

Inhaltsverzeichnis

A

Gerichtspraxis	5
I	
Staats- und Verwaltungsrecht	6
1 Ausländerrecht	6
2 Familienzulagen	17
3 Erwerbsersatz gemäss COVID-19-Verordnung	25
4 Sozialversicherungsrecht	31
5 Steuerrecht	41
6 Alters- und Hinterlassenenversicherung	56
7 Gesundheitswesen	64
8 Grundrechte	73
II	
Zivilrecht	87
1 Vertrags-, Gesellschaftsrecht und Covid-19-Kredit	87
2 Familienrecht	91
3 Sachenrecht	103
4 Franchisevertrag	114
III	
Rechtspflege	122
1 Anwaltsrecht	122
2 Verfahrensrecht	124
B	
Stichwortverzeichnis	133

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Ausländerrecht

1.1 Familiennachzug

Regeste:

Art. 43 Abs. 1 AIG, Art. 25 i.V.m. Art. 27 IPRG, Art. 78 IPRG – Die Überschreitung des im Art. 264d ZGB vorgesehenen maximalen Altersunterschieds von 45 Jahren zwischen den Adoptiveltern und dem Adoptivkind verstösst gegen den schweizerischen materiellen Ordre public, sofern die Adoption zur Wahrung des Kindeswohls nicht nötig war. Die im Ausland ausgesprochene Adoption ist daher in der Schweiz nicht anzuerkennen, weswegen kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne des Familiennachzugs besteht.

Aus dem Sachverhalt:

A., geb. 1955, und B., geb. 1956, beide Staatsangehörige der Republik Kosovo, besitzen seit 1998 respektive 2008 Niederlassungsbewilligungen in der Schweiz. 2018 beantragten sie in der Republik Kosovo die Adoption ihres Enkelkindes, D., geb. 2003, ebenfalls Staatsangehöriger der Republik Kosovo und Sohn ihres eigenen Sohnes, E., geb. 1979, und dessen Ehefrau, F., geb. 1981. Mit Entscheid vom 28. Dezember 2018 genehmigte das Grundgericht Prizren, Zweigstelle Dragash, Republik Kosovo, die Adoption.

In der Folge ersuchte A. am 29. Juli 2019 das Amt für Migration des Kantons Zug (AFM) um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für D. im Rahmen des Familiennachzugs. Nach einem Schriftenwechsel zwischen dem mittlerweile anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer und dem AFM lehnte Letzteres das Gesuch von A. mit Verfügung vom 21. April 2020 ab. Im Wesentlichen begründete das AFM die Abweisung damit, dass die durch die Entscheidung des Grundgerichts Prizren bewilligte Adoption von D. in der Schweiz nicht anerkannt werden könne. Diese verstosse gegen den schweizerischen Ordre public, indem bei der Adoption nicht das Kindeswohl im Vordergrund gestanden habe, sondern adoptionsfremde Motive, nämlich das Erlangen sozialrechtlicher, aufenthaltsrechtlicher oder sonstiger Vorteile. Der Altersunterschied zwischen dem Gesuchsteller und D. übersteige zudem die gesetzlich festgelegte Maximalgrenze von 45 Jahren. Die viel zu späte Adoption werde missbräuchlich geltend gemacht, um D. in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen. Die gegen diesen Entscheid eingereichte Verwaltungsbeschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 19. Januar 2021 ab. Am 22. Februar 2021 erhoben A. und B. Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Streitgegenstand bildet die Frage, ob das AFM das Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführer zu Recht abgewiesen hat.

2.1 Im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen ist vorab anzumerken, dass es sich weder bei den Beschwerdeführern noch bei D. – alle Staatsangehörige der Republik Kosovo – um EU/EFTA-Bürger handelt, weswegen das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Für Nicht-EU/EFTA-Bürger ist der Familiennachzug in den Art. 42 ff. des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) geregelt. Gemäss Art. 43 Abs. 1 AIG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung unter den Voraussetzungen in lit. a–e Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Der Anspruch auf Familiennachzug erlischt, wenn er rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird, namentlich um Vorschriften des AIG und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen (Art. 51 Abs. 2 lit. a AIG). Zudem setzt der Rechtsanspruch auf Familiennachzug die Wahrung der gesetzlichen Fristen voraus (Art. 47 AIG).

2.2 Da das Gesuch um Familiennachzug vorliegend vor dem Hintergrund einer Heimatadoption eines zum Adoptionszeitpunkt 15-jährigen Enkelkinds erfolgte, ist – vor der Prüfung der Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1 lit. a–e AIG – der Tatbestand in zweierlei Hinsicht zu beurteilen: erstens im Hinblick auf das Bestehen eines Kindesverhältnisses bzw. die Anerkennung der Adoption (E. 3 und 4) und zweitens in Bezug auf eine allfällige Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesuchs um Familiennachzug (E. 5).

3.

3.1 Betreffend Anerkennung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht zwischen der Schweiz und der Republik Kosovo kein Staatsvertrag. Auch das Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (HAÜ; SR 0.211.221.311) ist vorliegend nicht anwendbar, da der Kosovo diesem Übereinkommen nicht beigetreten ist. Folglich bestimmen Art. 78 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) und die allgemeinen Vorschriften nach Art. 25 ff. i.V.m. Art. 31 IPRG über die Anerkennung der Adoptionsentscheidung des Grundgerichts Prizren. Ausländische Adoptionsentscheide, die – wie vorliegend – ausländische Adoptierende und Adoptierte betreffen, werden nicht im Schweizer Zivilstandsregister eingetragen, wenn weder das Ereignis in der Schweiz eingetreten ist noch eine Familienbeziehung zu Schweizer Staatsangehörigen besteht; es findet somit auch kein Anerkennungsverfahren durch die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen statt. Die formelle Anerkennung wird vielmehr vorfrageweise im jew-

eiligen Sachzusammenhang geprüft (Schickel-Küng/Hauser, in: Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. Aufl. 2021, Art. 78 N 11).

3.2 Nach Art. 25 IPRG wird eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war (lit. a); wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder wenn sie endgültig ist (lit. b), und wenn kein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliegt (lit. c). Gemäss Art. 27 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen materiellen (Abs. 1) oder formellen *Ordre public* (Abs. 2) unvereinbar ist.

Des Weiteren regelt Art. 78 IPRG die Handhabung von ausländischen Adoptionen und ähnlichen Akten. Demnach werden ausländische Adoptionen in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind (Abs. 1). Diese Bestimmung sieht vor, dass Adoptionen vorzugsweise im zukünftigen Lebensumfeld des Adoptivkindes, also im Wohnsitzstaat oder subsidiär im Heimatstaat der Adoptierenden abgeklärt und ausgesprochen werden. Dies gewährleistet, dass ausländische Adoptionen in der Schweiz nur anerkannt werden, wenn sie von Behörden ausgesprochen werden, die besser geeignet sind, die im Lichte des Kindeswohls entscheidenden Voraussetzungen der Adoption wie Persönlichkeit und Gesundheit der Adoptiveltern, deren erzieherischen Fähigkeiten, deren wirtschaftlichen und familiären Verhältnisse und Beweggründe abzuklären (BGE 134 III 467 E. 4.3; Schickel-Küng/Hauser, a.a.O., Art. 78 N 6 mit weiteren Hinweisen). Sowohl das nationale Adoptionsrecht als für internationale Belange auch das HAÜ sowie das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ; SR 211.221.31) stellen eine Reihe von Schutznormen zugunsten des Kindes auf (vgl. Art. 264 ZGB; Art. 5 der Verordnung über die Adoption [AdoV; SR 211.221.36]; Art. 4, 5, 15, 16 und 17 HAÜ; Art. 9 BG-HAÜ). Wesentlicher gemeinsamer Nenner dieser Schutzbestimmungen ist, dass eine Adoption nicht ohne vorgängige Prüfung der Eignung der Adoptiveltern und des Kindeswohls stattfinden darf. Dieses Erfordernis ist zentral, und eine auf Art. 78 Abs. 1 IPRG gestützte Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoption ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Ordre public*-widrig, wenn der Heimatstaat die massgeblichen Verhältnisse und die Eignung der Adoptiveltern nicht abgeklärt (BGer 5A.10/1992 vom 20. Januar 1993 E. 5b) oder soweit sich die begründende Behörde bei einer Adoption nicht ausschliesslich am Kindeswohl orientiert hat (BGer 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 2.2.2.2; 5A_15/2011 vom 20. Juni 2011 E. 4), sondern adoptionsfremde Motive wie sozial- oder aufenthaltsrechtliche Vorteile im Vordergrund standen (BGer 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3) (vgl. zum Ganzen BGE 141 III 328 E. 6.6).

Gerade bei Adoptionen in Nicht-HAÜ-Vertragsstaaten besteht die Gefahr, dass die Adoption dazu missbraucht wird, einen Aufenthaltstitel, versicherungsrechtliche Ansprüche oder andere Vorteile in der Schweiz zu erwirken. So ist insbesondere bei Adoptionen innerhalb der erweiterten Familie eine genaue Prüfung des Kindeswohls im Aufnahmeverfahren sowie bei der Anerkennung im Rahmen des Ordre public angezeigt, da oft die leiblichen Eltern noch leben und sogar für das Kind sorgen könnten (vgl. zum Ganzen Schickel-Küng/Hauser, a.a.O., Art. 78 N 15).

4. Der Anerkennung des Adoptionsentscheids des Grundgerichts Prizren steht nach Ansicht der Vorinstanz dessen offensichtliche Unvereinbarkeit mit dem materiellen schweizerischen Ordre public im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG entgegen. Dabei wird der Verstoss gegen den schweizerischen materiellen Ordre public vom Regierungsrat durch die Überschreitung des im Art. 264d ZGB gesetzlich vorgesehenen Altersunterschieds zwischen den Adoptiveltern und dem Adoptivkind von maximal 45 Jahren, durch die im Vordergrund stehenden adoptionsfremden Motive und schliesslich durch die Unvereinbarkeit der strittigen Adoption mit dem Kindeswohl begründet.

4.1 Das Gericht prüft den Ordre public gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG von Amtes wegen. Das Bundesgericht definiert die offensichtliche Verletzung des schweizerischen materiellen Ordre public wie folgt: Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen Ordre public, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden (BGE 131 III 182 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Ebenfalls bejaht das Bundesgericht einen Verstoss gegen den Ordre public, wenn das Ergebnis auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht (BGE 128 III 201 E. 1b mit Hinweisen). Nach dem schweizerischen Ordre public ist bei einer Adoption das Kindeswohl das zentrale Element. Vor der Anerkennung einer ausländischen Adoption ist sicherzustellen, dass sich die ausländische Behörde beim Entscheid über die Adoption am Kindeswohl orientiert hat. Ohne zumindest wesensmässige Beachtung der dem Schutz des Kindeswohls dienenden Adoptionsvoraussetzungen des schweizerischen Rechts, wie zum Beispiel des erforderlichen Altersunterschieds, verstösst die im Ausland ausgesprochene Adoption gegen den schweizerischen Ordre public (BGer 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 4.2.2.2, in: FamPra 2010 S. 199 ff.). In Bezug auf die Anerkennung einer ausländischen Adoption erachtet das Bundesgericht den Ordre public bei einer Scheinadoption aus adoptionsfremden Gründen, wie zum Beispiel das ausschliessliche Erlangen der Aufenthaltsbewilligung, als verletzt (vgl. BGer 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3).

4.2 Von der zentralen Bedeutung des Kindeswohls in der schweizerischen Rechtsordnung ausgehend ist vorliegend zu prüfen, ob das Kindeswohl im Zentrum dieser Adoption gestanden hat. Ist dem nicht so, ist die Adoption mit dem schweizerischen

materiellen Ordre public nicht vereinbar. Die im ZGB und in der AdoV enthaltenen Adoptionsvoraussetzungen stellen nicht bloss formelle Schranken für die Prüfung der Adoptionseignung der Adoptiveltern dar, vielmehr dienen sie dazu, die umfassende Beachtung des Kindeswohls sicherzustellen. Auf diese Kriterien ist dementsprechend abzustellen, um zu prüfen, ob die Adoption im Interesse des Kindes erfolgte.

4.3 Das schweizerische Institut der Adoption ist ausschliesslich auf die Bedürfnisse des Kindes ausgerichtet, welche sich ungeachtet der Herkunft des Kindes nach den hiesigen Vorstellungen richten (BGE 135 III 80 E. 3.3). Das Kindeswohl ist Ziel und Rechtfertigung der Adoption überhaupt (Peter Breitschmid, in: Basler Kommentar zum ZGB, 6. Aufl. 2018, Art. 264 N 19; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl. 2018, § 16 Rz. 16.90). Daran sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Adoption ist dem natürlichen Kindesverhältnis nachgebildet. Die fehlende biologische Abstammung wird durch eine der biologischen Elternschaft entsprechende Beziehungsintensität als Folge der sozialpsychischen Elternstellung der Adoptierenden ersetzt. Eine solche Beziehungsintensität bedingt eine gegenseitige Gewöhnungsfrist, weshalb das Gesetz wenigstens ein Jahr Pflege und Erziehung verlangt (vgl. Art. 264 Abs. 1 ZGB). Die Mindestdauer ist zwingend. Bloss aufsummierte gemeinsame Ferienaufenthalte erfüllen die Anforderungen an das vorausgesetzte Pflege- und Erziehungsverhältnis nicht (Breitschmid, a.a.O., Art. 264 N 6; Yvo Biderbost, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 264 N 11; BGE 111 II 230 E. 3; BGer 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 4.2.2.2, in: FamPra 2010 S. 199 ff.). Diese Dauer rechtfertigt die Erwartung, es sei die nötige, gewöhnlich mit der biologischen Elternschaft verbundene gewachsene Stabilität der gegenseitigen Beziehung erreicht und auf Dauer gewährleistet (vgl. zum Ganzen Breitschmid, a.a.O., Art. 264 N 6 ff.). Das Kindeswohl beinhaltet gedeihliche physische und psychische Entwicklung, ausgewogene und tragfähige emotionale Bindung, konsequente und optimale Erziehung und Förderung, adäquate soziale und wirtschaftliche Rahmenbedingungen (wobei weder die Adoption wirtschaftlich privilegierten Kreisen vorbehalten sein darf noch eine Besserstellung in der Aufnahmefamilie als solche ausschlaggebend sein kann) (Biderbost, a.a.O., Art. 264 N 15 mit weiteren Hinweisen).

Eine Adoption geht von der Integration des Kindes in die neue Familie aus. Förderlich für die Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes muss nicht nur die Begründung des Kindesverhältnisses zu den Adoptiveltern, sondern auch die regelmässig mit der Adoption einhergehende Aufhebung des Kindesverhältnisses zu den bisherigen Eltern sein. Der Umstand, dass das Kind durch die Adoption die bisherigen rechtlichen (und regelmässig zugleich leiblichen) Eltern verliert, kann unter anderem einer Adoption durch Stief- oder Grosseltern entgegenstehen (vgl. BGE 136 III 423 E. 3.3 und 3.4.1). Der Abbruch persönlicher Beziehungen ist zwar keine förmliche Adoptionsvoraussetzung (Biderbost, a.a.O., Art. 264 N 17),

aber eine Familiengemeinschaft, in der die leiblichen Eltern auch nach der Adoption ihres Kindes tatsächlich dessen Entwicklung mitverfolgen können, ist in hohem Masse konfliktgefährdet (Rainer Frank, Grenzen der Adoption, Rechtsvergleichende Untersuchung zur Schutzbedürftigkeit faktischer Eltern-Kind-Verhältnisse, 1978, S 136; Marie-Thérèse Meulders-Klein, Le printemps des grands-parents et le droit, in: Mélanges Grossen, 1992, S. 178). Das Bundesgericht hat – gestützt auf die in BGE 119 II 1 ff. festgelegten Grundsätze – in einem Urteil aus dem Jahre 1998 betreffend eine Enkeladoption betont, dass die Qualifikation der bestehenden Beziehung (partnerschaftlich, autoritär etc.) zwischen dem zu Adoptierenden und seiner Mutter nicht ausschlaggebend sei (BGer 5C.146/1998 vom 27. Juli 1998 E. 4). Ebenso wurden die Adoption eines Bruders (BGer 5A_619/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 5.3, in: FamPra.ch 2009 S. 500) wie auch die Bewilligung des Adoptionspflegeverhältnisses für einen Neffen verweigert (BGer 5A.35/2004 vom 4. Februar 2005 E. 4.2, in: FamPra 2005 S. 949), weil jeweils ein Bestehen bzw. Fortdauern wesentlicher Beziehungen zu den leiblichen Eltern bzw. zu einem Elternteil feststand (vgl. zum Ganzen BGE 136 III 423 E. 3.3).

4.4

4.4.1 Von Gesetzes wegen darf der Altersunterschied zwischen dem Kind und den adoptionswilligen Personen nicht weniger als 16 Jahre und nicht mehr als 45 Jahre betragen (Art. 264d Abs. 1 ZGB und Art. 5 Abs. 4 AdoV). Davon kann abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die adoptionswilligen Personen haben die Abweichung zu begründen (Art. 264d Abs. 2 ZGB). Die Beschwerdeführer überschreiten die Altersunterschiedsgrenze um 3,5 respektive 2,5 Jahre. Im Einzelnen ist zu prüfen, ob dies mit dem Wohl ihres Enkels noch vereinbar ist. An dieser Stelle ist anzumerken, dass vor dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts am 1. Januar 2018 der Altersunterschied im zuvor geltenden Art. 265 Abs. 1 ZGB auf wenigstens 16 Jahren fest-gesetzt war. Die Rechtsprechung würdigte einen grossen Altersunterschied aber seit jeher als kritisch (vgl. BGE 136 III 423 E. 3.5; BGer 5A.19/2006 vom 5. Dezember 2006 E. 3.3; 5A.11/2005 vom 3. August 2005 E. 3.2; 5A.6/2004 vom 7. Juni 2004 E. 3.2; 5A.1/2001 vom 19. April 2001 E. 8b). Positivrechtlich wurde der maximale Altersunterschied zunächst in der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen AdoV (Ergänzungs- und Ausführungserlass zum ZGB) verankert, nämlich in Art. 5 Abs. 4 AdoV, welcher der Prüfung der Adoptionseignung der künftigen Adoptiveltern gewidmet ist. Danach ist die Eignung zu verneinen, wenn der Altersunterschied zwischen dem aufzunehmenden Kind und den künftigen Adoptiveltern mehr als 45 Jahre beträgt. Ausnahmsweise kann die Eignung trotzdem gegeben sein, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht. Diese kann beispielsweise aufgrund eines vorangegangenen Pflegeverhältnisses entstehen (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Adoption], BBl 2015 877, S. 906). Mit der Revision des Adoptionsrechts vom 17. Juni 2016 (AS 2017 3699) hat der Maximalaltersunterschied den Eingang in den Gesetzestext (vorne

erwähnter Art. 264d ZGB) gefunden. Dies mit der Intention, den Zugang zur Adoption auch materiell [Hervorhebung im Botschaftstext] zu beschränken. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Regelung des maximalen Altersunterschieds per 1. Januar 2018 in ein formelles und höherrangiges Gesetz aufgenommen hat, zeigt gerade die Wichtigkeit der Bestimmung für die Wahrung des Kindeswohls aus der schweizerischen Sicht. Die Beschwerdeführer gehen somit fehl, wenn sie versuchen, dieser Regelung das Gewicht abzuspochen oder gar durch das mathematische Ausrechnen des Prozentsatzes einer allfälligen Abweichung die Überschreitung des relevanten Altersunterschieds zu bagatellisieren. Die Abweichungen vom gesetzlich vorgeschriebenen Altersunterschied müssen nach dem Gesetzestext für das Wohl des Kindes nötig sein, was den besonderen Ausnahmecharakter der Abweichungen verdeutlicht. Eine solche Ausnahme wurde beispielsweise bei der Adoption eines vaterlosen Enkels durch die Grosseltern nach dem Tod der Mutter bewilligt. Die Adoption sollte das Kind aus rechtlicher und sozialer Isolation lösen und es mit den beiden Personen, die ihm durch Abstammung und affektiv am nächsten stehen, verbinden (Cyril Hegnauer, in: ZVW 1994 S. 121 ff.).

Ausschlaggebend für die Würdigung des Altersunterschieds ist, dass beide Eltern Teile das Kind voraussichtlich bis zum und über das Erwachsenenalter hinaus aktiv begleiten können. Überschreiten beide Ehepartner die vorgegebene Altersdifferenz von 45 Jahren, ist eine negative Prognose zu stellen. Überschreitet nur einer der Ehepartner die Altersdifferenz, sind an die Eignung erhöhte Anforderungen zu stellen. Eine Eignung ist auch dann wenig denkbar, wenn einer der Eltern im Teenageralter des Kindes bereits das Rentenalter erreicht. Im Vordergrund steht der Gedanke, dass einem Kind, das bereits einen Beziehungsabbruch erleben musste, eine möglichst dauerhafte Familienbindung ermöglicht werden soll (David Urwyler, Die neue Verordnung über die Adoption, in: ZKE 5/2011 S. 361 ff.). Mit der Festlegung eines Altersspektrums (statt wie bislang der Regelung bloss eines Mindestaltersunterschieds) bezweckt das Gesetz die Angleichung an die biologische Elternschaft und damit an eine ausgewogene Familienstruktur. Das Spektrum von 16 bis 45 Jahre berücksichtigt sowohl strafrechtliche als auch biologische Grenzen und bildet eine übliche Zeitspanne ab (Breitschmid, a.a.O., Art. 264d N 1; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Adoption], BBl 2015 877, S. 905).

4.4.2 Die Beschwerdeführer waren zum Adoptionszeitpunkt (28. Dezember 2018) 63 Jahre und 10 Monate (A.) respektive 62 Jahre und 8 Monate (B.) alt. Ihr Enkelkind war dazumal 15 Jahre und 2 Monate alt. Der massgebende Altersunterschied beträgt somit etwas mehr als 48,5 Jahre für den Beschwerdeführer und 47,5 Jahre für die Beschwerdeführerin. Nach dem bereits Ausgeführten wird eine solche Überschreitung des Altersunterschieds, insbesondere wenn sie beide Adoptiveltern betrifft, im Lichte des Kindeswohls negativ beurteilt. Es ist daher fraglich, ob diese negative Prognose durch die Notwendigkeit der Adoption gerechtfertigt werden könnte.

Seit der Geburt lebt der Enkel der Beschwerdeführer in einer intakten, vollständigen Familie mit seinen beiden leiblichen Eltern und seinem Bruder und besucht ein Gymnasium. Gemäss Angaben der leiblichen Eltern vor dem kosovarischen Grundgericht Prizren lebt die Familie in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen. Als Grund zur Adoption geben die leiblichen Eltern von D. seine Zustimmung zur Adoption und seine enge Verwandtschaft mit den Grosseltern an. Von einer Not zur Adoption kann vorliegend somit keine Rede sein. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer erwähnt, dass von den leiblichen Eltern von D. eine Kindeswohlgefährdung ausgehe (vgl. act. 10 S. 2). Dabei sind den Akten aber lediglich die Ausführungen zur emotionalen Belastung, zu einer verlorenen Beziehung zu den leiblichen Eltern und zu deren Bevorzugung des Bruders von D. zu entnehmen, welche jedoch nicht näher konkretisiert werden. Diese sehr pauschal beschriebenen Umstände lassen keinen Schluss auf die objektive Notwendigkeit zu, sich von der leiblichen Familie zu trennen. Eine Adoption bezweckt gerade die Aufhebung des bisherigen Kindesverhältnisses zu den leiblichen Eltern, wogegen die Aufrechterhaltung des Kontakts sehr konfliktgeladen sein kann. Vielmehr fehlen vorliegend die Überlegungen der Beschwerdeführer dazu, dass die emotionale Belastung Jugendliche in der Pubertätphase unvermeidlich begleitet, eine angespannte und teilweise emotional gelockerte Beziehung zu den Eltern während des Erwachsenwerdens in der Natur der Sache liegt und mit der Adoption auch die Beziehung zum leiblichen Bruder wesentlich beeinträchtigt oder gar gekappt werden muss. Dabei scheinen, wie die Vorinstanz dies richtig erkennt, die Eltern ihren Fürsorgepflichten in genügender Weise nachgekommen zu sein: D. sei gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführer sehr gebildet, habe die Grundausbildung mit sehr guten Noten abgeschlossen und besuche das Gymnasium. Es mag vielleicht zutreffen, dass die Eltern von D. dessen Bruder mehr lieben als ihn selber. Solche Verhältnisse, wie auch Eifersucht unter Geschwistern, gehören jedoch ebenfalls regelmässig zum Familienleben. Auf welche Weise die Bevorzugung des jüngeren Sohns durch die Eltern das Leben von D. unerträglich gemacht haben sollte, wird ebenfalls nicht näher spezifiziert. Eine stärkere emotionale Bindung zu den Grosseltern als zu den Eltern – was der Vertreter der Beschwerdeführer mit Nachdruck vor Augen führt – entsteht zudem oftmals gerade deswegen, weil Letztere im Gegensatz zu den Eltern in das alltägliche Leben nicht involviert sind und grundsätzlich keine Pflichten gegenüber ihren Enkelkindern haben. Dies kann dazu führen, dass sich Kinder durch die Grosseltern mehr geliebt und akzeptiert fühlen und ihnen die Eltern lediglich als Erzieher vorkommen. Die Tatsache alleine, dass die leiblichen Eltern bereit sind, mit dem eigenen Kind den Kontakt abubrechen – und gerade dies wird für die Gründung einer neuen Familiengemeinschaft erforderlich sein –, so dass dieses eine bessere wirtschaftliche Zukunft (wie es dem Urteil des Grundgerichts Prizren zu entnehmen ist) und Ausbildungschancen hat, veranschaulicht gerade, dass den Eltern das Kindeswohl ihres Sohnes sehr wichtig ist. Vorliegend ist jedenfalls eine Notwendigkeit der Adoption, welche den grossen Altersunterschied zwischen D. und seinen Grosseltern rechtfertigen würde, nicht ersichtlich.

4.4.3 Artikel 5 Abs. 4 Satz 2 AdoV sieht vor, dass die Adoptionseignung ausnahmsweise trotz eines überschrittenen Altersunterschieds gegeben sein kann, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht. Wie bereits vorne ausgeführt, kann diese aufgrund eines vorangegangenen Pflegeverhältnisses entstehen. Nach der Auffassung des Bundesgerichts reichen gemeinsam mit dem Adoptivkind verbrachte Ferien nicht aus, um eine genügende Bindung zwischen dem Adoptivkind und seinen künftigen Adoptiveltern her-zustellen (BGer 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 4.2.2.2, in: FamPra 2010 S. 199 ff.). Den Akten sind keine Belege zu entnehmen, welche die Dauer der gemeinsam verbrachten Zeit bzw. das Vorliegen eines der Adoption vorangegangenen Pflegeverhältnisses belegen. Wenn es um die gemeinsam verbrachten Ferien geht – wie dies die Beschwerdeführer vorbringen –, dürften dies bei Erwerbstätigen maximal 4 bis 5 Wochen im Jahr sein. Weitere Spekulationen zu dieser Frage können aber unterlassen werden, da die Angaben zu den gemeinsam verbrachten Ferien lediglich Parteibehauptungen darstellen und nicht substantiiert belegt sind. Die Vorinstanz deutet zu Recht auf die erstaunliche Tatsache hin, dass D. offenbar keine Ferien bei den Grosseltern in der Schweiz verbracht hat; dies wäre doch bei dem durch die Beschwerdeführer gezeichneten dramatischen Bild der Beziehung in der leiblichen Familie zu erwarten gewesen. Infolge des fehlenden Pflegeverhältnisses kann nicht belegt werden, dass die Stabilität der gegenseitigen Beziehung erreicht und auf Dauer gewährleistet ist. Auch die den Akten zu entnehmenden Aussagen der Lehrer und Psychologen betreffend die «enge emotionale Bindung» zwischen den Beschwerdeführern und D. vermögen dies nicht zu erstellen. Die Beziehung zwischen den Beschwerdeführern und ihrem Enkel erscheint – trotz des in den Beweisakten mit Nachdruck wiederholten Ausdrucks «enge emotionale Bindung» – nicht über die gewöhnliche Beziehung Grosseltern–Enkelkind hinauszugehen. Nicht jedes Kind, das eine emotional anstrengende Beziehung mit den Eltern hat (was für die Pubertät ohnehin typisch ist), muss von den Grosseltern adoptiert werden. Insgesamt erscheinen die Beschwerdeführer auch im Sinne einer Ausnahme nach Art. 5 Abs. 4 Satz 2 AdoV als Adoptiveltern für D. nicht geeignet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Adoption durch die Grosseltern nicht im Interesse des Kindes, geschweige denn notwendig, erscheint. Der nicht geringfügig überschrittene Altersunterschied zwischen den Adoptiveltern und dem Adoptivkind kann durch das Interesse des Kindes nicht gerechtfertigt werden und wirkt sich negativ auf das Kindeswohl aus. Die beiden leiblichen Eltern des Adoptivkindes leben noch und können selber für ihren Sohn sorgen.

4.5

4.5.1 Neben dem zu grossen Altersunterschied stehen auch weitere Umstände dieser Adoption dem Kindeswohl entgegen. So erscheint die durch die Adoption beabsichtigte Gründung einer neuen Familiengemeinschaft problematisch, weil die beiden leiblichen Eltern von D. noch leben, sie ihn bis zum Zeitpunkt der Adoption

(sowie bis heute) aufgezogen haben und das Kindesverhältnis zwischen dem jüngeren Bruder von D. und seinen leiblichen Eltern weiterhin bestehen bleibt. Unter diesen Umständen erscheint es fraglich, ob die neue Familiengemeinschaft zwischen den Grosseltern und D. richtig entstehen kann. Solche Konstellationen sind nach der vorne zitierten Auffassung des Bundesgerichts (vgl. E. 4.3) in hohem Masse konfliktgefährdet. Der Beziehungsabbruch nicht nur mit den leiblichen Eltern, sondern auch mit dem Bruder (faktisch die wichtigsten Bezugspersonen seit Geburt und bis heute), kann nicht als zumutbar und im Sinne des Kindeswohls bezeichnet werden.

4.5.2 D. müsste infolge der Adoption zudem in ein Land gebracht werden, wo er bis jetzt noch nie gewesen ist. Den Akten sind zwar Diplome von D. betreffend den Besuch des Deutschunterrichts, Stufen eins bis drei, zu entnehmen. Die Gesamtzahl der absolvierten Unterrichtsstunden beträgt jedoch lediglich 225, was gemäss der Empfehlung des Goethe-Instituts für die Dauer jeder einzelnen Stufe dem Sprachniveau zwischen A1 und A2 entspricht (vgl. Vorgaben des Goethe-Instituts auf: <https://www.goethe.de/ins/de/de/kur/kuv/stu.html>, besucht am 6. Oktober 2021). Dieses Sprachniveau ist keinesfalls für einen Einstieg in die Berufsausbildung ausreichend. Die Schwierigkeiten (nicht nur die Sprache alleine, sondern auch fehlende Integration), mit welchen das Kind (zum Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits volljährig) bezüglich des beruflichen Fortkommens konfrontiert würde, sind zwar nicht unlösbar, aber sicherlich unzumutbar und kaum mit dem Kindeswohl, insbesondere unter Berücksichtigung der übrigen Umstände, vereinbar.

4.6 Mit der Vorinstanz ist auch dann einig zu gehen, wenn sie festhält, dass die Adoption von D. aus adoptionsfremden Gründen erfolgt sei, nämlich um ihm bessere Ausbildungs- und Erwerbsmöglichkeiten zu verschaffen (Näheres dazu siehe E. 5.2 hinten). Richtig ist auch der Einwand des Regierungsrats, dass diese wirtschaftlichen Motive dem Kindeswohl indirekt sehr wohl dienen mögen, aber eine Adoption nicht rechtfertigen können. Da eine Adoption aus adoptionsfremden Motiven nach der vorne vorgebrachten Rechtsprechung des Bundesgerichts einen klaren Verstoß gegen den schweizerischen Ordre public darstellt, ist sie auch aus diesem Grund nicht anzuerkennen.

4.7 Es bleibt zusammenzufassen, dass unter Berücksichtigung der vorne erläuterten Umstände die Adoption von D. nicht dessen Kindeswohl entspricht und aus adoptionsfremden Motiven erfolgte, womit ihre Anerkennung auch mit dem materiellen schweizerischen Ordre public nicht vereinbar ist. Infolgedessen ist der Adoptionsscheid des Grundgerichts Prizren nach den Vorgaben von Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht anzuerkennen. An dieser Stelle erübrigt sich die Prüfung von weiteren Voraussetzungen der Anerkennung eines ausländischen Entscheids.

4.8 Die fehlende Anerkennung des Adoptionsscheids des Grundgerichts Prizren

führt dazu, dass aus schweizerischer Sicht kein Kindesverhältnis zwischen den Beschwerdeführern und D. besteht, weswegen die Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für ihren Enkel infolge des Familiennachzugs im Sinne von Art. 43 AIG haben.

5.

5.1 Der Regierungsrat wies die gegen den Entscheid des AFM erhobene Beschwerde auch aufgrund des Erlöschens des Anspruchs auf Familiennachzug gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. a AIG ab. Demnach erlöschen die Ansprüche nach den Artikeln 43, 48 und 50, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften des AIG und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen. Das Bundesgericht spricht von einer sogenannten «Umgehungsadoption» (vgl. BGer 2C_404/ 2014 vom 19. Juni 2014 E. 2.2; 2C_1115/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.6). Die Regelungen über den Familiennachzug haben das Ziel, ein Zusammenleben von Familienangehörigen in der Schweiz zu ermöglichen (Caroni/Scheiber/Preisig/ Zoetewij, Migrationsrecht, 4. Aufl. 2018, S. 208). Wirtschaftliche Gründe (d.h. die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz) oder Ausbildungsabsichten stellen keine familiären Gründe dar. Die Migration in diesen Fällen ist nicht durch das Institut des Familiennachzugs gedeckt.

Ein missbräuchlicher Familiennachzug von Kindern liegt dann vor, wenn man aufgrund der gesamten Umstände davon ausgehen muss, dass Kinder in erster Linie aus ökonomischen Gründen (erleichterte Zulassung zum Arbeitsmarkt) nachgezogen werden sollen und dabei nicht das Zusammenleben der Familienmitglieder im Vordergrund steht. Massgebend ist das Kindesinteresse, wobei wirtschaftliche Gründe (d.h. die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz) nicht ausschlaggebend sein können (Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709, S. 3795 f.). Dem Bundesgericht erscheint es umso weniger glaubwürdig, dass vorrangig die Zusammenführung der Familie angestrebt wird, je näher das Alter des betreffenden Kindes bei der Grenze von 18 Jahren liegt (BGE 126 II 329 E. 4a).

5.2 Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass nicht die Zusammenführung der Gesamtfamilie bzw. Gründung einer Familiengemeinschaft in der Schweiz im Vordergrund steht, sondern vielmehr davon auszugehen ist, dass dem Adoptivsohn eine bessere Ausgangslage für seine Zukunft verschafft werden soll. D. wuchs zusammen mit seinen leiblichen Eltern und seinem Bruder im Kosovo auf, und insofern stammt er aus einer intakten Familie; eine Familiengemeinschaft zwischen den Beschwerdeführern und D. bestand nie. Wie es vorne aufgezeigt wurde, reichen zusammen verbrachte Ferien dafür nicht aus. Die Notwendigkeit der vorliegenden Adoption aus familiären Gründen oder in Wahrung des Kindeswohls kann nicht erstellt werden. Vielmehr erscheint das Vorgehen der Beschwerdeführer fraglich, die trotz der

angeblich nicht funktionierenden emotionalen Beziehung zwischen D. und seinen leiblichen Eltern bis zu dessen 15. Altersjahr mit der Adoption zugewartet haben. Würde von den Eltern tatsächlich eine Gefährdung des Kindeswohls ausgehen, wäre eine Intervention (mit einer Adoption als letztes Mittel) viel früher angesagt gewesen. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Familiennachzug war D. knapp 16-jährig und stand vor dem baldigen Eintritt ins Erwachsenenleben mit der dazugehörigen Orientierung im Bereich Berufsausbildung. In Würdigung sämtlicher Umstände erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass durch die Beschwerdeführer die Gründung einer Familiengemeinschaft und nicht die Gewährung des Zugangs ihres Enkelkindes zum Ausbildungs- und Arbeitsmarkt angestrebt wurde.

5.3 Es liegt somit eine sogenannte „Umgehungsadoption“ vor, mit welcher die ausländerechtlichen Zulassungs- und Aufenthaltsvorschriften umgangen werden sollen. Sie widerspricht dem Sinn und Zweck des Familiennachzugs und führt gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. a AIG zum Erlöschen des Anspruchs nach Art. 43 Abs. 1 AIG. Eine weitere Interessenabwägung ist hier nicht vorzunehmen, zumal die Umgehungsadoption als solche verfassungs- und konventionsrechtlich keinen besonderen Schutz verdient (Art. 8 EMRK; Art. 13 BV; BGE 137 I 247 E. 5.1.2; 135 I 143 E. 3.1)

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführer mangels Anerkennung des Adoptionsentscheids in der Schweiz keinen Anspruch auf Familiennachzug im Sinne von Art. 43 Abs. 1 AIG haben. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Anspruch auf Familiennachzug, selbst abgesehen von dessen vorliegend fehlenden Entstehung, infolge der Umgehungsadoption und in Anwendung von Art. 51 Abs. 2 AIG erlöschen würde. Dem Gesuch der Beschwerdeführer um Familiennachzug wurde somit zu Recht nicht entsprochen, weswegen eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung an D. nicht zu erteilen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. November 2021, V 2021 21

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank

2. Familienzulagen

2.1 Art. 8 BV, Art. 4 Abs. 1 FamZG

Regeste:

Art. 8 BV, Art. 4 Abs. 1 FamZG - Art. 4 Abs. 1 FamZG vermittelt keinen Anspruch auf Familienzulagen für das Kind der Konkubinatspartnerin (E. 4.2-4.5).

Es liegt zudem keine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Stiefeltern vor, weshalb keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV gegeben ist (E. 5.3).

Aus dem Sachverhalt:

A. liess sich am 14. Dezember 2020 über seine Arbeitgeberin bei der Familienausgleichskasse swisstempfamily zum Bezug von Familienzulagen für das nichtleibliche Kind B., Sohn seiner Konkubinatspartnerin C., anmelden. Die Familienausgleichskasse swisstempfamily wies den Anspruch auf Familienzulagen ab. Auch die dagegen erhobene Einsprache wies die Familienausgleichskasse swisstempfamily mit Einspracheentscheid vom 2. Juni 2021 ab. Mit Verweis auf die einschlägigen Bestimmungen wurde erneut bestätigt, dass Kinder des Konkubinatspartners nicht zum Anspruch auf Familienzulagen berechtigten, wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) – und insbesondere der in der Einsprache geltend gemachte Gleichbehandlungsgrundsatz des EuGH – auf die Schweiz nicht anwendbar sei. Ergänzend wurde im Einspracheentscheid darauf hingewiesen, dass je nach Erwerbssituation der Kindesmutter ein Anspruch auf Familienzulagen ab dem 1. Januar 2020 über ihre zuständige Ausgleichskasse geprüft werden könnte. Mit Beschwerde beantragte A. die Aufhebung des Einspracheentscheids der Familienausgleichskasse swisstempfamily vom 2. Juni 2021. Die Beschwerdegegnerin sei darüber hinaus zu verpflichten, dem Beschwerdeführer die Familienzulagen rückwirkend auszubezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die Abweisung seines Antrags auf Familienzulagen eine faktische Ungleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Personen sei, womit eine verfassungsrechtlich verbotene Diskriminierung von «Stiefvätern» vorliege. Mit Beschwerdeantwort vom 23. September 2021 (Datum des Poststempels) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Familienzulagen sind einmalige oder periodische Geldleistungen, die ausgerichtet werden, um die finanzielle Belastung durch ein oder mehrere Kinder teilweise auszugleichen (Art. 2 FamZG). Artikel 4 Abs. 1 FamZG bestimmt abschliessend, welche Kinder grundsätzlich zum Bezug von Familienzulagen berechtigen, nämlich: Kinder, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) besteht (lit. a); Stiefkinder (lit. b); Pflegekinder (lit. c) sowie Geschwister und Enkelkinder der bezugsberechtigten Person, sofern diese für deren Unterhalt in überwiegendem Mass aufkommt (lit. d). Basierend auf der Delegationsnorm von Art. 4 Abs. 2 FamZG hat der Bundesrat die Einzelheiten des Bezugs von Familienzulagen in den Art. 4–6 der Verordnung über die Familienzulagen (FamZV; SR 836.21) näher geregelt. Die Anspruchsvoraussetzungen für im Ausland wohnhafte Kinder werden vom Bundesrat in Art. 7 f. FamZV konkretisiert, wobei sich die Höhe des

Anspruchs nach der Kaufkraft im Wohnsitzstaat richtet (Art. 4 Abs. 3 FamZG). Hierbei zu beachten sind die dem FamZG vorgelagerten staatsvertraglichen Regelungen in den in Art. 24 FamZG genannten Abkommen mit den Staaten der Europäischen Union (EU-Staaten) und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Staaten), ebenso wie Länderabkommen, für deren Anwendbarkeit die Staatsangehörigkeit des Leistungsansprechers massgebend ist (Kieser/Reichmuth, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar, 2010, Art. 4 N 49).

4.

4.1 Es gilt zu prüfen, ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf Familienzulagen zu Recht von der Beschwerdegegnerin abgewiesen wurde. Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer eine Konkubinatsbeziehung mit C., die geschiedene und leibliche Mutter von B. (geboren am xx.xx.2005), führt, weshalb das Konkubinatspaar am 25. September 2018 einen verbindlichen Konkubinatsvertrag abgeschlossen hat. Im Vertrag heisst es in der Vorbemerkung, dass das Paar schon seit dem 1. August 2013 zusammenlebt, zunächst in F. (G.), nachfolgend in H. (I.) und derzeit seit dem xx.xx.2018 in der Gemeinde J. in der Schweiz. Für die Deckung der Kosten des Lebensunterhaltes sowie in Bezug auf die Führung des Haushaltes wurde vereinbart, dass der Beschwerdeführer mit seinem Lohn für die verschiedenen Lebensunterhaltskosten sorgt, während seine nicht erwerbstätige Konkubinatspartnerin den Haushalt führt. B. ist das leibliche Kind von K., welcher nach Angaben des Beschwerdeführers dem Kind keinen Unterhalt zahlt. Am 25. September 2018 gab der Beschwerdeführer mit Unterzeichnung des entsprechenden Formulars des Departements L. des Kantons M. eine Unterhaltsgarantie ab, womit er sich verpflichtete, gegenüber den zuständigen Behörden von Bund, Kanton und Gemeinde für den Lebensunterhalt seiner Konkubinatspartnerin C. und ihres Kindes B. während des Aufenthalts in der Schweiz aufzukommen, falls sie dazu nicht in der Lage sind. Diese Unterhaltsgarantie umfasst alle durch die Anwesenheit der zwei Gäste verursachten Kosten, namentlich alle Auslagen für Unterkunft, Nahrung, Bekleidung, Arzt- und Spitalkosten sowie die Kosten der Rückreise in den Herkunfts- oder Heimatsstaat. Die Garantieleistung für Arzt- und Spitalkosten kann bei einer auf die Gäste lautenden Kranken- und Unfallversicherung ausgeklammert werden.

4.2 Anspruch auf Familienzulagen haben jene Personen, die zum Kind in einem Rechtsverhältnis stehen, das Art. 4 Abs. 1 FamZG entspricht. Unter dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 lit. a FamZG («Kindesverhältnis im Sinne des Zivilgesetzbuches») fallen ausschliesslich gemeinsame Kinder verheirateter und unverheirateter Eltern sowie adoptierte Kinder (Rz. 230 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] zum FamZG [FamZWL], Stand 1. Januar 2021). Folglich besteht zwischen dem Beschwerdeführer und B. kein Kindesverhältnis im Sinne des ZGB.

4.3 Ein Anspruch auf Familienzulagen auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 1 lit. d

FamZG kann auf den ersten Blick ausgeschlossen werden, selbst wenn der Beschwerdeführer für den Unterhalt von B. in überwiegendem Mass aufkommt, da das Kind weder ein Geschwister noch ein Enkelkind des Beschwerdeführers ist.

4.4 «Stiefkind» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b FamZG ist das aussereheliche oder adoptierte oder aus einer früheren Ehe stammende Kind des Ehegatten (Christian Heinrich Schaeppi, Der Anspruch auf Kinderzulagen, 1974, S. 275). Dasselbe lässt sich aus Art. 299 ZGB ableiten, wo unter dem Titel «Stiefeltern» die Pflicht jedes Ehegatten, dem anderen bei der Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber dessen Kindern beizustehen, geregelt ist (Kieser/Reichmuth, a.a.O., Art. 4 N 24). Jedenfalls setzt das Stiefkindverhältnis eine Ehe zwischen dem Stiefelternteil und dem anderen Elternteil voraus. Wird die Ehe, welche das Stiefkindverhältnis begründet hat, durch Scheidung aufgelöst, hat der Stiefelternteil keinen Anspruch mehr auf Familienzulagen für sein ehemaliges Stiefkind. Der Anspruch besteht nur für den Fall weiter, dass der mit dem Stiefelternteil verheiratete Elternteil stirbt, wobei auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein müssen (Rz. 235.2 FamZWL). Bezüglich Kinder des Konkubinatspartners oder der Konkubinatspartnerin ist in Rz. 235.1 und 238 FamZWL ausdrücklich festgehalten, dass diese kein Anspruch auf Familienzulagen begründen. Vorliegend ist unbestritten wie auch aktenkundig, dass der Beschwerdeführer mit der leiblichen Mutter von B. im Konkubinat zusammenlebt. Der Bezug von Familienzulagen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. b FamZG wurde dem Beschwerdeführer zu Recht verwehrt.

4.5 Im Sinne einer allgemein anerkannten Definition sind Pflegekinder gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c FamZG alle unmündigen Kinder, die zu ihrer Pflege und Erziehung nicht bloss vorübergehend bei anderen Personen als ihren natürlichen oder Adoptiveltern untergebracht sind (Christian Heinrich Schaeppi, a.a.O., S. 285). In der Rz. 239 FamZWL wird präzisiert, dass Kinder des Konkubinatspartners oder der Konkubinatspartnerin nicht anspruchsbegründend sind. Gleiches ist aus der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO; SR 211.222.338) abzuleiten. Die Aufnahme des Kindes des Konkubinatspartners stellt nämlich keine bewilligungspflichtige Familienpflege im Sinne von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 ff. PAVO dar (Kieser/Reichmuth, a.a.O., Art. 4 N 38). Da der Beschwerdeführer mit der leiblichen Mutter von B. im Konkubinat zusammenlebt, bildet im vorliegenden Fall auch Art. 4 Abs. 1 lit. c FamZG keine Anspruchsgrundlage.

4.6 Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegerin vom 2. Juni 2021 ist soweit nicht zu beanstanden.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 BV. In seiner Beschwerdeschrift vom 24. August 2021 behauptet er, dass die Ab-

weisung seines Antrags auf Familienzulagen durch die Beschwerdegegnerin eine faktische Ungleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Personen sei, welche zu einer verfassungsrechtlich nicht haltbaren Ungleichbehandlung von «Stiefvätern» innerhalb einer Konkubinatspartnerschaft, die durch Unterhaltsgarantie gegenüber den kantonalen Behörden verpflichtet worden seien, für den Unterhalt des Kindes des Konkubinatspartners aufzukommen, führe. Einerseits sei er durch Unterhaltsgarantie zum Unterhalt gegenüber B. verpflichtet, andererseits würden ihm die staatlichen Familienzulagen versagt. Diese differenzierte Handhabung stelle eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes von Art. 8 Abs. 1 BV dar.

