



Entscheide

der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden
des Kantons Schwyz

EGV-SZ 2001

INHALTSVERZEICHNIS

A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

1. Gerichtsordnung	(keine Publikation)
2. Zivilrecht	2.1
3. Zivilprozessrecht	3.1
4. Strafrecht	4.1
5. Strafprozessrecht	5.1–5.3
6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	(keine Publikation)
7. Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8. Anwaltsrecht	(keine Publikation)
9. Verschiedenes	(keine Publikation)

B. VERWALTUNGSGERICHT

1. Verfahren	1.1–1.5
2. Alters- und Hinterlassenenversicherung/ Invalidenversicherung/Ergänzungsleistungen	2.1–2.3
3. Arbeitslosenversicherung/Berufliche Vor- sorge/Kranken- und Unfallversicherung	3.1–3.4
4. Kantonales Steuergesetz/Direkte Bundes- steuer/Handänderungssteuer	4.1–4.2
5. Kausalabgaben	5.1–5.3
6. Flurgenossenschaft/Wuhrkorporation	6.1 (vgl. 1.3)
7. Bezirke und Gemeinden/Politische Rechte	7.1 (vgl. 4.2)
8. Planungs- und Baurecht; Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1–8.5
9. Enteignungsrecht	9.1
10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd/Fischerei, Landwirtschaft	(keine Publikation)
11. Arbeitsvergebung (Submission)	11.1–11.2
12. Strassenverkehrsrecht	12.1
13. Sozialhilfe	(keine Publikation)
14. Staatshaftung	14.1
15. Ausländerrecht	(keine Publikation)
16. ZGB und EG ZGB	(keine Publikation)
17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	17.1
18. Verschiedenes	18.1

C. REGIERUNGSRAT

1. Gemeinwesen	(keine Publikation)
2. Baurecht	2.1–2.7
3. Umweltschutz	(keine Publikation)
4. Abgaben	(keine Publikation)
5. Zivilrecht	(keine Publikation)
6. Vormundschaftsrecht	(keine Publikation)
7. Sozialwesen	7.1–7.2
8. Erziehungswesen	8.1
9. Strassenwesen	(keine Publikation)
10. Raumplanung	10.1–10.3
11. Forst- und Jagdpolizei	(keine Publikation)
12. Landwirtschaft	(keine Publikation)
13. Wasserbau	(keine Publikation)
14. Arbeitsvergebung	14.1
15. Gesundheitswesen	(keine Publikation)
16. Verwaltungsverfahren	16.1–16.2
17. Verkehrs- und Polizeiwesen	(keine Publikation)
18. Ausländerrecht	18.1–18.2
19. Verschiedenes	(keine Publikation)

SACHREGISTER

Mit dem vorliegenden Band werden die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz erstmals in einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgen nicht nur die in der Buchform veröffentlichten Entscheidungen, sondern ebenfalls die im Laufe des Jahres auf der Homepage des Kantons Schwyz aufgeschalteten Entscheide (www.sz.ch, Rubrik: Entscheide). Dadurch soll ermöglicht werden, dass die im Internet aufgeschalteten Entscheide gleich zitiert werden können wie jene später in der Buchform erscheinenden (z.B. Entscheid des Verwaltungsgerichtes, VGE 1021/01) vom 28. September 2001: EGV-SZ 2001, B. 11.1). Die im Internet aufgeschalteten Entscheidungen werden inhaltlich unverändert in das Sammelbändchen aufgenommen. Der Band als Gesamter wird schliesslich wiederum auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar sein. Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichtes werden weiterhin in der «Steuerpraxis des Kantons Schwyz», Zeitschrift für Schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

2. Zivilrecht

2.1 Arbeitsrecht

- *Missbräuchliche Kündigung, Verwirkung des Anspruches auf Entschädigungsleistung (Art. 336 b OR), Zulässigkeit der Feststellungsklage neben der Leistungsklage.*

Aus dem Sachverhalt:

A. X. wurde von Y., damaliges Mitglied des Verwaltungsrates der Z. AG, eine Position in der Geschäftsleitung der Z. AG angeboten. X. gab seine Arbeit bei der A. auf und trat die Stelle bei der Z. AG im September 1997 an. Bezüglich der Entlohnung einigten sich die Parteien auf ein Salär von Fr. 160 000.– pro Jahr (Vereinbarung über eine Zusammenarbeit vom 15.7.1997). Nach (bestrittener) Darstellung von X. soll ihm Y. erklärt haben, der Fixlohn sei zwar «lächerlich tief» und die tatsächliche Entlohnung erfolge über das Optionsprogramm. X. hatte bereits vor Antritt der Stelle bei der Z. AG am 9. Juli 1997 5000 Optionen auf 5000 Aktien der Z. AG zu einem Preis von Fr. 30.– je Option gekauft. Jede Option berechnete ihn zum Kauf einer Aktie zum Preis von Fr. 885.– am 19. Juli 2000. Verkäuferin der Optionen war jedoch nicht die Arbeitgeberin, sondern die B. AG. Am 10. November 1997, am 15. Dezember 1997 sowie am 19. Januar 1998 kaufte X., diese Male von der Muttergesellschaft in Zürich, weitere Optionen, die zum Kauf von Inhaberaktien an einem bestimmten Verfalltag berechtigten (Anzahl 2500, 2000 und 1000 Stück zu einem Preis von Fr. 30.–, Fr. 33.– und Fr. 45.– je Option mit unterschiedlichen Ausübungspreisen – nämlich Fr. 905.–, Fr. 1000.– und Fr. 1200.– – und Ausübungsterminen – nämlich 21.7.1999, 15.12.1999 und 20.12.2000). In all diesen Optionsverträgen war die ausdrückliche Vereinbarung enthalten, dass die mit den Optionen verbundenen Rechte im Falle des Ausscheidens des Berechtigten aus der Z.-Gruppe mit Ablauf des letzten Tages des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses durch Verwirkung erlöschen würden. X. bezahlte für den Kauf aller Optionen den Preis von Fr. 336 000.–.

Auf 1. Januar 2000 wurde das Salär von X. wie dasjenige der anderen Geschäftsleitungsmitglieder um Fr. 100 000.– auf Fr. 260 000.– erhöht. Zu Beginn seiner Tätigkeit bei der Z. AG befasste sich X. u.a. mit der Neugestaltung des Geschäftsberichtes und der Vorbereitung zur Jubiläumsgeneralversammlung. Nicht einig sind sich die Parteien im Prozess darüber,

A. 2.1

ab wann X. mit Kundenakquisition und dem Kommissionsgeschäft beschäftigt war und welches Kommissionsniveau von ihm erwartet wurde. Am 2. März 1998 soll nach Darstellung der Arbeitgeberin X. von den Geschäftsleitungskollegen bedeutet worden sein, dass man von ihm eine markante und zügige Verbesserung der Kommissionsumsätze erwarte. Die erwartete Steigerung blieb aus. Anlässlich der Unterredung vom 5. Mai 1998 mit den Geschäftsleitungsmitgliedern L., M. und N. wurde X. eine Vertragsänderung vorgeschlagen. Diese Vorschläge hielt X. mit Schreiben vom 8. Mai 1998 wie folgt fest:

- Verkauf meiner Optionen zum Einstandspreis an Z.-Holding (ausser Serie U)
- Reduktion meines Salärs um CHF 50000.- pro Jahr
- Ausschluss aus der Geschäftsleitung der Z. AG

X. erklärte, dass er diese von den Mitgliedern der Geschäftsleitung beschlossene Änderung sowohl seiner Stellung und Kompetenzen innerhalb der Firma als auch seiner finanziellen Situation nicht akzeptiere, und er bot seine Arbeit im Rahmen der bis zum 5. Mai 1998 gültigen Konditionen an. An der Besprechung vom 11. Mai 1998 eröffneten die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung X. mündlich die ordentliche Kündigung und sofortige Freistellung. Mit Schreiben vom 12. Mai 1998 bestätigte X. diesen Sachverhalt, hielt fest, dass man sich noch in «Vereinbarungsgesprächen» befinde und verlangte ausdrücklich um schriftliche Begründung der Kündigung. Mit Schreiben vom 19. Mai 1998 bestätigte die Z. AG gegenüber X. schriftlich die Kündigung auf den 30. Juni 1998 (mit gleichzeitiger Freistellung). Eine Begründung der Kündigung erfolgte nicht. Diese erfolgte erst nach Intervention des Anwalts von X. am 18. September 1998. Die Begründung lautete wie folgt:

«Wir mussten feststellen, dass Sie die mit Ihrem Eintritt in die Geschäftsleitung der Z. AG im September 1997 in Sie gesetzten Erwartungen, insbesondere hinsichtlich des Kommissionsgeschäfts-Volumens, nicht erfüllten, so dass sich die Fortsetzung Ihrer Mitarbeit in der Geschäftsleitung und die Höhe des Gehalts nicht mehr rechtfertigten. Die genaueren Umstände sind Ihnen bekannt.

Wir waren jedoch bereit, Ihnen entgegenzukommen und Ihnen innerhalb der Z. AG eine andere Aufgabe zu übertragen, die Ihnen eine stärkere Konzentration auf das Kommissionsgeschäft ermöglicht hätte. Da sie jedoch weder ihre neue Funktion noch die damit verbundene Gehaltsreduktion annahmen, sahen wir uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen mittels ordentlicher Kündigung zu beenden.»

B. Am 22. September 1998 stellte X. das Vermittlungsbegehren und leitete gegen die Z. AG die Klage beim Einzelrichter am 27. November 1998 ein. Er stellte folgende Anträge:

1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger missbräuchlich gekündigt hat, und die Beklagte sei unter dem Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 20000.- abzüglich nachgewiesener Arbeitnehmerbeiträge zu bezahlen.
2. Unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Er machte zusammengefasst geltend, ihm sei gekündigt worden, weil er über seine Mitarbeiteroptionen innerhalb kurzer Zeit sehr viel Geld verdient hätte, was ihm die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung nicht

gegönnt hätten; die verspätete schriftliche Kündigung sei ein reiner Vorwand gewesen, habe er doch in nur kurzer Zeit ein erhebliches Kommissionsvolumen erreicht.

Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Sie hielt im Wesentlichen dafür, dass zur Kündigung ausschliesslich die ungenügenden Leistungen des Klägers und die fehlende Aussicht auf eine Verbesserung geführt hätten, nachdem sich der Kläger mit der seitens der Beklagten vorgeschlagenen Entlastung von den Geschäftsleitungsaufgaben samt der damit verbundenen Gehaltskürzung nicht einverstanden erklärt habe. Dagegen sei die fehlende Einigung hinsichtlich von drei Optionsverträgen für die Kündigung nicht ursächlich gewesen.

Mit Urteil vom 10. Januar 2000 wies der Einzelrichter die Klage ab... Der Einzelrichter verneinte das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung. Er kam zum Schluss, dass die Beklagte dem Kläger die Änderung der Arbeitsbedingungen deshalb vorgeschlagen habe, weil sie mit dessen Leistungen nicht zufrieden gewesen sei. Er wertete zudem die unterbreiteten Vorschläge nicht als unangemessen und hielt bezüglich der Optionsverträge fest, dass die Entstehung von Ansprüchen aus den Optionsverträgen nicht unmittelbar bevorgestanden sei (soweit es sich überhaupt um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis handle, was der Einzelrichter offen liess). Er verneinte deshalb die Anwendung von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Die Anwendung von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR schloss er mit der Begründung aus, dass der Kläger nie explizit behauptet habe, die Beklagte habe ihn mit den ihm am 5. Mai 1998 unterbreiteten Vorschlägen um damals real existierende Ansprüche bringen wollen.

C. Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 31. Januar 2000 rechtzeitig Berufung erhoben und beantragt:

1. In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Klage gutzuheissen, soweit die Sache nicht zur Durchführung des Beweisverfahrens und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.
2. Unter Entschädigungsfolgen (für beide Instanzen).

Die Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an. An der Berufungsverhandlung vom 30. Januar 2001 halten die Parteien an den gestellten Anträgen fest.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger klagt zum einen auf Feststellung der Missbräuchlichkeit der am 11. Mai 1998 seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Juni 1998. Zum andern klagt er auf Verpflichtung der Beklagten (unter Vorbehalt der Nachklage), ihm Fr. 20 000.– abzüglich nachgewiesener Arbeitnehmerbeiträge zu bezahlen. Der Kläger erhebt somit im Zusammenhang mit der behaupteten missbräuchlichen Kündigung neben der Leistungsklage auch eine Feststellungsklage.

A. 2.1

Im diesem Zusammenhang stellt sich bei der Leistungsklage die Frage der Verwirkung der Entschädigung wegen ausgebliebener Einsprache und bei der Feststellungsklage die Frage der Zulässigkeit dieser Klageart. Nur wenn die Leistungsklage nicht hinfällig ist oder das Feststellungsinteresse des Klägers zu bejahen ist, ist die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung zu beurteilen.

2. Der Anspruch des Klägers auf Leistung einer Entschädigung ist verwirkt. Dazu was folgt:

a) Art. 336a OR sieht für den Fall einer missbräuchlichen Kündigung vor, dass die missbräuchlich kündigende Partei der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten hat. Eine Entschädigungsleistung setzt voraus, dass längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erhoben werden muss und – sofern die Einsprache gültig erfolgt ist und sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen – die Entschädigung spätestens innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend gemacht werden muss; im Unterlassungsfall ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b OR).

b) Die form- und fristgerechte Einsprache ist demnach Voraussetzung für eine allfällige Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Im Rahmen einer Leistungsklage auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung hat der Richter deshalb neben der Frage der rechtzeitigen Klageerhebung von Amtes wegen zu prüfen, ob eine schriftliche Einsprache gegen die Kündigung rechtzeitig erfolgt ist. Liegt keine rechtzeitige schriftliche Einsprache vor und wird dies auch nicht von der kündigenden Partei im Prozess ausdrücklich anerkannt, muss der Richter das Leistungsbegehren abweisen. Die schriftliche Einsprache ist Anspruchsvoraussetzung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Unabhängig von der Frage der Untersuchungsmaxime schadet der kündigenden Partei deshalb nicht, wenn sie nicht oder allenfalls prozessual verspätet (wie hier in der Berufungsduplik) geltend gemacht hat, die Einsprache der Gegenpartei sei nicht rechtzeitig erfolgt.

c) Der Gekündigte hat vor Ablauf der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache zu erheben. Erfolgt die Einsprache nicht rechtzeitig oder nicht in schriftlicher Form, ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt. An die Formulierung der Einsprache dürfen zwar keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, immerhin muss aus dem Schreiben hervorgehen, dass sich der Gekündigte der Kündigung widersetzt. Es genügt mithin jede Erklärung, mit welcher Opposition gegen die Kündigung zum Ausdruck gebracht wird. Ungenügend ist das blosses Verlangen einer schriftlichen Begründung. Im Begehren der Begründung muss mindestens sinngemäss auch ein Einspruch formuliert sein (Streiff/Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., N 3 zu Art. 336b OR; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, N 3 zu Art. 336b OR; BJM 1994, S. 189; Troxler, Der sachli-

che Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Diss. 1993, S. 137). Nach einhelliger Lehrmeinung führt auch eine verspätete Begründung der Kündigung nicht zu einer längeren Einsprachefrist. Behinder hat seine früher geäußerte abweichende Meinung im Berner Kommentar, N 2 zu Art. 336b OR aufgegeben (siehe die abweichende Meinung: N 10 zu Art. 335 OR). Eine Fristverlängerung sieht das Gesetz nicht vor und Staehlin/Vischer verweisen zu Recht darauf, dass nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Einigung über die Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses mehr zu erwarten sei und eine Einsprache auch ohne Kenntnis des Kündigungsgrundes erhoben werden könne (a.a.O.).

d) Der Kläger hat nicht rechtzeitig gegen die am 11. Mai 1998 ausgesprochene und am 19. Mai 1998 schriftlich bestätigte Kündigung schriftlich remonstriert. Einziges Schreiben an die Beklagte nach Eröffnung der Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von Ende Juni ist dasjenige vom 12. Mai 1998. Darin bringt der Kläger nicht seinen Widerspruch, seine Opposition gegen die Kündigung vom 11. Mai 1998 zum Ausdruck, etwa indem er erklärte, er sei mit der Kündigung nicht einverstanden oder akzeptiere die mündlich vorgelegten Kündigungsgründe nicht. Auch sinngemäss ist diesem Schreiben kein Widerspruch gegen die Kündigung zu entnehmen. Wer bloss festhält – wie der Kläger dies in diesem Schreiben tat, dass er zurzeit mit dem Arbeitgeber in «Vereinbarungsgesprächen» sei, wer bloss um schriftliche Begründung der Kündigung ersucht oder vermerkt, dass seine Schlüssel zu den Räumlichkeiten bereits eingezogen seien und ihm der Zugang zu den Büros verwehrt sei, gibt seiner Opposition gegen die Kündigung nicht Ausdruck. In diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden kann das Schreiben des Klägers vom 8. Mai 1998, da dieses unbestrittenermassen zeitlich vor der Kündigung datiert. Von der Natur der Sache her ist die schriftliche Einsprache immer eine Reaktion auf die Kündigung, wie dies das Gesetz auch durch die Formulierung «gegen die Kündigung» zum Ausdruck bringt. Der Kläger konnte mit dem Schreiben vom 8. Mai 1998 nicht gegen eine Kündigung «einsprechen», weil in diesem Zeitpunkt erst die von der Beklagten gewünschte Vertragsänderung formuliert, nicht aber die Kündigung ausgesprochen war. Auch wenn man aus den gesamten Umständen schliessen muss, dass der Kläger im Zeitpunkt des Abfassens des Schreibens vom 12. Mai 1998 gewillt war, die Kündigung nicht widerspruchslos hinzunehmen, genügt dies für die Bejahung des Einspracheerfordernisses nicht. Das Gesetz verlangt klar, dass der Oppositionswille dem Kündigenden schriftlich kundgetan wird.

e) Damit ist ein Entschädigungsanspruch infolge allfälliger missbräuchlicher Kündigung verwirkt. Die Leistungsklage ist aus diesem Grunde abzuweisen.

3. Der Kläger verlangt die richterliche Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung. Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Feststellungsklage überhaupt zugelassen werden kann.

A. 2.1

a) Auf eine Klage ist nur einzutreten, soweit ein rechtliches Interesse an ihrer Beurteilung besteht (§ 47 Abs. 1 ZPO). Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage beurteilt sich, soweit das festzustellende Recht seine Grundlage im Bundeszivilrecht hat, ausschliesslich nach Bundesrecht. Den Kantonen steht es nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu, die Feststellungsklage in weiterem Umfang zuzulassen, als dies das Bundesrecht vorsieht (BGE 119 II 370). Jede Feststellungsklage setzt ein Feststellungsinteresse voraus. Zuzulassen ist die Feststellungsklage, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein schutzwürdiges Interesse hat, das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, aber erheblich sein muss (BGE 120 II 22). Ein solches Interesse ist in der Regel nicht gegeben, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Die Feststellungsklage ist nämlich subsidiär zu dieser (BGE 119 II 370). Wird ein Feststellungsbegehren mit einer Klage auf Leistung verbunden, so kommt jenem in der Regel keine selbständige Bedeutung zu, sondern es stellt nur ein Motiv für das Leistungsbegehren dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 18 zu § 59). Die Erhebung einer Feststellungsklage neben einer Leistungsklage kann aber u.a. zulässig sein, wenn der Kläger Gefahr läuft, mit der Leistungsklage abgewiesen zu werden, die Feststellungsklage aber gutgeheissen werden könnte (BGE 82 II 319; Fall einer widerrechtlichen Aussperrklausel von nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern).

b) Vorliegend ist Grund der Abweisung der Leistungsklage das strenge Formerfordernis von Art. 336b OR, wonach der Entschädigungsanspruch trotz missbräuchlicher Kündigung verwirkt, wenn innert der Kündigungsfrist keine schriftliche Einsprache erhoben wird. Würde die Feststellungsklage nicht zugelassen, wäre dem Kläger verwehrt, die Missbräuchlichkeit der Kündigung richterlich beurteilen zu lassen. Darf dem Gekündigten – namentlich dem Arbeitnehmer – dieser Rechtsschutz verwehrt werden, wenn er beispielsweise aus Gesetzesunkenntnis die schriftliche Einsprache unterlässt und gegen die Kündigung nur mündlich opponiert?

Troxler, a.a.O., S. 145, ist der Auffassung, dass ein Feststellungsinteresse des gekündigten Arbeitnehmers nicht generell anzunehmen ist, sondern zu dessen Bejahung Umstände hinzutreten müssten, welche die Beanspruchung der richterlichen Hilfe als erforderlich erscheinen liesse; so wenn die Missbräuchlichkeit der Kündigung das Fortkommen des Entlassenen in wesentlicher Weise erschwert oder erschweren könnte. Troxler denkt dabei insbesondere an die Entlassung von leitenden Angestellten, plädiert ansonsten aber für die Handhabung eines strengen Massstabes. Er erblickt das Feststellungsinteresse «im Schutze der persönlichen Integrität und Loyalität als Arbeitnehmer» und «seines weiteren Fortkommens». Andere Autoren bejahen – in der Regel ohne nähere Begründung – die Zulässigkeit der Feststellungsklage bei missbräuchlicher Kündigung überhaupt (Rehbinder, a.a.O., N 2 zu Art. 336b OR; Streiff/von Kaenel,

a.a.O., N 8 zu Art. 336a OR; Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, N 3 zu Art. 336a OR; ablehnend, aber wenig differenziert erscheint die Haltung von Staehelin/Vischer, a.a.O., N 8 zu Art. 336b OR).

c) Eine missbräuchliche Kündigung stellt einen schweren Verstoss gegen die Rechtsethik dar (Rehbinder, a.a.O., N 1 zu Art. 336b OR) und kann – zumindest auf Seiten des Arbeitnehmers – einen schweren Eingriff ins Leben bedeuten und negative Auswirkungen auf seine zukünftige wirtschaftliche Betätigung haben (BJM 1994, S. 177). Im Allgemeinen besteht deshalb ein schutzwürdiges Interesse des gekündigten Arbeitnehmers an der Feststellung einer missbräuchlichen Kündigung überhaupt. Auch wenn er keinen Leistungsanspruch mehr hat – sei es, dass er die Formerfordernisse der Einsprache nicht erfüllt, verspätet klagt oder auf eine Geldleistung verzichtet – hat er in der Regel ein schutzwürdiges Interesse daran, dass eine missbräuchliche Kündigung richterlich festgestellt wird. Dieses Interesse liegt in erster Linie in seiner Persönlichkeit und dem wirtschaftliche Fortkommen begründet. Dies gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, kann doch die Tatsache einer Kündigung seitens des Arbeitgebers das wirtschaftliche Fortkommen jeden Arbeitnehmers erschweren. Mit dem Feststellungsurteil bezüglich einer missbräuchlichen Kündigung erhält ein Arbeitnehmer einen weitergehenden oder anders gearteten Rechtsschutz, als er dies mit einem blossen Leistungsurteil vermöchte, wenn er ein solches noch erlangen könnte. Gerade für solche Fälle aber bejaht die Praxis das Feststellungsinteresse, zumindest dann, wenn der Betroffene dieses Schutzes noch bedarf (siehe: Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. A., N 3 c zu Art. 174). Das vom Bundesrecht her erforderliche schutzwürdige tatsächliche oder rechtliche Interesse an der Feststellung der missbräuchlichen Kündigung ist deshalb zu bejahen.

d) Kommt im vorliegenden Fall dazu, dass sich das Interesse des Klägers nicht bloss mit seiner zukünftigen wirtschaftlichen Betätigung begründen lässt, sondern dieses Interesse – jedenfalls ein faktisches – auch im Hinblick auf allfällige Auseinandersetzungen betreffend die Optionsverträge besteht. Die Ausscheidung aus dem Arbeitsverhältnis hat dazu geführt, dass der Kläger seiner Optionsrechte entschädigungslos verlustig ging. Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit derartiger Verwirkungsklauseln, wie sie in allen vier Optionsverträgen stipuliert waren, wird der Standpunkt des Klägers in einer allfälligen Auseinandersetzung betreffend die Optionsverträge zweifellos gestärkt, wenn er sich auf ein Urteil mit der Feststellung der missbräuchlichen Kündigung berufen kann (siehe BGE 122 III 282). Auch unter diesem Blickwinkel betrachtet, ist das schutzwürdige Interesse zu bejahen und die Feststellungsklage zuzulassen.

4. Der Kläger behauptet, die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung sei missbräuchlich erfolgt. Er macht im Wesentlichen geltend, die

A. 2.1

Kündigung sei nur deshalb ausgesprochen worden, weil die Werte der ihm zugewiesenen Optionen erheblich an Wert zugenommen hätten, und weil ihm die übrigen Geschäftsleitungsmitglieder den zu erwartenden Gewinn nicht gegönnt hätten. Die Beklagte habe den Kläger zu einem einseitigen, sofortigen Verzicht auf arbeitsvertragliche Ansprüche zwingen wollen. Die verspätet nachgeschobene Begründung sei reiner Vorwand und inhaltlich unzutreffend, da der Kläger in sehr kurzer Zeit ein erhebliches Kommissionsvolumen erreicht habe. Demgegenüber führten nach Darstellung der Beklagten ausschliesslich die ungenügenden Leistungen des Klägers und die fehlende Aussicht auf Verbesserung zur Kündigung, nachdem sich der Kläger mit der vorgeschlagenen Entlastung von den Geschäftsaufgaben samt der damit verbundenen Gehaltskürzung nicht einverstanden erklärt habe. Die fehlende Einigung hinsichtlich von drei Optionsverträgen sei für die Kündigung dagegen nicht ursächlich gewesen. Die Beklagte gestand im Prozess allerdings zu, dass dem Kläger anlässlich der Unterredung vom 5. Mai 1998 auch der Rückkauf der von ihm erworbenen Aktienoptionen aus drei von vier Optionsverträgen gegen Erstattung des Einstandspreises vorgeschlagen wurde. Die Beklagte bestreitet sodann, den Kläger zu einem einseitigen, sofortigen Verzicht auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis aufgefordert zu haben, da die Entlastung aus dem Arbeitsverhältnis und die Kürzung des Jahresgehalts erst in der Zukunft und nach Ablauf einer Frist, welche der ordentlichen Kündigungsfrist entsprach, wirksam geworden wären (Klageantwort Ziff. 50). Die Beklagte bestreitet schliesslich die Qualifikation der Optionsrechte des Klägers als Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag.

a) Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht auch nach der Revision von 1988 vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist allerdings nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. So hat die Rechtsprechung etwa im Zusammenhang mit Änderungskündigungen erwogen, Missbrauch könne vorliegen, wenn eine unbillige Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden soll, für die weder marktbedingte noch betriebliche Gründe bestehen, und die Kündigung als Druckmittel verwendet wird, um die Arbeitnehmerin zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen (BGE 125 III 72 E. 2.a mit zahlreichen Hinweisen). Der Missbrauch einer Kündigung kann sich auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 118 II 157 E. 4b/bb, S. 166). Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 118 II 157 E. 4b/cc, S. 166f.). Ein

krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen, auch wenn das Verhalten für die Kündigung nicht kausal war (a.a.O., E. 2.b unter Hinweis auf BGE 118 II 166f.).

b) Die Vorinstanz hat zu Recht erkannt, dass die Kündigungsmotivation der Beklagten jedenfalls nicht ausschliesslich darin lag, dem Kläger Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (Art. 336 lit. c OR). Der Kläger hat hinsichtlich des Kommissionsvolumens offenbar die Erwartungen der Beklagten nicht erfüllt. Sie schlug dem Kläger deshalb – neben dem Rückkauf von Optionen – eine Änderung bezüglich Funktion (die Beklagte bezeichnet dies als «Entlastung von der Geschäftsaufgabe») und Gehaltshöhe vor. Die von der Beklagten vorgelegten Übersichten über die Kommissionsumsätze der einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder, die von Seiten des Klägers nicht grundsätzlich bestritten sind, stützen die Annahme, dass die (mangelnden) Leistungen des Klägers für die Beklagte prioritär Grund für die vorgeschlagene Änderung des Arbeitsverhältnisses und – nachdem der Kläger diese Änderungen verwarf – auch für die anschliessende Kündigung waren. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil Erw. 2 und 3 verwiesen werden. Damit kann auch nicht gesagt werden, dass die in der Kündigungsbegründung angegebenen Gründe der Beklagten bloss als Vorwand oder Ausrede dienten. Missbräuchlichkeit liegt nicht vor, wenn wegen ungenügender Arbeitsleistungen gekündigt wird, selbst wenn diese auf eine ungenügende Einführung durch die Arbeitgeberin zurückzuführen sind (BJM 1994, S. 188) oder wenn – wie in casu – sich die Parteien uneinig darüber waren, welches Kommissionsvolumen der Kläger in den ersten Monaten des Jahres 1998 zu leisten hatte, und der Kläger die Erwartungen der Beklagten nicht erfüllte. Eine Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 lit. c OR ist zu verneinen.

c) Ziel der Besprechung vom 5. Mai 1998 zwischen dem Kläger und den übrigen Geschäftsleitungsmitgliedern war die von der Beklagten gewünschte Änderung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. Die Beklagte schlug dem Kläger zum einen die Entlastung von Geschäftsaufgaben vor, damit er sich verstärkt dem Kommissionsgeschäft zuwenden könne. Zum andern sollten nach Darstellung der Beklagten «die moderate Kürzung des Jahresgehalts um CHF 50000 auf immer noch ansehnliche CHF 210000 und der Rückkauf der Optionen aus drei der vier mit dem Kläger bestehenden Optionsverträgen zum Einstandspreis die Disproportionen teilweise korrigieren, die angesichts der schlechten Leistung des Klägers im Vergleich mit anderen Mitarbeitern entstanden waren». Unter diesen Bedingungen war der Kläger zur einverständlichen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht bereit. Deshalb kam es zur Kündigung der Beklagten. Es handelte sich um eine sogenannte Änderungskündigung im weiteren Sinne (vgl. dazu eingehend BGE 123 III 246ff.).

A. 2.1

aa) Eine Änderungskündigung ist nicht a priori missbräuchlich. Missbräuchlich ist die Kündigung dann, wenn sie als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt. Der Missbrauch der Kündigung liegt darin, dass ohne sachlich schutzwürdigen Grund die Kündigung ausgesprochen wird und dass für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen (BGE 123 III 250f. mit Hinweisen). Wird eine Kündigung ohne betriebliche Notwendigkeit für den Fall ausgesprochen, dass der Betroffene eine unbillige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt, so wird das jederzeitige und freie Kündigungsrecht ebenso missbraucht wie dies in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen missbräuchlicher Kündigungen (Art. 336 OR) festgehalten ist (a.a.O., S. 251). Das Bundesgericht stellt in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist (siehe dazu auch Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, III, S. 167).

bb) Die Beklagte gesteht zu, dass sie vom Kläger an der Unterredung vom 5. Mai 1998 im Hinblick auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter anderem den Verkauf der Optionen aus drei Verträgen zum Einstandspreis an die Z. Holding erwartete. Sie setzte dem Kläger damit für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine Bedingung, die weder betrieblich notwendig noch sachlich begründet war. Die Beklagte selbst stellt sich nämlich im Prozess wiederholt auf den Standpunkt, dass die Optionsverträge mit dem Arbeitsverhältnis (direkt) nichts zu tun hatten und dass es sich nicht um eigentliche arbeitsvertragliche Ansprüche gehandelt habe. Wenn ein Arbeitgeber aber einem Arbeitnehmer eine neue Vertragsofferte unterbreitet und ihm dabei eine Bedingung setzt, die in ihrer eigenen Argumentation nicht mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängt (und damit zum vornherein jeglicher betrieblicher Begründung entbehrt), handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er dem Arbeitnehmer in der Folge kündigt, weil dieser den Änderungen nicht zustimmt.

cc) Der Missbrauch der Beklagten liegt in deren Vorgehen begründet. Nicht zum Vorwurf gereichen könnte ihr, wenn sie dem Kläger bloss den Austritt aus der Geschäftsleitung und die Lohnreduktion vorgeschlagen und ihm bei mangelndem Akzept gekündigt hätte. Dies jedenfalls dann nicht, wenn die vorgeschlagenen Änderungen erst nach Ablauf einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Frist in Kraft getreten wären (siehe dazu Erw. 4.d). Die Beklagte hat aber dem Kläger darüber hinaus im Hinblick auf die Änderung des Arbeitsverhältnisses eine Bedingung gesetzt, von der sie selbst sagt, dass sie mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun hatte, d.h., weder sachlich gerechtfertigt noch betrieblich notwendig war. Sie hat vom Kläger den Verkauf von Optionsrechten zum Einstandspreis verlangt und damit indirekt den Verzicht auf ein Vermö-

gensrecht. Nachdem der Kurs der Aktie der Z. Holding im Herbst 1997/ Fröhjahr 1998 stark anstieg (siehe Kursentwicklung der Inhaberaktien bis Ende 1998 in: Geschäftsbericht der Z.-Gruppe, BB 1, S. 66), konnte der Kläger von einer ausgesprochen hohen Gewinnerwartung bezüglich der drei besagten Optionsverträge ausgehen und damit auch aktuell einen höheren Marktpreis für die Optionen erzielen. Diese Optionsverträge hatten für den Kläger zweifellos einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis – unabhängig letztlich von der Frage, ob es sich um eigentliche arbeitsrechtliche Ansprüche handelt oder nicht. Dem Kläger war durch die Anstellung bei der Beklagten Gelegenheit geboten worden, die Optionsverträge abzuschliessen und die Ausübung der Optionen stand und fiel (nach der umstrittenen Verwirkungsklausel) mit dem Bestand eines Arbeits- oder Auftragsverhältnisses in der Z.-Gruppe. Wenn der Kläger deshalb auf seinen Vermögensrechten beharrte, so machte er damit in guten Treuen einen – allenfalls vermeintlichen – Anspruch geltend, der für ihn im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stand. Art. 336 Abs. d OR aber bezieht sich auch auf Ansprüche, die wenigstens mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen und auf die sich der Arbeitnehmer in guten Treuen beruft. Nach Staehelin/Vischer, a.a.O., N 24 zu Art. 336 OR, genügt nämlich, wenn der vermeintliche Gläubiger (hier der Kläger) über vernünftige Gründe verfügt, die ihn zur Annahme berechtigten, es stehe ihm ein Anspruch zu. Die Weigerung des Klägers, die Optionen aus drei Optionsverträgen zum Einstandspreis zu verkaufen, stellt damit die Geltendmachung eines <Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis> dar.

dd) Aber selbst wenn man die Subsumtion unter Art. 336 lit. d OR verneinen sollte, stellt nach dem oben Gesagten das Vorgehen der Beklagten einen Missbrauch des freien Kündigungsrechts dar. Die Argumentation der Beklagten ist widersprüchlich, wenn sie einerseits geltend macht, vom Kläger sei der Verkauf von Optionen verlangt worden, um <die Disproportionen teilweise zu korrigieren> und andererseits jeglichen Zusammenhang der Optionsverträge mit dem Arbeitsverhältnis ausschliesst (u.a. mit dem Hinweis, dass die Optionsverträge nicht mit ihr als Arbeitgeberin abgeschlossen worden seien). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die Rückkaufsbedingung der Beklagten auf die drei mit der Z.-Holding abgeschlossenen Optionsverträge bezog. Die Z.-Holding aber hält gemäss Darstellung im Geschäftsbericht 1998 100% der Z. AG, was auf wirtschaftliche Identität zwischen der Beklagten und der Z.-Holding hinausläuft.

ee) Am Missbrauchstatbestand ändert auch nichts, wenn die Beklagte in der Begründung zur Kündigung, welche erst vier Monate (!) nach erfolgter Aufforderung ausgestellt wurde, das fehlende Akzept des Klägers zum Verkauf der Optionen nicht erwähnt hat und nun auch im Prozess behauptet, das fehlende Akzept des Klägers sei für die Kündigung nicht ursächlich gewesen. Tatsache ist und unwidersprochen blieb, dass anläss-

A. 2.1

lich der Unterredung vom 5. Mai 1998 für die Beklagte die Einigung über den Fortgang des Arbeitsverhältnisses auch davon abhing, dass der Kläger sich mit dem Rückkauf der Optionen durch die Z.-Holding zum Einstandspreis einverstanden erklärte. Nachdem der Kläger die von der Beklagten gesetzten Bedingungen nicht akzeptierte, erfolgte umgehend die Kündigung. Die Kausalität zwischen der Weigerung des Klägers, u.a auch den Vorschlag bezüglich Rückkauf der Optionen nicht zu akzeptieren, und der nachfolgenden Kündigung, ist offenkundig. Die Argumentation der Beklagten, wonach man sich bezüglich der Optionen mit dem Kläger noch hätte einigen können (mithin, wenn er die anderen Bedingungen akzeptiert hätte), ist von rein hypothetischer Natur.

ff) Die Optionsverträge zwischen dem Kläger und der Z.-Holding enthalten die Klausel, wonach die mit den Optionen verbundenen Rechte mit Ablauf des letzten Tages des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses durch Verwirkung erlöschen. Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger der Optionsrechte auch verlustig gegangen wäre, wenn sie ihm ohne vorgängiges Änderungsangebot gekündigt hätte. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die in den Optionsverträgen enthaltene Verwirkungsklausel ungültig ist.

Die Gültigkeit dieser Verwirkungsklausel ist nicht in diesem Verfahren – auch nicht vorfrageweise – zu beurteilen. Diese Prüfung entfällt schon deshalb, weil der Kläger die Optionsverträge nicht mit der Beklagten, sondern mit einer Drittpartei abgeschlossen hat und zudem vorliegend nicht Ansprüche aus den Optionsverträgen zur Diskussion stehen. Der Einwand hilft der Beklagten demnach nicht weiter. Aber selbst wenn die Verwirkungsklausel in den Optionsverträgen vorfrageweise zu prüfen und als gültig zu werten wäre, hat dies keine Auswirkung auf die Qualifikation des beklagtischen Vorgehens gegenüber ihrem Arbeitnehmer. Die Beklagte hat dem Kläger im Hinblick auf die Änderung des Arbeitsverhältnisses eine Bedingung gesetzt, nämlich von ihm den Verkauf von Optionen an eine Drittperson (!) zum Einstandspreis verlangt. In diesem Vorgehen und in der anschliessenden Kündigung, nachdem der Kläger den Vorschlag nicht akzeptierte, liegt die Missbräuchlichkeit begründet. Sie verlangte vom Kläger den Verzicht eines Vermögensrechtes zu Gunsten einer Drittpartei (zweifelloso hätte die Z.-Holding die frei werdenden Optionen zu höheren Preisen weiterveräußern können) – und damit etwas, was nach ihrem eigenen Bekunden nichts mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Es durfte die Beklagte als Nicht-Vertragspartei der Optionsverträge nicht kümmern, ob die besagte Verwirkungsklausel rechtsgültig war oder nicht. Auf diesen Standpunkt stellt sie sich im Übrigen auch im Prozess, macht sie doch geltend, dass das Optionsverhältnis nicht sie als Arbeitgeberin betreffe, da sie nicht Vertragspartei sei.

d) Ist die Missbräuchlichkeit der Kündigung nach dem Gesagten zu behaupten, kann offenbleiben, ob sich das beklagtische Vorgehen auch aus an-

deren Gründen als missbräuchlich erweisen könnte. Insbesondere ist nicht mehr zu prüfen, ob die Beklagte anlässlich der Unterredung vom 5. Mai 1998 eine per sofort wirksame Vertragsänderung verlangt hat. Weigert sich nämlich ein Arbeitnehmer, eine sofortige Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist anzunehmen, und wird ihm hierauf gekündigt, so liegt darin eine klassische Racheekündigung (BGE 123 III 251; JAR 1992, S. 245ff.; BJM 1994, S. 187). Nicht ohne weiteres gefolgt werden kann dem Vorrichter, wenn er diesbezüglich dem Kläger vorwirft, nicht explizit behauptet zu haben, die Beklagte habe ihn mit den unterbreiteten Vorschlägen betreffend Vertragsänderung um real existierende Ansprüche bringen wollen. In der Replik unter Ziff. 50 und 60 machte der Kläger immerhin geltend, dass die Beklagte klarerweise ein sofortiges Akzept des Klägers zur Vertragsänderung gewünscht habe. Nicht zum vornherein ausgeschlossen werden kann, dass damit der Kläger zumindest sinngemäss auch behauptet hat, es sei von ihm ein Akzept zur sofortigen Lohnkürzung erwartet worden. Die Frage ist jedoch nicht abschliessend zu entscheiden, und es kann auch dahingestellt bleiben, ob aufgrund der Pflicht zur amtlichen Sachverhaltsabklärung nach Art. 343 Abs. 4 OR weitergehende Abklärungen und Beweisabnahmen zu dieser Frage notwendig gewesen wären. Zu beachten wäre dabei etwa, dass der Kläger im Schreiben vom 8. Mai 1998 ohne Hinweis auf das Wirksamwerden der Vertragsänderung von einer ‹beschlossenen› Änderung der Arbeitsbedingungen spricht und die Beklagte dagegen nicht remonstriert hat. (Urteil vom 30. Januar 2001; KG 60/00 ZK).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Vertretung

– *Wann ist eine Partei im Zivilprozess anzuhalten, einen Vertreter zu bestimmen?*

Aus den Erwägungen:

Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann das Gericht eine Partei, die offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu führen, anhalten, einen Vertreter zu bestellen.

Zur Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsvertreter im Sinne der vorgenannten Bestimmung zu bestellen ist, muss geprüft werden, ob die betreffende Partei fähig ist, ihre Sache als Ganzes gehörig zu führen. Bei der Gesamtbetrachtung ihres Prozessgebarens muss die Unfähigkeit der Partei klar zu Tage treten. Ohne das Vorliegen besonderer Anhaltspunkte ha-

A. 4.1

ben die Gerichte nicht zu prüfen, ob eine Prozesshandlung einer Partei allein oder im Zusammenhang mit früheren Prozesshandlungen auf deren allfällige Unfähigkeit hinweist, ihre Sache selbst gehörig zu führen (ZR 96, Nr. 117, E. 4b, S. 252f.). Bevor der Richter eine entsprechende Auflage macht, wird er versuchen, Unklarheiten in den Vorbringen einer Partei vorerst durch geeignete Fragen zu beheben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zum gleichlautenden § 29 ZPO ZH). Eine allfällige Fragepflicht hinsichtlich der Abklärung der Frage, ob eine Partei ihre Sache selbst gehörig führen kann, ist erst anzunehmen, wenn klare Anzeichen für das Fehlen dieser Fähigkeit gegeben sind (ZR 96, Nr. 117, E. 4b, S. 253).

(Urteil vom 23. Januar 2002; KG 215/99 ZK).

4. Strafrecht

4.1 Strafrechtlicher Beamtenbegriff

– *Fällt der «Kirchenvogt» unter den Beamtenbegriff von Art. 317 StGB?*

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 317 Ziff. 1 Abs. 2 StGB werden Beamte oder Personen öffentlichen Glaubens, die vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkunden, namentlich eine falsche Unterschrift oder ein falsches Handzeichen oder eine unrichtige Abschrift beglaubigen mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Ziff. 2 stellt auch die fahrlässige Begehung unter Strafe (Busse). Die strafbaren Verhaltensweisen entsprechen objektiv Art. 251 Ziff. 1 StGB (Rehberg, StGB, 3. Aufl., Zürich 1995, zu Art. 317). Dass sich der Angeklagte der Urkundenfälschung nach Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht hat, ist unbestritten. Es ist allein zu prüfen, ob der Angeklagte als Beamter gehandelt hat und deshalb der Urkundenfälschung im Amt hätte schuldig gesprochen werden müssen.

a) Das Kantonale Strafgericht ist in seinen Erwägungen zum Schuldspruch wegen qualifizierter Veruntreuung davon ausgegangen, dass der Angeklagte in seiner Eigenschaft als Kirchenvogt der Pfarrei A. Behördenmitglied und nicht Beamter sei, da offensichtlich kein Abhängigkeitsverhältnis bestanden habe. Den Sachverhalt, dass der Angeklagte zur Tarnung seiner unrechtmässigen Bezüge falsche Buchungstexte verfasst hatte, subsumierte das Strafgericht daher unter den Grundtatbestand von Art. 251 Ziff. 1 StGB, weil der Wortlaut von Art. 317 Ziff. 1 StGB nur Beamte und Personen öffentlichen Glaubens erfasse, hingegen nicht Behördenmitglieder (...).

Die Staatsanwaltschaft ist dagegen der Auffassung, dass der Angeklagte als Kirchenvogt die gesamte Rechnung der Pfarrgemeinde A. führte und damit effektiv in der Funktion eines Beamten gehandelt habe. In dieser Funktion sei der Angeklagte nicht frei gewesen wie in seiner weiteren Tätigkeit als Mitglied des Pfarreirates, sondern ein klarer Weisungsempfänger und abhängig vom Pfarreirat, der Baukommission, dem Kirchenrat und dem Volk gewesen. In seiner Tätigkeit als Rechnungsführer habe er nicht als Behördenmitglied, sondern als Beamter im Sinne von Art. 110 StGB fungiert. Insoweit komme deshalb Art. 317 und nicht Art. 251 StGB zum Tragen.

b) Nach Art. 110 Ziff. 4 StGB gelten als Beamte nicht nur Beamte und Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und Rechtspflege, sondern auch Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder angestellt sind, oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Die Rechtsprechung zum Beamtenbegriff baut im Wesentlichen auf zwei Kriterien. Einerseits soll für die Beamtenstellung entscheidend sein, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur war, d.h., ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichrechtlichen Aufgabe übertragen wurde, andererseits gilt trotz vorübergehender Ausübung amtlicher Funktionen nicht als Beamter, wer zum Gemeinwesen nicht in einem Verhältnis der Abhängigkeit steht (BGE 121 IV, S. 220 mit Hinweisen).

c) Werden im Strafgesetzbuch die Begriffe Behörde und Beamter gesondert verwendet (z.B. bei der qualifizierten Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 2 StGB), in Art. 317 StGB aber ausdrücklich nur Beamte erfasst, ergibt sich der klare gesetzgeberische Wille, dass das Mitglied einer Behörde nicht Täter sein kann, sofern es nicht Beamter ist (vgl. Stratenwerth, BT II, 5. Aufl. Bern 2000, § 58 Rz. 5; Rehberg, Strafrecht IV, 2. Aufl. Zürich 1996, S. 412; Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 317, Rz. 4). Dem vom Strafgericht in diesem Zusammenhang schon zu Recht erwähnten Grundsatz *nulla poena sine lege* folgend, verbietet es sich deshalb, den Beamtenbegriff so weit auszudehnen, dass tatsächlich nichtbeamtete Behördenmitglieder der Urkundenfälschung im Amt schuldig gesprochen würden, nur weil ihre Funktion auch Gegenstand einer Beamtung sein könnte (zu anderer alter Praxis: Trechsel, ebd. mit Hinweisen). Gilt es also bei der Frage der Anwendung von Art. 317 StGB den Begriff des Beamten von demjenigen der Behörde abzugrenzen, kommt dem Kriterium der effektiven Abhängigkeit bzw. des tatsächlichen Vorliegens eines Dienstverhältnisses besondere Bedeutung zu, weil sonst jedes Behördenmitglied, das als solches auch immer eine dem Gemeinwesen zustehende öffentlichrechtliche Aufgabe erfüllt, analog zu jedem Beamten entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 317 StGB unterstehen würde. Der Aspekt der Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe und die Feststellung, dass diese Aufgabe auch ein Beamter erfüllen könnte, treten dagegen deshalb in den Hintergrund.

A. 4.1

d) Dass der Angeklagte als Kirchenvogt der Pfarrei A. eine öffentliche Aufgabe erfüllte, leuchtet ein, auch wenn die Erwägungen des Strafgerichtes über die «Implementierung der Pfarreien in den Kirchgemeinden und diese wiederum in der Kantonalkirche» wenig überzeugen (so ist das Organisationsstatut der römisch-katholischen Kantonalkirche beispielsweise erst nach den vorliegend zu beurteilenden Handlungen des Angeklagten am 1. Januar 1999 in Kraft getreten, so dass daraus kaum etwas von strafrechtlichem Belang abzuleiten ist). Er hatte für die korrekte Verwendung des von der staatlichen Kirchgemeinde Z. für die Sanierung der Pfarrkirche A. gesprochenen Kredites zu sorgen. Aufgrund der Akten besteht aber kein hinreichender Anlass, anzunehmen, dass er zur Erfüllung dieser Aufgabe als Beamter fungiert hat und besonderen Weisungen seitens der Kirchgemeinde unterstellt gewesen wäre, wie das von der Staatsanwaltschaft vorgebracht wird. Laut dem Organigramm kam dem Angeklagten zwar die Rolle des Finanzchefs in der Baukommission zu, geht aber nicht hervor, dass der Angeklagte weisungsabhängig war. Er war vielmehr allein dafür zuständig, zu Lasten des Baukontos die Rechnungen der Bauhandwerker fortlaufend zu begleichen. Die Rechnungsführung mag in grösseren Gemeinwesen meistens Aufgabe eines angestellten, dem Säckelmeister (Behördenmitglied) untergeordneten Kassiers (Beamter) sein. Vorliegend war der Angeklagte aber selber Behördenmitglied, und es ist in tatsächlicher Hinsicht nicht nachgewiesen, dass er, soweit er auch Aufgaben eines Kassiers ausführte, irgendeiner Stelle der Kirchgemeinde Z. oder der Pfarrgemeinde A. untergeordnet war. Als Kirchenvogt war er gegenüber dem Pfarreirat A. nicht weisungsgebunden und, soweit er die Rechnung führte, sein eigener Herr und Meister, der nicht der für ein Dienstverhältnis typischen Disziplinargewalt einer übergeordneten Stelle unterstand. Das Verhältnis zum Kirchenverwalter der Kirchgemeinde Z. ist nicht geregelt und die Kirchenvögte der Pfarreien, welche die Rechnungen der Pfarreien jeweils der Kirchgemeinde termingerecht abzuliefern hatten, sind auch nach Aussagen des Kirchenverwalters relativ selbständig. Als vom Volk gewähltes Behördenmitglied – dem schwyzerischem Recht ist die Volkswahl eines Beamten grundsätzlich fremd – hatte der Angeklagte sich, abgesehen von der straf- und zivilrechtlichen Verantwortung, allein diesem gegenüber politisch zu verantworten. Der Angeklagte hat zwar Funktionen (z.B. Rechnungsführung) wahrgenommen, die einem Beamten obliegen können, hat aber mit der Fälschung der Buchhaltung 1997 nicht eigentlich eine Dienstpflicht verletzt, da er weder dauernd, noch vorläufig oder provisorisch einem Dienstverhältnis unterstand.
(Urteil vom 30. Oktober 2001; KG 85/01 SK).

5. Strafprozessrecht

5.1 Unabhängigkeit der Untersuchungsrichter des Verhörarntes

- *Die Untersuchungsrichter des Verhörarntes gelten als gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigte Beamte im Sinne von Art. 5 Abs. 3 EMRK.*

Sachverhalt und Zusammenfassung:

X. wurde am 9. April 1997 vom zuständigen Untersuchungsrichter des Verhörarntes wegen des Verdachts auf ungetreue Geschäftsführung in Untersuchungshaft genommen. Dagegen gerichtete Beschwerden an den Kantonsgerichtspräsidenten blieben ebenso erfolglos wie die dagegen erhobenen staatsrechtlichen Beschwerden ans Bundesgericht. Am 9. Juni 1997 wurde X. wieder aus der Haft entlassen, nachdem der Haftgrund (Verdunkelungsgefahr) weggefallen war. Am 2. Juli 1997 liess X. beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Beschwerde einreichen. Er brachte u.a. vor, die Untersuchungsrichter des Verhörarntes seien nicht als unabhängige Richter respektive als mit richterlichen Aufgaben betraute Beamte zu betrachten, weil sie der Aufsicht der Exekutive unterständen und die Staatsanwaltschaft Weisungen erteilen dürfe. Die Untersuchungsrichter seien deshalb nicht befugt, Untersuchungshaft anzuordnen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkannte, dass der Staatsanwalt nur allgemeine Weisungsbefugnisse habe, welche nicht den konkreten Einzelfall betreffen. Demnach entscheide im Kanton Schwyz der Untersuchungsrichter im Einzelfall als unabhängiger, mit richterlichen Aufgaben betrauter Beamter im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 EMRK, wenn er Untersuchungshaft anordne. Namentlich sei der Beschwerdeführer im konkreten Fall innert eines Tages dem Untersuchungsrichter vorgeführt worden, und es gebe keinerlei Hinweise darauf, dass der Untersuchungsrichter Weisungen bezüglich der Haftanordnung erhalten habe. Demnach sei die Rüge der Verletzung der Konvention offensichtlich unbegründet und müsse zurückgewiesen werden. Nicht weiter eingegangen ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf das Argument, die Untersuchungsrichter seien von der Regierung nicht unabhängig. In Praxis und Literatur wird angenommen, dass allein die Ernennung eines Richters durch die Exekutive dessen Unabhängigkeit nicht in Frage stellt. Wichtiger ist, dass die Unabhängigkeit durch institutionelle Vorkehrungen (z.B. Wahl auf eine nicht zu kurze Amtsdauer; Fehlen einer Einflussnahme auf laufende Untersuchungen) gesichert wird (vgl. Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kom-

A. 5.1

mentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 116 zu Art. 5 und N 125f. zu Art. 6 EMRK).

Aus dem Entscheid in der Beschwerdesache 36833/97 vom 15. November 2001 kann dazu in englischer Originalsprache wörtlich entnommen werden:

2. The applicant raises various complaints under Article 5 § 3 of the Convention which states, insofar as relevant:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial ...”

a) The applicant complains that he was not brought “promptly” before a “judge or other officer authorised by law” within the meaning of this provision in that the Investigating Office is not an independent body.

The Government submit that this complaint is manifestly ill-founded. Thus, in the Canton of Schwyz the Public Prosecutor’s Office is not capable of overturning a decision of, or withdrawing a case from, the Investigating Office, were it to be dissatisfied with the latter’s approach. Furthermore there is no risk of an incompatible accumulation of functions since the Public Prosecutor’s Office alone will raise the charges at the trial before the court. The Investigating Office is solely responsible for the investigation, and the supervision of the Public Prosecutor’s Office is only of an administrative nature which does not impinge on the independence of the Investigating Office. In any event, the Government contend that the applicant has not maintained that in his case the Public Prosecutor’s Office in fact interfered with the investigations, or that during these proceedings the Investigating Office consulted another authority.

