

INHALT SOMMAIRE

LEITENTSCHEIDE DECISIONS IMPORTANTES

AUSLÄNDERRECHT – DROIT DES ETRANGERS

Aufenthaltsbewilligung für Rentnerinnen und Rentner zwecks
Verbleibs bei der Tochter (VGE) 505

STEUERN – IMPOTS

Impôt sur les gains immobiliers; cession d'une cédule
hypothécaire; solidarité au sein de la société simple (ATF) 516

SOZIALVERSICHERUNG – ASSURANCES SOCIALES

Ergänzungsleistungen; Anrechnung einer Leibrente (VGE) 532

VERFAHREN – PROCEDURE

Rechtsschutz bei Einleitung einer Administrativuntersuchung
(VGE) 537

Bemerkungen (Felix Uhlmann) 547

siehe auch Seite 505

IMPRESSUM

Redaktion / Rédaction

Fürsprecher Michel Daum, Verwaltungsrichter
Fürsprecher Dr. Christoph Bürki, Verwaltungsrichter
Christophe Tissot, avocat, juge au Tribunal administratif
Fürsprecher Dr. Thomas Ackermann, Verwaltungsrichter
Rechtsanwalt Cesar Röthlisberger Brandenburg, Jurist bei der Staatskanzlei
des Kantons Bern
Fürsprecher Dr. Res Nyffenegger, Präsident der Enteignungsschätzungskommission
des Kantons Bern
Prof. Dr. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches
Verfahrensrecht an der Universität Bern
Rechtsanwalt Dr. Jürg Wichtermann, Geschäftsführer des Verbands Bernischer Gemeinden

Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction

c/o Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern
Tel. +41 31 636 23 10, bvr.redaktion@justice.be.ch

Druck und Administration / Impression et administration

Länggass Druck AG Bern, Länggassstrasse 65, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. +41 31 307 75 75, info@ldb.ch, www.ldb.ch

Abonnemente / Abonnements

Zeitschrift ohne eBVR Fr. 145.–, Studierende Fr. 72.50
Zeitschrift mit eBVR Fr. 172.–, Studierende Fr. 86.–
Einzelheft Fr. 18.–, Jahres- und Mehrjahresregister
Revue sans eJAB Fr. 145.–, étudiant(e)s Fr. 72.50
Revue avec eJAB Fr. 172.–, étudiant(e)s Fr. 86.–
Cahier séparé Fr. 18.–, registre annuel et pluriannuel

Bestellungen / Commandes

Länggass Druck AG Bern, Tel. +41 31 307 75 75, www.ebvr.ch

Erscheinen / Parution

10–12 x jährlich/par an

ISSN 2296-0074 (Print)

ISSN 2296-0082 (Online)

LEITENTSCHEIDE DECISIONS IMPORTANTES

AUSLÄNDERRECHT DROIT DES ETRANGERS

Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 3. September 2024 i.S. A. gegen SID (VGE 100.2022.309)

Aufenthaltsbewilligung für Rentnerinnen und Rentner zwecks Verbleibs bei der Tochter

1. Rechtsgrundlagen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für Rentnerinnen und Rentner (Art. 28 AIG; Art. 25 VZAE; E. 2).
2. Das Erfordernis besonderer persönlicher Beziehungen zur Schweiz (Art. 28 Bst. b AIG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 VZAE) ist nicht erfüllt (E. 3).
3. Prüfung der Anforderungen an die notwendigen finanziellen Mittel gemäss Art. 28 Bst. c AIG i.V.m. Art. 25 Abs. 4 VZAE: die nach Art. 11 ELG anrechenbaren Eigenmittel (inkl. ggf. ausreichend sichergestellte Drittmittel) reichen nicht aus, um die gemäss Art. 10 ELG anerkannten Ausgaben zu decken; das Sozialhilfeabhängigkeitsrisiko ist nicht vernachlässigbar (E. 4).
4. Die vorinstanzlich bestätigte ermessensweise Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung hält der Rechtskontrolle stand (E. 5).

Autorisation de séjour pour rentier et rentière en vue de séjourner auprès de leur fille

1. Bases légales pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour rentiers et rentières (art. 28 LEI; art. 25 OASA; c. 2).
2. La condition d'attaches personnelles particulières avec la Suisse (art. 28 let. b LEI en relation avec l'art. 25 al. 2 OASA) n'est pas remplie (c. 3).
3. Examen des exigences liées à la condition de moyens financiers suffisants, au sens de l'art. 28 let. c LEI en relation avec l'art. 25 al. 4 OASA: les moyens financiers propres à prendre en compte d'après l'art. 11 LPC (y compris les éventuelles prestations tierces suffisamment garanties) ne

- suffisent pas à couvrir les dépenses reconnues au sens de l'art. 10 LPC. Le risque de dépendance de l'aide sociale n'est dès lors pas négligeable (c. 4)
4. Le refus d'autorisation de séjour, confirmé par l'instance précédente, est conforme au droit (c. 5).

Sachverhalt (gekürzt):

A.- Die verwitwete israelische Staatsangehörige A. (Jg. 1942) stellte Ende August 2020 bei der Schweizerischen Botschaft in Tel Aviv, Israel, einen Antrag auf Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt in der Schweiz zwecks Verbleibs bei ihrer Tochter mit Schweizer Staatsangehörigkeit, B. (Jg. 1969). Die Tochter lebt mit ihrem Ehemann C. (Jg. 1956) im Kanton Bern. Mit Verfügung vom 9. September 2021 verweigerte das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), die nachgesuchte Aufenthaltsbewilligung.

B.- Gegen diese Verfügung erhob A. Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID), die diese mit Entscheid vom 8. September 2022 abwies.

C.- Dagegen hat A. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der Entscheid der SID sei aufzuheben und ihr sei ein Visum für den langfristigen Aufenthalt bzw. eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die SID beantragt Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Strittig ist die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung für die Beschwerdeführerin als Rentnerin nach Art. 28 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20). Die Beschwerdeführerin leitet zu Recht keinen Aufenthaltsanspruch ab aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechts-

konvention (EMRK; SR 0.101) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101). Insbesondere steht kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihr und ihrer hier lebenden (erwachsenen) Tochter zur Diskussion (vgl. dazu etwa BGE 147 I 268 E. 1.2.3; BVR 2020 S. 443 E. 4.2.1, je mit weiteren Hinweisen).

2.2 Nach Art. 28 AIG können Ausländerinnen und Ausländer, die nicht mehr erwerbstätig sind, zugelassen werden, wenn sie ein vom Bundesrat festgelegtes Mindestalter erreicht haben (Bst. a), besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz besitzen (Bst. b) und über die notwendigen finanziellen Mittel verfügen (Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Selbst wenn dies der Fall ist, besteht kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung. Die Entscheidung ist vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (BVR 2022 S. 93 E. 4.1 mit vielen Hinweisen). Näheres regelt Art. 25 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201). Danach beträgt das Mindestalter für die Zulassung von Rentnerinnen und Rentnern 55 Jahre (Abs. 1). Besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz (Abs. 2) liegen insbesondere vor, wenn längere frühere Aufenthalte in der Schweiz, namentlich Ferien, Ausbildung oder Erwerbstätigkeit, nachgewiesen werden (Bst. a), oder wenn enge Beziehungen zu nahen Verwandten in der Schweiz bestehen (Eltern, Kinder, Enkelkinder oder Geschwister; Bst. b). Weiter darf die ersuchende Person im In- oder Ausland mit Ausnahme der Verwaltung des eigenen Vermögens keine Erwerbstätigkeit ausüben (Abs. 3). Die notwendigen finanziellen Mittel liegen vor, wenn sie den Betrag übersteigen, der eine Schweizerin oder einen Schweizer und allenfalls ihre oder seine Familienangehörigen zum Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) berechtigt (Abs. 4).

2.3 Die heute 81-jährige Beschwerdeführerin hat das geforderte Mindestalter erreicht. Aufgrund ihres Alters ist nicht anzunehmen, dass sie in der Schweiz einer entgeltlichen Tätigkeit nachgehen wird. Näher zu prüfen ist jedoch, ob sie besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz hat (E. 3) und ob die notwendigen finanziellen Mittel vorhanden sind (E. 4).

3.

3.1 Die besondere persönliche Beziehung zur Schweiz (Art. 28 Bst. b AIG) darf sich nicht bloss aus Beziehungen zu hier lebenden Verwandten ergeben, sondern muss in weiteren Bezugspunkten zum Ausdruck kommen, die eigenständige und von Angehörigen unabhängige Beziehungen soziokultureller oder persönlicher Art zur Schweiz aufzeigen, beispielsweise in Form von Verbindungen zum örtlichen Gemeinwesen, Teilnahme an kulturellen Veranstaltungen oder direkten Beziehungen zur einheimischen Bevölkerung (BVR 2022 S. 93 E 4.4.1; vgl. auch Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich des SEM, Stand: 1.6.2024, Ziff. 5.3 [einsehbar unter: <www.sem.admin.ch>, Rubriken «Publikationen & Service/Weisungen und Kreisschreiben/I. Ausländerbereich»; nachfolgend: Weisungen AIG]). Unter Ermessensgesichtspunkten ist es auch bei Vorliegen verwandtschaftlicher Beziehungen gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. b VZAE nicht unstatthaft, den Zuzug wirtschaftlich nicht aktiver Personen, die nie Beiträge an die Sozialwerke, Krankenkassenbeiträge oder Steuern geleistet haben, im Licht der einschlägigen öffentlichen Interessen zurückhaltend zu regeln (Art. 28 i.V.m. Art. 3 Abs. 3, Art. 4 und 96 AIG; vgl. BVR 2022 S. 93 E. 4.4.2 mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen VGE 2022/85 vom 12.3.2024 E. 4.2.1).

3.2 Insgesamt räumt Art. 28 AIG Beurteilungsspielräume und Ermessen ein. Das Rechtsverständnis der SID hält sich an den gesetzlichen Rahmen und steht im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung. Das Verwaltungsgericht wendet bei diesen Gegebenheiten den vergleichsweise strengen Massstab der Vorinstanz an, weil es im Rahmen der Rechtskontrolle nicht seine Aufgabe ist, eine andere Praxis anstelle der primär verantwortlichen Behörden zu setzen, wenn eine Praxis strenger oder entgegenkommender sein kann (vgl. BVR 2022 S. 93 E. 4.4.3, 2010 S. 1 E. 3.4; weiterführend allgemein hierzu Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 N. 25).

3.3 Die Beschwerdeführerin wurde am ... 1942 in ..., Russland, geboren. Gemeinsam mit ihrem Ehemann und den beiden erwachsenen Kindern D. (Jg. 1966) und B. (Jg. 1969) emigrierte sie im Jahr 1992 nach Israel. Die Beschwerdeführerin ist heute israelische Staatsbürgerin. Seit dem Tod ihres Ehemannes im Jahr 2009 lebt sie allein in Israel. Die Tochter B. übersiedelte im Jahr 2002 in die Schweiz und ist mit C. (Jg. 1956) verheiratet. Beide verfügen über das Schweizer Bürgerrecht. B. ist Mutter von drei Kindern (geb. 1995,

2000 und 2005); die beiden jüngeren Söhne leben im gemeinsamen Haushalt (Stand Oktober 2022).

3.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe ihre Tochter und deren Familie seit 2002 mindestens einmal pro Jahr für mehrere Wochen besucht. Sie pflege aber nicht nur zu den in der Schweiz lebenden Familienangehörigen eine enge Beziehung, sondern unterhalte auch Kontakte zu Freunden und Nachbarinnen bzw. Nachbarn der Familie. Daraus hätten sich eigenständige Beziehungen entwickelt. Als Nachweis hat sie im Verfahren vor der Vorinstanz und vor dem Verwaltungsgericht zahlreiche Schreiben von Drittpersonen ins Recht gelegt.

3.5 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren regelmässig in die Schweiz gereist ist. Sie selber hat in ihrem Antrag zur Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt eine Besuchszeit von jeweils 5–6 Wochen angegeben. Zweck dieser Reisen war stets der Besuch der hier lebenden Tochter und deren Familie. Wie die eingereichten Referenzschreiben deutlich machen, hat die Beschwerdeführerin während ihren Besuchsaufenthalten zahlreiche Bekanntschaften geschlossen. Es scheint ihr leicht zu fallen, in Kontakt mit der hiesigen Bevölkerung zu treten und sich am Sozialleben im Wohnort ihrer Tochter zu beteiligen. Die Referenzschreiben vermitteln das Bild einer aktiven und interessierten Seniorin. Allerdings sind die ausserfamiliären Kontakte grösstenteils auf Besuche ihres familiären Umfelds zurückzuführen. Nahezu alle Referenzpersonen bestätigen, mit der Tochter der Beschwerdeführerin bzw. deren Familie befreundet, bekannt oder benachbart (gewesen) zu sein. Insofern trifft die Feststellung der Vorinstanz zu, wonach sich der Grossteil der Kontakte durch die Tochter und deren Familie ergeben haben. Das schliesst zwar nicht aus, dass sich derartige Kontakte zu eigenständigen Beziehungen entwickeln können. Tiefergehende und regelmässig gepflegte Beziehungen mit Personen ausserhalb der Familie sind indes nicht durchwegs belegt (z.B. Begegnungen an einem Quartierfest oder an einer 1. Augustfeier). Soweit die Referenzschreiben solche nahe legen, etwa mit X., mit dem Ehepaar Y. und mit Z., wurden sie durch die gemeinsame Sprache bzw. Herkunft begünstigt. Obschon die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben seit über 20 Jahren regelmässig in die Schweiz reist, sind ihre Deutschkenntnisse bescheiden geblieben. Erst im hohen Alter hat sie begonnen, in ihrer Heimat Deutschunterricht zu nehmen (Grundwortschatz und einfache Grammatik). Für soziale Bindungen auch ausserhalb des angestammten Kulturkreises

und familiären Umfelds sind Kenntnisse einer Landessprache aber von erheblicher Bedeutung (vgl. auch Art. 58a Abs. 1 Bst. c AIG).

3.6 Wie bereits die Vorinstanz zu Recht bemerkt hat, nennt die Beschwerdeführerin keine anderen Gründe als ihre gelegentlichen Besuchsaufenthalte mit persönlichen Kontakten, die einen besonderen Bezug zu Land und Leuten herstellen könnten. Sie war in der Schweiz nie erwerbstätig oder steuerpflichtig. Insgesamt vermag sie damit keine besonderen Beziehungen zur Schweiz nachzuweisen.

4.