5.2 Art. 8 Abs. 1 BV statuiert, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Träger dieses Grundrechts sind nicht bloss natürliche, sondern auch juristische Personen des Privatrechts. Der Schutz steht in persönlicher Hinsicht insbesondere auch Ausländern und juristischen Personen mit Sitz im Ausland zu (Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 8 N 19). Artikel 8 Abs. 1 BV ist ein sogenanntes Querschnittsgrundrecht, welches sowohl vor unsachlichen Differenzierungen – Ungleichbehandlungen im formellen Sinne – als auch vor unsachgerechten Gleichbehandlungen – Ungleichbehandlung im materiellen Sinne – schützt. Während sich Freiheitsrechte nur auf bestimmte, in den jeweiligen Schutzbereich fallende Lebenssachverhalte beziehen, zielt Art. 8 Abs. 1 BV auf eine gleiche, sachgerechte Behandlung in sämtlichen Bereichen staatlicher Aufgabenerfüllung (Bernhard Waldmann, a.a.O., Art. 8 N 21). Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer für den Entscheid wesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots von Art. 9 BV ein breiter Gestaltungsspielraum (BGE 142 V 577 E. 4.2 m.w.H.). Insbesondere im Sozialversicherungsrecht ist dem Erfordernis der Gleichheit Genüge getan, wenn der Gesetzgeber nach sachlich einleuchtenden Motiven Gruppen formt. Es ist ihm gestattet, die soziale Gerechtigkeit als klassenmässige Gerechtigkeit zu verstehen. Ohne Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots darf der Gesetzgeber Gruppen von Rechtssubjekten (z. B. Arbeitgeber, Militärpersonen, Invalide, etc.) als soziale Kategorien erfassen und ihnen bestimmte Rechte und Pflichten zuordnen (Christian Heinrich Schaeppi, a.a.O., S.187 f.). Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und gemäss herrschender Lehre bezieht sich das Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung nur auf den Zuständigkeitsbereich ein und derselben Behörde. Von einer rechtungleichen Behandlung kann nur dann die Rede sein, wenn ein und dieselbe Behörde eine Frage ohne sachlichen Grund

das eine Mal so und das andere Mal anders beantwortet (BGE 138 I 321 E. 5.3.6; 90 I 1 E. 2).

5.3 Der im Konkubinat lebende Beschwerdeführer bringt vor, das Rechtsgleichheitsgebot sei verletzt, da er im Vergleich zu Stiefvätern benachteiligt werde. Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung würde unter dem Lichte der obigen Ausführungen bedingen, dass die rechtsanwendende Behörde ohne sachlichen bzw. vernünftigen Grund im Wesentlichen vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt. Davon kann vorliegend nicht die Rede sein, da der unverheiratete Beschwerdeführer im Konkubinat lebt, während Stiefväter, die er als Vergleichsgruppe heranzieht, eine Ehe mit all den entsprechenden Rechten und Pflichten führen. So fehlt es schon von vornherein an vergleichbaren Lebensumständen, die hier eine rechtliche Gleichbehandlung des Beschwerdeführers mit Stiefvätern – und folglich die Leistung an ihn von Familienzulagen – gebieten würden. Der Berufung auf den Rechtsgleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV ist in vorliegender Situation, in welcher die Beschwerdegegnerin nach Massgabe des Gesetzes für zwei unterschiedliche Sachverhalte differenzierte Rechtsfolgen anwendet, nicht zu folgen. Anspruchsbegründend für Familienzulagen sind vom Gesetzgeber gewollt nur Kindesverhältnisse im Sinne von Art. 4 Abs. 1 FamZG. Das Verhältnis vom Beschwerdeführer zum Kind B. genügt nicht den rechtlichen Anforderungen für die Zusprache von Familienzulagen, womit die Ablehnung seines Anspruchs durch den Einspracheentscheid vom 2. Juni 2021 in Übereinstimmung mit dem Gesetz erfolgte, ohne eine Verletzung der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV mit sich zu bringen.

5.4 Die vom Beschwerdeführer am 25. September 2018 unterschriebene Unterhaltsgarantie, womit er sich subsidiär zum Unterhalt von C. und B. gegenüber den Behörden von Bund, Kanton und Gemeinde verpflichtet hat, vermag daran nichts zu ändern. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 142.20) müssen Ausländer und Ausländerinnen, die in die Schweiz einreisen wollen, unter anderem die für den Aufenthalt notwendigen Mittel besitzen. Der Nachweis ausreichender finanzieller Mittel kann mit Bargeld, Bankguthaben, einer Verpflichtungserklärung oder auch einer anderen Sicherheit erbracht werden (Art. 3 Abs. 3 der Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung [VEV; SR 142.204]; Valerio Priuli, in: Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 5 N 4). Insbesondere können die zuständigen Bewilligungsbehörden zum Nachweis ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts von einer Ausländerin oder einem Ausländer die Verpflichtungserklärung (in casu: «Unterhaltsgarantie») einer zahlungsfähigen natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz verlangen (Art. 14 Abs. 1 VEV). Diese Erklärung dürfen auch Ausländer oder Ausländerinnen mit einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 33 AIG abgeben (Art. 14 Abs. 3 lit. b VEV). Die Unterhaltsgarantie vom 25. September 2018 dient also dazu, auf Seiten von C. und B. die Erfüllung der Voraussetzung ausreichender finanzieller Mittel für den Aufenthalt bei der

Einreise sowie während des Aufenthalts im Land sicherzustellen. Familienzulagen bezwecken hingegen den teilweisen Ausgleich finanzieller Belastung, welche durch ein oder mehrere Kinder entsteht (Art. 2 FamZG; s. auch E. 3). Arbeitnehmende, Selbständigerwerbende und Nichterwerbstätige mit einem bescheidenen Einkommen können unter gewissen Bedingungen für ihre Kinder wie auch unter zusätzlichen Voraussetzungen für Stief-, Pflege-, Grosskinder und Geschwister Familienzulagen beanspruchen (Botschaft vom 30. November 2018 zur Änderung des Familienzulagengesetzes, BBl 2019 1025; Art. 4 FamZG i.V.m. Art. 4 ff. FamZV). Einleuchtend ist die unterschiedliche bzw. nicht abdeckungsgleiche ratio legis des AIG und des FamZG mit entsprechenden Ausführungsbestimmungen. In der Tatsache, dass der Beschwerdeführer einerseits zur Abgabe einer Unterhaltsgarantie verpflichtet wurde, andererseits jedoch nicht in den Genuss von Leistungen der Beschwerdegegnerin kam, da er die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt, ist keine unter dem Blickwinkel des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV verfassungswidrige Rechtsanwendung zu erblicken.

6. Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (sog. Massgeblichkeitsregel). Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, mit der Folge, dass es sich unter Umständen rechtfertigen kann, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewandt werden, wobei das Gericht den Gesetzgeber bloss einladen kann, die fragliche Bestimmung zu ändern. Nicht in jedem Fall besteht Veranlassung zur Überprüfung der bundesgesetzlichen Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung. Vielmehr hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob sich dies rechtfertigt. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle ist entscheidend, ob ein genügendes allgemeines Interesse an der Feststellung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit besteht (BGE 140 I 353 E. 4.1). Ein Anspruch auf Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen besteht nicht (BGE 146 V 378 E. 4.4). Massgebend gemäss dem Wortlaut von Art. 190 BV sind Bundesgesetze, also rechtsetzende Bestimmungen, welche die Bundesversammlung in der Form eines Bundesgesetzes erlässt (Art. 163 Abs. 1 BV). Massgebend sind auch die dringlich erklärten Bundesgesetze, und zwar auch jene, die nicht länger als ein Jahr gelten und deshalb keinem nachträglichen Referendum unterstehen (Art. 165 BV). Ebenso massgebend sind Erlasse in Form eines Bundesgesetzes, mit denen die Bundesversammlung – entgegen der Definition von Art. 163 BV – nicht Recht setzt, sondern einen Einzelfall regelt. Entscheidend für die Massgeblichkeit ist somit einzig der Erlass eines Bundesgesetzes im formellen Verfahren der Bundesgesetzgebung. Massgebend sind selbst nicht wichtige oder nicht grundlegende rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV, die in der Form eines Bundesgesetzes erlassen wurden (Hangartner/Looser, in: St. Galler Kommentar, Die Schweiz-

erische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 190 N 15). Dem Beschwerdeführer wurden Familienzulagen auf der Grundlage der in Art. 4 Abs. 1 FamZG abschliessend geregelten Fälle verweigert, unter welche das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind B. nicht fällt. Entscheidungsgrundlage stellt vorliegend die Bestimmung eines Bundesgesetzes im Sinne der obigen Ausführungen dar, das vom Anwendungsbereich von Art. 190 BV erfasst ist und somit durch das Verwaltungsgericht unumgänglich angewendet werden muss. Eine Kontrolle von Art. 4 Abs. 1 FamZG in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit ist in diesem Fall wegen fehlender vergleichbarer Sachverhalte (E. 5.3) und mangels genügenden Allgemeininteresses nicht durchzuführen. Weiterungen hierzu erübrigen sich.

7. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 2. Juni 2021 zu Recht dem Beschwerdeführer keine Familienzulagen zusprach, da sein Verhältnis zu B. die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 FamZG nicht erfüllt. Unbegründet ist die Rüge, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV zum Nachteil des Beschwerdeführers vorliege. Aus den oben genannten Gründen ist die Beschwerde (. . .) unbegründet und folglich abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Oktober 2022, S 2021 173
Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank <https://www.verwaltungsgericht.zg.ch.</p>>

3. Erwerbsersatz gemäss COVID-19-Verordnung

3.1 Art. 2 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1, 2 und 2quater Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall (Stand 28. Mai 2021); Art. 11 Abs. 1 EOG; Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 lit. b EOV

Regeste:

Art. 2 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1, 2 und 2quater Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall (Stand 28. Mai 2021); Art. 11 Abs. 1 EOG; Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 lit. b EOV - Bei unselbständig tätigen Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung richten sich Anspruch auf und Höhe des Covid-19-Erwerbsersatzes gemäss dem anwendbaren Gesetzes- und Ordnungsrecht grundsätzlich nach dem infolge der behördlichen Massnahmen entstandenen Lohnausfall bei regelmässigem Einkommen bzw. nach dem vor Beginn des Entschädigungsanspruchs durchschnittlich erzielten Erwerbseinkommen bei unregelmässigem Einkommen (E. 3.2).

Soweit das Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus - Corona-Erwerbsersatz (KS CE) in Abweichung davon für diese Personen eine Sonderregelung statuiert, ist ihm die Anwendung zu versagen (E. 4.3 i.V.m. E. 3.1.2).

Aus dem Sachverhalt:

B. und A. sind Gesellschafter und Angestellte der C. GmbH, D.. Diese Gesellschaft betrieb an der E. in F. das am xx.xx.2019 eröffnete Restaurant. Im Zuge der Covid-19-Pandemie verfügte der Schweizerische Bundesrat unter anderem für den Zeitraum vom 16. März bis zum 10. Mai 2020 sowie vom 22. Dezember 2020 bis zum 31. Mai 2021 die Schliessung der Restaurationsbetriebe bzw. der Restaurantinnräume (erster «Lockdown»: Art. 6 Abs. 2 lit. b der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19; Covid-19-Verordnung 2]; SR 818.101.24, in den - 13 verschiedenen - Fassungen geltend zwischen dem 16. März und dem 10. Mai 2020, abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/de> zweiter «Lockdown»: Art. 5a Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19 Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26], in den 12 verschiedenen Fassungen geltend zwischen dem 22. Dezember 2020 und dem 31. März 2021, abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/439/de>). Die Ehegatten B. und A. bezogen für die Zeit des ersten «Lockdowns» ab 16. März 2020 nach eigener Angabe unter anderem «Erwerbersatz». Bezüglich der Zeit des zweiten «Lockdowns» ab 22. Dezember 2020 ersuchten sie die Ausgleichskasse Zug um Ausrichtung von Corona-Erwerbersatz für einen Lohnausfall im Zeitraum zwischen 1. Januar und 31. März 2021 in Höhe von Fr. 1'541.67 pro Person und Monat. Mit Verfügungen vom 21. April 2021 verneinte die Ausgleichskasse die Leistungsansprüche, woran sie mit Einspracheentscheiden vom 28. Mai 2021 festhielt. Hiergegen erhoben die Versicherten mit Eingabe

vom 5. Juni 2021 (Poststempel) Beschwerde. Sie beantragen die Aufhebung der Einspracheentscheide der Ausgleichskasse vom 28. Mai 2021 und die Zusprache von Lohnersatz «im Rahmen der COVID-19 Erwerbsersatzordnung» für die Zeit vom 19. Dezember 2020 bis zum 31. März 2021. Die Ausgleichskasse beantragt mit Vernehmlassung vom 2. Juli 2021 die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. Den Verfahren S 2021 81 (betreffend A.) und S 2021 82 (betreffend B.) liegt im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zu Grunde und es stellen sich dieselben Rechtsfragen; betroffen ist in beiden Verfahren dieselbe Gegenpartei. Die beiden angefochtenen Einspracheentscheide der Ausgleichskasse vom 28. Mai 2021 sind inhaltlich identisch und wurden mit derselben Beschwerdeschrift angefochten (nachträglich unterzeichnet durch B.). Mithin rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, die – formlos bereits einzig unter der Fallnummer S 2021 81 weitergeführten – Verfahren auch formell zu vereinigen und mit einem einzigen Urteil zu erledigen.

(. . .)

3.1 Der Bundesrat hat am 20. März 2020 die Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19; Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31) erlassen, rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft gesetzt und in der Folge mehrmals rückwirkend angepasst. Diese Verordnung sieht unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungen für Personen vor, welche durch behördliche Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus Einkommensverluste erleiden. Am 25. September 2020 hat das Parlament das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) verabschiedet und für dringlich erklärt, so dass es sofort in Kraft gesetzt wurde. Seither beruht die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall auf Art. 15 Covid-19-Gesetz. In Abs. 2 dieser Bestimmung werden Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung und ihre mitarbeitenden Ehegatten ausdrücklich als Anspruchsberechtigte aufgeführt. In Art. 15 Abs. 3 Covid-19-Gesetz werden die Details zur Bemessung des Anspruchs auf den Verordnungsweg verwiesen. Der Bundesrat hat dabei u.a. sicherzustellen, dass Entschädigungen auf der Grundlage des selbstdeklarierten Erwerbsausfalls ausgerichtet werden (Art. 15 Abs. 4 Covid-19-Gesetz).

3.1.1 Der Anspruch der Beschwerdeführer auf Erwerbsersatz richtet sich grundsätzlich nach der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Bei dem zu Rechtsfolgen führenden Tatbestand des Erwerbsausfalls handelt es sich um einen zeitlich offenen Dauersachverhalt ohne Sacheinheit (BGE 148 V 162 E. 3.2.2). Dieser ist zu beurteilen nach dem im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung bzw. des angefochtenen Einspracheentscheides für die fragliche Anspruchsperiode geltenden Recht

(BGE 147 V 278 E. 2.1; 148 V 162 E. 3.2.1). Zu beurteilen ist hier der Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz im Zeitraum vom 22. Dezember 2020 bis zum 31. März 2021, worüber die Ausgleichskasse am 28. Mai 2021 entscheiden hat. Zur Geltung gelangt demnach die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in der ab 1. Mai 2021 geltenden Fassung (zur – mit hier nicht interessierenden Ausnahmen – grundsätzlich rückwirkenden Inkraftsetzung der jeweiligen Änderungen vgl. Art. 11 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in der ab 1. Mai 2021 geltenden Fassung). Nichts anderes ergibt sich aus dem Covid-19-Gesetz. Die verschiedenen Erlasse werden nachfolgend in der zum Zeitpunkt der Fällung der Einspracheentscheide gültigen Fassung zitiert und angewandt (d.h. Stand am 28. Mai 2021).

3.1.2 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für die Gerichte nicht verbindlich. Diese sollen sie bei ihren Entscheidungen aber berücksichtigen, sofern sie dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegungen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht davon also nicht ohne triftigen Grund ab, wenn sie eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Normanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen. Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz oder Verordnung hinausgehenden Einschränkungen materieller Rechtsansprüche einführen (etwa: BGE 147 V 278 E. 2.2; 147 V 79 E. 7.3.2, je mit Hinweisen). Vorliegend ist in diesem Sinne das Kreisschreiben des Bundesamt für Sozialversicherungen über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbsersatz (KS CE) mit zu berücksichtigen, und zwar grundsätzlich in derjenigen Fassung, die der Verwaltung im Entscheidzeitpunkt vorgelegen und ihr gegenüber Bindungswirkung entfaltet hat (vgl. etwa Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, N. 529). Das ist hier die 16. Version, Stand 26. Mai 2021. Spätere Ergänzungen können in die Entscheidungsfindung einfließen, wenn sie z. B. Schlüsse zulassen auf eine bereits zuvor gelebte Verwaltungspraxis oder wenn sie lediglich die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung nachvollziehen.

3.2 Gemäss Art. 2 Abs. 3 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall sind Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) anspruchsberechtigt, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müssen (lit. a) und einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden (lit. b). Artikel 31 Abs. 3 AVIG zählt Personen auf, die grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Dazu gehören nach lit. b und c der Bestimmung Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

3.2.1 Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall nennt – im Gegensatz zur Härtefallregelung gemäss Abs. 3bis der Bestimmung – nicht das Jahr 2019 als Referenzjahr für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung sowie der Höhe der Taggelder. Diesbezüglich lässt sich auch Art. 5 Abs. 1 und 2 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall nichts entnehmen. Daraus erhellt vielmehr, dass das Taggeld 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens beträgt, das vor Beginn des Anspruchs auf die Entschädigung erzielt wurde, und dass für die Ermittlung dieses Einkommens Artikel 11 Absatz 1 des Bundesgesetzes über den Erwerbssersatz (EOG; SR 834.1) sinngemäss anwendbar ist. Im Weiteren setzt Art. 5 Abs. 2quater Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall als Bemessungsgrundlage für Arbeitnehmende den infolge der behördlich angeordneten Massnahmen entstandenen Lohnausfall fest, wobei das Taggeld 80 % dieses Lohnausfalls entspricht. Eine Ausnahme für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ist nicht vorgesehen.

3.2.2 Artikel 11 Abs. 1 EOG sieht unter dem Titel «Berechnung der Entschädigung» vor, dass Grundlage für die Ermittlung des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens dasjenige Einkommen bildet, von dem die Beiträge nach dem AHVG erhoben werden, wobei der Erlass weiterer Vorschriften über die Bemessung der Entschädigung dem Bundesrat delegiert wird. Artikel 4 Abs. 1 der Erwerbssersatzverordnung (EOV; SR 834.11) bestimmt – als ausführende Bemessungsvorschrift –, dass die Entschädigungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund des letzten vor dem Einrücken erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet werden, wobei Tage nicht berücksichtigt werden, an denen eine Person kein oder nur ein vermindertes Erwerbseinkommen erzielt hat. Artikel 5 Abs. 2 lit. b EOv hält weiter fest, dass bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Monatslohn mit regelmässigem Einkommen der im letzten Kalendermonat vor dem Einrücken erzielte Monatslohn massgeblich ist.

3.2.3 Kongruent zu dieser Verordnungsbestimmung sieht das KS CE ausserdem vor, dass die Entschädigung grundsätzlich 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens beträgt, das die jeweilige anspruchsberechtigte Person unmittelbar vor dem Unterbruch der Erwerbstätigkeit erzielt hat. Bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie mitarbeitenden Ehegatten oder eingetragenen Partnern von Selbständigerwerbenden oder Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung beträgt die Entschädigung 80 % des Lohnausfalls im entsprechenden Monat (Rz. 1058 KS CE). Für die Ermittlung des massgebenden durchschnittlichen Einkommens sieht allerdings das Bundesamt für Sozialversicherungen in Rz. 1069.1 KS CE vor, dass bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung auf das für das Jahr 2019 deklarierte AHV-pflichtige Erwerbseinkommen abzustellen ist. Wurde die Erwerbstätigkeit im Jahr 2020 aufgenommen, so wird gemäss dem Kreisschreiben auf das durchschnittliche Einkommen des Jahres 2020 gemäss den Lohnabrechnungen abgestützt (Rz. 1069.2).

4.

4.1 Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer als Inhaber, Gesellschafter und Arbeitnehmer der C. GmbH, D., als der Betreibergesellschaft des Restaurant, Personen gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und in der AHV obligatorisch versichert sind. Ebenso ist erstellt, dass ihre Arbeitgeberin den Restaurationsbetrieb in der strittigen Zeitperiode aufgrund behördlicher Anordnung schliessen musste. Schliesslich besteht auch kein Anhalt dafür, an der Darstellung der Beschwerdeführer zu zweifeln, wonach sie im Zeitraum zwischen Januar und März 2021 von der C. GmbH keine Lohnzahlungen mehr erhalten haben. Hingegen bezogen die Versicherten für den Monat Dezember 2020 noch ihre üblichen Löhne von (gerundet) Fr. 1'542.-, so dass für diesen Monat auch im Zeitraum ab 22. Dezember 2020 kein Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz besteht, ist doch ein solcher subsidiär zur Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin (BGER 9C_356/2021 vom 10. Mai 2022 E. 5.3.5, zur Publikation vorgesehen).

Weiter ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberin der Beschwerdeführer für diese im fraglichen Zeitpunkt aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung anmelden konnte: Eine vorübergehende Ausdehnung des anspruchsberechtigten Personenkreises auch auf Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung erfolgte lediglich im Zeitraum zwischen 17. März und 31. Mai 2020, also während des ersten «Lockdown» (Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in den zwischen dem 17. März und dem 31. Mai 2020 geltenden Fassungen, abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/169/de>). Mithin ist der grundsätzlich zu sämtlichen übrigen Leistungen von Sozialversicherungen subsidiäre Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz (Art. 2 Abs. 4 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall) zu prüfen.

4.2 Strittig ist, ob die Beschwerdeführer im Sinne der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall im Zeitraum zwischen Januar und März 2021 einen Lohnausfall erlitten haben. Die Vorinstanz verneint dies. Sie verweist darauf, dass für die Ermittlung des massgebenden durchschnittlichen Einkommens auf das für das Jahr 2019 deklarierte, AHV-pflichtige Erwerbseinkommen als Vergleichsbasis abgestellt werde, das Fr. 0.- betragen habe. Infolgedessen resultiere im Vergleich mit dem Einkommen der Periode zwischen 22. Dezember 2020 bis 31. März 2021 keine Erwerbseinkünfte und folglich kein Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz.

4.3 Festzustellen ist zunächst, dass die Beschwerdeführer für ihre unselbständige Tätigkeit bei der C. GmbH ausweislich der Akten zuletzt im Monat Dezember 2020 ihre – offenbar üblichen, nicht reduzierten – Monatslöhne von je (gerundet) Fr. 1'542.- bezogen. Gemäss ihren eigenen Angaben sowie den eingereichten Lohnausweisen handelt es sich dabei – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – um regelmässige Monatslöhne, die erstmals im Januar 2020 ausbezahlt wurden. Damit entspricht das – für die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen sowie die Anspruchsbemessung grundsätzlich gleichermassen relevante (vgl. analog BGE 147

V 278 E. 5.2) – massgebliche Durchschnittseinkommen in Anwendung von Art. 5 Abs. 2 lit. b EO (oben E. 3.2.2) dem im Monat Dezember 2020 erzielten Monatslohn. Dies entspricht denn auch dem, was Rz. 1058 KS CE vorsieht, nämlich dass die Entschädigung grundsätzlich 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens beträgt, welches die anspruchsberechtigte Person unmittelbar vor dem Unterbruch der Erwerbstätigkeit erzielt hat; bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung 80% des Lohnausfalls im entsprechenden Monat. Die Rz. 1069.1 und 1069.2 KS CE können auf den vorliegenden Fall bereits deshalb keine Anwendung finden, weil hier – anders als in den bisher durch das Verwaltungsgericht zu beurteilenden Fällen – gar keine Konstellation mit unregelmässigem Einkommen zu beurteilen ist, die überhaupt ein Abstellen auf ein Durchschnittseinkommen aus der Vergangenheit rechtfertigen würde. Es kommt hinzu, dass sie für die unselbständig tätigen Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung eine Sonderregelung statuieren, die in Gesetz und Verordnungen keine Stütze findet, bzw. die den Bestimmungen der durch die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall für sinngemäss anwendbar erklärten EO gar widerspricht, so dass ihnen auch aus diesem Grund die Anwendung versagt werden muss (oben E. 3.1.2).

5. Nach dem Dargelegten sind die Einspracheentscheide vom 28. Mai 2021 aufzuheben. Die Beschwerdeführer haben für den Zeitraum zwischen dem 1. Januar und dem 31. März 2021 Anspruch auf Covid-19 Erwerbsersatz entsprechend ihrem Lohnausfall in diesen Monaten. Dieser entspricht grundsätzlich ihrem im Monat Dezember 2020 bezogenen Lohn, der – soweit ersichtlich – trotz bereits am 22. Dezember 2020 erfolgtem «Lockdown» noch unvermindert ausbezahlt wurde. Die Sache ist entsprechend an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, welche die Taggeldansprüche der Beschwerdeführer auf dieser Basis neu festzusetzen haben wird.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. September 2022, S 2021 81 / S 2021 82
Das Urteil ist rechtskräftig.

4. Sozialversicherungsrecht

4.1 Art. 28 Abs. 2 ATSG, Art. 32 ATSG, Art. 33 ATSG

Regeste:

Art. 28 Abs. 2 ATSG, Art. 32 ATSG, Art. 33 ATSG – Der Beizug eines Abklärungsberichts Haushalt aus dem IV-Dossier der Ehefrau im IV-Verfahren des Ehemannes ist zulässig, soweit darin allenfalls enthaltene, besonders schützenswerte Gesundheitsdaten über die Ehefrau unkenntlich gemacht werden. Was die häuslichen Verhältnisse angeht, sind Hausgenossen keine Dritten, sondern Personen, denen die Einschränkungen im Haushalt zwangsläufig bereits bekannt sind, weshalb die in Art. 33 ATSG statuierte Schweigepflicht nicht greift. Ein Beizug rechtfertigt sich umso mehr, als den Leistungsansprecher nach Art. 28 Abs. 2 ATSG eine Auskunftspflicht trifft und Art. 32 ATSG eine gegenseitige Datenübermittlung selbst zwischen den Organen verschiedener Sozialversicherungen erlaubt. Erst recht muss es demnach der IV-Stelle gestattet sein, bereits bei ihr vorhandene und bekannte Unterlagen zu berücksichtigen (E. 3.2.3).

Aus dem Sachverhalt:

Der 1972 geborene A., zuletzt als Apparatemonteur tätig, meldete sich im April 2018 unter Verweis auf Beschwerden nach einer Knieoperation links bei der Invalidenversicherung zur Früherfassung an. Im Erstgespräch stellte sich heraus, dass sich der Versicherte zudem in psychiatrischer Behandlung befand und sein Arbeitsplatz per 30. November 2018 gekündigt war. Im Juli 2018 meldete er sich zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle Zug traf daraufhin erwerbliche und medizinische Abklärungen, sie konsultierte insbesondere den RAD und holte ein psychiatrisches Gutachten ein. Mit Verfügung vom 29. September 2020 wies die IV-Stelle das Leistungsersuchen ab. Hiergegen erhob A. Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung der Verfügung der IV-Stelle vom 29. September 2020 und die Zusprache einer Rente, eventualiter die Einholung eines unabhängigen Gerichtsgutachtens in den Fachbereichen Psychiatrie und Orthopädie. Die IV-Stelle beantragte mit Vernehmlassung vom 8. Januar 2021 die Abweisung der Beschwerde und reichte einen Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 bezüglich der Ehefrau des Versicherten zu den Akten. Mit Replik vom 21. Januar 2021 verlangte der Beschwerdeführer, es sei eine Datenschutzverletzung festzustellen und der Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 aus dem Recht zu weisen. Die IV-Stelle hielt duplicando an ihrem Antrag auf Abweisung fest.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Strittig ist, ob die IV-Stelle zu Recht den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente verneint hat. Vorab ist dabei zu prüfen, ob der von der IV-Stelle eingelegte Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 bezüglich der Ehefrau des Beschwerdeführers im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden darf.

3.2

3.2.1 Mit Replik vom 21. Januar 2021 stellt der Beschwerdeführer den Verfahrensantrag, es sei der Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 bezüglich seiner Ehefrau aus den Prozessakten sowie den Akten der IV-Stelle zu entfernen. Er macht geltend, dieser Bericht enthalte besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. c des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1), gebe Einblick in die funktionellen Einschränkungen seiner Ehefrau und das Familienleben, lege die Daten der Töchter offen und gebe auch weltanschauliche Ansichten preis. Ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSG sei nicht erkennbar; Art. 66a IVG bilde zur Offenlegung keine Grundlage und es liege somit ein Verstoss gegen die Schweigepflicht nach Art. 33 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; 830.1) vor.

3.2.2 Dem setzt die IV-Stelle mit Duplik vom 8. März 2021 entgegen, Art. 32 ATSG erlaube unter den verschiedenen Versicherungsträgern den raschen Austausch der Daten, die im Einzelfall erforderlich sind für die Festsetzung von Leistungen. Der Beschwerdeführer habe sowohl gegenüber den behandelnden Ärzten als auch gegenüber dem psychiatrischen Gutachter den Rentenbezug seiner Ehefrau erwähnt. Der sie betreffende Abklärungsbericht Haushalt beinhalte Daten, die auch für die Prüfung seines Leistungsanspruchs erforderlich seien. Entsprechend habe er – auch ohne Zustimmung der Ehefrau – beigezogen werden dürfen (Art. 50a Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10] i.V.m. Art. 66a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]). Im Übrigen seien dem Bericht keine besonders schützenswerten Personendaten zu entnehmen, die der Versicherte nicht bereits selbst im eigenen Rentenverfahren preisgegeben hätte. Eine Verletzung des Datenschutzes oder ein Verstoss gegen die Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG lägen nicht vor; der Bericht sei nicht aus dem Recht zu weisen.

3.2.3 Die in Art. 33 ATSG statuierte Schweigepflicht schützt die Versicherten gegen eine Bekanntgabe ihrer sensiblen (Gesundheits-)Daten an Dritte. Mit Blick auf Akteneinsichtsrechte der versicherten Person in ihr eigenes Dossier (Art. 47 Abs. 1 lit. a ATSG) erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Schweigepflicht auch innerhalb ein und desselben Versicherungsträgers gelten soll (vgl. Ueli Kieser, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts

ATSG, 4. Aufl. 2020, Art. 33 ATSG N 25 ff.). Hier geht es indes nicht etwa um einen Beizug psychiatrischer Berichte oder Gutachten betreffend die Ehefrau im Verfahren betreffend den Ehemann, sondern um den Beizug eines Abklärungsberichts Haushalt. Was die häuslichen Verhältnisse angeht, sind die Hausgenossen einer versicherten Person keine Dritten, sondern Personen, denen die Einschränkungen im Haushalt zwangsläufig bereits bekannt sind. Insofern besteht zum vornherein kein schützenswertes Interesse der Ehefrau daran, dass der Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 im Abklärungsdossier ihres Ehemannes nicht beigezogen werde, zumal das mit Blick auf den Persönlichkeits- und Datenschutz sensible Kapitel dieses Berichts «1. Gesundheitszustand / Beginn, Verlauf und Ausmass der Beschwerden» von der IV-Stelle korrekt abgedeckt und mithin dem Ehemann gerade nicht zur Kenntnis gebracht wurde.

Der Beizug des bereits bei der IV-Stelle vorhandenen Abklärungsberichts Haushalt vom 19. Februar 2019 im Dossier des Beschwerdeführers rechtfertigte sich umso mehr, als dieser grundsätzlich als Leistungsansprecher alle Auskünfte zu erteilen hatte, die zur Abklärung seines Anspruchs notwendig waren (Art. 28 Abs. 2 ATSG). Der IV-Stelle durfte es dabei ihrerseits nicht verwehrt sein, bereits vorhandene Unterlagen beizuziehen, mithilfe derer sich die Auskünfte des Beschwerdeführers verifizieren liessen. Dies erschliesst sich zumindest implizit aus Art. 32 ATSG, der eine gegenseitige Datenübermittlung im Sinne der Verwaltungshilfe selbst unter Organen verschiedener Sozialversicherungen erlaubt (seit dem 1. Januar 2022 gemäss Art. 32 Abs. 2bis ATSG auch spontan, was vorliegend nicht von Bedeutung ist). Umso mehr muss der Beizug innerhalb ein und derselben Sozialversicherung zulässig sein, soweit dem nicht Schweigepflichten gegenüber anderen versicherten Personen entgegenstehen, was hier nicht der Fall ist (vgl. soeben). Gerade in Konstellationen, in denen beide Ehegatten Renten der Invalidenversicherung beantragen, lässt sich auf diese Weise vermeiden, dass inkonsistente Angaben von der Invalidenversicherung gleichsam unbesehen und wider eigentlich besseres Wissen hingenommen werden müssen, was stossend wäre. Demnach geht die Rüge fehl und besteht kein Anlass, den Abklärungsbericht Haushalt vom 19. Februar 2019 aus den Akten zu weisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 8. Juli 2022, S 2020 144
Das Urteil ist rechtskräftig.

Bestätigt durch BGer 9C_393/2022.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

4.2 Art. 34 ATSG, Art. 52 ATSG, Art. 59 ATSG

Regeste:

Art. 34 ATSG, Art. 52 ATSG, Art. 59 ATSG – Der Arbeitgeber einer versicherten Person ist zur Anfechtung eines Entscheids des Unfallversicherers insofern legitimiert, als sich dessen zur Diskussion stehende Leistung typischerweise auf die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht auswirkt, was beim UVG-Taggeld, nicht aber bei der UVG-Rente zutrifft (E. 4.3.2). Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Rechtsmittellegitimation des Arbeitgebers somit zu bejahen (E. 4.4.1). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die Zustellung der Verfügung des Unfallversicherers zu verlangen und Einsicht in die Akten zu nehmen (E. 4.5).

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, D., Jahrgang 1973, war als Dentalassistentin bei ihrem (zum damaligen Zeitpunkt Noch-)Ehemann A. angestellt und in dieser Eigenschaft obligatorisch bei der Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Vaudoise) gegen die Folgen von Unfällen versichert, als sie am 31. Januar 2020 beim Yoga stürzte und sich das rechte Handgelenk verletzte. Mit Verfügung vom 9. Juni 2020 teilte die Vaudoise der Versicherten mit, dass, gestützt auf die Beurteilung ihres beratenden Arztes, infolge Erreichens des Status quo sine vel ante nach dem 24. April 2020 keine weiteren Leistungen erbracht würden. Der Anspruch auf Taggelder für die ab dem 20. März 2020 attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit wurde ebenso verneint. Die von der Versicherten dagegen erhobene Einsprache wies die Vaudoise mit Einspracheentscheid vom 13. August 2020 ab. Dagegen wurde innert Rechtsmittelfrist keine Beschwerde eingereicht. Mittels E-Mail vom 24. September 2020 teilte RA B. der Vaudoise mit, dass ihn der Ex-Ehemann der Versicherten mandatiert habe. Er beantragte Akteneinsicht und die Ausrichtung der gesetzlichen Leistungen, insbesondere der Taggelder ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit bis auf weiteres. Dabei wies er darauf hin, dass sein Klient als Prämienzahler und Arbeitgeber rechtsmittellegitimiert sei, weshalb er eine anfechtbare Verfügung verlange. Daraufhin antwortete der Unfallversicherer, dass es sich um eine medizinische Angelegenheit handle, weshalb es aufgrund des Datenschutzes – ohne diesbezügliches Einverständnis der Versicherten – nicht möglich sei, Akteneinsicht zu gewähren. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2020 bestätigte die Vaudoise, dass die Verfügung vom 9. Juni 2020 einzig auf medizinischen – und somit rein persönlichen – Grundlagen basiert und die Frage betroffen habe, ob die Beschwerden der Versicherten als Unfall oder Krankheit zu betrachten seien. Folglich sei A. als Arbeitgeber von diesem Entscheid nicht berührt und somit auch nicht zur Einsprache legitimiert. Aus diesem Grund sei er nicht Adressat der Verfügung vom 9. Juni 2020 gewesen und es sei nicht möglich, ihm eine Kopie davon sowie der gesamten Akten zu übermitteln. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Vaudoise mit Einspracheentscheid

vom 6. November 2020 ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. November 2020 liess A. beantragen, der Einspracheentscheid vom 6. November 2020 sei aufzuheben, seine Aktivlegitimation sei anzuerkennen und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm Akteneinsicht zu gewähren und ihm sämtliche Akten seiner Arbeitnehmerin zuzustellen. Des Weiteren sei der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 31. Januar 2020 und der über den 24. April 2020 gemeldeten Beschwerden zu bejahen und die Beschwerdegegnerin habe dem Beschwerdeführer [recte: der Versicherten] die gesetzlichen Leistungen (insbesondere Taggelder) über den 24. April 2020 hinaus zzgl. 5% Zins auszurichten; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung vom 15. Dezember 2020 beantragte die Vaudoise die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. Vorliegend ist aktenkundig, dass die Unfallversicherung ihre Leistungen mit Verfügung vom 9. Juni 2020 per 24. April 2020 infolge Erreichens des Status quo sine vel ante eingestellt und den Anspruch auf Taggelder für die ab dem 20. März 2020 attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit verneint hat. Als erstellt gilt sodann, dass die genannte Verfügung der Versicherten eröffnet wurde und eine Kopie davon die Krankenkasse und der behandelnde Arzt erhielten. Unbestritten ist im Übrigen, dass gegen die genannte Verfügung zwar Einsprache erhoben, der daraufhin ergangene Einspracheentscheid innert Rechtsmittelfrist beim zuständigen kantonalen Versicherungsgericht – in casu dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug – hingegen nicht angefochten wurde. Der Beschwerdeführer stellt sich nun auf den Standpunkt, der Entscheid könne ihm gegenüber keine Rechtskraft entfalten, da ihm die Verfügung – obwohl rechtsmittellegitimiert – nicht zugestellt worden sei.

4.

4.1 Die Frage, wem eine Verfügung zu eröffnen ist, regelt Art. 49 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) – von der Zustellung an andere Versicherungsträger abgesehen (vgl. Abs. 4) – nicht. Aus der subsidiär anwendbaren (vgl. Art. 55 Abs. 1 ATSG) Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) – Eröffnung an die Parteien – i.V.m. Art. 34 ATSG, der wiederum die Parteistellung regelt, ergibt sich, dass die Verfügung auch allen Dritten, die beschwerdebefugt sind, zu eröffnen ist (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 49 N 59). Ob ein Dritter Partei i.S.v. Art. 34 ATSG ist, steht im Zeitpunkt der Verfügungseröffnung allerdings häufig noch nicht fest (Susanne Genner, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, Art. 49 N 17).

Der Verwaltung kann es daher nicht zugemutet werden, bei Erlass einer Verfügung genau abzuklären, wer alles zu einer Beschwerde legitimiert wäre (Peter Saladin, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, 1979, S. 144). Demzufolge erscheint es als richtig, dass die Verfügungszustellung an Dritte, die aufgrund einer beachtenswerten Beziehung drittbeschwerdebefugt sind, nicht von Amtes wegen ohne entsprechendes Ersuchen erfolgt. Vielmehr ist es den Dritten zuzumuten, die Zustellung der Verfügung an sich zu verlangen (Ueli Kieser, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri, *Sozialversicherungsrechtstagung 2006*, S. 88). Daraus folgt, dass die Verwaltung zunächst bloss verpflichtet ist, den unmittelbar Beteiligten von der Verfügung Kenntnis zu geben. Legt in der Folge aber ein Dritter dar, dass er begründete Aussicht hat, ebenfalls als Partei anerkannt zu werden, so ist auch ihm die Verfügung zu eröffnen (Saladin, a.a.O., S. 144). In der Folge ist dementsprechend zunächst die Frage zu klären, ob A. im unfallversicherungsrechtlichen Verfahren betreffend Leistungsanspruch von D. Partei i.S.v. Art. 34 ATSG ist, was sich danach richtet, ob er berechtigt gewesen wäre, gegen die Verfügung vom 9. Juni 2020 Einsprache zu erheben.

4.2 Die Legitimation zur Einsprache gemäss Art. 52 ATSG richtet sich analog zur Beschwerdelegitimation nach Art. 59 ATSG (Susanne Genner, in: Basler Kommentar, *Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, 2020, Art. 52 N 25). Nach Art. 59 ATSG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den Einspracheentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Schutzwürdig ist jedes eigene praktische oder rechtliche Interesse, welches der von einer Verfügung oder einem Einspracheentscheid Betroffene an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Bloss mittelbare, faktische oder auch ideelle Interessen reichen nicht. Schutzwürdig ist ein Interesse folglich nur, wenn die Gutheissung der Beschwerde für den Beschwerdeführer einen spürbaren, praktischen und unmittelbaren Nutzen bewirken bzw. einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur vermeiden würde, den die angefochtene Verfügung mit sich brächte. Bei Geldleistungen bedeutet dies, dass ein positiver Beschwerdeentscheid das Vermögen vergrössern oder einen Verlust vermindern würde. Das blosses Interesse an einer anderen Begründung des Einspracheentscheids bedeutet keinen praktischen Nutzen und vermag demnach keine Beschwerdelegitimation zu begründen (Susanne Bollinger, in: Basler Kommentar, *Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, 2020, Art. 59 N 9).

4.3

4.3.1 Der Beschwerdeführer als zum damaligen Zeitpunkt Arbeitgeber der Versicherten ist weder im formellen noch im materiellen Sinn Adressat der Verfügung vom 9. Juni 2020. Seine Legitimation ist daher nach den für eine Drittbeschwerde geltenden Regeln zu beurteilen. Zu prüfen ist deshalb, ob eine besondere, beachtenswerte

und nahe Beziehung zur Streitsache besteht; konkretisiert wird dies nach der Rechtsprechung dadurch, dass in der konkreten Konstellation eine hinreichende Beziehungsnähe respektive eine Betroffenheit von genügender Intensität vorliegt (BGE 130 V 560 E. 3.4).

4.3.2 Mit Bezug auf die obligatorische Unfallversicherung erkannte die Rechtsprechung, der Arbeitgeber, welcher einen Teil der Versicherungsprämien bezahlt und nach einem Unfall den Lohn vorgeschossen habe, sei durch eine Verfügung, welche dem verunfallten Arbeitnehmer die Versicherteneigenschaft abspreche oder einen Taggeld-Leistungsanspruch verneine, offensichtlich betroffen und habe ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung (BGE 106 V 219 E. 1; RKUV 1989 Nr. U 73 S. 239 E. 1b). Demgegenüber wurde bei einer rentenverweigernden Verfügung der IV-Stelle (BGE 130 V 560 E. 4) oder einer rentenzusprechenden Verfügung der Unfallversicherung (BGE 131 V 298 E. 5 und 6) die Rechtsmittellegitimation des Arbeitgebers abgesprochen. Entscheidend ins Gewicht fällt somit grundsätzlich der Zusammenhang der konkreten Leistung mit der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a und 324b OR. Daneben ist aber auch datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen (BGE 134 V 153 E. 5.3.2.1). Als Zwischenfazit kann dementsprechend festgehalten werden, dass der Arbeitgeber insoweit zur Anfechtung eines Entscheids des Unfallversicherers legitimiert ist, als sich dessen zur Diskussion stehende Leistung typischerweise auf die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht auswirkt, was beim UVG-Taggeld, nicht aber bei der UVG-Rente zutrifft (BGer 8C_13/2007 vom 28. Januar 2008 E. 5.5 mit Hinweis auf BGE 131 V 298 E. 5.3.2 und 5.3.3).

4.4

4.4.1 Im vorliegenden Fall verneinte die Vaudoise einen Taggeld-Leistungsanspruch der Versicherten. Da sich der hier zur Diskussion stehende Unfall vom 31. Januar 2020 zu einem Zeitpunkt zugetragen hatte, als die Versicherte noch bei A. angestellt war, hat dieser Entscheid direkte Auswirkungen auf die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (welcher im Übrigen die Prämien für die obligatorische Unfallversicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten vollumfänglich zu bezahlen hat [Art. 91 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, UVG; SR 832.20]). Dementsprechend hat der Arbeitgeber ein konkretes und eigenes Interesse bezüglich der Leistungen der Unfallversicherung. Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung ist die Rechtsmittellegitimation des Beschwerdeführers somit zu bejahen. Nichts anderes ergibt sich aus BGE 131 V 298. Es trifft zwar zu, dass das Bundesgericht in diesem Urteil die Rechtsmittellegitimation des Arbeitgebers mangels Vorliegens einer hinreichenden Beziehungsnähe zur Streitsache respektive Betroffenheit von genügender Intensität verneint hat. Nicht unberücksichtigt bleiben darf jedoch, dass das Bundesgericht im genannten Urteil explizit leistungsbezogen differenziert hat. Daraus ergibt sich Folgendes: Im Hinblick auf die Lohnzahlungspflicht wird ein direktes Interesse des Arbeitgebers bejaht, wenn es um ein Taggeld der Unfallver-

sicherung geht (E. 5.3.2). Dreht sich der Streit hingegen um eine Rente, wird die Legitimation des Arbeitgebers namentlich unter Hinweis darauf, dass zwischen dem Unfall und dem Übergang zur Berentung gemäss Statistik meist mehrere Jahre vergehen, in jenem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis in vielen Fällen schon beendet sei und demzufolge die Rente der Unfallversicherung, ebenso wie die Rente der Invalidenversicherung, nicht mehr in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehe, verneint (E. 5.3.3). Ob deshalb die bisherige Rechtsprechung im Bereich der Unfallversicherung geprüft und geändert werden muss, wurde vom Bundesgericht explizit offengelassen (E. 6.2). Im darauffin ergangenen Urteil U 519/06 vom 28. September 2007 hat das Bundesgericht wiederum unter Hinweis auf BGE 131 V 298 erwähnt, dass die Legitimation des Arbeitgebers bisher bejaht worden sei, wenn der Streit das Taggeld betroffen habe (E. 5), ohne in der Folge von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Dementsprechend kann die Vaudoise aus dem Entscheid BGE 131 V 298 nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.4.2 Wie das Nachfolgende zeigt, erscheint die Bejahung der Rechtsmittellegitimation des Arbeitgebers im vorliegenden Fall auch mit Blick auf die damit verbundenen Parteirechte, etwa bezüglich Akteneinsicht, nicht als problematisch. Das Akteneinsichtsrecht, welches in Art. 47 ATSG geregelt ist, steht neben der versicherten Person (Abs. 1 lit. a) unter anderem auch den Parteien zu (Abs. 1 lit. b). Massgebend ist dabei der in Art. 34 ATSG umschriebene Parteibegriff. Von der Einsicht erfasst sind nicht nur Personendaten, sondern alle Akten, die zur Wahrung des Anspruchs bzw. der Verpflichtung oder zur Einreichung eines Rechtsmittels (bzw. zum Entscheid, ob ein solches einzureichen ist) erforderlich sind. Angesichts dessen, dass der Parteibegriff in Art. 34 ATSG weit gefasst ist und alle Personen einschliesst, denen ein Rechtsmittel zusteht, und der Arbeitgeber in Fällen, in welchen der Unfallversicherer den Anspruch auf Taggelder abgelehnt hat, beschwerdelegitimiert ist (vgl. E. 4.4.1 vorstehend), ist nicht ersichtlich, weshalb dem Arbeitgeber das Akteneinsichtsrecht zu verwehren wäre für Daten, welche er benötigt, um gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b ATSG ein Rechtsmittel geltend zu machen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz unter anderem mit Art. 97 Abs. 1 und 7 UVG Rechnung getragen, wonach die Organe, die mit der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des UVG betraut sind, nur Daten bekannt geben dürfen, welche für den in Frage stehenden Zweck erforderlich sind (BGer U 519/06 vom 28. September 2007 E. 6.1). Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der rechtserhebliche Sachverhalt im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung – jedenfalls solange die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers andauert –, vergleichsweise klar begrenzt ist, während z. B. die Invalidenversicherung den Gesundheitszustand einer Person in seiner Gesamtheit zu berücksichtigen hat. Die Akten im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung weisen deshalb ein geringeres Mass an persönlichkeitsrechtlicher Sensibilität und Relevanz auf als in der Invalidenversicherung (vgl. BGE 130 V 560 E. 4.4; Susanne

Bollinger, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, Art. 59 N 19).