The applicant replies that the Investigating Office is appointed by the Government of the Canton of Schwyz and works under the supervision of the Public Prosecutor’s Office as well as of Government administration. Therefore, the Office in no ways fulfils the requirements of Article 5 § 3 of the Convention. The Investigating Office is even less independent than the District Attorney’s Office of the Canton of Zurich in respect of which the Court has found that it did not offer the independence required by this provision (see the *Huber v. Switzerland* judgment of 23 October 1990, Series A no. 188, p. 18, § 43). In particular, whereas the Public Prosecutor’s Office of the Canton of Zurich takes care not to interfere with the preliminary investigations, this will frequently be the case in the Canton of Schwyz. The applicant refers hereby to a document of the Canton of Schwyz of 1987 from which it transpires that a public prosecutor has stated that he could quash the decision of an investigating judge and order continuation of the investigations. The Public Prosecutor’s Office, which may issue instructions to the Investigating Office, has full powers of supervision, and in the present case repeatedly dealt with the applicant’s complaints.

The Court notes at the outset that it has not been claimed that, contrary to Article 5 § 3 of the Convention, the Investigating Office of the Canton of Schwyz, which ordered the applicant's detention on remand, was entitled to intervene in the subsequent criminal proceedings as a representative of the prosecuting authority (see the Huber case cited above.) In any event, according to Section 37 § 1 of the Judicial Organisation Act of the Canton of Schwyz, it is the Public Prosecutor's Office which will raise the charges at the trial before the court.

Rather, the applicant complains that during the investigations the Public Prosecutor's Office of the Canton of Schwyz may interfere with the functions of the Investigating Office.

According to the Court's case-law, the "officer authorised by law to exercise judicial power" within the meaning of Article 5 § 3 of the Convention is not identical with the "judge" stated in that provision, and may indeed be competent to carry out other duties, in addition to deciding on detention. Nevertheless, this office must satisfy certain conditions, *inter alia*, as to the independence of the executive (see the *Schiesser v. Switzerland* judgment of 4 December 1979, Series A no. 34, pp. 13–14, § 31; the *Brincat v. Italy* judgment of 26 November 1992, Series A no. 249-A, p. 11, § 20).

In the present case the Court notes that status and functions of the Investigating Office are laid down in detail, on the one hand, in the Code of Criminal Procedure which in Section 26 lists the grounds for detention on remand and in Section 27 provides, *inter alia*, that the investigating judge shall be competent to impose such detention. On the other hand, the Judicial Organisation Act of the Canton of Schwyz provides in § 42 that the Government of the Canton of Schwyz shall elect the investigating judges, and in Section 45 that the Public Prosecutor's Office will supervise the Investigating Office. Section 44 § 2 states that the Investigating Office shall be competent for conducting the investigations.

In the Court's opinion, these provisions demonstrate that, as in the *Schiesser* case cited above, while the Public Prosecutor's Office may issue directives and undertake a general supervision, the Investigating Office will decide independently in a particular case when imposing detention on remand. Indeed, in the present case the applicant was brought before the investigating judge within one day, and there is no indication that the Investigating Office obtained instructions in respect of the imposition of his detention on remand.

This complaint is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.

A. 5.2

5.2 Einstellung eines Strafverfahrens

– *Formelle Voraussetzungen für die Einstellung eines Strafverfahrens.*

Aus den Erwägungen:

Die Untersuchung kann gemäss § 70 Abs. 1 StPO unter Kenntnisgabe an die Parteien eingestellt werden, wenn nach der Durchführung des Aktenauflageverfahrens nach § 67 StPO kein Grund zur weiteren Verfolgung vorliegt.

a) Zur alten Fassung des § 67 StPO, dessen erster Absatz den heute geltenden zweiten Satz noch nicht enthielt, und § 70 StPO hat das Kantonsgericht in EGV-SZ 198, Nr. 26, festgehalten:

«§ 70 i.V. mit § 67 StPO stellt eine kantonalrechtliche Ausgestaltung des bereits aufgrund des Art. 4 BV bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Diese Bestimmungen verschaffen den Parteien Anspruch, sich vor einer allfälligen Einstellung der Strafuntersuchung an der Erfüllung deren Aufgabe – nämlich der materiellen Wahrheitsfindung (§ 2 StPO) – aktiv zu beteiligen. Namentlich verleihen sie ihnen das Recht, sich zum bisherigen Stand der Untersuchung zu äussern, im Weiteren das Recht, eine Ergänzung der Untersuchung zu beantragen. Die Äusserungen der Parteien sind vom Untersuchungsrichter zu würdigen, und er hat die Ergänzungen vorzunehmen, soweit nicht zum vornherein feststeht, dass sie unerheblich oder unzulässig sind. Auf diese Rechte können wohl die Parteien als Berechtigte verzichten; dem Untersuchungsrichter aber steht es nicht zu, vom Verfahren gemäss § 67 StPO Umgang zu nehmen.»

An diese Rechtsprechung anknüpfend hat das Kantonsgericht später festgehalten (KG 78/96 RK 2 vom 18. April 1996), dass das Verfahren nicht ohne die Klärung der Parteistellung allfälliger Geschädigter eingestellt werden darf und eine Einstellungsverfügung aufgehoben, weil es der Untersuchungsrichter unterlassen hat, die einzelnen, bekannten Geschädigten ausdrücklich auf ihre Mitwirkungsmöglichkeiten im Aktenauflageverfahren hinzuweisen und diese nicht in die Lage versetzt worden waren, ihre zivilrechtlichen Ansprüche von Anbeginn geltend zu machen, sowie als Straffkläger im Sinne von § 66 StPO an den Untersuchungshandlungen (z.B. Einvernahmen) teilzunehmen.

b) Im vorliegenden Fall wurde überhaupt kein Aktenauflageverfahren durchgeführt. Jedenfalls liegen dem Kantonsgericht keine Akten über die Durchführung eines Aktenauflageverfahrens vor, und der zuständige Untersuchungsrichter hat dies telefonisch bestätigt. Der Beschwerdeführer hat am 24. Januar 2000 neben dem gestellten Strafantrag erklärt, Parteirechte ausüben zu wollen, weshalb er Partei im Sinne von § 17 lit. b StPO ist. Gemäss § 70 Abs. 1 StPO ist die Einstellung des Verfahrens erst nach der Durchführung des Verfahrens nach § 67 Abs. 1 StPO möglich, also nachdem den Parteien eine Frist von mindestens zehn Tagen angesetzt worden ist, innert der sie eine Ergänzung der Untersuchung beantragen können. Innert dieser Frist können die Parteien auch die Akten einsehen

(§ 68 Abs. 1 StPO). Weder dem Untersuchungsrichter noch der Anklagebehörde steht es zu, von diesen Bestimmungen Umgang zu nehmen. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Beschwerdeentscheid sowie die Einstellungsverfügung aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Aktenauflageverfahrens an die Untersuchungsbehörden zurückzuweisen.

(Beschluss vom 11. September 2001; KG 330/01 RK 2).

5.3 Zeugenbefragung

– *Befragung von Zeugen und Auskunftspersonen vor gerichtlicher Polizei und Untersuchungsbehörden; Hinweis auf Zeugnisverweigerungsrecht; Rechte des Angeschuldigten.*

Aus den Erwägungen:

1. Der Angeklagte wurde am 10. Dezember 1998 sowie am 30. März 1999 polizeilich zur Sache befragt und sodann am 30. März 1999 untersuchungsrichterlich zum Vorwurf der Hehlerei einvernommen. Sowohl in der Untersuchung als auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung bestritt der Angeklagte die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung. Er beruft sich nach wie vor darauf, das fragliche Natel einschliesslich der Ladestation von seiner Frau als Geschenk erhalten zu haben.

a) Fest steht, dass das Natel aus dem Einbruchdiebstahl, begangen von unbekannter Täterschaft am 13./14.10.1997 in Adliswil ZH, zum Nachteil von P. stammt. Tatsache ist auch, dass der Angeklagte dieses Natel anlässlich einer Polizeikontrolle am 9. Dezember 1998 in Altendorf SZ auf sich getragen hatte und sein Eigen nennt.

b) Während die Ehefrau des Angeklagten anfänglich aussagte, das besagte Natel – das sie in Italien zuvor gekauft habe –, ihrem Mann geschenkt zu haben, berichtigte sie in der Folge ihre Aussage und gab anlässlich der polizeilichen Befragung vom 10. Dezember 1998 zu Protokoll, dass sie das Natel ihrem Mann nicht geschenkt habe. Ihr Mann hätte vor ca. einem Jahr oder so plötzlich ein Natel gehabt. Auf ihre Frage, woher er dieses habe, habe er ihr geantwortet, dieses von einem Kollegen erhalten zu haben; den Namen habe er nicht genannt. Das neue Natel sei nicht eingepackt gewesen; es sei aber eine Ladestation dabei gewesen. Ein paar Tage nachdem ihr Mann mit dem Natel nach Hause gekommen sei, habe er ihr gesagt, dass sie bei einer allfälligen Nachfrage der Polizei erklären solle, dass sie ihm das Natel geschenkt habe. Deshalb habe sie anfänglich auch die Polizei angelogen. Anlässlich der untersuchungsrichterlichen

A. 5.3

Einvernahme vom 30. März 1999 gab die Ehefrau des Angeklagten als Auskunftsperson befragt sodann zu Protokoll, dass sie ca. September/Oktober 1997 auf der Heimfahrt von ihrer Arbeit das Natel in einem Plastiksack auf einem Sitz im Zugabteil gefunden und dieses an sich genommen habe. Es sei niemand dort gewesen. Zuhause habe sie das Natel ihrem Mann als Geschenk übergeben, wobei sie ihm damals über die Herkunft nichts gesagt habe.

c) Die Vorinstanz erachtete die Aussagen der Ehefrau des Angeklagten, die sie bei der polizeilichen Befragung zu Protokoll gegeben hatte, als überzeugend, demgegenüber sie die vor dem Untersuchungsrichter deponierten Aussagen als unglaubhaft wertete. Der von der Vorinstanz gefällte Schuldspruch beruht vor allem auf den Aussagen der Ehefrau vom 10. Dezember 1998.

2. Die Verteidigung rügt, dass die Einvernahme der Ehefrau des Angeklagten vom 10. Dezember 1998 ohne Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht durchgeführt worden sei. Ihre Aussagen seien deshalb ungültig und somit aus den Akten zu weisen.

a) § 47 Abs. 1 StPO besagt, dass jedermann verpflichtet ist, der gerichtlichen Polizei, den Untersuchungsbehörden und dem Gericht Auskunft zu erteilen. Die Bestimmungen über die Zeugen und das Zeugnisverweigerungsrecht der Zivilprozessordnung gelten auch im Strafverfahren (§ 47 Abs. 2 StPO). So hält § 132 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ausdrücklich fest, dass Aussagen verweigert werden können, die zur Schande oder zum unmittelbaren Nachteil des Zeugen oder ihm nahestehender Personen gemacht werden müssten. Ist dieser Hinweis unterblieben, obwohl der Zeuge die Aussage hätte verweigern dürfen, so ist das Zeugnis ungültig (§ 136 Abs. 2 ZPO). Sodann kennt die schwyzerische Strafprozessordnung das Institut der Auskunftsperson (§ 47 Abs. 3 StPO). Die Auskunftsperson ist eine Beweisfigur, welche eine Stellung zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugen einnimmt. Sie ist geschaffen für Personen, welche aus verschiedenen Gründen nicht als Zeugen geeignet erscheinen, aber auch nicht als Beschuldigte behandelt werden sollen (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Auflage, Rz. 1 zu § 63). Die Auskunftsperson hat eine Erscheinungspflicht, hingegen keine strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht wie der Zeuge. Dennoch muss auch die lediglich als Auskunftsperson befragte Person auf das Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne von § 132 ZPO hingewiesen werden, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass die befragte Person sich darauf berufen kann (EGV-SZ 1990, Nr. 51; § 47 Abs. 3 StPO i.V.m. § 136 Abs. 2 ZPO).

b) Unbestritten ist, dass das polizeiliche Einvernahmeprotokoll von R. – der Ehefrau des Angeklagten – vom 10.12.1998 keinen Hinweis auf das Zeugnisverweigerungs- bzw. Aussageverweigerungsrecht enthält und

im Übrigen auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Ehefrau des Angeklagten mündlich darauf hingewiesen worden wäre. Die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht sind nun aber bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren zu beachten. In § 15 StPO, welche Bestimmung sich zur gerichtlichen Polizei äussert, wird u.a. festgehalten, dass zur Befragung Personen auf den Polizeiposten vorgeladen oder nötigenfalls mitgenommen werden können (Abs. 1 erster Satz) und dass die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht zu beachten sind (Abs. 2). § 15 Abs. 2 StPO weist bezüglich der Befragung vor der Polizei – mithin wenn keine formellen Zeugenbefragungen stattfinden – also ausdrücklich darauf hin, dass die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht zu beachten sind (vgl. auch § 8 Abs. 3 des Reglements über die Organisation und die Befugnisse der gerichtlichen Polizei vom 23. Dezember 1974). Unterblieb der Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht im polizeilichen Ermittlungsverfahren, dürfen die entsprechenden Aussagen insoweit nicht verwertet werden, als der Zeuge im anschliessenden Untersuchungsverfahren zwar trotz Hinweis auf sein Zeugnisverweigerungsrecht aussagt, aber anders als vor der Polizei (Hauser/Schweri, a.a.O., Rz. 12 zu § 62 mit Verweis).

c) Die Ehefrau des Angeklagten wurde vom Untersuchungsrichter am 30. März 1999 als Auskunftsperson unter Hinweis auf ihr Aussageverweigerungsrecht nochmals einvernommen. Diese Aussagen sind korrekt zustande gekommen und somit verwertbar. Indessen hat die Ehefrau des Angeklagten vor dem Untersuchungsrichter eine andere Version über die Herkunft des Natels zu Protokoll gegeben als vor der Polizei am 10. Dezember 1998. Bei dieser Sachlage ist das polizeiliche Einvernahmeprotokoll vom 10. Dezember 1998 wegen fehlenden Hinweises auf das Zeugnis- resp. Aussageverweigerungsrecht im Sinne von § 132 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO für die Beweiswürdigung nicht verwertbar. Indessen ist dem Antrag der Verteidigung, das fragliche Einvernahmeprotokoll aus den Strafakten zu entfernen, mangels einer gesetzlichen Vorschrift nicht stattzugeben (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Rz. 606 zu § 38).

3. Die Verteidigung wies sowohl in ihrer Berufungserklärung als auch anlässlich der Berufungsverhandlung darauf hin, dass jeder Angeschuldigte gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Recht habe, mindestens einmal während des Verfahrens an den Belastungszeugen Fragen zu stellen oder stellen zu lassen. Das sei vorliegend nicht der Fall gewesen, weshalb (gegebenenfalls) eine Konfrontation zwischen der Ehefrau des Angeklagten und dem Angeklagten notwendigerweise durchzuführen sei.

a) Gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Angeschuldigte das Recht, mindestens einmal mit den ihn belastenden Aussagen konfrontiert zu werden, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (vgl. ZR 83/1984, Nr. 27; BGE 118 Ia 459ff.; BGE 118 Ia 468; BGE 124 I 286f.; BGE 125 I 127ff.; Pra 6/2001, Nr. 93). War dies nicht der Fall und

A. 5.3

will man auf die belastenden Aussagen abstellen, so ist diese Einvernahme zu wiederholen resp. das Versäumte nachzuholen. Von der Rechtsprechung wird nicht gefordert, dass ein Zeuge stets vor Gericht und öffentlich auszusagen hätte. Die Verwendung von Aussagen, die im Vorverfahren gemacht worden sind, sind als solche nicht unvereinbar mit den Garantien von Art. 6 EMRK, sofern die Rechte der Verteidigung respektiert worden sind. In der Regel erfordern diese Rechte, dass der Angeklagte eine angemessene und ausreichende Gelegenheit zur Widerlegung und Befragung eines Belastungszeugen entweder zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser seine Aussage macht, oder in einem späteren Verfahrensstadium erhält (BGE 125 I 132f.). Es soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen (BGE 125 I 133). Ist eine Konfrontation nicht mehr möglich, weil zum Beispiel der Zeuge verstorben oder unauffindbar ist (vgl. BGE 124 I 285), sind die früher gemachten Zeugenaussagen dennoch verwertbar, wenn der Beschuldigte dazu hinreichend Stellung nehmen konnte, die Aussagen sorgfältig geprüft werden und ein Schuldspruch nicht allein darauf abgestützt wird (BGE 124 I 286; ZR 100/2001, Nr. 13). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts untersteht das Recht, Belastungs- und Entlastungszeugen zu befragen, dem (kantonalen) Verfahrensrecht. Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt absoluter Charakter zu. Er gilt uneingeschränkt in all jenen Fällen, in denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, das Zeugnis also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (BGE 125 I 135).

b) Die Ehefrau des Angeklagten wurde vom Untersuchungsrichter in Abwesenheit des Angeklagten befragt. Der Angeklagte hatte weder die Möglichkeit – noch ist anhand der Akten ersichtlich, dass ihm diese Möglichkeit eingeräumt worden wäre, er aber auf die Ausübung seines Rechts ausdrücklich verzichtet hätte – an der Einvernahme teilzunehmen, noch wurde ihm in der Folge ausdrücklich Gelegenheit gegeben, Ergänzungsfragen an die Befragte zu stellen oder stellen zu lassen. Dass der Angeklagte auf weitere Beweiserhebungen nach Aktenaufnahme verzichtet hat, darf dem damals nicht verteidigten Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen. Genauso wenig vermag der Umstand, dass er stets an seiner Version festgehalten hat, nichts an seinen Verfahrensrechten zu ändern. Auch ist vorliegend irrelevant, dass es sich bei der Befragten um die Ehefrau des Angeklagten handelt und eine mögliche Absprache nicht von der Hand zu weisen ist. Ausschlaggebend ist, dass es sich bei der Aussage der Ehefrau des Angeklagten um ein wesentliches Beweismittel handelt und somit für die Beweismittelwürdigung von Bedeutung ist, weshalb die aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK fließenden Ansprüchen auf ein faires Verfahren und Berücksichtigung der Verteidigungsrechte zu wahren sind. Die Ehefrau

des Angeklagten ist deshalb nochmals einzuvernehmen. Dabei ist dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, der Einvernahme beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen oder stellen zu lassen.
(Urteil vom 4. September 2001; KG 115/00 SK).

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Grundbuchberichtigung

– *Nachweis der Unrichtigkeit des Eintrags im Grundbuch. Doppeleintrag im Grundbuch infolge Doppelverkaufs derselben Liegenschaft*

Aus dem Sachverhalt:

A. a) Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 5. Oktober 1972 verkauften die Eheleute A. dem Beklagten ab Grundbuch B. GB Nr. C die Parzellen KTN D, E, F, G und H mit einer Gesamtfläche von 7909 m², wovon 410 m² auf die vorliegend streitige KTN G entfielen. Für diese fünf Parzellen wurde das neue Hauptbuchblatt GB Nr. I als Sammelblatt bis zur erfolgten Neuparzellierung der Kaufparzellen eröffnet. Im erwähnten Kaufvertrag wurde unter Ziffer 6 bestimmt, dass der Besitzesantritt und die Eigentumsübertragung hinsichtlich der Parzelle KTN G aufgeschoben werde, bis der Landverkauf an Frau J. rechtsgültig abgeschlossen sei. Die KTN G war durch Mutation Nr. K. vom 15. Dezember 1961 begründet worden.

Im Anschluss an den Vertrag vom 5. Oktober 1972 wurde die Mutation Nr. L vom 8. Dezember 1972 durchgeführt. Diese ergab in Bezug auf KTN G 679 m² für J. und 402 m² für den Beklagten. Die Mutation Nr. L wurde von den Eheleuten A., dem Beklagten und J. unterzeichnet.

Mit öffentlich beurkundetem Abänderungsvertrag vom 8. Februar 1973 zum Kaufvertrag vom 5. Oktober 1972 wurde zwischen den Eheleuten A. einerseits und dem Beklagten andererseits vereinbart, dass Letzterer ab KTN G einen Restbestand von 450 m² statt der 410 m² gemäss Kaufvertrag vom 5. Oktober 1972 erwerbe. Unter Ziffer 5 wurde das Notariat B. mit der Anmeldung des Kaufvertrages vom 5. Oktober 1972, inklusive die heutige Abänderung, im Grundbuch beauftragt.

b) Gleichtags, das heisst am 8. Februar 1973, verkauften die Eheleute A. mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag ab ihrem im Grundbuch B. gelegenen Grundstück GB Nr. C, KTN G die nach den beiden Ver-

A. 7.1

käufen an den Beklagten noch verbliebenen 559 m² an J. Für diese 559 m² Land wurde das neue Hauptbuchblatt GB Nr. M mit der neuen KTN N eröffnet. Im Kaufvertrag wurde unter Ziffer 1 festgehalten, dass sich die Grundstückabtrennung auf die von den Parteien (A./J./O.) unterzeichnete Mutationstabelle Nr. L des Grundbuchgeometers vom 8. Dezember 1972 stütze.

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 8. Februar 1973 verkaufte der Beklagte ab seinem im Grundbuch B. gelegenen Grundstück GB-Blatt Nr. I 120 m² Land an Frau J., und zwar ab KTN G 48 m² und ab KTN H 72 m², wobei festgehalten wurde, dass diese 120 m² Land mit GB-Blatt Nr. M, KTN N, vereinigt werden. Auch in diesem Vertrag ist unter Ziffer 1 erwähnt, dass sich die Grundstücksabtrennung auf die von den Parteien (A./J./O.) unterzeichnete Mutationstabelle Nr. L des Grundbuchgeometers vom 8. Dezember 1972 stütze.

c) Die vom Nachführungsgeometer für die vorgenannten Grundbuchgeschäfte erstellte Mutationstabelle Nr. L vom 8. Dezember 1972 wurde von allen drei beteiligten Parteien A./J./O. unterzeichnet. Aufgrund dieser Mutationstabelle sollte die KTN G im Restbestand von 402 m² beim Beklagten verbleiben, was an sich im Widerspruch zum ursprünglichen Kaufvertrag vom 5. Oktober 1972 stand. Denn nach diesem Vertrag erwarb der Beklagte von den Eheleuten A. ab KTN G 410 m² Land, womit die Restparzelle mit der Katasterbezeichnung Nr. G als Eigentum beim Ehepaar A. verblieb. Demzufolge verkauften denn auch die Eheleute A. am 8. Februar 1973 die verbliebene Restparzelle KTN G an J., auch wenn dies aus dem Kaufvertrag selbst nicht so klar hervorgeht, weil für diese Parzelle die neue KTN N eröffnet wurde. Die Bezeichnung «KTN G» war nun wieder frei und wurde aufgrund der Mutationstabelle Nr. L für die vom Beklagten am 5. Oktober 1972/8. Februar 1973 von den Eheleuten A. erworbenen Flächen benützt.

d) Im Flächenverzeichnis der KTN G wurden die Verkäufe an den Beklagten und an J. aufgrund der Abfolge der Einträge nicht sofort nachgetragen. Nach der Löschung der Gesamteigentümer A. wurde zuerst der Kläger als neuer Eigentümer und später der Beklagte eingetragen. Ein Eintrag von J. als Eigentümerin eines Teils der KTN G fehlt gänzlich.

B. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 24. April 1980 schlossen der Kläger als Käufer und Dr. A. (seine Frau war zwischenzeitlich verstorben) als Verkäufer einen Kaufvertrag über das im Grundbuch B. gelegene Grundstück GB Nr. C «Q.». Gemäss Kaufvertrags-Exemplar des Klägers und von Dr. A. bestand dieses aus den Parzellen KTN R (19490 m²), S (488 m²) und G (402 m²), gemäss dem im Tagebuch des Notariats B. abgelegten Exemplar des Kaufvertrages vom 24. April 1980 indessen nur aus den Parzellen KTN R und S. Dieses Exemplar des Grundbuchamtes ist mit denjenigen der damaligen Vertragsparteien nicht identisch.

Ebenso fehlt dazu im Tagebuchexemplar auf Seite 2 die Ziff. 1.4, nämlich die Klausel bezüglich der KTN G mit den 402 m² Land. Im Grundbuch wurden die Eheleute A. als Eigentümer von GB Nr. C «Q.» gestrichen und der Kläger als neuer Eigentümer eingetragen. Aus dem Flächenverzeichnis von KTN G ergibt sich, dass der Kläger zunächst als Eigentümer von KTN G aufgeführt und danach zugunsten des Beklagten gestrichen wurde. Umstritten ist insofern, ob die Eigentümerstellung des Klägers gemäss GB Nr. C auch die Parzelle KTN G umfasst. Der Beklagte bestreitet dies und macht geltend, er sei vor diesem Verkauf als Eigentümer von KTN G im GB-Blatt Nr. I eingetragen worden.

C. Die KTN D, E, F, G und H wurden mittels Mutation Nr. 3833 am 19. Mai 1989 zur einzigen KTN D vereinigt. Der zuständige Notar ging dabei vom Inhalt von GB-Blatt Nr. I aus, das den Beklagten als Eigentümer aufführte. Zu diesem Zeitpunkt – so der jetzige Notar – hätten keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass zu einem früheren Zeitpunkt unrechtmässig Veränderungen vorgenommen worden wären.

D. Mit Eingabe vom 5. März 1992 ersuchte der Kläger das Vermittleramt B. um Ansetzung einer Sühneverhandlung zwecks Berichtigung des Grundbuchs B. Die Sühneverhandlung fand am 6. April 1992 statt, brachte aber zwischen den Parteien keine Einigung, weshalb das Vermittleramt B. tags darauf die Weisung ausstellte.

Am 24. Juni 1992 beantragte der Kläger vor Bezirksgericht B. die Anweisung des Grundbuchamtes B., das Grundbuch B. dahingehend zu berichtigen, die Fläche der ehemaligen KTN G von 402 m² wieder als eigene Katasterfläche auszuscheiden, und diese Katasterfläche wieder als Bestandteil von GB Nr. C B. einzutragen.

Mit Klageantwort vom 1. Dezember 1992 trug der Beklagte auf Abweisung der Klage an.

Nach Durchführung eines Beweisverfahrens und der Stellungnahme der Parteien hiezu wies das Bezirksgericht B. mit Urteil vom 18. Dezember 1997 die Klage ab (Dispositivziffer 1), überband die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 7400.– dem Kläger (Dispositivziffer 2) und verpflichtete diesen, den Beklagten ausserrechtlich mit Fr. 5796.90 (inkl. MwSt.) zu entschädigen (Dispositivziffer 3).

E. Mit Eingabe vom 23. Januar 1998 erklärte der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts B. vom 18. Dezember 1997 und beantragte in Aufhebung des angefochtenen Urteils Gutheissung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zulasten des Beklagten.

(...)

b) (...)

A. 7.1

Gleichen Tags beschloss das Kantonsgericht zur Prüfung der Frage eines Doppelseintrags von KTN G abzuklären, ob es möglich sei, das Alter bzw. die zeitliche Abfolge der mit Tinte erfolgten Originaleinträge im GB-Blatt Nr. I, Grundbuch B., und im GB-Blatt Nr. M, Grundbuch B., sowie der mit Bleistift erfolgten Originaleinträge im GB Nr. C, Grundbuch B., mittels Expertise zu bestimmen.

Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien vom 9. Dezember 1999 zu der vom Kantonsgericht vorgeschlagenen Sachverständigenauswahl und zur Fragestellung wurde das Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich am 17. Januar 2000 mit der Vorabklärung beauftragt. Mit Schreiben vom 27. Januar 2000 teilte das Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich mit, auf analytischem Weg könne das effektive Alter von Schreibefärbungsmitteln nicht bestimmt werden. Es lägen auch keine Spurenkongregationen vor, bei welchen festgestellt werden könnte, welcher fragliche Eintrag über bzw. unter dem andern geschrieben worden sei.

Aus den Erwägungen:

4. Unbestrittenermassen ist der Beklagte heute als Eigentümer der KTN G eingetragen, und zwar ist die KTN G als Bestandteil von GB-Blatt Nr. I ausgewiesen. Unbestritten ist auch, dass Dr. A. diese Parzelle zweimal verkaufte, einmal an den Beklagten (im Jahre 1972 bzw. 1973) und einmal an den Kläger im Jahre 1980, wobei den Verpflichtungsgeschäften jeweils auch die Verfügungsgeschäfte folgten und zwar mit Anmeldung des Verkaufs zum Eintrag ins Grundbuch.

Die Eintragungsverhältnisse präsentieren sich so, wie sie nach dem Verkauf der Parzelle KTN G an den Beklagten sowie an Frau J. am 8. Februar 1973 hätten sein sollen.

a) ...

b) Der Kläger hat nach dem Gesagten sein besseres Recht nachzuweisen, indem er die Vermutung zugunsten des Eigentums des Beklagten an KTN G zu Fall bringt und die Unrichtigkeit des Eintrags nachweist. Zu diesem Nachweis gehören, dass er die Parzelle KTN G am 24. April 1980 gutgläubig und im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben hat, sowie dass der Beklagte im April 1980 nicht als Eigentümer der fraglichen Parzelle eingetragen war und der Kläger in der Folge als Eigentümer der KTN G aufgrund der Manipulationen des damaligen Grundbuchverwalters in unzulässiger Weise gelöscht wurde. Denn kommt dem Beklagten die Vermutung des Rechts aus seinem Eintrag zugute, muss der Kläger eben diese Vermutung zu Fall bringen.

aa) Nach dem Gesagten kommt dem Beklagten einerseits die Vermutung von Art. 937 ZGB zu und sind andererseits im Bereich von GB Nr. C Manipulationen vorgenommen worden, namentlich in Bezug auf die

Streichung von KTN G unter dem «*Liegenschaftsbestand*», auf dem Kaufvertrag (durch Unterdrückung Ziff. 1.4 bezügl. KTN G) und dem Flächenverzeichnis von KTN G (durch Streichung des Klägers zugunsten des Beklagten). Der Kläger beruft sich auf Art. 973 ZGB, wonach er in seinem Erwerb zu schützen sei, da er sich gutgläubig auf das Grundbuch verlassen habe. Der Beklagte demgegenüber macht das Vorliegen eines Doppeleintrags geltend.

bb) Ein Doppeleintrag liegt vor, wenn für dasselbe Grundstück versehentlich zwei Hauptblätter geführt werden und sich die Eintragungen auf den beiden Blättern widersprechen. Diesfalls kann mangels Publizitätsschutzes keines der Blätter den Vorrang haben. In diesem Fall ist nur der Erwerb vom wahren Berechtigten möglich (Homberger, a.a.O., N 6 zu Art. 973 ZGB; Jenny, *Der öffentliche Glaube des Grundbuches*, Diss. Fribourg, 1926, S. 140ff.; anderer Ansicht Wieland, a.a.O., Ziff. 14 zu Art. 974 ZGB und Ostertag, a.a.O., N 26 zu Art. 973 ZGB, wonach sich widersprechende Einträge aufheben und kein Erwerber Eigentümer werde). Nach herrschender Ansicht kann sich bei Doppeleintragung keine Partei auf die Schutzwirkung von Art. 973 ZGB berufen, soweit sich die Einträge auf den beiden Blättern widersprechen. Denn das eine Blatt hat so wenig den Vorzug wie das andere. Hier ist nach den Grundsätzen des materiellen Rechts der wahre Eigentümer zu ermitteln (Jenny, a.a.O., S. 142). Dieser Ansicht ist zuzustimmen, ist es doch nicht praktikabel, bei sich widersprechenden Einträgen davon auszugehen, kein Erwerber sei Eigentümer geworden. Gerade wenn Widersprüche erst viel später entdeckt werden, führt nur die Ermittlung des wahren Eigentümers zu einer sachgerechten Lösung.

cc) Das Kantonsgericht beschloss am 27. Oktober 1999 in Bezug auf die Frage eines Doppeleintrags abzuklären, ob es möglich sei, das Alter bzw. die zeitliche Abfolge der mit Tinte relevanten Eintragung in den GB-Blättern Nr. C, I und M zu ermitteln. Im Rahmen einer Vorabklärung zur Feststellung der zeitlichen Abfolge der vorliegend massgeblichen Originaleinträge teilte die Kriminaltechnische Abteilung der Kantonspolizei Zürich in ihrem Bericht vom 27. Januar 2000 mit, dass es nicht möglich sei, auf analytischem Weg das effektive Alter von Schreibeinfärbungsmitteln zu bestimmen. Zwischen den fraglichen Einträgen bestünden auch keine speziellen Spurenkonstellationen bei den Schreibeinfärbungsmitteln, welche eine Aussage zum relativen Alter erlauben würden. Eine indirekte Altersbestimmung der fraglichen Einträge sei daher nicht möglich. Dass in Bezug auf die fragliche KTN G kein Doppeleintrag vorgelegen hätte und dass der Beklagte nicht bereits im April 1980 als Eigentümer von KTN G im GB-Blatt Nr. I eingetragen gewesen wäre, kann damit nicht von vornherein bejaht werden. Insbesondere gelingt es dem Kläger auch unter Berücksichtigung der zeitlichen Abfolge nicht darzutun, dass am 24. April 1980, als er das Verpflichtungsgeschäft mit

A. 7.1

Dr. A. abgeschlossen hat, der Beklagte nicht als Eigentümer von KTN G eingetragen war, und dass er – der Kläger – das Eigentum an KTN G erworben habe. Daran vermag selbst die Berücksichtigung, dass der Kaufvertrag des Klägers mit Dr. A. manipuliert resp. Ziff. 1.4 betr. KTN G entfernt sowie der Beklagte im Flächenverzeichnis von KTN G gestrichen wurde, nichts zu ändern. Denn diese Indizien und Manipulationen vermögen nach dem Gesagten nicht auszuschliessen, dass der Eintrag des Beklagten als Eigentümer von KTN G gleichentags zusammen mit den Eintragungen auf GB-Blatt Nr. M von Frau J. erfolgt sind, zumal in Bezug auf letzteres Blatt nicht bestritten wird, dass die Eintragungen zugunsten von Frau J. im Februar 1973 erfolgt sind. Auch wenn insoweit die Altersbestimmungen in Bezug auf die Schreibeinfärbungsmittel nicht vorgenommen werden können und ein direkter Beweis zum Alter der Einträge nicht möglich ist, besteht doch aus dem Zusammenhang der drei Verträge ein starkes Indiz für den Eintrag des Beklagten vor April 1980 (vgl. oben E. 4a).

Auch insoweit der Kläger geltend machen sollte, dass mangels Eintragung des Beklagten im Flächenverzeichnis von KTN G der Beklagte kein Eigentum an KTN G erworben haben soll, dringt er damit nicht durch. Das Flächenverzeichnis ergänzt zwar das Hauptbuch, entscheidend für die Entstehung des Rechts ist indessen der Eintrag auf dem Hauptbuchblatt; die Nebenbücher erhalten nur Bedeutung als Bestandteile des Grundbuches, wenn das Hauptbuch ausdrücklich auf sie verweist (Homburger, a.a.O., N 5 zu Art. 973 ZGB). Infolgedessen kann aus dem Nichteintrag des Beklagten im Flächenverzeichnis von KTN G vor 1980 allein nicht auf eine Nichteintragung des Beklagten als Eigentümer von KTN G auf GB-Blatt Nr. I geschlossen werden.

Damit vermag der Kläger weder nachzuweisen, dass bezüglich der KTN G im Jahre 1980 kein Eintrag zugunsten des Beklagten bestand, noch dass der Beklagte erst nach dem 24. April 1980 als Eigentümer der fraglichen Parzelle eingetragen wurde. Auch wenn unbestrittenermassen Manipulationen des damaligen Grundbuchführers in Bezug auf die Einträge auf GB Nr. C und dem Flächenverzeichnis von KTN G vorgenommen wurden und dadurch das Vertrauen in den Grundbuchführer erschüttert wurde, gelingt es dem Kläger nicht, die Vermutung zugunsten des eingetragenen Eigentümers zu entkräften. Denn eine gesetzliche Vermutung kann lediglich durch den Beweis des Gegenteils beseitigt werden, was indessen nur durch den vollen Beweis erbracht werden kann; nicht genügen kann, dass das Fehlen der vermuteten Tatsache wahrscheinlicher ist, als ihr Vorliegen (Kummer, Berner Kommentar, 1962, N 338f. zu Art. 8 ZGB). Ebenso ist nicht ersichtlich, dass die Anforderungen an den Beweis hier gemildert werden sollen. Auch wenn die Darstellung des Klägers in Bezug auf das Vorgehen des damaligen Grundbuchführers und damit auf den Nichteintrag des Beklagten als Eigentümer von KTN G nicht von

vornherein ausgeschlossen ist, können für den Nachweis, dass die KTN G erst nach April 1980 als Bestandteil von GB-Blatt Nr. I eingetragen worden ist, Zweifel oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit nicht genügen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch die Einvernahmen des damaligen Notars T. und von Frau U. zum Beweis des Nichteintrags des Beklagten im April 1980 nichts beizutragen vermögen.

Auch die Berücksichtigung der Manipulationen im Bereich von GB Nr. C – namentlich die Streichung von KTN G auf dem Hauptblatt, die Streichung des Klägers im Flächenverzeichnis von KTN G sowie die Manipulation des Kaufvertrags (Tagebuchexemplar) – vermögen die Einrede des Beklagten, es habe bereits im April 1980 eine Doppeleintragung bestanden, nicht zu entkräften. Auch wenn in Bezug auf das relative Alter der fraglichen Eintragungen bzw. Löschungen kein direkter Beweis möglich ist und das relative Alter der Eintragungen weder analytisch noch aufgrund von Spurenkonstellationen ermittelt werden kann, bestehen nach dem Gesagten doch gewichtige Indizien, welche für die Annahme eines Doppeleintrags sprechen, namentlich die zeitliche Abfolge der Verträge in den Jahren 1972 und 1973 sowie die Einträge auf dem Grundstück GB-Blatt Nr. M (vgl. im Einzelnen E. 4a vorne), weshalb das Kantonsgericht beweismässig das Vorliegen eines Doppeleintrags als erstellt erachtet (vgl. BGE 104 II 75). Das Gericht hält es für wahrscheinlich, dass die Eintragung des Beklagten im Flächenverzeichnis KTN G und die Streichung auf GB Nr. C am 8. Februar 1973 unterblieben sind, weil das GB Nr. C – nach der Abwicklung des grössten Teils des Verkaufs im Herbst 1972 – nicht mehr konsultiert wurde, indessen aber die Eintragungen auf den GB-Blättern Nr. I und M vorgenommen worden sind. Wäre der Beklagte im Februar 1973 tatsächlich nicht Eigentümer geworden, hätte er den Verkauf eines Teils von KTN G an Frau J. nicht tätigen können.

5. Liegt ein Doppeleintrag vor, beurteilt sich die Frage, wer Eigentümer ist, nach der materiellen Rechtslage. Dabei kommt Art. 973 ZGB unter den Parteien des unverbindlichen Rechtsgeschäfts nicht zur Anwendung (Ostertag, a.a.O., N 13 zu Art. 973 ZGB).

a) Grundeigentum kann mittels Eintragung im Grundbuch aufgrund eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs erworben werden. Dabei setzt der rechtsgeschäftliche Erwerb ein gültiges Rechtsgeschäft voraus, welches auf einem gültigen Erwerbsgrund und einer Erwerbshandlung, nämlich einer Anmeldung an den Grundbuchverwalter, den Erwerber als neuen Eigentümer einzutragen, sowie den nachfolgenden Eintrag in das Hauptbuch beruht (vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB). Die Eintragung ist insoweit konstitutiver Natur (absolutes Eintragungsprinzip; Steinauer, a.a.O., SJK 318, S. 3; derselbe, a.a.O., SJK 1279, S. 4f.).

Nach dem Gesagten entstehen die dinglichen Rechte gemäss Art. 972 Abs. 1 ZGB mit ihrer Eintragung in das Hauptbuch. Das Eigentum am Grundstück geht somit mit sämtlichen damit verbundenen Wirkungen

A. 7.1

erst mit der Eintragung in das Hauptbuch auf den Erwerber des Grundstücks über. Der Veräusserer bleibt daher so lange Eigentümer, und zwar grundsätzlich mit allen daraus abzuleitenden Rechten, bis die Eintragung im Hauptbuch vollzogen ist (Schmid, a.a.O., N 17 zu Art. 948 ZGB und N 35 zu Art. 972 ZGB mit Verweis auf BGE 115 II 221, E. 4a, S. 226; Art. 972 Abs. 1 ZGB). Schliesst er einen neuen Veräusserungsvertrag ab mit einem Dritten und meldet lediglich diesen Vertrag zur Eintragung im Grundbuch an, verletzt er seine Vertragspflicht gegenüber dem ersten Erwerber und schuldet ihm Schadenersatz. Das Rechtsgeschäft, mit dem er über das Grundstück zugunsten des zweiten Erwerbers verfügt hat, bleibt hingegen gültig (Steinauer, a.a.O., SJK 318, S. 4) und führt insoweit nicht zu einem ungültigen Eintrag (Schmid, a.a.O., N 7 zu Art. 974 ZGB unter Hinweis auf Ostertag, a.a.O., N 3 zu Art. 974).

b) Ein Eintrag entbehrt eines gültigen Rechtsgrundes, wenn er auf einem ungültigen Rechtsgeschäft beruht, sei es, weil dieses nichtig, einseitig unverbindlich oder anfechtbar und für ungültig erklärt worden ist (Deschenaux, a.a.O., S. 742; Haab, Zürcher Kommentar, 1977, N 4 zu Art. 656 ZGB). Diesfalls verschafft sie dem Eingetragenen kein Recht (Haab, a.a.O., N 4 zu Art. 656 ZGB); zwischen den Beteiligten erzeugt die Grundbucheintragung grundsätzlich keine Wirkungen, wenn das Rechtsgeschäft ungültig ist (Laim, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1998, N 5 zu Art. 656 ZGB). Ein gültiger Rechtsgrund umfasst auch die Dispositionsfähigkeit des Veräusserers (Haab, a.a.O., N 8 zu Art. 656 ZGB). Die Ungültigkeit des Verfügungsgeschäfts beruht meist darauf, dass demjenigen, der die Anmeldung vorgenommen hat, die Verfügungsmacht gefehlt hat (Deschenaux, a.a.O., S. 744). Die Verfügungsmacht des Veräusserers ist Voraussetzung eines gültigen Verfügungsgeschäfts (Deschenaux, Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, I, 1988, S. 270). Sie steht grundsätzlich dem Eigentümer zu, der sein Grundstück veräussert. Aus der Sicht der an den Grundbuchverwalter gerichteten Anmeldung drückt dies Art. 963 Abs. 1 ZGB aus.

c) Nach dem Gesagten veräusserten die Eheleute A. die streitige Parzelle KTN G am 8. Februar 1973 im Halte von 559 m² an Frau J. und im Umfang von 450 m² an den Beklagten. Gleichzeitig wurde jeweils das Notariat B. mit der Anmeldung des Kaufvertrages beauftragt (Ziff. 7 des Kaufvertrages mit Frau J. und Ziff. 6 des Kaufvertrages mit dem Beklagten). Somit wurde die materielle Eintragungsbewilligung mit dem obligatorischen Rechtsgrundgeschäft verknüpft (vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 1964, N 34 zu Art. 656 ZGB). Damit haben die Veräusserer, die Eheleute A., die schriftliche Erklärung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB abgegeben und insoweit ihre Verfügungsbefugnis und damit ihre Rechtsstellung als Eigentümer aufgegeben, und somit all das vorgekehrt, was es ihrerseits zur Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung aus dem Grundgeschäft bedarf (vgl. BGE 115 II 229f). Denn die Grundbuchanmeldung gilt

nach dem Gesagten als Willenserklärung des Eigentümers zur Vornahme des Eigentumswechsels, wobei Letzteres erst mit der Eintragung im Hauptbuch herbeigeführt wird (BGE 115 II 229). Die Eheleute A. haben demnach mit der Grundbuchanmeldung ihre Verfügungsbefugnis aufgegeben.

Die Anmeldung des Kaufvertrages zwischen den Eheleuten A. und dem Beklagten vom 5. Oktober 1972, des Abänderungsvertrages zwischen denselben Parteien vom 8. Februar 1973 zum Kaufvertrag vom 5. Oktober 1972 und des Kaufvertrages zwischen den Eheleuten A. und J. vom 8. Februar 1973 wurden ins Urkundenprotokoll (= Tagebuch, in welches alle Eintragungen, Vormerkungen und Anmerkungen aufgenommen werden) eingetragen. Diese Einschreibung in das Urkundenprotokoll galt zugleich als Anmeldung zur Eintragung ins Grundbuch (§ 56 Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte, die Anlage und Führung des eidgenössischen Grundbuches; SR SZ 213.410), was von den Parteien nicht bestritten wird. Damit haben die Eheleute A. in Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung über ihr Grundstück verfügt und ihre Rechtsstellung als Eigentümer aufgegeben. Dass diese Rechtsgeschäftsabwicklung insoweit mangelhaft war – mit Ausnahme des behaupteten Nichteintrags des Klägers –, wird weder geltend gemacht noch ist dies aus den Akten ersichtlich.

Infolgedessen hat Dr. A., als er die Parzelle KTN G an den Kläger im April 1980 verkaufte, keine Verfügungsmacht mehr besessen. Er konnte demnach das Kaufgeschäft mit dem Kläger nicht mehr rechtsgültig schliessen, nachdem die Verträge zwischen den Eheleuten A. und dem Beklagten am 8. Februar 1973 zur Eintragung in das Grundbuch angemeldet wurden (vgl. Urk. Reg. Nr. 283/73) und nach dem Gesagten davon auszugehen ist, dass der Beklagte als Eigentümer von KTN G im GB-Blatt Nr. I eingetragen wurde.

Zusammenfassend ist der Beklagte als rechtmässiger und wahrer Eigentümer zu betrachten.
(Urteil vom 23. Januar 2001; KG 36/98 ZK).

B. VERWALTUNGSGERICHT

1. Verfahren

1.1 Verwaltungsgerichtliches Klageverfahren

– *Untersuchungsgrundsatz. Erhöhte Bedeutung der Mitwirkungspflicht.*

Aus den Erwägungen:

2. Im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren gilt grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz verbunden mit der Mitwirkungspflicht der Parteien als Korrelat (§§ 18f. i.V.m. § 70 VRP). Allerdings ist dieser Grundsatz insofern zugunsten der Verhandlungsmaxime einzuschränken, als im Klageverfahren mangels eines vorinstanzlichen Entscheides der massgebliche rechtserhebliche Sachverhalt möglichst eingehend darzustellen ist. Das Gericht beschränkt sich primär darauf, die Vorbringen der Parteien zu prüfen und die angebotenen, rechtlich erheblichen und tauglichen Beweise abzunehmen (Kölz/Bosshart/Röhl, RGB-ZH, 2.A., N 12 zu § 83 und N 1 zu § 86).

(VGE 1011/00 vom 30. März 2001).

1.2 Aufschiebende Wirkung. Entzug (§ 42 Abs. 2 VRP).

– *bei Baubeschwerden (§ 85 PBG).*

Aus den Erwägungen:

1. Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, soweit durch Rechtssatz nichts anderes bestimmt wird (§ 42 Abs. 1 VRP). Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung *ausnahmsweise* entziehen; dieselbe Befugnis steht der Rechtsmittelinstanz nach Einreichung der Beschwerde zu (§ 42 Abs. 2 VRP). Im Zusammenhang mit Arbeitsvergebungen erkannte das Gericht, dass zeitliche Dringlichkeit grundsätzlich den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht zu begründen vermag (EGV-SZ 1999, S. 54).

2. Mit den Bauarbeiten darf erst begonnen werden, wenn die *Baubewilligung* und die Entscheide über öffentlich- und zivilrechtliche Einsprachen *rechtskräftig* sind (§ 85 PBG). Die Bewilligungsbehörde verfügt die Einstellung von Bauarbeiten, die der erteilten Bewilligung widersprechen

oder ohne Bewilligung in Angriff genommen worden sind § 87 Abs. 1 PBG). Der Gesetzgeber verlangt mithin zwingend, dass bei Baubeginn die zu konsumierende Baubewilligung formell rechtskräftig ist (vgl. BGE 119 Ib 302f. im Zusammenhang mit forstpolizeilichen Verfügungen). Die Möglichkeit eines vorzeitigen Baubeginns ist nicht vorgesehen. Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung wird die angefochtene Baubewilligung nicht formell-rechtskräftig. Die Voraussetzungen für den Baubeginn würden mithin mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung weiterhin unerfüllt bleiben (vgl. EGV-SZ 1999, Nr. 14 im Zusammenhang mit der Zweistufigkeit des Enteignungsverfahrens). Es könnte sich einzig die Frage stellen, ob die hier angefochtenen Bedingungen/Auflagen zur Baubewilligung im Sinne von § 85 PBG zu zählen sind (vgl. VGE 630/00Z vom 29.9.00 betreffend einer gleichzeitig mit der Baubewilligung eröffneten Verfügung über die Vorteilsabgabe) oder ob allenfalls ein Fall von Teilrechtskraft vorliegt.

3.a) Der Gemeinderat hat den Bau eines Wintergartens bewilligt, indes bedingungsweise verfügt, dass vor Baubeginn der ...weg in bestimmter Weise anzupassen ist (Niveaulinie gemäss Projekt ...; ordnungsgemässe Strassenentwässerung). Diese technischen Anforderungen wurden bereits im Zusammenhang mit der Bewilligung des Wohnhauses im Jahre 1980 gestellt, offenbar aber trotz Konsumation der Baubewilligung nicht oder nur teilweise erfüllt, wobei umstritten ist, ob die Baubewilligungsbehörde einer nachträglichen Änderung der fraglichen Nebenbestimmung zugestimmt hatte. Der Gemeinderat sieht nun die hinreichende Erschliessung im Zusammenhang mit dem Wintergartenbau weiterhin nur erfüllt, wenn die verfügten Bedingungen akzeptiert und eingehalten werden.

b) Der Regierungsrat hat die fraglichen Bedingungen aufgehoben und hinsichtlich der Strassenentwässerung durch eine Auflage ersetzt. Eine Niveaueinpassung erachtet der Regierungsrat offensichtlich für nicht erforderlich.

c) In der Beschwerde vor Verwaltungsgericht macht die Gemeinde eine Verletzung der Gemeindeautonomie geltend. Insbesondere aus Gründen der Verkehrssicherheit müsse an der Niveaueinpassung festgehalten werden. Die Bewilligung hätte auch ohne weiteres verweigert werden können, stattdessen habe man sich für eine Suspensivbedingung entschieden. Beim vorliegenden Neubauvorhaben müssten die erschliessungsrechtlichen Voraussetzungen erneut geprüft werden. Die Gemeinde wirft dem Regierungsrat vor, er habe die zu Recht verfügte Bedingung «mit nur einigen wenigen Sätzen unhaltbaren und tatsachenwidrigen Inhalts abgeschmettert». Im Weiteren wendet sich die Gemeinde dagegen, dass die Strassenentwässerung nur mittels Auflage statt einer Suspensivbedingung durchgesetzt werden soll. Schliesslich bemängelt sie die unklare Formulierung des Dispositivs, welche auf eine integrale Aufhebung der Baubewilligung schliessen lassen könnte.

B. 1.2

d) Die Beschwerdegegner bestreiten vernehmlassend die Beschwerdebefugnis der Gemeinde. In materieller Hinsicht berufen sie sich u.a. auf eine einvernehmliche Lösung mit der Gemeinde (offensichtlich im Jahre 1980) bzw. auf einen stillschweigenden Akzept (erwähnt wird ausdrücklich das Jahr 1992). Es werden veränderte Erschliessungsverhältnisse geltend gemacht. Im Weiteren werden die behauptete Steilheit und die mangelnde Verkehrssicherheit bestritten. Die verlangte Ausgestaltung der Strasse könne wegen einer anderen Baubewilligung (...) zudem teilweise gar nicht bewerkstelligt werden. Die verlangte Niveauehebung sei nicht nötig und sie widerspreche Treu und Glauben und dem Gleichheitsgebot. Die Änderung der Bedingung betreffend Strassentwässerung in eine Auflage sei richtig, andernfalls wäre es ausserordentlich stossend, wenn durch eine Bedingung der Wintergartenbau verzögert würde.

4. Vorab ist in casu davon auszugehen, dass die nach Ansicht der Beschwerdeführerin ungenügende Erschliessung in einem rechtlichen und tatsächlichen Konnex zum unter Bedingungen bewilligten Wintergarten steht. Die hinreichende Erschliessung ist eine Grundanforderung für die Erstellung einer Baute und nicht ein blosser «Nebenpunkt». Mithin kann hier die Erschliessungsfrage nicht in dem Sinne abgekoppelt werden, als von einer Teilrechtskraft des bewilligten Wintergartens auszugehen wäre oder argumentiert würde, die Erschliessung sei nicht Bestandteil der Baubewilligung gemäss § 85 PBG. Dem beschwerdegegnerischen Begehren auf Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. für einen vorzeitigen Baubeginn kann deshalb allein schon aus diesem Grunde nicht stattgegeben werden. Eine Glaubhaftmachung der genügenden Erschliessung vermöchte daran nichts zu ändern. Ob auf die Beschwerde einzutreten ist, ob die Rechtsanwendung durch die Baubewilligungsbehörde richtig war und ob die Beschwerde der Gemeinde gutzuheissen ist, darf durch den vorliegenden Zwischenbescheid – wie auch durch einen vorzeitigen Baubeginn – nicht vorweggenommen oder präjudiziert werden.

5. Selbst wenn an der Voraussetzung der formellen Rechtskraft nicht strikte festzuhalten wäre und mittels Entzug der aufschiebenden Wirkung ein vorzeitiger Baubeginn grundsätzlich im Sinne einer Ausnahme gestatten werden könnte, müsste das beschwerdegegnerische Begehren abgelehnt werden. Zum einen kann der Entzug der Suspensivwirkung nur ausnahmsweise zugestanden werden (vgl. oben Erw. 1), was zum vornherein eine grosse Zurückhaltung gebietet. Zum andern erscheint die konkrete Sach- und Rechtslage prima-vista als wenig transparent. Es besteht die Gefahr, dass mit der Erlaubnis eines vorzeitigen Baubeginns ein Fait accompli geschaffen würde, dessen Rückgängigmachung sich als fraglich erweisen könnte (rechtliche Verfügungsfähigkeit betr. Strasse? / Enteignungsrechtliches Vorgehen nach § 41 PBG hätte grundsätzlich vor einer Bauausführung stattzufinden. / Ordnungsbussen als Beugemassnahme setzen rechtskräftigen und vollstreckbaren Rechtstitel voraus / Nebenbe-

stimmungen aus dem Jahre 1980 nachträglich abgeändert? / Verhältnismässigkeit eines Abbruchbefehls betr. Wintergarten etc.). Schliesslich ist auch keine private Interessenslage zu erkennen, welche die sich in § 42 Abs. 1 VRP und §§ 85/87 PBG manifestierenden öffentlichen Interessen an einer ordnungsgemässen und materiell richtigen Rechtsanwendung überwiegen könnten.
(Zwischenbescheid 1023/01Z vom 11. Oktober 2001).

1.3 Beschwerdebefugnis (§ 37 VRP)

– *Wuhrkorporation. Bei Festlegung des Perimeterkapitals verneint.*

Aus den Erwägungen:

1. Zur Einreichung eines Rechtsmittels sind einerseits Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens befugt, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (§ 37 lit. a VRP), und andererseits Behörden und andere Organisationen, wenn sie dazu durch einen Rechtssatz ermächtigt sind (§ 37 lit. b VRP).

Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist nach § 37 lit. a VRP praxisgemäss vor allem dann beschwerdebefugt, wenn eine Autonomieverletzung geltend gemacht wird, oder wenn sie nach ihrer Darstellung in ihren Interessen gleich oder ähnlich betroffen wird wie eine Privatperson (was insbesondere dann der Fall ist, wenn das Finanz- und Verwaltungsvermögen betroffen ist) (VGE 556/92 v. 10.7.92, Erw. 1b/aa, Prot. S. 672 mit weiteren Zitaten). Die blossе Absicht, die richtige Anwendung des objektiven Rechts durchzusetzen, genügt nicht (BGE 125 II 194).

2. Die Perimeterpflichtigen eines wasserbaupolizeilichen Verbauungsprojektes bilden eine Wuhrkorporation (§ 51 Abs. 1 Wasserrechtsgesetz, SRSZ 451.100, WRG). Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und führt unter Aufsicht der Bezirksräte die notwendigen Bau- und Unterhaltsarbeiten durch (§ 52 WRG).

Die Festlegung des Pflichtenkreises, die Ausmittlung des einzubeziehenden Perimeterkapitals sowie die Veranlagung der Pflichtigen obliegen dem Bezirksrat. Er kann die Veranlagung der Wasserbau- und Perimeterkommission übertragen. Der als pflichtig Erklärte kann sowohl gegen den Einbezug in den Perimeter als auch gegen die Veranlagung bei der verfügenden Behörde Einsprache erheben. Der Einspracheentscheid kann nach den Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege durch Beschwerde an den Regierungsrat weitergezogen werden (§ 50 WRG).

Der Regierungsrat entscheidet nach Vorlage eines generellen Projektes über die Ausführung der Verbauung. Er unterbreitet das Projekt zur Ge-

B. 1.4

nehmung und Subventionierung der zuständigen Bundesbehörde (§ 49 WRG).

3.a) Vorab ist festzustellen, dass in casu keine Rechtssatzermächtigung zur Beschwerdeführung gegeben ist (§ 37 lit. b VRP).

b) Was die Beschwerdebefugnis nach § 37 lit. a VRP betrifft, stellt sich die Sach- und Rechtslage wie folgt dar:

aa) Aufgrund der in Erwägung Ziffer 2 dargelegten Aufgabenteilung ergibt sich zunächst, dass die Wuhrkorporation zu Recht nicht als Partei, aber auch nicht als Vorinstanz in das Veranlagungs- und Einspracheverfahren involviert war. Das kantonrechtliche Erfordernis der vorinstanzlichen Parteistellung ist deshalb nicht erfüllt.

bb) Abgesehen davon ist aber auch das Rechtsschutzinteresse nicht gegeben. Durch die Festlegung des Perimeterkapitals eines Perimeterpflichtigen wird zum vornherein weder die hoheitliche Befugnis noch der Autonomiebereich der Wuhrkorporation tangiert. Der Entscheid hat aber auch keine direkten Auswirkungen auf deren finanzielle Interessen (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2.A., Rz. 568). Zu Recht führt das Justizdepartement an, die Betroffenheit der Wuhrkorporation sei bloss eine indirekte, indem dieser unter Umständen weniger finanzielle Mittel zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zufließen würden. Die primäre Aufgabe der Wuhrkorporation ist im Übrigen nicht die der Mittelbeschaffung, sondern der Durchführung der notwendigen Bau- und Unterhaltsarbeiten. Auch unter diesem Aspekt vermag es zu genügen, wenn sich die Wuhrkorporation nur im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde gegen eine ihrer Ansicht nach falsche Veranlagung zur Wehr setzen kann.

4. Auf die Beschwerde kann mithin mangels Beschwerdebefugnis nicht eingetreten werden. Sie ist als Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat zurückzuüberweisen.

(VGE 705/01 vom 31. August 2001).

1.4 Teilrechtskraft

Aus den Erwägungen:

1.a) Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, soweit nicht durch Rechtssatz etwas anderes bestimmt wird (§ 42 Abs. 1 VRP). Vorinstanz und Rechtsmittelinstanz können einer Beschwerde gegen eine Verfügung, «welche nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat», die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise entziehen (§ 42 Abs. 2 VRP).

b) Mit der aufschiebenden Wirkung wird die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit einer Verfügung gehemmt. Sie dient dem umfassenden Rechtsschutz und soll das eigenmächtige Verändern der Sach- oder Rechtslage bzw. das Schaffen von vollendeten Tatsachen, das den Entscheid in der Hauptsache vorwegnimmt oder das Rechtsmittel illusorisch werden lässt, verhindern (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 1ff. zu Art. 68; EGV-SZ 1999, Nr. 16, S. 53). Der Streitgegenstand soll mithin während der Dauer des Verfahrens nicht verändert oder gar zerstört werden, und die Beschwerdeinstanz soll ihren Entscheid ungehindert fällen und diesen dann auch durchsetzen können. Die aufschiebende Wirkung schützt sowohl die Interessen des einzelnen Rechtsuchenden als auch jene der entscheidberufenen Rechtsmittelbehörde (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, N 2 zu § 25).

c) Der Streitgegenstand umreist den Umfang der Tätigkeit einer Rechtsmittelbehörde. Gegenstand des Rekursverfahrens kann einerseits nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war oder hätte sein müssen. Zudem ist grundsätzlich Streitgegenstand nur die im Beschwerdeantrag enthaltene Rechtsfolgebehauptung im Rahmen des Umfangs der erstinstanzlichen Verfügung (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 86, Vorbem. zu §§ 19–28).

Wird nur ein Teil einer Verfügung mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten, so erwächst der übrige Teil in formelle Rechtskraft, sofern sich nach der Natur der Streitsache die einzelnen Punkte voneinander trennen lassen (sogenannte Teilrechtskraft) (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 7, Vorbem. zu §§ 19–28).

d) Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist bei Geldleistungen vom Gesetzgeber wohl deshalb nicht vorgesehen, weil der Staat bis zur rechtskräftigen Festsetzung einer Geldzahlungspflicht darauf warten kann (VGE 1001/00 v. 16.3.2000, Erw. 3, Prot. S. 186, mit weiteren Zitaten).

2.a) In der angefochtenen Verfügung werden im Wesentlichen zwei Sachverhalte geregelt. Zum einen der Bauverzicht und die damit verbundene Rückerstattung der bezahlten Bewilligungsgebühren (...). Zum anderen die Festsetzung der Abwasseranschlussgebühr für die «bestehende Situation» auf Kat. Nr. ... (...).

Die beiden Grundsachverhalte hätten auch in separaten Verfügungen behandelt werden können, allenfalls verbunden mit dem Vorbehalt, dass für die «bestehende Situation» auf Kat. Nr. ... eine neue Anschlussgebührenverfügung ergehen wird. Die Vorinstanz hat indes ein gemeinsames Vorgehen gewählt, dies wohl in erster Linie deshalb, um die Abwasser-Anschlussgebühr mit dem Rückerstattungsbetrag verrechnen zu können, also mithin aus Gründen eines vereinfachten Inkassos. (...).

B. 1.5

b) Der Beschwerdeführer bemängelt am vorinstanzlichen Beschluss einzig den Erlass und die Festsetzung der Abwasser-Anschlussgebühr gemäss Disp.-Ziffer 2 und die damit verbundene Reduzierung des Rückerstattungsbetrages. Der zurückzuerstattende Restbetrag ist in der Höhe von ... unbestritten und nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Aufgrund der oben dargelegten Sach- und Rechtslage kann deshalb insofern von einer Teilrechtskraft ausgegangen werden. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, würde dem Entzug der aufschiebenden Wirkung im Umfange des unbestrittenen Restbetrages nichts entgegenstehen. Die Interessen des Gemeinwesens würden damit in keiner Weise negativ tangiert, während die Auswirkungen des Suspensiveffektes für den Beschwerdeführer aber unverhältnismässig wären. Es ist deshalb festzuhalten, dass die vorliegende rechtshängige Beschwerde einer Auszahlung des unbestrittenen Restbetrages in der Höhe von Fr. ... nicht im Wege steht. (...).
(Zwischenbescheid 704/01Z vom 27. März 2001).

1.5 Zusammensetzung einer Rekurskommission (§ 45 der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche)

– *Darf Kommissionsschreiber aus Mitgliedern der Rekurskommission gewählt werden?*

Aus den Erwägungen:

2.a) § 45 der Verfassung der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche (Kirchenverfassung) hat folgenden Wortlaut:

«§ 45 Zusammensetzung

Die Rekurskommission der Kantonalkirche besteht aus dem Präsidenten, zwei Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern.

Sie wählt den Vizepräsidenten aus ihrer Mitte sowie einen Kommissionsschreiber.»

(...)

c) Die Gerichtsleitung unterbreitete das Ergebnis der Sachverhaltsabklärungen dem Beschwerdeführer und forderte ihn für den Fall des Festhaltens an der Beschwerde dazu auf, zur Frage Stellung zu nehmen, ob es zulässig war, dass die Rekurskommission den Kommissionsschreiber aus den Mitgliedern bzw. Ersatzmitgliedern der Rekurskommission wählte. In seiner Stellungnahme vom 30. Dezember 2000 vertritt der Beschwerdeführer den Standpunkt, dass es zwingend sei, einen Kommissionsschreiber zu wählen, welcher nicht aus ihrer Mitte stamme, d.h. nicht der Rekurskommission angehöre. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, es sei der Rekurskommission freigestellt, ob sie einen externen Schreiber beiziehen oder aber ein Kommissionsmitglied mit dieser Aufgabe betrauen wolle.

d) Die Rekurskommission ist das richterliche Organ der Ev.-ref. Kantonalkirche. Wahlorgan ist die Synode, welcher die Funktion des Kirchenparlamentes (Legislative) zukommt (vgl. §§ 37ff. der Verfassung). Sie fasst ihre Entscheide in Dreierbesetzung. Klar und unmissverständlich geregelt ist in § 45 Abs. 2 der Kirchenverfassung, dass der Vizepräsident aus der Mitte der von der Synode gewählten Rekurskommissionsmitglieder stammen muss. Dies ergibt sich auch zwingend aus der Funktion des Vizepräsidenten, der in Vertretung des Präsidenten die Sitzungen der Rekurskommission leiten kann und dementsprechend ein von der Synode gewähltes Rekurskommissionsmitglied sein muss. Der Zusatz sie wählt «aus ihrer Mitte» bezieht sich klarerweise nur auf den Vizepräsidenten, nicht aber auf den Kommissionsschreiber, was dafür spricht, dass der Kommissionsschreiber nicht aus der Mitte der Rekurskommissionsmitglieder rekrutiert werden darf. Restlos klar ist allerdings die Kirchenverfassung insofern nicht, als nicht ausdrücklich postuliert wird, dass der Kommissionsschreiber nicht aus den Rekurskommissionsmitgliedern gewählt werden darf.

e) Nach § 54 der Kirchenverfassung kommt sinngemäss das kantonale Recht zur Anwendung, sofern das kirchliche Recht keine entsprechende Vorschrift enthält. Die Organisation der staatlichen Gerichte ist in der Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110) geregelt. Zu den Selbstverwaltungsbefugnissen der Gerichte gehören vorab die Wahl- und Anstellungsbefugnisse. So lautet beispielsweise § 32 GO:

«Das Verwaltungsgericht wählt den Vizepräsidenten aus seiner Mitte sowie Gerichtsschreiber und Kanzleipersonal.»

Analoge Bestimmungen finden sich in § 17 GO für die Bezirksgerichte, § 21 Abs. 3 GO für das kantonale Strafgericht und § 26 GO für das Kantonsgericht. Die Annahme liegt nahe, dass bei § 45 Abs. 2 der Kirchenverfassung die erwähnten GO-Bestimmungen Musterfunktion hatten. Der Synodalpräsident bestätigt dies mit Schreiben vom 12. März 2001, in welchem er ausführt: «Trotzdem ist aber dazu mit grosser, glaubwürdiger Sicherheit festzuhalten, dass der betreffende § 45 Abs. 2 beim Aufbau unserer Kirchenverfassung aus der Gerichtsordnung des Kantons Schwyz übernommen wurde.»

Bei den staatlichen Gerichten ist es nach Wissen des Verwaltungsgerichts durchwegs so, dass noch nie ein vom zuständigen Organ gewählter Richter zusätzlich vom Gericht in die Gerichtsschreiberfunktion gewählt worden ist. Der Gerichtsschreiber redigiert in der Regel die Entscheide und besorgt die Kanzleigeschäfte des Gerichtes und des Präsidenten (§ 82 Abs. 1 GO). An den Verhandlungen und Beratungen nimmt der Gerichtsschreiber mit beratender Stimme und Antragsrecht teil (§ 90 Abs. 1 GO). Die Richter sind verpflichtet, bei allen Abstimmungen ihre Stimme abzugeben (§ 93 Abs. 1 GO). Entscheide können auf dem Zirkularweg ge-

B. 1.5

fasst werden, sofern sämtliche Richter einem Entwurf zustimmen und der Gerichtsschreiber unterzeichnet (§ 92 GO).

Alle diese Bestimmungen zeigen, dass die Funktion des Richters und des Gerichtsschreibers (analog des Rekurskommissionsmitgliedes und des Kommissionsschreibers) eine verschiedene ist. Der Richter entscheidet, der Gerichtsschreiber führt aus. Indessen geht die Funktion des Gerichtsschreibers aufgrund von § 90 Abs. 1 GO klar über die ausführende Funktion hinaus. In einem Dreiergericht, welches man namentlich beim Verwaltungsgericht (§ 33 Abs. 3 GO) und bei der Rekurskommission der Ev.-ref. Kantonalkirche vorfindet, ist der Gerichtsschreiber bei den Beratungen und Antragstellungen die vierte Stimme. Der beratenden Aufgabe des Gerichtsschreibers kommt ein umso grösseres Gewicht zu, als er aufgrund der Wählbarkeitsvoraussetzungen (§ 1 GO) in aller Regel über eine abgeschlossene juristische Hochschulausbildung oder das Anwaltpatent verfügt und sich vollberuflich mit der Rechtsprechung beschäftigt. Wäre es zulässig, den Gerichtsschreiber aus der Reihe der Richter zu wählen und in einer Dreierbesetzung zu entscheiden, wobei einer der drei Richter in der Doppelfunktion als Richter und als Gerichtsschreiber fungieren würde, so entfielen im Entscheidungsprozess die vierte, die rein beratende Stimme. Gegen die Zulässigkeit der Besetzung der Funktion von Richter und Gerichtsschreiber in Personalunion spricht des Weiteren:

- die Unvereinbarkeitsbestimmung gemäss § 1 Abs. 4 GO;
- die Wahl- und Aufsichtsfunktion des Gerichts gegenüber dem Gerichtsschreiber. Bei Zulässigkeit der Doppelfunktion wäre der Gerichtsschreiber inkorporiert in seine eigene Wahl- und Aufsichtsinstanz. Dabei ist immer zu beachten, dass es nicht um die Konstituierung innerhalb einer Behörde geht.
- die Ausstandsregelung gemäss den §§ 52 und 53 GO, welche zur Folge hätte, dass beim Vorliegen eines Ausstandsgrundes das Gericht immer für einen Richter und einen Gerichtsschreiber Ersatz stellen müsste.

f) Als Argument für die Zulässigkeit der Bestellung des Rekurskommissionsschreibers aus den Rekurskommissionsmitgliedern verweist die Vorinstanz auf die Botschaft zur Kantonalen Volksabstimmung über die Verfassung der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche vom 1. Dezember 1996. Dort heisst es in Kommentierung der §§ 45/46 der Kirchenverfassung u.a.:

«Wahlorgan der Rekurskommission ist die Synode. Die Rekurskommission besteht aus dem Präsidenten, zwei Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern. Den Vizepräsidenten wählt die Kommission aus ihrer Mitte. Zum Schreiber kann sie eine aussenstehende Person ernennen.»

Diese «Kann-Formulierung» lässt, isoliert betrachtet, die Möglichkeit offen, überhaupt einen Schreiber zu wählen und sodann schliesst diese Formulierung es nicht aus, auch eine «innenstehende» Person, d.h. eine Person aus dem Kreis der Mitglieder oder Ersatzmitglieder der Rekurskom-

mission zum Schreiber zu wählen. Die erste Frage ist allerdings durch die Verfassung klar beantwortet. Der Verfassungstext lässt es nicht zu, auf die Wahl eines Kommissionsschreibers zu verzichten.

Bei der historischen Auslegung wird auf den Sinn abgestellt, den der Gesetzgeber einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gegeben hat. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen, was vorliegend der Fall ist, sind die rechtsanwendenden Organe nach dem Prinzip der Gewaltenteilung gehalten, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren. Es sind daher die Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten beizuziehen, um den Sinn einer Bestimmung aufgrund der Absichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe, hier des Verfassungsrates, zu ermitteln (Häfelin/Müller, Grundriss des allg. Verwaltungsrechts, 3.A., Rz. 177 und Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. A., Rz. 86ff., beide Werke mit Hinweisen). Der subjektiv-historischen Methode sind bei der Gesetzesauslegung allerdings Schranken gesetzt. Sie ist nur dort angezeigt, wo eine bestimmte Vorstellung klar als herrschender Wille des Gesetzgebers bei Erlass der Norm nachgewiesen werden kann (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 91). Die einzelnen Materialien haben unterschiedliches Gewicht. So kommt einer Botschaft an den Verfassungsrat und den Voten der Berichterstatter einer vorberatenden Kommission in der Regel grösseres Gewicht zu, als Einzelvoten von Ratsmitgliedern (vgl. Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 89). Der beleuchtende Bericht zuhanden der Volksabstimmung wurde vermutlich vom Verfassungsrat am 13. Juni 1996 verabschiedet. Das Verwaltungsgericht hat den Synodalpräsidenten am 16.02.2001 aufgefordert, alle Protokollauszüge, Auszüge aus der Botschaft und dem erläuternden Bericht des Verfassungsrates und der vorberatenden Kommission, welche einen Bezug zum erwähnten § 45 der Verfassung haben, einzureichen. Der Synodalpräsident teilte daraufhin am 12. März 2001 mit, trotz allen Bemühungen und dem Nachfragen bei den damals beteiligten Personen sei es nicht möglich, in Bezug auf den § 45 (Zusammensetzung der Rekurskommission) weitere protokollarische Aufzeichnungen zu finden. Somit verbleibt als einzige Stütze für den vorinstanzlichen Standpunkt, wonach die Doppelfunktion Rekurskommissionsmitglied/Rekurskommissionsschreiber zulässig sein soll, der Text in der Botschaft zur Kantonalen Volksabstimmung. Mit der subjektiv-historischen Auslegung ist somit aber der Nachweis nicht zu erbringen, dass es klar dem herrschenden Willen des Gesetzgebers entsprochen hat, diese Doppelfunktion zu ermöglichen.

Vielmehr führen die grammatikalische und die systematische Auslegung der Verfassungsbestimmung (§ 45) sowie die von § 54 vorgezeichnete analoge Anwendung des staatlichen kantonalen Rechts zum Ergebnis, dass diese Doppelfunktion nicht zulässig ist. Dementsprechend ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, weil er in unzulässiger bzw. unvollständiger Besetzung gefällt worden ist. Die Rekurskommission wird somit nochmals in ordnungsgemässer Besetzung (Präsident, zwei weitere Re-

B. 2.1

kurskommissionsmitglieder und zusätzlich ein Kommissionsschreiber) über die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 7. August 2000 zu entscheiden haben.

3. Der Synodalpräsident der Ev.-ref. Kantonalkirche betont, der Verfassungsrat sei bestrebt gewesen, die Organisation der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche möglichst «schlank» zu gestalten (Aktennotiz v. 16.2.01). Sofern der Verfassungsgeber dieses Prinzip an die erste Stelle setzen will, so wäre es wohl grundsätzlich möglich, die Zusammensetzung der Rekurskommission auf die Rekurskommissionsmitglieder zu beschränken und auf die Wahl eines Kommissionsschreibers zu verzichten (vgl. § 14 Abs. 2 Bst. c der Verfassung der Römisch-katholischen Kantonalkirche und Seite 7 unter der dazugehörigen Abstimmungsbotschaft) oder aber in der Verfassung ausdrücklich festzuhalten, dass ein Mitglied der Rekurskommission mit den Aufgaben des Kommissionsschreibers betraut werden kann. Diesfalls würde eine klare Abweichung zum staatlichen Recht statuiert.
(VGE 935/00 vom 30. März 2001).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung/ Invalidenversicherung/ Ergänzungsleistungen

2.1 Altersrente

– *Keine Verrechnung mit anerkannter Forderung aus Konkursverlustschein (Art. 20 AHVG, Art. 265 und 265a SchKG).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Berechnung der Altersrente selbst ist nicht bestritten. Umstritten ist im vorliegenden Fall die Frage, ob die im Konkursverlustschein vom 5. April 2001 vom Beschwerdeführer anerkannte Forderung von Fr. ... ratenweise mit der Altersrente verrechnet werden kann (es handelt sich nicht um eine nach Eintritt des Konkurses entstandene Schadenersatzforderung nach Art. 52 AHVG; hiezu Nussbaumer, in Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, S. 101; BGE 123 V 168ff.).

2.a) Jeder Rentenanspruch ist unabtretbar, unverpfändbar und der Zwangsvollstreckung entzogen (Art. 20 Abs. 1 AHVG). Gewisse in Art. 20 Abs. 2 AHVG aufgezählte Forderungen und Rückforderungen können jedoch mit fälligen Rentenleistungen verrechnet werden. Bei Entstehung des Rentenanspruches nicht erloschene Beitragsforderungen können in jedem Falle gemäss Art. 20 Abs. 2 AHVG noch verrechnet werden. Die Verrechnung ist grundsätzlich aber nur zulässig, sofern und soweit bei

der rückerstattungspflichtigen Person das betriebsrechtliche Existenzminimum nicht unterschritten wird (Rz. 10518, Wegleitung über die Renten RWL).

b) In casu fehlt in den Akten eine Bestimmung des betriebsrechtlichen Existenzminimums. Ob die Vorinstanz darauf verzichten durfte, wie sie es in der Vernehmlassung sinngemäss geltend macht, ist fraglich. Es genügt jedenfalls nicht, wenn der Versicherte – nach Erlass der angefochtenen Verfügung – telephonisch angehalten wird, seine wirtschaftlichen Verhältnisse schriftlich und mit Belegen offen zu legen. Der Versicherte ist vielmehr in schriftlicher Form anzuhalten, genau umschriebene Angaben und Unterlagen zu machen bzw. einzureichen. Alsdann ist das betriebsrechtliche Existenzminimum nach den massgebenden Richtlinien zu bestimmen (vgl. WSN Anhang 4; EGV-SZ 2000, Nr. 40). Sollte die Verrechnung überhaupt zulässig sein – was nachfolgend zu prüfen ist – müsste die angefochtene Verrechnung schon allein wegen der fehlenden Bestimmung des betriebsrechtlichen Existenzminimums aufgehoben und die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

3.a) Der vorliegende Verlustschein aus Konkurs mit Anerkennung der Forderung durch den Konkursiten (= Beschwerdeführer) ist eine Schuldanerkennung und mithin ein provisorischer Rechtsöffnungstitel (Art. 265 Abs. 1 und 82 SchKG). Die Rechtswirkung der Schuldanerkennung kommt aber nur dann zur Geltung, wenn der Schuldner nicht die *Einrede des mangelnden neuen Vermögens* macht (Art. 265 Abs. 2, 265 a SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottman, SchKG 4. A., Art. 265, N 7f.). In diesem Sinne hält auch das Bundesamt für Sozialversicherung in der Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in Rz. 5081 fest, die Forderungen, für die der Konkursverlustschein ausgestellt wurde, können gegen den Willen des Schuldners oder der Schuldnerin nur vollstreckt werden, wenn diese zu neuem Vermögen gelangt sind (siehe auch Nussbaumer, a.a.O., S. 101). Dabei gilt auch Erwerbseinkommen als Vermögen, soweit es über den standesgemässen Unterhalt (nicht nur über den Notbedarf) hinaus die Bildung von Vermögen erlaubte (Rz. 5082 WBB). Der Nachweis des neuen Vermögens obliegt grundsätzlich der Ausgleichskasse. Indessen genügt es, wenn diese das Vorhandensein und den Wert der neuen Aktiven nachweist; dass diesen neue Passiven gegenüberstehen, hat der Schuldner oder die Schuldnerin darzutun (Rz. 5083 WBB). Beitragsforderungen, für die ein Verlustschein ausgestellt wurde, verjähren in ordentlicher Weise. Art. 149a und 265 Abs. 2 SchKG sind nicht anwendbar (Rz. 4054 und 5084 WBB).

b) Sinn und Zweck der Einrede des fehlenden neuen Vermögens ist, dass dem ehemaligen Konkursiten ermöglicht werden soll, eine neue Existenz zu gründen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, S. 402). Diese Absicht des Gesetzgebers

B. 2.2

wird jedoch umgangen, wenn diese Einrede, welche dem Konkursiten ein Leben *über* dem Existenzminimum ermöglichen will (Fritzsche/Walder, a.a.O., N 15 zu § 53; vgl. auch Rz. 5082 WBB), durch Verrechnung mit Rentenleistungen umgangen wird (siehe auch Fritzsche/Walder, a.a.O., § 53, N 21; Jaeger/Walder/Kull/Kottman, a.a.O., Art. 265, N 18). Dies erweist sich zusätzlich als stossend, wenn dadurch Leistungen der Altersvorsorge dezimiert werden. In diesem Sinne ist die Verrechnung nicht zuzulassen und das Inkasso – sofern kein einvernehmlicher Schuldentilgungsplan aufgestellt werden kann – auf den Betreibungsweg zu verweisen. Eine Prüfung der Einrede des neuen Vermögens durch die Ausgleichskasse (analog zur Prüfung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums) erweist sich von der Zuständigkeitsordnung im Zwangsvollstreckungsrecht her zum vornherein als fraglich und im Lichte der Praktikabilität und der rechtsgleichen Anwendung der Einrede des fehlenden neuen Vermögens als wenig sinnvoll.

c) Was die Einwände des Beschwerdeführers gegen den Bestand der im Konkurs anerkannten Forderungen betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass trotz Konkursverlustschein im Aberkennungsprozess grundsätzlich sämtliche Einwendungen zulässig sein werden (Jaeger/Walder/Kull/Kottman, a.a.O., Art. 265, N 7). Ob die fraglichen Forderungen bereits vor Konkurseröffnung rechtskräftig veranlagt waren (Rz. 5040f. WBB), ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht ersichtlich. (VGE 381/01 vom 26. September 2001).

2.2 Invalidenversicherung

– *Wann ist einem Landwirt, welcher nach einem Unfall gesundheitlich beeinträchtigt ist, ein Berufswechsel zumutbar?*

Aus den Erwägungen:

5. (...) Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Berufswechsel – sofern notwendig – zumutbar ist (vgl. Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, S. 223; Omlin, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, S. 203). Der im Sozialversicherungsrecht allgemein geltende Grundsatz der Schadenminderungspflicht wirkt sich u.a. dahingehend aus, dass sich die versicherte Person diejenige Tätigkeit anrechnen lassen muss, welche sie bei gutem Willen ausüben könnte (vgl. BGE 111 V 239), wobei bezüglich der Frage der Zumutbarkeit eines Berufswechsels eine strenge Gerichtspraxis gilt (Kieser in Schaffhauser/Schlaury, Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, S. 55). Zu berücksichtigen sind jeweils die persönlichen Verhältnisse, insbesondere auch die berufliche und soziale Stellung des Versicherten. Mass-

gebend ist aber das objektive Mass des Zumutbaren, nicht subjektive Wertungen des Versicherten (ZAK 1982, S. 495). So ist z.B. der Wechsel von einer selbständigen zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht per se als unzumutbar zu qualifizieren (vgl. ZAK 1983, S. 256ff.). In der Praxis wurde die Zumutbarkeit eines Berufswechsels etwa in folgenden Fällen bejaht: gelernter Feinmechaniker – Magaziner (SVR 1999 IV, Nr. 12); Geschäftsführer – untergeordnete Bürotätigkeit (ZAK 1976, S. 278f.); Linienpilot – Flughafen-Bodenberuf (ZAK 1982, S. 494f.); Landwirt – Fabrikarbeiter (ZAK 1983, S. 258); Helikopterpilot – Kontroll-/Überwachungstätigkeit in Industrie/Gewerbe (VGE 38/97 v. 17.9.1997); Landwirt – Fabrikarbeiter (ZAK 1983, S. 258; 1968, S. 473).

Für die Frage, ob einem Landwirt eine andere Tätigkeit zumutbar ist, sind insbesondere folgende Umstände massgebend (VGE 25/88 vom 31. Aug. 1988, Prot. 382ff.):

- Alter des Versicherten und verbleibende Aktivitätsperiode;
- familiäre Verhältnisse;
- Grösse, Ertragskraft und Lage des Landwirtschaftsbetriebes;
- Art der Behinderung und Prognose in Bezug auf die künftige Entwicklung des Leidens;
- Ausbildung und bisherige Betätigung des Versicherten und dementsprechend berufliche Alternativen.

Ob und allenfalls welche alternativen Tätigkeiten für den Versicherten aus medizinischer, aber auch aus beruflicher Sicht zumutbar sind, wurde von der Vorinstanz bis anhin nicht abgeklärt. Im Rahmen der noch durchzuführenden medizinischen (orthopädischen) Abklärung wird damit auch zu prüfen sein, welche alternativen Tätigkeiten für den Versicherten zumutbar sind. Sofern die Abklärung ergibt, dass alternative Tätigkeiten aus medizinischer Sicht zumutbar sind, wird von der Vorinstanz zu prüfen sein, ob eine (bzw. welche) alternative Tätigkeit auch aufgrund der persönlichen Verhältnisse (insbesondere berufliche Verhältnisse) zumutbar ist. (...)

(VGE 111/00 vom 7. März 2001).

2.3 Rentenauszahlung an Dritte

- *IV-Stelle kann nicht verpflichtet werden, Nachzahlungen an andere als in Art. 85^{bis} IVV vorgesehene Drittpersonen auszuführen, auch wenn dies der Rentenberechtigte wünscht.*

Aus den Erwägungen:

2. Zu beurteilen bleibt die Frage, ob die Vorinstanz berechtigt ist, die beantragte Drittauszahlung der Rentennachzahlung in Höhe von Fr. ... an X. zu verweigern (Verfügung vom 28. Februar 2001).

B. 2.3

a) Gemäss Art. 50 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 AHVG ist jeder Rentenanspruch unabtretbar, unverpfändbar und der Zwangsvollstreckung entzogen. Jede Abtretung oder Verpfändung ist nichtig. In Abweichung von Art. 20 Abs. 1 AHVG können *Nachzahlungen* von Leistungen an Drittpersonen oder Drittstellen, welche im Hinblick auf die Leistung der Invalidenversicherung Vorschussleistungen erbracht haben, ausgerichtet werden. Der Bundesrat regelt das Verfahren sowie die Voraussetzungen der Auszahlung an Dritte (Art. 50 Abs. 2 IVG). In Ausübung dieser Kompetenz hat der Bundesrat in Art. 85^{bis} Abs. 1 IVV festgehalten, dass Arbeitgeber, Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, Krankenversicherungen, öffentliche und private Fürsorgestellen oder Haftpflichtversicherungen mit Sitz in der Schweiz, welche im Hinblick auf eine Rente der Invalidenversicherung Vorschussleistungen erbracht haben, verlangen können, dass die Nachzahlung dieser Rente bis zur Höhe ihrer Vorschussleistung verrechnet und an sie ausbezahlt wird. Vorbehalten bleibt die Verrechnung nach Artikel 20 AHVG. Die bevorschussenden Stellen haben ihren Anspruch mit besonderem Formular frühestens bei der Rentenanmeldung und spätestens im Zeitpunkt der Verfügung der IV-Stelle geltend zu machen.

b) Vorliegend gilt vorab festzuhalten, dass keinerlei Belege dafür vorhanden sind, dass X., an welchen die Rentennachzahlungen ausbezahlt werden sollen, dem Beschwerdeführer geldwerte Leistungen erbracht hat. Bei den Akten liegt einzig ein Darlehensvertrag vom 2. November 1999 (!), gemäss welchem X. dem Beschwerdeführer seit 1991 Geld in Höhe von Fr. ... geliehen hat (...). Dass Zahlungen in dieser Höhe tatsächlich geleistet wurden, kann der Beschwerdeführer jedoch nicht belegen (es liegen weder Zahlungsbelege von X., noch Quittungen, noch Belege über entsprechende Zahlungseingänge beim Beschwerdeführer vor). Im Weiteren handelt es sich bei X. unstreitig weder um den Arbeitgeber des Beschwerdeführers noch um eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge, eine Krankenversicherung, eine öffentliche oder private Fürsorgestelle oder eine Haftpflichtversicherung. X. verkörpert somit keine Einrichtung, an welche gemäss Art. 85^{bis} Abs. 1 IVV Nachzahlungen von Leistungen ausbezahlt werden können. Es besteht mithin keine gesetzliche Grundlage dafür, aufgrund welcher die Vorinstanz verpflichtet werden könnte, die Rentennachzahlung an X. auszubezahlen. Der Vorinstanz könnte – falls sie die Drittauszahlung vornehmen würde – im Gegenteil vorgeworfen werden, sie habe das allgemeine Abtretungsverbot nicht beachtet. Wenn der Beschwerdeführer die Rentennachzahlungen unbedingt an X. ausbezahlen möchte, so ist es ihm unbenommen, dies nach Erhalt der Nachzahlung zu tun; er hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass die Ausgleichskasse quasi in der Funktion eines Bankdienstleistungsunternehmens diese Überweisung vornimmt. Aufgrund des ganzen Sachverhaltsablaufes bestehen ohnehin Anhaltspunkte dafür, dass es dem Beschwerdeführer nicht darum geht, einen privaten Gläubiger zu befriedi-

gen, sondern dass er versucht, anderen vertraglichen oder gesetzlichen Gläubigern den Zugriff auf die noch ausstehenden Nachzahlungen zu verwehren. Die Vorinstanz kann klarerweise nicht dazu verpflichtet werden, zu solchem Verhalten Hilfestellung zu leisten.

Die Beschwerden sind somit insofern, als dass mit ihnen eine Auszahlung der Rentennachzahlung an X beantragt wird, abzuweisen. (VGE 132/00 + 34/01 vom 16. Mai 2001).

3. Arbeitslosenversicherung/ Berufliche Vorsorge/ Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung

– *Der arbeitslose Versicherte kann gegen eine Zuweisung in eine arbeitsmarktliche Massnahme (Kursbesuch) keine Beschwerde erheben.*

Aus den Erwägungen:

2.a) Nach Art. 102 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung hat. Diese Norm stimmt materiell mit Art. 103 lit. a OG überein, wo die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde geregelt ist. Der Begriff des schutzwürdigen Interesses der beiden Gesetzesbestimmungen ist demnach gleich auszulegen (BGE 122 V 373, E. 2a). Zu beachten ist, dass Art. 102 Abs. 1 AVIG sowohl für das Verfahren vor den kantonalen Beschwerdeinstanzen als auch vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht gilt (vgl. EVGE vom 10. Sept. 1997 i.Sa. B. c. KIGA und Verwaltungsgericht SZ, Erw. 3b, publ. in SVR 1998, ALV Nr.12 mit weiteren Hinweisen).

b) Ein *schutzwürdiges Interesse* kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein (BGE 121 V 317, E. 4a, 114 V 202, E. 2c). Das Interesse an der Aufhebung einer Verfügung muss zudem insbesondere ein *aktuelles* sein. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses macht die Rechtsprechung dann eine Ausnahme, wenn sonst wegen der Verfahrensdauer in Grundsatzfragen kaum je ein rechtzeitiger Entscheid herbeigeführt werden könnte und wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte (BGE 123 II 287; SVR 1998, ALV Nr. 12, Erw. 3c mit weiteren Hinweisen, u. a. auf; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 243, Rz. 1270; vgl. auch Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 194, Rz. 540).

B. 3.1

c) Der konkrete Kurs, zu dessen Besuch der Beschwerdeführer durch die Vorinstanz angewiesen worden war, dauerte bis zum 25. Mai 2001. Von daher ist ein schützenswertes aktuelles Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der am 9. April 2001 erfolgten Zuweisung zu einem zwischenzeitlich beendeten Kurs nicht ersichtlich.

Soweit es dem Beschwerdeführer sinngemäss darum geht, ausnahmsweise vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen, weil sonst wegen der Verfahrensdauer nie ein Gerichtsentscheid zur Frage der Rechtmässigkeit einer Kurszuweisung ergehen könnte, drängen sich folgende Bemerkungen auf. Das Verwaltungsgericht ist in einem ähnlichen Fall auf eine Beschwerde gegen eine vom KIGA verfügte Kurszuweisung trotz fehlendem aktuellen Interesse des Beschwerdeführers eingetreten mit der Begründung, da Kurszuweisungen regelmässig kurzfristig erfolgen würden, sei die Behandlung entsprechender Beschwerden noch vor Kursbeginn in der Regel nicht möglich (vgl. VGE 246/96 vom 29. Jan. 1997 i. Sa. B., Erw. 1, Prot. S. 108). Dieser Verwaltungsgerichtsentscheid 246/96 wurde vom Eidg. Versicherungsgericht (EVG) mit Urteil vom 10. Sept. 1997 (C 82/97) aufgehoben. In der Begründung hielt das EVG u. a. sinngemäss fest,

- dass das Verwaltungsgericht das Fehlen einer Eintretensvoraussetzung (schützenswertes aktuelles Interesse) übersehen und deswegen zu Unrecht auf die Beschwerde gegen die Kurszuweisung eingetreten sei,
- dass das Nichtbefolgen von Weisungen des Arbeitsamtes gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 AVIV Kürzungen der Arbeitslosenentschädigung in Form von Einstelltagen zur Folge habe,
- dass bei Missachtung der Weisung, einen Kurs zu besuchen, die kantonale Amtsstelle die Einstellung in der Bezugsberechtigung zu verfügen habe (Art. 30 Abs. 2 AVIG),
- dass gegen solche Einstellungsverfügungen dem Versicherten nach Art. 100 AVIG der Beschwerdeweg offen stehe,
- dass im Rahmen eines Anfechtungsverfahrens, welches im Anschluss an den Erlass einer Einstellungsverfügung wegen Missachtung einer Weisung angestrengt werde, insbesondere auch zu prüfen sei, ob die entsprechende Weisung der Amtsstelle rechtmässig war,
- und dass es sich demzufolge nicht so verhalte, dass im Falle des Nichteintretens auf eine Beschwerde (gegen eine Kurszuweisung) nie ein Gerichtsentscheid zur Frage der Rechtmässigkeit der diesbezüglichen Weisung des KIGA hätte ergehen können (vgl. zit. EVGE vom 10. Sept. 1997, publ. in SVR 1998, ALV Nr. 12).

Gestützt auf diese dargelegte höchstrichterliche Rechtsprechung fällt es ausser Betracht, im vorliegenden Fall vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen. Demzufolge ist auf die vorliegende Beschwerde, mit welcher die Aufhebung der am 9. April 2001 erfolgten Zuweisung zu einem am 25. Mai 2001 beendeten Kurs beantragt wurde, mangels hinreichendem aktuellen Interesse nicht einzutreten.

Als Konsequenz dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist im Übrigen festzuhalten, dass es grundsätzlich nicht in Frage kommt, die Rechtmässigkeit einer Kurszuweisung in einem separaten Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen. Von daher macht es im Regelfall keinen Sinn, eine Kurszuweisung in die Form einer Verfügung zu kleiden und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (vgl. dazu noch nachfolgend, Erw. 3).

3.a) Soweit es dem Beschwerdeführer mit der vorliegenden Beschwerde sinngemäss darum geht, Sanktionen im Zusammenhang mit dem vom Versicherten abgelehnten Kursbesuch zu vermeiden, drängen sich folgende Bemerkungen auf. Die angefochtene Verfügung vom 9. April 2001 und die Einstellungsverfügung vom 3. Mai 2001 weisen einen direkten Zusammenhang auf, da beide Verfügungen die gleiche Kurszuweisung betreffen. Die Einstellungsverfügung basiert darauf, dass der Versicherte die am 9. April 2001 erfolgte Kurszuweisung missachtet hat. Falls es sich im Rahmen einer richterlichen Prüfung herausstellen sollte, dass diese Kurszuweisung unrechtmässig war, würde die materielle Grundlage für die am 3. Mai 2001 erfolgte Einstellung in der Anspruchsberechtigung fehlen bzw. dahinfallen. Allerdings hat der Versicherte gegen die Einstellungsverfügung vom 3. Mai 2001 in formeller Hinsicht keine Beschwerde erhoben.

b) Geht man von der in Erwägung 2c dargelegten Rechtsprechung des EVG aus, *ist die Rechtmässigkeit einer Kurszuweisung grundsätzlich erst im Beschwerdeverfahren gegen die damit zusammenhängende Einstellungsverfügung zu überprüfen*. Soweit die Vorinstanz dadurch, dass sie die Kurszuweisung (entgegen der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung) in Verfügungsform kleidete und mit einer Rechtsmittelbelehrung versah, den Versicherten zur (irrtümlichen) Meinung verleitete, er könne die Rechtmässigkeit der Kurszuweisung in einem separaten Beschwerdeverfahren gerichtlich überprüfen lassen, darf dem Versicherten daraus kein Nachteil erwachsen. Von daher ist im konkreten Fall auf die vorliegende Beschwerde insofern einzutreten, als der Beschwerdeführer damit erreichen wollte, dass ihm aus dem abgelehnten Kursbesuch keine Sanktionen erwachsen. Wollte man anders entscheiden und darauf abstellen, dass der Versicherte nur die Zuweisungsverfügung vom 9. April 2001 angefochten habe, würde dies auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen.

c) Die Einstellungsverfügung vom 3. Mai 2001 gibt aus den folgenden Gründen keinen Anlass zur Beanstandung. Der Einstellungstatbestand von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG ist u.a. dann erfüllt, wenn der Versicherte einen Kurs, zu dessen Besuch er angewiesen worden ist, *ohne entschuld-baren Grund* nicht antritt oder abbricht. Es handelt sich dabei um die Verletzung der in Art. 17 AVIG geregelten Pflichten des Versicherten, namentlich der Schadenminderungspflicht (vgl. Nussbaumer, in SBVR,

B. 3.2

Rz. 702). Aus den Vorbringen in der Beschwerdeschrift sind keine entschuldbaren Gründe abzuleiten. (...)
(VGE 360/01 vom 29. August 2001).
(Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat eine gegen diesen VGE 360/01 erhobene Beschwerde mit Urteil vom 7. Dezember 2001 abgewiesen).

3.2 Kurzarbeitsentschädigung

- *Anrechenbarer Arbeitsausfall (Art. 31 Abs. 1 lit. b und Art. 32 AVIG).*
- *Bejaht für Reisebüro nach Terroranschlägen vom 11. September 2001 und Swissair-Debakel.*

Aus den Erwägungen:

1.a) Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn u.a. der *Arbeitsausfall* anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG).

Blosser Verdienstaufschlag begründet demnach keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. G. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Rz. 9 zu Art. 32–33 AVIG; ALV-Praxis 2001/3, Blatt 2; ALV-Praxis 98/1, Blatt 50: Umsatzrückgang wegen Rinderwahnsinn ohne Reduzierung der Präsenzzeit des Verkaufspersonals; SVR 1996, Nr. 78). Es bedarf eines Arbeitsausfalles, der einen entsprechenden Verdienstaufschlag zur Folge hat (vgl. Th. Nussbaumer, in SBVR, Arbeitslosenversicherung, Rz. 370, S. 142; Rz. 388, S. 150). Der Arbeitsausfall muss je Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmachen, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG).

b) Ein Arbeitsausfall ist u.a. *anrechenbar*, wenn er auf *wirtschaftliche Gründe* zurückzuführen und unvermeidbar ist (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe sehr weit aus und versteht darunter den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (Th. Nussbaumer, in SBVR, Arbeitslosenversicherung, Rz. 392, S. 151; vgl. ALV-Praxis 2001/1, Blatt 2/2, Ziff. 3a: «Aufgrund der Auswirkungen des Orkans <Lothar> auf die Holzwirtschaft ist mit einer rückläufigen Nachfrage nach geschlagenem Frischholz zu rechnen. Dieser Um-

stand zieht einen Rückgang der Nachfrage nach der von den Forstbetrieben angebotenen Dienstleistung nach sich. Insoweit ist der dadurch entstehende Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen.»)

Ein solcher auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender Arbeitsausfall gilt jedoch dann *nicht als anrechenbar*, wenn er *branchen-, berufs- oder betriebsüblich* ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (vgl. ARV 1992, Nr. 5, S. 87, Erw. 2a mit Hinweisen; ARV 1993/94, Nr. 35, Erw. 2a, S. 247). Solche Arbeitsausfälle sind vorhersehbar und kalkulatorisch im Voraus erfassbar. Anrechenbar wird der Arbeitsausfall erst dann, wenn er auf ausserordentliche oder aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen und beträchtlich ist, d.h. die üblichen Schwankungen erheblich übersteigt, so dass anzunehmen ist, er sei auf konjunkturelle Einflüsse zurückzuführen (Nussbaumer, a.a.O., Rz. 398, S. 154).

Nicht anrechenbar ist auch ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum *normalen Betriebsrisiko* des Arbeitgebers gehören (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a, 2. Satzteil AVIG). Unter normalem Betriebsrisiko sind «gewöhnliche» Arbeitsausfälle gemeint, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Im Einzelfall ist auf die mit der spezifischen Betriebstätigkeit besonderen Verhältnisse abzustellen. Lediglich wenn die Arbeitsausfälle ausserordentlicher oder aussergewöhnlicher Natur sind, sind sie anrechenbar und entschädigungsberechtigt. Beschäftigungsschwankungen aufgrund verstärkter Konkurrenzsituation wie auch Arbeitsausfälle im Baugewerbe, welche wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Bauherrn oder wegen hängiger Einspracheverfahren zu Verzögerungen führen, stellen nach der Rechtsprechung ein normales Betriebsrisiko dar (Nussbaumer, in SBVR, a.a.O., Rz. 397, S. 153). Bei Hoch- und Tiefbauunternehmungen sind Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, insbesondere ein Rückgang der Aufträge im Winter, erfahrungsgemäss durchaus üblich, ebenso Terminverschiebungen auf Wunsch von Auftraggebern oder aus andern Gründen (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz. 399, S. 154, mit Hinweisen; vgl. auch 329/98 vom 10. Juni 1998, Erw. 3b, Prot. S. 823).

Zwischen den Tatbeständen von Art. 33 Abs. 1 lit. b und lit. a AVIG besteht eine enge Verwandtschaft, weshalb im Einzelfall eine Abgrenzung oft unterbleiben kann (Nussbaumer, a.a.O., Rz. 398, S. 154).

c) Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann für diese Fälle von Absatz 2 abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Ein-

B. 3.2

schränkung des Betriebes anrechenbar ist (Art. 32 Abs. 3 AVIG). Diese Kompetenzen hat der Bundesrat in den Art. 51 und 51a AVIG ausgeschöpft.

Nach Art. 51 Abs. 1 AVIG sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Arbeitsausfall ist insbesondere anrechenbar, wenn er verursacht wird durch (Art. 51 Abs. 2 AVIG):

- Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe oder Waren,
- Kontingentierung von Roh- oder Betriebsstoffen einschliesslich Brennstoffen,
- Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen,
- längerdauernde Unterbrüche oder erhebliche Einschränkungen der Energieversorgung,
- Elementarschadenereignisse.

Der Arbeitsausfall ist nicht anrechenbar, wenn die behördliche Massnahme durch Umstände veranlasst wurde, die der Arbeitgeber zu vertreten hat (Art. 51 Abs. 3 AVIG). Der Arbeitsausfall wegen eines Schadenereignisses ist nicht anrechenbar, solange er durch eine private Versicherung gedeckt ist. Hat sich der Arbeitgeber gegen einen solchen Arbeitsausfall nicht versichert, obwohl dies möglich gewesen wäre, so ist der Arbeitsausfall frühestens nach Ablauf der für das einzelne Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist anrechenbar (vgl. Art. 51 Abs. 4 AVIG).

Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf einen ungewöhnlichen Wetterverlauf (namentlich Schneemangel) zurückzuführen ist, der den Betrieb stilllegt oder erheblich einschränkt (Art. 51a AVIG).

Die Härtefallklausel nach Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt mithin Sachverhalte, «die nicht unmittelbar auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sind, jedoch die wirtschaftliche Tätigkeit erschweren oder verunmöglichen (z. B. Elementarschadenereignisse). Zum anderen erfasst sie mit den wetterbedingten Kundenausfällen auch einen Sachverhalt, der grundsätzlich betriebs- und branchenüblich ist, aus Härtefallgründen ausnahmsweise von der KAE übernommen werden soll, wenn sie nach Dauer und Umfang ausserordentlich sind. Allen Tatbeständen ist gemeinsam, dass es sich um aussergewöhnliche Umstände handelt, die über das hinausgehen, was zum normalen Betriebsrisiko gehört, welches keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründet.» (Nussbaumer, a.a.O., Rz. 395, S. 152f.).

2.a) Im vorliegenden Fall hat die heutige Betriebsinhaberin ein bestehendes Reisebüro (...) übernommen. Sie führt den Betrieb unter der am ... im Handelsregister eingetragenen ... weiter.

b) Die Voranmeldung von Kurzarbeit (...) vom 15. bzw. 17.10.2001 begründet die Arbeitgeberin u.a. wie folgt:

«a) Nach dem Terroranschlag in den USA am 11. September 01 haben wir sehr viele Annullationen entgegengenommen, und leider stagniert auch die Buchungssituation seitdem.

(...)

d) Solange der Krieg in Afghanistan anhält, wird sich die Buchungslage im Reisebüro kaum ändern. Das Ganze wurde auch von der Swissairkrise unterstrichen und hat die Flugreiselust definitiv gedämpft.»

(...)

c) In der Folge verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin weitere Angaben.

Betreffend Personalentwicklung legte sie was folgt dar: (...) Im Weiteren meldete sie folgende Umsatzzahlen: (...) Schliesslich erwähnte die Beschwerdeführerin, nach dem 11. September 2001 habe man Fr. ... Rückstattungen für gebuchte Reisen gemacht. Hinsichtlich des aktuellen Geschäftsganges macht sie geltend, es würden zwar Reisen gebucht, aber meistens Hotels für Selbstfahrer oder dann Bahnreisen in Europa.

d) Die Vorinstanz hat gegen die Kurzarbeitsentschädigung aus folgenden Gründen Einspruch erhoben.

«4.

Die Ursachen, welche die Notwendigkeit der Einführung von Kurzarbeit begründen, sind nicht als überwiegend konjunkturell zu qualifizieren, wenn auch nicht auszuschliessen ist, dass wirtschaftliche Gründe für die momentan schlechte Beschäftigungslage mitverantwortlich sind. Saisonale Beschäftigungsschwankungen sowie Anlaufschwierigkeiten und Rückschläge, die sich beim Aufbau einer neuen Firma ergeben können, müssen dem normalen kalkulierbaren Betriebsrisiko des Arbeitgebers zugeordnet werden. Auch gilt es zu beachten, dass ein reiner Verdienstaufschlag keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstehen lässt. Somit gilt der geltend gemachte Arbeitsausfall als nicht anrechenbar.

5.

Auch ist ein Beschäftigungseinbruch aus wirtschaftlichen Gründen im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a+b AVIG aus den eingereichten Unterlagen nicht erkennbar. Kleinere Beschäftigungsschwankungen, denen ein Arbeitgeber durch seine Tätigkeit unterliegt, müssen dem kalkulierbaren Betriebsrisiko zugerechnet werden. Somit ist auch nicht weiter auf die verspätete Gesuchseinreichung als auch auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können) einzugehen.»

e) Die Beschwerdeführerin wendet dagegen vor Verwaltungsgericht im Wesentlichen ein:

- ihre Branche erlebe momentan eine massive Umsatzreduktion;
- mit dem aktuellen Personalbestand sei sie unterfordert;
- wenn keine Kurzarbeitslösung möglich sei, so müsse einer Mitarbeiterin gekündigt werden;
- es handle sich um eine vorübergehende Situation, welche ein paar harte Monate andauern werde.

B. 3.2

- f) Die Vorinstanz entgegnet vernehmlassend im Wesentlichen:
- ausschlaggebend für den negativen Entscheid sei, dass sich die Beschwerdeführerin immer noch im Aufbau befinde und deshalb damit rechnen müsse, dass Anlaufschwierigkeiten und (nicht voraussehbare) Rückschläge eintreten könnten. Die Ursachen, welche die Notwendigkeit der Einführung von Kurzarbeit begründeten, sei deshalb als nicht überwiegend konjunkturell zu qualifizieren, wenn auch nicht auszuschliessen sei, dass wirtschaftliche Gründe für die momentane Beschäftigungslage mitverantwortlich seien. Bei neu gegründeten Firmen sei ein Auftragsmangel während der Anlaufphase durchaus üblich, weshalb solche Arbeitsausfälle grundsätzlich zum normalen Betriebsrisiko zu zählen seien.
 - Die Personalentwicklung bei der Beschwerdeführerin zeige, dass genau im September 2001 eine zusätzliche Vollzeitangestellte ihre Arbeit aufgenommen habe. Dies führe praktisch ausschliesslich zu einer momentanen Unterbelastung für sämtliche Personen.
 - Dass sich die Firma noch immer in einer Phase des Aufbaus befinde, bewiesen auch die Umsatzzahlen. Während den ersten drei Monaten im Jahr 1999 seien noch relativ tiefe Werte erzielt worden. Danach habe man bis Oktober im Folgejahr einen Umsatz von Fr. ... erreicht. Dieser Wert konnte im aktuellen Jahr bis zum gleichen Zeitpunkt (Ende Oktober) sogar noch übertroffen werden (Fr. ...), und dies, nachdem die Katastrophe und mit ihr all die Annullationen und Buchungsrückgänge bereits erfolgt waren. Ein Umsatzrückgang sei nicht festzustellen.

