



# Inhaltsverzeichnis

## A

Gerichtspraxis	5
<b>I</b>	
Staats- und Verwaltungspraxis	6
1 Denkmalschutz	6
2 Sozialversicherungsrecht	20
3 Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	40
4 Ergänzungsleistungen	49
5 Ausländerrechtliche Administrativhaft	61
6 Steuerrecht	65
<b>II</b>	
Zivilrecht	79
1 Gesellschaftsrecht	79
2 Vertragsrecht	83
<b>III</b>	
Strafrecht	93
1 Strafprozessrecht	93
2 Jugendstrafrecht	95
<b>IV</b>	
Rechtspflege	104
1 Anwaltsrecht	104

# A

Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungspraxis

### 1. Denkmalschutz

#### 1.1 §§ 2 und 25 Abs. 1 DMSG

##### **Regeste:**

§§ 2 und 25 Abs. 1 DMSG – Mit der wiederholten Verwendung des Wortes «äusserst» und insbesondere der entsprechenden Ersetzung des Wortes «sehr» im Rahmen der Revision des DMSG im Jahr 2019 hat der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung verschärfen wollen. Das Wort «äusserst» darf jedoch nicht restriktiver ausgelegt werden als der anhand der Originalfassungen des Granada-Abkommens zu verstehende Begriff «herausragend». Die Kantonsschule Zug erfüllt die geltenden Anforderungen des DMSG für eine Unterschutzstellung nicht.

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

Die im Eigentum des Kantons Zug stehende Kantonsschule Luegeten liegt im Zuger Quartier Loreto. Die Schulanlage am Lüssiweg wurde 1971–1975 vom Zuger Architekturbüro Hafner und Wiederkehr erstellt (Trakt 1, 2, 3, 5, 8). Für die Umgebungsgestaltung zeichnete der Zürcher Landschaftsarchitekt Fred Eicher verantwortlich. 1981–1991 realisierten Erich Weber und Fredy Schmid Architekten, Cham, die Erweiterungsbauten Trakt 4, 6, 7 sowie den südöstlichen und einen östlichen Anbau an Trakt 8. 1990–1992 erfolgte im Hauptgebäude ein Umbau von Schmid und Partner, Zug, mit Einbau der neuen Mediathek anstelle der früheren Mensa. 1999 erweiterte die Architekten Erich Weber AG, Cham, die Mediathek. 2001–2003 erstellten Enzmann und Fischer Architekten, Zürich, einen Ergänzungsbau für die Geistes-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften (Trakt 9). Die jüngsten baulichen Ergänzungen des Ensembles betrafen 2016 neue provisorische Schulräume nordwestlich der Anlage und 2018 den Neubau einer Dreifachturnhalle (beide Gebäude von Wiederkehr Krummenacher Architekten, Zug), die nördlich des Innenhofes zu stehen kamen, zwischen dem Hauptgebäude (Trakt 1–3) und Trakt 8.

Die Gebäudegruppe Kantonsschule mit den Assek.-Nrn. 2557a, b und c ist seit dem 11. August 2014 im Inventar der schützenswerten Denkmäler des Kantons Zug aufgeführt; im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) ist sie innerhalb der Umgebungszone XII Loreto/Luegeten (mit Aufnahmekategorie b, Erhaltungsziel b) als Baugruppe 0.0.40 «Kantonsschule Luegeten, erste Bauphase 1971–1975», mit einem «Hinweis» erwähnt.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 beantragte die Baudirektion des Kantons Zug bei der Direktion des Innern, die Schutzwürdigkeit der Gebäude der Kantonsschule Zug am Lüssiweg 22–28 abschliessend zu klären und sie aus dem Inventar zu entlassen. Die Gebäude aus den 1970er-Jahren seien sanierungsbedürftig, verschiedene Bauteile hätten das Ende ihrer Lebensdauer erreicht. Weiter sei die Kantonsschule ein wichtiger

Bestandteil der kantonalen Mittelschulplanung. Der Standort solle auch in Zukunft beibehalten und an die aktuellen schulischen Bedürfnisse angepasst werden können. Vor diesem Hintergrund habe das Hochbauamt eine Machbarkeitsstudie in Varianten erarbeitet. Der Lenkungsausschuss habe diese zur Kenntnis genommen.

Am 7. Dezember 2017 führte die – zwischenzeitlich aufgrund der Teilrevision des Denkmalschutzgesetzes (DMSG) aufgehobene – kantonale Denkmalkommission einen Augenschein vor Ort durch. In ihrer anschliessenden Sitzung beschloss die Denkmalkommission, der Direktion des Innern die Unterschutzstellung des Objekts zu beantragen. Am 5. Juni 2018 stellte die Direktion des Innern den Entwurf des Unterschutzstellungsbeschlusses der Standortgemeinde und der Eigentümerschaft zur Stellungnahme zu. Am 6. Juli 2018 stimmte der Stadtrat von Zug der Unterschutzstellung zu. Mit Schreiben vom 6. August 2018 nahm die Baudirektion vom Unterschutzstellungsentwurf Kenntnis, verzichtete jedoch auf eine inhaltliche Stellungnahme.

Am 31. Januar 2019 beschloss der Kantonsrat eine Teilrevision des DMSG. Dagegen wurde in der Folge das Referendum ergriffen. In der Volksabstimmung vom 24. November 2019 stimmte die Zuger Stimmbevölkerung der Teilrevision des DMSG mit einem Ja-Anteil von 65,53 % zu. Am 14. Dezember 2019 trat der neue Erlass in Kraft.

Am 26. Mai 2020 teilte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug dem Stadtrat von Zug mit, seine Neubeurteilung der Gebäudegruppe Kantonsschule habe ergeben, dass beim hier interessierenden Objekt die Anforderungen an ein Schutzobjekt gemäss § 25 Abs. 1 lit. a DMSG nicht erfüllt seien. Die Kantonsschule mit den Assek.-Nrn. 2557a, 2557b und 2557c auf GS Nr. 3070, Lüssiweg 22–26, in Zug, solle daher nicht unter Schutz gestellt werden. Der Stadtrat werde gebeten, mitzuteilen ob er mit der beantragten Nicht-Unterschutzstellung und Entlassung des genannten Objekts aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler einverstanden sei. Mit Beschluss vom 16. Juni 2020 stimmte der Stadtrat von Zug der Nicht-Unterschutzstellung sowie der nachfolgenden Entlassung des Objekts aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler zu.

Mit Beschluss vom 30. Juni 2020 entschied der Regierungsrat des Kantons Zug, die Gebäudegruppe Kantonsschule Lüssiweg 22–26, Zug, GB Zug GS Nr. 3070, werde nicht unter kantonalen Denkmalschutz gestellt.

Gegen den Beschluss des Regierungsrats reichten der Schweizer Heimatschutz, Zürich, und der Zuger Heimatschutz, Zug, am 30. Juli 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein.

Mit Verfügung vom 4. September 2020 sistierte das Gericht das Beschwerdever-

fahren bis zur Erledigung des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens betreffend das DMSG.

Mit BGE 147 I 308 vom 1. April 2021 hiess das Bundesgericht die bei ihm eingereichte Beschwerde teilweise gut, indem es § 25 Abs. 4 DMSG in der Fassung vom 31. Januar 2019 aufhob. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

### **Aus den Erwägungen:**

3.

3.1 Am 14. Dezember 2019 traten die Änderungen des DMSG vom 31. Januar 2019 in Kraft. Die Übergangsbestimmungen sehen vor, dass Verfahren betreffend die Unterschutzstellung bzw. Inventarentlassung von Denkmälern, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hängig sind, nach neuem Recht abgeschlossen werden (§ 44 Abs. 1 DMSG). Demnach sind vorliegend die neuen, ab 14. Dezember 2019 gültigen Bestimmungen des DMSG anwendbar.

3.2 Das DMSG umschreibt in § 2 den Begriff des Denkmals. Nach diesem Gesetz sind Denkmäler Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung hiezu stehende bewegliche Objekte, die einen äusserst hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert darstellen (zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein). Objekte, deren Schutz erwogen wird, sind im Inventar der schützenswerten Denkmäler festzuhalten (§ 5 und § 21 Abs. 1 Satz 1 DMSG). Objekte, an deren Erhaltung ein äusserst hohes öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen (§ 4 DMSG). Der Regierungsrat entscheidet über die Unterschutzstellung eines Denkmals, falls der Schutz des Denkmals nicht einvernehmlich durch öffentlich-rechtlichen Vertrag mit der Eigentümerschaft zustande kommt (§ 10 Abs. 1 lit. a DMSG). Gestützt auf § 25 Abs. 1 DMSG beschliesst er über die Unterschutzstellung und den Schutzzumfang, wenn das Denkmal von äusserst hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist (zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein; lit. a), das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen oder anderweitige öffentliche Interessen überwiegt (lit. b), die Massnahme verhältnismässig ist und eine langfristige Nutzung ermöglicht wird (lit. c), die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen (lit. d).

3.3 Die Revision des DMSG per 14. Dezember 2019 führte nach der im Jahr 2008 durchgeführten Revision (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrats zur Revision vom 22. Januar 2008, Vorlage Nr. 1629.1, Laufnummer 12598) bezüglich der Unterschutzstellungsvoraussetzungen nochmals zu einer Verschärfung, indem der in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG aufgelistete Wert neu äusserst hoch sein muss. Ziel der Revision

war, im Rahmen der kantonalen Zuständigkeit strengere Voraussetzungen für den Schutz eines Objektes festzusetzen und dabei die Interessen der betroffenen Grundeigentümer stärker zu berücksichtigen. Das Gesetz enthält keine genauere Umschreibung der bei der Rechtsanwendung zu beachtenden Massstäbe. Die erhöhten Anforderungen gründen auf der Beschlussfassung der vorberatenden Kommission des Kantonsrats, welche ohne weitere Diskussion mit neun zu sechs Stimmen einem Antrag auf Änderung des «sehr hohen Wertes» zu «äusserst hohem Wert» in § 2 Abs. 1 DMSG entsprach. Die analoge Abänderung in § 4 Abs. 1 DMSG wurde mit neun zu fünf Stimmen bei einer Enthaltung gutgeheissen. Den Antrag, dass für die Schutzwürdigkeit eines Objekts nicht nur ein Kriterium, sondern zwei der drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, nahm die Kommission mit zwölf zu drei Stimmen an. Der Antrag auf Abänderung in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG wurde stillschweigend übernommen (vgl. Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 25. Juni 2018, Vorlage Nr. 2823.3, Laufnummer 15810). Was die Prüfung der Verhältnismässigkeit betrifft, so unterliegt diese als allgemeines Verfassungsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV an sich der uneingeschränkten gerichtlichen Kognition. Verlangt aber bereits die Anwendung einer Gesetzesvorschrift gestützt auf unbestimmte Rechtsbegriffe eine Abwägung, hat das Gericht diese gegenüber dem Entscheid der Vorinstanz mit Zurückhaltung zu beurteilen (vgl. Marco Donatsch, in: Kommentar zum VRG des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 50 N 33).

Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann umso eher bejaht werden, je höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist. Das öffentliche Interesse verlangt, dass ein Baudenkmal recht eigentlich aus anderen Objekten herausragt und von bedeutendem kulturellem Wert ist (vgl. Walter Engeler, *Das Baudenkmal im schweizerischen Recht*, 2008, S. 48 f., 205 f.). Ein Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter wird durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal (vgl. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege, *Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz*, 2007, S. 13). Bei den für die Denkmalwürdigkeit in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG geforderten Qualifikationen der äusserst hohen Werthaltigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Davon spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte Norm räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrats zu beurteilen sind. Bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ebenfalls eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt in diesen Fällen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend

durchgeführt wurden (BGE 135 II 384 E. 2.2.2). Es hat mehrfach festgehalten (vgl. BGer 1C\_555/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.1, 1C\_543/2009 vom 15. März 2010 E. 2.3), dass «bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen hat, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks berücksichtigt. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können. Schliesslich gilt auch für Denkmalschutzmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Danach müssen staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein. Ein Grundrechtseingriff ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht.» Dabei ist aber festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzbedürftigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können. Je schutzwürdiger eine Baute ist, umso geringer sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (BGer 1C\_55/2011 vom 1. April 2011 E. 7.1 mit Verweisen).

#### 4.

4.1 Mit BGE 147 I 308 hiess das Bundesgericht am 1. April 2021 eine von Privatpersonen eingereichte Beschwerde teilweise gut und hob § 25 Abs. 4 DMSG in der Fassung vom 31. Januar 2019 auf. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Mit § 25 Abs. 4 DMSG hob das Bundesgericht diejenige Bestimmung des Gesetzes auf, wonach Objekte, die jünger als 70 Jahre alt sind, nicht gegen den Willen der Eigentümerschaft unter Schutz gestellt werden, sofern sie nicht von regionaler oder nationaler Bedeutung sind (s. dazu BGE 147 I 308 E. 7.5). Diese Thematik ist jedoch im vorliegenden Verfahren nicht von Relevanz, weil der Regierungsrat in seinem Beschluss die für eine Unterschutzstellung notwendigen Erfordernisse von § 25 Abs. 1 lit. a–c DMSG per se verneinte und mit dem Alter der Kantonsschule Lüssiweg (weniger als 70 Jahre) gar nicht argumentierte.

#### 4.2

4.2.1 Gemäss dem Bundesgericht verletzen die von den Beschwerdeführern im bundesgerichtlichen Verfahren bemängelte Verwendung des Worts «äusserst» in § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG sowie das Erfordernis des Vorliegens von mindestens zwei Wertkriterien in § 2 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG Bundesrecht nicht, sofern die Gesetzesnovelle gemäss dem Übereinkommen vom

3. Oktober 1985 zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa (sog. Granada-Übereinkommen; SR 0.440.4; für die Schweiz am 1. Juli 1996 in Kraft getreten) ausgelegt wird. Diesbezüglich wies es die Beschwerde ab.

4.2.2 Das Granada-Übereinkommen verlangt den Erlass geeigneter Vorschriften zum Schutz von Baudenkmalern (Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen) und verpflichtet jede Vertragspartei, wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen (Art. 4 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen). Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

«Art. 1

Das baugeschichtliche Erbe im Sinne dieses Übereinkommens umfasst folgende unbewegliche Kulturgüter:

1. Baudenkmäler: Alle Bauwerke von herausragendem geschichtlichem, archäologischem, künstlerischem, wissenschaftlichem, sozialem oder technischem Interesse, mit Einschluss zugehöriger Einrichtungen und Ausstattungen;

...

Art. 3

Jede Vertragspartei verpflichtet sich:

1. gesetzliche Massnahmen zum Schutze ihres baugeschichtlichen Erbes zu treffen;  
2. geeignete Vorschriften zu erlassen, um den Schutz der Baudenkmäler, Baugruppen und Stätten zu gewährleisten.

Art. 4

Jede Vertragspartei verpflichtet sich:

1. wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen;  
2. zu verhindern, dass geschützte Kulturgüter verunstaltet, beeinträchtigt oder zerstört werden. In diesem Sinne verpflichten sich die Vertragsparteien, falls dies noch nicht geschehen ist, gesetzlich vorzuschreiben,

a) dass jede beabsichtigte Zerstörung oder Veränderung von Baudenkmalern, die bereits geschützt sind oder für die Schutzmassnahmen eingeleitet worden sind, wie auch jede Beeinträchtigung ihrer Umgebung der zuständigen Behörde unterbreitet wird;

b) ...

c) dass die Behörden vom Eigentümer eines geschützten Objektes verlangen können, gewisse Arbeiten durchzuführen, oder dass sie selber diese Arbeiten durchführen können, wenn der Eigentümer säumig ist;

d) dass ein geschütztes Objekt enteignet werden kann.»

4.2.3 Das Bundesgericht führte, soweit dies für den vorliegenden Fall relevant ist, in seinem Entscheid Folgendes aus: Obwohl die im Granada-Übereinkommen aufgestellt-

ten Grundsätze und Regeln verpflichtend seien, belassen sie den Staaten einen erheblichen Spielraum für deren Umsetzung. Insbesondere bezwecke die Konvention nicht eine Rechtsvereinheitlichung, sondern definiere lediglich einen Minimalstandard (BBl 1995 III 445, 451). Damit könnten die einzelnen Staaten die Kriterien für die Unterschutzstellung auch weitgehend selbst bestimmen, solange sie tauglich seien, den Zweck der Granada-Konvention zu erfüllen, bzw. damit nicht in Widerspruch träten oder diesen unterliefen. Der Kanton Zug stelle in den fraglichen Bestimmungen hohe Anforderungen an die Schutzgewährung. Dass es deswegen gar keine geschützten Objekte mehr geben werde, sei jedoch nicht ersichtlich. Es verstehe sich auch, dass der Kanton bei der Umsetzung seines Rechts die aufgrund von Art. 78 Abs. 2–5 BV ergangenen Schutzvorschriften des Bundes und dabei insbesondere das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) und dessen Umsetzungserlasse wie namentlich die Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1) sowie die Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS; SR 451.12) zu beachten haben werde. Nach Art. 1 Ziff. 1 der Granada-Konvention in der deutschsprachigen Fassung seien Baudenkmäler von «herausragendem . . . Interesse» zu schützen. Gemäss der Schlussbemerkung des Abkommens seien allerdings gleichermassen die französisch- und englischsprachigen Originalfassungen und nicht die deutsche Übersetzung verbindlich. Danach seien «monuments . . . particulièrement remarquables» bzw. «monuments of conspicuous . . . interest» zu schützen. Diese Formulierungen indizierten weniger strikte Anforderungen als die deutschsprachige Version. Das in der Gesetzesnovelle des Kantons Zug mehrfach verwendete Wort «äusserst» dürfe demnach nicht restriktiver ausgelegt werden als der anhand der Originalfassungen des Granada-Abkommens zu verstehende Begriff «herausragend». Der Zuger Gesetzgeber habe an sich keinen Hehl daraus gemacht, die gesetzliche Regelung mit der wiederholten Verwendung des Wortes «äusserst» und insbesondere der entsprechenden Ersetzung des Wortes «sehr» in der bisherigen Fassung von § 4 Abs. 1 DMSG verschärfen zu wollen. Bei einer freien Prüfung des Gesetzestexts wäre das möglicherweise von Belang. Mit Blick auf die erforderliche Völkerrechtskonformität sei jedoch lediglich zu prüfen, ob das neue Gesetz anhand der Granada-Konvention und deren Massstab ausgelegt werden könne, woran die konkrete Wortwahl nichts ändere. Es erscheine insoweit nicht ausgeschlossen, die neuen Bestimmungen, in denen das Wort «äusserst» vorkomme, im Sinne des Granada-Abkommens zu verstehen, auch wenn dadurch der gesetzgeberische Wille abgeschwächt werde. Insofern könne die Gesetzesnovelle demnach konventionskonform ausgelegt werden und verletze sie Bundesrecht nicht (BGE 147 I 308 E. 7.2 f.).

Auch bezüglich der Vorgabe, dass für die Anerkennung von Schutzwürdigkeit kumulativ mindestens zwei der in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG definierten Kriterien erfüllt sein müssen, liegt gemäss dem Bundesgericht kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vor. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass gemäss Art. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 der Granada-Konvention alle Bauwerke von herausragen-

dem geschichtlichen, archäologischen, wissenschaftlichen, sozialem oder technischem Interesse zu schützen seien. Dies werde erhärtet durch den Explanatory Report to the Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe, wonach lediglich die «compliance with one or more of the[se] criteria» erforderlich sei (S. 5 des Reports). Es sei jedoch davon auszugehen, dass sich ohnehin in jedem schutzwürdigen Fall zumindest jeweils zwei der drei in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG genannten Kriterien überlagerten. So sei ein kulturell oder heimatkundlich interessantes Objekt zwangsläufig auch von wissenschaftlichem bzw. ein heimatkundliches von kulturellem Interesse und umgekehrt. Das Kumulationserfordernis stosse insofern ins Leere und vermöge eine Schutzwürdigkeit nicht zu verhindern. Auch die fragliche Bestimmung lasse sich daher in diesem Sinne völker- und bundesrechtskonform auslegen.

5.

5.1 Das Verwaltungsgericht zieht aus dem BGE 147 I 308 folgende Schlüsse: Das Bundesgericht anerkennt, dass der Gesetzgeber des Kantons Zug im Rahmen der kantonalen Zuständigkeit strengere Voraussetzungen für den Schutz eines Objekts festsetzen und dabei die Interessen der betroffenen Grundeigentümer stärker berücksichtigen wollte. Mit der wiederholten Verwendung des Wortes «äusserst» und insbesondere der entsprechenden Ersetzung des Wortes «sehr» in der bisherigen Fassung von § 4 Abs. 1 DMSG habe man die gesetzliche Regelung verschärfen wollen. Der Kanton Zug stelle, so das Bundesgericht, in den fraglichen Bestimmungen zwar hohe Anforderungen an die Schutzgewährung. Das sei aber durchaus zulässig, sofern die Anwendung im Sinne des Granada-Abkommens erfolge. Gemäss diesem Abkommen sind Bauwerke von herausragendem geschichtlichem, archäologischem, künstlerischem, wissenschaftlichem, sozialem oder technischem Interesse zu schützen. Für das Verwaltungsgericht bedeutet dies auf der einen Seite, dass seit der Gesetzesrevision nur Objekte in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler einzutragen sind, bei denen das öffentliche Interesse an ihrem Erhalt höher als sehr hoch ist. Das führt unweigerlich dazu, dass aufgrund der Revision weniger Objekte unter Denkmalschutz gestellt werden, wie dies auch der Zuger Stimmbevölkerung in den Abstimmungserläuterungen zur Teilrevision des Denkmalschutzgesetzes vom 31. Januar 2019 dargelegt wurde. Der Kantonsrat hat im Übrigen der Gesetzesänderung im Wissen darum zugestimmt, dass die vorberatende Kommission diese damit begründete, es solle eine Fokussierung auf Objekte stattfinden, die einen ausgesprochen hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen und das Gesetz in dieser Hinsicht verschärft werden (Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 25. Juni 2018, Vorlage Nr. 2823.3, Laufnummer 15810). Eine restriktivere Anwendung des Denkmalsbegriffs bzw. eine Erhöhung der Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung ist somit gewollt und sowohl demokratisch als auch rechtlich legitimiert. Auf der anderen Seite scheint das Bundesgericht anzudeuten, dass eine strikte Anwendung des Wortes «äusserst» im DMSG wohl

gegen die Granada-Konvention verstösst und daher nicht zulässig wäre. Tatsächlich schliesse dies vermutlich Objekte aus, die ebenfalls in hohem Masse zum Kulturgüter- und damit Identitätserhalt beitragen. «Äusserst hoch» kann in diesem Zusammenhang eigentlich nur noch mit «extrem hoch» gesteigert werden, was den Denkmalschutz praktisch obsolet machen würde. Um dem Gesetzgebungsauftrag nachzukommen (Verschärfung der Anforderungen an eine Unterschutzstellung, indem ein Denkmal von mehr als sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert sein muss [wobei zwei von drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen]), ohne gegen das Völkerrecht zu verstossen, legt daher das Bundesgericht fest, dass das Wort «äusserst» nicht restriktiver ausgelegt werden darf als der anhand der Originalfassungen des Granada-Abkommens zu verstehende Begriff «herausragend». Dieser Richtschnur ist zu folgen.

5.2 Im Folgenden ist zu prüfen, ob der regierungsrätliche Entscheid – die Nichtunterschutzstellung der Kantonsschule Lüssiweg, Zug, – der gerichtlichen Überprüfung standhält. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, dass eine Unterschutzstellung nur in Frage kommt, wenn ein Objekt von mehr als sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert ist (wobei zwei von drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen). Und ebenfalls ist noch einmal darauf aufmerksam zu machen, dass das Gericht Zurückhaltung zu üben hat, auch wenn eine andere Bewertung, als sie der Regierungsrat vorgenommen hat, allenfalls denkbar wäre.

### 5.3

5.3.1 Der Regierungsrat stützte sich in seinem Nichtunterschutzstellungsbeschluss vom 30. Juni 2020 im Wesentlichen auf einen Fachbericht des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie vom 3. November 2017 (Bf-Beil. 4), gemäss welchem die Kantonsschule Zug nach Ansicht des Amtes die damals geltenden Anforderungen für eine Unterschutzstellung erfüllte (sehr hoher kultureller und heimatkundlicher Wert), aus dem der Regierungsrat jedoch den Schluss zog, dass die inzwischen erhöhten Anforderungen (äusserst hoher Wert) nicht mehr erfüllt seien. Im Fachbericht wurde ausgeführt, die aus mehreren kubischen Baukörpern gebildete, in Materialien, Farben und Formen sehr sorgfältig gestaltete Anlage der Kantonsschule Zug sei ein sehr qualitativvolles und wichtiges Zeugnis des Schulbaus der 1970er-Jahre. Sie sei nicht nur ein wichtiges Glied im Werk der für Zug sehr bedeutenden Architekten Hafner und Wiederkehr, sondern präge auch das Quartier Luegeten/Loreto wesentlich. Die Schulbauten seien daher von sehr hohem kulturellem und heimatkundlichem Wert und sollten unter Schutz gestellt werden. Zum Schutzzumfang gehörten die Bauten der ersten Etappe von Hafner und Wiederkehr (Trakte 1–3, 5 und 8, siehe Plan Erhaltungsziele S. 7), die Aussenanlage des Landschaftsarchitekten Fred Eicher sowie das von den Architekten zusammen mit Willy Rotzler entworfene Konzept für die Kunst am Bau in der gleichen Schulanlage. Die vom Hochbauamt erstellte und von der Denkmalpflege begleitete Machbarkeitsstudie zeige auf, dass eine Gesamterneuerung

der Anlage und Anpassung an die heutigen schulischen Bedürfnisse auch unter Berücksichtigung der denkmalpflegerischen Schutzziele möglich sei. Durch die Beschränkung des Schutzzumfangs auf die Ursprungsbauten von 1971–1975 bestehe zudem ein grosser Planungsspielraum. Mit einem sorgfältigen Sanierungs- und Umbaukonzept könnten die Qualitäten der kulturell sehr wertvollen Anlage erhalten und gestärkt werden. Den architektonischen Ausdruck der Bauten bestimme das spannungsvolle Nebeneinander der kubischen Baukörper mit ihrer einheitlichen Fassadenstruktur. Der Funktionalismus, ein Resultat einer pragmatischen Haltung während der Hochkonjunktur der Nachkriegsjahrzehnte, zeige sich hier in einer gekonnten Verbindung von einer einfachen konstruktiven Struktur, der zeitgenössischen Materialisierung und einer straffen, rationalen Grundrissentwicklung. Die Reduktion auf einzelne Volumen, Formen, Farben und Materialien, die spielerisch zusammengesetzt seien, und die grosse Sorgfalt bei der Detailgestaltung seien charakteristische Elemente der Architektur von Hafner und Wiederkehr. Verwiesen sei hier, so der Fachbericht weiter, auf die konstruktiv äusserst bemerkenswerte Haupttreppe des Obergymnasiums oder das Kunstkonzept, welches sich in die Architektur einfüge. Die Architekten hätten eine Schulanlage geschaffen, die sich auszeichne durch klare kubische Gestaltung, ausgewogene Proportionierung, spannungsreiche Materialisierung und zurückhaltenden, aber gezielten Farbeinsatz. Sie stelle ein wichtiges Entwicklungselement im Werk der für Zug bedeutenden Architekten dar. Lage, Formensprache und Materialisierung machten die Schulanlage Luegeten zu einem wichtigen Zeugen eines Schulhausbaus der 1970er-Jahre. Verunklärend wirkten die späteren Erweiterungsbauten von Erich Weber und Fredy Schmid, welche die Sprache der 1970er-Jahre nur partiell fortführten.

5.3.2 Auch im Antrag der Direktion des Innern (DI-Beil. 13), welcher am 5. Juni 2018 der Stadt Zug und dem Regierungsrat zur Stellungnahme zugestellt wurde, wurde die Unterschutzstellung der Kantonsschule Lüssiweg 22–28 als Baudenkmal von regionaler Bedeutung – ebenfalls vor dem Hintergrund der damals geltenden Gesetzgebung – noch bejaht. Die Gebäude hätten einen sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert. Die Direktion des Innern führte aus, die regional bedeutenden Architekten Hafner und Wiederkehr hätten bei der Kantonsschule Zug Themen weitergeführt, die sie kurz zuvor beim Lehrerseminar St. Michael in Zug (1959–1961) erprobt und entwickelt hätten, und welche im Schulhaus Freudenberg von Jacques Schrader (1956–1960) in Zürich einen prägenden Vorgänger hätten. Die Architektur zeige eine zeitbedingte, zweckorientierte Zurückhaltung, die bereits auf spätere Bauten der Architekten verweise. Wie im Baarer Schulhaus Sternmatt II (Wettbewerb 1976) beschwöre die einfache, rationale Fassadenstruktur aus Stahl, Glas und Beton Bilder der Technik. Die rote Stahlrahmenkonstruktion stehe unter dem Einfluss der Entwicklung des Bauens mit vorfabrizierten Bauelementen und gleichzeitig in der Tradition der sogenannten Solothurner Schule, einer losen Gruppierung von jungen Architekten, welche die Architektur in der Schweiz in den 1960er- und 1970er-Jahren wesentlich geprägt hätten und die gerade für Schulbaut-

en wegweisend gewesen seien. Die Schulanlage Luegeten von 1971–1975 sei ein äusserst typischer Schulbau der 1970er-Jahre. Mit ihrem architektonischen Konzept, der sorgfältigen Durchgestaltung der Proportionen, Farben und Materialien sowie der Integration eines umfassenden Kunst-am-Bau-Konzepts widerspiegle sie in exemplarischer Weise die Strömung der späten Nachkriegsarchitektur in der Schweiz. Trotz der späteren Erweiterungen, welche das architektonische Konzept an einzelnen Stellen verunklärt hätten, sei dieser Charakter bis heute spürbar. Die historische Bausubstanz der Ursprungsbauten sei in den wesentlichen Teilen mitsamt den bauzeitlichen Oberflächen und der Kunst am Bau noch erhalten. Die Kantonsschule Zug sei ein herausragender Zeuge der Architektur der 1970er-Jahre im Kanton Zug und daher von sehr hoher kultureller Bedeutung. Sie stehe am nordöstlichen Rand des Siedlungsgebiets der Stadt Zug, am Übergang zur Landwirtschaftszone. Gegenüber dem Nordosttrakt schliesse die Ortsbildschutzzone Lüssi an. Mit ihrer klaren kubischen Architektur und der charakteristischen gerasterten Fassade präge die Kantonsschule Luegeten die Gegend massgeblich mit. Sie bette sich volumetrisch zurückhaltend in die Hanglage ein, setze aber gleichzeitig mit ihrer Architektursprache einen deutlichen Akzent: Sie stehe für den Aufschwung der Nachkriegszeit, als Zug mit Wohnquartieren nach Norden expandiert sei und auch die benachbarte Gemeinde Baar stetig an Wohnbevölkerung zugenommen habe. Als Zeugin dieser Siedlungsentwicklung in den 1960er- und 1970er-Jahren wie auch als markanter Abschluss der Neubauquartiere am Rande zur Landwirtschaftszone komme der Kantonsschule Luegeten deshalb ein sehr hoher heimatkundlicher Wert zu. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Kantonsschule Lüssiweg, Assek.-Nrn. 2557a (Trakt 1–3), 2557b und 2557c, GS Nr. 3070 in Zug, einen sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert habe.

5.3.3 Im hier angefochtenen Beschluss vom 30. Juni 2020, der auf der neuen Gesetzgebung basiert, wonach ein Denkmal einen äusserst hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen muss, beurteilte der Regierungsrat den Wert der Kantonsschule Lüssiweg 22–28 wie folgt: Abklärungen der Denkmalpflege hätten ergeben, dass die Schulanlage Luegeten zwar ein zeittypischer Vertreter des Schulbaus um 1970 sei, dass sie aber weder ein besonders frühes noch ein besonders herausragendes Beispiel für diesen Bautyp darstelle. Die Erkenntnisse, die aus dem Gebäude für die Architektur- und Kunstgeschichte der Region gewonnen werden könnten, seien daher nicht von einem derart grossen Interesse, dass von einem äusserst hohen wissenschaftlichen Wert gesprochen werden könne. Die Schulanlage bestehe aus mehreren Baukörpern. Sie sei geprägt von zeitgenössischen Materialien, einer rationellen Bauweise und Funktionalismus. Die Schulanlage verfüge über einfache und den Funktionen entsprechend gegliederte Baumasse, eine konstruktive Struktur und eine rationelle Grundrissentwicklung. Mit ihrem architektonischen Konzept, das auch die Kunst integriere, stelle die Anlage einen typischen Schulbau der Nachkriegsmoderne dar. Im Vergleich mit den anderen Schulbauten derselben Epoche im Kanton Zug – etwa dem Lehrerseminar St. Michael in

Zug (1959–1961), dem ehemaligen Seminar Bernarda in Menzingen (1955–1958, heute Kantonsschule Menzingen) oder dem Schulhaus Sternmatt in Baar (1957) – seien die Bauten der Kantonsschule Zug aber späte Vertreter dieser Architekturströmung. Ausserdem hätten die späteren Erweiterungen der 1980er-Jahre mit diagonal eingepassten neuen Gebäuden und Passerellen die ursprünglich streng orthogonale Gliederung verunklärt. Trotz ihrer Zeugenschaft für die städtebauliche Entwicklung der 1960er- und 1970er-Jahre komme der Schulanlage deshalb aus architekturhistorischer Perspektive keine äusserst hohe Bedeutung im Sinne des teilrevidierten DMSG zu. Luftbilder aus der Bauzeit zeigten, dass die Kantonsschule zum Zeitpunkt ihrer Erstellung in einer weitgehend un bebauten Umgebung gestanden habe. Wie eine Ansammlung von Würfeln habe sie in die Landschaft gesetzt geschienen und damals sehr prägend gewirkt. Zwischenzeitlich habe sich dieses Quartier stark entwickelt, die verschiedenen Siedlungsteile seien zusammengewachsen. Die damals landschaftsprägende Wirkung der Schulanlage sei heute infolge der baulichen Entwicklung der Umgebung nicht mehr spürbar. Es lasse sich daher nicht länger eine äusserst hohe heimatkundliche Bedeutung des Objekts feststellen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der erforderliche äusserst hohe wissenschaftliche, kulturelle oder heimatkundliche Wert für die Gebäudegruppe Kantonsschule nicht gegeben und eine Unterschutzstellung dieses somit nicht als herausragend zu qualifizierenden Objekts nicht zu verfügen sei.

5.4 Das Gericht schliesst sich dem Amt für Denkmalpflege und Archäologie, der Direktion des Innern und dem Regierungsrat an, dass die Kantonsschule Lüssiweg einen sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert hat. Es geht aber auch mit dem Regierungsrat einig, dass ein darüber hinaus gehender Wert nicht gegeben ist, wie er gemäss dem teilrevidierten DMSG für eine Unterschutzstellung verlangt wird (s. dazu auch E. 5.1). Etwas anderes kann auch dem Fachbericht des Amts für Denkmalpflege und Archäologie (Stand: 3. November 2017; Bf-Beil. 4) nicht entnommen werden. Einzig der (undatierte) Antrag der Direktion des Innern (DI-Beil. 13) führt aus, die Kantonsschule Zug sei ein herausragender Zeuge der Architektur der 1970er-Jahre im Kanton Zug. Diese allein dastehende Aussage wird aber erstens dadurch relativiert, dass das Amt für Denkmalpflege und Archäologie in seinem Fachbericht ausführt, die Schulanlage stelle nur – aber immerhin – ein wichtiges Entwicklungselement im Werk der für Zug bedeutenden Architekten Hafner und Wiederkehr dar. Weiter führt das Amt aus, Lage, Formensprache und Materialisierung machten die Schulanlage Luegeten zu einem (nur) wichtigen Zeugen eines Schulhausbaus der 1970er-Jahre. Das Wort «herausragend» findet sich an keiner Stelle des Fachberichts des Amts für Denkmalpflege und Archäologie zur Kantonsschule Lüssiweg 22–28. Und zweitens hat der Regierungsrat den entsprechenden Antrag der Direktion des Innern nie behandelt bzw. zu seinem Beschluss gemacht, so dass nicht gesagt werden könnte, der Regierungsrat habe den Bauten jemals einen herausragenden Wert zugesprochen. Vielmehr ist entsprechend der Ansicht des Regierungsrats – und entgegen der Meinung des Beschwerdeführers – da-

rauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass die Bauten der Kantonsschule Zug späte Vertreter des Schulbaus der Architekturströmung der Nachkriegsmoderne sind, einen wesentlichen Einfluss hat. Frühen Werken, die eine Epoche einleiten, ist ein höherer kultureller Wert zuzusprechen als späteren. Es kommt hinzu, dass es im Kanton Zug weiterhin mehrere Schulbauten dieser Architekturströmung gibt, so etwa das Lehrerseminar St. Michael in Zug (heute: Pädagogische Hochschule Zug), das ehemalige Seminar Bernarda in Menzingen (heute: Kantonsschule Menzingen) oder das Schulhaus Sternmatt in Baar – wohlgerneht allesamt Projekte der Architekten Hafner und Wiederkehr. Das Verwaltungsgericht hat schon einmal zum Ausdruck gebracht, dass von einer herausragenden und einzigartigen Bedeutung, wie sie das teilrevidierte DMSG für eine Unterschutzstellung verlangt, nicht ausgegangen werden kann, wenn ein Objekt in ähnlicher Ausstattung im Kanton nicht selten ist (vgl. VGer ZG V 2019 12 vom 17. Dezember 2019 E. 4). Und schliesslich stimmt das Gericht dem Regierungsrat auch zu, wenn dieser darauf hinweist, dass die späteren Erweiterungen der Schulanlage Lüssiweg 22–28 mit diagonal eingepassten neuen Gebäuden und Passerellen die ursprünglich streng orthogonale Gliederung verunklärt haben, was ebenfalls dazu beiträgt, dass der Schulanlage aus architekturhistorischer Perspektive keine äusserst hohe kulturelle Bedeutung zukommt.

5.5 Ein Denkmal hat einen heimatkundlichen Wert, wenn ihm eine hohe identitätstiftende Bedeutung für einen Ort oder eine Region zukommt. Dies ist der Fall, wenn das Denkmal das Ortsbild oder die Landschaft prägt, wenn es an ein historisches Ereignis oder an eine Persönlichkeit erinnert, die für den Ort sehr wichtig waren (Amt für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug, Merkblatt «Was ist ein Denkmal?», Juni 2021). Die bauliche Entwicklung der Umgebung der Kantonsschule Zug hat dazu geführt, dass die ehemals landschaftsprägende Wirkung der Schulanlage in der zum Zeitpunkt ihrer Erstellung weniger stark bebauten Umgebung heute in geringerem Mass spürbar ist als früher. Eine äusserst hohe heimatkundliche Bedeutung des Objekts kann daher nicht festgestellt werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Gebäudegruppe Kantonsschule im ISOS innerhalb der Umgebungszone XII Loreto/Luegeten (mit Aufnahmekategorie b, Erhaltungsziel b) als Baugruppe 0.0.40 «Kantonsschule Luegeten, erste Bauetappe 1971–1975», mit einem «Hinweis» erwähnt ist. Auch bezüglich des heimatkundlichen Werts werden somit die Anforderungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG nicht erfüllt.

5.6 Mit dem wissenschaftlichen Wert der Kantonsschule Lüssiweg argumentiert der Beschwerdeführer nicht. Es ist denn auch offensichtlich, dass die Schulanlage nicht die für die Forschung äusserst hohe Bedeutung hat, wie sie in § 2 Abs. 1 sowie § 25 Abs. 1 lit. a DMSG für eine Unterschutzstellung verlangt wird.