4.4.3 Wie das Bundesgericht im Entscheid U 519/06 vom 28. September 2007 darauf hingewiesen hat, kann in Konstellationen wie vorliegend entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin gerade offenbleiben, ob datenschutzrechtliche Aspekte eine Einschränkung der Beschwerdelegitimation des Arbeitgebers mit sich bringen (E. 6.1). Zur Begründung verweist das Bundesgericht auf Art. 97 Abs. 6 lit. b UVG, wonach Personendaten in Abweichung von Art. 33 ATSG an Dritte bekannt gegeben werden dürfen, sofern die betroffene Person im Einzelfall schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse der versicherten Person vorausgesetzt werden darf (E. 6.2). In casu lag zum Verfügungszeitpunkt eine E-Mail der Versicherten vom 29. September 2020 vor, in der sie A. und seinem Rechtsvertreter die Ermächtigung erteilte, Einsicht in die Akten zu nehmen. Wie die Beschwerdegegnerin diesbezüglich zutreffend darauf hingewiesen hat, war das Einverständnis weder in schriftlicher Form abgefasst noch eigenhändig unterzeichnet. Angesichts dessen waren die Zweifel ihrerseits an der Rechtsgültigkeit der genannten Einwilligung verständlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vaudoise unter diesen Umständen die Angelegenheit nicht weiter hätte abklären und bei der Versicherten nachfragen müssen. Dies kann vorliegend jedoch dahingestellt bleiben. Zu berücksichtigen ist, dass im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eine schriftliche und eigenhändig unterzeichnete Einwilligung der Versicherten eingereicht wurde. Darin erteilt sie A. ausdrücklich die Ermächtigung, Einsicht in alle UVG-Akten zu nehmen, wodurch die Unfallversicherung von der gesetzlichen Schweigepflicht befreit wurde. Sogar wenn also mit der Vaudoise angenommen würde, datenschutzrechtliche Motive ständen der Beschwerdelegitimation von A. entgegen, könnte dies unter den vorliegenden Umständen nicht zur Verneinung der Rechtsmittellegitimation des Arbeitgebers führen, da dieser ja gerade durch die Versicherte selbst zur Akteneinsicht ermächtigt wurde (vgl. zum Ganzen BGer U 519/06 vom 28. September 2007 E. 6.2).

Nichts anderes ergibt sich aus Art. 328b OR, wonach der Arbeitgeber nur Daten über den Arbeitnehmer bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Gestützt auf Art. 362 Abs. 1 OR handelt es sich bei Art. 328b OR um eine relativ zwingende Norm, das heisst, sie kann nur zugunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden. Daraus folgt, dass eine Datenbearbeitung, die Art. 328b OR widerspricht, nur zulässig ist, wenn sie sich zugunsten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin auswirkt. Demzufolge kann ein Arbeitnehmer nur dann gültig in eine Bearbeitung von Daten, die weder seine Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen noch zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, einwilligen, wenn dies zu seinen Gunsten erfolgt (Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar, Obligationen-

recht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl. 2020, Art. 328b N 26), was vorliegend klarerweise der Fall ist, erfolgte das Gesuch um Akteneinsicht doch mit dem Ziel, den unfallversicherungsrechtlichen Anspruch der Versicherten auf Taggeldleistungen durchzusetzen (sog. «Beschwerde pro Adressat»).

4.4.4 Nach dem Gesagten hat die Vaudoise die Einsprachelegitimation von A. zu Unrecht verneint.

4.5 Die Bejahung der Beschwerdelegitimation hat zur Folge, dass A. als Arbeitgeber berechtigt war, die Zustellung der Verfügung vom 9. Juni 2020 zu verlangen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Insofern erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 6. November 2020 als nicht rechtmässig, was zur Folge hat, dass dieser aufzuheben und die Rechtsmittellegitimation von A. anzuerkennen ist. Die Beschwerdegegnerin ist somit verpflichtet, ihm Akteneinsicht zu gewähren (Rechtsbegehren Ziff. 1–3).

Das soeben Dargelegte hat schliesslich auch Auswirkungen auf die Rechtskraft der Verfügung vom 9. Juni 2020 bzw. der diese bestätigenden Einspracheentscheid vom 13. August 2020. Nachdem A. die Verfügung vom 9. Juni 2020 innert vernünftiger Frist infrage gestellt – am 24. September 2020 beantragte er Akteneinsicht und die Ausrichtung der gesetzlichen Leistungen, insbesondere der Taggelder ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit bis auf weiteres – und damit sinngemäss um Zustellung der genannten Verfügung ersucht hat, wäre die Vaudoise gehalten gewesen, auch ihm die Verfügung zu eröffnen. Tat sie dies in der Folge nicht, muss sich A. die Rechtskraft der Verfügung vom 9. Juni 2020 bzw. des Einspracheentscheids vom 13. August 2020 nicht entgegenhalten lassen. Daraus folgt, dass die Angelegenheit an die Vaudoise zurückzuweisen ist, damit diese die Verfügung vom 9. Juni 2020 A. ordnungsgemäss eröffne und anschliessend über den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 31. Januar 2020 und den über den 24. April 2020 hinaus geltend gemachten Beschwerden der Versicherten neu entscheide. Die nachträgliche Eröffnung an den Arbeitgeber rechtfertigt sich auch deshalb, weil der Einbezug des Arbeitgebers zu Gunsten der Versicherten erfolgt, geht es A. doch darum, den unfallversicherungsrechtlichen Anspruch auf Taggeldleistungen der Versicherten durchzusetzen (sog. „Beschwerde pro Adressat“). Im Übrigen steht diesem Vorgehen auch das Gebot der Rechtssicherheit nicht entgegen, erfolgt die Neuurteilung innert vernünftiger Frist. Das soeben Ausgeführte führt aber dazu, dass auf die Rechtsbegehren Ziff. 4 und 5 nicht eingetreten werden kann, wird dies doch gerade Gegenstand der Neuurteilung durch die Vorinstanz im Zuge der Rückweisung sein.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 6. November 2020 aufzuheben und die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit diese

A. die Verfügung vom 9. Juni 2020 ordnungsgemäss eröffne und anschliessend über den Leistungsanspruch der Versicherten über den 24. April 2020 hinaus neu entscheide. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Januar 2022, S 2020 157
Das Urteil ist rechtskräftig.

Bestätigt durch BGer 8C_98/2022.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

5. Steuerrecht

5.1 Beteiligungsabzug bei asymmetrischen (Interims-)Dividenden

Regeste:

Art. 69 DBG, § 67 Abs. 1 StG – Zivilrechtlich gültig beschlossenen Gewinnausschüttungen (Dividenden) einer Kapitalgesellschaft, die von der kapitalmässigen Beteiligungsquote der Aktionärsgesellschaften abweichen, sog. asymmetrische Dividenden (E. 4.2), wird der Charakter von Beteiligungsertrag im Sinne des Steuerrechts zugesprochen. Als solche sind sie, unter dem Vorbehalt der Steuerumgehung, dem Beteiligungsabzug zugänglich (E. 5).

Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG – Der Zweck des Beteiligungsabzugs, die Vermeidung der Mehrfachbelastung, wird nicht immer vollständig erreicht und es kann infolge von Qualifikationskonflikten vorkommen, dass die zu beurteilenden Erträge eine Entlastung erfahren, obwohl sie im Ausland nicht oder nicht vollständig besteuert werden und umgekehrt. Für die Anwendung der Ausschlussbestimmung gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG wird ein geschäftsmässig begründeter Aufwand in einem betriebswirtschaftlichen Sinne, demnach eine Zuordnung der Leistung zur Unternehmenssphäre verlangt (E. 6.2). Im vorliegenden Fall ist die Dividendenzahlung aus dem Eigenkapital und somit die Entreicherung der Gesellschaft erstellt. Dass der Dividendenbetrag auch in der Erfolgsrechnung angeführt wird, vermag daran nichts zu ändern. Dies gilt unabhängig davon, ob am ausländischen Sitz der Gesellschaft die steuerliche Bemessungsbasis vom Erfolg vor oder nach der Dividendenzahlung ermittelt wird (E. 6.3).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Veranlagungsverfügungen vom 28. Januar 2019 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug der A. AG die definitiven Veranlagungen für die Zuger Kantons- und Gemeindesteuern sowie für die direkte Bundessteuer für die Steuerperiode 2014. Veranlagt wurden ein steuerbares Eigenkapital von Fr. (Kantons- und Gemeindegeld)

teuern) und ein steuerbarer Reingewinn von Fr. (Zug/Bund), bei Gewährung eines Abzugs für Ertrag aus Beteiligungen (Beteiligungsabzug) von 35,495% (Zug/Bund). Es resultierten Gewinnsteuern von Fr. (Bund) und Fr. (Kantons- und Gemeindesteuern) und eine Kapitalsteuer von Fr. (Zuger Kantons- und Gemeindesteuern). Die Kantons- und Gemeindesteuer betrug insgesamt Fr. (Fr. plus Fr.).

Mit Schreiben vom 27. Februar 2019 erhob die A. AG dagegen Einsprache mit dem Antrag, gewissen von der Steuerverwaltung vorgenommenen Aufrechnungen die geschäftsmässige Begründetheit zuzuerkennen bzw. vollumfänglich dem Beteiligungsabzug zu unterlegen.

Mit Entscheid vom 17. März 2020 hiess die Steuerverwaltung die Einsprache teilweise gut, unter Anerkennung von Spesenaufwand im Betrag von Fr. und Flug- und Eventaufwand von Fr. als geschäftsmässig begründeten Aufwand. Es resultierten Kantons- und Gemeindesteuern von total Fr. (Gewinn- und Kapitalsteuern) und eine direkte Bundessteuer von Fr. .

Mit Schreiben vom 16. April 2020 rekurrierte die A. AG ans Verwaltungsgericht mit den folgenden Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid der Steuerverwaltung des Kantons Zug betreffend die Kantons- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer in der Steuerperiode 2014 sei teilweise aufzuheben;
2. Die Aufrechnung der Dividende der C. Sarl im Betrag von EUR aufgrund der Periodizität sei als Dividende zu erfassen und vollumfänglich dem Beteiligungsabzug zu unterlegen;
3. Die Dividende der D. Ltd. in Höhe von EUR sei als Dividende zu qualifizieren und der Beteiligungsabzug zu gewähren;
4. Die Dividende der E. Sarl in Höhe von EUR sei als Dividende zu qualifizieren und der Beteiligungsabzug zu gewähren;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Steuerverwaltung.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die von der C Sarl, der D. Ltd. und der E. Sarl in der Form von asymmetrischen Interimsdividenden ausgerichteten und in den entsprechenden Joint Venture and Co-Investment Agreements (JVA) vereinbarten Promote Fees (oder nachfolgend auch «Promotes») bei der Rekurrentin zum

Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Zug (StG; BGS 632.1) bzw. Art. 69 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) berechtigten.

Die Rekurrentin bejaht die Anwendung des Beteiligungsabzugs, da die erhaltenen Promote Fees sowohl rechtlich und wirtschaftlich als steuerlich relevante Beteiligungserträge zu qualifizieren seien. Die Rekursgegnerin hingegen will den Beteiligungsabzug auf den Promotes nicht gewähren, da es sich bei diesen wirtschaftlich nicht um Beteiligungserträge, sondern um Entschädigungen für in den JVA vereinbarte Managementdienstleistungen handle. Betreffend Dividende der D. Ltd. wird zusätzlich angefügt, diese sei in der betreffenden Jahresrechnung als Aufwand verbucht worden, was der Qualifikation als Beteiligungsertrag auf Stufe der Rekurrentin im Wege stehe.

Nicht strittig ist, dass es sich bei den Promote Fees um der Steuerperiode 2014 zuzurechnende Erträge der Rekurrentin handelt. Ebenfalls nicht strittig ist, dass die übrigen Voraussetzungen zur Gewährung des Beteiligungsabzugs vorliegend erfüllt sind (qualifizierende Beteiligungsquoten von 10% bzw. Beteiligungsrechte im Verkehrswert von mindestens einer Million Franken), sollten denn die Promote Fees Beteiligungserträge i.S.v. Art. 69 DBG bzw. § 67 StG darstellen.

4.

4.1 Beteiligungsertrag im Allgemeinen: Mangels Legaldefinition muss der Begriff des Beteiligungsertrages auf dem Auslegungsweg gewonnen werden. Orientiert am Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Beteiligungsabzug, welche in der Vermeidung der Mehrfachbelastung auf Stufe der Gesellschaft und des Aktionärs liegen, sind Beteiligungserträge alle unmittelbar aus qualifizierenden Beteiligungen fliessenden ordentlichen und ausserordentlichen, offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen. Im Sinne einer Positivliste fallen unter anderem darunter Dividenden, Gewinnanteile auf Stammeinlagen, Ausschüttungen auf Genussscheinen und alle übrigen offenen Gewinnausschüttungen. Beteiligungsertrag i.S.v. Gewinnausschüttungen sind sämtliche Leistungen, welche eine Gesellschaft aufgrund des Beteiligungsverhältnisses an ihre Anteilinhaber erbringt. Die Leistung wird dabei aus dem Eigenkapital erbracht, so dass eine Entreicherung der Gesellschaft resultiert. Ob eine Gewinnausschüttung vorliegt, ist somit für die Belange des Beteiligungsabzugs aus Sicht der Gesellschaft und nicht aus Sicht der Beteiligten zu beurteilen.

Zuweilen greift eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise ist nicht zulässig. So exemplarisch beim Verkauf einer massgeblichen Beteiligung an einer faktisch liquidierten Gesellschaft (sogenannter Mantelhandel): Der Veräusserungserlös stellt gewinnsteuerrechtlich «Dividendenertrag» (Liquidationserlös) dar, folglich Beteiligungsertrag i.S.v. Art. 70 Abs. 1 DBG bzw. § 67

Abs. 1 StG und nicht (an weitere Bedingungen geknüpften) steuerfreien «Kapitalgewinn» i.S.v. Art. 70 Abs. 4 DBG bzw. § 67 Abs. 4 StG (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl. 2017, Art. 70 N 4–5b, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; nachfolgend: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG). Unter Referenz auf den wirtschaftlichen Gehalt wurden sodann durch den Gesetzgeber die Institute der «Transponierung» und der «indirekten Teilliquidation» geschaffen, unter welchen die Erlöse aus der zivilrechtlichen Veräusserung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht als steuerfreie «private Kapitalgewinne», sondern als steuerbare Dividendeneinkünfte gelten (Art. 7a des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14], Art. 20a DBG; VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 3.2 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88). Es geht mithin bei diesen Fällen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise um eine Umqualifizierung von privaten Kapitalgewinneinkünften in «Dividendeneinkünfte», weshalb sich daraus für den vorliegenden Fall, wo eben gerade das Vorliegen solcher «Dividendeneinkünfte» von der Rekurrentin geltend gemacht wird, direkt nichts Gegenteiliges ableiten lässt.

Der Begriff «Dividenden» bezieht sich auf offene Gewinnausschüttungen einer Aktiengesellschaft aus dem Bilanzgewinn oder aus hierfür gebildeten Reserven (Art. 675 Abs. 2 OR). Es sind Leistungen einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, die auf dem privatrechtlich hierfür vorgezeichneten Weg durch die zuständigen Gesellschaftsorgane beschlossen werden. Ausgerichtet werden diese Gewinnanteile nicht aus geschäftlichen Gründen, sondern wegen des Beteiligungsverhältnisses. Die handelnden Organe kommen damit nicht einer geschäftlichen Verpflichtung nach, die auch unabhängigen Dritten erbracht würde, sondern verwenden den Gewinn bzw. die Reserven im Interesse der Beteiligten (Reich/Weidmann, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 20 N 40 ff.; VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 2.1.4 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88). «Dividende» in diesem Sinne ist ein Begriff des Zivilrechts, dessen Gehalt grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist (VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 2.2.1 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88, mit Verweis auf die einschlägige Literatur).

4.2 Asymmetrische Dividenden im Besonderen: Gemäss Art. 660 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn einer Aktiengesellschaft. Der Anteil bemisst sich in Übereinstimmung mit Art. 661 OR und Art. 745 Abs. 1 OR nach dem nominellen einbezahlten Aktienkapital, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Werden Dividenden an die Aktionäre einer Aktiengesellschaft abweichend von deren kapitalmässiger Beteiligungsquote ausgerichtet, spricht man von einer asymmetrischen Dividende (Altorfer/Greter, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 2012, Art. 5 N 169; nachfolgend: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Kommentar VST).

Falls eine asymmetrische Dividendenzahlung erfolgt, die statutarisch nicht ausdrücklich vorgesehen ist, kann der Dividendenbeschluss von einem allenfalls benachteiligten nicht zustimmenden Aktionär angefochten werden. Unterbleibt die Anfechtung oder stimmen dem asymmetrischen Dividendenbeschluss alle zustimmungsberechtigten Organe zu, so erlangt ein solcher Dividendenbeschluss nach herrschender Anschauung zivilrechtliche Gültigkeit (StGer SO SGSTA.2019.75/BST.2019.70 vom 14. Juni 2021 E. 2, mit ausführlichen Erläuterungen zur Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von asymmetrischen Dividendenbeschlüssen, mit Verweisen auf die einschlägige Literatur).

5. Beteiligungserträge der C. Sarl und der E. Sarl

5.1 Dividendenbeschlüsse

Gemäss nicht strittigem Sachverhalt wurden die hier zu beurteilenden asymmetrischen (Interims-)Dividendenzahlungen im Umfang des «Promote» durch die C. Sarl (EUR) und die E. Sarl (EUR) durch deren Generalversammlungen beschlossen. Dies, unter dem expliziten Hinweis, dass es sich bei diesen (asymmetrischen) Dividendenzahlungen an die Rekurrentin um den in den JVA vereinbarten «Promote» handeln soll. Sodann halten die GV-Protokolle fest, dass bei beiden Gesellschaften aufgrund von Zwischenabschlüssen festgestellt ist, dass genügend ausschüttbare Reserven vorhanden sind, um diese Dividendenzahlungen an die Rekurrentin vornehmen zu können. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte, dass diese Generalversammlungsbeschlüsse angefochten worden wären, weshalb anzunehmen ist, dass sie nach schweizerischer Anschauung, wie vorstehend dargelegt (E. 4.2), in Rechtskraft erwachsen sind und es sich somit um rechtsgültige Dividendenbeschlüsse handelt.

5.2. Steuerrechtliche Qualifikation

5.2.1 Aufgrund des vorstehend Erläuterten deutet das Vorliegen rechtsgültiger (asymmetrischer) Dividendenbeschlüsse vorerst darauf hin, dass die hierauf basierenden Zahlungen der C. Sarl und der E. Sarl an die Rekurrentin bei dieser Dividendeneinkünfte im Sinne des Steuerrechts darstellen, somit auch zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG berechtigen. Der Sachverhalt liefert weder Anhaltspunkte noch wird von der Rekursgegnerin behauptet, dass die an die Rekurrentin bezahlten Dividenden nicht aus dem Eigenkapital der beiden luxemburgischen Gesellschaften bezahlt, sondern den Erfolgsrechnungen als geschäftsmässig begründeter Aufwand belastet worden wären, was dem Zweck des Beteiligungsabzugs (Vermeidung der Mehrfachbesteuerung) abträglich wäre. Die in diesem Sinne formellen Voraussetzungen zur Gewährung des von der Rekurrentin beantragten Beteiligungsabzugs auf den asymmetrischen Dividendenzahlungen durch die C. Sarl und die E. Sarl gelten vorliegend daher grundsätzlich als erfüllt.

5.2.2 Dennoch will die Rekursgegnerin den Beteiligungsabzug nicht zulassen, mit der Begründung, die in Form von asymmetrischen Dividenden ausbezahlten «Promote» stellen wirtschaftlich nicht Entgelt für Kapitaleinsatz der Rekurrentin dar, sondern Entgelt für von dieser auf Basis der vereinbarten JVA erbrachte Managementdienstleistungen. Sie verweist dabei insbesondere auf die sich im Bereich des Private Equity für die sogenannten «Carried Interest» entwickelten Besteuerungsgrundsätze, wonach Übergewinnzahlungen an Private Equity Manager (vorab natürliche Personen) nicht als Dividenden, sondern Arbeitseinkommen qualifizierten. Die JVA würden nicht vorsehen, die Promote Fee in Form von Dividenden auszurichten. Sodann ergäbe sich aus der Konzernrechnung der Rekurrentin, dass es sich bei den «Promotes» um Managemententschädigungen handle.

Die Rekurrentin ihrerseits begründet den Dividendencharakter der «Promote»-Zahlungen einerseits mit den formalrechtlich gültigen Dividendenbeschlüssen. Andererseits mit ihrer wirtschaftlichen Rolle als Initialinvestorin und Promotorin der Projektgesellschaft in der frühen Projektphase, in welcher sie im Vergleich zu den übrigen Aktionären erhöhte wirtschaftliche Risiken übernehme. Diese würden mit einer Vorabdividende, dem hier strittigen «Promote», abgegolten, bei erfolgreichem Projektabschluss vorgängig der Rekurrentin als Initialinvestorin aus dem Gewinn der jeweiligen Projektgesellschaft ausbezahlt und als Dividendenertrag bei der Rekurrentin verbucht. Was die von der Rekurrentin im Bereich des Asset- und Projekt-Managements erbrachten Beratungsdienstleistungen betreffe, erhalte sie für ihre Tätigkeit als Beraterin eine marktübliche Entschädigung, welche als Beraterertrag verbucht werde. Diese hätten insbesondere eine Acquisition Fee, eine Asset Management Fee bzw. eine Project Management Fee sowie eine Capex Management Fee umfasst. Diese Honorare hätten insgesamt die Entschädigung für die erbrachten Dienstleistungen der Rekurrentin als Beraterin der jeweiligen Projektgesellschaft gebildet.

5.2.3 Wie die Rekursgegnerin in ihrer Duplik richtig vermerkt, handelt es sich im Bereich der Besteuerung von asymmetrischen Dividendenzahlungen um ein Gebiet mit vielen ungeklärten Fragen, die bisher weder gesetzgeberisch angegangen noch abschliessend gerichtlich geklärt worden sind. Zwei neuere Fälle aus der Gerichtspraxis können diesbezüglich jedoch beigezogen werden:

Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 29. Juni 2017 (VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88): In diesem Fall ging es zwar um symmetrische Dividendenzahlungen einer Aktiengesellschaft (nachfolgend: A-AG) an drei Aktionäre (natürliche Personen), welche jedoch mit unterschiedlichen Kapitalquoten an der A-AG beteiligt waren. Aktionär X, welcher mit 20% an der A-AG beteiligt war (die beiden anderen Aktionäre hielten je 40%), arbeitete sodann bei dieser als Chief Sales und Marketing Officer.

Die Veranlagungsbehörde gewährte dem Aktionär X die privilegierte Besteuerung der Dividende (zum hälftigen Satz) nur insoweit, als der Beteiligungsertrag im Verhältnis zum Kapitalanteil von 20 % stand. Weder Aktionärbindungsvertrag noch Statuten der A-AG (im Sinne von Vorzugsaktien) würden asymmetrische Dividendenzahlungen vorsehen, weshalb nach Ansicht der Veranlagungsbehörde der entsprechende Generalversammlungsbeschluss der A-AG gesellschaftsrechtswidrig und die den Kapitalanteil von 20 % übersteigende «Überdividende» (Fr. 800'000.-) an den Aktionär X als übriges bzw. Arbeitseinkommen zu besteuern sei.

Das Verwaltungsgericht St. Gallen folgte dieser Argumentation nicht. Wie vorstehend unter E. 4.2 ausgeführt, stellte es vorab fest, dass asymmetrische Dividendenbeschlüsse gesellschaftsrechtliche Gültigkeit erlangen, wenn diese nicht angefochten bzw. einstimmig gefällt werden (VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 2.2.1 f.). Sodann wurde erwogen, die drei Aktionäre seien zu gleichen Teilen an der operativen Weiterentwicklung der A-AG beteiligt gewesen, weshalb die asymmetrisch nach Köpfen (statt nach Kapitalquoten) erfolgte Gewinnausschüttung aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar und plausibel erscheine (Sachverhalt lit. B und E. 5 des zitierten Urteils). Unter Bezugnahme auf den Zweck des Beteiligungsabzugs (Vermeidung der Mehrfachbesteuerung von Aktionär und Gesellschaft) führte das Verwaltungsgericht St. Gallen weiter aus, dass die von der veranlagenden Behörde vertretene Auffassung, eine Umqualifizierung des nicht der Kapitalbeteiligung entsprechenden Dividendenanteils ergäbe sich mittels blossem Rückgriff auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Regeln zur Dividendenbesteuerung (Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. der entsprechenden kantonalen Norm), somit auch ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Steuerumgehung, nicht haltbar sei (E. 3 und 5 des zitierten Urteils). Eine Steuerumgehung könne im zu beurteilenden Fall nicht glaubhaft gemacht werden, da, im Gegenteil, die Umqualifizierung des asymmetrischen Dividendentils (Fr. 800'000.-) in Arbeitslohn einen nicht mehr marktüblichen und geschäftsmässig begründeten Lohnbestandteil dargestellt hätte (E. 8 des zitierten Urteils). Infolge Fehlens einer Steuerumgehung qualifizierte das Verwaltungsgericht St. Gallen die strittige asymmetrische Dividende in vollem Umfang als einen der privilegierten Besteuerung zugänglichen Beteiligungsertrag (Teileinkünfteverfahren bzw. Besteuerung zum privilegierten Steuersatz; E. 6 des zitierten Urteils).

Entscheid des Steuergerichts Solothurn vom 14. Juni 2021 (StGer SO SGSTA.2019.75/BST.201 vom 14. Juni 2021): In diesem Fall ging es um eine einseitige (asymmetrische) Dividendenzahlung einer Aktiengesellschaft (nachfolgend: BZ-AG) an einen von drei Aktionären (eine juristische Person, nachfolgend: AY-AG), deren einziger Verwaltungsrat (nachfolgend: CX) als Partner und Leiter Wirtschaftsprüfer bei der BZ-AG arbeitsvertraglich angestellt war. Anlässlich der Generalversammlungen zu den Geschäftsjahren 2016 und 2017 der BZ-AG wurde einstimmig beschlossen, lediglich der AY-AG eine Dividende von Fr. 133'600.- (2016) bzw. Fr. 133'700.- (2017) zukommen zu lassen. AY-AG war mit 40 % an der BZ-AG beteiligt. 50 % wurden durch die

DV-AG gehalten (deren einziger Verwaltungsrat EX ebenfalls bei der BZ-AG arbeitete). Die restlichen 10% wurden durch eine weitere Person gehalten. Die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der BZ-AG zugunsten der AY-AG dienten gemäss Sachverhaltsdarstellung der Abgeltung für die Verwaltungsrats-tätigkeit der AY-AG, welche als juristische Person nicht selbst im Verwaltungsrat der BZ-AG Einsitz nehmen konnte, sondern hierfür CX entsandte.

Die Veranlagungsbehörde nahm «Korrekturen überhöhter Dividenden» vor, mit der Begründung, die fraglichen Dividendenbeschlüsse der BZ-AG hielten dem Drittvergleich nicht stand und seien, da nicht statutarisch vorgesehen, gesellschaftsrechtlich nichtig, da dem aktienrechtlichen Gleichheitsgebot widersprechend. Auch wenn vorliegend keine Steuerumgehung unterstellt werde, handle es sich aus steuerrechtlicher Sicht bei der an die AY-AG bezahlten Dividende um eine geldwerte Leistung an EX (als Alleinaktionär der DV-AG), gefolgt von einer Schenkung von EX an CX (als Alleinaktionär der AY-AG), gefolgt von einer verdeckten Kapitaleinlage von CX in die AY-AG. Es könne insbesondere nicht argumentiert werden, dass die höheren Dividendenausschüttungen an die durch CX gehaltene AY-AG durch die höhere Arbeitsleistung von CX begründet sei. Diese sei mittels Lohnzahlung abzugelten (StGer SO SGSTA.2019.75/BST.2019.70 vom 14. Juni 2021 Sachverhalt Ziff. 2).

Das Steuergericht Solothurn folgte dieser Argumentation nicht. Es stellte vorab fest, dass einstimmig gefasste bzw. nicht innert Frist angefochtene Generalversammlungsbeschlüsse betreffend asymmetrische Dividendenzahlungen Rechtsgültigkeit erlangten (E. 2.3.2 des zitierten Urteils). Es sei sodann der erhöhte Arbeitsaufwand des von ihr entsandten Verwaltungsratsmitglieds CX, welcher zur bevorzugten Dividendenausschüttung an die AY-AG geführt habe, nicht in Frage gestellt. Gleiches gelte für die Angemessenheit des von CX direkt von der BZ-AG bezogenen Salärs. Das Bundesgericht nehme in seiner Praxis lediglich dann eine Umqualifizierung von Dividenden in Lohnzahlungen vor, wenn offensichtliche Missverhältnisse zwischen Dividenden- und Lohnzahlungen vorlägen (unter Verweis auf BGer 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012). Ein solches Missverhältnis werde vorliegend nicht geltend gemacht (E. 2.4 des zitierten Urteils). Auf Basis dieser Überlegungen und aufgrund des Vorliegens rechtsgültiger (asymmetrischer) Dividendenbeschlüsse entschied das Steuergericht Solothurn, es seien die asymmetrischen Dividenden entsprechend der Steuererklärungen der AY-AG zu veranlagern (E. 3 des zitierten Urteils).

5.2.4 Gemäss der vorstehend zitierten Judikatur sind asymmetrische Dividendenbeschlüsse rechtsgültig, wenn sie durch die zuständigen Gesellschaftsorgane einstimmig beschlossen bzw. nicht innert Frist angefochten werden. Als Folge wird ihnen daher auch der Charakter von Beteiligungsertrag im Sinne des Steuerrechts zugesprochen. Einziger Vorbehalt ist in der Steuerumgehung zu erblicken.

Diese Würdigung deckt sich mit der in der Literatur vertretenen Auffassung. Danach

stösst die Verweigerung der Anerkennung zivilrechtlich gültiger asymmetrischer Dividendenbeschlüsse auf Ablehnung. Es wird betont, dass die Steuerbehörde bei der Analyse des Sachverhalts durch den Inhalt und die Auswirkungen des Privatrechts gebunden seien. Die zu untersuchende Frage der Realisierung und Verteilung eines Vorteils zwischen den Anteilsinhabern müsse alleine nach den privatrechtlichen Ausgestaltungen gewürdigt werden, weshalb privatrechtliche Vereinbarungen steuerlich zu anerkennen seien. So sollen Aktionäre auch rein vertraglich untereinander von den Beteiligungsquoten abweichende Ausschüttungen vorsehen können. Solche Instrumente würden z. B. von Joint Ventures gewählt, wenn die verschiedenen Beteiligten zwar in einem bestimmten Prozentsatz am Gewinn beteiligt sein sollen, aber nicht zu den entsprechenden Prozenten Einlagen leisten. Einzig, wenn solche Vereinbarungen sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidungen bewirkten, welche zu einem steuerlich unsachgemässen Ergebnis führten, sei der Sachverhalt unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu würdigen. Wenn die Unterscheidung jedoch auf nachvollziehbaren wirtschaftlichen Erwägungen beruhe, wie es zum Beispiel nach einem Joint Venture oder einer Sanierung der Fall sein könne, fehle es an dem für die Steuerumgehung wesentlichen objektiven Element der ungewöhnlichen Rechtsgestaltung (Altorfer/Greter, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Kommentar VST, Art. 5 N 169 f.).

Diese in Judikatur und Lehre angestrengte Betrachtungsweise überzeugt auch im vorliegend zu beurteilenden Fall, handelt es sich hier doch gerade um in Joint Venture Verträgen geregelte Gewinnanteilsvereinbarungen, wie sie in der vorstehend zitierten Literatur als grundsätzlich zulässig erachtet werden. In Anlehnung an diese Betrachtungsweise gilt daher auch für rechtsgültig beschlossene asymmetrische Dividenden, dass sie ein Begriff des Zivilrechts sind, deren Gehalt grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist (vgl. vorstehend E. 4.1). Daraus folgt auch für (rechtsgültig beschlossene) asymmetrische Dividenden, dass sie vollumfänglich Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 69 ff. DBG bzw. § 67 StG darstellen, folglich dem Beteiligungsabzug zugänglich sind. Vorbehalten bleibt einzig die Prüfung des Sachverhalts unter dem Aspekt der Steuerumgehung.

Bezogen auf die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der C. Sarl und der E. Sarl wurde bereits festgestellt, dass deren rechtmässiges Zustandekommen durch die Parteien nicht in Frage gestellt wurde (vgl. vorstehend E. 5.1). Als Folge dieser Betrachtungsweise stellen sie vollumfänglich Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 69 ff. DBG bzw. § 67 StG dar und sind als solches dem Beteiligungsabzug zugänglich. Zu prüfen bleibt der Sachverhalt daher einzig noch unter dem Aspekt der Steuerumgehung.

5.2.5 Was in casu das Vorliegen einer Steuerumgehung betrifft, ist vorab festzustellen, dass eine solche durch die Rekursgegnerin nicht explizit geltend gemacht wird. In ihrer Vernehmlassung erwähnt sie vielmehr, dass bei der Prüfung, ob die als asym-

metrische Interimsdividenden ausgeschütteten Promote Fees als Beteiligungsertrag im Sinne von § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG qualifizierten, es nicht erforderlich sei, dass die Voraussetzungen für eine Steuerumgehung erfüllt seien.

Dieser Würdigung ist, in Anlehnung an die vorstehenden Ausführungen zur steuerlichen Anerkennung von asymmetrischen Dividendenbeschlüssen, nicht zu folgen. In Ermangelung der Berufung auf eine Steuerumgehung durch die Rekursgegnerin könnte es damit grundsätzlich sein Bewenden haben, umso mehr, als die Rekursgegnerin für Tatsachen, die eine Steuerumgehung begründen sollen, die Beweislast trägt (BGer 2C_333/2020 vom 25. November 2020 E. 6.4.3). Dennoch soll an dieser Stelle auf die von der Rekursgegnerin zur Ablehnung des Teilungszugs vorgebrachten Argumente eingegangen werden.

5.2.5.1 Die Rekursgegnerin verweist in ihrer Argumentation zum einen auf die Besteuerungspraxis zu den sogenannten «Carried Interests», die typischerweise im Bereich von Private Equity Fonds als Vergütungssystem gegenüber dem Fonds Management eingesetzt würden. Wie die Rekursgegnerin richtig bemerkt, geht es dabei typischerweise um die Umqualifizierung von (angestrebtem) steuerfreiem privaten Kapitalgewinneinkommen in steuerbares Arbeitseinkommen der Fondmanager als natürliche Personen. Diese Praxis bildete sich heraus, da typischerweise das Fondmanagement keine oder eine nur äusserst kleine, risikotragende Kapitalbeteiligung an den betreffenden Private Equity Investments hielt, sich der beim Ausstieg (Verkauf) aus diesem Investment realisierte Gewinnanteil des Fondsmanagements (Carried Interest) folglich nicht mehr als «privater Kapitalgewinn» darstellen lies, sondern sich vielmehr als im Zusammenhang mit der vom Fondmanagement erbrachten Arbeitstätigkeit stehend darstellte.

Bei dieser Sachlage ist der Rekurrentin zuzustimmen, wenn sie ausführt, es könnten vorliegend die zum «Carried Interest» im Bereich von natürlichen Personen entwickelten Besteuerungsgrundsätze nicht unbesehen übernommen werden. Die Rekurrentin hält in den hier relevanten Projektgesellschaften unbestrittenermassen Beteiligungsquoten von rund 5–15 %, mit Verkehrswerten von rund Fr. bis Fr. . Die Auszahlung der als «Promote» in den JVA definierten Gewinnanteile wird den übrigen Dividendenausschüttungen gleichgestellt bzw. teilweise sogar nachrangig gestellt. Die Rekurrentin ist somit nicht unwesentlich mit Risikokapital an den Projektgesellschaften beteiligt, womit ein direkter Vergleich mit den von der Rekursgegnerin zitierten Grundsätzen zur Carried Interest-Besteuerung in casu nicht greift.

5.2.5.2 Gemäss Rekursgegnerin soll die Rekurrentin aus den JVA über schuldrechtliche Ansprüche auf die Promote Fees verfügt haben, die unabhängig von den Ausschüttungsbeschlüssen der Projektgesellschaften bestanden hätten, da in den JVA nicht ausdrücklich vorgesehen worden sei, die Promote Fees in der Form von Dividenden auszuschütten. Diese Darstellung trifft insofern nicht zu, als im JVA der D. Ltd.

mit den übrigen Investoren explizit vereinbart wurde, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um die Promote Fee in der Form einer asymmetrischen Dividende («disproportional profit distribution») vergüten zu können. Nachdem die Generalversammlungsbeschlüsse der C.Sarl und der E. Sarl explizit auf die Auszahlung der Promote Fee verweisen, darf angenommen werden, dass der Wille, mit der Promote Fee einen in der Form der Dividende zu vergütenden Gewinnanteil zu schaffen (und keinen schuldrechtlichen Anspruch aus Dienstleistungserbringung) auch den diesbezüglichen JVA inhärent war. Ein derart übereinstimmender Parteiwille mag nicht für sich alleine ausschlaggebend sein, doch kommt diesem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wie seitens der Rekursgegnerin selber vorgebracht wird, eine relevante Bedeutung zu (BGer 2C_123/2018 vom 21. März 2019 E. 3.2.1 ff.).

5.2.5.3 Weiter bringt die Rekursgegnerin vor, die Promote Fees seien nicht im Beteiligungsverhältnis begründet, sondern stellten einzig die Entschädigung für von der Rekurrentin gemäss den JVA zu erbringende Dienstleistungen dar (Asset Management Services), unter Verweis auf die entsprechenden Ziffern in den JVA. In diesen auch eine Entschädigung für das höhere wirtschaftliche Risiko der Rekurrentin sehen zu wollen, erscheine mit Blick auf die Ausgestaltung der JVA sowie die in der Konzernrechnung der Rekurrentin zu den Promote Fees gemachten Aussagen insgesamt von untergeordneter Bedeutung und vermöge nichts an deren Qualifikation als Dienstleistungserträge zu ändern.

Der Rekursgegnerin ist insoweit zuzustimmen, als die von der Rekurrentin zu erbringenden Dienstleistungen in den JVA geregelt werden. So ersichtlich am Beispiel des JVA C. in Ziff. 8, spezifiziert unter den Ziff. 8.1 (die Strukturimplementierung betreffend) und 8.2 (die nachgelagerten Projektphasen betreffend). Hingegen wird in Ziff. 9 des JVA C. auch explizit geregelt, wie diese Dienstleistungen der Rekurrentin zu entschädigen sind; in Ziff. 9.2 betreffend die Dienstleistungen gemäss Ziff. 8.1 (als «acquisition fee of 2% . . . of the Gross Asset Value») und in Ziff. 9.3 betreffend diejenigen gemäss Ziff. 8.2 (als «Asset Management Fee of 0,6% [. . .] per annum of the Gross Asset Value of the Properties. . .»).

Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin lässt sich daher nicht folgern, aufgrund der «Ausgestaltung der JVA» liesse sich schliessen, der Promote Fee käme zwingend ebenfalls der Charakter eines Dienstleistungshonorars zu. Die Promote Fee wird erst in Ziff. 9.4 des JVA C. geregelt, ohne einen Bezug zu den in den Ziff. 8.1 und 8.2 vereinbarten Beratungsdienstleistungen herzustellen.

Die Rekurrentin macht diesbezüglich geltend, die in den Ziff. 9.2 und 9.3 JVA C. vereinbarten Beraterhonorare stellten eine marktkonforme Vergütung für die in den JVA insgesamt vereinbarten Dienstleistungen dar. Hierzu nimmt die Rekursgegnerin nicht explizit Stellung, so wenig wie zur Frage, ob den Dienstleistungshonoraren in

doch substantieller Höhe der erhaltenen Promotes überhaupt noch Marktüblichkeit zugesprochen werden könne. Stattdessen verweist sie auf Ausführungen in der Konzernrechnung 2014 der Rekurrentin, wonach der Promote als eine erfolgsbasierte Komponente der «Asset Management Fee bezeichnet werde. Die Ausführungen der Rekursgegnerin sind korrekt, doch kann diesen Fundstellen der Konzernrechnung ebenfalls entnommen werden, dass derartige Promote Fees typischerweise in der Form von asymmetrischen Gewinnanteilen ausbezahlt werden („disproportional profit allocation«). Es bleibt anzufügen, dass die Konzernrechnung nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) erstellt wurde, welche der zivilrechtlichen Ausgestaltung gewisser Sachverhalte nicht durchwegs folgen. So werden z. B. bestimmte Arten von Vorzugsaktien einer Aktiengesellschaft nach dem International Accounting Standard/IAS 32.18 nicht dem Eigenkapital, sondern dem Fremdkapital zugewiesen, ohne dass dieser Betrachtung bei der Kapitalbesteuerung gefolgt würde (<https://www.iasplus.com/de/standards/ias/ias32>, S. 5, Veranschaulichung-Vorzugsaktien, eingesehen am 18. März 2022).

Faktum und massgeblich bleibt, dass die Promote Fees in der Form zivilrechtlich gültiger Dividendenbeschlüsse ausbezahlt wurden und die im Anhang zur Konzernrechnung enthaltene Umschreibung das Vorliegen einer Steuerumgehung nicht zu begründen vermag.

5.2.5.4 Für eine Steuerumgehung ist in casu auch das Vorliegen einer absonderlichen Vorgehensweise nicht zu erkennen. Denn wie die Rekurrentin richtig festhält, hätte die Asymmetrie in den Gewinnausschüttungen der C. Sarl und der E. Sarl, zumindest nach Schweizer Aktienrecht, auch mit der statutarischen Schaffung von Vorzugsaktien (Art. 654 ff. OR) oder insbesondere Genussscheinen (Art. 657 OR) erreicht werden können. Auch letztere gewähren ein Beteiligungsrecht (und nicht ein Gläubigerrecht) und bezwecken bekanntlich die Schaffung von besonderen Vermögensrechten, welche auf einen Anteil am Bilanz- und Liquidationsgewinn, d.h. dem Eigenkapital einer Gesellschaft gerichtet sein können. Sie dienen insbesondere dazu, den Gründern einer Aktiengesellschaft oder deren Arbeitnehmern für besondere Leistungen einen vom Kapitaleinsatz losgelösten Anteil am Unternehmensgewinn bzw. Liquidationserlös zukommen zu lassen (Rampini/Spillmann, in: Honsel/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 657 N 1, 2, 4, 7). Richtig ausgestaltet, qualifizieren Gewinnanteile aus Genussscheinen denn auch steuerrechtlich zum Beteiligungsabzug (Duss/Altörfer, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 69 N 7 und 11 f.). Es hätten somit die hier strittigen asymmetrischen Dividendenausschüttungen auch durch die statutarische Schaffung der hierfür vorgesehenen aktienrechtlichen Instrumente erreicht werden können, wobei die auf diese entfallenden Gewinnanteile bei richtiger Ausgestaltung dem Beteiligungsabzug zugänglich gewesen wären. Diesen Beteiligungsabzug nun der in der Gründungsphase unbestrittenermassen als Initialinvestorin und Promotorin agierenden Rekurrentin zu verweigern, weil die asymmetrischen Dividenden vorliegend nicht in den Statuten, son-

dem in Form der JVA initial bzw. in den Dividendenbeschlüssen unter den Aktionären rechtsgültig beschlossen wurden, kann unter der im Steuerrecht geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht angehen. Bei dieser Betrachtungsweise fehlt es schliesslich auch an der für eine Steuerumgehung erforderlichen Steuerersparnis.

5.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der C. Sarl und der E. Sarl durch die zuständigen Gesellschaftsorgane nach schweizerischer Anschauung rechtsgültig gefasst wurden. Die hierauf basierenden asymmetrischen Dividendenzahlungen an die Rekurrentin wurden unstrittig aus dem Eigenkapital dieser beiden Gesellschaften bezahlt. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wurde von der Rekursgegnerin weder geltend gemacht noch ist auf eine solche aus dem Sachverhalt zu schliessen. Die asymmetrischen Dividendenzahlungen der C. Sarl und der E. Sarl gelten daher als Beteiligungserträge und berechtigen bei der Rekurrentin zum Teilungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG.

6. Beteiligungsertrag der D. Ltd.

6.1 Was die Verweigerung des Teilungsabzugs auf der asymmetrischen Interimsdividende der D. Ltd. betrifft, werden von der Rekursgegnerin grundsätzlich dieselben Argumente ins Feld geführt, wie bei den Interimsdividenden der C. Sarl und der E. Sarl. Daneben wird zusätzlich geltend gemacht, der Teilungsabzug sei zu verweigern, weil die Dividende der D. Ltd. in der Jahresrechnung 2014 als Aufwand verbucht, d.h. vom «Operating profit for the year/period» abgezogen worden sei und so die Position «(Loss)/Profit for the year/period» geschmälert habe.

6.2 Mit diesem Hinweis auf die Verbuchung der strittigen Interimsdividende als Aufwand in der Jahresrechnung 2014 der D. Ltd. beruft sich die Rekursgegnerin wohl auf die Zielsetzung des Teilungsabzugs, welche in der Vermeidung der Doppel- bzw. Vielfachbelastung auf Stufe von Gesellschaft und Aktionariat besteht (vgl. E. 4.1 vorstehend; Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Aufl. 2021, § 72 N 2; nachfolgend: Kommentar zum Zürcher StG). Eine entsprechende Regelung findet sich im Bereich der direkten Bundessteuer, wonach Erträge, die bei der leistenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellen, keine Beteiligungserträge sind (Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG).

Wie die Rekursgegnerin richtig ausführt, wird der Zweck des Teilungsabzugs, die Vermeidung der Mehrfachbelastung, nicht immer vollständig erreicht und es kann infolge von Qualifikationskonflikten betreffend die zu beurteilenden ausländischen Erträge vorkommen, dass diese eine Entlastung (Teilungsabzug) erfahren, obwohl sie im Ausland nicht oder nicht vollständig besteuert werden und umgekehrt (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5h). Als Beispiel werden in diesem Kontext von der Lehre Dividendenzahlungen einer brasilianis-

chen Gesellschaft angeführt (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5i). Für diese besteht nach brasilianischem Zivilrecht die Möglichkeit, zwischen der Ausrichtung einer ordentlichen Dividende und/oder einer Zinszahlung auf dem Eigenkapital der Gesellschaft zu wählen. Solche Eigenkapitalzinsen werden nach brasilianischem Recht zwar nicht der Erfolgsrechnung belastet, sondern direkt mit dem Eigenkapital der Gesellschaft verrechnet. Sie können indessen nach Massgabe des brasilianischen Steuerrechts von der Bemessungsgrundlage für die Gewinnsteuer in Abzug gebracht werden. Das Wahlrecht gründet in einem entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung. Als Leistung, die auf dem privatrechtlich hierfür vorgezeichneten Weg unter Wahrung der formellen und materiellen Gewinnausschüttungsvorschriften durch die zuständigen brasilianischen Gesellschaftsorgane beschlossen und zulasten der Reserven der Gesellschaft verbucht werden, werde sie nach der vorstehend zitierten Lehrmeinung aus schweizerischer Sicht als offene Gewinnausschüttung, sprich Dividende, betrachtet, da sie der Gesellschaftersphäre und nicht der Unternehmenssphäre zugeordnet werde. Für die Anwendung der Ausschlussbestimmung von Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG wird in diesem Sinne ein geschäftsmässig begründeter Aufwand in einem betriebswirtschaftlichen Sinne, demnach eine Zuordnung der Leistung zur Unternehmenssphäre verlangt. Das ist nach der zitierten Lehrmeinung jedoch bei Eigenkapitalzinsen nach brasilianischem Recht gerade nicht der Fall, weil sie vom zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen würden und nur an die Gesellschafter geleitet werden könnten. Folglich sei die Ausschlussbestimmung von Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG ungeachtet der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Eigenkapitalzinsen nach brasilianischem Recht nicht anwendbar. Das handelsrechtliche Gewinnausschüttungspotenzial werde durch die rein steuerlichen Abzüge nicht geschmälert. Bei dieser handle es sich vielmehr um eine rein steuerliche Gewinnermittlungsvorschrift nach ausländischem Recht, die der Gewährung des Beteiligungsabzugs gemäss Art. 70 DBG nicht im Wege stehe, da bei offenen Gewinnausschüttungen keine Anforderungen an deren steuerliche Behandlung im Ausland gestellt würden (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5j; Richner et al., Kommentar zum Zürcher StG, § 72 N 10).

