliert, werden sie – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt ausgelegt, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 35 mit Hinweis auf BGE 105 II 149 E. 2a; 82 III 145 E. 1). Die Berufungsanträge stellen gewissermassen das «Kernstück» der Berufungsschrift dar (Schüepp, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, 1979, S. 43).

Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden. Es handelt sich dabei nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO (ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Seiler, a.a.O., S. 392 Rz 910; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 12). Die 10-tägige Berufungsfrist nach Art. 314 Abs. 1 ZPO ist eine gesetzliche Frist und kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Eine Nachfristansetzung zur Behebung mangelhafter bzw. ungenügender Berufungsanträge würde aber auf eine Verlängerung der nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist hinauslaufen (vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 311 ZPO N 21 f; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 35).

2.2 Die Gesuchsgegner bestreiten nicht, dass die Gesuchstellerin auf ihrer Liegenschaft in Unterträgeri Arbeit geleistet hat. Sie stellen sich aber auf den Standpunkt, dass lediglich der Betonboden des Küchenkorridors, der angrenzende Mauersockel sowie der PVC-Boden im Keller getrocknet worden seien und verlangen eine entsprechende Anpassung des Sachverhaltes. Inwiefern aber das Dispositiv des angefochtenen Entscheides falsch sein soll, legen die Gesuchsgegner in ihrer knap-

pen Begründung der Berufung nicht dar. Aus dem angefochtenen Entscheid geht nicht hervor, dass die Vorinstanz – in Abweichung von der Darstellung der Gesuchsgegner – von der Entfeuchtung mehrerer Räume ausgegangen ist. In der Begründung wird lediglich von «Räume entfeuchtet» gesprochen, ohne diese näher zu bezeichnen (Vi act. 11). So oder anders hätten die Gesuchsgegner in ihrem Antrag entweder verlangen müssen, dass gar kein Bauhandwerkerpfandrecht zu gewähren oder aber – was aufgrund ihres Einwandes eher in Betracht käme – ein solches für eine geringere Forderung einzutragen wäre, wobei sie im zweiten Fall die Höhe des Betrages genau zu beziffern hätten. Denn die knappen Ausführungen der Gesuchsgegner zu den erbrachten Arbeiten könnten zwar immerhin zur Begründung der Höhe der einzutragenden Pfandsumme relevant sein. Es hätte aber offenkundig eines konkreten und begründeten Antrages bedurft, wie die Berufungsinstanz zu entscheiden hätte, zumal sich aus den Akten nicht eruieren lässt, um welchen Betrag die pfandgesicherte Summe aufgrund der behaupteten geringeren Leistung überhaupt herabzusetzen wäre. Nach dem Gesagten sind die Anforderungen an die Berufungsanträge gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht erfüllt, weshalb auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

3. Dieser Nichteintretensentscheid fällt gemäss § 23 Abs. 2 lit. c GOG in die Einzelkompetenz des Abteilungspräsidenten.

(...)

Obergericht, Präsident der II. Zivilabteilung, 30. März 2016

3.10 Art. 319 ZPO

Regeste:

Art. 319 ZPO – Gegen die im Entscheid des Einzelrichters verfügte Ordnungsbusse kann Beschwerde geführt werden, auch wenn gleichzeitig Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters erhoben wurde.

Aus den Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 27. Januar 2016 erhob die Beschwerdeführerin «Einsprache» an die Gerichtskasse des Kantons Zug gegen die ihr im Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. Januar 2016 auferlegte Ordnungsbusse von CHF 100.00. Diese Eingabe wurde zuständigkeitshalber an die Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug weitergeleitet und als Beschwerde entgegengenommen. Gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. Januar 2016 reichte die Beschwerdeführerin zudem mit Eingabe vom 14. Februar 2016 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein. Vorab stellt sich die Frage, ob Beschwerde gegen die im Entscheid des Einzelrichters verfügte Ordnungsbusse geführt werden

kann, obwohl gleichzeitig Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters erhoben wurde.