5.7 Im Übrigen ist dem Regierungsrat zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass neben dem Interesse an der Erhaltung von Bauwerken im vorliegenden Fall auch andere öffentliche Interessen, insbesondere bildungspolitische und raumplanerische

Interessen, sowie Verhältnismässigkeitsüberlegungen einer Unterschutzstellung entgegenstehen. Angesichts steigender Schülerzahlen und entsprechendem Schulraumbedarf ist es wichtig, dass die Kantonsschule in ihrer Weiterentwicklung flexibel bleibt. Um dies zu erreichen, ist sie auf eine flexible, d.h. uneingeschränkte Nutzung des fraglichen Objekts angewiesen. Die Klassen werden grösser, und die gegebenen Strukturen des Objekts entsprechen nicht mehr heutigen schulischen Erfordernissen. Die vorhandenen Klassenzimmer mit ihren ca. 60 m<sup>2</sup> sind zu klein für Vollklassen. Sie sind aber auch nicht zur Verwendung als Gruppenräume geeignet, da sie hierfür wiederum zu gross sind. Der Kanton ist also auf eine freie Nutzung des Rohbaus angewiesen, um den vorhandenen Mankos des Objekts baulich beizukommen. Es kommen energetische Überlegungen hinzu. Insbesondere würden geschützte Fassaden die Erreichung heute akzeptabler Dämmwerte zu vernünftigen Preisen verunmöglichen. Eine Sanierung könnte im Unterschutzstellungsfall bloss in ungenügender Masse erfolgen und wäre unnötig kostenintensiv.

5.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Regierungsrat kein Recht verletzt hat, indem er festgestellt hat, dass bei der Gebäudegruppe Kantonsschule weder ein äusserst hoher wissenschaftlicher noch ein äusserst hoher kultureller oder ein äusserst hoher heimatkundlicher Wert gegeben und daher eine Unterschutzstellung dieses Objekts nicht zu verfügen ist. Die gegen den Regierungsratsbeschluss eingereichte Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. April 2022 V 2020 44

Auf eine Beschwerde gegen das Urteil ist das Bundesgericht mit Entscheid 1C\_308/2022 vom 19. Juli 2023 nicht eingetreten.

## 2. Sozialversicherungsrecht

### 2.1 Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 17 Abs. 1 und 43 Abs. 1 ATSG, Art. 87 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IVV

#### **Regeste:**

Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 17 Abs. 1 und 43 Abs. 1 ATSG, Art. 87 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IVV – Die Geburt von Kindern rechtfertigt die Durchführung eines Revisionsverfahrens, weil damit zumindest möglicherweise ein Statuswechsel von Voll- zu Teilerwerbstätigkeit verbunden ist, was näherer Abklärung bedarf (E. 2.3 und 4). In welchem Ausmass die versicherte Person im hypothetischen Gesundheitsfall nach der Geburt von Kindern erwerbstätig wäre, ist möglichst individuell-konkret zu bestimmen, wobei es der IV-Stelle in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes obliegt, den Sachverhalt abzuklären. Erst nach sorgfältiger Sachverhaltsabklärung darf im Falle eines Beweisnotstands auf natürliche Vermutungen zurückgegriffen werden (E. 2.4). Eine natürliche Vermutung, wonach eine 50% übersteigende Erwerbstätigkeit bei jungen Müttern mit zwei Kleinkindern jeglicher Wahrscheinlichkeit entbehre und unrealistisch sei, findet in der heutigen Lebenswirklichkeit sowie den entsprechenden statischen Daten keine Stütze und erweist sich als geschlechterdiskriminierend (E. 5.1). Vorliegend hat die IV-Stelle zu Unrecht primär gestützt auf eine entsprechende Vermutung die Versicherte nach Geburt ihrer beiden Kinder neu als Teilerwerbstätige qualifiziert, ohne den massgeblichen Sachverhalt weiter abzuklären, und insbesondere auch ohne die von der Versicherten offerierten Beweise abzunehmen (E. 5.2). Damit hat sie den Untersuchungsgrundsatz verletzt und die zugrunde gelegte Vermutung faktisch zur unumkehrbaren Fiktion erhoben (E. 6.1).

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

Die 1985 geborene A., gelernte Detailhandelsangestellte mit Handelsdiplom, meldete sich im Juni 2015 unter Verweis auf Unterleibsbeschwerden sowie eine psychische Erkrankung bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Diese sprach ihr, gestützt auf ein medizinisches Gutachten sowie die Einschätzung ihres RAD, ab 1. April 2017 eine halbe Rente zu.

Ausgelöst durch eine Anfrage der Versicherten nach beruflichen Integrationsmassnahmen, überprüfte die IV-Stelle ab November 2018 den Rentenanspruch revidierend und gewährte Arbeitsvermittlung sowie Abklärung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten. Die Arbeitsvermittlung wurde indes in der Folge zweimalig aufgeschoben aufgrund von Schwangerschaften der Versicherten. Im Verlauf holte die Verwaltung einen Abklärungsbericht Haushalt ein. Gestützt darauf stellte sie mit Verfügung vom 26. April 2022 die bisherige halbe Rente ein. Sie wandte dabei – unter Annahme

eines unveränderten Gesundheitszustands – neu die gemischte Methode der Invaliditätsbemessung an, da die Versicherte zwischenzeitlich Mutter von zwei Töchtern (geboren 2019 und 2021) geworden war. Gegen diese Verfügung erhob A. Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte ihre Aufhebung sowie die weitere Ausrichtung der halben Invalidenrente samt zweier Invaliden-Kinderrenten. Die IV-Stelle schloss mit Vernehmlassung auf Abweisung der Beschwerde. Im weiteren Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

2.

2.1 Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung haben gemäss Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) Versicherte, die – kumulativ – ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wiederherstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; 830.1]) gewesen (lit. b) und nach dessen Ablauf zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. c). Nach Art. 6 ATSG ist bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu berücksichtigen. Damit ist aber nicht gemeint, dass die versicherte Person ggf. gezwungen werden könnte, nach Eintritt der Invalidität im Sinne einer Schadenminderungspflicht von einer beruflichen Tätigkeit neu in einen Aufgabenbereich zu wechseln, weil sie dort eine geringere Einschränkung aufweist (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 6 N 105 f.).

2.2 Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Anlass zur Rentenrevisi- on gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen seit Zusprache der Rente, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Anspruch zu beeinflussen. Insbesondere ist die Rente bei einer wesentlichen Änderung des Gesundheitszustandes revidierbar. Weiter sind, auch bei an sich gleich gebliebenem Gesundheitszustand, veränderte Auswirkungen auf den Erwerbs- oder Aufgabenbereich von Bedeutung (etwa: Verbesserung der Arbeitsfähigkeit aufgrund einer Angewöhnung oder Anpassung an die Behinderung). Hingegen ist die lediglich unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Sachverhalts im revisionsrechtlichen Kontext unbeachtlich. Liegt ein Revisionsgrund vor, ist der Rentenanspruch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend («allseitig») zu

prüfen, ohne Bindung an frühere Beurteilungen (etwa: BGE 141 V 9 E. 2.3 mit Hinweisen).

2.3 Einen Revisionsgrund kann – selbst Jahre nach dem Eintritt des Gesundheitsschadens – etwa eine hypothetische Änderung des Erwerbsumsatzes im Gesundheitsfall zufolge der Geburt eines Kindes setzen (BGE 147 V 124 E. 7; Kieser, a.a.O., Art. 17 N 50). Dies liegt darin begründet, dass es nicht Aufgabe der Invalidenversicherung ist, einen Einkommensverlust auszugleichen, den die versicherte Person im Gesundheitsfall als Konsequenz einer privaten Entscheidung bezüglich ihrer Lebensgestaltung in Kauf nehmen würde, und der mithin invaliditätsfremd ist. Auch das Ziel der Gleichstellung der Geschlechter verlangt nicht danach, der Invaliditätsbemessung unbeschadet eine Fiktion der andauernden Vollerwerbstätigkeit zugrunde zu legen (BGE 147 V 124 E. 5.2, 6.1). Ob eine versicherte Person als ganz oder zeitweilig erwerbstätig (oder als nichterwerbstätig) einzustufen ist, beurteilt sich auch im Rahmen einer Revision danach, was sie bei im Übrigen unveränderten Umständen täte, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung bestünde. Entscheidend ist deshalb nicht, welches Ausmass der Erwerbstätigkeit ihr im Gesundheitsfall zugemutet werden könnte, sondern in welchem Pensum sie als Gesunde hypothetisch tatsächlich erwerbstätig wäre (vgl. etwa BGER 9C\_332/2019 vom 12. September 2019 E. 4.1). Bei im Haushalt tätigen Versicherten im Besonderen (vgl. Art. 27 der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201]) sind die persönlichen, familiären, sozialen und erwerblichen Verhältnisse ebenso wie allfällige Erziehungs- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern, das Alter, die beruflichen Fähigkeiten und die Ausbildung sowie die persönlichen Neigungen und Begabungen zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen statt vieler etwa BGER 8C\_42/2021 vom 5. März 2021 E. 3.2).

## 2.4

2.4.1 Invaliditätsgrad und erwerblicher Status einer versicherten Person sind möglichst wirklichkeitsgerecht und konkret zu bestimmen (BGE 133 V 477 E. 6.3). Demgegenüber haben die allgemeine Lebenserfahrung und gesellschaftliche Normen wo immer möglich hinter die individuellkonkreten Gegebenheiten zurückzutreten, die soweit möglich festzustellen und zu würdigen sind (vgl. BGER 9C\_157/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.1.1; 9C\_671/2017 vom 12. Juli 2018 E. 3.3.2). Von vornherein unzulässig, da geschlechterdiskriminierend im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 6 Ziff. 1 EMRK (und Art. 8 Abs. 2 f. BV), wäre es jedenfalls, wenn eine Versicherte, die vor Eintritt der Invalidität erwerbstätig gewesen ist, nach der Geburt eines ersten oder weiteren Kindes neu als Hausfrau qualifiziert würde mit der einzigen Begründung, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung zahlreiche Ehefrauen die Erwerbstätigkeit unterbrechen, solange die Kinder der vollständigen Pflege und Erziehung bedürfen (statt vieler: BGER 8C\_42/2021 vom 5. März 2021 E. 4.4, mit Hinweis auf

EVG I 635/02 vom 20. Juni 2003 E. 3.3 sowie EGMR Schuler-Zgraggen gegen die Schweiz vom 24. Juni 1993, Nr. 14518/89 Ziff. 67).

2.4.2 Die möglichst konkret vorzunehmende, auf die individuelle versicherte Person bezogene Beantwortung der Statusfrage erfordert eine hypothetische Beurteilung, die auch hypothetische Willensentscheidungen des Individuums zu berücksichtigen hat. Derlei ist einer direkten Beweisführung wesensgemäss nicht zugänglich und muss in aller Regel aus äusseren Indizien erschlossen werden. Die Beurteilung hypothetischer Geschehensabläufe stellt eine Tatfrage dar, soweit sie auf Beweiswürdigung beruht, selbst wenn darin auch Schlussfolgerungen aus der allgemeinen Lebenserfahrung mitberücksichtigt werden. Ebenso sind Feststellungen über innere oder psychische Tatsachen Tatfragen, wie z. B. was jemand wollte oder wusste (BGer 8C\_42/2021 vom 5. März 2021 E. 3.3; 9C\_515/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 3.2.2). Eine Rechtsfrage liegt hingegen vor, wenn nur gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung gefolgert wird, in welchem Ausmass die versicherte Person im Gesundheitsfall erwerbstätig wäre (BGE 133 V 477 E. 6.1).

2.4.3 Bei der Würdigung von Tatfragen, über die sich – wie hier beim erwerblichen Status nach der Geburt eines oder mehrerer Kinder – gemäss der Natur der Dinge nur Hypothesen aufstellen lassen, kommen im Sozialversicherungsrecht dieselben Beweiswürdigungsregeln zum Zuge wie im Zivilprozessrecht (was letztlich auf die Anwendung von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht zurückzuführen ist, vgl. hierzu etwa BGer 1C\_688/2020 vom 6. Januar 2022 E. 5.4). Das bedeutet, dass aus der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnene Erfahrungssätze der Beweiswürdigung unterlegt werden dürfen. Es gibt Tatsachen, mit deren Vorhandensein nach den Erfahrungen des Lebens so sehr zu rechnen ist, dass ihr Vorhandensein so lange vorausgesetzt werden darf, als nicht Umstände nachgewiesen sind, die es unwahrscheinlich machen, dass sie sich verwirklicht haben. Es sind dies die Tatsachen, für welche die natürliche Vermutung streitet. Sie dürfen dem Urteil zugrunde gelegt werden, auch wenn sie nicht durch ein Beweismittel nachgewiesen sind (BGE 117 V 194 E. 3 i.f.).

Wollen die Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender indes ihre Würdigung solcher Massen auf eine natürliche Vermutung abstützen, haben sie umso sorgfältiger zu prüfen (und zu begründen), weshalb mit einer bestimmten Tatsache nach der allgemeinen Lebenserfahrung so sehr zu rechnen sei, dass ihr Vorhandensein bis zum Nachweis des Gegenteils vorausgesetzt werden darf. Sie haben dabei insbesondere auch einem allfälligen Wandel der gesellschaftlichen Realität gebührend Rechnung zu tragen und stehen in der Verantwortung, die mit einer solchen Vermutung gegebenenfalls verbundene Umverteilung der materiellen Beweislast zum Nachteil der Rechtssuchenden nicht unreflektiert etwa aufgrund überholter Rollenbilder zuzulassen. Was die allgemeine Lebenserfahrung besagt, bleibt dabei eine Rechtsfrage und ist mithin begründungs- und auslegungspflichtig. Die Auslegung

hat nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Garantien – etwa zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – zu erfolgen.

2.4.4 Die tatsächlichen Grundlagen, die einer konkreten Würdigung der Umstände zugrunde gelegt werden, sind durch die Verwaltung von Amtes wegen abzuklären. Die erforderlichen Auskünfte sind einzuholen und allenfalls mündlich erteilte Auskünfte schriftlich festzuhalten (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Die Untersuchungspflicht dauert dabei so lange, bis über die für die Beurteilung des strittigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht, d.h. der rechtserhebliche Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht. Solange hingegen erhebliche Zweifel an Vollständigkeit und/oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellungen bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind (vgl. etwa BGer 9C\_484/2022 vom 11. Januar 2023 E. 4.2).

3. Strittig und zu prüfen ist, ob die IV-Stelle zu Recht davon ausging, die Beschwerdeführerin wäre nach der Geburt ihrer zweiten Tochter auch im Gesundheitsfall überwiegend wahrscheinlich nur noch in einem Pensum von maximal 50 % erwerbstätig gewesen.

3.1 Die IV-Stelle begründete ihren Schluss auf einen Status als Teilerwerbstätige unter Verweis auf den Abklärungsbericht vom 12. April 2021. Darin sei die Abklärungsperson aufgrund der aktuellen persönlichen und familiären Situation der Versicherten davon ausgegangen, dass diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in einem 50 %-Pensum erwerbstätig wäre. Dies habe sie damit begründet, dass in den Akten seit 2017 keine Angaben dazu vorhanden gewesen seien, dass die Versicherte 100 % arbeiten wolle. Lediglich ein 50 %-Job sei für sie ein Thema gewesen, was aber nicht realisiert werden könne. Im Abklärungszeitpunkt sei sie mit ihrem zweiten Kind schwanger gewesen. Angesichts der Tatsache, dass der Kindsvater und Lebenspartner mit der Familie zusammenlebe, 100 % arbeite und ein Einkommen von Fr. 6'590.– pro Monat erziele, sei nicht nachvollziehbar, dass die Versicherte mehr als 50 % arbeiten würde, zumal dazu aus finanzieller Sicht keine Notwendigkeit bestehe.

Wörtlich schreibt die Verwaltung in ihrer Verfügung vom 26. April 2022: «Es ist eine Tatsache, dass die Versicherte seit der letzten materiellen Prüfung des Rentenanspruchs, anlässlich welcher sie noch keine Kinder hatte und in der Ausgangsbasis als Vollerwerbstätige eingestuft worden war, inzwischen Mutter von zwei Kleinkindern geworden ist. Die Angaben der Versicherten und im Einwand, dass in der Lebensplanung trotz der Kinder weiterhin vor allem die berufliche Karriere im Vordergrund stehe, wird durch die Geburt eines zweiten Kindes doch erheblich relativiert. Angesichts des Umstandes, dass es sich bei der Versicherten um eine intelligente und gebildete Frau handelt, ist die Aussage, beim zweiten Kind habe es sich um eine

'medizinisch unverhoffte' Schwangerschaft gehandelt, kaum nachvollziehbar. Gerade auch im Hinblick auf die unbestritten vorhandenen gesundheitlichen Probleme der Versicherten kann davon ausgegangen werden, dass eine zweite Schwangerschaft bzw. Geburt gewollt gewesen sein muss. Daraus wiederum ist der Schluss zu ziehen, dass die Versicherte in Kauf genommen hat, für eine gewisse Zeit beruflich zurückzustecken und sich zu einem Teil ihrer Zeit der Betreuung und Erziehung ihrer Kinder zu widmen». Weiter führt die IV-Stelle aus, der Kindsvater sei auch nach einer allfälligen Aufhebung des gemeinsamen Haushalts verpflichtet, für seine Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge (Bar- und Betreuungsunterhalt) zu bezahlen. Dadurch werde die Versicherte den Lebensunterhalt für sich und die Kinder auch mit einer Erwerbstätigkeit von 50 % finanzieren können. Aus dem Umstand, dass die Versicherte früher zu 100 % erwerbstätig gewesen sei, lasse sich nicht auf den Anteil der Erwerbstätigkeit nach der Geburt von zwei Kindern schliessen, «zumal sich eben durch die Geburt dieser Kinder die Ausgangslage erheblich verändert hat und sich naheliegenderweise, aber auch zwangsläufig die Lebensabläufe – zumindest für eine gewisse Zeit – verändern». Im Ergebnis sei hinsichtlich des hypothetischen Erwerbsumfanges nicht auf die Angaben der Versicherten (Pensum von 80 bis 100 %) abzustellen, sondern auf die Angaben der Abklärungsperson «im Gesamtkontext der Situation». Zur Stellungnahme der Pro Infirmis namens der Beschwerdeführerin vom 22. Juli 2021 schreibt die IV-Stelle, diese sei «zur Kenntnis genommen» worden, und sie teile «die in dieser Stellungnahme zu Ihrem Status geltend gemachte Auffassung nicht». Daran hält sie mit Stellungnahme vom 10. August 2022 im Wesentlichen fest. Gemäss der Verwaltung «entbehrt die Angabe, ohne Behinderung trotz der beiden Kleinkinder in einem Pensum von 80–100 % erwerbstätig zu sein, jeglicher Wahrscheinlichkeit» und sei «die Annahme eines Arbeitspensums von mehr als 50 % (. . .) unter den aktuell gegebenen Umständen unrealistisch und unwahrscheinlich».

3.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, nach Zusprache der halben IV-Rente (ab April 2017) habe sie konsequent 50 %-Stellen gesucht und sich bei der Invalidenversicherung vor und nach der Geburt ihrer ersten Tochter nachweislich um berufliche Eingliederungsmassnahmen bemüht. Insbesondere habe sie immer klar kommuniziert, es sei ihr ein Anliegen, dass die gegen ihren Willen aufgrund der Geburten und des Mutterschutzes gestoppten Eingliederungsmassnahmen nur aufgeschoben, aber nicht aufgehoben würden. Es sei für sie nicht nachvollziehbar, weshalb die IV nach der Geburt ihrer ersten Tochter umgehend die Rentenrevision eingeleitet und eine Haushaltsabklärung durchgeführt habe. Die Abklärungsperson habe dabei die Frage nach der massgeblichen hypothetischen Erwerbstätigkeit im Gesundheitsfall völlig verkannt und mit der Frage nach der mit Gesundheitsschaden noch zumutbaren Erwerbstätigkeit vermischt. Sie habe weiter ein «vorzementiertes Rollenbild» zugrunde gelegt, demzufolge eine Mutter zweier kleiner Kinder von vornherein nicht zu mehr als 50 % erwerbstätig wäre und ihr ungefragt die Betreuung der Kinder unterstellt. Im Rahmen ihrer Eingliederung treffe auch den Kindsvater die Pflicht, gegebenenfalls Betreuungsaufgaben, respektive Organ-

isation und Übergaben in der Kindertagesstätte, zu übernehmen. Die aktuelle, finanziell notwendige volle Arbeitstätigkeit des Kindsvaters spreche nicht gegen ihr volles Erwerbsspensum im Gesundheitsfall. Im Zusammenhang mit der hypothetischen Organisation der Familie im Gesundheitsfall habe sie der Abklärungsperson am Gespräch vom 25. März 2021 u.a. auch den schwierigen Umgang mit dem Kindsvater darlegen wollen, was ihr jedoch verwehrt worden sei. Das Einkommen des Lebenspartners werde im Kanton Zug kaum für zwei Haushalte ausreichen; des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass sie im Umfang der invaliditätsbedingten Erwerbseinschränkung keinen Anspruch auf Betreuungsunterhalt für die Betreuung der Kinder haben werde (sie verweist auf BGer 5A\_503/2020 vom 16. Dezember 2020, vgl. dort E. 6). Bereits früher habe sie zuletzt für ein 80%-Pensum bei der Firma D. Fr. 6'716.- pro Monat verdienen können (recte: Bruttolohn für ein 100%-Pensum, inkl. 13. Monatslohn). Nach geplanter Weiterbildung zur Betriebswirtin hätte sie erst recht ein dem Partner vergleichbares Einkommen erzielen können. Im Falle der erfolgreichen Eingliederung würde sie die Fremdbetreuungstage der Kinder umgehend aufstocken; auch verfüge sie über weitere Betreuungspersonen. All dies sei im angefochtenen Entscheid nicht berücksichtigt worden. Dieser bediene vielmehr in diskriminierender Weise ein überholtes Rollenbild, wonach eine zweifache, gesunde Mutter von vornherein nicht mehr voll erwerbstätig wäre, was stossend sei und einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalte.

4. Ein Statuswechsel von Voll- zu Teilerwerbstätigkeit aufgrund der Übernahme von Aufgaben in Haushalt und Kinderbetreuung stellt einen Revisionsgrund dar (E. 2.3 hervor). Dass ein solcher Wechsel nach der Geburt von Kindern möglich ist, rechtfertigt eine revisionsweise Überprüfung des Rentenanspruchs. Damit kann nicht zuletzt die Gleichbehandlung zwischen Personen, die bereits vor Zusprache einer Invalidenrente nur teilweise erwerbstätig waren und sich im Übrigen z. B. der Kinderbetreuung gewidmet haben, und solchen, die einen solchen Wechsel im Gesundheitsfall überwiegend wahrscheinlich ebenfalls vollzogen hätten, aber bereits vorher ganz oder teilweise invalid wurden, gewährleistet werden.

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin seit der ursprünglichen Rentenzusprache mit Verfügung vom 18. September 2017 zweifache Mutter geworden ist. Entgegen ihrem geäusserten Unverständnis rechtfertigte diese erhebliche Veränderung der persönlichen Verhältnisse die Einleitung einer revisionsweisen Überprüfung der Invalidenrente durch die Verwaltung. Hierfür ist es ausreichend, dass eine Tatsache glaubhaft gemacht wird, die eine erhebliche Änderung des Invaliditätsgrades als bloss möglich erscheinen lässt (Art. 17 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IVV). Dies ist in Bezug auf die Geburt von Kindern zu bejahen: Gemäss Erhebungen des Bundesamtes für Statistik zum Jahr 2022 waren rund 80 Prozent der Mütter und ungefähr 20 Prozent der Väter mit Kindern unter drei Jahren nicht (mehr) voll erwerbstätig (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau>

-mann/vereinbarkeit-beruf-familie/erwerbsbeteiligung-muettern-vaetern.html). Mit Blick darauf drängt sich das Tätigen weiterer Abklärungen bei Bezügerinnen und Bezügerern einer Invalidenrente, die erst nach der Rentenzusprache Eltern von (weiteren) Kindern werden und bei denen entsprechend ein Statuswechsel zumindest potenziell in Betracht kommt, nachgerade auf.

## 5.

5.1 Zur Begründung des hier angenommenen Statuswechsels formuliert die IV-Stelle bezüglich der Erwerbstätigkeit von jungen Müttern zweier Kleinkinder als Erfahrungssatz, und mithin natürliche Vermutung, dass bei dieser Personengruppe eine Erwerbstätigkeit von mehr als 50 % jeglicher Wahrscheinlichkeit entbehre und unrealistisch sei (oben E. 3.1 i.f.). Diese Annahme ist zumindest kritisch auf ihre Begründetheit zu hinterfragen (vgl. E. 2.4.3). Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bereits im Jahr 1991, mithin vor über 30 Jahren, das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht festhielt, es seien Mann und Frau nach (damals noch) neuem Eherecht frei, ihre Partnerschaft nach eigenen Wünschen auszugestalten. Mit Blick darauf sei es unzulässig, im Rahmen der Invaliditätsbemessung einer traditionellen Rollenverteilung den Vorrang einzuräumen, bei welcher der Frau die Besorgung des Haushalts (inkl. Kinderbetreuung) zugewiesen werde, und bei der demnach ihre beruflich-erwerblichen Interessen von vornherein als geringer eingestuft würden als diejenigen des Mannes (BGE 117 V 194 E. 4). Ein differenziertes Bild zeigt auch der Blick auf die statistischen Erhebungen aus dem Jahr 2022: Von den Müttern mit Partner und Kindern unter drei Jahren im Haushalt waren 16.7% voll erwerbstätig; weitere 30.6% waren im Umfang von 50–89% erwerbstätig und 4.7% waren unfreiwillig erwerbslos (vgl. BFS, zitiert soeben in E. 4). Angesichts dieser statistischen Daten (mit einem Anteil von ca. 50% der Mütter mit kleinen Kindern und Partner die zwischen 50–100% erwerbstätig sind) kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass mit einer Reduktion des Erwerbsspensums der Beschwerdeführerin auf maximal 50% im Gesundheitsfall nach der allgemeinen Lebenserfahrung so sehr zu rechnen wäre, dass sie als natürliche Vermutung ohne Weiteres vorausgesetzt werden dürfte, bis die Versicherte ihrerseits das Gegenteil als überwiegend wahrscheinlich nachweise. Die IV-Stelle hat demnach das in Art. 8 Abs. 3 BV verankerte Gebot der Gleichstellung der Geschlechter verletzt, indem sie allein aufgrund des Geschlechts der Versicherten eine natürliche Vermutung zur Anwendung brachte, wonach diese nach der Geburt zweier Töchter nicht mehr voll erwerbstätig wäre. Vielmehr hätte sie die Statusfrage individuell-konkret abzuklären und darzulegen gehabt, aus welchen Gründen bei der konkreten Versicherten ein Statuswechsel als überwiegend wahrscheinlich erschien.

5.2 Selbst wenn jedoch von einer entsprechenden natürlichen Vermutung auszugehen wäre, erlaubte dies der Verwaltung nicht, die Statusfrage bereits allein unter Berufung darauf als mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

geklärt zu betrachten (vgl. BGer 8C\_735/2020 vom 26. Januar 2021 E. 5.3; vgl. ausserdem E. 2.4 hiervor). Vielmehr hätte sie auch diesfalls den individuell-konkreten Sachverhalt in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG; vgl. oben E. 2.4.4) sorgfältig zu erheben und gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse eine konkrete Würdigung vorzunehmen, der sie lediglich aufgrund des geschilderten Beweisnotstands (E. 2.4.3 hiervor) den gewonnenen Erfahrungssatz zugrunde legen dürfte. Sie stünde mithin selbst bei Geltung einer natürlichen Vermutung zugunsten der Erwerbstätigkeit junger Mütter von Kleinkindern im Umfang von maximal 50 % insbesondere in der Pflicht, von der individuellen Versicherten geltend gemachte Indizien abzuklären, die für deren weitere volle Erwerbstätigkeit sprächen und mithin die zugrunde gelegte Vermutung zu entkräften vermöchten.

5.2.1 Die hier am Recht stehende Versicherte äusserte von allem Anfang an konstant, sie würde im Gesundheitsfall voll erwerbstätig sein wollen, bzw. wenigstens im Umfang von 80 % einer Erwerbsarbeit nachgehen (wobei sich aus den Akten die Erkenntnis aufdrängt, dass sie eine allfällige Reduktion auf ein Pensum von 80 % wohl primär vor dem Hintergrund einer Weiterbildung ins Auge fasste, nicht mit Blick auf die Kinderbetreuung). Die Beschwerdeführerin hat weiter aktiv, auch ohne Aufforderung der Verwaltung, zahlreiche äussere Indizien zugunsten einer im Gesundheitsfall auch nach Geburt ihrer Kinder unvermindert fortgeführten Erwerbstätigkeit ins Feld geführt. So hat sie dargelegt, sie sei bisher wiederholt durch überdurchschnittlichen beruflichen Einsatz aufgefallen (etwa: Absolvieren der Handelsschule berufsbegleitend neben einem 100 % Pensum im Verkauf, Freiwilligenarbeit während der unfreiwilligen Erwerbslosigkeit). Ebenfalls ist dokumentiert, dass sie sich in der Tat konstant und hartnäckig immer wieder für ihre berufliche Eingliederung eingesetzt und vorausschauend für externe Kinderbetreuung gesorgt hat. Diesbezüglich ist – mit der Beschwerdeführerin – festzuhalten, dass die Mutmassung der Abklärungsperson, es seien die Eingliederungsmassnahmen im Dezember 2020 wegen der erneuten Schwangerschaft «und dem Kleinkind, das Betreuung braucht» beendet worden, in den Akten tatsächlich keinerlei Stütze findet. Aktenkundig ist vielmehr, dass wiederholt von der Invalidenversicherung die Initiative ausging, eine einmal begonnene Arbeitsvermittlung, für welche sich die Versicherte zuvor eingesetzt hatte, wegen deren Schwangerschaften abubrechen. Weshalb sie die zugesicherte Arbeitsvermittlung ohne ersichtliche Notwendigkeit allein aufgrund von Schwangerschaften jeweils umgehend einstellte, anstatt gemeinsam mit der Versicherten die Eingliederung nach Ende des üblichen Mutterschaftsurlaubs zu planen, erschliesst sich in der Tat nicht. Das Vorgehen irritiert umso mehr, als gemäss Vereinbarung über die Arbeitsvermittlung die Versicherte primär beim Zusammenstellen der Bewerbungsunterlagen, beim Erstellen oder Aktualisieren des Lebenslaufs, beim Verfassen von Bewerbungsschreiben sowie dem Festlegen einer Strategie für die Suche einer angepassten Arbeitsstelle unterstützt werden sollte. Weshalb diese Vorbereitungsarbeiten nicht auch während einer Schwangerschaft hätten möglich sein sollen im Hinblick auf einen Stellenantritt nach Ende des üblichen Mutterschaftsurlaubs, ist nicht

nachvollziehbar. Ihr Unverständnis und ihren Frust darüber brachte die Beschwerdeführerin denn auch – zu Recht – im Rahmen der Haushaltsabklärung zum Ausdruck. Der erneute Abschluss der beruflichen Eingliederung wegen Schwangerschaft ergibt umso weniger Sinn im Zuge der zweiten Schwangerschaft der Versicherten, hatte diese doch bereits nach Geburt ihrer ersten Tochter unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie weiterhin das ihr gesundheitlich mögliche Arbeitspensum von 50% ausschöpfen und dazu möglichst bald berufliche Massnahmen einleiten wolle (Kontaktaufnahme mit der IV-Stelle bereits im April 2020, nach Geburt der Tochter im Dezember 2019). Auch während der Schwangerschaft mit der zweiten Tochter hatte sie zudem erneut eine Vereinbarung für die Arbeitsvermittlung unterzeichnet und sich darin bereit erklärt, mit Unterstützung der Eingliederungsberatung Bewerbungen zu erarbeiten und zu tätigen. Angesichts des Verhaltens der IV-Stelle (mit zweimaligem Entzug der Eingliederungsunterstützung nach Mitteilung der Schwangerschaft) ist es im Übrigen auch konsistent mit einem hohen Eingliederungswillen der Versicherten, dass sie ihre erneute Schwangerschaft der IV-Stelle nicht umgehend mitteilte, sondern diese zunächst verschwieg.

5.2.2 Zu ihrem familiären und sozialen Umfeld machte die Versicherte bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend, sie könne im familiären und dörflichen Umfeld auf ein Netzwerk von Kinderbetreuung zurückgreifen, wobei sie u.a. mit Blick auf ihre eigene Berufstätigkeit an ihrem Wohnort eigens ein Elternnetzwerk gegründet habe. Sie sei gewillt, ihre Töchter bei Antritt einer Arbeitsstelle auch in einer Kindertagesstätte betreuen zu lassen; eine solche Betreuung finde bereits an einem Tag pro Woche statt. Es sei weiter zu würdigen, dass es ihr dank grossem persönlichem Einsatz zugunsten einer erwerblichen Eingliederung gelungen sei, selbst während des Sozialhilfebezugs den «Zuschlag für eigene berufliche Integration» erhältlich zu machen. Schliesslich müsse auch berücksichtigt werden, dass eine finanzielle Absicherung durch den Kindsvater gerade nicht bestehe, wozu aber die Abklärungsperson ihr zu Unrecht jede weitere Beweisabnahme verweigert habe. Finanziell erschliesst sich sodann aus den beigezogenen Akten, dass bei der Versicherten und dem Kindsvater grundsätzlich von ungefähr vergleichbaren Lohnhöhen auszugehen ist von zwischen (brutto) Fr. 6'500.– bis Fr. 6'700.– pro Monat.

5.2.3 Erst recht mit Blick auf die zahlreich zutage getretenen äusseren Indizien für den Willen der Beschwerdeführerin, weiterhin als Invalide ihre Restarbeitsfähigkeit von 50% trotz Mutterschaft auszuschöpfen, stand die Verwaltung in der Pflicht, den Sachverhalt – insbesondere die konkreten familiären Verhältnisse – abzuklären, um belastbare Schlüsse auf das Verhalten der Versicherten im Gesundheitsfall ziehen zu können. Entgegen der Ansicht der IV-Stelle war es nicht Aufgabe der Abklärungsperson, der Versicherten ihre eigene Wertung zu unterstellen, was für eine zweifache Mutter ein realistisches Erwerbsumsatz sei, mithin dieser eine vorgefasste Vorstellung der Lebensgestaltung als Familie mit Kindern überzustülpen. Zielvorgabe wäre vielmehr eine möglichst konkrete Abklärung dazu gewesen, wie sich die Versicherte

im Gesundheitsfall eingerichtet hätte. Vorliegend ist die Darstellung der Beschwerdeführerin zum hieran klar desinteressierten Verhalten der Abklärungsperson umso glaubhafter, als sie nach offensichtlich irritierend verlaufenem Abklärungsgespräch umgehend den Abklärungsbericht verlangte und gegen den Eindruck einer vorgefassten Meinung protestierte, mit Unterstützung einer Mitarbeiterin der Pro Infirmis als neutraler Drittperson, die am Abklärungsgespräch teilgenommen hatte. Insbesondere machte sie nicht erst nach Kenntnis des Verfahrensausgangs im Beschwerdeverfahren erstmals eine Befangenheit der Abklärungsperson geltend (was mutmasslich als verspätet zu qualifizieren gewesen wäre, vgl. BGer 9C\_515/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 4.2.1). Insgesamt kann der IV-Stelle deshalb der Vorwurf einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht erspart werden:

5.2.3.1 Abklärungsperson und Verwaltung erkannten zwar zutreffend, dass unter anderem in den bisherigen selbständigen Arbeitsbemühungen der Versicherten ein äusseres Indiz dafür zu sehen wäre, ob sie weiterhin ihre erwerbliche Kapazität auszuschöpfen gedachte (vgl. in diese Richtung etwa auch BGer 8C\_42/2021 vom 5. März 2021 E. 4.2.3). Dabei lässt sich aber offensichtlich nichts zulasten der Versicherten daraus ableiten, dass sie sich ab 2017 darauf beschränkte, eine 50%-Stelle zu suchen, befand sie sich doch zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr im Gesundheitsfall, sondern litt bereits an erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Sie hat sodann wiederholt vorgetragen, sich seit 2017 immer wieder um Stellen bemüht zu haben, so etwa auch in der Haushaltsabklärung («immer wieder versucht habe über die Eingliederung und eben Profil Arbeit Stellen zu finden»). Der Abklärungsperson bot sie hierzu auch Beweise an, welche diese aber offensichtlich nicht abnahm, so dass sich tatsächlich in den Akten aktuell nichts zu den Arbeitsbemühungen ab 2017 findet. Der Verwaltung hätte es obliegen, im Minimum die angebotenen Beweise abzunehmen und gegebenenfalls auch Nachfragen zu tätigen sowie weitere Akten – etwa des RAV oder der Organisation «Profil Arbeit» beizuziehen. Mit Blick darauf, dass bereits zwischen April 2016 (Eintritt der Invalidität und Beginn des Wartejahres) und der Geburt der ersten Tochter im Dezember 2019 die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit nicht realisiert werden konnte, durfte sie die unterbliebene Eingliederung offensichtlich nicht ohne Weiteres auf die Ankunft der beiden Töchter zurückführen, wusste doch die Versicherte erst ab August 2019 überhaupt, dass sie ein erstes Kind erwartete.

5.2.3.2 Zutreffen mag sodann, dass notorisch die Geburt von eigenen Kindern lebensverändernd ist und von den Eltern verlangt, eigene Bedürfnisse und Interessen zurückzustellen. Die IV-Stelle setzt sich indes dem Vorwurf einer unzulässigen direkten Diskriminierung allein aufgrund des Geschlechts aus, wenn sie ohne weitere Abklärung sowie ohne Abnahme bzw. Würdigung der offerierten (Indizien-) Beweise von der Vermutung ausgeht, dies bedeute, dass im Regelfall die junge Mutter ihre Erwerbstätigkeit zu reduzieren habe (vgl. oben E. 2.4.1). Wie bereits dargelegt wurde, kommt eine solche Familienorganisation zwar nach wie vor (sehr) häufig vor (oben E.

4). Sie kann aber keinesfalls als dermassen zwingend angesehen werden, dass jeder Frau ungeachtet ihrer konkreten familiären und sozialen Umstände sowie ihrer bisherigen Lebensplanung entgegengehalten werden darf, sie würde vermutungsweise im Falle einer Mutterschaft ihr Erwerbsspensum auf maximal 50% reduzieren. Angesichts dessen kann auch nicht entscheidend sein, ob die zweite Tochter geplant war oder nicht, da sich allein aus der Tatsache einer bewusst gewählten Elternschaft noch nichts dazu ableiten lässt, wie sich die konkrete Familie zu organisieren gedenkt, bzw. im Gesundheitsfall organisieren würde. Wie bereits ausgeführt, ist dies gerade konkret abzuklären (E. 4 hiervor). In diesem Zusammenhang frap-piert, dass sich die Abklärungsperson in keiner Weise für den Kindsvater und/oder dessen familiäres und soziales Umfeld interessierte (etwa: dafür, ob dessen Eltern für Kinderbetreuung zur Verfügung stünden, oder dafür, ob er selber allenfalls als Servicetechniker selbst bei einem Pensum von 100% aufgrund von Wochen- und/oder Abendarbeit unter der Woche Aufgaben in der Kinderbetreuung übernehmen könnte). Vielmehr betrachtete sie diesen offenbar als reinen «Zahlvater» ohne Betreuungsaufgaben. Dieser Auffassung schliesst sich die IV-Stelle unreflektiert an, wenn sie mutmasst, der Kindsvater hätte jedenfalls nach einer Trennung Bar- und Betreuungsunterhalt zu leisten (oben E. 3.1). Einer rechtlichen Betrachtung hält eine solch pauschale Aussage nicht stand (vgl. zur grundsätzlich gemeinsamen Unterhaltspflicht der Eltern Art. 276 ff. ZGB).