6.3 Was die Interimsdividende der D. Ltd. betrifft, ist vorab festzustellen, dass die vorstehend unter E. 5 zu den asymmetrischen Dividenden der C. Sarl und der E. Sarl gemachten Ausführungen und getroffenen Konklusionen dem Grundsatz nach auch für die asymmetrische Dividende der D. Ltd. gelten. Es ist sodann, da nicht bestritten, davon auszugehen, dass diese Dividende rechtsgültig durch das zuständige Gesellschaftsorgan beschlossen wurde, es sich mithin um eine zivilrechtlich gültig beschlossene Dividendenzahlung an die Rekurrentin gehandelt hat.

Betreffend dem von der Rekursgegnerin zur Verbuchung dieser Dividende Vorgebrachten kann sinngemäss auf die vorstehenden zu brasilianischen Dividendenzahlungen gemachten Ausführungen verwiesen werden (E. 6.2). Die Schlussfolgerungen daraus treffen nach Ansicht des Gerichts auch vollumfänglich auf den hier zu

beurteilenden Fall zu. Denn, wie die Rekurrentin richtig bemerkt, ergibt sich aus der Jahresrechnung 2014 der D. Ltd., dass die strittige Dividende aus dem Eigenkapital erbracht wurde, so dass eine Entreicherung der Gesellschaft resultiert (vgl. E. 4.1 vorstehend). So werden sowohl als «Profit allocation for the period» der Betrag von EUR («Operating profit for the year/period gemäss Profit and Loss Account») wie auch die gesamte Dividende (EUR) in welcher die hier zu beurteilende Dividende an die Rekurrentin gemäss Anhang 1 zum Dividendenbeschluss vom 19. Dezember 2014 mitgehalten war, in der Jahresrechnung 2014 direkt in der Eigenkapitalposition «7. Shareholders funds» verbucht, welche schliesslich per Ende der Berichtsposition noch mit dem (Netto-)Betrag von EUR ausgewiesen wird. Die Entreicherung der Gesellschaft ist damit erstellt.

Dass der Dividendenbetrag (EUR) als «Dividends paid» auch noch in der Erfolgsrechnung, anschliessend an die Position «Operating profit for the year/period», angeführt wird, vermag daran nichts zu ändern. Dies gilt wie vorstehend ausgeführt, unabhängig davon, ob am ausländischen Sitz der D. Ltd. die steuerliche Bemessungsbasis vom Erfolg vor oder nach der Dividendenzahlung ermittelt wird.

Bei dieser Ausgangslage ergibt sich folglich auch für die D. Ltd., dass der asymmetrische (Interims-)Dividendenbeschluss durch das (unbestrittenermassen) zuständige Gesellschaftsorgan nach schweizerischer Anschauung rechtsgültig gefasst wurde. Die hierauf basierende asymmetrische Dividendenzahlung an die Rekurrentin wurde, wie vorstehend ausgeführt, aus dem Eigenkapital der Gesellschaft bezahlt. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wurde von der Rekursgegnerin weder geltend gemacht noch ist auf eine solche aus dem Sachverhalt zu schliessen. Die asymmetrische Dividendenzahlung der D. Ltd. gilt daher als Beteiligungsertrag und berechtigt bei der Rekurrentin zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG.

7. Abschliessend und zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die der Steuerperiode 2014 zugerechneten asymmetrischen (Interims-)Dividenden der C. Sarl, der E. Sarl und der D. Ltd. gewinnsteuerrechtlich Beteiligungserträge darstellen. Der Rekurs ist daher begründet und gutzuheissen. Der Einspracheentscheid vom 17. März 2020 ist im Sinne der Rekursanträge teilweise aufzuheben und auf den (Interims-)Dividenden der C. Sarl, der E. Sarl und der D. Ltd. der Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG zu gewähren. Die Sache wird zur Neuveranlagung im Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin zurückgewiesen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. April 2022, A 2020 5
Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

6. Alters- und Hinterlassenenversicherung

6.1 Art. 1a AHVG

Regeste:

Art. 1a AHVG – Die Versicherteneigenschaft ist persönlich und von jeder Person persönlich zu erfüllen. Eine Ausdehnung des Versicherungsschutzes, welchen der eine Ehegatte geniesst, auf den anderen Ehegatten fällt ausser Betracht, wenn letzterer die Versicherungsvoraussetzungen nicht selber erfüllt (E. 7.1.1). Im vorliegenden Fall war keine obligatorische Versicherungsunterstellung der Beschwerdeführerin gegeben (E. 7.1.2). Ebenso wenig war sie freiwillig in der AHV versichert (E. 7.2.2).

Aus dem Sachverhalt:

Die 1955 geborene A. erhielt mit Verfügung vom 11. November 2019 ab Januar 2020 eine AHV-Altersrente in Höhe von monatlich Fr. 1'359.– zugesprochen. Diese ist als Teilrente ausgestaltet. Dabei wurden 36 Jahre und ein Monat als Beitragszeit angerechnet, weshalb die Rentenskala 37 zur Anwendung gelangte. Ferner wurden ihr Erziehungsgutschriften für 17 Jahre angerechnet. Dagegen erhob A. Einsprache und bemängelte, es seien ihr zu wenig Beitragsjahre und Erziehungsgutschriften angerechnet worden. Mit Entscheid vom 6. Mai 2020 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab.

Beschwerdeweise beantragt A. die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Anrechnung der beiden Zeitperioden von der Heirat am 4. Oktober 1980 bis zur Wohnsitznahme in der Schweiz am 1. Februar 1982 sowie des Auslandsaufenthalts vom 1. Juli 1984 bis 12. Mai 1986 als Beitragszeit. Die Angelegenheit sei deshalb an die Vorinstanz zwecks Neuberechnung zurückzuweisen, wobei die Behandlung zusammen mit den Einsprachen gegen die Rentenverfügungen vom 10. Januar 2020 betreffend A. und B. (Rentenleistungen ab 1. Februar 2020) zu erfolgen habe. Die Ausgleichskasse schloss vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Anrechnung der Beitragszeit der Beschwerdeführerin korrekt vorgenommen wurde.

4.1 Die Ausgleichskasse stellt sich unter Hinweis auf Art. 1a Abs. 1 lit. a AHVG auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei zwischen dem 1. Januar 1976 und dem 31. Januar 1982 sowie vom 1. Juli 1984 bis 12. Mai 1986 (jeweils Wohnsitz in D.)

nicht obligatorisch versichert gewesen, weshalb ihr diese Zeit nicht als Beitragszeit angerechnet werden könne. Aus demselben Grund könne ihr für das Jahr 1985 keine Erziehungsgutschrift angerechnet werden. Da für das Jahr 1986 lediglich acht Monate berücksichtigt werden könnten, was kein ganzes Kalenderjahr ergebe, und weitere einzelne Kalendermonate aus anderen Jahren nicht vorhanden seien, seien diese unbeachtlich.

4.2 Nochmals hervorzuheben ist, dass in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 146 V 364 E. 7.1). Die Norm Art. 1a Abs. 1 AHVG besteht in ihrer jetzigen Form seit dem 1. Januar 2003. Massgebend sind indessen die rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt zwischen dem 1. Januar 1976 und dem 31. Januar 1982 sowie vom 1. Juli 1984 bis 30. April 1986 (vgl. E. 7 ff. hernach). Ob die Beschwerdeführerin während diesen Zeiträumen die Versicherteneigenschaft aufwies, ist demnach nach den damals geltenden Bestimmungen zu beurteilen.

5. Da es sich vorliegend um einen internationalen Sachverhalt handelt und der angefochtene Einspracheentscheid vom 6. Mai 2020 datiert, findet für die Ermittlung des Leistungsanspruchs das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) Anwendung.

5.1 Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage von Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: VO Nr. 1408/71) und die Verordnung Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO Nr. 1408/71 oder gleichwertige Vorschriften an. Mit Wirkung auf 1. April 2012 sind diese beiden Rechtsakte durch die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit abgelöst worden. Nach Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 haben Personen, für die diese Verordnung gilt, soweit in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Dabei ist im Rahmen des FZA auch die Schweiz als «Mitgliedstaat» im Sinne dieser Koordinierungsverordnungen zu betra-

chten (Art. 1 Abs. 2 Anhang II FZA). Artikel 153a AHVG verweist in lit. a sodann auf die genannten Koordinierungsverordnungen.

5.2 Aufgrund von Art. 52 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat, falls wie im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für den Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates auch ohne Berücksichtigung von Versicherungszeiten anderer Mitgliedstaaten gemäss Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erfüllt sind, für die Berechnung von Altersleistungen grundsätzlich eine Vergleichsrechnung zu erfolgen. Zum einen ist die Rente allein nach innerstaatlichem Berechnungsrecht, d.h. vor allem nur unter Berücksichtigung der nach inländischem Rentenrecht anrechenbaren Zeiten, zu berechnen (Art. 52 Abs. 1 lit. a der Verordnung [EG] Nr. 883/2004). Zum zweiten ist die Rente gemeinschaftsrechtlich nach Art. 52 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu berechnen, wobei der tatsächliche Betrag nach einem Totalisierungs- und Proratisierungsverfahren bestimmt wird. Die betreffende Person hat gegenüber dem zuständigen Träger jedes Mitgliedstaats Anspruch auf den höheren der Leistungsbeträge, die in dieser Vergleichsrechnung berechnet wurden (Art. 52 Abs. 3 der Verordnung [EG] Nr. 883/2004). Führt in einem Mitgliedstaat die Berechnung nach Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (Berechnung alleine nach den nationalen Rechtsvorschriften) immer dazu, dass die autonome Leistung gleich hoch oder höher als die anteilige Leistung ist, die nach Abs. 1 lit. b derselben Verordnung berechnet wird, verzichtet der zuständige Träger auf die Berechnung der anteiligen Leistung unter der Bedingung, dass dieser Fall in Anhang VIII Teil 1 aufgeführt ist, sowie weiteren hier nicht interessierenden Voraussetzungen (Art. 52 Abs. 4 der Verordnung [EG] Nr. 883/2004). Gemäss Anhang VIII mit dem Titel „Fälle, in denen auf die anteilige Berechnung verzichtet wird oder diese keine Anwendung findet“ sind für die Schweiz alle Anträge auf Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenrenten des Grundsystems (AHVG, IVG und BVG) aufgeführt.

5.3 Unter Vorbehalt der gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlichen Vorgaben ist die Ausgestaltung des Verfahrens, die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und die Berechnung der schweizerischen Altersrente somit allein Sache des innerstaatlichen Rechts (BGE 141 V 246 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

6.

6.1 Gemäss Art. 21 Abs. 1 und 2 AHVG haben Männer, welche das 65. Altersjahr vollendet und Frauen, welche das 64. Altersjahr vollendet haben, Anspruch auf eine Altersrente. Der Anspruch auf die Altersrente entsteht am ersten Tag des Monats, welcher der Vollendung des gemäss Abs. 1 massgebenden Altersjahres folgt. Er erlischt mit dem Tod. Gemäss Art. 40 AHVG können Männer und Frauen, welche die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine ordentliche Altersrente erfüllen, die Rente auch ein oder zwei Jahre vorbeziehen.

6.2 Die ordentlichen Renten der AHV werden gemäss Art. 29bis Abs. 1 AHVG nach Massgabe der Beitragsjahre, Erwerbseinkommen sowie der Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften der rentenberechtigten Person zwischen dem 1. Januar nach Vollendung des 20. Altersjahres und dem 31. Dezember vor Eintritt des Versicherungsfalles berechnet. Sie gelangen nach Art. 29 Abs. 2 AHVG in Form von Vollrenten für Versicherte mit vollständiger Beitragsdauer oder in Form von Teilrenten für Versicherte mit unvollständiger Beitragsdauer zur Ausrichtung. Als vollständig gilt die Beitragsdauer, wenn die rentenberechtigte Person zwischen dem 1. Januar nach der Vollendung des 20. Altersjahres und dem 31. Dezember vor Eintritt des Rentenalters gleich viele Beitragsjahre aufweist wie ihr Jahrgang (Art. 29bis Abs. 1 i.V.m. Art. 29ter Abs. 1 AHVG).

6.3 Als Beitragsjahre gelten gemäss Art. 29ter Abs. 2 AHVG Zeiten, in welchen eine Person Beiträge geleistet hat (lit. a), in welchen der Ehegatte gemäss Art. 3 Abs. 3 AHVG mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet hat (lit. b) oder für die Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften angerechnet werden können (lit. c). Ein volles Beitragsjahr liegt gemäss Art. 50 AHVV vor, wenn eine Person insgesamt länger als elf Monate im Sinn von Art. 1a oder 2 AHVG versichert war und während dieser Zeit den Mindestbeitrag bezahlt hat oder Beitragszeiten im Sinn von Art. 29ter Abs. 2 lit. b und c AHVG aufweist.

6.4 Versicherten wird für diejenigen Jahre, in welchen ihnen die elterliche Sorge über eines oder mehrere Kinder zusteht, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht haben, eine Erziehungsgutschrift angerechnet, wobei Eltern, die gemeinsam Inhaber der elterlichen Sorge sind, nicht zwei Gutschriften kumulativ gewährt werden (Art. 29sexies Abs. 1 AHVG). Die Erziehungsgutschrift entspricht dem Betrag der dreifachen minimalen jährlichen Altersrente gemäss Art. 34 AHVG im Zeitpunkt der Entstehung des Rentenanspruchs (Art. 29sexies Abs. 2 AHVG). Bei verheirateten Personen wird die Erziehungsgutschrift während der Kalenderjahre der Ehe hälftig geteilt (Art. 29sexies Abs. 3 Satz 1 AHVG).

6.5 Die Versicherteneigenschaft, wie sie heute in Art. 1a AHVG umschrieben ist, ist persönlich und daher von jeder Person persönlich zu erfüllen. Dieser Grundsatz der persönlichen Versicherteneigenschaft ist in der AHV zentral und hat insbesondere bei Ehepaaren und bezogen auf Kinder erhebliche Auswirkungen. Ausser Betracht fällt deshalb etwa die Ausdehnung des Versicherungsschutzes, welchen der eine Ehegatte geniesst, auf den anderen Ehegatten. Auch dieser hat die Versicherungsvoraussetzungen selbst zu erfüllen (BGE 126 V 217 E. 3; Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AHVG, 4. Aufl. 2020, Art. 1a Rz. 3 und 28). Jemand ist nur dann versichert, wenn er selbst, in eigener Person, eine der genannten Voraussetzungen erfüllt. Dies entspricht dem Prinzip der individuellen Versicherung in der AHV. Besonders betont werden muss dies im Zusammenhang mit der Ehefrau. Der Grundsatz

der Einheit des Ehepaares besteht bezüglich des Versichertenstatus in der obligatorischen Versicherung nicht, im Gegensatz zur freiwilligen Versicherung. Auf den ersten Blick könnte es allerdings so scheinen, dass die Ehefrau in die Versicherung des Mannes einbezogen wird. Dieser Eindruck mag entstehen, weil sie als nichterwerbstätige Ehefrau eines Versicherten beitragsbefreit ist und ihr diese Jahre trotzdem als Beitragsjahre angerechnet werden. Das ist aber ausschliesslich eine Frage der Beitrags- und nicht der Versicherungspflicht. Seit Einführung des neuen Eherechts bildet auch der Wohnsitz des Ehemannes keinen Anknüpfungspunkt mehr für die Versicherungspflicht der Ehefrau. Nur wenn ihr eigener selbständiger Wohnsitz in der Schweiz liegt, ist sie aufgrund Art. 1 Abs. 1 lit. a aAHVG obligatorisch versichert (Christian Braun, Beitragshöhe, Beitragsdauer und Beitragslücken in der AHV, 1990, S. 38).

7. Es gilt somit der Frage nachzugehen, ob die Beschwerdeführerin von der Heirat am 4. Oktober 1980 an bis zur Wohnsitznahme in der Schweiz am 1. Februar 1982 und während der Wohnsitzverlegung nach D. vom 1. Juli 1984 bis 12. Mai 1986 die persönliche Versicherteneigenschaft erfüllte, mithin ob sie in dieser Zeit obligatorisch oder freiwillig der AHV unterstellt war.

Die Beschwerdeführerin anerkennt und bestreitet nicht mehr, dass sie bis zur Heirat am 4. Oktober 1980 nicht unter das Schweizer AHV-System fällt und ihr demnach für die Zeit davor keine Jahre angerechnet werden können.

7.1 Damit ist zunächst zu prüfen, ob die Versicherte obligatorisch versichert war.

7.1.1 Obligatorisch versichert nach Massgabe des AHVG in der seit 1. Januar 1997 gültigen Fassung sind natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 lit. a AHVG [seit 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 lit. a AHVG]), natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG [gleichlautend auch die bis Ende Dezember 1996 geltende Fassung; seit 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG]), sowie Schweizer Bürger, die im Ausland im Dienste der Eidgenossenschaft oder vom Bundesrat bezeichneter Institutionen tätig sind (Art. 1 Abs. 1 lit. c AHVG [in der vom 1. Januar 1997 bis Ende Dezember 2000 in Kraft gestandenen Fassung]) bzw. Schweizer Bürger, die im Ausland tätig sind (Ziff. 1) im Dienste der Eidgenossenschaft, (Ziff. 2) im Dienste der internationalen Organisationen, mit denen der Bundesrat ein Sitzabkommen abgeschlossen hat und die als Arbeitgeber im Sinne von Art. 12 AHVG gelten und (Ziff. 3) im Dienste privater, vom Bund namhaft subventionierter Hilfsorganisationen nach Art. 11 des Bundesgesetzes vom 11. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (Art. 1 Abs. 1 lit. c AHVG in der vom 1. Januar 2001 bis Ende Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung; seit 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 lit. c AHVG)]. Vor der 10. AHV-Revision waren gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. c aAHVG auch Schweizer Bürger obligatorisch versichert, die im Ausland für einen Arbeitge-

ber in der Schweiz tätig waren und von diesem entlöhnt wurden. Diese Bestimmung erfuhr inhaltlich mit In-Kraft-Treten der 10. AHV-Revision in Art. 1 Abs. 3 AHVG insofern eine Änderung, als nun Personen (Schweizer Bürger und Ausländer), die für einen Arbeitgeber in der Schweiz im Ausland tätig sind und von ihm entlöhnt werden, mit dessen Einvernehmen die (obligatorische) Versicherung (freiwillig) weiterführen können (Art. 1 Abs. 3 lit. a AHVG in der seit 1. Januar 2001 geltenden Fassung hat lediglich eine redaktionelle Änderung erfahren und entspricht dem bisherigen Art. 1 Abs. 3 AHVG; vgl. BBl 1999 5007 [seit 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 3 lit. a AHVG]; vgl. zum Ganzen: EVG H 135/03 vom 7. Juli 2003 E. 2.1).

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat bereits in BGE 104 V 121 und BGE 107 V 1 erkannt, dass sich die Versicherteneigenschaft eines im Ausland wohnhaften, in der Schweiz erwerbstätigen Schweizers (Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG [in der bis Ende 2002 geltenden Fassung]; seit 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG) sowie eines Schweizers, der im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig ist und von diesem entlöhnt wird (Art. 1 Abs. 1 lit. c aAHVG), nicht auf die mit ihm im Ausland weilende, nichterwerbs-tätige Ehefrau ausdehnt (vgl. auch BGE 117 V 97 E. 3c mit Hinweisen). Es wies darauf hin, dass der Schutz der Ehefrau durch das System der Ehepaarrente erreicht werde und ihr auch der Beitritt zur freiwilligen Versicherung offen stehe. In BGE 126 V 217 hat das Gericht sich sodann zur Frage geäußert, ob die in BGE 104 V 121 begründete und in BGE 107 V 1 bestätigte Rechtsprechung zu altArt. 1 Abs. 1 lit. b AHVG auch mit In-Kraft-Treten der 10. AHV-Revision und der damit verbundenen Abschaffung der Ehepaar-Altersrente weiterhin Bestand habe. Es gelangte hierbei zum Schluss, dass diese Judikatur nicht in erster Linie aus der Überlegung entstanden war, die Ehefrau würde an der Ehepaarrente teilhaftig sein, sondern im Wesentlichen auf dem Argument beruhte, das Gesetz umschreibe die Voraussetzungen der Versicherteneigenschaft in einer Weise, die keine andere Interpretation zulasse, als dass jede Person diese Voraussetzungen persönlich erfüllen müsse. Der Hinweis auf den Schutz der Ehefrau durch die Ehepaarrente sowie die Möglichkeit des Beitritts zur freiwilligen Versicherung sollte aufzeigen, dass sich die mit der getroffenen Lösung verbundenen Konsequenzen in Grenzen halten würden (vgl. BGE 107 V 1 E. 1 und 2). Wie im zitierten Urteil weiter dargelegt wird, hat diese Betrachtungsweise durch die 10. AHV-Revision nichts an Aktualität eingebüßt. Der Schutz der Ehefrau ist durch das System des Rentensplittings mit Anrechnung von Beitragsjahren gemäss Art. 29 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 lit. b AHVG (in der bis zum 31. Dezember 1996 in Kraft gestandenen Fassung) gewährleistet worden (lit. g Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der 10. AHV-Revision). Für eine Praxisänderung bestand demnach kein Anlass, und zwar umso weniger, als eine Ausdehnung der Versicherteneigenschaft des Ehemannes auf die Ehefrau kraft des Zivilstandes dem Grundanliegen der 10. AHV-Revision für eine zivilstandsunabhängige Rente der Frau diametral zuwiderlaufen würde. Festzuhalten bleibt, dass sich das Eidgenössische Versicherungsgericht beim Erlass seiner Urteile BGE 104 V 121 und 107 V 1 der Unzulänglichkeiten, die sich aus diesem

Ergebnis in Einzelfällen – insbesondere bei Nichtbeitritt zur freiwilligen Versicherung – ergeben können, bewusst war und es auch heute ist (zum Ganzen: EVG H 141/05 vom 8. Februar 2006 E. 5.1 und H 135/03 vom 7. Juli 2003 E. 2.2).

7.1.2 Nach dem Gesagten steht fest, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Ausdehnung der Versicherteneigenschaft der obligatorisch versicherten Person auf deren Ehegatten möglich ist. Eine automatische Versicherung der Beschwerdeführerin bei obligatorischer Versicherung ihres Ehemannes scheidet damit zum Vornherein aus. Eine eigene obligatorische Versicherungsunterstellung der Beschwerdeführerin ist ferner weder aus den Akten ersichtlich noch wird dergleichen von ihr dargetan. Die Voraussetzungen nach Art. 1 Abs. 1 aAHVG erfüllt sie klarerweise nicht. Weder hatte sie zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz (lit. a) noch übte sie in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit aus (lit. b) noch war sie im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig, von welchem sie entlohnt wurde (lit. c).

7.2 Sodann ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin freiwillig in der AHV versichert war.

7.2.1 Der Beitritt zur freiwilligen Versicherung setzt grundsätzlich eine schriftliche Anmeldung voraus (Art. 2 Abs. 7 aAHVG i.V.m. aArt. 7 Abs. 3 der Verordnung über die freiwillige AHV und IV für Auslandschweizer [VFV, SR 831.11; aktuell Art. 8 Abs. 1 VFV]). Mit dieser ist rechtsprechungsgemäss gleichzusetzen eine mit der Fortsetzung vermeintlich geschuldeter Beitragszahlungen unmissverständlich geäussertes Wille, die Versicherungsmitgliedschaft bei Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung beizubehalten (vgl. zum Ganzen BGer 9C_370/2021 vom 17. Dezember 2021 mit Hinweisen).

7.2.2 Wie sich der Stellungnahme der Ausgleichskasse vom 16. März 2022 und den dazu eingereichten Unterlagen entnehmen lässt, war weder die Beschwerdeführerin noch ihr Ehemann je freiwillig in der AHV versichert. Dies geht zweifelsfrei aus den Akten hervor. Die Ausgleichskasse erklärte dazu, freiwillige Versicherungszeiten würden über die Schweizerische Ausgleichskasse (SAK) in Genf abgerechnet (vgl. Art. 113 Abs. 1 AHVV). Die SAK trage die Nummer 27. In den IK-Auszügen sei in der ersten Spalte die Nummer der zuständigen Ausgleichskasse verzeichnet. Die Nummer 27 fehle in beiden Auszügen gänzlich. Auch im ACOR-Berechnungsblatt sei die SAK in der drittletzten Spalte (AK) nicht eingetragen. Ebenso wenig sei in der vierten Spalte (B.A.Spl.) der Code 0 für eine freiwillige Versicherung enthalten. Damit ist ausgewiesen, dass auch eine freiwillige Versicherungsunterstellung zu keiner Zeit bestanden hat. Dies muss umso mehr gelten, als die Beschwerdeführerin auch auf Aufforderung des Gerichts hin nicht geltend machte, sie oder ihr Ehemann hätten sich jemals zur freiwilligen Versicherung schriftlich angemeldet oder an diese Beiträge entrichtet.

7.2.3 Keine andere Betrachtungsweise rechtfertigt sich aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 27. März 2022. Entgegen ihrer Auffassung erstreckt sich die Versicherteneigenschaft des obligatorisch versicherten Ehegatten eben gerade nicht auf den anderen Ehegatten (vgl. E. 7.1.1 hiervor). Damit scheidet, wie schon weiter oben dargelegt (vgl. E. 7.1.2 hiervor), eine Versicherungsunterstellung der Beschwerdeführerin für die Zeitspanne vom 1. Juli 1984 bis 12. Mai 1986 aus. Ferner liegt auch keine freiwillige Versicherungsunterstellung vor, als der Ehegatte der Beschwerdeführerin sich per 1. Juli 1978 aus der Schweiz ins Ausland abgemeldet hat, um eine Weltreise zu machen, und in dieser Zeit Nichterwerbstätigenbeiträge bezahlt hat. Die Ausgleichskasse weist zutreffend darauf hin, dass die obligatorische Versicherung als Nichterwerbstätiger nicht mit der freiwilligen Versicherung nach Art. 2 AHVG gleichzusetzen ist. Nach damals geltendem Recht konnten sich im Ausland niedergelassene Schweizerbürger freiwillig versichern lassen (vgl. AS 1972 2483). Der Ehemann der Beschwerdeführerin liess sich allerdings nicht im Ausland nieder, sondern machte eine Weltreise, wie sie selbst ausführt. Da der Wohnsitz indessen massgeblich ist und der alte Wohnsitz erst aufgegeben wird, wenn ein neuer begründet wurde, was bei einer Weltreise nicht der Fall ist, hatte der Ehemann der Beschwerdeführerin seinen Wohnsitz in der Schweiz behalten. Damit scheidet eine freiwillige Versicherungsunterstellung des Ehemannes in den Jahren 1979 bis 1981 gestützt auf Art. 2 aAHVG aus.

7.3 Folglich steht fest, dass die Versicherte in den beiden massgebenden Zeiträumen von der Heirat am 4. Oktober 1980 bis zur Wohnsitznahme in der Schweiz am 1. Februar 1982 und während des Auslandsaufenthaltes vom 1. Juli 1984 bis 12. Mai 1986 weder obligatorisch noch freiwillig in der AHV versichert war, d.h. sie die persönliche Versicherteneigenschaft in dieser Zeit nicht erfüllte. Demzufolge können ihr dafür keine Beitragszeiten und auch die vom Ehemann geleisteten Beiträge nicht angerechnet werden. Nicht zu beanstanden sind zudem die Ausführungen im Einspracheentscheid zu den Erziehungsgutschriften (E. 4.2 des angefochtenen Entscheids). Damit hat es sein Bewenden. Die Ausgleichskasse hat die Berechnung der Altersrente der Beschwerdeführerin korrekt vorgenommen und mit ihrem Einspracheentscheid kein Bundesrecht verletzt. Demzufolge erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. Mai 2022, S 2020 68)
Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [63](https://www.verwaltungsgericht.zg.ch.</p></p></div><div data-bbox=)

7. Gesundheitswesen

7.1 Massnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie (Quarantäne)

Regeste:

Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (in der Fassung vom 13. September 2021) – Der in dieser Bestimmung genannte enge Kontakt ist im vorliegenden Fall im Rahmen des Schulunterrichts gegeben. Die angefochtene Quarantäne erweist sich als verhältnismässig (E. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 12. Februar 2021 beschloss der Regierungsrat des Kantons Zug, dass Jugendliche sowie Lehrpersonen und weiteres in den Schulen der Sekundarstufen I und II, ohne die Berufsfachschulen, während der Unterrichtszeiten tätiges Personal an wöchentlich zwei Speicheltests auf SARS-CoV-2 gemäss Konzept des Kantonsarztes teilzunehmen haben. Die Schulleitung kann Ausnahmen bewilligen (Ziff. 2 lit. a des Beschlusses des Regierungsrats vom 12. Februar 2021 betreffend Massnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie, Erlass von Vorschriften zum Betrieb von Schulen). Mit Schreiben vom 22. Februar 2021 wurden die Eltern und Erziehungsberechtigten der Schülerinnen und Schüler der Sekundarstufe I der Schule C. über den Regierungsratsbeschluss und den Beginn der Reihentests informiert, wobei ein allfälliger Verzicht auf die Teilnahme an den Reihentests schriftlich mittels des auf der Webseite der Schule aufgeschalteten Formulars mitgeteilt werden musste. Am 6. Juli 2021 beschloss der Regierungsrat eine Verlängerung der Geltungsdauer des Regierungsratsbeschlusses vom 12. Februar 2021 bis 1. Oktober 2021. Mit Mitteilung vom 13. September 2021 informierte die Schule C. die Erziehungsberechtigten über das weitere Vorgehen und die Kommunikationswege in Sachen Corona und wies darauf hin, dass es im Moment kaum positive Fälle in einzelnen Klassen gäbe, dies aber – wie das in anderen Gemeinden der Fall sei – sehr schnell ändern könne.

Am Montag, dem 13. September 2021, wurden in der Klasse D. der Sekundarstufe in C. – der Klasse von A. – Reihentests durchgeführt. A. liess sich nicht testen. Am 14. September 2021 erhielt das Contact Tracing des Kantons Zug die Meldung, dass ein Test einer Schülerin positiv auf SARS-CoV-2 ausgefallen sei. Da A. am 13. und 14. September 2021 dieselbe Klasse wie die positiv getestete Schülerin besuchte und auf eine Teilnahme an den Reihentests verzichtet hatte, ordnete das Contact Tracing am späten Nachmittag des 14. Septembers 2021 telefonisch die Quarantäne gegenüber A. an. Die Quarantänedauer wurde ab dem Zeitpunkt des letzten Kontaktes am 14. September 2021 berechnet und für zehn Tage bis am 24. September 2021 festgelegt. Eine schriftliche Bestätigung betreffend die Anordnung der Quarantäne wurde der Mutter von A., B., am 16. September zugestellt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen diese Verfügung liess A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) durch ihre Mutter B. am 17. September 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und fordern, die Quarantäne vom 14. September 2021 sei sofort aufzuheben. Es sei superprovisorisch anzuordnen, dass dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme. Hilfsweise sei der Vorinstanz eine Frist von zwei Tagen anzusetzen, um zu diesem Antrag Stellung zu nehmen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz. Im Wesentlichen machte die Beschwerdeführerin eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts geltend, da ihr nicht mitgeteilt worden sei, wo der enge Kontakt von ihr mit der infizierten Person stattgefunden habe. B. habe als Erziehungsberechtigte und Unterschriftsberechtigte kein unterzeichnetes Formular eingereicht, worin sie einer Quarantäne zustimme. Es hätte geprüft werden müssen, ob eine weniger einschneidende Massnahme ausreichend und geeignet wäre. Zudem werde die Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Kontaktquarantäne bei sinkender bis stagnierender Inzidenz in sieben Tagen im Kanton Zug angezweifelt.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) ist gegen Verwaltungsentscheide unterer kantonaler Verwaltungsbehörden die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, soweit sich ihre Entscheide auf Bundesrecht stützen und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Gemäss § 56 Abs. 2 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug (Gesundheitsgesetz, GesG; BGS 821.1) leitet die Kantonsärztin oder der Kantonsarzt die Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten nach diesem Gesetz oder der Bundesgesetzgebung, namentlich dem Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz). Die Verfügung des Kantonsarztes stützt sich vorliegend auf Art. 35 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) und Art. 3d [recte: Art. 7 Abs. 1] Covid-19-Verordnung besondere Lage (in der Fassung vom 13. September 2021; SR 818.101.26). Paragraph 66 Abs. 2 GesG sieht zwar den Weiterzug u.a. von Entscheiden von Amtsstellen und Amtspersonen, die der Gesundheitsdirektion unterstellt sind – wie die Kantonsärztin bzw. der Kantonsarzt bzw. das AFG, welchem die Kantonsärztin bzw. der Kantonsarzt vorsteht –, an den Regierungsrat vor. Dieser Rechtsmittelweg bezieht sich allerdings gemäss überzeugender Auslegungspraxis ungeachtet der unterbliebenen Einschränkung gleich wie derjenige von Absatz 1 lediglich auf Entscheide gestützt auf das Gesundheitsgesetz und dazugehörige Verordnungen, d.h. kantonales Recht. Die Verfügungen des AFG, die sich wie vorliegend auf das Epidemiengesetz und die Covid-19-Verordnung besondere Lage als Bundesrecht stützen, können somit gemäss § 66 Abs. 2 GesG i.V.m. § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

1.2 Gemäss § 62 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer (a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, (b) durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und (c) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Im Allgemeinen ist ein Interesse im Sinne dieser Bestimmung nur schutzwürdig, wenn der Beschwerdeführer nicht bloss beim Einreichen der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (BGE 111 Ib 56 E. 2a). Das Bundesgericht verzichtet aber bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen praxisgemäss ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte (BGE 137 I 23 E. 1.3.1; 136 II 101 E. 1.1; 135 I 79 E. 1.1; 128 II 34 E. 1b; 126 I 250 E. 1b). Vorliegend dauerte die am 14. September 2021 angeordnete Quarantäne bis am 24. September 2021. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Das aktuelle praktische Interesse an der Aufhebung der Quarantäneverfügung war somit bei der Einreichung der Beschwerde am 17. September 2021 zwar noch gegeben, zum Zeitpunkt der Urteilsfällung ist es aber offensichtlich nicht mehr vorhanden. Vorliegend ist aber festzustellen, dass die Anordnung der Quarantäne vor dem Hintergrund der seit Februar 2021 laufenden Reihentests an den Zuger Schulen erfolgte. Die sich in der Beschwerde aufgeworfene Rechtsfrage der Rechtmässigkeit der Anordnung einer Kontaktquarantäne im Falle eines Kontakts im Schulrahmen mit einer positiv getesteten Person bei vorgängigem Verzicht auf die Teilnahme an Reihentests kann sich während der Geltungsdauer von Bestimmungen über die Anordnung einer Quarantäne immer wieder stellen. Da es zudem die kurze Quarantänedauer (zehn Tage; vgl. Art. 8 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage gemäss der zum Zeitpunkt der Quarantäne der Beschwerdeführerin geltenden Fassung) in der Regel kaum je erlaubt, diese Frage einer rechtzeitigen Prüfung auf dem Rechtsmittelweg zu unterziehen, sieht das Gericht in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Praxis im vorliegenden Fall vom Erfordernis des aktuellen Interesses ab.

Die Beschwerde wurde am 17. September 2021 und somit fristgerecht eingereicht. Sie entspricht schliesslich den wenigen an eine Laienbeschwerde gestellten formellen Anforderungen. Da sämtliche Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Beschwerde zu prüfen.

Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

(...)

3. In Bezug auf die strittige Verfügung des AFG macht die Beschwerdeführerin die unvollständige Feststellung des Sachverhalts geltend und sinngemäss die Nichterfüllung der Voraussetzungen für die Anordnung der Quarantäne, da ihr vom Kantonsarzt nicht mitgeteilt worden sei, wo der enge Kontakt von ihr mit der infizierten Person stattgefunden habe. Als enger Kontakt seien ein solcher von mindestens 15 Minuten (einmalig oder kumulativ) in einem Abstand von weniger als 1,5 m zu der infizierten Person definiert. Gemäss dem Schutzkonzept der Schule C. werde das Miteinander der Schülerinnen und Schüler im schulischen Setting nicht als enger Kontakt definiert. Die Abstandsregeln würden zwischen den Erwachsenen sowie zwischen Erwachsenen und Kindern/Jugendlichen gelten. Im Weiteren hält die Beschwerdeführerin fest, dass B. als Erziehungsberechtigte und Unterschriftsberechtigte kein unterzeichnetes Formular eingereicht habe, worin sie einer Quarantäne zustimme.

3.1 Nach Art. 35 Abs. 1 lit. a EpG kann eine Person, die krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig ist, unter Quarantäne gestellt werden, wenn die medizinische Überwachung nicht genügt. Angeordnet wird eine entsprechende Massnahme durch die zuständige kantonale Behörde (Art. 31 Abs. 1 EpG). Die Massnahme darf nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern und eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden (Art. 31 Abs. 4 EpG). Wie bereits erwähnt leitet nach der kantonalen Gesetzgebung (§ 56 Abs. 2 GesG) die Kantonsärztin oder der Kantonsarzt die Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten nach dem GesG und der Bundesgesetzgebung, namentlich dem Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz). Die gesetzliche Grundlage für die angeordnete Massnahme ist deshalb gegeben und die Anordnung von der zuständigen Behörde (Kantonsarzt bzw. AFG) erlassen worden.

3.2 Artikel 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (in der Fassung vom 13. September 2021) regelt die Anordnung der Kontaktquarantäne und legt die dafür erforderlichen Voraussetzungen fest. Danach stellt die zuständige kantonale Behörde Personen unter Kontaktquarantäne, die in einem der folgenden Zeiträume engen Kontakt hatten mit:

- a. einer Person, deren Ansteckung mit SARS-CoV-2 bestätigt oder wahrscheinlich ist und die symptomatisch ist: in den letzten 48 Stunden vor dem Auftreten der Symptome und bis 10 Tage danach;
- b. einer Person, deren Ansteckung mit SARS-CoV-2 bestätigt ist und die asymptomatisch ist: in den letzten 48 Stunden vor der Probenentnahme und bis zur Absonderung der Person.

3.3 Gemäss den Erläuterungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) zur Covid-

19-Verordnung besondere Lage, Stand 10. Dezember 2021, (fortan: Erläuterungen) liegt ein enger Kontakt vor, wenn zwischen der Person, deren Covid-19-Erkrankung bestätigt oder wahrscheinlich ist, und einer anderen Person während mehr als 15 Minuten ein Kontakt von weniger als 1,5 Metern Abstand besteht, ohne dass geeignete Schutzmassnahmen ergriffen werden. Wenn die drei Voraussetzungen eines engen Kontakts, das heisst geringer Abstand, längerer Zeitraum und Fehlen geeigneter Schutzmassnahmen, nur teilweise erfüllt sind, kann die Bewertung der Risikoparameter trotzdem auf eine Exposition mit hohem Risiko hindeuten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Kontakt in einem geschlossenen und schlecht belüfteten Raum stattfand. Es ist Sache der zuständigen kantonalen Behörde zu entscheiden, ob eine solche Exposition im konkreten Fall als enger Kontakt im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage zu werten ist und damit eine Quarantäne für die betroffene Person angezeigt ist (Erläuterungen S. 8 f.). Dieses Ermessen hat der Kantonsarzt vorliegend ausgeübt. Das AFG führt in seiner Stellungnahme vom 22. Oktober 2021 aus, dass seine Ermessensentscheidung auf dem Zusammenspiel der folgenden Kriterien beruhe: Die Beschwerdeführerin und die Indexperson hätten am 13. und 14. September 2021 dieselbe Schulklasse besucht und sich über mehrere Lektionen hinweg im selben Schulzimmer aufgehalten. Im eng begrenzten Raum eines Klassenzimmers bestehe eine hohe Dynamik; die Schülerinnen und Schüler sprächen viel (Aerosolbildung), bewegten sich im Raum, würden unter Umständen ihre Pausen im Klassenzimmer verbringen und hätten beim Betreten oder Verlassen des Raumes sehr nahen Kontakt. Das Kriterium der 15 Minuten sei kumulativ – also über den ganzen Tag verteilt – zu verstehen. Nach Ermessen der zuständigen Behörde habe die Beschwerdeführerin in den letzten 48 Stunden vor der Probeentnahme und bis zur Absonderung der Person in engem Kontakt mit einer Person gestanden, deren Ansteckung mit SARS-CoV-2 bestätigt worden sei.

3.4 Die Beschwerdeführerin moniert, dass Dr. med. Hauri ihr nicht mitgeteilt habe, wo der enge Kontakt von ihr mit der infizierten Person stattgefunden habe. Sollte sie damit das Bestehen der Voraussetzungen für einen engen Kontakt bezweifeln, so ist festzustellen, dass der enge Kontakt weder von ihr widerlegt noch vom AFG bewiesen werden kann. Im Sinne der Berücksichtigung aller Risikoparameter misst das AFG jedoch dem geschlossenen Schulzimmer und der hohen Dynamik der schulischen Verhältnisse zu Recht eine grosse Bedeutung bei. Diese Argumente beziehen sich ebenfalls auf den räumlichen Aspekt und vermögen die allenfalls tatsächlich nicht erfüllten Abstandsvorgaben zu kompensieren. Das AFG hat somit in Berücksichtigung der Dynamiken einer Schulklasse in einem geschlossenen Schulzimmer und der Bedeutung der Aerosole für die Ansteckung mit dem Covid-19-Virus das ihm eingeräumte Ermessen richtig ausgeübt, weshalb die Voraussetzung eines engen Kontakts mit der Indexperson zu bejahen ist.

3.5 Betreffend das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schutzkonzept

der Schule C., das besagt, dass das Miteinander der Schülerinnen und Schüler im schulischen Setting nicht als enger Kontakt definiert werde, entgegnet das AFG in seiner Stellungnahme vom 22. Oktober 2021 Folgendes: Diese Formulierung könne einzig so gemeint sein, dass Schülerinnen und Schüler im schulischen Setting keinen Mindestabstand einzuhalten haben, nicht aber, dass auch bei engem Kontakt von Schülerinnen und Schülern eine Virusübertragung nicht möglich sei. Diese Erläuterung des AFG ist korrekt und die einzig sinnvolle, da eine Virusübertragung bei engem Kontakt gemäss BAG (vgl. E. 3.3) von Schülerinnen und Schülern möglich ist. Jedoch lässt der Mindestabstand von 1,5 m, der gemäss den Erläuterungen des BAG Teil der Definition des engen Kontaktes ist, sich im Schulzimmer nicht immer einhalten, wie dies vom AFG bereits dargelegt wurde. Ein anderes Verständnis dieser Formulierung ist nicht möglich. Im Weiteren stützt sich das AFG bei der Anordnung der Kontaktquarantäne auf die gesetzlichen Grundlagen von Art. 35 EpG und Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage. Das Schutzkonzept der Schule C. ist somit keine Grundlage für eine Kontaktquarantäne, und die Beschwerdeführerin kann daraus – auch wenn missverständlich formuliert – nichts vom massgebenden Bundesrecht Abweichendes ableiten.

Dasselbe hat für das Formular zu gelten, das B. als Erziehungsberechtigte und Unterschriftsberechtigte nicht eingereicht hatte. Dieses Formular dient weder als Grundlage für die Kontaktquarantäne noch als Rechtfertigung einer Ausnahme einer Anordnung von einer Kontaktquarantäne. Es besteht keine Wahl- bzw. Zustimmungsfreiheit für eine Kontaktquarantäne, sondern diese beruht auf einer gesetzlichen Grundlage und wird nach dem Ermessen des Kantonsarztes angeordnet (vgl. E. 3.3). Dem Formular kommt vielmehr rein informativer Charakter zu, nämlich dass die Schülerin oder der Schüler auf die Teilnahme an den Reihentests verzichte, woraus die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten betreffend die Anordnung der Kontaktquarantäne ableiten kann (vgl. VGer ZG V 2021 29 vom 26. Oktober 2021 E. 4.2.4 f.).

3.6 Die Beschwerdeführerin macht unter Hinweis auf Art. 36 BV geltend, dass hätte geprüft werden müssen, ob eine weniger einschneidende Massnahme ausreichend und geeignet wäre. In anderen Kantonen werde es den Jugendlichen, die von den Reihentests dispensiert seien, ermöglicht, bei einem positiven Fall in der Poolprobe einen einmaligen Spucktest zu tätigen und bei negativem Resultat wieder am Schulunterricht teilzunehmen, ohne eine zehntägige Quarantäne mit Verzicht auf Fernunterricht. Auch dort sei es möglich, mit Dispens auf die Reihentestungen zu verzichten.

3.6.1 Das AFG bringt dagegen vor, dass sich die Umsetzung des Zuger Konzepts bewährt habe und auch von anderen Kantonen übernommen worden sei. Im Kanton Zug sei es den Schülerinnen und Schülern, welche auf die Teilnahme an den Tests verzichtet hätten, möglich, die Quarantäne am siebten Tag zu beenden, indem sie

ein negatives Testergebnis vorlegten. Grund dafür sei einerseits die unterschiedliche Inkubationszeit bei einer Infektion mit SARS-CoV-2, die zwar in den meisten Fällen ungefähr fünf Tage betragen würde, gelegentlich kürzer sei, aber auch bis zu zwei Wochen dauern könne. Andererseits könne eine Infektion zumeist erst mehrere Tage nach einem Risikokontakt durch einen Test festgestellt werden. Im Regelfall sei das Virus frühestens am dritten oder vierten Tag nach der Infektion und ungefähr ein bis zwei Tage vor den ersten Symptomen nachweisbar. Daher sei es nicht sinnvoll, eine Person unmittelbar nach dem Kontakt mit einer infizierten Person einmalig zu testen. Personen, die an den Reihentests teilnehmen würden, würden während der gesamten Dauer der potentiellen Inkubationszeit regelmässig getestet; eine allfällige Infektion würde daher schnell entdeckt werden, selbst wenn der Symptombeginn besonders früh oder besonders spät erfolgt sei. Bei Personen hingegen, die an der Reihentests nicht teilnehmen würden, sei dies nicht sichergestellt. Für sie sei deshalb – unter Berücksichtigung der genannten Zeiträume – festgelegt worden, dass sie am siebten Tag nach dem Risikokontakt die Quarantäne durch einen einmaligen Test beenden könnten. Es genüge dafür ein PCR- oder ein Antigen-Test.

3.6.2 Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Das Element der Geeignetheit dient der Prüfung der Präzision staatlichen Handelns. Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zwecks sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme (BGE 144 I 126 E. 8.1; 137 IV 249 E. 4.5.2; 136 I 29 E. 4.4. f.; 130 I 140 E. 5.3.6). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der Eignung grosszügig und sondert nur diejenigen Massnahmen aus, die sich als völlig ungeeignet zur Zielerreichung erweisen. Gemäss dem Bundesgericht genügt für die Eignung einer Massnahme, dass diese mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermag und nicht gänzlich daran vorbeizieht (vgl. BGE 144 I 126 E. 8.1; 135 II 105 E. 2.3.3; 132 I 7 E. 4.2; 130 II 425 E. 5.4.1 in: Pra 94 [2005] Nr. 71, S. 550 f.; VGer ZG V 2021 29 vom 26. Oktober 2021 E. 4.2.3.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 522).

Die Anordnung der Quarantäne muss vorliegend dazu beitragen, das Infektionsgeschehen einzudämmen und die Überbelastung des Gesundheitswesens zu verhindern. Dem AFG ist zu folgen, dass eine Quarantäne geeignet ist, eine weitere Verbreitung des Virus zu verhindern, da sich die mit dem Virus in Kontakt gekommenen Personen von allen anderen distanzieren. Bei der Quarantäne handelt es sich um eine allgemein epidemiologisch anerkannte Form, die Verbreitung von ansteckenden Krankheiten zu verhindern. Auch das EpG ordnet den vorliegend einschlägigen Art. 35 betreffend Quarantäne und Absonderung unter den Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ein. Die Anordnung einer Quarantäne fördert somit die angestrebten öffentlichen Interessen sowie den Grundrechtss-

chutz Dritter und ist somit eine geeignete Massnahme gegen die Verbreitung des Virus SARS-CoV-2.

3.6.3 Erforderlich ist eine Einschränkung der Grundrechte, wenn das angestrebte Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden könnte und die Einschränkung nicht über das angestrebte Ziel hinausgeht (BGE 146 I 70 E. 6.4.2). Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig (BGE 142 I 49 E. 9.1; 126 I 112 E. 5b).