4.1 Die nach Art. 28 Bst. c AIG i.V.m. Art. 25 Abs. 4 VZAE verlangten notwendigen finanziellen Mittel müssen den Betrag übersteigen, der Schweizerinnen und Schweizer mit ihren Familienangehörigen zum Bezug von Ergänzungsleistungen berechtigt (vorne E. 2.2). Die Mittel (Renten, Vermögen) müssen mit grosser Sicherheit bis ans Lebensende ausreichen, sodass das Risiko einer Sozialhilfeabhängigkeit als vernachlässigbar klein einzuschätzen ist. Versprechen und selbst schriftliche Garantieerklärungen von in der Schweiz lebenden Verwandten der Rentnerinnen und Rentner, für deren Lebensunterhalt aufzukommen, können diese Sicherheit nicht in jedem Fall vermitteln, weil ihre Durchsetzbarkeit fraglich ist. Die Verfügbarkeit von allfälligen finanziellen Mitteln von Dritten muss in vergleichbarem Mass sichergestellt sein wie eigene Mittel (Marc Spescha, Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 28 AIG N. 4). Die Weisungen AIG stimmen damit überein und nennen beispielhaft die Sicherung in Form einer Bankgarantie (Ziff. 5.3). Wenn Rentnerinnen und Rentner aus Drittstaaten nicht genügende eigene finanzielle Mittel haben, sind die qualitativen Anforderungen an die Unterstützungsleistungen durch Dritte entsprechend höher (zum Ganzen BVR 2022 S. 93 E. 4.6 mit Hinweisen; zur weniger strengen freizügigkeitsrechtlichen Regelung BGE 135 II 265 E. 3.3; ferner BGE 142 II 35 E. 5.1).

4.2 Am 1. Januar 2021 sind die Änderungen vom 22. März 2019 des ELG und vom 29. Januar 2020 der Verordnung vom 15. Januar 1971 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELV; SR 831.301) in Kraft getreten. Im vorliegenden Fall sind die aktuellen Bestimmungen anzuwenden (vgl. allgemein BGE 148 V 162 E. 3.2.1; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 25 N. 8), zumal sich aus den Übergangsbestimmungen zur Änderung des

ELG vom 22. März 2019 (EL-Reform) nichts anderes ergibt. Gemäss Art. 9 ELG entspricht die jährliche Ergänzungsleistung (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a ELG) dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Abs. 1). Die anerkannten Ausgaben regelt auf Gesetzesstufe Art. 10 ELG, während Art. 11 ELG die anrechenbaren Einnahmen auführt.

4.3 Zunächst sind die anerkannten Ausgaben einschliesslich der Wohnkosten zu bestimmen (Art. 10 ELG).

- *Allgemeiner Lebensbedarf*: Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 ELG beläuft sich der Betrag bei alleinstehenden Personen auf Fr. 20'100.– pro Jahr.
- *Mietzins und Nebenkosten*: Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind die Mietkosten nicht mit null Franken zu beziffern, weil sie bei ihrer Tochter und deren Familie kostenlos wohnen dürfe. Die Gewährung von Kost und Logis durch Angehörige stellt eine Unterstützungsleistung Dritter dar, welche ausserhalb der Verwandtenunterstützungspflicht freiwillig erfolgt und in der Regel nicht dauerhaft sichergestellt werden kann. Deshalb können diese Leistungen in der Regel nur dann berücksichtigt werden, wenn sie – z.B. durch die Einräumung eines lebenslangen Wohnrechts – auch rechtlich abgesichert sind (BVR 2022 S. 93 E. 4.7.2; vgl. auch VGer ZH VB.2023.00385 vom 4.10.2023 E. 3.3; VGer AG WBE.2023.197 vom 29.1.2024 E. 4.4.2.1). Das ist nicht der Fall (vgl. Grundbuch-Auszug). Wird davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin in der näheren Umgebung ihrer Tochter wohnen würde, ist für den Mietzins und die Nebenkosten einer Wohnung jährlich von einem Höchstbetrag von Fr. 17'040.– auszugehen, da der Wohnort der Tochter zur Region 2 zählt (EG ...; vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 ELG i.V.m. Art. 26 Abs. 2 ELV; Mietzinsregionen einsehbar unter: <www.bsv.admin.ch>, Rubriken «Sozialversicherungen/Ergänzungsleistungen EL/Grundlagen & Gesetze/Grundlagen/Mietkosten in den EL»).
- *Obligatorische Krankenpflegeversicherung*: Beim Pauschalbetrag ist gemäss der aktuellen kantonalen Durchschnittsprämie ein Betrag von Fr. 6'708.– pro Jahr für die Prämienregion 2 zu berücksichtigen (Art. 10 Abs. 3 Bst. d ELG i.V.m. Art. 3 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern [EDI] vom 19. Oktober 2023 über die Durchschnittsprämien 2024 der Krankenpflegeversicherung für die Berechnung der Ergänzungsleistungen und der Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose [SR 831.309.1]; Prämienregionen einsehbar unter:

<www.bag.admin.ch>; Rubriken «Versicherungen/Krankenversicherung/
Versicherer und Aufsicht/Prämienregionen»).

Zusammengerechnet fallen für die Beschwerdeführerin somit jährliche Ausgaben gemäss ELG von Fr. 43'848.– an.

4.4 In Bezug auf die Einnahmen der Beschwerdeführerin (Art. 11 ELG) ergibt sich Folgendes:

4.4.1 Die Beschwerdeführerin steht in Israel wirtschaftlich offenbar auf eigenen Füßen und musste bis anhin nicht von ihren Verwandten unterstützt werden. Laut den eingereichten Unterlagen verfügt sie über Renteneinkommen (nachfolgende Angaben mit Wechselkurs gemäss dem Rechner OANDA per 2.9.2024, einsehbar unter: <www.oanda.com/currency-converter>; zur Berücksichtigung des Geldwechselkurses als notorische Tatsache BGE 135 III 88 E. 4.1 [Pra 98/2009 Nr. 89]). Zunächst bezieht sie eine Alters- bzw. Hinterbliebenenrente des israelischen Staates von ILS 1'807.– pro Monat, ausmachend ILS 21'684.– bzw. rund Fr. 5'071.– pro Jahr, weiter eine Rente der Russischen Föderation von monatlich rund RUB 5'322.–, ausmachend RUB 63'864.– bzw. rund Fr. 598.– pro Jahr, sowie eine Rente des israelischen Staates von NIS bzw. ILS 2'000.– pro Monat als Ehegattin eines Holocaust-Überlebenden (verstorbenen Ehemann), ausmachend ILS 24'000.– bzw. rund Fr. 5'612.– pro Jahr. Die Beschwerdeführerin ist berechtigt, jedenfalls die israelische Alters- bzw. Hinterbliebenenrente ausserhalb ihres Heimatlands zu beziehen; hinsichtlich der russischen Rente ist eine entsprechende Berechtigung nicht ausgewiesen. Die Rente als Ehegattin eines Holocaust-Überlebenden dürfte bei einer Wohnsitzverlegung in die Schweiz entfallen. Gemäss dem Schreiben der zuständigen israelischen Behörde wird die Rente nicht mehr ausgerichtet, wenn die berechtigte Person die israelische Staatsbürgerschaft verliert oder ihren Wohnsitz nicht mehr in Israel hat. Weshalb es sich entgegen dieser Information anders verhalten sollte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. In der Schweiz hätte die Beschwerdeführerin damit Renteneinkommen im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d ELG von umgerechnet maximal rund Fr. 5'669.– pro Jahr.

4.4.2 Zu prüfen bleibt, in welchem Umfang weitere Einnahmen im Sinn von Art. 11 ELG anzurechnen sind (nachfolgende Angaben mit Wechselkurs gemäss dem Rechner OANDA per 2.9.2024; vgl. dazu E. 4.4.1 hiervor): Die Beschwerdeführerin ist Alleineigentümerin einer 3½-Zimmerwohnung in Israel.

Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen sind zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 1 Bst. b ELG). Gemäss der notariell beglaubigten Erklärung der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2022 beträgt der Mietwert ILS 3'900.– pro Monat, umgerechnet ILS 46'800.– bzw. Fr. 10'944.– pro Jahr. Nach dem ELG fliesst weiter das Vermögen in die Berechnung ein. Dazu gehören insbesondere bewegliche und unbewegliche Sachen wie Bankguthaben und Liegenschaften, aber auch Vermögen, auf das verzichtet worden ist (Art. 11 Abs. 1 Bst. c und Art. 11a ELG; vgl. Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl. 2021, N. 572). Die Wohnung der Beschwerdeführerin hat gemäss der eingereichten notariellen Erklärung einen Verkaufswert von ILS 900'000.–, was Fr. 210'464.– entspricht. Im Fall der Beschwerdeführerin beträgt der massgebliche anrechenbare Anteil am Reinvermögen einen Zehntel (Altersrentnerin) und der Freibetrag Fr. 30'000.– (Alleinstehende; vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. c ELG). Damit sind jährlich rund Fr. 18'046.– anzurechnen (Fr. 210'464.– abzüglich Fr. 30'000.–, ausmachend Fr. 180'464.–, geteilt durch 10). Dabei handelt es sich um eine rein fiktive Anrechnung, da keine Handhabe besteht, die Person zu einem tatsächlichen Verzehr zu zwingen (vgl. Meier/Renker, Eckpunkte und Probleme der EL-Reform, in SZS 2020 S. 1 ff., 2).

4.5 Nach dem vorstehend Gesagten verfügt die Beschwerdeführerin über Renteneinkommen von rund Fr. 5'669.– pro Jahr (E. 4.4.1). Werden der jährliche Mietertrag der Wohnung zugunsten der Beschwerdeführerin im vollen Umfang von Fr. 10'944.– sowie der Vermögensverzehr von Fr. 18'046.– hinzugerechnet (E. 4.4.2), so betragen die jährlichen Einnahmen nach dem ELG höchstens Fr. 34'659.–. Diese Einnahmen genügen nicht, um die Ausgaben von Fr. 43'848.– (E. 4.3) zu decken (Fehlbetrag von über Fr. 9'000.–; E. 4.2), selbst unter Berücksichtigung der üblichen Wechselkursschwankungen. Nicht zielführend ist der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Vermögensschwelle von Fr. 100'000.– für alleinstehende Personen gemäss Art. 9a Abs. 1 Bst. a ELG. Da die Beschwerdeführerin ihre Liegenschaft in Israel bei einem Umzug in die Schweiz nicht (mehr) selber bewohnen, sondern vermieten würde, wäre diese Bestandteil des zu berücksichtigenden Reinvermögens, womit die Vermögensschwelle überschritten wäre. In diesem Fall bestünde kein Anspruch auf Ergänzungsleistungen (Art. 9a Abs. 2 ELG im Umkehrschluss). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, die Beschwerdeführerin verfüge über hinreichende finanzielle Mittel im Sinn von Art. 28 Bst. c AIG. Das wäre nur der Fall, wenn sie ihre Wohnung veräussern würde. Mit dem Verkauf der Wohnung wäre sie allenfalls in der Lage, ihren Lebensunterhalt während einigen Jahren

zu finanzieren. Indes ist unklar, ob die Wohnung tatsächlich zum angegebenen Verkaufswert von Fr. 210'464.– veräussert werden könnte. Konkrete Kaufofferten sind nicht aktenkundig. Zudem ist davon auszugehen, dass bei einem Verkauf weitere Kosten anfallen (etwa Maklerprovisionen, Steuern und sonstige Auslagen). Allein aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bereit wäre, ihre Wohnung zu verkaufen, kann jedenfalls nicht auf genügend eigene finanzielle Mittel geschlossen werden (vgl. auch VGer ZH VB.2023.00385 vom 4.10.2023 E. 4.3).

4.6 Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, auch das Einkommen ihrer Tochter und deren Ehemanns seien zu berücksichtigen.

4.6.1 Die Tochter hat mit der Beschwerdeführerin einen Bürgschaftsvertrag gemäss Art. 492 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) geschlossen und sich verpflichtet, für die Erfüllung einer allfälligen künftigen Forderung im Zusammenhang mit dem Bezug von Sozialhilfe bis zu einem Betrag von Fr. 40'000.– einzustehen. Ihr Ehemann hat der Bürgschaft zugestimmt. Bei dieser Bürgschaft handelt es sich um ein formgerecht eingegangenes und damit rechtlich durchsetzbares privatrechtliches Verpflichtungsgeschäft. Sie kommt damit als Sicherungsmittel zur Vermeidung von Sozialhilfeabhängigkeit in Frage (vgl. VGE 2021/75 vom 25.4.2023 E. 3.3.2 [bestätigt durch BGer 2C_319/2023 vom 23.2.2024]; ferner Michael Spring, Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht, Diss. Bern 2021, N. 516 Fn. 1755 mit Hinweis). Mit Fr. 40'000.– wäre der erhebliche Fehlbetrag von über Fr. 9'000.– pro Jahr (vorne E. 4.5) nur für eine beschränkte Zeit gedeckt, selbst wenn die Lebenserwartung der nunmehr 81-jährigen Beschwerdeführerin berücksichtigt wird. Zu bedenken ist zudem, dass gerade im hohen Alter im Fall der Pflegebedürftigkeit erhebliche Kosten anfallen können, die ebenfalls mit entsprechenden Vermögenswerten sichergestellt werden müssten.

4.6.2 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Tochter und der Schwiegersohn leisteten über den verbürgten Betrag hinaus Beiträge an ihren Unterhalt, kann darauf mangels rechtlicher Durchsetzbarkeit nicht abgestellt werden. Diese Zusage kann jederzeit widerrufen werden. Namentlich ist ausgeschlossen, dass die Tochter und der Schwiegersohn im Rahmen der Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) gesetzlich zur finanziellen Unterstützung ver-

pflichtet werden könnten. Die Tochter und ihr Ehemann verfügten gemäss den im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen im Jahr 2021 zwar über ein Nettoeinkommen von Fr. 194'164.–. Zur Leistung von Verwandtenunterstützung sind aber nur Personen in guten finanziellen Verhältnissen verpflichtet. Gemäss den SKOS-Richtlinien D.4.3, konkretisiert durch die Praxishilfe «Berechnung der Verwandtenunterstützung» vom April 2021 (einsehbar unter: <www.skos.ch>, Rubriken «Publikationen/Merkblätter und Empfehlungen»), beträgt der anrechenbare Bedarf bei einem 2-Personenhaushalt monatlich Fr. 15'000.– (Pauschale), ausmachend Fr. 180'000.– pro Jahr (Ziff. 5 und zur Berechnung der indirekten Unterstützung bei Schwiegereltern in einer Notlage Ziff. 6.2 des Merkblatts; BVGer F-3989/2022 vom 22.4.2024 E. 7.7.1). Dieser Pauschalbetrag dürfte hier nicht erreicht sein, liegt das steuerbare Einkommen, auf das vorrangig abzustellen ist (vgl. dazu Ziff. 3 des Merkblatts), doch regelmässig unter dem effektiven Einkommen (Berücksichtigung von Sozialabzügen und von Abzügen für Krankheits-, Unfall- und Invaliditätskosten usw.). Hinzu kommt, dass der Ehemann (Jg. 1956) inzwischen das ordentliche Pensionsalter erreicht hat. Sodann ist kein genügend hohes Vermögen ausgewiesen. Laut den vorhandenen Unterlagen verfügen die Tochter und ihr Ehemann zwar über liquide Mittel auf verschiedenen Bankkonten. Für die Berechnung des Vermögensverzehr ist vom massgebenden Vermögen jedoch ein Freibetrag von Fr. 500'000.– (Ehepaar) abzuziehen (Ziff. 4 des Merkblatts). Das Vermögen liegt hier deutlich unter dieser Freibetragsgrenze. Ob es der Tochter und deren Ehemann zumutbar wäre, das Einfamilienhaus zu veräussern oder mit (zusätzlichen) Schulden zu belasten (amtlicher Wert von Fr. 625'900.– gemäss Steuererklärung 2021), ist fraglich und jedenfalls nicht erstellt.