1.1 Die vom Einzelrichter verfügte Ordnungsbusse ist eine prozessleitende Verfügung. Prozessleitende Verfügungen betreffen nicht den Streitgegenstand an sich, sondern lediglich die formelle Gestaltung und den Ablauf des Prozesses, und unterscheiden sich insofern von den Entscheiden, insbesondere den Zwischenentscheiden, welche die materiellen und formellen Anspruchsgrundlagen betreffen (vgl. Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 7 N 400). In den vom Gesetz bestimmten Fällen sind prozessleitende Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar, ohne dass der Beschwerdeführer einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nachweisen muss (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO); zu den voraussetzungslos mit Beschwerde anfechtbaren prozessleitenden Verfügungen zählt auch die Ausfällung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 128 Abs. 1 und 3 ZPO (Art. 128 Abs. 4 ZPO). Andere prozessleitende Verfügungen, d.h. solche, die im Gesetz nicht ausdrücklich als beschwerdefähig bezeichnet sind, sind hingegen nur dann selbständig mit Beschwerde anfechtbar, wenn ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ausgeschlossen ist eine selbständige Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen mittels Berufung. Diese steht nur zur Verfügung für die Anfechtung von erstinstanzlichen End- oder Zwischenentscheiden oder von erstinstanzlichen Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen, sofern der minimale Streitwert erreicht ist (Art. 308 und 309 ZPO). Zwischenentscheide können sodann gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO selbständig mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden, je nachdem ob der Entscheid gemäss Art. 308 und 309 ZPO berufungsfähig ist oder nicht; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen. Auf prozessleitende Verfügungen ist Art. 237 Abs. 2 ZPO jedoch nicht direkt anwendbar, da prozessleitende Verfügungen keine Zwischenentscheide sind.

1.2 In der Frage, ob eine prozessleitende Verfügung im Rahmen der Berufung gegen den Endentscheid überprüft werden kann, herrscht keine Klarheit. Aus der Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ergibt sich nichts Eindeutiges: «Weil diese Anordnungen [gemeint sind die prozessleitenden Verfügungen gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO] von besonderer Tragweite sind, sollen die Betroffenen sofort Beschwerde führen dürfen, um den angeblichen Verfahrensfehler zu rügen. Sie brauchen nicht den Endentscheid in der Sache abzuwarten» (BBl 2006 7221, S. 7376). Nach Seiler (a.a.O., § 7 N 409) hat die explizite Unterstellung «dieser Entscheide» (gemeint ist wiederum die prozessleitende Verfügung gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) zur Konsequenz, dass sie im Rahmen einer allfälligen Berufung gegen den Endentscheid nicht mehr mit überprüft werden können, und zwar unabhängig davon, ob dagegen tatsächlich Beschwerde geführt wurde oder nicht. Es sei nicht Art. 93 BGG, sondern Art. 237 Abs. 2 ZPO analog anwendbar, wonach die unterlassene Anfechtung bewirke, dass eine gemeinsame Anfechtung mit dem Endentscheid ausgeschlossen sei. Zur Begründung wird einerseits auf die

frühere kantonale Rechtsprechung verwiesen; andererseits sei es sachgerecht, davon auszugehen, dass sich die entsprechende Partei bei unterlassener Beschwerde mit dem fraglichen Entscheid abgefunden habe. Bei gegenteiliger Auffassung resultiere als Konsequenz, dass die entsprechende Frage zweimal der kantonalen Oberinstanz vorgelegt werden könne, was nicht die Meinung des Gesetzgebers sein könne. Der gleichen Meinung sind auch Hoffmann-Nowotny (ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 319 ZPO N 16), Reetz (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Vor-bem. zu den Art. 308 - 318 ZPO N 5) und Staehelin/Staehelin/Grolimund (Zivilprozessrecht, 2. A. 2013, § 26 N 13h). Das Obergericht Zürich vertrat in einem Urteil vom 14. März 2012 ebenfalls diese Meinung und hielt fest, wenn ein prozessleitender Entscheid nicht kraft einer besonderen Bestimmung weiterziehbar sei, bedürfe es zum Weiterzug eines drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ZPO). In diesen Fällen sollten die Parteien nicht gezwungen sein, vorsichtshalber das Rechtsmittel zu ergreifen, auf die Gefahr hin, dass die Beschwerdeinstanz die besonderen Voraussetzungen als nicht vorhanden beurteile; solche Fragen könnten daher noch mit dem Rechtsmittel gegen den Entscheid thematisiert werden, freilich auch nur dann, wenn nicht die Zwischen-Beschwerde ergriffen und die Rüge behandelt worden sei; eine solche Beurteilung sei abschliessend. Wo hingegen die Beschwerde aufgrund einer Sondernorm ohne weitere Voraussetzungen zur Verfügung stehe – was bedeute, dass die erste Instanz dafür eine Rechtsmittelbelehrung geben müsse –, könne sie nur unmittelbar gegen den entsprechenden Entscheid ergriffen werden. Wer darauf verzichte, müsse sich dabei behaften lassen, dass er sich mit dem Entscheid abgefunden habe, und könne den Punkt mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid nicht mehr aufwerfen (PP120005-O/U E. 2.2.2). Anderer Auffassung ist Meier (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 491), wonach die Parteien bei prozessleitenden Entscheiden die Wahl hätten, «ob sie diese direkt mit der Beschwerde oder später – zusammen mit dem Endentscheid – mit Berufung anfechten wollen». Ob damit alle prozessleitenden Verfügungen gemeint sind oder nur diejenigen, die ohne weitere Voraussetzungen beschwerdefähig sind, wird nicht gesagt. Ebenfalls anderer Meinung sind Blickenstorfer (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Art. 319 ZPO N 20) und Spühler (Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 319 ZPO N 6).