Das AFG führt in Bezug auf die Erforderlichkeit der Quarantäne für die Beschwerdeführerin zutreffend aus, dass ein milderes Mittel bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2 in der Klasse, um eine allfällige Infektion schnell zu entdecken – repetitive Reihentests während der gesamten Dauer der potentiellen Inkubationszeit –, zwar vorhanden ist, dies jedoch bei Personen, die an den Reihentests nicht teilnehmen, nicht sichergestellt sei. Zudem weist das AFG zu Recht auf die Möglichkeit hin, die Quarantäne durch einen einmaligen Test am siebten Tag beenden zu können, wofür ein PCR- oder ein Antigen-Test genüge. Eine mildere Massnahme, die zum gleichen Ergebnis führen würde, ist vorliegend also nicht ersichtlich, wobei es der Beschwerdeführerin freisteht, am siebten Tag einmalig einen PCR- oder einen Antigen-Test durchzuführen und bei negativem Resultat die Quarantäne zu beenden.

Zeitlich, räumlich und persönlich ist die Anordnung einer Kontaktquarantäne im vorliegend zu beurteilenden Umfang unbedenklich: Die Quarantäne erstreckt sich auf die damals gesetzlich vorgesehenen zehn Tage ab dem Kontakt mit der Person, deren Ansteckung mit SARS-CoV-2 bestätigt oder wahrscheinlich ist (Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage), und nur auf die einzelne Schülerin, deren Ansteckung mit dem Virus mit der Folge von dessen Verbreitung als möglich erscheint. Die Anordnung der Quarantäne im vorliegenden Fall erweist sich somit als erforderlich.

Im Weiteren ist anzumerken, dass das Gericht mit Urteil V 2021 29 vom 26. Oktober 2021 die Anordnung einer Kontaktquarantäne bereits auf die Rechtmässigkeit der Einschränkung von diversen Grundrechten gestützt auf den Regierungsratsbeschluss vom 12. Februar 2021 überprüft und als rechtmässig beurteilt hat (vgl. VGer ZG V 2021 29 vom 26. Oktober 2021 E. 4).

3.6.4 Die Zumutbarkeit einer geeigneten und erforderlichen Massnahme lässt sich bejahen, wenn zwischen der konkreten Grundrechtsbeeinträchtigung und den mit dieser Einschränkung konkret verfolgten Interessen ein vernünftiges Verhältnis besteht (BGE 146 I 70 E. 6.4.3). Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist beispielsweise ein Schulausschluss aus disziplinarischen Gründen nur verhältnismässig, wenn er in keinem Fall zwölf Wochen übersteigt (BGE 129 I 12 E. 10.4). Die vorliegend an-

geordnete Quarantäne stellt einen leichten Grundrechtseingriff dar (vgl. VGer ZG V 2021 29 vom 26. Oktober 2021 E. 4.1.2). Sie dauert effektiv nur maximal acht Schultage, während welchen die Beschwerdeführerin mit dem Unterrichtsmaterial versorgt wird. Die Rechtsposition der Beschwerdeführerin kann unter diesen Umständen nicht stark beeinträchtigt werden. Im Verhältnis zum öffentlichen Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung – welches unter den übrigen öffentlichen Interessen sehr hoch gewichtet wird – erweist sich die Anordnung der Quarantäne zweifelsfrei als zumutbar. Eine Quarantäne stellt objektiv gesehen eine anerkannte und gesetzlich verankerte Massnahme zur Bekämpfung von Epidemien dar (vgl. E. 3.6.2). Wie vorne ausgeführt, kann die Beschwerdeführerin auch die Rechtmässigkeit der angeordneten Quarantäne nicht beanstanden (E. 3.1 ff.). Es besteht keine Garantie, dass die Beschwerdeführerin keine Virenträgerin ist bzw. gewesen ist. Vor dem Hintergrund der Wichtigkeit der Pandemieeindämmung ist bzw. war es ihr zweifellos zumutbar, ein solches Risiko mit der angefochtenen Massnahme zu verringern.

Es ist daher festzuhalten, dass die angeordnete Quarantäne zur Eindämmung der Pandemie geeignet, erforderlich und nach Abwägung aller Umstände für die Beschwerdeführerin zumutbar und somit verhältnismässig war. Der Pflicht, sich der zu Recht angeordneten Quarantäne zu unterziehen, konnte sich die Beschwerdeführerin auch nicht mit dem Hinweis auf das Vorgehen in anderen Kantonen entziehen.

4. Ebenfalls wird von der Beschwerdeführerin die Verhältnismässigkeit der Anordnung der Quarantäne bei sinkender bis stagnierender Inzidenz in sieben Tagen im Kanton Zug kritisiert. Zudem verweist sie auf die Statistik der im Kanton Zug im Spital Hospitalisierten.

4.1 Das AFG erachtet in seiner Stellungnahme vom 22. Oktober 2021 die Sieben-Tage-Inzidenz bei der Anordnung einer Kontaktquarantäne als irrelevant. Die Voraussetzungen, wann eine Kontaktquarantäne angeordnet werden müsse, würden sich aus dem Bundesrecht ergeben. Selbst bei sehr geringen Fallzahlen müsse eine Kontaktquarantäne angeordnet werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Bei Personen, die nicht an den Reihentests teilnehmen möchten, bleibe die Quarantäneanordnung die einzige Möglichkeit, um zu verhindern, dass andere Personen einer allfälligen Infektionsgefahr ausgesetzt würden. Das Verhältnismässigkeitsgebot sei bei der Ausgestaltung der Massnahme berücksichtigt worden, zumal in der Verfügung vom 15. September 2021 explizit festgehalten worden sei, dass es der Beschwerdeführerin möglich sei, die Quarantäne am 21. September 2021 mit Vorliegen eines negativen PCR- oder Antigen-Tests vorzeitig zu beenden.

4.2 Die Kontaktquarantäne dient, wie in Erwägung 3.6 bereits ausgeführt, dazu, das Infektionsgeschehen einzudämmen und die Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern. In der oben genannten Erwägung wurde denn auch die Verhält-

nismässigkeit dieser Massnahme geprüft und bejaht, worauf hier verwiesen wird. Die gesetzlichen Grundlagen, auf die sich die Anordnung der Kontaktquarantäne stützt (Epidemiengesetz und Covid-19-Verordnung besondere Lage), sehen für diese Anordnung keine Ausnahme vor in Bezug auf eine aktuelle, möglicherweise sinkende oder stagnierende Inzidenz. In Anbetracht des Zwecks der Kontaktquarantäne wäre dies gar widersprüchlich, dient diese doch gerade dazu, eine stagnierende bis sinkende Inzidenz herbeizuführen und beizubehalten. Die Anordnung einer Quarantäne fördert die angestrebten öffentlichen Interessen sowie den Grundrechtsschutz Dritter. Es kann demnach der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie versucht, aus von ihr errechneten Prozentzahlen betreffend die aktuelle Lage der Inzidenz im Kanton Zug die Verhältnismässigkeit ihrer Kontaktquarantäne infrage zu stellen.

5. Nach dem Gesagten bleibt festzuhalten, dass die Voraussetzungen der Anordnung der Quarantäne nach Art. 7 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung besondere Lage vorliegend erfüllt sind. Das AFG hat sein Ermessen bei der Anordnung der Quarantäne richtig ausgeübt. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Januar 2022, V 2021 67
Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

8. Grundrechte

8.1 Art. 8 BV, Art. 9 BV

Regeste:

Art. 8 BV, Art. 9 BV – Wird nach Einführung des uneingeschränkten Abstammungsprinzips durch die Korporation der Abstammungsnachweis für eine Wiederaufnahme auf die Dauer des Genossenregistereintrags der Eltern beschränkt, führt dies zu einer indirekten Diskriminierung von Personen, die ihres Genossenrechts unter früheren Statuten durch Ausheiratung verlustig gingen.

Aus dem Sachverhalt:

A. ist die Tochter eines Genossen (verstorben 1994) und einer Genossin (verstorben 1983) der Korporation Unterägeri. Sie trug ledig den Namen «D.» sowie das Bürgerrecht der Gemeinde Unterägeri und war infolge dessen von Geburt an eben-

falls Genossin der Korporation Unterägeri. Mit ihrer Heirat im Jahr 1980 übernahm A. entsprechend den damals geltenden zivilrechtlichen Bestimmungen neben dem Familiennamen auch das Bürgerrecht des Ehemannes und verlor damit ihr eigenes. Da § 4 Ziff. 1 Bst. a der damaligen Statuten der Korporation Unterägeri vorsah, dass derjenige des Genossenrechts verlustig geht, der das Bürgerrecht von Unterägeri verliert, verlor A. im Zuge ihrer Heirat nicht nur dieses, sondern damit gekoppelt auch ihr Genossenrecht. Sie war «ausgeheiratet».

Am 23. Mai 2017 nahm die Korporationsversammlung Unterägeri eine Änderung ihrer Statuten an. Im Rahmen der Teilrevision wurde bezüglich des Erwerbs des Genossenrechts neu ein uneingeschränktes Abstammungsprinzip eingeführt. A. stellte im Jahr 2018 Antrag auf Eintrag in das Genossenregister der Korporation Unterägeri. Anlässlich der Ratssitzung vom 8. Januar 2019 lehnte der Korporationsrat das Aufnahmege such ab. Dasselbe Schicksal erlitt ihr Wiedererwägungsgesuch (Entscheid vom 17. März 2020).

Der von A. angerufene Regierungsrat des Kantons Zug wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Beschluss vom 22. September 2020 ab. Daraufhin gelangte A. mit Beschwerde vom 25. April 2022 an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Regierungsratsentscheides und die Gutheissung ihres Wiederaufnahme gesuchs.

Aus den Erwägungen:

(...)

5.

5.1 Gemäss dem neuen Korporationsstatut der Beschwerdegegnerin 1 vom 23. Mai 2017 (nachfolgend: Statuten) ist der Erwerb des Genossenrechts wie folgt geregelt:

«§ 3 Erwerb des Genossenrechtes

1. Die neun Korporationsgenossen-Geschlechter der Korporation Unterägeri heissen:

Häusler, Heinrich, Henggeler, Hess, Hugener, Iten, Merz, Müller und Senz

2. Korporationsgenossinnen und Korporationsgenossen sind Personen, welche das Schweizer Bürgerrecht besitzen und (alternativ)

a) am 1. Januar 2012 im Genossenregister der Korporation eingetragen waren.

b) das Genossenrecht zwischen dem 1. Januar 2012 und dem Datum des Inkrafttretens dieser Statuten durch Einkauf nach Heirat, durch nachträgliche Aufnahme,

durch Wiederaufnahme oder Ausübung des Zugrechts von Oberägeri erworben haben. c) als Kind in einem Kindsverhältnis gemäss Art. 252 des Zivilgesetzbuches (ZGB) zu entweder (i) einer am 1. Januar 2012 noch nicht verstorbenen Korporationsgenossin und/oder einem noch nicht verstorbenen Korporationsgenossen (Mutter und/oder Vater) oder (ii) einer Person, welche zwischen dem 1. Januar 2012 und dem Datum des Inkrafttretens dieser Statuten das Genossenrecht durch Einkauf nach Heirat, durch nachträgliche Aufnahme, durch Wiederaufnahme oder Zugrecht von Oberägeri erwarb (Mutter oder Vater), stehen.

d) direkte Nachkommen (mit Verwandtschaft ersten Grades) mindestens einer Person sind, welche im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2011 während mindestens 365 Tagen in das Genossenregister der Korporation eingetragen war.»

Unter § 23 der Statuten mit dem Titel «Übergangsrecht» ist in Ziff. 5 zu § 3 (Erwerb des Genossenrechts) weiter festgehalten:

«Personen, die die Voraussetzungen für Erwerb oder Beibehaltung des Genossenrechtes gemäss diesen Statuten im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Statuten erfüllen, dieses aber gestützt auf frühere Statuten nicht erwerben konnten oder verloren haben, können durch schriftliches Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch an die Korporationskanzlei mit dokumentarischem Nachweis über den Erwerbsgrund die Aufnahme bzw. Wiederaufnahme ins Genossenrecht verlangen. Das entsprechende Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch ist innert drei Jahren nach Inkrafttreten dieser Statuten einzureichen, ansonsten der Anspruch auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme verwirkt.»

5.2 Die Beschwerdeführerin hatte ihr Genossenrecht aufgrund früherer Statuten verloren und stellte unbestrittenermassen im Jahr 2018 und damit innert der in § 23 Ziff. 5 der Statuten vorgesehenen Übergangsfrist, ein Gesuch um Wiederaufnahme in die Korporation Unterägeri. Diese hat das Gesuch anhand der vorgenannten Regelung geprüft und kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die in § 3 Ziff. 2 der Statuten festgelegten Voraussetzungen für eine (Wieder-)Aufnahme nicht erfüllt. Sie war weder am 1. Januar 2012 im Genossenregister der Korporation eingetragen (Bst. a) noch hat sie das Genossenrecht zwischen dem 1. Januar 2012 und dem Inkrafttreten der neuen Statuten erworben (Bst. b) noch steht sie in einem Kindsverhältnis gemäss Art. 252 ZGB zu einer am 1. Januar 2012 noch nicht verstorbenen Korporationsgenossin und/oder einem Korporationsgenossen (Bst. c). Wohl waren ihre Eltern beide unbestrittenermassen Korporationsgenossen, ihr Vater war jedoch 1994 und ihre Mutter bereits 1983 verstorben. Geht man davon aus, dass eine Person mit ihrem Tod aus dem Genossenregister gelöscht wird, war es der Beschwerdeführerin daher auch nicht möglich, eine direkte Nachkommenschaft (mit Verwandtschaft 1. Grades) zu einer zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2011 für mindestens 365 Tage im Genossenregister eingetragene

nen Person nachzuweisen wie in § 3 Ziff. 2 Bst. d der Statuten gefordert (vgl. Protokoll Korporationsratssitzung vom 8. Januar 2019, Beschluss des Korporationsrates vom 6. Dezember 2019, Entscheid des Korporationsrates vom 17. März 2020). Wie vom Regierungsrat im angefochtenen Entscheid bestätigend festgestellt wurde und unter den Parteien auch nicht strittig ist, erfolgte die Abweisung des Wiederaufnahmegesuchs somit statutenkonform.

Umstritten ist vorliegend jedoch, ob die betreffenden Statutenbestimmungen, insbesondere die darin vorgenommenen zeitlichen Einschränkungen in Bezug auf den Abstammungsnachweis, rechtmässig sind oder ob sie für die Beschwerdeführerin zu einer Ungleichbehandlung und indirekten Diskriminierung führen und daher nicht verfassungskonform sind.

6.

6.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV ist ein selbständiges verfassungsmässiges Recht. In allgemeiner Weise ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (BGE 143 I 361 E. 5.1; 132 I 68 E. 4.1).

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Auf diese Weise soll Angehörigen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen ein spezifischer Schutz gewährt werden (BGE 143 I 361 E. 5.1; 132 I 68 E. 4.1). Wie allgemein anerkannt ist, kann mitunter die Diskriminierung Folge einer gesetzlichen Regelung sein, die keine offensichtliche Benachteiligung von besonders geschützten Gruppen enthält, hingegen in der praktischen Anwendung zu einer unzulässigen Schlechterstellung führt (zum ganzen BGE 132 I 68 E. 4.1 mit Hinweisen). Artikel 8 Abs. 2 BV behält als Individualrecht eine subsidiäre Bedeutung zur Korrektur einer diskriminierenden Schlechterstellung von Frauen (Rainer J. Schweizer, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 8 N 69, mit Hinweis auf BGE 132 I 68 E. 4.2).

Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Gemäss Literatur und Praxis ist eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts im Prinzip unzulässig und bedarf einer besonderen Rechtfertigung (Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 8 N 105; BGE 138 I 265

E. 4.3). Mann und Frau dürfen wegen ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (vgl. statt vieler BGE 141 II 411 E. 6.1.2). Formal geschlechtsneutrale Kriterien können unter Umständen eine indirekte Diskriminierung bewirken, wenn sie in der gesellschaftlichen Realität geschlechtsspezifisch vorkommen (BGE 142 II 49 E. 6.1). Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Benachteiligung sachlich begründet und auf objektive Kriterien gestützt ist (vgl. BGE 141 II 411 E. 6.1.2 betreffend Lohndiskriminierung).

Insgesamt gewährt Art. 8 BV ein verfassungsmässiges Recht auf sachgerechte Differenzierung. Der Staat kann zwar beliebig auf einen Bürger einwirken, hat aber unsachgerechte Differenzierungen zu unterlassen. Er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er Differenzierungen vornimmt, für die sachliche und vernünftige Gründe fehlen (vgl. BGE 131 I 1 E. 4.2; Belser/Waldmann, Grundrechte II, 2. Aufl. 2021, S. 281 Rz. 12; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 753 und 756). Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiterer Gestaltungsspielraum (BGE 143 I 361 E. 5.1; 139 I 242 E. 5.1 mit Hinweisen).

6.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Erlass willkürlich im Sinn von Art. 9 BV, wenn er sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist (BGE 134 I 23 E. 8; 133 I 259 E. 4.3). In solchen Fällen verletzt der Erlass meist gleichzeitig auch das Rechtsgleichheitsgebot oder andere Grundrechte. Die Sachgerechtigkeit beurteilt sich nicht nach dem historischen Willen des Gesetzgebers, sondern nach den Wertungsmassstäben zum Zeitpunkt der richterlichen Überprüfung (Belser/Waldmann, a.a.O., S. 309 Rz. 62; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 811).

6.3 Wird neues Recht auf einen bereits bestehenden Sachverhalt angewendet, so spricht man von der sog. Rückwirkung. Dabei unterscheidet man zwischen der echten Rückwirkung und der unechten Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Von unechter Rückwirkung wird einerseits gesprochen, wenn neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet wird. Andererseits umfasst die unechte Rückwirkung auch den Fall, dass das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorgelegen haben (sog. Rückanknüpfung). Während die echte Rückwirkung grundsätzlich verboten ist, ist die unechte Rückwirkung grundsätzlich zulässig.

sig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte oder der Vertrauensschutz gegenüberstehen (vgl. zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 266 ff. mit weiteren Hinweisen; BGE 113 Ia 412 E. 6).

7.

7.1 In Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt ist vorab zu erwähnen, dass sich die Rechtsanschauung seit dem Zeitpunkt der «Ausheiratung» der Beschwerdeführerin im Jahr 1980 in Bezug auf die Gleichstellung von Mann und Frau wesentlich verändert hat, wie dies auch die Parteien ausführen. Bereits kurz nach ihrer «Ausheiratung» wurde am 14. Juni 1981 der Gleichstellungsartikel angenommen und mit ihm die Gleichstellung der Geschlechter in der BV verankert. Er verpflichtet den Gesetzgeber dazu, für rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen. In Folge dessen wurden erste Anpassungen des Eherechts in Bezug auf Namen und Bürgerrecht vorgenommen, welche am 1. Januar 1988 in Kraft traten. Neu konnte die Ehefrau ihr angestammtes Kantons- und Gemeindebürgerrecht bei der Heirat behalten und erhielt zusätzlich dasjenige des Ehemannes (aArt. 161 ZGB, gültig vom 1. Januar 1988 bis 31. Dezember 2012). Frauen, die bereits verheiratet waren, wurde im Rahmen Art. 8b SchlT ZGB die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des ZGB – mithin bis zum 31. Dezember 1988 – mittels einfacher Erklärung ihr ursprüngliches Gemeindebürgerrecht wieder anzunehmen. In Bezug auf den Namen hatten die Frauen neu die Möglichkeit einen Doppelnamen zu führen und ihren Ledignamen dem Namen des Ehemannes voran zu stellen. Seit dem Inkrafttreten der heute geltenden Art. 160 Abs. 1 und Art. 161 ZGB per 1. Januar 2013 wirkt sich die Eheschliessung nicht mehr auf den Namen und das Bürgerrecht der Eheschliessenden aus. Grundsätzlich behält heute jeder Ehegatte seinen Namen und sein Bürgerrecht. Damit wurde in dieser Hinsicht die Gleichstellung von Mann und Frau bewirkt und der gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklung Rechnung getragen (vgl. BGer 5A_164/2017 vom 29. Januar 2018 E. 4.4.6; vgl. zum Ganzen u.a. Roland Bühler, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, Art. 160 N 1 ff.; Ivo Schwander in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, Art. 161 N 3).

7.2 Diese Entwicklung hin zur Gleichstellung von Mann und Frau in Bezug auf Namen und Bürgerrecht zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit den Aufnahmebedingungen von Korporationen.

7.2.1 Im Jahr 1991 hielt das Bundesgericht in BGE 117 Ia 107 fest, dass die Korporation Zug einer ausgeheirateten Frau, die gestützt auf Art. 8b SchlT ZGB das Bürgerrecht der Stadt Zug wieder annahm, nicht aber ihren ursprünglichen Namen (Art. 8a SchlT ZGB), die Wiederaufnahme in die Korporation gewähren muss. Die damaligen Statuten der Korporation Zug verlangten kumulativ zum Bürgerrecht die Führung eines Korporationsgeschlechts, hierzu hielt das Bundesgericht fest, die

Namensführung sei – mit Blick auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau – kein sachgemässes Kriterium für eine Korporationszugehörigkeit (BGE 117 Ia 107 E. 6b). Es erachtete es zudem als mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar, die Wiederaufnahme in die Korporation von einer Namensänderung nach Art. 8a SchlT ZGB abhängig zu machen.

7.2.2 Im Jahr 2006 ging das Bundesgericht in BGE 132 I 68 einen Schritt weiter. Um Aufnahme in die Genossame Lachen ersuchte damals die Tochter einer verheirateten Genossinbürgerin. Die Tochter trug weder ein Genossengeschlecht als Namen wie ihre Mutter noch einen der vorgegebenen Bürgerorte, denn in beidem folgte sie gemäss ZGB ihrem Vater. Die damaligen Statuten der Genossame Lachen setzten für eine Zugehörigkeit jedoch beides voraus. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die entsprechenden Statutenbestimmungen zu einer indirekten Benachteiligung von verheirateten Genossinbürgerinnen und unverheirateten Genossinbürgern führe, weil ihnen so eine Weitergabe der Mitgliedschaft an ihre Nachkommen verunmöglicht werde (BGE 132 I 68 E. 4.3.4). Das Bundesgericht führte weiter aus, die Abstammung könne ein massgebendes Kriterium für die Mitgliedschaft in einer Genossame darstellen, diese könne durch die moderne Führung des Zivilstandsregisters auch unabhängig von Bürgerrecht und Familienname festgestellt werden. Dem Wunsch der Genossame, die Zahl ihrer Mitglieder und den damit verbundenen Verwaltungsaufwand begrenzt zu halten, könne im Übrigen durch die Einführung neuer Kriterien wie zum Beispiel dem Wohnsitz oder dem Verbot in mehreren Genossamen Mitglied zu sein, Rechnung getragen werden (BGE 132 I 68 E. 4.3.5). Das Bundesgericht bekräftigte letztlich, dass die Namensführung kein sachgerechtes Kriterium für die Zugehörigkeit zu einer Korporation darstelle und auch ein Abstellen auf das bundesrechtlich nicht zwingend mit der Abstammung verknüpfte Bürgerrecht zur Diskriminierung, hier der Tochter, führe und daher verfassungsrechtlich nicht haltbar sei (BGE 132 I 68 E. 4.3.6). Die Genossame wurde dazu angehalten, der Tochter die Aufnahme als Genossinbürgerin zu gewähren. Zudem wurde sie aufgefordert, ihre Statuten anzupassen.

7.2.3 In BGE 134 I 257 aus dem Jahr 2008 war erneut die Genossame Lachen betroffen, deren Statuten waren zwischenzeitlich im Jahr 2006 revidiert und das unmittelbare Abstammungsprinzip eingeführt worden. Im Rahmen der Übergangsbestimmungen trugen die neuen Statuten der Abstammung von eingetragenen Genossinbürgern bis zurück zum Stichtag vom 14. Juni 1981 Rechnung. Um Aufnahme in die Genossame ersuchte die Enkelin eines Genossinbürgers und Tochter einer bis zur Verheiratung Genossinbürgerin gewesenen Mutter, welche bereits 1970 verstorben war. Die statutarischen Voraussetzungen der direkten Abstammung erfüllte die Antragstellerin nicht, weil ihre Mutter das Genossenrecht verloren hatte. Umstritten war, ob sie durch das Erfordernis der unmittelbaren Abstammung im Vergleich zu Altersgenossen diskriminiert wurde, deren Eltern noch im Genossenregister verzeichnet waren oder nach dem Stichtag noch verzeichnet werden konnten (BGE 134

I 257 E. 3.3). Das Bundesgericht hielt fest, der Aufnahme der Betroffenen in die Genossame stehe einzig der Umstand entgegen, dass ihre Mutter das Genossenrecht mit der Heirat verloren und nie mehr wieder erlangt habe oder nach den zu ihren Lebzeiten geltenden Verfassung und Rechtsanschauung hätte wieder erlangen können (BGE 134 I 257 E. 3.4.1). Es kam zum Schluss, dass es in diesem Fall um die Abfolge der Generationen gehe, die es zuweilen mit sich bringe, dass bestehende Rechte nicht ohne Weiteres und unbegrenzt übertragen würden. Könnten sie von einem Inhaber nicht weitergegeben werden, so gingen sie verloren, sofern der Gesetzgeber keine entsprechende Rückwirkung angeordnet und kein Eintrittsrecht des Nachkommen vorgesehen habe, wie dies beispielsweise im Erbrecht der Fall sei, oder die gesetzlichen Voraussetzungen zur Wiedererlangung untergegangener Rechte nicht erfüllt seien (vgl. Art. 8b SchIT ZGB; zum Ganzen: BGE 134 I 257 E. 3.4.2). Der Betroffenen fehlte also die notwendige unmittelbare Abstammung. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass eine unterschiedliche Behandlung von mittelbaren und unmittelbaren Nachkommen zulässig sei.

Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht auch in BGer 5A_429/2009 vom 26. August 2009, in dem es der Antragstellerin ebenfalls nicht gelang, gegenüber der Genossame Lachen eine unmittelbare Abstammung von einem Genossenbürger oder einer Genossenbürgerin nachzuweisen. Auch ihre 1988 verstorbene Mutter hatte das Genossenrecht durch Ausheiratung verloren und hätte es aufgrund der im massgebenden Zeitpunkt vom 14. Juni 1981 bzw. bis zu ihrem Tod geltenden Statuten nicht wiedererlangen können.

7.2.4 Die Korporation Unterägeri nahm BGer 5A_208/2012 vom 27. September 2012 betreffend die Korporation Zug zum Anlass einer Überarbeitung ihrer Statuten. Darin bestärkte das Bundesgericht gegenüber der Korporation Zug seine Haltung, dass anstelle des bisher geltenden, nicht verfassungskonformen Namensprinzips, das geschlechtsneutrale Abstammungsprinzip für Korporationsbürgerinnen und Korporationsbürger gelten solle.

7.2.5 Beachtenswert ist auch BGer 5A_164/2017 vom 29. Januar 2018, in welchem das Bundesgericht der Korporation Stans vorhält, sie blende aus, dass trotz des bereits am 14. Juni 1981 angenommenen Gleichstellungsartikels und insbesondere des einschlägigen Urteils (BGE 132 I 68) aus dem Jahre 2006 bisher keine genügende Anpassung der Korporationsregel vorgenommen worden sei, um die Diskriminierung der Korporationsbürgerinnen – worunter auch die Mutter des Betroffenen falle – zu beheben.

8.

8.1 Vorliegend bezieht sich die neue Regelung des Erwerbs des Genossenrechts in § 3 der Statuten nicht mehr auf die von der Rechtsprechung als nicht verfas-

sungskonform qualifizierten Voraussetzungen des Gemeindebürgerrechts und der Namensführung. Die Geschlechter (Namen) der Korporationsgenossen werden wohl in Ziff. 1 noch erwähnt, spielen jedoch in Ziff. 2 keine eigenständige Rolle mehr dabei, wer als Korporationsgenosse bzw. Korporationsgenossin aufzunehmen ist (vgl. E. 5.1). Neben dem Schweizer Bürgerrecht braucht es nach Ziff. 2 Bst. c und d für den Erwerb des Korporationsbürgerrechts allein den Nachweis der direkten Abstammung von einer Person, welche im von den Statuten vorgegebenen Zeitraum im Genossenregister der Beschwerdegegnerin 1 eingetragen war oder ist. Damit gilt neu das geschlechtsneutrale Abstammungsprinzip, was nicht zu bemängeln ist. Wie das Bundesgericht bereits in BGE 117 Ia 107 festgestellt hat, ist es unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass eine Korporation die Aufnahme in das Genossenrecht auf die Nachkommen und die Ehegatten von Korporationsmitgliedern beschränken will. Das Bundesgericht führte aus, vom Zweck der Korporation her, nämlich das Stammgut zu verwalten und aus dessen Ertrag das Nutzentreffnis an die Berechtigten auszurichten, stelle die Mitgliedschaft weitgehend ein Vermögensrecht dar. Für die Nachfolge in ein vermögensrechtliches Verhältnis könne daher ohne weiteres auf die verwandtschaftliche Beziehung abgestellt werden, dies in Analogie zum schweizerischen Erbrecht (BGE 117 Ia 107 E. 6b). Die Abstammung ist in Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung also ein zulässiges Kriterium zur Weitergabe des Genossenrechts bzw. für dessen Erwerb (vgl. auch vorne E. 7.2.2). Das Verwaltungsgericht ging im Urteil V 2013 53 vom 25. März 2014 gar davon aus, dass die Abstammung für die Aufnahme in eine Korporation letztlich das einzig massgebliche Kriterium darstellen kann, wobei sie durch die moderne Führung des Zivilstandsregisters leicht und insbesondere unabhängig von Bürgerrecht und Familiennamen festgestellt werden kann (BGE 132 I 68 E. 4.3.5, vgl. VGer ZG V 2013 53 vom 25. März 2014 E. 6).

Es ist weiter nicht ersichtlich, dass die neuen Statutenbestimmungen der Korporation Unterägeri zu einer direkten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führen würden, denn im Gegensatz zu den früheren Statuten knüpfen sie an keinerlei Kriterien an, die ein Geschlecht mehr betreffen würden als das andere. Die Voraussetzungen für den Erwerb des Genossenrechts sind damit für die Zukunft grundsätzlich geschlechtsneutral ausgestaltet.

8.2

8.2.1 Es stellt sich nun die Frage, ob die festgelegten, das Kriterium der direkten Abstammung zeitlich eingrenzenden Rahmenbedingungen (direkte Abstammung von einer am Stichtag des 1. Januars 2012, oder zwischen dem 1. Januar 2005 und 31. Dezember 2011 während mindestens 365 Tagen im Genossenregister eingetragenen Person) gerechtfertigt sind oder ob sie willkürlich sind und im Fall der Beschwerdeführerin einer Prüfung vor dem Hintergrund von Art. 8 BV nicht standhalten, weil sie zu einer indirekten Diskriminierung führen.

8.2.2 Der Regierungsrat hielt in seinem Entscheid fest, diese zeitliche Regelung durch die Statuten stelle eine zulässige Rückwirkung eines begünstigenden Erlasses dar, wobei kein Anspruch auf eine solche Rückwirkung bestehe. Er führt aus, es hätte der Beschwerdegegnerin 1 offen gestanden, keine Rückwirkung vorzusehen und das uneingeschränkte Abstammungsprinzip erst ab dem Inkrafttreten der Statuten zur Anwendung kommen zu lassen. Umso weniger bestehe ein Anspruch der Beschwerdeführerin darauf, dass die vorgesehene Rückwirkung weiter zurück erstreckt werde, als dies in den Statuten vorgesehen sei. Die getroffene Regelung bewirke, dass das mit der Statutenrevision eingeführte, in § 3 Ziff. 2 enthaltene uneingeschränkte Abstammungsprinzip auch vor dem Inkrafttreten der revidierten Statuten bis zu einem gewissen Zeitpunkt zurück zur Anwendung komme. Damit bliebe auch in Fällen der Ausheiratung unter den gegebenen Voraussetzungen ein Anspruch auf Wiederaufnahme bestehen (Beschluss des Regierungsrates vom 22. September 2020 E. 3). Diesen Standpunkt vertritt er auch im vorliegenden Verfahren.

Dem schloss sich die Beschwerdegegnerin 1 an. Sie verneint eine Diskriminierung und führt an, durch die neuen Statuten würde die vorbestehende rechtsungleiche Behandlung von Mann und Frau gemäss den alten Statuten für die Zukunft und rückwirkend beseitigt, was eine Begünstigung der Frauen sei. Die Beschwerdeführerin als Privatperson habe jedoch keinen Anspruch auf Rückwirkung des begünstigenden Erlasses. Selbst dann nicht, wenn die Anpassung des Erlasses aufgrund einer im Vorgängererlass enthaltenen Grundrechtsverletzung erfolgen musste. Ob und wie lange ein Erlass Rückwirkung entfalte, liege im freien Ermessen des Gesetzgebers.

8.2.3 Bei Personen, die sich im Zeitpunkt ihres Gesuchs nicht auf eine im Genossenregister eingetragene Person beziehen können, wird nach § 3 der Statuten darauf abgestellt, ob ein Elternteil am Stichtag des 1. Januar 2012 im Genossenregister eingetragen war (§ 3 Ziff. 2 Bst. c) oder ob sie direkt von einer Person abstammen, die zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2011 für mindestens 365 Tage im Genossenregister eingetragen war (§ 3 Ziff. 2 Bst. d). Es wird für die Aufnahme in die Korporation also an Tatsachen angeknüpft, die vor der zeitlichen Geltung der neuen Statutenbestimmung eingetreten sind, dies führt jedoch nicht zu einer eigentlichen Rückwirkung der Bestimmung selbst, sondern zu einer unechten Rückwirkung im Sinne einer Rückanknüpfung, erfolgt die mögliche Aufnahme doch nur für die Zukunft (vorne E. 6.3, vgl. auch zur sogenannten «Rückanknüpfung» BGE 144 I 81 E. 4.1 mit Hinweisen).

Aufgrund dieser Regelung greift das Abstammungsprinzip nur für Personen, die nicht nur nachweisen können, dass mindestens ein Elternteil Korporationsgenosse war, sondern zusätzlich auch, dass dieser mindestens bis zum 31. Dezember 2005 lebte und im Genossenregister eingetragen war. Dies führt – wie der Fall der Beschwerdeführerin zeigt – dazu, dass nach wie vor nicht alle noch lebenden direkten Nachkommen von Korporationsgenossen und -genossinnen das Genossenrecht er-

werben können. Neben der Abstammung ist neu der Todeszeitpunkt der Eltern und deren damit offensichtlich verbundenes Ausscheiden aus dem Genossenregister massgebendes Kriterium für den Erwerb des Genossenrechts.

Ziel der unter dem Druck der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der gewandelten Rechtsauffassung durchgeführten Statutenänderung der Beschwerdegegnerin musste eine Beseitigung der unter den alten Statuten bestehenden Diskriminierung mindestens für die Zukunft sein. Dafür ist die Einführung des unmittelbaren Abstammungsprinzip praxisgemäss das richtige Instrument (BGE 132 I 68 E. 4.3.5; vgl. BGer 5A_208/2012 vom 27. September 2012). Vorliegend wird dessen Wirkung durch die gesetzten zeitlichen Rahmenbedingungen jedoch in Bezug auf die Gleichstellung von Mann und Frau teilweise eingeschränkt. So können gerade ehemalige Korporationsgenossinnen, die ihr Genossenrecht infolge Heirat verloren haben, nach wie vor das Nachsehen gegenüber anderen, insbesondere männlichen, direkten Nachkommen von Korporationsgenossen ihrer Generation haben. Unter den bis 2017 geltenden – spätestens seit 2006 (BGE 132 I 68) nicht mehr verfassungskonformen – Statuten war es ihnen trotz ihrer Abstammung nicht ohne Weiteres möglich, wieder Korporationsgenossinnen zu werden, sofern sie das Gemeindebürgerrecht verloren hatten. Unter den neuen Statuten ist ihre Wiederaufnahme nun trotz ihrer Abstammung davon abhängig, wann ihre Eltern verstarben. Für männliche Korporationsgenossen, deren Namen und Bürgerrecht auch bei Heirat beständig blieb, sowie für Korporationsgenossinnen, die ledig blieben oder die das Genossenrecht bereits unter den alten Statutenbestimmungen wiedererlangen konnten, spielt der Todeszeitpunkt der Eltern hingegen keine Rolle. Damit trifft die zeitliche Beschränkung insbesondere Frauen einer bestimmten Generation, die bereits unter den alten Statuten durch nicht verfassungskonforme Bestimmungen diskriminiert wurden. Ein vernünftiger, sachlicher Grund für diese erneute Ungleichbehandlung der direkten Nachkommen untereinander für die Zukunft ist nicht erkennbar. Daran ändert, entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin 1 nichts, dass das Abstellen auf den Vorgang der „Ausheiratung“ selbst bis zur Annahme des Gleichstellungsartikels 1981 nicht per se verfassungswidrig war. Massgebend ist vielmehr, dass sich die Rechtsauffassung zur Gleichstellung der Geschlechter sowie die Statuten der Beschwerdegegnerin 1 zu Lebzeiten dieser Frauen so verändert haben, dass eine Heirat nicht mehr zum Verlust des Genossenrechts führen darf.

Dadurch, dass die neuen Statuten der Beschwerdegegnerin 1 eine Wiederaufnahme davon abhängig machen, wie lange der Elternteil, von welchem sich das Genossenrecht ableitet, lebte, ergibt sich zudem auch eine Ungleichbehandlung unter den noch lebenden „ausgeheirateten“ Korporationsgenossinnen, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt. Haben sie Glück und der Elternteil lebte bis mindestens zum 31. Dezember 2005, haben sie Anspruch auf eine Wiedereintragung, verstarb er vorher, haben sie das Nachsehen. Dies erscheint willkürlich. Gerade bei einer Person, die aufgrund ihrer Abstammung bereits einmal im Genossenregister eingetra-

gen war, erscheint es im Rahmen der Einführung des Abstammungsprinzips zudem willkürlich, wenn sie ihre Abstammung erneut nachweisen muss und die Akzeptanz des Nachweises zusätzlich vom Todeszeitpunkt der Person abhängig gemacht wird, von der sich das Genossenrecht in unmittelbarer Abstammung ableiten soll. Zumindest ist kein vernünftiger Grund erkennbar, der ein solches Vorgehen rechtfertigt.

Die zeitliche Einschränkung drängt sich auch nicht aufgrund ausserhalb des Rechts liegender Verhältnisse auf. So hilft es der Beschwerdegegnerin 1 nicht, wenn sie vorbringt, eine Anwendung des Abstammungsprinzips über Generationen zurück sei für sie nicht tragbar, zum einen wegen des damit verbundenen Administrativaufwands und zum anderen weil dies die Umsetzung des Korporationszwecks deutlich beeinträchtigen würde, da insbesondere die Baulandreserven nicht grösser würden, die sie für ihre Korporationsmitglieder verwalten und ihnen zur Nutzung zur Verfügung stellen müsse. Das Bestreben der Beschwerdegegnerin 1, möglichst viel von ihrer historischen Substanz und Tradition zu erhalten und ihre Vermögenswerte zu schützen, ist verständlich, dennoch sollten die neuen Statuten nicht nur verhindern, dass aus diesem Bestreben künftig neue Diskriminierungen entstehen, sondern auch dafür sorgen, dass bestehende Diskriminierungen nicht aufrecht erhalten bleiben. Mit der Einführung des Abstammungsprinzips geht eine gewisse, mehr oder weniger starke Öffnung der Korporation einher, was angesichts der Errungenschaften des heutigen Rechtsstaates und der betroffenen Rechtsgüter hinzunehmen ist. Vorliegend geht es denn auch nicht um eine Anwendung des Abstammungsprinzips über Generationen zurück, sondern um eine zeitlich uneingeschränkte Anwendung des Prinzips auf noch lebende, «ausgeheiratete» direkte Nachkommen von Korporationsgenossen und deren Wiederaufnahme für die Zukunft auf Gesuch hin. Dass bei Einführung einer entsprechenden Regelung mit einer Unmenge an Gesuchen und Folgegesuchen der Nachkommen der Wiederaufgenommenen zu rechnen wäre, legte die Beschwerdegegnerin 1 nicht substantiiert dar und ist auch nicht anzunehmen. Es wäre zudem durchaus zulässig, den Zeitraum für das Stellen entsprechender Gesuche im Rahmen des Übergangsrechts zu beschränken, wie es bereits anlässlich der jüngsten Statutenrevision gemacht wurde. Auch liesse sich der legitime Schutz der Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin 1 durch eine differenzierte Regelung des Anspruchs auf Vermögensleistungen bewerkstelligen (vgl. BGE 132 I 68 E. 4.3.5; VGer ZG V 2013 53 vom 25. März 2014)

8.2.4 Um dem vor mehr als 40 Jahren am 14. Juni 1981 angenommenen Gleichstellungsartikel und der seit dem Jahr 2006 (BGE 132 I 68) geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie der heutigen Rechtsanschauung Rechnung zu tragen und die unbestrittenermassen für Korporationsgenossinnen diskriminierenden Auswirkungen der früheren Statuten zu beheben, ist deshalb für die Wiederaufnahme von noch lebenden, ehemaligen Korporationsgenossinnen einzig darauf abzustellen, dass ihre direkte unmittelbare Abstammung bereits einmal nachgewiesen und akzeptiert war und daher unter dem neu geltenden Abstammungsprinzip für

die Zukunft ebenfalls als gegeben zu betrachten ist, soweit das Zivilstandsregister dem nicht widerspricht. Nur so wird die Ungleichbehandlung unter den direkten Nachkommen durch die früheren Statuten für die Zukunft behoben. Dies führt, entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin 1, nicht zu einer – neuen – Begünstigung der Frauen, sondern es wird vielmehr die frühere Schlechterstellung in Bezug auf ihre heutigen Auswirkungen korrigiert (vgl. BGE 138 II 217; Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, a.a.O., Art. 8 N 103).

Letztlich ist zu erwähnen, dass eine «ausgeheiratete» Frau gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung durchaus gute Chancen gehabt hätte, eine Wiederaufnahme in die Korporation Unterägeri unter den alten Statuten zu erstreiten (vgl. vorne E. 7.2). Es irritiert daher umso mehr, dass die neuen Statuten einigen von ihnen trotz eines Wiederaufnahmegesuchs eine solche verwehren.

8.3 Die Beschwerdegegnerin 1 bringt vor, die Beschwerdeführerin hätte das Bürgerrecht von Unterägeri im Jahr 1988 gestützt auf Art. 8b SchlT ZGB ohne grossen Aufwand wieder annehmen können, was richtig ist. Zu diesem Zeitpunkt hätte dies jedoch nicht genügt, um wieder in die Korporation aufgenommen zu werden. Die Statuten verlangten damals zusätzlich zum Gemeindebürgerrecht von Unterägeri, das Tragen eines Korporationsgeschlechts als Namen. Die Beschwerdeführerin hätte sich das Genossenrecht also auch bei einer Wiederannahme des Bürgerrechts noch gerichtlich erstreiten müssen, was ihr aus heutiger Sicht, mit Blick auf den später ergangenen BGE 117 Ia 107 aus dem Jahr 1991 wohl hätte gelingen können. Ihr heute aber aufgrund ihres damaligen Verhaltens einen mangelnden Willen, wieder Teil der Korporation zu werden, vorzuwerfen, ist bei dieser Ausgangslage stossend.

8.4 Die Beschwerdegegner 1 und 2 beziehen sich weiter auf BGE 134 I 257. Der dortige Sachverhalt unterscheidet sich allerdings in wesentlichen Punkten vom vorliegenden Fall. Anders als die Beschwerdeführerin war die Betroffene in BGE 134 I 257 selbst nie Korporationsgenossin und konnte auch keine direkte Abstammung von einem (verstorbenen) Korporationsmitglied nachweisen. Ihrer Aufnahme in die Genossame Lachen stand der Umstand entgegen, dass ihre 1970 verstorbene Mutter das Genossenbürgerrecht mit der Heirat verloren und nie mehr wiedererlangt hatte oder nach der zu ihren Lebzeiten geltenden Verfassung und Rechtsanschauung wieder hätte erlangen können (BGE 134 I 257 E. 3.4.1). Anders bei der Beschwerdeführerin, bei der nicht ihre Eltern des Genossenrechts verlustig gingen, sondern sie selbst. Das Genossenrecht ging also nicht durch die Abfolge von Generationen verloren. Wie oben ausgeführt, hat sich zudem die Rechtsanschauung zu Lebzeiten der Beschwerdeführerin so geändert, dass ihr heute eine Wiederaufnahme in die Korporation für die Zukunft unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit zu gewähren ist. Es geht um die künftige Gleichbehandlung von direkten bzw. unmittelbaren Nachkommen untereinander.

Letztlich ist vorliegend auch nicht die rückwirkende Anwendung des Abstammungsprinzips auf eine bereits verstorbene Person und deren rückwirkende Wiederaufnahme ins Genossenrecht Thema. Entsprechendes könnte von einer Korporation im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht verlangt werden, solange sie selbst eine solche Rückwirkung in den Statuten nicht explizit vorsieht. Vorliegend geht es um die Wiederaufnahme der Beschwerdeführerin selbst zu Lebzeiten, in Umsetzung des neu in den Statuten verankerten Abstammungsprinzips.

8.5 Nach dem Gesagten führen die neuen Statuten der Beschwerdegegnerin 1, obgleich formal geschlechtsneutral ausgestaltet, aufgrund der festgelegten zeitlichen Beschränkung des Abstammungsnachweises auf die Dauer des Genossenregistereintrags der Eltern, im Falle der Beschwerdeführerin zu einer indirekten Diskriminierung, für die es keine sachliche oder vernünftige Begründung gibt. Es rechtfertigt sich vorliegend daher, allein die unbestrittene Tatsache zu berücksichtigen, dass ihre Eltern beide Genossen der Korporation Unterägeri waren und sie bis zu ihrer Heirat 1980 aufgrund ihrer Abstammung bereits Korporationsgenossin gewesen war. In verfassungskonformer Umsetzung des Abstammungsprinzips ist ihr daher die Wiederaufnahme in das Genossenrecht zu gewähren. Der angefochtene Entscheid stellt somit eine Verletzung von Verfassungsrecht dar.

9. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Regierungsratsbeschluss vom 22. September 2020 ist aufzuheben und der verfassungswidrigen Statutenbestimmung ist – soweit sie für die Wiederaufnahme in die Korporation über die Abstammung hinaus zeitliche Anforderungen an den Genossenregistereintrag der unmittelbaren Vorfahren (Eltern) stellt – die Anwendung im konkreten Einzelfall zu versagen. Die Beschwerdeführerin, welche unstrittig von Korporationsgenossen abstammt, deren Genossenrecht gar bei Geburt auf sie übergegangen war, ist gestützt auf ihr Gesuch von 2018, rückwirkend auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, wieder in das Genossenrecht der Korporation Unterägeri aufzunehmen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. April 2022, V 2020 67

Das Urteil ist rechtskräftig.

Bestätigt durch BGer 5A_427/2022.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

II. Zivilrecht

1. Vertrags-, Gesellschaftsrecht und Covid-19-Kredit

1.1 Art. 2 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 COVID-19-SBüG

Regeste:

Die Rückzahlung von Darlehen von Gesellschaftern oder von nahestehenden Personen während der Dauer der Solidarbürgschaft ist gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b des COVID-19-SBüG ausgeschlossen. Das Risiko aus der Vergabe eines Darlehens hat beim Aktionär zu verbleiben. Die Schweizerische Eidgenossenschaft soll nicht für die Rückzahlung von Aktionärsdarlehen einstehen müssen. Die starken Beschränkungen während der Inanspruchnahme des COVID-Kredites haben auch zum Ziel, dass die Kreditnehmer den COVID-Kredit schnellstmöglich zurückzahlen, um sich von diesen Beschränkungen (Art. 2 Abs. 2 SBüG) auch wieder befreien zu können z. B. Aktionärsdarlehen zurückzahlen zu dürfen (E. 3.4).

