

**Rechtsgutachten**  
**zu Rechtsfragen rund um die Auslegung der**  
**Gemeindeordnung der Stadt Zug im Zusammen-**  
**hang mit dem Verkauf eines Baurechts**

**im Auftrag**

**der Rechnungsprüfungskommission der Stadt Zug**

**erstattet von Prof. em. Dr. iur. Paul Richli**

em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre  
an der Universität Luzern

7. Mai 2024

## Inhaltsübersicht

A. Ausgangslage, Auftrag und Fragestellung .....	3
I. Ausgangslage .....	3
II Auftrag und Fragestellung .....	3
B. Rechtliche Beurteilung .....	4
I. Aufbau des Rechtsgutachtens und zentrale rechtliche Fragen .....	4
II. Erwägungen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage 1 .....	4
1. Massgebende Rechtsgrundlagen .....	4
1.1. Gemeindeordnung der Stadt Zug .....	4
1.2. Kantonales Recht .....	5
1.3. Bundesrecht .....	5
2. Feststellungen von Balmer Etienne und Stellungnahme der Stadt Zug .....	6
2.1. Feststellungen im Management Letter von Balmer Etienne .....	6
2.2. Stellungnahme der Stadt Zug zu den Feststellungen von Balmer Etienne .....	6
2.3. Interne Stellungnahme des Rechtsdienstes der Stadt Zug vom 5. Januar 2022 .....	7
3. Eigene rechtliche Beurteilung .....	8
3.1. Methodisches Vorgehen .....	8
3.2. Grammatikalische Auslegung .....	9
3.3. Historische Auslegung .....	11
3.4. Systematische Auslegung .....	14
3.5. Teleologische Auslegung (Sinn und Zweck) .....	15
3.6. Auslegungsergebnis .....	16
III. Erwägungen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage 2 .....	16
1. Rechtslage mit Bezug auf den Kaufvertrag vom 12. Januar 2023 .....	16
2. Vorgehensmöglichkeiten des Grossen Gemeinderates .....	22
2.1. Optionen .....	22
2.2. Nachträgliche Genehmigung oder Genehmigungsverweigerung .....	22
IV. Beantwortung der Gutachtensfragen .....	24

## **A. Ausgangslage, Auftrag und Fragestellung**

### **I. Ausgangslage**

1 Die Prof. em. Dr. Paul Richli den nachfolgenden Auftrag erteilende Geschäftsprüfungskommission der Stadt Zug (RPK) formuliert die Ausgangslage für das Rechtsgutachten wie folgt:

«Die Stadt Zug hat im Jahre 1987 auf dem Grundstück der Bürgergemeinde Zug 33 Alterswohnungen erstellt. Das Grundstück wurde 1985 im Baurecht übernommen. Über dieses Geschäft wurde eine Volksabstimmung durchgeführt.

Im Berichtsjahr 2023 hat die Stadt Zug der Bürgergemeinde dieses Baurecht zurückverkauft, dies zum Preis von CHF 5.3 Mio. Per Verkaufszeitpunkt waren die Alterswohnungen mit einem Buchwert von CHF 1.5 Mio. im Verwaltungsvermögen erfasst. Durch den Verkauf des Baurechts und der damit folgenden Übergabe der Alterswohnungen in den Besitz der Bürgergemeinde wurde dieser Buchwert auf das Finanzvermögen übertragen und dann ausgebucht.

Der Stadtrat hat dieses Geschäft am 27. September 2022 genehmigt. Er stellte fest, dass er aufgrund der allgemeinen Kompetenzordnung in § 27 Abs. 2 der Gemeindeordnung für dieses Geschäft zuständig sei.

Gemäss § 16 Abs. 2 lit. g der Gemeindeordnung bedürfen Verträge über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 1 Mio. der Genehmigung des Grossen Gemeinderates.

Die extern beauftragte Revisionsstelle Balmer Etienne wie auch wir sind der Ansicht, dass der Verkauf eines Baurechtes in Analogie des übergeordneten ZGBs Art. 655 als Verkauf eines Grundstückes zu qualifizieren ist und demzufolge die Kompetenz für die Genehmigung dieses Geschäftes beim Grossen Gemeinderat lag.

Der Stadtrat hat bezüglich ihrer Auslegung der Gemeindeordnung Stellung genommen, siehe Beilagen.»

### **II Auftrag und Fragestellung**

2 Die RPK formuliert den Auftrag und die Fragestellung für das Rechtsgutachten wie folgt:  
«Die Rechnungsprüfungskommission (RPK) kann gemäss § 94 Abs. 4 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (Stand 1. Sept. 2020, Beschlussdatum: 30.04.2020) für die Unterstützung ihrer Tätigkeit Sachverständige beiziehen.

Für eine freihändige Vergabe liegen wir mit CHF 10'000.00 unter den submissionsrelevanten Schwellenwerten gemäss Submissionsgesetz. Der Betrag wird unter Revisionskosten KS 1200 / 3132.20 verbucht.

Als Präsident der RPK beauftrage ich Sie Auftrags der RPK hiermit folgende Fragen zu klären unter Einhaltung eines Kostendaches von CHF 10'000.00 inkl. MWST und Spesen gemäss Ihrer E-Mail vom 28.03.2024:

*Frage 1*

Wie ist die gültige Gemeindeordnung der Stadt Zug §§ 16 lit. f und lit. g auszulegen? Fällt der Kauf oder der Verkauf eines Baurechtes, sofern er dann die Schwellen von CHF 5 Mio (lit. f – Kauf von Grundstücken) oder von CHF 1 Mio (lit. g – Verkauf von Grundstücken) in die Kompetenz des Grossen Gemeinderates oder in die allgemeine Kompetenz des Stadtrates laut § 27 der Gemeindeordnung?

*Frage 2*

Falls Sie zum Schluss kämen, die Zuständigkeit für dieses Geschäft sei unter § 16 lit. g zu subsumieren und demnach eine Kompetenzüberschreitung des Stadtrates vorliegen würde, wie ist das Schicksal des Kaufvertrages zu beurteilen und welche Lösungen resp. Rechtsmittel bieten sich an, eine allfällige schwebende Situation des Vertragsverhältnisses zu klären?»

**B. Rechtliche Beurteilung****I. Aufbau des Rechtsgutachtens und zentrale rechtliche Fragen**

- 3 Zunächst geht es darum, die für die rechtliche Beurteilung massgebenden Rechtsgrundlagen zu identifizieren (Ziff. II.1.). Anschliessend sind die Feststellungen von Balmer E-tienne im Management Letter vom 4. April 2024 zum Verkauf des Baurechts betreffend Alterswohnungen Mülimatt 5 an die Bürgergemeinde Zug einerseits sowie die Stellungnahme der Stadt Zug sowie zuvor die interne Stellungnahme des Rechtsdienstes der Stadt Zug dazu ins Licht zu rücken (Ziff. II.2.). Der Hauptteil des Gutachtens ist der eigenen rechtlichen Beurteilung des Gutachters zu widmen (Ziff. II.3.). Im Fall der Missachtung der Zuständigkeit des Grossen Gemeinderates für die Genehmigung der Rückübertragung des Baurechts ist das rechtliche Schicksal des Veräusserungsgeschäfts zu klären (Ziff. III.). Am Ende sind die Fragen zusammenfassend zu beantworten (Ziff. IV.).

**II. Erwägungen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage 1****1. Massgebende Rechtsgrundlagen****1.1. Gemeindeordnung der Stadt Zug**

- 4 Gemäss § 16 Bst. g der Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 1. Februar 2005<sup>1</sup> (im Folgenden Gemeindeordnung) bedürfen Verträge über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 1'000'000.00 der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat. In der Gemeindeordnung 1984, auf welche die Stadt Zug für ihre Argumentation noch Bezug nimmt, war in § 25 Ziff. 11 demgegenüber statt von Grundstücken noch von Liegenschaften die Rede.
- 5 Gemäss § 27 Abs. 2 Bst. e der Gemeindeordnung der Stadt Zug besorgt der Stadtrat die städtischen Angelegenheiten, soweit sie nicht durch Gesetz oder Gemeindebeschluss

---

<sup>1</sup> SRZ 1.1-1.

einem andern Organ zugewiesen sind. Er erfüllt insbesondere folgende Aufgaben: e) Beschlussfassung über Ausgaben und über Grundstücksgeschäfte, soweit die Zuständigkeit nicht beim Grossen Gemeinderat oder beim Volk liegt.

- 6 Gemäss § 8 Abs. 1 Bst. h der Gemeindeordnung werden auf Begehren von mindestens 500 Stimmberechtigten oder wenn dies mindestens 14 Mitglieder des Grossen Gemeinderates nach der Schlussabstimmung verlangen, der Urnenabstimmung unterbreitet: die vom Grossen Gemeinderat genehmigten Verträge über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 3'000'000.00.

### 1.2. Kantonales Recht

- 7 In den verfügbaren Unterlagen wird nirgends auf kantonales Recht Bezug genommen. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Rechtsgrundlagen in Betracht fallen könnten. Insbesondere enthält das Gemeindegesetz keine einschlägigen materiell- oder verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

### 1.3. Bundesrecht

- 8 Im Bundesrecht steht für den Rechtsverkehr mit und über Immobilien das Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>2</sup> im Zentrum. Dieses regelt im Neunzehnten Titel «Das Grundeigentum» (Art. 655 ff.). Für den vorliegenden Zusammenhang ist darin vor allem Art. 655 von Belang. Diese Bestimmung lautet unter der Marginale «I. Grundstücke» wie folgt

<sup>1</sup> Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke.

<sup>2</sup> Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. die Liegenschaften;
2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte;
3. die Bergwerke;
4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.

<sup>3</sup> Als selbstständiges und dauerndes Recht kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie:

1. weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist; und
2. auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist.

Erwähnt sei ergänzend aus dem Einundzwanzigsten Titel «Die Dienstbarkeiten und Grundlasten» noch Art. 779 unter der Marginale «C. Baurecht / I. Gegenstand und Aufnahme in das Grundbuch». Darin ist zu lesen:

<sup>1</sup> Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten.