4.7 Die Vorinstanz hat nach dem Gesagten zu Recht erkannt, dass nicht von genügend sichergestellten Drittmitteln im nötigen Umfang ausgegangen werden kann. Das Risiko einer Sozialhilfeabhängigkeit der Beschwerdeführerin kann nicht als vernachlässigbar bezeichnet werden (vorne E. 4.1).

5.

Nach dem Erwogenen hat die Vorinstanz die ermessensweise Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 28 AIG zu Recht bestätigt. Einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall im Sinn von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG hat die SID verneint und macht die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht nicht geltend. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

STEUERN IMPOTS

Jugement du Tribunal administratif (Cour des affaires de langue française) du 24 juillet 2024 dans la cause Intendance des impôts contre A. et Commission des recours en matière fiscale, ainsi que B. (JTA 100.2023.23)

Impôt sur les gains immobiliers; cession d'une cédule hypothécaire, solidarité au sein de la société simple

1. En cédant une part de copropriété comprenant une cédule hypothécaire, mais en n'étant pas débitrice de la dette hypothécaire, la contribuable ne se retrouve pas enrichie (c. 4).
2. Solidarité d'un associé pour les dettes d'une société simple niée dans le cas d'espèce (c. 5).
3. La reprise par le cessionnaire, en tant qu'unique débiteur, d'une cédule hypothécaire garantissant son propre emprunt ne saurait être considérée comme une prestation de valeur pécuniaire fournie en échange du transfert d'une part de copropriété (c. 6).
4. Conséquences fiscales de la cession d'une part de copropriété au prix de Fr. 1.– pour le cédant (c. 7.1) et conséquences potentielles pour le cessionnaire (c. 7.2).

Grundstückgewinnsteuer; Abtretung eines Schuldbriefs, Solidarität innerhalb der einfachen Gesellschaft

1. Durch die Übertragung eines Miteigentumsanteils, der einen Schuldbrief umfasst, ohne Schuldnerin der Hypothekarschuld zu sein, wird die Steuerpflichtige nicht bereichert (E. 4).
2. Die Solidarität eines Gesellschafters für die Schulden einer einfachen Gesellschaft wurde im vorliegenden Fall verneint (E. 5).
3. Die Übernahme eines Schuldbriefs zur Sicherung seines eigenen Darlehens durch den Erwerber als einzigen Schuldner kann nicht als Leistung von finanziellem Wert angesehen werden, die im Austausch für die Übertragung eines Miteigentumsanteils erbracht wird (E. 6).

4. Steuerliche Folgen der Übertragung eines Miteigentumsanteils zum Preis von Fr. 1.– für den Übertragenden (E. 7.1) und mögliche Folgen für den Empfänger (E. 7.2).

Etat de fait (résumé):

A.- A. a acquis le 5 décembre 2012 avec son mari B., en propriété commune sous le régime de la société simple, un immeuble. Le couple a divorcé en 2016. Par acte authentique du 22 août 2018 intitulé «transformation d'une propriété commune en copropriété – contrat de cession», il a été convenu que A. cédait à B. sa part de copropriété nouvellement constituée (de ½) sur l'immeuble pour Fr. 1.–. La modification des rapports de propriété sur l'immeuble a été inscrite au registre foncier le 24 août 2018. Dans un formulaire du 28 janvier 2019 destiné au registre foncier, dont une copie a été transmise à l'Intendance des impôts du canton de Berne (ci-après: l'Intendance des impôts), le notaire ayant instrumenté l'acte a attesté d'un prix de cession de Fr. 1.–.

B.- A. a rempli une déclaration d'impôt sur les gains immobiliers, dans laquelle elle a déclaré un produit nul et des dépenses d'investissement de Fr. 175'000.–. Par décision du 7 février 2020, l'Intendance des impôts a taxé A. pour l'année fiscale 2018 sur un gain immobilier imposable de Fr. 243'500.–. Saisie d'une réclamation formée par cette contribuable, l'autorité fiscale, par décision sur réclamation du 15 avril 2021, a réduit le montant du gain immobilier imposable à Fr. 210'500.–, de sorte que l'impôt dû à ce titre s'élevait à Fr. 62'350.85. Le 4 mai 2021, A. a recouru contre la décision sur réclamation du 15 avril 2021 auprès de la Commission des recours en matière fiscale du canton de Berne (ci-après: la Commission). Par décision du 14 décembre 2022, cette autorité a admis le recours et annulé le prononcé sur réclamation du 15 avril 2021.

C.- Par acte du 13 janvier 2023, l'Intendance des impôts a saisi le Tribunal administratif du canton de Berne (ci-après: le Tribunal administratif) d'un recours, concluant à l'annulation de la décision de la Commission du 14 décembre 2022 et, implicitement, à la confirmation de la décision sur réclamation du 15 avril 2021, sous suite de frais. A. et la Commission ont conclu au

rejet du recours. Le Tribunal administratif a appelé en cause l'ancien époux de la contribuable.

Extrait des considérants:

2.

2.1 Selon l'art. 12 al. 1 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes [LHID; RS 642.14], sont soumis à l'impôt sur les gains immobiliers les gains réalisés lors de l'aliénation de tout ou partie d'un immeuble faisant partie de la fortune privée du contribuable, à condition que le produit de l'aliénation soit supérieur aux dépenses d'investissement (prix d'acquisition ou autre valeur s'y substituant, impenses). La LHID ne précise pas les notions de produit, de dépenses d'investissement, de prix d'acquisition et d'impenses. Elle laisse donc aux cantons une marge de manœuvre pour définir le gain imposable (JAB 2015 p. 282 c. 5.1, 2010 p. 462 c. 6.2). Dans cette mesure, le droit de l'impôt sur les gains immobiliers constitue du droit cantonal (art. 1 al. 3 LHID). Les cantons doivent cependant respecter le cadre juridique de l'harmonisation lors de la définition de l'objet de l'impôt et de son calcul, eu égard notamment au fait que l'impôt sur les gains immobiliers et l'impôt sur le revenu ou le bénéfice sont étroitement liés. La Confédération ne laisse ainsi aux cantons qu'une marge de manœuvre limitée dans la définition du gain imposable (ATF 143 II 396 c. 2.4 et les références; voir également JAB 2015 p. 282 c. 5.1).

2.2 Dans le canton de Berne, l'impôt sur les gains immobiliers est réglé par les art. 126 ss LI. Ainsi, à l'instar de l'art. 12 al. 1 LHID, l'art. 128 al. 1 de la loi du 21 mai 2000 sur les impôts (LI; RSB 666.11) dispose que les gains provenant de l'aliénation de tout ou partie d'un immeuble sont soumis à l'impôt sur les gains immobiliers. L'art. 128 al. 2 LI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31.12.2023) précise pour sa part que les gains inférieurs à Fr. 5'200.– ne sont pas imposés. A teneur de l'art. 137 al. 2 LI, le gain immobilier imposable est constitué par le gain brut défini à l'art. 137 al. 1 LI (voir également art. 12 al. 1 LHID et c. 2.1 ci-dessus), moins la déduction pour durée de possession (art. 144 LI) et l'imputation des pertes (art. 143 LI). L'idée de base de l'impôt sur les gains immobiliers est d'appréhender fiscalement les

plus-values dites «imméritées», fondées sur des circonstances extérieures. L'objet de l'impôt est une plus-value réalisée lors de l'aliénation, qui se traduit par une contrepartie supérieure à la valeur d'investissement. L'impôt bernois sur les gains immobiliers est un impôt réel, c'est-à-dire qu'il est en principe prélevé sur la base du gain réalisé, la capacité économique du sujet fiscal ou les éléments extrafiscaux n'étant pris en compte que de manière très ponctuelle (JAB 2015 p. 282 c. 2.2 et les références, 2007 p. 512 c. 3.1, 1998 p. 225 c. 4a). Cela correspond au système de la LHID, selon lequel les gains immobiliers sont également calculés de manière objective, c'est-à-dire sur la seule plus-value réalisée sur l'immeuble. En d'autres termes, pour la détermination du gain, on se base uniquement sur l'immeuble aliéné et sur les frais et dépenses qui y sont liés (JAB 2015 p. 282 c. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C_747/2010 du 7.10.2011 c. 5.2 et 6.1).

2.3 L'assujettissement à l'impôt sur les gains immobiliers est déclenché par un acte d'aliénation, c'est-à-dire par la sortie d'un bien du patrimoine à titre onéreux (art. 128 al. 1 et 130 LI; VGE 2015/226 du 17.11.2017 c. 2.1; voir concernant l'ancien droit JAB 2001 p. 446 c. 2a). L'imposition est toutefois différée lorsque le transfert de propriété intervient à titre gratuit (art. 131 LI). Pour cela, il faut en principe qu'aucune prestation patrimoniale n'ait été convenue. Les transactions dites «mixtes», pour lesquelles une contrepartie a certes été convenue, mais ne correspond objectivement pas à la valeur de la prestation, sont traitées dans le droit de l'impôt sur les gains immobiliers comme des transactions à titre onéreux, selon une pratique constante, même si en définitive aucun impôt sur les gains immobiliers n'est dû en raison de l'absence de gain (art. 131 al. 4 et art. 139 al. 2 LI; VGE 2015/226 du 17.11.2017 c. 2.1, 2012/226 du 5.3.2014 c. 4.1; Markus Langenegger, in Leuch/Kästli/Langenegger [éd.], *Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz*, Tome 2, 2011, art. 130 n. 3, art. 131 n. 5 et 30, art. 139 n. 5; concernant l'ancien droit, voir JAB 1999 p. 293 c. 4d/cc, 1994 p. 503 c. 2b, 1988 p. 344 c. 4).

2.4 En matière fiscale, les règles générales du fardeau de la preuve ancrées à l'art. 8 du Code civil suisse (CC; RS 210), destinées à déterminer qui doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve ou de l'absence de preuve d'un fait, ont pour effet que l'autorité fiscale doit établir les faits qui justifient l'assujettissement et qui augmentent la taxation, tandis que le contribuable doit prouver les faits qui diminuent la dette ou la suppriment (ATF 146 II 6 c. 4.2

et les références; JAB 2011 p. 241 c. 4.1; voir également Markus Langenegger, op. cit., art. 177 n. 3). En matière d'impôt sur les gains immobiliers, à l'instar de la présente cause, il appartient à l'administration fiscale de prouver le produit de l'aliénation déterminant, en tant que fait fondant une imposition ou une augmentation de l'impôt (Beusch/Steiner, La détermination du gain réalisé sur des biens immobiliers issus du patrimoine privé – Examen des questions liées à son imposition en cas de donation, d'avancement d'hoirie et de succession, in *L'expert fiduciaire* 2006, p. 345).

3.

3.1 Est litigieuse la question de savoir si l'intimée a réalisé en 2018 un gain immobilier imposable, en cédant à l'appelé en cause sa part de copropriété sur l'immeuble qu'elle avait acquis en commun avec celui-ci. Dans leurs écrits adressés au Tribunal administratif, la recourante et l'intimée s'accordent à considérer la cession en cause comme un acte d'aliénation déclenchant l'assujettissement à l'impôt sur les gains immobiliers. Aucune des parties à la procédure ne soutient que seraient réalisées les conditions d'un report d'imposition au sens des art. 131 al. 1 ou 134 LI. En revanche, elles s'opposent sur l'ampleur des prestations fournies à l'intimée en échange du transfert de sa part de copropriété, respectivement sur l'interprétation du passage suivant du contrat de cession authentifié par le notaire le 22 août 2018:

«4. Le cessionnaire reconnaît seul l'obligation hypothécaire pour la cédule hypothécaire de registre de 1er rang de Fr. 900'000.– en faveur de [la banque]. La cédante est libérée de tout engagement concernant cette dette hypothécaire. [Le cessionnaire] déclare rester seul débiteur de cette cédule hypothécaire de CHF 900'000.–».

3.2 Dans sa décision sur réclamation du 15 avril 2021, confirmant sa décision du 7 février 2020, l'autorité fiscale recourante a déduit de la disposition contractuelle reproduite ci-dessus qu'en échange du transfert de la part de copropriété, l'appelé en cause s'était engagé à reprendre en son (seul) nom la moitié de la dette hypothécaire, à savoir une dette de Fr. 450'000.–, dont l'intimée avait jusqu'alors été solidairement débitrice envers la banque. Considérant que cette reprise de dette faisait partie intégrante du prix de cession, la recourante a retenu que la transaction avait généré un produit d'aliénation déterminant pour l'impôt sur les gains immobiliers de Fr. 450'001.– (montant

de Fr. 450'000.– équivalent à la moitié de la dette hypothécaire, additionné au prix de cession de Fr. 1.–; voir décision du 7 février 2020, p. 4).

3.3 Dans la décision sur recours contestée, l'autorité précédente a considéré, contrairement à l'administration fiscale, que le contrat de cession n'avait pas fait bénéficier l'intimée d'une quelconque valeur patrimoniale sujette à l'impôt sur les gains immobiliers, si ce n'est le prix de cession symbolique de Fr. 1.–. A cet égard, la Commission a notamment souligné que le contrat de prêt hypothécaire n'avait été conclu que par l'appelé en cause. En outre, selon cette autorité, la cession avait certes libéré l'intimée d'une créance cédulaire. Toutefois, il fallait également tenir compte de ce que l'intimée était titulaire envers l'appelé en cause d'une créance compensatoire en vertu des règles sur le mandat, puisqu'au moment de l'établissement de la cédula hypothécaire, elle lui avait accordé bénévolement un avantage. Toujours selon l'autorité précédente, la libération de la créance cédulaire n'avait fait qu'éteindre la créance compensatoire de l'intimée vis-à-vis de son ancien mari, de sorte que l'intéressée n'avait en définitive réalisé aucun gain immobilier imposable.