Aus dem Sachverhalt:

1. Bei der Klägerin handelt es sich um ein internationales Öl- und Gasexplorations- und -produktionsunternehmen mit Sitz in Zug. Der Beklagte ist Aktionär der Klägerin.
2. Am 6. März 2020 unterzeichneten der Beklagte (als Darlehensgeber) und die Klägerin (als Darlehensnehmerin) einen Darlehensvertrag über den Betrag von CHF 45'000.-. Darin wurde eine Laufzeit bis zum 12. März 2020, ein Zinssatz von pauschal 1 % und ein zur Rückzahlung fälliger Betrag von insgesamt CHF 45'450.- vereinbart.
3. Ende März 2020 bezog die Klägerin einen COVID-19-Kredit über CHF 500'000.-. Dieser Kredit ist unbestrittenmassen noch nicht zurückbezahlt.
4. Mit Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 17. Dezember 2020 wurde dem Beklagten provisorische Rechtsöffnung für CHF 45'450.- nebst Zins zu 5% seit 13. März 2020 erteilt.
5. Mit Eingabe vom 19. Januar 2021 reichte die Klägerin beim Kantonsgericht Zug gegen den Beklagten eine Aberkennungsklage ein.

Zur Begründung führte sie aus, sie sei aufgrund der Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften infolge des Coronavirus vom 25. März 2020 [SR 951.261; nachfolgend COVID-19-SBüV] nicht berechtigt, dem Beklagten als Grossaktionär sein Darlehen zurückzuzahlen, solange der COVID-19-Kredit nicht zurückbezahlt worden sei. Gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b COVID-19-SBüV sei grundsätzlich die Refinanzierung von als Aktivdarlehen ausgestalteten Privat- und Ak-

tionärsdarlehen ausgeschlossen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus vom 18. Dezember 2020 [SR 951.26; nachfolgend COVID-19-SBüG] sei grundsätzlich die Rückzahlung von Darlehen von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern oder von nahestehenden Personen ausgeschlossen. Das Verbot gelte während der Dauer der Solidarbürgschaft umfassend, da die Mittel aus den COVID-19-Krediten von den übrigen Finanzen nicht abgesondert werden könnten. Vor diesem Hintergrund könne es auch keine Rolle spielen, ob das hier in Frage stehende Darlehen bereits vor der Inanspruchnahme des COVID-19-Kredits zur Rückzahlung fällig geworden sei. Massgebend sei, dass die Rückzahlung nicht mit den Mitteln des COVID-Kredites getätigt werden dürften. Genau dazu würde die Klägerin aber verpflichtet, würde der vorliegenden Betreuung resp. dem Rechtsöffnungsbegehren stattgegeben werden. Entsprechend sei das Darlehen am 2. Oktober 2020 zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls gestundet und nicht fällig gewesen.

6. In der Klageantwort vom 15. Februar 2021 schloss der Beklagte auf vollumfängliche und kostenfällige Abweisung der Klage.

Der Beklagte brachte im Wesentlichen vor, die Fälligkeit des Darlehens über CHF 45'000.– einschliesslich den Zinsen von CHF 450.– sei vor Aufnahme des COVID-Kredites eingetreten. Im Zeitpunkt der Betreuung und Zustellung des Zahlungsbefehls sei die Forderung des Beklagten längst zur Rückzahlung fällig gewesen. Von einer Stundung könne keine Rede sein. Die COVID-19-SBüV sei nicht mehr in Kraft. Art. 2 COVID-19-SBüG beinhalte eine Aufzählung über die unzulässige Verwendung der gewährten Mittel. Gemäss Art. 2 Abs. 3 COVID-19-SBüG werde hingegen das Erfüllen vorbestehender ordentlicher Zins- und Amortisationszahlungspflichten als explizit zulässig erachtet und von der Auflistung in Abs. 2 ausgenommen. Die Klägerin habe dem Beklagten daher das Darlehen über CHF 45'450.– nebst Zins zu 5 % seit 13. März 2020 zurückzuzahlen.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Es ist unbestritten, dass der Beklagte der Klägerin ein Darlehen von CHF 45'000.– gewährt hat und die Rückzahlung von CHF 45'450.– (inkl. Zinsen) bis 12. März 2020 vereinbart wurde. Es ist ebenfalls unbestritten, dass der Beklagte Aktionär ist. Strittig ist jedoch, ob diese Rückzahlung des Darlehens aufgrund des der Klägerin gewährten COVID-19-Kredites gestützt auf das COVID-19-SBüG gestundet ist. Die COVID-19-SBüV ist nicht mehr in Kraft (vgl. AS 2020 1077; Art. 25 Abs. 2 COVID-19-SBüV).

3.1 Im Aberkennungsprozess sind die Parteirollen insofern vertauscht, als der Schuldner Kläger und der Gläubiger Beklagter ist. Dies berührt jedoch die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB nicht. Der Gläubiger ist gehalten, seinen aufgrund der Schuldanerkennung glaubhaft erscheinenden Anspruch voll zu beweisen, wofür er – sofern er keine gesetzliche Vermutung anrufen kann – die volle Beweislast trägt. Andererseits muss der Kläger als Schuldner das Nichtbestehen oder die Nichtvollstreckbarkeit der vom Rechtsöffnungstitel festgestellten Schuld beweisen (BGE 131 III 268 = Pra 2006 Nr. 19 E. 3.1; Staehelin, Basler Kommentar, 3. A. 2021, Art. 83 SchKG N 55 mit Hinweisen).

3.2 Durch eine Stundung wird durch Vertrag, Gesetz oder Urteil nachträglich die Fälligkeit während einer bestimmten Frist aufgehoben bzw. aufgeschoben. Sie verhindert daher den Eintritt des Schuldnerverzugs und dessen Rechtsfolgen oder lässt den bereits eingetretenen Schuldnerverzug für die Dauer der Stundung entfallen. Der Schuldner trägt die Beweislast für die Behauptung, dass die Fälligkeit noch nicht eingetreten ist (Schroeter, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 75 OR N 16 und 21; vgl. für die Rechtsöffnung: Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 242 ff.).

3.3 Die Klägerin ist der Ansicht, es sei der Kreditnehmerin während der Dauer der Solidarbürgschaft untersagt, Darlehen von Gesellschaftern und somit auch bzw. gerade von Aktionären zurückzuzahlen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 COVID-19-SBüG dürften die Mittel aus dem COVID-19-Kredit nicht zur Umschuldung vorbestehender Kredite verwendet werden. Art. 2 Abs. 2 lit. b COVID-19-SBüG mache eben gerade keine Ausnahme für die ordentlichen Zins- und Amortisationszahlungspflichten bei Aktionärsdarlehen. Die allgemein gehaltene Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. b COVID-19-SBüG solle eben gerade keine Anwendung auf Aktionärsdarlehen finden. Auch unter dem COVID-19-SBüG sei es somit untersagt, dem Beklagten das Aktionärsdarlehen während der Dauer der Solidarbürgschaft zurückzuzahlen. Es könne heute nicht mehr gesagt werden, aus welchen Mitteln diese Darlehensrückzahlung erfolgen würde, da sich die wenigen Mittel, welche die Klägerin noch gehabt habe, und die Mittel aus dem COVID-19 Kredit sich vermischt hätten. Die Rückzahlung sei nicht zulässig, unabhängig vom Zeitpunkt, wann das Darlehen gewährt worden sei. Wenn die Rückzahlungen unter dem COVID-19-SBüG zulässig wären, dann hätten die Aktionäre kein Risiko. Sie würden das Geld aus dem COVID-Kredit erhalten. Die Schweizerische Eidgenossenschaft würde die Haftung übernehmen, was nicht sein könne.

Der Beklagte wendet dagegen ein, der Gesetzestext des COVID-19-SBüG beinhalte gegenüber der COVID-19-SBüV punktuelle Präzisierungen. Die Botschaft zum Gesetzestext des COVID-19-SBüG führe aus, dass ordentliche, vertragliche Amortisationen und Zinszahlungen für vorbestehende Kredite und die Erfüllung für vorbestehende Verpflichtungen zur Gewährung eines Darlehens unter einem bereits vor der Aufnahme eines COVID-19 Kredites abgeschlossenen Kreditvertrags zulässig seien.

Art. 2 Abs. 2 lit. b COVID-19-SBüG komme vielmehr auf Sachverhalte zur Anwendung, in denen die Gesellschaft mit einem Gesellschafter einen neuen Darlehensvertrag eingegangen sei, was einen Liquiditäts- oder Vermögenswertabfluss zur Folge habe. Das COVID-19-SBüG sei darauf ausgelegt, Situationen zu regeln, die nach der Kreditvergabe eintreffen würden. Da das Darlehen bereits vor Aufnahme des COVID-19-Kredits – welcher erst Ende März 2020 beantragt worden sei – fällig gewesen sei, sei die vorliegende Situation grundsätzlich nicht Regelungsgegenstand dieses Gesetzes.

3.4 Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b des COVID-19-SBüG ist die Rückzahlung von Darlehen von Gesellschaftern oder von nahestehenden Personen während der Dauer der Solidarbürgschaft ausgeschlossen. Gemäss Botschaft verbietet lit. b ab Erhalt des COVID-19-Kredits die Rückzahlung von Darlehen von Gesellschaftern (z. B. Aktionäre, Gesellschafter einer GmbH und Genossenschaftlern) oder von nahestehenden Personen (BBL 2020 S. 8501). Somit umfasst Art. 2 Abs. 2 lit. b COVID-19-SBüG auch Darlehen von Aktionären, unabhängig davon, wann diese Darlehen gewährt wurden. Auch Art. 6 Abs. 3 lit. d der COVID-19-SBüV verbot einer Gesellschaft während der Laufzeit des Kredits, der im Rahmen der Verordnung gewährt wurde, jegliche Privat- und Aktionärsdarlehen zurückzubezahlen (WalderWyss Rechtsanwälte, Kredite mit Bundesgarantie zur Erhaltung der Liquidität schweizerischer Unternehmen in der COVID-Krise). Wäre die Rückzahlung von Aktionärsdarlehen während der Solidarbürgschaft zulässig, könnte dies zu einer Umschuldung vorbestehender Kredite führen, was gemäss Art. 2 Abs. 3 COVID-19-SBüG nicht zulässig ist. Die Mittel aus dem

COVID-Kredit vermischen sich mit den übrigen Finanzen und können nicht abgesondert werden. Die starken Beschränkungen während der Inanspruchnahme des COVID-Kredites haben auch zum Ziel, dass die Kreditnehmer den COVID-Kredit schnellstmöglich zurückzahlen, um sich von diesen Beschränkungen (Art. 2 Abs. 2 SBüG) auch wieder befreien zu können und z. B. Aktionärsdarlehen zurückzahlen zu dürfen (WalderWyss Rechtsanwälte, a.a.O., S. 15 Ziff. 6). Wie die Klägerin zu Recht ausführt, kann es nicht sein, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft letztlich für die Rückzahlung von Aktionärsdarlehen einstehen muss, nachdem sie einen COVID-Kredit vergeben hat. Vielmehr hat das Risiko aus der Vergabe eines Darlehens beim Aktionär zu verbleiben. Zwar sieht Art. 3 lit. b COVID-19-SBüG vor, dass das Erfüllen vorbestehender ordentlicher Zins- und Amortisationszahlungspflichten zulässig ist. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um die gesamte Rückzahlung des gewährten Darlehens, und nicht um die erwähnte Erfüllung. Bei einer missbräuchlichen Verwendung der COVID-Kreditmittel ist mit Haftungsfolgen und Bussen zu rechnen (Art. 22 und 25 COVID-19-SBüG). Es ist der Klägerin damit unter Strafandrohung untersagt, während der Inanspruchnahme des COVID-19-Kredites das Aktionärsdarlehen an den Beklagten zurückzubezahlen.

3.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Forderung des Beklagten, für

welche provisorische Rechtsöffnung im Betrag von CHF 45'450.- nebst Zins zu 5 % seit 13. März 2020 erteilt worden ist, zurzeit nicht durchgesetzt werden kann, d.h. aufgrund der Inanspruchnahme des COVID-19-Kredites der Klägerin gestundet ist.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 24. Januar 2022 A3 2021 2

2. Familienrecht

2.1 Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB

Regeste:

Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes ins Ausland bei fehlender Zustimmung eines Elternteils. Prüfung des geeigneten Aufenthaltsortes des Kindes anhand des Kindeswohls ausgehend vom Wegzug des einen Elternteils ins Ausland. Kriterien für diese Prüfung; Betreuungskonzept als Ausgangspunkt (E. 3.4).

Aus den Erwägungen:

3. Die Gesuchstellerin beantragt die alleinige Obhut für das gemeinsame Kind A. Der Gesuchsgegner beantragt für A. die alternierende Obhut sowie eventualiter die alleinige Obhut. Die Gesuchstellerin beantragt zudem, es sei ihr und dem Kind A. zu bewilligen, ihren Aufenthaltsort nach E. zu verlegen. Der Gesuchsgegner beantragt die Abweisung dieses Begehrens.

(...)

3.3 Die elterliche Sorge umschliesst das Recht mit ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland verlegen, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts bzw. der Kindesschutzbehörde (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Wenn die Eltern eines minderjährigen Kindes (noch) miteinander verheiratet sind und ein Scheidungsverfahren (noch) nicht rechtshängig ist, ist das Eheschutzgericht im summarischen Verfahren für die Erteilung oder Verweigerung der Wegzugsbewilligung nach Art. 301a Abs. 2 ZGB zuständig (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Weiter gilt es festzuhalten, dass für die Frage, ob der Wegzug zu bewilligen ist, die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Der Richter hat somit den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und ist nicht an die Begehren der Parteien gebunden. Das Gericht ist verpflichtet, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien zu erheben. Das Gericht hat alle rechtserheblichen Umstände zu berücksichtigen, die sich im Laufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug nehmen. Die Pflicht der Behörde, den Sachver-

halt zu erforschen, entbindet die Beteiligten indessen nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken (sog. Mitwirkungspflicht). Sie müssen das Gericht über den Sachverhalt orientieren und ihm die verfügbaren Beweismittel nennen (Urteil des Bundesgerichts 5A_242/2019 vom 27. September 2019 E. 3.2.1).

3.4 Das Bundesgericht hat sich in BGE 142 III 481 E. 2.5 ff. und BGE 142 III 498 E. 4.4 ff. dazu geäußert, nach welchen Grundsätzen die Frage der Wegzugsbewilligung durch das Gericht oder die zuständige Behörde zu entscheiden ist. Die bundesgerichtliche Kernerwägung geht dahin, die Niederlassungs- bzw. die Bewegungsfreiheit der Elternteile zu respektieren. Dementsprechend lautet die vom Gericht zu beantwortende Frage nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden; die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegzugswilligen Elternteil geht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, was allenfalls eine Umteilung der Obhut impliziert. Die Antwort auf die genannte Frage hat sich nicht an der Interventionsschwelle der Kindesgefährdung, sondern an der Maxime des Kindeswohls auszurichten und sie kann weder losgelöst vom bisher gelebten noch losgelöst vom zukünftig zur Debatte stehenden Betreuungsmodell gefunden werden. Faktisch bildet das bisher gelebte Betreuungsmodell den Ausgangspunkt der Überlegungen. Sind die Kinder bislang von beiden Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden (geteilte bzw. alternierende Obhut) und sind beide Teile weiterhin willens und in der Lage, persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes für das Wohl der Kinder zu sorgen, so ist die Ausgangslage gewissermassen neutral. Diesfalls ist anhand weiterer Kriterien (wie familiäres und wirtschaftliches Umfeld, Stabilität der Verhältnisse, Sprache und Schulung, gesundheitliche Bedürfnisse, Meinungsäußerung älterer Kinder) zu eruieren, welche Lösung im besten Interesse des Kindes liegt. War hingegen der wegzugswillige Elternteil nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept ganz oder überwiegend die Bezugsperson (namentlich beim klassischen Besuchsrechtsmodell), wird es tendenziell zum besseren Wohl der Kinder sein, wenn sie bei diesem verbleiben und folglich mit ihm wegziehen. Die für einen Verbleib der Kinder in der Schweiz notwendige Umteilung an den anderen Elternteil – welche ohnehin voraussetzt, dass dieser fähig und bereit ist, die Kinder bei sich aufzunehmen und für eine angemessene Betreuung zu sorgen – bedarf jedenfalls der sorgfältigen Prüfung, ob sie tatsächlich dem Kindeswohl entspricht. Dabei kommt es wiederum auf die Umstände des Einzelfalles an. Sind die Kinder noch klein und dementsprechend mehr personen- denn umgebungsbezogen, ist eine Umteilung an den zurückbleibenden Elternteil angesichts des Grundsatzes der Betreuungs- und Erziehungskontinuität nicht leichthin vorzunehmen. Hingegen werden bei älteren Kindern zunehmend die Wohn- und Schulumgebung sowie der sich ausbildende Freundeskreis wichtig und vielleicht haben sie schon eine Lehrstelle in Aussicht; hier könnte eine Umplatzierung zum anderen Elternteil – soweit diese

möglich ist –, dem Kindeswohl unter Umständen besser dienen. Zu beachten sind auch alle weiteren Facetten der konkreten Situation. Beispielsweise ist es für ein Kind nicht dasselbe, ob es bereits bislang zweisprachig aufgewachsen ist oder ob es neu in einer ihm fremden Sprache beschult würde, und es ist mit Blick auf die Stabilität der Verhältnisse auch nicht dasselbe, ob beispielsweise der auswanderungswillige Elternteil in sein Heimatland bzw. in den angestammten Familienkreis (dem Kind bereits vertraute Grosseltern, Onkeln und Tanten etc.) zurückkehrt bzw. zu einem neuen Partner in ein wirtschaftlich und sozial abgesichertes Umfeld zieht oder ob es beispielsweise um Gewinnung von Abstand bzw. um Abenteuerlust und eine Lebensführung mit weitgehend offener Perspektive geht. Schliesslich wird bei älteren Kindern massgeblich auch auf die bei ihrer Anhörung geäusserten Wünsche und Vorstellungen abzustellen sein, soweit sich diese mit den konkreten Begebenheiten (tatsächliche Aufnahme- und Betreuungsmöglichkeiten des betreffenden Elternteils) vereinbaren lassen.

3.5 Nachfolgend ist anhand der oben dargelegten Kriterien zu eruieren, ob der Gesuchstellerin der Umzug nach E. zusammen mit dem Kind A. zu bewilligen ist.

3.5.1 Wie bereits ausgeführt, ist nicht nach den Motiven für den elterlichen Wegzug zu forschen, sondern es ist von diesem als Prämisse auszugehen. Einzig wenn ein Elternteil offensichtlich nur deshalb umziehen würde, um das Kind dem anderen Teil zu entfremden, können Motive indirekt relevant werden, indem nämlich diesfalls die Bindungstoleranz des betreffenden Elternteils in Frage gestellt wäre mit der Folge, dass aus diesem Grund eine Umteilung der Obhut zu prüfen wäre (Urteil des Bundesgerichts 5A_397/2018 vom 16. August 2018 E. 4.3.2; BGE 142 III 481 E. 2.7). Da die Gesuchstellerin in ihre Heimat nach E. in die Nähe ihres Familienkreises zurückkehren möchte, hat sie für ihren Umzugswunsch nachvollziehbare Gründe. Wie sie geltend macht, fühle sie sich in der Schweiz nicht zugehörig und in E. aus finanzieller und sozialer Perspektive sicherer. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gesuchstellerin liegt deshalb nicht vor (vgl. dazu BGE 142 III 481 E. 2.7).

3.5.2 Das bisher gelebte Betreuungsmodell stellt das wichtigste Kriterium dar für die Frage, ob der Gesuchstellerin der Umzug mit A. nach E. zu bewilligen ist. Wie die Parteien übereinstimmend vortragen, betreut der Gesuchsgegner A. jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend sowie jeweils am Mittwochabend. Diese Betreuungsregelung leben die Parteien seit Mai 2021. Allerdings macht der Gesuchsgegner geltend, er sei bis zur Trennung hauptsächlich für die Kinderbetreuung zuständig gewesen. Der Gesuchsgegner hat sich jedoch nach der Geburt von A. im April 2017 nur während dreier Monate von November 2017 bis und mit Januar 2018 an drei Tagen um A. gekümmert. Seither wird A. an vier bis fünf Tagen von Tagesmüttern betreut. Es trifft deshalb nicht zu, dass sich der Gesuchsgegner bis zur Trennung am 1. Dezember 2019 hauptsächlich um die Kinderbetreuung gesorgt hat. Da A. seit 2018 zu einem grossen Teil fremdbetreut wird, kann zwar nicht

gesagt werden, wer sich während des ehelichen Zusammenlebens mehrheitlich um A. gekümmert hat. Allerdings war der Gesuchsgegner nach der Trennung damit einverstanden, dass die Gesuchstellerin zusammen mit A. nach U. umzieht. Er hat dies damals unterschriftlich bestätigt. Auch wenn er seine Zustimmung heute in Abrede stellt, ist festzuhalten, dass sich die Gesuchstellerin seit der Trennung trotz ihres Arbeitspensums und der erforderlichen Drittbetreuung zu einem grösseren Teil um A. gekümmert hat. Dies bestätigt auch das seit Mai 2021 gelebte Betreuungsmodell. Dass der Gesuchsgegner krankheitsbedingt nicht im Stande war, für die Betreuung des Kindes zu sorgen, ändert an diesen Gegebenheiten nichts. Es mag zwar sein, dass der Wegzug nach U. für den Gesuchsgegner den Kontakt zu A. erschwert hat, weil die Fahrt zwischen den beiden Wohnorten mit den öffentlichen Verkehrsmitteln umständlich ist. Dass sich der Gesuchsgegner aber aktiv darum bemüht hat, mehr Zeit mit A. verbringen zu können, trägt er nicht vor. Es kann deshalb auch nicht gesagt werden, der Gesuchsgegner sei in der Vergangenheit die Hauptbetreuungsperson von A. gewesen. Vielmehr ist es so, dass der Gesuchsgegner von Frühjahr 2018 für rund eineinhalb Jahre mit dem Aufbau eines eigenen Geschäfts beschäftigt war. Dies war denn auch der Grund, warum die Parteien für A. eine Drittbetreuung organisiert haben. Zwar ruht diese Tätigkeit seit Ende 2020, nachdem der Gesuchsgegner mit diesem Geschäft im Jahr 2020 Verluste eingefahren hat. Seit Januar 2021 ist der Gesuchsgegner aber für ein Start-Up Unternehmen im Anstellungsverhältnis tätig. Mithin ist festzuhalten, dass A. seit der Trennung der Parteien überwiegend von der Gesuchstellerin betreut wird.

Ferner ist A. gerade mal fünf Jahre alt und damit mehr personen- als umgebungsbezogen. In ihrem Alter lässt sich nicht von einer gefestigten Umgebungsverbundenheit und einem Freundeskreis bzw. sozialem Umfeld sprechen (vgl. BGE 142 III 498 E. 4.5, worin das Bundesgericht mit Bezug auf ein knapp siebenjähriges Mädchen festgehalten hat, dieses sei «tendenziell noch personenorientiert»). Mithin ist die Bewilligung des Umzugs nach E. auch aus Gründen der Betreuungs- und Erziehungskontinuität angezeigt. Die Gesuchstellerin dürfte zudem auch in Zukunft in der Lage sein, A. zu betreuen. Beruflich wird sich bei der Gesuchstellerin nämlich nicht viel verändern. Sie kann ihre Arbeitsstelle behalten und in E. in der gleichen Position für das gleiche Unternehmen tätig sein. Zudem ist auch der Gesuchsgegner arbeitstätig. Im Gegensatz zur Gesuchstellerin hat er aber in der Schweiz keine Familie, die ihn bei der Kinderbetreuung unterstützen könnte. In E. hat die Gesuchstellerin ihre Eltern und Grosseltern, die ihr bei der Betreuung von A. helfen können. Dies haben sie in der Vergangenheit auch schon getan. Auch wenn der Gesuchsgegner seine Tochter nicht so regelmässig sieht, wie er das gerne hätte, so sprechen auch die zukünftigen Betreuungsmöglichkeiten für den Wegzug von A. nach E.

3.5.3 Zudem ist das familiäre Umfeld in E. grösser als hier in der Schweiz. Beide Parteien sind in der Schweiz auf sich alleine gestellt. In E. leben sowohl die Angehörigen der Gesuchstellerin als auch die Familie des Gesuchsgegners. Wie die

Gesuchstellerin ausführt, leben ihre Eltern in D., rund vier Autostunden von E. entfernt, seien aber regelmässig in E., wo der Rest der Familie lebe, also ihre Grosseltern, Onkel, Tanten und ihr Bruder. Zudem arbeite ihr Vater auch in E. und sei jede zweite Woche dort. Da die Gesuchstellerin zudem trotz Wegzug ihre Arbeitsstelle behalten kann, hat sie nebst dem familiären Rückhalt auch ein stabiles Einkommen. Mithin ist das wirtschaftliche Umfeld in E. und der Schweiz etwa gleich zu gewichten. Es ist auch nicht so, dass die Gesuchstellerin ins Nichts wegzieht. Soweit der Gesuchsgegner Bedenken wegen der Gesundheit der gemeinsamen Tochter äussert, ist er darauf hinzuweisen, dass auch in E. die nötige medizinische Versorgung gewährt werden kann. So wurde A. zu Beginn bereits in E. behandelt. Die Krankheit von A. steht dem Wegzug nach E. deshalb nicht im Weg.

3.5.4 Die Gesuchstellerin plant zudem ihren Wegzug vor Beginn des Schuljahres, welches in E. im September beginnt. Demzufolge würde A., die noch im Kindergarten ist, im neuen Schuljahr in E. eingeschult werden oder ein zweites Jahr den Kindergarten besuchen. Kommt hinzu, dass A. aufgrund ihrer Zweisprachigkeit vergleichsweise wenig Mühe damit haben dürfte, sich in E. einzuleben und es auch in E. gute Schulen gibt. Selbst wenn die Qualität der schulischen Ausbildung in der Schweiz besser sein sollte als in E. und die Kinder in der Schweiz angeblich viel besser von Lehrpersonen betreut werden, wie es der Gesuchsgegner geltend macht, darf nicht vernachlässigt werden, dass A. aufgrund von sprachlichen Barrieren ihrer Eltern möglicherweise auch in der Schweiz auf schulische Unterstützung angewiesen wäre. Davon geht offenbar auch der Gesuchsgegner aus, da er geltend macht, es gäbe in der Schweiz Angebote für die schulische Unterstützung und eine grosse Expat-Community in Z. und W. Die Kinder würden davon profitieren und hätten die Möglichkeit, mehrere Sprachen zu lernen. Ausserdem dürfte es auch in E. schulische Unterstützungsangebote geben. Mithin spricht auch das schulische und soziale Umfeld nicht gegen einen Wegzug nach E. Vielmehr dürfte die Obhut-zuteilung an den zurückbleibenden Gesuchsgegner und damit der «Verlust» der sie hauptbetreuenden Mutter für die fünfjährige A. schwerer wiegen, als sich in einem neuen sozialen und schulischen Umfeld einleben zu müssen.

3.5.5 Nach dem Gesagten ist das Wohl von A. besser gewahrt, wenn sie bei der Gesuchstellerin bleibt. Der Gesuchstellerin ist daher der Umzug zusammen mit A. nach E. zu bewilligen. Unter diesen Umständen ist der Gesuchstellerin die alleinige Obhut über A. zuzuteilen. Die elterliche Obhut beinhaltet die Befugnis, mit dem Kind zusammen zu wohnen. Es muss deshalb im Fall von alleiniger Obhut nicht noch zusätzlich festgestellt werden, dass sich der Wohnsitz des Kindes bei der Mutter befindet. Das Begehren des Gesuchsgegners auf Anordnung der alternierenden Obhut sowie eventualiter auf Zuteilung der alleinigen Obhut über A. an ihn ist mithin abzuweisen.

Entscheidung der Einzelrichterin des Kantonsgerichts Zug vom 15. Juni 2022 ES 2021 576

2.2 Art. 173 und Art. 176 ZGB – Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts bzw. des Getrenntlebens

Regeste:

Ein Unterhaltsbeitrag gemäss Art. 176 ZGB, der auch eine Überschussbeteiligung umfasst, wird regelmässig erst dann zugesprochen, wenn ein Ehegatte aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen ist. Ausnahmefälle liegen dann vor, wenn die wirtschaftliche Entflechtung trotz gemeinsamer Wohnung bereits derart fortgeschritten ist, dass tatsächlich von zwei Haushalten im Sinne von zwei separaten wirtschaftlichen Einheiten innerhalb derselben Wohnung gesprochen werden muss. Bis dahin wird der Unterhaltsbeitrag nach den Grundsätzen von Art. 173 ZGB bemessen. Keine Rolle spielt dabei, wann die Ehegatten als Paar emotional miteinander gebrochen haben (E. 5.4.1-5.4.8). Vorliegend gingen beide Ehegatten von einer definitiven Trennung aus. Sie lebten zwar noch gemeinsam mit den beiden Söhnen in derselben Wohnung, gingen sich aber nach Möglichkeit aus dem Weg. Sie bezahlten jedoch die regelmässigen Fixkosten ab einem gemeinsamen Konto und verstanden sich nach wie vor als wirtschaftliche Gemeinschaft. Der Ehegattenunterhalt war daher bis zum Auszug des Ehemannes nach Art. 173 ZGB zu bemessen (E. 5.4.9-5.5).

Aus den Erwägungen:

5.4 Demgegenüber rügt der Gesuchsgegner, die ihm zugesprochenen Unterhaltsbeiträge für die Dauer bis zu seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung seien zu tief. Zur Begründung macht er zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass Art. 173 ZGB nur dann anwendbar sei, wenn die Eheleute zusammenlebten, d.h. in einer umfassenden Lebensgemeinschaft verbunden seien. Vorliegend sei jedoch Art. 176 ZGB anzuwenden, da die Parteien in der ehelichen Wohnung faktisch getrennt gelebt hätten, was die Gesuchstellerin an der Parteibefragung ebenfalls bestätigt habe. Entsprechend habe er entgegen der Ansicht der Vorinstanz Anspruch auf einen hälftigen Anteil am Überschuss der Gesuchstellerin. Auf diese Weise resultiere ein Unterhaltsbeitrag von CHF 5'454.00. Auch die Gesuchstellerin hält dafür, dass vorliegend Art. 176 ZGB anwendbar sei.

5.4.1 Auf Begehren eines Ehegatten setzt das Gericht die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie fest (Art. 173 Abs. 1 ZGB). Heben die Ehegatten ihren gemeinsamen Haushalt auf und ist die Aufhebung begründet, so muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und den Unterhaltsbeitrag an den Ehegatten festlegen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Der Unterschied zwischen Geldbeiträgen im Sinne von Art. 173 ZGB und ehelichen Unterhaltsbeiträ-

gen im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB liegt im Wesentlichen in den unterschiedlichen Berechnungsmethoden, die angewandt werden. Zwar richtet sich der finanzielle Unterhaltsanspruch grundsätzlich in beiden Fällen nach Art. 163 ZGB (Fankhauser, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A. 2018, Art. 163 ZGB N 2; Brunner, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A. 2010, N 04.03). Indessen haben sich in der Lehre und Praxis für die beiden verschiedenen Arten des Unterhalts verschiedene Berechnungsmethoden herausgebildet. Während der Geldbeitrag, zu dem ein Ehegatte gestützt auf Art. 173 ZGB verpflichtet werden kann, maximal 100% der tatsächlichen Lebenshaltungskosten entspricht (allenfalls zuzüglich eines Freibetrags zugunsten des haushaltsführenden Ehegatten bei ungleicher Aufgabenverteilung), wird gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB eine zweistufige Unterhaltsberechnung mit Überschussverteilung durchgeführt (Isenring/Kessler, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 173 ZGB N 7; Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 173 ZGB N 21 und N 25 ff.; BGE 140 III 337 E. 4.2.2, vgl. auch Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 9. März 2021). Dies hat zur Folge, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte im letzteren Fall auch an einem allfälligen Überschuss des unterhaltspflichtigen Ehegatten partizipiert. Um zu beurteilen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Art. 176 Abs. 1 ZGB auch auf Ehepaare anwendbar ist, die trotz Trennung – verstanden als Auflösung der Paarbeziehung – noch dieselbe Wohnung bewohnen, ist primär Art. 176 ZGB auszulegen. Dass Art. 173 Abs. 1 ZGB anwendbar wäre, wenn kein «Getrenntleben» im Sinne von Art. 176 ZGB vorliegt, ist unstrittig.

5.4.2 Massgebend für jede Auslegung ist in erster Linie der Wortlaut der fraglichen Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck der Norm, auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Die Auslegung darf vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Entscheidend ist danach nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist (BGE 140 III 289 E. 2.1 m.H.).

5.4.3 Art. 176 Abs. 1 ZGB lautet wörtlich wie folgt: «Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten: 1. die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und den Unterhaltsbeitrag an den Ehegatten festlegen; [. . .]». Wörtlich ist in dieser Bestimmung die «Aufhebung des gemein-

samen Haushaltes» das entscheidende Kriterium für die Zusprache von Unterhaltsbeiträgen und nicht etwa bereits die (subjektiv entschiedene) Trennung.

«Haushalt» bezeichnet gemäss Duden die Wirtschaftsführung mehrerer zusammenlebender Personen (bzw. einer einzelnen Person); alternativ die zu einem Haushalt gehörende Personengruppe oder – für den vorliegenden Fall nicht relevant – die Einnahmen und Ausgaben einer Stadt, eines Staates etc. Als Synonyme bezeichnet der Duden Etat, Finanzen, Finanzplan und Staatshaushalt (<<https://www.duden.de/rechtschreibung/Haushalt>>). Die Bezeichnung hat mithin eine stark wirtschaftlich geprägte Bedeutung. Der Fokus liegt auf der wirtschaftlichen Einheit, die die Hausgemeinschaft im Regelfall bildet. Daraus folgt, dass bei einer grammatikalischen Auslegung von Art. 176 ZGB zu verlangen ist, dass die Ehegatten ihren gemeinsamen Haushalt, d.h. ihre gemeinsame Wirtschaftsführung, aufgehoben haben, damit der eheliche Unterhalt gestützt auf Art. 176 ZGB zugesprochen werden kann. Sie müssen also ihre gemeinsame Wirtschaftsführung bereits vollständig oder zumindest weitestgehend entflochten haben. Dies ist nicht zwingend davon abhängig, dass die Ehegatten verschiedene Wohnungen beziehen. Indessen ist im Sinne einer natürlichen Vermutung davon auszugehen, dass Ehegatten, die (vorübergehend) nach einer Trennung noch gemeinsam in derselben Wohnung leben, in der Regel weiterhin eine gemeinsame Rechnung führen. Dies einerseits, weil sie in den meisten Fällen bereits über eine gut eingespielte interne Regelung, wie die Kosten des täglichen Bedarfs beglichen werden, verfügen; andererseits aber auch, weil sie einen Grossteil der Fixkosten (insbes. Mietzins, Lebensmittel, Verbrauchsmaterial im Haushalt, Telefon/Internet, Serafe-Gebühr, etc.) faktisch weiterhin teilen und eine trennscharfe Entflechtung gar nicht von einem Tag auf den anderen vollzogen werden kann. Dies ist umso mehr der Fall, wenn die Ehegatten Kinder haben, weil sich gerade die Kinderkosten bei einer von allen Familienmitgliedern gemeinsam bewohnten Wohnung oftmals nicht klar einem Ehegatten zuordnen lassen. Ob die Ehegatten sich noch als Paar verstehen oder nicht und ob sie für ihre Beziehung noch eine Zukunft sehen oder bereits auf eine Scheidung hinwirken, ist nach grammatikalischer Auslegung hingegen nicht von Belang für die Frage, ob der Unterhalt nach Art. 173 Abs. 1 oder nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB festzusetzen ist.

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes müsste zudem «begründet» sein. Diese Formulierung bezieht sich auf die Bestimmung in Art. 175 ZGB, worin die Gründe aufgeführt sind, die einen Ehegatten zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigen. Diese Bestimmung hat jedoch nach geltendem Recht kein Gewicht mehr, da heute – anders als noch in den 1970er- und 1980er-Jahren (vgl. nachfolgend E. 5.4.5) – nicht mehr umstritten ist, dass ein Ehepaar den gemeinsamen Haushalt jederzeit in gegenseitigem Einvernehmen oder auch auf einseitigen Entschluss hin aufheben kann, ohne deswegen irgendwelche rechtlichen Nachteile befürchten zu müssen (vgl. Fankhauser, a.a.O., Art. 176 ZGB N 2; Schwander, Basler Kommen-

tar, 6. A. 2018, Art. 175 ZGB N 3; Six, a.a.O., N 2.01 m.H.; Urteil des Bundesgerichts 5P.47/2005 vom 23. März 2005 E. 2.2).

5.4.4 Die systematische Auslegung von Art. 176 Abs. 1 ZGB bringt für die vorliegend interessierende Frage keinen Erkenntnisgewinn. Sowohl Art. 173 als auch Art. 176 ZGB stehen unter dem fünften Titel (Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen) und darin im Abschnitt K (Schutz der ehelichen Gemeinschaft). Dieser Abschnitt enthält wiederum in den Marginalien zwei Titel: I. Beratungsstellen – unter dem nur der hier nicht interessierende Art. 171 ZGB steht – und II. Gerichtliche Massnahmen, wo sowohl Art. 173 als auch Art. 176 ZGB zu finden sind. Art. 173 ZGB (Marginalie: a. Geldleistungen) steht innerhalb dieses Titels unter «2. Während des Zusammenlebens». Der ihm vorangehende Art. 172 ZGB befasst sich mit den Grundsätzen des gerichtlichen Eingreifens in die eheliche Gemeinschaft (Marginalie: 1. Im allgemeinen). Der unmittelbar auf Art. 173 ZGB folgende Art. 174 ZGB steht ebenfalls unter «2. Während des Zusammenlebens» und trägt die Marginalie «b. Entzug der Vertretungsbefugnis». Art. 176 ZGB (Marginalie: b. Regelung des Getrenntlebens) steht unter «3. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes». Der unmittelbar davor unter demselben Titel stehende Art. 175 ZGB trägt die Marginalie «a. Gründe». Aus dieser Systematik ergibt sich, dass Art. 173 ZGB die gerichtlichen Massnahmen während des Zusammenlebens regeln soll, während Art. 176 ZGB die gesetzliche Grundlage für die (gerichtliche) Regelung des Getrenntlebens bildet, wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben worden ist. Darüber, wann von einem «Zusammenleben» und wann von einer «Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes» bzw. von einem «Getrenntleben» auszugehen ist, gibt sie hingegen keinen Aufschluss.

5.4.5 Für die historische Auslegung ist die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979 beizuziehen. Diese enthält jedoch ebenfalls keine Hinweise, unter welchen Voraussetzungen ein Haushalt nach Auffassung des Gesetzgebers als aufgehoben gelten sollte. Zur Frage des gemeinsamen Haushalts (bzw. zur Aufhebung desselben) wurde lediglich festgehalten, dass die Ehegatten verpflichtet seien, einen gemeinsamen Haushalt zu führen, wobei es ihnen freistehe, wie sie dies täten. Weigere sich ein Ehegatte ohne triftigen Grund, so verletze er seine Ehepflicht, könne aber in Zukunft so wenig wie zuvor daran gehindert werden, eine getrennte Wohnung zu haben. Nur werde in Zukunft im Gegensatz zu früher auch die Frau selbständig Wohnsitz begründen können, selbst wenn sie zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht berechtigt sei. Bevor der Richter jedoch Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens treffe (Art. 176 Abs. 1 und 2), müsse der gesuchstellende Ehegatte nachweisen, dass er zum Getrenntleben berechtigt sei (BBl 1979 II 1191 S. 1276).

Daraus ergibt sich lediglich, dass nach Auffassung des Gesetzgebers das Führen eines gemeinsamen Haushalts zwar nicht zwingend mit dem Bewohnen einer gemein-

samen Wohnung einhergehen musste. Dies bildete für ihn aber gleichwohl den Regelfall. Ausserdem sah der Gesetzgeber vor, dass der Richter zunächst die Berechtigung zum Getrenntleben zu prüfen hatte, bevor er gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB Unterhaltsbeiträge zusprechen konnte. Wie schon erwähnt, hat sich die Rechtsprechung diesbezüglich in der Zwischenzeit aber gewandelt, sodass eine eigentliche Prüfung zur Berechtigung zum Getrenntleben faktisch nicht mehr stattfindet. Vielmehr ist das Getrenntleben bereits dann zu «bewilligen», wenn ein Ehegatte seinen unverrückbaren Trennungswillen bekundet (vgl. vorne E. 5.4.3).

5.4.6 In teleologischer Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass sowohl Art. 173 Abs. 1 als auch Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB grundsätzlich dasselbe Ziel verfolgen: So sollen die Finanzen der Ehegatten – ausgehend von den bisherigen ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen – so geregelt werden, dass nach Möglichkeit beide den bisher gelebten ehelichen Lebensstandard weiterführen können. Dieser Standard bildet gleichzeitig die obere Limite eines allfälligen Unterhaltsanspruchs (zu Art. 176 ZGB: BGE 147 III 293 E. 4.4, 140 III 337 E. 4.2.1; Urteile des Bundesgerichts 5A_493/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1 und 5A_681/2018 vom 1. Mai 2019, je m.H.; vgl. auch (implizit) Fountoulakis, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 176 ZGB N 2 f. – zu Art. 173 ZGB: Fankhauser, a.a.O., Art. 163 ZGB N 4 und N 13; Bräm, a.a.O., Art. 173 ZGB N 27).

Bei der Frage, wie dieses Ziel erreicht werden kann, erweist sich aber wiederum das Kriterium der getrennten oder gemeinsamen Wohnung als wesentlich. Der eheliche Lebensstandard kann in verschiedenen Bereichen des Lebens zum Ausdruck kommen. Der Wohnstandard (inklusive Hausrat) ist dabei von zentraler Bedeutung. Weitere Elemente können beispielsweise aber auch die Anzahl und die Preiskategorie der benützten Fahrzeuge, die Qualität der Lebensmittel, Frequenz und Destination von Ferienreisen, der Beizug von Haushaltshilfen, Anzahl und Art der ausgeübten Hobbys etc. sein. Eine nicht unwesentliche Anzahl dieser Elemente hängt dabei wiederum mehr oder weniger direkt von der (gemeinsam) bewohnten Wohnung ab. Beispielsweise dürfte eine einmal beschäftigte Haushaltshilfe weiterhin die gesamte Wohnung reinigen, die eingekauften Lebensmittel dürften weiterhin von allen anwesenden Familienmitgliedern konsumiert werden und die vorhandenen Fahrzeuge stehen a priori allen Familienmitgliedern im selben Umfang wie zuvor zur Verfügung. Auch Versicherungen werden regelmässig pro Haushalt (im Sinne einer familiären Hausgemeinschaft) abgeschlossen und laufen ohne Weiteres weiter, solange der gemeinsame Wohnsitz beibehalten wird.

Leben die Ehegatten trotz Trennung weiterhin in einer Hausgemeinschaft, wird deshalb in vielen der erwähnten Bereiche der eheliche Lebensstandard automatisch für beide beibehalten. Zwar mag es aufgrund der Trennung neue Streitigkeiten über die Beteiligung an den einzelnen Budgetpunkten geben. Nennenswerte Mehraus-

gaben gegenüber der Zeit vor der Trennung entstehen jedoch nicht (in diesem Sinne auch Isenring/Kessler, a.a.O., Art. 173 ZGB N 1, die darauf hinweisen, dass es bei Art. 173 ZGB um die Finanzierung nur eines Haushaltes gehe, wogegen beim sog. Getrenntleben nach Art. 176 ZGB die verfügbaren Geldmittel auf zwei Haushalte aufgeteilt werden müssen). Bei dieser Ausgangslage – grundsätzlich gleichbleibende Kosten wie vor der Trennung – erscheint es weder erforderlich noch gerechtfertigt, eine zweistufige Unterhaltsberechnung mit Überschussverteilung vorzunehmen. Im Fokus steht bei diesem Szenario vielmehr die Frage, wer die bekannten (und schon zuvor angefallenen) Kosten zu bezahlen hat, und es soll sichergestellt werden, dass diese auch tatsächlich bezahlt werden können. Dieser Problematik wird mit der Festsetzung von Geldbeiträgen an den Unterhalt der Familie angemessen begegnet. Würde stattdessen bei gleichbleibendem Bedarf gegenüber der vorherigen Aufteilung der Kosten zwischen den Ehegatten neu eine Überschussverteilung eingeführt, würde dies zwangsläufig zu einer nicht gewollten Vermögensverschiebung führen. Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführte, besteht kein Anspruch auf Aufteilung sämtlicher Einkünfte zwischen den Ehegatten (s. auch Göksu/Heberlein, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 173 ZGB N 5). Sollte ein Ehegatte aufgrund der ehelichen Aufgabenteilung für seinen persönlichen Bedarf (Freizeit, Kleider etc.) nicht ausreichend Geld zur Verfügung haben, so kann ihm auch im Anwendungsbereich von Art. 173 ZGB gestützt auf Art. 173 Abs. 2 ZGB ein entsprechender Freibetrag zugesprochen werden.

5.4.7 Im Übrigen scheint auch das Bundesgericht davon auszugehen, dass das Getrenntleben regelmässig mit dem Bezug separater Wohnungen einhergeht. So hielt es bereits mehrfach fest, das Eheschutzgericht habe bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu berücksichtigen, dass der Zweck von Art. 163 ZGB, für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen, im Falle der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 175 f. ZGB) einen jeden Ehegatten verpflichte, nach seinen Kräften an die Bestreitung der Mehrkosten beizutragen, die das Getrenntleben bzw. die Führung zweier separater Haushalte verursache (BGE 138 III 97 E. 2.2; Urteile des Bundesgerichts 5A_681/2018 vom 1. Mai 2019 E. 5.1 und 5A_493/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1). Wie bereits dargelegt, entstehen Mehrkosten regelmässig überhaupt erst dann, wenn die Ehegatten separate Wohnungen bezogen haben. Ab dann wird in aller Regel die «ökonomische Gemeinschaft» (vgl. BGE 147 III 249 E. 3.5.1), welche die Ehegatten bildeten, aufgegeben.

5.4.8 Zusammengefasst ergibt sich als Auslegungsergebnis, dass ein Unterhaltsbeitrag gestützt auf Art. 176 Abs. 1 ZGB nur dann zuzusprechen ist, wenn die Ehegatten ihre gemeinsame Wirtschaftsführung («ökonomische Gemeinschaft») aufgehoben haben. Dies ist regelmässig erst dann der Fall, wenn ein Ehegatte eine eigene, getrennte Wohnung bezieht (so auch: Six, a.a.O., N 2.59). Zur Festsetzung des ehelichen Unterhaltsbeitrags für die Zeit vor dem Auszug eines Ehegatten in eine andere Wohnung ist deshalb grundsätzlich Art. 173 ZGB anwendbar. Lediglich in

besonderen Ausnahmefällen kann der Ehegattenunterhalt trotz Beibehaltens einer gemeinsamen Wohnung nach den Grundsätzen von Art. 176 Abs. 1 ZGB festgesetzt werden. Dies dürfte namentlich dann der Fall sein, wenn trotz gemeinsamer Wohnung die wirtschaftliche Entflechtung zwischen den Parteien bereits derart fortgeschritten ist, dass tatsächlich von zwei Haushalten (im Sinne von zwei separaten wirtschaftlichen Einheiten) innerhalb derselben Wohnung gesprochen werden muss. Dass der persönlich-emotionale Bruch zwischen den Ehegatten als definitiv erscheint und das Zusammenleben bloss noch auf Zusehen hin beibehalten wird, ändert am Gesagten hingegen nichts.

5.4.9 Dass vorliegend ein solcher Ausnahmefall gegeben ist, wurde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Zwar trifft es zu, dass die Parteien bereits im erstinstanzlichen Verfahren von einer (endgültigen) Trennung ausgegangen sind, obwohl sie noch im selben Haushalt lebten, und sich gemäss übereinstimmenden Angaben nach Möglichkeit aus dem Weg gingen. Dennoch verstanden sie sich offensichtlich nach wie vor als wirtschaftliche Gemeinschaft und zahlten unbestrittenermassen auch die regelmässigen Fixkosten ab einem ihrer gemeinsamen Konten. Von einer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Sinne einer vollständigen wirtschaftlichen Entflechtung kann nicht die Rede sein. Der Auffassung des Gesuchsgegners kann deshalb nicht gefolgt werden. Der Gesuchsgegner zog am 31. August 2021 aus der Familienwohnung aus. Ab diesem Zeitpunkt ist der Ehegattenunterhalt nach Art. 176 Abs. 1 ZGB festzulegen.