Vorliegend ist es den Kindseltern bereits während der Zeit des Zusammenlebens offenbar nicht gelungen, eine Vereinbarung über Betreuung und Unterhalt ihrer Töchter zu treffen (vgl. Schreiben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug vom 14. Dezember 2021). Inwieweit deshalb im Trennungsfall überhaupt an eine gelebte Aufgabenteilung angeknüpft werden kann, erscheint bereits fraglich. Ohnehin könnte aber eine im gemeinsamen Haushalt praktizierte Aufgabenteilung jedenfalls nicht in alle Ewigkeit fortgesetzt werden, ansonsten über die Tatsache hinweggesehen würde, dass mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen (BGE 144 III 481 E. 4.6). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht dabei mit dem «Schulstufenmodell» im Übrigen betreffend die anzunehmende bzw. zumutbare Erwerbstätigkeit der Eltern keineswegs von unumstösslichen Regeln aus, sondern schreibt explizit eine Berücksichtigung der Umgebungsfaktoren und des bisherigen Verhaltens der Eltern vor (etwa: freiwillige ausserschulische Drittbetreuung, bisherige erwerbliche Absichten, etc., vgl. BGE 144 III 481 E. 4.5, 4.7.8). Mit Blick auf die auch aktuell offenbar noch offene Frage nach der Aufteilung von Betreuung und Obhut der Töchter zwischen den Eltern sowie dem von der Kindsmutter konstant geäusserten Willen, ihre erwerbliche Kapazität auch nach deren Geburt weiterhin auszuschöpfen – dem sie auch durch Inanspruchnahme von Fremdbetreuung Ausdruck verlieh – lässt sich die Aussage, der Kindsvater werde jedenfalls einen Bar- und Betreuungsunterhalt zu leisten haben, welcher der Beschwerdeführerin auch im Gesundheitsfall ermöglichen würde, vom Lohn einer 50%igen Erwerbstätigkeit plus den Unterhaltszahlungen sich und ihre Kinder zu versorgen,

nicht halten. Vielmehr liegt aktuell völlig im Dunkeln in welchem Umfang der Kindsvater während des Zusammenlebens sowie nach der Trennung an Kinderbetreuung und Kinderunterhalt partizipiert hat bzw. zu partizipieren haben wird. Ein gerichtliches Verfahren zur Regelung der Kinderbelange wurde eingeleitet, wobei die Anträge der Beschwerdeführerin hinsichtlich Betreuungs-, Obhuts- und Unterhaltsregelung nicht bekannt sind. Wie sie zu Recht geltend macht, geht es nicht an, bezüglich der gemeinsamen Kinder von vornherein die Annahme zugrunde zu legen, dass diese jedenfalls von ihr als Mutter persönlich zu betreuen seien, wobei der Vater seinen Beitrag primär in Geld zu leisten habe, zumal sich zwischen den Eltern diesbezüglich offenbar noch keine stabile Abmachung herauskristallisiert hat.

6.

6.1 Zusammenfassend hat die IV-Stelle in unzulässiger Weise eine natürliche Vermutung zu Ungunsten einer vollen Erwerbstätigkeit junger Mütter zur Anwendung gebracht und den massgeblichen individuell-konkreten Sachverhalt in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes unzureichend abgeklärt. Damit hat sie letztlich die unzulässige natürliche Vermutung gar zur unumkehrbaren Fiktion erhoben.

6.2 Da hier eine Rentenrevision zu beurteilen ist, kann das hiesige Gericht die versäumten umfassenden Abklärungen nicht anstelle der Verwaltung vornehmen. Eine Herabsetzung oder Aufhebung der Rente kann nämlich – abgesehen vom hier nicht angesprochenen Fall einer zu Unrecht erwirkten Leistung oder einer Verletzung von Meldepflichten im Sinne von Art. 88bis Abs. 2 lit. b IVV – nur für die Zukunft erfolgen (Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV). Der Sachverhalt muss zwingend vor Erlass der rentenaufhebenden Verfügung abgeklärt und der Revisionsgrund in diesem Zeitpunkt ausgewiesen sein, wobei die Rechtsmittelinstanz höchstens ergänzende Abklärungen vornehmen kann. Ist eine entsprechende Veränderung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen, ist auf die revisionsweise Änderung (vorerst) zu verzichten (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 17 N 73 mit Hinweisen). Das Sozialversicherungsgericht als Rechtsmittelinstanz hat deshalb im Zuge der Überprüfung einer revisionsweisen Rentenaufhebung bei ungenügender tatsächlicher Entscheidungsgrundlage nicht selber die fehlenden Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen. Vielmehr hat es den angefochtenen Entscheid aufzuheben, mit der Folge, dass die vormals zugesprochene Rente weiter auszurichten ist, bis – allenfalls – zu einem späteren Zeitpunkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Veränderung nachgewiesen werden kann. Die vorliegende Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der IV-Stelle vom 26. April 2022 aufzuheben.

6.3 Der IV-Stelle steht es selbstredend frei, im Verlauf eine weitere ordentliche Revision einzuleiten.

6.3.1 Dabei ist ihr nahezu legen, auch den Gesundheitszustand der Versicherten mittels neuerlicher Begutachtung überprüfen zu lassen, zumal mit Blick auf die Akten eine Gewöhnung an die Beschwerden, bzw. allenfalls auch deren Abschwächung, naheliegend scheint (vgl. oben E. 2.2; aktenkundig ist, dass die Versicherte zwischenzeitlich mit ihren Beschwerden einen «modus vivendi» gefunden habe, wobei mangels neuerlicher medizinischer Begutachtung nicht einschätzbar ist, was dies mit Bezug auf ihre Arbeitsfähigkeit bedeutet). Allenfalls wird auch ins Gewicht fallen, dass im Zuge der Corona-Pandemie hinsichtlich der Arbeit im Home Office allgemeinnotorisch ein Umdenken stattgefunden hat, so dass heute besser an das Leiden der Beschwerdeführerin angepasste Bürotätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt angeboten werden, nämlich solche, die vermehrt ganz oder teilweise zeitlich flexibel im Home Office möglich sind (BGer 9C\_15/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 6.2.3, 7.1). Dies kommt der Beschwerdeführerin entgegen, deren Belastbarkeitsprofil nach einer Tätigkeit mit Rückzugsmöglichkeiten für jederzeitige Toilettengänge und flexiblen Arbeitszeiten verlangt. Inwiefern aus diesen veränderten externen Faktoren auf dem Arbeitsmarkt allenfalls eine höhere Arbeitsfähigkeit resultiert, bliebe indes abzuklären.

6.3.2 Revisionsweise wird die Verwaltung auch die individuell-konkrete Erörterung der Statusfrage nachzuholen haben, wobei sich die Versicherte u.a. ihr Verhalten sowie ihre Aussagen etwa im zivilrechtlichen Verfahren gegen den Kindsvater sowie im Rahmen der Beantragung von Ergänzungsleistungen wird entgegenhalten lassen müssen. Soweit aus den vorzunehmenden Abklärungen ein gemischter Status mit Tätigkeit auch im Aufgabenbereich resultiert, wird die IV-Stelle sodann jedenfalls eine erneute Haushaltsabklärung zu veranlassen haben: Der aktenkundigen Haushaltsabklärung vom 25. März 2021 (Bericht vom 12. April 2021) kann für die Zukunft keinerlei Beweiswert zukommen. Die Abklärungsperson verfügte einerseits offensichtlich nicht über genügendes Dossierkenntnis (übersah sie doch die bereits seit April 2016 bestehende, gesundheitsbedingte Erwerbseinschränkung der Versicherten). Andererseits wird im besagten Bericht eine Momentaufnahme abgebildet, in der die Versicherte hochschwanger war, was naturgemäss einen vorübergehenden Zustand darstellt, der geeignet ist, passager eine grössere Ermüdbarkeit sowie auch stärkere Limitationen insbesondere bezüglich der im Haushalt nötigen Fähigkeit zum Heben und Tragen mit sich zu bringen. Zudem war im Zeitpunkt der Abklärung im Haushalt erst ein Kind zu betreuen und lebte der Kindsvater noch mit der Familie zusammen, was der aktuellen Realität (mit zwei Kindern und getrennten Eltern) nicht mehr entspricht. Der Abklärungsbericht stellte bereits im Verfügungszeitpunkt, am 26. April 2022, zufolge gewandelter Verhältnisse (insbesondere nach Ende der Schwangerschaft mit der Geburt der zweiten Tochter im Mai 2021) keine tragfähige Grundlage mehr dar zur Beurteilung der Einschränkungen der Versicherten im Haushalt. Erst recht lässt sich ihm zur aktuellen und künftigen Situation nichts entnehmen.

6.4 Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung obsiegt die Beschwerdeführerin

vollumfänglich. Weitere Ausführung zu den beruflichen Massnahmen erübrigen sich, zumal darauf unabhängig vom Rentenanspruch der Versicherten unbestritten Anspruch besteht (Mitteilung vom 28. Mai 2019). Die Versicherte beantragt denn auch nicht dem Verwaltungsgericht die Zusprache beruflicher Massnahmen, sondern fordert die Verwaltung dazu auf, die bereits am 18. Dezember 2020 in Aussicht gestellten beruflichen Eingliederungsmassnahmen wieder aufzunehmen. Dabei ist sie immerhin darauf hinzuweisen, dass die IV-Stelle ihr lediglich bei der Eingliederung in eine geeignete, leidensangepasste Tätigkeit Unterstützung zu bieten hat. Hingegen ist es nicht Aufgabe der Invalidenversicherung, ihr eine berufliche Weiterentwicklung zu ermöglichen (etwa: ein BWL-Studium oder Englischkurse zu finanzieren), nachdem ihr die angestammte kaufmännische Tätigkeit weiterhin zumutbar ist. Es wird demnach bei der Eingliederung im Wesentlichen darum gehen, Hilfestellung in der individuellen Arbeitssuche zu bieten, unter anderem indem eine Eingliederungsfachperson der IV als Ansprechperson zur Verfügung steht für einen potenziellen Arbeitgeber und diesen beraten kann bezüglich der Unterstützungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der konkreten Arbeitsstelle (vgl. so bereits Vereinbarung Arbeitsvermittlung vom 27. November 2020).

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2023, S 2022 68

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>

## 2.2 Art. 22 UVG, Art. 34 UVV

### **Regeste:**

Art. 22 UVG, Art. 34 UVV – Eine revisionsweise Anpassung der Invalidenrente der Invalidenversicherung führt nicht automatisch zu einer Eröffnung eines Revisionsverfahrens bei der Unfallversicherung. Die Unfallversicherung hat das Verfahren selbst zu eröffnen und dies dem Versicherten vor Erreichen des Rentenalters mitzuteilen oder das Verfahren wird durch ein Gesuch des Versicherten vor Erreichen des Rentenalters eröffnet (E. 4.3). Artikel 34 Abs. 1 UVV verlangt vom Versicherungsträger lediglich eine Harmonisierung des allfällig eingeleiteten Revisionsverfahrens mit der Invalidenversicherung, die Bestimmung stellt jedoch keine Abweichung des auf Gesetzesstufe verankerten Grundsatzes dar, dass die Invalidenrente der Unfallversicherung nach Erreichen des Rentenalters nicht mehr revidiert werden kann (E. 5.2).

### **Aus dem Sachverhalt:**

---

<sup>1</sup><http://www.verwaltungsgericht.zg.ch>

Der Versicherte, A., Jahrgang 1952, war seit 1981 bei der D. AG in E. angestellt und somit bei der Suva obligatorisch gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Ab Juli 2005 bezog der Versicherte aufgrund eines Unfallereignisses im Jahr 1998 mit Verletzung des rechten Kniegelenkes eine Invalidenrente und eine Integritätsentschädigung basierend auf einer Integritätseinbusse von 15 % von der Suva. Zudem bezog der Versicherte ab Juni 2002 eine Invalidenrente der Invalidenversicherung. Am 21. Dezember 2015 reichte der Versicherte bei der Invalidenversicherung ein Gesuch um Erhöhung seiner Rente ein. Nachdem die IV-Stelle auf das neue Leistungsbegehren zunächst nicht eingetreten war, eröffnete sie ein Revisionsverfahren. Mit Vorbescheid vom 13. Dezember 2016 und der daraufhin erlassenen gleichlautenden Verfügung vom 8. Februar 2017 sprach die Invalidenversicherung dem Versicherten eine ganze Invalidenrente rückwirkend seit dem 1. Dezember 2015 zu. Am xx.xx.2017 vollendete der Versicherte das 65. Altersjahr. Mit Schreiben vom 2. Mai 2017 machte der Versicherte gegenüber der Suva geltend, dass angesichts der Verfügung vom 8. Februar 2017 der Invalidenversicherung die Suva gehalten sei, auch eine Überprüfung seiner gesundheitlichen Situation vorzunehmen und ihre Leistungen entsprechend anzupassen. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2020 verneinte die Suva die Möglichkeit einer Anpassung der Invalidenrente unter Hinweis auf Art. 22 UVG, sprach dem Versicherten für das rechte Knie jedoch eine zusätzliche Integritätsentschädigung gestützt auf eine Integritätseinbusse von 25 % zu. Am 13. November 2020 erhob der Versicherte Einsprache gegen diese Verfügung. Die Einsprache wurde von der Suva mit Einspracheentscheid vom 10. Juni 2021 abgewiesen. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Juli 2021 liess der Versicherte beantragen, der Einspracheentscheid vom 10. Juni 2021 sei aufzuheben und es sei ihm revisionsweise ab dem 1. Dezember 2015, ausgehend von einer mindestens 30%igen Arbeitsunfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit, eine seinen Einschränkungen entsprechende Invalidenrente zuzusprechen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Bestimmung der (Rest-) Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung vom 24. September 2021 schloss die Suva auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

3.

3.1 Eine Invalidenrente wird gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG von Amtes wegen oder auf Gesuch hin revisionsweise angepasst, wenn sich der Invaliditätsgrad der betroffenen Person nach der ursprünglichen Zusprechung erheblich verändert hat und die aktuelle Beurteilung einen anderen Anspruch ergibt als den bisherigen. In Ab-

weichung von Art. 17 Abs. 1 ATSG kann die Rente gemäss Art. 22 UVG ab dem Monat, in dem die berechtigte Person eine Altersrente der AHV bezieht, spätestens jedoch ab Erreichen des Rentenalters gemäss Art. 21 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10; AHVG), nicht mehr revidiert werden. Der Begriff «revidiert» bezeichnet dabei nicht den Abschluss, sondern die Einleitung des Revisionsverfahrens. Eine Rentenanpassung bleibt somit auch nach dem in Art. 22 UVG bezeichneten Zeitpunkt möglich, sofern das entsprechende Revisionsverfahren vorher eröffnet wurde. Die Einleitung des Revisionsverfahrens ist rechtzeitig erfolgt, wenn die entsprechende Mitteilung der versicherten Person spätestens am letzten Tag eröffnet wird oder wenn die versicherte Person ihr Revisionsgesuch spätestens am letzten Tag der Post übergibt (KGer BL 725 19 69 / 255 vom 17. Oktober 2019 E. 5.2.1; Thomas Flückiger, in: Basler Kommentar UVG, 2019, Art. 22 N 41). Der Revisionsvorbehalt von Art. 22 UVG bezieht sich lediglich auf Revisionen, die in Reaktion auf eine Änderung des Invaliditätsgrades des Versicherten erfolgen. Einer Anpassung der Invalidenrente aus anderen Gründen (z. B. Art. 33 Abs. 2 lit. b UVV) steht Art. 22 UVG somit nicht entgegen (Philipp Geertsen, Das Komplementärrentensystem der Unfallversicherung zur Koordination von UVG-Invalidenrenten mit Rentenleistungen der I. Säule [Art. 20 Abs. 2 UVG], 2011, S. 232 f.).

3.2 Der Unfallversicherer ist rechtsprechungsgemäss nicht an die Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung gebunden (BGE 133 V 549 E. 6.2; 131 V 362 E. 2.2.1). Vielmehr haben die IV-Stellen und die Unfallversicherer die Invaliditätsbemessung selbständig vorzunehmen und dürfen sich nicht ohne eigene Prüfung mit der Übernahme des Invaliditätsgrades des jeweils anderen Versicherers begnügen (BGE 133 V 549 E. 6.1 mit Hinweis). Dementsprechend ist auch aus dem Gebot in Art. 34 UVV, bei einer Änderung der Rente der Invalidenversicherung ebenfalls eine Revision der Rente der Unfallversicherung vorzunehmen, keine Berechtigung oder gar Verpflichtung des Unfallversicherers abzuleiten, den Invaliditätsgrad der IV-Stelle unbesehen zu übernehmen (vgl. BGE 133 V 549 E. 6.2). Dennoch ist danach zu trachten, unterschiedliche Invaliditätsannahmen verschiedener mit demselben Fall befasster Versicherer zu vermeiden. Zumindest rechtskräftig abgeschlossene Invaliditätsschätzungen dürfen nicht einfach unbeachtet bleiben (BGE 126 V 288 E. 2d). Eine Abweichung kann sich jedoch z. B. ergeben, wenn die Invaliditätsschätzung des anderen Versicherungsträgers auf einem Rechtsfehler oder einer nicht vertretbaren Ermessensausübung beruht, wenn eine Rente der IV auch eine nicht nach UVG versicherte Invalidität entschädigt oder die Invaliditätsschätzung auf ungenauen oder nicht sachgerechten Schlussfolgerungen beruhen (BGE 126 V 288 E. 2).

3.3 Die Initiative zur Durchführung eines Revisionsverfahrens kann gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG vom Versicherer oder vom Versicherten ausgehen. Die Eröffnung des Revisionsverfahrens im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG muss aufgrund der Bedeutung dieses Zeitpunktes klar erkennbar sein und dem Versicherten unmissverständlich

mitgeteilt werden. Insbesondere ein von Amtes wegen eingeleitetes Verfahren kann erst als eröffnet gelten, wenn dessen Durchführung dem Versicherten mitgeteilt wurde (BGer 8C\_759/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 4).

4. Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob eine Einleitung des Revisionsverfahrens betreffend Invalidenrente von der Beschwerdegegnerin zu Recht abgelehnt wurde.

4.1 Der Beschwerdeführer macht beschwerdeweise geltend, dass ein expliziter Antrag auf Einleitung eines Revisionsverfahrens in der vorliegenden Situation entbehrlich sei, da der Unfallversicherer bei Anpassung der IV-Rente immer ein Revisionsverfahren durchzuführen habe (Art. 34 UVV) und dieses gleichzeitig mit dem Verfahren der IV als eröffnet gelte. Somit sei von einer rechtzeitigen Eröffnung des Revisionsverfahrens vor dem Erreichen des Rentenalters auszugehen. Demgegenüber führt die Beschwerdegegnerin aus, dass aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 22 UVG kein Spielraum für eine Abweichung von Art. 22 UVG in einer vollziehenden Verordnungsbestimmung (Art. 34 UVV) bestehe. Zudem existiere der vom Beschwerdeführer behauptete Automatismus betreffend Eröffnung des Revisionsverfahrens der Unfallversicherung im Zeitpunkt der Eröffnung des Revisionsverfahrens der IV schlicht nicht.

4.2 Unbestritten ist, dass ein Revisionsgesuch im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG erst nach Erreichen des Rentenalters des Beschwerdeführers bei der Beschwerdegegnerin eingereicht wurde. Auch aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer sich (nach Abschluss des früheren Revisionsverfahrens mit Urteil vom 24. August 2015) bereits vor Erreichen des Rentenalters am xx.xx.2017 bzw. bis Ende dieses Monats gegenüber der Unfallversicherung dahingehend geäußert hätte. Es ist einzig ein Schreiben vom 20. Dezember 2016 bei den Akten, in welchem die Pensionskasse des Beschwerdeführers bei der Beschwerdegegnerin nachfragt, ob aufgrund des Vorbescheides der Invalidenversicherung auch eine Anpassung der Rente der UV folgen werde. Dieses kann jedoch nicht als Revisionsgesuch des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG qualifiziert werden (vgl. vorstehend E. 3.3).

4.3 Dem Beschwerdeführer kann zudem insoweit nicht gefolgt werden, als dass die Eröffnung des Revisionsverfahrens bei der IV automatisch eine Eröffnung des Verfahrens bei der Unfallversicherung bedeuten würde. Eine automatische Eröffnung des Revisionsverfahrens durch einen anderen Versicherungsträger kann auch in diesem speziellen Fall der revisionsweisen Anpassung der IV-Rente (Art. 34 UVV) nicht angenommen werden, da daraus nicht nur für den Versicherungsträger, sondern auch für den Versicherten diverse Unsicherheiten entstehen würden. Ein solcher Automatismus ist zudem rechtsprechungsgemäss nicht vorgesehen; die Unfallversicherung hat das Verfahren selbst rechtzeitig zu eröffnen und dies dem Versicherten mitzuteilen oder es wird durch Gesuch des Versicherten eröffnet (vgl.

KGer BL 725 19 69 / 255 vom 17. Oktober 2019 E. 5; BGer 8C\_481/2013 vom 7. November 2013 E. 4; Flückiger, a.a.O., Art. 22 N 41; Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 1985, S. 393). Es muss somit davon ausgegangen werden, dass vorliegend keine im Sinne von Art. 22 UVG rechtzeitige Einleitung eines Revisionsverfahrens vor Erreichen des Rentenalters vorliegt.

## 5.

5.1 Der Wortlaut von Art. 22 UVG ist insoweit klar, als dass er die Rentenrevision in Abweichung von Art. 17 Abs. 1 ATSG für den Zeitpunkt ab dem Bezug einer AHV-Altersrente, spätestens jedoch ab Erreichen des Rentenalters nach Art. 21 AHVG ausschliesst. Auslegungsbedürftig ist jedoch Art. 34 UVV: «Wird eine IV-Rente als Folge der Revision geändert, so erfolgt auch eine Revision der Rente oder Komplementärrente der UV». Artikel 34 UVV gelangt gemäss Wortlaut nur solange zur Anwendung, als dass die versicherte Person noch eine IV-Rente bezieht. Der Artikel überschneidet sich daher normalerweise nicht mit Art. 22 UVG, dessen Revisionsvorbehalt gerade voraussetzt, dass die versicherte Person das AHV-Rentenalter erreicht hat und darum keine IV-Rente mehr bezieht (Geertsen, a.a.O., S. 233). Die Rechtsprechung äussert sich aus diesem Grund nicht explizit zum Verhältnis von Art. 22 UVG und Art. 34 Abs. 1 UVV. Auch das in der Beschwerdeantwort zitierte Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft äussert sich nicht zum Verhältnis von Art. 34 UVV zu Art. 22 UVG. Der streitige Revisionsgrund im erwähnten Urteil ist die behauptete Änderung des Invaliditätsgrades ohne Bezugnahme auf eine angepasste Invalidenrente im Sinne von Art. 34 UVV (vgl. KGer BL 725 19 69 / 255 vom 17. Oktober 2019 E. 5). Die Ausführungen zu Art. 22 UVG im Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft können daher nicht direkt auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden.

5.2 Artikel 34 Abs. 1 UVV bezweckt eine bessere Abstimmung zwischen der Unfall- und der Invalidenversicherung sowie die Vermeidung von administrativen Leerläufen und unnötigen Umtrieben wie z. B. die Vornahme von verschiedenen ärztlichen Untersuchungen, welche sich der Versicherte zu unterziehen hat. Artikel 34 Abs. 1 UVV geht von der Annahme aus, dass eine Änderung der IV-Rente in der Regel auch eine Änderung der UVG-Rente bewirken wird und diese Verfahren daher zu Gunsten des Versicherten aufeinander abgestimmt werden sollten (Maurer, a.a.O. S. 393; Geertsen, a.a.O., S. 230 f.). Die Bestimmung ist jedoch rein verfahrensrechtlich zu verstehen und vermag keine direkte Verpflichtung der Unfallversicherung zur sofortigen Eröffnung eines Revisionsverfahrens in Konkretisierung von Art. 17 Abs. 1 ATSG zu begründen (vgl. Geertsen in: Kommentar zum Schweizerischen Sozialversicherungsrecht UVG, 2018, Art. 20 N 50 mit FN 140; Flückiger, a.a.O., Art. 18 N 14 und Art. 22 N 4). Die Suva war deshalb entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht gehalten, aufgrund der Zustellung des Vorbescheides der IV-Stelle direkt ein Revisionsverfahren einzuleiten. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die

rückwirkende Gewährung einer ganzen IV-Rente durch die Invalidenversicherung mit einer Verschlechterung der Rückenproblematik, welche allerdings unfallfremd ist, begründet wurde (vgl. dazu die RAD-Stellungnahme vom 12. Dezember 2016, auf welche im Vorbescheid der IV-Stelle vom 13. Dezember 2016 zur Begründung der Rentenerhöhung verwiesen wird). Angesichts dessen bestand für die Beschwerdegegnerin zum damaligen Zeitpunkt keinerlei Handlungsbedarf, von Amtes wegen ein Revisionsverfahren einzuleiten. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass die Anwendung des Revisionsvorbehaltes von Art. 22 UVG im Fall einer Revision der IV-Rente infolge Änderung des Invaliditätsgrades i.S.v. Art. 17 Abs. 1 ATSG nicht vorgesehen wäre (vgl. BGer 8C\_874/2017 vom 23. Mai 2018, wo gleichzeitig auf die Anwendung von Art. 22 UVG und Art. 34 Abs. 1 UVV Bezug genommen wird). Artikel 34 UVV verlangt vom Versicherungsträger lediglich eine Harmonisierung des allfällig von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eingeleiteten Revisionsverfahrens, die Bestimmung stellt jedoch keine Abweichung des auf Gesetzesstufe verankerten Grundsatzes dar, dass die Invalidenrente der Unfallversicherung nach Erreichen des Rentenalters nicht mehr revidiert werden kann. Dem Beschwerdeführer stand es zudem frei, während des Verfahrens bei der IV-Stelle oder nach Erhalt des Vorbescheides vom 13. Dezember 2016 bei der Beschwerdegegnerin ein Gesuch um Erhöhung der Rente einzureichen; er war daher nicht auf eine Einleitung des Verfahrens von Amtes wegen angewiesen.

5.3 Nach dem Ausgeführten hat die Beschwerdegegnerin aufgrund des im Zeitpunkt der Einreichung des Revisionsgesuchs bereits erreichten Rentenalters des Beschwerdeführers eine Einleitung eines Revisionsverfahrens zu Recht abgelehnt. Somit erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Juni 2021 als rechtmässig, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 9. Februar 2023, S 2021 100

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>

---

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

### 3. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

#### 3.1 Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen (Zwangsmedikation)

##### **Regeste:**

Art. 7 und 10 Abs. 2 BV, Art. 434 ZGB – Die medikamentöse Behandlung ohne Zustimmung stellt einen schweren Grundrechtseingriff dar. Sie muss sich auf einen detaillierten Behandlungsplan der behandelnden Arztperson stützen; die zwangsweise Anwendung der darin enthaltenen Massnahmen ist durch eine zweite, leitende Arztperson zu verfügen (Vieraugenprinzip). Es muss nicht jeder Behandlungsschritt einzeln angeordnet werden, sondern es kann eine über längere Zeit andauernde, aus mehreren Eingriffen bestehende Behandlung als Ganzes angeordnet werden. Die angeordnete Massnahme kann auch bei laufendem Beschwerdeverfahren sofort vollstreckt werden, sofern ein dringender therapeutischer (Weiter-)Behandlungsbedarf besteht, was durch die anordnende Arztperson zu begründen ist. Ist dies nicht der Fall, ist mit der Behandlung bis zum Urteilsspruch zuzuwarten (E. 2).

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

Die Beschwerdeführerin leidet seit 2001 an einer psychotischen Erkrankung aus dem schizophreniformen Spektrum, was u.a. zu ihrer behördlichen Unterbringung in der Triaplus AG Klinik Zugersee führte. Im Rahmen der Hospitalisation wurde wiederholt, zuletzt am 23. Dezember 2022, die zwangsweise Medikation mit Fluanxol Depot Injektionslösung verfügt. Begründet wurde die Anordnung mit einem seit Monaten bestehenden, nicht anders beherrschbaren, psychotischen Zustand der Patientin mit Selbst- und Fremdgefährlichkeit, insbesondere raptusartigen Aggressionsausbrüchen sowie ausgeprägten Verwahrlosungstendenzen (Einnässen, Weigerung alsdann Kleidung zu wechseln oder zu duschen). Gegen die Verfügung vom 23. Dezember 2023 führte die Patientin Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

(...)

##### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2. Die medikamentöse Behandlung ohne Zustimmung stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit im Sinne der körperlichen und geistigen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziffer 1 EMRK) dar und betrifft auch die Menschenwürde gemäss Art. 7 BV zentral (BGE 130 I 16 E. 3). Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber bestimmte Mechanismen eingebaut, um einen rechtsstaatlich einwandfreien Behandlungsablauf zu garantieren (vgl. etwa auch VGer ZG F 2022 9

vom 25. Februar 2022 E. 2.2). Weiter existieren auch medizinisch-ethische Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) zur Anwendung von Zwangsmassnahmen in der Medizin (zuletzt in der 5. Aufl. 2018; diese Richtlinien befassen sich nebst der Frage nach Rechtfertigung und Verfahren zur Anordnung von Zwangsmassnahmen nicht zuletzt auch mit der praktischen Umsetzung von Zwangsmassnahmen).

2.1 Wird eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht (Art. 426 Abs. 1 ZGB), so erstellt die behandelnde Arztperson unter Beizug der betroffenen Person und gegebenenfalls deren Vertrauensperson einen schriftlichen Behandlungsplan (Art. 433 Abs. 1 ZGB). Mit dem Behandlungsplan muss die betroffene Person über alle Umstände informiert werden, die im Hinblick auf die in Aussicht genommenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken und Nebenwirkungen, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten (Art. 433 Abs. 2 ZGB). Ein solcher Behandlungsplan ist unabdingbare Voraussetzung für eine Behandlung ohne Zustimmung gemäss Art. 434 Abs. 1 ZGB, die vom Chefarzt oder zumindest einem Kaderarzt einer Abteilung (siehe dazu BGE 143 III 337 E. 2.4.2) alsdann auf seiner Grundlage anzuordnen ist, wenn die in Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 ZGB erwähnten weiteren Voraussetzungen erfüllt sind (wenn – kumulativ – ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist [Ziff. 1], die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist [Ziff. 2] und keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist [Ziff. 3]; vgl. zum Ganzen BGer 5A\_1021/2021 vom 17. Dezember 2021 E. 5.3.2). Vorbehalten bleibt die Anordnung medizinischer Massnahmen, die sofort aufgrund einer Notfallsituation umgesetzt werden müssen (Art. 435 ZGB). Die Behandlung ohne Zustimmung ist von Bundesrechts wegen lediglich im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung vorgesehen, die zum Zweck der Behandlung einer psychischen Störung angeordnet worden ist (etwa: Geiser/Etzensberger, a.a.O., N. 13 zu Art. 434/435 ZGB).

2.2 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss sich die Anordnung von medizinischen Massnahmen ohne Zustimmung (wobei es sich um eine hoheitliche Verfügung handelt, vgl. dazu BGE 143 III 337 E. 2.6) selber nicht zwingend zur Art der gegen den Willen der Patientin oder des Patienten angeordneten Massnahmen äussern. Die Anordnung ist im Zusammenhang mit dem Behandlungsplan zu lesen; es können auch nur die im Behandlungsplan vorgesehenen Massnahmen angeordnet werden. Entsprechend sollte die vorgesehene Medikation im Behandlungsplan möglichst detailliert festgehalten werden (BGE 143 III 337 E. 2.4.2; VGer ZG F 2018 1 vom 25. Januar 2018 E. 3.1.2; F 2017 15 vom 30. März 2017 E. 2.3).

2.3 Das Gesetz äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob die Anordnung der

Behandlung ohne Zustimmung immer nur einen einzelnen Behandlungsschritt betreffen kann oder ob auch eine über längere Zeit andauernde, aus mehreren Eingriffen (etwa: aus mehreren parenteralen Gaben) bestehende Behandlung als Ganzes angeordnet werden kann.

2.3.1 Soweit aus den Materialien ersichtlich, hat sich der Gesetzgeber hiermit nicht näher befasst. Wie indes mittlerweile (auch) die publizierte bundesgerichtliche Rechtsprechung festhält, spricht der Umstand, dass die Anordnung aufgrund des Behandlungsplans erfolgt, dafür, dass eine Behandlung, die über längere Zeit verschiedene Interventionen vorsieht, mit einem einzigen Entscheid angeordnet werden kann (BGE 143 III 337 E. 2.4.3; Geiser / Etzensberger, a.a.O., N. 27 zu Art. 434 / 435 ZGB; vgl. früher bereits etwa VGer ZG F 2016 27 und 28 vom 17. Juni 2016 E. 3.4 sowie F 2017 3 vom 20. Januar 2017 E. 3.4). Es erschiene unpraktikabel, wenn immer nur einzelne Teile der Behandlung angeordnet werden könnten, zumal beispielsweise die Einstellung einer ausreichenden Dosis eines antipsychotischen Medikaments über einen ausreichenden Zeitraum regelhaft mehr als eine Anwendung voraussetzen dürfte. Entgegen der Lehre (Geiser / Etzensberger, a.a.O.; Rosch, in: Rosch / Bächler / Jakob, Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 433-435 N. 13) verlangt das oberste Gericht zudem auch nicht, dass die Anordnung zeitlich zum vorneherein befristet werden muss (BGE 143 III 337, a.a.O.).

2.3.2 Immerhin dürfte es in der Praxis aber so sein, dass i.d.R. innert der von der Lehre genannten Frist von maximal sechs Monaten entweder eine Besserung des Zustandes dergestalt eintreten sollte, dass eine Entlassung aus dem stationären Klinikrahmen in eine Nachbetreuung möglich ist – womit zusammen mit der fürsorglichen Unterbringung jegliche Zwangsmassnahmen gemäss Art. 434 f. ZGB ohnehin dahinfallen (oben E. 2.1) –, oder es werden Behandlungsalternativen zu prüfen sein. Ist letzteres der Fall, wird gestützt auf einen neuen, angepassten Behandlungsplan ggf. auch wieder eine neue, schriftliche Anordnung der Behandlung ohne Zustimmung i.S.v. Art. 434 ZGB nötig sein.

2.3.3 Da mit der Anordnung medizinischer Massnahmen ohne Zustimmung über einen längeren oder sogar unbefristeten Zeitraum hinweg ein Dauerrechtsverhältnis geregelt wird, ist dem Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person dadurch Genüge getan, dass es ihr auch nach Ablauf der Beschwerdefrist grundsätzlich jederzeit frei steht, bei der Klinik um Wiedererwägung der getroffenen Anordnung zu ersuchen. Ein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung (im Sinne einer zumindest vertieften Prüfung und einer Begründung des getroffenen [Wiedererwägungs]-Entscheids, nicht aber auch zwingend eines anderen Resultats) besteht indes nur dann, wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder die betroffene Person erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft machen kann, die ihr im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die sie aus rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit damals nicht geltend machen konnte. Die Möglichkeit

der Wiedererwägung darf nämlich nicht bloss dazu dienen, rechtskräftige Verfügungen immer wieder in Frage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen (zum aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten Mindestanspruch auf Wiedererwägung oder Revision bei nachträglicher wesentlicher Änderung der Umstände vgl. etwa BGE 136 II 177 E. 2.1; BGer 1C\_488/2021 vom 9. Februar 2022 E. 3.2 mit Hinweisen). Auf die Möglichkeit der Wiedererwägung – als sogenannte ausserordentliches Rechtsmittel – muss in der Rechtsmittelbelehrung nicht hingewiesen werden.

2.4 Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von Anordnungen medizinischer Massnahmen ohne Zustimmung ist festzuhalten was folgt:

2.4.1 In Notfallkonstellationen gemäss Art. 435 ZGB ergibt sich die sofortige Vollstreckbarkeit der angeordneten Massnahmen – insoweit auch sachlogisch – bereits aus dem Gesetz (Abs. 1). Demgegenüber erscheint bei medizinischen Zwangsmassnahmen gemäss Art. 434 ZGB (noch) nicht abschliessend geklärt, ob einer Beschwerde an die kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, diese aber durch die verfügende Behörde oder das Gericht entzogen werden kann, oder ob die Anordnung dem Grundsatz nach sofort vollstreckbar ist, indes mit Blick auf die Verhältnismässigkeit die aufschiebende Wirkung grundsätzlich (durch den verfügenden Arzt) erteilt werden muss, wenn aus medizinischer Sicht mit der Behandlung bis zum Ablauf der Frist für die Anrufung des Gerichts zugewartet werden kann, weil dadurch die Rechte der Patientin oder des Patienten besser gewahrt werden und damit eine weniger einschneidende Massnahme möglich ist. Von einer grundsätzlich bestehenden aufschiebenden Wirkung scheint mittlerweile das Bundesgericht auszugehen (vgl. den – unpublizierten – BGer 5A\_985/2020 vom 26. Mai 2021 E. 2.3.2 i.f., worin indes das Bundesgericht nicht gänzlich überzeugend Art. 450c i.V.m. Art. 439 Abs. 3 ZGB zur Anwendung bringt, ohne sich näher damit auseinanderzusetzen, dass Art. 450c ZGB sich grundsätzlich auf Entscheide der KESB bezieht, und sich auch nicht zur Bedeutung von Art. 450e Abs. 2 ZGB in diesem Zusammenhang äussert). Demgegenüber neigt die Lehre offenbar dazu, sofortige Vollstreckbarkeit anzunehmen (so Geiser/Etzensberger, N 41 zu Art. 434/435 ZGB sowie N 45 zu Art. 439 ZGB mit Hinweisen und unter Verweis auf Art. 430 Abs. 3 ZGB [analog]; unklar Rosch, a.a.O., N 13 zu Art. 433-435 ZGB).

2.4.2 Praktisch dürfte der dogmatischen Einordnung keine überragende Bedeutung zukommen: Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass bei der Frage danach, ob eine medizinische Zwangsmassnahme sofort vollstreckt werden kann, zentral ist, ob aus medizinischer Sicht zwingende Gründe eine Vollstreckung trotz laufenden Beschwerdeverfahrens erheischen, also ein dringender therapeutischer Handlungsbedarf besteht. Solches ist etwa vorstellbar, wenn eine Behandlung – so wie hier geschehen – nicht als Ganzes, sondern jeweils in der Einzelanwendung angeordnet wird, und durch einen Behandlungsunterbruch eine bereits aufgrund früherer Anord-

nungen begonnene Behandlung als gefährdet erscheint. Die anordnende Arztperson hat in solchen Fällen kurz zu begründen, weshalb die Behandlung aus medizinischer Sicht keinen Aufschub bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens duldet. Entsprechend ist in der Rechtsmittelbelehrung der Hinweis auf die aufschiebende Wirkung zu streichen. Verneint hingegen die anordnende Arztperson die besondere Dringlichkeit der Vollstreckung, ist von der Behandlung vorerst Abstand zu nehmen, wobei der Verweis auf die aufschiebende Wirkung in der Rechtsmittelbelehrung folgerichtig zu belassen ist (gemäss aktueller Formulierung der Triaplus AG Klinik Zugersee: «Wird dieses Rechtsmittel [Verwaltungsgerichtsbeschwerde] eingelegt, muss mit der Behandlung zugewartet werden»).

2.4.3 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass einer anschliessenden Beschwerde an das Bundesgericht gemäss dessen Rechtsprechung grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. etwa – e contrario – BGer 5A\_38/2011 vom 2. Februar 20022 Sachverhalt lit. C).

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Dezember 2022 F 2022 40  
Dieses Urteil ist rechtskräftig.

### 3.2 Fürsorgerische Unterbringung

#### **Regeste:**

Art. 426 Abs. 1 und 3 ZGB, Art. 429 Abs. 3 ZGB – Eine Akutstation, auf der eine ärztliche Betreuung nicht gewährleistet ist, ist keine geeignete Einrichtung für eine Person, deren psychische Störung lege artis primär medikamentös behandelbar ist. Die fürsorgerisch untergebrachte Person ist jedenfalls durch die Einrichtung zu entlassen, sobald die Voraussetzungen für ihre Unterbringung nicht mehr erfüllt sind. Die Entlassung darf – auch mit Blick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs, den die fürsorgerische Unterbringung darstellt (E. 2.2) – keinesfalls aus sachfremden Gründen (hier: Teilzeitarbeit der fallführenden Person) verzögert werden. In concreto: Aufhebung der fürsorgerischen Unterbringung in der Luzerner Psychiatrie Klinik St. Urban und Verpflichtung von deren ärztlicher Leitung, im Bedarfsfall für die Einweisung in eine geeignete Einrichtung zu sorgen (E. 3).

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

Der 1980 geborene A. wurde am 23. August 2023 mit ärztlicher fürsorgerischer Unterbringung (äFU) unter Verweis auf Fremdgefährdung in die Luzerner Psychiatrie, Klinik St. Urban, eingewiesen, wogegen er Beschwerde führte.

(...)

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug traf – soweit sich dies aufgrund der offensichtlich fehlenden Organisation und internen Dokumentation in der Klinik St. Urban als möglich erwies – Abklärungen zum Sachverhalt und zog die Akten früherer Verfahren bei.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.

2.1 Eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, darf in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann (Art. 426 Abs. 1 ZGB). Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind mit zu berücksichtigen (Art. 426 Abs. 2 ZGB; Geiser/Etzensberger, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, Art. 426 N 8 ff., 41 ff.), wobei eine Fremdgefährlichkeit allein für eine Unterbringung nicht ausreicht (Art. 426 Abs. 2 ZGB; Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 30. April 2019 i.S. T.B. gegen die Schweiz Ziff. 55 ff.; BGE 145 III 441 E. 8.4; Geiser/Etzensberger, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, Art. 426 N 8 ff., 41 ff.).