1.3 Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug schliesst sich den überzeugenden Ausführungen von Seiler, Hoffmann-Nowotny, Reetz und Staehelin / Staehelin / Grolimund sowie der Auffassung des Obergerichts des Kantons Zürich im zitierten Entscheid an (vgl. E. 1.2 hiervoor). War in einem konkreten Fall die Beschwerde gegen einen erstinstanzlichen Entscheid nach Massgabe von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO zulässig, so es ist sachgerecht, davon auszugehen, dass sich die entsprechende Partei bei unterlassener Beschwerde mit dem fraglichen Entscheid abgefunden hat; wurde keine Beschwerde geführt, so hat es damit sein Bewenden

und kann die Frage im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht erneut aufgeworfen werden. Gleiches müsste im Übrigen gelten, wenn zwar die Beschwerde nur unter der Voraussetzung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils zulässig war, die Beschwerdeinstanz diese Voraussetzung im konkreten Fall aber als gegeben erachtete und die Beschwerde daher materiell behandelte. Ihr Entscheid kann im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des erstinstanzlichen Endentscheides nicht mehr (mit-)überprüft werden. Dies folgt aus dem Gebot der Prozessökonomie sowie aus dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes (vgl. Reetz, a.a.O., Vorbem. zu den Art. 308 - 318 ZPO N 5). Ansonsten könnte die entsprechende Frage zweimal der kantonalen Oberinstanz zur Überprüfung vorgelegt werden. Ausserdem wäre bei (erneuter) Überprüfungsmöglichkeit im Rahmen der Berufung (oder Beschwerde) gegen den Endentscheid die Frage der Verbindlichkeit des ersten Beschwerdeentscheides zu beantworten.

Aus all diesen Gründen ist auf die vorliegende Beschwerde gegen die vom Einzelrichter verfügte Ordnungsbusse (Art. 128 Abs. 4 ZPO) einzutreten. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass gegen den Entscheid in der Sache Berufung geführt wurde, da die Verhängung der Ordnungsbusse als unbedingt beschwerdefähige prozessleitende Verfügung gemäss den vorstehenden Erwägungen im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann.

Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, 6. April 2016

B

Stichwortverzeichnis

- Ouml;ffentlichkeitsgesetz: Historische Auslegung ergibt: Gesetzgeber wollte der be-
houml;rdlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung nicht per se den
besonderen Stellenwert eines erhouml;hten ouml;ffentlichen Interesses
einraum;lumen., 111
- Ouml;ffentlichkeitsprinzip: Entscheide des Regierungsrates sollen nach aussen als
Entscheide einer Kollegialbehouml;rde wahrgenommen werden. Bekannt-
gabe des Abstimmungsverhauml;ltnisses nicht im ouml;ffentlichen Inter-
esse., 111
- Abgangsentschauml;digung: Keine Abgangsentschauml;digung fuuml;r einen lang-
jauml;hrigen Angestellten, der Angebote zur Weiterfuuml;hrung des Ar-
beitsverhauml;ltnisses in verauml;nderter Form ablehnt., 136
- Anfechtbarkeit auml;rztliche Anordnung, Fuuml;rsorgerische Unterbringung: Verhauml;ltnis
Behandlungsplan zu einer angeordneten Massnahme: Behandlungsplan
als Grundlage fuuml;r eine Verfuuml;gung, mit der eine medizinische Mass-
nahme ohne Zustimmung der betroffenen Person vom Chefarzt der Abteilung
oder seinem Stellvertreter angeordnet werden kann. Erst die Verfuuml;gung
ist gerichtlich anfechtbar und nicht der Behandlungsplan., 163
- Anhouml;rung, Fuuml;rsorgerische Unterbringung: Beschwerdefuuml;hrerin verun-
mouml;glicht gerichtliche Anhouml;rung. Konsequenzen fuuml;r das Ver-
fahren. , 166
- Anwaltsrecht: Kontaktaufnahme eines Rechtsanwaltes mit einem potentiellen Zeu-
gen, 214
- Arbeitslosenversicherung: Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei nicht frist-
gerecht eingereichten Arbeitsbemuuml;hungen. Schadenminderungspflicht
des Versicherten., 65
- Auftragsrecht: Zur Guuml;ltigkeit einer Konventionalstrafe bei Widerruf eines Krip-
penvertrages zur Unzeit, 196
- Baubewilligung: Bewilligungspflicht bei Umnutzung eines Cafeacute;s mit kalter Ku-
uml;che in ein Restaurant mit warmer Kuuml;che ohne Baumassnahmen,
27
- Baurecht: Bewilligungspflicht bei Umnutzung eines Cafeacute;s mit kalter Kuuml;che
in ein Restaurant mit warmer Kuuml;che ohne Baumassnahmen, 27
- Behandlung ohne Zustimmung, Fuuml;rsorgerische Unterbringung: Voraussetzungen
fuuml;r die Anordnung von medizinischen Massnahmen ohne Zu-
stimmung der betroffenen Person, 166
- Behandlungsplan, Fuuml;rsorgerische Unterbringung: Im Behandlungsplan werden
keine konkreten medizinischen Massnahmen angeordnet. Er hat keinen
Verfuuml;gungscharakter und ist gerichtlich nicht anfechtbar. Fall eines
Behandlungsplans, in dem eine konkrete medizinische Massnahme ohne
Zustimmung der betroffenen Person angeordnet wurde., 163
- Berufungsantrauml;ge: Berufung hat konkrete Antrauml;ge zu enthalten, 249

- Beschwerde: Beschwerde gegen verfuuml;gte Ordnungsbusse, wenn gleichzeitig gegen den Entscheid in der Sache Berufung gefuuml;hrt wird, 251
- Besuchsrecht: Besuchsrecht bestimmt sich nach den Umstauml;nde des Einzelfalls, 172
- Beweisverfuuml;gung: Fehlen einer Beweisverfuuml;gung; Entscheidend ist, ob der Partei aus dem Fehlen einer (korrekten) Beweisverfuuml;gung ein erheblicher Nachteil entsteht und ob insbesondere ihr Anspruchs auf Gewauml;hrung des rechtlichen Gehouml;rs verletzt worden ist, 218
- Datenschutz: Gesuch um Sammelauskunft fuuml;r Wahlwerbung, 97
- Datenschutzgesetz: Auslegung von sect; 8 Abs. 2 lit. c DSG: Inwieweit ist Wahlwerbung ein schutzwuuml;rdiger Zweck im Sinne des Datenschutzgesetzes?, 97
- Definitive Rechtsouml;ffnung: Umfang und Bedeutung der Saldoklausel einer genehmigten Scheidungsvereinbarung im definitiven Rechtsouml;ffnungsverfahren., 203
- Definitive Rechtsouml;ffnung: Verrechnung von zuviel geleisteten Unterhaltsbeitrauml;gen im definitiven Rechtsouml;ffnungsverfahren, 207
- Direkten Vollstreckung, 182
- Fuuml;rsorgerische Unterbringung, Anfechtbarkeit auml;rztliche Anordnung: Verhauml;ltnis Behandlungsplan zu einer angeordneten Massnahme: Behandlungsplan als Grundlage fuuml;r eine Verfuuml;gung, mit der eine medizinische Massnahme ohne Zustimmung der betroffenen Person vom Chefarzt der Abteilung oder seinem Stellvertreter angeordnet werden kann. Erst die Verfuuml;gung ist gerichtlich anfechtbar und nicht der Behandlungsplan., 163
- Fuuml;rsorgerische Unterbringung, Anhouml;rung: Beschwerde fuuml;hrerin verunouml;glich gerichtliche Anhouml;rung. Konsequenzen fuuml;r das Verfahren., 166
- Fuuml;rsorgerische Unterbringung, Behandlung ohne Zustimmung: Voraussetzungen fuuml;r die Anordnung von medizinischen Massnahmen ohne Zustimmung der betroffenen Person, 166
- Fuuml;rsorgerische Unterbringung, Behandlungsplan: Im Behandlungsplan werden keine konkreten medizinischen Massnahmen angeordnet. Er hat keinen Verfuuml;gungscharakter und ist gerichtlich nicht anfechtbar. Fall eines Behandlungsplans, in dem eine konkrete medizinische Massnahme ohne Zustimmung der betroffenen Person angeordnet wurde., 163
- Familienzulagen: Ausbildungszulagen; Ausbildungscharakter von Praktika. Pruuml;fungsvorbere zu Aufnahmepruuml;fungen fuuml;r eine Ausbildung als Musical-Darsteller ist kein anerkannter Bildungsgang im Sinne der Familienzulagengesetzgebung. Fehlen eines institutionellen Rahmens und eines Ausbildungsanbieters., 71
- Firmenschutz, 182
- Formelle Rechtsverweigerung: Umfassendes Ermessen der Gemeinden bei Strassenbezeichnungen. Regierungsrat muss auf Beschwerde hin aber uuml;berpruuml;fen,