5.4.10 An diesem Ergebnis ändert auch die vom Gesuchsgegner zitierte (vermeintliche) Lehrmeinung von Bräm nichts. Diese lautet im vollständigen Zitat wie folgt (Bräm, a.a.O., Art. 173 ZGB N 3):

«Art. 173 ZGB ist nur anwendbar, wenn die Eheleute zusammenleben, d.h. in einer umfassenden Lebensgemeinschaft verbunden sind. Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes kommt Art. 176 ZGB zum Zuge. Ehefrau und Ehemann sind auch unter dem neuen Recht grundsätzlich zum Zusammenleben verpflichtet. Sie entscheiden gemeinsam, wie sie ihr Zusammenleben gestalten wollen; ihr Freiraum ist grösser als früher. Das Zusammenleben kann zeitlich oder räumlich mehr oder weniger intensiv sein. Es kann sich beispielsweise in getrennten Wohnungen abspielen. Entscheidend ist, ob die Eheleute in einer umfassenden, d.h. körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Gemeinschaft verbunden sind. Solange dies der Fall ist, leben sie im Sinne des Eherechts zusammen.»

Der Gesuchsgegner hat diesen Absatz sinngemäss so interpretiert, als reiche bereits der Wegfall der «geistig-seelischen Gemeinschaft» (als eines der drei Elemente, die zu einer «umfassenden Lebensgemeinschaft» führen) aus, um den gemeinsamen Haushalt aufzuheben. In der zitierten Passage geht es aber nicht um die Aufhebung des ehelichen Haushaltes, sondern vielmehr um dessen Begründung. Sie en-

thält die Aussage, dass (nach dem «neuen» Eherecht, das 1988 in Kraft getreten ist) auch bei getrennten Wohnungen ein eheliches Zusammenleben möglich ist, sofern die Eheleute in einer umfassenden, d.h. körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Gemeinschaft verbunden sind. In dieselbe Richtung geht im Übrigen auch BGE 121 II 49, wo festgehalten wurde, dass der fehlende gemeinsame Wohnsitz nicht zum Dahinfallen der ehelichen Gemeinschaft führt, wenn aufgrund eines gemeinsamen Willens der Ehegatten die Stabilität der Ehe offensichtlich intakt ist. Daraus folgt, dass der Wille zur Fortführung der Ehe (der wohl mit der «geistig-seelischen Gemeinschaft» in etwa gleichgesetzt werden kann) zwar einen fehlenden gemeinsamen Wohnsitz im Hinblick auf die Bildung einer ehelichen Gemeinschaft kompensieren kann. Dass umgekehrt aber bereits der Wegfall dieses Willens zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes führt, ergibt sich daraus gerade nicht.

5.5 Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, schuldet die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner daher während des Zusammenlebens bloss denjenigen Betrag als ehelichen Unterhalt, der ihrem (gemessen am Einkommen) proportionalen Anteil an den Gesamtausgaben der Familie entspricht. Eine Überschussverteilung erfolgt demgegenüber nicht. Die Gesamtausgaben der Familie hat der Gesuchsgegner mit monatlich CHF 6'904.- beziffert. Diese Summe hat die Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegt. Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. hinten E. 6.4.1), lag der Bedarf der Familie während des Zusammenlebens (insbesondere unter Einbezug der Kosten für S.) tatsächlich höher. Der Gesuchsgegner hat den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich jedoch zu Recht nicht beanstandet, zumal es seine eigenen Zahlen waren, auf welche die Vorinstanz abgestellt hat. Daher kann vorliegend offenbleiben, ob die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Festsetzung der Geldbeiträge während des Zusammenlebens von Amtes wegen eine Bedarfsberechnung hätte anstellen müssen.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 27. Juli 2022 (Z2 2021 30)

3. Sachenrecht

3.1 Art. 738 ZGB, Art. 973 Abs. 1 ZGB

Regeste:

Art. 738 ZGB, Art. 973 Abs. 1 ZGB – Bedeutung der natürlichen Publizität für Inhalt und Umfang eines Wegrechts. Im vorliegenden Fall ist Inhalt und Umfang des Wegrechts anhand der Stufenordnung von Art. 738 ZGB zu ermitteln; die natürliche Publizität ist nicht massgeblich (E. 3.4). Unter den gegebenen Umständen stellt der Bau der Strasse in den heute bestehenden Dimensionen durch die vormalige Eigentümerin kein teilweiser Verzicht auf das Wegrecht dar. Das Wegrecht, wie es sich nach der Stufenordnung von Art. 738 ZGB ergeben hat, hat sich nicht ausserbuchlich verändert (E. 3.5).

Aus dem Sachverhalt:

Im Jahr 2002 erteilte der Gemeinderat Z. die Baubewilligung für eine Arealbebauung auf dem damaligen Grundstück Nr. 1, GB Z. («Arealbebauung Y.»). Die Arealbebauung Y. sah vor, dass im südlichen Teil des Grundstücks zwei versetzt zueinander angeordnete Reihen an je fünf Mehrfamilienhäusern realisiert werden sollten. Der nördliche Teil des Grundstücks war für einen Gewerbebau vorgesehen. Die Erschliessung des Gewerbebaus sollte von der T.-Strasse via X.-Weg und die Strasse Y. erfolgen, während für die Wohnbauten anfangs der Strasse Y. eine Tiefgarageneinfahrt geplant war. Gleichentags sprach der Gemeinderat Z. die Baubewilligung für die erste Etappe der Arealbebauung Y. aus. Diese umfasste den Neubau der ersten fünf Mehrfamilienhäuser mit Einstellhalle.

Mit öffentlicher Urkunde vom (. . .) 2003 parzellerte die damalige Eigentümerin, U. AG (Z.), das Grundstück Nr. 1, GB Z., und schuf dadurch die heutigen Grundstücke Nrn. 2–10. Die zehn Mehrfamilienhäuser sollten auf den Parzellen Nrn. 2 bis 9 errichtet werden, die Gewerbebaute auf Parzelle Nr. 10. Gleichzeitig begründete U. AG zahlreiche neue Dienstbarkeiten, u.a. das streitgegenständliche Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten des Grundstücks Nr. 10 zulasten der Grundstücke Nrn. 2 und 7 (hiernach «Wegrecht»).

Im Jahr 2004 bewilligte der Gemeinderat Z. die zweite Etappe der Arealbebauung Y. (fünf Mehrfamilienhäuser mit Einstellhalle). Die Bauarbeiten für die erste Etappe wurden im Jahr 2005 abgeschlossen, diejenigen für die zweite Etappe im Jahr 2007. Im Rahmen dieser Bauarbeiten wurde auch die heutige Strasse Y. erstellt, und zwar mit einer Breite von 6,3 m im Strassenverlauf und 6,75 m beim Einlenker in den X.-Weg (hiernach auch «Knoten X.-Weg/Zufahrtsstrasse Y.»). Die Strasse Y. verbindet das Grundstück Nr. 10 mit dem X.-Weg und ist vom streitgegenständlichen Wegrecht erfasst.

Das während der ersten Etappe bebaute Grundstück Nr. 2 (Mehrfamilienhaus A), GB Z., ist in neun Stockwerkeigentumseinheiten unterteilt. Die Beklagten 1-15 sind die Eigentümer dieser Stockwerkeigentumseinheiten.

Im Jahr 2008 erteilte der Gemeinderat Z. die Baubewilligung für eine Änderung der Arealbebauung Y. Die Änderungen bezogen sich auf das auf Grundstück Nr. 10 geplante Gewerbegebäude, wobei dessen Erschliessung weitestgehend identisch blieb und nach wie vor via X.-Weg und die Strasse Y. erfolgen sollte. Gleichentags gewährte der Gemeinderat Z. die Bewilligung für den Neubau des Gewerbegebäudes auf Grundstück Nr. 10 als dritte Etappe der Arealbebauung Y. Das bewilligte Projekt wurde nicht realisiert.

Im Jahr 2012 erwarben die Klägerinnen A. AG und B. AG ein Kaufrecht am Grund-

stück Nr. 10 und reichten am (...) 2013 ein Baugesuch für eine (weitere) Änderung der Arealbebauung Y. und den Neubau eines Gewerbegebäudes auf Grundstück Nr. 10 ein. Im Jahr 2014 erteilte der Gemeinderat Z. die Bewilligung für die Änderung der Arealbebauung Y. und den Neubau eines Gewerbegebäudes. Mit Entscheid vom (...) 2016 hob der Regierungsrat des Kantons Zug die erteilten Baubewilligungen wieder auf. Der Entscheid des Regierungsrates erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Im Jahr 2016 übten die Klägerinnen ihr Kaufrecht aus und wurden Miteigentümerinnen des Grundstücks Nr. 10, GB Z.

In der Folge reichten die Klägerinnen im Jahr 2017 ein weiteres Baugesuch für die Änderung der Arealbebauung Y. und den Neubau eines Gewerbegebäudes ein. Das Verkehrskonzept sollte gegenüber dem im Jahr 2008 bewilligten Arealbebauungsplan nicht abgeändert werden, sprich die Erschliessung (einzig) via X.-Weg und die Strasse Y. erfolgen. Mit Entscheid vom (...) 2018 erteilte der Gemeinderat Z. wiederum die Bewilligung. Mit Entscheid vom (...) 2019 hob der Regierungsrat des Kantons Zug auch diese Bewilligung auf und hielt bezüglich der Erschliessung des geplanten Gewerbegebäudes zusammenfassend fest, dass für dessen Realisierung der Knoten «X.-Weg/Zufahrtsstrasse Y.» ausgebaut werden müsse, indem zumindest die Strasse bis zu der von den Klägerinnen geltend gemachten Wegrechtsfläche (unter Einhaltung der im Entscheid genannten Schleppkurven) baulich verbreitert werde.

Im Jahr 2021 reichten die Klägerinnen beim Kantonsgericht Zug gegen die Beklagten eine Klage ein und verlangten u.a. die Feststellung, dass das Wegrecht an jeder Stelle eine Breite von mindestens 6,55 m sowie beim Knoten «X.-Weg/Zufahrtsstrasse Y.» eine Breite von mindestens 7,53 m aufweist und sie zum Ausbau der Strasse befugt sind. Während der Beklagte 5 die Klage anerkannte, beantragten die Beklagten 1-4 und 6-15 deren Abweisung.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die vormalige Eigentümerin (U. AG) hat die heutige Strasse Y. mit einer Breite von 6,3 m im Strassenverlauf und 6,75 m beim Einlenker in den X.-Weg erstellt (...); die Strasse wurde im Bereich des Einlenkers also um 78 cm schmaler gebaut, als es gemäss dem nach Art. 738 ZGB ausgelegten Wegrecht erforderlich wäre (vgl. E. 2.6). Es stellt sich die Frage, inwiefern sich dieser Umstand auf das Wegrecht der Klägerinnen auswirkt.

Vorab ist im ersten Schritt zu prüfen, ob der Umfang des Wegrechts ausnahmsweise nicht gemäss den Grundsätzen von Art. 738 ZGB zu ermitteln ist, sondern gestützt

auf die natürliche Publizität (E. 3.4). Sollte diese Frage zu verneinen sein, ist im zweiten Schritt zu klären, ob die damalige Eigentümerin im über die gebaute Strasse Y. hinausgehenden Ausmass auf das Wegrecht verzichtet hat (E. 3.5).

3.1 Gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB ist im Erwerb zu schützen, wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch – wobei der Dienstbarkeitsvertrag als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und ebenfalls einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB; (. . .)) – verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat. Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Aus der gesetzlichen Regelung folgt einerseits, dass der Inhalt des Grundbuchs grundsätzlich als richtig fingiert wird (positive Seite des Publizitätsprinzips), und andererseits, dass der Grundbucheintrag als vollständig gilt (negative Seite des Publizitätsprinzips). Der gute Glaube ist jedoch nicht absolut geschützt. Vielmehr darf sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Selbst ein an sich gutgläubiger Erwerber muss daher nähere Erkundigungen einziehen, sofern ihm besondere Umstände Zweifel an der Genauigkeit des Eintrags aufkommen lassen (BGE 137 III 153 E. 4.1; 137 III 145 E. 3.3.1 f.).

Gemäss Bundesgericht besteht die natürliche Publizität darin, dass der Rechtsbestand im physischen Zustand der Liegenschaft nach aussen sichtbar in Erscheinung tritt. Der Erwerber muss ein Rechtsverhältnis, das ihm auf dem Grundstück selber durch seine eindeutige äussere Erscheinung entgegentritt, gegen sich gelten lassen. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass er das sichtbare wirkliche Rechtsverhältnis auch tatsächlich wahrgenommen hat, vielmehr genügt, dass er es hätte wahrnehmen können und müssen, wenn er mit der im Rechtsverkehr gebotenen Sorgfalt vorgegangen wäre (BGE 137 III 153 E. 4.1.3; 137 III 145 E. 3.3.3). Der physische Zustand der Liegenschaft kann demnach den guten Glauben des Erwerbers in den Grundbucheintrag zerstören (vgl. statt vieler: Schmid-Tschirren/Pfäffli, Einzelfragen zum Sachenrecht und Grundbuchrecht, BN 2019, S. 3 und 5).

Für Wegrechte bedeutet die natürliche Publizität insbesondere, dass dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen, und zwar mit voller Wirkung gegenüber dem Dritterwerber, der sich grundsätzlich alles entgegenhalten lassen muss, was sich aus der Lage und der nach aussen in Erscheinung tretenden Beschaffenheit der Grundstücke ergibt. In diesem Sinn hat das Bundesgericht festgehalten, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung niemand ein wegrechtsberechtigtes Grundstück kaufe, ohne es vorher zu besichtigen, und dass – Ausnahmefälle vorbehalten – kein Dritterwerber in gutem Glauben geltend machen könne, er habe die im Grundbucheintrag (wozu – wie erwähnt – auch der Dienst-

barkeitsvertrag zählt) nicht erwähnten Besonderheiten des Wegrechts nicht gekannt, die für ihn bei einer Besichtigung erkennbar gewesen wären. Wird folglich der Inhalt und Umfang des Wegrechts durch die örtlichen Gegebenheiten für jedermann sichtbar beschränkt, hat sich der Erwerber dies grundsätzlich entgegenhalten zu lassen (BGE 137 III 145 E. 3.3.3; 137 III 153 E. 4.2.3; vgl. Urteile des Bundesgerichts 5C.71/2006 vom 19. Juli 2006 E. 2.3.1; 5A_117/2013 vom 9. Juli 2013 E. 3.3.3; 5A_856/2014 vom 26. Januar 2015 E. 3.3.3; 5A_431/2011 vom 2. November 2011 E. 4.2.3; 5A_472/2021 vom 29. März 2022 E. 4.1; 5A_361/2017 vom 1. März 2018 E. 3.4.1; 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 5.6).

3.2 Gemäss der Lehre hat das Prinzip der natürlichen Publizität zwei Wirkungsweisen. Die erste wird aus der Erwägung des Bundesgerichts abgeleitet, wonach «dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen [...]» (vgl. vorstehender Absatz). Demnach wird die Stufenordnung von Art. 738 ZGB dahingehend ergänzt, dass für die Konkretisierung einer Dienstbarkeit im Rahmen von Grundbucheintrag und Erwerbsgrund auf die natürliche Publizität abgestellt wird, mithin die äusseren Gegebenheiten der Dienstbarkeitsausübung – ergänzend – den Dienstbarkeitsinhalt bestimmen. Ergibt sich also beispielsweise die Breite eines dienstbarkeitsbelasteten Wegs weder aus dem Grundbuch noch aus dem Erwerbgrund, so ist auf die tatsächliche (z. B. durch einen Teerbelag) markierte Breite abzustellen. Die natürliche Publizität kommt aber nicht nur als zusätzliches, den Art. 738 ZGB ergänzendes Mittel zur inhaltlichen Umschreibung einer Dienstbarkeit in Betracht, sondern sie kann auch zur teilweisen Unbeachtlichkeit der Kriterien von Art. 738 ZGB führen (zweite Wirkungsweise): Hat sich die Dienstbarkeit, wie sie sich nach der Stufenordnung von Art. 738 ZGB ergibt, ausserbuchlich verändert, etwa indem der Berechtigte auf seine Ausübungsbefugnis teilweise verzichtet hat, so kann sich ein Erwerber des berechtigten Grundstücks grundsätzlich nicht mehr auf die Stufenordnung von Art. 738 ZGB berufen. Ausgenommen sind Fälle, in denen er die Diskrepanz zwischen tatsächlicher Rechtslage und Grundbucheintrag nicht erkannte und auch nicht erkennen musste, er also beim Erwerb des Grundstücks in berechtigtem gutem Glauben war. In diesem Kontext kommt wieder die natürliche Publizität zum Tragen, und zwar in dem Sinne, als sie den guten Glauben in aller Regel zerstört, falls sich die ausserbuchliche Veränderung in den für die Ausübung der Dienstbarkeit massgeblichen äusseren Gegebenheiten niedergeschlagen hat (Koller, Das Prinzip der natürlichen Publizität und die Stufenordnung von Art. 738 ZGB, ZBGR 103/2022 S. 1 ff.; Schmid-Tschirren/Pfäffli, a.a.O., S. 10 ff.; Byland/Küffer, Natürliche Publizität contra Grundbucheintrag, in: Festschrift für Roland Pfäffli, BN 2014, S. 245; Hürlimann-Kaup, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 9/2017 S. 654 f.).

3.3 In BGE 137 III 145 ff. wurde die natürliche Publizität für die Auslegung eines Wegrechts herangezogen. Der Entscheid lässt sich wie folgt zusammenfassen: Ein im

Jahr 1957 im Grundbuch eingetragenes «Fuss- und Fahrwegrecht mit allen Fahrzeugen» wurde anfänglich auf einer lediglich gekiesten Fläche ausgeübt, wobei sich die exakte Breite weder aus dem Eintrag noch aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergab. Da die Fläche jedoch im Zeitpunkt des Erwerbs des wegrechtsberechtigten Grundstücks durch die Beschwerdeführer im Jahr 1980 (bereits) asphaltiert und mit Randsteinen versehen war, ist diese bauliche Anlage gemäss Bundesgericht für die Bestimmung von Inhalt und Umfang massgebend, und die Beschwerdeführer mussten sich diesen im Zeitpunkt des Erwerbs bestehenden und nach aussen in Erscheinung tretenden Zustand aufgrund der natürlichen Publizität entgegenhalten lassen.

3.3.1 BGE 137 III 145 ff. weist einige Parallelen zum vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt auf. Hier wie da lassen sich dem Grundbucheintrag keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang des Wegrechts entnehmen (E. 2.3). Massangaben bezüglich der Breite des Wegrechts enthält die Wegrechtsurkunde keine, der Umfang des Wegrechts lässt sich (nur, aber immerhin) durch Auslegung ermitteln (E. 2.6). Ähnlich dem genannten BGE war die Strasse Y. im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks Nr. 10 durch die Klägerinnen unbestrittenermassen asphaltiert und gegen Osten durch die Mauer der Tiefgarageneinfahrt sowie gegen Westen durch einen Randstein (in Form von zwei Reihen Pflastersteinen) mit anschliessender Rabatte abgegrenzt (. . .).

3.3.2 Es bestehen aber auch zentrale Unterschiede: Im genannten BGE war zum Zeitpunkt des Erwerbs des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks nicht nur die Wegrechtsfläche asphaltiert, sondern es waren sowohl das belastete als auch das berechnigte Grundstück mit Gebäuden bebaut (BGE 137 III 145 Lit. A.b). Im vorliegenden Fall hingegen lag das berechnigte Grundstück im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Klägerinnen brach. Sämtliche Parteien des vorliegenden Verfahrens wussten im Zeitpunkt des Kaufs ihrer jeweiligen Grundstücke jedoch unbestrittenermassen, dass sowohl das belastete (Nr. 2) als auch das berechnigte Grundstück (Nr. 10) Teil einer grösseren Arealbebauung sind, welche in Etappen realisiert wird. Ihnen war (und ist) bekannt, dass die Errichtung der auf dem Grundstück Nr. 10 vorgesehenen Gewerbebaute erst als dritte (und letzte) Etappe geplant war (E. 2.4.4). Mit anderen Worten haben die Parteien ihre Grundstücke im Wissen darum erworben, dass diese Teile eines grösseren, in mehreren Schritten und über einen längeren Zeitraum zu verwirklichenden Bauprojekts sind, welches Wohn- und Gewerbebenutzung kombiniert. Auch die Beklagten kannten die Wegrechtsurkunde (. . .). Wie dargelegt, kann aus der Wegrechtsurkunde nach Treu und Glauben einzig geschlossen werden, dass das streitgegenständliche Wegrecht die Erschliessung des Gewerbegrundstücks Nr. 10 sicherstellen soll (E. 2.4.4 und 3.4.1).

3.4 Wie hiernach darzulegen ist, rechtfertigen es die genannten Umstände (E. 3.3.2), vom Grundsatz, wonach für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderliche bauliche Anlagen «in der Regel» auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestim-

men, abzuweichen und Inhalt und Umfang des Wegrechts gemäss der Stufenordnung von Art. 738 ZGB zu ermitteln.

3.4.1 Der Situationsplan ist ein Bestandteil der Wegrechtsurkunde (E. 2.4.3). Letztere nimmt am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach Art. 973 ZGB teil (Eschmann, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, 2005, S. 91; Schmid, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 973 ZGB N 10; E. 2.7.1). Aus der Wegrechtsurkunde folgt, dass das streitgegenständliche Wegrecht dazu bestimmt ist, das einer Gewerbenutzung dienende Grundstück Nr. 10 im Hinblick auf dessen Überbauung zonenkonform und öffentlich-rechtlich hinreichend zu erschliessen, was die Erreichbarkeit mit Schwerverkehr einschliesst (vgl. E. 2.4.5). Die Klägerinnen durften gestützt auf die Wegrechtsurkunde grundsätzlich darauf vertrauen, dass sie zur Verwirklichung dieses Zwecks die bestehende Strasse Y. (nötigenfalls) entsprechend ausbauen können, auch wenn in der Wegrechtsurkunde in Meter und Zentimeter ausgedrückte Angaben zur Breite des Wegrechts fehlen (vgl. Eschmann, a.a.O., S 91; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_103/2016 vom 15. März 2017 E. 4.1 und 4.2.3; vgl. auch Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz 1286, die festhalten, dass die Wegrechtsberechtigte, die ein Recht zur Benutzung eines gebahnten Fahrwegs hat, befugt ist, diesen Weg so auszubauen und zu unterhalten, dass er den Zweck des Wegrechts erfüllt).

3.4.2 Wie die Klägerinnen zu Recht vorbringen, handelt es sich vorliegend um einen Spezialfall (. . .), da ein grosses Bauprojekt in mehrere Etappen realisiert werden sollte, wobei die Strasse, welche der Erschliessung der letzten Etappe (Gewerbegebäude) dienen sollte und darum mit einem Wegrecht belastet ist, bereits im Rahmen der Bauarbeiten der ersten Etappen (Wohngebäude) erstellt wurde, wovon sämtliche Parteien des vorliegenden Verfahrens Kenntnis hatten (vgl. zum Ganzen E. 3.3.2). In einer solchen Konstellation muss – sofern weder der Grundbucheintrag noch der Erwerbsgrund den Umfang exakt vorschreiben – grundsätzlich damit gerechnet werden, dass die erstellte Strasse im Zeitpunkt der Realisierung des Gewerbegebäudes gegebenenfalls weiter ausgebaut wird, damit diese ihre Erschliessungsfunktion erfüllen kann. Inhalt und Umfang des Wegrechts einzig anhand der gebauten Strasse Y. zu bestimmen, würde bedeuten, diese besonderen Umstände ausser Acht zu lassen und das berechtigte Vertrauen der Klägerinnen in die Wegrechtsurkunde und das Grundbuch zu enttäuschen (E. 3.4.1). Dass die der Erschliessung dienende Strasse nicht auf Anrieb im letztlich erforderlichen Umfang errichtet wurde, entspricht wohl auch in einer solchen Konstellation (Arealbebauung in Etappen) nicht der Regel. Ausgeschlossen ist dies allerdings nicht, sei es, weil die Erschliessungstrasse irrtümlicherweise ungenügend ausgebaut wurde, oder mit dem Vollausbau bewusst bis zum Bau der zu erschliessenden Liegenschaft zugewartet werden sollte. Die Klägerinnen haben jedenfalls aufgezeigt, dass die Strasse Y. nicht wie am (. . .) 2002 vom Gemeinderat Z. bewilligt ausgeführt wurde: Gemäss den bewilligten Plänen (. . .) sollte die Strasse im Verlauf eine Breite von 6,5 m aufweisen (statt der gebaut-

en 6,3 m; (. . .)). Weiter zeigt ein Vergleich der bewilligten Pläne (. . .) mit im Recht liegenden Fotos (. . .), dass der Einlenker deutlich „abgerundeter“ und (flächenmässig) grosszügiger geplant (und auch bewilligt) war, als er schliesslich ausgeführt wurde. Ob darin allenfalls ein teilweiser Verzicht auf das Wegrecht durch die damalige Eigentümerin zu erblicken ist, weshalb die Klägerinnen nicht mehr berechtigt wären, sich auf den Inhalt und Umfang des Wegrechts gemäss Wegrechtsurkunde zu berufen (vgl. E. 3.2), ist nicht auf Stufe Auslegung zu würdigen (dazu E. 3 und 3.5; vgl. Koller, a.a.O., Rz 3).

3.4.3 Angesichts des berechtigten Vertrauens in die Wegrechtsurkunde und der in Etappen zu realisierenden Arealbebauung gereicht es den Klägerinnen nicht zum Nachteil, dass sie das Grundstück Nr. 10 erworben haben, obwohl sie wussten, dass der Regierungsrat für die Erteilung der Baubewilligung u.a. den Ausbau des Einlenkers bzw. Knotens voraussetzt und die Beklagten 1–4 und 6–15 einen solchen Ausbau ablehnen (. . .). In diesem Zusammenhang weiter zu berücksichtigen ist, dass für die Parteien anlässlich der Besichtigung des Grundstücks (. . .) ohne weiteres erkennbar war, dass der Einlenker bzw. Knoten nötigenfalls mit verhältnismässig geringem Aufwand verbreitert werden kann, schliesslich grenzt der Einlenker gegen Westen einzig an eine durch Pflastersteine abgegrenzte Rabatte mit einem darauf positionierten Felsblock (. . .). Anzumerken bleibt, dass die von den Beklagten 1–4 und 6–15 angesprochenen Parkplätze von einem Ausbau des Einlenkers nicht betroffen wären, liegen diese doch alle ausserhalb des belasteten Grundstücks Nr. 2 (. . .).

3.4.4 Im Ergebnis ist der Inhalt und Umfang des streitgegenständlichen Wegrechts somit anhand der Stufenordnung von Art. 738 ZGB zu ermitteln; die natürliche Publizität ist – jedenfalls auf Stufe Auslegung – nicht massgeblich.

3.5 Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die damalige Eigentümerin, U. AG, auf das Wegrecht (teilweise) verzichtet hat, indem sie die Strasse Y. in den heute bestehenden Dimensionen bauen liess (E. 3).

3.5.1 Das Bundesgericht hat die natürliche Publizität wiederholt als Grundlage für die Abänderung der aus dem Grundbuch ersichtlichen materiellen Rechtslage herangezogen (vgl. auch E. 3.2 «zweite Wirkungsweise»):

BGE 137 III 153 ff. lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das im Jahr 1952 errichtete Wegrecht mit einer ursprünglichen Breite von, je nach Stelle, drei bis vier Metern führte damals einer Parzellengrenze entlang zwischen zwei Gebäuden hindurch. Mit dem Wegrecht waren die zwei Nachbarparzellen Nr. 11 (südliche Parzelle) und 44 (nördliche Parzelle) gleichmässig belastet, das heisst, die Mitte des Weges entsprach der Parzellengrenze. Der Abstand zwischen den beiden Gebäuden betrug 5,5 Meter. Mitte der Siebzigerjahre wurde der Weg infolge einer Neuüberbauung um 1,5

Meter nach Norden verschoben und lag nun ausschliesslich auf Parzelle Nr. 44. Ausserdem führte er nicht mehr durch die zwei Gebäude hindurch, sondern durch einen Tunnel von 2,75 Metern Höhe; die Breite des Weges betrug nun teilweise weniger als drei Meter. Diese Änderungen bezüglich der örtlichen Lage und des Verlaufs der im Grundbuch nach wie vor als Wegrecht eingetragenen Dienstbarkeit wurden anlässlich der Neuüberbauung weder schriftlich vereinbart noch im Grundbuch nachgetragen. Im Jahr 1981 wurden die Parzellen Nr. 11 und 44 vereinigt. 2008 erwarb der Kläger das wegrechtsberechtigte Grundstück Nr. 2477 und forderte kurze Zeit später die Wiederherstellung des ursprünglichen Wegrechts. Das Bundesgericht erwog, Inhalt und Umfang des Wegrechts würden durch die bauliche Anlage, sprich den Tunnel, bestimmt. Der Erwerber müsse sich das Verhalten der Rechtsvorgänger anrechnen lassen, welche sich mit der Verschiebung des Wegrechts trotz fehlender schriftlicher Vereinbarung bzw. Änderung des Grundbucheintrags abgefunden und die Verlegung des Verlaufs während über dreissig Jahren widerstandslos akzeptiert und genutzt hätten.

Der Entscheid des Bundesgerichts 5C.71/2006 vom 19. Juli 2006 lässt sich wie folgt zusammenfassen: Im Jahr 1978 wurde eine Dienstbarkeit in Form eines 3 m breiten Durchfahrts- bzw. Fahrwegrechts («servitude passage à véhicule, larg. 3 m»), welches die Zufahrt für Fahrzeuge zu einer 1975 erbauten Garage ermöglichen sollte, im Grundbuch eingetragen. 1995 wurde auf dem belasteten Grundstück ein Musiklokal mit einem Vordach errichtet, infolgedessen das Durchfahrts- bzw. Fahrwegrecht nicht mehr auf der ganzen Breite von 3 m ausgeübt werden konnte. Der Eigentümer des berechtigten Grundstücks nahm diese Einschränkung hin, was den teilweisen Untergang der Dienstbarkeit zur Folge hatte. Da die Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit auf dem Gelände deutlich sichtbar gewesen sei, so das Bundesgericht, hätten sich die Käufer, die das berichtigte Grundstück im Jahr 1998 erwarben, nicht auf ihren guten Glauben berufen können.

In beiden vom Bundesgericht zu beurteilenden Fällen wurde das entsprechende Wegrecht nach dessen Begründung eingeschränkt, wobei der Eigentümer des berechtigten Grundstückes dem (konkulent) zustimmte und die Einschränkung auf dem Grundstück durch bauliche Anlagen kenntlich gemacht wurde. Obwohl die Änderung des Wegrechts weder in der vorgeschriebenen Form (öffentliche Beurkundung) erfolgte noch Aufnahme in das Grundbuch fand, ist sie dem Erwerber des belasteten Grundstücks infolge natürlicher Publizität entgegenzuhalten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verschafft die natürliche Publizität der Änderung der Dienstbarkeit mit anderen Worten dingliche Wirkung (Hürlimann-Kaup, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 4/2012 S. 292; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz 1281c; Eberhard, Die Rechtsfigur der „natürlichen Publizität“, SJZ 3/2021 S. 137).

3.5.2 Der Untergang einer Dienstbarkeit ist durch ausdrücklichen oder stillschweigen-

den Verzicht auf das dingliche Recht möglich, unter Einschluss von entsprechend eindeutigem konkludentem Verhalten des Berechtigten. Als Verzicht anerkannt hat die Rechtsprechung die Gestattung der Verbauung des Wegrechts durch ein Geschäftshaus (BGE 127 III 440 E. 2) oder die Vereinbarung von Wegrechten, wo bereits frühere Wegrechte bestanden (BGE 128 III 265 E. 4a). Allein die Tatsache hingegen, dass eine Dienstbarkeit während längerer Zeit weder ausgeübt noch geltend gemacht wird und der Eigentümer insoweit den Besitz unbelastet geniessen kann, führt nicht „per se“ zum Untergang der Dienstbarkeit. Die Nichtausübung eines Rechts während längerer Zeit kann nur dann als Verzichtserklärung aufgefasst und damit rechtsgeschäftlich bedeutsam werden, wenn die Umstände unzweideutig auf diese Absicht hinweisen und eine andere Auslegung als ausgeschlossen oder zumindest als höchst unwahrscheinlich anzusehen ist. Verneint wurde deshalb ein (vollständiger oder teilweiser) Verzicht auf die Dienstbarkeit in der Rechtsprechung, wo der Eigentümer des berechtigten Grundstücks gegen Bäume, Sträucher, Zäune, Pfosten, Whirlpool und Fahrnisbauten nicht opponierte oder die Erstellung einer leicht zu beseitigende Bruchsteinmauer oder eines leicht zu entfernenden Metallzauns gestattete, die die Ausübung des Wegrechts erschwerten oder während Jahrzehnten den Rückschnitt von Bäumen und Sträuchern nicht verlangte, die eine Pflanzungsbeschränkung verletzen (Urteile des Bundesgerichts 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 5.7; 5A_361/2017 vom 1. März 2018 E. 3.5.1 f.; 5A_898/2015 vom 11. Juli 2016 E. 3.2; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz 1281b; je m.H.).

3.5.3 Derjenige, der sich auf den Untergang eines Rechts beruft oder der seine Entstehung oder seine Anwendbarkeit bestreitet, trägt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshin-dernden Tatsachen (BGE 139 III 13 E. 3.1.3.1 [= Pra 2013 Nr. 105]). Demzufolge obliegt den Beklagten 1–4 und 6–15 der Hauptbeweis dafür, dass U. AG durch den Bau der Strasse Y. (teilweise) auf das Wegrecht verzichtet hat.

3.5.4 Wie die Auslegung gemäss Art. 738 ZGB ergeben hat, ist das Wegrecht einzig im Bereich des Einlenkers bzw. Knotens breiter als die tatsächlich gebaute Strasse (E. 2.6 und 3). Damit kommt ein Teilverzicht auf bzw. eine Abänderung des Wegrechts lediglich in diesem Bereich in Betracht. Indessen gelingt es den Beklagten 1–4 und 6–15 nicht, einen Teilverzicht seitens U. AG zu beweisen, wie hiernach aufzuzeigen ist.

Der Verzichtswille von U. AG muss sich aus ihrem Verhalten eindeutig ergeben (E. 3.5.2). Der Umstand, dass der Einlenker schmaler gebaut wurde, als von den Baubehörden bewilligt (E. 3.4.2), lässt indes nicht auf einen eindeutigen Verzichtswillen schliessen. Denn aus den Umständen geht deutlich hervor, dass U. AG ihr ursprünglich- es Grundstück Nr. 1 «entwickeln» und anschliessend verkaufen wollte. Dies zeigt sich namentlich in den vorgenommenen Parzellierungen und neu begründeten Dienstbarkeiten (u.a. Fortbestandsrecht «der auf den Grundstücken Nr. 1 und 2 bis 10 im Rahmen der Überbauung «Y.» erstellten Bauten, Anlagen und Einrichtungen»),

(. . .)). U. AG konnte demnach vernünftigerweise kein Interesse daran haben, das der Erschliessung von Grundstück Nr. 10 dienende Wegrecht durch den Bau der Strasse Y. sogleich wieder einzuschränken, noch bevor das Grundstück Nr. 10 überbaut oder verkauft ist. Mit einem Verzicht auf das Wegrecht ginge faktisch auch ein Verzicht auf eine zonenkonforme verkehrstechnische Erschliessung des Gewerbegrundstücks Nr. 10 einher, was U. AG vernünftigerweise nicht beabsichtigt haben konnte.

Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass U. AG, wie von den Klägerinnen geltend gemacht (. . .), im ersten Schritt lediglich die für die zehn Wohnhäuser nötige Erschliessung erstellen wollte, um diese dann anlässlich der Überbauung der Gewerbeliegenschaft gegebenenfalls zu erweitern. Aus Ziff. IV.3 der Wegrechtsurkunde sowie der dazugehörigen Planbeilage 3 (. . .) ergibt sich jedenfalls, dass sämtlichen Eigentümern der Wohnhäuser ein Mitbenützungsrecht u.a. an den Besucherparkplätzen und dem Containerplatz zusteht, allerdings erst nach Erstellung der entsprechenden Anlagen. Aufgrund der Architektur musste zuerst die Strasse Y. gebaut werden, damit auch die Besucherparkplätze und der Containerplatz errichtet werden konnten (vgl. Planbeilage 3). Ebenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass der Einlenker irrtümlicherweise schmaler erstellt wurde, als bewilligt. Den beweisbelasteten Beklagten 1–4 und 6–15 wäre es freigestanden, zum Beweis ihrer Behauptung, U. AG habe die Strasse Y. nach ihren Wünschen gebaut und nie vorgehabt, die Strasse weiter auszubauen (. . .), die damaligen Vertreter von U. AG als Zeugen zu offerieren. Dies ist nicht erfolgt. Die Folgen der Beweislosigkeit sind von ihnen zu tragen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass bislang keine eigentliche Nutzung der Strasse Y. durch die jeweiligen Eigentümer von Grundstück Nr. 10 erfolgt ist, schliesslich liegt Grundstück Nr. 10 nach wie vor brach (. . .). Von einer (widerspruchslosen) Nutzung der (beschränkten) Wegrechtsfläche durch die Dienstbarkeitsberechtigten kann mithin nicht die Rede sein. Nichts Gegenteiliges kann sodann daraus abgeleitet werden, dass der Gemeinderat Z. im (. . .) 2008 eine Baubewilligung für einen Gewerbebau auf Grundstück Nr. 10 (rechtskräftig) erteilt hat (. . .). Dies zeigt lediglich, dass die Erschliessung für das damalige – nach Dienstbarkeitserrichtung und Bau der Strasse Y. noch einmal abgeänderte (. . .) – Projekt als hinreichend erachtet wurde. Ein Verzichtswille von U. AG kann daraus nicht abgeleitet werden.

Während die Strasse Y. auf Höhe des Einlenkers in den X.-Weg gegen Osten durch die Mauer der Tiefgarageneinfahrt begrenzt ist, grenzt sie gegen Westen an einen Randstein (in Form von zwei Reihen Pflastersteinen) mit anschliessender Rabatte (vgl. E. 3.3.3). Auf dieser Rabatte befindet sich ein grosser Felsblock bzw. Findling (. . .), welcher unbestrittenermassen von den Beklagten 1–4 und 6–15 dort positioniert wurde. Das Bundesgericht hat festgehalten, aufgrund der Duldung eines Mäuerchens oder eines Baumes durch den Dienstbarkeitsberechtigten könne nicht von einem Verzicht ausgegangen werden, denn eine Mäuerchen könne auch wieder

abgebrochen und ein Baum gefällt werden (Urteil des Bundesgerichts 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 5.7). Dies hat ebenso für den Felsblock und die durch einen Randstein abgegrenzte Rabatte zu gelten. Die bauliche Vergrößerung des Einlenkers in Richtung Westen ist somit mit überschaubarem Aufwand grundsätzlich möglich.

3.5.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht von einem eindeutigen konkludenten Verzicht seitens U. AG ausgegangen werden kann. Dementsprechend hat sich das Wegrecht, wie es sich nach der Stufenordnung von Art. 738 ZGB ergeben hat (E. 2.6), nicht ausserbuchlich verändert. Eine Diskrepanz zwischen tatsächlicher Rechtslage und Grundbucheintrag besteht nicht.

3.6 Den vorstehenden Erwägungen entsprechend sind die Klägerinnen in ihrem Vertrauen in den Grundbucheintrag und die Wegrechtsurkunde zu schützen und ihr Rechtsbegehren Ziff. 1 ist teilweise gutzuheissen. Das Wegrecht weist eine Breite von 6,3 m im Strassenverlauf und von 7,53 m beim Einlenker (lotrecht gemessen ab der Grenze von Grundstück Nr. 1 zum östlichen Grenzpunkt von Grundstück Nr. 11, beide GB Z.) auf. Der Einlenker ist «abgerundet» ausgestaltet und geht nach 1,97 m (senkrecht gemessen ab der gedanklich verlängerten, in West-Ost-Richtung verlaufenden Grundstücksgrenze von GS 11, GB Z.) in den Strassenverlauf über (E. 2.6). Ebenfalls teilweise gutzuheissen ist ihr Rechtsbegehren Ziff. 2. Die Klägerinnen sind im genannten Rahmen zum Ausbau der Strasse befugt (vgl. dazu E. 1.2).

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A1 2021 14 vom 20. Juli 2022
Das Urteil ist rechtskräftig.

4. Franchisevertrag

4.1 Nachvertragliches Konkurrenzverbot im Franchisevertrag

Regeste:

Anforderungen an ein in einem Franchisevertrag enthaltenes nachvertragliches Konkurrenzverbot. Analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 OR auf Subordinationsfranchising-Verträge. Im vorliegenden Fall bleibt es der Klägerin verwehrt, sich auf das im Franchisevertrag enthaltene nachvertragliche Konkurrenzverbot zu berufen, da sie dem Beklagten keine Karenzentschädigung ausgerichtet hat (E. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin A. B. AG führt und verwaltet unter der Firma «A.» eine Unternehmensgruppe im Bereich der Personal- und Unternehmensberatung.

Im Jahr 2018 schlossen die Klägerin (als Franchisegeberin), die A. AG V. (als Masterfranchisenehmerin) und der Beklagte C. (als Franchisenehmer) einen Franchisevertrag ab (hiernach «Franchisevertrag»). Gemäss Franchisevertrag war der Beklagte ab (...) 2018 als selbständiger Personalberater in der Niederlassung A. AG V. tätig, fokussiert auf die Branche (...) und den Grossraum V. (Ziff. 6, 10–11). Entsprechend gewährte die Klägerin dem Beklagten mit Wirkung ab (...) 2018 das Recht, unter dem Namen A. AG V. tätig zu sein und berechtigte ihn, das gesamte mit dem «A. Personalberatungssystem» verbundene Know-how zu nutzen. Der Beklagte verpflichtete sich unter anderem, dieses Geschäftssystem in allen Teilen zu übernehmen und einzuhalten (Ziff. 7–8). Nebst Bestimmungen zum Abrechnungsmodell (u.a. Ziff. 20) sieht der Franchisevertrag insbesondere ein nachvertragliches Konkurrenzverbot (Ziff. 24–25) vor. Als Gerichtsstand wurde Zug vereinbart (Ziff. 29).

Wie im Franchisevertrag (Ziff. 12) vorgesehen, gründete der Beklagte am (...) 2018 eine Gesellschaft, die C. GmbH, welche die Erbringung von Dienstleistungen als Personalvermittler und Unternehmensberater bezweckte. Nachdem der Beklagte im Jahr 2019 der Klägerin gegenüber erklärte, vom Franchisevertrag zurückzutreten, antwortete die Klägerin dem Beklagten, sie sei bereit, den Franchisevertrag per Ende (...) 2019 als aufgehoben zu betrachten. Am (...) 2020 beschloss der Beklagte bzw. die Gesellschafterversammlung die Auflösung der C. GmbH.

Am (...) 2020 reichte die Klägerin beim Kantonsgericht Zug gegen den Beklagten eine Klage ein, worin sie u.a. verlangte, der Beklagte sei zur Bezahlung einer Konventionalstrafe von CHF 150'000.00 zu verpflichten, weil er gegen das nachvertragliche Konkurrenzverbot verstossen habe. Der Beklagte schloss auf Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die Parteien sind sich vorliegend einig, dass der streitgegenständliche Vertrag als Franchisevertrag zu qualifizieren ist (...). Der Franchisevertrag lässt sich keinem herkömmlichen Vertragstypus des schweizerischen Rechts zuordnen. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt. Franchiseverträge dienen dem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über selbständige Händler oder Unternehmer, aber nach einer einheitlichen Vertriebskonzeption. Der einzelne Franchisenehmer vertreibt die vom Franchisegeber hergestellten bzw. organisierten Waren und Dienstleistungen zwar auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, befolgt dabei aber das einheitliche Absatz- und Werbekonzept, das ihm der Franchisegeber zur Verfügung stellt, erhält dessen Beistand, Rat und Schulung und verwendet dessen Namen, Marken, Ausstattungen oder sonstige Schutzrechte. Der Franchisegeber behält sich in der Regel das Recht vor, Weisungen zu erteilen und eine Kontrolle über die Geschäft-

stätigkeit auszuüben (Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.1; BGE 118 II 157 E. 2a).

Franchiseverträge treten in derart vielgestaltigen Erscheinungsformen auf, dass weder eine hinreichend scharfe begriffliche Umschreibung dieses Vertragstypus möglich erscheint noch ein für allemal gesagt werden könnte, welchen Rechtsregeln solche Verträge unterstehen. Das anwendbare Recht muss deshalb in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages ermittelt werden. Dabei wird der Vertrag selten einheitlich einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet werden können, herrscht doch bei Franchiseverträgen gewöhnlich nicht die Natur eines einzigen gesetzlichen Vertragstypus derart vor, dass typenfremde Elemente ohne weiteres darin aufgingen (Absorptionsprinzip). In der Regel muss vielmehr für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert geprüft werden, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen oder nach welchen Rechtsgrundsätzen sie zu beurteilen ist. Denn Franchiseverträge werden meist von mehreren verschiedenartigen Komponenten entscheidend geprägt, so namentlich von Elementen eines Überlassungsvertrages (Überlassung des Franchisepackage durch den Franchisegeber) und eines Arbeitsleistungsvertrages (Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers). Häufig finden sich auch Elemente des Warenlieferungsvertrages. Im gemeinsamen Ziel der Maximierung des Umsatzes kann – ähnlich wie beim Alleinvertretungsvertrag – zudem ein gesellschaftsvertraglicher Einschlag erblickt werden. Das rechtfertigt die Heranziehung von Normen des Gesellschaftsrechts insbesondere dann, wenn zwischen den Parteien nicht ein Unterordnungs-, sondern ein partnerschaftliches Verhältnis besteht (sog. Partnerschaftsfranchising). Ist hingegen der Franchisenehmer, wie dies typischerweise der Fall ist, dem Franchisegeber untergeordnet (sog. Subordinationsfranchising), tritt die Frage einer analogen Anwendung arbeitsvertrags- oder agenturvertragsrechtlicher Schutzvorschriften in den Vordergrund (Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.1; BGE 118 II 157 E. 2c).

(. . .)

5. Andererseits ist umstritten, ob der Beklagte gegen das nachvertragliche Konkurrenzverbot verstossen hat und deshalb eine Konventionalstrafe schuldet.

5.1 Die Parteien machen im Wesentlichen Folgendes geltend:

5.1.1 Nach Ansicht der Klägerin ist es dem Beklagten gestützt auf das im Franchisevertrag vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzverbot untersagt, im Radius von 80 km in und um V. konkurrenzierend tätig zu sein. Das Konkurrenzverbot erfülle die gesetzlichen Anforderungen, denn es sei zeitlich, räumlich und sachlich beschränkt sowie schriftlich vereinbart. Eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Beklagten sei ausgeschlossen (. . .). Zwar habe sich der Beklagte als Franchisenehmer auf die Branchen (. . .) fokussiert; das Konkurrenzverbot beziehe sich

aber auf die gesamte Tätigkeit der Klägerin (Personalvermittlung und Unternehmensberatung, (. . .)). Der Zweck der C. GmbH habe auch nach Vertragsende in der Personalvermittlung und Unternehmensberatung bestanden. Da deren Auflösung erst am (. . .) 2020 beschlossen worden sei, müsse davon ausgegangen werden, dass der Beklagte noch während rund eines Jahres nach Vertragsbeendigung entsprechende Dienstleistungen in und um V. erbracht habe (. . .). Überdies sei der Beklagte nach Vertragsbeendigung Partner bei der D. AG geworden, deren Zweck u.a. in der Vermittlung von Kader- und Fachpersonal liege. Dies entspreche exakt dem Zweck der Klägerin bzw. A. AG V.. D. AG sei zu (. . .) % für die (. . .)- und zu (. . .) % für die (. . .)-branche tätig. Da der Beklagte gegen das Konkurrenzverbot verstossen habe, schulde er die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 150'000.00 (. . .).