Die betroffene Person wird entlassen, sobald die Voraussetzungen für ihre Unterbringung nicht mehr erfüllt sind; die Entlassungskompetenz – und entsprechend auch die Entlassungspflicht – liegen bei der Einrichtung (Art. 426 Abs. 3 und Art. 429 Abs. 3 ZGB).

2.2 Bei der fürsorglichen Unterbringung handelt es sich um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) der betroffenen Person, auch wenn ihre Dauer bei ärztlicher Anordnung befristet ist (BGE 148 III 1 E. 2.3.3; 143 III 189 E. 3.2 i.f.). Konkret wird die Bewegungsfreiheit der untergebrachten Person (als Teilgehalt des Grundrechts der persönlichen Freiheit) beschränkt, wenn diese gezwungen wird, gegen ihren Willen in einer psychiatrischen Klinik zu verbleiben. Die Vor- und Nachteile, welche die Unterbringung der betroffenen Person bringt, sind einander im Sinne einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung gegenüberzustellen. Es ist dabei jeweils im Einzelfall auszuloten, wo die Grenze zwischen Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge verläuft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Achtung und Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV; vgl. grundlegend zur Menschenwürde als Leitsatz jeglicher staatlichen Tätigkeit sowie als innerster Kern und Grundlage der Freiheitsrechte BGE 127 I 6 E. 5b mit Hinweisen; ausserdem BGE 143 IV 77 E. 4.1) es dem Gemeinwesen im Sinne einer minimalen Sorgfaltspflicht gebieten kön-

nen, einer erkrankten Person die notwendige Pflege und Behandlung zukommen zu lassen, dank der sie überhaupt (wieder) befähigt wird, ihre Persönlichkeit zu entfalten und ihre persönliche Freiheit auszuüben (vgl. zum Ganzen BGE 130 I 16 E. 5 sowie [ausführlicher] BGE 127 I 6 E. 5).

2.3 Das Gesetz nennt als Voraussetzung für eine fürsorgerische Unterbringung das Vorliegen eines Schwächezustandes, der eine Behandlung oder Betreuung notwendig macht, die nicht anders als durch den Entzug der Freiheit erbracht werden kann (vgl. auch Geiser/Etzensberger, a.a.O., Art. 426 ZGB N 8). Zu ermitteln ist auf tatsächlicher Ebene zunächst, ob ein solcher Zustand vorliegt und ob bzw. inwiefern deshalb ein Fürsorgebedarf besteht. Anknüpfend am soeben Gesagten geht es darum zu ermitteln, ob die Fähigkeit einer Person zu eigenbestimmtem Handeln eingeschränkt ist und sie Unterstützung benötigt, um diese Fähigkeit – soweit möglich – wiederzuerlangen (etwa: Geiser/Etzensberger, a.a.O., vor Art. 426–439 ZGB N 14). Ob ein Fürsorgebedarf vorliegt, ist aufgrund der konkreten Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person bzw. von Dritten, die besteht, wenn die Behandlung der psychischen Störung bzw. die Betreuung unterbleibt, zu beurteilen. Anhand dieser tatsächlichen Angaben ist in rechtlicher Hinsicht zu beurteilen, ob, und wenn ja, warum, eine Behandlung bzw. eine Betreuung «nötig» ist (vgl. BGer 5A\_254/2013 vom 17. April 2013 E. 2.2).

Dabei ist auch die Verhältnismässigkeit zu prüfen. Die fürsorgerische Unterbringung muss erforderlich, geeignet und verhältnismässig im engeren Sinne sein. Die Grunderkrankung allein ist zwar notwendige, aber allein nicht ausreichende, Voraussetzung. Im Auge zu behalten ist bei der Überprüfung der Geeignetheit der Massnahme das Ziel der fürsorgerischen Unterbringung. Dieses besteht darin, die betroffene Person in die Selbständigkeit zu führen, ihre Eigenverantwortung zu stärken und ihr ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen. Lassen sich eine Störung oder ihre Auswirkungen beseitigen oder mindestens abschwächen, ist während der fürsorgerischen Unterbringung alles Nötige vorzukehren, damit die betroffene Person wieder aus der Einrichtung entlassen werden und ihr Leben nach ihren eigenen Vorstellungen, Neigungen und Fähigkeiten selber gestalten und organisieren kann. Jedenfalls muss die Unterbringung die Lebensqualität der betroffenen Person verbessern (vgl. etwa BGer 5A\_567/2020 vom 18. September 2020 E. 2.3; Geiser/Etzensberger, a.a.O., vor Art. 426–439 ZGB N 14). Die freiheitsbeschränkende Unterbringung ist weiter nur gesetzeskonform, wenn der angestrebte Zweck nicht mit einer mildereren Massnahme erreicht werden kann.

### 3.

3.1 Vorliegend lässt sich der Unterbringungsverfügung entnehmen, dass der Beschwerdeführer bei seiner Einweisung ein psychotisches Zustandsbild zeigte und auf dem Bahnperon in E./ZG in alkoholisiertem Zustand Passanten anpöbelte. Die

Einweisung erfolgte demnach zwar erklärtermassen zufolge Fremdgefährdung; es liegt aber auf der Hand, dass sich der Beschwerdeführer durch solches Verhalten auf einem Bahnperon auch selber nicht unerheblich gefährdet hat (u.a.: Risiko von Stürzen auf das Bahngleise). Aus früheren Verfahren ist weiter bekannt, dass bei ihm ca. 2008 eine schizoaffektive Störung diagnostiziert wurde. Ebenfalls ist aus den Darlegungen des psychiatrischen Gutachters im Mai 2021 bekannt, dass diese Störung lege artis primär medikamentös behandelt werden sollte (mit Antipsychotika, Neuroleptika und Stimmungsstabilisatoren, nebst psychosozialer Begleitung und Integration; vgl. VGer ZG F 2021 16 vom 27. Mai 2021 E. 3.4). Im Zeitpunkt des vormaligen Verfahrens im Jahr 2021 wurde der Beschwerdeführer mittels fürsorglicher Unterbringung in die Klinik F./LU eingewiesen, wo eine solche Behandlung offenbar möglich war.

3.2 Aktuell befindet er sich indes in der Luzerner Psychiatrie Klinik St. Urban. Bei dieser Institution konnte das Gericht trotz mehrmaliger Versuche zwischen dem 4. und dem 6. September 2023 keinen Kontakt herstellen zu einer für den Beschwerdeführer zuständigen Arztperson, sondern wurde wiederholt mit andauernd wechselnden Psychologinnen verbunden. Akten waren von der Klinik St. Urban bis zum 6. September 2023 keine erhältlich. Die jeweiligen Psychologinnen gaben dem Gericht am 4. September 2023 telefonisch zu Protokoll, die Situation des Patienten werde am 5. September 2023 im Team besprochen; eine baldige Entlassung sei möglich, da zwar eine Behandlung nötig sei, indes akut weder Selbst- noch Fremdgefährdung vorliege. Am 5. September 2023 wurde sodann mitgeteilt, die FU werde per 6. September 2023 aufgehoben, was dem Patienten gleichentags um 11:00 mitgeteilt werde. Die Station werde dem Gericht alsdann umgehend eine Austrittsbestätigung (oder eine Einverständniserklärung zum freiwilligen Aufenthalt) weiterleiten. Auf nochmalige Nachfrage der Gerichtskanzlei hin teilte die Klinik endlich am Nachmittag des 6. September 2023 mit, die ärztliche FU werde bei Herrn A. aufgehoben und es finde am 7. September 2023 ein Gespräch zur Planung des weiteren Prozederes statt. Der in der Folge unternommene Versuch der Referentin, den Sachverhalt weiter zu erhellen (insbesondere: zu ermitteln, per wann die FU tatsächlich aufgehoben wurde bzw. werde sowie durch wen) scheiterte, da weder die fallführende Psychologin noch deren Stellvertretung anwesend waren. Die nach mehrmaliger Nachfrage erreichte leitende Psychologin G. zeigte keinerlei Verständnis für den rechtlichen Rahmen (insbesondere: Recht des Patienten auf Anhörung durch das Gericht bzw. auf Austritt bei Aufhebung der FU). Stattdessen erklärte sie, es sei nun einmal so, dass die fallführende Kollegin heute nicht arbeite, weshalb ein Gespräch mit Herrn A. erst am Folgetag stattfinde, und legte auf. Vom Ärztesekretariat war immerhin zu erfahren, dass auf der betreffenden Station keine Arztperson arbeite, was auch der Blick auf die Internetseite der Institution bestätigte, wo als «Ärztliche Leitung» der Akutpsychiatrien in der Klinik St. Urban durchwegs Psychologinnen aufgeführt wurden. Die beiden im Weiteren aufgeführten «leitenden Ärzte» der Klinik St. Urban arbeiten offenbar nicht regelmässig im Hause, sondern sind je in eigener Praxis

tätig, so dass sehr fraglich erscheint, ob die notwendige ärztliche Betreuung in der Klinik St. Urban jederzeit gewährleistet ist (. . .).

3.3 Vorliegend ist gerichtsnotorisch (vgl. oben E. 3.1), dass eine geeignete Behandlung bei der Diagnose des Beschwerdeführers primär medikamentös sein muss. Eine solche kann indes offensichtlich nicht in einer Klinik bzw. auf einer Station erfolgen, in der keine Arztperson für den Beschwerdeführer zuständig ist, obliegt die Verantwortung für die medikamentöse Behandlung doch den zugelassenen Arztpersonen. Mithin muss festgestellt werden, dass die Luzerner Psychiatrie Klinik St. Urban für den Beschwerdeführer – im Gegensatz zur Klinik F., wo offenbar Arztpersonen tätig sind – zum vornherein keine geeignete Einrichtung ist. Mit Blick auf die fehlende Eignung der Klinik St. Urban darf der Beschwerdeführer in dieser Einrichtung nicht gegen seinen Willen weiter festgehalten werden, sondern er ist umgehend zu entlassen. Sofern eine weitere stationäre Betreuung und Behandlung aktuell (noch) notwendig erscheint – was vorliegend offen gelassen werden kann und muss, nachdem das Gericht den Beschwerdeführer angesichts der zum vornherein fehlenden Eignung der Klinik weder persönlich anhören noch begutachten lassen musste –, wird es in der Verantwortung der Klinikleitung liegen, für eine Einweisung in eine geeignete Einrichtung besorgt zu sein, wo der Beschwerdeführer die notwendige medikamentöse Behandlung in Anspruch nehmen kann.

3.4 Lediglich der Vollständigkeit halber ist die Klinik weiter darauf hinzuweisen, dass es selbstverständlich nicht angeht, die Entlassung eines Patienten – nota bene anscheinend ohne konkreten Behandlungsplan sowie im Wissen um die nicht (mehr) vorhandene Selbst- und Fremdgefährdung – mit Verweis auf Abwesenheiten einzelner Psychologinnen immer weiter hinauszuzögern.

3.5 Zusammenfassend ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als die fürsorgliche Unterbringung vom 23. August 2023 aufzuheben und der Beschwerdeführer aus der Luzerner Psychiatrie Klinik St. Urban umgehend zu entlassen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 7. September 2023, F 2023 36

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup><http://www.verwaltungsgericht.zg.ch>

## 4. Ergänzungsleistungen

### 4.1 Art. 14 Abs. 2 ELG, § 2 Abs. 2 und § 16 ELKV

#### **Regeste:**

Art. 14 Abs. 2 ELG, § 16 ELKV – Auch im Bereich der Kostenvergütung für Pflege und Betreuung durch Familienangehörige ist der Hilfsbedarf einer versicherten Person durch das Abklärungsinstrument FAKT2 zu ermitteln (E. 6.1)

Der nach FAKT2 ermittelte Hilfsbedarf bildet auch im Bereich der Ergänzungsleistungen die Grenze dessen, was unter dem Blickwinkel der Zweckmässigkeit entschädigt werden kann (E. 6.4).

Vom nach FAKT2 ermittelten gesamten Hilfsbedarf ist abzuziehen, was bereits durch die Hilflosenentschädigung oder durch Leistungen der Assistenzperson abgedeckt ist (E. 6.4.1).

Für den vollumfänglichen Ausgleich des eigentlichen Erwerbsausfalls der betreuenden Familienangehörigen besteht keine Rechtsgrundlage (E. 6.5).

Die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung durch die betreuenden Familienangehörigen ist am Massstab der Kostenvergütung der IV für eine Assistenzperson zu messen (E. 6.5.1).

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

Der im Januar 2000 geborene A. leidet an einer Mehrfachbehinderung. Seit Erreichen der Volljährigkeit bezieht er als Frühinvalider eine ganze ausserordentliche IV-Rente (. . .) sowie (weiterhin) eine Entschädigung für Hilflosigkeit schweren Grades im Betrag von monatlich Fr. 1'880.–. Antragsgemäss wurde ihm sodann ab September 2017 ein Assistenzbeitrag zugesprochen. Dieser wurde nach Erreichen der Volljährigkeit (und demzufolge Wegfall des während der Minderjährigkeit ausgerichteten Intensivpflegezuschlags zur Hilflosenentschädigung) per 1. Februar 2018 erhöht auf monatlich Fr. 2'524.10 bzw. jährlich maximal Fr. 27'465.10 (bei einem ermittelten Hilfsbedarf gemäss dem Abklärungsinstrument FAKT2 von total 134.12 Stunden pro Monat, abzüglich 57.14 Stunden abgegolten durch die Hilflosenentschädigung). Im Januar 2018 meldeten die Eltern von A. diesen weiter zum Bezug von Ergänzungsleistungen an. Sie stellten u.a. Antrag auf Lohnersatz, da die Mutter ihr 30 %-Pensum als Juristin in der C. zugunsten der Pflege und Betreuung aufgegeben habe (per Ende April 2017, Zeitpunkt der Rückkehr des Sohnes aus der stationären Rehabilitation). Im weiteren Verlauf bejahte das Verwaltungsgericht mit (rechtskräftigem) Leitentscheid VGer ZG S 2019 20 vom 23. Januar 2020 einen grundsätzlichen Anspruch des Versicherten auf Vergütung für die Leistungen seiner Mutter. Es behielt dabei die Prüfung der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung vor. Hierzu sowie zur Berechnung des exakten Anspruchs mit anschliessend neuer Verfügung wies es die Sache an die Ausgleichskasse zurück.

Die Ausgleichskasse traf in der Folge weitere Abklärungen. Aufgrund der erhaltenen Pflegedokumentation der Mutter betreffend den Zeitraum vom 21. Februar bis 3. April 2020 erteilte sie schliesslich Kostengutsprache für einen durchschnittlichen Aufwand derselben von 5,79 Stunden pro Tag zu einem Stundenlohn von Fr. 25.– rückwirkend ab 1. Februar 2018 (entsprechend Fr. 29'191.25 im Jahr 2018 sowie je Fr. 31'845.00 in den Jahren 2019 und 2020). Sie forderte die Mutter auf, fortan jeweils halbjährlich ein Pflege- und Betreuungsprotokoll über mindestens sechs Wochen einzureichen (Verfügung vom 24. August 2020). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 21. Mai 2021 fest, unter Verweis auf die Unverhältnismässigkeit des Kostenersatzes für den tatsächlich erlittenen Erwerbsausfall.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. Juni 2021 verlangt A., es sei der Einspracheentscheid der IV-Stelle vom 21. Mai 2021 aufzuheben und es sei ihm rückwirkend ab 1. Februar 2018 der tatsächliche Kostenersatz für die durch seine Pflege und Betreuung erlittene Erwerbseinbusse der Mutter im Sinne von § 16 der kantonalen Verordnung über die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten bei den Ergänzungsleistungen (ELKV; BGS 841.714) bis zur Obergrenze gemäss Art. 14 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) zuzusprechen. Die Ausgleichskasse des Kantons Zug (fortan: AK) schliesst mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

(...)

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3. Strittig sind vorliegend nurmehr Umfang und Höhe der Kostenvergütung für Pflege und Betreuung des Beschwerdeführers durch seine Mutter gestützt auf § 16 ELKV in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 ELG.

3.1 Die Kantone vergüten den Bezügerinnen und Bezügerern einer jährlichen Ergänzungsleistung ausgewiesene, im laufenden Jahr entstandene Kosten namentlich für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen (Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG). Sie bezeichnen die Kosten, die nach Abs. 1 vergütet werden können. Sie können die Vergütung auf im Rahmen einer wirtschaftlichen und zweckmässigen Leistungserbringung erforderliche Ausgaben beschränken (Art. 14 Abs. 2 ELG). Im Kanton Zug werden maximal die in den Art. 14 Abs. 3 bis 5 ELG bezeichneten Beträge vergütet (§ 2 ELKV), soweit sie wirtschaftlich und zweckmässig sind, wobei die Ausgleichskasse Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit abklären lassen kann (§ 1 ELKV). Kosten für Leistungen privater Träger werden vergütet, soweit sie den Kosten öffentlicher oder gemeinnütziger Träger entsprechen (§ 14 Abs. 4 ELKV); Kosten für

Pflege und Betreuung durch Familienangehörige werden nur vergütet, wenn die betreffenden Angehörigen nicht in der EL-Berechnung eingeschlossen sind und durch die Pflege und Betreuung eine länger dauernde, wesentliche Erwerbseinbusse erleiden, wobei die Kosten maximal im Umfang des Erwerbsausfalls vergütet werden (§ 16 ELKV).

3.2 Die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass eine Familienangehörige ohne Hilfe-, Pflege- und Betreuungsleistungen nach Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG einer Erwerbstätigkeit nachgehen würde bzw. inwieweit sie dadurch eine länger dauernde, wesentliche Erwerbseinbusse im Sinne von § 16 Abs. 1 lit. b ELKV erleidet, ist nach den persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen zu beurteilen. Aufgrund der Beweisschwierigkeiten, die hypothetischen Fragestellungen naturgemäss innewohnen, ist der anspruchsbegründende Sachverhalt besonders sorgfältig zu erheben (BGer 9C\_618/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 4.3; 9C\_125/2019 vom 11. Juni 2019 E. 4.3; VGer ZG S 2019 20 vom 23. Januar 2020 E. 6.4).

4.

4.1

4.1.1 Die Vorinstanz verfügte am 11. Juni 2018 einen Ergänzungsleistungsanspruch zugunsten von A. von monatlich total Fr. 2'419.-, der in der Folge offenbar unbestritten geblieben ist. Damit stehen dem Beschwerdeführer grundsätzlich mit Invalidenrente, Hilflosenentschädigung, durchschnittlich abrufbarem Assistenzbeitrag sowie Ergänzungsleistungen Mittel von rund Fr. 8'400.- im Monat zur Verfügung (ohne die separat fliessenden Leistungen für medizinische Interventionen, Hilfsmittel, Aufenthalt im E., etc.). Der Entscheid über den (zusätzlichen) Antrag gemäss Art. 16 ELVK (Antrag auf «Lohnersatz») wurde ad separatum verwiesen. Diesbezüglich wurde A. mit vorliegend angefochtenem Einspracheentscheid der Ausgleichskasse vom 21. Mai 2021 für ungedeckte Krankheits- und Behinderungskosten ein Betrag von monatlich Fr. 2'653.75 zugesprochen, entsprechend einem durchschnittlichen Pflege- und Betreuungsaufwand seiner Mutter pro Tag von 347 Minuten, vergütet zu einem Stundenansatz von Fr. 25.- gemäss § 14 Abs. 6 ELKV (AK-act. 17).

4.1.2 Mit Vernehmlassung vom 13. Juli 2021 weist die Ausgleichskasse insbesondere darauf hin, dass die Mutter des Beschwerdeführers bereits vor dessen Geburt nie annähernd ein Einkommen von Fr. xxx'xxx.- (für 80 %) abgerechnet habe und ein zusätzliches Aufrechnen diverser nicht bezifferter kleiner Hilfestellungen im Alltag einer doppelten Berücksichtigung gleichkäme, seien solche doch bereits mit der Hilflosenentschädigung abgegolten und dort berücksichtigt. Die Erwerbseinbusse sei lediglich Anspruchsvoraussetzung, um überhaupt Kosten für Pflege und Betreuung durch Familienangehörige geltend machen bzw. prüfen zu können und bilde weiter

deren Obergrenze. Alsdann seien aber nur die wirtschaftlichen und zweckmässigen Kosten zu vergüten, nicht pauschal der Lohnausfall, andernfalls es der Ausgleichskasse gar nicht mehr möglich wäre, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit zu prüfen.

4.1.3 So oder anders nicht anzurechnen seien Kosten der Beistandschaft, handle es sich dabei doch nicht um Krankheits- und Behinderungskosten. Schliesslich macht die Ausgleichskasse darauf aufmerksam, dass ein Assistenzbeitrag zugesprochen worden sei. Zwar bestehe Wahlfreiheit, jedoch dürfe eine Leistung nicht doppelt berücksichtigt werden. Es sei indes bei den in Rechnung gestellten Assistenzstunden nicht ersichtlich, wofür die Leistungen erbracht worden seien.

## 4.2

4.2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Mutter sei bis zu seiner Geburt in einem Arbeitspensum von 80 % als Juristin tätig gewesen. Ein solches Pensum würde sie auch heute (bzw. spätestens seit seiner Volljährigkeit im Januar 2018) wieder ausüben, da er als Erwachsener ohne Gesundheitsschaden auf keinerlei Unterstützung mehr angewiesen wäre. Aus diesem Grund mache er als Kostenersatz nach § 16 Abs. 2 ELKV den mutmasslichen Erwerbsausfall seiner Mutter von rund Fr. xxx'xxx.– bei einem Arbeitspensum von 80 % (Lohnklasse xx Stufe x bei der C.) geltend, ausgehend vom Jahreslohn bei einem 30 %-Pensum von Fr. xx'xxx.–. Nach der Behandlung eines Gehirntumors hätten seine behinderungsbedingten Einschränkungen ab dem Jahr 2017 stark zugenommen. Er habe deshalb von der Schule F. in die Tagesschule G. wechseln müssen, wo er zahlreiche Krankheitsabsenzen aufgewiesen habe. Seither sei der Betreuungsaufwand konstant hoch. Seit August 2019 verfüge er über einen Tagesaufenthaltsplatz im E. in H.. Von Oktober bis Dezember 2019 habe er sich indes zur Rehabilitation in I. aufgehalten, wobei die Begleitung der Mutter erforderlich gewesen sei. Auch während der Corona-Pandemie habe er mehrheitlich zuhause betreut werden müssen, da das E. von März bis Mai 2020 sowie von Oktober 2020 bis März 2021 geschlossen gewesen sei und er als Hochrisikoperson auch das dortige Atelier nicht habe besuchen können. Die Ausgleichskasse habe gestützt auf die Pflegedokumentation der Mutter einen Betreuungsaufwand von durchschnittlich 5,79 Stunden pro Tag, entsprechend einem Arbeitspensum von ca. 70 %, errechnet. Darin seien allerdings zahlreiche kleinere Hilfestellungen nicht enthalten (etwa: Hilfe beim Bedienen des CD-Gerätes, bei der Suche eines Heftes im Büchergestell, beim Öffnen einer Farbstiftschachtel, das Aufräumen des Tisches danach, etwas vom Boden aufheben, etc.). Weiter seien die zahlreichen Nachtruhestörungen zu berücksichtigen, durch welche die Mutter belastet sei. Schliesslich sei auch der Abzug für Leistungen im Rahmen der Beistandschaft kritisch zu sehen; gemäss ständiger Rechtsprechung werde ein solcher auch bei Ermittlung des Hilfsbedarfs für die Hilflosenentschädigung nicht gemacht, wenn die Beistandschaft ohne Entschädigung ausgeübt werde. So oder anders würden

die benötigten Hilfestellungen den ganzen Tag über anfallen und könne der Beschwerdeführer aufgrund der Sturz- und Epilepsieanfallsgefahr nicht allein gelassen werden. Die Mutter müsse demnach dauernd in Bereitschaft sein, auch wenn er sich tagsüber jeweils von 9.30 bis 16 Uhr im Atelier im E. aufhalte. Hinzu kämen – so der Beschwerdeführer weiter – die Ferien und häufigen krankheitsbedingten Abwesenheiten von ca. 2–3 Tagen pro Monat, nicht planbare Arztbesuche wegen Krankheit sowie regelmässig 14 planmässige Arztbesuche pro Jahr (mit teilweise weiten Anfahrtsstrecken) sowie 1–2 mal pro Woche Physiotherapie, ebenfalls in Begleitung der Mutter. Derart häufige Abwesenheiten seien keinem Arbeitgeber in der freien Wirtschaft zumutbar, weshalb seiner Mutter die Ausübung einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit nicht möglich sei. Daraus leitet er einen Anspruch ab auf Kostenersatz für den tatsächlichen Erwerbsausfall seiner Mutter bis zur Obergrenze gemäss Art. 14 Abs. 2 ELG, d.h. bei Bezug einer Entschädigung für Hilflosigkeit schweren Grades von Fr. 90'000.– pro Jahr.

4.2.2 Der Beschwerdeführer anerkennt zwar, dass die Ausgleichskasse die Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit der Kostenvergütung im Sinne von § 1 Abs. 2 ELKV prüfen dürfe. Dies habe indes erst nach Festlegung des Umfangs des Erwerbsausfalls zu erfolgen. Unhaltbar sei dabei, dass die Ausgleichskasse die Mutter als Hilfsperson einstufe und die Kostenvergütungsregelung entsprechend § 14 ELKV zur Anwendung bringen wolle, sehe doch § 16 Abs. 2 ELKV als Grundlage für den Umfang der Leistungspflicht ausdrücklich die Höhe des Erwerbsausfalls und nicht einen Tarif wie in § 14 ELKV, vor. Konkrete Kürzungskriterien habe die Vorinstanz nicht geprüft, sondern letztlich durch die «Hintertür» des § 14 ELKV generell eine faktische Obergrenze eingeführt, was nicht angehe. Insbesondere enthalte § 16 ELKV keinen Vorbehalt für Familienangehörige mit gut bezahlten Berufen. Seine Mutter habe insbesondere nicht dafür einzustehen, dass sie als Juristin einen höheren Erwerbsausfall erleide, als wenn sie einen schlechter bezahlten Beruf hätte; trotzdem könne von ihr nicht verlangt werden, die Pflege und Betreuung ihres Sohnes vollständig an kostengünstigere Drittpersonen zu delegieren.

5.

5.1 Vorliegend erscheint aufgrund der Darlegungen gemäss Einsprache vom 21. September 2020 und Beschwerde vom 23. Juni 2021 sowie der beigezogenen Auszüge aus deren individuellem Konto ohne Weiteres als überwiegend wahrscheinlich, dass die Mutter des Beschwerdeführers ohne Betreuung und Pflege des mittlerweile erwachsenen Beschwerdeführers aktuell (wieder) als Juristin tätig wäre, wobei es nahe liegt, hypothetisch davon auszugehen, dass sie wieder (ungefähr) das vor dessen Geburt ausgeübte Pensum von 80 % ausüben würde. Gleichzeitig ist aber auch offensichtlich, dass der Mutter bei Tagesaufenthalt des Beschwerdeführers zunächst im G. und danach in der Stiftung E. in H. ein Erwerbspensum auch weiterhin zumutbar wäre. Es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer während seiner Schulzeit

in G. jeweils zwischen 8.15 Uhr bis 8.50 Uhr von zuhause abgeholt und zwischen 16.15 Uhr und 17.00 Uhr wieder dorthin zurückgebracht wurde. Für das Atelier in der Stiftung E., das er seit 1. August 2019 besucht, wurde er jeweils ca. um 9.00 Uhr zuhause abgeholt und ab 16.00 Uhr nach Hause zurückgebracht. Daraus erhellt, dass der Mutter grundsätzlich die Zeit zwischen 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zur Verfügung gestanden hätte. Selbst bei Abzug von ca. zwei Stunden je Tag für Arbeitsweg und Mittagspause verblieben ca. fünf Stunden, die sie an Arbeitstagen leisten könnte. Sie weist zwar darauf hin, dass regelmässig geplante sowie auch unvorhergesehene krankheitsbedingte Absenzen, Arzt- und Therapietermine des Beschwerdeführers wahrgenommen bzw. abgedeckt werden müssten, was bei der Polymorbidität des Beschwerdeführers einleuchtet. Dieser Tatsache wurde denn auch durch die fachkundige Abklärungsperson bei Anwendung des FAKT2 Rechnung getragen. Sie legte ihrer Ermittlung des Hilfsbedarfs nicht fünf, sondern lediglich 3,65 Tage mit Tagesstruktur zugrunde. Darauf kann auch hier abgestellt werden, zumal sich dies mit den Angaben der Mutter deckt (vgl. oben E. 4.2.1) und keine Hinweise darauf bestehen, dass sich die krankheitsbedingten Abwesenheiten sowie die wachzunehmenden Termine seit der Abklärung im Jahr 2018 wesentlich verändert hätten.

In Würdigung dieser Ausgangslage wäre der Mutter des Beschwerdeführers im hier massgeblichen Zeitraum zwischen 1. Februar 2018 und 31. Dezember 2020 selbst bei vollständiger Übernahme von dessen Pflege und Betreuung zuhause eine Erwerbstätigkeit von 3,65 Tagen x fünf Stunden/Tag zumutbar gewesen wäre, d.h. ein Pensum von ca. 18,5 Stunden pro Woche entsprechend 44 % (bei einer 42-Stunden-Woche). Daran ändert der Verweis auf die unvorhersehbaren krankheitsbedingten Abwesenheiten des Beschwerdeführers nichts, zumal diesen einerseits bereits in der Berücksichtigung einer Tätigkeit im Umfang von nur 3,65 Tagen x 5 Stunden Rechnung getragen würde und im Übrigen nicht einsichtig ist, weshalb Frau J. als Arbeitnehmerin auch einem wohlwollenden Arbeitgeber aufgrund der teilweise unvorhersehbaren Absenzen nicht zumutbar wäre. Dies muss umso mehr gelten, als sie sich mit Bezug darauf faktisch in einer ähnlichen Lage befindet wie jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin mit betreuungspflichtigen Kindern, die bei Krankheit kurzfristig zuhause betreut werden müssen. Im Gegensatz zu diesen wäre sie sodann im unvorhersehbaren Krankheitsfall zwar kurzfristig gehindert, ihre Arbeitsleistung am entsprechenden Tag zu erbringen, könnte dies aber am nächsten «Ateliertag» nachholen, stünden ihr doch grundsätzlich fünf Ateliertage zur Verfügung, auf die sie potenziell eine Arbeitsleistung von insgesamt nur rund 18,5 Stunden verteilen könnte. Dabei kommt ihr zudem entgegen, dass sie als Juristin früher in einem Bereich tätig war und auch ohne Weiteres erneut tätig sein könnte, in dem es für den Arbeitgeber notorisch lediglich eine untergeordnete Rolle spielt, wo und wann sie ihre Arbeitsleistung erbringt (vgl. etwa Arbeitszeugnis: Aufgabenbereich primär rechtliche Abklärungen und Entscheidungsdredaktion).

5.2 Als nicht stichhaltig erweist sich der Verweis auf neue, regelmässige Nachtruhestörungen durch Einnässen des Beschwerdeführers: Zum einen wurde bereits im Rahmen der Abklärung der Hilflosigkeit sowie des Assistenzbedarfs nach FAKT2 das Vorhandensein dieser Nachtruhestörungen – entgegen dem, was der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Juni 2023 glauben machen will – festgestellt. Damals erreichten diese aber nicht ein Ausmass, das nach objektivem Massstab zu einer zusätzlichen Anrechnung wegen nächtlichen Hilfsbedarfs geführt hätte (der eigentliche Hilfsbedarf wurde in den Bereichen Körperpflege und Notdurft berücksichtigt). Wie sich aus den nun vorliegenden Protokollen der Mutter ergibt, hat sich daran im massgeblichen Zeitraum nichts geändert. Gemäss diesen Protokollen kam nächtliches Einnässen mit alsdann nötigem Wechsel von Pyjama, Pants, Bettwäsche sowie Körperwäsche in einem Zeitraum von sechs Wochen nur (aber immerhin) siebenmal vor, wobei knapp über die Hälfte der Vorfälle sich noch vor Mitternacht und damit allenfalls gar vor Zubettgehen der Mutter ereigneten. Damit leuchtet nicht ein, inwiefern die Mutter des Beschwerdeführers durch diese verhältnismässig seltenen Ereignisse mit Handlungsbedarf ihrerseits mehr als jede andere Person in einer vergleichbaren Lage (insbesondere: mit kleinen Kindern und damit verbundenen regelmässigen Nachtruheunterbrechungen) gehindert sein sollte, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine Unterbrechung der Nachtruhe im Umfang von durchschnittlich ca. einer halben Stunde ungefähr einmal pro Woche erreicht jedenfalls nicht eine Intensität, welche eine weitere Erwerbsarbeit tagsüber als unzumutbar erscheinen lassen würde. Offen gelassen werden kann deshalb die Rolle des Vaters des Beschwerdeführers, dem eine gewisse Mithilfe grundsätzlich ebenfalls zumutbar wäre, wenn er bei der Familie weilt.

5.3 Nichts für sich ableiten kann der Beschwerdeführer sodann daraus, dass nebst den eigentlichen Hilfestellungen zugunsten seiner Person weiterer Aufwand für die Administration anfällt, handelt es sich doch dabei einerseits grundsätzlich um eine Tätigkeit, welche seine (beiden!) Eltern als Beistände ausüben, und ist andererseits nicht ersichtlich, weshalb die Mutter diese grundsätzlich gut plan- und schiebbaren Tätigkeiten nicht dann ausführen könnte, wenn der Beschwerdeführer z. B. krankheitsbedingt zuhause weilt und immer wieder über den Tag verteilt Hilfe anfordert, aber keine konstante Betreuung und Überwachung benötigt.

5.4 Zusammenfassend ist mithin davon auszugehen, dass die Mutter des Beschwerdeführers auch ohne die Mithilfe einer Assistenzperson weiterhin ein Arbeitspensum von ca. 44 % verrichten könnte, während sich der Beschwerdeführer in der Tagesstruktur aufhält. Dies gilt übrigens spätestens seit der Corona-Pandemie umso mehr für die Zukunft, ist es doch mittlerweile allgemeinnotorisch in vielen Berufen – insbesondere bei «Büro-Berufen», wie der juristischen Tätigkeit – durchaus möglich, die Tätigkeit ganz oder teilweise im Homeoffice zu verrichten (vgl. etwa BGer 9C\_15/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 6.2.3 und E. 7) und somit auch zeitlich flexi-

bler einzuteilen. Es ist darauf hinzuweisen, dass mittlerweile auch die Mutter des Beschwerdeführers von einer Arbeitsfähigkeit von bis zu 40 % ausgeht.

Verglichen mit dem hypothetischen Arbeitspensum von ca. 80 % resultiert bei einer zumutbaren Arbeitstätigkeit der Mutter von noch rund 40 bis 50 Prozent eine klare Einbusse. Nachdem weiter die Mutter auch nicht in die EL-Berechnung des Beschwerdeführers eingeschlossen ist, sind die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, damit die Kosten für Pflege und Betreuung durch sie nach § 16 Abs. 1 ELKV überhaupt vergütet werden können. Eine Obergrenze für diese Vergütung bildet der erlittene Erwerbsausfall (§ 16 Abs. 2 ELKV).

6. Zu prüfen ist in einem zweiten Schritt, ob die erbrachten Leistungen zweckmässig und wirtschaftlich sind (§ 2 Abs. 2 ELKV; VGer ZG S 2019 20 vom 23. Januar 2020 E. 6.4 i.f.).

6.1 Das Abklärungsinstrument FAKT2 ist grundsätzlich – abgesehen vom hier nicht interessierenden Bereich der Kinderbetreuung (BGE 148 V 408) – ein geeignetes Instrument zur Ermittlung des gesamten Hilfebedarfs einer versicherten Person (BGE 140 V 543 E. 3.2.2; BGer 9C\_607/2021 vom 11. März 2022 E. 4.3). Damit wird der Hilfebedarf vor Ort und im konkreten Einzelfall beurteilt. Entgegen dem Beschwerdeführer handelt es sich gerade nicht um eine lediglich schematische Erfassung. Vielmehr wird mit FAKT2 sehr detailliert und objektiviert der regelmässig anfallende Hilfsbedarf erfasst und lässt sich mithin eine weitgehende Gleichbehandlung der versicherten Personen erreichen. Mit Blick darauf irritiert, dass die Vorinstanz für die Bemessung des Hilfsbedarfs direkt und – soweit ersichtlich – weitgehend unkritisch auf eine Zeitaufstellung der Mutter abgestellt hat, zumal diese offensichtlich auch Zeitaufwände für normale familiäre Tätigkeiten wie Karten- oder Brettspiele sowie für Zubereitung von Mahlzeiten für die Familie erfasst. Damit ist nicht gewährleistet, dass allein die zweckmässigen, nötigen Leistungen für Pflege und Betreuung des Beschwerdeführers erfasst werden, die über normale familiäre Tätigkeiten und Hilfestellungen hinausgehen, wie sie von Hausgenossen und Familienangehörigen auch unentgeltlich erwartet werden. Eine Abweichung vom mittels des Instruments FAKT2 ermittelten gesamten Hilfsbedarf ist zwar in Ausnahmefällen möglich. Es reicht dazu aber nicht aus, pauschal zu behaupten, dass über den mittels FAKT2 festgestellten Gesamtbedarf hinaus Hilfeleistungen benötigt respektive erbracht würden (BGer 9C\_607/2021, a.a.O., E. 4.4).

6.2 Die Aufstellung der Mutter im Zeitraum zwischen 21. Februar und 3. April 2020 zeigt einerseits, dass die Abklärungsergebnisse vom Jahr 2018 nach FAKT2 nach wie vor nichts von ihrer Aktualität eingebüsst haben, was im ersten Rechtsgang noch nicht zu überblicken war (vgl. VGer ZG S 2019 20 vom 23. Januar 2020 E. 6.4). Tatsächlich ist weder ersichtlich noch wird dargetan, welche Hilfestellungen konkret hinzugekommen sein sollten, die in der damaligen Abklärung noch nicht

berücksichtigt werden konnten (vgl. insbesondere zum geltend gemachten zusätzlichen Hilfsbedarf in der Nacht bereits oben E. 5.2). Andererseits lässt sich aus ihrer Aufstellung aber auch unschwer erkennen, dass sich der effektiv von ihr betriebene Pflege- und Betreuungsaufwand für A. insgesamt auch mit Eintritt der Corona-Pandemie nicht in erheblichem Ausmass verändert hat, da zwar zusätzliche Aufwände hinzukamen etwa für die Begleitung bei Mittagessen, Mittagsschlaf, etc., andererseits aber auch Aufwände wegfielen, etwa die Begleitung zu Terminen oder die Hilfe beim Transfer zum und vom E.. Sodann trifft es zwar zu, dass die Mutter des Beschwerdeführers während der Schliessung des E. aufgrund der benötigten Anwesenheit zuhause nicht an einem externen Arbeitsplatz hätte tätig werden können. Es ist aber allgemeinnotorisch, dass während dieser Zeit ab 17. März 2020 auch sonst alle Büroangestellten soweit irgend möglich zur Arbeit im Home Office verpflichtet wurden, wobei sich die Arbeitgeber in dieser Anfangszeit ebenso notorisch kulant zeigten auch hinsichtlich während dieser ersten Zeit allenfalls reduzierter Leistungen. Insofern ist nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet die Mutter des Beschwerdeführers in dieser Zeit eine Arbeitstätigkeit nicht mehr hätte ausüben können und ihr deshalb die gesamte Anwesenheitszeit zuhause als Überwachungsaufwand anzurechnen wäre. Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass als objektiv zweckmässig diejenigen Hilfeleistungen anzurechnen sind, wie sie sich aus dem Abklärungsinstrument FAKT2 ergeben, d.h. konkret solche von total ca. 134,12 Stunden pro Monat im «Normalfall», mit Aufenthalt im E. an planmässig fünf Tagen die Woche, bei unregelmässigen Ausfällen im Sinne des oben E. 5.1 Ausgeführten, was denn auch zur Berücksichtigung eines Heimaufenthalts von lediglich durchschnittlich 3,65 Tagen pro Woche führte.