---

<sup>2</sup> SR 210.

<sup>2</sup> Dieses Recht ist, wenn es nicht anders vereinbart wird, übertragbar und vererblich.

<sup>3</sup> Ist das Baurecht selbständig und dauernd, so kann es als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.

## **2. Feststellungen von Balmer Etienne und Stellungnahme der Stadt Zug**

### **2.1. Feststellungen im Management Letter von Balmer Etienne**

9 In ihrem Management Letter zur Prüfung der Bilanz per 31. Dezember 2023 sowie zu den Schwerpunktprüfungen 2023 der Stadt Zug finden sich die folgende Feststellungen (Ziff. 3):

«Alterswohnungen Mülimatt 5: Verkauf Baurecht an Bürgergemeinde

Die Stadt Zug hat im Jahre 1987 auf dem Grundstück der Bürgergemeinde Zug 33 Alterswohnungen erstellt. Das Grundstück wurde 1985 im Baurecht übernommen. Im Berichtsjahr hat die Stadt Zug der Bürgergemeinde dieses Baurecht zurückverkauft, dies zum Preis von CHF 5.3 Mio. Per Verkaufszeitpunkt waren die Alterswohnungen mit einem Buchwert von CHF 1.5 Mio. im Verwaltungsvermögen erfasst. Durch den Verkauf des Baurechts und der damit folgenden Übergabe der Alterswohnungen in den Besitz der Bürgergemeinde wurde dieser Buchwert ausgebucht.

Der Stadtrat hat dieses Geschäft am 27. September 2022 genehmigt.

Gemäss § 16 Abs. 2 Bst. g der Gemeindeordnung bedürfen Verträge über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 1 Mio. der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat. Auch § 14 der Finanzverordnung begrenzt die Kompetenz des Stadtrates für den Verkauf von Liegenschaften bei CHF 1 Mio.

Wir sind der Ansicht, dass das vorliegende Geschäft als «Verkauf von Grundstücken bzw. Liegenschaften» betrachtet werden kann und demzufolge die Kompetenz für die Genehmigung des Geschäftes beim Grossen Gemeinderat lag.»

### **2.2. Stellungnahme der Stadt Zug zu den Feststellungen von Balmer Etienne**

10 Zu den Feststellungen von Balmer Etienne nahm die Stadt Zug wie folgt Stellung (Ziff. 3):

«Rechtsgrundlage für die Feststellung der externen Kontrollstelle bildet § 16 Abs. 2 Bst. g der Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 1. Februar 2005 (GemO; SRS 1.1-1). Diese Bestimmung lautet wie folgt: «Der Beschlussfassung des Grossen Gemeinderates bedürfen: Bst. g die Genehmigung von Verträgen über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 1'000'000.00.»

Für die Definition des Begriffs «Grundstück» stützt sich die externe Kontrollstelle auf Art. 655 ZGB, namentlich auf Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung sind Grundstücke im Sinne des ZGB die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte. Damit wird zur Frage des Grundstückbegriffs ausschliesslich eine

grammatikalische Auslegung vorgenommen. Eine solche Auslegung halten wir im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht für zielführend.

Der Begriff «Grundstück» im Sinne der Gemeindeordnung hat damit eine reale Sache zum Gegenstand, nämlich ein Stück Land, ein Stück Grund und Boden bzw. eine Landparzelle. Demensprechend lässt sich den Materialien zur (früheren) Gemeindeordnung entnehmen, dass die Mitwirkung des GGR bei Veräusserungsgeschäften sicherstellen soll, dass die Veräusserung von städtischem Grundeigentum nur ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen erfolgt. In seinem Bericht und Antrag vom 24. April 1984 hielt der Stadtrat dazu Folgendes fest: «Neu wird zwischen dem Verkauf und dem Kauf und Tausch von Land unterschieden und es werden die Kompetenzen für den Verkauf von Land niedriger angesetzt» und weiter: «Mit dieser Regelung kommt die Auffassung zum Ausdruck, dass die Einwohnergemeinde Zug Land nur in Ausnahmefällen veräussern soll» (vgl. GGR-Vorlage Nr. 776, S. 11, Spalte Begründung). Diese Zielsetzung zeigte sich auch in § 25 Ziff. 11 Bst. a der bis Ende Juni 2005 geltenden früheren Gemeindeordnung: Mit ihrem sehr tiefen Schwellenwert von lediglich CHF 100'000.00 sollte die Entscheidungsfreiheit des Stadtrates bei der Veräusserung von städtischem Grundeigentum stark eingeschränkt werden. Im Vergleich dazu hatte der Stadtrat damals beim Erwerb von Liegenschaften mit CHF 1 Mio. eine zehnmal höhere Beschlusskompetenz (vgl. § 25 Ziff. 11 Bst. b altGemO).

Bei diesem Ergebnis bleibt unseres Erachtens keinerlei Raum für die Anwendung eines fiktiven Grundstückbegriffs, wie er mit Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB geschaffen wurde. Dies wiederum führt nach unserem Dafürhalten zum Schluss, dass es sich beim vorliegenden Geschäft nicht um einen Grundstücksverkauf im Sinne von § 16 Abs. 2 Bst. g GemO handelt, sondern um eine blosser Rückübertragung eines beschränkten dinglichen Rechts auf die Dritteigentümerin des rechtsbelasteten Grundstücks. Ein solcher Geschäftsvorgang wird von § 16 GemO jedoch nicht erfasst. Damit gelangt auf den vorliegenden Fall die Generalklausel gemäss § 27 Abs. 2 GemO zur Anwendung, weshalb der Stadtrat für die Geschäftsbehandlung im vorliegenden Fall abschliessend zuständig war.»

### **2.3. Interne Stellungnahme des Rechtsdienstes der Stadt Zug vom 5. Januar 2022**

11 Die interne Stellungnahme des Rechtsdienstes der Stadt Zug vom 5. Januar 2022 hatte den folgenden Wortlaut:

«Die für unseren Fall einschlägigen Bestimmungen in der Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 1. Februar 2005 lauten wie folgt:

Der Beschlussfassung durch den Grossen Gemeinderat bedürfen:

- die Genehmigung von Verträgen über den Kauf und Tausch von Grundstücken sowie den Erwerb von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als 5'000'000 Franken» (vgl. § 16 Abs. 2 Bst. f GemO)
- die Genehmigung von Verträgen über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als 1'000'000 Franken» (vgl. § 16 Abs. 2 Bst. g GemO)

Im vorliegenden Fall geht es – zumindest aus materieller Sicht – um die «Rückgabe» eines Baurechts an einem fremden (d.h. nicht der Stadt gehörenden) Grundstück. Mit anderen Worten wird seitens der Stadt Zug weder Land veräussert noch wird städtisches Grundeigentum mit beschränkten dinglichen Rechten belastet. Die vorliegende Konstellation ist in der Gemeindeordnung folglich nicht ausdrücklich geregelt.

Beim Erwerb von Grundeigentum bzw. von beschränkten dinglichen Rechten (vgl. § 16 Abs. 2 Bst. f GemO) liegt der Beweggrund für den Genehmigungsvorbehalt durch den Grossen Gemeinderat unzweifelhaft bei den damit verbundenen Kosten und der sich daraus ergebenden Belastung des städtischen Finanzhaushalts. Als Vertreter des Souveräns soll der Grosse Gemeinderat ein Entscheidungsrecht haben über erhebliche Ausgaben, die den städtischen Finanzhaushalt in einer Weise belasten, dass sie zu einer Steuererhöhung führen könnten.

Die Veräusserung von Grundstücken bzw. die Belastung von städtischen Grundstücken mit beschränkten dinglichen Rechten führt demgegenüber nicht zu einer Belastung des städtischen Finanzhaushalts. Im Gegenteil führen derartige Transaktionen in aller Regel zu einer Entlastung der städtischen Rechnung. Die Motivation für die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 16 Abs. 2 Bst. g GemO muss deshalb eine andere sein. Den Materialien zur (früheren) Gemeindeordnung lässt sich entnehmen, dass die Mitwirkung des GGR bei Veräusserungsgeschäften sicherstellen soll, dass die Veräusserung von städtischem Grundeigentum nur ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen erfolgt. In seinem Bericht und Antrag vom 24. April 1984 hält der Stadtrat dazu Folgendes fest: «Mit dieser Regelung kommt die Auffassung zum Ausdruck, dass die Einwohnergemeinde Zug Land nur in Ausnahmefällen veräussern soll» (vgl. GGR-Vorlage Nr. 776, S. 11, Spalte Begründung).

Im vorliegenden Fall geht es aber zweifelsohne nicht um die Veräusserung von städtischem Land, sondern vielmehr um die Auflösung eines Baurechtsverhältnisses, mit welchem ein Drittgrundstück der Bürgergemeinde belastet ist. Da diese Auflösung nicht mit Kosten verbunden ist, welche die Zuständigkeit des Stadtrates übersteigen würden, ist für das vorliegende Geschäft m.E. der Stadtrat abschliessend zuständig. Mit anderen Worten braucht es hier also – entgegen meiner früheren Auffassung – auch keine GGR-Vorlage.

Mit Blick auf die Ratio Legis der oben genannten Gemeindeordnungsbestimmungen ist es nach meinem Dafürhalten auch unerheblich, auf welche Weise die Auflösung des Baurechtsverhältnisses erfolgt; sei es in Form der Aufhebung des Baurechts oder sei es in Form einer Rückübertragung des Baurechtsgrundstücks auf die Bürgergemeinde Zug.»

### **3. Eigene rechtliche Beurteilung**

#### **3.1. Methodisches Vorgehen**

12 Die Feststellungen von Balmer Etienne sowie die Stellungnahmen der Stadt Zug und des Rechtsdienstes der Stadt Zug zeigen, dass man zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen kann, je nachdem, ob man auf die Zuordnung der hier fraglichen Transaktion zu einem Institut des Sachenrechts, dem «Verkauf eines Grundstücks», setzt oder auf die Zuordnung zum Begriff «Land» in den Materialien. Im ersten Fall geht es wirtschaftlich

um einen ähnlichen Vorgang wie beim Verkauf eines Grundstücks, im zweiten Fall hat man es nicht mit einem Grundstück im Sinn des ZGB, sondern mit dem Verkauf von Land, was im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs eine unüberbaute Parzelle ist.