5.1.2 Der Beklagte wendet ein, die herrschende Lehre spreche sich für eine analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR auf in Franchiseverträgen enthaltene nachvertragliche Konkurrenzverbote aus. Begründet werde dies damit, dass der Franchise- und der Agenturvertrag enger miteinander verwandt seien als der Franchise- und der Arbeitsvertrag. Als selbständig Erwerbende seien der Agent und der Franchisenehmer von einem Konkurrenzverbot tendenziell stärker betroffen als ein Arbeitnehmer. Im Franchiseverhältnis herrsche in der Regel ein Machtgefälle zu Ungunsten des Franchisenehmers vor. Bei analoger Anwendung von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR müsse ein Konkurrenzverbot zwingend eine Karenzentschädigung vorsehen, andernfalls das Konkurrenzverbot ungültig sei. Eine Karenzentschädigung sei vorliegend aber nicht vereinbart worden (. . .). Bei Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen sei zwar keine Karenzentschädigung vorgeschrieben, inhaltliche Schranken seien aber ebenfalls zu beachten. So werde vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer Spezialkenntnisse erlangt habe, bspw. durch Einblicke in den Kundenkreis. Der Kundenkreis der Klägerin sei für die Vermittlungstätigkeit des Beklagten praktisch bedeutungslos gewesen, zumal die Datenbank der Klägerin nicht mehr aktuell gewesen sei. Er habe sich beinahe ausschliesslich seines eigenen umfassenden Netzwerks bedient. Damit sei ausgeschlossen, dass der Beklagte Spezialkenntnisse im rechtserheblichen Sinne habe erlangen können. Ausserdem erweise sich das Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand als geradezu krass grenzüberschreitend. So sei praktisch das gesamte Gebiet der Deutschschweiz betroffen. In sachlicher Hinsicht dürfe ein Konkurrenzverbot bei Kenntnissen über den Kundenkreis nicht weiter gehen, als die intensiven Geschäftsbeziehungen des Arbeitnehmers reichten. Schliesslich könne ein Konkurrenzverbot nur solange wirken, als dass der Arbeitgeber noch ein Interesse an der Geheimhaltung der Spezialkenntnisse habe. Mangels vermittelter Spezialkenntnisse fehle es der Klägerin von vornherein an einem solchen Interesse. Bei Gültigkeit des Konkurrenzverbots würde der Beklagte seiner Existenzgrundlage beraubt (. . .). Sodann macht der Beklagte geltend, seit Vertragsbeendigung nicht mehr in den Branchen (. . .) tätig gewesen zu sein (. . .).

5.2 Das im Franchisevertrag vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzverbot lautet

wie folgt (. . .): «Der Franchisenehmer verpflichtet sich, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung dieses Vertrages jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen. Insbesondere verpflichtet er sich, weder eine Firma, die ganz oder teilweise den gleichen Zweck wie die A. verfolgt, zu gründen, noch sich an einer solchen zu beteiligen, noch eine Stellung in einer solchen anzunehmen, für eine solche Firma Leistungen irgendwelcher Art zu erbringen oder bestehende beziehungsweise potentielle Kundschaft der A. abzuwerben (Ziff. 24). Das Konkurrenzverbot erstreckt sich auf das Vertragsgebiet, d.h.[.] im geographischen Bereich in und 80 Km um V.. Bei Zuwiderhandlungen gegen das Konkurrenzverbot schuldet der Franchisenehmer eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 150'000.- (Hundertfünfzigtausend). Durch die Bezahlung der Konventionalstrafe ist der Franchisenehmer vom Konkurrenzverbot befreit» (Ziff. 25). Eine Karenzentschädigung haben die Parteien unbestrittenermassen weder vereinbart, noch wurde eine solche bei Vertragsbeendigung ausgerichtet (. . .).

5.3 Dass die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots in einem Franchisevertrag grundsätzlich zulässig ist, ist in der Lehre anerkannt (statt vieler: Amstutz/Morin, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 160). Umstritten ist, welchen Anforderungen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot genügen muss bzw. welche gesetzlichen Bestimmungen (analog) zur Anwendung gelangen.

5.3.1 Die herrschende Lehre ist der Ansicht, Art. 418d Abs. 2 OR sei analog anwendbar, weshalb dem Franchisenehmer ein unabdingbarer Anspruch auf eine Karenzentschädigung zustehe. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, aufgrund des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes könne der Franchisenehmer trotz Wiedererlangen seiner Unabhängigkeit während einer bestimmten Zeit in seiner angesammlten Branche und in seinem Betrieb nicht mehr wirtschaften. Für einen selbständig Erwerbenden bedeute ein Konkurrenzverbot oftmals die Aufgabe der beruflichen Selbständigkeit, wohingegen der Arbeitnehmer als solcher die Branche wechseln könne. Die allgemeinen Schranken der Art. 27/28 ZGB und 19/20 OR böten hier keinen genügenden Schutz. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Franchisenehmers, welche sich aus dem typischerweise vorhandenen Unterordnungsverhältnis ergebe, rechtfertige die Übernahme der agenturvertragsrechtlichen Regel (Baudenbacher, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und im europäischen Recht, in: Kramer [Hrsg.], Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. A. 1992, S. 380; Amstutz/Morin, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. OR N 160; Huguenin, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A. 2019, Rz 3903; Giger, Systematische Darstellung der Franchisevertragsproblematik, 2016, S. 137; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, 2001, Rz 858 ff.; Fisch, Die Anwendbarkeit zwingenden Privatrechts auf Franchiseverträge, AJP 2016 S. 830 f.; Kull, Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes, in: Bäni/Obrist [Hrsg.], Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, 2014, S. 370; Schulthess,

Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, 1975, S. 192; wohl auch Lang, Rechtsschutz im Franchising durch vorvertragliche Information, 2014, S. 113). Das Handelsgericht Zürich hat sich in einem Fall, in welchem es (ebenfalls) um Franchising im Bereich Personalvermittlung und -beratung ging, dieser Lehrmeinung angeschlossen. Dabei hat es ausgeführt, die agenturvertraglichen Schutzvorschriften seien bei Franchiseverträgen, bei welchen die Elemente der Subordination überwiegen (Subordinationsfranchising), angemessen, weshalb Art. 418d Abs. 2 OR analog Anwendung finde (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 14. Juni 2001, in: ZR 102/2003 S. 49 f.).

Ein anderer Teil des Schrifttums spricht sich gegen einen Anspruch des einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot unterworfenen Franchisenehmers auf eine Karenzentschädigung aus. Die Ablehnung wird primär mit Verweis auf ein Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. April 1978 (SJZ 1981 S. 213 ff. und ZR 78/1979 S. 148 ff.) begründet. Das Obergericht hat in dieser Entscheidung – indes mit Bezug auf einen Alleinvertriebsvertrag – erwogen, die arbeitsvertragliche Regelung sei *lex posterior* zum Agenturrecht, weshalb der Gesetzgeber den Wertungsentscheid gegen eine nachvertragliche Karenzentschädigung im Arbeitsvertragsrecht (Art. 340–340c OR) bewusst getroffen haben müsse. Art. 418d Abs. 2 OR komme damit singulärer Charakter zu, was gegen eine analoge Anwendung spreche. Weiter wird vorgebracht, wenn die Schutzbedürftigkeit und die Integration in das Organisationskonzept der Vertragsgegenseite massgeblich sein solle, dann sei – wenn überhaupt – von einer Wertungskonkurrenz zum Arbeitsvertragsrecht und nicht von einer solchen zum Agenturrecht auszugehen, weshalb ein Anspruch des Franchisenehmers auf eine Karenzentschädigung ent falle (Wildhaber, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Vorb OR 184 ff./Franchisevertrag N 44; Kramer, Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsmittler, AJP 1997 S. 170 und Fn 42, indes mit Bezug auf den Alleinvertriebsvertrag; im Ergebnis gl.M. Wang, Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie, in: Kramer [Hrsg.], Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. A. 1992, S. 362 f., der seine Ablehnung aber primär mit Bedenken hinsichtlich der Bemessbarkeit der Karenzentschädigung begründet; ohne Begründung ablehnend: Ebnetter, Der Franchise-Vertrag, 1997, S. 173).

5.3.2 Die Frage der analogen Anwendung von arbeits- oder agenturvertraglichen Schutzvorschriften auf in Franchiseverträgen enthaltene nachvertragliche Konkurrenzverbote stellt sich nur dann, wenn ein Subordinationsfranchising vorliegt. Besteht zwischen den Parteien hingegen eher ein partnerschaftliches Verhältnis (Partnerschaftsfranchising), so überwiegt bei der Arbeitsleistung die gesellschaftsrechtliche Komponente. In diesem Fall sind die gesellschaftsrechtlichen Normen heranzuziehen, die keinen speziellen Schutz vor nachvertraglichen Konkurrenzverboten vorsehen (Cotti, a.a.O., Rz 858 m.H.). Ist von Subordinationsfranchising auszugehen, ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre Art. 418d Abs. 2 OR analog anzuwen-

den. Dem Franchisenehmer steht für ein nachvertragliches Konkurrenzverbot mithin zwingend eine Karenzentschädigung zu. Zur Begründung ist anzuführen, dass Ausnahmevorschriften zur Schliessung einer Gesetzeslücke dann analog anzuwenden sind, wenn ein nicht geregelter Sachverhalt dem durch die Ausnahmevorschrift geregelten ähnlich ist. Nicht der singuläre Charakter einer Norm entscheidet über deren Analogiefähigkeit, sondern die allfällige wertungsmässige Kongruenz der verglichenen Sachverhalte. Dieser methodische Einwand entkräftet die im vorstehenden Absatz wiedergegebene Argumentation des Obergerichts Zürich. Folgende Punkte sprechen für eine analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 (Satz 2) OR: Der Franchisevertrag und der Agenturvertrag sind enger miteinander verwandt als der Franchisevertrag und der Arbeitsvertrag, denn sowohl der Agent als auch der Franchisenehmer sind rechtlich selbständige Absatzmittler. Der Arbeitnehmer hingegen ist ein unselbständig Erwerbender, und seine Tätigkeit liegt nicht notwendig im Bereich der Absatzmittlung. Als selbständig Erwerbende werden der Agent und der Franchisenehmer von einem Konkurrenzverbot tendenziell stärker getroffen als ein Arbeitnehmer. Für einen selbständig Erwerbenden bedeutet ein Konkurrenzverbot oftmals die Aufgabe der beruflichen Selbständigkeit, wohingegen der Arbeitnehmer als solcher eher die Branche wechseln kann. Dem Franchiseverhältnis ist in der Regel ein Machtgefälle inhärent. Der Franchisegeber verwendet zumeist einen Formularvertrag, dessen Bestimmungen nicht einzeln ausgehandelt werden. Der Franchisenehmer ist bei Vertragsabschluss oftmals in einer «take it or leave it»-Position. Eine freiwillige Karenzentschädigung dürfte demzufolge kaum je vereinbart werden (vgl. Fisch, a.a.O., S. 830 f.; vgl. Cotti, a.a.O., Rz 858–860).

5.3.3 Wie hiernach darzulegen ist, ist der Franchisevertrag der Parteien als Subordinationsfranchising zu qualifizieren. Dem Beklagten oblag die Erbringung von Personal- und Unternehmensberatungsleistungen unter Beachtung und Befolgung des «A. Personalberatungssystems» (Ziff. 7–8). Der Beklagte arbeitete zwar selbständig, auf eigene Rechnung und Risiko (Ziff. 6 und 12), er stand jedoch gleichwohl in einem Unterordnungsverhältnis zur Klägerin bzw. Masterfranchisenehmerin. Er hatte sich seiner Aufgabe vollberuflich anzunehmen; die Aufnahme einer «betriebswirtschaftlich relevanten» Nebentätigkeit war ihm nur mit vorgängiger (schriftlicher) Erlaubnis der Masterfranchisenehmerin und unter Beteiligung derselben sowie der Franchisegeberin an den Nebeneinkünften möglich (Ziff. 19). Der Franchisevertrag schrieb einen Mindestumsatz von jährlich CHF 200'000.00 vor (Ziff. 20), was einer faktischen Absatzförderungspflicht gleichkommt. Dem Beklagten war es ferner nicht erlaubt, selber Rechnung an Kunden oder Dritte zu stellen (Ziff. 21). Weiter enthält der Franchisevertrag Vorschriften über die vom Beklagten zu führende Buchhaltung und das Recht der Klägerin, jederzeit darin Einsicht zu nehmen (Ziff. 16). Der Beklagte war verpflichtet, Richtlinien der «A.» und der Klägerin einzuhalten (Ziff. 12). Er übte seine Geschäftstätigkeit mit den ihm von der Masterfranchisenehmerin zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln aus (Büroräumlichkeiten, Sekretariat etc. [Ziff. 20]). Schliesslich hält der Vertrag ausdrücklich fest, dass sämtliche Kandidaten-

und Kundendaten im Eigentum der Klägerin bzw. A. stehen (Ziff. 23), und verbietet dem Beklagten, die Unternehmensgruppe der Klägerin nach Vertragsbeendigung zu konkurrenzieren (Ziff. 24 f.). Zwar enthält der Franchisevertrag auch kooperative Elemente (Partnermeetings bezüglich Marketingaktivitäten, Schulung, Strategien etc. [Ziff. 13]; Schiedsgericht [Ziff. 27]), diese treten aber gegenüber den oben erwähnten Elementen der Subordination in den Hintergrund. Der Franchisevertrag beschränkte den Beklagten somit in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit und führte zu einer nicht unerheblichen Abhängigkeit (vgl. zur Abgrenzung Subordinations- und Partnerschaftsfranchising: Urteil des Obergerichts Zürich LB120080 vom 4. April 2013 E. 3.1–3.5 und Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 14. Juni 2001, in: ZR 102/2003 S. 48 f.). Im Übrigen gehen die Parteien auch selbst von einem Subordinationsfranchising aus, denn sie verweisen jeweils entweder auf die arbeitsvertraglichen oder agenturvertraglichen Schutzvorschriften (Klägerin: (. . .); Beklagter: (. . .)), was bei einem Partnerschaftsfranchising gerade nicht erforderlich wäre (vgl. E. 5.3.2).

5.4 Bei diesem Ergebnis stellt sich die Frage, wie sich das Fehlen einer Karenzenschädigung auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot auswirkt. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass das Konkurrenzverbot entfällt, wenn es der Auftraggeber nach Auflösung des Agenturverhältnisses versäumt, die Karenzenschädigung zu bezahlen (Spühler, Zürcher Kommentar, 2000, Art. 418d OR N 34; Mathys, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], a.a.O., Art. 418d OR N 8; gl.M. Kull, a.a.O., S. 376, der zudem festhält, auch eine zu geringe Karenzenschädigung lasse das Konkurrenzverbot dahinfallen). Nach anderer Ansicht ist das nachvertragliche Konkurrenzverbot auch ohne Vereinbarung einer Karenzenschädigung gültig, sollte es aber wirksam werden, müsse der Auftraggeber dem Agenten vor Auflösung des Vertragsverhältnisses eine angemessene Entschädigung ausrichten (Cotti, a.a.O., Rz 228 mit Verweis auf Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. April 1978 E. 4, in: ZR 78/1979 S. 148 ff.). Damit kann festgehalten werden, dass die Wirksamkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots von der Ausrichtung einer (angemessenen) Karenzenschädigung abhängt. Dies gilt selbst dann, wenn der Agent den Vertrag selbst kündigt (vgl. BGE 95 II 143 E. II.3; Spühler, a.a.O., Art. 418d OR N 49). Das Gesagte hat analog auch für den Subordinationsfranchising-Vertrag zu gelten. Da die Klägerin dem Beklagten bei Vertragsbeendigung keine Karenzenschädigung ausgerichtet hat (E. 5.2), bleibt es ihr verwehrt, sich gegenüber dem Beklagten auf das im Franchisevertrag enthaltene nachvertragliche Konkurrenzverbot zu berufen und eine Konventionalstrafe geltend zu machen. Die Klage ist mithin teilweise abzuweisen und es erübrigt sich, auf die weiteren Behauptungen der Parteien (insbesondere bezüglich der Frage der Verletzung des Konkurrenzverbots) einzugehen.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A2 2020 46 vom 9. Januar 2023
Der Entscheid ist nicht rechtskräftig.

III. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 Art. 13 Abs. 1 BGFA, Art. 248 StPO

Regeste:

Art. 13 Abs. 1 BGFA, Art. 248 StPO – Im Entsiegelungsverfahren gemäss Art. 248 StPO besteht das Anwaltsgeheimnis gegenüber dem Entsiegelungsrichter im Umfang der prozessualen Mitwirkungsobliegenheiten nicht. Demgemäss kann der Anwalt in diesem Verfahren ohne Entbindung vom Anwaltsgeheimnis seinen prozessualen Obliegenheiten nachkommen und dem Zwangsmassnahmengericht die zur Durchführung der Triage nötigen Auskünfte erteilen.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 14 Abs. 1 lit. e EG BGFA ist die Aufsichtskommission zuständig für die Entbindung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom Berufsgeheimnis. Diese Aufgabe hat die Aufsichtskommission gestützt auf § 14 Abs. 4 EG BGFA an das Präsidium delegiert. Der Präsident der Aufsichtskommission ist daher zuständig zur Behandlung des vorliegenden Gesuchs.

2. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGFA unterstehen Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientenschaft anvertraut worden ist. Der anwaltlichen Berufspflicht kommt eine herausragende Bedeutung zu. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes, für einen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat unerlässliches Institut garantiert die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welche der Klient im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem Anwalt in seine Verhältnisse gewährt hat. Über den institutionellen Teilgehalt hinaus auf einer individualrechtlichen Ebene begründet die Verpflichtung und das Recht einer Anwältin oder eines Anwalts, sämtliche Informationen, die ihnen infolge ihres Berufes von Klienten anvertraut worden sind, geheim zu halten (Urteil des Bundesgerichts 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016 E. 2.1 f. mit Hinweisen). Am institutionellen Charakter des Berufsgeheimnisses ändert nichts, dass vertrauliche Informationen in gesetzlich angeordneten Ausnahmefällen offenzulegen sind. Eine Pflicht zur Offenlegung ist aber nicht leichthin anzunehmen. Vielmehr ist eine Durchbrechung des Grundsatzes der anwaltlichen Verschwiegenheit nur gerechtfertigt, wenn die übrige Rechtsordnung es gebietet. Vorausgesetzt sind ein höherrangiges öffentliches Interesse, eine gesetzliche Grundlage und die Beachtung der Verhältnismässigkeit. Auch in diesen Ausnahmefällen hat die Offenlegung hinsichtlich Personenkreis, Inhalt und Zeitpunkt schonungsvoll zu erfolgen (Nater/Zindel, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar

zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 13 BGFA N 96, mit Hinweis auf Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, Rz 570 ff.).

3. Nach Art. 248 Abs. 1 StPO sind Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben der Inhaberin oder des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, zu versiegeln und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden. Stellt die Strafbehörde ein Entsiegelungsgesuch, so entscheidet innerhalb eines Monats im Vorverfahren das Zwangsmassnahmengericht und in den anderen Fällen das Gericht, bei dem der Fall hängig ist, endgültig (Art. 248 Abs. 3 StPO). Das Gericht kann zur Prüfung des Inhalts der Aufzeichnungen und Gegenstände einer sachverständigen Person beiziehen (Art. 248 Abs. 4 StPO).

4. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trifft den Inhaber von zu Durchsuchungszwecken sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen, der ein Siegelungsbegehren gestellt hat, die prozessuale Obliegenheit, die von ihm angerufenen Geheimhaltungsinteressen ausreichend zu substantiieren und den Entsiegelungsrichter bei der Sichtung und Klassifizierung von Dokumenten zu unterstützen; auch hat er jene Dokumente oder Dateien zu benennen, die seiner Ansicht nach der Geheimhaltung unterliegen. Das gilt auch für Dokumente und Dateien, die unter das Anwaltsgeheimnis fallen. Entsprechend hat der Entsiegelungsrichter eine Sichtung der Daten und Gegenstände (sog. richterliche Triage) vorzunehmen. Dabei hat er zu prüfen, welche Gegenstände für eine Verwendung durch die Strafverfolgungsbehörden in Frage kommen und welche ausscheiden. Auch bei komplexen Datenmengen muss der Entsiegelungsrichter die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabe wahrnehmen und (zumindest) offensichtlich irrelevante Dateien von der Entsiegelung bzw. Herausgabe an die Untersuchungsbehörde aussondern. Zur Erleichterung der Triage, namentlich bei grossen Datenmengen, kann der Entsiegelungsrichter technische Experten und Hilfsmittel beiziehen, was namentlich dem Schutz von Geheimnis- und Persönlichkeitsrechten sowie der Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dienen kann (BGE 137 IV 189 E. 4.2 u. 5.1.2; BGE 141 IV 77 E. 5.5.1 u. 5.5.3; Urteil des Bundesgerichts 1B_349/2018 vom 13. März 2019 E. 1). Der Entsiegelungsrichter hat somit das Recht – und die Pflicht –, die Daten zu sichten, um aufgrund der Angaben des Inhabers der versiegelten Daten prüfen zu können, ob diese Daten aufgrund des geltend gemachten Geheimhaltungsinteresses tatsächlich nicht entsiegelt werden dürfen.

5. Daraus erhellt, dass ein vom Inhaber geltend gemachtes Geheimhaltungsinteresse, namentlich das Anwaltsgeheimnis, gegenüber dem Entsiegelungsrichter im Umfang der prozessualen Mitwirkungsobliegenheiten nicht besteht. Demgemäss kann der Gesuchsteller ohne Entbindung vom Anwaltsgeheimnis im Entsiegelungsverfahren seinen prozessualen Obliegenheiten nachkommen und dem ZMG Zürich die in den Verfügungen vom 11. und 19. Mai 2022 verlangten Auskünfte erteilen. Eine

Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch den Präsidenten der Aufsichtskommission ist damit entbehrlich. Auf das Entbindungsgesuch des Gesuchstellers ist daher mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Präsident der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 9. Juni 2022 (AP 2022 68)

2. Verfahrensrecht

2.1 Legitimation Dritter

Regeste:

Art. 419, 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB – Legitimation nahestehender Personen zur Anrufung der KESB bzw. zur Beschwerde im Interesse der verbeiständeten Person. Nahestehend im Sinne der genannten Bestimmungen sind Personen, die in einem Näheverhältnis zur verbeiständeten Person stehen, das so beschaffen ist, dass es als wahrscheinlich erscheint, dass sie deren Interessen kennen und wahrnehmen. Daran gebriecht es, wenn grundsätzliche Interessenkonflikte bestehen über Fragen, die unter die angefochtenen Massnahmen fallen. Eigene, persönliche Interessen können in jedem Fall – auch durch grundsätzlich nahestehende Personen – nur geltend gemacht werden, wenn sie rechtlich geschützt sind (E. 3.1).

In concreto: Interessenkonflikt zwischen Nachkomme und betagten Eltern bejaht; Näheverhältnis offen gelassen (E. 3.2).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 26. November 2020 wandte sich A. an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug (KESB) und beantragte gestützt auf Art. 419 ZGB im Wesentlichen, dass alle Handlungen der Beiständin ihrer Eltern (C. und D.; im Folgenden auch «Ehepaar CD.» genannt) im Zusammenhang mit dem Verkauf der elterlichen Liegenschaft F. sofort gestoppt würden. Dem gab die KESB mit den Entscheiden Nr. 2021/1437 (betr. C.) und Nr. 2021/1459 (betr. D.), beide datierend vom 29. September 2021, keine Folge.

B. Dagegen erhob A. am 28. Oktober 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

3. Zu prüfen ist als weitere Eintretensvoraussetzung vorab die Beschwerdelegitimation von A.. Diese macht geltend, sie sei als Tochter des verbeiständeten Ehepaars ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert und überdies auch Partei im Vorverfahren gewesen.

3.1 Art. 419 ZGB sieht vor, dass gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin sowie einer Drittperson oder Stelle, der die Erwachsenenschutzbehörde einen Auftrag erteilt hat, die betroffene Person sowie ihr nahestehende Personen und jede Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse hat, die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann. Rechtsprechungsgemäss sind nahestehende Personen grundsätzlich beschwerdeberechtigt, soweit sie Interessen der verbeiständeten Person geltend machen. Soweit sie indes eigene, persönliche Interessen geltend machen, ist die Beschwerde nur zulässig, wenn diese rechtlich geschützt sind (vgl. etwa Daniel Rosch, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, Art. 419 N 6, mit Hinweisen). Gleich verhält es sich gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB im anschliessenden Beschwerdeverfahren (vgl. etwa BGer 5A_721/2019 vom 8. Mai 2020 E. 2.3.1). Rechtsprechungsgemäss gilt als «nahestehend» im Sinne der genannten Bestimmungen nicht ohne Weiteres jede nahe verwandte Person. Gemeint sind vielmehr Personen, die in einem Näheverhältnis zu den Verbeiständeten stehen, das so beschaffen ist, dass es als wahrscheinlich erscheint, dass sie die Interessen der betroffenen Person(en) kennen und diese wahrnehmen. An dieser Eignung fehlt es explizit, wenn zwischen der betroffenen und der ihr allenfalls nahestehenden Person grundsätzliche Interessenkonflikte bestehen über Fragen, die unter die angefochtenen Massnahmen fallen (BGer 5A_322/2019 vom 8. Juli 2020 E. 2.3.3; 5A_112/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 2.5.2.2; Droese/Steck, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a.a.O., Art. 450 N 35). Diesfalls besteht eine Beschwerdelegitimation nur, wenn eigene, rechtlich geschützte Interessen geltend gemacht werden, die mit der angefochtenen Massnahme direkt zusammenhängen bzw. geschützt werden sollen (etwa: BGer 5A_721/2019, a.a.O., E. 2.3.2; 5A_422/2020 vom 25. November 2020 E. 1.4.4).

3.2

3.2.1 Festzustellen ist zunächst, dass die – jedenfalls im Vorverfahren sowie bei der Beschwerdenerhebung anwaltlich vertretene – Beschwerdeführerin nicht näher ausführt, inwiefern sie überhaupt nahestehende Person im soeben dargelegten Sinne ist, was glaubhaft zu machen wäre (vgl. etwa BGer 5A_663/2013 vom 5. November 2013 E. 3.2). Dass sie die Tochter der Verbeiständeten ist, reicht für sich allein nicht aus. Weder den Akten noch den eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin lassen sich Hinweise auf deren fortgesetzten Kontakt mit ihren betagten Eltern entnehmen. Wie es sich damit verhält, kann indes angesichts dessen offen bleiben, dass zwischen ihr und ihren Eltern offensichtlich ein Interessenkonflikt besteht:

3.2.2 Die Beschwerdeführerin macht primär eigene Interessen daran geltend, dass das Mehrfamilienhaus ihrer Eltern im Familienbesitz verbleiben soll. Insbesondere befürchtet sie, im Verkaufsfall die bis anhin von ihr gratis genutzte Wohnung verlassen sowie eine Schmälerung ihrer Erbschaft in Kauf nehmen zu müssen. Hierbei handelt es sich offensichtlich nicht um rechtlich geschützte Interessen, so dass

darauf nicht weiter einzugehen ist. Soweit sie sodann geltend macht, ein Verkauf der Immobilie widerspreche dem Interesse ihrer Eltern, legt sie weder dar noch ist ersichtlich, inwiefern dies der Fall sein soll. Hinzuweisen ist diesbezüglich darauf, dass ihre Eltern gegen die vorliegend angefochtenen, sie betreffenden, Entscheide der KESB vom 29. September 2021 offenbar keine Einwände angebracht haben. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich denn auch im Wesentlichen auf die – nicht weiter substantiierte – Behauptung, es sei der Wunsch ihrer Eltern gewesen, dass die Liegenschaft an sie übergehe. Weiter wirft sie der Beiständin etwa vor, sie hätte «die Ausgaben des Ehepaars CD. tief» halten müssen um dies zu ermöglichen, statt einen Verkauf der Liegenschaft anzustreben. Daraus erhellt in aller wünschenswerten Klarheit, dass ein Interessenkonflikt zu ihren betagten Eltern besteht und die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorgehen letztlich einzig ihre eigenen Interessen durchzusetzen trachtet. Dies findet nach dem in E. 3.1 vorstehend Ausgeführten keinen Rechtsschutz und verschafft insbesondere keine Aktivlegitimation im Sinne der Art. 419 oder 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB.

3.2.3 Zu keinem anderen Ergebnis führen die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Beiständin ihrer Eltern einen Verkauf der Liegenschaft ohne Not eingeleitet haben soll, obwohl das Besitzstandsinventar einen Aktivenüberschuss gezeigt habe. Auch damit macht sie nicht ein Interesse ihrer Eltern am Erhalt der Liegenschaft in deren Vermögen geltend. Im Gegenteil tritt hier erneut der bereits angesprochene Interessenkonflikt zutage: Es ist grundsätzlich von keiner Seite bestritten, dass das Vermögen des Ehepaars CD. einen Aktivenüberschuss aufweist. Die Notwendigkeit des Verkaufs der strittigen Liegenschaft begründete die Beiständin jedoch seit jeher mit dem akuten Liquiditätsmangel, der aktenkundig bereits vor Errichtung der Beistandschaften für das Ehepaar CD. bestand, bestehen doch Schulden in Höhe von insgesamt ca. Fr. 100'000.– bei Familienangehörigen des Ehemannes, die zwischenzeitlich in Betreuung gesetzt wurden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht bei dieser Ausgangslage gerade angesichts des vorhandenen (aber nicht liquiden) Aktivums die Aufgabe der Beiständin nicht darin, die Verbeiständeten zum Schutz des Erbes ihrer Tochter bzw. deren kostenloser Wohngelegenheit finanziell «an der möglichst kurzen Leine» zu halten oder sich auf Geschäfte einzulassen, die den Liquiditätsengpass höchstens kurzfristig zu beheben vermöchten (so etwa: Verkauf einer Wohneinheit im Stockwerkeigentum, wobei aktenkundig innert absehbarer Zeit grössere Sanierungskosten zu tragen wären).

3.2.4 Angesichts des Ausgeführten war bzw. ist die Beschwerdeführerin weder zur Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 419 ZGB noch zur Beschwerde gemäss Art. 450 Abs. 2 ZGB befugt. Mangels Aktivlegitimation zur Anrufung der KESB nach Art. 419 ZGB war ihre entsprechende Eingabe von der Vorinstanz als allgemeine Aufsichtsbeschwerde zu werten, und kam der Beschwerdeführerin demnach im vorinstanzlichen Verfahren nicht die Stellung einer Verfahrensbeteiligten zu (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1). Wie vorstehend ausgeführt, kommt ihr sodann im Beschw-

erdesverfahren weder als nahestehender Person (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2) noch aus eigenem, rechtlich geschütztem Interesse (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3) Beschwerdelegitimation zu.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2022 F 2021 46

Das Urteil ist rechtskräftig.

2.2 Verschiebung einer gerichtlich angesetzten öffentlichen Verhandlung

Regeste:

Art. 6 Ziff. 1 EMRK, § 11 Abs. 2 VRG – Gründe für die Verschiebung einer gerichtlich angesetzten öffentlichen Verhandlung sind nach Treu und Glauben unverzüglich mitzuteilen, im entsprechenden Gesuch unaufgefordert glaubhaft zu machen und zu belegen. Rechtsmissbräuchlich handelt, wer bei auf Montagmorgen angesetzter Verhandlung am Sonntagabend durch E-Mail an die Verfahrensleitung diffuse, seit mehreren Tagen bestehende «Covid-Symptome» geltend macht, ohne eine Erkrankung zu belegen oder die spontane Nachreichung etwa von ärztlichen Bescheinigungen oder Testergebnissen in Aussicht zu stellen (E. 2.1 f.). Auf eine Wiederholung oder Verschiebung der öffentlichen Verhandlung besteht bei rechtsmissbräuchlicher Säumnis kein Anspruch (E. 2.4).

Aus dem Sachverhalt:

A.

A.a Für den 1987 geborenen, autistischen und kognitiv eingeschränkten D. besteht eine Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 395 Abs. 1 ZGB. Diese wurde mit Errichtungsakt vom 10. März 2015 auf mehrere Personen übertragen. Bezüglich Administration und Finanzen wurde ein Berufsbeistand eingesetzt; mit KESB-Entscheid Nr. 2017/0070 vom 24. Januar 2017 erfolgte für diese Bereiche ein erster Wechsel der Beistandsperson. Hinsichtlich der Bereiche Gesundheit, Wohnen, Tagesstruktur/Arbeit und Soziales wurde A., Tante des Verbeiständeten, eingesetzt.

A.b (. . .) Mit Entscheid Nr. 2020/0482 vom 28. April 2020 entliess die KESB A. per 4. Mai 2020 aus ihrem Amt, was sie mit deren fehlender Eignung begründete. Gleichzeitig übertrug sie die bisher durch A. wahrgenommenen Aufgaben dem bisherigen Co-Beistand.

B.

B.a Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. Juni 2020 beantragt A. im Wesentlichen,

es sei der KESB-Entscheid Nr. 2020/0482 vom 28. April 2020 vollumfänglich aufzuheben und sie sei als Beiständin zu bestätigen. Weiter beantragt sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, die Rückweisung der «Rechtsschrift der KESB» zur Verbesserung sowie die Abnahme einer Vielzahl von Beweisen. Schliesslich verlangt sie die Wiederherstellung der mit dem angefochtenen Entscheid entzogenen aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

(. . .)

F. Anlässlich der Referentenaudienz vom 10. Mai 2022 legte die Referentin den Parteien die Rechtslage dar und machte Ausführungen zum weiteren Verfahrensgang im Sinne einer vorläufigen Auffassung im Erkenntnisprozess. (. . .) Die Beschwerdeführerin wurde begleitet von den Rechtsanwälten B. und E..

G. Nach Terminabsprache mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin – die KESB verzichtete mit Schreiben vom 13. Mai 2022 auf eine Teilnahme an der öffentlichen Verhandlung – wurden die Parteien am 16. Mai 2022 zur öffentlichen Verhandlung am 20. Juni 2022, 09:00 Uhr, geladen. Die Einladung wurde durch die Kanzlei des Rechtsvertreters am 18. Mai 2022 abgeholt.

(. . .)

H. Mit Eingabe vom 20. Juni 2022 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, es hätten sich bei ihm «in den vergangenen Tagen Covid-Symptome» gezeigt, weshalb er sich «für die nächsten Tage in Quarantäne befinde». Bei Rechtsanwalt E. hätten sich «ebenfalls seit Tagen einstweilen noch undefinierbare Erkältungssymptome, insbesondere eine starke Heiserkeit» gezeigt, dieser habe sich ausserdem «noch nicht ausreichend in den Fall eingearbeitet, dass er diese Verhandlung alleine führen könnte». Eine ärztliche Bescheinigung über die Verhandlungsunfähigkeit des Rechtsvertreters wurde der Eingabe weder beigelegt noch in Aussicht gestellt, sondern es wurde einzig angefügt: «Sollten Sie es für erforderlich halten, bin ich gerne bereit, Ihnen ein medizinisches Zeugnis zukommen zu lassen, das meine Verhandlungsunfähigkeit bestätigt». Bezüglich der Verhinderung von Rechtsanwalt E. wurde keinerlei Beweis offeriert. Ersucht wurde sodann um Verschiebung der öffentlichen Verhandlung auf den 30. Juni 2022.

Mit Blick auf die Dringlichkeit wurde der Rechtsvertreter von der Vorsitzenden ausnahmsweise mit E-Mail ebenfalls vom Sonntag, 19. Juni 2022, 20:16 Uhr, dahingehend orientiert, dass die Schlussverhandlung plangemäss stattfinde. Der entsprechende Hinweis erfolgte zudem auch zweimalig telefonisch gegenüber seiner Kanzlei (am 20. Juni 2022 kurz vor 08:00 Uhr sowie kurz vor 09:00 Uhr).

I. Am 20. Juni 2022 fand die von der Beschwerdeführerin verlangte öffentliche Ver-

handlung statt. KESB sowie Beiständin verzichteten ankündigungsgemäss auf die Teilnahme. Die Beschwerdeführerin fehlte unentschuldig. Auch eine Rechtsvertretung derselben erschien bis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung, eine Stunde nach Verhandlungsbeginn (d.h. bis um 10:00 Uhr), nicht. Die Kanzlei ihres Rechtsvertreters bestätigte auf zweimalige telefonische Nachfrage hin, dass weder die Beschwerdeführerin noch eine Vertretung erscheinen werde. Angesichts dessen zog sich das Gericht nach Eröffnung und Einleitung der Verhandlung zur Beratung zurück. Die Verhandlung wurde zu diesem Zweck unterbrochen. Um 10:00 Uhr wurde der Urteilspruch der anwesenden Öffentlichkeit eröffnet und summarisch begründet.

Aus den Erwägungen:

2. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin tat mit Eingabe vom 20. Juni 2022, bzw. am Vorabend des Verhandlungstags vorab per E-Mail, kund, dass weder er noch Rechtsanwalt E. – der als ebenfalls mit dem Fall vertrauter und mit Substitutionsvollmacht ausgestatteter Anwalt bereits an der Referentenaudienz vom 10. Mai 2022 teilgenommen hatte – an der öffentlichen Verhandlung teilnehmen würden. Dabei behauptete er, dass bei beiden Rechtsanwälten seit mehreren Tagen diffuse Krankheitssymptome bestünden. Bei ihm selber seien dies «Covid-Symptome» – erstaunlicherweise offenbar ohne, dass beim Rechtsvertreter als Risikopatient ein diesbezüglicher Test durchgeführt worden wäre –, während Rechtsanwalt E. durch starke Heiserkeit am Vortrag des bereits vorbereiteten Plädoyers gehindert werde und überdies in den Fall nicht hinreichend eingearbeitet sei.

2.1 Festzuhalten ist dazu zunächst, dass – in analoger Anwendung von § 11 Abs. 2 VRG sowie gemäss dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben – das Gericht eine behördlich angesetzte Frist oder einen behördlich angesetzten Termin erstrecken bzw. abnehmen kann, wenn vor Fristablauf ein Gesuch gestellt und ein ausreichender Grund glaubhaft gemacht wird. Dies ist hier nicht der Fall, weshalb das Verschiebungsgesuch abzuweisen ist. Zwar meldete der Rechtsvertreter dem Gericht am Vorabend der öffentlichen Verhandlung gesundheitliche Unpässlichkeiten sowohl seiner eigenen Person als auch seines Stellvertreters. Davon, dass er diese glaubhaft gemacht hätte, kann indes keine Rede sein. So erstaunt in höchstem Masse, dass der über 70-jährige, offenbar krebskranke Rechtsvertreter lediglich auf in den vergangenen Tagen aufgetretene «Covid-Symptome» verweist, ohne indes entweder eine Covid-Infektion zu belegen bzw. auf ausstehende Testresultate zu verweisen oder auch nur im Entferntesten zu erläutern welcher Natur die behaupteten Symptome sein sollten und inwiefern ihn diese an der Verhandlungsteilnahme hindern sollten. Hinsichtlich der Wahrung und Erstreckung von Fristen kommt nicht der Untersuchungsgrundsatz zum Tragen, und es ist nicht am Gericht, allfällige Beweismittel anzufordern. Was insbesondere die Abnahme bzw. Erstreckung angeht, sagt bereits das Gesetz klar, dass durch den Gesuchsteller – unaufgefordert – ein ausreichender Grund glaubhaft zu machen ist damit eine Verschiebung oder Erstreckung

in Frage kommt. Dieser Obliegenheit ist der Rechtsvertreter nicht nachgekommen, weder hinsichtlich seiner eigenen Unpässlichkeit noch bezüglich derjenigen seines Stellvertreters, für dessen Verhinderung er allfällige Beweisofferten nicht einmal im Ansatz erwähnt. Daran ändert nichts, dass letzterer sich offenbar «noch nicht ausreichend in den Fall eingearbeitet» habe. Abgesehen davon, dass mit Fug bezweifelt werden darf, dass Rechtsanwalt E. – nachdem er bereits an der Referentenaudienz vom 10. Mai 2022 teilgenommen hatte – nicht hinreichend eingearbeitet gewesen wäre um ein Plädoyer zu verlesen, oblag es klarerweise dem Rechtsvertreter, angesichts seines allgemein schlechten Gesundheitszustands für sorgfältige Einarbeitung eines Vertreters besorgt zu sein. Ein allfälliges Versäumnis in dieser Hinsicht stellt jedenfalls keinen ausreichenden Grund für eine Verschiebung der von langer Hand angesetzten öffentlichen Verhandlung dar.

2.2 Es kommt hinzu, dass Rechtsvertreter (und Parteien) nach Treu und Glauben dem Gericht Verhinderungsgründe bezüglich angesetzter Verhandlungstermine unverzüglich mitzuteilen haben. Unverzüglich bedeutet nicht erst am Sonntagabend per E-Mail an die Verfahrensleitung, wenn der Verhinderungsgrund seit – mindestens – Freitag bekannt ist (gemäss Wortlaut der Eingabe vom 20. Juni 2022: «in den vergangenen Tagen» bzw. «ebenfalls seit Tagen»). Ein solches Vorgehen ist rechtsmissbräuchlich und verdient bereits aus diesem Grund keinen Rechtsschutz (vgl. etwa BGE 143 III 666 E. 4.2). Dies gilt umso mehr, als mit dem Zeitpunkt der Übermittlung (am Sonntagabend vor dem Verhandlungstag) und dem Verzicht auf die Vorlage jedweder verifizierbarer Belege das Gericht offensichtlich in eine Position gedrängt werden sollte, in der es über keine Zeit mehr verfügen würde, vor dem Entscheid über das Verschiebungsgesuch das Eintreffen allfälliger Beweismittel abzuwarten und diese zu prüfen.

2.3 Schliesslich fällt – im Sinne einer Eventualbegründung bei Annahme ausreichender Gründe für die Abwesenheit der Rechtsanwälte B. und E. – auch eine Abwägung des Interesses der Beschwerdeführerin an einer rechtskundigen Vertretung anlässlich der Schlussverhandlung vom 20. Juni 2022 gegenüber den öffentlichen und privaten Interessen (insbesondere von D.) an der Beurteilung der Sache innert angemessener Frist klar zugunsten einer Durchführung der öffentlichen Verhandlung wie geplant am 20. Juni 2022 aus:

2.3.1 Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 EMRK verschafft den Parteien einen Anspruch, ihre Sache mündlich und öffentlich verhandeln zu lassen und damit auch an die Öffentlichkeit zu tragen, u.a. um das Funktionieren der Justiz transparent zu machen (vgl. etwa BGE 142 I 188 E. 3.2.1). Angesichts des bereits stattgefundenen, ausgedehnten Schriftenwechsels, stand denn hier auch offensichtlich und grundsätzlich unbestritten dieser Aspekt der Öffentlichkeit der Verhandlung im Fokus. Der Beschwerdeführerin war es ein «dringendes Anliegen, dass die Öffentlichkeit und auch die Medien [. . .] in geeigneter Weise in Kenntnis gesetzt werden». Dieses Ziel einer Darstel-

lung des eigenen Standpunkts vor Öffentlichkeit und Medien erforderte keineswegs zwingend die Anwesenheit des Rechtsvertreters. Der Beschwerdeführerin sowie ihren Rechtsvertretern war seit Anfang Mai bekannt, dass in der anberaumten Verhandlung einzig und einseitig ihr Standpunkt zu hören sein würde, hatte doch die Gegenpartei bereits unmittelbar im Anschluss an die Referentenaudienz vom 10. Mai 2022 ihren Verzicht auf Teilnahme kundgetan. Entsprechend war bekannt, dass in öffentlicher Verhandlung einzig das durch den Rechtsanwalt vorbereitete Plädoyer zu verlesen sein würde. Für diesen Vorgang war offensichtlich keine vertiefte Einarbeitung in das Dossier erforderlich, wie dies etwa bei Anwesenheit der Gegenpartei und mithin der Durchführung einer eigentlich kontradiktorischen Verhandlung ggf. notwendig gewesen wäre. Demnach hätte sich eine Substitution des unpässlichen Rechtsvertreters durch einen Berufskollegen oder eine Berufskollegin aufgedrängt, zumal – nebst Rechtsanwalt E. – noch sechs weitere substitutionsbevollmächtigte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zur Verfügung gestanden hätten; alternativ hätte es dem Rechtsvertreter oblegen, seine Klientin für die Verlesung des Plädoyers entsprechend zu instruieren. Dass auch die Beschwerdeführerin selber am Datum der Verhandlung unpässlich gewesen wäre oder ausserstande, das von ihrem Rechtsvertreter vorbereitete Plädoyer vorzulesen, wird nicht geltend gemacht.

2.3.2 Ein allfälliges Interesse der Beschwerdeführerin an rechtskundiger Begleitung erscheint angesichts des Ausgeführten im konkreten Fall, in dem die öffentliche Verhandlung primär der Herstellung der Öffentlichkeit bei im Übrigen bereits ausführlich dargelegten Standpunkten der Parteien diene, zum vornherein als geringfügig und vermochte eine Verschiebung umso weniger rechtfertigen, als es in der Sache um die Beistandschaft für einen stark eingeschränkten jungen Mann geht, bei dem durch die Beistandsperson in naher Zukunft Entscheide getroffen werden müssen bezüglich der weiteren langfristigen Wohnsituation. Der aktuelle Schwebезustand bezüglich der Person der Beiständin ist den Interessen des Verbeiständeten offensichtlich abträglich und für ihn belastend. Es besteht mit anderen Worten – jedenfalls seit Februar 2022 mit dem Austritt von D. aus dem bisherigen Wohnheim – eine erheblich gesteigerte Dringlichkeit. Realistischerweise konnte zudem nicht damit gerechnet werden, dass eine erneute Verhandlung vor dem Herbst 2022 stattfinden könnte. Dies nicht zuletzt mit Blick auf den angeschlagenen Gesundheitszustand des Rechtsvertreters, der – in Kombination mit dessen Weigerung, dem Gericht für den Zeitraum seiner mehrmonatigen Verhandlungsunfähigkeit zu Beginn des Jahres 2022 einen Stellvertreter zu benennen – bereits die Durchführung der Referentenaudienz um mehrere Monate verzögert hatte sowie die nahende Sommerferienzeit. Lediglich am Rande zu erwähnen ist dabei, dass der dem Rechtsvertreter nunmehr «genehme» Verhandlungstermin vom 30. Juni 2022 – der nota bene von ihm noch im Mai als nicht passend abgelehnt worden war – im Urteilszeitpunkt nicht mehr zur Verfügung stand. Damit wird offenbar, dass eine Verschiebung der öffentlichen Verhandlung absehbar eine (weitere) Verfahrensverzögerung, allenfalls um mehrere Monate, nach sich gezogen hätte, was den Interessen des Verbeiständeten an einem

raschen Entscheid und einer Klärung der Situation in stossender Weise entgegenge-
standen hätte.

2.4 Zusammenfassend wurden ausreichende Gründe für die Säumnis der Beschwerdeführerin sowie ihres Rechtsvertreters an der öffentlichen Verhandlung vom 20. Juni 2022 nicht glaubhaft gemacht. Selbst die entschuldbare Abwesenheit des Rechtsvertreters hätte überdies eine Verschiebung angesichts der Umstände des Einzelfalls nicht zu rechtfertigen vermocht. Entsprechend ist ihr Fernbleiben von der öffentlichen Verhandlung vom 20. Juni 2022 als Verzicht auf die Teilnahme zur Kenntnis zu nehmen. Die von ihr gewünschte öffentliche Verhandlung fand ankündigungsgemäss am 20. Juni 2022, ab 09:00 Uhr, mit Urteilsverkündung um 10:00 Uhr, statt, womit ihre aus Art. 6 Abs. 1 EMRK fliessenden Rechte gewahrt wurden. Auf eine Wiederholung oder Verschiebung der öffentlichen Verhandlung bei rechtsmissbräuchlicher, unentschuldbarer Säumnis der Beschwerdeführerin sowie ihres Rechtsvertreters besteht kein Anspruch (vgl. analog BGE 131 I 185 E. 3.2.4; zum mitnichten absoluten Anspruch auf eine öffentliche, mündliche Verhandlung vgl. weiter etwa EGMR Gankin and others v. Russia vom 31. Mai 2016, Nr. 2430/06, 1454/08, 11670/10 und 12938/12, § 26).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Juni 2022 F 2020 18

Das Urteil ist rechtskräftig.

B

Stichwortverzeichnis

B Stichwortverzeichnis

Aktionäuml;rsdarlehen , 87

Aufenthaltsortes des Kindes, 91

Familiennachzug nach Adoption, 6

Legitimation, 124

Ordre public, 6

Wegzug ins Ausland, 91