3.4 Devant le Tribunal administratif, la recourante reproche en substance à l'autorité précédente de ne pas avoir tenu compte du fait que la dette cédulaire est née à une époque où l'intimée et l'appelé en cause étaient associés d'une société simple. Elle ajoute que s'il a certes été conclu seulement au nom de l'appelé en cause, le contrat de prêt produit devant l'autorité précédente a vraisemblablement été approuvé par l'intimée. En outre, selon l'Intendance des impôts, l'autorité précédente ne pouvait valablement partir du principe que l'intimée avait accordé un avantage à l'appelé en cause lors de l'établissement de la cédula hypothécaire, pour en déduire que celle-ci avait droit à une créance compensatoire. A cet égard, la recourante objecte que selon la loi, un immeuble faisant l'objet d'une propriété commune ne peut être grevé d'un gage qu'au nom de tous les communistes. Elle relève finalement que, même si l'appelé en cause a financé l'achat de l'immeuble et les travaux effectués sur celui-ci, il est possible que les associés aient fourni des prestations équivalentes, voire que ce soit l'intimée qui ait bénéficié d'un avantage.

3.5 Pour sa part, l'intimée se rallie à la motivation de la Commission en tant qu'elle retient un prix de cession de Fr. 1.–, à l'exclusion de la reprise de la moitié de la dette hypothécaire. A l'instar de ce qu'elle a déjà fait valoir

devant l'autorité précédente, elle nie que les parties au contrat de cession aient convenu d'une reprise de la dette hypothécaire, arguant que celle-ci n'a pas pu intervenir, puisque l'appelé en cause était seul débiteur du prêt conclu avec la banque. L'intimée estime avoir tout au plus «mis à disposition une cédula hypothécaire dans la proportion de sa position de communiste, respectivement de copropriétaire», ce qui, précise-t-elle, constitue un mode de garantie usuel en faveur de l'emprunteur.

3.6 Finalement, l'appelé en cause, dans sa détermination du 8 mai 2023, a affirmé que sur le vu de la bonne entente entre l'intimée et lui-même postérieurement à leur divorce, le notaire sollicité leur a conseillé de dissoudre la société simple et d'effectuer la vente pour Fr. 1.–. Selon lui, il n'a jamais été question de donation.

4.

La question qu'il convient de résoudre en premier lieu est celle de savoir si, par le biais du contrat de cession, l'appelé en cause s'est engagé à reprendre en son seul nom une dette hypothécaire dont l'intimée était jusqu'alors solidairement débitrice, comme la recourante l'a retenu dans ses décisions de taxation, ce que l'autorité précédente a pour sa part nié.

4.1 A titre liminaire, sur le plan du droit civil, on rappellera que le droit de la cédula hypothécaire a été modifié lors de la révision du Code civil du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 4637). Sous l'empire du droit antérieur à la révision, comme sous le nouveau droit, la cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Elle incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier, qui en est l'accessoire (ATF 144 III 29 c. 4.2, 140 III 180 c. 5.1 et les références). Le premier élément constitutif d'une cédula hypothécaire est une créance nouvelle, qui prend naissance avec la constitution de la cédula. La loi oppose cette (nouvelle) créance cédulaire à la créance issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur, c'est-à-dire la créance que les parties veulent garantir au moyen de la cédula hypothécaire. Mais seule la créance reconnue dans la cédula hypothécaire est garantie par le gage immobilier, dont il est l'accessoire. La relation entre ces deux créances dépend du mode d'utilisation de la cédula que les parties sont libres de choisir. L'art. 842 al. 2 CC présume toutefois l'utilisation en garantie fiduciaire (ATF 144 III 29

c. 4.2; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, tome III, 5^e éd. 2021, n. 4613 et 4647). Lorsque les parties conviennent – par contrat de fiducie – que la cédule hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire), la créance incorporée dans la cédule se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie. Ces deux créances sont indépendantes l'une de l'autre (ATF 144 III 29 c. 4.2, 140 III 180 c. 5.1.1 et les références). En cas d'utilisation d'une cédule hypothécaire en garantie fiduciaire, le titulaire de la créance de base s'engage à ne faire valoir la créance cédulaire qu'aux fins de garantie de la créance de base. Une cédule existante peut ainsi être cédée au titulaire de la créance de base et les parties conviennent, dans une convention de sûreté, que la cédule n'est destinée qu'à la garantie de la créance de base; on parle dans ce cas d'un «transfert aux fins de garantie» de la cédule (TF 5A_894/2021 du 20.4.2022 c. 4.2.1 et les références).

4.2 En l'occurrence, il ressort des pièces produites devant le Tribunal administratif que l'appelé en cause s'est vu accorder par une banque un prêt hypothécaire dont le montant a d'abord été fixé à Fr. 380'000.–, conformément au contrat de base qu'il a conclu avec cet établissement le 27 mars 2014. Par trois contrats subséquents datés des 30 juin 2014, 15 mai 2017 et 31 mai 2018, l'appelé en cause a obtenu trois augmentations successives du prêt hypothécaire, portant celui-ci à respectivement Fr. 700'000.–, Fr. 850'000.– et Fr. 900'000.–. Seul l'appelé en cause (mentionné en tant que «débiteur») et la banque sont désignés comme parties à ces divers contrats de prêts, à l'exclusion de l'intimée, qui ne les a pas non plus signés. En parallèle du prêt hypothécaire, la banque a conclu avec l'appelé en cause et l'intimée, le 27 mars 2014, une première convention de sûreté, intitulée «Garanties – Transfert de propriété aux fins de garantie». Cette convention prévoyait l'acquisition par la banque, en tant que créancière gagiste, d'une cédule hypothécaire de premier rang visant à garantir le prêt hypothécaire initial (de Fr. 380'000.–) contracté le même jour par l'appelé en cause. Par trois nouvelles conventions datées des 30 juin 2014, 15 mai 2017 et 31 mai 2018, le montant de la cédule hypothécaire a ensuite été relevé à Fr. 700'000.–, puis à Fr. 850'000.– et

Fr. 900'000.–, de façon à correspondre aux augmentations successives du prêt hypothécaire contracté par l'appelé en cause.

4.3 Au regard des pièces versées au dossier, on doit retenir que la banque a reçu la cédula hypothécaire comme propriétaire fiduciaire aux fins de garantie. En effet, aux côtés du gage immobilier que constitue la cédula hypothécaire, l'appelé en cause et la banque ont conclu quatre «contrat[s] de base pour prêt hypothécaire» successifs. Ces documents, qui contiennent toutes les clauses obligationnelles relatives aux intérêts, au remboursement et à la dénonciation de la créance de base, renvoient à la cédula hypothécaire en tant que garantie. Quant aux conventions de sûreté, elles ne prévoient aucune dérogation à la présomption – instituée par l'art. 842 al. 2 CC – de l'utilisation de la cédula en garantie fiduciaire. Conformément à la jurisprudence, ces éléments permettent de qualifier la garantie de fiduciaire, laissant subsister le rapport juridique de base, par opposition à la garantie dite directe, qui éteint par novation l'obligation dont elle résulte (TF 5A_303/2009 du 5.8.2009 c. 3.4). Dans un tel cas de figure, la dette contenue dans la cédula n'est pas la même que celle qui résulte du contrat de prêt passé avec la banque (voir c. 4.1 ci-dessus). Cette distinction revêt une importance fondamentale dans le cas d'espèce. En effet, il résulte des pièces versées à la procédure que l'intimée n'a été partie qu'aux conventions de sûretés, à l'exclusion du prêt hypothécaire de Fr. 900'000.– (voir c. 4.2 ci-dessus). Ainsi, au moment où les parties ont conclu le contrat de cession, en août 2018, l'intimée n'était solidairement débitrice vis-à-vis de la banque que de la cédula hypothécaire. Une reprise de la dette hypothécaire par l'appelé en cause n'était en revanche pas possible, puisque ce dernier était seul débiteur du prêt hypothécaire. Avec l'autorité précédente, et même si, pour les transactions qui doivent être jugées à l'aune du droit public (à l'instar de celles conduisant à une imposition du gain immobilier), il faut en principe se fonder sur l'acte juridique de droit civil sur lequel celles-ci reposent (VGE 2012/226 du 5.3.2014 c. 4.2), on ne peut qu'interpréter le ch. 4 du contrat de cession (reproduit au c. 3.1 ci-dessus) en ce sens qu'il confirme la reprise par l'appelé en cause de la seule cédula hypothécaire garantissant le prêt. D'ailleurs, cette interprétation est confirmée par le fait que, dans le formulaire qu'il a adressé au registre foncier le 28 janvier 2019, le notaire ayant instrumenté le contrat de cession n'a nullement indiqué que l'appelé en cause s'était engagé à reprendre une dette hypothécaire. Il a en effet uniquement attesté d'un prix de cession de Fr. 1.– et de l'absence

de reprise de dette, en laissant vide le champ correspondant. Dans ces conditions, c'est à tort que dans sa décision du 7 février 2020, puis dans sa décision sur réclamation du 15 avril 2021, la recourante est partie du principe que le prix de cession comprenait la reprise par l'appelé en cause de la moitié de la dette hypothécaire.

5.

5.1 A la distinction entre dette hypothécaire et cédula hypothécaire, déjà mise en évidence dans la décision de la Commission, la recourante oppose néanmoins le fait que l'immeuble a été acquis en commun par les parties sous le régime de la société simple, ce dont l'autorité précédente n'aurait pas tenu compte. La recourante relève à cet égard que dans l'acte de vente du 5 décembre 2012, il avait été précisé que les associés répondaient solidairement des engagements de la société simple. Elle ajoute que le prêt hypothécaire, s'il a certes été conclu seulement au nom de l'appelé en cause, doit «manifestement» avoir été approuvé par l'intimée. De façon implicite, l'argumentation de l'autorité fiscale revient à soutenir que le rapport de société simple existant entre les parties a de facto rendu l'intimée solidairement débitrice du prêt hypothécaire de Fr. 900'000.–, quand bien même elle n'était pas signataire de ce contrat.

5.2 Selon l'art. 530 al. 1 et 2 du Code suisse des obligations (CO; RS 220), la société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. Acheter en propriété commune un immeuble constitue typiquement un but de société simple (ATF 137 III 455 c. 3.1 et les références). Dans la société simple, la gestion des affaires appartient à tous les associés, à moins qu'il n'en ait été convenu ou décidé autrement (art. 535 al. 1 CO). En vertu de l'art. 543 al. 2 CO, lorsqu'un associé traite avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers qu'en conformité des règles relatives à la représentation. En outre, selon l'al. 3 de la même disposition, un associé qui est chargé d'administrer la société est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers. La confiance du tiers dans l'existence d'une société simple n'est toutefois protégée que si le comportement des associés présumés manifeste de manière suffisamment claire une participation à une telle société. Il convient de se référer sur ce point aux principes applicables en

matière de représentation de la société simple par un associé chargé de la gestion interne. L'art. 543 al. 3 CO protège en effet la confiance que le tiers peut avoir en admettant qu'un associé chargé de la gestion interne est autorisé à représenter la société (ATF 124 III 355 c. 4a, 118 II 313 c. 3b). Tous les associés ayant, sauf décision contraire, le droit d'administrer (art. 535 al. 1 CO), il suffit ainsi que, par leur comportement, les intéressés fassent connaître au tiers, avec suffisamment de clarté, l'existence d'une société simple pour être engagés par les actes d'un associé gérant (ATF 124 III 355 c. 4a-4b; TF 4A_513/2015 du 13.4.2016 c. 3.1 et les références).

5.3 En l'occurrence, la recourante souligne pour l'essentiel que l'intimée et l'appelé en cause ont acquis l'immeuble sous le régime de la société simple, tout en se référant à l'art. 535 CO, disposition qui porte sur la gestion de la société au plan interne, singulièrement sur les actes de gestion courante qu'un associé peut accomplir seul (Fellmann/Müller, in Berner Kommentar, 2006, art. 535 n. 36 et les références; François Chaix, in Tercier/Amstutz [éd.], Commentaire romand – Code des obligations II, 2008, art. 535 n. 1 et 2). Ce faisant, la recourante se borne à évoquer la question des rapports internes entre les associés. Toutefois, la question n'est pas tant de savoir si les parties avaient conclu entre elles un contrat de société simple (fait qui semble incontesté), mais si, en tant qu'associée, l'intimée répondait solidairement du prêt hypothécaire de Fr. 900'000.– contracté par l'appelé en cause. Or, contrairement à ce que la recourante semble croire, une obligation solidaire de l'intimée pour ce prêt ne saurait être déduite de la seule existence d'un rapport de société simple. Pour que les contrats de prêts successifs lient également l'intimée sans que celle-ci ne les signe, il eût été nécessaire que l'appelé en cause agisse en tant que représentant de «tous les associés», conformément à l'art. 543 al. 2 CO (Fellmann/Müller, op. cit., art. 543 n. 77 et 78 et les références; Tercier/Favre/Carron, Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, p. 1147 n. 7656 ss). Autrement dit, l'appelé en cause aurait dû faire savoir à la banque qu'il entendait conclure le prêt également au nom de l'intimée et pas seulement en son nom propre. Or, rien de tel ne peut être déduit des contrats de prêts et du certificat d'intérêt versés au dossier, lesquels désignent tous l'appelé en cause comme étant seul débiteur. La première condition de l'art. 543 al. 2 CO n'est donc pas remplie. En outre, même en admettant que l'appelé en cause ait contracté au nom des deux associés, encore aurait-il fallu qu'il soit autorisé à représenter l'intimée. Dans ce contexte, la banque n'aurait pu

présumer l'existence d'un pouvoir de représentation que si les associés lui avaient clairement indiqué qu'ils formaient une société simple, dans le cadre de laquelle l'appelé en cause était chargé d'administrer (ATF 124 III 355 c. 4b). Il eût également été nécessaire que l'acte réponde au but de la société et n'excède pas les «opérations ordinaires» au sens de l'art. 535 al. 3 CO, ce qui exclut tout acte exceptionnel d'ampleur extraordinaire ou qui se révèle disproportionné par rapport aux moyens dont dispose la société (TF 4C.191/2003 du 15.6.2004 c. 2.2; Fellmann/Müller, op. cit., art. 543 n. 89 et 90 et les références). Dans le cas d'espèce, il paraît clair que sur le vu de son ampleur, la conclusion par un particulier d'un prêt de Fr. 900'000.– ne peut pas être considérée comme une «opération ordinaire», de sorte que la deuxième condition de l'art. 543 al. 2 CO n'est pas non plus remplie. Surtout, la banque n'est précisément pas partie du principe que l'appelé en cause agissait en tant que représentant de l'intimée, comme déjà exposé. En conclusion, force est d'admettre que l'appelé en cause a contracté le prêt hypothécaire de Fr. 900'000.– en son nom propre, ce qui excluait toute obligation solidaire de l'intimée et, partant, toute reprise de la dette hypothécaire par l'appelé en cause lors de la cession de la part de copropriété. Quoiqu'en dise la recourante, le fait que les parties aient été liées par un rapport de société simple ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion. Il en va de même de l'argument selon lequel l'intimée a fait valoir une déduction liée à la dette hypothécaire dans sa déclaration d'impôt de la période fiscale 2017. Il s'agit là d'une simple déclaration (erronée) de l'intimée, dont on ne saurait déduire – au contraire de ce qu'attestent les contrats versés au dossier – l'existence d'une relation contractuelle entre la banque et l'intéressée en tant qu'associée d'une société simple. Pour le reste, il n'y a pas lieu de s'appesantir sur la question des dépenses d'investissement (frais d'entretien de l'immeuble et travaux) ressortant des déclarations fiscales figurant au dossier, puisque cette problématique est étrangère à la question ici déterminante, c'est-à-dire celle de savoir qui était débiteur du prêt hypothécaire.