3.a) Unbesehen davon, dass bei der Beschwerdeführerin (zufälligerweise) am 1. September 2001 eine ... Vollzeitangestellte ihre Arbeit aufnahm, ist aufgrund der aktenkundigen Umsatzzahlen festzustellen, dass in den Monaten September und Oktober (bis 24.) 2001 ein eklatanter Umsatzrückgang eingetreten ist. Der Zusammenhang mit den Terroranschlägen in Amerika am 11. September 2001 liegt dabei auf der Hand, und es ist zu vermuten, dass das Swissair-Debakel den negativen Geschäftsgang noch verstärkte. In den 20 Monaten von Januar 2000 bis und mit August 2001 sind im Monat durchschnittlich Fr. X. umgesetzt worden. Im September 2001 waren es noch Fr. ... (wobei die Krise erst nach dem 11.9. einsetzte) und im Folgemonat Oktober bis zum 24. Fr. ..., was auf den ganzen Monat hochgerechnet Fr. ... ergibt. Der Durchschnitt der beiden Monate September und Oktober 2001 ergibt 53.6% des oben berechneten Monatsdurchschnittes von Fr. X. Zieht man den Durchschnitt der Monate September und Oktober vom Vorjahr (...) heran, so beträgt der eingebrochene Monatsumsatz 56.1%. Es ist anzunehmen, dass ein Umsatzrückgang von 40% und mehr einen entsprechenden Arbeitsausfall verursacht, jedenfalls ab dem Zeitpunkt, wo keine nicht termingebundenen allgemeinen Büroarbeiten (Archivieren etc.) zwecks Überbrückung des Beschäftigungsrückganges mehr erledigt werden können. Ein solcher Umsatzrückgang bzw. Arbeitsausfall im Vergleich zu den 20 vorangegangenen Mo-

naten oder zu den Vergleichsmonaten im Vorjahr kann nicht mehr als normales Betriebsrisiko und branchenübliche Beschäftigungsschwankung qualifiziert werden. Vielmehr ist von einem anrechenbaren Arbeitsausfall auszugehen. Der konkret eingetretene Beschäftigungsrückgang hat das Mass des Voraussehbaren und des kalkulatorisch Erfassbaren klar überschritten. Daran vermag auch der Hinweis auf die Neugründung und Aufbauphase des Betriebes grundsätzlich nichts zu ändern (vgl. jedoch unten Erw. 3b). Insbesondere kann der Beschwerdeführerin nicht vorgehalten werden, sie hätte im Sinne einer geeigneten vorbeugenden Massnahme die Personalaufstockung umgehend rückgängig machen müssen (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz. 393, S. 152). Bei dieser Ausgangslage ist hinsichtlich des Umsatzrückganges nicht weiter zu prüfen, ob allenfalls die Härtefallregelung gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG zum Tragen käme. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Umsatz- bzw. Beschäftigungsrückgang vorübergehender Natur ist und mit Kurzarbeit Entlassungen vermieden werden können (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz. 386f., S. 148f.).

b) Das Besondere am vorliegenden Fall ist, dass die Beschwerdeführerin «unglücklicherweise» (aus retrospektiver Sicht gesehen) gerade auf den Zeitpunkt des terrorbedingten Beschäftigungseinbruches eine zusätzliche Vollzeitangestellte verpflichtete (...). Eine derartige Personalaufstockung, zumal in der Aufbauphase eines jungen Betriebes, kann nun an sich zu einem nichtanrechenbaren Arbeitsausfall führen, da eine dem neuen Personalstand entsprechende Umsatzsteigerung nicht von einem Tag auf den anderen vollumfänglich erreicht werden kann, wenngleich zu vermuten ist, dass eine solche Personalaufstockung nicht nur auf Grund rein prognostischer Geschäftserwartungen, sondern auch mit Blick auf das bis anhin zu bewältigende Arbeitsvolumen beschlossen wird. Bei dieser Ausgangslage wäre deshalb – zumindest im vorliegenden Falle – eine differenzierte Beurteilung wünschenswert: soweit der Arbeitsausfall auf die oben dargelegte Branchenkrise zurückzuführen ist, ist er anrechenbar, soweit er mit der Personalaufstockung zusammenhängt, ist er nicht anrechenbar. Eine solche auf den Betrieb und nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogene Betrachtungsweise widerspricht indes der Rechtsnatur der Kurzarbeitsentschädigung. Grundsätzlich hat jeder Arbeitnehmer, welcher Erwerbsausfälle infolge Kurzarbeit erleidet, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Dieser Anspruch steht dem Arbeitnehmer und nicht dem Arbeitgeber zu (Nussbaumer, a.a.O., Rz. 373, S. 143). Der Arbeitsausfall ist auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogen nur dann nicht anrechenbar, wenn dies die gesetzlichen Bestimmungen vorsehen, zum Beispiel bei Lehrlingen oder bei Arbeitnehmern, welche mit der Kurzarbeit nicht einverstanden sind (Art. 33 Abs. 1 lit. d und e AVIG). Im Weiteren sind noch die personenbezogenen Ausschlussgründe zu beachten (Arbeitsausfall nicht bestimmbar etc., siehe Art. 31 Abs. 3 AVIG). Der Umstand aber, dass ein in der Aufbauphase befindlicher Betrieb personalmässig (noch) Überkapazitäten hat, kann einem einzelnen von zwei

B. 3.2

oder mehreren gemeldeten Kurzarbeiter/innen nicht entgegengehalten werden. Man könnte sich höchstens fragen, ob bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung eine Differenzierung in dem Sinne vorzunehmen ist, dass der nicht anrechenbare bzw. der anrechenbare Arbeitsausfall gleichmässig auf alle anspruchsberechtigten Arbeitnehmer verteilt wird. Dies ist jedoch von der gesetzlichen Konzeption her ebenfalls nicht zulässig. Sobald die Voraussetzungen für die Kurzarbeit erfüllt sind, hat der von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer Anspruch auf eine Kurzarbeitsentschädigung, d.h. auf 80% des anrechenbaren Verdienstaufalles. Das Attribut «anrechenbar» korrespondiert hier nicht mit der Anrechenbarkeit des Arbeitsaufalles, sondern es bezieht sich auf die hier massgebenden Bestandteile des Verdienstes (Art. 34 Abs. 2,3 AVIG). Abgesehen davon würde eine differenzierte Beurteilung in anderen Fällen weitere Abgrenzungsfragen nach sich ziehen, wie zum Beispiel die, ob bei einem eingetretenen nicht mehr kalkulatorisch erfassbaren Betriebsrisiko bei der Bemessung des Arbeitsaufalles ein latent vorhandener Grundtatbestand an üblichem Betriebsrisiko abgezogen werden müsste. Dass eine derartige Differenzierung allein schon an der Praktikabilität scheitern würde, braucht nicht weiter erläutert zu werden.

c) Es stellt sich somit die Frage, ob aufgrund einer gesamtheitlichen Beurteilung, d.h. in casu vor allem in Berücksichtigung des terrorbedingten Umsatzrückganges und des bei üblichem Geschäftsgang wohl zur Zeit eher zu hohen Personalbestandes des sich im Aufbau befindlichen Betriebes, ein anrechenbarer Arbeitsausfall bejaht werden kann oder nicht. Aufgrund der oben einlässlich dargelegten Sach- und Rechtslage gelangt das Gericht zum Schluss, dass die zufälligerweise auf den Beginn der massiven Beschäftigungskrise vorgenommene Personalaufstockung den Arbeitsausfall nicht derart massgeblich beeinflusste, dass damit das Erfordernis der Anrechenbarkeit dahinfallen würde. Es ist im Gegenteil zu vermuten, dass bei gleichgebliebenem Umsatz bzw. fehlendem Umsatzrückgang die Kurzarbeit gar nie zum Thema geworden wäre.

d) In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist deshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Akten sind an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die weiteren, noch nicht beurteilten Voraussetzungen befinden kann.

(VGE 430/01 vom 19. Dezember 2001).

3.3 Unfallversicherung

- *Leistungskürzung bei grobfahrlässiger Herbeiführung eines Unfalles (Art. 37 Abs. 2 UVG).*
- *Nichtgewähren des Vortrittsrechts. In casu Grobfahrlässigkeit verneint.*

Aus den Erwägungen:

1.a) Nach Art. 37 Abs. 2 UVG werden die Geldleistungen gekürzt, wenn der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt hat. Bei Nichtberufsunfällen sind Leistungskürzungen grundsätzlich zulässig (anders als bei Berufsunfällen, wo staatsvertragliche Regelungen der Leistungskürzung entgegenstehen, vgl. BGE 121 V 46).

Nach ständiger Praxis handelt grobfahrlässig, wer jene elementaren Vorsichtsgebote unbeachtet lässt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung zu vermeiden (vgl. BGE 118 V 306, Erw. 2a mit Hinweisen).

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Begriff der groben Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen nach Art. 37 Abs. 2 UVG weiter zu fassen als derjenige der groben Verletzung von Verkehrsregeln nach Art. 90 Ziff. 2 SVG, welcher ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend regelwidriges Verhalten voraussetzt. Bei Fehlverhalten im Strassenverkehr ist grobe Fahrlässigkeit im Sinne von Art. 37 Abs. 2 UVG in der Regel dann anzunehmen, wenn in ursächlichem Zusammenhang mit dem Unfall eine elementare Verkehrsvorschrift oder mehrere wichtige Verkehrsregeln schwerwiegend verletzt wurden. Nicht jede pflichtwidrige und unfallkausale Missachtung einer Verkehrsvorschrift bedeutet demgemäss eine grobe Fahrlässigkeit, ansonsten die Abgrenzung gegenüber der leichten Fahrlässigkeit entfielen. Auch die Verletzung einer elementaren Verkehrsvorschrift führt nicht notwendigerweise zur Annahme einer groben Fahrlässigkeit, da nicht allein auf den Tatbestand der verletzten Vorschrift abzustellen ist. Vielmehr sind die gesamten Umstände des konkreten Falles zu würdigen und ist zu prüfen, ob subjektiv oder objektiv bedeutsame Entlastungsgründe vorliegen, die das Verschulden in einem milderem Licht, somit die Verkehrsregelverletzung nicht als schwerwiegend erscheinen lassen (vgl. BGE 118 V 307, Erw. 2b mit weiteren Zitaten).

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung wird die Missachtung der Vortrittsregel als grobfahrlässig betrachtet (BGE 121 V 45, Erw. 3b mit Hinweis).

b) Der Sozialversicherungsrichter hat seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen, d.h., er folgt jener Sachverhaltsdarstellung, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahr-

B. 3.3

scheinlichste würdigt. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt aber den Beweisanforderungen nicht (vgl. RKUV 1986, S. 347 mit Hinweisen; BGE 121 V 47 und BGE 119 V 9).

Bei der Sachverhaltsermittlung tragen die Parteien keine subjektive Beweisführungslast im Sinne von Art. 8 ZGB. Eine Beweislast besteht im Sozialversicherungsprozess nur in dem Sinne, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Da der Unfallversicherer aus der behaupteten Verletzung des Vortrittsrechts ein Recht auf Leistungskürzung ableitet, muss der Entscheid beim Misslingen dieses Nachweises zu Ungunsten des Versicherers ausfallen (vgl. RKUV 1986, S. 347f.; Murer/Stauffer/Rumo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, UVG, Zürich 1991, S. 135 mit weiteren Hinweisen).

c) aa) Das Bezirksamt ... hielt den Beschwerdeführer mit Strafverfügung vom 27. März 1998 des Nichtgewährens des Vortritts (Art. 36 Abs. 2 und 4 SVG) für schuldig und verhängte in Anwendung von Art. 90 Ziff. 1 SVG eine Busse von Fr. 200.– (Suva-act. I 12).

bb) Zum gleichen Ergebnis kam das Bezirksgericht ... in seinem Urteil vom 18. Januar 2000, allerdings bei einer reduzierten Busse von Fr. 150.–, während das Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 22. Februar 2000 das Urteil des Bezirksgerichtes aufhob und das Verfahren wegen absoluter Verjährung einstellte. In seinem Beschluss hegte das Kantonsgericht gewisse Zweifel darüber, ob der Beschwerdeführer überhaupt auf die rechte Fahrbahn gelangte und so dem Kollisionspartner auf dessen Fahrbahn wirklich nicht den Vortritt gewährte.

cc) Der angefochtene Einspracheentscheid der SUVA verweist auf die einleuchtenden Ausführungen des Bezirksgerichts und qualifiziert die Bedenken des Kantonsgerichts als nur sehr rudimentär und «offensichtlich nicht auf einem vertieften Studium der Akten» basierend.

Der Beschwerdeführer lässt vor Verwaltungsgericht vortragen, es gebe Anhaltspunkte dafür, dass er das Vortrittsrecht nicht entwehrt habe. Er verweist auf den Beschluss des Kantonsgerichtes vom 22.2.2000. Zudem spreche das Schadenbild der Unfallfahrzeuge dafür, dass er sich bereits seit längerer Zeit korrekt auf der Fahrbahn der ...strasse befunden haben musste.

Vernehmlassend legt die Vorinstanz eine Unfallanalyse des Motorfahrzeughaftpflichtversicherers (...) des Kollisionsgegners ins Recht. Danach hätte der Beschwerdeführer den Unfall verhindern können.

dd) Der Einzelrichter geht in seinem Urteil vom 18. Januar 2000 davon aus, dass der Angeklagte (=Beschwerdeführer) vortrittsbelastet und sein Kollisionsgegner vortrittsberechtigt war. Der Angeklagte sei offensichtlich der festen Überzeugung gewesen, die Gefahr einer Kollision bestehe

nicht. Ebenso offensichtlich habe er die Lage für ein gefahrloses Einbiegemanöver aber völlig falsch eingeschätzt. Er habe sich offensichtlich im Abschätzen der Distanz geirrt. Die ersten Scherben würden auf der Sperrfläche in der Strassenmitte liegen, keine zehn Meter von der Einmündung in die ...strasse entfernt, womit der erste Kollisionspunkt zweifellos erstellt sei. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass der Kollisionsgegner mit übersetzter Geschwindigkeit gefahren oder nicht genügend aufmerksam – beispielsweise handyabgelenkt – gewesen sei. Der Sachverhalt sei hinreichend erstellt, weshalb der Beifahrer des Angeklagten nicht einzuvernehmen sei.

ee) Das Kantonsgericht stellte in seinem Beschluss vom 22. Februar 2000 über die eingereichte und wegen eingetretener absoluter Verjährung gutgeheissene Nichtigkeitsbeschwerde fest, man müsse entgegen der Darlegung des Angeklagten davon ausgehen, dass die Kollision auf der Sperrfläche stattgefunden habe, was aber nicht zwingend den Vorwurf des Nichtgewährens des Vortritts nachweise. Das Kantonsgericht könne deshalb nicht gewisse Zweifel daran ausschliessen, dass sich der Angeklagte eines fehlerhaften Verhaltens schuldig gemacht habe. Der Staat habe deshalb grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen und der Angeklagte sei angemessen zu entschädigen.

ff) Bei dieser Ausgangslage ist ein grobfahrlässiges Verhalten im Sinne von Art. 37 Abs. 2 UVG nicht rechtsgenügend ausgewiesen. Zum einen geht selbst der verurteilende Einzelrichter nicht von einer rücksichtslosen, aggressiven Fahrweise des Beschwerdeführers aus, sondern dieser spricht vielmehr von einer Falscheinschätzung der Lage und einem Irrtum bei der Distanzschätzung. Er attestiert dem Beschwerdeführer sogar, dass er offensichtlich der festen Überzeugung gewesen sei, die Gefahr einer Kollision bestehe nicht. Ein solches Verhalten entspricht jedoch nicht ohne weiteres einer Grobfahrlässigkeit, welche die Nichtbeachtung elementarer Vorsichtsgebote, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte, voraussetzt. Zum anderen lässt der Kollisionsort auf der Sperrfläche – wovon auch das Verwaltungsgericht ausgeht – über den tatsächlichen Kollisionsablauf Fragen offen (wieso ist der Kollisionsgegner nach links ausgewichen, nachdem dessen Fahrbahn vom Beschwerdeführer noch gar nicht befahren wurde? wieso war das Auto des Beschwerdeführers bereits auf der Sperrfläche in Richtung ... ausgerichtet? mit welcher Geschwindigkeit fuhr der Kollisionsgegner auf die Einfahrtsstelle zu? etc.). Ohne genauere Kenntnisse des Geschehensablaufes kann aber dem Beschwerdeführer keine Grobfahrlässigkeit nachgewiesen werden, zumal wenn nach Ansicht des Kantonsgerichtes die Verletzung des Vortrittsrechts sinngemäss zusätzlich zu hinterfragen ist, weil das Einlenkmanöver zwar bereits eingeleitet wurde, die Fahrbahn des Kollisionsgegners jedoch nicht befahren wurde. Durch eine nachträgliche Befragung des Beifahrers nach mehr als drei Jahren seit

B. 3.4

dem Unfallereignis ist keine Sachverhaltsklärung zu erwarten. Ebenso wenig vermag die von der ...Versicherung erstellte Unfallanalyse den Schluss auf ein grobfahrlässiges Verhalten zu. Dass der Beschwerdeführer den Unfall hätte vermeiden können, wenn er abgewartet hätte, bis der Kollisionsgegner die Unfallstelle passiert hätte, ist auch ohne Unfallanalyse offenkundig, besagt aber nichts über den Grad des Verschuldens aus. Die weitere Feststellung, dass der Kollisionsgegner den Unfall nicht hätte sicher vermeiden können und dass dessen Ausweichen nach links trotz Nichteinfahrens des Beschwerdeführers auf die ordentliche Fahrspur der juristischen Würdigung vorbehalten bleiben müsse, zeigt die Schwierigkeiten auf, das Unfallgeschehen nachträglich zuverlässig zu eruieren. Die weitere Feststellung, dass die Bremsausgangsgeschwindigkeit des Kollisionsgegners in einem Bereich von rund 71–129 km/h lag, ist im Übrigen auch nicht dazu angetan, auf ein grobfahrlässiges Verhalten des Beschwerdeführers zu schliessen. Die Leistungskürzung ist deshalb nicht gerechtfertigt. Es wird Sache der Vorinstanz sein, die entsprechenden Taggeldabrechnungen zu korrigieren und die Nachzahlungen zu veranlassen. (VGE 428/00 vom 11. Juli 2001).

3.4 Forderung aus Taggeldversicherung nach VVG

- *Zuständigkeit (§ 13 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung).*

Aus den Erwägungen:

1.a) Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) regelt die soziale Krankenversicherung, welche die obligatorische Kranken- und eine freiwillige Taggeldversicherung umfasst (Art. 1 Abs. 1 KVG). Das Versicherungsverhältnis untersteht dem öffentlichen Recht. Dies galt unter der Herrschaft des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung auch für die von den Krankenkassen angebotenen Zusatzversicherungen. Nach dem neuen Recht hingegen unterstehen diese Zusatzversicherungen dem Privatrecht, womit auf sie nunmehr das Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG, SR 221.229.1) anwendbar ist (Art. 12 Abs. 3 KVG). Von daher gelten Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen als *privatrechtlich* (vgl. BGE 124 III 46).

b) Privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungseinrichtungen oder zwischen solchen und den Versicherten entscheidet der Richter (vgl. Art. 47 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen, VAG, SR 961.01). Mit der Einführung des neuen KVG änderte der Gesetzgeber gleichzeitig auch Art. 47 Abs. 2

bis 4 VAG. Gemäss Art. 47 Abs. 2 VAG in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung sehen die Kantone für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG *ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt*. Bei Streitigkeiten im Sinne von Art. 47 Abs. 2 VAG dürfen den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegt werden; jedoch kann bei mutwilliger Prozessführung der Richter der fehlbaren Partei solche Kosten ganz oder teilweise auferlegen (vgl. Art. 47 Abs. 3 VAG).

c) Im Erläuterungsbericht vom 7. Februar 1995 zur kantonalen Vernehmlassungsvorlage «Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung» wurde im Zusammenhang mit der Umsetzung von Art. 47 Abs. 2 VAG u.a. was folgt ausgeführt:

«Gemäss dem Versicherungsaufsichtsgesetz muss das Verfahren einfach, rasch sowie kostenlos sein, und der Richter muss den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und die Beweise nach freiem Ermessen würdigen. Da Zivilrechtsstreitigkeiten aus Zusatzversicherungen keine Verfügung zugrunde liegt, unterliegen sie einem Klageverfahren. Das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht soll solche Streitigkeiten deshalb gemäss den Bestimmungen über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren nach §§ 67ff. der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP...) beurteilen. Dies hat den Vorteil, dass bei Streitigkeiten im Grenzbereich zwischen der obligatorischen Versicherung und den Zusatzversicherungen die gleiche Behörde entscheidet. Die Kantone sind nach Art. 64 Abs. 3 der Bundesverfassung für die Behördenorganisation und die Verfahrensregelung zuständig. Sie dürfen Zivilrechtsstreitigkeiten einer Verwaltungsbehörde unter der Voraussetzung übertragen, dass sie hierfür ein Zweiparteienverfahren vorsehen (BGE 102 II 154, Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtspflege, Ergänzungsband, S. 9). Das vorgesehene Verfahren ist ein Zweiparteienverfahren.»

In der Folge schloss sich der Schwyzer Gesetzgeber dieser Argumentation an und bestimmte in § 13 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PVG, SRSZ 361.100):

«1 Das Verwaltungsgericht ist das kantonale Versicherungsgericht im Sinne von Art. 86 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung.

2 Es ist auch für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach den Bestimmungen über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zuständig.»

Mit dieser Regelung folgte der Schwyzer Gesetzgeber einer Anregung des Berichterstatters (Ständerat Huber) in den parlamentarischen Beratungen vom 15. Dezember 1993, wonach die Kantone das gleiche Gericht für die KVG- und die Zusatzversicherungen bestimmen sollten (vgl. dazu Raymond Spira, Die Rechtspflege in der neuen Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit 5/1995, S. 259 mit Verweis auf Amtl. Bulletin SR, S. 1095; Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 136, Fussnote 337).

B. 4.1

2. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine umstrittene Forderung aus einer Taggeldversicherung nach VVG, welche ursprünglich am 11. Januar 1999 vom damaligen Arbeitgeber (der Klägerin) für seine Angestellten (und auch für den Arbeitgeber) mit dem beklagten Versicherer vereinbart wurde und nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Begehren der Klägerin vom 7. Juli 1999 (...) in eine Einzel-Taggeldversicherung überführt wurde.

Für eine solche privatrechtliche Streitigkeit ist gestützt auf § 13 Abs. 2 PVG und die Ausführungen in Erwägung 1 das Verwaltungsgericht im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren zuständig, weshalb auf die vorliegende Klage einzutreten ist.

(Teilurteil 4/01 vom 18. April 2001).

4. Kantonales Steuergesetz/Direkte Bundessteuer/ Handänderungssteuer

4.1 Handänderungssteuer

- *Steuerbefreiung (§ 6 lit. e und f HStG).*
- *Bei (teilweiser) Aufhebung eines Gesamthandverhältnisses (Konsortium) mit direkter Weiterveräußerung an eine AG, welche von einem der beiden Konsortanten wirtschaftlich beherrscht wird?*

Aus dem Sachverhalt:

Die Konsortanten X. und Y. haben im Rahmen einer teilweisen Konsortiumsaufteilung an die Y. AG, welche von Y. beherrscht wird, Stockwerkeigentum veräussert. Die Y. AG erhob beim Verwaltungsgericht gegen die Handänderungsbesteuerung Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1.a) Der Erwerber eines Grundstückes hat eine Handänderungssteuer zu entrichten (§ 2 Abs. 1 HStG). Sie beträgt 1% des Handänderungswertes (§ 7 HStG). Grundstücke im Sinne des Handänderungssteuergesetzes sind v.a. Liegenschaften und Miteigentumsanteile an Liegenschaften (§ 3 Abs. 1 lit. a und lit. d HStG). Der hauptsächliche Handänderungssteuertatbestand stellt der zivilrechtliche Erwerb von Grundstücken dar (§ 4 lit. a HStG).

b) In den §§ 5f. HStG sind die verschiedenen Ausnahmen von der subjektiven und objektiven Steuerpflicht abschliessend geregelt. Danach sind von der objektiven Steuerpflicht u.a. befreit (§ 6 HStG):

- die körperliche Teilung von gemeinschaftlichem Grundeigentum, soweit die zugeteilten Liegenschaftsparzellen den bisherigen Anteilen entsprechen (lit. e);
- Handänderungen infolge Umstrukturierung ohne wesentliche Änderung der Anteilsrechte der Beteiligten auf Verlangen des Steuerpflichtigen. Erfolgt eine wesentliche Veränderung der Beteiligungsrechte innert fünf Jahren, so wird die Handänderungssteuer nacherhoben (lit. f).

c) Die Handänderungssteuer knüpft mithin an die Übertragung von Grundeigentum an und hat als Rechtsverkehrssteuer die Besteuerung des Grundstückverkehrs zum Gegenstand. Sie ist eine Objektsteuer, weshalb es unerheblich ist, ob aus der Veräusserung ein Gewinn erzielt wird. Die Besteuerung wird grundsätzlich bei jeder Handänderung ausgelöst, es sei denn, das Gesetz sehe die Steuerbefreiung ausdrücklich vor. Die Steuerbefreiungsgründe sind somit restriktiv auszulegen (VGE 717/99 v. 14.1.2000, Erw. 5f, Prot. S. 18).

2. Dass in casu eine (zivilrechtliche) Handänderung im Sinne von § 4 lit. a HStG vorliegt, kann nicht zweifelhaft sein. Umstritten ist jedoch, ob ein Steuerbefreiungsgrund gegeben ist.

a) Die Beschwerdeführerin, welche zu 100% im Eigentum des einen Verkäufers ist, macht geltend, die beiden Verkäufer (X. und Y.) hätten als Konsortanten die Überbauung ... gemeinschaftlich realisiert. Mit öffentlicher Urkunde vom 15. Februar 2000 sei dann dieses Gesamthandverhältnis teilweise aufgelöst worden. Man habe «für jene Teile, welche künftig im alleinigen Eigentum von X. und Y. bleiben, eine Teilliquidierung des gemeinschaftlichen Eigentums in gleichen Teilen (je ca. Fr. 1.9 Mio.) vorgenommen». Diese Transaktion sei steuerbefreit (§ 6 lit. e HStG). Im Weiteren ist der Beschwerdeschrift wörtlich zu entnehmen:

« Auch wenn ich meinen Anteil nicht unter dem Namen als nat. Person, sondern unter der Fa. Y. AG, welche zu 100% in meinem Besitze ist, gekauft habe, ist die Steuerbefreiung gegeben, da gemäss HStG Par. 6 lit. f Handänderungen infolge Umstrukturierungen ohne wesentliche Änderung der Anteilsrechte wiederum steuerfrei sind. Auch wenn wir diese Transaktion in einem Schritt und nicht in zwei Schritten (1. Übertrag an Y., 2. Übertrag von Y. an Y. AG) vollzogen haben, gilt die Steuerbefreiung, da sie im Zweischnitt-Verfahren sowieso gegolten hätte. Es kann doch nicht sein, dass bei einer Teilliquidation unter den Konsortialpartnern die volle Handänderungssteuer bezahlt werden muss, wenn auf der anderen Seite bei Verkäufen ab dem selben Objekt an Geschwister, Eltern, Ehegatten, Kinder eine 50%ige Steuerbefreiung akzeptiert wurde.»

b) Es ist aktenkundig erstellt, dass die beiden Verkäufer und Konsortanten je zur Hälfte an der einfachen Gesellschaft beteiligt sind (vgl. Bf. act. 2 = Öffentliche Beurkundung «Teilweise Auflösung eines Gesamthandverhältnisses», S. 2 lit. a). Im Weiteren ist erstellt, dass hinsichtlich der hier zur Diskussion stehenden Grundstücke X. aus der einfachen Gesellschaft ausschied und Y. seinerseits diese Grundstücke «gleichzeitig auf seine Aktiengesellschaft Y. AG» übertrug, welche Gesellschaft im Allein-

B. 4.1

eigentum von Y. steht (...). Der Anrechnungswert für diese Grundstücke betrug Fr. 1905975.–. Derjenige für jene Grundstücke, bei denen Y. aus der einfachen Gesellschaft ausschied, 1905100.– (...).

Bei dieser Sachlage handelt es sich zweifelsohne um eine (teilweise) körperliche Teilung von gemeinschaftlichem Grundeigentum im Rahmen der bisherigen Anteile. Der Steuerbefreiungsgrund nach § 6 lit. e HStG setzt aber voraus, dass die Zuteilung der nunmehr körperlich getrennten Liegenschaften an einen der bisherigen Eigentümer am gemeinschaftlichen Grundeigentum erfolgt. Dies ist hier nicht der Fall. Die Zuteilung erfolgt nicht an den Konsortanten Y., sondern vielmehr an die zu 100% in dessen Eigentum befindliche Y. AG, also an eine juristische Person, welche am aufgeteilten gemeinschaftlichen Grundeigentum nicht beteiligt war. Selbst wenn nun die Zuteilung an diese juristische Person in zwei Schritten erfolgt wäre, würde dies zu keinem anderen Besteuerungsergebnis führen. Die Zuteilung an den Konsortanten Y. wäre gestützt auf § 6 lit. e HStG wohl steuerbefreit (was hier indes nicht zu beurteilen ist), während die Weiterveräusserung an die Y. AG steuerpflichtig wäre, auch wenn die Erwerberin zu 100% im Eigentum des Veräusserers ist.

c) Unbehelflich ist auch der Hinweis auf die Steuerbefreiung infolge Umstrukturierung (§ 6 lit. f HStG). Mit Umstrukturierungen sind solche von Geschäftsbetrieben und Unternehmungen angesprochen. Begrifflich kann eine Umstrukturierung in einer Unternehmensumwandlung oder einem Unternehmungszusammenschluss oder einer Unternehmungsteilung bestehen (siehe Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Rz. 218 zu § 216). Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss von einer Unternehmensumwandlung ausgehen sollte, so ist eine solche nicht zu erkennen. Darunter ist nämlich ein blosser Formwandel zu verstehen. Ein bisheriges Unternehmen verändert lediglich seine äussere Rechtsform, es wird indessen durch die alten Beteiligten weitergeführt (VGE 703700 v. 8.9.00, Erw. 3c, Prot. S. 280). Sollte die Beschwerdeführerin von einer Unternehmensaufteilung ausgehen, so ist auch diese Rechtsqualifikation unbegründet. Bei der Unternehmensaufteilung werden in sich geschlossene und selbständige Betriebsteile von einem Unternehmen abgespalten und als selbständiges Unternehmen unverändert weitergeführt (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Rz. 245 zu § 216). Wenn ein Konsortant Stockwerkeigentum an einer realisierten Überbauung im Rahmen einer teilweisen Konsortiumsaufteilung einer von ihm beherrschten Aktiengesellschaft übereignet, so hat dies mit einer Unternehmensaufteilung bzw. einer Umstrukturierung im Sinne von § 6 lit. f HStG nichts zu tun.

(VGE 726/00 vom 22. Mai 2001).

4.2 Handänderungssteuer

– *Keine Gemeindeautonomie.*

Aus den Erwägungen:

1.a) Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung der Gemeindeautonomie. Ohne Nachweis einer klaren Rechtsverletzung habe der Regierungsrat ihren Entscheid aufgehoben. Er habe «in Überschreitung seines Aufsichtsrechts in unzulässiger Weise in den autonomen Rechtsanwendungsbereich des Gemeinderates eingegriffen». Der gemeinderätliche Beschluss beruhe auf einer sachgerechten, vernünftigen Gesetzesauslegung.

b) Das instruierende Justizdepartement stellt die Beschwerdebefugnis der Gemeinde ... in Frage. Die Gemeinde sei allenfalls durch die Kostenaufgabe wie ein Privater tangiert. Könne aber auf die Hauptsache nicht eingetreten werden, so könne über die Kostenaufgabe auch nicht abschliessend entschieden werden. Dem Gemeinderat stehe zudem kein Behördebeschwerderecht zu. Schliesslich sei die Gemeinde in ihrem Autonomiebereich nicht betroffen. Das Verwaltungsgericht habe von Amtes wegen zu prüfen, ob der angefochtene Beschluss Aussenwirkungen habe und damit eine Anfechtung überhaupt in Betracht komme.
(...)

2.a) Der Regierungsrat übt die Aufsicht über die Verwaltung der Bezirke und Gemeinden aus und wacht über die Erhaltung des Vermögens derselben (§ 53 KV). Er erlässt die ihm nötig scheinenden Weisungen an die Gemeinderäte über den richtigen Vollzug von Rechtssätzen des Bundes und des Kantons und sorgt für den Vollzug seiner Verfügungen (§ 88 Abs. 2 GOG).

Das Aufsichtsrecht dient der Verwirklichung des Legalitätsprinzipes. Zu beachten sind dabei das Opportunitätsprinzip (Eignung des Eingriffs) und das Verhältnismässigkeitsprinzips (H. R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, N 5,7.1,7.2 zu Vorb. § 141–150). Die Aufsichtsbehörden schreiten entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechts und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden nur bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ein (H. R. Thalman, a.a.O., N 8.5 zu Vorb. § 141–150). Der Grad der Autonomie beeinflusst mithin Art und Ausmass des aufsichtsrechtlichen Eingreifens (H. R. Thalman, a.a.O., N 5,7.1 zu Vorb. § 141–150).

Besteht im fraglichen Rechtsanwendungsgebiet (hier das Handänderungssteuerrecht) kein kommunaler Autonomiebereich, so ist es fraglich, ob sich eine mit dieser Rechtsanwendung betraute Körperschaft (hier die Gemeinde) im Rahmen einer Autonomiebeschwerde gegen die Missachtung der oben dargelegten aufsichtsrechtlichen Verfahrensgrundsätze zur Wehr setzen kann (z.B. bei zu voreiliger oder zu strenger und forscher

B. 4.2

Handhabung des Aufsichtsrechts), indem sie in diesem zu strengen aufsichtsrechtlichen Vorgehen einen unzulässigen Eingriff in ihren funktionellen Wirkungsbereich sieht (Kennel [Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, S. 28], spricht in diesem Zusammenhang von einer «faktischen Autonomie», welche für die Gemeinden wie für ihre Bürger wichtig sei), zumal es im konkreten Fall um eine – vom kantonalen Gesetzgeber vorgeschriebene – kommunale Steuer geht. Diese Frage kann indes offen bleiben, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

b) Die Gemeinde erfüllt die sich aus ihrer Autonomie ergebenden örtlichen Obliegenheiten sowie die Aufgaben, die ihr durch Rechtssatz übertragen sind (§ 87 KV).

Die Steuerpflicht richtet sich nach (kantonalem) Gesetz (§ 16 KV). Seit 1977 verlangt das kantonale Handänderungssteuergesetz (HStG), dass die Gemeinden zwingend nach Massgabe des Gesetzes eine Handänderungssteuer erheben müssen (§ 1 HStG). Es regelt abschliessend Steuersubjekt, Steuerobjekt, Steuerbefreiungsgründe, Steuerveranlagung, Strafbestimmungen, Rechtsmittel und Steuerbezug (vgl. auch Kennel, a.a.O., S. 197). Es verbleibt somit kein Platz für eine autonome kommunale Rechtsanwendung. Huwyler (Die Handänderungssteuer im Kanton Schwyz, in EGV-SZ 1993, S. 209) spricht zwar davon, dass die einzelnen Tatbestände Spielräume offen liessen, wieweit der Handänderungsbegriff gehen dürfe. Solche allfälligen Spielräume wären jedoch nur schon aus Gleichheits- und Steuergerechtigkeitsgründen kantonal einheitlich und nicht kommunal verschieden auszufüllen, zumal es beim Steuerrecht nicht um eine typisch lokale Angelegenheit geht (Imboden/Rhinow, Nr. 12, B Vd). Zudem lassen die hier konkret umstrittenen Rechtsfragen keine Gestaltungsspielräume offen (vgl. hinten Erw. 3).

c) Der vorliegende Fall bietet insofern gewisse Schwierigkeiten, als die Sach- und Rechtslage auf den ersten Blick komplex und wenig transparent erscheint, zumal entsprechende kantonale Präjudizien fehlen. Bei genauerer Befassung gelangt man jedoch zu einem klaren Beurteilungsergebnis (vgl. unten Erw. 3), von dem die Beschwerdeführerin abgewichen ist. Indem der Regierungsrat deshalb aufsichtsrechtlich eingeschritten ist, hat er die Gemeindeautonomie der Beschwerdeführerin nicht verletzt. (VGE 703/01 vom 22. Mai 2001).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999.

– *Auslegung und Berechnung.*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 24. Juli 2000 hatte der Gemeinderat Y. dem Bauherrn X. die Bewilligung zum Abbruch bestehender Gebäude und zur Erstellung eines neuen Mehrfamilienhauses mit 7 Wohneinheiten sowie Autoabstellhalle an der ...strasse in Y. erteilt. Zuvor hatte das Tiefbauamt des Kantons Schwyz mit Verfügung vom 11. Juli 2000 eine Einfahrtsbewilligung in die ...strasse (= Kantonsstrasse) erteilt, wobei der Bewilligungsnehmer verpflichtet wurde, eine Vorteilsabgabe von Fr. 213 660.– zu bezahlen. Der Gemeinderat übernahm die Verpflichtung zur Bezahlung dieser Vorteilsabgabe ins Dispositiv der Baubewilligungsverfügung. Eine dagegen beim Regierungsrat erhobene Beschwerde, welche als Sprungbeschwerde direkt vom Verwaltungsgericht zu beurteilen war, wurde nach einem gerichtlichen Augenschein aus folgenden Gründen teilweise gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

1.a) Der Strassenträger erhebt für das Unterschreiten des Strassenabstandes (§ 42) und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen (§§ 47f.) eine Vorteilsabgabe (vgl. § 58 Abs. 1 der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999, StrV, SRSZ 442.110).

Nach § 47 Abs. 1 StrV bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr geleitet werden soll (§ 47 Abs. 2 StrV).

Die Bewilligung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. Insbesondere kann die Ausnützung der Bewilligung davon abhängig gemacht werden, dass die Kostenverteilung nach §§ 51 und 55/56 StrV geregelt ist (vgl. § 48 Abs. 2 StrV).

Die Abgabepflicht entsteht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche (vgl. § 58 Abs. 2 lit. b StrV).

Die Vorteilsabgabe beträgt höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes der wie folgt bestimmten Fläche:

– bei Zufahrten und Zugängen nach der effektiv bebauten Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst (vgl. § 58 Abs. 3 lit. b StrV).

B. 5.1

b) In § 28 Abs. 2 der vom Regierungsrat am 18. Januar 2000 beschlossenen Vollzugsverordnung zur StrV (VVStrV) wird zur Vorteilsabgabe was folgt festgehalten:

Die Vorteilsabgabe beträgt bei Zufahrten und privaten Zugängen zu Hauptstrassen:

- 5 Prozent bei der Erschliessung von Gebäuden mit erheblichem Auto- oder Publikumsverkehr oder zu Parkplatzanlagen (§ 28 Abs. 2 lit. a VVStrV);
- 4.5 Prozent bei der Erschliessung von Mehrfamilienhäusern oder mehreren Einfamilienhäusern (§ 28 Abs. 2 lit. b VVStrV);
- 3 Prozent bei der Erschliessung eines Einfamilienhauses (§ 28 Abs. 2 lit. c VVStrV).

Der Verkehrswert wird auf Grund einer Schätzung der kantonalen Güterschätzungskommission festgelegt (§ 28 Abs. 4 VVStrV).

2.a) Im vorliegenden Fall hat das Tiefbauamt für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle an der ...strasse ... in Y. ausgehend von einem Verkehrswert des Bauvorhabens von Fr. 4 748 000.– eine Vorteilsabgabe im Umfange von Fr. 213 660.– (4.5% von 4 748 000) veranlagt. Unter Berücksichtigung einer Bearbeitungsgebühr von Fr. 420.– sowie von Schreibgebühren im Betrage von Fr. 36.– verpflichtete das Tiefbauamt den Beschwerdeführer zur Bezahlung eines Betrages von Fr. 214 116.– (...).

b) Demgegenüber beanstandet der Beschwerdeführer insbesondere sinngemäss,

- dass die Vorteilsabgabe im Sinne von § 58 StrV verfassungswidrig sei,
- dass die veranlagte Vorteilsabgabe gesetzwidrig sei,
- dass im Zusammenhang mit der Schätzung des Verkehrswertes der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei,
- und dass die konkret veranlagte Vorteilsabgabe unverhältnismässig sei.

c) Auf diese dargelegten Rügen ist in der Folge näher einzugehen. Bei der damit verbundenen Auslegung des Gesetzes ist als Ziel zu beachten, dass es darum geht, den Sinngehalt der anwendbaren Norm zu ergründen.

Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt. Vielmehr muss nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente, wie namentlich Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm. Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus auszugehen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abzustellen, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergibt (vgl. BGE vom 19. Jan. 1999, publ. in StE 1999,

B 71.61, Nr. 4, Erw. 3 mit Hinweis auf BGE 124 II 372, Erw. 5, S. 376; VGE 717/99 vom 14. Jan. 2000, Erw. 3).

Die Gesetzesmaterialien können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel sein, um den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe nicht dienlich. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend. Ist in der Gesetzesberatung insbesondere ein Antrag, das Gesetz sei im Sinne einer nunmehr vertretenen Auslegungsmöglichkeit zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt worden, dann darf diese Auslegungsmöglichkeit später nicht in Betracht gezogen werden (vgl. EVGE vom 16. Dez. 1997 i.Sa. Kt. SZ c. H., Erw. 6a in fine mit Verweisen, u.a. auf BGE 115 V 349 und BGE 122 III 325).

3. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist die vom kantonalen Gesetzgeber in § 58 StrV geregelte Vorteilsabgabe *nicht verfassungswidrig*.

Der vom Beschwerdeführer angesprochene Art. 82 Abs. 3 BV entspricht der bisherigen Regelung von Art. 37 Abs. 2 der alten Bundesverfassung (aBV). Diese Regelung untersagt dem Gemeinwesen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur, für den Verkehr auf Strassen, der sich im Rahmen des Gemeingebrauchs hält, Gebühren zu erheben. Diese Regelung verbietet es jedoch nicht, für Beanspruchungen, welche den Rahmen des Gemeingebrauchs übersteigen, Abgaben zu erheben (vgl. BGE 112 Ia 41; 122 I 283).

Wie das Bundesgericht erkannt hat, ist der Verkehr gemäss Art. 37 Abs. 2 aBV nur im Rahmen der Zweckbestimmung gebührenfrei. Ob und wie weit eine bestimmte Fläche für den Verkehr zweckbestimmt wird, richtet sich nach dem Recht des Gemeinwesens, dem die Hoheit über die öffentlichen Sachen zusteht. Es gibt keinen bundesverfassungsrechtlichen Anspruch darauf, dass bestimmte Verkehrsanlagen gebaut oder bestimmte Flächen dem Verkehr zur Verfügung gestellt werden. Das Gemeinwesen ist verfassungsrechtlich auch nicht verpflichtet, die bestehenden Strassenflächen im bisherigen Umfang dem Verkehr zu erhalten. Es steht ihm grundsätzlich (abgesehen von gewissen Ausnahmen) frei, eine Fläche, die bisher dem Verkehr gewidmet war, einer anderen Zweckbestimmung zuzuführen, wodurch die entsprechende Fläche aus dem Geltungsbereich der verfassungsrechtlich gewährleisteten Gebührenfreiheit fällt (vgl. BGE 122 I 284, Erw. 2c mit Hinweisen).

Analog gibt es auch bei an Hauptstrassen angrenzenden Grundstücken für den Grundeigentümer keinen bundesverfassungsrechtlichen Anspruch darauf, dass er den Zubringerverkehr (von seinem Grundstück auf die Hauptstrasse und umgekehrt) abgabefrei direkt in eine Hauptstrasse ein-

B. 5.1

leiten dürfe. Dies gilt erst recht als eine solche direkte Einfahrt nur bei Einhaltung der Anforderungen an die Verkehrssicherheit in Frage kommen kann (was eine entsprechende Überprüfung der Verkehrssicherheitsaspekte erfordert), und zudem unter Umständen auch gewisse bauliche Anpassungen bei der Detailgestaltung des Strassenareals nötig sein können.

Auch lässt die Möglichkeit, dass im Einzelfall die Anwendung einer Norm zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen kann, den Erlass als solchen nicht verfassungswidrig werden. Vielmehr hat der Richter die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung zu untersuchen und auch die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung miteinzubeziehen, um das Risiko einer Verfassungsverletzung möglichst gering zu halten (vgl. BGE 124 I 196 mit Hinweisen).

In der vorliegenden kantonalesgesetzlichen Regelung von § 58 StrV (i.V.m. §§ 47/48 StrV) ist aber auch keine Verletzung des Prinzips der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Abgabenerhebung zu erblicken (vgl. dazu Replik, S. 2). Wie in der Vernehmlassung vom 21. Sept. 2000 (S. 2) zutreffend ausgeführt wurde, ist die Vorteilsabgabe nach der Strassenverordnung grundsätzlich dann geschuldet, wenn ein Grundeigentümer durch den Direktanschluss an eine öffentliche Strasse bevorteilt ist bzw. insofern einen konkreten wirtschaftlichen Vorteil erzielt, als er sich nicht an den Groberschliessungskosten nach Massgabe der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen (GBeiV, SRSZ 400.220) zu beteiligen hat. Den Gesetzesmaterialien ist dazu zu entnehmen, dass mit der Vorteilsabgaberegulation «die notwendige kantonale Rechtsgrundlage für die Abgeltung von Sondervorteilen aus der Strassenplanung (Art. 5 RPG)» geschaffen werden sollte. Diesbezüglich wird im Bericht vom 15. Dezember 1998 (= RRB Nr. 2225/1998) an den Kantonsrat u.a. ausgeführt, dass der Grundeigentümer im Perimeter einer Bauzonenerschliessung sich an den Kosten der Groberschliessung im Rahmen der Erschliessungsplanung zu beteiligen habe, hingegen der Grundeigentümer mit direktem und privatem Zugang zum Strassennetz (falls keine Vorteilsabgaberegulation geschaffen würde) nichts leisten müsste (vgl. RRB Nr. 2225/1998, S. 27).

Abgesehen davon besteht der Vorteil darin, dass der Grundeigentümer bei der direkten Einfahrt die Strasse, zumindest örtlich in besonders intensiver, über den Gemeingebrauch hinausgehender Weise benutzen darf. Nachdem diese Abgabepflicht grundsätzlich alle Grundeigentümer trifft, welche im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben eine Einfahrtsbewilligung einzuholen haben, geht die Rüge fehl, dass die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Abgabenerhebung verletzt würden. Aus dem Einwand in der Beschwerde, wonach ein an eine Hauptstrasse angrenzendes Grundstück, welches über eine direkte Einfahrt in die Hauptstrasse erschlossen werden kann, in der Regel auch mehr Immissionen zu erdulden habe (als ein weiter entfernt von der Hauptstrasse lie-

gendes Grundstück, welches über eine Groberschliessungsstrasse mit der Hauptstrasse verbunden ist), kann der Beschwerdeführer im vorliegenden Zusammenhang nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.a) Der Beschwerdeführer beanstandet des Weiteren, dass die verlangte Vorteilsabgabe über keine hinreichende *gesetzliche Grundlage* verfüge. Diese Kritik beinhaltet zum einen die Rüge, es liege gar kein Abgabebetatbestand vor, weil mit der geplanten Überbauung gar keine neue Zufahrt erstellt werde (vgl. Beschwerdeschrift, S. 4f.). Zum andern kritisiert der Beschwerdeführer, dass die Regelung von § 28 VVStrV gesetzwidrig sei.

Hingegen anerkennt der Beschwerdeführer in der Replik (S. 4 unten) ausdrücklich, dass die kantonsrätliche Strassenverordnung (StrV) vom 15. September 1999, welche dem fakultativen Referendum gemäss § 31 Abs. 1 der Kantonsverfassung unterstellt worden war (vgl. § 69 Abs. 1 StrV sowie Abl SZ 2000, S. 76, wonach die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen ist) und nach dem schwyzerischen Staatsrecht als gesetzvertretende Verordnung hierarchisch einem Gesetz im formellen Sinne gleichzustellen ist, einmal abgesehen von den in der Vollzugsverordnung festgelegten Abgabesätzen die Anforderungen an eine formellgesetzliche Grundlage grundsätzlich erfüllt (zum Erlass gesetzvertretender Rechtsverordnungen vgl. auch Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 92ff. sowie Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., S. 26f., Rz. 106ff.)

b) aa) Fehl geht die Meinung des Beschwerdeführers, es liege gar kein Abgabebetatbestand vor. Auch wenn in § 58 Abs. 1 StrV von einer Vorteilsabgabe «für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen» die Rede ist, bedeutet dies nicht, dass eine Abgabe nur dann in Frage kommt, wenn eine neue Zufahrt oder ein neuer Zugang «erstellt» wird. Vielmehr wird in § 58 Abs. 2 lit. b StrV präzisiert, *dass die Abgabepflicht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche entsteht*. Damit hat der Gesetzgeber nach dem Wortlaut von § 58 Abs. 2 lit. b StrV die Entstehung der Abgabepflicht bei Zufahrten und Zugängen offenkundig an das Bewilligungserfordernis angeknüpft (vgl. dazu auch: Bericht vom 15. Dez. 1998 an den Kantonsrat, S. 27, wonach jede bauliche Erweiterung eine erneute raumplanungsrechtliche Bewilligung nach PBG voraussetze, was zu einer ergänzenden, eventuell angepassten Abgeltung führe). Dafür spricht auch, dass in § 58 Abs. 1 StrV ausdrücklich auf die Gesetzesbestimmungen von § 47 StrV (mit dem Titel «Bewilligungspflicht») und § 48 StrV (mit dem Titel «Bewilligungserteilung und -verweigerung») verwiesen wird.

Wann im Zusammenhang mit Zufahrten und Zugängen eine (Einfahrts)Bewilligung des Strassenträgers erforderlich ist, wird grundsätzlich in § 47 StrV geregelt. Gemäss § 47 Abs. 1 StrV sind das Erstellen neuer Zufahrten sowie der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten bewilli-

B. 5.1

gungspflichtig. Nach § 47 Abs. 2 StrV ist eine Einfahrtsbewilligung auch dann erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet werden soll. Diese Bestimmung steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine Einfahrtsbewilligung nicht nur bei Neuanlage von Zufahrten erforderlich ist, sondern auch bei Erweiterungen bzw. gesteigerter Benutzung der Zufahrt durch Mehrverkehr verursachende Neubauten (vgl. VGE 596/95 vom 7. Sept. 1995, Erw. 1c, Prot. S. 1146; VGE 572/95 vom 20. Febr. 1997, Erw. 3a/b).

bb) Im konkreten Fall verhält es sich nach den vorliegenden Akten und unter Einbezug des Augenscheinergebnisses so,

- dass das Grundstück KTN ... (...strasse ...) mit einem aus dem Jahre 19.. stammenden Hauptgebäude mit 2 Wohnungen (5- und 6-Zimmer-) sowie einem Anbau aus dem Jahre 19.. (mit ...) überbaut war,
- dass die Kubaturen der beiden bestehenden Gebäudetrakte (...) zusammen 2466 m³ ausmachten, dazu kam noch eine Doppelgarage (...)
- dass gemäss den Angaben des Beschwerdeführers die bisherige Überbauung mit drei Garagen (...) und sechs Abstellplätzen im Freien ausgestattet war (...),
- dass das Neubauvorhaben (Mehrfamilienhaus mit 7 grossen Wohnungen zu je rund 160 m² Bruttogeschossfläche und Autoabstellhalle) eine Mehrkubatur von 5742 m³ aufweist (...),
- dass gemäss der Baubewilligung vom 24. Juli 2000 (Erw. 5, 1.Satz) für die neue Überbauung auf KTN ... insgesamt 19 Autoabstellplätze erforderlich sind,
- dass im Rahmen der neuen Überbauung in der Einstellhalle insgesamt 21 Abstellplätze (davon 2 Plätze für das Grundstück KTN ...) und 4 Abstellplätze im Freien realisiert werden (...),
- und dass die bisherige Einfahrt von der ...strasse insofern abgeändert wird, als sie einerseits um einige Meter (gemäss dem aktenkundigen Situationsplan Nr. 4, 1:500, vom 14. März 2000 handelt es sich um eine Verschiebung von rund 4.5 m) nach Nordosten verschoben wird, und anderseits die Fortsetzung auf dem Grundstück des Beschwerdeführers nicht mehr im spitzen Winkel (und zwar ansteigend zu den bisherigen Wohnbauten), sondern im rechten Winkel (in etwa auf gleichem Niveau wie die ...strasse) in die Einstellhalle erfolgt (...).

cc) Wie der Augenschein gezeigt hat und wie auch der Darstellung auf dem Situationsplan 1:500 vom 14. März 2000 zu entnehmen ist, wird die bisherige Einfahrt im Bereich der ...strasse um rund 4.5 m nach Nordosten verschoben. Ein solcher Umbau der Zufahrt benötigt nach § 47 Abs. 1 StrV eine Bewilligung des Strassenträgers und unterliegt jedenfalls dann der Abgabepflicht nach § 58 Abs. 1 bzw. § 58 Abs. 2 lit. b StrV, wenn das anzuschliessende Grundstück wie hier neu so überbaut wird, dass ein wesentlicher Mehrverkehr entsteht.

Selbst wenn die bisherige Einfahrt unverändert bliebe (was in casu nicht zutrifft), wäre das Erfordernis einer Einfahrtsbewilligung sowie die Abgabepflicht im konkreten Fall aus folgenden Gründen zu bejahen. Vergleicht man den bisherigen Zustand (3 Garagen und 6 Abstellplätze für drei Wohnungen und ...) mit der Situation gemäss der Baubewilligung vom 24. Juli 2000 (25 Abstellplätze für insgesamt 7 grosse Wohnungen zu je rund 160 m² Bruttogeschossfläche, davon 2 Plätze für das Nachbargrundstück KTN ...), ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Tiefbauamt von einer Bewilligungspflicht im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV ausgegangen ist. Der sinngemässe Standpunkt, wonach eine solche Erweiterung der bisherigen Anzahl Abstellplätze von 9 auf insgesamt 25 Abstellplätze keine Einfahrtsbewilligung (im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV) benötige, ist nicht haltbar. Entscheidend für die Bewilligungspflicht im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV ist, ob entweder mit einem erheblichen Mehrverkehr oder mit einem andersartigen Verkehr (z.B. statt PW-Verkehr, neu LKW-Verkehr) zu rechnen ist (vgl. zur bisherigen Praxis im Zusammenhang mit der Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strasse vom 2. April 1964: EGV-SZ 1999, Nr. 43). Im konkreten Fall ist aus den dargelegten Erweiterungen (Mehrkubatur von 5742 m³ sowie Erhöhung der bisherigen Anzahl Abstellplätze von 9 auf 25) ein solcher Mehrverkehr abzuleiten, und zwar ungeachtet dessen, dass auf dem Grundstück KTN ... von der früheren gemischten Nutzung (3 Wohnungen und ...) auf eine reine Wohnnutzung (7 grosse Wohnungen) umgestellt wurde. In diesem Zusammenhang ist auch noch zu beachten, dass nicht nur die für die geplante Überbauung aus baurechtlichen Gründen benötigte Anzahl Abstellplätze (19) in Rechnung zu stellen ist, sondern vielmehr auch noch die weiteren 6 vorgesehenen Abstellplätze (davon 4 im Freien) mitzubersichtigenden sind. Denn zusätzlicher Verkehr über eine bestimmte Einfahrt entsteht auch dann, wenn von der auf 25 erhöhten Anzahl Abstellplätze ein Teil davon für andere (benachbarte) Grundeigentümer (z.B. KTN ...) oder für Personen verwendet wird, welche beispielsweise in der Nachbarschaft als Mieter wohnen oder in der Nähe ihren Arbeitsplatz haben.

dd) Zusammenfassend ist nicht nur dann, wenn eine Zufahrt neu gebaut oder eine bisherige Zufahrt (z.B. durch Verschiebung um rund 4.5 m) umgebaut wird, eine Einfahrtsbewilligung erforderlich (§ 47 Abs. 1 StrV), sondern auch dann, wenn über eine bisherige Zufahrt ein wesentlicher Mehrverkehr geleitet wird, welcher aus einer Mehrkubatur im dargelegten Umfang (5742 m³) bzw. aus einer Erhöhung der Anzahl Abstellplätze von bisher 9 auf 25 abgeleitet werden kann. Solche (bewilligungspflichtige) bauliche Erweiterungen (mit wesentlichem Mehrverkehr) sind ebenfalls unter den Abgabetatbestand von § 58 Abs. 2 lit.b StrV zu subsumieren.

c) Unbegründet ist die Rüge des Beschwerdeführers, die Regelung von § 28 VVStrV sei gesetzwidrig. Nach der Rechtsprechung des Bundesge-

B. 5.1

richts bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde, muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessungsgrundlagen nennen, doch sind diese Anforderungen für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert, soweit das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (vgl. BGE 126 I 183, Erw. 2a/bb mit Hinweisen).