ob die Gemeinden das Ermessen in Nachachtung bundesrechtlicher Vorgaben richtig gehandhabt haben. Unterlauml;sst er dies, liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor., 121

Fristwiederherstellung: Ein prozessfuuml;hrender Rechtsanwalt muss sich die Sauml;umnis einer Drittperson zur Bezahlung des Kostenvorschusses anrechnen lassen. Er lauml;sst die geforderte anwaltliche Sorgfaltspflicht ausser Acht, wenn er die an die Rechtsschutzversicherung ausgelagerte Prozesshandlung zur Bezahlung des Kostenvorschusses nicht kontrolliert. Dies ist ihm als Verschulden anzurechnen, weshalb ein Fristwiederherstellungsgesuch nicht gutgeheissen werden kann., 15

Gebuuml;hren: Nur wenn bei einer Betreuung zur Verjauml;hrungsunterbrechung ausdruuml;cklich auf das Aus- und Zustellen eines Zahlungsbefehls verzichtet wird, fauml;hlt keine entsprechende Gebuuml;hr an, 202

Gleichstellung von Frau und Mann: Gleichstellungsgesetz (GIG); Glaubhaftmachen einer Diskriminierung im Zusammenhang mit Kuuml;ndigung eines Arbeitsverhauml;tnisses, 188

Handelsregisterrecht: Beschwerdelegitimation eines Aktionauml;rs gegen Verfuuml;gungen des Handelsregisteramts, 156

Hauptverhandlung bei unbegruuml;ндeter Klage (im vereinfachten Verfahren): Erneute Vorladung zur Hauptverhandlung grundsauuml;tzlich nicht erforderlich, wenn beklagte Partei der Verhandlung unentschuldig fernbleibt, 235

Invalidenversicherung: Voraussetzung fuuml;r Abstellen auf ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen beim Einkommensvergleich, 47

Kuuml;ndigung: Qualifizierung einer im ouml;ffentlich-rechtlichen Arbeitsverhauml;tnis ausgesprochene Kuuml;ndigung als Verfuuml;gung, die folglich eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muss. Fehlt die Belehrung ist die Kuuml;ndigung nicht nichtig, sondern anfechtbar., 148

Kollegialitauml;tsprinzip: Sitzungsgeheimnis von Regierungskollegien als wichtige Voraussetzung fuuml;r das Funktionieren von Exekutivbehouml;rden, 111

Kollisionsrecht: Anwendbares Kollisionsrecht zur Beurteilung einer Vorfrage, 231

Kostenvorschuss: Fristansetzung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses ist nicht bloss Ordnungsfrist. Bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses innert Frist trotz Androhung der Folgen kann die Amtshandlung unterbleiben bzw. das Verfahren abgeschrieben werden., 15