- 13 Wenn auch nur teilweise ausdrücklich so formuliert, so geht es – etwas anders formuliert – im Wesentlichen um die Frage der rechtlichen Qualifikation des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts im Rahmen eines Rechtsinstituts des Sachenrechts gemäss der Terminologie des Sachenrechts des ZGB vs. der Qualifikation ausserhalb der Institute des Sachenrechts des ZGB bzw. dessen Terminologie.
- 14 Für eine umfassende Beurteilung genügt es nicht, die Bedeutung von Materialien gegen den Wortlaut des ZGB zu setzen und zu fragen, ob eine Betrachtungsweise gegenüber der anderen den Vorrang erhalten müsse. Vielmehr ist es unerlässlich, die Auslegungsthematik anhand der allgemein anerkannten Auslegungselemente bzw. Auslegungsmethoden umfassend anzugehen. Das bedeutet, dass der Sachverhalt unter Rekurs auf die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung zu analysieren ist.<sup>3</sup>
- 15 Dabei ist zu beachten, dass es gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche bisher durch kritische Stellungnahmen in der Rechtslehre nicht umgestossen werden konnten, keine ein- für allemal feststehende Reihenfolge in der Bedeutung der einzelnen Auslegungselemente gibt. Es kommt per Saldo darauf an, welche Auslegung im Fall von widersprüchlichen Auslegungsergebnissen aufgrund einzelner Auslegungselemente die grösste Überzeugungskraft für sich beanspruchen kann.<sup>4</sup>
- 16 Im Folgenden wird die zu beurteilende Transaktion nacheinander aufgrund der grammatikalischen, der historischen, der systematischen und der teleologischen Auslegung analysiert, wobei die Reihenfolge für die Gewichtung der Elemente keine Bedeutung hat. Naheliegend ist jedenfalls, die Analyse mit dem Wortlaut der relevanten Rechtsgrundlagen zu beginnen, weil gemäss Bundesgericht jede Auslegung am Wortlaut ansetzen muss (siehe sogleich Ziff. 3.2.).

### **3.2. Grammatikalische Auslegung**

- 17 Ausgangspunkt für jede Auslegung von Rechtsnormen ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Wortlaut der fraglichen Bestimmungen. Danach gilt<sup>5</sup>: «Ausgangspunkt der Auslegung der strittigen Bestimmungen ... bildet der Wortlaut des Gesetzes. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller

---

<sup>3</sup> Siehe zu diesen Auslegungselementen allgemein z.B. ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 67 ff.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 936 ff.

<sup>4</sup> Siehe WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 1057 ff.

<sup>5</sup> Siehe etwa Bundesgerichtsentscheid (BGE) 142 II 80 E. 4.1., S. 91.

Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt.»

- 18 Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung<sup>6</sup> geht es darum, den Sprachsinne einer Rechtsnorm nach Allgemeingebrauch und nicht nach einem spezifischen Fachgebrauch zu ermitteln.
- 19 Ausgangspunkt für die Auslegung muss der Kaufvertrag zwischen der Stadt Zug und der Bürgergemeinde Zug vom 12. Januar 2023 sein. Darin ist ausdrücklich vom Verkauf des selbständigen und dauernden Rechts Zug / 3933 die Rede. Eigentümerin von Grundstück 3933 ist die Stadt Zug. Mit dem Baurecht belastet ist das Grundstück 3271, das im Eigentum der Bürgergemeinde Zug steht. Das Baurecht gilt bis am 30. Juni 2085. Gemäss Ziff. 12 des Vertrags ist der Stadtrat Zug allein zuständig für den Abschluss des Kaufvertrags. Für diese Zuständigkeit wird auf § 27 Abs. 2 Bst. e der Gemeindeordnung der Stadt Zug vom 01. Februar 2005 verwiesen. Danach besorgt der Stadtrat die städtischen Angelegenheiten, soweit sie nicht durch Gesetz oder Gemeindebeschluss einem andern Organ zugewiesen sind. Er erfüllt insbesondere folgende Aufgaben: e) Beschlussfassung über Ausgaben und über Grundstücksgeschäfte, soweit die Zuständigkeit nicht beim Grossen Gemeinderat oder beim Volk liegt (siehe schon vorn Rz. 5).
- 20 Damit beruft sich der Stadtrat Zug für den Verkauf des Baurechts ausdrücklich auf seine Zuständigkeit für Grundstücksgeschäfte. Diese Zuständigkeit muss gegenüber der Zuständigkeit des Grossen Gemeinderates Zug in § 16 Abs. 2 Bst. g der Gemeindeordnung abgegrenzt werden. Danach bedürfen Verträge über den Verkauf von Grundstücken sowie die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten im Betrag von mehr als CHF 1 Mio. der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat.
- 21 Der Kaufvertrag zwischen der Stadt Zug und der Bürgergemeinde Zug betrifft ein selbständiges und dauerndes Baurecht. Ein solches Recht ist ein beschränktes dingliches Recht im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 779 ZGB.
- 22 Nimmt man die zitierten Bestimmungen des ZGB und den Wortlaut des Kaufvertrags wörtlich, so geht es zweifelsfrei um die Übertragung eines beschränkten dinglichen Rechts im Sinn von § 16 Abs. 2 Bst. g Gemeindeordnung. Demnach hätte der Stadtrat den Kaufvertrag nicht ohne Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat rechtsgültig abschliessen können.
- 23 Dem steht nun die Rechtsauffassung gegenüber, es gehe im vorliegenden Zusammenhang nicht um einen Sachverhalt nach ZGB und § 16 Abs. 2 Bst. g Gemeindeordnung, sondern um einen Sachverhalt, der durch diese Bestimmungen nicht erfasst werde, weil es nicht um einen Verkauf von Land gehe. Diese Rechtsauffassung findet in der grammatikalischen Auslegung keine Stütze. Sie widerspricht klar dem Wortlaut der

---

<sup>6</sup> Siehe dazu allgemein besonders KRAMER (Fn. 3), S. 67 ff.; ferner WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 956 ff.

einschlägigen Bestimmungen. Weder ist der Begriff «Land» ein Aufgreifkriterium des ZGB, noch steht davon etwas in der Gemeindeordnung.

- 24 Unter diesen Umständen müsste die Rechtsauffassung der Stadt Zug und ihres Rechtsdienstes in einem anderen Auslegungselement eine Stütze finden. Die Vorfrage ist allerdings, ob es überhaupt zulässig sei, vom klaren Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung über die Zuständigkeiten des dem Stadtrat hierarchisch übergeordneten Grossen Gemeinderates abzuweichen. Eine solche Abweichung würde grundsätzlich dem verfassungsrechtlich geschützten Legalitätsprinzip widersprechen.
- 25 Rechtsprechung und Rechtslehre sehen die Möglichkeit der Abweichung vom Wortlaut vor, wenn dieser namentlich Sinn und Zweck einer Regelung widerspricht. So äussert sich das Bundesgericht etwa in folgender Weise:<sup>7</sup> «Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut soll nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 140 II 289 E. 3.2 S. 292, BGE 140 II 129 E. 3.2 S. 131, 80 E. 2.5.3 S. 87; BGE 139 V 66 E. 2.2 S. 68; BGE 138 V 86 E. 5.1 S. 94; je mit Hinweisen). (...) Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt (BGE 137 II 164 E. 4.1 S. 170 f.; BGE 136 II 149 E. 3 S. 154 mit Hinweisen; vgl. zur Auslegungsmethodik detailliert: WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, S. 327 ff. N. 936 ff.).»
- 26 Daraus folgt, dass qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um von einem klaren Wortlaut zulasten der Kompetenzen des Grossen Gemeinderates abzuweichen. Hinzu kommt, dass das Vorgehen des Stadtrates nicht nur die Zuständigkeiten des Grossen Gemeinderates tangiert, sondern auch noch das fakultative Referendum der Stimmberechtigten (siehe vorn Rz. 6). Wie das Bundesgericht entschieden hat, gilt für Volksrechte der Grundsatz «in dubio pro populo». Das bedeutet, dass im Zweifel das fakultative Referendum durchzuführen ist, wenn die nötigen Unterschriften beigebracht werden.<sup>8</sup>
- 27 Ob solche Gründe in casu vorliegen (können), ist im Rahmen der weiteren Auslegungselemente – neben anderen Fragen – zu erörtern.

### 3.3. Historische Auslegung

- 28 Im Rahmen der historischen Auslegung<sup>9</sup> geht es darum, anhand der Materialien der Gesetzesentstehung zu ermitteln, welches der historische Wille des Gesetzgebers war, als er eine bestimmte Rechtsnorm erliess.

---

<sup>7</sup> BGE 142 II 282 E. 4.2. S. 272 f.

<sup>8</sup> Siehe z.B. BGE 147 I 183 E. 6.2., S. 186

<sup>9</sup> Dazu allgemein besonders KRAMER (Fn. 3), S. 135 ff.; ferner WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 1010 ff.