Der Umfang des Legalitätsprinzips ist je nach der Natur der Abgabe zu differenzieren (vgl. BGE 121 I 230, Erw. 3g/aa, S. 238). Das Prinzip darf weder seines Gehalts entleert, noch andererseits in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät (vgl. BGE 126 I 183). Bei Kausalabgaben, auch bei kostenunabhängigen, kann ihm bereits Genüge getan sein, *wenn das formelle Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt* (BGE 126 I 183 mit Verweis auf BGE 121 I 238; vgl. VGE 706/00 vom 15. Nov. 2000, Erw. 1b, publ. in EGV-SZ 2000, Nr. 27).

In § 58 Abs. 3 StrV hat der Gesetzgeber die Höhe der Abgabe auf «höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes» limitiert, wobei er zusätzlich in § 58 Abs. 3 lit. a und b die hinsichtlich des Verkehrswertes zu berücksichtigende Fläche definierte. Damit hat er grundsätzlich mit hinreichender Bestimmtheit in der formellgesetzlichen Grundlage normiert, welche Parameter und Eckdaten für die Berechnung der Abgabe massgebend sind (vgl. dazu nachfolgend, Erwägung 5). Ob hingegen die in § 28 Abs. 2 VVStrV enthaltene Abstufung von 3% bei Einfamilienhäusern, 4,5% bei Mehrfamilienhäusern (oder mehreren EFH) und von 5% bei der Erschliessung von Gebäuden mit erheblichem Auto- oder Publikumsverkehr oder zu Parkplatzanlagen dem Äquivalenzprinzip, welches die abgaberechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips darstellt (vgl. BGE 126 I 188, Erw. 3a/bb) zu genügen vermag, ist nachfolgend in Erwägung 6 zu untersuchen.

5.a) In der Folge ist zu prüfen, wie die vom Gesetzgeber in § 58 Abs. 3 lit. b StrV festgelegte Berechnungsweise («nach der effektiv bebauten Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst») zu verstehen ist. Der Beschwerdeführer bringt dazu u.a. Folgendes vor:

«Mit der bebauten Nutzfläche kann allein die überbaute Bodenfläche (von in casu rund 350 m²) gemeint sein (obwohl dies in der regierungsrätlichen Botschaft teilweise abweichend dargestellt wurde): Der Gebäudewert stellt keine Nutzfläche dar, und Geschossflächen (d.h. zwei Dimensionen) können sachenrechtlich keinen Verkehrswert aufweisen; auch im Parlament wurde mit «bebauter Nutzfläche» unwidersprochen das verstanden, was branchenüblich ist: nämlich als effektiv überbaute Grundfläche («bebaut», vgl. KR-Prot. vom 15.9.1999, S. 1236). Hinzu kommt, dass § 28 Abs. 2 VVStrV für Mehrfamilienhäuser einen höheren Abgabesatz vorsieht, so dass ohnehin nicht die

Anzahl der Geschosse für die «bebaute Nutzfläche» massgebend sein kann (andernfalls die Geschosse mehrmals «verrechnet» würden). Die korrekte Berechnung nach § 58 Abs. 3 lit. b StrV würde eine Bruttoabgabe von höchstens Fr. 12600.00 ausmachen (350 m² x Fr. 800.00 x 4.5%). Von der Abgabe wäre der Wert der bisher schon überbauten Nutzfläche *abzuziehen*, die sich auf ungefähr die Hälfte belaufen würde und noch erhoben werden müsste. (...)

(vgl. Beschwerde, S. 5)

Demgegenüber argumentiert das Tiefbauamt u. a. folgendermassen:

«(...) In den Materialien finden sich dazu keine Angaben. Auch aus dem Protokoll des Kantonsrates oder seiner Kommission lässt sich nichts Genaueres zur Streitfrage entnehmen. Der Gesetzgeberwille ist – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – aus den Unterlagen nicht ersichtlich. Immerhin findet sich die Präzisierung über das Vorgehen im Begleitbericht zur Vollzugsverordnung (RRB 70/2000, S. 12). Darin wird – übrigens aufgrund mehrfacher Hinweise aus den Gemeinden im Vernehmlassungsverfahren – nicht auf eine in der Regel oft veraltete Steuerschätzung abgestellt, sondern ausdrücklich auf die Wertbestimmung durch die Güterschätzungskommission im Einzelfall verwiesen. Wäre nur der Bodenpreis der unüberbauten Fläche in die Berechnung einzubeziehen gewesen, hätte das Fachwissen der Güterschätzungskommission nicht bemüht werden müssen. Die Begriffsbestimmung ist im Übrigen im Lichte des gesamten Rechts zu beurteilen. Nach den Grundsätzen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – bei der zu beurteilenden Frage geht es vor allem um sachenrechtliche Zusammenhänge – umfasst das Grundeigentum alle Bauten und Pflanzen, die fest mit dem Boden verankert sind (Art. 667 Abs. 2 ZGB); auch der Einbau von Material führt dazu, dass dieses Bestandteil des Grundstückes wird (Art. 671 ZGB); Bestandteile beeinflussen den Verkehrswert des Grundstückes oder einer Grundstücksfläche. Der Verkehrswert der in die Berechnung einbezogenen Nutzfläche hängt deshalb entscheidend davon ab, wie diese Fläche bebaut ist. Wird sie mit einem Mehrfamilienhaus überbaut, ist der Verkehrswert der Fläche bedeutend höher, als wenn ein kleines Einfamilienhaus erstellt ist. Dass diese Bestimmung über den Eigentumsumfang im Privatrecht sich mit der in der angefochtenen Verfügung vertretenen Interpretation deckt, ergibt sich auch aus dem Zweck der Vorteilsabgabe. Die Vorteilsabgabe wird in der Tat erhoben, wenn für eine bebaute Nutzfläche eine Direktzufahrt erstellt wird. Die Abgabepflicht entsteht ausserdem im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder Erweiterung der Nutzfläche (§ 58 Abs. 2 Bst. b StrV). Die Abgabe soll also den Vorteil abgelden, welche die Direktzufahrt für die Nutzung der Baute (nicht der Bodenfläche) mit sich bringt.»

(vgl. Vernehmlassung, S. 4)

b) Allein aus der Formulierung «nach der effektiv bebauten Nutzfläche» ist nicht eindeutig abzuleiten, ob der Gesetzgeber nur die Gebäudegrundfläche oder sämtliche nutzbaren Geschossflächen meinte. Mithin lässt der soeben zitierte Satzteil «nach der effektiv bebauten Nutzfläche» grundsätzlich verschiedene Deutungen zu. Allerdings stellt der Umstand, wonach der Gesetzgeber von einer Fläche im Singular spricht, ein Indiz dafür dar, dass nur eine Fläche, und nicht mehrere (Geschoss)Flächen gemeint sind.

Im Kontext mit dem ganzen Absatz 3 von § 58 StrV wird hingegen klar, wie die «effektiv bebaute Nutzfläche» zu verstehen ist. Denn der Gesetzgeber hat in § 58 Abs. 3 lit. a StrV beim Unterschreiten des Strassenabstandes die Berechnung des Verkehrswertes nach der innerhalb des Bau-

B. 5.1

abstandes «*je Geschoss beanspruchten Fläche*» (Fettdruck nicht im Original) festgelegt. Hätte der Gesetzgeber in der unmittelbar folgenden Bestimmung von § 58 Abs. 3 lit. b StrV ebenfalls eine Berechnung der massgebenden Fläche «*nach Geschossen*» beabsichtigt, hätte er – analog wie in § 58 Abs. 3 lit. a StV – ausdrücklich auf das Element der Geschosse Bezug genommen. Indem der Gesetzgeber abweichend von der in § 58 Abs. 3 lit. a StrV enthaltenen Formulierung in § 58 Abs. 3 lit. b StrV sich nicht auf «Geschosse» bezog, tat er damit kund, dass in diesem Zusammenhang nicht (wie in § 58 Abs. 3 lit. a StrV) mehrere Geschossflächen gemeint sind.

Für das gleiche Ergebnis spricht aber auch, dass der Gesetzgeber in § 58 Abs. 3 lit. b StrV zusätzlich normiert hat, welche Grundstücksfläche bei der Berechnung der massgebenden Fläche auszuscheiden ist, nämlich «die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst». Eine solche Ausscheidung einer bestimmten Grundstücksfläche (welche als Zufahrtsstrasse «bebaut und nutzbar» ist) macht grundsätzlich dann keinen Sinn, wenn diese Grundstücksfläche (nicht von der gesamten bebauten Grundstücksfläche, sondern) von den gesamten Geschossflächen in Abzug zu bringen wäre, da diesfalls «Äpfel mit Birnen verglichen würden» (auf der einen Seite eine Grundstücksfläche, auf der anderen Seite «Geschossflächen»). Aus der in § 58 Abs. 3 lit. b StrV enthaltenen Gegenüberstellung von «effektiv bebauter Nutzfläche» einerseits und «Fläche der Zugänge und Zufahrten» andererseits ist abzuleiten, dass es sich dabei jeweils um eine Grundstücksfläche, und nicht um mehrere Geschossflächen handelt. Mit anderen Worten wäre der letzte Satzteil von § 58 Abs. 3 lit. b StrV völlig überflüssig, wenn mit «effektiv bebauter Nutzfläche» sämtliche Geschossflächen gemeint wären.

c) Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die Auswertung der Gesetzesmaterialien untermauert.

Zwar wurde im Bericht zur Vorlage an den Kantonsrat zur Berechnung der Vorteilsabgabe ausgeführt, zu den «bebauten» Nutzflächen gemäss Absatz 3 lit. b würden sowohl Geschossflächen, wie auch anderweitig baulich erstellte Areale und Flächen, nicht aber Vorplätze, Gärten sowie die Zufahrtsstrecke selber gezählt (vgl. RRB Nr. 225/1998 vom 15. Dez. 1998, S. 27 unten).

Bei der ersten Beratung dieser vorgeschlagenen Bestimmung durch die zuständige Kommission des Kantonsrates wurde im Protokoll der Sitzung vom 31. März 1999 (S. 6 unten) festgehalten, dass sich bei der Diskussion Unklarheiten und Fragen ergaben, weshalb vorgeschlagen wurde, «zum besseren Verständnis konkrete Berechnungsbeispiele» beizuziehen. Mithin liess die kantonsrätliche Kommission nach der ersten Beratung dieser Bestimmung noch offen, ob die im Bericht vom 15. Dez. 1998 zur Vorlage an den Kantonsrat vorgeschlagene Regelung, wonach in Absatz 3 lit. b auf Geschossflächen (und nicht auf die Gebäudefläche) abzustellen sei, übernommen werden solle oder nicht.

Soweit die zum besseren Verständnis von der kantonsrätlichen Kommission beigezogenen Berechnungsbeispiele das Unterschreiten des Strassenabstandes (bzw. § 58 Abs. 3 lit. a StrV) betreffen, sind sie hier nicht näher zu erörtern. Die anderen Beispiele beinhalten u.a. folgende Angaben:

- das erste Berechnungsbeispiel betrifft den Neubau einer 3-fach-Garage in R.; hier wurde als «effektiv bebaute Nutzfläche» ein Flächenmass von 55.49 m² zur Anwendung gebracht (vgl. Baudep-act. 3a/Anhang);
- ein weiteres Berechnungsbeispiel (2) vom 17.2.1997 betraf eine Wohnüberbauung mit insgesamt 46 Wohneinheiten; hier wurde die effektiv bebaute Fläche auf insgesamt 2543 m² veranschlagt, was nach diesem Berechnungsbeispiel zu einem Anteil von Fr. 2488.– pro Wohneinheit führte (allerdings ist dieses Berechnungsbeispiel insofern fehlerhaft, als hinsichtlich der genannten 2543 m² die Bruttogeschossflächen von 30 Wohneinheiten [à durchschnittlich nur 85 m²] berücksichtigt wurden, indessen bei der Umrechnung pro Wohneinheit das Zwischenergebnis auf 46 [!] Wohneinheiten verteilt wurde, was so nicht stimmen kann, vgl. Baudep-act. 3a/Anhang);
- in einem weiteren Berechnungsbeispiel (3) vom 23. April 1999 (betreffend zwei Mehrfamilienhäuser in der Zone W3, welche durch eine Tiefgarage miteinander verbunden sind) wurden vom Tiefbauamt eindeutig nur die Gebäudegrundflächen inkl. Tiefgarage (und nicht die Geschossflächen) als effektiv bebaute Nutzfläche berücksichtigt (Mehrfamilienhaus A und B: 16.9 x 13.65 = 230.7 m², zuzüglich einen Gebäudevorsprung von 16.2 m², zusammen je 246.9 m²; hinzu kam noch die Tiefgarage mit einer Grundfläche von 448.9 m²; vgl. Baudep-act. 3a/Anhang).

Aus diesen drei aktenkundigen Berechnungsbeispielen ist abzuleiten,

- dass einmal die Gebäudegrundfläche mit der Geschossfläche zusammenfällt (Beispiel 1), einmal eindeutig auf Geschossflächen (wenn auch nicht auf alle Geschossflächen der 46 Wohneinheiten) abgestellt wurde (Beispiel 2), und einmal eindeutig nur die Gebäudegrundflächen (inkl. Tiefgarage) zur effektiv bebauten Nutzfläche gezählt wurden (Beispiel 3),
- dass das Beispiel 2 noch zu einer Zeit (1997) berechnet wurde, als die Verwaltung von einem Abstellen auf die Geschossflächen ausging (vgl. den Bericht zur Vorlage an den Kantonsrat vom 15. Dez. 1998)
- und dass das aktuellste Berechnungsbeispiel (3), welches erst nach der Sitzung der kantonsrätlichen Kommission vom 31. März 1999 verfasst wurde, unmissverständlich nur auf die Gebäudegrundflächen inkl. Tiefgarage (und nicht auf die Geschossflächen) abstellte.

Diese aktuellste, nach der Sitzung der kantonsrätlichen Kommission vom 31. März 1999 vorgenommene beispielhafte Berechnung ist als Indiz dafür zu werten, dass damals ein Abstellen auf die Gebäudegrundfläche (inkl. Tiefgarage) nicht nur diskutiert wurde, sondern offenkundig im Vorder-

B. 5.1

grund stand (andernfalls diesem Berechnungsbeispiel noch eine zusätzliche Berechnung nach den Geschossflächen beigefügt worden wäre).

Bei der zweiten Beratung durch die kantonsrätliche Kommission wurde im Zusammenhang mit der Vorteilsabgabe nur noch die Höhe dieser Abgabe (10 oder 5 Prozent) diskutiert. Die Frage hingegen, ob die Berechnungsweise nach dem Beispiel 2 aus dem Jahre 1997 oder ob diejenige nach dem aktuelleren Beispiel 3 Vorrang habe, wurde gemäss dem vorliegenden Protokoll der Sitzung vom 10. Mai 1999 nicht thematisiert (vgl. Baudep-act. 4, S. 8).

Auch bei der kantonsrätlichen Detailberatung vom 15. September 1999 gab die Frage der Berechnungsweise (nach dem dargelegten Beispiel 2 oder nach dem aktuelleren Beispiel 3) keinen Anlass zu Voten. Diskutiert wurde lediglich einerseits der Prozentsatz (10 oder 5%) und andererseits der Antrag der kantonsrätlichen Gewerbegruppe, im betreffenden Absatz 3 die Präzisierung «höchstens» einzufügen (dieser Antrag wurde im Ergebnis mit 57 Ja-Stimmen zu 29 Nein-Stimmen angenommen, vgl. Baudep-act. 1 = Auszug aus dem Kantonsratsprotokoll vom 15. Sept. 1999, S. 1236–1240).

Eine Auswertung der dargelegten Gesetzesmaterialien und parlamentarischen Beratungen führt somit zur Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber unter Berücksichtigung des aktuellsten Berechnungsbeispiels (3), welches durch das Tiefbauamt nach der 1. Beratung durch die kantonsrätliche Kommission erstellt worden war, mit der Formulierung «effektiv bebaute Nutzfläche» grundsätzlich die Gebäudegrundfläche inkl. Tiefgarage (und nicht die nutzbaren Geschossflächen) meinte.

Anzufügen ist, dass das Gericht keinen Anlass sieht, den Präsidenten der damaligen kantonsrätlichen Kommission zu befragen, da allfällige Äusserungen und Meinungen, welche damals nicht Eingang in die entsprechenden Protokolle fanden, für die Auslegung nicht entscheidrelevant sein können.

d) Dieses vorliegende Ergebnis wird durch die weiteren Vorbringen des Tiefbauamtes nicht in Frage gestellt. Unbehelflich ist namentlich der sinn gemässe Einwand, wäre nur der Verkehrswert bzw. Bodenpreis der Gebäudegrundfläche einzubeziehen, hätte das Fachwissen der kantonalen Güterschätzungskommission nicht bemüht werden müssen. Einmal abgesehen davon, dass in § 58 StrV (als formellgesetzliche Grundlage) die kantonale Güterschätzungskommission nicht erwähnt wird, ist zu beachten, dass diese Kommission fachlich am besten geeignet ist, den am betreffenden Ort massgebenden Verkehrswert des Grundstückareals zu schätzen. Von daher macht es durchaus Sinn, in der Vollzugsverordnung den Beizug dieser Fachinstanz vorzuschreiben (vgl. § 28 Abs. 4 VVStrV). Was den Einwand des Tiefbauamtes anbelangt, wonach der Verkehrswert der in

die Berechnung einbezogenen Nutzfläche entscheidend davon abhängen, wie diese Fläche bebaut sei, bzw. bei einer Überbauung mit einem Mehrfamilienhaus sei der Verkehrswert dieser Fläche bedeutend höher, als wenn ein kleines Einfamilienhaus erstellt werde (vgl. Vernehmlassung, S. 4), drängen sich folgende Bemerkungen auf. Zum einen wird bei diesem Einwand übersehen, dass sich der Umstand, wonach es sich um ein Einfamilienhaus oder ein Mehrfamilienhaus handelt, i.d.R. bereits beim Bodenwert niederschlägt. Zum andern ist zu beachten, dass in § 28 Abs. 2 VVStrV zwischen einem Einfamilienhaus und einem Mehrfamilienhaus differenziert wird und diesbezüglich verschiedene hohe Ansätze vorgesehen sind.

e) Aus all diesen Gründen ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass die vom Tiefbauamt berechnete Vorteilsabgabe zu hoch ausgefallen ist.

Im Eventualstandpunkt argumentiert der Beschwerdeführer, im konkreten Fall betrage die überbaute Grundstücksfläche rund 350 m². Diese Argumentation übersieht indessen, dass – einmal abgesehen von der Grundfläche des Mehrfamilienhauses – grundsätzlich auch die dem Wohnhaus vorgelagerte, geräumige Einstellhalle (Tiefgarage) mit insgesamt 21 Abstellplätzen zur überbauten Grundstücksfläche gehört (jedenfalls soweit sie auf dem Grundstück des Beschwerdeführers erstellt worden ist). Dafür spricht nicht nur der Wortlaut von § 58 Abs. 3 lit. b StrV («effektiv bebaute Nutzfläche»), sondern insbesondere auch das oben erwähnte, massgebende Berechnungsbeispiel vom 23. April 1999 (welches zuhanden der kantonsrätlichen Kommission für die Beratung der Vorlage verfasst wurde und bei welchem die Grundfläche der zwischen den beiden Mehrfamilienhäusern erstellten Tiefgarage ebenfalls erfasst wurde, vgl. Baudep-act. 3a/Anhang).

Eine approximative Berechnung der vom Beschwerdeführer geschuldeten Vorteilsabgabe wird nachfolgend dargelegt. *Anzufügen ist, dass die genaue Ermittlung der überbauten Fläche Sache des Tiefbauamtes sein wird.* Insbesondere wird das Tiefbauamt bei der Ermittlung der massgebenden überbauten Fläche von KTN ... darauf zu achten haben, dass – soweit sich das Wohnhaus und die Einstellhalle teilweise überlappen (...) – die überbaute Fläche zur Ermittlung der Vorteilsabgabe nur einmal erfasst wird. Des Weiteren ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer nur für die überbaute Fläche auf seinem eigenen Grundstück abgabepflichtig ist, weshalb derjenige Teil der Einstellhalle, welcher auf dem Nachbargrundstück KTN ... liegt, bei der Ermittlung der vom Beschwerdeführer zu leistenden Vorteilsabgabe nicht zu erfassen ist. Hingegen wird sich das Tiefbauamt noch mit den Fragen zu befassen haben, ob und inwiefern der Eigentümer des Nachbargrundstückes KTN ... durch den Bau dieser Einstellhalle (welche teilweise das Grundstück KTN ... tangiert und direkt an die ...strasse angeschlossen wird) einen erschliessungsmässigen Vorteil erzielt, welcher im Sinne von § 58 StrV abgabepflichtig ist. In diesem Sinne

B. 5.1

wird das Tiefbauamt im Kontext mit der vorliegenden Rückweisung zu prüfen haben, ob ein weiteres Vorteilsabgabeverfahren (betreffend den Eigentümer von KTN ...) zu eröffnen sein wird.

Approximative Berechnung:

Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers (welche im Rahmen der Rückweisung noch vom Tiefbauamt zu verifizieren sind), umfasst das Wohngebäude eine überbaute Grundfläche von 350 m². Hinzu kommt noch die Grundfläche der Einstellhalle, welche auf dem Grundstück des Beschwerdeführers in etwa 598 m² (...) ausmacht, wobei darin ein allfälliger überlappender Teil des Wohnhauses noch nicht ausgeschieden ist. Zusammen ergibt diese approximative Berechnung 948 m². Ausgehend von den Unterlagen der Güterschätzungskommission, wonach der Bodenwert auf Fr. 800.-/m² zu veranschlagen ist (vgl. Akten Schätzungsamt), ergibt *die korrekte Berechnung der vom Beschwerdeführer geschuldeten Vorteilsabgabe einen Betrag in der Grössenordnung von Fr. 34128.-* (948 m² x Fr. 800.- = 758400.-; davon 4.5%).

Damit wird ferner auch die Rüge, wonach im Zusammenhang mit der Einholung der Verkehrswertschätzung der Güterschätzungskommission (basierend auf einem m³-Ansatz von Fr. 580.- etc.) das rechtliche Gehör des Grundeigentümers verletzt worden sei, an sich gegenstandslos. Zur Höhe des Bodenwertes (Fr. 800.-/m²) konnte sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren umfassend äussern, weshalb diesbezüglich eine allfällige Gehörsverletzung nunmehr saniert wäre. Zum effektiven Ausmass der überbauten Grundstücksfläche (Wohngebäude und Einstellhalle) wird sich der Beschwerdeführer noch im Rahmen der Rückweisung äussern können.

6. In einer Vorteilsabgabe in der Grössenordnung von rund Fr. 34000.- für eine neue Überbauung mit 7 grossen Wohnungen (à rund 160 m²) bzw. einer Abgabe von nicht ganz Fr. 5000.- pro Wohnung, welche durch einen direkten Zugang zu einer Hauptstrasse erschlossen werden, ist keine Verletzung des Äquivalenzprinzips bzw. des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu erblicken. Ebensowenig ist ersichtlich, dass die in § 28 Abs. 2 VVStrV enthaltene Abstufung zwischen einem Einfamilien- und einem Mehrfamilienhaus (Ansatz von 3% bzw. von 4.5%) zu beanstanden wäre, zumal es einleuchtet, dass von einem Mehrfamilienhaus mit 4 Wohnetagen bedeutend mehr Verkehr die Einfahrt benützt als bei einer EFH-Überbauung.

7. Der Beschwerdeführer macht zudem geltend, von der Abgabe sei noch der Wert der bisher schon überbauten Nutzfläche abzuziehen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Gesetzgeber die Anrechnung von bereits überbauten bzw. bestehenden Gebäudegrundflächen in der vorliegenden Regelung nicht thematisiert hat. Allerdings drängte sich eine solche Anrechnung gar nicht auf, weil es sich bei dieser Vorteilsabgabe

grundsätzlich um ein neu geschaffenes Instrument handelt und bisher für Einfahrtsbewilligungen lediglich eine verhältnismässig bescheidene Verwaltungsgebühr erhoben wurde (vgl. dazu die Ausführungen und Diskussionen im Zusammenhang mit dem Erlass der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge vom 14. Sept. 1989, wonach für Einfahrtsbewilligungen lediglich bescheidene Verwaltungsgebühren erhoben werden, vgl. ...). Mithin besteht bei einer neuen Überbauung, welche durch eine umgebaute (teilweise verschobene) oder durch eine bereits bestehende direkte Zufahrt zu einer Hauptstrasse erschlossen wird, grundsätzlich kein Anlass, die früher bereits überbaute Gebäudegrundfläche anzurechnen, da diesbezüglich früher noch gar keine Vorteilsabgabe erhoben werden konnte bzw. erhoben worden ist. Offen bleiben kann schliesslich, wie es sich verhalten würde, wenn für die zwischenzeitlich abgerissenen Gebäude eine Vorteilsabgabe entrichtet worden wäre, da es sich hier bei der vorliegenden Überbauung nicht um einen solchen Sonderfall handelt. (VGE 630/00 vom 26. Juni 2001).

5.2 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung (StrV)

- *Bauvorhaben auf einem durch eine Flurgenossenschaftsstrasse erschlossenen Grundstück sind der Abgabepflicht nach § 58 StrV nicht unterstellt.*

Aus dem Sachverhalt:

X. ist Eigentümer eines überbauten Grundstückes mit Vorplätzen, welches durch eine Flurgenossenschaftsstrasse erschlossen wird. Der Gemeinderat Y. hatte dem Bauherrn X. eine Zweckänderung sowie die Instandstellung der Vorplätze bewilligt und dafür eine Vorteilsabgabe von Fr. 42'526.85 veranlagt. Dagegen erhob X. beim Regierungsrat Beschwerde, welche als Sprungbeschwerde direkt vom Verwaltungsgericht zu beurteilen war und aus folgenden Gründen gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 58 Abs. 1 der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV, SRSZ 442.110) erhebt der Strassenträger für das Unterschreiten des Strassenabstandes (§ 42) und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen (§§ 47f.) eine Vorteilsabgabe. Nach § 47 Abs. 1 StrV bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr geleitet werden soll (§ 47 Abs. 2 StrV). Die Bewilligung kann mit Neben-

B. 5.2

bestimmungen verbunden werden. Insbesondere kann die Ausnützung der Bewilligung davon abhängig gemacht werden, dass die Kostenverteilung nach §§ 51 und 55/56 StrV geregelt ist (vgl. § 48 Abs. 2 StrV).

Die Abgabepflicht entsteht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche (vgl. § 58 Abs. 2 lit. b StrV). Die Vorteilsabgabe beträgt höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes der wie folgt bestimmten Fläche:

- bei Zufahrten und Zugängen nach der effektiv bebauten Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst (vgl. § 58 Abs. 3 lit. b StrV).

2.a) Nach der Rechtsprechung zum Abgaberecht hat *der Gesetzgeber* die wesentlichen Elemente einer Abgabe festzulegen. Im Allgemeinen muss das Gesetz im formellen Sinn mindestens festlegen:

- den Kreis der Abgabepflichtigen,
- den Gegenstand der Abgabe (den abgabebegründenden Tatbestand) und
- die Höhe der Abgabe in den Grundzügen (vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Rz. 2096 mit Hinweis; BGE 121 I 235 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch VGE 706/00 vom 15. Nov. 2000, Erw. 1b).

b) Der Gesetzgeber hat nach dem Wortlaut und der ratio legis von § 58 StrV in Verbindung mit § 47 StrV die Entstehung der Vorteilsabgabepflicht bei Zufahrten und Zugängen an das Bewilligungserfordernis angeknüpft (vgl. auch VGE 630/00 vom 26. Juni 2001, Erw. 4b = EGV-SZ 2001, Nr. 5.1). Dabei geht es grundsätzlich um die Bewilligung einer direkten Zufahrt bzw. *um einen eigenen direkten Zugang zur betreffenden Strasse* des Strassenträgers. Dies wird auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Dazu sind den Gesetzesmaterialien des kantonalen Gesetzgebers u.a. folgende Aussagen zu entnehmen:

- In der regierungsrätlichen Botschaft an den Kantonsrat (RRB Nr. 2225/1998 vom 15. Dez. 1998) wurde auf Seite 5 (unten) ausgeführt: *Private Zufahrten und Direktzugänge zu öffentlichen Strassen* sind ebenfalls (gleich wie Ausnahmewilligungen für die Nichteinhaltung von Strassenabständen) abgeltungspflichtige Sondervorteile; Berechtigte wären ohne die Abgeltung insofern bevorteilt, als sie keine Beteiligung an den Erschliessungskosten leisten müssten.

- Analog wurde im gleichen Bericht an den Kantonsrat auf Seite 27 zur Vorteilsabgabe ausgeführt:

«Diese Bestimmung schafft die notwendige kantonale Rechtsgrundlage für die Abgeltung von Sondervorteilen aus der Strassenplanung (Art. 5 RPG).

Tatsächlich wäre es ungerecht, wenn Sondervorteile für Einzelne (Näherbaubewilligung, Bewilligung von privaten Zugängen und Zufahrten) nicht abgegolten werden

müssten. Gleich einem Dispens zum Strassenabstand bietet eine möglichst kurze, direkte Strassenzufahrt erhebliche Vorteile. Kommt dazu, dass der Grundeigentümer im Perimeter einer Bauzonenerschliessung sich an den Kosten der Groberschliessung im Rahmen der Erschliessungsplanung zu beteiligen hat, der *Grundeigentümer mit direktem und privatem Zugang zum Strassennetz* jedoch nichts leisten müsste.» (Kursivdruck nicht im Original)

- Gemäss dem Protokoll der Sitzung der vorberatenden Kommission des Kantonsrates vom 10. Mai 1999 erläuterte der zuständige Regierungsrat R. Wyrsh, «dass die Vorteilsabgeltung für den Sondernutzen durch Näherbaurecht und *eigene Einfahrt in eine öffentliche Strasse* gerechtfertigt sei» (vgl. zit. Protokoll, S. 8, Fettdruck nicht im Original).
- Im RRB Nr. 951/1999 vom 15. Juni 1999 fasste der Regierungsrat das Ergebnis der Kommissionsberatung zusammen. Dabei hielt er zur Vorteilsabgabe u.a. fest:

«Die Höhe der Abgabe soll dem Vorteil entsprechen, der entsteht, weil ein Bauwilliger näher an die Strasse bauen kann oder *eine direkte Einfahrt in eine Strasse erhält*.

(...)

Bei der Bewilligung der direkten Einfahrt oder eines direkten Zugangs besteht der Sondernutzen darin, dass der Bewilligungsnehmer keine Kosten für die strassenmässige Erschliessung zu übernehmen hat, die ihm im Rahmen eines Erschliessungsplanes nach PBG auferlegt würden. (...)

(vgl. zit. RRB Nr. 951, S. 7, Fettdruck nicht im Original)

- In der Eintretensdebatte des Kantonsrates umschrieb KR Marco Steiner die Vorteilsabgabe «als Preis für eine direkte Einfahrt» oder für ein Näherbaurecht (vgl. Kantonsratsprotokoll vom 15. September 1999, S. 1204).
- Im Rahmen der Detailberatung präzierte KR Dr. Martin Ziegler im Zusammenhang mit der Vorteilsabgabe:

«Erfasst werden sämtliche Zufahrten, Zugänge, Garagezufahrten oder sogar Fusswegzugänge nicht nur ab der Kantonsstrasse, sondern auch ab allen Gemeindestrassen. (...).»

(vgl. zit. Kantonsratsprotokoll vom 15. Sept. 1999, S. 1236 unten)

- KR Annemarie Diethelm brachte als Rechtfertigung für die diskutierte Vorteilsabgabe (in der ursprünglich vorgeschlagenen Höhe von 10%) vor, mit dieser Bestimmung weder die Ungleichbehandlung beseitigt zwischen den Grundeigentümern mit eigenem Boden an einer Strasse und jenen, *die keinen Grundbesitz mit direktem Zugang zu einer Strasse haben*. Der *direkte Zugang* biete auch den Vorteil, sich (falls keine Vorteilsabgabe eingeführt werde) an den Erschliessungskosten nicht beteiligen zu müssen (vgl. zit. Kantonsratsprotokoll vom 15. September 1999, S. 1238).

B. 5.2

- KR Heribert Trachsel betonte schliesslich den Vorteil einer solchen (direkten) Einfahrt im Vergleich zur Situation, wo ein Grundeigentümer für ein abgelegenes Gebiet hohe Erschliessungskosten aufzuwenden hat (vgl. zit. Kantonsratsprotokoll vom 15. September 1999, S. 1238).

c) Zusammenfassend verhält es sich so, dass bei der Einführung der Vorteilsabgabe für den Zugang zu einer Strasse der Gesetzgeber den abgabebegründenden Tatbestand *auf Direktzugänge zu Kantons-, Bezirks- und Gemeindestrassen* beschränkt hat. Davon, dass auch der Zugang zu einer Flurgenossenschaftsstrasse der Abgabepflicht nach § 58 StrV unterstellt sei bzw. eine solche Abgabepflicht auslöse, ist weder in den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen noch in den entsprechenden Gesetzesmaterialien die Rede. Dies wäre notabene aus folgenden Gründen auch systemwidrig. Der Grundeigentümer, dessen Grundeigentum in den Perimeter einer Flurgenossenschaft einbezogen wird, ist grundsätzlich (nach Massgabe der Statuten dieser Flurgenossenschaft) nicht nur berechtigt, das betreffende Erschliessungswerk der Flurgenossenschaft zu benützen (was den Zugang zur Flurgenossenschaftsstrasse miteinschliesst), sondern auch verpflichtet, entsprechend dem Nutzen des Unternehmens für das einzelne beteiligte Grundstück seinen im Kostenverteilplan festgelegten Anteil an die Erstellungs- und Unterhaltskosten zu leisten (vgl. § 4 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. § 7 der Verordnung über die Flurgenossenschaften, SRSZ 213.110). Soweit aber ein bestimmter Grundeigentümer, welcher über keinen direkten Zugang zu einer Gemeinde-, Bezirks- oder Kantonsstrasse verfügt, für den Zugang zur Flurgenossenschaftsstrasse (welchen er für sein Bauvorhaben benötigt) einen entsprechenden finanziellen Beitrag an die Flurgenossenschaft aufzubringen hat, fehlt offenkundig der bei den Beratungen des kantonalen Gesetzgebers mehrfach betonte, innere Rechtfertigungsgrund für die Erhebung einer Vorteilsabgabe (da sich dieser Grundeigentümer bereits an den Kosten der strassenmässigen Erschliessung beteiligen muss).

d) Nach dem Gesagten ergibt sich, *dass ein Bauvorhaben auf einem Grundstück, welches keinen eigenen direkten Zugang zu einer Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse aufweist, der Abgabepflicht nach § 58 StrV nicht unterstellt ist.* Für dieses Ergebnis sprechen auch folgende Überlegungen. Die Einfahrtsbewilligung eines bestimmten Strassenträgers bezieht sich ausschliesslich auf die Einfahrt in die betreffende Strasse des Strassenträgers, nicht aber auf Einfahrten in andere Strassen (welche allenfalls in die betreffende Strasse des Strassenträgers einmünden können). In diesem Sinne benötigt der Eigentümer eines Baugrundstückes, welches *nur an eine Flurgenossenschaftsstrasse* (hier: A-strasse) und nicht direkt an die betreffende Strasse des Strassenträgers (hier: B-strasse) *angrenzt*, für das auf dem Baugrundstück geplante und ausschliesslich mit einem Zugang zur Flurgenossenschaftsstrasse erschlossene Bauvorhaben keine Einfahrtsbewilligung für denjenigen Bereich, wo

die Flurgenossenschaftsstrasse (A-strasse) in die betreffende Strasse des Strassenträgers (B-strasse) einmündet. Vielmehr ist, soweit es um Änderungen bei der Einfahrt der Flurgenossenschaftsstrasse in die B-strasse geht, die Flurgenossenschaft als eigenständige juristische Person (und nicht ein einzelnes Mitglied der Flurgenossenschaft) Adressat der vom Strassenträger zu erteilenden Einfahrtsbewilligung (für die geänderte Einfahrt der A-strasse in die B-strasse). (...). Dazu ist anzufügen, dass der Gesetzgeber beim Erlass der Vorteilsabgaberegulierung nach § 58 StrV auch nicht ansatzweise denjenigen Fall angesprochen hat, wo eine Flurgenossenschaftsstrasse in die betreffende Strasse des Strassenträgers einmündet (vgl. die oben in Erwägung 2b aufgelisteten Auszüge aus den Gesetzesmaterialien). Von daher ist nicht ersichtlich, dass der kantonale Gesetzgeber die (geänderte) Einmündung der A-strasse in die B-strasse der Vorteilsabgaberegulierung nach § 58 StrV unterstellen wollte, da diese Strasseneinmündung *keinen Direktzugang für ein Baugrundstück* darstellt. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen ist, ob und inwiefern bei einem allfälligen Ausbau der B-strasse Beiträge nach Massgabe der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen (SRSZ 400.220) beispielsweise auch von der Flurgenossenschaft bzw. ihren Mitgliedern erhoben werden könnten.

3. Nach all diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass das vorliegende Bauvorhaben (Zweckänderung/Instandstellung von Vorplätzen auf KTN ... ohne Direktzugang zur kommunalen B-strasse) weder eine Einfahrtsbewilligung (...) für die B-strasse benötigt, noch der Abgabepflicht nach § 58 StrV unterstellt ist. Von daher ist in Gutheissung der Beschwerde die angefochtene Dispositivziffer 7 ersatzlos aufzuheben. (VGE 625/01 vom 16. November 2001).

5.3 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung (StrV)

- *Vorteilsabgabe ist nicht verfassungswidrig.*
- *Abgabepflicht bei Doppelschliessung des Baugrundstücks.*

Aus dem Sachverhalt (verkürzt):

Am 14. Mai 2001 erteilte der Gemeinderat Y. dem Bauherrn X. die Baubewilligung für eine Wohn- und Geschäftsüberbauung und setzte die Vorteilsabgabe für das Bauvorhaben auf Fr. 262'069.50 fest. Die Baugrundstücke grenzen an eine Flurgenossenschaftsstrasse (A-strasse) und an eine kommunale Strasse (B-strasse). Gegen die Vorteilsabgabe erhob X. beim Regierungsrat Beschwerde, welche als Sprungbeschwerde an das Verwaltungsgericht weitergeleitet wurde. In der Vernehmlassung führte der Gemeinderat Y. u. a. aus, dass nach Kenntnisnahme des Entscheides

B. 5.3

des Verwaltungsgerichts VGE 630/00 vom 26. Juni 2001 die Vorteilsabgabe anders zu berechnen sei. Dementsprechend resultiere eine korrigierte Vorteilsabgabe von Fr. 24'231.25 (statt Fr. 262'069.50). Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde aus folgenden Gründen teilweise gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

3. Das Verwaltungsgericht hat im Entscheid *VGE 630/00 vom 26. Juni 2001* erkannt, dass die in § 58 StrV geregelte Vorteilsabgabe nicht verfassungswidrig ist ... (vgl. EGV-SZ 2001, Nr. 5.1, Erw. 3).

In der vorliegenden kantonalgesetzlichen Regelung von § 58 StrV (i.V.m. §§ 47/48 StrV) ist aber auch keine Verletzung weiterer Verfassungsprinzipien (z.B. des Prinzips der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Abgabbeerhebung) zu erblicken. Denn die in der kant. Strassenverordnung enthaltene Vorteilsabgabe ist grundsätzlich nur dann geschuldet, wenn ein Grundeigentümer durch den *Direktanschluss* an eine öffentliche Strasse bevorteilt ist bzw. insofern einen konkreten wirtschaftlichen Vorteil erzielt, als er sich (ohne Vorteilsabgabe) nicht an Erschliessungskosten zu beteiligen hätte. Dazu ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass mit der Vorteilsabgaberegelung «die notwendige kantonale Rechtsgrundlage für die Abgeltung von Sondervorteilen aus der Strassenplanung (Art. 5 RPG)» geschaffen werden sollte. Dies wird ausdrücklich in der regierungsrätlichen Botschaft vom 15. Dez. 1998 zur Strassenverordnungsvorlage festgehalten (vgl. RRB Nr. 2225/1998, S. 27, Mitte). Art. 5 Abs. 1 RPG schreibt vor, dass das kantonale Recht einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile regelt, die durch Planungen nach dem RPG entstehen. In diesem Kontext wird im zitierten Bericht an den Kantonsrat u.a. ausgeführt, dass es ungerecht wäre, wenn Sondervorteile für Einzelne (Näherbaubewilligung, Bewilligung von privaten Zugängen und Zufahrten) nicht abgegolten werden müssten. Gleich einem Dispens zum Strassenabstand biete eine möglichst kurze, direkte Strassenzufahrt erhebliche Vorteile. Zudem habe sich der Grundeigentümer im Perimeter einer Bauzonenerschliessung an den Kosten der Groberschliessung im Rahmen der Erschliessungsplanung zu beteiligen, hingegen der Grundeigentümer mit direktem und privatem Zugang zum Strassennetz müsste (falls keine Vorteilsabgaberegelung geschaffen würde) nichts leisten (vgl. zit. RRB Nr. 2225/1998, S. 27). Abgesehen davon besteht der Vorteil darin, dass der Grundeigentümer bei einem direkten Zugang die betreffende Strasse, zumindest örtlich in besonders intensiver, über den Gemeingebrauch hinausgehender Weise benutzen darf (vgl. auch VGE 630/00 vom 26. Juni 2001, Erw. 3).

Aus all diesen Gründen ist daran festzuhalten, dass die vorliegende, vom kantonalen Gesetzgeber eingeführte Vorteilsabgabe bei richtiger Auslegung (vgl. dazu nachfolgend) mit der Verfassung vereinbar ist.

(...)

5.d) Als *Zwischenergebnis* ist festzuhalten, dass das Bauvorhaben des Beschwerdeführers, *soweit* es durch einen Zugang zur Flurgenossenschaftsstrasse (A-strasse) erschlossen wird, keine Einfahrtsbewilligung der Gemeinde im Sinne von § 47 StrV benötigt und diesbezüglich auch keine Abgabe nach § 58 StrV geschuldet ist (vgl. dazu auch das Ergebnis vom Entscheid 623/01 vom 16. November 2001, ebenso 625/01 vom 16. November 2001, publ. in EGV-SZ 2001, Nr. 5.2).

e) Allerdings ist zu beachten, dass das vorliegende Bauvorhaben eine *kombinierte* Erschliessungslösung aufweist, indem nach den vorliegenden Akten die Haupterschliessung über die A-strasse erfolgt (getrennte Zufahrt und Ausfahrt via A-strasse), indessen *zusätzlich noch von der gemeindeeigenen B-strasse aus eine direkte Zufahrt auf die beiden Baugrundstücke (...)* vorgesehen ist, welche aber nur im Einbahnverkehr betrieben werden soll, d.h. im betreffenden Bereich ist *keine direkte Ausfahrt auf die B-strasse* zugelassen. Für diesen geplanten Zugang von der gemeindeeigenen B-strasse aus ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers eine Einfahrtsbewilligung des Strassenträgers (Gemeinde) erforderlich (vgl. § 47 StrV), wobei diese Einfahrtsbewilligung hier nicht unbeschränkt ist. Soweit der Beschwerdeführer einwendet, es handle sich hier nicht um eine neue oder geänderte *«Zufahrt zu einer Strasse»* (vgl. Beschwerdeschrift, S. 9), übersieht er, dass nach der ratio legis von § 47 StrV mit *«Zufahrten und privaten Zugängen zu Strassen»* nicht nur die Ausfahrt vom Baugrundstück aus auf die Strasse gemeint ist. Vielmehr ist die in § 47 StrV enthaltene Bewilligungspflicht umfassender zu verstehen, zumal nicht einzusehen wäre, weshalb der Gesetzgeber nur eine bestimmte Fahrtrichtung bzw. *«nur die Einfahrt vom Baugrundstück zur Strasse»*, nicht aber *«die Einfahrt von der Strasse zum Baugrundstück»* der Bewilligungspflicht des Strassenträgers unterstellen wollte. (...).

Zusammenfassend ist die in der angefochtenen Dispositivziffer 4 enthaltene Einfahrtsbewilligung insofern erforderlich und im Ergebnis zu bestätigen, als es um die (...) vorgesehene direkte Einfahrt von der gemeindeeigenen B-strasse auf die beiden Baugrundstücke geht. Diese Einfahrtsbewilligung ist insofern beschränkt, als im betreffenden Bereich keine direkte Ausfahrt auf die B-strasse möglich ist.

f) Soweit aber eine (geänderte) direkte Einfahrt von der gemeindeeigenen B-strasse aus auf die beiden Baugrundstücke vorliegt bzw. bewilligt wird, liegt ein Sachverhalt vor, welcher nach dem oben dargelegten Willen des Gesetzgebers der Abgabepflicht im Sinne von § 58 StrV unterliegt. Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall von demjenigen, welcher im Präjudiz 630/00 vom 26. Juni 2001 zu behandeln war, dahingehend, dass hier für die beiden Baugrundstücke eine kombinierte Erschliessung über zwei Strassen vorliegt, während im Präjudiz 630/00 das betreffende Baugrundstück durch einen einzigen direkten Zugang zu einer Hauptstrasse erschlossen wurde.

B. 5.3

Die Frage, wie die Vorteilsabgabe zu berechnen ist, wenn das Baugrundstück eine kombinierte Erschliessung über zwei verschiedene Strassen aufweist, wobei hier nur für den beschränkten Zugang via B-strasse (ohne Ausfahrtsmöglichkeit) eine strassenrechtliche Einfahrtsbewilligung der Gemeinde erforderlich ist (nicht aber für die Ein- und Ausfahrt via Flurgenossenschaftsstrasse), wird in den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen nicht beantwortet. Ebensovienig ist zu dieser Fragestellung aus der Entstehungsgeschichte eine klare Antwort abzuleiten. Immerhin ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass die Höhe der Abgabe sowie die konkrete Berechnungsweise zu Diskussionen und ergänzenden Abklärungen Anlass gab (vgl. den anlässlich der Sitzung der vorberatenden Kantonsratskommission vom 31. März 1999 erteilten Auftrag zum Beizug von konkreten Berechnungsbeispielen; in diesen Berechnungsbeispielen wurde dann jeweils nur von einem einzigen Zugang ausgegangen und die Frage einer Doppellerschliessung via zwei verschiedene Strassen wurde nicht thematisiert). Bei dieser Sachlage sprechen gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er geregelt hätte, wenn ihm die konkrete Thematik bewusst gewesen wäre. Jedenfalls ist hinsichtlich der dargelegten Doppellerschliessung nicht ersichtlich, dass diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass hier im Kontext mit Doppellerschliessungen eine *Lücke* vorliegt, welche analog zu Art. 1 Abs. 2 ZGB durch richterliche Rechtschöpfung zu füllen ist (vgl. BGE 122 I 254, Erw. 6a mit weiteren Hinweisen; BGE 121 III 225f.). In der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Flurgenossenschaften wird der Umstand, wonach ein im Perimeter erfasstes Grundstück «primär durch eine X-strasse erschlossen wird und lediglich in abgeschwächter Weise von einer Y-strasse profitieren kann», jeweils bei der Festsetzung des massgebenden Kostenverteilplanes hinreichend bzw. durch entsprechende Abzüge berücksichtigt (vgl. dazu VGE 359/95 vom 10. April 1996, Erw. 2h, publ. in EGV-SZ 1996, Nr. 13, S. 38; vgl. auch VGE 714/00 vom 31. Aug. 2001, Erw. 6a, S. 11 oben: Reduktion bei Doppellerschliessungen). Analog ist auch hier eine Gewichtung der vorliegenden Doppellerschliessung vorzunehmen und im Einzelnen anzurechnen,

- dass die Haupteerschliessung durch direkten Zugang zur A-strasse erfolgt (ohne strassenrechtliche Einfahrtsbewilligung der Gemeinde für die Flurgenossenschaftsstrasse und ohne Unterstellung dieses Zuganges zur Flurgenossenschaftsstrasse unter die Abgabepflicht nach § 58 StrV, vgl. oben Erw. 5d),
- dass nur für die zusätzliche Erschliessung mit einem direkten Zugang von der B-strasse zu den Baugrundstücken (wofür eine strassenrechtliche Einfahrtsbewilligung der Gemeinde als Strassenträgerin nötig ist) eine Vorteilsabgabe zu erheben ist,
- und dass diese zusätzliche Erschliessung via B-strasse eingeschränkt ist,

weil keine direkte Ausfahrt von den Baugrundstücken auf die B-strasse zugelassen wird.

Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich unter Einbezug aller konkreten Umstände, für den eingeschränkten direkten Zugang via B-strasse nicht die gleich hohe Vorteilsabgabe zu erheben, welche geschuldet wäre, wenn die Baugrundstücke ausschliesslich durch einen direkten Zugang zur gemeindeeigenen B-strasse erschlossen würden. Vielmehr ist für die vorliegende Doppelschliessung (mit Haupteinschliessung via eine Flurgenossenschaftsstrasse) eine Reduktion zu gewähren, welche nach richterlichem Ermessen so festzulegen ist, dass die in der vorinstanzlichen Vernehmlassung erläuterte Berechnung der Vorteilsabgabe (bebaute Nutzfläche von 969.25 m² à Fr. 500.–, davon 5% = Fr. 24231.25) auf einen *Drittel* herabgesetzt wird.

(VGE 622/01 vom 16. November 2001).

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

6.1 Wuhrkorporation (vgl. EGV-SZ 2001, B. 1.3)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Gemeindeautonomie (vgl. EGV-SZ 2001, B. 4.2)

8. Planungs- und Baurecht; Natur-, Landschafts- und Heimatschutz

8.1 Planungs- und Baurecht

- *Ausnutzungsziffer. Verbot der doppelten Ausnutzung (Erw. 2).*
- *Gebührenerhebung (Erw. 5).*
- *Nachträglich überflüssiger Abklärungsaufwand.*
- *Externe Kosten für Sachverhaltsabklärung.*
- *Externe Kosten für rechtliche Überprüfung.*

Aus den Erwägungen:

2.a) Dem Institut der Ausnutzungsziffer als Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche eines Gebäudes und der anrechen-

B. 8.1

baren Landfläche der Bauliegenschaft ist das Verbot der doppelten Ausnützung immanent. Es würde Sinn und Zweck der Ausnützungsziffer als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung (vgl. Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, S. 146f.) widersprechen, wenn dieselbe Landfläche mehr als einmal für die Anrechnung einer baulichen Nutzung herangezogen werden könnte (VGE 1041/00 v. 30.3.2001, Erw. 2a).

b) Das alte, im Zeitpunkt der 1988 erteilten Baubewilligung gültige Baureglement der Gemeinde ... umschrieb die anrechenbare Landfläche folgerichtig als «die Fläche der von der Baueingabe erfassten, noch nicht ausgenützten Grundstücke und Grundstückteile» (Art. 22 Abs. 2 aBauR). Eine entsprechende Umschreibung findet sich auch im aktuellen Baureglement (Art. 29 Abs. 1 BauR).

c) Die Einhaltung der Ausnützungsziffer muss einerseits im Zeitpunkt der Baubewilligung bzw. spätestens des Baubeginnes ausgewiesen sein. Hier kann allenfalls ein sog. Ausnützungstransfer fehlende Ausnützung sicherstellen. So bestimmt das neue BauR ausdrücklich, dass Grundeigentümer von unmittelbar aneinander angrenzenden Grundstücken derselben Zonen durch Dienstbarkeitsvertrag noch nicht beanspruchte Nutzung eines Grundstückes auf die Bauparzelle übertragen können, wobei der Dienstbarkeitsvertrag vor Baubeginn zur Eintragung im Grundbuch anzumelden ist und die Dienstbarkeit nur mit Zustimmung des Gemeinderates gelöscht werden kann (Art. 30 BauR; im alten Baureglement fand sich keine entsprechende Regelung, nach Bundesgericht wäre aber dennoch ein Ausnützungstransfer möglich gewesen, vgl. Huber, a.a.O., S. 82, FN 86). Andererseits muss die Einhaltung der Ausnützungsziffer auf Dauer gewährleistet sein. Hier droht vor allem bei nachträglichen Parzellierungen Gefahr. Im alten Baureglement wurde deshalb bestimmt, dass bei nachträglicher Unterteilung oder Verkleinerung eines Grundstückes die höchstzulässige Ausnützungsziffer der ursprünglichen Parzelle nicht überschritten werden dürfe und dass diese Beschränkung bei Bedarf im Grundbuch anzumerken sei (Art. 22 Abs. 3 BauR). Im neuen Baureglement findet sich die entsprechende Regelung in Art. 31 BauR. Beizufügen ist, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nur deklaratorische Bedeutung zwecks Orientierung eines möglichen Rechtsnachfolgers zukommt (Fritzsch/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, S. 192; VGE 1041/00 v. 30.3.2001, Erw. 3c).
(...)