6.

6.1 A ce stade, il convient d'examiner, comme l'a fait la Commission, si en reprenant comme seul débiteur la cédula hypothécaire garantissant le prêt de Fr. 900'000.– (laquelle était jusqu'alors au nom des deux ex conjoints), l'appelé en cause a accordé à l'intimée une prestation devant être prise en compte au titre de produit de l'aliénation déterminant pour l'impôt sur les gains

immobiliers (art. 138 al. 1 LI). L'autorité précédente est partie du principe que tel était le cas, l'intimée ayant de son point de vue bénéficié d'une telle prestation en se libérant de la cédula. La Commission a toutefois considéré que la prestation qu'avait fournie l'appelé en cause, c'est-à-dire la reprise de la cédula, n'avait fait qu'éteindre une créance compensatoire dont l'intimée était titulaire contre celui-ci. Elle a jugé que les deux opérations s'étaient mutuellement compensées, ce qui excluait en définitive tout gain immobilier imposable. Toujours selon l'autorité précédente, cette créance compensatoire (art. 402 CO), fondée sur un contrat de mandat, découlait du fait que l'intimée avait initialement accordé à l'appelé en cause un avantage en acceptant de se porter garante à ses côtés de la cédula hypothécaire, sans obtenir de contre-prestation (sur la créance récursoire du tiers propriétaire du gage ayant désintéressé le créancier, voir TF 5A_568/2019 du 7.7.2020 c. 6.1 à 6.4 et les références; Paul-Henri Steinauer, in *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2014, art. 842 n. 189; Simonius/Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol. II, 1990, p. 202, n. 10).

6.2 L'art. 138 al. 1 LI définit le produit de l'aliénation comme le montant total de toutes les prestations de valeur pécuniaire que l'acquéreur s'engage, auprès de l'aliénateur, à fournir à celui-ci ou à des tiers. Cette formulation ne se limite pas au prix convenu par les parties, mais inclut toutes les prestations en faveur de l'aliénateur qui sont en lien de causalité avec l'aliénation de l'immeuble. Ainsi, sont considérées comme des éléments du produit les prestations fournies, en plus du prix d'achat convenu, tels que, par exemple, des paiements au noir ou des paiements complémentaires que l'acquéreur s'engage à effectuer ultérieurement (Markus Langenegger, *op. cit.*, art. 138 n. 1 et 6). Une telle prestation peut également résulter de la reprise par l'acquéreur de dettes hypothécaires grevant l'immeuble cédé (JAB 1982 p. 9 c. 4b). Les prestations en nature (choses, titres ou créances) sont prises en compte à leur valeur vénale au moment de l'aliénation (Markus Langenegger, *op. cit.*, art. 138 n. 8). Par ailleurs, l'art. 139 al. 1 LI prévoit notamment que le prix d'acquisition d'un immeuble est le prix d'achat inscrit au registre foncier ou le prix effectivement payé s'il est inférieur au prix d'achat. La concordance entre le produit de l'aliénation défini à l'art. 138 LI et le prix d'acquisition défini à l'art. 139 LI permet d'assurer la continuité de l'imposition (Markus Langenegger, *op. cit.*, art. 139 n. 1 et 4). En règle générale, le prix d'achat constaté par acte authentique est déterminant pour le calcul du produit

(ATF 143 II 33 c. 3.2.3 et les références). L'obligation d'authentifier du notaire s'étend aux points objectivement essentiels du contrat (parties, indications sur le terrain et le prix de vente). Des exigences strictes s'appliquent aux transactions immobilières en ce qui concerne le prix d'achat, dès lors que toutes les prestations fournies en contrepartie du transfert de propriété doivent être authentifiées (Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, Schweizerisches Grundstückgewinnsteuerrecht, 2021, § 10 n. 74).

6.3 Contrairement à la prémisse du raisonnement de la Commission, on ne voit pas que la reprise par le cessionnaire, en tant qu'unique débiteur, d'une cédula hypothécaire garantissant son propre emprunt puisse être considérée comme une prestation de valeur pécuniaire que ce dernier aurait fournie en échange du transfert de la part de copropriété (art. 138 al. 1 LI). En effet, la prétendue prestation du cessionnaire dont il est question est étroitement liée à la part de copropriété qui change de main. A cet égard, il est fréquent, en pratique, que l'acquéreur d'un immeuble reprenne la dette cédulaire grevant celui-ci, de façon notamment à éviter que l'immeuble ne garantisse la dette d'un tiers (en ce sens, voir Steinauer/Fornage, in Commentaire romand – Code civil II, 2016, art. 845 n. 4). En outre, s'il est vrai que la reprise de la cédula a pour effet que l'intimée n'encourt plus le risque d'une responsabilité en cas de non respect par le débiteur principal de ses obligations vis-à-vis de la banque (sur la responsabilité du tiers garant en cas de perte de gage, voir Alexander Dubach, Zur Haftung des Drittpfandgebers für den Pfandausfall beim Schuldbrief, in ZBGR 81/2000, p. 22 ss), il n'en demeure pas moins que la valeur de la «prestation» dont elle aurait bénéficié à ce titre n'est nullement établie. On remarquera d'ailleurs que dans le contrat de cession authentifié – lequel est en principe déterminant pour le calcul du prix d'acquisition au sens de l'art. 139 al. 1 LI –, ainsi que dans le formulaire adressé par le notaire au registre foncier, la reprise de la cédula hypothécaire n'a pas été prise en compte pour fixer le prix de cession. Il n'est ainsi aucunement démontré que la reprise de la cédula hypothécaire ferait partie intégrante du prix de cession, étant rappelé qu'il incombe à l'autorité fiscale de prouver le produit de l'aliénation en tant que fait justifiant l'imposition (voir c. 2.4 ci-dessus). Pour le reste, il faut relever que la reprise par l'appelé en cause de la cédula n'a procuré à l'intimée aucune liquidité et qu'il n'y a pas eu non plus d'augmentation, dans les jours ayant précédé ou suivi le transfert de la part de copropriété, du prêt hypothécaire de Fr. 900'000.– lequel est demeuré à charge

exclusivement de l'appelé en cause. Il ressort enfin du contrat de cession du 22 août 2018 que les parties ont justifié le prix de cession symbolique qu'elles ont convenu, en exposant que l'appelé en cause avait financé seul l'acquisition de l'immeuble ainsi que sa rénovation au moyen de ses fonds propres et d'un emprunt auprès de la banque, dont il avait payé seul les intérêts. La question d'une éventuelle évasion fiscale, dans le sens d'une dissimulation du prix de cession, ne se pose donc pas, la recourante n'invoquant au demeurant pas cette hypothèse (sur ce point, voir JAB 1982 p. 9 c. 4b et 6b; VGE 2015/226 du 17.11.2017 c. 4, 23007 du 26.5.2008 c. 4.4).

6.4 Sur le vu des éléments qui précèdent, on ne saurait tenir compte, au titre du produit de l'aliénation (art. 138 al. 1 LI), de la reprise par l'appelé en cause de la cédule hypothécaire. Cela rend ainsi superflu l'examen de l'argument de l'autorité précédente, selon lequel l'intimée disposerait contre l'appelé en cause d'une créance compensatoire, en raison du supposé avantage qu'elle lui aurait accordé lors de la constitution de la cédule hypothécaire (voir c. 6.1 ci-dessus). Partant, il n'y a pas lieu non plus de se déterminer sur l'argumentation développée par la recourante pour contester cet aspect de la motivation de la Commission.

7.

7.1 En définitive, par le biais de l'acte authentique du 22 août 2018, l'intimée a transféré à l'appelé en cause sa part de copropriété, sans autre contrepartie que le prix de cession de Fr. 1.–. A l'instar de l'autorité précédente, il faut en conclure que l'opération n'a procuré à l'intimée aucun gain excédant la limite de Fr. 5'200.– prévue par la loi (art. 128 al. 1 et 2 LI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31.12.2023). Partant, la décision sur recours du 14 décembre 2022 ne prête pas le flanc à la critique en tant qu'elle nie la réalisation par l'intimée d'un gain immobilier imposable. Même à admettre en l'espèce que le prix de vente de Fr. 1.– aurait en réalité constitué une donation en raison d'un produit d'aliénation à ce point insignifiant qu'il exclurait de retenir un caractère onéreux à l'acte (voir c. 2.3 ci-dessus), il ne saurait être question d'une autre issue pour l'intimée. Dans un tel cas de figure, l'imposition du gain immobilier serait en effet reportée et l'intimée n'aurait pas non plus à s'acquitter d'un quelconque impôt (art. 131 al. 1 LI). Le fait que ni la recourante, ni l'intimée n'envisagent un éventuel cas de report d'impôt n'y change rien.

7.2 Comme on vient de le voir, au regard de ce prix d'acquisition de Fr. 1.– nettement inférieur à la valeur officielle de la part de copropriété transférée (la valeur officielle de l'entier de l'immeuble s'élevait à Fr. 583'700.–, selon la déclaration fiscale 2018 de la société simple), il n'est pas exclu que la transaction puisse être qualifiée de donation mixte ou de donation, entraînant l'assujettissement de l'appelé en cause à l'impôt sur les donations (art. 1 et 8 de la loi du 23 novembre 1999 concernant l'impôt sur les successions et donations [LISD; RSB 662.1]), respectivement entraînant un report de l'impôt sur les gains immobiliers devant être pris en considération lorsque l'appelé en cause vendra la part de copropriété ayant appartenu à l'intimée. Une fois le présent jugement entré en force et/ou lors de la vente de la part précitée, il appartiendra donc à la recourante d'examiner l'imposition de l'appelé en cause à ce titre. Dans le cas particulier, qui concerne exclusivement l'imposition de l'intimée, il ne revient toutefois pas au Tribunal administratif de se prononcer sur l'éventuel assujettissement de l'appelé en cause à l'impôt sur les donations. Il ne saurait non plus être question de se prononcer sur un éventuel report d'impôt au sens de l'art. 131 LI, dès lors que celui-ci devra être examiné lors de la vente de l'immeuble par l'appelé en cause.

SOZIALVERSICHERUNG ASSURANCES SOCIALES

Urteil des Verwaltungsgerichts (Sozialversicherungsrechtliche Abteilung) vom 8. August 2024 i.S. A. gegen Ausgleichskasse des Kantons Bern (VGE 200.2024.226)

Ergänzungsleistungen; Anrechnung einer Leibrente

Zahlungen aus einem Leibrentenvertrag sind ergänzungsleistungsrechtlich als Einnahmen anzurechnen; massgebend ist dabei der wirtschaftliche Zweck, nicht die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien (E. 3.2 f.).

Prestations complémentaires à l'AVS/AI; prise en compte d'une rente viagère

Du point de vue du droit des prestations complémentaires, les versements provenant d'un contrat de rente viagère doivent être pris en compte en tant que revenus. Dans ce contexte, leur but économique est déterminant, et non pas la dénomination du contrat par les parties (c. 3.2 s.).

Sachverhalt (gekürzt):

Die Ausgleichskasse des Kantons Bern (nachfolgend: AKB bzw. Beschwerdegegnerin) verneinte mehrfach den Anspruch der 1933 geborenen B. (Beschwerdeführerin) auf Ergänzungsleistungen zur AHV-Rente, wobei sie jeweils Rentenzahlungen einer Leibrentenversicherung mit der Versicherungsgesellschaft X. berücksichtigte. Mit Verfügung vom 21. November 2023 verneinte die AKB abermals einen Leistungsanspruch der B., was durch Einspracheentscheid vom 27. Februar 2024 bestätigt wurde.

A., Tochter und einzige Erbin der zwischenzeitlich verstorbenen B., gelangt an das Verwaltungsgericht und beantragt sinngemäss, der Anspruch auf Ergänzungsleistungen sei ohne Berücksichtigung der «Leibrente mit Rückkaufswert» zu berechnen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) haben Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]) in der Schweiz Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie eine Rente der AHV oder IV beziehen oder nach Bst. b oder d der genannten Bestimmung Anspruch auf eine solche Rente hätten. Die Ergänzungsleistungen bestehen aus der jährlichen Ergänzungsleistung sowie der Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten (Art. 3 Abs. 1 ELG). Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen [...] (Art. 9 Abs. 1 ELG) [...].

2.2 Grundsätzlich sind alle wiederkehrenden Leistungen, die nicht unter Art. 11 Abs. 3 ELG fallen, vollumfänglich als Einnahmen anzurechnen, gleichgültig, ob es sich um Geld- oder um Naturalleistungen handelt (BGE 139 V 574 E. 3.3.3 S. 578).

Als Einnahmen anzurechnen sind zwei Drittel der Erwerbseinkünfte in Geld oder Naturalien, die Einkünfte aus beweglichem oder unbeweglichem Vermögen sowie unter dem Titel Vermögensverzehr ein Fünftel, bei Altersrentnerinnen und -rentnern ein Zehntel des Reinvermögens, soweit es bei Alleinstehenden Fr. 30'000.– und bei Ehepaaren Fr. 50'000.– übersteigt (Art. 11 Abs. 1 Bst. a-c ELG). Altersrentnerinnen und Altersrentnern, die dauernd oder längere Zeit in einem Heim oder Spital leben, wird ein Fünftel des Reinvermögens als Einnahme angerechnet (Art. 3 des kantonalen Einführungsgesetzes vom 27. November 2008 zum ELG [EG ELG; BSG 841.31]).

Ebenfalls als Einnahmen angerechnet werden unter anderem Renten, Pensionen und andere wiederkehrende Leistungen, einschliesslich der Renten der AHV und der IV sowie Leistungen aus Verpfändungsvertrag und ähnlichen Vereinbarungen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d und e ELG).