29 Diesbezüglich machen im vorliegenden Fall die Stadt Zug und ihr Rechtsdienst geltend, der Verkauf des Baurechts unterstehe nicht der Definition des Grundstücks im ZGB. Es gehe nicht um Land. Dieses allein solle erfasst werden. Weil diese Aussage zentral ist, wird sie hier nochmals wiedergegeben (siehe schon vorn Rz. 10):

«Der Begriff «Grundstück» im Sinne der Gemeindeordnung hat damit eine reale Sache zum Gegenstand, nämlich ein Stück Land, ein Stück Grund und Boden bzw. eine Landparzelle. Demensprechend lässt sich den Materialien zur (früheren) Gemeindeordnung entnehmen, dass die Mitwirkung des GGR bei Veräusserungsgeschäften sicherstellen soll, dass die Veräusserung von städtischem Grundeigentum nur ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen erfolgt. In seinem Bericht und Antrag vom 24. April 1984 hielt der Stadtrat dazu Folgendes fest: «Neu wird zwischen dem Verkauf und dem Kauf und Tausch von Land unterschieden und es werden die Kompetenzen für den Verkauf von Land niedriger angesetzt» und weiter: «Mit dieser Regelung kommt die Auffassung zum Ausdruck, dass die Einwohnergemeinde Zug Land nur in Ausnahmefällen veräussern soll» (vgl. GGR-Vorlage Nr. 776, S. 11, Spalte Begründung). Diese Zielsetzung zeigte sich auch in § 25 Ziff. 11 Bst. a der bis Ende Juni 2005 geltenden früheren Gemeindeordnung: Mit ihrem sehr tiefen Schwellenwert von lediglich CHF 100'000.00 sollte die Entscheidungsfreiheit des Stadtrates bei der Veräusserung von städtischem Grundeigentum stark eingeschränkt werden. Im Vergleich dazu hatte der Stadtrat damals beim Erwerb von Liegenschaften mit CHF 1 Mio. eine zehnmal höhere Beschlusskompetenz (vgl. § 25 Ziff. 11 Bst. b altGemO).

30 Bei diesem Ergebnis bleibt unseres Erachtens keinerlei Raum für die Anwendung eines fiktiven Grundstücksbegriffs, wie er mit Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB geschaffen wurde. Dies wiederum führt nach unserem Dafürhalten zum Schluss, dass es sich beim vorliegenden Geschäft nicht um einen Grundstücksverkauf im Sinne von § 16 Abs. 2 Bst. g GemO handelt, sondern um eine blosser Rückübertragung eines beschränkten dinglichen Rechts auf die Dritteigentümerin des rechtsbelasteten Grundstücks. Ein solcher Geschäftsvorgang wird von § 16 GemO jedoch nicht erfasst. Damit gelangt auf den vorliegenden Fall die Generalklausel gemäss § 27 Abs. 2 GemO zur Anwendung, weshalb der Stadtrat für die Geschäftsbehandlung im vorliegenden Fall abschliessend zuständig war.»

31 Diese Argumentation ist kritisch zu hinterfragen:

32 Zunächst ist festzuhalten, dass beim Neuerlass der Gemeindeordnung im Jahr 2005 die Terminologie gegenüber der Fassung von 1984 geändert wurde. Damals war in der Vorlage des Stadtrates zu § 25 Ziff. 11 von «Liegenschaften» und nicht von «Grundstücken» die Rede. «Liegenschaften» ist der Begriff, den das ZGB in Art. 655 ZGB als Unterbegriff von «Grundstücke» verwendet (Abs. 2 Ziff. 1), neben «in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte» (Abs. 2 Ziff. 2) in Verbindung mit der Konkretisierung von «Dienstbarkeit» (Abs. 3). Der Begriff «Land», der im Antrag vom 24. April 1984 des Stadtrates Zug verwendet wurde, fand und findet sich im ZGB nirgends. Es ist entgegen der Auffassung des Stadtrates und seines Rechtsdienstes anzunehmen, dass der Stadtrat seinerzeit mit «Land» nicht nur Land ohne Bauten meinte. Es ist vielmehr anzunehmen, dass er «Land» inhaltlich als Synonym zu «Liegenschaften»

verwendete, welcher Begriff unüberbaute und überbaute Parzellen umfasst. Dafür spricht, dass von den in der Bestimmung ebenfalls erwähnten beschränkten dinglichen Rechten und deren gegenständlichen Beschränkungen, wie dies beim Begriff «Land» für Liegenschaften der Fall sein soll, überhaupt nicht die Rede war.

- 33 Die Vermutung der Gleichsetzung von «Land» und «Liegenschaft» wird erhärtet, wenn man ergänzend zum Kommentar des Stadtrates im Antrag vom 24. April 1984 die Diskussion in der Spezialkommission heranzieht. In ihrem Bericht und Antrag vom 22. November 1984 ist in den Bemerkungen zu § 25 Ziff. 11 und 11a folgendes zu lesen:

«Unter Beachtung des Brutto-Prinzipes entspricht auch der Tausch einem Verkauf. Aus diesem Grunde soll der Tausch in Ziffer 11 a festgehalten und in Ziffer 11 b gestrichen werden.

Um die Kompetenz des Stadtrates bei Verkauf und Tausch von Liegenschaften (die in der Regel einen politischen Aspekt haben) einzuschränken, empfiehlt die Kommissionsmehrheit eine Ausweitung der Kompetenz des GGR nach unten, resp. eine Reduktion des Betrages auf über Fr. 100'000.—.»

- 34 Weiter liest man in den Änderungsanträgen der Spezialkommission vom 22. November 1984 zu § 25 Ziff. 11a und 11b folgendes:

«Verkauf und Tausch von Liegenschaften oder Einräumung von Baurechten oder anderen beschränkt dinglichen Rechten im Betrage über Fr. 100'000.— im Einzelfall.

Ankauf von Liegenschaften oder Erwerb von Baurechten oder anderen beschränkt dinglichen Rechten im Betrage über Fr. 1'000'000.— im Einzelfall.»

- 35 Das bedeutet unter Berücksichtigung der vorliegenden Informationen zur Entstehungsgeschichte nichts anderes, als dass die Spezialkommission und im Anschluss daran auch der Grosse Gemeinderat die Terminologie des Stadtrates nicht übernahm, sondern der Terminologie des ZGB folgte. Für ihn ging es um «Liegenschaften» und nicht um «Land». Die Kommission erwähnte ausdrücklich auch Baurechte als Genehmigungsobjekte. Der vom Stadtrat und vom Rechtsdienst zitierte Kommentar zu «Land» hat im Rahmen der historischen Auslegung demnach keine Beweiskraft.

- 36 Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die Auswechslung des Begriffs «Liegenschaften» durch «Grundstücke» in der Gemeindeordnung von 2005 (§ 16) keinen Anlass zu einer Änderung der hier entwickelten historischen Interpretation gibt, weil sie nicht die Entstehungsgeschichte der Revision von 1984 der damaligen Gemeindeordnung betrifft.

- 37 Die Berufung des Stadtrates und seines Rechtsdienstes auf den Antrag des damaligen Stadtrates mit der Erwähnung des Begriffs «Land» im Zusammenhang mit dem damaligen § 25 Ziff. 11 ist unter diesen Umständen für die Stützung der alleinigen Zuständigkeit des Stadtrates zum Vertragsabschluss nicht überzeugend. Der Verkauf des Baurechts liegt – auch im Rahmen der historischen wie schon im Rahmen der grammatikalischen Auslegung – aufgrund von § 27 Abs. 2 Bst. e der Gemeindeordnung nicht in der alleinigen

Kompetenz des Stadtrates der Stadt Zug, sondern bedarf der Genehmigung des Grossen Gemeinderates gemäss § 16 Abs. 2 Bst. g der Gemeindeordnung. Es braucht demnach nicht geprüft zu werden, ob es besondere Gründe im Sinn des Bundesgerichts für die Verdrängung der grammatikalischen Auslegung durch die Entstehungsgeschichte und die damit verbundene historische Auslegung gebe.

- 38 Angemerkt sei ergänzend, dass bei der von der Spezialkommission zu Recht angewendeten wirtschaftlichen Betrachtungsweise Baurechte selbst dann den Liegenschaften gleichzusetzen wären, wenn die Baurechte nicht besonders erwähnt worden wären. Baurechte müssen analog wie Liegenschaften behandelt werden, wenn sie wie im vorliegenden Fall auf lange Zeit (100 Jahre) vereinbart wurden. Denn während dieser Laufzeit kann mit der Liegenschaft bzw. mit dem Grundstück grundsätzlich nichts anderes gemacht werden, als was mit der Baurechtsverleihung vereinbart wurde. Im vorliegenden Fall bestehen die Bauten weiter, womit die vor rund 40 Jahren vereinbarte Nutzung von Grund und Boden noch für rund 60 Jahre weiterbesteht. Die Veräusserung des Baurechts ist daher auch ein bodenpolitischer Entscheid. Und politische Implikationen von Grundstücksgeschäften sind gemäss der Entstehungsgeschichte der Kompetenzverteilung Grund für die tieferen Aufgreifbeträge für Verkaufsgeschäfte als für Kaufgeschäfte. Das ist insbesondere der bereits aus dem Protokoll der Beratungen der Spezialkommission zu § 25 Ziff. 11a zitierten Passage zu entnehmen: «Um die Kompetenz des Stadtrates bei Verkauf und Tausch von Liegenschaften (die in der Regel einen politischen Aspekt haben) einzuschränken, empfiehlt die Kommissionsmehrheit eine Ausweitung der Kompetenz des GGR nach unten, resp. eine Reduktion des Betrages auf über Fr. 100'000.»
- 39 Als Ergebnis der historischen Interpretation folgt aus den vorstehenden Ausführungen und Erwägungen, dass der Gesetzgeber der Stadt Zug (Grosser Gemeinderat und Stimmberechtigte) entgegen der vom Stadtrat Zug und ihrem Rechtsdienst gestützt auf den Antrag des damaligen Stadtrates unter Verwendung des Begriffs «Land» vorgetragenen Argumentation nicht folgte. Unter Berufung auf den juristisch untechnischen Begriff «Land» lässt sich nicht überzeugend begründen, weshalb neben «Liegenschaften», welcher Begriff nicht überbaute und überbaute Parzellen erfasst, nicht auch «Baurechte» unter den Oberbegriff «Grundstück» in Art. 655 ZGB subsumiert werden sollen.