5. Der Beschwerdeführer rügt die Höhe der kommunalen Gebührenerhebung.

a) Das kantonale Baurecht verlangt von den Behörden ein möglichst schnelles Bewilligungsverfahren (§ 81 Abs. 2 PBG), was nur einzuhalten ist, wenn die Prüfung der relevanten Aspekte parallel vorgenommen wird. Soweit sich nun solche Abklärungen nachträglich als überflüssig erweisen,

weil das Baugesuch abgelehnt werden muss, so entbindet dies nicht von der Gebührenerhebung für die entsprechenden Abklärungen.

b) Ausgewiesene unerlässliche externe Kosten für Sachverhaltsabklärungen dürfen dem Baugesuchsteller überwält werden (§ 4 Gebührenordnung). Wenn die Behörde für die Rechtsanwendung, für welche sie zuständig ist, einen externen Berater zuzieht, dürfen diese Kosten nicht direkt, sondern nur im Rahmen der kantonalen Gebührenordnung in Rechnung gestellt werden, d.h. innerhalb des festgesetzten Gebührenrahmens nach der Bedeutung der Sache und nach Zeitaufwand, wobei für eine Stunde grundsätzlich Fr. 150.– nicht überschritten werden darf (§ 3 Abs. 2 Gebührenordnung; VGE 344/86 v. 6.3.1987, Erw. 6, Prot. S. 123ff.).

c) Der Gemeinderat erhebt eine Gebühr von Fr. 4300.–. Darin sind eingeschlossen: Publikations-, Kontroll- und Kanzleikosten, Gutachten Gewässerschutz, Gebühren Baukontrolle und kantonale Ämter, Kontrolle Energienachweis und Einspracheverfahren.

Aktenkundig ist die Rechnung für das Gutachten Gewässerschutz in der Höhe von Fr. 1530.–. Dieser Betrag berechnet sich aus folgenden Pauschalen: Einfamilienhaus Fr. 690.– und Doppel­einfamilienhaus Fr. 840.– = Total Fr. 1530.–. In diesen Pauschaltarifen sind enthalten: Vorabklärungen, Planunterlagen, Beratung beim Projekt, Eingabep­lankontrolle evtl. Bereini­gung, Gewässerschutzvorschriften, Abnahme der Kanalisation vor Inbetriebnahme mit Protokoll, Reisespesen etc.

Diese Rechnungsstellung bzw. die unveränderte Überwälzung auf den Beschwerdeführer widerspricht somit den eingangs erwähnten Grundsätzen. Zum einen wird nicht zwischen Sachverhaltsabklärung und rechtlicher Überprüfung unterschieden. Zum anderen widerspricht die Pauschalierung dem Gebot, dass nur ausgewiesene unerlässliche Kosten für Sachverhaltsabklärungen überwälzt werden dürfen. Hinzu kommt, dass gemäss Rechnungsstellung in den Pauschaltarifen Positionen enthalten sind, die wegen des Bauabschlages gar nicht anfallen werden. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist deshalb Ziffer 4 des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses vom 25. Mai 2000 aufzuheben und die Sache zur Neu­beurteilung im Sinne der Erwägungen an den Gemeinderat zurückzuweisen.

Gemäss der gemeinderätlichen Vernehmlassung vom 10. Mai 2001 hat die Baubewilligungsbehörde offenbar auch im Zusammenhang mit der Ausnützungsf­rage einen externen Bauberater herangezogen. Auch dieser Aufwand bzw. dessen Überwälzung auf den Beschwerdeführer wird im Sinne der gemachten Darlegungen zu überprüfen sein.
(VGE 1009/01 vom 22. Juni 2001).8.2 Planungs- und Baurecht.

B. 8.2

8.2 Planungs- und Baurecht

- *Abstandsprivilegierung (§ 59 Abs. 2 PBG).*
- *Gilt auch für Nebenbauten und unterirdische Bauten (§ 61 PBG).*

Aus den Erwägungen

1. Zur Hauptsache ist umstritten, ob die Abstandsprivilegierung für vorspringende Gebäudeteile (§ 59 Abs. 2 PBG) auch für Nebenbauten und unterirdische Bauten (§ 61 PBG) gilt.

a) Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG; Art. 24 Abs. 1 BauR). Über die Fassade vorspringende Gebäudeteile wie Dachvorsprünge, Balkone, Erker usw. werden nur insoweit mitberechnet, als ihre Ausladung 1.50 m übersteigt (§ 59 Abs. 2 PBG; vgl. Art. 24 Abs. 4 BauR welcher von Vorbauten spricht, die mit Ausnahme der Dachvorsprünge nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge überschreiten dürfen). Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50% der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). Nebenbauten haben einen Grenzabstand von mindestens 2.5 m einzuhalten (§ 61 Abs. 1 2. Satz PBG; Art. 28 Abs. 1 BauR). Unterirdische Bauten, die das gewachsene Terrain nicht oder um nicht mehr als 1 m überragen, dürfen bis 1 m an die Grenze heranreichen (§ 61 Abs. 2 PBG; Art. 28 Abs. 2 BauR). Für Nebenbauten und unterirdische Bauten kann die Bewilligungsbehörde bei schriftlicher Einwilligung des Nachbarn das Bauen bis an die Grenze gestatten (§ 61 Abs. 3 PBG; Art. 28 Abs. 3 BauR). Die im Gesetz geregelten Messweisen sind für den Erlass kommunaler Bauvorhaben verbindlich (§ 31 Abs. 1 PBV).

b) Der Regierungsrat nimmt an, dass die Abstandsprivilegierung nach § 59 Abs. 2 PBG für Nebenbauten und unterirdische Bauten (§ 61 PBG) nicht gelte. Aus der Gesetzessystematik sei zu schliessen, dass § 61 PBG eine selbständige, abschliessende Bedeutung habe und dass das Privileg von § 59 Abs. 2 PBG nur auf «normale Gebäude», nicht jedoch auf Nebenbauten und unterirdische Bauten anwendbar sei. Es würde keinen Sinn machen, bei unterirdischen Bauten vorspringende Gebäudeteile im Ausmass von 1.5 m zu privilegieren, zumal die unterirdischen Bauten ohnehin bis 1 m an die Grenze heranreichen dürften. Auch gebe es von Ausstertreppen abgesehen kaum Anwendungsfälle für vorspringende Gebäudeteile an unterirdischen Bauten, da bei einer maximal 1 m über das gewachsene Terrain hinausragenden Fassade Dachvorsprünge, Balkone und Erker in der Regel gar nicht möglich seien. Der Gesetzgeber habe bei der Privilegierung von vorspringenden Gebäudeteilen nur die Hauptbauten, welche einen minimalen Grenzabstand von 3 m einzuhalten hätten, im Auge gehabt. Dieser Schluss lege auch ein Verwaltungsgerichtsentscheid

fest, welcher festhalte, dass bei unterirdischen Bauten der Begriff «gewachsenes Terrain» nicht analog zu § 60 Abs. 2 PBG als «ausgemitteltes gewachsenes Terrain» auszulegen sei (EGV-SZ 1990, Nr. 15).

c) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

aa) Unter der Marginalie «1. Grenzabstand» werden in § 59 PBG unter a) «Begriff und Messweise», in § 60 PBG unter b) «Mass und Ermittlung», in § 61 PBG unter c) «Nebenbauten, unterirdische Bauten» und in § 62 PBG unter d) «Ungleiche Verteilung des Grenzabstandes» geregelt. Während in § 60 PBG die Masse sowie die Ermittlung der Gebäudehöhe von «normalen» Hochbauten bestimmt werden, definiert § 61 PBG, was unter «Nebenbauten» und «unterirdischen Bauten» zu verstehen ist und welche Grenzabstände diese masslich einzuhalten haben. Zum Begriff und zur Messweise des Grenzabstandes werden sowohl in § 60 PBG als auch in § 61 PBG keine Ausführungen gemacht, weil für sämtliche Bauten hierüber in § 59 PBG die Regeln aufgestellt sind, was die oben dargelegte Gliederung der Marginalien auch klar zum Ausdruck bringt. Der Regierungsrat dürfte diese systematische Ausgangslage zumindest hinsichtlich § 59 Abs. 1 PBG wohl kaum in Abrede stellen wollen. Es besteht mithin von der Gesetzssystematik her kein Anlass, die umstrittene Abstandsprivilegierung nicht auch für die Nebenbauten und unterirdischen Bauten anzuwenden.

bb) Dies gilt auch mit Blick auf die Tatsache, dass die grösstmögliche Privilegierung von 1,5 m grösser ist als der von unterirdischen Bauten einzuhaltende Grenzabstand von einem Meter. Zum einen sind die Nebenbauten und unterirdischen Bauten gesetzssystematisch gleichgestellt. Bei Nebenbauten, die einen Abstand von 2,5 m einzuhalten haben, kann die Abstandsprivilegierung uneingeschränkt zum Tragen kommen. Es besteht deshalb kein Grund, diese nicht auch anzuwenden. Was aber für Nebenbauten gilt, trifft grundsätzlich auch für unterirdische Bauten zu, da keine unterschiedliche Messweise des Grenzabstandes vorgeschrieben ist. Zum anderen sind die 1,5 m Abstandsprivilegierung ein Höchstmass, das unterschritten werden darf. Selbstredend steht die Abstandsprivilegierung zudem unter dem Vorbehalt, dass vorspringende Teile – von § 62 PBG abgesehen – die Grenze nicht überschreiten dürfen.

cc) Man könnte sich allenfalls fragen, ob bei unterirdischen Bauten überhaupt von Fassaden (zu welchen die privilegierten vorspringenden Gebäudeteile in Bezug gesetzt werden) gesprochen werden kann. Die Fassade im baurechtlichen Sinne ist die Umfassungswand eines Gebäudes (Zugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Art. 12 N 8; VGE 1028/00 v. 24.10.2000, Erw. 3c, Prot. S. 1193). Auch eine unterirdische Baute hat eine Umfassungswand. Selbst wenn man zum Begriff der Fassade noch die Sichtbarkeit der Umfassungswand als weiteres Element zählen wollte, so ist diese Voraussetzung nach schwyzerischem Recht (teilweise)

B. 8.2

möglich (§ 61 Abs. 2 PBG). Dass die Sichtbarkeit der Umfassungswand für die Messweise des Grenzabstandes nicht begriffsnotwendig ist, ergibt sich jedoch klar aus § 59 Abs. 1 PBG, welcher unbestrittenermassen auch für unterirdische Bauten gilt. Diese Bestimmung spricht – wie § 59 Abs. 2 PBG – ohne zu differenzieren und uneingeschränkt von Fassade.

dd) Die Privilegierung von über die Fassade vorspringenden Gebäudeteilen wurde mit dem Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 eingeführt (PBG). In den den Stimmbürgern zugestellten Abtimmerlärterungen wird dieser Schritt wie folgt begründet (S. 6 oben):

«Nach heutigem Baugesetz muss der Grenzabstand einer Baute von ihrem äussersten Gebäudeteil aus eingehalten werden. Diese Vorschrift verleitet dazu, auf Vordächer zu verzichten, was unter verschiedenen Aspekten unerwünscht ist. Neu soll daher der Grenzabstand von der Fassade aus gemessen werden. Vorspringende Bauteile wie Vordächer, Balkone, Erker usw. werden nur mitberechnet, wenn und soweit sie die Fassade um mehr als 1,50 Meter überragen (§ 59).»

Dieser Gesetzeszweck kann mit guten Gründen auch auf Nebenbauten (z.B. Vordächer, Fensterbrüstungen, Aussentreppen) und unterirdische Bauten (Lichtschächte, Notausstiege) bezogen werden.

ee) Indem auch bei unterirdischen Bauten vorspringende Gebäudeteile abstandsprivilegiert sind, wird die Abstandsregelung nach § 61 Abs. 2 PBG nicht sinnlos. Vorspringende Gebäudeteile müssen als solche erkennbar sein. Sie dürfen sich (von Vordächern und vergleichbaren Vorsprüngen abgesehen) nicht über eine ganze Fassadenlänge (bzw. auch Fassadenhöhe bei Hochbauten) oder wesentliche Teile davon erstrecken (EGV-SZ 1998, Nr. 7, S. 17f.). Sie dürfen auch kein Ausmass annehmen, dass deswegen von einer zusätzlichen Einwirkung auf das Nachbargrundstück gesprochen werden müsste (z.B. durch Licht- und/oder Aussichtszug).

ff) Liegt ein abstandsprivilegiertes vorspringendes Gebäudeteil im Sinne von § 59 Abs. 2 PBG vor, so kann sich im öffentlichen Baurecht der Nachbar gegen Immissionen und ästhetische Beeinträchtigungen nur noch unter Anrufung der §§ 55f. PBG (Immissionsschutz/Einordnungsgebot; vgl. auch Art. 5, 11 BauR) zur Wehr setzen.

gg) Nicht einschlägig ist der Hinweis auf EGV 1990, Nr. 15. In jenem Verwaltungsgerichtsentscheid ging es um die Überragung des gewachsenen Terrains durch die unterirdische Baute. Im Gegensatz zu der hier zu beurteilenden Abstandsmessweise war bei jenem Entscheid zu berücksichtigen, dass in § 61 Abs. 2 PBG («das gewachsene Terrain») eine von § 60 Abs. 2 PBG abweichende Regelung («vom ausgemittelten gewachsenen Terrain») vorlag. (VGE 1010/01 vom 22. Juni 2001).

8.3 Planungs- und Baurecht

- *Übernahme einer Wasserversorgung durch die Gemeinde (§ 94 Abs. 5 PBG).*
- *Kann von einem Betreiber nicht auf dem Klageweg verlangt werden.*

Aus dem Sachverhalt:

Eine Korporation, welche die Wasserversorgung einer Siedlung betreibt, verlangt klageweise vor Verwaltungsgericht die integrale Übernahme der Wasserversorgung durch die Gemeinde mit allen Rechten und Pflichten unter Bezahlung des Zeitwertes. Das Verwaltungsgericht ist aus nachfolgenden Gründen auf die Klage nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

1. Für die Groberschliessung der Bauzonen sind die Gemeinwesen verantwortlich (vgl. § 38 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes, PBG, SRSZ 400.100; Art. 19 Abs. 2 des Raumplanungs- und Baugesetzes, RPG). Zur Groberschliessung gehört auch die erforderliche Wasserversorgung. Sofern die Wasserversorgung nicht durch die Gemeinde oder ihre Anstalten erfolgt, kann sie gemäss § 38 Abs. 3 PBG auch durch ein öffentlich- oder privatrechtliches Versorgungswerk erfolgen. Diesfalls ist das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Versorgungswerk durch Konzession zu regeln (§ 39 Abs. 4 PBG). Gemäss der Übergangsbestimmung § 94 Abs. 5 Satz 1 PBG ist innert fünf Jahren seit Inkrafttreten des PBG, d.h. spätestens bis zum 31. August 1993, eine Konzession zwischen der Gemeinde und dem Versorgungswerk abzuschliessen, sofern das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Versorgungswerk nicht bereits durch Konzession geregelt ist. Kommt eine Konzession nicht zustande, hat die Gemeinde die Anlage und Einrichtungen des Versorgungswerkes innert weiteren fünf Jahren, d.h. bis spätestens 31. August 1998, gegen Entschädigung des Zeitwertes zu übernehmen und als kommunale Anstalt weiterzuführen (§ 94 Abs. 5 Satz 2 PBG).

2. Vorliegend ist unbestritten, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Konzession besteht; die Klägerin hat vielmehr seit Jahren immer wieder klar geltend gemacht, dass sie die Wasserversorgung ... nicht weiter betreiben wolle und dass sie bereit sei, diese an die Gemeinde abzutreten. Die Gemeinde andererseits bestreitet ihre Pflicht zur Bereitstellung der Wasserversorgung für die Siedlung ... nicht grundsätzlich. Umstritten ist jedoch einerseits, ob die Gemeinde verpflichtet ist, die ganze Wasserversorgungsanlage der Klägerin (integral) zu übernehmen bzw. ob sie die Übernahme auf einen Teil der Anlage beschränken kann, und andererseits, welcher Preis für die Übernahme der Wasserversorgung an die Klägerin zu leisten ist (Höhe der Entschädigung). Es stellt sich zunächst die Frage, ob das Verwaltungsgericht zuständig ist, diese Fragen erstinstanzlich zu beurteilen.

B. 8.3

3.a) Gemäss § 67 Abs. 1 VRP beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz im Klageverfahren:

- a) Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen;
- b) Streitigkeiten aus Konzessionen zwischen einem Gemeinwesen und dem Konzessionär oder zwischen den Konzessionären unter sich;
- c) Streitigkeiten über öffentlichrechtliche Entschädigungsansprüche gegenüber Gemeinwesen, andern Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, sofern eine Entschädigungspflicht durch Rechtssatz vorgeschrieben ist;
- d) vermögensrechtliche Streitigkeiten aus einem dem öffentlichen Recht unterstellten Dienstverhältnis, einschliesslich Streitigkeiten über Ansprüche gegen eine öffentliche Personalversicherungskasse;
- e) Streitigkeiten aus dem Sozialversicherungsrecht, soweit für sie nach Bundesrecht oder kantonalem Recht der Klageweg vorgesehen ist;
- f) öffentlichrechtliche Streitigkeiten zwischen Gemeinwesen, Anstalten und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts;
- g) andere Streitigkeiten, für welche eine besondere Vorschrift die verwaltungsgerichtliche Klage vorsieht.

In den unter § 67 Abs. 1 lit. a bis f VRP erwähnten Streitigkeiten bleiben besondere Vorschriften, welche eine andere Behörde als zuständig bezeichnen, vorbehalten (§ 67 Abs. 2 VRP).

b) Die Klägerin stützt ihre Klage auf § 94 Abs. 5 PBG sowie auf § 67 Abs. 1 lit. f VRP (öffentlichrechtliche Streitigkeit zw. Gemeinwesen und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften). In Bezug auf die eingeklagte Entschädigung erachtet sie § 67 Abs. 1 lit. c VRP als anwendbar (Streitigkeiten über öffentlichrechtliche Entschädigungsansprüche).

Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass das Verwaltungsgericht mangels Zuständigkeit nicht auf die Klage eintreten könne. § 94 Abs. 5 PBG regle einen Enteignungstatbestand, der nach kantonalem Expropriationsgesetz abzuwickeln sei, d.h., der Gemeinderat habe erstinstanzlich durch Verfügung über eine formelle Enteignung zu entscheiden; die Festsetzung der Entschädigung liege dann bei der zuständigen Schätzungskommission. Das Verwaltungsgericht könne nicht erstinstanzlich eine formelle Enteignung verfügen. Die Klägerin wendet gegen diese Auffassung ein, dass es sich bei § 94 Abs. 5 PBG nicht um einen Enteignungstatbestand handle und dass sie sich nie gegen die Übergabe des Wasserversorgungswerkes zur Wehr gesetzt habe, es fehle demnach das jeder Expropriation immanente Element der zwangsweisen Durchsetzung eines Entzuges von Eigentumsrechten Privater gegen deren Willen. Die Beklagte habe zudem ab dem 1. Januar 1999 das Wasserversorgungswerk – und zwar das gesamte – übernommen, indem sie diese Anlage seit diesem Zeitpunkt vollumfänglich betreibe und insbesondere die Rechnungen an die Wasserbezüger stelle, die Gebühren einziehe, den Unterhalt leiste und das volle Weisungsrecht über die damit befassten Angestellten und Beauftragten wahrnehme.

c) Wenn Versorgungsaufgaben durch privat- oder öffentlichrechtlich organisierte juristische Personen erfüllt werden, muss dieses Rechtsverhältnis durch eine Konzession geregelt werden. Auf diese in § 38 Abs. 4 PBG festgehaltene Regelung bezieht sich die Übergangsbestimmung von § 94 Abs. 4 und 5 PBG. Diese Übergangsbestimmung wurde von der kantonsrätlichen Kommission angeregt, um den bestehenden leistungsfähigen Versorgungswerken einen Anspruch auf Konzessionserteilung zuzusichern (vgl. Protokoll RR Nr. 2113 v. 19.12.1984 zu den Ergebnissen der ersten Lesung der kantonsrätlichen Kommission zum PBG, S. 11f.). Andererseits sollte der Gemeinde die Möglichkeit eingeräumt werden, die Aufgabe der Versorgungswerke an sich zu ziehen, sofern diese ihre Aufgabe nicht einwandfrei erfüllten (vgl. Protokoll RR Nr. 1329 v. 27.8.1985 zu den Ergebnissen der Kommissionsberatungen, S. 17). Mit § 94 Abs. 5 PBG wird jedoch nicht der Versorgungsanstalt ein Klagerecht auf Übertragung ihres Werkes auf die Gemeinde bzw. ein Übertragungsanspruch eingeräumt. Bei § 94 Abs. 5 PBG handelt es sich um eine Übergangsregelung, mit welcher die Frist für den Abschluss einer Konzession mit dem bisherigen Versorgungswerk festgelegt wird, soweit die Versorgung nicht durch die Gemeinde erfolgt, und es wird das weitere Vorgehen bei Nichtzustandekommen einer Konzession angeordnet. Die Bestimmung von § 94 Abs. 5 PBG führt jedoch nicht zur unmittelbaren Übertragung der Versorgungsanlage und -einrichtungen auf die Gemeinde. § 94 Abs. 5 PBG stellt zwar eine gesetzliche Grundlage für eine Enteignung durch die Gemeinde dar, für das Verfahren gelangt dann jedoch das kantonale Enteignungsrecht zur Anwendung. In der Übergangsbestimmung von § 94 PBG wird zwar nicht auf das kantonale Enteignungsrecht verwiesen. Indem das PBG jedoch lediglich die Befugnis und die Pflicht der Gemeinde zur Übernahme der Anlagen und Einrichtungen des Versorgungswerkes statuiert, das Verfahren jedoch nicht regelt, bzw. einzig in Bezug auf die Höhe der Entschädigung eine Regelung enthält, besteht eine echte Gesetzeslücke. Eine echte Lücke liegt immer vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 195). Die Pflicht zur Übernahme von Anlagen und Einrichtungen eines Versorgungswerkes durch die Gemeinde bei Nichtzustandekommen einer Konzession stellt einen erheblichen Eingriff in die Eigentumsrechte des Versorgungswerkes dar. Allein mit dem Hinweis auf die Übernahmepflicht durch die Gemeinde ist für die Beteiligten jedoch nicht ersichtlich, wie bei diesem die Eigentumsgarantie betreffenden Eingriff vorzugehen ist, was auch vorliegendes Verfahren deutlich macht. Indem das Verfahren der Übernahme nicht geregelt wird, ist das Gesetz somit unvollständig.

Da es sich bei der Übernahme der Einrichtungen und Anlagen eines Versorgungswerkes durch die Gemeinde im Falle des Nichtzustandekommens einer Konzession und bei fehlender Einigung über die Übernahme immer um eine Enteignung handelt, ist davon auszugehen, dass der Ge-

B. 8.3

setzgeber – auch ohne es ausdrücklich festzuhalten – in verfahrensmässiger Hinsicht ein Vorgehen nach dem kantonalen Enteignungsrecht beabsichtigte. Auf diese Weise ist das Verfahren für die Beteiligten voraussehbar, und es gelangt ein Verfahren zur Anwendung, welches den Besonderheiten der Enteignung Rechnung trägt. In richterlicher Lückenfüllung ist somit § 94 Abs. 5 PBG insofern zu vervollständigen, als dass bei Nichtzustandekommen einer Konzession die Gemeinde für die Übernahme der Anlagen und Einrichtungen des Versorgungswerkes nach Enteignungsrecht vorzugehen hat, sofern nicht eine vertragliche Einigung zustande kommt.

Auch die in richterlicher Lückenfüllung vervollständigte Übergangsregelung von § 94 Abs. 5 PBG begründet keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung der Klage eines Versorgungswerkes auf Übertragung seiner Anlagen auf die Gemeinde.

d) Wenn eine Versorgungsanstalt die Versorgung nicht mehr durchführen will oder einfach die Versorgung nicht mehr genügend sicherstellt, ist es gestützt auf die Versorgungspflicht des Gemeinwesens dessen Pflicht zu handeln und der Sicherstellung der Versorgung nachzukommen. Es ist nicht umgekehrt die gesetzliche Pflicht der Versorgungsanstalt vorgesehen zu handeln und Klage zu erheben. Wenn die Gemeinde ihrer Pflicht zur Sicherstellung der Versorgung nicht nachkommt, ist aufsichtsrechtlich gegen sie vorzugehen. In diesem Sinne kann auch die Klägerin Aufsichtsbeschwerde gegen die Gemeinde beim Regierungsrat erheben bzw. der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde kann von sich aus gegen die Gemeinde vorgehen. Nachdem die Gemeinde auch mehr als zwei Jahre nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist noch über keine rechtlich gesicherte Wasserversorgung für die Siedlung ... verfügt, kommt sie ihrer Versorgungspflicht klarerweise nicht nach, und aufsichtsrechtliches Einschreiten ist angezeigt. Dass die Klägerin die Gemeinde offenbar zurzeit ihre Anlagen nutzen lässt, ändert daran nichts, denn die Gemeinde verfügt über keinen rechtlich geschützten Titel, der sie zur Nutzung der Anlage berechtigt. Es liegt weder eine vertragliche Vereinbarung über eine integrale oder teilweise Übernahme vor noch hat die Gemeinde durch Enteignung die Verfügungsgewalt über die Anlage erhalten, und sie verfügt auch über keine Bewilligung zur vorzeitigen Besitzesergreifung nach Expropriationsgesetz. Die Klägerin könnte der Gemeinde somit jederzeit die Nutzung ihrer Anlagen verbieten. Dass die Gemeinde eine Alternative zur bestehenden Wasserversorgung geprüft hat und offenbar beabsichtigt, diese Alternative (...) zu realisieren, ändert ebenfalls nichts daran, dass die Gemeinde zurzeit ihrer Versorgungspflicht nicht rechtsgenügend nachkommt. Ob und wann das Projekt ..., das den Bau einer Leitung ... und einer Pumpstation vorsieht, realisiert werden kann, ist zuzeit mehr als fraglich, zumal die bestehende Wasserversorgung offenbar ausreicht, was aus (...) zu schliessen ist.

Nachdem dem Verwaltungsgericht gegenüber der Gemeinde keine Aufsichtsfunktion zukommt, können im vorliegenden Verfahren jedoch keine aufsichtsrechtlichen Anweisungen gegenüber der Gemeinde erteilt werden.

e) Die Klage der ... auf Übernahme ihres Werkes durch die Gemeinde kann auch nicht auf § 67 Abs. 1 lit. f VRP gestützt werden. Für die Übernahme von Versorgungswerken ist gemäss vorstehenden Erwägungen – im Falle der fehlenden Einigung zwischen Werkbetreiberin und Gemeinde – nach dem Enteignungsverfahren vorzugehen. Die Gemeinde hat in einem Enteignungsentscheid erstinstanzlich zu entscheiden, welche Anlagen sie für die Versorgung überhaupt benötigt bzw. übernehmen will. Die Übergangsbestimmung von § 94 Abs. 5 PBG kann nicht so ausgelegt werden, dass der Gemeinde auf jeden Fall die Pflicht zukommt, *sämtliche* Anlagen und Einrichtungen des Versorgungswerkes zu übernehmen. Sie kann und muss sich im Sinne einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltführung (vgl. §§ 5 und 6 des Gesetzes über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden, SRSZ 153.100) grundsätzlich auf das für die Versorgung ihres Gemeindegebietes *Erforderliche* beschränken. Es kann beispielsweise nicht sein, dass die Gemeinde Anlagen und Einrichtungen des Versorgungswerkes enteignen muss, welche das Versorgungswerk selber nicht mehr benötigte und nicht mehr in Gebrauch hatte. Auch wird eine Gemeinde nicht verpflichtet sein, die (gesamten) Anlagen und Einrichtungen eines Versorgungswerkes, das seine Tätigkeit einstellt, zu übernehmen, wenn auf ihrem Gemeindegebiet noch ein zweites – konkurrenzierendes – Versorgungswerk tätig ist, welches für die Versorgung der ganzen Gemeinde ausreicht. Bei der Frage der Übernahme von Anlagen und Einrichtungen eines Versorgungswerkes muss es somit erstinstanzlich in der Kompetenz der Gemeinde liegen, über Umfang der zu übernehmenden Anlagen und Einrichtungen zu entscheiden, wobei auch die aufgeworfene Frage des Anspruchs auf Totalenteignung mitbeurteilt werden muss (vgl. § 3 Abs. 2 EntG; Art. 13 Abs. 1 BG ü. Enteignung). Dem Umstand, dass ein Versorgungswerk nach Enteignung durch die Gemeinde nur noch über Werkteile verfügt, die für sich wirtschaftlich keinen Sinn mehr machen, ist im Übrigen im Rahmen der Entschädigung Rechnung zu tragen. Diesbezüglich ist auf den Grundsatz zu verweisen, wonach bei einer *teilweisen* Enteignung einer Sache oder eines Rechts nicht nur der Wert des Gutes allein, sondern auch der allenfalls darüber hinaus resultierende Minderwert, den das Rest-Eigentum erleidet, zu entschädigen ist (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 128/V.a).

Das Klageverfahren ist gegenüber dem Beschwerdeverfahren grundsätzlich subsidiär. Ermächtigt das Gesetz die Behörde, das betreffende Rechtsverhältnis durch Verfügung zu regeln, bleibt der Klageweg verschlossen, selbst dann, wenn die Voraussetzung für eine Klage nach dem Wortlaut von § 67 VRP erfüllt wäre (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommen-

B. 8.3

tar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Vorbem. §§ 81–86, Rz. 7 m. H.; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht, Rz. 1363; Gygi, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. A., S. 21; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Art. 87, Rz. 1). Vorliegend bestreitet die Gemeinde nicht, dass sie die Wasserversorgung ... sicherzustellen hat und dass sie dafür zumindest auf einen Teil der Anlagen und Einrichtungen der Klägerin angewiesen ist; in diesem Sinne anerkennt sie grundsätzlich die öffentlichrechtliche Pflicht, die entsprechenden Anlagen und Einrichtungen zu übernehmen. Dass sie bis heute nicht gehandelt hat, ist wie bereits erwähnt, aufsichtsrechtlich zu ahnden. Der Streitgegenstand bezieht sich auf die Modalitäten der Übernahme, d.h. den Umfang der zu übernehmenden Werkteile einerseits und die Höhe der Entschädigung andererseits. Aufgrund dieser streitigen Punkte kam keine vertragliche Einigung zwischen den Parteien zustande. In Bezug auf die streitigen Punkte sieht das Gesetz die Verfügungskompetenz vor. Über den Umfang der Enteignung kann die Gemeinde im Rahmen der Enteignungsverfügung entscheiden. Gegen den Enteignungsentscheid steht dem Enteigneten der Beschwerdeweg offen (vgl. § 2 Expropriationsgesetz, EntG, SRSZ 470.100). Über die Entschädigung entscheidet – sofern keine vertragliche Einigung zustande kommt – die Schatzungskommission (§§ 8ff. EntG). Gegen den Entscheid der Schatzungskommission kann dann innert Frist Klage beim Verwaltungsgericht eingereicht werden (§ 3 Abs. 3 VVzEntG, SRSZ 470.111). Sowohl in Bezug auf die Frage des Umfangs der Enteignung als auch in Bezug auf die Frage der Entschädigung kann somit auch gestützt auf § 67 Abs. 1 lit. f VRP keine erstinstanzliche Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichts abgeleitet werden. Es würde auch keinen Sinn machen, in Bezug auf die Enteignung von Versorgungswerken die Schatzungskommission als Fachinstanz auszuschalten.

f) Aus den oben dargelegten Gründen vermag die Klägerin ihr Begehren auch nicht auf § 67 Abs. 1 lit. c VRP (Streitigkeiten über öffentlichrechtliche Entschädigungsansprüche) abzustützen. Wenn keine Einigung über die Entschädigung für die Übernahme von Anlagen und Einrichtungen eines Versorgungswerkes durch die Gemeinde zustande kommt, hat gestützt auf §§ 8ff. EntG die Schatzungskommission erstinstanzlich über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden.

g) Weitere öffentlichrechtliche Bestimmungen, auf welche die Klägerin ihr Klagebegehren stützen könnte, sind nicht vorhanden. Die Klägerin kann sich auch nicht auf einen öffentlichrechtlichen Vertrag stützen.

4. Im Falle einer materiellen Enteignung hat das Verwaltungsgericht über den Bestand einer Forderung zu entscheiden, wenn keine Einigung zustande kommt (§ 4 Abs. 1 VVzEntG). Sofern die Voraussetzungen einer materiellen Enteignung bejaht werden, hat das Verwaltungsgericht die

Akten der zuständigen Schätzungskommission zur Festlegung der Entschädigung zu überweisen (§ 4 Abs. 2 VVzEntG). Vorliegend geht es jedoch nicht um die Feststellung einer materiellen Enteignung. Solches wird auch nicht beantragt. Eine materielle Enteignung liegt vor, wenn das Gemeinwesen die Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse im Interesse der Allgemeinheit derart einschränkt, dass sich dies für den Eigentümer wie eine Enteignung auswirkt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1682). Sie kann durch Verfügung, Rechtssatz oder durch Nutzungspläne angeordnet werden (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1679). Die Gemeinde hat bis anhin keine Verfügung erlassen, mit welcher sie die Klägerin in ihrer Nutzungsbefugnis einschränkt. Es liegt auch kein Rechtssatz vor, aus dem sich unmittelbar eine materielle Enteignung ergibt. Die Übergangsbestimmung von § 94 Abs. 5 PBG gibt der Gemeinde nicht die Kompetenz, ohne vorgängige formelle Enteignung die Anlagen und Einrichtungen des Versorgungswerks in Besitz zu nehmen. § 94 Abs. 5 PBG zeigt lediglich das weitere Vorgehen bei Nichtzustandekommen eines Konzessionsvertrages auf. Die Gemeinde hat der Klägerin den Gebrauch ihres Werkes auch weder verboten noch sie dabei eingeschränkt. Die Gemeinde betreibt zwar zurzeit das Werk, dies jedoch nur, weil die Klägerin klar zu erkennen gab, dass sie selber den Betrieb nicht weiterführen werde. Es wird jedoch weder geltend gemacht noch ergibt sich aus den Akten, dass sich die Gemeinde gegen einen vorübergehenden Weiterbetrieb des Werkes durch die Klägerin bis zur Regelung des Übergangs stellen würde. Aus dem ganzen Sachverhaltsablauf ist vielmehr zu schliessen, dass für die Gemeinde auch heute noch eine Konzessionserteilung in Frage käme (vgl. Duplik, S. 3).

Dem Verwaltungsgericht kommt somit auch gestützt auf § 4 Abs. 1 VVzEntG keine Entscheidungskompetenz zu. (VGE 1012/00 vom 22. Juni 2001).

8.4 Natur- und Heimatschutz

- *Kantonale Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (SR SZ 720.110).*
- *Vorsorgliche Massnahmen. Keine Instandhaltungspflicht.*

Aus dem Sachverhalt:

Das im Hinterdorf in Schwyz gelegene Haus Nideröst ist ein im Blockbau errichtetes Gebäude, dessen in weiten Teilen noch erhaltener Kernbau auf das Jahr 1170 zurückgeht und damit zu den ältesten noch erhaltenen Holzhäusern gehört. Am 16. Mai 2000 reichte der Gemeinderat Schwyz beim Regierungsrat ein Gesuch um Entlassung des Hauses Nideröst aus dem kantonalen Schutzinventar (KIGBO) und für den Ab-

B. 8.4

bruch dieses Objektes ein. Mit Beschluss vom 13. März 2001 hat der Regierungsrat das Haus Nideröst aus dem kantonalen Schutzinventar unter der Auflage eines wissenschaftlich begleiteten Abbaus des mittelalterlichen Kernbaus und der Überlassung des wieder verwendbaren Materials an den Kanton Schwyz entlassen. Gegen diesen Beschluss erhob der Schweizer Heimatschutz Beschwerde beim Verwaltungsgericht Schwyz (siehe auch EGV-SZ 2001, Nr. 8.5). Er beantragte unter anderem, das Haus Nideröst sei unverzüglich durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf Kosten des Kantons Schwyz vor einem weiteren Zerfall zu bewahren. Der instruierende Richter teilte darauf den Parteien mit, der Beschwerde komme ex lege aufschiebende Wirkung zu (§ 42 Abs. 1 VRP). Es sei den Parteien demzufolge untersagt, beim Streitgegenstand (Haus Nideröst, KIGBO 01.129) Veränderungen vorzunehmen, die eine integrale Erhaltung am bisherigen Standort beeinträchtigten. Nach durchgeführtem Vernehmlassungsverfahren wies er den Antrag auf vorsorgliche Massnahmen mit folgender Begründung ab:

Aus den Erwägungen:

1.a) Der Beschwerdeführer verlangt, dass das Haus Nideröst unverzüglich durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf Kosten des Kantons Schwyz vor einem weiteren Zerfall zu bewahren sei. Er versteht darunter insbesondere die Instandstellung des Ziegeldaches, damit kein Regenwasser mehr eindringen könne, und die Verschliessung der Fensteröffnungen. Über die gesetzliche Grundlage für ein solches Vorgehen schweigt sich der Beschwerdeführer aus.

Zum Antrag auf vorsorgliche Massnahmen nehmen weder das Justizdepartement noch der Grundeigentümer noch der Gemeinderat Schwyz in ihren Vernehmlassungen explizit Stellung.

(...)

c) Es ist mithin zu prüfen, ob über die aufschiebende Wirkung hinausreichend (vgl. oben Ingress lit. C) vom Kanton bzw. vom Grundeigentümer konkrete Handlungen zum Schutze des Inventarobjektes verlangt werden können.

aa) Vorsorgliche Massnahmen bezwecken einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz. Es sollen während der Dauer des Verfahrens keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden, welche den angestrebten Rechtsschutz illusorisch machen. Vorsorgliche Massnahmen können jederzeit abgeändert oder in Wiedererwägung gezogen werden, insbesondere, wenn sich die Umstände massgeblich geändert haben. Die Abänderbarkeit gilt auch hinsichtlich abgelehnter vorsorglicher Massnahmen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 23f. zu Art. 27; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, N 29 zu § 6). Vorsorgliche Massnahmen können jedoch nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstandes

liegen. Mehr als im Hauptprozess – d.h. definitiv – zu erreichen ist, kann nicht vorsorglich erwirkt werden (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 1 zu Art. 27).

bb) In casu ist somit anhand einer prima-vista Beurteilung zu überprüfen, ob der Kanton bzw. der Grundeigentümer (dessen Einwilligung wäre in jedem Falle erforderlich, auch wenn an seiner Stelle der Kanton zum vorsorglichen Unterhalt verpflichtet würde) überhaupt zu einer Instandhaltung und -stellung, also zu bestimmten Handlungen angehalten werden könne (dies im Gegensatz zu blossen Unterlassungen wie beispielsweise bei einem Abbruchverbot).

cc) Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 BV; Art. 24^{sexies} Abs. 1 aBV). Nach § 6 Abs. 1 der kantonalen Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (SRSZ 720.110; kurz NHV) ist es untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu besetzen. Es besteht mithin die Möglichkeit, einen Abbruch oder bauliche Veränderungen, die verunstalten oder beeinträchtigen, zu verbieten. Gegen das Verlotternlassen eines Objektes besteht aufgrund der geltenden kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung – folgt man bisherigen Darlegungen in Gerichtsentscheiden – offensichtlich keine Handhabe. Auch der Kanton selbst (oder die Gemeinde) kann im Rahmen seiner Zuständigkeit nicht gegen den Willen des Grundeigentümers Unterhaltsarbeiten durchführen, noch dazu verhalten werden (siehe auch angef. RRB Erw. 2.2). Ein beschränktes Eingreifen wäre nur möglich und geboten, wenn wegen des schlechten Zustandes eines Objektes Polizeigüter wie insbesondere Leib und Leben gefährdet wären (z.B. durch herabfallende Baumaterialien). (VGE 579/83 v. 22.11.1983, Erw. 14a, Prot. S. 828ff.; VGE 525/88 v. 14.6.1988, Erw. 2a/cc, Prot. S. 369f.; VGE 553/89 v. 16.8.1989, Erw. 3b, Prot. S. 738).

dd) Streitgegenstand ist vorliegend einerseits die Entlassung des Hauses Nideröst aus dem KIGBO (wobei gemäss Rechtsprechung die Aufnahme in das KIGBO keine anfechtbare Verfügung darstellt [siehe EGV-SZ 1984, S. 41ff.], was gemäss VGE 525/88 auch für die Entlassung gilt; vgl. auch VGE 679/95 v. 22.12.95, Erw. 1f in fine, Prot. S. 1611). Andererseits und zur Hauptsache umstritten ist der bewilligte wissenschaftlich begleitete Abbau des mittelalterlichen Kernbaus und die Überlassung des wieder verwendbaren Materials an den Kanton Schwyz zwecks Wiederaufbau des Kernbaus auf der Ital-Reding-Hofstatt. Damit wird die vom Beschwerdeführer angestrebte integrale Erhaltung des Objektes an Ort und Stelle unmittelbar tangiert. Aufgrund der gemachten prima-vista Darlegungen kann aber mit der kantonalen Natur- und Heimatschutzverord-

B. 8.5

nung höchstens der Abbruch bzw. der wissenschaftlich begleitete Abbau verhindert, nicht aber eine Instandhaltungspflicht begründet werden. Damit fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die angebehrten vorsorglichen Massnahmen (vgl. oben Erw. 1c/aa), soweit sie über die aufschiebende Wirkung hinausgehen (vgl. Ingress lit. C).

ee) Inwiefern andere Rechtserlasse im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eine vorsorgliche Instandhaltungspflicht zu begründen vermöchten, ist nicht ersichtlich. Allfällige Schutzmassnahmen gestützt auf Bundesrecht (Art. 78 Abs. 3 BV; Art. 24^{sexies} Abs. 3 aBV; Art. 16 NHG) liegen nicht in der Kompetenz der kantonalen Behörden (Th. Fleiner-Gerster in Kommentar BV, Art 24^{sexies}, Rz. 22ff.). Gemäss den Angaben des Grundeigentümers in der Beschwerdevernehmlassung sind solche Massnahmen offenbar auch kein Thema (mehr). Vielmehr hätte sich «sogar die eidgenössische Denkmalpflege mit Frau Dreifuss an der Spitze ... mit der beschlossenen Lösung einverstanden» erklärt.

ff) Es ist dem Kanton (Regierungsrat) mit Einwilligung des Grundeigentümers während des Beschwerdeverfahrens natürlich unbenommen, auf freiwilliger Basis vorsorglich Schutzvorkehrungen zu treffen, die der Substanzerhaltung dienen, ohne damit die vom Beschwerdeführer angestrebte integrale Erhaltung am bisherigen Standort zu beeinträchtigen (vgl. oben Ingress lit. C).

(Zwischenbescheid 1007/01Z vom 27. April 2001).

8.5 Natur- und Heimatschutz

- *Kantonale Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Alkertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (SRSZ 720.110).*
- *Entlassung aus dem kantonalen Schutzinventar (KIGBO) ist keine anfechtbare Verfügung (Erw. 2).*
- *Abbruchbewilligung und Bewilligung zum (teilweisen) Wiederaufbau an einem anderen Standort stellen keine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG dar. Der Schweizerische Heimatschutz ist demzufolge nicht beschwerdebefugt (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Siehe EGV-SZ 2001, B. 8.4. Der Regierungsrat beschloss mit RRB Nr. 349/2001 vom 13. März 2001:

«1. Das Haus Hinterdorfstrasse 31 (Nideröst), Schwyz (KIGBO 01.129) wird in seinem heutigen Zustand und am bisherigen Standort aus dem kantonalen Inventar geschützt und schützenswerter Bauten entlassen.

2. Die Entlassung erfolgt unter der Auflage eines wissenschaftlich begleiteten Abbaus des mittelalterlichen Kernbaus und der Überlassung des wieder verwendbaren Materials an den Kanton Schwyz.
3. Für die Kosten des Abbaus wird ein Kredit von Fr. 59'846.– aus Lotteriemitteln bewilligt.
4. Dem Wiederaufbau des Kernbaus auf der Ital-Reding-Hofstatt wird zugestimmt. Das Justizdepartement wird beauftragt, einen Kostenvoranschlag ausarbeiten zu lassen und dem Regierungsrat die Bewilligung des erforderlichen Kredits zu beantragen.
5. Der wieder aufgebaute Kernbau wird in den bestehenden nationalen und kantonalen Schutz der Ital-Reding-Hofstatt integriert.
6. Gegen diesen Beschluss kann innert 20 Tagen beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde erhoben werden.»

Gegen diesen Beschluss reichte der Schweizer Heimatschutz mit Eingabe vom 4. April 2001 Beschwerde beim Verwaltungsgericht Schwyz ein mit folgenden Begehren:

- «1. Der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben.
2. Das Haus Nideröst (Haus im Tschalun) sei im KIGBO zu belassen.
3. Das Haus Nideröst (Haus im Tschalun) sei unverzüglich durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf Kosten des Kantons Schwyz vor einem weiteren Zerfall zu bewahren.»

Das Verwaltungsgericht trat auf die Beschwerde mit folgender Begründung nicht ein:

Aus den Erwägungen:

2.a) Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen und zu beurteilen, zu denen die zuständige Behörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand (vgl. VGE 600/93 vom 29. Sept. 1993, Erw. 1b mit Hinweis). Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (vgl. BGE 119 Ib 36 Erw. 1b mit weiteren Hinweisen).

Anfechtbar sind grundsätzlich Verfügungen gemäss § 6 VRP, also hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, mit welchen u.a. Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben werden (vgl. § 6 lit. a VRP), oder das Bestehen, Nichtbestehen oder der Inhalt von Rechten und Pflichten festgestellt wird (§ 6 lit. b VRP).

b) Soweit mit der vorliegenden Beschwerde Dispositiv-Ziffer 1 des RRB's Nr. 349/2001 vom 13. März 2001 angefochten wird bzw. ausschliesslich die Entlassung des betreffenden Hauses aus dem kantonalen Inventar geschützter und schützenswerter Bauten bemängelt wird, kann darauf

B. 8.5

aus folgenden Gründen nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer übersieht die konstante Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach die Aufnahme/Nichtaufnahme eines Objektes ins kantonale Inventar geschützter Bauten und Objekte *keine anfechtbare Verfügung* darstellt (vgl. VGE 679/95 vom 22. Dezember 1995, Erw. 1f, Prot. S. 1611, mit Hinweis auf VGE 538/84 vom 28. Aug. 1984, publ. in EGV-SZ 1984, Nr. 9). Analog gilt grundsätzlich – als *actus contrarius* – auch die Entlassung aus dem kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) nicht als anfechtbare Verfügung (vgl. VGE 525/88 vom 14. Juni 1988, Erw. 3 in fine, Prot. S. 374). Dafür spricht auch die spiegelbildliche Anwendung des Rechts (vgl. dazu BGE 117 V 112 und 126 II 215; vgl. auch den Grundsatz der Parallelität der Formen, in: BGE 112 Ia 139, mit weiteren Hinweisen; hinsichtlich der Frage, inwiefern der angefochtene Beschluss bzw. die Entlassung aus dem KIGBO dennoch Verfügungscharakter aufweist, vgl. nachfolgend Erw. 4a).

3. Soweit der Beschwerdeführer mit seinem Antrag auf integrale Aufhebung des RRB's Nr. 349/2001 auch die in Dispositiv-Ziffer 3 enthaltene Bewilligung von Lotteriemitteln anfechten will, was jedoch aus der Beschwerdebegründung nicht explizit hervorgeht, kann darauf a priori nicht eingetreten werden, weil gegen eine solche Bewilligung oder Verweigerung von öffentlichen Mitteln nach Massgabe von § 54 lit. b VRP eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist.

4.a) Nach § 6 der kantonalen Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (NHV, SRSZ 720.110) ist es untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder *ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen*.

Wie in der vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 17. April 2001 (S. 2 oben) zutreffend ausgeführt wurde, beinhaltet die Entlassung aus dem KIGBO gleichzeitig im Sinne von § 6 NHV auch die grundsätzliche Bewilligung des Regierungsrates, das Objekt zu beseitigen. Einer solchen (gegebenenfalls mit Auflagen erteilten) Bewilligung kommt insofern Verfügungscharakter im Sinne von § 6 VRP zu, als damit über die Rechte und Pflichten bestimmter Personen (namentlich des Eigentümers) entschieden wird.

Als *Anfechtsobjekt* verbleiben demnach die vorinstanzliche Bewilligung zur Beseitigung am heutigen Standort mit der Auflage eines wissenschaftlich begleiteten Abbaus des mittelalterlichen Kernbaus und der Überlassung des wieder verwendbaren Materials an den Kanton sowie die vorinstanzliche Zustimmung zu einem Wiederaufbau des Kernbaus auf der Ital-Reding-Hofstatt (mit Integration des wieder aufgebauten Kernbaus in den bestehenden Schutz der Ital-Reding-Hofstatt).

Hinsichtlich des soeben dargelegten Anfechtungsobjektes ist anschliessend die *Frage der Beschwerdebefugnis* näher zu prüfen, wobei die Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts in Beachtung von Art. 103 lit. c OG bzw. Art. 12 NHG zu erfolgen hat (vgl. dazu BGE 125 II 32; 123 II 291f.; vgl. auch Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kts. ZH, Rz. 18 zu § 21 mit Hinweisen).

b) Nach § 37 VRP sind zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt:

«a) Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun;

b) Behörden und andere Organisationen, wenn sie dazu durch einen Rechtssatz ermächtigt sind.»

c) Im vorliegenden Fall ist keine Beschwerdebefugnis nach § 37 lit. a VRP gegeben. Der Beschwerdeführer war weder Partei noch beiladungsberechtigter Dritter des vorinstanzlichen Verfahrens (Art. 12a NHG kommt im Zusammenhang mit § 37 lit. b VRP zum Tragen). Abgesehen davon macht er keine eigenen, sondern nur öffentliche Interessen geltend (vgl. dazu Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 40f.). Im Übrigen bringt er nicht vor, dass die Voraussetzungen von § 37 lit. a VRP erfüllt seien. In der Folge ist zu prüfen, ob die Beschwerdebefugnis nach § 37 lit. b VRP gegeben ist.

d) Nach Art. 12 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451) steht den gesamtschweizerischen Vereinigungen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen und mindestens seit zehn Jahren bestehen, das Recht zur Anfechtung von kantonalen Verfügungen zu, die im Sinne von Art. 2 und 3 NHG in *Erfüllung von Bundesaufgaben* ergangen sind und gegen welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (vgl. BGE vom 8. März 1999, publ. in URP 2000, S. 655 bzw. ZBl 2000, S. 428). Diese Eingrenzung des Beschwerderechts kommt in den Art. 12ff. NHG nicht explizit zum Ausdruck, ergibt sich aber aus dem Titel des 1. Abschnittes des NHG («Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege bei Erfüllung von Bundesaufgaben») und aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Keller, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 12, Rz. 4 mit Hinweisen).

Anzuführen ist, dass nach der Bundesverfassung für den Natur- und Heimatschutz *die Kantone zuständig* sind (vgl. Art. 78 Abs. 1 der neuen, seit dem 1. Januar 2000 geltenden Bundesverfassung, BV; diese Regelung deckt sich auch mit Art. 24^{sexies} Abs. 1 der alten Bundesverfassung, aBV). Der Bund nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Er schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet (vgl. Art. 78

B. 8.5

Abs. 2 BV). Des Weiteren kann der Bund Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes unterstützen und Objekte von gesamtschweizerischer Bedeutung vertraglich oder durch Enteignung erwerben oder sichern (vgl. Art. 78 Abs. 3 BV).

e) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat eine gesamtschweizerische Vereinigung, die geltend macht, sie sei nach Art. 12 NHG zur Beschwerde legitimiert, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darzutun, dass das betreffende Vorhaben tatsächlich eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV (bzw. Art. 24^{sexies} Abs. 2 aBV) und Art. 2 NHG berühre (vgl. BGE 123 II 5).

Der Beschwerdeführer machte vor Verwaltungsgericht geltend, nach Art. 78 BV seien die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig, während der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben ebenfalls im Sinne des öffentlichen Interesses zugunsten von Natur- und Kulturdenkmälern zu handeln habe, wobei er Objekte von gesamtschweizerischer Bedeutung sogar durch Enteignung erwerben könne. Beim Haus Nideröst, das unbestritten in seinem Kern das älteste Wohnhaus im Holzbau der Schweiz und wahrscheinlich des westeuropäischen Raumes darstelle, handle es sich um einen höchst schutzwürdigen Hausbau an einer für dieses Haus geschichtlichen Stätte, wo der Bund mit seinem EDK-Gutachten tätig geworden sei. Der Bund schreite nicht zur denkmalpflegerischen Zwangsenteignung, sondern habe es dem kantonalen Verfahren ausgesetzt. Dieses kantonale Verfahren habe eine objektbezogene Lösung zur Rettung der Kernelemente des Hauses und deren «museale Verfrachtung» gefunden. Hingegen sei vom Kanton Schwyz die ortsgebundene Belassung mit dem Situationswert des geschützten Hauses und seiner Weiterentwicklung an seiner geschichtlichen Stätte nicht weiter verfolgt worden, was als unterlassendes Element, d.h. auch als Verletzung von Bundesrecht und kantonally vollziehbarem Recht gerügt werden könne, da die Kantone nach BV Art. 78 zugunsten von Heimatschutzbelangen auch stellvertretend für den Bund zu handeln hätten. Der Bund könne, wenn vertraglich eine Lösung nicht möglich sei, immer noch enteignungsrechtlich eingreifen. Für die Auslegung und den Vollzug von Art. 78 BV sei nebst dem kantonalen Recht subsidiär das NHG und das RPG als ergänzendes und übergeordnetes Bundesrecht massgebend. Somit könne das kantonale Rechtsverfahren bei einem Schutzobjekt von gesamtschweizerischer oder übernationaler Bedeutung vom Bundesgericht auf Beschwerde nach NHG 12 hin überprüft werden (vgl. Eingabe vom 14. Mai 2001, S. 2).

f) Entgegen der sinngemässen Meinung des Beschwerdeführers stellen Verfügungen, welche die Bewilligung zum Abbruch eines Gebäudes (unter Auflagen) sowie zum (teilweisen) Wiederaufbau (an einem andern Standort im gleichen Ort) zum Gegenstand haben, *keine Bundesaufgaben* im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV (bzw. Art. 24^{sexies} Abs. 2 aBV) und

Art. 2 NHG dar. Art. 2 NHG präzisiert, was unter Erfüllung einer Bundesaufgabe im dargelegten Sinne zu verstehen ist, nämlich gemäss Art. 2 lit. a NHG: die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, seine Anstalten und Betriebe. Das vorliegende Vorhaben fällt nicht unter die genannte Bestimmung. Die kantonale Behörde erfüllt allenfalls auch eine Bundesaufgabe, wenn an Planungen, Werke und Anlagen Bundesbeiträge gewährt werden (vgl. Art. 2 lit. c NHG). Im vorliegenden Fall ist keine derartige Bundessubvention aktenkundig (vgl. auch Th. Fleiner-Gerster, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweiz. Eidgenossenschaft, Rz. 21 zu Art. 24^{sexies} aBV). Schliesslich liegt auch keine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 lit. b NHG vor, da es diesbezüglich um die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen geht, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen und Transportanstalten (mit Einschluss der Plangenehmigung), von Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie, Flüssigkeiten oder Gasen oder zur Übermittlung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen (vgl. dazu BGE 120 Ib 27ff., Erw. 2c/aa, übersetzt in Pr 1994, Nr. 223, S. 734ff.).