6.3 Es bleibt zu erörtern, wie es sich verhält mit den «ausserordentlichen» Perioden einerseits zwischen dem 16. Oktober und dem 13. Dezember 2019, als der Beschwerdeführer zum Reha-Aufenthalt in I. weilte, andererseits zwischen dem 17. März und dem 31. Mai 2020 sowie zwischen dem 13. Oktober 2020 und dem 31. Dezember 2021 andererseits, als der Beschwerdeführer vorübergehend aufgrund der pandemischen Lage ausschliesslich zuhause betreut wurde.

6.3.1 Für die Zeit des Reha-Aufenthalts in I. ist aktenkundig, dass die Mutter in die Pflege eingebunden und rund um die Uhr präsent war. Daraus erhellt, dass es ihr während dieser Zeit wohl tatsächlich nicht möglich war, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Wie indes bereits angesprochen wurde (vgl. oben E. 5.4 i.f.), ist zu unterscheiden zwischen einem massgeblichen Erwerbsausfall als Anspruchsvoraussetzung und der Bemessung der Entschädigung für tatsächlich erbrachte Leistungen. Es ist weder dargetan noch nachvollziehbar, inwiefern die Mutter während der Zeit des Reha-Aufenthalts mehr Zeit für Pflege und Betreuung des Beschwerdeführers hätte aufwenden müssen als dies sonst der Fall war, zumal dieser tagsüber in ein Therapieprogramm eingebunden war und die Hilfe der Mutter einzig zwischen den Therapien im Sinne einer Einzelbetreuung (zusätzlich zur 24-Stunden-

Pflege durch das Spital) benötigt wurde. Insofern ist eher von einem geringeren tatsächlichen Betreuungs- und Pflegeaufwand auszugehen. Der Umfang der Minderleistungen lässt sich aber offensichtlich im Nachhinein nicht sinnvoll bestimmen. Dementsprechend hat es für diese Zeitperiode beim entschädigungsberechtigten Aufwand der Mutter von total ca. 134,12 Stunden pro Monat sein Bewenden.

6.3.2 Anders verhält es sich hinsichtlich der Zeiten zwischen dem 17. März und dem 31. Mai 2020 sowie zwischen dem 13. Oktober 2020 und dem 31. Dezember 2020. Während dieser Zeitintervalle fiel die Betreuung im E. weg. Im Rahmen der Bedarfssabklärung nach FAKT2 wurde beim Beschwerdeführer mit Blick auf diese Betreuung sowie auf das Zusammenleben mit anderen Erwachsenen im selben Haushalt konkret ein Abzug von 27,60 Stunden pro Monat zur Anwendung gebracht. Diesbezüglich wird für die massgeblichen Perioden eine Anpassung vorzunehmen sein in dem Sinne, dass für die auswärtige Betreuung in der Tagesstätte (von ca. 3,65 Tagen pro Woche) während dieser «Corona-Zeiten» kein Abzug vorzunehmen sein wird. Damit dürfte dem zusätzlichen Aufwand ohne Weiteres Rechnung getragen sein, zumal – wie bereits erwähnt (soeben E. 6.2) – auch die Aufstellung der Mutter nicht auf einen erheblich höheren Betreuungs- und Pflegeaufwand während der Schliessung des Ateliers hindeutet. Die Sache ist nach dem Ausgeführten, soweit das Jahr 2020 betreffend, an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit diese den Abzug für Erwachsene im gleichen Haushalt vom Abzug für Aufenthalt in einer Institution auseinanderdividiere und letzteren Wert für die fragliche Periode zum total von 134,12 Stunden pro Monat hinzuaddiere.

6.4 Der nach FAKT2 ermittelte Hilfsbedarf bildet auch im Bereich der Ergänzungsleistungen die Grenze dessen, was unter dem Blickwinkel der Zweckmässigkeit insgesamt an Hilfe und Betreuung zuhause entschädigt werden kann. So wird eine gewisse Objektivität erreicht und verhindert, dass die Invalidenversicherung oder die Kostenträger der Ergänzungsleistungen jede auch nur wünschenswerte, aber nicht im engeren Sinne zweckmässige, Handreichung vergüten müssten, was klarerweise nicht der Intention des Gesetzgebers entsprach. Damit ist nicht gesagt, dass hier der weitere Zeitaufwand der Mutter nicht im Sinne der bestmöglichen Betreuung und Begleitung ihres Sohnes wäre, sondern nur, dass dieser im übersteigenden Betrag nicht von der Allgemeinheit zu finanzieren ist.

6.4.1 Vom nach FAKT2 ermittelten gesamten Hilfsbedarf (hier: 134,12 Stunden pro Monat) ist einerseits abzuziehen, was bereits durch die Hilflosenentschädigung abgedeckt wird, nämlich hier ein Anteil von 57,14 Stunden pro Monat. Weiter sind die Leistungen abzuziehen, die effektiv durch Assistenzpersonen erbracht wurden und mithin nicht noch einmal bei der Mutter angerechnet werden dürfen. Der Einfachheit halber ist dabei – zu-mal es hier grundsätzlich um die bereits vergangenen Jahre 2018 bis und mit 2020 geht – auf das Jahr zu rechnen. Der Bedarf von 134,12 Stunden pro Monat ist hier – anders als beim Assistenzbeitrag, wo bei erwachsenen Personen

im selben Haushalt lediglich mit dem Faktor elf multipliziert wird – zu multiplizieren mit dem Faktor zwölf. Es resultiert ein jährlicher Hilfsbedarf von 1'609,44 Stunden. Hiervon ist die durch die Hilfenentschädigung abgegoltene Zeit abzuziehen (jährlich  $12 \times 57,14$  Stunden = 685,68 Stunden). Es resultiert ein (noch) ungedeckter Bedarf von 923,76 Stunden, der grundsätzlich nach freier Wahl des Beschwerdeführers auf angestellte Assistenzpersonen oder Familienangehörige aufgeteilt werden kann. Das bedeutet, dass der bereits durch Assistenzpersonen geleistete bzw. abgedeckte Aufwand nicht zusätzlich der Mutter entschädigt werden kann. Konkret ist aktenkundig, dass für Assistenzpersonen im Jahr 2018 249 Stunden, im Jahr 2019 276 Stunden sowie im Jahr 2020 352 Stunden abgerechnet wurden. Diese sind abzuziehen.

6.4.2 Es resultieren folgende Stunden, die grundsätzlich die Mutter für sich als entschädigungsfähig in Anspruch nehmen kann (wobei die tatsächliche Erbringung der Betreuungsleistungen durch die Mutter grundsätzlich von keiner Seite bestritten ist und auch zu keinen Bemerkungen Anlass gibt):

2018: 923,76 h ./ 249 h = ca. 675 h

2019: 923,76 h ./ 276 h = ca. 648 h

2020: 923,76 h ./ 352 h = ca. 572 h + zu ermittelnde Anzahl Stunden gemäss E. 6.3.2.

6.5 Zu erörtern bleibt, zu welchem Frankenbetrag diese Leistungen der Mutter zu entschädigen sind. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass jedenfalls keine Rechtsgrundlage dafür besteht, den eigentlichen Erwerbsausfall der Mutter (von rund dreissig Prozent) vollumfänglich auszugleichen. Insbesondere kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, wenn er davon ausgeht, es sei pauschal der Erwerbsausfall der betreuenden Familienangehörigen zu entschädigen. Dem widerspricht bereits der Wortlaut von § 16 Abs. 2 ELKV, der die Kosten auf «höchstens» den Umfang des Erwerbsausfalls beschränkt, mithin deutlich zum Ausdruck bringt, dass diese auch tiefer sein können (und i.d.R. sind). Das Verwaltungsgericht hat denn auch in seinem Urteil S 2019 20 – entgegen der Auslegung, die der Beschwerdeführer hiervon machen möchte – nichts erwogen, was für seinen diesbezüglichen Rechtsstandpunkt sprechen würde. Vielmehr hat es explizit festgehalten, der Erwerbsausfall stelle eine von mehreren Höchstgrenzen dar, wobei es der Ausgleichskasse möglich sein müsse, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit abzuklären und die Vergütung allenfalls entsprechend zu kürzen (a.a.O. E. 6.4).

6.5.1 Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung bedeutet auch hier – gleich wie im Bereich der Krankenversicherung (vgl. etwa bezüglich der Arzneimittel Art. 65b Abs. 1 KVV) –, dass eine Leistung das angestrebte Ziel mit möglichst geringem finanziellem Aufwand erreicht; der Begriff beinhaltet mithin immer ein vergleichendes Element (vgl. etwa auch § 14 Abs. 4 ELKV). Vorliegend liegt es nahe, die Wirtschaftlichkeit

der Leistungen der Mutter am Massstab der Kostenvergütung der IV für eine Assistenzperson zu messen (Ansatz Fr. 33.20 pro Stunde ab 2018). Das macht auch mit Blick auf die Obergrenzen gemäss Art. 14 Abs. 3 bis 5 ELG Sinn: Der dort zu entnehmende absolute Höchstbetrag von Fr. 90'000.– pro Jahr entspricht einem Aufwand von ca. 2'710 Stunden à Fr. 33.20, mithin einem Hilfsbedarf von ca. 338,85 Arbeitstagen, und mithin – zusammen mit den übrigen fliessenden Leistungen von Krankenversicherern, Invalidenversicherung (Hilflosenentschädigung, Assistenzbeitrag), etc., ungefähr einer Vollbetreuung. Es erscheint schlüssig, dass betreuende Angehörige die maximale Entschädigung erst dann beanspruchen könnte, wenn sie die anspruchsberechtigte Person quasi im Vollzeitpensum unterstützen müssen. Die Gleichbehandlung wäre nicht mehr gewährleistet, wäre die Mutter des Beschwerdeführers bereits für ein Pensum von ca. 30–40% mit rund Fr. 50'000.– zu entschädigen. Weiter erscheint es auch als systematisch richtig, dass die Höhe der Entschädigung für die Pflege und Betreuung von Angehörigen grundsätzlich unabhängig von der Ausbildung des pflegenden Familienangehörigen immer zum gleichen Ansatz entschädigt wird. Tatsächlich handelt es sich bei den Ergänzungsleistungen um bedarfsorientierte Leistungen, und nicht etwa um Einkommensersatz wie ihn beispielsweise das EOG vorsieht. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Allgemeinheit die Pflegearbeit der Mutter des Beschwerdeführers zugunsten ihres Sohnes allein aufgrund ihrer früheren – der Pflege nota bene fachfremden – Tätigkeit als Juristin höher entschädigen sollte als diejenige einer anderen Mutter (oder eines anderen Vaters) mit zuvor tieferem Einkommen.

6.5.2 Nach dem Ausgeführten kann der Beschwerdeführer für eine Assistenzstunde einer pflegerisch nicht weiter qualifizierten Assistenzperson grundsätzlich (im massgeblichen Zeitraum 2018 bis 2020) den Betrag von Fr. 33.20 beanspruchen. Damit lässt sich sein Anspruch für die Jahre 2018 und 2019 errechnen:

2018:  $923,76 \text{ h} \cdot / \cdot 249 \text{ h} = \text{ca. } 675 \text{ h} \times \text{Fr. } 33.20 = \text{Fr. } 22'410.-$

2019:  $923,76 \text{ h} \cdot / \cdot 276 \text{ h} = \text{ca. } 648 \text{ h} \times \text{Fr. } 33.20 = \text{Fr. } 21'513.60.$

Was das Jahr 2020 angeht, so ist die Sache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit sie die nötigen Berechnungen entsprechend dem oben in E. 6.3.2 Erwogenen durchführe und hernach neu entscheide.

6.6 Es erübrigen sich Weiterungen zu Pensum und Lohnhöhe, zumal letztere hier nach dem Ausgeführten nicht entscheidend ist, da sie nicht Bemessungsgrundlage bildet, sondern lediglich eine obere Grenze für den Entschädigungsanspruch, wollte der Gesetzgeber doch pflegende Angehörige zwar entschädigen, sie aber nicht besser stellen als bei Ausübung ihrer angestammten Erwerbsarbeit. Vorliegend übersteigt der erlittene Lohnausfall der Mutter klar den oben E. 6.5.2 errechneten Entschädigungsanspruch für ihre Pflege und Betreuung, so dass der Erwerbsausfall als obere Anspruchsgrenze offensichtlich nicht zum Tragen kommt. Ebenso erübrigt

sich eine Befassung mit den Ausführungen des Beschwerdeführers hinsichtlich der Perioden ab 2021, die nicht Gegenstand des hier hängigen Verfahrens bilden.

6.7 Zusammenfassend ist der Einspracheentscheid vom 21. Mai 2021 aufzuheben, und es ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer Anspruch hat auf eine Ergänzungsleistung für die Pflege und Betreuung durch seine Mutter in Höhe von Fr. 22'410.- im Jahr 2018 sowie von Fr. 21'513.60 im Jahr 2019. Bezüglich des Jahres 2020 ist die Sache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit sie den Anspruch im Sinne des oben in E. 6.3.2 Erwogenen neu berechne und verfüge.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juli 2023 S 2021 92

Gegen das Urteil ist eine Beschwerde vor BGer (8C\_572/2023) hängig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>.

## 5. Ausländerrechtliche Administrativhaft

### 5.1 § 27 Abs. 2 und 3 VRG

#### **Regeste:**

§ 27 Abs. 2 und 3 VRG – Unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verfahren der ausländerrechtlichen Administrativhaft. Im Haftverlängerungsverfahren ist nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung i.d.R. nach drei Monaten eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung auf entsprechenden Antrag zu gewähren. Hierzu können nur patentierte Anwältinnen und Anwälte bestellt werden (Anwaltsmonopol in der unentgeltlichen Rechtsvertretung, nicht hingegen in der gewillkürten Vertretung). Zu entschädigen ist die Interessenvertretung im Einzelfall, nicht aber die systematische Nutzung der entsprechenden Verfahren als Plattform für eigene Zwecke und zur Mittelbeschaffung (hier durch den Verein AsyLex; E. 6.2).

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

Gegen A. (Antragsgegner), alias B., geboren 1994, besteht seit Januar 2021 eine gültige Einreisesperre, die im Januar 2022 erneuert wurde bis 20. Januar 2025 (inkl. Ausschreibung im Schengener Informationssystem). Nichtsdestotrotz reiste A., alias B., von Deutschland herkommend am 8. Oktober 2022 zum wiederholten Male in die Schweiz ein, wo er am 12. Oktober 2022 um vorübergehenden Schutz ersuchte als ukrainischer Staatsangehöriger («Schutzstatus S»). Dieses Ersuchen wies das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Entscheid vom 13. Februar 2023 ab, da A., alias B., sich nicht als ukrainischer Staatsangehöriger auszuweisen vermochte, er entsprechende Dokumente auch nicht beschaffen wollte und er den deutschen

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

Behörden – wobei er offenbar zuvor sechs Jahre in Berlin gelebt habe – als belarussischer Staatsangehöriger bekannt war. Gleichzeitig wurde er aus der Schweiz weggewiesen. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Gegen A., alias B., bestehen weiter mindestens vier Strafbefehle dreier verschiedener Staatsanwaltschaften allein in der Schweiz (Basel-Landschaft, Zug, Luzern) wegen u.a. Tätlichkeiten, Nötigung, zahlreichen Delikten gegen das Vermögen, Hausfriedensbruch etc. Das Amt für Migration (AFM) ordnete am 13. Juli 2023 die Ausschaffungshaft an; am 14. Juli 2023 bewilligte die Haftrichterin diese für vorerst drei Monate bis zum 10. Oktober 2023.

Am 5. Oktober 2023 ersuchte das AFM das Verwaltungsgericht um Prüfung einer Verlängerung der Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG um zwei Monate.

Am 9. Oktober 2023, 10:55 Uhr, fand in Anwesenheit des Antragsgegners, seiner Vertreterin und einer Vertreterin des AFM die gesetzlich vorgeschriebene mündliche Verhandlung statt.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

4.4 In Berücksichtigung aller Aspekte und des gewichtigen Interesses der Schweiz an einer geordneten und kontrollierten Ausreise erweist sich die bisherige Haft von knapp drei Monaten und deren beantragte Verlängerung um weitere zwei Monate als verhältnismässig. Der Verlängerung der Ausschaffungshaft wird für die Dauer von zwei Monaten, d.h. bis und mit 10. Dezember 2023, die richterliche Zustimmung erteilt.

(...)

6.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Haftverlängerungsverfahren in aller Regel nach drei Monaten eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren, wenn ein dahingehender Antrag gestellt wird, wobei das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit «differenziert zu handhaben» sei (BGE 139 I 206 E. 3.3.1; 134 I 92 E. 3.2.3). Vorliegend erschien zwar eine Haftentlassung prima vista als aussichtslos und der Antragsgegner angesichts seiner guten Beherrschung der deutschen Sprache auch nicht als besonders unbeholfen. Angesichts der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ihm indes antragsgemäss dennoch Rechtsanwältin C. als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Diese hat gegenüber der sie bestellenden Instanz Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre zur Interessenwahrung notwendigen Aufwendungen (§ 27 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG; BGS 162.1]). Gemäss § 9 Abs. 4 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Zug (KoV; BGS 162.12) sind die patentierten

Anwältinnen und Anwälte in der Regel nach einem Stundenansatz von 200.– (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu entschädigen, wobei aktuell angepasst an die zwischenzeitlich eingetretene Teuerung praxisgemäss ein Stundenansatz von Fr. 220.– pro Stunde zur Anwendung gelangt (vgl. etwa Haftrichterverfügung VGer ZG V 2023 82 vom 15. September 2023). Mit Honorarnote vom 9. Oktober 2023 macht die Rechtsanwältin für ihre Bemühungen (Aktenstudium sowie Vorbereitung Plädoyer) einen Zeitaufwand von 1,75 Stunden sowie für ihre Gehilfin D. einen solchen von einer Stunde (zuzüglich Reisezeit von zwei Stunden sowie Verhandlung von ca. 30 Minuten) geltend, zu Stundenansätzen von Fr. 220.– resp. Fr. 110.–.

6.2.1 Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass nur Aufwendungen im Zusammenhang mit dem hiesigen Gerichtsverfahren zu entschädigen sind. Im gerichtlichen Verfahren hat indes die Rechtsanwältin keinerlei Anstalten unternommen, beim Gericht oder beim AFM Einsicht in die massgeblichen Verfahrensakten zu nehmen (was praxisgemäss in diesen dringlichen Verfahren unkompliziert via Webtransfer ermöglicht wird) und ihre Aktenkenntnis mithin auf den aktuellen Stand zu bringen (nach offenbar am 12. September 2023 erstmals erfolgter Beschaffung der damals vorliegenden Akten des AFM durch eine Hilfsperson). Das gemäss Honorarnote von der Rechtsanwältin vorbereitete Plädoyer litt denn auch – soweit es nicht ohnehin lediglich aus den von AsyLex standardmässig präsentierten rechtlichen und rechtspolitischen Ausführungen ohne Bezug zum konkreten Fall oder dem vorliegenden Verfahren bestand – erheblich an diesem Versäumnis. Dieses verleitete die Anwältin etwa dazu, in einem wesentlichen Punkt (Untätigkeit des AFM über längere Zeit) die aktenwidrige Behauptung aufzustellen, das AFM habe sich zuletzt am 24. Juli 2023 nach dem Verbleib der nötigen Reisepapiere erkundigt. Die substituierte D. hielt in ihrem am 9. Oktober 2023 abschliessend gehaltenen Plädoyer nota bene daran auch nach gegenteiliger Information durch das AFM unbeirrt fest (zur fehlenden Sachkompetenz der Substituierten vgl. sogleich E. 6.2.2). Zusammengefasst wurden hier durch Rechtsanwältin C. bzw. ihre Gehilfin D. keine Aufwendungen getätigt, die als auf die Interessenwahrung des konkret am Recht stehenden Klienten gerichtet qualifiziert werden könnten. Vielmehr beschränkte sich der Einsatz der Vertreterinnen im vorliegenden Verfahren darauf, eine mittlerweile bekannte «Plädoyerkonserve» aufzuwärmen, ohne sich ernsthaft mit dem individuellen Einzelfall des hier konkret am Recht stehenden Menschen zu befassen.

Der für diese untaugliche Rechtsvertretung geltend gemachte Aufwand kann nicht entschädigt werden: Entschädigungspflichtig sind im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens nur Aufwendungen, die in einem kausalen Zusammenhang mit der Wahrung der Rechte der konkreten, am Recht stehenden Person im Prozess stehen und die notwendig und verhältnismässig sind (etwa: BGer 9C\_387/2012 vom 26. September 2012 E. 3.2). Eine schablonenartige Rechtsvertretung ohne wirkliches Interesse an oder seriöser Auseinandersetzung mit dem konkreten Einzelfall ist in keiner Weise geeignet, geschweige denn notwendig, zur Interessenwahrung des Klienten. Dies gilt

umso mehr in einem Bereich, in dem die gerichtlich vorzunehmende Verhältnismässigkeitsprüfung zentral ist, die jeweils zwangsläufig am Sachverhalt des Einzelfalles anknüpft und keinesfalls allein auf pauschalen Allgemeinplätzen basieren kann. Die Haftgerichte tragen eine Verantwortung, zu verhindern, dass besonders vulnerable Ausländer und Asylsuchende im Haftprüfungsverfahren durch AsylLex für eigene Zwecke bewirtschaftet und instrumentalisiert werden können, indem mit ihnen ein Massengeschäft betrieben wird, das klarerweise nicht der Interessenwahrung im Einzelfall dient, sondern vielmehr den politischen Zwecken und der Mittelbeschaffung von AsylLex (vgl. bezüglich des ähnlich gelagerten Falles der Vereine Psychex bzw. Psychexodus, die gerichtsnotorisch sowie nach höchstrichterlicher Feststellung in ähnlicher Weise fürsorgerisch untergebrachte Menschen für eigene politische Zwecke einspannen und als Plattform missbrauchen BGer 5A\_571/2017 vom 3. August 2017 E. 3).

6.2.2 Nachdem vorliegend so oder anders für die in der Sache untaugliche Rechtsvertretung keine Entschädigung zugesprochen werden kann, ist lediglich der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass zwar im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht kein anwaltliches Vertretungsmonopol besteht, mithin eine Vertretung auch durch Personen ohne Rechtsanwaltspatent zulässig ist. Dies gilt jedoch nur hinsichtlich der gewillkürten Vertretung. Hingegen können als unentgeltliche Rechtsvertreterinnen und -vertreter nur patentierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte eingesetzt und entschädigt werden. Nur sie bieten durch die ihnen erteilte polizeiliche Bewilligung und Aufsicht – zumindest bis zum Nachweis des Gegenteils – Gewähr für eine gehörige Interessenwahrnehmung. Im Interesse und zum Schutze der juristisch i.d.R. unbedarften Klientenschaft besteht deshalb nach ständiger Lehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung auch ausserhalb der Bereiche, in denen den patentierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten ein Vertretungsmonopol zukommt, für die unentgeltliche Rechtsvertretung ein Anwaltsmonopol (vgl. dazu eingehend und mit zahlreichen Hinweisen etwa BGer 9C\_315/2018 vom 5. März 2019 E. 9.3.2; 9C\_803/2019 vom 5. Mai 2020 E. 5.2.3).

Auch aus diesem zusätzlichen Grund kann Rechtsanwältin C. jedenfalls für die Prozessbegleitung durch die juristisch unbedarfte D. – die denn auch erklärermassen über keinerlei juristische Qualifikationen verfügt – keinen Entschädigungsanspruch erheben. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei der Hilfsperson um eine Freiwillige handelt, die ihrerseits für ihren Einsatz keine Entschädigung erhält (was indes mit Bezug auf die hier konkret Substituierte vorliegend offen gelassen werden kann).

6.2.3 Schliesslich bestand vorliegend mit Blick auf das oben in E. 6.2 Gesagte kein Anlass für das Gericht, dem Antragsgegner anstelle der von ihm ausgewählten eine andere Rechtsvertretung zur Seite zu stellen, war doch die Vertretung hier objektiv nicht notwendig, sondern wurde lediglich auf expliziten Wunsch des Antragsgegners in der Person von Rechtsanwältin C. bestellt.

Verfügung der Haftrichterin beim Verwaltungsgericht vom 9. Oktober 2023 V 2023 87

## 6. Steuerrecht

### 6.1 Grundstückgewinnsteuer (Revisionsgesuch / interkantonale Doppelbesteuerung / Verrechnung von Betriebsverlusten)

#### **Regeste:**

Art. 51 Abs. 2 StHG, § 139 Abs. 2 StG – Die Kantone können zwar innerkantonal entscheiden, ob Geschäftsverluste vom Grundstückgewinn abgezogen werden dürfen; im interkantonalen Verhältnis jedoch sind sie zur Verlustanrechnung verpflichtet, selbst wenn sie Wertzuwachsgerinne einer steuerpflichtigen Gesellschaft mit der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfassen. Diese (systemunabhängige) Verrechnungsmöglichkeit umfasst sowohl die Verluste des Laufjahres als auch die noch nicht verrechneten Vorjahresverluste. Erst der nach Verlustanrechnung verbleibende Grundstückgewinn ist dem Grundstückskanton zur alleinigen Besteuerung zuzuweisen. Eine Einschränkung der Verlustanrechnung besteht immerhin insofern, als steuerbare Wertzuwachsgerinne nicht mit Betriebsverlusten aus einer steuerbefreiten Sparte verrechnet werden können (E. 4.1). Frage offen gelassen, wie es sich mit der spartenübergreifenden Verrechnungsmöglichkeit verhält, wenn eine juristische Person lediglich teilweise steuerbefreit ist, da i.c. bereits im Zeitpunkt der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer nicht verrechnete Verlustvorträge in Millionenhöhe bestanden. Das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision fällt damit – mangels eines unechten Novums – ausser Betracht (E. 4.2 f.).

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

Das Kloster A. ist eine zu 85 % steuerbefreite öffentlich-rechtliche kirchliche Körperschaft mit Sitz in C. (ausserkantonale, Kanton D.). Es erbt im Jahr 2018 zwei Liegenschaften in der Stadt Zug (Wohnung und Parkplatz). Diese veräusserte es mit Handänderung per 13. Dezember 2019, wobei (unbestritten) Grundstückgerinne von Fr. 6'535.– sowie von Fr. 398'371.– resultierten. Die Grundstückgerinnsteuer wurde entsprechend veranlagt mit den Beträgen von Fr. 653.– respektive Fr. 39'837.– (Veranlagungsentscheide der Grundstückgerinnsteuerkommission der Stadt Zug vom 14. April 2020). Diese Verfügungen erwachsen unangefochten in Rechtskraft.

Am 15. Juli 2021 ersuchte das Kloster A. um Revision der Veranlagungsentscheide vom 14. April 2020. Der massgebende Grundstückgerinn sei unter Verrechnung mit dem steuerlichen Betriebsverlust des Laufjahres (gemäss Veranlagungsverfügung 2019 der Steuerverwaltung des Kantons D. vom 14. Juni 2021) sowie den Vorjahresverlusten auf Fr. 0.– festzusetzen. Am 23. Oktober 2021 wies die Grund-

stückgewinnsteuerkommission der Stadt Zug das Gesuch ab, was sie formell mit dem Fehlen neuer erheblicher Tatsachen begründete. Materiell verwies sie darauf, es seien nur Grundstückgewinne mit Verlusten aus Grundstückverkäufen verrechenbar. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 22. Februar 2022 fest, wogegen das Kloster A. beim Verwaltungsgericht rekurrierte.

(...)

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.2 Gemäss Art. 51 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14) bzw. § 139 Abs. 2 StG gilt, dass eine Revision ausgeschlossen ist, wenn die um Revision ersuchende Partei als Revisionsgrund etwas vorbringt, das sie bei der ihr zumutbaren Sorgfalt bereits im ordentlichen Verfahren hätte geltend machen können. Die Begründung für diese gesetzliche Einschränkung ist darin zu finden, dass die Revision als ausserordentliches Rechtsmittel ausgestaltet ist. Sie greift gegenüber den ordentlichen Rechtsmitteln nur in zweiter Linie und ist subsidiärer Natur. Sie steht nicht zur Verfügung, um rechtskräftige Entscheide jederzeit infrage zu stellen oder frühere prozessuale Versäumnisse zu beheben (BGer 9C\_674/2021 vom 20. März 2023 E. 3.3.5; vgl. auch BGE 142 II 433 E. 3.1 zum strengen abgaberechtlichen numerus clausus von Rechtsgründen, die es erlauben, auf eine rechtskräftige Verfügung oder einen rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen).

(...)

4. Unbestritten ist, dass das Revisionsgesuch vorliegend rechtzeitig innert der 90-tägigen Frist seit Eröffnung der Steuerveranlagung 2019 eingereicht wurde. Weiterungen dazu erübrigen sich. Strittig ist hingegen, ob diese auch ein unechtes Novum darstellt.

4.1 Die höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der interkantonalen Verrechnung von Grundstückgewinnen mit Betriebsverlusten aus anderen Kantonen hat seit 2004 fundamentale Änderungen erfahren (vgl. etwa Matteotti/Beceren, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Interkantonales Steuerrecht, 2. Aufl. 2021, § 34 N 24 ff.). Heute geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Kantone zwar innerkantonal entscheiden können, ob Geschäftsverluste vom Grundstückgewinn abgezogen werden dürfen; im interkantonalen Verhältnis jedoch sind sie zur Verlustanrechnung verpflichtet, selbst wenn sie Wertzuwachsgerinne einer steuerpflichtigen Gesellschaft mit der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfassen. Das gilt selbst dann, wenn ein Kanton auch innerkantonal Verluste und Aufwandüber-

schüsse nicht zum Abzug zulässt (Matteotti/Beceren, a.a.O., § 34 N 31; BGE 145 II 206 E. 3.3; BGer 9C\_628/2022 vom 31. Januar 2023 E. 3.2 und 3.7 mit weiteren Hinweisen). Es besteht mithin – systemunabhängig – eine umfassende Verrechnungsmöglichkeit (Matteotti/Beceren, a.a.O., § 34 N 28). Diese umfasst sowohl die Verluste des Laufjahres als auch die noch nicht verrechneten Vorjahresverluste (BGer 9C\_628/2022, a.a.O., E. 3.7 mit Hinweisen; 2C\_216/2019 vom 28. Januar 2020 E. 9.3). Erst der nach Verlustanrechnung verbleibende Grundstücksgewinn ist dem Grundstückskanton zur alleinigen Besteuerung zuzuweisen (zum Ganzen: BGE 140 I 114 E. 2.3.3). Eine Einschränkung der Verlustanrechnung besteht immerhin insofern, als steuerbare Wertzuwachsgewinne nicht mit Betriebsverlusten aus einer steuerbefreiten Sparte verrechnet werden können (BGer 2C\_216/2019, a.a.O., E. 8.1).

4.2 Wie es sich mit der spartenübergreifenden Verrechnungsmöglichkeit verhält, wenn eine juristische Person – wie hier – lediglich teilweise (in casu: zu 85%) steuerbefreit ist, kann vorliegend offenbleiben. Die Beschwerde ist so oder anders abzuweisen unter Verweis auf die erheblichen Vorjahresverluste des Rekurrenten von rund 12 Millionen Franken. Bestanden bereits im Zeitpunkt der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer nicht verrechnete Verlustvorträge in Millionenhöhe (n.B. aus bereits rechtskräftig veranlagten Steuerperioden), so handelt es sich – mit der Vorinstanz – tatsächlich um ein prozessuales Versäumnis, wenn der Rekurrent diese im Rahmen des ursprünglichen Veranlagungsverfahrens mit keinem Wort geltend gemacht, sondern eine interkantonale Verrechnung erst mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision verlangt hat. Eine solche fällt demnach ausser Betracht (vgl. oben E. 2.2).

4.3 Die hier zu beurteilende Konstellation ist dabei in keiner Weise vergleichbar mit derjenigen, in der erst nach Vorliegen der Veranlagung im zweiten Kanton klar wird, dass zwei Kantone dasselbe Steuerobjekt für die gleiche Zeit beanspruchen, mithin eine unzulässige Doppelbesteuerung stattfindet. Im Gegensatz dazu war dem Rekurrenten hier von allem Anfang an bewusst, dass er im Kanton D. verrechenbare Vorjahresverluste aufwies und auch im Laufjahr Verluste generieren würde. Die entsprechenden Tatsachen sind ihm entsprechend keineswegs erst mit Erhalt der Gewinnsteuerveranlagung des Kantons D. vom 14. Juni 2021 betreffend das Steuerjahr 2019 zur Kenntnis gelangt. Mit einer Nullveranlagung wird denn auch nicht der exakte Betrag des anrechenbaren (und vortragbaren) Verlusts rechtskräftig festgesetzt. Vielmehr kann die Höhe der Verluste jeweils ohnehin im Rahmen deren späteren Anrechnung überprüft werden (BGE 140 I 114 E. 2.4; ausserdem etwa BGer 2C\_1055/2020 vom 3. März 2021 E. 1.2.2.3). Mit Blick auf die bereits in Millionenhöhe vorgetragenen Vorjahresverluste konnte indes hier zum vornherein die Höhe des steuerlichen Verlusts im Jahr 2019 nicht mehr entscheidend sein für die Grundstückgewinnsteuerveranlagung. Selbst wenn diese aber mangels genauer Kenntnis der anrechenbaren Verluste noch nicht definitiv hätte vorgenommen wer-

den können, so hätte der Weg der provisorischen Festsetzung der Steuerfaktoren zur Verfügung gestanden, und nicht das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision (vgl. BGer 2C\_164/2020 vom 6. Oktober 2020 E. 3.4.4).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. November 2023, A 2022 6

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>.

## 6.2 Steuerrechtliche Amtshilfe (Herausgabe von Gebäudeversicherungswerten von Drittparteien an die Steuerbehörde)

### Regeste:

Art. 39 f. StHG, § 110 StG, § 20 Abs. 3 GebVG – Gebäudeversicherungswerte von Drittparteien sind von der Gebäudeversicherung an die Grundstückgewinnsteuerkommission gestützt auf die Bestimmungen der steuerrechtlichen Amtshilfe herauszugeben (E. 4). Weder § 20 Abs. 3 GebVG noch datenschutzrechtliche Bestimmungen stehen der Datenherausgabe entgegen (E. 5 und 6).

### Aus dem Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der Veranlagung zweier konkreter Grundstückgewinnsteuerfälle ersuchte die Grundstückgewinnsteuerkommission der Stadt Zug die Gebäudeversicherung des Kantons Zug am 11. Mai 2021 um Herausgabe der Gebäudeversicherungswerte dreier Nachbarliegenschaften, welche von der Kommission als Vergleichshandänderungen zur Bestimmung der Landwerte der zu veranlagenden zwei Grundstückgewinnsteuerfälle herangezogen wurden. Dieses Gesuch wies die Gebäudeversicherung mit Verfügung vom 21. Juni 2021 ab, was sie mit Einspracheentscheid vom 9. September 2021 bestätigte. Hiergegen erhob die Kommission Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

### Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Im vorliegenden Verfahren geht es nicht um eine grundstückgewinnsteuerrechtliche Streitigkeit, sondern um die Frage der Gewährung der Amtshilfe durch die Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin. Die vorliegende Streitigkeit hat daher lediglich

<sup>1</sup><http://www.verwaltungsgericht.zg.ch>

Reflexwirkung auf die Erhebung von Grundstückgewinnsteuern, indem die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der steuerrechtlichen Amtshilfe angefragten Gebäudeschätzwerte für Bauten auf drei Nachbarsliegenschaften es dieser ermöglichen sollen, den zu veranlagenden Grundstücksgewinn zu ermitteln.

2.2 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die strittige Amtshilfe sei aufgrund steuergesetzlicher Bestimmungen zu gewähren (Art. 39 f. des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden

StHG; SR 642.14

, § 110 des Steuergesetzes des Kantons Zug [StG; BGS 632.1]).

2.3 Die Beschwerdegegnerin verneint die Pflicht zur Gewährung der Amtshilfe. Einerseits seien die steuerrechtlichen Amtshilfebestimmungen, da sie keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehme, auf sie nicht anwendbar und selbst wenn, stünden andererseits datenschutzrechtliche Bestimmungen der Weiterleitung von Gebäudeschätzwerten an die Beschwerdeführerin entgegen (§ 20 GebVG bzw. Datenschutzgesetze von Bund und Kanton).

3.

3.1 Gemäss § 110 Abs. 1 StG sind Behörden und Gerichte verpflichtet, den Steuerbehörden ungeachtet allfälliger Geheimhaltungspflichten auf Verlangen aus ihren Akten Auskunft zu geben, d.h. Amtshilfe zu gewähren. Gemäss Abs. 2 dieses Paragraphen gilt die gleiche Verpflichtung für Organe von (u.a.) Anstalten, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.

3.2 Es ist unstrittig, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Zug handelt, mit gesetzlichem, kantonalem Gebäudeversicherungsmonopol (§ 1 GebVG). Die Beschwerdegegnerin ist hingegen der Auffassung, sie nehme keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr und sei insbesondere nicht Teil der öffentlichen Verwaltung. Sie begründet dies aus den Umständen, dass sie nicht über den Staatshaushalt (sondern Prämien) finanziert sei, die Prämien sich aufgrund von versicherungstechnischen Risikobeurteilungen (und nicht nach Grundsätzen der Gebührenerhebung) berechneten und der Kanton Zug keine Staatsgarantie leiste.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. In ihren Ausführungen hält die Beschwerdegegnerin zwar fest, die Definition des Begriffs der öffentlichen Verwaltung sei nicht einfach. Einschlägige Literatur zitierend führt sie dann selber jedoch aus, öffentliche Verwaltung im funktionellen Sinn sei die Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben (BF-act. 1, S. 5, erster Abschnitt). Die von der Beschwerdegegnerin hauptsächlich wahrgenommenen Aufgaben (Gebäudeversicherung) wurden ihr unzweifelhaft gesetzlich übertragen, basierend auf der Verfassung des Kan-

tons Zug (KV ZG; BGS 111.1; vgl. § 14 KV ZG) und dem GebVG. Gemäss einschlägiger Literatur werden Gebäudeversicherungen in der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt mit staatlichem Versicherungsmonopol sodann auch als Teil der kantonalen Verwaltung gesehen (Johannes Reich, Aktuelle Juristische Praxis/AJP, 9/2013, 1402, II. A.), durch welche die Verantwortung zur Versicherung von Gebäuden gegen das Risiko von Feuer- und Elementarschäden eben gerade zur Staatsaufgabe erklärt wird (Reich, a.a.O., 1403, B. 1.). Sodann scheint auch die Beschwerdegegnerin nicht ernsthaft bestreiten zu wollen, dass diese Art der Versicherung von Gebäuden dem Gemeinwohl dient. Für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben spricht schliesslich auch die der Gebäudeversicherung verliehene, hoheitliche Verfügungsbefugnis.

3.3 Bei dieser Sachlage ergibt sich dem Gericht unzweifelhaft, dass die Beschwerdegegnerin «Aufgaben der öffentlichen Verwaltung» wahrnimmt, somit vom Wirkungskreis von § 110 StG und der darin verankerten Pflicht zur Gewährung steuerrechtlicher Amtshilfe grundsätzlich erfasst wird.

4.

4.1 Nebst § 110 StG findet die steuerrechtliche Amtshilfe ihre Rechtsgrundlage auch im Bundesrecht, so in Art. 39 f. StHG. Mit der Regelung im StHG sollte für die Amtshilfe zwischen Behörden, die bis anhin verstreut in unterschiedlichen Erlassen und Konkordaten geregelt war, eine einheitliche Grundlage geschaffen werden (Zweifel/Hunziker, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 4. Aufl. 2022, Art. 39 N 13).

4.2 Artikel 39 Abs. 3 StHG hält fest, dass sämtliche Behörden aller Staatstufen (somit auch der Kantone und Gemeinden) den mit dem Vollzug der Steuergesetze betrauten Behörden auf Ersuchen hin alle Auskünfte erteilen, die für die Anwendung der Steuergesetze erforderlich sind, ungeachtet ihrer rechtlichen Organisation (Zweifel/Hunziker, a.a.O., Art. 39 N 30).

In Anlehnung an die vorstehenden unter E. 3 gemachten Ausführungen ist für das Gericht unzweifelhaft, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin, entgegen ihrer eigenen Darstellung, auch um eine Behörde i.S.v. Art. 39 StHG handelt, diese bundesrechtliche Norm zur Amtshilfe daher grundsätzlich auch für sie verbindlich ist.