2.3 Gemäss Art. 9 Abs. 5 Bst. b ELG bestimmt der Bundesrat unter anderem die Bewertung der anrechenbaren Einnahmen, der anerkannten Ausgaben und des Vermögens. Dabei wird ihm ein grosser Ermessensspielraum zugestanden

(BGer 9C_760/2019 vom 7.9.2020 E. 3.2). Von dieser delegierten Rechtsetzungskompetenz hat der Bundesrat unter anderem mit Erlass von Art. 15c der Verordnung vom 15. Januar 1971 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELV; SR 831.301) Gebrauch gemacht. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung ist bei Leibrenten mit Rückgewähr der Rückkaufswert als Vermögen anzurechnen. Gemäss Abs. 3 ist die einzelne Rentenzahlung zu 80% (Bst. a) und ein allfälliger Überschussanteil in vollem Umfang (Bst. b) als Einnahme anzurechnen. Das Bundesgericht hat die gleichzeitige Anrechnung der einzelnen Rentenbeträge und des Rückkaufswertes der Leibrente gemäss Art. 15c ELV als verfassungs- und gesetzeskonform bezeichnet (BGer 9C_760/2019 vom 7.9.2020 E. 5.1-5.4; vgl. auch AHI 2001 S. 291 E. 3 f.; BGer 9C_896/2010 vom 30.12.2010 E. 3.3; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute BGer] P 33/03 vom 27.11.2003 E. 2 und 3.2.1).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, bei den von der Versicherungsgesellschaft X. an ihre Mutter sel. ausgerichteten Zahlungen handle es sich weder um eine Rente noch um eine Lebensversicherung, sondern um einen Auszahlungsplan. Somit sei die Berücksichtigung dieser Zahlungen als «Leibrente mit Rückkaufswert» bei den Einnahmen und beim Vermögen zusätzlich mit einem Rückkaufswert nicht korrekt.

Demgegenüber hält die Beschwerdegegnerin fest, bei den streitigen Zahlungen handle es sich um anrechenbare Renten. Gemäss dem Schreiben der Versicherungsgesellschaft X. vom 8. Dezember 2023 sei eine vierteljährliche Auszahlung von Fr. 1'062.50, also Fr. 4'250.– pro Jahr, garantiert. Dieser Betrag sei korrekterweise in der EL-Berechnung als Einnahme angerechnet worden.

3.2 Der von B. sel. im Jahr 2010 mit der Versicherungsgesellschaft X. abgeschlossene Vertrag verwendet den Begriff «Leibrente» nicht und die Versicherungsgesellschaft X. hat gegenüber der Beschwerdeführerin am 12. März 2024 bestätigt, es handle sich beim fraglichen Vertrag ausdrücklich nicht um eine Leibrentenversicherung. In der Vertragsurkunde wird eine frei erfundene Bezeichnung «RentaSafe Time Now» verwendet. Darin enthalten sind die Worte «Rente», «sicher/sparen», «Zeit» und «jetzt». Tatsächlich liegt unbesehen der Bezeichnung und der Darstellung der Versicherungsgesellschaft X.

ein Leibrentenvertrag im Sinn des Rechts der Ergänzungsleistungen vor. Bei einem Leibrentenvertrag handelt es sich um einen Unterhaltsvertrag, indem sich der Leibrentenschuldner verpflichtet, einer Person periodisch wiederkehrende Leistungen in Geld während der Lebenszeit zu erbringen. Die Leibrenten können mit oder ohne Rückgewähr abgeschlossen werden (Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl. 2021, S. 231 Rz. 591). Bei einer Leibrente mit Rückgewähr verfällt das noch nicht verbrauchte Kapital bei einem vorzeitigen Ableben der versicherten Person nicht, sondern wird an die begünstigte Person ausbezahlt. Bei einer Leibrente ohne Rückgewähr verbleibt das noch nicht verbrauchte Kapital bei der Versicherung. Dafür sind die einzelnen Rentenzahlungen höher (Carigiet/Koch, a.a.O., S. 231 f. Rz. 591 Fn. 738). B. sel. hat nach dem Tod ihres Ehemannes finanzielles Kapital erhalten und dieses im Rahmen einer Einmalzahlung in das vorstehende Produkt investiert. Dabei wurde von der Versicherungsgesellschaft X. nach Vornahme eines Abschlags der Betrag in das der Säule 3b zugerechnete Produkt eingebracht, für welches die Anbieterin der Versicherungsaufsicht unterstellt ist. Die Versicherungsgesellschaft X. hat sich vertraglich zur vierteljährlichen Auszahlung eines über die ganze Laufzeit festen Betrags (Fr. 1'062.50) und eines allfälligen Überschusses am Ende der Laufzeit (d.h. zur Rückgewähr) verpflichtet, wobei die Zahlung bis zum Ende der Laufzeit unabhängig davon erfolgt, ob das Kapital durch Verbrauch bereits aufgezehrt ist oder nicht. Dass das Ende der Laufzeit (hier der 31. März 2024) zufolge der Befristung nicht mit dem Todesdatum zusammenfallen muss, ändert nichts daran, dass es sich um eine Leibrente im Sinn von Art. 15c ELV handelt. Dabei ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass die Versicherungsgesellschaft X. vergleichbare, als Leibrenten bezeichnete Produkte auch auf eine bestimmte Dauer abschliesst [...].

Im vorliegenden Fall hat sich das Risiko, welches sich bei der versicherten Person (vorzeitiges Versterben) oder beim Versicherungsunternehmen (Unterdeckung mit Kapital bzw. Prämienzahlung) verwirklichen kann, zu Gunsten der Verstorbenen ausgewirkt. Die Zahlungen waren spätestens ab Ende 2022 nicht mehr vom Kapital gedeckt [...]. Dass dennoch auch in diesen Jahren ein steuerbares Einkommen (Zinsquote) ausgewiesen wurde, hat seinen Grund darin, dass die jährlichen Auszahlungen über die ganze Laufzeit steuerrechtlich stets zu einem gewissen Teil als Einkommen zu betrachten sind. Wie das Bundesgericht in BGer 9C_760/2019 vom 7.9.2020 E. 5.2.2 und 5.2.3, dargelegt hat, ist die EL-rechtliche Betrachtung jedoch eigenständig

und von der steuerrechtlichen Behandlung unabhängig. Die EL-rechtlichen Regelungen dienen denn auch vorab der Missbrauchsbekämpfung, wobei unerheblich ist, ob ein Missbrauch vorliegt oder nicht, weshalb es dem Verordnungsgeber unbenommen war, die hier zur Anwendung zu bringende Regelung in schematischer Weise zu erlassen. Dass die von der Beschwerdegewnerin aufgerechneten Beträge nicht den steuerrechtlich deklarierten entsprechen, ist damit im Grundsatz nicht zu beanstanden.

3.3 Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass eine Leibrente im Sinn von Art. 15c ELV vorliegt und die Einnahmen zu berücksichtigen sind. [...] Dass B. sel. am Schluss von der Versicherungsgesellschaft X. per Saldo höhere Leistungen erhalten hat, als vom Kapital gedeckt, mithin sie spätestens Ende 2022 auf der Basis eines Kapitals von Fr. 0.– Leistungen ausgerichtet erhalten hat und kein Restkapital mehr zur Verfügung stand, ändert nichts daran, dass ein Leibrentenvertrag mit Rückgewähr vorliegt und die Einnahmen aufzurechnen sind. Dieser Faktor hat einzig zur Folge, dass kein Rückkaufswert mehr als Vermögen angerechnet werden kann (Art. 15c Abs. 1 ELV).

Würde das von der Verstorbenen von der Versicherungsgesellschaft X. bezogene (offensichtlich leibrentengleiche) Produkt nicht den Regeln der Ergänzungsleistungen zur Leibrente unterstellt, so würde dies letztlich bedeuten, dass Versicherer rein durch eine andere Bezeichnung ihrer Produkte es den Versicherten ermöglichen könnten, sich der Regelung der Ergänzungsleistungen zu entziehen, womit die vom Gesetz- und Verordnungsgeber anvisierte Verhinderung von Missbrauch (BGer 9C_760/2019 vom 7.9.2020 E. 5.2.3 und 5.3) umgangen würde.

VERFAHREN PROCEDURE

Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 19. August 2024 i.S. A. gegen Universität Bern und BKD (VGE 100.2022.244)

Rechtsschutz bei Einleitung einer Administrativuntersuchung

1. Natur und Zweck sowie (weitgehend) fehlende gesetzliche Regelung der Administrativuntersuchung im Kanton Bern (E. 3.1 f.).
2. Nach herrschender Lehre und Praxis sind Administrativuntersuchungen grundsätzlich keine Verwaltungsverfahren (E. 3.3). So verhält es sich auch hier: Die streitbetroffene Untersuchung ist nicht auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses mit der Betroffenen ausgerichtet; ihre Eröffnung begründet keine Rechtshängigkeit eines Verwaltungsverfahrens (Art. 16 Abs. 1 VRPG). Wenn die Universität ihre Eröffnung nicht förmlich verfügt, so stellt dies keine Rechtsverweigerung dar (E. 3.4). Der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz bei Realakten (Art. 29a BV) wird bernisch (im Gegensatz zu Art. 25a VwVG auf Bundesebene) grundsätzlich «bloss» indirekt über das allgemeine Institut der (allgemeinen) Feststellungsverfügung gewährleistet (E. 3.5.1). Auch für eine derartige Feststellungsverfügung besteht hier aber kein Raum (E. 3.5.2). Rechnung zu tragen bleibt freilich den grundlegenden rechtsstaatlichen Garantien wie dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; E. 3.6).
3. Weder der Eröffnungsakt noch der Wiedererwägungsentscheid der Universität sind anfechtbare Verfügungen oder Realakte, die einer (anfechtbaren) Feststellungsverfügung zugänglich wären (E. 4.1).

Protection juridique lors de l'introduction d'une enquête disciplinaire

1. Nature et but ainsi qu'absence (en grande partie) de réglementation légale de l'enquête disciplinaire dans le canton de Berne (c. 3.1 s.).
2. D'après la doctrine dominante ainsi que la pratique, les enquêtes disciplinaires ne constituent en règle générale pas des procédures administratives (c. 3.3). Tel est également le cas en l'espèce: l'enquête litigieuse ne vise pas un rapport juridique avec la personne concernée; son ouverture ne fonde pas la litispendance d'une procédure administrative (art. 16 al. 1

LPJA). Le fait que l'université ne rende pas une ordonnance formelle prononçant son ouverture ne constitue pas un déni de justice (c. 3.4). Au niveau cantonal bernois, la garantie de l'accès au juge requise par la Constitution en cas d'acte matériel (art. 29a Cst.) n'est assurée en principe qu'indirectement par la notion générale de décision en constat (contrairement à l'art. 25a PA au niveau fédéral; c. 3.5.1). En l'espèce, il n'y a néanmoins pas non plus lieu de retenir une telle décision en constat (c. 3.5.2). Il convient cependant de tenir évidemment compte des droits fondamentaux de base, tel que le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.; c. 3.6).

3. Ni l'acte d'introduction de l'enquête, ni la décision en reconsidération émanant de l'université, ne constituent des décisions ou des actes matériels susceptibles de recours, qui seraient à même de faire l'objet d'une décision en constat (elle-même susceptible de recours; c. 4.1).

Sachverhalt (gekürzt):

A.- Prof. Dr. A. ist seit 2012 als ausserordentliche Professorin an einer Fakultät der Universität Bern angestellt. Im Dezember 2020 stellte diese Fakultät der Universitätsleitung den Antrag, A. sei zur ordentlichen Professorin zu befördern. Im Juni 2021 gelangten vier ehemalige Mitarbeiterinnen von A. mit Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren an die Universität Bern; begründet sind die Forderungen mit einer Verletzung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht, konkret mit (angeblichem) Fehlverhalten von A. als damalige Vorgesetzte und weiterer Angehöriger der Universität Bern. Hierauf ersuchte A. die Universitätsleitung um Einsicht in diese Eingabe, von deren Inhalt oder Urheberschaft sie zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis hatte.

Mit Antwortschreiben vom 29. Juni 2021 teilte der Rechtsdienst der Universität Bern (nachfolgend: Rechtsdienst) ihr mit, die betreffende Eingabe gebe «Anlass, eine Administrativuntersuchung durchzuführen»; die Untersuchung werde zurzeit vorbereitet, auf das Akteneinsichtsgesuch werde baldmöglichst zurückgekommen. Gleichzeitig orientierte er darüber, dass der Beförderungsantrag «weiterhin sistiert gehalten» und nach Abschluss der Administrativuntersuchung «wieder an die Hand genommen» werde. Anfang Juli 2021 stellte der Rechtsdienst der inzwischen mandatierten Rechtsvertretung die fragliche Eingabe der ehemaligen Mitarbeiterinnen zu, umriss den

Gegenstand der in Aussicht genommenen Untersuchung (Überprüfung der Vorwürfe) und bot ihr Gelegenheit, allfällige Ablehnungsgründe gegen den zur Durchführung der Untersuchung vorgesehenen Rechtsanwalt darzutun.

Mit Eingabe vom 16. August 2021 ersuchte A. die Universitätsleitung, auf den Entscheid über die Durchführung einer Administrativuntersuchung zurückzukommen. Am 27. August 2021 setzte der Rechtsdienst A. über den Beschluss der Universitätsleitung vom 23. August 2021 in Kenntnis, wonach ihr «Wiedererwägungsgesuch» abgewiesen und an der Durchführung einer Administrativuntersuchung festgehalten werde; gleichzeitig gab er ihr vom Untersuchungsauftrag Kenntnis. Am 30. August 2021 verlangte A. eine anfechtbare Verfügung über den Beschluss der Universitätsleitung. Der Rechtsdienst lehnte dies mit Schreiben vom 3. September 2021 ab, weil dieser Beschluss keiner anfechtbaren Verfügung zugänglich sei.

B.- Gegen den Beschluss der Universitätsleitung vom 23. August 2021 und die Mitteilung der Eröffnung der Administrationsuntersuchung vom 29. Juni 2021 erhob A. Beschwerde an die Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern (BKD). Sie beantragte hauptsächlich die Aufhebung der angefochtenen Verwaltungs(real)akte unter Verzicht auf die Durchführung der Administrativuntersuchung und unter Weiterführung des sie betreffenden Beförderungsverfahrens, eventuell verbunden mit der Feststellung, dass in der Weigerung, eine Verfügung zu erlassen, eine Rechtsverweigerung liege. Mit Entscheid vom 4. Juli 2022 trat die BKD auf die Beschwerde in der Sache nicht ein; die Rechtsverweigerungsbeschwerde wies sie ab.

C.- Gegen diesen Entscheid führt A. Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Zusammengefasst beantragt sie namentlich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung der Sache zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend Eröffnung der Administrativuntersuchung.

Die Universität Bern und die BKD beantragen je die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. In weiteren Eingaben halten die Verfahrensbeteiligten an ihren Rechtsbegehren fest.

Aus den Erwägungen:

2.