### **3.4. Systematische Auslegung**

- 40 Die systematische Auslegung<sup>10</sup> fragt nach der Stellung eines Absatzes eines Artikels im Gesamtartikel, im Gesamtkontext eines Gesetzes und sogar im Gesamtkontext der Rechtsordnung. Der letzte Aspekt kann im vorliegenden Zusammenhang ausser Acht gelassen werden.
- 41 Soweit ersichtlich, gibt es keine Bestimmungen ausserhalb von § 16 der Gemeindeordnung, die für die Interpretation von § 16 Abs. 2 Bst. g von Bedeutung sein könnten. Von Bedeutung ist lediglich § 16 Bst. 2 Ziff. f, der den Kauf und Tausch von Grundstücken

---

<sup>10</sup> Dazu allgemein besonders KRAMER (Fn. 3), S. 99 ff.; ferner WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 983 ff.

und beschränkten dinglichen Rechten regelt, während es in Abs. 2 Bst. g um den Verkauf von Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten geht. Der Unterschied liegt in der Höhe der Aufgreifschwelle. Während Kauf- und Tauschgeschäfte erst bei fünf Millionen Franken der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat unterliegen, gilt beim Verkauf eine tiefere Limite von einer Million Franken. Der Grund liegt, wie schon im Rahmen der historischen Auslegung aufgezeigt worden ist, bei politischen Erwägungen, konkret bei grundstückpolitischen Erwägungen. Grundstücke, d.h. Liegenschaften und beschränkte dingliche Rechte, über welche die Stadt Zug seit jeher verfügt oder neu erworben hat, sollen grundsätzlich nicht mehr veräussert werden. Zum Schutz dieses Konzepts soll der Veräusserungsentscheid nicht allein von der Exekutive getroffen werden, sondern soll bei Beträgen über einer Million Franken die Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat erforderlich sein (§ 16 Abs. 2 Bst. g Gemeindeordnung). Zudem ist die stimmberechtigte Bevölkerung mit dem fakultativen Referendum in die Entscheidung einzubeziehen, falls der Betrag drei Millionen Franken übersteigt (§ 8 Abs. 1 Bst. h der Gemeindeordnung). Diese Regelung reflektiert ebenfalls die grundstückpolitische Bedeutung der Veräusserung von Grundstücken, welcher Begriff – wie bereits dargelegt – beschränkte dingliche Rechte einschliesst (Art. 655 Abs. 1 ZGB), wie sich aus deren ausdrücklicher Erwähnung ergibt (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Zu den beschränkten dinglichen Rechten gehören die im Grundbuch eingetragenen Baurechte (Art. 779 ZGB).

- 42 Die systematische Auslegung bestätigt demnach die grammatikalische Auslegung, wonach der Verkauf des hier fraglichen Baurechts als beschränktes dingliches Recht und damit als Grundstück der Genehmigungskompetenz des Grossen Gemeinderates untersteht (§ 16 Abs. 2 Bst. g Gemeindeordnung).

### 3.5. Teleologische Auslegung (Sinn und Zweck)

- 43 Im Rahmen der teleologischen Auslegung<sup>11</sup> ist nach Sinn und Zweck einer Rechtsnorm zu fragen.
- 44 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erschliessen sich Sinn und Zweck insbesondere aus den Wertungen, die einer Gesetzesbestimmung zugrunde liegen.<sup>12</sup> Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis.<sup>13</sup>
- 45 Im vorliegenden Zusammenhang ergeben sich die wesentlichen Wertungsgesichtspunkte daraus, dass der Gesetzgeber der Stadt Zug den Verkauf von beschränkten dinglichen Rechten und damit von Baurechten der hier fraglichen Art dem Verkauf von Grundstücken, worunter in Abgrenzung zu den beschränkten dinglichen Rechten (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2) Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1) zu verstehen sind. Es geht darum, Liegenschaften und beschränkte dingliche Rechte wie Baurechte, die eine ähnliche

---

<sup>11</sup> Dazu allgemein besonders KRAMER (Fn. 3), S. 171 ff.

<sup>12</sup> Siehe z.B. BGE 128 I 34 E. 3b, 125 II 206 E. 4a, 124 III 266 E. 4; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 976 f.

<sup>13</sup> Siehe etwa BGE 123 II 464 E. 3a.

Bedeutung wie Liegenschaften haben, der Stadt Zug grundsätzlich auf Dauer zu sichern. Sollen sie ausnahmsweise doch verkauft werden, gelten vergleichsweise tiefe Aufgreifwerte für die Genehmigungsbedürftigkeit durch den Grossen Gemeinderat (1 Million Franken; § 16 Abs. 2 Bst. g Gemeindeordnung). Zudem sollen die Stimmberechtigten mit dem fakultativen Referendum noch einbezogen werden, wenn der Betrag etwas höher ist (3 Millionen Franken; § 8 Abs. 1 Bst. h Gemeindeordnung).

- 46 Es ist unter Aspekten von Sinn und Zweck der Regelung nicht ersichtlich, weshalb für den Verkauf von beschränkten dinglichen Rechten wie Baurechten auf fremden Parzellen etwas anderes gelten sollte als für den Verkauf von Baurechten auf eigenen Parzellen. In beiden Fällen spielen Aspekte des Finanzreferendums keine Rolle. Es sind allein grundstückpolitische Erwägungen von Belang. Mit dem Verkauf eines Baurechts auf einer eigenen Parzelle veräussert der Eigentümer in einer wirtschaftlichen und zugleich grundstückpolitischen Betrachtungsweise die Nutzung des Bodens für 100 Jahre. Der Boden, d.h. das «Land» allein, hat während dieser Zeit einen vergleichsweise unbedeutenden Eigenwert. Die eigentliche Nutzungsart und der eigentliche Nutzungswert liegt im Baurecht, das mit Wohnungen ausgenützt wird. Dieser Wert geht auch bei der Veräusserung eines Baurechts auf einer fremden Parzelle verloren, weil die sachenrechtliche Herrschaft über die Nutzung abgetreten wird. Daher ist im vorliegenden Fall nach Sinn und Zweck der Regelung ein grundstückpolitischer Entscheid des Grossen Gemeinderates unter Referendumsvorbehalt fällig. Der Stadtrat Zug kann darüber nicht allein entscheiden.
- 47 Als Ergebnis ist demnach festzustellen, dass auch die teleologische Auslegung die grammatikalische Auslegung bestätigt.

### **3.6. Auslegungsergebnis**

- 48 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Anwendung aller aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung massgebenden Auslegungselemente (grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung) die Kritik im Management Letter vom 4. April 2024 von Balmer Etienne zum Verkauf des Baurechts betr. Alterswohnungen Mülimatt 5 an die Bürgergemeinde Zug begründet und zutreffend ist. Die Gegenargumente des Stadtrates Zug und ihres Rechtsdienstes vermögen nicht zu überzeugen.

## **III. Erwägungen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage 2**

### **1. Rechtslage mit Bezug auf den Kaufvertrag vom 12. Januar 2023**

- 49 Fehlt dem Kaufvertrag vom 12. Januar 2023 die erforderliche Genehmigung und konnte zudem das fakultative Referendum nicht angesetzt werden, so haftet diesem Vertrag ein ursprünglicher Rechtsmangel bzw. eine ursprüngliche Fehlerhaftigkeit an. Es gibt theoretisch vier mögliche Rechtsfolgen: Der Vertrag ist (1) trotzdem rechtsgültig, (2) anfechtbar, (3) schwebend unwirksam oder (4) nichtig.
- 50 Vorweg ist festzuhalten, dass sich vollständig gleichgelagerte, vom Bundesgericht beurteilte Streitfälle – mindestens seit dem Jahr 2000 – anscheinend nicht ereignet haben.

Von Interesse ist daher, ob es allgemeine Rechtsgrundsätze oder Regelungen für ähnliche bzw. inhaltlich vergleichbare Sachverhalte gebe.

- 51 Vorfrage ist, welchem Recht der Kaufvertrag von 2023 bzw. dessen Vertragsobjekt, das Baurecht, unterstehe. Ist dies das Privatrecht oder das öffentliche Recht? Es ist dies eine Frage der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht.
- 52 Allgemein gilt der Grundsatz, dass ein Vertrag, dessen Rechtsnatur gesetzlich nicht festgelegt ist, aufgrund des Gegenstands der Regelung bzw. der damit verfolgten Interessen und Zwecke dem Privatrecht oder dem öffentliche Recht untersteht. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag hat direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt oder betrifft einen im öffentlichen Recht geregelten Gegenstand, zum Beispiel eine Erschliessung, Enteignung oder Subvention. Demgegenüber liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich der Staat durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag bloss die Hilfsmittel beschafft, derer er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Das Gemeinwesen handelt in der Regel privatrechtlich, wenn es sich die erforderlichen Hilfsmittel zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben und Interessen durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag beschafft, da lediglich eine mittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. Bedarfsverwaltung vorliegt. Allerdings kann die Zuordnung eines Vertrags zum einen oder anderen Rechtsbereich im konkreten Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein, so dass gegebenenfalls beide Betrachtungsweisen zulässig erscheinen.<sup>14</sup>
- 53 Unerheblich für die Qualifikation eines Vertrags als privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Titel sind die Organisationsform, die Rechtsform und die Trägerschaft der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Subjekte. Insbesondere ist es nicht erheblich, ob eine der Vertragsparteien eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist oder über hoheitliche Befugnisse verfügt.<sup>15</sup> Massgebend ist vielmehr der tatsächliche Inhalt des Rechtsverhältnisses.<sup>16</sup>
- 54 Möglich sind weiter aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elementen zusammengesetzte gemischte Verträge. Liegen zwei voneinander unabhängige Rechtsverhältnisse vor, so haben über die sich aus dem verwaltungsrechtlichen Teil ergebenden Streitigkeiten die Verwaltungsjustizbehörden und über die sich aus dem zivilrechtlichen Teil ergebenden Streitigkeiten die Zivilgerichte zu befinden. Besteht ein enger Sachzusammenhang zwischen beiden Teilen, ist es geboten, dass das Zivil- oder das Verwaltungsgericht bei der rechtlichen Beurteilung die Einbettung der Teile im Gesamtgeschäft angemessen berücksichtigt. Ein Vertrag ist somit nicht zwingend als Ganzes zu qualifizieren (entgegen KG BL vom 22. Feb. 2006, 2002/475, E. 1.1.1).<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Siehe etwa BGE 134 II 297 E. 2.2; 128 III 250 E. 2b S. 253 f.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 181 f.

<sup>15</sup> VerwG ZH vom 12. Jan. 2005, PB.2004.00074, E. 3.6.1.