4.3 Die Amtshilfepflicht gemäss StHG erstreckt sich sodann auf alle Tatsachen, die mutmasslich für die Steuerveranlagung notwendig sein können. Die ersuchte Behörde (in casu die Beschwerdegegnerin) darf die Notwendigkeit der verlangten Informationen und Dokumente wohl prüfen, die endgültige Beurteilung der Bedeutung

der ersuchten Informationen obliegt jedoch der Steuerbehörde (Zweifel/Hunziker, a.a.O., Art. 39 N 36a, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Es ist daher unbehelflich, wenn die Beschwerdegegnerin vorbringt, die von der Beschwerdeführerin ersuchten Gebäudeschätzwerte seien für die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer nicht zwingend erforderlich, da alternative Bewertungs-Tools zur Verfügung stünden. Diese finale Beurteilung ist der Beschwerdeführerin zu überlassen, kann doch insbesondere beim Heranziehen von Vergleichshandänderungen an z. B. selbstgenutztem Wohneigentum (wie Eigentumswohnungen oder Einfamilienhäuser) nicht per se ausgeschlossen werden, dass sich Landwerte in Anlehnung an die Realwertmethode (nach welcher sich der Verkehrswert als Summe von Landwert und Gebäudewert ergibt, letzterer auf Basis von Gebäudeversicherungswerten ermittelt; vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Rohner in: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Aufl. 2021, § 220 N 193), wenn sachgerecht vorgenommen, indikativ schätzen lassen (vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, a.a.O., § 220 N 177 ff.).

Ob sich dann eine auf diese Art vorgenommene Landwertschätzung im Rahmen einer konkreten Grundstückgewinnsteueranlagung als sachgerecht erweist, wäre allenfalls im entsprechenden Rechtsmittelverfahren zu beurteilen und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Es bleibt an dieser Stelle anzufügen, dass die von der Beschwerdegegnerin erwähnten alternativen Bewertungsmethoden mittels Steuerschätzungswert oder Katasterwert bzw. mittels Pauschalierung der Anlagekosten zwar StHG-konforme «Ersatzwerte» zum effektiv bezahlten Kaufpreis (als Teil der Anlagekosten) darstellen könnten, diese jedoch (wie es für den «Verkehrswert vor 25 Jahren» gilt) einer expliziten gesetzlichen Grundlage im kantonalen Grundstückgewinnsteuerrecht bedürften (Zweifel / Margraf / Hunziker / Oesterhelt, Schweizerisches Grundstückgewinnsteuerrecht, 2021, § 10, Rz. 123–125). Sie lassen sich im zugerischen Grundstückgewinnsteuerrecht nicht anwenden, da hier das Konzept des «Verkehrswerts vor 25 Jahren» gesetzlich verankert wurde (§ 195 Abs. 2 StG; Zweifel / Margraf / Hunziker / Oesterhelt, a.a.O., § 10, Rz. 126).

#### 4.4

4.4.1 Im Grundstückgewinnsteuerverfahren kann die steuerrechtliche Amtshilfe (§ 110 StG) sodann auch Daten von nicht am Veranlagungsverfahren beteiligten Personen (Drittparteien) betreffen. Dies ergibt sich dem Gericht aus der einschlägigen Literatur und umfangreichen Praxis des Bundesgerichts zur Verkehrswertbestimmung von Bauland, welche sich primär nach der sogenannten (Preis-)Vergleichsmethode zu richten hat. Diese Methode basiert darauf, dass aufgrund von vergleichbaren Objekten, welche tatsächlich verkauft wurden (Vergleichshandänderungen) auf den Wert des zu schätzenden Grundstücks geschlossen wird. Sie wird in der Verwal-

tungs- und Gerichtspraxis deutlich favorisiert, und zwar unabhängig davon, ob es sich um unüberbaute oder überbaute Grundstücke, die es zu schätzen gilt, handelt. Nebst der Vergleichstauglichkeit (wie Lage, Zone, Grösse etc.) ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die herangezogene Vergleichshandänderung zwischen echten Drittparteien stattgefunden hat, so dass der bezahlte Vergleichskaufpreis als Marktpreis gilt, von dem sich der Wert des zu schätzenden Grundstücks ableiten lässt. Nicht unbesehen übernommen werden dürfen folglich z. B. unter Verwandten oder Freunden bezahlte Gefälligkeitspreise (Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, a.a.O., § 220 N 139 und 156; Zweifel /Margraf/Hunziker/Oesterhelt, a.a.O., § 10, Rz. 97; BGE 122 I 168 E. 3.a; BVGer A-742/2019, A-978/2019 vom 18. Februar 2020 E. 4.3).

Der Umsetzung der Vergleichspreismethode ist daher immanent, dass die Grundstückgewinnsteuerbehörde auf Liegenschaftswerte und -daten von Drittparteien (bzw. Handänderungen an Drittliegenschaften) greifen kann und darf, um im Grundstückgewinnsteuerverfahren für das zu schätzende Grundstück den Verkehrswert ermitteln zu können. Handelt es sich bei den herangezogenen Vergleichshandänderungen um überbaute Grundstücke, muss dies sachlogisch auch für die «Gebäudedaten», wie die Schätzungswerte der kantonalen Gebäudeversicherung, gelten.

4.4.2 Eine andere Frage ist, ob bzw. in welcher Form die Grundstückgewinnsteuerbehörde diese (allenfalls auch von der Gebäudeversicherung erhaltenen) Liegenschaftsdaten von Drittparteien der von der Grundstückgewinnsteueranlagung betroffenen (steuerpflichtigen) Person offenlegen kann und darf. Hierauf wird an späterer Stelle eingegangen (vgl. E. 8 nachfolgend).

4.5 Im Sinne eines ersten Zwischenresultats ergibt sich, dass die Amtshilferegelungen sowohl gemäss § 110 StG als auch Art. 39 f. StHG auf die Beschwerdegegnerin im Grundsatz Anwendung finden.

## 5.

5.1 Die Beschwerdegegnerin argumentiert weiter, dass ihr selbst bei Bejahung der Anwendung der Amtshilferegeln gemäss StG und StHG die Herausgabe von Gebäudeschätzungswerten an die Beschwerdeführerin gemäss § 20 Abs. 3 des kantonalen GebVG untersagt sei. Gemäss diesem Paragraphen dürften Schätzungswerte nicht an Dritte weitergegeben werden, worunter auch die Beschwerdeführerin falle. Das GebVG gehe als „jüngeres“ Recht bzw. *lex specialis* dem StG vor und ein Widerspruch zu höherrangigem Bundesrecht liege nicht vor, da das StHG, bzw. dessen Amtshilferegelung, nicht direkt anwendbar sei.

5.2 Wie vorstehend ausgeführt (E. 4.1), sollte mit der Regelung im StHG für die Amtshilfe zwischen Behörden, die bis anhin verstreut in unterschiedlichen Erlassen

und Konkordaten geregelt war, eine einheitliche Grundlage geschaffen werden. Das StHG setzt daher den verbindlichen Rahmen für das Abweichen vom Amtsgeheimnis im Bereich des Verkehrs zwischen Steuerbehörden und Drittbehörden (Zweifel / Hunziker, a.a.O., Art. 39 N 33).

Der Beschwerdegegnerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, es bestehe sowohl für den Bund als auch für die Kantone ein gewisser Spielraum, Ausnahmen von der behördlichen Auskunftspflicht vorzusehen. Die von ihr zitierte Literaturstelle (Zweifel/Hunziker, a.a.O., Art. 39 N 31) erwähnt dabei sowohl bundesrechtliche wie auch kantonale rechtliche Ausnahmeregelungen. Die steuerliche Amtshilfe ist aber gemäss § 110 StG «ungeachtet einer allfälligen Geheimhaltungspflicht» (die sich typischerweise aus der für die Drittbehörde anwendbaren Gesetzgebung ergeben dürfte) zu leisten. Der Amtshilfepflicht entgegen stehen einzig spezielle, gesetzlich ausdrücklich statuierte Geheimnisse, wie etwa das Postgeheimnis oder die Geheimhaltungspflicht der Notare (vgl. Zweifel/ Hunziker, a.a.O., Art. 39 N 31). In diesem Sinne und was die steuerrechtliche Amtshilfe betrifft, kommt in casu, entgegen der Argumentation der Beschwerdegegnerin, dem StG der Charakter der «lex specialis» zu und nicht dem GebVG. Bei dieser Betrachtungsweise ist es denn auch unwesentlich, welches der beiden Gesetze das „jüngere“ ist. Als lex specialis genießt § 110 StG (Pflicht zur Amtshilfe) Vorrang gegenüber § 20 GebVG (Verbot der Weitergabe von Schätzungswerten an Dritte).

5.3 Bei dieser Sachlage könnte an sich offenbleiben, ob § 20 Abs. 3 GebVG die Anwendung auch zu versagen ist, weil er den höherrangigen, bundesrechtlichen Amtshilferegeln gemäss StHG widerspricht, wie dies von der Beschwerdeführerin bejaht, von der Beschwerdegegnerin jedoch verneint wird. Dennoch soll an dieser Stelle auch auf diesen Punkt eingegangen werden.

Nach den Vorbringen der Beschwerdegegnerin soll dem StHG im Bereich der Amtshilfe deshalb die direkte Anwendung versagt sein, weil die in Art. 39 StHG vorgesehene Regelung mit § 110 StG ins kantonale Recht überführt worden sei und diese kantonale rechtliche Amtshilferegeln der im StHG vorgesehenen Regelung nicht widerspreche. Damit falle gemäss Art. 72 Abs. 2 StHG die direkte Anwendbarkeit von Art. 39 StHG (bundesrechtliche Amtshilferegeln) ausser Betracht und die Beschwerdegegnerin könne daher auch nicht gestützt auf diese Bestimmung unter dem Grundsatz «Bundesrecht bricht kantonales Recht» (Art. 49 Abs. 1 BV) zur Herausgabe der fraglichen Daten verpflichtet werden.

Zu den Voraussetzungen und Grenzen der direkten Anwendung des StHG als Bundesrecht äussert sich die einschlägige Literatur vorwiegend in Fällen, wo kantonale rechtliche Regelungen dem StHG widersprechen oder kantonale rechtliche Umsetzungsregeln gänzlich fehlen.

Soweit kantonale Steuergesetze harmonisierungsrechtliche Vorgaben auch StHG-konform übernommen haben, wie dies für § 110 StG im Bereich der steuerlichen Amtshilfe durch die Beschwerdegegnerin selber erkannt wurde, wird in Literatur und Praxis immerhin die Meinung vertreten, dass solch kantonales Steuerrecht dem verfassungsrechtlichen Anwendungsgebot von Art. 190 BV unterliege. Den mit dem StHG übereinstimmenden kantonalen Steuerrechtsnormen soll diesbezüglich die Bedeutung eines blossen Umsetzungsaktes zukommen (BGer 2C\_599/2012 vom 16. August 2013 E. 2.5.; Hunziker/Bigler, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 4. Aufl. 2022, Art. 72 N 12). In diesem Sinne StHG-konformes kantonales Steuerrecht wird somit insofern auf die Stufe von Bundesrecht gehoben. Folgt man diesem Ansatz für den vorliegenden Fall, bleibt für die hier vorgebrachte Argumentation der Beschwerdegegnerin wenig Raum; vielmehr würde, so man die Amtshilferegulierung gemäss StHG nicht direkt anwenden wollte, § 110 StG selbst zu höherrangigem Recht, welches divergierendes kantonales Recht (wie § 20 GebVG) allenfalls zu brechen vermöchte (Art. 49 Abs. 1 BV), jedenfalls aber bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist.

5.4 Im Sinne eines weiteren Zwischenresultats ergibt sich daher für das Gericht, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf § 110 StG bzw. Art. 39 StHG zu Gewährung der steuerlichen Amtshilfe an die Beschwerdeführerin verpflichtet ist und diese nicht gestützt auf § 20 Abs. 3 GebVG verweigern darf.

6.

6.1 Die Beschwerdegegnerin führt weiter aus, dass selbst wenn die Amtshilfe gemäss § 110 StG bzw. Art. 39 StHG bejaht würde, sie die hier interessierenden Daten (Schätzungswerte von individualisierten Gebäuden vor 25 Jahren) aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht an die Beschwerdeführerin herausgeben dürfe.

6.2 In Anlehnung an das vorstehend in E. 3 Festgestellte (wonach die Beschwerdegegnerin als Teil der öffentlichen Verwaltung qualifiziert) ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen, dass datenschutzrechtlich das Datenschutzgesetz des Kantons Zug Anwendung findet (DSG ZG; BGS 157.1).

6.3 Der Beschwerdegegnerin dürfte ebenfalls zuzustimmen sein, wenn sie ausführt, Schätzungswerte der Gebäudeversicherung bildeten Personendaten im Sinne des DSG ZG; so wird diese Position zumindest in einem Teil der Literatur vertreten (Beat Rudin, in: Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2. Aufl. 2023, Art. 5 N 7).

6.4 Die Beschwerdegegnerin führt in diesem Zusammenhang weiter das Folgende aus: Die Bearbeitung von Personendaten, worunter auch die Herausgabe der interessierenden Schätzungswerte falle, dürfe nur rechtmässig erfolgen (§ 4 Abs. 1

DSG ZG). Der Grundsatz von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssten beachtet werden (§ 4 Abs. 1 lit. d DSG ZG). Die erhobenen Daten dürften sodann nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben worden sei (§ 4 Abs. 1 lit. c DSG ZG) und die Beschaffung von Personendaten und der Zweck ihrer Bearbeitung müssten für die betroffene Person erkennbar sein (sog. Transparenzgebot; § 4 Abs. 1 lit. b DSG ZG). Personendaten dürften sodann nicht ohne Einverständnis der betroffenen Person bearbeitet werden (§ 5b Abs. 1 lit. a i.V.m. § 5 DSG ZG), sofern hierfür kein Rechtfertigungsgrund (namentlich ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse) bzw. keine gesetzliche Grundlage hierfür und keine Unentbehrlichkeit für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebenen Aufgabe (§ 5 Abs. 1 DSG ZG; wobei bereits der Begriff «unentbehrlich» eine äusserst restriktive Auslegung dieses Rechtfertigungsgrunds indiziere) bestehe. Die Herausgabe von Daten sei sodann ausdrücklich untersagt, wenn öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person entgegenstünden (§ 10 Abs. 1 lit. a DSG ZG) oder aber wenn eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder eine besondere Datenschutzvorschrift die Herausgabe verbiete (§ 10 Abs. 1 lit. b DSG ZG).

Für die Beurteilung des vorliegenden Falls sei sodann besonders bemerkenswert, dass die hier fraglichen Daten von Personen stammten, welche am Veranlagungsverfahren nicht beteiligt seien. Vielmehr noch: Die Beschwerdeführerin müsse diese Daten (von Dritten) nach aktueller Rechtsprechung im Streitfall dem Steuerpflichtigen mitteilen, damit dieser die Veranlagung prüfen und allenfalls anfechten könne. Mit anderen Worten sollten Daten von Drittpersonen an Steuerpflichtige (und damit nicht nur an Behörden, sondern auch an andere Privatpersonen) in Veranlagungsverfahren herausgegeben werden, an welchen die von der Herausgabe betroffenen Personen nicht beteiligt seien.

Vor diesem Hintergrund stehe fest, dass die Herausgabe der hier strittigen Daten gestützt auf das DSG ZG nicht erfolgen dürfe, da die Herausgabe nicht verhältnismässig wäre (insbesondere nicht für die von der Herausgabe betroffenen Personen); der Zweck der Datenbearbeitung in keiner Art und Weise mit dem Zweck der damaligen Beschaffung übereinstimmen würde; die Bearbeitung und der Zweck derselben für die betroffenen Personen nicht transparent wäre; das Einverständnis der betroffenen Personen nicht vorläge; und kein Rechtfertigungsgrund (insb. keine öffentliches Interesse, welches sich die von der Datenherausgabe betroffenen Personen entgegenhalten lassen müssten) vorhanden sei. Sodann seien die hier strittigen Daten für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe nicht unentbehrlich. Der verlangten Datenherausgabe stünden offensichtlich schutzwürdige Interessen von Privaten (nämlich jene der von der Datenherausgabe betroffenen Eigentümern) entgegen und mit § 20 Abs. 3 GebVG bestehe eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht i.S.v. § 10 Abs. 1 lit. b DSG ZG. Damit sei die Herausgabe der strittigen Daten auch

aufgrund des DSG ZG unzulässig, weshalb die Beschwerdegegnerin die Herausgabe zu Recht verweigert habe.

6.5 Den Vorbringen der Beschwerdegegnerin kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

6.5.1 Gemäss § 5b Abs. 1 lit. a DSG ZG dürfen Personendaten bekanntgegeben werden, sofern (u.a.) für die Bekanntgabe die Voraussetzungen erfüllt sind, wie sie gemäss § 5 Abs. 1 und 2 DSG ZG für die Bearbeitung von Personendaten gelten. Letzteres setzt voraus, dass (u.a.) hierfür eine gesetzliche Grundlage (§ 5 Abs. 1 lit. a DSG ZG) in einem formellen Gesetz (§ 5 Abs. 2 lit. a DSG ZG) besteht. Das Bestehen einer solchen formellen gesetzlichen Grundlage kann vorliegend in der steuerrechtlichen Amtshilferegelung gemäss § 110 StG bzw. Art. 39 StHG gesehen werden.

6.5.2 Gemäss einschlägiger Literatur zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) gehen spezialgesetzliche Amtshilfebestimmungen als *lex specialis* dem DSG vor (zur ab 1. September 2023 in Kraft stehenden Regelung: Claudia Mund, in: Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2. Aufl. 2023, Art. 36 N 14; so ferner auch schon zur früheren Fassung: Mund, in: Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2015, Art. 19 N 13). Die steuerrechtlichen Amtshilferegelungen gemäss § 110 StG bzw. Art. 39 StHG stellen in diesem Sinne spezialgesetzliche Amtshilfebestimmungen dar. Diese Sichtweise des Vorrangs steuerrechtlicher Auskunftspflichten gegenüber Bestimmungen des Datenschutzes wird denn auch in der steuerrechtlichen Literatur und Praxis vertreten (Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, a.a.O., § 121 N 6, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Dies entspricht dem unter E. 5.2 vorstehend in Relation zum GebVG Festgestellten und erscheint daher auch im Verhältnis zum DSG sachlogisch.

6.5.3 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, die Herausgabe von Daten sei ausdrücklich untersagt, wenn öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person entgegenstünden (§ 10 Abs. 1 lit. a DSG ZG) oder aber wenn eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder eine besondere Datenschutzvorschrift die Herausgabe verbiete (§ 10 Abs. 1 lit. b DSG ZG).

Vorab ist hier festzustellen, dass § 10 DSG ZG (als generelle Schranke der Bekanntgabe von Daten an Organe) nebst der Möglichkeit, gar keine Daten bekanntzugeben, vorsieht, Daten eingeschränkt oder verbunden mit Auflagen bekanntzugeben (§ 10 Abs. 1 DSG ZG). Paragraph 10 DSG ZG findet sodann in der bundesgesetzlichen Regelung sein Pendant in Art. 36 Abs. 6 DSG. Hier ist allerdings von Bedeutung, dass der datenbesitzenden Behörde (in casu die Beschwerdegegnerin) in den Fällen von Art. 36 Abs. 6 lit. a und b DSG ein weitaus kleinerer Ermessensspielraum zusteht als im Falle der Auskunftsverweigerung gestützt auf das persönliche Auskunftsrecht.

Diese Abschwächung wird in der Literatur damit gerechtfertigt, dass es in den Fällen von Art. 36 DSG nicht um Gesuche der betroffenen Personen um Akteneinsicht bzw. Herausgabe von Daten, die sich auf sie beziehen, handelt, sondern um Gesuche, die von anderen Behörden des Bundes oder der Kantone gestellt werden (Mund, in: Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2. Aufl. 2023, Art. 36 N 32 ff.). Ein Recht, vorliegend die Herausgabe von Gebäudeschätzwerten vollends zu verweigern, lässt sich daher, entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin, nicht aus § 10 DSG ZG ableiten.

6.5.4 In Anlehnung an das in E. 5.3 vorstehend Ausgeführte, können die steuerrechtlichen Amtshilferegulungen schliesslich als „höherrangig“ angesehen werden und gehen auch aus diesem Grunde den kantonalen Datenschutzbestimmungen (DSG ZG) vor.

(. . .)

8.

8.1 Eine andere Frage ist, in welcher Form die Beschwerdeführerin betreffend die einmal von der Beschwerdegegnerin erhaltenen Gebäudeschätzwerte im hängigen Grundstückgewinnsteuerverfahren der steuerpflichtigen Person Akteneinsicht zu gewähren hat. Diese Frage steht ausserhalb dieses Verfahrens; dennoch scheint es dem Gericht wichtig, an dieser Stelle darauf einzugehen, um den Gesamtkontext herzustellen.

8.2 Der von Literatur und Praxis favorisierten (Preis-)Vergleichsmethode (vgl. E. 4.4.1 vorstehend) ist inhärent, dass es der grundstückgewinnsteuerpflichtigen Person im Rahmen ihres rechtlichen Gehörs möglich sein muss, sich zur Vergleichstauglichkeit der herangezogenen Vergleichshandänderung äussern zu können. Dies bedingt nicht nur die Offenlegung der Eigenschaften des Vergleichsgrundstücks, sondern richtig betrachtet auch deren Parteien, um beurteilen zu können, ob aussergewöhnliche oder persönliche Verhältnisse den bezahlten Vergleichspreis beeinflusst haben. Es wurde diesbezüglich in der Literatur erkannt, dass die Offenlegung dieser Drittparteiendaten angesichts bestehender Steuer- bzw. Amtsgeheimnisse nicht unproblematisch ist, so dass hier durch die Steuerbehörde eine Güterabwägung vorzunehmen ist und zwar zwischen dem rechtlichen Gehör der zu veranlagenden Person auf der einen und dem Steuer- bzw. Amtsgeheimnis der von Drittparteien herangezogenen Vergleichsdaten auf der anderen Seite. Beim Beizug von ganzen Liegenschaftshandänderungen zwischen Drittparteien (Vergleichspreismethode) wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass in der Regel der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs überwiegt, insbesondere dann, wenn es um Daten zu Vergleichshandänderungen geht, die bereits 20 und mehr Jahre zurückliegen (Richner/Frei/Kaufman a.a.O., § 220 N 225).

Dieser Meinung hat sich das Gericht in der Vergangenheit angeschlossen, wenn in einem Grundstückgewinnsteuerverfahren der Erwerbspreis (als Teil der Anlagekosten) des veräusserten Grundstücks aufgrund dessen «Verkehrswert vor 25 Jahren» (§ 195 Abs. 2 StG) zu bestimmen war (VGer ZG A 2018 26 vom 19. November 2019 E. 4.7). Es hat dabei im Rahmen der vorzunehmenden Güterabwägung erwogen, dass die Grundstückgewinnsteuerbehörde der steuerpflichtigen Person ein lediglich eingeschränktes Akteneinsichtsrecht zu gewähren habe. Das volle Einsichtsrecht in die Originalakten der Vergleichshandänderungen bleibe dabei beschränkt auf die Einsichtnahme «in der Amtsstelle», d.h. in den Räumlichkeiten der Grundstückgewinnsteuerbehörde, ohne Möglichkeit der Erstellung von Fotokopien oder Fotografien der Originaldokumente. Dies bedeute im Gegenzug, dass von der Grundstückgewinnsteuerbehörde der steuerpflichtigen Person allenfalls ausgehändigte Angaben zu den Vergleichsgrundstücken derart zu anonymisieren seien, dass Rückschlüsse auf die Eigentümer der Vergleichsgrundstücke nicht mehr möglich sind. Solche ausgehändigten Angaben dürften daher das Datum der Handänderung, die Gebietsangabe, die Zonenzugehörigkeit, die Art des Rechtsgeschäfts (wie Kauf, Schenkung etc.) und den Preis/m<sup>2</sup> beinhalten, jedoch keine Informationen zu Namen und Adressen der Eigentümer, Adressen der Vergleichsparzellen, deren Grundbuchnummern und Grundstücksgrössen sowie zum Verkaufspreis. Die Gewährung eines derart eingeschränkten Einsichtsrechts in die Akten zu den Vergleichshandänderungen erschien dem Gericht im erwähnten Entscheid auch deshalb korrekt, da das verfassungsmässig garantierte Akteneinsichtsrecht grundsätzlich nur das Einsichtsrecht «in der Amtsstelle» beinhaltet, nicht aber ein Recht auf Aushändigung oder Zustellung der Akten (Praxis bestätigt in VGer ZG A 2020 16 vom 21. Februar 2022 E. 3.2; vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, a.a.O., § 124 N 17). Ein in diesem Sinne eingeschränktes Akteneinsichtsrecht sei daher auch im Lichte von § 112 Abs. 1 und 2 StG, welches sich über das Akteneinsichtsrecht ausspricht, als angemessen zu betrachten.

8.3 Für das Gericht gibt es keine Gründe, von dieser Praxis abzuweichen. Bezogen auf den vorliegenden Fall hat dies zur Konsequenz, dass die von der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu übermittelnden Dokumente und Daten zu den Gebäudeschätzwerten im Rahmen des hängigen Grundstückgewinnsteuerverfahrens der steuerpflichtigen Person ebenfalls nur «in der Amtsstelle», d.h. in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin und auf Verlangen der steuerpflichtigen Person, ohne Möglichkeit der Erstellung von Fotokopien oder Fotografien, zugänglich gemacht werden dürfen. Von der Beschwerdeführerin der steuerpflichtigen Person im Grundstückgewinnsteuerverfahren allenfalls ausgehändigte Angaben und Daten der Gebäudeversicherung sind folglich derart zu anonymisieren, dass keine Rückschlüsse auf die Eigentümer der Gebäude und das Gebäude als solches (wie Lage, Adresse, Gebäudeschätzwerte und dergleichen) möglich sind.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15. September 2023, A 2021 22  
Gegen das Urteil ist eine Beschwerde vor BGer (9C\_659/2023) hängig.  
Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank [www.verwaltungsgericht.zg.ch](http://www.verwaltungsgericht.zg.ch)<sup>1</sup>.

## II. Zivilrecht

### 1. Gesellschaftsrecht

#### 1.1 Art. 714 OR – Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen

##### **Regeste:**

Es liegt in der Kompetenz des Vorsitzenden, eine Verwaltungsratssitzung abubrechen und formell zu beenden, sofern eine ordnungsgemässe Durchführung nicht sichergestellt werden kann. Der Entscheid, die Sitzung zu beenden, ist ein Verfahrensentscheid. Er ist nicht gleichzusetzen mit dem Entscheid, die Beratung oder Abstimmung über einen traktandierten Verhandlungsgegenstand zu vertagen. Führt ein Teil der Verwaltungsräte eine für formell beendet erklärte Verwaltungsratssitzung dennoch fort, handelt es sich um eine informelle Versammlung unter gewissen Mitgliedern, an der keine gültigen Verwaltungsratsbeschlüsse gefasst werden können (E. 4.2.4 f.).

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

(...)

1.3 Am 26. Juli 2021 lud der Gesuchsteller als Präsident des Verwaltungsrats zu einer Verwaltungsratssitzung der Gesuchsgegnerin [Aktiengesellschaft] auf den 16. August 2021 ein, wobei es inhaltlich im Wesentlichen um den Jahresabschluss 2020 gehen sollte.

1.4 Mit Schreiben vom 11. August 2021 ersuchte A. [ein weiterer Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin] den Gesuchsteller darum, u.a. die folgenden zusätzlichen Traktanden zur Abstimmung zu bringen: Suspendierung des Gesuchstellers als Mitglied des Verwaltungsrats und Entlassung des Gesuchstellers aus allen Führungspositionen innerhalb der L.-Gruppe, Ernennung von A. zum Verwaltungsratspräsidenten mit sofortiger Wirkung, unverzügliche Einberufung einer ausserordentlichen Aktionärsversammlung der Gesellschaft zur Abwahl des Gesuchstellers als Verwaltungsratsmitglied und zur Wahl von K. als neues Verwaltungsratsmitglied, Aufhebung der Zeichnungsberechtigung des Gesuchstellers und Erteilung der Einzelzeichnungsberechtigung an A., K. und M. etc. In diesem Schreiben hielt A. weiter fest, er werde anlässlich der Verwaltungsratssitzung durch Rechtsberater und Übersetzer begleitet werden.

---

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

1.5 Am 16. August 2021 fand eine Verwaltungsratssitzung der Gesuchsgegnerin über das Videokonferenzsystem «Zoom» statt. Der Gesuchsteller stellte als Vorsitzender zunächst fest, dass alle Verwaltungsratsmitglieder anwesend seien, und eröffnete die Sitzung. Er gab bekannt, dass keine Vertreter, Anwälte, Übersetzer oder andere Nicht-Verwaltungsratsmitglieder zur Sitzung zugelassen würden. Da sich noch eine unbekannte Drittpartei in die Sitzung eingewählt hatte, forderte der Gesuchsteller die Drittpartei auf, die Videokonferenz zu verlassen, andernfalls würde er die Sitzung für beendet erklären. Trotz mehrmaliger Aufforderung weigerte sich die Drittpartei, die Sitzung zu verlassen. Danach wies der Gesuchsteller darauf hin, dass die Verwaltungsratssitzung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden könne, und er erklärte nach seiner Darstellung die Sitzung für beendet. Im Anschluss loggte er sich aus. Nachdem der Gesuchsteller die Sitzung verlassen hatte, führte A. diese Sitzung fort. Dabei wurden die vom Gesuchsteller in seiner Einladung vom 26. Juli 2022 aufgeführten Traktanden abgelehnt, während die Traktanden von A. gemäss seinem Schreiben vom 11. August 2022 genehmigt wurden.

(. . .)

#### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

4.2.3 Verwaltungsratsbeschlüsse können sowohl aus formellen wie auch aus materiellen Gründen nichtig sein. Aus formellen Gründen ist ein Verwaltungsratsbeschluss insbesondere dann nichtig, wenn ein Nichtbeschluss vorliegt, weil beispielsweise der Beschluss von einem anderen Organ als dem Verwaltungsrat gefasst wurde (z. B. vom Präsidenten oder einem Ausschuss), gar keine Willensäusserung des Verwaltungsrats vorliegt, lediglich eine informelle Versammlung stattgefunden hat (unter Vorbehalt der ausdrücklich von allen Mitgliedern akzeptierten Durchführung einer Universalversammlung) oder bereits die Wahl des Verwaltungsrats nichtig gewesen ist (Wernli/Rizzi, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 714 OR N 12; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. A. 2022, § 9 Rz 333; von der Crone, Aktienrecht, 2. A. 2020, S. 631). Die Vorbereitung und die Leitung einer Verwaltungsratssitzung obliegt dem Verwaltungsratspräsidenten. Ist dieser verhindert, übernimmt der Vizepräsident seine Funktion als Vorsitzender (Wernli/Rizzi, a.a.O., Art. 712 OR N 3 und 8). Der Verhandlungsleiter (Vorsitzende) hat in der Sitzung besondere Aufgaben zu erfüllen. Diese beginnen damit, dass er die Versammlungsteilnehmer begrüsst und gleich zu Beginn die Regelung hinsichtlich der Protokollführung bekannt gibt (Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. A. 2014, S. 267). Der Vorsitzende stellt die Präsenz fest und erläutert die Traktanden. Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben die Gelegenheit, zusätzliche Traktanden zu nennen (Hungerbühler, Der Verwaltungsratspräsident, 2003, S. 105). Lässt der Vorsitzende Dritte zu, kann jedes Mitglied dagegen Einspruch erheben, worauf die Mehrheit entscheidet (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O.,

S. 267; vgl. Böckli, a.a.O., § 9 Rz 157). Die Einladung von Gästen ist nur nach jeweiliger Absprache mit dem Vorsitzenden möglich (Müller/Horber, Jahres- und Sitzungsplanung des Verwaltungsrates, SJZ 114 [2018] S. 272). Sie stellt eine Ausnahme dar (Böckli, a.a.O., § 9 Rz 157). Im Rahmen der Leitung der Verwaltungsratssitzung hat der Vorsitzende insbesondere unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots zu bestimmen, wer wann zu Wort kommt. Unter Wahrung des Meinungsäusserungsrechts steht dem Vorsitzenden das Recht zu, Weisungen zur Ordnung der Verhandlungen zu erlassen. So kann er beispielsweise nach einer gewissen Dauer einer Debatte eine Redezeitbeschränkung einführen oder den Abschluss der Beratungen feststellen und zur BesUrteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 5. Januar 2023 (Z2 2022 37)chlussfassung übergehen. Gegen die Entscheide des Vorsitzenden zur Verhandlungsführung kann jedes Mitglied des Verwaltungsrats Einsprache an den Gesamtverwaltungsrat erheben (Art. 715a Abs. 5 OR analog). Macht ein Mitglied des Verwaltungsrats von diesem Recht Gebrauch, so hat der Gesamtverwaltungsrat darüber zu entscheiden, ob die vom Vorsitzenden angeordnete Massnahme aufrechterhalten bleiben soll oder nicht (von der Crone, a.a.O., S. 616 m.w.H.). Der Verwaltungsrat kann nicht nur einen Verfahrensentscheid des Vorsitzenden aufheben, er kann auch selbst eine Verfahrensanordnung erlassen. Im Gegensatz zum Vorsitzenden kann der Verwaltungsrat einen Entscheid allerdings nur auf Antrag eines Mitglieds hin fällen (Hungerbühler, a.a.O., S. 100 f.). Bei der Beschlussfassung innerhalb des Verwaltungsrats zählt zwingend das Kopfstimmprinzip (von der Crone, a.a.O., S. 617). Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrats ist ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden und vom Sekretär zu unterzeichnen ist (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 268). Das Ende der Verwaltungsratssitzung ist vom Vorsitzenden formell festzuhalten (Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 2011, S. 265).

4.2.4 Der Gesuchsteller lud am 26. Juli 2021 zur Verwaltungsratssitzung vom 16. August 2021 ein, wobei unbestritten blieb, dass er in der Einladung die Teilnahme von externen Beratern – mit Ausnahme der Revisionsstelle während des Traktandums 1 – explizit untersagte («No external advisers are allowed to participate in the meeting.»). Am 16. August 2021 eröffnete er die Verwaltungsratssitzung und beendete diese jedoch kurze Zeit später wieder aufgrund der Teilnahme von Drittpersonen (vgl. E. 4.1.3). Im vorinstanzlichen Verfahren blieb unbestritten, dass sich unter den Teilnehmern auch Drittpersonen befanden, deren Identität dem Gesuchsteller (als Vorsitzendem) nicht bekannt waren und die er nicht eingeladen hatte. Da die Einladung von Gästen nur nach vorgängiger Absprache mit dem Sitzungsleiter möglich ist, eine solche aber weder behauptet noch glaubhaft gemacht wurde, und der Gesuchsteller ausserdem in seiner Funktion als Sitzungsleiter bereits in der Einladung die Teilnahme von externen Beratern untersagt hatte, handelte es sich vorliegend bei der Teilnahme der Rechtsvertreter und der Übersetzer von A. an der Verwaltungsratssitzung vom 16. August 2021 um einen Verstoss gegen die Anordnung des Vorsitzenden. Nachdem der Gesuchsteller die unbefugt eingewählten Drit-

ten mehrfach erfolglos aufgefordert hatte, die Videokonferenz zu verlassen, war der Gesuchsteller berechtigt, die Verwaltungsratssitzung abzubrechen und formell zu beenden. Bei dieser Entscheidung des Gesuchstellers handelte es sich nicht um die Vertagung der Beratung oder Abstimmung über einen traktandierten Verhandlungsgegenstand auf eine künftige Verwaltungsratssitzung (vgl. zur Vertagung: Hungerbühler, a.a.O., S. 113), sondern um eine Verfahrensentscheidung zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Durchführung der Sitzung vom 16. August 2021. Dieser Entscheidung lag in der Kompetenz des Vorsitzenden. Und selbst wenn der Gesuchsteller mit dem Abbruch bzw. der Beendigung der Verwaltungsratssitzung seine Kompetenzen als Sitzungsleiter überschritten haben sollte, legt die Gesuchsgegnerin nicht dar, dass sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat, die Beendigung der Verwaltungsratssitzung sei entgegen dem Willen der übrigen Verwaltungsräte, d.h. A. und K., erfolgt. Auch hat sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, dass ein Antrag eines anderen Verwaltungsrats auf Weiterführung der Verwaltungsratssitzung gestellt oder der Entscheidung des Präsidenten betreffend die Beendigung der Sitzung durch einen Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats aufgehoben worden wäre, bevor der Verwaltungsratspräsident das Zoom-Meeting verließ. Eine solche Beschlussfassung ergibt sich denn auch nicht aus den beiden vorliegenden Protokollen der Verwaltungsratssitzung vom 16. August 2021. Die erst im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptung, der Gesuchsteller habe die Verwaltungsratssitzung entgegen dem Willen der übrigen Verwaltungsräte beendet, erfolgt verspätet. Die Gesuchsgegnerin legt nicht dar (und es ist auch nicht ersichtlich), dass diese neue Tatsachenbehauptung ohne Verzug vorgebracht und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Deshalb kann sie im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4.2.5 Da die Verwaltungsratssitzung vom 16. August 2021 vom Gesuchsteller als Vorsitzendem für beendet erklärt wurde und die übrigen Verwaltungsräte nicht dagegen opponiert haben, ist die Sitzung als formell beendet zu betrachten. Folglich konnte diese Verwaltungsratssitzung – anders als bei einem Unterbruch – nicht mehr von den in der Videokonferenz verbleibenden Personen fortgeführt werden. Damit nach der Beendigung der Verwaltungsratssitzung gültige Verwaltungsratsbeschlüsse hätten gefasst werden können, hätte vorliegend – da nach dem Verlassen des Zoom-Meetings durch den Gesuchsteller die Voraussetzungen einer Universalversammlung des Verwaltungsrats nicht mehr gegeben waren – der Verwaltungsratspräsident zu einer neuen Verwaltungsratssitzung einladen müssen. Dies war jedoch nicht der Fall. A. und K. hielten daher lediglich eine informelle Versammlung unter zwei Mitgliedern des Verwaltungsrats ab, an der jedoch keine gültigen Verwaltungsratsbeschlüsse gefasst werden konnten. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Fortführung der Sitzung durch A. unzulässig war und es glaubhaft ist, dass die von A. und K. gefassten Beschlüsse nichtig sind.

(...)

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 5. Januar 2023 (Z2 2022 37)

Das Urteil ist rechtskräftig.

## 2. Vertragsrecht

### 2.1 Keine analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR auf den Subordinationsfranchisingvertrag

#### **Regeste:**

Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR ist auf Subordinationsfranchisingverträge nicht analog anwendbar. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot setzt daher nicht zwingend eine Karenzentschädigung voraus.

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

Die A. (nachfolgend: Klägerin) führt und verwaltet unter der Firma «H.» eine internationale Unternehmensgruppe im Bereich der Personal- und Unternehmensberatung. In der Schweiz verfügt sie über Niederlassungen in I., J., K., L., M., N., O., Zug und Zürich. In der Unternehmensgruppe sind rund 50 Partner und Mitarbeiter tätig. Die Klägerin hat ein Franchisesystem entwickelt, bei dem sie als Franchisegeberin ihr Geschäftskonzept unter der Marke «H.®» gegen Gebühr an ausgewählte Franchisenehmer weitergibt. Die Franchisenehmer werden in der Unternehmensgruppe als «Partner» bezeichnet.

C. (nachfolgend: Beklagter) war vom 1. Juni 2018 in Zürich als Partner in der Niederlassung H. AG Zürich tätig. Der Franchisevertrag, den er dazu mit der Klägerin abschloss, enthielt unter anderem folgende Konkurrenzverbotsklausel:

«24. Der Franchisenehmer verpflichtet sich, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Vertrages jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen. Insbesondere verpflichtet er sich, weder eine Firma, die ganz oder teilweise den gleichen Zweck wie die H.® 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 H.® abzuwerben.

25. Das Konkurrenzverbot erstreckt sich auf das Vertragsgebiet, d.h. im geographischen Bereich in und 80 km um Zürich. 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.»

Mit Schreiben vom 5. September 2019 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er vom Franchisevertrag zurücktrete. Die Klägerin erachtete dieses Schreiben als Kündigung und erklärte sich unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bereit, den Franchisevertrag mit dem Beklagten per Ende September 2019 als aufgehoben zu betrachten. In der Folge warf die Klägerin dem Beklagten vor, gegen das vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzverbot verstossen zu haben und verlangte von ihm – unter anderem – die Bezahlung der Konventionalstrafe.