[Zusammengefasst] Streitig ist, ob das Schreiben vom 29. Juni 2021 bzw. der «Wiedererwägungsentscheid» der Universitätsleitung vom 23. August 2021 (vorne Bst. A) als Verfügungen oder Realakte anfechtbar sind. Nach der Beurteilung der BKD (Vorinstanz) betreffen beide Akte die Einleitung der Administrativuntersuchung und sind nicht auf Rechtswirkungen ausgelegt, weshalb sie weder als verfahrens(ein)leitende Zwischenverfügungen noch als anfechtbare Realakte zu qualifizieren sind. Die Universität teilt diese Beurteilung; laut ihr ist der aufsichtsrechtliche Vorgang hier anders als ein Verwaltungsverfahren nicht auf Rechtswirkungen gegenüber der Betroffenen ausgerichtet. Der Rechtsschutz muss nach ihr auch unter staatsorganisatorischen Gesichtspunkten ausgeschlossen sein; andernfalls würde der Staat eines zentralen Aufsichtsmittels beraubt, indem bereits die blossе Sachverhaltsfeststellung vereitelt werden könnte. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Eröffnung der Administrativuntersuchung richte sich in erster Linie gegen sie und verletze ihre Persönlichkeitsrechte. Zur Gewährleistung des rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutzes sei die Untersuchungseinleitung als anfechtbare Verfahrenseröffnung zu qualifizieren (Zwischenverfügung oder Realakt).

3.

3.1 Bei der Administrativuntersuchung (in der Terminologie von Art. 19 Abs. 4 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21] «amtliche Untersuchung») geht es um ein spezielles aufsichtsrechtliches Verfahren, mit dem festgestellte oder mutmassliche Mängel oder Pflichtverletzungen bei der Aufgabenerfüllung in der Verwaltung sowie deren Ursachen abgeklärt werden sollen. Auf der Grundlage dieser Abklärungen entscheidet die anordnende Stelle, ob ein Sachverhalt vorliegt, der ein Einschreiten mit weitergehenden Massnahmen erfordert. Derartige Untersuchungen werden oftmals aufgrund einer aufsichtsrechtlichen Anzeige eingeleitet. Sie können beispielsweise nützlich sein in personalrechtlichen Angelegenheiten oder zur Abklärung von Fach- oder Haftungsfragen (Michel Daum bzw. Reto Feller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 19 N. 131 mit Hinweisen bzw. Art. 101 N. 25). Die Administrativuntersuchung dient demnach

der Abklärung eines Sachverhalts mit dem Zweck, auf der Grundlage des Ermittelten gegebenenfalls Massnahmen zur (Wieder-)Herstellung der Funktionsfähigkeit und der Integrität der Verwaltung zu treffen (vgl. Bukovac/Strebel/Uhlmann, *Administrativ- oder Disziplinaruntersuchung?*, in *LeGes 31 2020 Rz. 5*; Bernhard Rüdy, *Administrativuntersuchungen und ihre dienstrechtlichen Konsequenzen*, in *Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [SVVOR]*, 2013, S. 119 ff., 120, 132; Rainer J. Schweizer, *Grundsatzfragen der Administrativuntersuchung*, in *Ehrenzeller/Schweizer [Hrsg.]*, *Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG, Band 24, 2004, S. 9 ff., 11; BVer A-4744/2019 vom 6.4.2022 E. 7.1.3, A-2191/2019 vom 9.12.2019 E. 4.4.1, A-6908/2017 und A-7102/2017 vom 27.8.2019 E. 5.8.1; VGer ZH VB.2012.00808 vom 29.5.2013 E. 2.2).

3.2 Anders als im Bund und vereinzelt in den Kantonen ist die Administrativuntersuchung im Kanton Bern gesetzlich nicht geregelt (vgl. für den Bund: Art. 27a ff. der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV; SR 172.010.1]; z.B. für den Kanton Zürich: Gesetz vom 22. Februar 2021 über die Administrativuntersuchung mit indirekten Änderungen verschiedener Erlasse [LS 172.1/177.10/412.31/413.21/413.31/131.1]). Weder das VRPG noch die Gesetzgebung über die Universität Bern oder die allgemeine bernische Organisations- und Personalgesetzgebung enthalten entsprechende Regelungen. Das VRPG erwähnt die Administrativuntersuchung einzig in Art. 19 Abs. 4 (Kapitel «Verfahrensgrundsätze», Abschnitt «Feststellung des Sachverhalts und Rechtsanwendung», Artikeltitlel «Beweismittel»). Damit wird jedoch nur der Grundsatz dieses Instruments der Sachverhaltsermittlung festgehalten und die Delegation der Beweiserhebung geregelt (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 19 N. 132).

3.3 Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich bei der Administrativuntersuchung nicht um ein Verwaltungsverfahren (Bukovac/Strebel/Uhlmann, a.a.O., Rz. 16; Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 133 ff.; René Bacher, *Grundsatzfragen der Administrativuntersuchungen: Probleme und Erfahrungen im Bund aus der Sicht des Beauftragten*, in *Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.]*, *Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung*, 1999, S. 1 ff., 7 f., 11; BVer A-2191/2019 vom 9.12.2019 E. 4.6.3; VGer SG

B 2016/165 vom 18.11.2020). Während das Verwaltungsverfahren auf den Erlass einer Verfügung ausgerichtet ist (vgl. Art. 49 i.V.m. Art. 50 ff. VRPG; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 1), dient die Administrativuntersuchung der Aufklärung eines Sachverhalts (vorne E. 3.1); sie wird mit einem Bericht abgeschlossen, der keine autoritative Feststellung, Begründung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten für die Betroffenen enthält (vgl. Bukovac/Strebel/Uhlmann, a.a.O., Rz. 16 f.; Uhlmann/Bukovac, Administrativ- und Disziplinaruntersuchungen in der Bundesverwaltung, in ZBl 2020 S. 351 ff., 358, 359 f.; Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 132; René Bacher, a.a.O., S. 11; BVGer A-4744/2019 vom 6.4.2022 E. 7.6.4, A-2191/2019 vom 9.12.2019 E. 4.6.2; VGer ZH VB.2023.00195 vom 19.4.2023 E. 2.1). Die Abgrenzung der Administrativuntersuchung zum (Verwaltungs-)Verfahren auf Erlass einer disziplinar- oder personalrechtlichen Massnahme erweist sich mitunter als schwierig, weil Missstände in der Verwaltung regelmässig mit Personen zu tun haben. Oftmals geht es bei Administrativuntersuchungen daher nicht um die reine Abklärung von allgemeinen oder organisatorischen Sachverhalten, sondern auch um die Klärung, wer für Missstände und Fehlverhalten verantwortlich ist (vgl. BVGer A-4744/2019 vom 6.4.2022 E. 7.1.3; Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 120 f.; Uhlmann/Bukovac, a.a.O., S. 357).

3.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich die Administrativuntersuchung in erster Linie gegen sie richte; durch die Eröffnung werde mit ihr autoritativ ein Verfahrensrechtsverhältnis begründet.

3.4.1 Die Universität informierte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. Juni 2021, dass die Eingabe vom 2. Juni 2021 von vier ehemaligen Mitarbeiterinnen Anlass gebe, eine Administrativuntersuchung durchzuführen. Am 2. Juli 2021 teilte sie ihr weiter mit, Untersuchungsgegenstand bilde namentlich die Überprüfung, ob bzw. inwiefern die in der Eingabe vom 2. Juni 2021 im Zusammenhang mit Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren erhobenen Beanstandungen zutreffen und ob die organisatorischen Vorkehrungen der Universität Bern im Umgang mit Vorwürfen der erhobenen Art hinreichend und effektiv sind. Die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren gemäss der Eingabe vom 2. Juni 2021 werden mit angeblich unzulänglichem Verhalten der Beschwerdeführerin und der Verletzung der Fürsorge- und Schutzpflicht durch die Universität Bern bzw. deren Organe begründet.

Gemäss dem Untersuchungsauftrag vom 27. August 2021 soll einerseits geklärt werden, ob die in der Eingabe vom 2. Juni 2021 erhobenen Beanstandungen betreffend das Verhalten der Beschwerdeführerin und weiterer Angehöriger der Universität zutreffen und ob im Zusammenhang mit diesen Beanstandungen Pflichtverletzungen begangen und/oder Verhaltensregeln missachtet wurden (Fragen 1 und 2). Andererseits soll untersucht werden, ob die organisatorischen Vorkehrungen der Universität im Umgang mit Beanstandungen der erhobenen Art hinreichend und effektiv sind und ob aufgrund der Untersuchungsergebnisse Anlass besteht, organisatorische und personalrechtliche Massnahmen zu prüfen (Fragen 3 und 4). Einleitend wird festgehalten, dass die Ergebnisse der Administrativuntersuchung als Grundlage für den Entscheid über die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren dienen werden, weshalb das diesbezügliche Verwaltungsverfahren bis zum Abschluss der Untersuchung eingestellt werde.

3.4.2 Auslöser der strittigen Administrativuntersuchung bildet unter anderem Kritik am Verhalten der Beschwerdeführerin. Der Untersuchungsauftrag macht sodann deutlich, dass die Administrativuntersuchung nicht allein dazu dient, die organisatorischen Vorkehren der Universität im Umgang mit den Beanstandungen gemäss der Eingabe vom 2. Juni 2021 abzuklären sowie Verbesserungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Vielmehr soll auch geprüft werden, ob die Beanstandungen zutreffend sind und damit Pflichten verletzt oder Verhaltensregeln missachtet wurden. Diese beiden Aspekte sind klar personenbezogen und fokussieren nicht bloss abstrakt auf das Funktionieren der Verwaltung, zumal die Beschwerdeführerin im Untersuchungsauftrag vom 27. August 2021 als einzige Person namentlich genannt wird. Sie könnten effektiv auch Gegenstand eines Disziplinar- oder Personalverfahrens sein. Indes ist der Untersuchungsauftrag vom 27. August 2021 breiter angelegt: Es geht nicht nur um die Person der Beschwerdeführerin; auch das Verhalten weiterer Angehöriger der Universität soll untersucht werden (vgl. E. 3.4.1 hiervor). Insbesondere aus der Frage 4 des Auftrags geht deutlich hervor, dass die Untersuchungsergebnisse nur die Grundlage sind, um allfällige organisatorische oder personalrechtliche Massnahmen zu prüfen. Die Universität hat denn auch wiederholt betont, dass die Administrativuntersuchung vorab der Sachverhaltsermittlung diene. Objektiv betrachtet ist dabei das gute Funktionieren verschiedener Organe der Universität zentral, auch solcher, die auf Leitungsebene angesiedelt sind. Das Verfahren ist demnach (zumindest in

einem ersten Schritt) nicht auf den Erlass personalrechtlicher Massnahmen (gegen die Beschwerdeführerin) ausgerichtet. Solche könnten – je nach Untersuchungsergebnis – Gegenstand eines weiteren Schritts sein.

3.4.3 Bei dieser Sachlage ist die hier strittige Administrativuntersuchung nicht auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin angelegt und daher nicht als Verwaltungsverfahren zu qualifizieren. Stellt die Administrativuntersuchung kein Verwaltungsverfahren dar, kann es sich auch beim Eröffnungsakt nicht um eine Verfügung handeln (vgl. Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 133 f.). Art. 16 Abs. 1 VRPG, der nach seinem Wortlaut und der systematischen Stellung auf Verwaltungsverfahren zugeschnitten ist, kommt damit nicht zur Anwendung (vgl. auch Michel Daum, a.a.O., Art. 1 N. 2). Nichts anderes ergibt sich aus den im VRPG-Kommentar angeführten publizierten Entscheiden des Verwaltungsgerichts (Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 52 mit Hinweis auf BVR 2018 S. 497 und BVR 2016 S. 237), da diese sich, wie die Universität zu Recht vorbringt, zur Verfahrenseröffnung in typischen Verfügungsmaterien äussern, sich mit anderen Worten auf Verwaltungsverfahren beziehen. Können weder die Mitteilung der Eröffnung der Administrativuntersuchung noch der Beschluss über das Wiedererwägungsgesuch Gegenstand einer rechtsgestaltenden Verfügung gemäss Art. 49 Abs. 1 VRPG bilden, ist nicht zu beanstanden, dass es die Universität abgelehnt hat, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Eine Rechtsverweigerung ist damit insoweit zu verneinen.

3.5 Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, dass die Mitteilung der Eröffnung der Administrativuntersuchung und der Wiedererwägungsentcheid vom 23. August 2021 selbst dann anfechtbar wären, wenn sie als Reakkte betrachtet würden.

3.5.1 Das VRPG schliesst die Möglichkeit der direkten Anfechtung von Reakkten auf dem Beschwerdeweg aus (vorbehalten ist Realhandeln im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 und 3 sowie Art. 60 Abs. 3 VRPG; vgl. Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 62 und 70). Der bernische Gesetzgeber hat es im Zuge der Umsetzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a der Bundesverfassung (BV; SR 101) abgelehnt, den Kreis der Anfechtungsobjekte auf solche Akte zu erweitern oder Rechtsschutz konzeptionell analog Art. 25a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren

(Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) zu installieren (vgl. Herzog/Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Einl. N. 80 mit Hinweisen). Rechtsschutz gegen Realakte ist daher (weiterhin) gemäss der zuvor entwickelten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts erhältlich. Danach wird Rechtsschutz hinsichtlich kantonalen Akte (so hier) soweit erforderlich indirekt über das Institut der Feststellungsverfügung gewährleistet (vgl. Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 75, und ders., Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl. 2021, S. 162, je mit Hinweis auf seine aus dogmatischer Sicht kritische Betrachtung dieser Lösung: [Schleich-]Wege zum Verwaltungsrechtsschutz, in ZBl 2015 S. 59 ff., 66 ff. und 73 f.). Ursprünglich knüpfte diese Rechtsprechung an Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) an (vgl. BVR 2007 S. 441 E. 4, insb. 4.3 f., 2006 S. 481 E. 4.1-4.3, je mit Hinweisen auf die damalige bundesgerichtliche Praxis). Unter der Geltung von Art. 29a BV hat das Verwaltungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt, weil kein Raum für die (analoge) Anwendung von Art. 25a VwVG besteht (vgl. BVR 2018 S. 310 E. 7.3; zum Ganzen Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 60 N. 43 und Art. 74 N. 42, 45). Das Bundesgericht hat jüngst zur Rechtslage nach dem bernischen VRPG erkannt, dass der aus Art. 29a BV fließende Anspruch auf Erlass einer Verfügung über behördliche Realakte mangels einer besonderen Regelung auch im Rahmen eines «(atypischen) Feststellungsverfahrens» eingelöst werden kann, wie dies vormals mit Blick auf Art. 13 EMRK galt (BGE 2C_172/2024 vom 27.5.2024 E. 8.4.1 [betrifft VGE 2023/255 vom 11.3.2024] mit Hinweis auf BGE 121 I 87 E. 1b). Damit wird die bisherige verwaltungsgerichtliche Praxis bestätigt. Vorausgesetzt ist jedoch auch in diesem Fall ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt der angeforderten Verfügung (vgl. Art. 50 Abs. 2 VRPG). Zudem setzt der Erhalt einer Verfügung über einen Verwaltungsrealakt eine hinlänglich intensive Betroffenheit in eigenen schützenswerten individuellen Rechtspositionen bzw. Interessen voraus. Dieses Erfordernis korrespondiert mit der allgemeinen Rechtsschutzvoraussetzung der besonderen Betroffenheit durch den strittigen Akt (vgl. Art. 12 Abs. 1, Art. 65 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 1 VRPG; BGE 2C_172/2024 vom 27.5.2024 E. 8.4.1 mit Hinweisen; BVR 2018 S. 310 E. 7.4 f.).