<sup>16</sup> BGer vom 14. Dez. 2005, 2P.136/2005, E. 3.1.1 [Anstellungsvertrag]; BVGer vom 15. Juli 2009, A-5237/2008, E. 1.4.

<sup>17</sup> WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 185 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

- 55 Baurechtsverträge für den gemeinnützigen Wohnungsbau ergehen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wenn den Bauberechtigten damit namentlich insofern eine Unterstützung gewährt werden soll, als der Baurechtszins nicht anhand des Verkehrswerts der fraglichen Baulandparzelle, sondern anhand eines niedrigeren Werts berechnet wird.<sup>18</sup> Im vorliegenden Zusammenhang unterstehen die Alterswohnungen, die im Rahmen des Baurechts erstellt worden sind, zwar einem Förderregime, das aber nicht näher beschrieben wird. Gemäss den Angaben in der Ausgangslage seien die auf dem Baurecht beruhenden Alterswohnungen im Verwaltungsvermögen erfasst gewesen. Der Erlös sei hingegen in das Finanzvermögen geflossen (vorn Rz. 1). Im Vertrag selber steht in Ziff. 3 betr. die Grundstückgewinnsteuer, das Grundstück sei kein Objekt des Privatvermögens im Sinne von § 189 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Zug. Dies alles deutet darauf hin, dass man es trotz der Überführung des Erlöses in das Finanzvermögen mit Verwaltungsvermögen zu tun hat.<sup>19</sup>
- 56 Nach der in Deutschland und in der Schweiz massgeblichen dualistischen Theorie bestimmt das Privatrecht namentlich Begriff und Inhalt des Eigentums und der dinglichen oder obligatorischen Rechte sowie die Formen der Begründung und Übertragung dieser Rechte. Demgegenüber richten sich Verfügungsmacht (Hoheit des Staates, Zuständigkeit des Gemeinwesens und des Organs) und Zweckbestimmung im Allgemeinen, die konkreten Nutzungsmöglichkeiten, der Schutz vor Beschädigungen sowie die Abgaben für bestimmte Arten der Benutzung nach den Vorschriften des öffentlichen Recht.<sup>20</sup>
- 57 Nach alldem ist davon auszugehen, dass der Kaufvertrag vom 12. Januar 2023 hinsichtlich der Form der Begründung und Übertragung des Baurechts dem Privatrecht untersteht, dass aber die Fragen der Zuständigkeit für den Vertragsschluss durch das öffentliche Recht bestimmt werden. Dies betrifft insbesondere die Zuständigkeit für den Abschluss des Vertrags. Wie sich soeben ergeben hat, ist der Stadtrat Zug nicht allein für den Vertragsabschluss zuständig. Vielmehr muss auch der Grosse Gemeinderat mitwirken. Überdies steht noch das fakultative Referendum auf dem Zuständigkeitsprogramm.
- 58 Dennoch ist zunächst zu fragen, ob für die Rechtsfolgen des Fehlens der Genehmigung des Vertrages Privatrecht relevant sein könnte.
- 59 Analysiert man Rechtslehre und Rechtsprechung zur Nichtigkeit nach Art. 19 und 20 des Obligationenrechts (OR)<sup>21</sup>, so zeigt sich, dass daraus kaum Anhaltspunkte für die Beurteilung des vorliegenden Falls zu finden sind. Denn Nichtigkeitsfragen stellen sich nur mit Bezug auf den Inhalt von Verträgen, bei Kaufverträgen über Liegenschaften nach Art.

---

<sup>18</sup> VerwG ZH vom 2. Sept. 2009, VB.2009.00083, E. 7.1.

<sup>19</sup> Siehe RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Bern 2014, Rz. 58.

<sup>20</sup> Siehe WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 19), Rz. 97 ff. mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2246 ff.; PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 1328 f.

<sup>21</sup> SR 220.

216 OR auch noch über Formvorschriften des Vertragsschlusses, d.h. vor allem bei Fehlen der öffentlichen Beurkundung. Deren Fehlen hat die Nichtigkeit des Kaufvertrages zur Folge.<sup>22</sup> Es ist aber ersichtlich, dass die volle Nichtigkeit bei inhaltlichen Mängeln der Entstehung teilweise abgedämpft worden ist, insbesondere wenn keine gravierenden Verstösse gegen die öffentliche Ordnung bzw. gegen das öffentliche Recht vorliegen.<sup>23</sup> Das Ziel sei in erster Linie die Beseitigung der einem Vertrag anhaftenden Mängel und nicht das Dahinfallen des Vertrages.<sup>24</sup>

60 Da im vorliegenden Fall keine Inhaltsfrage streitig ist, sondern eine Zuständigkeitsfrage beim Vertragsschluss, ist im Folgenden unter öffentlich-rechtlichen Aspekten nach einer Antwort auf die Frage nach den Rechtswirkungen des Fehlens der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat zu suchen. Unter diesen Umständen ist der Blick auf den Abschluss von öffentlich-rechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Verträgen zu richten.

61 Verwaltungsrechtliche Verträge entstehen durch übereinstimmende Willenserklärung der Parteien. Die Vorschriften des OR finden analog als subsidiäres öffentliches Recht Anwendung, solange das öffentliche Recht keine eigenen Bestimmungen enthält.<sup>25</sup> Anfänglich fehlerhafte öffentlich-rechtliche Verträge können anfechtbar oder nichtig oder wie Verfügungen auch widerrufbar sein, wobei Nichtigkeit in Anlehnung an die Evidenztheorie nur bei schweren und offensichtlichen Fehlern anzunehmen ist. Die Unzuständigkeit des vertragschliessenden öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekts hat nach Lehre und Rechtsprechung nicht in jedem Fall Nichtigkeit zur Folge. Von Nichtigkeit ist auszugehen, wenn es sich um einen schweren und offensichtlichen Rechtsmangel handelt bzw. wenn die Rechtssicherheit zu sehr leiden würde.<sup>26</sup> Falls keine Nichtigkeit Platz greift, so ist der Rücktritt oder die Kündigung vertragstypisch.<sup>27</sup> Andere Stimmen sehen eher wie bei Verfügungen den Widerruf oder die Anfechtung.»<sup>28</sup>

62 Im vorliegenden Zusammenhang scheint es naheliegend, sich für die Beurteilung an Rechtsgeschäften zu orientieren, die der Genehmigung einer staatlichen Instanz bedürfen und zu erkunden, wie dort die Rechtsfolgen der fehlenden Genehmigung lauten. Ein in der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon mehrfach aufgetretener Streit betraf die fehlende Genehmigung eines Kaufvertrags über ein landwirtschaftliches Gewerbe. Die

---

<sup>22</sup> Siehe z.B. BSK OR I-FASEL, Art. 216 N 18.

<sup>23</sup> Siehe dazu etwa ALFRED KOLLER, OR AT, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Aufl., Bern 2023, Rz. 13.67 ff. und 13.158 ff.; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 2 ff.; auch schon ALFRED KOLLER, in: Theo Guhl (Hrsg.), Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 2000, § 7 Rz. 22 ff.

<sup>24</sup> Siehe z.B. CHG-A.KUT/CH. BAUER, OR 19–20 N. 40; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 1105.

<sup>25</sup> Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 20), Rz. 1342; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 20), Rz. 995; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 2989.

<sup>26</sup> Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 20), Rz. 1353; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 20), Rz. 1011; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 2999.

<sup>27</sup> Siehe WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 2999 mit Hinweisen.

<sup>28</sup> Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 20), Rz. 1353; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 20), Rz. 1011.

Genehmigungspflicht für solche Geschäfte ist im Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB)<sup>29</sup> vorgesehen. Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu eine Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGBB). Zuständig für die Bewilligungen ist eine kantonale Behörde (Art. 83 Abs. 1 in Verb. mit Art. 90 Bst. a). Das BGBB enthält sodann eine Bestimmung über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften. Rechtsgeschäfte, die den Verboten der Realteilung und der Zerstückelung von Grundstücken (Art. 58) oder den Bestimmungen über den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (Art. 61–69) zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, sind nichtig (Art. 70). Da Verstösse gegen den Bewilligungsartikel (Art. 61 Abs. 1 BGBB) in den verwiesenen Bestimmungen enthalten sind (Art. 61–69), möchte man meinen, Verkäufe ohne Bewilligung seien in jedem Fall nichtig. Dies trifft aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts aber nicht zu.

63 In einem Rechtsstreit über das Schicksal des Erwerbs eines landwirtschaftlichen Gewerbes führte das Bundesgericht folgendes aus:<sup>30</sup>

«Bewilligungspflichtig ist der Erwerb, nicht die Veräusserung (STALDER, *Bodenrecht*, a.a.O., N. 1 und N. 4 zu Art. 61 BGBB; *Votum Bundesrat Koller*, AB 1990 S 687), also nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern das Verfügungsgeschäft bzw. der Grundbucheintrag als Vollzug des Vertrages (DONZALLAZ, a.a.O., S. 154 Rz. 543; STALDER, *Handänderung*, a.a.O., S. 117). Die Bewilligung ist eine sog. privatrechtsgestaltende Verwaltungsverfügung (*Votum Zimmerli*, AB 1990, S 239; STALDER, *Bodenrecht*, a.a.O., N. 16 Vorbem. zu Art. 61–69 und N. 8 zu Art. 70 BGBB; HAFELIN/MULLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, S. 271 Rz. 1259). Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre davon ausgegangen, das Rechtsgeschäft sei in einem Zustand der schwebenden Unwirksamkeit, solange keine Erwerbsbewilligung erteilt ist; durch die Bewilligung als privatrechtsgestaltende Verfügung werde das Rechtsgeschäft dann entweder in die Vollgültigkeit überführt oder aber zunichte gemacht. Erst die Verweigerung der Bewilligung führe damit zur Nichtigkeit des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts (STALDER, *Bodenrecht*, a.a.O., N. 16 ff. Vorbem. Art. 61–69 BGBB, N. 7 zu Art. 61 BGBB und N. 8 und 10 zu Art. 70 BGBB; DERSELBE, *Handänderung*, S. 208; vgl. auch DONZALLAZ, a.a.O., S. 179 f. Rz. 637 ff.). Das Bundesgericht ist wiederholt, allerdings ohne vertiefte Begründung und zum Teil in anderem Zusammenhang, unter Bezugnahme auf STALDER von einer schwebenden Unwirksamkeit bis zum Bewilligungsentscheid ausgegangen (Urteile 2C\_39/2013 vom 10. Januar 2014 E. 6.3; 5A\_393/2011 vom 3. November 2011 E. 6.2.1.3). Diese Wirkung ergibt sich in der Tat aus der Rechtsnatur der Bewilligung als privatrechtsgestaltende Verfügung (i.d.S. STALDER, *Bodenrecht*, a.a.O., N. 16 f. Vorbem. zu Art. 61–69 BGBB). Da bislang kein Bewilligungsverfahren eingeleitet und die Bewilligung nicht verweigert wurde, kann somit entgegen der Vorinstanz nicht von Nichtigkeit des Kaufvertrages vom 3. Januar 1995 (und den in der Folge getätigten Rechtsgeschäften) ausgegangen werden.»