Das Kantonsgericht lehnte diese Forderung im erstinstanzlichen Verfahren ab. Es bejahte eine analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 OR und erachtete das Konkurrenzverbot – mangels vereinbarter Karenzentschädigung – für ungültig (Entscheid A2 2020 46 vom 9. Januar 2023, in: GVP 2022 Ziff. 1.2.4.1). Dagegen reichte die Klägerin Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein.

### **Aus den Erwägungen:**

5.4 Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, handelt es sich beim vorliegenden Franchisevertrag um einen Innominatvertrag (act. 52 E. 3). Nachdem die Klägerin mit ihren Sachverhaltsrügen nicht durchgedrungen ist (vgl. vorne E. 3 und 4), steht zudem fest, dass der Beklagte in sehr hohem Grad in die Organisation der Klägerin eingebunden war, sich seiner Tätigkeit vollberuflich anzunehmen hatte und der Klägerin aufgrund zahlreicher Vertragsbestimmungen (Weisungs- und Kontrollrechte etc.) untergeordnet war, wodurch ein Abhängigkeitsverhältnis begründet wurde. Die Vorinstanz kam somit zu Recht zum Schluss, dass der Vertrag zwischen den Parteien als sogenanntes Subordinationsfranchising zu qualifizieren ist (vgl. act. 52 E. 5.3.3). Diesbezüglich kann ohne Weiteres auf die Ausführungen der Vorinstanz sowie auf ihre allgemeinen Ausführungen zum Franchisevertrag in E. 3 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden (zur Zulässigkeit eines solchen Verweises vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2020 vom 11. Februar 2021 E. 3.4 m.w.H.).

5.5 Gemäss Art. 418d Abs. 2 OR sind auf ein vertragliches Konkurrenzverbot [in einem Agenturvertrag] die Bestimmungen über den Dienstvertrag entsprechend anwendbar. Ist ein Konkurrenzverbot vereinbart, so hat der Agent bei Auflösung des Vertrages einen unabdingbaren Anspruch auf ein angemessenes Entgelt (sog. Karenzentschädigung; vgl. Hugenin, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A. 2019, Rz 3424). Die vorliegend umstrittene Frage, ob Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR analog auf Subordinationsfranchiseverträge anwendbar ist, wurde bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden. Auch auf kantonaler Ebene finden sich dazu nur wenige Urteile.

5.5.1 Das Obergericht Zürich verneinte eine analoge Anwendbarkeit in einem Entscheid aus dem Jahr 1978, der jedoch einen Alleinvertriebsvertrag betraf (Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. April 1978, in: ZR 78/1979 S. 148 ff.). In dem ausführlich begründeten Entscheid argumentierte das Obergericht zusammengefasst, die Vertragsfreiheit sei nicht ohne Not zu beschränken, weshalb es darauf ankomme, ob es sich mit Rücksicht auf eine gleiche Interessenlage gebieterisch aufdränge, dem Alleinvertreter einen unabdingbaren Anspruch auf eine Karenzentschädigung zuzugestehen (E. 5b). Wesentlich sei, dass die neu mit Art. 418d Abs. 2 OR eingeführte zwingende Karenzentschädigung singulären Charakter habe; bei keiner anderen Vertragsart finde sich eine entsprechende Vorschrift. Obwohl bei dem in einem Dienst- oder Arbeitsvertragsverhältnis stehenden Handelsreisenden die wirtschaftliche Abhängigkeit und das soziale Schutzbedürfnis in der Regel noch grösser sein dürften als beim Agenten, habe das jüngere Arbeitsvertragsrecht die agenturvertragsrechtliche zwingende Karenzentschädigung nicht übernommen – weder zugunsten der Handelsreisenden noch zugunsten aller Kategorien von Arbeitnehmern. In der Botschaft zum neuen Arbeitsvertragsrecht sei ausdrücklich erklärt worden, es ginge zu weit, den Arbeitgeber in jedem Falle zur Ausrichtung des Lohnes für die Dauer des Konkurrenzverbots verpflichten zu wollen (E. 5c). Soweit argumentiert werde, ein besonderes Bedürfnis nach einer Karenzentschädigung bestehe beim Agenturvertrag wie beim Alleinvertretungsvertrag gerade deshalb, weil Agent und Alleinvertreter nicht Arbeitnehmer, sondern Selbständigerwerbende seien und als solche unter Übernahme eines persönlichen Risikos geschäftliche Investitionen zu tätigen hätten, sei dem entgegenzuhalten, dass es noch bei anderen Vertragsarten (namentlich Gesellschaftsverträgen, beispielsweise aber auch Mietverträgen) nachvertragliche Konkurrenzverbote gebe, bei denen sich die Partner durchaus selbständig gegenüberstünden und bei denen die mit dem Konkurrenzverbot belastete Partei häufig namhafte geschäftliche Investitionen getätigt habe, die mit dem Ende des Vertragsverhältnisses ganz oder teilweise untergingen bzw. bei der Wiederaufnahme der Tätigkeit an einem anderen Ort wieder neu anfielen. Zweifellos ginge es jedoch nicht an, hier ohne gesetzliche Grundlage und unter alleiniger Berufung auf die gleiche oder ähnliche Interessenlage eine nicht abdingbare Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung aus Art. 418d OR durch Analogieschluss zu übernehmen. Für die gesetzlich nicht geregelten Alleinvertretungsverträge könne nichts anderes gelten (E. 5d).

5.5.2 Das Handelsgericht Zürich hat sich demgegenüber in einem Urteil vom 14. Juni 2001 für eine analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR auf den Franchisevertrag ausgesprochen (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 14. Juni 2001, in: ZR 102/2003 S. 48 ff.). Allerdings ist die kurze Begründung dazu, weshalb das Recht des Agenturvertrags in dieser Frage am besten zum Franchisevertrag passe (a.a.O. S. 49) wörtlich – und soweit ersichtlich unkritisch – einer Publikation von Baudenbacher entnommen (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). Eigene

Überlegungen des Handelsgerichts sind dem Urteil hingegen nicht zu entnehmen und auch mit den anderslautenden Lehrmeinungen oder dem vorerwähnten Urteil des Obergerichts Zürich befasste sich das Handelsgericht nicht. Das Urteil trägt daher in argumentativer Hinsicht nichts zur Klärung der Rechtslage bei.

## 5.6 In der Lehre gibt es unterschiedliche Auffassungen.

5.6.1 Eine deutliche Mehrheit der Autoren befürwortet eine analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR auf den Franchisevertrag. Die allermeisten von ihnen begründen dies damit, dass das Machtgefälle zwischen Franchisenehmer und Franchisegeber sowie die daraus resultierende Schutzbedürftigkeit des Franchisenehmers die analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 OR auf Franchiseverträge rechtfertige (Schulthess, *Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht*, 1975, S. 192; Schwabe, *Arbeitnehmerähnliche Personen: Erscheinungsformen und Rechtsprobleme*, 1983, S. 145 f. i.V.m. S. 22 ff.; Gürzumar, *Der Franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme*, 1991, S. 329 f.; Stein-Wigger, *Die Beendigung des Franchisevertrages*, 1999, S. 341 ff.; Giger, *Systematische Darstellung der Franchisevertragsproblematik*, 2016, S. 137; Amstutz, *Basler Kommentar*, 7. A. 2020, Einl. vor Art. 184 ff. N 160; Lang, *Rechtsschutz im Franchising durch vorvertragliche Information*, 2014, S. 107 f.; so auch Baudenbacher, a.a.O., S. 380, der die «besondere Schutzbedürftigkeit» des Franchisenehmers allerdings nicht näher begründet). Andere argumentieren, der Franchisevertrag sei dem Agenturvertrag aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit des Franchisenehmers ähnlicher als dem Arbeitsvertrag (Cotti, *Das vertragliche Konkurrenzverbot / Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken*, 2001, S. 336 N 860; Kull, *Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots und des Anspruchs auf Karenzentschädigung nach Art. 418d Abs. 2 OR*, in: Bäni/Obrist [Hrsg.], *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, 2014, S. 370). Wieder andere befürworten die analoge Anwendbarkeit zwar, liefern aber keine Begründung dazu (de Haller, *Le contrat de franchise en droit suisse*, 1978, S. 142; Huguenin, a.a.O., Rz 3903).

Fisch (Die Anwendbarkeit zwingenden Privatrechts auf Franchiseverträge, *AJP* 2016 S. 820 ff., 830 f.) argumentiert mit einer Mischung der beiden vorerwähnten Argumente (Schutzbedürftigkeit und Ähnlichkeit der Verträge). Er weist zunächst darauf hin, dass Ausnahmenvorschriften zur Schliessung einer Gesetzeslücke dann analog anzuwenden seien, wenn ein nicht geregelter Sachverhalt dem durch die Ausnahmenvorschrift geregelten ähnlich sei. Nicht der singuläre Charakter einer Norm entscheide über deren Analogiefähigkeit, sondern die allfällige wertungsmässige Kongruenz der verglichenen Sachverhalte. Dieser methodische Einwand entkräfte die Argumentation des Obergerichts Zürich [in seinem Urteil aus dem Jahr 1978]. Folgende Punkte liessen sich zugunsten einer analogen Anwendung von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR vorbringen: (1) Der Franchisevertrag und der Agenturvertrag seien enger miteinander verwandt als der Franchisevertrag und der Arbeitsvertrag,

denn sowohl der Agent als auch der Franchisenehmer seien rechtlich selbständige Absatzmittler. Der Arbeitnehmer hingegen sei ein unselbständig Erwerbender, und seine Tätigkeit liege nicht notwendig im Bereich der Absatzmittlung. (2) Als selbständig Erwerbende würden der Agent und der Franchisenehmer von einem Konkurrenzverbot tendenziell stärker getroffen als ein Arbeitnehmer. Für einen selbständig Erwerbenden bedeute ein Konkurrenzverbot oftmals die Aufgabe der beruflichen Selbständigkeit, wohingegen der Arbeitnehmer als solcher die Branche wechseln könne. (3) Dem Franchiseverhältnis sei i.d.R. ein Machtgefälle inhärent. Der Franchisegeber verwende zumeist einen Formularvertrag, dessen Bestimmungen nicht einzeln ausgehandelt würden. Der Franchisenehmer sei bei Vertragsabschluss oftmals in einer «take it or leave it-Position». Eine freiwillige Karenzentschädigung dürfte demzufolge kaum je vereinbart werden. Vor diesem Hintergrund erscheine es gerechtfertigt, Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR analog auf den Franchisevertrag anzuwenden.

Keine eigene Haltung eingenommen hat Marsch (Franchising im internationalen Rechtsverkehr [. . .], 1999, S. 30), obwohl sie teilweise als Befürworterin einer analogen Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR auf Franchiseverträge zitiert wird. Sie gibt lediglich in indirekter Rede die Meinung von Schulthess und Baudenbacher wieder, ohne sie sich zu eigen zu machen.

5.6.2 Auf der Seite derjenigen Autoren, die eine analoge Anwendbarkeit verneinen, sind die Argumente heterogener. Gemäss 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. 361 ff.) wäre eine solche Lösung [analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 OR] praxisfern. Seiner Meinung nach könne einem unverhältnismässigen nachvertraglichen Konkurrenzverbot einfacher dadurch begegnet werden, dass ihm aufgrund einer Berufung auf Art. 27 ZGB oder Art. 20 OR der Schutz verweigert werde. Der Franchisenehmer sei nämlich nicht an einer Karenzentschädigung interessiert, sondern daran, dass einem gegen den Gerechtigkeitsgedanken verstossenden nachvertraglichen Konkurrenzverbot die rechtliche Sanktion versagt werde. Ebnetter (Der Franchise-Vertrag, 1997, S. 173) vertritt die Ansicht, ein angemessenes nachvertragliches Konkurrenzverbot sei beim Franchising «vertragstypisch» und bestehe daher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung. Eine Analogie zum Arbeits- und Agenturvertragsrecht sei «aufgrund unterschiedlicher Angemessenheitskriterien» nicht gegeben. Kramer (Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsvermittler, AJP 1997 S. 165 ff.) befürwortete in einem Kommentar das Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. April 1978 (vgl. vorne E. 5.5.1). Da die Regelung im Arbeitsvertragsrecht lex posterior gegenüber dem Agenturrecht sei, liege ein Unterschied zu BGE 118 II 157 [wo die analoge Anwendbarkeit von Art. 336a OR auf Franchiseverträge befürwortet wurde] vor. Ein weiterer Unterschied liege darin, dass die Zuerkennung eines unabdingbaren Karenzentschädigungsanspruchs auch inhaltlich nicht gerechtfertigt erscheine. Analogieschlüsse aus inhaltlich unvernünftigen Regelungen seien

möglichst zu vermeiden. Wildhaber (in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Vorb. OR 184 ff. / Franchisevertrag N 44) hält schliesslich fest, die Situation des Franchisenehmers, dem es aufgrund eines Konkurrenzverbotes verwehrt sei, in seiner angestammten Branche tätig zu sein, unterscheide sich nicht von derjenigen des Arbeitnehmers, der am stärksten in das Organisationskonzept seiner Vertragsgegenpartei integriert sei. Die arbeitsvertragliche Regelung sei *lex posterior* zum Agenturrecht. Der Wertungssentscheid gegen eine nachvertragliche Karenzentschädigung müsse deshalb bewusst getroffen worden sein. Art. 418d Abs. 2 OR habe damit singulären Charakter, was gegen eine analoge Anwendung spreche. Wenn die Schutzbedürftigkeit und die Integration in das Organisationskonzept der Vertragsgegenseite massgeblich sein sollten, dann sei – wenn überhaupt – von einer «Wertungskonkurrenz» zum Arbeitsvertragsrecht und nicht von einer solchen zum Agenturrecht auszugehen.

5.7 Die Vorinstanz hat sich der herrschenden Lehre angeschlossen und sich insbesondere die Argumentation von Fisch zu eigen gemacht (vgl. act. 52 E. 5.3.2). Der Umstand, dass die überwiegende Mehrheit der Autoren eine analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 OR befürwortet, ist letztlich aber nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, wie eingehend sich diese Autoren mit der Materie befasst haben und wie überzeugend die Begründung ihres Standpunkts ist. Unter diesem Aspekt zeigt sich, dass die vorgebrachten Argumente einer kritischen Betrachtung nicht standhalten.

5.7.1 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesgericht – wie erwähnt – zwar noch nicht explizit zur vorliegend umstrittenen Frage geäussert hat, welches Recht auf ein in einem (Subordinations-)Franchisingvertrag enthaltenes Konkurrenzverbot analog anzuwenden ist. In seinem wegweisenden Urteil vom 26. März 1992 (BGE 118 II 157) hat es sich jedoch bereits einmal allgemein für die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf das Subordinationsfranchising ausgesprochen. Im konkreten Fall hatte sich die Franchisenehmerin ihren Aufgaben vollberuflich anzunehmen, sie durfte daneben keiner anderen Erwerbstätigkeit nachgehen und stand in einem ausgesprochenen Unterordnungsverhältnis zur Franchisegeberin. Ihr Entscheidungsspielraum war durch die Weisungsbefugnisse und Kontrollrechte der Franchisegeberin eng eingegrenzt und sie übte die Geschäftstätigkeit mit den von der Franchisegeberin zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln aus. Damit entsprach die Situation ziemlich präzise der Definition eines Subordinationsfranchisings. Gemäss Bundesgericht rückt all das den Vertrag in seiner Bedeutung für die Franchisenehmerin in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses, bestand doch – obschon die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit formell selbständig ausübte – faktisch eine Abhängigkeit von der Franchisegeberin, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahekommt. Damit rechtfertigt sich – so das Bundesgericht – die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften (BGE 118 II 157 E. 4a.bb).

Auch in der Lehre wird das sog. Subordinationsfranchising in die Nähe des Arbeitsvertragsverhältnisses gerückt bzw. der Franchisenehmer im Subordinationsfranchising als arbeitnehmerähnliche Person bezeichnet (Schwabe, a.a.O., S. 22 f.; Cotti, a.a.O., Rz 852; Wildhaber, Franchising im internationalen Privatrecht, 1991, S. 99 ff.).

5.7.2 Weshalb nun gerade – und ausschliesslich – mit Blick auf die Frage der Karenzschädigung etwas anderes gelten und das Subordinationsfranchising dem Agenturvertrag ähnlicher sein soll als dem Arbeitsvertrag, wie einige Autoren meinen, ist nicht einzusehen. Zur Begründung wird das Argument vorgebracht, der Franchisenehmer sei wie der Agent selbständig erwerbend. Dieses Argument überzeugt aber bereits deshalb nicht, weil die rechtliche Selbständigkeit des Franchisenehmers beim Subordinationsfranchising – wie bereits das Bundesgericht im eben erwähnten BGE 118 II 157 feststellte – meist eben nur formell besteht. Faktisch ist die Abhängigkeit zwischen Franchisenehmer und Franchisegeber in diesen Fällen regelmässig mit derjenigen in einem Arbeitsverhältnis vergleichbar. Ausgerechnet dieses Kriterium als Begründung für den Beizug von zwingendem Agenturvertragsrecht beizuziehen, erscheint daher nicht adäquat.

5.7.3 Hinzu kommt aber auch, dass die analoge Anwendbarkeit zwingenden Rechts nie allein aufgrund einer schematischen Beurteilung zu erfolgen hat. Es ist stets auch danach zu fragen, ob der Schutzzweck einer Norm im fraglichen Fall deren Anwendung verlangt (Huguenin/Putschert, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, vor OR 184 / Innominatkontrakte AT N 4; vgl. auch vorne E. 5.3.2). Dabei ist keine isolierte Betrachtung vorzunehmen, sondern der konkrete Vertrag ist in das Wertgefüge des Gesetzes in seiner Gesamtheit einzuordnen. Zu suchen ist deshalb stets diejenige Lösung, die sich kohärent in das bestehende Wertesystem einfügt (vgl. BGE 123 III 292 E. 2e.aa). Das bedeutet auch, dass die gewählte Lösung im Quervergleich mit anderen Vertragstypen keine sachlich nicht gerechtfertigte – und somit unbillige – Ungleichbehandlungen erzeugen darf.

5.7.4 Weil somit die Wertungsentscheide des Gesetzgebers den Rahmen für die gerichtliche Rechtsfindung bilden, ist an dieser Stelle kurz auf die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden agentur- und arbeitsvertragsrechtlichen Normen einzugehen.

5.7.4.1 Die Bestimmung von Art. 418d Abs. 2 OR wurde im Rahmen einer Gesetzesnovelle zum Agenturvertragsrecht eingeführt und trat am 1. Januar 1950 in Kraft. Ziel dieser Novelle war es, den Agenten in rechtlicher Hinsicht einen ähnlichen Schutz zu gewähren, wie er damals bereits für die Handelsreisenden bestand (BBl 1947 661, 661 ff.; Amtl. Bull. NR 1948 I 1 f. und Amtl. Bull. SR 1948 II 49). Der Bundesrat sah im Entwurf zunächst eine Bestimmung vor, wonach das Konkurrenzverbot

automatisch dahinfallen sollte, wenn der Auftraggeber dem Agenten dafür nicht eine angemessene Entschädigung geleistet hat (BBl 1947 III 661, 689). Der Nationalrat strich diese Bestimmung in der ersten Lesung zunächst vollständig (Amtl. Bull. NR 1948 I 5, 6). Im Ständerat herrschte hingegen die Ansicht vor, eine Entschädigung stehe dem Agenten für das Konkurrenzverbot billigerweise zu. Er setzte sich für den noch heute geltenden Kompromiss ein, dass der Agent zwar Anspruch auf ein angemessenes besonderes Entgelt für das Konkurrenzverbot haben solle. Dieses sollte aber entgegen dem Vorschlag des Bundesrats keine Gültigkeitsvoraussetzung für das Konkurrenzverbot sein (vgl. Amtl. Bull. NR 1948 II 51, 58). Der Nationalrat war mit diesem Vorschlag einverstanden («scheint zweckmässig zu sein»; Amtl. Bull. NR 1948 IV 769, 770).

5.7.4.2 Als es rund 20 Jahre später um die Einführung einer analogen Regelung im Bereich des Arbeitsvertragsrechts ging, teilte das Parlament diese Einschätzung aber nicht mehr. Bereits der bundesrätliche Entwurf sah hier keine zwingende Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vor, obwohl dies die Arbeitnehmervereinigungen gefordert hatten (vgl. BBl 1967 II 241, 398 f.). Aufgrund eines Ergänzungsantrags wurde die Frage im Nationalrat erneut aufgeworfen und diskutiert. In der diesbezüglichen Debatte wurden die Argumente der Befürworter einer zwingenden Karenzentschädigung noch einmal einlässlich vorgetragen und namentlich auf die Gefahr hingewiesen, dass ein Konkurrenzverbot zur Arbeitslosigkeit führen könne und daher Ungerechtigkeiten hervorrufen könne, wenn dafür keine Entschädigung geleistet werde. Die Mehrheit der Parlamentarier folgte dieser Auffassung allerdings nicht und lehnte die vorgeschlagene Ergänzung ab, wobei nebst dem Argument, dass eine generelle Entschädigungspflicht zu weit gehe, auch praktische Bedenken vorgebracht wurden (Amtl. Bull. NR 1969 IV 837, 849 ff.). Der Ständerat folgte dieser Entscheidung (Amtl. Bull. SR 1970 III 358, 363). Hinweise darauf, dass dabei bewusst eine vom Agenturvertrag abweichende Regelung getroffen worden wäre, etwa weil der Arbeitnehmer vom Konkurrenzverbot weniger stark in seinem wirtschaftlichen Fortkommen betroffen wäre, bestehen keine. Vielmehr wurde eine solche Lösung offenbar schlicht nicht (mehr) als angemessen erachtet.

5.7.4.3 Obwohl dieser gesetzgeberische Entscheid in der Lehre von Anfang an vehement kritisiert wurde (vgl. Stein-Wigger, a.a.O., S. 344 m.w.H.), ist es bis heute dabei geblieben. Das Arbeitsvertragsrecht sieht keine zwingende Karenzentschädigung im Fall eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots vor.

5.7.5 Da somit dem Arbeitnehmer ein zwingender Anspruch auf eine Karenzentschädigung vom Gesetzgeber versagt geblieben ist, bedarf es einer plausiblen Begründung, wenn der – einem Arbeitnehmer sonst sehr nahestehende – Franchisenehmer im Subordinationsfranchising mittels analoger Anwendung des zwingenden Agenturvertragsrechts in den Genuss eines solchen Schutzes kommen und dadurch gegenüber dem Arbeitnehmer bessergestellt werden soll. Andernfalls wäre die Besserstellung

sachlich nicht gerechtfertigt und damit unbillig, sodass sich die analoge Anwendung von Agenturvertragsrecht verbietet. Eine solche Begründung zu finden ist naturgemäss schwierig, weil der Arbeitnehmer angesichts des besonders ausgeprägten Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wohl allgemein als die schutzbedürftigste Vertragspartei im Bereich der Arbeitsleistungsverträge einzustufen ist (vgl. Schmid/Stöckli/Krauskopf, a.a.O., Rz 1388). Von denjenigen Autoren, die die analoge Anwendbarkeit von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR ausschliesslich aus der besonderen Schutzbedürftigkeit der Franchisenehmer ableiten, wird dieser Vergleich denn auch gemieden. Lediglich Stein-Wigger räumt ein, dass die Gleichstellung des Franchisenehmers mit dem Agenten bzw. die Besserstellung gegenüber dem Arbeitnehmer einer sachlichen Rechtfertigung bedürfte. Allerdings bringt auch er keine überzeugenden Gründe für diese Ungleichbehandlung vor. Stattdessen kritisiert er lediglich die Gesetzgebung zum Arbeitsvertragsrecht als «rechtsethisch anstössig» und folgert daraus, dass es im Ergebnis «sachgerechter» sei, Art. 418d Abs. 2 OR analog auf den Franchisevertrag anzuwenden (Stein-Wigger, a.a.O., S. 345).

5.7.6 Teilweise wird – unter Hinweis auf die Botschaft zum Agenturvertragsrecht – auch beim Subordinationsfranchising argumentiert, gerade die im Vergleich zum Arbeitnehmer selbständigere Stellung des Agenten verlange eine weitergehende Beschränkung des Konkurrenzverbots, was gleichermassen für den Franchisenehmer gelte (vgl. Fisch, a.a.O. Fn 79). In der Botschaft zum Agenturvertragsrecht findet sich zwar tatsächlich eine entsprechende Bemerkung (BBl 1947 III 661, 675). Eine Begründung dazu fehlt jedoch, sodass sich die zugrunde liegende Überlegung nicht nachvollziehen lässt. Zudem ist auch nicht erkennbar, inwieweit sie für den Entscheid des Gesetzgebers überhaupt relevant war: Soweit ersichtlich, wurde diese Begründung in der Folge vom Parlament nämlich nicht mehr aufgegriffen (vgl. vorne E. 5.7.4.1). Abgesehen davon erscheint dieses Argument aber auch sonst nicht stichhaltig. Es leuchtet nicht ein, weshalb es einem unselbständigen Arbeitnehmer generell einfacher oder mit geringeren finanziellen Einbussen möglich sein soll, die Branche zu wechseln, als einem (formell) selbständigen Franchisenehmer oder Agenten. Die Hürden für einen Branchenwechsel – mit Blick etwa auf den Weiterbildungsbedarf und die drohende Lohneinbusse – dürften in beiden Fällen vergleichbar sein, sodass nicht gesagt werden kann, Franchisenehmer wären in dieser Hinsicht aufgrund ihrer Stellung als selbständig Erwerbende schutzbedürftiger als Arbeitnehmer.

5.7.7 Insgesamt ist die Tatsache, dass die überwiegende Lehre eine analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 OR auf Franchiseverträge befürwortet, wohl im Lichte der in der Lehre weitverbreiteten Ablehnung des gesetzgeberischen Entscheids gegen eine zwingende Karenzentschädigung im Arbeitsvertragsrecht zu verstehen. Es entsteht der Eindruck, dass sich die Befürworter einer analogen Anwendung von Art. 418d Abs. 2 OR auf Franchiseverträge primär vom Gedanken leiten liessen, dass es gerecht

wäre, dem Franchisenehmer, der in einem Subordinationsfranchising dem Franchisegeber stark ausgeliefert ist, den bestmöglichen Schutz zukommen zu lassen. Wegen des «rechtsethisch anstössigen» Entscheids des Gesetzgebers zum Arbeitsvertragsrecht besteht ihrer Ansicht nach in dieser Frage der bestmögliche Schutz indessen nicht in der analogen Anwendung von Arbeitsvertragsrecht, sondern im Bezug von Agenturvertragsrecht. Dafür spricht auch, dass – soweit ersichtlich – niemand dafür plädiert, die für den Franchisenehmer weniger günstigen Bestimmungen des Agenturvertragsrechts, wie etwa Art. 418q OR, auf den Franchisevertrag analog anzuwenden (in der Lehre herrscht die Meinung vor, dass die Kündigungsordnung des Agenturvertrages nach Art. 418q OR wegen der kurzen Fristen dieser Bestimmung «für die Interessen des Franchisenehmers nicht geeignet» sei [Gürzumar, a.a.O., S. 321 f., und Fisch, a.a.O., S. 822, je m.w.H.]). Nun mag es zwar aus sozialpolitischen Gründen wünschenswert erscheinen, wenn dem Franchisenehmer ein weitergehender Schutz vor ausufernden Konkurrenzverboten in Form einer zwingenden Karenzentschädigung zugestanden würde. Von solchen Überlegungen darf sich das Gericht aber nicht leiten lassen, wenn – wie vorliegend – bereits ein Wertesystem vorgegeben ist.

5.7.8 Würde ausgerechnet bei der Frage der zwingenden Karenzentschädigung punktuell das Agenturvertragsrecht anstelle der Schutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts angewendet, würde dem Franchisenehmer auf dem Weg richterlicher Rechtsfindung ein Schutz gewährt, um den sich die Arbeitnehmerorganisationen im Gesetzgebungsprozess erfolglos bemüht hatten. Diese Besserstellung würde zudem ohne sachlichen Grund erfolgen, nur weil es sich um einen Innominatvertrag handelt, was die selektive Anwendung unterschiedlichen Typenvertragsrechts überhaupt erst ermöglicht. Der Franchisenehmer würde folglich mit solch einer Regelung in unbilliger Weise gegenüber dem Arbeitnehmer bevorzugt und es würde mithin eine Lösung gewählt, die zum bestehenden Wertesystem im Widerspruch stünde.

5.8 Richtiger- und konsequenterweise sind daher auch in Bezug auf die Regelung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften gemäss Art. 340-340c OR analog anzuwenden, wenn ein Franchisevertrag so ausgestaltet ist, dass die Beziehung zwischen den Vertragsparteien in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses rückt und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften greifen (Subordinationsfranchising). Folglich ist beim Subordinationsfranchising eine Karenzentschädigung im Sinne von Art. 418d Abs. 2 Satz 2 OR entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht geschuldet.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, I. Zivilabteilung, vom 7. November 2023 (Z1 2023 6)

Das Urteil ist rechtskräftig.

### III. Strafrecht

#### 1. Strafprozessrecht

##### 1.1 Art. 391 Abs. 2 StPO, Art. 428 Abs. 3 StPO

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

Auch wenn die Staatsanwaltschaft den Entschädigungsanspruch des Beschuldigten nicht angefochten hat, kann dieser im Berufungsverfahren überprüft werden, wenn die Staatsanwaltschaft den Freispruch anfechtet und einen Schuldspruch beantragt. Zwischen Kosten- und Entschädigungsspruch besteht regelmässig ein enger Konnex und der Entschädigungsspruch folgt üblicherweise dem Kostenspruch. Ein Schuldspruch schliesst einen Entschädigungsanspruch des Beschuldigten aus. Die innere Einheit des Urteils würde daher verletzt, wenn dem Beschuldigten die Kosten auferlegt und gleichzeitig eine Entschädigung zugesprochen würde. Das Verschlechterungsverbot steht der Überprüfung des Entschädigungsspruch auch nicht entgegen (E. I.1.3.2-1.3.4).

###### **Aus den Erwägungen:**

###### I. Formelles

###### 1. Eintreten und Umfang der Berufung

(...)

1.2 Im Berufungsverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Der Berufungskläger muss in seiner Berufungserklärung angeben, ob er das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet (Art. 399 Abs. 3 lit. a StPO). Ficht er nur Teile des Urteils an, hat er in der Berufungserklärung verbindlich anzugeben, auf welche Teile (Schuldpunkt, allenfalls bezogen auf einzelne Handlungen, Bemessung der Strafe, etc.) sich die Berufung beschränkt (Art. 399 Abs. 4 StPO). Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Es kann zugunsten der beschuldigten Person auch nicht angefochtene Punkte überprüfen, um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO). Soweit die Einschränkung der Berufung auf einzelne Punkte eindeutig und der Grundsatz der Untrennbarkeit oder inneren Einheit nicht verletzt ist, muss die Einschränkung durch das Berufungsgericht respektiert werden. Die nicht angefochtenen Urteilspunkte werden – unter dem Vorbehalt von Art. 404 Abs. 2 StPO – rechtskräftig. Eine spätere Ausdehnung der Berufung ist ausgeschlossen, nicht aber eine weitere Beschränkung (vgl. dazu umfassend Urteil des Bundesgerichts 6B\_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 1.3 m.H.).

1.3 Die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft ist darauf ausgerichtet, den Freispruch der Vorinstanz aufzuheben. Sie beantragt, dass der Beschuldigte wegen fahrlässiger Tötung zu verurteilen und zu sanktionieren sei. Die Berufungserklärung unterlässt es indessen, neben den genannten Anträgen explizit weitere für den Staat nachteilige Punkte im Urteilsdispositiv der Vorinstanz anzufechten, so Ziff. 2 des Urteilsdispositivs (Kostentragung Staat) und Ziff. 3 des Dispositivs (Entschädigung von CHF 30'000.- zu Lasten Staat).

1.3.1 Betreffend den Kostenspruch gilt indessen Art. 428 Abs. 3 StPO, wonach über die Kostenregelung bei einem neuen Entscheid der Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen zu entscheiden ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_655/2018 vom 4. April 2019 E.2.3). Das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO greift somit beim Kostenpunkt von Gesetzes wegen nicht.

1.3.2 Es stellt sich mithin die Frage, ob diese Feststellungen – dem Gedanken von Art. 428 Abs. 3 StPO folgend – auch auf den Entschädigungspunkt übertragen werden können. Den Parteien wurde die Thematik an der Berufungsverhandlung eröffnet und sie wurden ersucht, dazu Stellung zu nehmen.

1.3.3 Betreffend die von der Vorinstanz festgelegte Entschädigung von CHF 30'000.- an den Beschuldigten im Zusammenhang mit den Aufwendungen seiner erbetenen Verteidigung im Untersuchungsverfahren und im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren ist vorab festzuhalten, dass zwischen dem Kosten- und Entschädigungsspruch regelmässig ein sehr enger Konnex besteht. So folgt der Entschädigungsspruch aufgrund der inhaltsgleichen Regelungen von Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO sowie Art. 429 Abs. 1 und Art. 430 Abs. 1 StPO üblicherweise dem Kostenspruch. Entsprechend ist es sachgerecht, bei einem reformatorischen Entscheid nicht nur über die Kosten von Amtes wegen zu entscheiden, sondern auch über die Entschädigung. Dies insbesondere dann, wenn dies in Bezug auf die Berufungsanträge der Parteien wegen der Kohärenz des Urteils als notwendig erscheint, beispielsweise wenn wie vorliegend die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufungserklärung einen vollumfänglichen Schuldspruch beantragt, was nach der gesetzlichen Konzeption von Art. 436 Abs. 1 und Art. 429 Abs. 1 StPO eine Entschädigung ausschliesst. In der vorliegenden Prozesskonstellation würde mithin die innere Einheit des Urteilspruchs verletzt, wenn beispielsweise eine Kostenauflegung nach Art. 426 Abs. 2 StPO gleichzeitig mit einer Entschädigung gestützt auf Art. 429 Abs. 1 StPO einhergehen würde.

1.3.4 Art. 391 Abs. 2 StPO steht dieser Auffassung nicht entgegen. So hat sich das Bundesgericht in BGE 139 IV 282 E. 2.5 dafür ausgesprochen, dass das Verschlechterungsverbot nicht nur für die Sanktion gilt, sondern auch für die rechtliche Qualifikation der Tat. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt Art. 391 Abs. 2 StPO nicht zu. So gilt das Verbot der reformatio in peius beispielsweise bei Verwahrungen oder einer stationären Massnahme nicht (BGE 123 IV 1 E. 4c; Urteil

des Bundesgerichts 6B\_805/2019 vom 6. Juni 2019 E. 1.3.4). Sodann hat auch das Obergericht des Kantons Zug entschieden, dass Art. 391 Abs. 2 StPO bei Ersatzforderungen keine Anwendung findet (GVP 2012 S. 220 ff.), während das Bundesgericht die entsprechende Frage zumindest offen liess (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1438/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 2.4). Überdies findet Art. 391 Abs. 2 StPO wie erwähnt gemäss Art. 428 Abs. 3 StPO von Gesetzes wegen bei der Kostenregelung der Vorinstanz keine Anwendung. Entsprechend kann das Gericht den Entschädigungsspruch der Vorinstanz von Amtes wegen ohne Verletzung von Art. 391 Abs. 2 StPO abändern, wenn dies im Einklang mit den Berufungsanträgen der Staatsanwaltschaft als sachgerecht erscheinen würde.

Obergericht des Kantons Zug, Strafabteilung, 21. April 2023 (S 2022 38)

## 2. Jugendstrafrecht

### 2.1 Art. 97 f. StGB, Art. 44 Abs. 3 JStPO

#### **Regeste:**

1. Bei Übergangstätern bestimmt sich die Verfolgungsverjährung für die Taten nach Vollendung des 18. Altersjahres nach Art. 97 f. StGB (E. I.4).
2. Die solidarische Haftung der Eltern gemäss Art. 44 Abs. 3 JStPO knüpft weder an die Unterhaltspflicht nach Art. 276 f. ZGB an noch müssen die Haftungsvoraussetzungen von Art. 333 ZGB erfüllt sein. Dem Gericht steht ein Ermessen zu, um auf eine solidarische Haftbarkeit zu erkennen (E. VII.1.2).

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

1. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) warf D. (nachfolgend: Beschuldigte) in der Anklageschrift vom 18. Mai 2022 zusammengefasst Folgendes vor:

##### 1.1 Taten nach Vollendung des 18. Altersjahres

1.1.1 Am 18. August 2021, ca. 14.20 Uhr, habe die Beschuldigte auf dem Bundesplatz in Zug, im Hinterhof zur Liegenschaft Bundesplatz, B. (nachfolgend: Privatkläger) aus einer Distanz von ca. zwei Armlängen unvermittelt mit dem mitgeführten Einhandmesser (Klingenlänge 9 cm) mit ihrer rechten Hand blitzschnell und kräftig in die linke Halsvorderseite gestochen und ihm so eine ca. 4 cm lange Hautdurchtrennung auf der Halsvorderseite mit ca. 7 cm tiefem Stichkanal mit Durchtrennung der Muskulatur, des Schilddrüsenunterpols und Längseröffnung der linken äusseren Drosselvene zugefügt. Dadurch, sowie durch den darauf folgenden Blutverlust und mögliche Luftembolien habe für den Privatkläger unmittelbare Lebensgefahr bestanden, was die Beschuldigte in Kauf genommen habe. Kurze Zeit später um ca.

14.40 Uhr habe die Beschuldigte bei der Migros-Filiale an der Grabenstrasse 7 in Zug eine Personenkontrolle der Polizei durch Flucht behindert.

1.1.2 Zudem habe sie zwischen Anfang August 2021 bis ca. 18. August 2021 unbefugt insgesamt drei Mal Marihuana in Zug an unbekanntenen Orten konsumiert.

1.2 Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres

1.2.1 Der Beschuldigten wurde weiter vorgeworfen, am 3. März 2020, zwischen ca. 01.07 Uhr bis 02.10 Uhr, im Kinder- und Jugendheim L. in M. die Betreuerin N. mit einem Klappmesser und einem Schlagring bedroht und mehrfach genötigt zu haben. Im Laufe dieses Vorfalles habe die Beschuldigte eine Bürotür, ein Bett und zwei Zahnputzgläser beschädigt (Sachschaden: ca. CHF 1'020.-). Weiter habe die Beschuldigte kurze Zeit später im Zeitraum ca. 02.23 Uhr bis 02.35 Uhr beim Versuch der zwischenzeitlich eingetroffenen Polizisten, sie zu arretieren, dem Polizisten O. gezielt und unvermittelt einen metallenen Teleskopschlagstock gegen die linke Kopfoberseite geschlagen, wodurch dieser ein Schädel-Hirntrauma Grad I sowie anhaltende Probleme beim Fokussieren und anhaltende Schmerzen im rechten Auge erlitten habe. Dadurch habe sie ihn schwer am Körper verletzt, eventualiter dies mindestens versucht. Überdies habe die Beschuldigte gegen das Waffengesetz verstossen, da sie den inkriminierten Teleskopschlagstock und Schlagring zuvor unberechtigt erworben bzw. geschenkt erhalten und sodann am 3. März 2020 unberechtigt getragen habe.

1.2.2 Schliesslich wurde der Beschuldigten zur Last gelegt, am 13. Juni 2020, zwischen ca. 21.15 Uhr bis 21.21 Uhr, im kantonalen Jugendheim P. in Q. absichtlich ungezielt um sich geschlagen und so versucht zu haben, die Betreuungsperson R. zu verletzen. Zudem habe sie Tonscherben gegen zwei Polizisten geworfen und überdies die Polizistin S. und den Polizisten T. leicht verletzt.

(...)

### **Aus den Erwägungen:**

I. Formelles und Prozessuales

(...)

4. Kann ein Urteil definitiv nicht ergehen, ist das Verfahren einzustellen (Art. 329 Abs. 4 i.V.m. Art. 379 StPO). Die Verfolgungsverjährung stellt ein Verfahrenshindernis dar. Die Vorinstanz stellte das Strafverfahren gegen die Beschuldigte wegen Hinderung einer Amtshandlung am 18. August 2021 und mehrfacher Widerhandlung

gegen das Betäubungsmittelgesetz im Zeitraum vom 1. bis 18. August 2021 ein. Die Staatsanwaltschaft ficht diese Verfahrenseinstellung an.