Um als Bundesaufgabe zu gelten, genügt es allerdings nicht, dass eine Verfügung in Erfüllung von Art. 2 lit. a, b oder c NHG ergangen ist. Die Praxis verlangt zusätzlich eine unmittelbare und für Bundessubventionen eine mittelbare Auswirkung der betreffenden Verfügung auf die Natur oder die Heimat (vgl. Peter M. Keller, Das Beschwerderecht der Umweltorganisationen, AJP 9/95, S. 1126 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung wurde die Erfüllung einer Bundesaufgabe in den nachfolgenden Sachbereichen anerkannt und damit gleichzeitig die Beschwerdelegitimation von Organisationen gemäss Art. 12 Abs. 1 NHG bejaht:

- bei Ausnahmegewilligungen gemäss Art. 24 RPG,
- bei Rodungsbewilligungen,
- bei Bewilligungen zur Beseitigung der Ufervegetation,
- bei fischereipolizeilichen Bewilligungen,
- bei der Verletzung von Wasserrechtskonzessionen,
- beim Schutz der Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung (vgl. VGE 679/95 vom 22. Dez. 1995, Erw. 1d, Prot. S. 1608 mit Hinweisen, u.a. auf Gadola, Beteiligung ideeller Verbände am Verfahren vor den unteren kantonalen Instanzen – Pflicht oder blosser Obliegenheit?, publ. in ZBl 1992, S. 97ff., S. 101f. und weiteren Verweisen);
- sowie bei der Erteilung einer Luftseilbahnkonzession oder hinsichtlich der Genehmigung des generellen Projekts zur Errichtung einer Hochspannungsfreileitung (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Rz. 255, sowie 2. A., Rz. 590; vgl. dazu auch die Ausführungen von: Zufferey, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 31ff.; sowie die von der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung, VLP, herausgegebene, von J. Leimbacher verfasste

B. 8.5

Broschüre: Bundesinventar, Die Bedeutung der Natur- und Landschaftsschutzinventare des Bundes und ihre Umsetzung in der Raumplanung, Bern 2000, S. 66–68).

Demgegenüber hat das Bundesgericht in zitierten Entscheid, in welchem es um die Plangenehmigung eines Strassenprojektes ging und der dabei vorgesehene Abbruch einer alten Brücke (Pont de Fégire) umstritten war, u.a. ausgeführt, das NHG schreibe den Kantonen nicht vor, dass sie Denkmäler (Pont de Fégire) schützen müssten. Die anwendbaren Vorschriften würden sich allein nach kantonalem Recht bestimmen (vgl. Art. 24^{sexies} Abs. 1 aBV bzw. Art. 78 Abs. 1 BV). In jenem Fall lehnte es das Bundesgericht ab, hinsichtlich des umstrittenen Abbruchs (einer Brücke) von der Erfüllung einer Bundesaufgabe auszugehen und auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Schweizer Heimatschutzes einzutreten (vgl. BGE 120 Ib, S. 27ff.).

In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der verfassungsmässigen Abgrenzung der Kompetenzen der Kantone und des Bundes in Denkmalfragen u.a. ausgeführt:

«(...) Demnach beschränkt sich, wie die Artikel 15 und 16 des Natur- und Heimatschutzgesetzes vom 1. Juli 1966 (...) wiederholen, die denkmalpflegerische Kompetenz des Bundes neben der finanziellen Unterstützung der Kantone darauf, Objekte von *nationaler* Bedeutung auf dem Vertrags- oder Enteignungswege oder durch vorübergehende andere Massnahmen unter Schutz zu stellen. (...)

Die Denkmalpflege obliegt mithin nach der eidgenössischen Spezialgesetzgebung in weitem Masse, hinsichtlich der Baudenkmäler regionaler und lokaler Bedeutung sogar ausschliesslich den Kantonen. (...)

(vgl. BGE 121 II 15)

Analog betont auch Th. Fleiner-Gerster im Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Primat kantonaler Kompetenzen innerhalb des ganzen Natur- und Heimatschutzes (vgl. Th. Fleiner-Gerster, a.a.O., Rz. 9ff. zu Art. 24^{sexies} aBV, v.a. auch Rz. 24, wonach im Bereich Natur- und Heimatschutz die Instrumente des Bundes nur mit grosser Zurückhaltung eingesetzt werden sollen und die kantonalrechtlichen Instrumente den Vorrang haben).

Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Bewilligung von Bauten und Anlagen sich selbst dann auf kantonales Recht abstützt, wenn dabei Inventargebiete gemäss Art. 5 oder 6 NHG berührt werden (vgl. BGE 120 Ib 27, Erw. 2c/cc und dd, S. 32f.; BGE 1A.192/2000 und 1P.344/2000 vom 20. Februar 2001 i.Sa. W., Erw. 5b; vgl. auch VLP-Schriftenfolge Nr. 71, Bundesinventare, a.a.O., S. 69, wonach die Erteilung einer gewöhnlichen Baubewilligung nicht zur Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG gehört, vgl. dazu auch: URP 1998, S. 547), weshalb auch die

nicht geltend gemachte Inventarisierung im ISOS (Schwyz, G2, Hinterdorf) im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlich ist.

g) Aus all diesen Gründen bleibt es dabei, dass im vorinstanzlichen Beschluss (welcher die Bewilligung zur Beseitigung am heutigen Standort mit der Auflage eines wissenschaftlich begleiteten Abbaues des mittelalterlichen Kernbaus und der Überlassung des wieder verwendbaren Materials an den Kanton sowie die Zustimmung zu einem Wiederaufbau des Kernbaus auf der Ital-Reding-Hofstatt beinhaltet) keine Erfüllung einer Bundesaufgabe (im Sinne von Art. 2 NHG) zu erblicken ist, *weshalb dieser RRB dem Beschwerderecht der gesamtschweizerischen Organisationen nach Art. 12 NHG nicht unterliegt*. Zusammenfassend ist – soweit überhaupt ein Anfechtungsobjekt vorliegt (vgl. dazu oben, Erw. 4a) – auf die vorliegende Beschwerde mangels Beschwerdebefugnis nicht einzutreten.

(VGE 1007/01 vom 29. Mai 2001).

Gegen diesen Verwaltungsgerichtsentscheid erhob der Schweizer Heimatschutz beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde (1A.115/2001) und staatsrechtliche Beschwerde (1P.441/2001). Das Bundesgericht trat mit Urteil vom 8. Oktober 2001 auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht ein. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies es u.a. mit folgender Begründung ab:

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 12 Abs. 1 NHG steht gesamtschweizerischen Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen und mindestens seit zehn Jahren bestehen, das Beschwerderecht zu, soweit gegen kantonale Verfügungen oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden letztinstanzlich die Beschwerde an den Bundesrat oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Der SHS gehört unstreitig zu den gesamtschweizerischen Organisationen im Sinne dieser Bestimmung (vgl. Art. 1 i.V.m. Anhang Ziff. 5 der Verordnung vom 27. Juni 1990 über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO; SR 814.076]); fraglich ist jedoch, ob es sich beim Beschluss des Regierungsrates um einen gemäss Art. 12 NHG anfechtbaren Entscheid handelt. Voraussetzung hierfür wäre, dass er in der Sache letztinstanzlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unterliegt. Das ist im Folgenden zu prüfen.

a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig gegen kantonale letztinstanzliche Verfügungen, die sich (auch) auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder hätten stützen sollen (Art. 5 VwVG in Verbindung mit Art. 97 und Art. 98 lit. g OG), sofern keiner der in Art. 99ff. OG oder in der Spezialgesetzgebung vorgesehenen Ausschlussgründe greift.

B. 8.5

b) Der Entscheid des Regierungsrates stützt sich, wie das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid ausgeführt hat, auf § 6 der kantonalen Verordnung vom 29. November 1927 betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (NHV/SZ): Mit der Entlassung aus dem kantonalen Inventar geschützter und schützenswerter Bauten werde die – mit Auflagen verbundene – grundsätzliche Bewilligung zur Beseitigung des Objekts erteilt. Diese Bestimmung stellt selbständiges kantonales Recht dar. Gemäss Art. 78 Abs. 1 BV (bis zum 1. Januar 2000: Art. 24^{sexies} Abs. 1 aBV) sind primär die Kantone für den Heimatschutz zuständig; dem Bund kommt im Bereich des Natur- und Heimatschutzes lediglich eine subsidiäre Unterstützungs- und Ausgleichsfunktion zu (*Thomas Fleiner-Gerster*, BV-Kommentar, Art. 24^{sexies}, N 10 und 11).

c) Der SHS stützt seine Legitimation in erster Linie auf die nationale Bedeutung des Schutzobjekts. In der Tat ist die eidgenössische Kommission für Denkmalpflege in ihrem Gutachten vom 21. September 2000 zum Ergebnis gekommen, dass das Haus Niederöst in Schwyz aufgrund seines Alters, seiner Zugehörigkeit zur Gruppe der mittelalterlichen Wohnbauten im Alten Land Schwyz und seinem Stellenwert als geschichtliche Sachquelle ein Denkmal ersten Ranges sei, dem zweifelsfrei nationale Bedeutung zukomme. Zudem ist das Haus Teil des Ortsbilds von Schwyz/Hinterdorf, das im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung inventarisiert ist (Anhang zur Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [VISOS; SR 451.12]). Die nationale Bedeutung des Verfügungsobjekts genügt für sich allein jedoch nicht zur Begründung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. BGE 120 Ib 27, E. 2c/dd, S. 33 [Inventar historischer Verkehrswege der Schweiz]; 121 II 190, E. 3c/bb, S. 196f. [BLN-Objekt]); erforderlich wäre vielmehr nach dem oben (E. 2a) Gesagten eine direkt anwendbare Bestimmung des Bundesrechts, welche von der kantonalen Behörde zu Unrecht nicht angewandt worden ist.

d) Der SHS beruft sich auf Art. 78 BV: Daraus ergebe sich eine Verpflichtung der Kantone, zu Gunsten von Heimatschutzbelangen zu handeln. Dies gelte namentlich für Objekte von gesamtschweizerischer Bedeutung, für die Art. 78 Abs. 2 und 3 BV – nur subsidiär eine Zuständigkeit des Bundes begründe. Dabei verkennt der Beschwerdeführer, dass es sich bei Art. 78 BV um eine verfassungsrechtliche Zuständigkeitsnorm handelt. Diese Bestimmung ruft die – ohnehin gemäss Art. 3 BV gegebene Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Natur- und Heimatschutzes in Erinnerung. Sie kann durchaus auch als Aufforderung zum Handeln verstanden werden (so *Heribert Rausch* in *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 58, N 14; *Thomas Fleiner-Gerster*, BV-Kommentar, Art. 24^{sexies}, N 10: «Appellcharakter»), enthält aber keine konkreten inhaltlichen Vorgaben und direkt anwendbaren Schutzverpflichtungen für die

Kantone im Bereich des Heimatschutzes (BGE 120 Ib 27, E. 3c/dd, S. 33): Es ist vielmehr Aufgabe der Kantone, die zur Erhaltung schutzwürdiger Objekte (sei es von lokaler, regionaler oder nationaler Bedeutung) notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen und über die Unterschutzstellung im Einzelfall zu befinden (BGE 121 II 8, E. 3a, S. 15). Art. 78 Abs. 1–3 BV ist daher keine Bestimmung des Bundesverwaltungsrechts, auf die sich kantonale Verfügungen im Bereich des Heimatschutzes stützen müssten.

Zu prüfen ist daher, ob sich aus der eidgenössischen Gesetzgebung, namentlich dem NHG, Erhaltungspflichten für das Haus Nideröst ergeben, deren Verletzung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht werden könnten.

e) Art. 3 NHG umschreibt die generellen Pflichten von Bund und Kantonen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes. Abs. 1 verpflichtet den Bund sowie die Kantone «bei der Erfüllung der Bundesaufgaben» das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten. Art. 3 NHG verpflichtet somit die Kantone nur, wenn und soweit sie in Erfüllung einer Bundesaufgabe handeln. Dieser Begriff wird in Art. 2 NHG wie folgt umschrieben:

Erfüllung von Bundesaufgaben

1 Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Artikel 24^{sexies} Absatz 2 der Bundesverfassung [heute: Art. 78 Abs. 2 BV] ist insbesondere zu verstehen:

- a. Die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, seine Anstalten und Betriebe, wie Bauten und Anlagen der Bundesverwaltung, Nationalstrassen, Bauten und Anlagen der Schweizerischen Bundesbahnen;
 - b. die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen und Transportanstalten (mit Einschluss der Plangenehmigung), von Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie, Flüssigkeiten oder Gasen oder zur Übermittlung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen;
 - c. die Gewährung von Beiträgen an Planungen, Werke und Anlagen, wie Meliorationen, Sanierungen landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrekturen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen.
- 2 Entscheide kantonaler Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Beiträgen nach Absatz 1 Buchstabe c verwirklicht werden, sind der Erfüllung von Bundesaufgaben gleichgestellt.

Im vorliegenden Fall geht es nicht um ein Werk oder eine Anlage des Bundes (Abs. 1 lit. a). Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bedarf der Abbruch des Hauses und der Wiederaufbau des mittelalterlichen Kernhauses an anderer Stelle auch keiner bundesrechtlichen Bewilligung oder Konzession i. S. v. Abs. 1 lit. b NHG. Insbesondere liegt kein Anwendungsfall von Art. 24 RPG vor, da das Haus in der Bauzone liegt und auch innerhalb der Bauzone wieder aufgebaut werden soll. Schliesslich hat der Bund für das vom Regierungsrat bewilligte Vorhaben auch keinen Beitrag zugesichert oder in Aussicht gestellt (Art. 2 Abs. 1 lit. c

B. 8.5

i.V.m. Abs. 2 NHG). Dabei spielt es keine Rolle, dass das Bundesamt für Kultur bereit gewesen wäre, Beiträge zu *anderen* Lösungen zu gewähren (z.B. für die Beschaffung von Ersatzland für die Eigentümer oder zur Deckung der Mehrkosten einer Restaurierung gegenüber einem Neubau): Diese Lösungsansätze wurden vom Kanton nicht weiter verfolgt und waren nicht Gegenstand des regierungsrätlichen Entscheids bzw. des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Handelte der Kanton somit nicht in Erfüllung einer Bundesaufgabe, so war er auch nicht nach Art. 3 NHG zur Erhaltung des Objekts verpflichtet.

f) Gleiches gilt auch für die Erhaltungspflicht nach Art. 6 NHG: Zwar verpflichtet diese Bestimmung die zuständigen Behörden zur ungeschmälernten Erhaltung bzw. grösstmöglichen Schonung von Objekten von nationaler Bedeutung, die in ein Inventar des Bundes aufgenommen worden sind. Diese Verpflichtung knüpft jedoch ebenfalls an die Erfüllung einer Bundesaufgabe an, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang sowie dem Wortlaut von Abs. 2 ergibt (*Jörg Leimbacher*, NHG-Kommentar, N 2 zu Art. 6).

g) Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer auf das internationale Übereinkommen von Granada zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa vom 3. Oktober 1985 (SR 0.440.4), das am 1. Juli 1996 für die Schweiz in Kraft getreten ist. Dieses verlangt den Erlass geeigneter Vorschriften zum Schutz von Baudenkmalern, d.h. von Bauwerken von herausragendem geschichtlichem, archäologischem, künstlerischem, wissenschaftlichem, sozialem oder technischem Interesse (Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen); zudem verpflichtet sich jede Vertragspartei, wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen (Art. 4 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen). Art. 5 verpflichtet die Vertragsparteien darüber hinaus, die vollständige oder teilweise Versetzung eines geschützten Baudenkmals an einem andern Ort zu verbieten, ausser in Fällen, wo die materielle Erhaltung eine Versetzung unumgänglich macht. In einem solchen Fall hat die zuständige Behörde alle erforderlichen Vorkehren für den Abbau, die Überführung und den Wiederaufbau an geeigneter Stelle zu treffen.

Diese Bestimmungen richten sich jedoch nicht an die rechtsanwendenden Behörden, sondern verpflichten die Vertragsstaaten zum Erlass entsprechender Normen, d.h. zur Rechtsetzung. Es handelt sich somit um Gesetzgebungsaufträge und nicht um direkt anwendbare Bestimmungen (so auch Botschaft des Bundesrats vom 26. April 1995 betreffend die Konventionen des Europarats zum Schutz des archäologischen und des baugeschichtlichen Erbes, BBl 1995 III, S. 451, Ziff. 23). Im vorliegenden Fall sind somit die gesetzgebenden Organe des Kantons Schwyz aufgerufen zu prüfen, ob die kantonalen Heimatschutzbestimmungen den Anforderun-

gen des Übereinkommens genügen (vgl. namentlich Art. 4 lit. d Granada-Übereinkommen, wonach die Möglichkeit der Enteignung von geschützten Objekten bestehen muss, sowie das grundsätzliche Versetzungsverbot gemäss Art. 5 des Übereinkommens). Dagegen kann eine kantonale Verfügung nicht unmittelbar wegen Verletzung des Granada-Übereinkommens angefochten werden. Dann aber kann offen bleiben, ob die Verletzung von Staatsvertragsbestimmungen im Bereich des Heimatschutzes (ihre direkte Anwendbarkeit unterstellt) durch kantonale Verfügungen mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht geltend gemacht werden könnte, oder ob hierzu das Rechtsmittel der Staatsvertragsbeschwerde ergriffen werden müsste (Art. 84 Abs. 1 lit. c OG).

3.a) Eine Bundesaufgabe i.S. v. Art. 2 NHG liegt allerdings insofern vor, als die Verfassung (Art. 78 Abs. 3 BV) dem *Bund* eine (subsidiäre) Zuständigkeit zum Schutz von Objekten des Natur- und Heimatschutzes von gesamtschweizerischer Bedeutung einräumt. Die Handlungsmöglichkeiten des Bundes werden in den Art. 15f. NHG konkretisiert. Danach kann der Bund Naturlandschaften, geschichtliche Stätten oder Natur- und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung vertraglich oder, wenn dies nicht möglich ist, auf dem Weg der Enteignung erwerben oder sichern (Art. 15 NHG). Droht einem Objekt von nationaler Bedeutung unmittelbare Gefahr, so können es das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation oder das Eidgenössische Departement des Innern gestützt auf Art. 16 NHG durch befristete Massnahmen unter den Schutz des Bundes stellen und die nötigen Sicherungen zu seiner Erhaltung anordnen (Art. 16 NHG). Beide Artikel sind als «Kann»-Bestimmung formuliert: Es steht grundsätzlich im Ermessen des Bundes, ob und wie er zum Schutz von Kulturdenkmälern von nationaler Bedeutung tätig wird. Dieses Ermessen ist jedoch pflichtgemäss auszuüben und kann sich unter Umständen zu einer Handlungspflicht verdichten, wenn ansonsten der Verlust eines Bauwerks von herausragendem, gesamtschweizerischem Interesse droht (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 12. November 1965 zum NHG, BBl 1965 III, S. 107, wonach der Bund bei unmittelbarer Bedrohung eines Schutzobjekts von nationaler Bedeutung die Rettung des gefährdeten Objekts selbst in die Wege leiten soll, wenn die Bestrebungen des Kantons, der Gemeinden oder privater Vereinigungen, trotz der finanziellen Hilfe des Bundes, nicht innert nützlicher Frist zum Ziele führen). Ergreift der Bund Massnahmen gestützt auf Art. 16 NHG – oder lehnt er die Ergreifung solcher Massnahmen verbindlich ab – liegt eine auf Bundesrecht gestützte Verfügung vor, die grundsätzlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unterliegt (BGE 117 Ib 243 nicht veröffentlichte E. 1a; *Fahrländer*, NHG-Kommentar, Art. 16 N 15) und deshalb auch von den gesamtschweizerischen Organisationen i.S. v. Art. 12 NHG angefochten werden kann.

b) Im vorliegenden Fall richtet sich die Beschwerde jedoch nicht gegen derartige Verfügungen des Bundes, sondern gegen eine kantonale Verfü-

B. 8.5

gung. Soweit der SHS aus dem Art. 15f. NHG eine Handlungspflicht des Bundes ableitet, muss er dies gegenüber den zuständigen Bundesbehörden geltend machen. Der Kanton ist nicht Adressat der genannten Bestimmungen. Er ist lediglich verpflichtet, allfällige Schutzmassnahmen des Bundes gemäss Art. 16 NHG zu respektieren und einen vom Bund gemäss Art. 15 NHG eingeleiteten Erwerb schützenswerter Objekte nicht zu vereiteln.

Aus den vom Bundesamt für Kultur eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass sich der Bund um die Erhaltung des Hauses Nideröst bemühte und zusammen mit den Eigentümern intensiv nach Lösungen suchte, um das Haus an seinem angestammten Platz zu erhalten. Nachdem die Eigentümer eine Restaurierung am jetzigen Standort abgelehnt hatten, bemühte sich das Bundesamt um einen Ersatzstandort in der Nähe des Hinterdorfes von Schwyz, auf dem eine integrale Versetzung des Hauses durchgeführt werden könnte. Bis zuletzt wurde versucht, den Schwyzer Behörden einen Ausweg aufzuzeigen, der es ihnen ermöglicht, das Haus im Schutzinventar zu belassen und der Familie Nideröst dennoch ein Neubauprojekt zu ermöglichen. Dagegen wurden selbständige bundesrechtliche Massnahmen, gestützt auf Art. 15f. NHG, weder angekündigt noch eingeleitet. Hierzu bestand bis zum Entscheid des Regierungsrates auch keine Veranlassung: Erst nach diesem Entscheid stand fest, dass der Kanton Schwyz den integralen Schutz des Hauses an seinem bisherigen Standort nicht gewährleisten werde. Dieser – dem Bundesamt für Kultur zugestellte – Entscheid des Regierungsrates schaffte somit erst die Voraussetzungen für ein selbständiges Tätigwerden des Bundes gemäss Art. 15f. NHG. Der Entscheid vereitelt solche Massnahmen auch nicht.

c) Nach dem Gesagten obliegt es dem Bund zu prüfen, ob und inwiefern Massnahmen zur integralen Erhaltung des Hauses Nideröst als ältestem Wohnhaus im Holzbau in der Schweiz an seinem jetzigen Standort anzuordnen sind. Dagegen gibt es keine Bestimmung des Bundesverwaltungsrechts, die den Kanton Schwyz zur Restaurierung des Hauses an seinem jetzigen Standort verpflichtet. Damit fehlt es an einer bundesverwaltungsrechtlichen Verfügungsgrundlage, die in der Sache die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht ermöglichen würde.

4. Der SHS war somit nicht berechtigt, den Entscheid des Regierungsrates gemäss Art. 12 NHG vor Verwaltungsgericht anzufechten. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher abzuweisen. (...)

9. Enteignungsrecht

9.1 Enteignungsentschädigung

– *Der betroffene Grundeigentümer kann sich im gerichtlichen Verfahren zur Festsetzung der Enteignungsentschädigung für enteignetes Landwirtschaftsland nicht auf den vom Enteigner ursprünglich offerierten «Preiszuschlag für einvernehmliche Regelung» berufen.*

Aus den Erwägungen:

1.d) (...) Was den Kreis der in den Vergleich heranzuziehenden Handänderungen anbelangt, korrespondiert der Umstand, wonach die Schätzungskommission ihre Abklärung auf den Bezirk Y. konzentrierte (...), mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. VGE 1044 und 1049/97 vom 27. Jan. 1999, Erw. 4b, mit Verweis auf ZBI 1998, S. 143, publ. in ZBI 1999, S. 328ff., v.a. S. 338). Es ist auch richtig, die familieninterne Handänderung mit einem «Verwandschaftspreis von Fr. 2.–/m²» hier auszuklammern. Hinsichtlich der im Jahre ... in der Gemeinde X. bezahlten Quadratmeterpreise für Landwirtschaftsland (...) legte die Beklagte dar, dass es sich dabei nicht um Preise handelte, die durch das Spiel von Angebot und Nachfrage (dem Charakteristikum des Verkehrswertes) bestimmt wurden, sondern um Entschädigungen für Landabtretungen im öffentlichen Interesse (Wasserversorgung und Strassenbau) im Vorfeld bzw. anstelle eines Expropriationsverfahrens (...). Soweit aber das Gemeinwesen, um Verzögerungen und eine entsprechende Verteuerung bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben zu vermeiden, einen höheren Landpreis bezahlt, als üblicherweise für Landwirtschaftsland geboten wird, kann ein solcher Preiszuschlag nicht tel quel zum Vergleich herangezogen werden (vgl. Hess/Weibel, Das Enteignungsrecht des Bundes, Bd. I, S. 266, Rz. 86 zu Art. 19, wonach Preise, die der Staat bzw. der Enteigner freihändig oder vergleichsweise bezahlt hat, mitberücksichtigt werden dürfen, solange nicht glaubhaft gemacht wird, dass sie dem Verkehrswert nicht entsprechen, mit Hinweisen, u. a. auf einen BGE vom 3.2.1965 und ZBI 1975, S. 343 = Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich). Wenn das Gemeinwesen beim freihändigen Landerwerb etwas mehr offeriert, als es prognostisch im Enteignungsverfahren mutmasslich zahlen muss, gibt dies jedenfalls dann, wenn der Unterschied nicht ein Mehrfaches ausmacht, keinen Anlass zur Beanstandung (vgl. ZBI 1999, S. 336, Erw. 3d in fine). Denn darin, dass dem betroffenen Grundeigentümer ein gewisser finanzieller Anreiz zur Förderung einer einvernehmlichen Regelung der Landabtretung und Abgeltungsfrage geboten wird, welcher dann entfällt, wenn keine Einigung erzielt werden kann und entsprechende Verfahren (mit damit verbundenen Kosten) nötig werden, ist kein unzulässiges Vorgehen zu erblicken, zumal damit die Erfüllung öffentlicher Aufgaben er-

B. 9.1

leichtert wird. Es ist nicht einzusehen, dass derjenige Grundeigentümer, welcher mit dem Enteigner über die Abgeltung des abzutretenden Landes keine Einigung findet, im anschliessend erforderlichen Verfahren den sogenannten «Preiszuschlag für einvernehmliche Regelung» (zur Vermeidung von langwierigen und teuren Verfahren) ebenfalls für sich beanspruchen könnte. Denn grundsätzlich kann nur derjenige an einem eingesparten Aufwand partizipieren, welcher zur Einsparung von solchem Aufwand Hand geboten hat. Im Übrigen stellt der Umstand, wonach der kooperative Grundeigentümer im Rahmen eines einvernehmlichen Landverkaufes (an einen potentiellen Enteigner) mit einem etwas höheren Preis rechnen kann als derjenige Grundeigentümer, welcher auf die Durchführung der entsprechenden Enteignungsverfahren beharrt, keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes dar (vgl. dazu u.a. BGE 125 I 178, wonach die Rechtsgleichheit verletzt ist, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird).

Zusammenfassend hat das Gericht unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände keinen Anlass, vom Resultat der Schätzungskommission abzuweichen, welche im Ergebnis als massgebende Differenz des Verkehrswertes des betroffenen Grundstückes KTN ... vor und nach der Enteignung insgesamt Fr. (...) veranschlagte. Gegen eine höhere Entschädigung spricht schliesslich die Rechtsprechung in anderen Fällen, in welchen ebenfalls Landwirtschaftsland für Strassenbauvorhaben enteignet wurden (vgl. BVR 1994, S. 268: Fr.17.– pro m² Landwirtschaftsland).

e) Am vorliegenden Ergebnis, wonach keine höhere Enteignungsentuschädigung für die betroffenen ... m² von KTN ... gerechtfertigt ist, vermögen die Vorbringen des Klägers nichts zu ändern. Unbehelflich ist zunächst der Einwand, es seien nur solche Vergleichspreise zu berücksichtigen, welche in der Gemeinde X. erzielt wurden. Denn eine Einschränkung des Vergleichs auf das Gemeindegebiet hätte zur Folge, dass in vielen (kleinen) Gemeinden die statistische Methode mangels genügender Vergleichsfälle kaum je angewendet werden könnte (vgl. ZBl 1998, S. 143). Ein Einbezug von aus Nachbargemeinden stammenden Vergleichspreisen bewirkt grundsätzlich ein repräsentativeres Ergebnis, zumal es hier um Landwirtschaftsland geht und Landwirtsbetriebe nicht an Gemeindegrenzen gebunden sind, mithin Landwirte nicht selten auch (Pacht)Land in Nachbargemeinden bewirtschaften.

(...) Dass der vorliegende Preiszuschlag für den freihändigen Landerwerb nur von Grundeigentümern beansprucht werden kann, welche sich mit der Beklagten einigten, wurde bereits dargelegt und gibt keinen Anlass zur Beanstandung. In diesem Zusammenhang legte die Beklagte in der Duplik (Ziff. 9) überzeugend dar, dass der dargelegte Preiszuschlag auch durch § 6 der kantonalen Verordnung über den Finanzhaushalt untermauert wird. Darnach ist für jedes Vorhaben jene Variante zu wählen, die bei gegebener Zielsetzung die wirtschaftlich günstigste Lösung ge-

währleistet. Dieses Gebot der Wirtschaftlichkeit der Haushaltführung beinhaltet die Befugnis des Gemeinwesens, im Hinblick auf die Realisierung öffentlicher Werke Anreize, auch finanzieller Natur, für die freihändige Abtretung benötigter dinglicher Rechte zu schaffen. Dabei ist der Bemerkung der Beklagten beizupflichten, wonach dann, wenn im Enteignungs- und Entschädigungsverfahren immer mindestens derjenige Preis erzielt würde wie bei einer vorzeitigen, freihändigen Veräusserung, bzw. mit anderen Worten dem enteignenden Gemeinwesen im Vorverfahren nicht ein gewisser finanzieller Spielraum zustünde, ein betroffener Grundeigentümer wenig Veranlassung hätte, sein Land freihändig und vorzeitig zu verkaufen. Dass damit die im öffentlichen Interesse stehende Realisierung öffentlicher Werke regelmässig erschwert bzw. verzögert würde (mit entsprechenden Verteuerungen), bedarf keiner zusätzlicher Begründung. Mithin kann es im Hinblick auf die Forderung nach Wirtschaftlichkeit der Haushaltführung der Gemeinwesen geboten sein, je nach den Umständen für einen Freihandverkauf einen Zuschlag zu bezahlen. Bei der Frage der Angemessenheit solcher Zuschläge ist u.a. zu unterscheiden, ob kleine oder grosse Landflächen abzutreten sind. Jedenfalls dann, wenn es wie hier um einen Wieslandstreifen für eine Strassenverbreiterung bzw. Erstellung eines Trottoirs geht, ist die Frage der Angemessenheit eines solchen Zuschlages nicht nach dem Prozentsatz (d.h. wieviel Prozent der Zuschlag vom Verkehrswert ausmacht), sondern in absoluten Zahlen zu beurteilen. (...).

(VGE 1029/00 vom 30. März 2001).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Arbeitsvergebung

- *Regierungsrätlicher Beschwerdeentscheid (§ 22 Abs. 1 SubmV, SRSZ 430.110).*
- *Kommt die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht zur Anwendung, kann nur die Verletzung des Binnenmarktgesetzes gerügt werden.*
- *Zulässigkeit einer Unternehmervariante.*

Aus den Erwägungen:

1.a) Gemäss § 22 Abs. 1 der kant. Submissionsverordnung (SubmV, SRSZ 430.110) entscheidet der Regierungsrat bei Beschwerden gegen Verfügungen der vergebenden Stelle *endgültig*. Diese Bestimmung ist gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nur dann und insoweit nicht anwendbar, als Bundesrecht oder anderes übergeordnetes Recht

B. 11.1

vom Kanton zwingend eine andere Regelung gebietet (vgl. VGE 1042/00 v. 24. Nov. 2000). Nachdem vorliegend die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) ... nicht zur Anwendung gelangt, stellt sich einzig die Frage, ob das Binnenmarktgesetz (BGBM), dem grundsätzlich alle Beschaffungen unterstellt sind, eine andere Regelung vorsieht. Dies ist insofern der Fall, als dass das kantonale Recht gemäss Art. 9 Abs. 2 BGBM ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorzusehen hat. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist § 22 Abs. 1 SubmV deshalb soweit nicht anwendbar, als es um die Rüge der Verletzung des Binnenmarktgesetzes geht. Mit einem Weiterzug ans Verwaltungsgericht kann somit nur die *Verletzung des Binnenmarktgesetzes* gerügt werden (VGE 1042/00 v. 24. Nov. 2000).

Auf die vorliegende Beschwerde ist damit nur insofern einzutreten, als die Verletzung des Binnenmarktgesetzes gerügt wird.

b) Das BGBM bezweckt die Herstellung des Binnenmarktes Schweiz durch den Abbau öffentlich-rechtlicher Wettbewerbshindernisse im kantonalen, kommunalen, aber auch im eidgenössischen Recht. Art. 1 Abs. 2 nennt als Ziele die Erleichterung der beruflichen Mobilität, die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft und die Festigung des wirtschaftlichen Zusammenhaltes der Schweiz (vgl. Cottier/Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP 1995, S. 1584). Das Gesetz beschränkt sich auf die Festlegung zweier für einen Binnenmarkt elementarer Grundsätze: auf denjenigen der Nichtdiskriminierung sowie auf das «Cassis-de-Dijon-Prinzip». Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bedeutet im Wesentlichen, dass der Marktzugang für Ortsfremde mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht einfach deshalb beschränkt werden kann, weil sie ortsfremd sind. Das «Cassis-de-Dijon-Prinzip» legt die Vermutung fest, dass die kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung der unter den Schutz der Handels- und Gewerbebefreiheit fallenden Erwerbstätigkeiten gleichwertig sind, so dass derjenige, der in einem Kanton zur Ausübung eines Gewerbes zugelassen worden ist, sein Gewerbe in allen Kantonen ausüben kann. Die weiteren im Gesetz enthaltenen Verpflichtungen sind Ausfluss dieser beiden Grundsätze (vgl. Botschaft zum BGBM, BBl 1995 I, S. 1257).

In Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen regelt Art. 5 Abs. 1 BGBM, dass sich dieses nach kantonalem oder interkantonaalem Recht richtet. Diese kantonalen und interkantonalen Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Art. 3 Abs. 1 BGBM regelt als Grundsatz, dass für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter der freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt wird, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen uner-

lässlich sind und sie verhältnismässig sind. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM haben Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen.

Gemäss früherer bundesgerichtlicher Rechtsprechung fand das Binnenmarktgesetz keine Anwendung auf innerkantonale Regelungen, welche weder rechtlich noch faktisch ausserkantonale Anbieter diskriminierten, auch wenn sie einen Wettbewerbsnachteil für innerkantonale Anbieter gegenüber ausserkantonalen Konkurrenten zur Folge haben konnten (BGE 125 I 282). Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung geändert. Danach gilt das Binnenmarktgesetz auch für ortsansässige Anbieter uneingeschränkt (BGE 125 I 406ff.). Es steht somit auch den innerkantonalen Wettbewerbsteilnehmern derselbe Rechtsschutz zu nach BGBM wie den ausserkantonalen Anbietern.

Für das vorliegende Verfahren ergibt sich daraus, dass sich die Beschwerdeführerin als ortsansässige Anbieterin ebenfalls auf den Rechtsschutz nach Art. 9 Abs. 2 BGBM stützen kann, soweit sie sich auf das Binnenmarktgesetz beruft. Es ist als nächstes zu überprüfen, ob im konkreten Fall eine relevante Verletzung des Binnenmarktgesetzes vorliegt.

- c) Der Regierungsrat begründet die Aufhebung der Vergabung der Bodenbelagsarbeiten in der Ausführung ... insbesondere damit,
- dass das für den Bodenbelag zu verwendende Produkt in der Ausschreibung vorgegeben worden sei (Kork oder Kautschuk) und dass ein Bodenbelag in Textil (...) nicht unter den Begriff einer zulässigen Variante im Sinne von § 7 Abs. 3 SubmV falle,
 - dass unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebotes nur solche Unternehmensvarianten zugelassen werden könnten, die die vom Besteller festgelegten Mindestanforderungen erfüllten, was beim offerierten Textilbelag im Vergleich zu Kork oder Kautschuk nicht der Fall sei (insbesondere in Bezug auf Pflege, Abnutzung und Erscheinung),
 - dass die zwingende Berücksichtigung eines Angebotes mit einem «Billigprodukt» als Variante dazu führen würde, dass nicht mehr die Behörde sondern der Anbieter den Standard des Ausbaus von öffentlichen Werken bestimmen könnte, was der demokratischen Grundordnung widerspreche,
 - und dass – wenn es sich bei der Ausführung in ... tatsächlich um das wirtschaftlich günstigste Angebot gehandelt hätte – die Gemeindebehörde die gesamten Bodenbelagsarbeiten in dieser Ausführung hätte vergeben müssen (und nicht ein Teil Kork und ein anderer Teil ...).

Es stellt sich die Frage, ob die Weigerung, das Angebot der Beschwerdeführerin als zulässige Unternehmensvariante anzuerkennen, eine un-

B. 11.1

zulässige und diskriminierende Beschränkung des freien Marktzuganges im Sinne des BGBM darstellt. Diese Frage ist zu verneinen. Durch den Ausschluss einer Variante wird vorliegend weder ein ortsfremder oder ortsunkundiger Anbieter vom Markt ausgeschlossen, noch wird die Ausübung eines Gewerbes oder eine Tätigkeit verhindert oder erschwert, welche in anderen Kantonen zulässig sind. Auch liegt keine Benachteiligung eines ortsansässigen Anbieters gegenüber einem ausserkantonalen oder ausserkommunalen Anbieter durch ungleiche Anwendung von Marktbeschränkungen vor. Rechtsmängel bei der Ausschreibung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGBM sind ebenfalls nicht umstritten. Der Streitpunkt betrifft den Problemkreis der Submissionskonformität von Unternehmervarianten. Eine Inländerdiskriminierung liegt demgegenüber nicht vor.

Nachdem eine Verletzung des Binnenmarktgesetzes nicht ersichtlich ist und auch nicht geltend gemacht wird, ist die Beschwerde abzuweisen.

2. Selbst wenn die Überprüfungszuständigkeit im Rahmen von Art. 9 BGBM umfassender wäre, müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

a) Das kantonale Recht sieht in § 7 Abs. 3 1. Satz SubmV vor, dass das Leistungsverzeichnis vom Bewerber nicht abgeändert werden darf. Aus Satz 2 der Bestimmung kann jedoch abgeleitet werden, dass Unternehmervarianten zulässig sind. Danach hat der Bewerber, wenn er Vorschläge für eine zweckmässigere oder vorteilhaftere Ausführungsart unterbreiten will, dies in Form von separaten Varianten zu tun.

Im Konkordats- und Vollzugsrecht ist der Begriff «Variante» bzw. «Unternehmervariante» nicht definiert. In der Praxis sind die beiden häufigsten Erscheinungsformen die Projektvariante (Werkausführung wird in einer Projektierung offeriert, welche von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht) und die Ausführungsvariante (die Art und Weise der Ausführung unterscheidet sich von den Ausschreibungsunterlagen, z.B. nach Baumethode, Konstruktionsart, Reihenfolge der Arbeiten etc.). Vielfach treten auch Mischformen auf (VGE 1005/01 v. 29. Mai 2001, Erw. 2c m.H.).

Die dargelegte Umschreibung des Variantenbegriffs geht davon aus, dass der Anbieter einer Variante einen innovativen und eigenständigen Vorschlag unterbreitet und dass er entweder seine besonderen Fachkenntnisse bereits in die Projektierung einbringt oder bei der Ausführung durch eine andere Konstruktion, Methode oder andere Arbeitsvorgänge ein vorteilhafteres Angebot machen kann (vgl. Hürlimann, Unternehmervarianten, BR 96, S. 3). Je mehr es an einem innovativen Element mangelt, desto weniger kann von einer Variante im oben dargelegten Sinn ausgegangen werden; die Variante bezieht sich dann weniger auf die Leistung als auf den Preis. Eine Abweichung der Preisart von den Bedingungen der Ausschreibung stellt jedoch keine submissionsrechtlich zulässige Variante dar (vgl. Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes 1999, Rz 19.1).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass es der Variante an einem innovativen Element weitgehend fehle. Vorgeschlagen wird ein anderes, günstigeres Produkt, welches grundsätzlich auch von den anderen Anbietern in gleicher oder ähnlicher Ausführung geliefert werden kann. Die Beschwerdeführerin hat nicht etwas Neues oder zumindest teilweise eigenständig Erarbeitetes angeboten. Ihr Angebot bezieht sich weder auf eine Projektvariante noch wird eine andere Konstruktion, Methode oder ein anderer Arbeitsvorgang vorgeschlagen. Von daher ist bei der Anerkennung des Angebots als Variante äusserste Zurückhaltung geboten.

b) Im Weiteren gilt zu beachten, dass das zu verwendende Material in der Ausschreibung vorgegeben wurde: Kork und als Variante Kautschuk. Auch wenn im Angebotsformular in Ziff. 330 die Unternehmervariante erwähnt wird, durften die Anbieter grundsätzlich nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass für die Bauherrin als Variante nur Kautschuk in Frage kommt. Die konkreten Vorgaben in der Ausschreibung gehen in diesem Sinne den allgemein gehaltenen Bestimmungen im Angebotsformular vor. Wird dann dennoch eine andere Ausführung zugelassen, widerspricht dies dem Grundsatz der Transparenz. Die Beschwerdegegner weisen damit zu Recht darauf hin, dass sie nicht davon ausgehen konnten, ein Textilbelag würde als Variante in Betracht fallen, nachdem ausdrücklich nur Kork und als Variante Kautschuk in der Ausschreibung verlangt wurden.

c) Eine Variante muss dem Amtsvorschlag grundsätzlich gleichwertig sein, wobei die Gleichwertigkeit vom Anbieter zu beweisen ist (vgl. BR 2/00, S. 62, Nr. 28). Auch wenn der angebotene textile Bodenbelag qualitativ ein hochstehendes Produkt darstellt – was vorliegend jedoch nicht abschliessend beurteilt werden muss – so ändert dies nichts daran, dass er sich von einem Kork- oder Kautschukboden in Bezug auf Konsistenz, Pflege und Aussehen und wohl auch in Bezug auf die Lebensdauer in relevanter Weise unterscheidet. Gleich lange Garantiefrieten sind nicht gleichbedeutend mit gleich langer Lebensdauer. Dass der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene textile Belag eine gleich lange Lebensdauer wie Kork- und Kautschukböden – deren Langlebigkeit im Vergleich zu textilen Belägen allgemein bekannt ist – aufweist, konnte von der Beschwerdeführerin nicht bewiesen werden. Die Möglichkeit zur Nassreinigung und Desinfektion bedeutet noch nicht, dass Schmutzstellen auf einem textilen Belag so einfach wie auf einem Kork- oder Kautschukbelag entfernt werden können. Während bei Kork oder Kautschuk schnelles Aufwischen mit einem feuchten Tuch bei fast allen Fleckenarten genügt, ist beim offerierten textilen Belag doch regelmässig eine kompliziertere Reinigung (mit Bürste) erforderlich (vgl. Bf-act. 7, S. 55). Letztendlich muss auch ein unterschiedliches Erscheinungsbild bei der Prüfung der Frage, ob eine zulässige Variante oder ein von der Ausschreibung abwei-

B. 11.2

chendes Angebot vorliegt, mitberücksichtigt werden. Andernfalls läge es an den Offerenten zu bestimmen, welches Aussehen öffentlichen Bauten zukommt, worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist. Werden beispielsweise Wandbekleidungen in Textil ausgeschrieben, so kann von den Offerenten der Bestellerin sicherlich kein simpler Anstrich aufgezwungen werden, nur weil diese Oberflächenausstattung billiger käme.

Die Vorinstanz musste in Berücksichtigung sämtlicher oberwählter Umstände nicht von einer die vorgegebenen Mindestanforderungen erfüllenden und submissionsrechtlich zulässigen Unternehmervariante ausgehen. Es ist deshalb – auch in Berücksichtigung des ihr bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen zukommenden Entscheidungsspielraums, welcher vom Verwaltungsgericht praxisgemäss zurückhaltend überprüft wird – nicht zu beanstanden, dass sie die von der Beschwerdeführerin unterbreitete Variante vom Wettbewerb ausgeschlossen hat. (VGE 1021/01 vom 28. September 2001).

11.2 Arbeitsvergebung

- *Zusatzrabatt.*
- *Unzulässig, wenn suspensiv-bedingt, d.h. für den Fall eines weiteren Zuschlages für eine andere, separat ausgeschriebene Arbeit in Aussicht gestellt.*

Aus den Erwägungen:

1. Der Kanton Schwyz hat sich bei der Anpassung an übergeordnetes Submissionsrecht einstweilen für ein «zweigleisiges Vorgehen» entschieden. Bei der Einleitung des Verfahrens ist zu entscheiden, ob das Gatt-Übereinkommen zur Anwendung gelangt oder nicht. Im ersten Fall kommt das Konkordatsrecht (IVöB) zum Tragen, ansonsten das bisherige kantonale Submissionsrecht (EGV-SZ 1999, Nr. 17, lit. g, S. 57). Das Baudepartement hat die hier angefochtene Arbeitsvergabe gestützt auf die interkantonale Vereinbarung für das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SRSZ 430.120) ausgeschrieben (ABI-SZ 2000, S. 1491ff.).

2. Umstritten ist, ob die Vorinstanz den von der Beschwerdegegnerin offerierten Zusatzrabatt von 5% für den Fall, dass sie die inneren Malerarbeiten ebenfalls zugeschlagen erhält, akzeptieren durfte, womit das Angebot der Beschwerdegegnerin anstelle desjenigen der Beschwerdeführerin zum Preisgünstigsten vorrückte. Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Zusatzrabatt mit dem Umstand, dass verschiedene Arbeiten Hand in Hand gehen würden (z.B. Decke–Wand, Holzwerk–Wand, Fenster–Wand; Vi-act. 5).

a) Die Vorinstanz bezeichnet den offerierten Zusatzrabatt in den aktenkundigen Offertzusammenstellungen sowie im angefochtenen Vergabeentscheid als «Unternehmerangebot» (Vi-act. 3,4,9). In der Beschwerdevernehmlassung vom 9. März 2001 ist von «Unternehmervariante» die Rede, die formell und materiell die Voraussetzungen von § 11 SubmV erfülle, so dass nicht noch eine vollständige separate Offerte als Unternehmervariante allein für diesen Rabattsatz notwendig gewesen wäre. § 11 SubmV hält fest, Rabatte, Skonti und sonstige Vergünstigungen müssen im Angebot enthalten sein oder spätestens bis zum Eingabetermin der Bewerbung schriftlich eingereicht werden. Nachträgliche Preisnachlässe sind nicht gestattet.

b) Gemäss § 13 Abs. 3 lit. c VVzIVöB enthält die Ausschreibung u. a. Angaben über «Gegenstand und Umfang des Auftrages, Information über Varianten und Daueraufträge, Zeitpunkt der Ausschreibung und Nebenarbeiten». § 14 Abs. 1 lit. d VVzIVöB verlangt als Mindestinhalt bei den Ausschreibungsunterlagen unter anderem Angaben über «besondere Bedingungen betreffend Varianten, Teilangebote und Bildung von Losen».

In der Ausschreibung wird auf besondere Bedingungen betreffend Varianten kein Bezug genommen (...). In den Offertunterlagen befindet sich auf dem Deckblatt eine Querspalte, bei der man anzeichnen musste, ob eine Gesamtofferte und eine Unternehmervariante (als sep. Zusammenstellung zur Gesamtofferte) eingereicht wird. Auf Seite 8 der Offertunterlagen wird unter Ziffer 2 «Ausschreibungsunterlagen» u. a. ausgeführt: «Bei möglichen Varianten im Leistungsverzeichnis, bzw. Offertext, ist deren Total nicht in die Gesamtkalkulation miteinzubeziehen». Des Weiteren: «Unternehmervarianten: Die Einreichung einer Unternehmervariante ist nur zusammen mit einem vollständigen Angebot für die ausgeschriebene Aufgabe (Angebot gemäss vorliegendem Leistungsverzeichnis) zugelassen. Die Unternehmervarianten als separate Beilage zur Originalofferte müssen alle Angaben enthalten, die zur technischen und finanziellen Beurteilung des Angebotes erforderlich sind, insbesondere das Leistungsverzeichnis der Variante mit den Angaben über unverändert übernommene Positionen sowie geänderte oder neue Positionen.» Weiter hinten auf Seite 16 unter «Allgemeine Informationen und Bedingungen zum Bauprojekt» wird in Ziffer 1.13 festgehalten: «Die (recte: Der) Bauherr behält sich vor, die Arbeiten gesamthaft an einen einzigen Unternehmer oder getrennt in Lose an mehrere Bewerber zu vergeben. Die Einheitspreise bleiben sich in letzterem Falle (recte: Falle) gleich». Damit wird zu Gunsten der Bauherrschaft die Aufteilung einer konkret ausgeschriebenen Arbeit unter Beibehaltung der Einheitspreise ermöglicht (vgl. hiezu § 17 SubmV). Nicht gemeint ist damit aber eine preisliche Verknüpfung getrennt ausgeschriebener Arbeitsgattungen im Rahmen der Offertstellung, zumal das Baudepartement in der Ausschreibung Wert darauf legte, dass die Offerten für verschiedene Arbeitsgattungen auch getrennt eingereicht werden (vgl. oben Ingress lit. A).

B. 11.2

Die Beschwerdegegnerin selbst bezeichnete ihren offerierten Zusatzrabatt nicht als Unternehmervariante.

c) Im Konkordats- und Vollzugsrecht ist der Begriff «Variante» bzw. «Unternehmervariante» nicht definiert. In der Praxis sind die beiden häufigsten Erscheinungsformen die Projektvariante (Werkausführung wird mit einer Projektierung offeriert, welche von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht) und die Ausführungsvariante (die Art und Weise der Ausführung unterscheidet sich von den Ausschreibungsunterlagen, z.B. nach Baumethode, Konstruktionsart, Reihenfolge der Arbeiten etc.). Vielfach treten auch Mischformen auf. Keine Unternehmervariante liegt vor, wenn eine andere Vergütungsart (z.B. Pauschal- statt Einheitspreise) offeriert wird (vgl. R. Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, in BR 1996, S. 3f.; vgl. auch BR 1999, S. 58, Nr. S13).

d) Im vorliegenden Fall weicht die Beschwerdegegnerin nicht von den Ausschreibungsunterlagen betreffend die hier umstrittene Arbeitsgattung BKP 282.6 (Wandbekleidungen aus Textil/Tapezierarbeiten) ab. Eine Unternehmervariante – auf welche sich die Beschwerdegegnerin denn auch nicht beruft – ist in der Offerierung des Zusatzrabattes nicht zu erkennen. Mit der Begründung des Zusatzrabattes weist die Beschwerdegegnerin auf entstehende Synergien hin, wenn sie sowohl die inneren Malerarbeiten wie auch die Tapezierarbeiten ausführen kann (auch vermag ein höheres Auftragsvolumen wohl grössere Preisnachlässe zu begründen). Dieses Erkenntnis konnte der ausschreibenden Fachbehörde indes nicht verborgen sein, als sie sich entschied, die beiden Arbeitsgattungen separat auszuschreiben. An diesem eingeschlagenen Weg ist im Vergabeverfahren festzuhalten, ansonsten die Gebote der Gleichheit und der Transparenz verletzt würden (Art. 1 Abs. 2 lit. b und c, Art. 11 lit. a IVöB). Zumindest hätte in den Ausschreibungsunterlagen die Zulässigkeit eines Zusatzrabattes für den Fall der Vergabe verschiedener Arbeitsgattungen an den gleichen Unternehmer ausdrücklich erwähnt werden müssen, damit den erwähnten Geboten entsprochen worden wäre (vgl. Lang, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBl 2000, S. 247, Ziff. 2e contrario). Dies war nicht der Fall, weshalb die Vorinstanz in unzulässiger Weise den Zusatzrabatt akzeptierte. Abgesehen davon erscheint ein Rabatt, der von einem ausserhalb des vorliegenden Vergabeverfahrens liegenden Ereignis abhängig gemacht wird (in casu Zuschlag einer anderen, weiteren Arbeitsgattung), als fraglich, weil er im Ergebnis einer nachträglichen Rabattgewährung zumindest ähnlich ist (Verbot von Abgebotsrunden, Art. 11 lit. c IVöB).

e) Darf der suspensiv bedingte Zusatzrabatt nicht akzeptiert werden, so ist deswegen die Offerte nicht vom Wettbewerb auszuschliessen. Die Offerte verbleibt vielmehr mit dem bedingungslos zugestandenen (bereinigten) Offertpreis von Fr. ... im Wettbewerb. Durch den unzulässigen Zu-

satzrabatt wird das Angebot als solches nicht zu einem bedingten noch zu einem unvollständigen (über den Umgang mit unvollständigen Offerten in der Praxis siehe ZBI 2001, S. 222, Bemerkungen der Redaktion). (VGE 1005/01 vom 29. Mai 2001).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Führerausweisentzug

- *Sicherungsentzug ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs (Erw. 1).*
- *Zur Bedeutung und zum Beweiswert von medizinischen Assistentengutachten, die nicht unter Strafandrohung ergingen (Erw. 3).*
- *Zur Bedeutung der Alkoholismus-Marker (Erw. 4, v. a. lit. c und d).*

Aus den Erwägungen:

1.a) In der Beschwerde wird gerügt, es sei das rechtliche Gehör verletzt worden, indem die angefochtene Sicherungsentzugsverfügung ergangen sei, ohne dass die Beschwerdeführerin zuvor in die Akten habe Einsicht und zur drohenden Massnahme habe Stellung nehmen können.

b) Die Vorinstanz anerkennt, dass die angefochtene Verfügung ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs ergangen ist. Sie argumentiert indessen, bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 23 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) handle es sich lediglich um eine Kannvorschrift. Es könne davon Umgang genommen werden, wenn – wie hier – die Sicherheit des Strassenverkehrs im Vordergrund stehe.

c) Art. 23 Abs. 1 Satz 2 SVG hält fest: «Vor dem Entzug des Führerausweises oder der Auflage eines Fahrverbotes *ist* der Betroffene in der Regel anzuhören». In Art. 35 Abs. 1 der Verkehrszulassungsverordnung (VZV) wird dieser Grundsatz noch dahingehend präzisiert, dass vor der Verfügung eines Führerausweisentzuges oder einer Verwarnung die Entzugsbehörde dem Betroffenen neben der Befragung anlässlich einer allfälligen polizeilichen Tatbestandesaufnahme Gelegenheit zu geben hat, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zur Massnahme mündlich oder schriftlich zu äussern. Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, soweit wichtige öffentliche oder schutzwürdige private Interessen es erfordern. Die Meinung, es handle sich bei der GehörsGewährung im SVG-Administrativverfahren um eine Kannvorschrift, deren Anwendung im Ermessen der Entzugsbehörde liege, ist unzutreffend. Abgesehen davon, dass schon der Wortlaut von Art. 23 SVG diese Interpre-

B. 12.1

tation nicht zulässt (*ist ... anzuhören*), gehört der Anspruch auf rechtliches Gehör zu den von der Bundesverfassung ausdrücklich gewährleisteten Grundrechten (Art. 29 Ziff. 2 BV). Der Umfang des Anspruches auf rechtliches Gehör hängt grundsätzlich von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab. Je grösser die Gefahr einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen ist und je bedeutsamer diese sind, desto umfassender ist das rechtliche Gehör zu gewähren (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Rz. 1310). Wird ein Führerausweisentzug, insbesondere ein unbefristeter Sicherungsentzug mit einer mindestens einjährigen Probezeit, ausgesprochen, ist die Betroffenheit der Verfügungsadressatin gross; dementsprechend bedeutungsvoll ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Die Formulierung «in der Regel» besagt nicht, dass die Gehörgewährung als Kannvorschrift zu verstehen ist. Vielmehr gibt es Fälle, wo infolge Dringlichkeit oder fehlender Handlungsfähigkeit die Gehörgewährung nicht sofort gewährt werden kann. Diesfalls kann eine sofortige vorsorgliche Massnahme angeordnet und die Gehörgewährung im Rahmen des ordentlichen Verfahrens nachgeholt werden (vgl. § 23 Abs. 2 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege; Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, Rz. 2712).

d) Wurde durch eine untergeordnete Instanz der Gehörsanspruch verletzt, so kann dieser Mangel geheilt werden, sofern die obere Instanz die Partei anhört. Dies gilt allerdings nur, sofern der oberen Instanz freie Prüfung zusteht, d.h., wenn diese den Sachverhalt in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht frei prüfen kann (A. Haefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, S. 133; VGE 184/95 v. 28.2.1996, Erw. 1d, Prot. 205 mit zahlreichen Hinweisen; U. Zimmerli, Zum rechtlichen Gehör in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in Festschrift 75 Jahre EVG, S. 321 und 332, wobei dieser Autor bei der Heilung von Gehörsverletzungen Zurückhaltung für geboten hält; ebenso BGE 121 V 150ff. bes. 156). Nachdem vorliegend dem Verwaltungsgericht umfassende Kognition, inklusive der Prüfung der richtigen Handhabung des Ermessens, zukommt (vgl. § 55 Abs. 2 VRP) und der Vertreter der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung über die fraglichen Urkunden verfügte und ihm unter Zustellung der vorinstanzlichen Akten das Replikrecht eingeräumt worden ist, ist vorliegend der Mangel der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt worden.