Kostenvorschuss: Kostenvorschuss in Verfahren vor Regierungsrat, 8

Krankenversicherung: Keine sachliche Zustauml;ndigkeit des Verwaltungsgerichts fuuml;r Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen gemauml;ss VVG. Zustauml;ndig ist das Zivilgericht., 43

Lauml;rmrecht: Lauml;rmbeurteilung einer Armbrustschiessanlage, Anwendbarkeit von Anhang 7 LSV, Ermittlung von Schiesshalbtagen, 33

Louml;schung einer Gesellschaft von Amtes wegen, 192

Nebenintervention: Nebenintervention ist auch erst zur Ergreifung eines Rechtsmit-
tels mouml;glich, 228

Parteientschauml;digung an Behouml;rden: Kriterien fuuml;r das ausnahmsweise
Zusprechen einer Parteientschauml;digung an obsiegende Behouml;rden
in Verfahren vor Verwaltungsgericht, 83

Personalrecht: Keine Zustauml;ndigkeit des Verwaltungsgerichts bei einer person-
alrechtlichen Klage gegen Kirchgemeinde. Personalerlasse der Gemeinde
verweisen auf kantonales Verwaltungsverfahren, womit ein Beschwer-
deverfahren vor Regierungsrat durchzufuuml;hren ist., 148

Personalrecht: Voraussetzungen fuuml;r die Kuuml;ndigung eines ouml;ffentlich-rechtlichen
Arbeitsverhauml;tnisses. Verschulden des Angestellten nicht erforderlich.,
136

Politische Rechte: Teilunguuml;ltigkeit einer Volksinitiative, 90

Polizeiinsatz: Die Kosten fuuml;r polizeiliche Leistungen werden in Rechnung gestellt,
wenn die Gesetzgebung es vorsieht, so zum Beispiel bei mutwilliger Aus-
louml;sung einer Alarmierung oder wenn sich aus einer privaten Sicher-
heitseinrichtung ein Fehlalarm louml;st., 21

Raumplanungsrecht: Stadtzuger Volksinitiative laquo;Ja zur historischen Altstadttraquo;
im Widerspruch zum Grundsatz der Planbestauml;ndigkeit, 90

Realakt: Tatsauml;chliches oder schlichtes Verwaltungshandeln und informelles Ver-
waltungshandeln haben gemeinsam, dass sie keine Rechtswirkungen, son-
dern bloss einen Taterfolg beabsichtigen. Diese Handlungsformen wer-
den Realakte genannt. Auch Realakte kouml;nnen in schuuml;tzenswerte
Rechtspositionen des Buuml;rgers oder der Buuml;rgerin eingreifen. Bei
solchen Realakten kouml;nnen Betroffene von der Behouml;rde den Er-
lass von anfechtbaren Verfuuml;gungen verlangen., 78

Rechtliches Gehouml;r: Auuml;usserungsrecht zu einer Eingabe der Gegenpartei darf
grundsauuml;tlich nicht abgeschnitten werden, 172

Rechtsschutz in klaren Fauml;llen: Voraussetzungen fuuml;r die Gewauml;hrung des
Rechtsschutzes in klaren Fauml;llen, 236

Rechtsvorschlag: Zulauml;ssigkeit der Erhebung des Rechtsvorschlags per E-Mail,
212

Replikrecht: Replikrecht dient nicht der Verbesserung oder Ergauml;nzung des Rechtsmit-
tels, 227

Replikrecht: Replikrecht ist in aller Regel innert einer Frist von 10 Tagen geltend zu
machen, 225

Schiedsvereinbarung: Anwendbarkeit des Uuml;bereinkommens uuml;ber die An-
erkennung und Vollstreckung auslauml;ndischer Schiedsspruuml;che vom
10. Juni 1958, 222