---

<sup>29</sup> SR 211.412.11.

<sup>30</sup> Urteil 4A\_260/2018 des Bundesgerichts vom 28. November 2018, E. 2.2.2 f.

- 64 Das Bundesgericht bezeichnet die Bewilligung gemäss BGG als privatrechtsgestaltende Verfügung, was eine allgemein anerkannte Rechtsfigur ist.<sup>31</sup> Die privatrechtsgestaltende Verfügung zeichnet sich dadurch aus, dass die (öffentlich-rechtliche) Anordnung Grundlage für das nach Zivilrecht zu erfolgende Rechtsgeschäft bildet und die Zivilgerichte daran gebunden sind, sodass diese grundsätzlich nicht mehr widerrufen werden kann, wenn das privatrechtliche Rechtsgeschäft bereits vollzogen ist.<sup>32</sup> Typische Beispiele, die in der Lehre häufig genannt werden, sind die Zuschlagsverfügung im öffentlichen Beschaffungswesen als Voraussetzung für den Vertragsabschluss, die behördliche Erlaubnis für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks sowie die Bewilligung für den Erwerb eines Grundstücks durch Personen im Ausland.<sup>33</sup>
- 65 Im vorliegenden Zusammenhang ist die Genehmigung eines Verkaufsgeschäfts nach § 16 Abs. 2 Bst. g der Gemeindeordnung zwar keine Verfügung im verwaltungsrechtlichen Sinn. Noch weniger ist eine allfällige Referendumsabstimmung eine Verfügung im verwaltungsrechtlichen Sinn. Es handelt sich vielmehr um Akte innerhalb der innerstädtischen Kompetenzordnung. Gegen die allfällige Verweigerung der Genehmigung bzw. gegen die allfällige Ablehnung der Genehmigung in einer Referendumsabstimmung gibt es kein Rechtsmittel. Weder der Stadtrat Zug noch die Bürgergemeinde Zug können gegen die Ablehnung ein Rechtsmittel ergreifen, weil weder das Recht der Stadt Zug noch das Recht des Kantons Zug dafür eine Anfechtungsmöglichkeit vorsehen. Es gibt, soweit ersichtlich, auch keine Bestimmungen über die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen städtischen Behörden. Dies ist im Fall der Verweigerung der Genehmigung der Kaufbewilligung gemäss BGG für landwirtschaftliche Gewerbe durch die zuständige kantonale Behörde anders. Solche Verweigerungen können von den Betroffenen erstinstanzlich bei der kantonalen Beschwerdebehörde angefochten werden (Art. 88 Abs. 1 BGG).
- 66 Obwohl im vorliegenden Fall kein Rechtsmittel gegeben ist, scheint es angezeigt und zielführend, auf die Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit zurückzugreifen. Der Sache nach ist die Genehmigungsbedürftigkeit eine aufschiebende Bedingung für den Abschluss des Rechtsgeschäfts. Vom Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts besteht ein Schwebestand. Ein Schuldverhältnis ist bereits vorhanden. Hingegen sind die Forderungen des Gläubigers und die Leistungspflicht des Schuldners vom Eintritt der Bedingung abhängig. Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass die Stadt Zug die Rückübertragung des Baurechts von der Bürgergemeinde Zug verlangen (vindizieren) könnte, während die Bürgergemeinde Zug die Rückzahlung des Kaufpreises wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Stadt Zug (Art. 62 OR) verlangen könnte.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 20), Rz. 1357 ff., unter Erwähnung der Genehmigung nach BGG; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 2755, ebenfalls unter Hinweis auf die Genehmigung nach BGG.

<sup>32</sup> Siehe z.B. BGE 137 II 182 E. 3.7.4.2.

<sup>33</sup> Siehe etwa WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 3), Rz. 2755 ff.

<sup>34</sup> Siehe dazu etwa BERGER (Fn. 24), Rz. 1104; KOLLER, in: Theo Guhl (Fn. 23), § 9 Rz. 18 ff.

67 Aus den vorstehenden Ausführungen und Erwägungen folgt, dass der Kaufvertrag zwischen der Stadt Zug und der Bürgergemeinde Zug mangels erforderlicher Genehmigung unter Referendumsvorbehalt durch den Grossen Gemeinderat nicht rechtsgültig zustande gekommen ist. Der Vertrag ist schwebend unwirksam. Er wird im Fall der Genehmigung und dem Verzicht auf das Referendum bzw. bei dessen Ablehnung rechtsgültig. Im Fall der Ablehnung der Genehmigung wird er nichtig. Alsdann wird die Rückabwicklung der zu Unrecht erfolgten Eigentumsübertragung unter Rückleistung des Kaufpreises aktuell.

## **2. Vorgehensmöglichkeiten des Grossen Gemeinderates**

### **2.1. Optionen**

68 Da der Stadtrat dem Grossen Gemeinderat den schwebend unwirksamen Kaufvertrag vom 12. Januar 2023 nicht zur Genehmigung vorgelegt hat, geht es darum, dafür zu sorgen, dass die zugrunde liegende Suspensivbedingung<sup>35</sup> erfüllt oder auf deren Erfüllung mit der Rechtsfolge des Eintritts der Nichtigkeit ausdrücklich verzichtet wird. Der Grosse Gemeinderat hat daher mindestens die folgenden Vorgehensoptionen: (1) Weisung an den Stadtrat zur Unterbreitung des Kaufvertrags zur nachträglichen Genehmigung oder Ablehnung der Genehmigung oder (2) Suche nach einer informellen Erledigung.

69 Angemerkt sei, dass es keinen Handlungsbedarf im vorstehend ausgeführten Sinn gäbe, falls der Grosse Gemeinderat den Ausführungen und Folgerungen dieses Gutachtens nicht folgen sondern die Auffassung des Stadtrates und dessen Rechtsdienst bevorzugen sollte.

### **2.2. Nachträgliche Genehmigung oder Genehmigungsverweigerung**

70 Man könnte daran denken, für die nachträgliche Genehmigung oder Genehmigungsverweigerung auf die in der Geschäftsordnung des Grossen Gemeinderates<sup>36</sup> verankerten Handlungsinstrumente, die für das Einbringen von Beratungsgeschäften vorgesehen sind, zurückzugreifen (§§ 38 ff.), konkret auf die Motion (§ 41 Abs. 1). Danach sind Motionen Anträge, durch deren Erheblicherklärung der Stadtrat, das Büro oder eine Kommission des Grossen Gemeinderates verpflichtet wird, einen Erlass- oder Beschlussentwurf vorzulegen oder bestimmte Massnahmen zu treffen.

71 Von einer Motion ist indessen abzusehen, weil es vorliegend nicht um ein parlamentarisches Geschäft im eigentlichen Sinn geht, sondern um einen gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsakt des Grossen Gemeinderates. Da der Stadtrat diesen nicht beantragt hat, kann der Grosse Gemeinderat mit einer Weisung die Unterbreitung des Geschäfts zur Genehmigung verlangen. Er ist in diesem Zusammenhang eine hierarchisch übergeordnete Verwaltungsbehörde.

---

<sup>35</sup> Siehe KOLLER, in: Theo Guhl (Fn. 23), § 9, Rz. 18 ff.

<sup>36</sup> SRZ 1.5-1.

- 72 Der Grosse Gemeinderat wäre frei, im Rahmen der Beratung des zur Genehmigung vorgelegten Geschäfts die Genehmigung auszusprechen oder die Genehmigung abzulehnen.
- 73 Im Fall der Verweigerung der Genehmigung gäbe es keine Referendumsmöglichkeit. Im Genehmigungsfall gäbe es zwei Möglichkeiten für ein fakultatives Referendum:
- 74 (1) Eine Urnenabstimmung über einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Beschluss des Grossen Gemeinderates hat stattzufinden, wenn dies unmittelbar nach der Schlussabstimmung von 14 Ratsmitgliedern verlangt wird (§ 63 Abs. 1 Geschäftsordnung).
- 75 (2) Beschliesst der Gemeinderat nicht selber das fakultative Referendum, so ist der Beschluss über die Genehmigung im Hinblick auf das Referendum im Amtsblatt zu publizieren (§ 37 Abs. 2 Geschäftsordnung). Alsdann haben mindestens 500 Stimmberechtigte innerhalb von 30 Tagen seit der Veröffentlichung das Referendumsbegehren einzureichen (§ 8 Abs. 2 Gemeindeordnung).