3.5.2 Die Lehre lehnt einen Rechtsschutz gegen die Einleitung von Administrativuntersuchungen mehrheitlich ab (vgl. Uhlmann/Bukovac, a.a.O., S. 358;

Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 133 f. mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung ist auch hinsichtlich der Einleitung der hier strittigen Untersuchung nicht erkennbar: Für die Beschwerdeführerin mag die Einleitung der Administrativuntersuchung mit Blick auf deren Gegenstand zwar unangenehm sein; diese Vorkehr ist aber nicht geeignet, ihre Persönlichkeitsrechte zu verletzen. Ein günstiger Ausgang der Abklärungen dürfte für ihre Reputation im Gegenteil vorteilhafter sein, als wenn die Vorwürfe und allfällige Vorverurteilungen unwiderlegt bestehen blieben. Die Einleitung der Untersuchung greift auch unter dem Gesichtswinkel des Beförderungsverfahrens nicht hinreichend intensiv in schützenswerte Positionen der Beschwerdeführerin ein. Dieses Verfahren wird dadurch nur verzögert, und auf die Beförderung besteht unbestrittenermassen kein Rechtsanspruch. Die Administrativuntersuchung zielt nicht auf den Erlass einer Verfügung ab, sondern dient vorab der Sachverhaltsermittlung, deren Ergebnis zunächst bloss in einem Bericht festzuhalten ist. Allfällige personalrechtliche Massnahmen wären je nach Ergebnis der Administrativuntersuchung wie dargelegt in einem nachgelagerten (Verwaltungs-)Verfahren anzuordnen (vgl. vorne E. 3.4.1 f.). Was mögliche, im Zusammenhang mit dem vorläufig sistierten Haftungsverfahren stehende finanzielle Interessen der Beschwerdeführerin angeht (solche bringt sie nicht vor), könnte sie ihre Rechte gegebenenfalls in jenem Verfahren wahren (als Beigeladene gemäss Art. 14 VRPG; vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 14 N. 4), spätestens aber in einem allfälligen Regressverfahren. Für eine Feststellungsverfügung über die als Realhandeln zu qualifizierende Eröffnung und Durchführung der interessierenden Administrativuntersuchung besteht somit kein Raum.

3.6 Das bisher Erwogene heisst nicht, dass von einer Administrativuntersuchung Betroffenen keinerlei Rechtsschutz zukommt. Als anerkannt gelten kann, dass allgemeine rechtsstaatliche Garantien, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), auch ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens zu beachten sind (vgl. aus der Literatur: Daniela Thurnherr, Geltung und Tragweite der Verfahrensgarantien bei Realakten – zum unausgeschöpften Potenzial von Art. 29 BV, in recht 2014 S. 241 ff., 249 und 252; dies., Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, 2013, Rz. 856 ff.; Uhlmann/Bukovac, a.a.O., S. 360 ff.; Bernhard Rüdy, a.a.O., S. 125 f., 129; Michel Daum, a.a.O., Art. 1 N. 2; aus der Rechtsprechung: BVGer A-6908/2017 vom 27.8.2019 E. 5.7 mit Hinweisen auf Lehrmeinungen;

VGer SG B 2016/165 vom 18.11.2020). Richtlinie muss eine im konkreten Fall hinreichende Mitwirkung sein (vgl. zu den verschiedenen Aspekten Bukovac/Strebel/Uhlmann, a.a.O., Rz. 20 ff.). Im vorliegenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Universität dem hinreichend Rechnung trägt. Die Beschwerdeführerin hat denn auch bereits von der ihr eingeräumten Gelegenheit Gebrauch gemacht, Ablehnungsgründe gegen den Untersuchungsbeauftragten geltend zu machen. Gegen allfällige belastende Anordnungen in einem späteren personalrechtlichen oder im haftungsrechtlichen Verfahren wird sich die Beschwerdeführerin dannzumal zur Wehr setzen können.

4.

4.1 Zusammenfassend ist die streitbetroffene Administrativuntersuchung nicht als Verwaltungsverfahren zu qualifizieren. Folglich sind weder der Eröffnungsakt noch der Wiedererwägungsentscheid der Universitätsleitung (Schreiben vom 29.6.2021 bzw. Beschluss vom 23.8.2021) anfechtbare Verfügungen (E. 3.4). Ebenso wenig sind die Voraussetzungen erfüllt, unter denen das in Frage stehende Realhandeln einer Feststellungsverfügung zugänglich wäre (E. 3.5). Grundlegenden rechtsstaatlichen Garantien kann in der Administrativuntersuchung hinreichend Rechnung getragen werden (E. 3.6). Der angefochtene Entscheid hält im Ergebnis der Rechtskontrolle stand.

Anmerkung der Redaktion: Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Bemerkungen

Der Rechtsschutz an der Grenze zwischen tatsächlichem und rechtlichem Handeln des Gemeinwesens ist umstritten. Das gilt unter anderem für Administrativuntersuchungen. Das Verwaltungsgericht Bern hat wichtige Klärungen vorgenommen.

Nach Auffassung des Gerichts ist der Kern des Administrativverfahrens eine Sachverhaltsabklärung: «Die Administrativuntersuchung dient demnach der Abklärung eines Sachverhalts mit dem Zweck, auf der Grundlage des Ermittelten gegebenenfalls Massnahmen zur (Wieder-)Herstellung der Funktionsfähigkeit und der Integrität der Verwaltung zu treffen» (E. 3.1). Es geht

um einen tatsächlichen Erfolg (Realakt), nämlich um ein «Mehrwissen» der Verwaltungsbehörden. Realakte unterliegen keinem formellen Verfahren. Die Administrativuntersuchung ändert die Rechtslage nicht. Verfügungen in einem formellen Verwaltungsverfahren (z.B. Disziplinarverfahren) können der Administrativuntersuchung folgen. Folgerichtig kommt das Gericht zum Schluss: «Bei dieser Sachlage ist die hier strittige Administrativuntersuchung nicht auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin angelegt und daher nicht als Verwaltungsverfahren zu qualifizieren. Stellt die Administrativuntersuchung kein Verwaltungsverfahren dar, kann es sich auch beim Eröffnungsakt nicht um eine Verfügung handeln» (E. 3.4.3).

So einfach ist es in der Praxis nicht und das Verwaltungsgericht macht es sich auch nicht so einfach. Der vorliegende Fall zeigt dies exemplarisch. «Die Administrativuntersuchung richtet sich nicht gegen bestimmte Personen», formuliert Art. 27a Abs. 2 Satz 2 RVOV, man ist versucht zu sagen, fast etwas «treuherzig». Die Missstände in einer Behörde haben fast immer mit Fehlern von Angestellten zu tun, und in den meisten Administrativuntersuchungen ist der Bannstrahl auf eine oder mehrere Personen gerichtet. In den Worten des Gerichts: «Die Abgrenzung der Administrativuntersuchung zum (Verwaltungs-) Verfahren auf Erlass einer disziplinar- oder personalrechtlichen Massnahme erweist sich mitunter als schwierig, weil Missstände in der Verwaltung regelmässig mit Personen zu tun haben» (E. 3.3). Das gilt auch für den vorliegenden Fall. Die Kritik am Verhalten der Beschwerdeführerin und deren Untersuchung führen dazu, dass die Untersuchung «klar personenbezogen [ist und] nicht bloss abstrakt auf das Funktionieren der Verwaltung» gerichtet ist; die Vorwürfe könnten «effektiv auch Gegenstand eines Disziplinar- oder Personalverfahrens sein» (E. 3.4.2). Das Gericht hält aber an der «Logik» der Administrativuntersuchung als Realakt fest: Es geht einerseits nicht nur um die Person der Beschwerdeführerin, sondern auch um das Verhalten weiterer Angehöriger der Universität, andererseits habe die Universität «wiederholt betont, dass die Administrativuntersuchung vorab der Sachverhaltsermittlung diene» (E. 3.4.2).

Im Ergebnis halte ich diese Auffassung für gut vertretbar, aber die Begründung wirft Nachfragen auf: Erachtet das Verwaltungsgericht die Regel des Bundes, also, dass sich die Administrativuntersuchung nicht gegen eine bestimmte Person richtet, für den Kanton als einschlägig – der Kanton verfügt über keine geschriebenen Regeln in dieser Frage? Gibt es Grenzen der Anordnung einer Administrativuntersuchung oder darf, anders gewendet, eine Administrativuntersuchung immer eingesetzt werden, auch wenn rechts-

förmliche Alternativen zur Verfügung stehen, v.a. in der Form eines Disziplinarverfahrens. Die Frage ist nicht trivial. Gegen die universelle Verfügbarkeit von Administrativuntersuchungen spricht der Gesichtspunkt möglicher «Umgehungen» und der Vorrang der Verwendung gesetzlich geregelter Verfahren vor den gesetzlich nicht geregelten. Für die universelle Verfügbarkeit von Administrativuntersuchungen spricht, dass sie funktional anders ausgerichtet sind und die Abklärung des Sachverhalts in den Vordergrund stellen, was ungeachtet nachfolgender Rechtsverfahren immer ein Anliegen der Verwaltungsbehörden sein kann und oft völlig formlos geschieht. In diese Richtung geht möglicherweise die Auffassung des Verwaltungsgerichts.

Aus meiner Sicht gibt es gute Gründe, nach Möglichkeit direkt in ein Disziplinarverfahren zu gehen. Informelle Vorabklärungen werden immer zulässig und geboten sein. Das Disziplinarverfahren ist klar und direkt; es erspart der handelnden Behörde nicht nur die schwierigen Fragen des rechtlichen Gehörs und des Rechtsschutzes im Administrativverfahren, sondern auch die Überführung von verwertbaren Erkenntnissen aus dem Administrativ- in das Disziplinarverfahren. Eine eigentliche Pflicht zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens anstelle einer Administrativuntersuchung würde ich wohl nur dort bejahen, wo die Administrativuntersuchung zur Umgehung anderer, «unangenehmer» Verfahren missbraucht wird. Anzeichen dafür bestanden im vorliegenden Fall nicht; die Universität hat von Anfang an eine breitere Untersuchung angestrebt. Eine «Aufspaltung» des Auftrags in mehrere Verfahren ist kaum angezeigt. In diesem Sinne verspricht der Wortlaut von Art. 27a Abs. 2 Satz 2 RVOV eigentlich mehr, als die Bestimmung halten kann, was sich auch in der Praxis der Bundesbehörden zeigt.

Mit diesen Überlegungen ist der vorliegende Fall aber nicht abschliessend geklärt und das Verwaltungsgericht hat zu Recht auch geprüft, ob nicht gegen einzelne Handlungen in der Administrativuntersuchung *als Realakte* Rechtsschutz besteht. Dies ist eine Frage der Rechtsweggarantie. Die Kantone müssen nicht den Weg des Bundes nach Art. 25a VwVG beschreiten und das Verwaltungsgericht tut dies auch nicht, indem es eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ausdrücklich verwirft (E. 3.5.1). Die «Berner Lösung» beruht auf einem «(atypischen) Feststellungsverfahren», die unter Art. 13 EMRK entwickelt worden ist. Mindestens für den ausserkantonalen Leser erschliesst sich nicht sofort, inwiefern diese Praxis zu einem anderen Ergebnis führt als eine analoge Anwendung von Art. 25a VwVG: Wegen der bundesverfassungsrechtlichen Geltung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), welche nur

«Rechtsstreitigkeiten» voraussetzt, wäre ein Abstellen auf den Geltungsbereich von Art. 13 EMRK zu eng, da es dort nur um «Grundrechtsstreitigkeiten» bzw. Rechte aus der EMRK geht. Hier wie dort geht es um «ein schutzwürdiges Interesse» bzw. «eine hinlänglich intensive Betroffenheit in eigenen schützenswerten individuellen Rechtspositionen bzw. Interessen» (E. 3.5.1), die den Anspruch auf eine Feststellungsverfügung legitimieren. Und schliesslich bezeichnet das Gericht die Feststellungsverfügung oder mindestens das Berner Verfahren dazu als «atypisch», wohl in Berücksichtigung der Tatsache, dass die «typische» Feststellungsverfügung ein Rechtsverhältnis, nicht einen Realakt betrifft (vgl. in diesem Sinn pointiert MARKUS MÜLLER, [Schleich-]Wege zum Verwaltungsrechtsschutz, ZBI 2015, S. 59 ff., 73 f.). Ich würde erwarten, dass der Rechtsschutz im Kanton Bern nicht grundsätzlich anders sein wird als im Bund. Einsichtig ist natürlich, dass das Verwaltungsgericht soweit möglich auf die eigene, bewährte Praxis abstellt. Es ist auch anzunehmen, dass bei einer Feststellungsverfügung im Kanton Bern nur die Widerrechtlichkeit des Realakts festgestellt werden kann (vgl. Art. 25a Abs. 1 lit. c VwVG), nicht aber – direkt – die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt werden können (vgl. Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG) oder die verantwortliche Behörde – direkt – zur Unterlassung, zur Einstellung oder zum Widerruf der strittigen Handlung gezwungen werden kann (vgl. Art. 25a Abs. 1 lit. a VwVG).

Bei der Eröffnung einer Administrativuntersuchung sieht das Verwaltungsgericht grundsätzlich keinen Bedarf für Rechtsschutz: «Für die Beschwerdeführerin mag die Einleitung der Administrativuntersuchung mit Blick auf deren Gegenstand zwar unangenehm sein; diese Vorkehr ist aber nicht geeignet, ihre Persönlichkeitsrechte zu verletzen. Ein günstiger Ausgang der Abklärungen dürfte für ihre Reputation im Gegenteil vorteilhafter sein, als wenn die Vorwürfe und allfällige Vorverurteilungen unwiderlegt bestehen blieben» (E. 3.5.2). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, ebenso den «guten Wünschen», welche das Gericht der weiteren Untersuchung mit auf den Weg gibt: «Das bisher Erwogene heisst nicht, dass von einer Administrativuntersuchung Betroffenen keinerlei Rechtsschutz zukommt. Als anerkannt gelten kann, dass allgemeine rechtsstaatliche Garantien, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), auch ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens zu beachten sind» (E. 3.6). Wer weiss, wann das Verwaltungsgericht sich das nächste Mal mit der Angelegenheit wird beschäftigen müssen?