- Strassenumbenennung: Die Umbenennung einer Strasse bzw. eines Platzes darf nur aus öffentlichem Interesse erfolgen. Der neue Name muss allgemein akzeptiert sein. Akzeptanz ist nicht gleichbedeutend mit fehlender Ablehnung., 121
- Strassenverkehrsrecht: Provisorischer Sicherungszug, Lenken eines Fahrzeugs unter Cannabiseinfluss, ernsthafte Zweifel an der Fahreignung aufgrund chronischen Cannabiskonsums, Erlass einer definitiven Verfuuml;ngung nach spezialauml;rztlicher Abklauml;rung, 130
- Submission: Treu und Glauben: Zuschlagsempfauml;ngerin durfte davon ausgehen, dass die Verlagerung des Fahrzeugstandorts eine zulauml;ssige Offertnachbesserung war., 83
- Submission: Vergabe Kehrrechtlogistik 2016ndash;2023 Kanton Zug Los West, 83
- Umweltrecht: Beachtung des Vorsorgeprinzips bei Erlass eines Betriebsreglements einer Armbrustschiessanlage, 33
- Unfallauml;hnliche Kouml;rperschauml;digung: Unfallauml;hnlichen Kouml;rperschauml;digung verlangt Geschehen mit gewissem Gefauml;hrdungspotential. Bejahung in einem Fall, in dem ein Jogger in das Training Treppenspruuml;nge unter jeweiligem Uuml;berspringen jedes zweiten Tritts sowie Schwedenschritte integrierte und dabei heftig einschliessende Schmerzen im rechten Knie verspuuml;rte., 51
- Unfallversicherung: Beurteilung, ob dem Joggen, verbunden mit Schwedenschritten und Treppenspringen ein gesteigertes Gefauml;hrdungspotential zuzuerkennen ist. Abstellen auf Bundesgerichtsrechtsprechung zum Squat-Jumping und Bejahung wegen der erhouml;hten Gefahr von Misstritten., 51
- Unfallversicherung: Leistungskuuml;rzung im Falle eines Wagnisses. Kopfsprung in seichtes Wasser als Wagnis., 59
- Unterhaltsberechnung: Bei sehr guten finanziellen Verhauml;ltnissen ist die Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren nach der einstufigen-konkreten Methode vorzunehmen, 172
- Verfuuml;ngung: Eine Verfuuml;ngung (bzw. ein Entscheid im Sinne der Zuger Terminologie, vgl. sect; 4 VRG) ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird., 78
- Verfahrensrecht: Bei der Erteilung von Konzessionen sind die submissionsrechtlichen Verfahrensgrundsauuml;tze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu beachten., 78
- Verfahrensrecht: Beschwerdelegitimation eines Aktionauml;rs gegen Verfuuml;ngungen des Handelsregisteramts, 156
- Verfahrensrecht: Keine sachliche Zustauml;ndigkeit des Verwaltungsgerichts fuuml;r Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen gemauml;ss VVG. Zustauml;ndig ist das Zivilgericht., 43

- Verfahrensrecht: Keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bei einer personalrechtlichen Klage gegen Kirchgemeinde. Personalerlasse der Gemeinde verweisen auf kantonales Verwaltungsverfahren, womit ein Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat durchzuführen ist., 148
- Verfahrensrecht: Kostenvorschuss in Verfahren vor Regierungsrat, 8
- Verfahrensrechte: Beim Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und beim Gebot der Fairness im Verfahren (Art. 5 und 9 BV) handelt es sich um elementare Verfahrensrechte, deren Verletzung zur Aufhebung einer Verfügung bzw. eines Entscheides führt., 21
- Verwaltungsweisungen: Gründe für ein Abweichen von Verwaltungsweisungen durch das Sozialversicherungsgericht., 65
- Vollstreckung: Rechtsöffnungsentscheid mit Exequaturerteilung gemäss LugU; ist ausschliesslich mit Beschwerde nach Art. 319 - 327 ZPO anfechtbar., 197
- Vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien: Voraussetzungen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen periodische Medien, 241
- Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Pfandbetreibung und der Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs: Wahlrecht des Gläubigers bedeutet nicht, dass er die gleiche Forderung gleichzeitig nebeneinander mehrere Betreibungen führen kann. Der Gläubiger hat sich in einem solchen Fall für die eine oder andere Betreibung zu entscheiden., 210
- Zuständigkeit Obergericht als einzige kantonale Instanz; Nichteintreten: Blosser Nennung von Art. 6 UWG in der Klageschrift reicht nicht aus, um die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO zu begründen., 199
- Zuständigkeit Obergericht als einzige kantonale Instanz; Nichteintreten: Know-How als solches ist kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO, da es kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut darstellt., 199