### **3. Vorgehensmöglichkeiten der Bürgergemeinde Zug**

- 76 Wie bereits erwähnt, steht der Bürgergemeinde Zug gegen eine allfällige Verweigerung der Genehmigung des Kaufvertrages kein Rechtsmittel zur Verfügung, weil es sich bei der Verweigerung der Genehmigung nicht um eine anfechtbare Verfügung handeln würde. Hingegen ist zu fragen, ob die Bürgergemeinde Zug die Möglichkeit hätte, eine Klage auf Feststellung der Gültigkeit des Kaufvertrages zu erheben, weil sie in ihren Rechten betroffen ist.<sup>37</sup>
- 77 Da der Abschluss des Kaufvertrages – wie dargelegt – dem öffentlichen Recht untersteht, wäre für die Beurteilung der Feststellungsklage nicht die Zivilgerichtsbarkeit zuständig, sondern die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Damit rückt das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zug (VRG)<sup>38</sup> ins Blickfeld.
- 78 Nach § 81 Bst. b VRG beurteilt das Verwaltungsgericht des Kantons Zug im Klageverfahren Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen, ausgenommen Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen, die mit öffentlich-rechtlichem Vertrag begründet worden sind.
- 79 Im vorliegenden Zusammenhang geht es zwar nicht um eine Streitigkeit aus einem gültig abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern um die Frage, ob ein solcher Vertrag rechtsgültig zustande gekommen sei und die darin vorgesehenen Leistungen zu Recht erbracht worden seien. Es steht aber ausser Zweifel, dass über die Vorfrage der Leistungserbringung, d.h. über die rechtsgültige Entstehung des Vertrages, ebenfalls

---

<sup>37</sup> Siehe RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENIS BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021, Rz. 1715, bezogen auf das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1236.

<sup>38</sup> BGS 175.2.

eine Feststellungsklage möglich sein muss, weil der Leistungsaustausch im Fall der Ungültigkeit des Kaufvertrages unter Aspekten der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 OR) rückgängig gemacht werden müsste. Es gibt unter diesen Umständen ein offensichtliches Rechtsschutzinteresse, was Voraussetzung für die Klage ist.<sup>39</sup> Im Fall der Rückabwicklung müsste die Stadt Zug für die Kosten aufkommen, welche der Bürgergemeinde durch den Kaufvertrag und dessen Rückabwicklung entstanden sind bzw. entstehen würden.<sup>40</sup>

#### **IV. Beantwortung der Gutachtensfragen**

##### **1. Antwort auf Frage 1**

- 80 Wie ist die gültige Gemeindeordnung der Stadt Zug §§ 16 lit. f und lit. g auszulegen? Fällt der Kauf oder der Verkauf eines Baurechtes, sofern er dann die Schwellen von CHF 5 Mio (lit. f – Kauf von Grundstücken) oder von CHF 1 Mio (lit. g – Verkauf von Grundstücken) in die Kompetenz des Grossen Gemeinderates oder in die allgemeine Kompetenz des Stadtrates laut § 27 der Gemeindeordnung?
- 81 Die Auslegung der fraglichen Bestimmungen anhand der vom Bundesgericht für massgebend erklärten Auslegungselemente oder Auslegungsmethoden (grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung) ergibt, dass die Rechtsauffassung des Stadtrates Zug und ihres Rechtsdienstes nicht überzeugt. Sie beruht einseitig auf der unzutreffenden Unterscheidung des Begriffs «Grundstücke» in Art. 655 ZGB und dem juristisch untechnischen Begriff «Land» in einer Kurzerläuterung im Antrag zur Revision 1984 von § 25 Ziff. 11a Gemeindeordnung. Dabei ist zu beachten, dass in der Revision der Gemeindeordnung von 1984 nicht von «Grundstücken» sondern von «Liegenschaften» die Rede war. «Land» ist wohl eher als Synonym zu «Liegenschaft» verwendet worden denn als Abgrenzung zu überbauten Land.
- 82 Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Begriff vom Grossen Gemeinderat Zug und seiner Spezialkommission im Rahmen der Beratungen aufgenommen worden wäre. Vielmehr ist aus deren Erläuterungen zu § 25 Ziff. 1 Gemeindeordnung 1984 zu entnehmen, dass Baurechte ausdrücklich eingeschlossen sind. Die Baurechte sollten eingeschlossen werden, weil solche beschränkte dingliche Rechte im Fall des Erwerbs zu einer weitgehenden Sachherrschaft bzw. im Fall des Verzichts oder Verkaufs zum weitgehenden Verlust der Sachherrschaft über Parzellen während der Dauer von Baurechten führen. Derart weitgehende Rechtsveräusserungen sollen wegen ihrer grundstückpolitischen Bedeutung ab der im vorliegenden Fall klar überschrittenen Betragsgrenze für die alleinige Zuständigkeit des Stadtrates der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat unterstehen und überdies dem fakultativen Referendum der Stimmberechtigten. Wenn ein Baurecht für 100 Jahre verliehen wird, wie im vorliegenden Fall, so kommt dem blossen Landeigentum nur noch eine untergeordnete Bedeutung zu. Es ist daher nicht ersichtlich, dass es Sinn

---

<sup>39</sup> Siehe KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 37), Rz. 1230 und 1236.

<sup>40</sup> Siehe KOLLER, in: Theo Guhl (Fn. 23), § 27 Rz. 24.

und Zweck der Regelung entsprechen sollte, den Verkauf eines Baurechts anders zu behandeln als den Verkauf einer Liegenschaft. Hinzu kommt, dass die Relevanz des fakultativen Referendums dazu führt, dass im Zweifel eine Volksabstimmung ermöglicht werden muss. Es gilt dafür der vom Bundesgericht formulierte Grundsatz «in dubio pro populo». Wenn man im vorliegenden Zusammenhang noch ein gewisses Verständnis für die Argumentation des Stadtrates und seines Rechtsdienstes haben wollte, wo wären jedenfalls Zweifel an der Richtigkeit mehr als berechtigt, sodass das «in dubio pro reo»-Prinzip zur Unterstellung unter die Genehmigungspflicht führen würde.

## **2. Antwort auf Frage 2**

- 83 Falls Sie zum Schluss kämen, die Zuständigkeit für dieses Geschäft sei unter § 16 lit. g zu subsumieren und demnach eine Kompetenzüberschreitung des Stadtrates vorliegen würde, wie ist das Schicksal des Kaufvertrages zu beurteilen und welche Lösungen resp. Rechtsmittel bieten sich an, eine allfällige schwebende Situation des Vertragsverhältnisses zu klären?
- 84 Für die Beantwortung dieser Frage gibt es keine vergleichbar eindeutigen Rechtsgrundlagen wie für die Beantwortung der Frage 1. Es muss daher teilweise mit Analogien gearbeitet werden.
- 85 Zunächst war zu klären, ob der Kaufvertrag dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht unterstehe. Grundstückkäufe und damit auch Verträge über beschränkte dingliche Rechte unterliegen grundsätzlich den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Grundstückkauf (Art. 216 ff. OR). Da es im vorliegenden Fall aber um den Verkauf eines Baurechts geht und die gestützt darauf bestehenden Bauten dem Verwaltungsvermögen zugeordnet waren, ist der Vertragsgegenstand grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur. Diese Qualifikation ist aber nicht besonders bedeutungsvoll, was den Vertragsgegenstand betrifft, weil darüber keine Meinungsverschiedenheiten bestehen. Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Zuständigkeit für den Abschluss des Vertrages. Diesbezüglich kommen eindeutig ausschliesslich öffentlich-rechtliche Bestimmungen zum Zug, nämlich Bestimmungen des Gemeindegesetzes. Die Frage, ob der Vertrag rechtsgültig zustande gekommen sei, betrifft daher ausschliesslich öffentliches Recht. Unter diesen Umständen sind Rechtsprechung und Lehre über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge massgebend.
- 86 Diesbezüglich kann eine Analogie zum Abschluss insbesondere von Verträgen über den Kauf und Verkauf von landwirtschaftlichen Betrieben angestellt werden. Solche Rechtsgeschäfte unterstehen gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) der behördlichen Genehmigung. In einem Streitfall über die Rechtsfolgen des Fehlens der Genehmigung entschied das Bundesgericht, der Kaufvertrag sei schwebend unwirksam, solange die Bewilligung ausstehe. Es geht insofern um eine aufschiebende Bedingung.
- 87 Überträgt man diese Überlegung auf den vorliegenden Fall, was als sachgerecht erscheint, so ist der Kaufvertrag vom 12. Januar 2023 nicht nichtig und auch nicht gültig,

sondern schwebend unwirksam. Das ist eine mildere Rechtsfolge als die Nichtigkeit, die bei öffentlich-rechtlichen Verträgen grundsätzlich eintritt, falls die Zuständigkeit einer Behörde für den Abschluss offensichtlich nicht gegeben ist und falls keine dringenden öffentlichen Interessen gegen die Nichtigkeit stehen. Offensichtlichkeit wäre z.B. gegeben, wenn eine Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, das gar nicht auf ihrem Gebiet liegt, abschliessen würde.

88 Weder der Stadtrat Zug noch die Bürgergemeinde Zug hätten ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat oder die Ablehnung der Genehmigung in einer Volksabstimmung.

89 Mit der Nichtgenehmigung würde der Vertrag nichtig. Der Vertrag wäre nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR) der Rückabwicklung zuzuführen.

90 Die Bürgergemeinde Zug könnte zwar kein Rechtsmittel gegen die Nichtgenehmigung ergreifen. Sie könnte aber gestützt auf § 81 Bst. b Verwaltungsrechtspflegegesetz des eine verwaltungsrechtliche Klage erheben mit dem Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass der Vertrag gültig zustande gekommen sei, weil es keiner Genehmigung durch den Grossen Gemeinderat unter Referendumsvorbehalt bedürfe.

91 Der Grosse Gemeinderat hat nach alldem die folgenden Optionen:

(1) Er kann den Stadtrat beauftragen, mit der Bürgergemeinde Zug eine einvernehmliche Regelung über die Rückabwicklung des Kaufvertrages zu treffen.

(2) Er kann dem Stadtrat die Weisung erteilen, den Vertrag zur nachträglichen Genehmigung zu unterbreiten. Im Fall der Ablehnung der Genehmigung wäre der Vertrag nichtig, sodass er der Rückabwicklung zugeführt werden müsste. Im Genehmigungsfall wäre nichts weiter zu unternehmen.

(3) Er kann die Sache auf sich beruhen lassen, wenn er zum Schluss kommt, dass trotz den vorstehenden Ausführungen und Erwägungen an der Rechtsauffassung festgehalten werden könne und solle, der Kaufvertrag sei rechtsgültig zustande gekommen, wie es der Stadtrat und sein Rechtsdienst geltend machen.



Prof. em. Dr. iur. Paul Richli