4.1 Die Vorinstanz begründete die Verfahrenseinstellung zusammengefasst wie folgt: Bei der Beschuldigten handle es sich um eine sog. Übergangstäterin. Die Verjährung richte sich bei Übergangstätern ausschliesslich nach Art. 36 JStG. Die Ansicht von Riesen-Kupper, dass sich bei Übergangstätern die Verfolgungsverjährung der nach Vollendung des 18. Altersjahres begangenen Taten nach Art. 97 f. StGB richte, sei nicht nachvollziehbar. Das Bundesgericht habe diese Frage bislang nicht beantwortet. Art. 3 Abs. 2 JStG spreche klar nur von der Anwendbarkeit des StGB hinsichtlich der Strafen. Die Strafen (und Massnahmen) würden im dritten Titel des StGB, die Verjährung jedoch im sechsten Titel des StGB geregelt. Weiter sei bei Übergangstätern das Jugendstrafverfahren anwendbar. Aufgrund des Legalitätssprinzips sei bei der echten Lückenfüllung zu Ungunsten der beschuldigten Person sodann besondere Zurückhaltung geboten. Das Obergericht des Kantons Uri habe sich der Auffassung von Riesen-Kupper angeschlossen und ausgeführt, dass ein Übergangstäter für Taten, die er als Jugendlicher begangen habe, nicht schlechter gestellt sein solle, als ein Täter, bei dem lediglich Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres zu beurteilen seien. Umgekehrt solle der Übergangstäter für Taten, die er als Erwachsener begangen habe, nicht besser gestellt werden als ein Täter, bei welchem lediglich Taten nach Vollendung des 18. Altersjahres zu beurteilen seien. Diese Überlegungen würden zwar dem Gerechtigkeitsgedanken und -empfinden entsprechen. Dennoch erachte das Gericht [die Vorinstanz] eine Lückenfüllung zu Ungunsten der Beschuldigten als heikel (OG GD 1 E. I.1.5.1.2 S. 12 f.).

Die Staatsanwaltschaft bringt vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Frage der Verjährung nach dem JStG beurteilt. Das JStG sei bei Übergangstätern nur anwendbar, wenn eine jugendstrafrechtliche Massnahme angeordnet werde. Die Verjährung von Taten nach Vollendung des 18. Altersjahres beurteile sich nach Erwachsenenstrafrecht (OG GD 2/1 S. 4; OG GD 10/7 S. 3).

4.2 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, wurde die konkrete Rechtsfrage vom Bundesgericht bislang nicht geklärt (vgl. BGE 143 IV 49 E. 1.10 in fine). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist jedoch keine (heikle und damit allenfalls unzulässige) Lückenfüllung erforderlich. Die Auslegung des Gesetzes ergibt klar, dass die Verjährung der Taten als Erwachsener nach Art. 97 f. StGB zu beurteilen und Art. 36 JStG nur hinsichtlich jener vor Vollendung des 18. Altersjahres anwendbar ist. Art. 3 Abs. 2 JStG, den die Vorinstanz in ihrer Argumentation anführt, lautet wie folgt: «Sind gleichzeitig eine vor und eine nach Vollendung des 18. Altersjahres begangene Tat zu beurteilen, so ist hinsichtlich der Strafen nur das StGB anwendbar. Dies gilt auch für die Zusatzstrafe (Art. 49 Abs. 2 StGB), die für eine Tat auszusprechen ist, welche vor Vollendung des 18. Altersjahres begangen wurde. Bedarf der Täter einer Massnahme, so ist diejenige Massnahme nach dem StGB oder nach diesem

Gesetz anzuordnen, die nach den Umständen erforderlich ist. Wurde ein Verfahren gegen Jugendliche eingeleitet, bevor die nach Vollendung des 18. Altersjahres begangene Tat bekannt wurde, so bleibt dieses Verfahren anwendbar. Andernfalls ist das Verfahren gegen Erwachsene anwendbar». Diese Norm regelt nur bestimmte Aspekte der Beurteilung von Übergangstätern. So bestimmt sie, dass für alle Taten hinsichtlich der Strafen das StGB anwendbar ist. Ohne diese Regelung wären die vor Vollendung des 18. Altersjahres begangenen Taten nach JStG zu bestrafen und jene nach Vollendung des 18. Altersjahres nach StGB. Art. 3 Abs. 2 JStG enthält somit Ausnahmen vom Grundsatz, dass für Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres das JStG und für solche nach Vollendung des 18. Altersjahres das StGB gilt. Mit anderen Worten modifiziert die Bestimmung den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes hinsichtlich der Sanktionen (vgl. die Marginalie von Art. 3 JStG). Betreffend Verjährung besteht keine solche Ausnahme, weshalb der erwähnte Grundsatz bzw. der normale persönliche Geltungsbereich gilt. Dies bestätigt sich auch in Anbetracht des Gesetzgebungsprozesses. Der Entwurf des Bundesrates sah vor, dass bei Übergangstätern nur das StGB zur Anwendung kommt (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes] und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff., 2401; vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_1445/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4.2.3). Der Ständerat stimmte diesem Entwurf zunächst zu (AB 2000 S 742). Die Kommission des Nationalrates präsentierte aber die heute geltende abgeschwächte Form (AB 2002 N 129). Bei der Debatte ging es um die Frage, ob bzw. inwiefern die Taten vor Vollendung des 18. Altersjahres bei Übergangstätern dem StGB unterliegen. Es sollte eine Verschlechterung der Rechtsposition des Jugendlichen gegenüber dem damals geltenden Recht verhindert werden, weshalb die Kommission den heute bestehenden Mittelweg vorschlug. Dass der Übergangstäter für die Taten als Erwachsener vom Jugendstrafrecht profitieren soll, war kein Thema im Parlament.

Die Auffassung der Vorinstanz würde schliesslich dazu führen, dass ein Täter, der vor und nach Vollendung des 18. Altersjahres Delikte begangen hat, gegenüber jenem, der nur als Erwachsener straffällig wurde, privilegiert würde. Eine Privilegierung des Übergangstäters ist vom Gesetz jedoch nicht vorgesehen. Vielmehr soll ein Täter, ob er nun einzig als Jugendlicher oder Erwachsener Delikte begangen hat oder ein Übergangstäter ist, gleich bestraft werden. Dies ergibt sich bspw. aus Art. 49 Abs. 3 StGB, wonach ein Übergangstäter nicht schwerer bestraft werden darf, als wenn er für die Taten vor und nach Vollendung des 18. Altersjahres alleine beurteilt worden wäre. Zum gleichen Ergebnis kam das Bundesgericht auch bei der Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Landesverweisung auf einen Übergangstäter. Es führte hierzu aus, dass es nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein könne, einen jungen Straftäter, der im Alter von über 18 Jahren eine Anlasstat begeht, hinsichtlich einer allfälligen Landesverweisung bevorzugt zu be-

handeln, nur bzw. gerade weil er zuvor als Jugendlicher bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten ist und deshalb (gleichzeitig) eine vor und eine nach Vollendung seines 18. Altersjahres begangene Tat beurteilt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1445/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4.2.5).

Zusammengefasst ist die Frage der Verjährung der Taten nach Vollendung des 18. Altersjahres nach Art. 97 f. StGB zu beurteilen (so auch Urteil des Obergerichts des Kantons Uri S 19 5 vom 31. Dezember 2020 E. 7.2; Riesen-Kupper, in: Donatsch et. al. [Hrsg.], StGB/JStG Kommentar, mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG, 21. A. 2022, Art. 36 JStG N 5; Geiger/Redondo/Tirelli, Petit Commentaire, Droit pénal des mineurs, 2019, Art. 36 JStG N 33).

4.3 Hinderung einer Amtshandlung gemäss Art. 286 StGB wird mit Geldstrafe bis zu 30 Tagessätzen bestraft. Die Verjährungsfrist beträgt somit sieben Jahre (Art. 97 Abs. 1 lit. d StGB). Die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG wird mit Busse bestraft. Die Strafverfolgung verjährt in drei Jahren (Art. 109 StGB). Die Taten sind damit offensichtlich nicht verjährt.

(...)

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Vorverfahrens und erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens

(...)

1.2

1.2.1 Sind die Voraussetzungen für eine Kostenaufgabe zulasten der beschuldigten jugendlichen Person erfüllt (Art. 426 StPO), können ihre Eltern für die Kosten solidarisch haftbar erklärt werden (Art. 44 Abs. 3 JStPO). Gemäss einigen Auffassungen in der Lehre lasse sich eine solche Haftbarkeit nur begründen, wenn die Voraussetzungen von Art. 333 ZGB erfüllt seien, d.h. die Eltern nicht darzutun vermöchten, dass sie das übliche und durch die Umstände gebotene Mass an Sorgfalt in der Beaufsichtigung ihres Kindes beobachtet hätten (Hebeisen, Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 44 JStPO N 5; Riedo, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, 2013, N 2539). Dieser Auffassung folgen beispielsweise das Kantonsgericht Basel-Landschaft und das Appellationsgericht Basel-Stadt (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 14 47 vom 22. Juli 2014 E. 4; Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt BES.2016.159 vom 1. Februar 2017 E. 4) und sie entspricht auch der Praxis des Jugendgerichts des Kantons Zug. Die Strafabteilung des Obergerichts des Kantons Zug hat sich – im soweit ersichtlich einzigen Urteil zu dieser Frage – grundsätzlich ohne weitere Begründung auch dieser Auffassung

der Lehre angeschlossen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zug S 2018 38 vom 18. Dezember 2019 E. VI.1.2). Gleichzeitig wurde in diesem Urteil festgehalten, dass es trotz der propagierten Voraussetzungen von Art. 333 ZGB einer gefestigten Praxis im Kanton Zug entspreche, die solidarische Haftbarkeit der Eltern in aller Regel zumindest für die ihrem Kind auferlegten Verfahrenskosten, nicht jedoch für die Kosten der amtlichen Verteidigung, festzuschreiben. Dies aufgrund der Überlegung, dass den Eltern mit Bezug auf voraussehbare Schadenszufügungen durch ihre minderjährigen Kinder nicht nur eine erhöhte Überwachungsaufgabe, sondern auch eine Ermahnungs-, Instruktions- und nötigenfalls Verbotspflicht zukommt, und dass überdies auch für sie die Möglichkeit einer Stundung oder eines nachträglichen Kostenerlassgesuches besteht. Das Bundesgericht hat sich bislang – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich dazu geäußert. Aus BGE 143 IV 488 E. 3.3 könnte jedoch geschlossen werden, dass eine zivilrechtliche Haftung, mithin gemäss Art. 333 ZGB, bestehen muss, um die Eltern für solidarisch haftbar zu erklären («La PPMin conditionne ainsi expressément l'imputation des frais à un tiers en raison de sa responsabilité civile, solidairement avec le prévenu, à la réalisation des conditions de l'art. 426 CPP.»).

1.2.2 Das Kantonsgericht Freiburg setzt hingegen für die Anwendung von Art. 44 Abs. 3 JStPO voraus, dass die Eltern gestützt auf Art. 276 f. ZGB unterhaltspflichtig sind (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg 502 2018 123 vom 7. August 2018 E. 2.1 mit Verweis auf Borel, Le représentant légal: une partie très particulière au procès pénal, in: La procédure pénale applicable aux mineurs, 2011, N 49 ff.). Schmid stützt die Auffassung des Kantonsgerichts Freiburg und argumentiert, die Meinung, wonach für die solidarische Haftung die Voraussetzungen von Art. 333 ZGB erfüllt sein müssten, impliziere, dass die Prozesskosten des Kindes nicht zum Unterhalt gehörten. Das Bundesgericht habe allerdings bereits mehrmals festgehalten, dass Prozesskosten zum Kindesunterhalt gehörten. Zwar stünden Kinderschutzmassnahmen und familienrechtliche Prozesse im Vordergrund, doch müsse dies auch für die Verfahrenskosten im Jugendstrafverfahren gelten. Daher sei für die solidarische Haftbarkeit keine ausservertragliche Haftung gemäss Art. 333 ZGB, sondern nur die Unterhaltspflicht gemäss Art. 276 f. ZGB vorausgesetzt (Schmid, Die gesetzliche Vertretung im Jugendstrafverfahren, Stellung und Verfahrensrechte der gesetzlichen Vertretung unter Beachtung der besonderen rechtlichen Beziehung zur beschuldigten Jugendlichen, 2022, N 817).

1.2.3 Da verschiedene Auffassungen zu den Voraussetzungen der Solidarhaftung bestehen und sich auch Art. 44 Abs. 3 JStPO nicht ausdrücklich dazu äussert, ist das Gesetz auszulegen. Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text unklar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach

der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (sog. Methodenpluralismus). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als bedeutendes Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (vgl. BGE 144 IV 217 E. 3.1).

1.2.4 Aus dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 3 JStPO ergeben sich keine Voraussetzungen und/oder Einschränkungen auf Seiten der Eltern für die Solidarhaftung (vorbehältlich der Regeln für die Ermessensausübung; vgl. E. V.1.2.7 f.). Für eine voraussetzungslose Solidarhaftung der Eltern spricht auch der Vergleich mit weiteren Bestimmungen der JStPO, welche sich mit der Kostentragung der Eltern befassen. Gemäss Art. 25 Abs. 2 JStPO können die Eltern im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht zur Rückerstattung der Kosten der amtlichen Verteidigung verpflichtet werden. Art. 45 Abs. 5 JStPO bestimmt, dass sich die Eltern im Rahmen ihrer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht an den Kosten der Schutzmassnahmen und der Beobachtung beteiligen. Diese beiden Bestimmungen setzen einerseits eine Unterhaltspflicht voraus, begrenzen die Kostentragung andererseits auch auf diese. Bei Art. 44 Abs. 3 JStPO fehlt ein Bezug zur Unterhaltspflicht. Daraus ist zu schliessen, dass die Solidarhaftung gemäss Art. 44 Abs. 3 JStPO nicht an die Unterhaltspflicht geknüpft ist. Es könnte aber auch argumentiert werden, dass dieser Bezug bei der Redaktion von Art. 44 Abs. 3 JStPO vergessen wurde. Denn es erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, wenn die Eltern nur im Rahmen der Unterhaltspflicht zur Rückzahlung der Kosten der amtlichen Verteidigung, mithin einem Teil der Verfahrenskosten (vgl. Art. 422 StPO), verpflichtet, bei den übrigen Verfahrenskosten aber unbeschränkt solidarisch haftbar erklärt werden können. Zu beachten gilt es aber, dass zwischen den Kosten der amtlichen Verteidigung und den übrigen Verfahrenskosten ein wesentlicher Unterschied besteht. Während die Kosten der amtlichen Verteidigung erst (zurück)bezahlt werden müssen, wenn es die wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO), müssen die übrigen Verfahrenskosten grundsätzlich ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse umgehend bezahlt werden (vorbehältlich Art. 425 StPO). Bei der Rückzahlung der Kosten der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 25 Abs. 2 JStPO besteht auch keine solidarische Verpflichtung, sondern eine direkte eigene Verpflichtung. Die unterschiedliche Regelung lässt sich aber auch dadurch begründen, dass der Ersatz der Verfahrenskosten eine Art von Schadenersatz ist. Schadenersatz ist keine «Auslage», die im Rahmen der Unterhaltspflicht zu berücksichtigen ist.

1.2.5 In seiner heutigen Form wurde Art. 44 (Abs. 3) JStPO erst im Parlament einge-

führt. Der Entwurf des Bundesrates sah vor, dass die Verfahrenskosten ganz oder teilweise der oder dem verurteilten Jugendlichen oder ihren oder seinen Eltern auferlegt werden können, wenn sie über die notwendigen Mittel verfügen (Art. 43 Abs. 2 E-JStPO; BBl 2006 1561 ff., 1573). In der Botschaft wurde dazu nicht mehr ausgeführt, als sich auch dem Wortlaut ergibt (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., 1373). Die Kommission des Ständerates beantragte, die (abgesehen von einigen redaktionellen Unterschieden) heute geltende Fassung von Art. 44 JStPO zu verabschieden. Der Kommissionsprecher, Ständerat Hansheiri Inderkum, führte dazu Folgendes aus: «Die Ratio Legis dieses Antrages besteht darin, dass die Verfahrenskosten in der Regel vom oder von der Jugendlichen selbst oder von dessen oder deren Eltern getragen werden. Deshalb wurde in Absatz 1 das Wort «vorerst» eingefügt. Mit dem neuformulierten Absatz 2 ist klargestellt, dass insbesondere im Fall einer Verurteilung der oder die Jugendliche selbst die Verfahrenskosten zu tragen hat. Die Eltern können für die Kosten solidarisch haftbar gemacht werden. Man hat uns gesagt, dass diese Regelung weitgehend jener des Kantons Schaffhausen entspreche.» Der Bundesrat schloss sich dem Antrag an. Zum Absatz 3 hielt Bundesrat Christoph Blocher fest, dass die Eltern neu für die Verfahrenskosten solidarisch haftbar erklärt werden können. Dazu hätten sie nichts beizufügen. Der Ständerat verabschiedete die Bestimmung sodann gemäss dem Antrag der Kommission (AB 2007 S 1083 f.).

Eine Minderheit im Nationalrat wollte die Bestimmung dahingehend ändern, dass die Kosten in der Regel zu Lasten des Staates gehen. Die Mehrheit stimmte jedoch der vom Ständerat verabschiedeten Bestimmung zu. Der Kommissionsprecher, Nationalrat Daniel Jositsch, führte in der Debatte im Nationalrat an, die Frage der Kostenauflegung sei im Jugendstrafverfahren insbesondere deshalb eine ähnliche wie im Erwachsenenstrafverfahren, weil es in der Regel nicht primär um den Jugendlichen gehe, sondern um seine Eltern. Deshalb genüge die Lösung des Erwachsenenstrafverfahrens auch für das Jugendstrafverfahren (AB 2008 N 1238). Aus den Debatten ist zu schliessen, dass die Eltern grundsätzlich immer für solidarisch haftbar erklärt werden können.

Gemäss dem oben zitierten Votum von Ständerat Hansheiri Inderkum entspreche der Antrag der Kommission – und somit die heute geltende Fassung – weitgehend der Regelung des Kantons Schaffhausen. Die entsprechende (damalige) Bestimmung des Kantons Schaffhausen lautete: «Die Eltern des Angeschuldigten oder Verurteilten können für die Kosten solidarisch haftbar erklärt werden» (vgl. Art. 41 Abs. 3 des damaligen Gesetzes über die Jugendstrafrechtspflege des Kantons Schaffhausen).

1.2.6 In teleologischer Hinsicht ist die Anwendung von Art. 333 ZGB bei der Frage der Solidarhaftung der Eltern wenig überzeugend. Art. 333 ZGB legt bei der Haftung des Familienoberhaupts für Unmündige im Sinne einer milden Kausalhaftung eine Beweislastumkehr fest. Die Norm statuiert somit eine zivilprozessuale Beweis-

lastregel, welche im Strafprozessrecht, wo der Sachverhalt gemäss Art. 6 StPO von Amtes wegen erhoben wird, kaum sinnig umgesetzt werden könnte. Darüber hinaus ist der relative Sorgfaltsmassstab von Art. 333 ZGB stark vom Alter und der Reife des Kindes abhängig, welche das gesetzlich geforderte Mass an individueller Ermahnung, Instruktion, Verboten und Überwachung massgeblich beeinflusst. Dieses gebotene Mass richtet sich sodann nach den ortsüblichen Gepflogenheiten und muss berücksichtigen, dass Kinder in ihrer Bewegungsfreiheit nicht allzu schwer eingeschränkt werden dürfen (BGE 100 II 298 E. 3a; BGE 133 III 556 E. 4 und insb. E. 5 bei knapp 3- bis 5-jährigen Kindern beim Schlitteln). Bei 15- bis 17-jährigen Jugendlichen im Teenager-Alter ist eine enge Überwachung durch die Eltern generell gesellschaftlich unüblich und damit nicht im Sinne von Art. 333 ZGB geboten. Die Anwendung der etablierten Standards der milden Kausalhaftung des Familienhaupts für seine Hausgenossen nach Art. 333 ZGB auf die Frage der Solidarhaftung nach Art. 44 Abs. 3 JStPO würde bei Teenagern in den meisten Fällen dazu führen, dass sich die Eltern mit dem Hinweis auf das Alter des Jugendlichen und der üblichen gesellschaftlichen Gepflogenheiten, diesen einen Freiraum zu lassen, exkulpieren könnten. Dies würde dem dargelegten historischen Willen des Gesetzgebers widersprechen.

1.2.7 Zusammengefasst ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzsystematik noch aus der parlamentarischen Debatte, dass die solidarische Haftung der Eltern durch Art. 333 ZGB begrenzt werden soll bzw. dass die Haftungsvoraussetzungen von Art. 333 ZGB erfüllt sein müssen. Dies wäre auch aus teleologischer Sicht kaum haltbar. Vielmehr ergibt sich aus der Debatte, insbesondere dem Mehrheitsvotum von Ständerat Hansheiri Inderkum, dass eine solidarische Haftung für die Kosten die Regel sein sollte, zu der es Ausnahmen geben könne, welche von den Gerichten als Rechtsanwender im Einzelfall zu prüfen seien. Den Gerichten soll nach der Auffassung des historischen Gesetzgebers mithin bei der Solidarhaftung der Eltern nach Art. 44 Abs. 3 JStPO ein Ermessen zugestanden werden.

1.2.8 Bei Art. 44 Abs. 3 JStPO handelt es sich entsprechend auch um eine «Kann-Vorschrift», bei welchen das Gesetz den Strafbehörden ein weites Ermessen belässt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1014/2021 vom 4. Oktober 2021 E. 3). Wird einer Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt, bedeutet dies nicht, dass sie völlig frei entscheiden kann. Freies Ermessen ist immer pflichtgemässes Ermessen, weil die dem staatlichen Organ eingeräumte Kompetenz eine Obliegenheit und keine Freiheit darstellt. Eine Ausübung des Ermessens erfolgt dann pflichtgemäss, wenn der Entscheid gestützt auf sachliche Kriterien und willkürfrei ergeht. Denn nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von staatlichen Behörden ohne Willkür behandelt zu werden. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass

verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 127 I 56 E. 2b). Willkür liegt u.a. dann vor, wenn die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 135 II 356 E. 4.2.1).

1.2.9 Eng verknüpft mit der pflichtgemässen Ausübung des Ermessens ist das Konzept der Billigkeit. Gemäss Art. 4 ZGB hat das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wo das Gesetz auf das Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auch wichtige Gründe verweist. Entscheidungen nach Billigkeit beruhen auf richterlichem Ermessen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1070/2015 vom 2. August 2016 E. 1.3.2). Ausgangspunkt der juristischen Orientierung an der Billigkeit ist die Einsicht, dass das Gesetz als allgemeine Bestimmung seiner Natur nach nicht für alle Einzelfälle immer das Richtige treffen kann. Durch Ermessenseinräumung und Verweisung auf die Billigkeit wird verhindert, dass die Anwendung der generell-abstrakten Norm infolge Veränderungen der Anschauungen und Verhältnisse zu unangemessenen Entscheidungen führt (Honsell, Basler Kommentar, 5. A. 2014, Art. 4 ZGB N 8). In Bezug auf die Stundung von Forderungen aus Verfahrenskosten (Art. 425 StPO) hielt das Bundesgericht fest, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person derart angespannt sein müssen, dass eine (ganze oder teilweise) Kostenaufgabe als unbillig erscheint. Das ist dann der Fall, wenn die Höhe der auferlegten Kosten unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der kostenpflichtigen Person deren Resozialisierung bzw. finanzielles Weiterkommen ernsthaft gefährden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B\_610/2014 vom 28. August 2014 E. 3).

Obergericht des Kantons Zug, Strafabteilung, 30. August 2023 (S 2023 6-8)

#### **IV. Rechtspflege**

##### **1. Anwaltsrecht**

###### **1.1 Art. 12 lit. a und c BGFA – Interessenkonflikt**

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

Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte hat im Disziplinarverfahren nicht die Befugnis, nebst den Disziplinar massnahmen gemäss Art. 17 BGFA weitere Anordnungen zu treffen (E. 2).

Vertritt ein Rechtsanwalt bei einem Streit zwischen Aktionären und Verwaltungsräten die Mehrheitsaktionäre und die Aktiengesellschaft, liegt deswegen noch kein Interessenkonflikt vor (E. 3 f.).

###### **Aus den Erwägungen:**

2. Soweit der Anzeigerstatter verlangt, der Verzeigte sei zu verpflichten, das Mandat der Gesellschaft mit sofortiger Wirkung niederzulegen, kann darauf von vornherein nicht eingetreten werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sieht das BGFA, welches das Disziplinarrecht abschliessend regelt, einzig die in Art. 17 genannten Sanktionen vor. Damit kann die Aufsichtsbehörde das Verhalten des Anwalts nur indirekt lenken, indem sie ihn für begangene Disziplinarverstösse nachträglich gemäss Art. 17 BGFA sanktioniert (BGE 132 II 250 E. 4.3 f.). Kann die Aufsichtsbehörde aber dem Anwalt im Disziplinarverfahren keine Weisungen für die Tätigkeit im laufenden Mandat erteilen, bleibt auch kein Raum für entsprechende vorsorgliche Massnahmen. Besteht eine Interessenkollision in einem laufenden (Gerichts-)Verfahren, so liegt es in der Zuständigkeit der Verfahrensleitung, entsprechende Weisungen bis hin zu einem Vertretungsverbot auszusprechen (vgl. Fellmann/ Burger, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, Anwaltsrevue 1/2020 S. 14 ff.).

3. Gemäss Art. 12 lit. c BGFA haben die Rechtsanwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientenschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu vermeiden. Die entsprechende Treuepflicht gegenüber dem Klienten ist umfassender Natur und erstreckt sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses. Sie steht im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, gemäss welcher die Rechtsanwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben, wie auch mit Art. 12 lit. b BGFA, der sie zur Unabhängigkeit verpflichtet (vgl. BGE 145 IV 218 E. 2.1 [= Pra 2019 Nr. 123] m.w.H.). Aus dieser umfassenden Treue- und Unabhängigkeitspflicht ergibt sich insbesondere auch ein Verbot von Doppelvertretungen: Der Anwalt darf nicht in ein und derselben Streitsache Parteien mit gegenläufigen Interessen vertreten, weil er sich diesfalls weder für den einen noch für den anderen Klienten voll einsetzen könnte. Eine unzulässige Doppelvertretung muss nicht zwingend das gleiche formelle Verfahren oder allfällige mit diesem direkt zusammenhängende Nebenverfahren betreffen. Besteht zwischen zwei Verfahren ein Sachzusammenhang, so verstösst der Rechtsanwalt dann gegen Art. 12 lit. c BGFA, wenn er in diesen Klienten vertritt, deren Interessen nicht gleich gerichtet sind. Eine unzulässige Interessenkollision liegt indes nur vor, wenn ein konkreter Interessenkonflikt besteht. Die bloss abstrakte Möglichkeit, dass zwischen verschiedenen Klienten Differenzen auftreten könnten, genügt nicht (BGE 145 IV 218 E. 2.1 [= Pra 2019 Nr. 123]; 134 II 108 E. 3 u. 4.2.2).

4. Der Anzeigerstatter stellt sich auf den Standpunkt, der Verzeigte befinde sich in einem Interessenkonflikt, weil er einerseits A. und B. und andererseits die Gesellschaft vertrete. Dem kann nicht beigespflichtet werden.

4.1 A. und B. halten zusammen 2/3 der Aktien der Gesellschaft und sind somit deren Mehrheitsaktionäre. Zudem bildeten sie zusammen seit Januar 2017 auch die

Mehrheit im Verwaltungsrat (vgl. HR-Auszug der Gesellschaft). Mit dieser Mehrheit wählten sie im September 2021 A. anstelle des Anzeigerstatters zur neuen Verwaltungsratspräsidentin und kündigten namens der Gesellschaft das Arbeitsverhältnis mit dem Anzeigerstatter ordentlich. Ebenfalls noch im September 2021 entzogen sie dem Anzeigerstatter das Stimmrecht als Verwaltungsrat und im Oktober 2021 beauftragten sie den Verzeigten, das Arbeitsverhältnis mit dem Anzeigerstatter fristlos zu kündigen. Im November 2021 schliesslich wählten sie den Anzeigerstatter als Verwaltungsrat ganz ab (vgl. HR-Auszug der Gesellschaft).

4.2 Wenn der Verzeigte die Mehrheitsaktionäre und – nunmehr einzigen – Verwaltungsräte einerseits und die Gesellschaft andererseits vertritt, befindet er sich damit nicht, jedenfalls nicht in einem konkreten, Interessenkonflikt. Vielmehr ist anzunehmen, dass die vertretenen Interessen gleich gelagert sind. Der Interessengegensatz besteht vielmehr zwischen den Mehrheitsaktionären und der Gesellschaft einerseits und dem Anzeigerstatter andererseits. Dass die Mehrheitsaktionäre mit der Entlassung des Anzeigerstatters den Interessen der Gesellschaft geschadet habe, indem deren zukünftiges Umsatz- und Gewinnpotential erheblich gefährdet worden sei, ist eine unbelegte Behauptung des Anzeigerstatters. Aufgrund der Mehrheitsverhältnisse wären die gegen den Anzeigerstatter gerichteten Handlungen (namentlich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses und die Abwahl aus dem Verwaltungsrat) auch dann und in gleicher Weise erfolgt, wenn die Gesellschaft von einem anderen Anwalt vertreten worden wäre.

4.3 Dass der Verzeigte am 21. Oktober 2021 «vertiefte Abklärungen betr. Interessenkonflikte» tätigte und eine «Besprechung mit C.» führte und diese Tätigkeiten der Gesellschaft später in Rechnung stellte, lässt entgegen der Auffassung des Anzeigerstatters selbstredend nicht den Schluss zu, es liege tatsächlich eine problematische Interessenkollision vor. Vielmehr kann daraus einzig geschlossen werden, dass der Verzeigte den vom Anzeigerstatter erhobenen Vorwurf ernst genommen und die notwendigen Abklärungen zu dieser Frage getroffen hat.

4.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Verzeigte bis dato nicht in einem konkreten Interessenkonflikt befindet, wenn er die Mehrheitsaktionäre A. und B. einerseits und die Gesellschaft andererseits vertrat bzw. vertritt. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass in der vorliegenden Auseinandersetzung dereinst eine konkrete Interessenkollision entstehen könnte, bei welcher der Verzeigte gehalten wäre, dieser Kollision ein Ende zu setzen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 23. Mai 2022 (AK 2021 16), bestätigt mit Urteil der II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts BZ 2022 69 vom 14. September 2022 und mit Urteil des Bundesgerichts 2C\_865/2022 vom 12. Dezember 2023

**1.2 Art. 9 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA – Löschung des Eintrags im Anwaltsregister****Regeste:**

Im vorliegenden Fall stellen die begangenen Straftatbestände der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB und Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB Handlungen dar, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind (E. 1–8). Auf eine Löschung des Eintrags im Anwaltsregister ist einzig aus Gründen der Verhältnismässigkeit zu verzichten, weil diese aufgrund der bis anhin abgelaufenen Probezeit nur noch für eine kurze Dauer wirksam gewesen wäre (E. 9).

**Aus den Erwägungen:**

1. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, lassen sich ins Register des Kantons eintragen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben. Die Aufsichtsbehörde trägt sie ein, wenn sie festgestellt hat, dass die fachlichen (Art. 7 BGFA) und persönlichen (Art. 8 BGFA) Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 BGFA). Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, werden im Register gelöscht (Art. 9 BGFA).

2. Zu den persönlichen Voraussetzungen für den Registereintrag gehört gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BFGA, dass gegen den Rechtsanwalt bzw. die Rechtsanwältin keine strafrechtliche Verurteilung wegen Handlungen vorliegt, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind, es sei denn, diese Verurteilung erscheine nicht mehr im Strafregisterauszug für Privatpersonen.

3. A. wurde der Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB und der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB schuldig gesprochen und dafür mit einer Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu CHF 300.–, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs für eine Probezeit von zwei Jahren, bestraft. Dieser Schuldspruch erwuchs in Rechtskraft.

4. Bei der Misswirtschaft, die mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht ist, handelt es sich um ein Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 165 StGB). Die Unterlassung der Buchführung, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, ist ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 166 StGB). Gemäss Art. 366 Abs. 1 lit. a StGB werden diese Strafen im Strafregister eingetragen, und sie erscheinen erst dann nicht mehr im Strafregisterauszug für Privatpersonen, wenn sich der Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit bewährt hat (vgl. Art. 371 Abs. 3bis StGB). Da im vorliegenden Fall die zweijährige Probezeit noch läuft, ist im Folgenden zu prüfen, ob die Handlungen, wegen derer A. verurteilt wurde, mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren sind oder nicht.

5. Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauensverhältnis, das zwischen Anwalt und Klient bestehen muss, gestört sein kann, wenn der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufes haben, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Anwalt oder in einem privaten Umfeld gehandelt hat. Bei der Prüfung der Frage der Vereinbarkeit der strafrechtlichen Verurteilung mit dem Anwaltsberuf verfügt die Aufsichtsbehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum; sie hat indessen stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Für die Verweigerung des Eintrages bzw. für dessen Löschung muss somit stets eine gewisse Tatschwere vorliegen und diese muss mit der Löschung in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Staehelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 8 BGFA N 17 f.).

6. Zu den Handlungen, die nicht mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren sind, zählen namentlich strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (Mord, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung sowie gewisse Handlungen gegen die sexuelle Integrität), Delikte gegen das Vermögen (Betrug, Veruntreuung, Diebstahl, Raub, Erpressung, ungetreue Geschäftsbesorgung, Steuerdelikte, evtl. Konkurs- und Betreibungsdelikte), Delikte gegen die Willensfreiheit (Drohung, Nötigung), Urkundenfälschung und Geldwäscherei; solche sind grundsätzlich geeignet, die berufliche Zutrauenswürdigkeit des Anwalts in Frage zu stellen (Staehelin/Oetiker, a.a.O., Art. 8 BGFA N 20, und Urteil des Bundesgerichts 2C\_183/2010 vom 21. Juli 2010, E. 2.4, je mit weiteren Hinweisen).

7. Bei den vorliegend zu prüfenden Tatbeständen der Misswirtschaft und der Unterlassung der Buchführung handelt es sich um solche, die in Deliktsnähe stehen zu den in der Literatur und der Rechtsprechung beispielhaft aufgeführten Tatbeständen:

7.1 Unter dem Tatvorwurf der Misswirtschaft im Urteil des Strafgerichts des Kantons Zug wird A. angelastet, er habe es als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat zu vertreten, dass die sachverhaltsrelevante B. AG mit einer ungenügenden Kapitalausstattung bzw. mit einem Darlehen zwischen einer Darlehensgeberin und der B. AG gegründet worden und bereits nach Abzug der Bankspesen für das Kapitaleinzahlungskonto überschuldet gewesen sei. Beim Gründungskapital habe es sich folglich nicht um Aktienkapital gehandelt, sondern um ein Darlehen, welche Schuld aufgrund eines Darlehensvertrages mit Zins zurückzuzahlen gewesen sei. Aufgrund seiner Ausbildung als Anwalt und Urkundsperson habe er die ungenügende Kapitalausstattung zumindest in Kauf genommen und damit den Tatbestand der Misswirtschaft erfüllt. Ins Gewicht fiel auch, dass A. die B. AG am tt.mm.2009 über seine damalige Sekretärin C. gründen und sich als einziger Verwaltungsrat bestellen liess,

dies, nachdem er zuvor für die Darlehensgeberin den Darlehensvertrag aufgesetzt hatte. Die öffentliche Beurkundung der Gesellschaftsgründung nahm er schliesslich selbst vor.

Sodann wird A. angelastet, dass er den Tatbestand der Misswirtschaft auch durch arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung erfüllt habe, da er als Verwaltungsrat sowohl für die Ausgestaltung des Rechnungswesens als auch die Benachrichtigung des Richters am Falle der Überschuldung hätte sorgen müssen. Diesen Pflichten sei A. in ihm vorwerfbarer Weise nicht nachgekommen.

7.2 Unter dem Tatvorwurf der Unterlassung der Buchführung wird A. angelastet, er habe es dauerhaft, mithin von der Gründung bis zum Konkurs der Gesellschaft im mm.2016, unterlassen, für die B. AG eine ordnungsgemässe Buchhaltung zu erstellen bzw. als einziger Verwaltungsrat dafür besorgt zu sein. Das Strafgericht rechnete A. als einzelzeichnungsberechtigtem Verwaltungsrat der B. AG die Schuldner-eigenschaft der Gesellschaft gemäss Art. 29 lit. a StGB zu und warf ihm unter dem Titel der Unterlassung der Buchführung auch vor, dass er als Verwaltungsrat der B. AG nie eine ordentliche Generalversammlung durchgeführt habe. Als Anwalt und Urkundsperson sei sich A. der bestehenden Buchführungspflicht durchaus bewusst gewesen (act. 14/24 ff.).

8. Die Tatschwere für eine Löschung des Eintrags von A. im Anwaltsregister liegt damit ohne Weiteres vor. Die A. vorgeworfenen Handlungen bzw. Unterlassungen wiegen im Hinblick auf das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientschaft und die Seriosität und Ehrenhaftigkeit, die von einem Anwalt oder einer Anwältin erwartet werden darf, schwer. Das Obergericht als Berufungsinstanz veranschlagte die Gesamtstrafe denn auch auf eine Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu CHF 300.-. Im Vergleich zum Strafmass der Vorinstanz, welche A. mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu CHF 300.00 für weitere drei Delikte bestrafte, notabene Urkundenfälschung, Erschleichung einer falschen Beurkundung sowie Urkundenfälschung im Amt, sind die 140 Tagessätze des Urteils des Obergerichts doch unbedeutend geringer, was ebenfalls die Tatschwere der beiden A. vorzuwerfenden Delikte unterstützt. Zusammengefasst wäre damit eine Löschung des Eintrags von A. im Anwaltsregister des Kantons Zug gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA in Verbindung mit Art. 9 BGFA grundsätzlich als hinreichend begründet zu betrachten.

9. Zu beachten ist nun aber, dass es sich bei der Löschung des Eintrags im Anwaltsregister um eine schwerwiegende Massnahme handelt, bei welcher unter Berücksichtigung aller Umstände sorgfältig zu prüfen ist, ob die Löschung in einem vernünftigen Sachverhältnis steht (Stahelin/Oetiker, a.a.O., Art. 8 BGFA N 18). Die Löschung hat überdies das Dahinfallen der Beurkundungsbefugnis zur Folge (§ 2 Abs. 1 BeurkG e contrario) und wird gemäss § 23 Abs. 1 lit. a EG BGFA im Amtsblatt des Kantons Zug publiziert. Entsprechend sind bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der

Massnahme sämtliche sachrelevanten Faktoren zu erwägen, im vorliegenden Fall vorab auch der zeitliche Aspekt.

Eine Löschung ist nur so lange begründet, als dass eine Verurteilung im Strafregisterauszug für Privatpersonen ersichtlich ist. Im vorliegenden Fall läuft die Probezeit für die bedingt ausgefallte Geldstrafe am 24. März 2024 ab. Mithin wäre eine Löschung maximal noch für eine kurze Dauer wirksam. Vor diesem Hintergrund, und unter Berücksichtigung des Umstands, dass mithin keine Gründe vorliegen, die A. keine gute Prognose zukommen zu lassen wäre, erweist sich diese Massnahme zur Sicherstellung der Seriosität des Anwaltsstandes nicht als zweckdienlich und ist damit unverhältnismässig. Trotz unzweifelhaft gegebener Tatschwere der rechtskräftig abgeurteilten Tathandlungen von A. ist auf die Löschung des Eintrags im Anwaltsregister aus Gründen der Verhältnismässigkeit zu verzichten.

10. Nach § 27 Abs. 1 EG BGFA werden die Kosten des Disziplinarverfahrens dem Rechtsanwalt auferlegt, wenn eine Disziplinierung erfolgt oder das Verfahren schuldhaft veranlasst wurde. Diese Vorschrift gilt per analogiam auch für das vorliegende Verfahren.

Die Handlungen von A., die zur rechtskräftigen Verurteilung wegen Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung führten, sind – wie bereits erwähnt – mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren. Auf die Löschung des Eintrags im Anwaltsregister gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA wird einzig deshalb verzichtet, weil diese angesichts der kurz vor dem Ablauf stehenden Probezeit nur noch kurze Zeit wirksam wäre und sich daher als unverhältnismässig erweist. Angesichts dessen hat A. das vorliegende Verfahren schuldhaft veranlasst, weshalb ihm die Kosten aufzuerlegen sind.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 27. November 2023 (AK 2022 1)