2.a) Der Führerausweis wird gemäss Art. 17^{1bis} SVG auf unbestimmte Zeit entzogen, wenn der Führer wegen Trunksucht oder anderer Suchtkrankheiten nicht geeignet ist, ein Motorfahrzeug zu führen. Mit dem Entzug wird eine Probezeit von mindestens einem Jahr verbunden.

b) Der Beschwerdeführerin musste dreimal der Führerausweis entzogen werden, weil sie in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug gelenkt hatte. Ein erstes Mal für drei Monate im Jahre 1984, ein zweites Mal

für 21 Monate 1987 (2.1%) und ein drittes Mal (Sicherungszug auf unbestimmte Zeit) im Jahre 1996 (2.9%). Gestützt auf beigezogene Gutachten und Berichte hat das Amt für Administrativmassnahmen im Strassenverkehr des Kantons Zürich der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 5. Juni 1997 den Führerausweis wieder erteilt unter der Auflage, dass sie sich gänzlich des Alkohols zu enthalten habe, wobei sie dies durch regelmässige Bestimmung der Laborwerte nachzuweisen habe (act. VI 2). Mit Verfügung vom 22. Mai 1998 beliess das Strassenverkehrsamt der Beschwerdeführerin den Führerausweis unter folgenden verkehrsmedizinischen Auflagen:

- «– Nachweis der Alkohol-Totalabstinenz durch regelmässige ärztliche und/oder fürsorgliche Kontrollen gemäss Merkblatt
- Regelmässige Bestimmung der Laborwerte (Alkoholismus-Marker)
- Einsenden des beiliegenden Zeugnisses in einem halben Jahr. ...» (act. VI 3)

Am 25. November 1998 und am 15. Juli 1999 erliess das Strassenverkehrsamt Zürich eine jeweils analoge Verfügung. Nachdem es das ärztliche Zeugnis von (...) vom 16.2.2000 nicht erlaubte, die Fahreignung definitiv zu beurteilen (die Beschwerdeführerin hatte die Auflage der Alkohol-Totalabstinenz nicht eingehalten) gab das Strassenverkehrsamt Zürich eine verkehrsmedizinische Begutachtung beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM) in Auftrag. Die Ärzte des IRM ..., Assistenzarzt und Dr. ..., Fachärztin für Rechtsmedizin, Abteilungsleiterin, kamen nach sorgfältiger Erhebung der Anamnese und nach Beizug verschiedener Berichte (...) in ihrem Gutachten vom 26. Juli 2000 zum Schluss, aus verkehrsmedizinischer Sicht könne unter besonderer Gewichtung des verkehrspsychologischen Gutachtens die Fahreignung der Beschwerdeführerin im Sinne einer letzten Chancengewährung weiter befürwortet werden. Es sollten jedoch die folgenden Auflagen strikte eingehalten werden:

- «– Monatliche Kontrolle der Laborparameter CDT, Gamma-GT, GPT, GOT und MCV gemäss Merkblatt bei Alkoholgefährdung
- Alkoholfahrabstinenz
- Regelmässige Teilnahme an den suchttherapeutischen Gruppensitzungen
- Regelmässige Kontrolle und Behandlung der psychischen Erkrankung nach Ermessen des behandelnden Arztes und striktes Befolgen der ärztlichen Weisungen.» (act. VI 6b)

Daraufhin verfügte das Strassenverkehrsamt Zürich am 27. Juli 2000 gegenüber der Beschwerdeführerin:

- «– Das Führen von Motorfahrzeugen ist Ihnen unter jeglichem Alkoholeinfluss untersagt.
- Regelmässige Kontrolle und Behandlung der psychischen Erkrankung nach ärztlichem Ermessen und striktes Befolgen der ärztlichen Weisungen.
- Monatliche Bestimmung der Laborwerte (CDT, Gamma-GT, GPT, GOT und MCV) gemäss Merkblatt bei Alkoholgefährdung.

B. 12.1

- Regelmässige Teilnahme an den suchttherapeutischen Gruppensitzungen.
- Einsenden des beiliegenden Zeugnisses in einem halben Jahr. Zusätzlich ist ein ärztlicher Bericht, welcher über die Psyche Auskunft gibt, beizulegen. ...»
(act. Bf 3)

c) Am 24. April 2001 teilte das Strassenverkehrsamt der Beschwerdeführerin mit, das eingereichte Zeugnis erlaube es dem Institut für Rechtsmedizin nicht, die Fahreignung schlüssig zu beurteilen, weshalb sie sich einer verkehrsmedizinischen Besprechung der aktuellen Situation zu unterziehen habe. Am 8. Mai 2001 wurde die Beschwerdeführerin im IRM durch die Assistenzärztin ... untersucht, und es wurden die Laborwerte (Alkoholismus-Marker) bestimmt. Das Gutachten des IRM vom 10.7.2001 enthält folgende Beurteilung:

«(...)

Aus verkehrsmedizinischer Sicht ist die Fahreignung von Frau ... aktuell nicht mehr gegeben.

Frau ... soll eine ärztlich kontrollierte Alkoholtotalabstinenz gemäss Merkblatt einhalten. Diese beinhaltet das regelmässige Aufsuchen eines Arztes und/oder einer Fachstelle für Alkoholprobleme, eines Psychiaters oder eines Psychologen sowie die Durchführung von Laborkontrollen mindestens alle 2 Monate, bei denen folgende Werte bestimmt werden: CDT, MCV, Gamma-GT, GOT und GPT.

Nach Einreichen eines diesbezüglichen Zeugnisses in einem Jahr kann die Fahreignung von Frau ... erneut beurteilt werden.»

3.a) Die Beschwerdeführerin wendet gegen das IRM-Gutachten vom 10.7.2001 ein, dieses sei schon in formeller Hinsicht unhaltbar, da nicht erstellt sei, ob die Auftragserteilung ans IRM einen Hinweis auf Art. 307 i.V. mit Art. 309 StGB enthalte. Zudem sei mit Nachdruck zu beanstanden, dass mit der Erstellung der verkehrsmedizinischen Begutachtung eine Assistenzärztin eingesetzt worden sei. Unter einem Gutachten sei aber der Bericht einer Expertin oder eines Experten zu verstehen. Ein Assistenzarzt oder eine Assistenzärztin sei jedoch mangels langjähriger beruflicher Erfahrung nicht Experte und das Visum der wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau Dr. med. ..., auf der letzten Seite mache den assistenzärztlichen Bericht nicht zur Expertise einer erfahrenen Sachverständigen. Eine rechtsgenügende Sachverhaltsermittlung liege nicht vor. Auf den assistenzärztlichen Bericht könne aus diesen formellen Gründen nicht abgestellt werden.

b) Die Leiterin der verkehrsmedizinischen Abteilung des IRM, Dr. med. (...), erklärte auf gerichtliche Anfrage, dass die Tätigkeit ihrer Abteilung fast ausschliesslich aus dem Erstellen von Gutachten bestehe (rund 3500 Gutachten jährlich). Die Assistenzärztin ... arbeite seit einem Jahr beim IRM und habe bis zur Berichtsabgabe (19.12.2001) 424 Gutachten verfasst, wobei die Tätigkeit der Assistenzärztinnen immer unter der Aufsicht einer erfahrenen Ärztin erfolge. Dr. med. ..., unter deren Aufsicht das Gutachten vom 10.7.2001 erstellt wurde, arbeite schon seit 20 Jahren beim IRM. Die Auftragserteilung zur Begutachtung durch die Ver-

kehrsämtler und die Bezirksanwaltschaften erfolge nie unter Hinweis auf § 174 ZPO Zürich bzw. Art. 307 StGB. Hingegen würden alle begutachtenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei der Anstellung ausdrücklich auf diese Vorschriften aufmerksam gemacht.

aa) Ob die fehlende Ermahnung mit Hinweis auf die Straffolgen von StGB Gültigkeitserfordernis ist, damit das IRM-Gutachten Gutachterqualität im Sinne von §§ 143ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung hat, ist fraglich. In strafrechtlicher Hinsicht liegt wohl kein medizinisches Gutachten vor (U. Meyer-Blaser, *Rechtliche Vorgaben an die medizinische Begutachtung in Schaffhauser/Schlauri, Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung*, S. 22). Diese Frage braucht aber vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden; denn auch wenn man das IRM-Gutachten nicht als Gerichtsgutachten qualifiziert, so hat dies nicht zur Folge, dass der Bericht unbeachtlich ist: Diesfalls liegt einfach ein ärztliches Zeugnis bzw. ein ärztlicher Bericht vor, der nicht unter Art. 307, wohl aber unter Art. 318 StGB fällt (Frank/Sträuli/Messmer, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. A., N 1 zu § 173; U. Meyer-Blaser, a.a.O., S. 24b). Einem solchen ärztlichen Bericht kommt rechtsprechungsgemäss bei der Beweiswürdigung nicht das gleiche Gewicht zu wie einem Gerichtsgutachten, indem konkrete Indizien, die gegen die Zuverlässigkeit der von der Vorinstanz angeordneten Expertise genügen, um deren Beweiskraft zu erschüttern (Urteil EVG v. 15.1.2001 in SVR, Heft 1, 2002, UV Nr. 1 mit Hinweisen).

bb) Über den Beweiswert medizinischer Gutachten und Berichte liegt eine reichhaltige Praxis auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts (besonders IVG-, UVG- und KVG-Rechtsprechung) vor. Nach dieser Rechtsprechung, welche sinngemäss auf verkehrsmedizinische Gutachten und Berichte angewandt werden kann, sind alle Beweismittel objektiv zu prüfen, unabhängig davon, von wem sie stammen und auch unabhängig darum, ob es sich um ein Gutachten im strafrechtlichen Sinne oder lediglich um einen Arztbericht handelt. Für den Beweiswert eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden bzw. die Darstellung des Patienten berücksichtigt, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (U. Meyer-Blaser, *Rechtsprechung zum IVG*, S. 230; derselbe a.a.O., S. 23f.). Entscheidend für den Beweiswert eines Gutachtens oder Arztberichtes ist somit der Inhalt des konkreten Dokumentes und nicht die Frage des Renommés des Gutachters. Dementsprechend kann einem Gutachten, das von einer Assistenzärztin verfasst worden ist, nicht allein deswegen die Gutachterqualität oder der Beweiswert abgesprochen werden. Allerdings muss gefordert werden, dass solche Gutachten unter der Aufsicht und Kontrolle eines erfahrenen Arztes erstattet werden, was

B. 12.1

vorliegend der Fall war. Die Frage, welche berufliche Erfahrung und Qualifikation ein medizinischer Gutachter aufweisen muss, kann im Übrigen nicht generell beantwortet werden; sie hängt wesentlich von der Komplexität und dem Grad der Exploration des medizinischen Sachverhalts ab. Verkehrsmedizinische Gutachten werden durch das IRM-Zürich in grosser Zahl erstellt, und die Ärzte und Ärztinnen der verkehrsmedizinischen Abteilung des IRM beschäftigen sich fast ausschliesslich mit dieser Thematik, sodass auch jüngere Ärzte sich rasch und konzentriert Erfahrung auf diesem Spezialgebiet erwerben können.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Person infolge ihres problematischen Umgangs mit Alkohol ein höheres Risiko für die Verkehrsteilnehmenden ist als andere, kommt der Vorgeschichte des Probanden (Anamnese) grosse Bedeutung zu. Dies ergibt sich auch aus der Bundesgerichtspraxis (Abklärung der Trinkgewohnheiten, vgl. BGE 104 Ib 48). Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes wird im Sozialversicherungsbereich generell grosser Wert auf die Frage gelegt, ob er in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist (BGE 125 V 352, Erw. 3a mit Hinweis; BGE v. 12.11.2001, Erw. 1, S. 3). Auch von daher ist die Anamnese bei der Beurteilung ob ein Ausschlussgrund nach Art. 14 Abs. 2b, c bzw. Art. 17 Abs. 1^{bis} SVG vorliegt, von grosser Bedeutung (VGE 886/01 vom 29. November 2001, Erw. 4h, bb).

Bei der Würdigung eines Gutachtens ist vorerst der generelle Grundsatz gemäss § 25 VRP zu beachten, wonach das Verwaltungsgericht die Beweise nach pflichtgemäßem Ermessen würdigt. Das Gericht hat das Gutachten insbesondere mit dem Resultat der Beweisführung zu vergleichen und kann auch seine eigene Fachkenntnis einfließen lassen. In Fachfragen darf das Gericht seine eigene Meinung jedoch nicht ohne triftige Gründe an die Stelle derjenigen der Expertin setzen, verlangt doch das Prozessrecht die Begutachtung gerade dort, wo es zur Beweiserhebung besonderer Kenntnisse bedarf, über die weder das Gericht noch einzelne seiner Mitglieder verfügen (§ 143 ZPO). Von Folgerungen der Sachverständigen darf daher nur abgewichen werden, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernsthaft erschüttern (Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. A., N 2.a zu Art. 270). Der vorliegende IRM-Bericht erfüllt in formeller (strafrechtlicher) Hinsicht die Kriterien eines Gutachtens zwar nicht, in materieller Hinsicht hingegen schon (zur Abgrenzung des Gutachtens vom ärztlichen Bericht in formeller und materieller Hinsicht vgl. Meyer-Blaser, a.a.O., S. 20ff.).

4.a) Aufgrund der Vorgeschichte und der im IRM-Bericht vom 10.7.2001 bzw. 26.7.2000 wiedergegebenen Zusammenfassung der Fachmeinungen ergibt sich:

– Die Beschwerdeführerin ist vorbelastet mit drei FiaZ-Ereignissen in den Jahren 1984, 1987 und 1996, wobei die hohen Blutalkoholkon-

zentrationen bei den beiden letzten Ereignissen auf eine hohe Alkoholgewöhnung schliessen lassen.

- Bei einer IRM-Begutachtung 1996 (...) wurde die Fahreignung verneint.
- In einer zusammenfassenden Begutachtung vom 4.5.2000 gelangt die Verkehrspsychologin Dr. phil. ... zu der folgenden zusammenfassenden Beurteilung:

«Für die Beurteilung der kognitiven und charakterlichen Fahreignung fallen folgende Punkte positiv und negativ ins Gewicht:

Positive Gesichtspunkte:

- Kooperationsbereitschaft in der Untersuchungssituation.
- Aufgabenverständnis schnell und gut.
- Genügende Leistungen in den Bereichen Wahrnehmungsgeschwindigkeit (Impulskontrolle, Konzentrations- und Reaktionsgenauigkeit).
- Einsicht in Fehlverhalten vorhanden.
- Einsicht in Suchtproblematik vorhanden.
- Besuch regelmässiger therapeutischer Sitzungen.
- Realistische Art der Selbstdarstellung im Persönlichkeitsfragebogen.

Negative Gesichtspunkte:

- Leichte Verlangsamung unter hohem Druck.
- Vorliegen eines psychiatrischen Krankheitsbildes (Depression).
- Nichteinhaltung der Alkoholtotalabstinenz trotz Auflage.
- Schwierige Lebenssituation (...).
- Einsatz des Alkohols als Stimmungsaufheller.

Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Der fahrerische Leumund von Frau ... ist durch drei FiaZ-Ereignisse vorbelastet. Frau ... wurde anlässlich einer amtsärztlichen Untersuchung unter der Bedingung, dass sie eine Alkohol-Totalabstinenz einhält, wieder für fahrtauglich erklärt. Da Frau ... den Nachweis der Einhaltung der Alkohol-Totalabstinenz nicht erbringen konnte, wurde sie zu einer amtsärztlichen Untersuchung aufgeboten und eine verkehrspsychologische Abklärung wurde angeordnet.

Die verkehrspsychologische Untersuchung, die am 28.4.2000 durchgeführt wurde, gibt zu folgender Beurteilung Anlass.

Die Leistungen von Frau ... in den kognitiven Leistungstests sprechen für eine gute Leistungsfähigkeit. Frau ... zeigt eine leichte Verlangsamung der Reaktionsfähigkeit unter hoher Belastung. Die Genauigkeit der Reaktionen bleibt aber gewährleistet. Frau ... ist aufgrund ihrer Leistungsfähigkeit durchaus in der Lage ein motorisiertes Fahrzeug gefahrlos führen zu können.

Bezüglich der Gefährdung, dass Frau ... in Zukunft wiederum in alkoholisiertem Zustand ein Fahrzeug führen könnte, ist Folgendes festzuhalten. Frau ... hat ihr Fehlverhalten eingesehen und hat sich mit ihrer Suchtproblematik intensiv auseinandergesetzt. Sie äussert die Bereitschaft, dies auch in Zukunft weiterhin tun zu wollen. Die Schilderung ihres Alkoholkonsums lässt den Schluss zu, dass Alkohol von ihr als Stimmungsaufheller und zur Entspannung eingesetzt wird.

So wie Frau ... sich im Moment darstellt, kann mit einer hohen Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass sie in Zukunft in der Lage sein wird, ihren Alkoholkonsum so zu regulieren, dass die Gefahr gering erscheint, dass sie die Kontrolle verliert und in der Folge trinken und fahren nicht trennen kann. Als Auflage für die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis wäre es aus psychologischer Sicht sinnvoll, dass Frau ... sowohl pe-

B. 12.1

riodisch den Nachweis erbringt, dass sie sich psychiatrischen Kontrolluntersuchungen unterzogen hat als auch, dass sie die suchttherapeutischen Gruppensitzungen regelmässig besucht.»

b) Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin ihr Alkoholproblem soweit unter Kontrolle hat, dass sie Fahren und Trinken sicher und zuverlässig voneinander trennen kann, sind die Laborwerte (Alkoholismus-Marker). Diesbezüglich ergibt sich das folgende Bild:

«Laborkontrollen: Datum CDT (<6%), MCV (82–100 fl), GOT (<36 U/l)
(...)

Jeweils zu diesen Blutentnahmen wurden ebenfalls die GPT- und die Gamma-GT-Werte kontrolliert, die stets normale Werte ergaben.»

c) Zur Bedeutung der Alkoholismus-Marker für die verkehrsmedizinische Beurteilung der Fahrfähigkeit wird in einem Gutachten, welches das Verwaltungsgericht im Verfahren VGE 867/98 vom 18.9.1998 eingeholt hatte, was folgt ausgeführt:

«Wie wir bereits in unserem Gutachten erläutert haben, handelt es sich beim CDT-Wert um einen spezifischen Parameter, der dann ansteigt, wenn die Alkoholfuhr eine für die Gesundheit kritische Grenze von 60 g Alkohol pro Tag über mehrere Wochen übersteigt. (Sibler et al. 1991)

Bei einer derartigen Erhöhung dieses Indikators muss daher mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem deutlich überhöhten Alkoholkonsum ausgegangen werden. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass das CDT im Allgemeinen durch Lebererkrankungen nicht beeinflusst wird...

Des Weiteren zeigen die Laborergebnisse des Probanden ein deutlich erhöhtes MCV sowie ein Absinken der Thrombozyten. Diese Konstellation weist bei entsprechender Vorgeschichte auf eine bereits begonnene alkoholtoxische Blutbildungsstörung hin.

Zum Schluss ist zu erwähnen, dass aufgrund des gemessenen Blutalkoholspiegels von 2,55 Gew.% und der Tatsache, dass Herr ... in der Lage war, seinen PW ohne Unfall lenken zu können, auf eine gewisse Toleranzentwicklung bezüglich Alkohol geschlossen werden kann.

Zusammenfassend kommen wir zum Schluss, dass die entsprechende Laborkonstellation in Verbindung mit den klinischen Befunden mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht in Zusammenhang mit einer vor Jahren durchgemachten Gelbsucht, sondern mit einem Alkoholüberkonsum des Probanden zu sehen ist.»

Die Messung des CDT (Carbohydrate Deficient Transferrin) gilt als alkoholspezifische Methode. Der Test beruht darauf, dass Alkohol die chemische Struktur des Transferrins verändert. Ab einem regelmässigen Konsum von täglich über 60 Gramm Alkohol (60 Gramm Alkohol entspricht ungefähr 3 grossen Flaschen Lagerbier oder einer 7.5-dl-Flasche Wein) gilt die Sensitivität des Tests als nahe bei 100%. Mit GGT (Gamma-Glutamyltranspeptidase), MCV (= Erhebung des mittleren Volumens der roten Blutkörperchen) und CDT werden voneinander unabhängige Parameter gemessen. Oft hilft auch die ärztliche Untersuchung weiter, die durch eine Anhäufung von typischen Merkmalen wie Spider naevi, Palmarerythem, Abdominalglatze usw. den Verdacht auf das Vorliegen eines chronischen Alkoholismus verstärken kann (Siegrist/Kaegi/Ammann, bfu-

Handbuch für den Kurs für wiederholt alkoholauffällige Fahrzeuglenker, S. 5).

d) Wenn in der Beschwerde die Passage in der Expertise des IRM «aus wissenschaftlichen Studien geht hervor, dass bei einem chronischen Alkoholüberkonsum die MCV- sowie die CDT-Werte über der Norm *erhöht sein können* (S. 5 Expertise) die Folgerung gezogen wird, ein klarer Zusammenhang zwischen diesen erhöhten Werten und dem chronischen Überkonsum von Alkohol bestehe offenbar nicht, so ist diese Folgerung unter Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen klar falsch (vgl. auch Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, N. 2113 mit Hinweisen). Im Gutachten wird einleuchtend und nachvollziehbar nachgewiesen, dass im Falle der Beschwerdeführerin die erwähnten Alkoholismuskriterien sich bei Alkoholabstinenz zurückbilden, d.h., dass die konstant über Monate gemessene Erhöhung dieser Werte den Beweis erbringt, dass die Beschwerdeführerin mindestens seit August 2000 über Monate einem regelmässigen Alkoholüberkonsum gefrönt hat. Davon, dass diese Blutwerte in der Expertise als beschränkt aussagekräftig zu qualifizieren seien, kann – entgegen den Behauptungen in der Beschwerde (S. 8/9) – keine Rede sein. Damit ist aber die Prognose der Verkehrspsychologin ... vom 10.5.2000, wonach die Gefahr als gering erscheine, dass die Beschwerdeführerin die Kontrolle verliere und in der Folge trinken und fahren nicht trennen könne, nicht eingetroffen bzw. für den Zeitraum ab August 2000 widerlegt. Die Beschwerdeführerin hat über Monate einen regelmässigen Alkoholüberkonsum betrieben, wobei sie aufgrund der in der Beschwerde (S. 10f.) beschriebenen Lebenssituation während dieser Phase regelmässig Auto fuhr, um vom Wohnort... aus Termine bei der Hausärztin in ..., wöchentlich stattfindende Gespräche im ... und bei Dr. ..., sowie Physiotherapie in ... wahrzunehmen. Darüber hinaus besucht sie mit dem Auto regelmässig (...). Aufgrund dieser Sachlage besteht ein stark erhöhtes Risiko, dass sich die Beschwerdeführerin über längere Phasen alkoholisiert ans Steuer setzt, weshalb die Vorinstanz gestützt auf das Gutachten des IRM die Fahreignung zu Recht verneint und einen Sicherungsentzug ausgesprochen hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

(VGE 901/01 vom 21. Dezember 2001; gegen diesen VGE wurde beim Bundesgericht eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben, welche noch hängig ist).

14. Staatshaftung

14.1 Haftung des Staates für Schäden, welche Ärzte öffentlichrechtlicher Spitäler verursacht haben?

– *Ärztliches Handeln in den Regionalspitälern des Kantons Schwyz stellt keine hoheitliche Verrichtung dar.*

Aus den Erwägungen:

3.a) Das Gemeinwesen haftet für den Schaden, den ein Funktionär in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 3 StHG). Zur Leistung einer Genugtuung ist das Gemeinwesen nur verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der Art. 47 und 49 OR gegeben sind (§ 4 StHG).

b) Fraglich ist, ob die involvierten Ärzte des Regionalspitals ... in Ausübung *hoheitlicher* Verrichtungen gehandelt haben. Im Zusammenhang mit Dienstleistungen musste sich das Gericht noch nie einlässlich mit dem Begriff der hoheitlichen Verrichtung auseinandersetzen. Über eine Staatshaftungsklage wegen gerügten mangelhaften Spitalleistungen hat das Gericht zudem erstmals zu befinden. Wegen des präjudiziellen Charakters ist deshalb eine Beurteilung durch das Gesamtgericht angezeigt.

4.a) Unter der Marginalie «Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellter» bestimmt Art. 61 OR, über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Weg der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen (Abs. 1). Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes (= Art. 41ff. OR) durch kantonale Gesetze nicht geändert werden.

Soweit keine gewerbliche Verrichtung vorliegt und der Kanton für amtliche Verrichtungen keine abweichende Bestimmungen erlassen hat, haftet nur der Beamte oder Funktionär (Verschuldenshaftung), nicht aber das Gemeinwesen (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1 N 39, 49 zu § 20; Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. A., S. 125f.).

b) Der Kanton Schwyz hat am 20. Februar 1970 das Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre (kurz Staatshaftungsgesetz / StHG) erlassen. Anstoss zu diesem Gesetzeserlass gaben Vorstösse im kantonalen Parlament. Der regierungsrätlichen Botschaft vom 27. Mai 1969 (RRB Nr. 1137 vom 27.5.1969) ist zu entnehmen, dass die bisherige Haftungsordnung in den §§ 234f. alt

EGZZGB «völlig veraltet» war und dem «erhöhten Rechtsschutzbedürfnis nicht gerecht» wurde. Der Geschädigte konnte nur den Funktionär belangen, der zudem nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftete (ausser Urkundspersonen). Im neuen Staatshaftungsgesetz hat sich der Kanton für die primäre Kausalhaftung des Staates entschieden. Als eine der Haftungsvoraussetzungen wird ausdrücklich die «Ausübung hoheitlicher Verrichtungen» verlangt (§ 3 StHG). In der Botschaft zuhanden des kantonalen Souveräns (ABI-SZ 1970, S. 382) führte der Regierungsrat wörtlich aus (Hervorhebung nicht im Original): «Mit dieser unmittelbaren Kausalhaftung des Gemeinwesens wird die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers wesentlich verbessert, indem er *vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen geschützt wird.*» Im Weiteren erläuterte der Regierungsrat, ein Funktionär hafte nurmehr unmittelbar gegenüber Dritten, wenn er nicht in Ausübung einer hoheitlichen, sondern einer gewerblichen Tätigkeit den Schaden verursacht habe (Art. 61 Abs. 2 OR). Dies treffe beispielsweise für die Tätigkeit von Angestellten eines auf Gewinn gerichteten kommunalen Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserunternehmens zu (ABI-SZ 1970, S. 383).

c) Der im Gesetz verwendete Begriff «hoheitlich» besagt, dass der Staat gegenüber dem Bürger ein Handeln, Unterlassen oder Dulden vorschreiben oder verbieten kann. Er hat die Möglichkeit, eine solche Anordnung auch durchzusetzen (Blaise Knapp, Die Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Rz 113; vgl. auch Gross, a.a.O., S. 115; Richli, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügbaren Staatshandeln, in AJP 1992, S. 198). Mit «hoheitlich» ist mithin die Eingriffsverwaltung (und die Leistungsverwaltung mit eingriffsähnlichen Wirkungen) angesprochen, auf welche der Regierungsrat in seinen Erläuterungen folgerichtig Bezug nahm (vgl. oben Erw. 4b).

Aufgrund des klaren Wortlautes in § 3 StHG und der im Verwaltungsrecht üblichen Definition des Begriffes «hoheitlich» kann mithin nicht zweifelhaft sein, dass die in Frage stehende spitalärztliche Tätigkeit nicht in Ausübung einer hoheitlichen Verrichtung erfolgte (anders zu entscheiden wäre beispielsweise bei zwangsweise durchsetzbaren seuchenpolizeilichen Massnahmen, fürsorgerischen Freiheitsentzügen etc., vgl. auch Eugen Bucher in ZBJV 2001, S. 772f.). Es bleibt dennoch zu prüfen, ob der Begriff «hoheitlich» im vorliegenden Fall umfassender auszulegen ist.

5.a) Vorab ist zur Kenntnis zu nehmen, dass das Bundesgericht in Zusammenhang mit Art. 61 Abs. 1 OR den Begriff «amtlich» mit «hoheitlich» gleichsetzt, wobei es sich «in der jüngeren und jüngsten Rechtsprechung kaum mehr mit den relevanten Abgrenzungskriterien von Art. 61 OR eingehend auseinander gesetzt» hat (Gross, a.a.O., S. 117). Es führte in BGE 102 II 47 aus, unter gewerblichen Verrichtungen im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR werde die Staatstätigkeit verstanden, die keinen hoheitlichen Charakter trägt (BGE 101 II 183; auch 89 II 271). Die Kran-

B. 14.1

kenbetreuung in öffentlichen Krankenhäusern und namentlich die ärztliche Berufsausübung in öffentlichen Spitälern werde nach herrschender Ansicht nicht den gewerblichen Verrichtungen im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR zugerechnet, sondern als hoheitliche Staatstätigkeit betrachtet, soweit sie durch Ärzte in amtlicher Eigenschaft erfolge (siehe auch BGE 111 II 151, 115 Ib 179).

b) Diese Rechtsprechung blieb und bleibt nicht unbestritten. So vertritt Eugen Bucher in einer jüngsten Urteilsbesprechung kategorisch den Standpunkt, dass Art. 61 Abs. 2 OR ausschliesst, dass die Kantone die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient in öffentlichen Krankenhäusern als hoheitlich erklären und damit dem kantonalen Recht unterstellen dürfen. Er geht mithin von einer gewerblichen Verrichtung (*iure gestio-*nis) aus (ZBJV 2001, Nr. 10, S. 771ff.).

Bereits Prof. E.W. Stark hat in seinem Aufsatz «Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen» (SJZ 1990, S. 1ff.) überzeugend dargelegt, die hoheitlichen Befugnisse würden nur einen Teil der amtlichen Verrichtungen darstellen. Bei ihnen trete der Staat den Privaten als übergeordnetes Rechtssubjekt gegenüber. Er treffe Anordnungen und verlange Unterordnung. Er setze seinen Willen allenfalls mit Gewalt durch. Die Kantone seien im Übrigen kompetent, die Haftpflicht aus nicht-gewerblichen Tätigkeiten durch eigene Normen zu regeln. In einer Fussnote zur letzteren Feststellung führte Stark alsdann wörtlich aus (S. 5, FN 27):

«Das heisst aber nicht, dass die von den Kantonen erlassenen Verantwortlichkeitsgesetze zwangsläufig auch die nicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit umfassen. Dies trifft nicht zu, wenn sie – wie die Kantone Schwyz und Zürich – den Anwendungsbereich ihrer Verantwortlichkeitsgesetze ausdrücklich auf die hoheitliche Tätigkeit beschränken; a.M. BGE 111 II 152.»

Das Bundesgericht – so Stark weiter – habe die gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR als diejenige Staatstätigkeit umschrieben, die keinen hoheitlichen Charakter trage, ohne sich mit den üblichen Umschreibungen der hoheitlichen Tätigkeiten auseinander zu setzen. Wörtlich alsdann (S. 5f.):

«Diese Auffassung ruft Bedenken. Richtig ist es zwar, dass die Krankenbetreuung nicht zu gewerblichen Verrichtungen des Staates gehört. Das leuchtet schon ohne weiteres ein, wenn man die Defizite der öffentlichen Krankenhäuser im Auge hat. Richtig ist ferner, dass die Krankenbetreuung durch angestelltes Personal als amtliche Tätigkeit unter OR 61 I fällt. Unrichtig ist aber, sie als hoheitlich zu bezeichnen und gestützt darauf die Krankenbetreuung in einem öffentlichen Spital auch dort dem kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz zu unterstellen, wo dieses nur die Haftpflicht für hoheitliche Tätigkeit regelt.»

De lege ferenda postuliert Stark, eine vom Privatrecht abweichende Regelung sei nur dort geboten, wo der Staat hoheitliche Gewalt ausübe (S. 9; in diesem Sinne auch der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über

die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts: Art. 43, 43a VE; siehe auch erläuternder Bericht S. 23f.; 67ff.). De lege lata hält Stark fest, dass es den Kantonen anheimgestellt sei, Abweichungen vom Privatrecht für nicht-hoheitliche und nicht-gewerbliche Tätigkeiten festzulegen. Diese könnten «ihre strenge Kausalhaftung des Staates für die von den Beamten in Ausübung ihrer Funktionen verursachten widerrechtlichen Schädigungen auf die hoheitliche Tätigkeit beschränken». Die Kantone Zürich und Schwyz hätten dies getan. Das habe aber nicht zum gewünschten Resultat geführt, weil das Bundesgericht den Begriff «hoheitlich» «extrem extensiv interpretiert» habe (S. 12).

6.a) In der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Staatshaftungsgesetz hat – wie bereits dargelegt (vgl. oben Erw. 3b) – noch keine grundlegende Auseinandersetzung mit dem Kriterium der hoheitlichen Verrichtung stattgefunden.

b) Es ist Prof. Stark grundsätzlich zu folgen, dass der Schwyzer Gesetzgeber aufgrund des klaren Wortlautes die Kausalhaftung auf hoheitliche Tätigkeiten im Sinne der im Verwaltungsrecht üblichen Begriffsverwendung einschränkte, zumal in der Botschaft zuhanden des Stimmvolkes die Staatshaftung ausdrücklich in einen Konnex mit dem Schutz vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen gestellt wurde (vgl. oben Erw. 4b). An der klaren gesetzlichen Regelung vermag der Umstand nichts zu ändern, dass in der erwähnten Botschaft «hoheitlich» nur im Gegensatz zu «gewerblich» und gewerbliche Tätigkeiten vor allem bei auf Gewinn gerichteten kommunalen Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserunternehmen gesehen wurden. Der Verfasser der Botschaft hat sich offenbar mangels aktuellen Beispielen keine Rechenschaft darüber ablegen müssen, dass auch eine defizitäre Leistungsverwaltung Schaden verursachen kann und zudem die Gewinnausrichtung einer Leistungsverwaltung allein für die Abgrenzung zwischen gewerblich – amtlich – hoheitlich kein besonders griffiges Kriterium ist (vgl. BGE 113 II 424ff. = Pra 77 1988, Nr. 109, S. 402ff.: der Betrieb eines kommunalen Schwimmbades wird als gewerbliche Verrichtung qualifiziert; solche Institutionen schreiben bekanntlich regelmässig rote Zahlen). Abgesehen davon nehmen die dem gewerblichen Tätigkeitsbereich zugeordneten Versorgungswerke ebenfalls eine wichtige öffentliche Aufgabe wahr und sind nicht per definitionem und zum vornherein frei von jeglichen eingriffsähnlichen Wirkungen. Die fraglichen Erläuterungen in der Abstimmungsbotschaft sind mithin wenig differenzierend und tiefeschürfend ausgefallen. Sie lassen vermuten, dass beim Gesetzeserlass stillschweigend angenommen wurde, ausserhalb der Eingriffsverwaltung liegende Schadenspotentiale würden sich den gewerblichen Tätigkeiten zuordnen lassen. Die blosser Erwähnung von «hoheitlich» und «gewerblich» in der Abstimmungsbotschaft ist mit anderen Worten nicht als Hinweis zu deuten, dass «hoheitlich» als Synonym für «amtlich» zu verstehen ist.

B. 14.1

c) Der hier von Prof. Stark übernommenen Betrachtungsweise wird – vor allem mit Blick auf die De-lege-ferenda-Überlegungen – im Wesentlichen vorgehalten, der privatrechtliche Ansatz verkenne, dass die Verantwortlichkeit des Staates bzw. der Staatsorgane ein Wesensmerkmal rechtsstaatlicher Organisation sei. Die grundrechtsgeschützten Interessen des Bürgers bedürften genauso des präventiven Primärrechtsschutzes wie der ausgleichenden Wiedergutmachung. Das Haftpflichtrecht des Privatrechts und das Verantwortlichkeitsrecht des Staates seien je selbständige Rechtsbereiche, die aber vor allem in den Grenzbereichen der Leistungsverwaltung nach zweckrationalen, typologischen Unterscheidungsmerkmalen voneinander abzugrenzen seien (Gross, a.a.O., S. 120f.). J. Gross im Weiteren wörtlich (S. 120):

«Dass der Staat in gewissen Bereichen vor allem der leistenden Verwaltung teilweise ähnliche Funktionen ausübt wie Private, kann unter Umständen für ein übereinstimmendes Haftungsprinzip sprechen, speziell im Interesse der Wettbewerbsneutralität und der Lastengleichheit. Diese Austauschbarkeit privat- und öffentlichrechtlicher Wirkungsformen gilt aber insbesondere im Bereich der existenzsichernden Daseinsvorsorge nicht mehr vorbehaltlos. Soweit der Staat frei von wirtschaftlichen Interessen die Existenzgrundlagen des Einzelnen sichert (z.B. durch Sozialhilfe, stationäre Spitalpflege usw.), nimmt er eine spezifisch staatliche, wenn auch leistungsgewährende Aufgabe wahr. Die Verweigerung existenznotwendiger Leistungen der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge hat bezüglich der in Frage stehenden Grundrechtsinteressen Privater unmittelbar Eingriffswirkung; Eingriffs- und Leistungsverwaltung sind in diesen Bereichen ineinander verschränkt. Die Abhängigkeit des Bezügers von existenznotwendigen Leistungen der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge muss als besonderes Abhängigkeitsverhältnis verstanden werden, in dem der Bürger auch im Bereiche des Verantwortlichkeitsrechts eines ähnlichen Schutzes bedarf wie bei schädigendem Staatshandeln im Bereiche der Eingriffsverwaltung.»

d) Es ist anzuerkennen, dass es in vielen Bereichen zu einer Verschränkung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung kommt (z.B. Sozialhilfe und Vormundschaftswesen), dass die Dichte der öffentlichrechtlichen Normierung eines Lebenssachverhaltes ein Ausdruck von Subordination sein kann und dass eine generelle Zuordnung eines Benützungsverhältnisses zu einer öffentlichen Anstalt zum Privatvertragsrecht unstatthaft ist (Gross, a.a.O., S. 125). Es ist den Befürwortern der extensiven Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffes auch beizupflichten, dass Realakte oder gewisse verwaltungsvertragliche Verhältnisse als Ausdruck tatsächlicher Subordination hoheitlich sein können. Es geht aber bei der vorliegenden klaren kantonalen Gesetzesvorgabe (vgl. oben Erw. 4c) nach Ansicht des Gerichtes nicht an, diese Grenze derart extensiv zu Lasten der primären Staatshaftung auszuweiten, dass – bis auf unbestrittenermassen gewerbliche Verrichtungen – praktisch jegliches unmittelbare oder durch beauftragte Drittpersonen (§ 1 Abs. 2 lit. d StHG) vorgenommene mittelbare staatliche Handeln unter «hoheitliche Verrichtungen» subsumiert wird.

e) Dies gilt insbesondere bei Dienstleistungen, die in gleicher oder ähnlicher Weise auch von Privaten verrichtet werden, wie dies im Gesund-

heitswesen schon immer der Fall war (vgl. hinten Erw. 7e/aa) und seit der Einführung des KVG im Jahre 1996 in vermehrtem Masse zutrifft, da mit dem KVG unter anderem die Kostendämpfung durch mehr Wettbewerb unter den Krankenversicherungen und unter den Leistungsanbietern (Ärzte und Spitäler) angestrebt wird (Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 4. Dezember 1994, S. 7). Es kann hier nicht gesagt werden, der Staat handle frei von wirtschaftlichen Interessen (worin Gross bei der existenzsichernden Daseinsvorsorge spezifisches staatliches Handeln ortet). Der Staat weiss zwar, dass er mit der stationären Krankenversorgung keinen Gewinn zu erzielen vermag, er ist jedoch bestrebt, die Kosten – dem KVG folgend – möglichst tief zu halten. Um dies zu erreichen, ist es ihm unbenommen, das erforderliche Leistungsangebot selbst anzubieten, die Aufgabe zu delegieren (z.B. an regionale Spitalträger), oder die Leistungen bei Privaten oder anderen Kantonen «einzukaufen» (z.B. Spezialversorgungen wie Herzchirurgie) (siehe auch unten Erw. 7e). Insofern ist der Kanton Teilnehmer des Wettbewerbs im Gesundheitswesen. Er steht auch in einem gewissen Konkurrenzkampf zu privaten Kliniken, die in keinem Auftragsverhältnis zum Kanton stehen, dies zumal hinsichtlich jener Personen, die finanziell in der Lage sind (z.B. durch Abschluss entsprechender Krankenversicherungen), sich die Spitalwahlfreiheit uneingeschränkt aufrechtzuerhalten.

f) Vorliegend sind es aber nicht in erster Linie Gründe der Wettbewerbsneutralität und der Lastengleichheit, die nach einer möglichst einheitlichen Haftpflichtregelung rufen. Vor allem spricht für diesen Lösungsansatz, dass die Abgrenzung vergleichbarer Sachverhalte anhand der sich anbietenden Abgrenzungskriterien zu willkürlichen und unpraktikablen Abgrenzungen führen kann, wie nachstehende Erwägungen aufzeigen.

7.a) Würde man für die Staatshaftung an die Rechtsform der Spitalträgerschaft anknüpfen, so wäre dies ein vorwiegend formelles Abgrenzungskriterium. Behandlungen in den Regionalspitalern Schwyz (Verein) und Einsiedeln (Stiftung) wären dem zivilen Haftpflichtrecht, jene im Regionalspital Lachen (solange die Auslagerung auf die beschlossene Form der Aktiengesellschaft noch nicht vollzogen war; betr. Gründung der Aktiengesellschaft siehe ABI-SZ 2001, S. 1766f.) dem öffentlichen Recht unterstellt. Wieso die gleichen medizinischen Behandlungen und Operationen in den verschiedenen Regionalspitalern desselben Kantons haftpflichtrechtlich formell und materiell unterschiedlich zu behandeln sind, wäre nur schwer nachzuvollziehen.

b) Untauglich ist auch eine Anlehnung an den Versichertenstatus der Patienten. Patienten in der halbprivaten oder privaten Abteilung sind genauso grundversichert wie die Patienten in der allgemeinen Abteilung. Die obligatorische Grundversicherung deckt die erforderlichen medizinischen Massnahmen weitgehend ab. Medizinisch indizierte Unterschiede

B. 14.1

zwischen allgemeiner und halbprivater/privater Abteilung sind höchstens in untergeordnetem Ausmasse vorhanden.

c) Als Unterscheidungskriterium ist die kantonale Subventionierung der Spitäler ebenso unbehelflich. Zwar können die Privatspitäler im Sinne des KVG zurzeit gestützt auf dieses Gesetz keine direkten Subventionen vom Kanton beanspruchen. Indirekt profitieren sie jedoch ebenfalls über die Prämienverbilligungen. Zudem stehen sie im Wettbewerb zu den subventionierten Spitälern und bieten sich insbesondere für Spezialversorgungen an (z.B. Herzchirurgie, welche zu entsprechenden kantonalen Vertragsleistungen führt). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der Spitalfinanzierung vom Bundesrat gesetzgeberische Änderungen angestrebt werden, welche (unter anderem) die Aufhebung des Wettbewerbsnachteils für Privatspitäler vorsehen.

d) Darauf abzustellen, in welcher rechtlichen Beziehung der behandelnde Arzt zum Spital und zum Patienten steht, erweist sich im Ergebnis ebenfalls als wenig ergiebig. Es ist bekannt, dass Chefärzten die Führung einer freiberuflichen Praxis im Spital zugestanden werden kann. Diese freiberufliche Tätigkeit ist als gewerbliche im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Sobald diese Ärzte eine Einweisung in das von ihnen geleitete Spital vornehmen, ist die freiberufliche Tätigkeit grundsätzlich beendet. Dieser Wechsel ist zwar in zeitlicher Hinsicht feststellbar. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht lässt sich jedoch nicht immer mit der erforderlichen Klarheit erkennen, in welcher Phase der ärztlichen Behandlung ein Schaden verursacht wurde (vor oder nach der Einweisung oder während beiden Phasen). Noch komplizierter ist die Sache bei Belegärzten, welche als frei praktizierende Ärzte aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Spital die stationäre Behandlung in eigener Verantwortung, aber auch unter Mitwirkung von angestelltem Spitalpersonal, durchführen. Eine Abgrenzung zwischen freiberuflicher und spitalärztlicher Behandlung wäre zweifelsohne mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, die in erster Linie die Situation der geschädigten Patienten erschweren würden (Monika Gattiker, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik, in AJP 2001, S. 650). Diese Schwierigkeiten würden noch anwachsen, wenn zusätzlich ad personam zu unterscheiden wäre (z.B. ambulant und mithin freiberuflich tätig werdender Chefarzt behandelt einen Patienten unter Beizug von Spitalpersonal und -infrastruktur).

e) Auf den ersten Blick am sinnvollsten erscheint eine Abgrenzung nach dem Kriterium «Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe». Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme aber ebenfalls als wenig behilflich.

aa) Gemäss § 40 lit. e der Kantonsverfassung ordnet der Kantonsrat u.a. das Gesundheitswesen. Vor Erlass der kantonsrätlichen Spitalverord-

nung im Jahre 1993 hat der Kanton die Spitalversorgung für seine Bevölkerung mittels finanziellen Beiträgen und Vertragsabschlüssen sichergestellt. Er machte sich dabei bestehende Institutionen zunutze, welche interkantonal – bis auf das Bezirksspital Lachen – privatrechtliche Träger-schaften kannten und kennen. Es war nie die Absicht des Kantons, eigene staatliche Kantonsspitäler zu errichten oder die Bezirke zur Führung staatlicher Spitäler zu zwingen. Mit der Spitalverordnung vom 24. Juni 1993 (SRSZ 574.110, SpitalV) hat sich daran im Grundsatz nichts geändert. Die neue Verordnung will eine «ausreichende Spitalversorgung der Bevölkerung» gewährleisten. Der Bewilligungspflicht werden Spitäler, Privatkliniken, Kurkliniken oder vergleichbare stationäre Einrichtungen unterstellt (§ 3 SpitalV). Die stationäre medizinische Grundversorgung haben die drei Regionalspitäler Schwyz, Einsiedeln und Lachen zu gewährleisten, wobei der Leistungsauftrag im Einvernehmen mit den Bezirken und den Spitalträgern umschrieben wird (§ 5,9 SpitalV). Zudem werden in § 7 SpitalV die drei Spitalregionen definiert. Aufgabe des Kantons ist es, einerseits die Grundversorgung durch Beiträge an die Regionalspitäler zu unterstützen und andererseits die Spezialversorgung sicherzustellen (z.B. durch «Einkaufen» dieser Leistungen von Privatkliniken oder ausserkantonalen öffentlichen Spitalern) (§ 10 SpitalV i.F. v. 24.6.93). Die Bezirke sind hingegen für die Grundversorgung zuständig, welche Aufgabe sie erfüllen, indem sie selbst ein Regionalspital betreiben oder dem Träger eines Regionalspitals die Erfüllung des Leistungsauftrages ermöglichen (§ 11 SpitalV). Mit der seit 1.1.2000 geltenden Spitalfinanzierungsverordnung 2000–2002 werden die Erteilung der Leistungsaufträge, der Erlass der Spitalplanung und Spitalliste in dieser neuen Verordnung geregelt (SRSZ 574.120). Schliesslich sind die freiberuflichen Ärzte zu erwähnen, die für die Berufsausübung einer Bewilligung bedürfen (= öffentlich-rechtlicher Akt), die u. a. mit der Beistandspflicht verbunden ist: in dringenden Fällen muss der Arzt Hilfe leisten, und er hat sich zudem an der zweckmässigen Organisation des Notfalldienstes zu beteiligen (§ 23 Gesundheitsverordnung v. 9.9.1971, SRSZ 571.110).

bb) Anhand dieser gesetzlichen Vorgaben erhellt, dass die medizinische Versorgung der Bevölkerung, insbesondere die spitalärztliche, aber auch die ambulante und freiberufliche – in deren Richtung nicht zuletzt aus Kostengründen heute eine gewisse Verlagerung festzustellen ist – eine öffentliche Aufgabe darstellt. Mit dem Kriterium «Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe» ist mithin nichts oder nur wenig gewonnen, es sei denn, man unterstelle mehr oder weniger die gesamte medizinische Versorgung als «existenzielle Daseinsvorsorge» der Staatshaftung. Nicht nur müssten die Bezirke dann in Kauf nehmen, dass sie für Fehler der freiberuflichen Belegärzte und der teils freiberuflich handelnden Chefärzte primär einstehen müssten, sondern auch die Haftung des Kantons im Rahmen der

B. 14.1

Spezialversorgung (also zum Beispiel für Privatkliniken) stünde zur Diskussion. Im Weiteren würde sich die Frage stellen, ob der Staat nicht auch zumindest für notfallmässig handelnde frei praktizierende Ärzte haften müsste (§ 1 Abs. 1 lit. d StHG), wobei auch ihre sonstige vom Kanton bewilligte Berufsausübung eine öffentliche Aufgabenerfüllung darstellt, die indes in der Rechtsprechung klarerweise als gewerbliche und nicht als hoheitliche Verrichtung qualifiziert wird.

f) Ist für die spitalärztliche Haftung eine möglichst einheitliche Haftungsregelung angezeigt und spricht das kantonale Recht gegen die Annahme einer Staatshaftung, so ist konsequenterweise die zivilrechtliche Haftung als einheitliche Haftungsregelung heranzuziehen.

8.a) An dieser Beurteilung vermögen die weiteren im Schrifttum anzutreffenden Einwände gegen eine zivilrechtliche Haftung nichts zu ändern.

b) Kurz einzugehen ist in diesem Zusammenhang auf die Argumentation des ungenügenden Rechtsschutzes. Statt der Widerrechtlichkeitshaftung des Gemeinwesens greife nur die Deliktshaftung nach Art. 41ff. OR, bei der eine individuelle Verletzung der Sorgfaltspflicht des handelnden Beamten nachgewiesen werden müsse.

Wenn der Zivilrichter beim ärztlichen Handeln von einer gewerblichen Verrichtung ausgeht, wofür E. Bucher dezidiert eintritt (vgl. E. Bucher, a.a.O., S. 771ff.), kommt Art. 61 Abs. 2 OR zur Anwendung. Die im Zivilrecht geltende Organisationshaftung (Art. 55 OR / Art. 55 ZGB) käme mithin zum Tragen und der Rechtsschutz wäre insofern mit der Staatshaftung vergleichbar.

Sollte der Zivilrichter das Kriterium der Gewerblichkeit verneinen, so kann der Staat grundsätzlich nicht direkt behaftet werden, es sei denn eine Entschädigungsverweigerung verletze Verfassungsrecht und gebiete eine Entschädigung auch ohne gesetzliche Grundlage (siehe Gross, a.a.O., S. 132f.). Es wird insbesondere Sache des Gesetzgebers sein, diese ungenügende Rechtslage zu ändern (z.B. im Rahmen der Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes). Was die allfällige Zahlungsunfähigkeit einer ins Recht gefassten natürlichen Person betrifft, so kann dieses Risiko v.a. mit einer genügenden Haftpflichtversicherung der Spitalträger aufgefangen werden. (...). Es empfiehlt sich, dass der Kanton generell die Spitalträger im Rahmen des Leistungsauftrages zu einem umfassenden Haftpflichtversicherungsschutz verpflichtet. Schliesslich gilt es zu bedenken, dass nachgewiesene Widerrechtlichkeit vielfach auch auf Verschulden schliessen lässt (vgl. Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, N 81 zu § 5, wonach «wir von einer allgemeinen Verursachungshaftung nicht mehr sehr weit entfernt sind.»). Eine im Aufsatz von M. Gattiker vorgenommene Analyse der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Haftungsvoraussetzungen bei medizinischen Behandlungen ergibt sogar, dass das Verschulden mit der Vertragsverletzung bzw. der Widerrechtlichkeit stets identisch ist und mit-

hin dem Verschulden keine eigene Bedeutung zukommt. Die Autorin folgert im Übrigen, dass der geschädigte Patient durch die einheitliche Anwendung der privatrechtlichen Haftungsbestimmungen auf sämtliche Behandlungsverhältnisse nicht nur materiell-rechtlich betrachtet keinerlei Nachteile erleidet, sondern prozessual besser gestellt wird (Instanzenzug, Kognition) (Gattiker, a.a.O., S. 649f.).
(Gesamtgerichtsentscheid 1011/01 vom 31. Oktober 2001).

17. Vollstreckungsrecht/Vollzug von Strafen und Massnahmen

17.1 Vollstreckungsrecht

- *Tägliche Ordnungsbusse (§ 78 Abs. 1 lit. d VRP).*
- *Zulässig als administrative Vollstreckungs- bzw. Beugemassnahme.*

Aus den Erwägungen:

2. Für den Fall, dass die Beschwerde aus formellen Gründen gutgeheissen werden sollte, wird das Gericht um eine Stellungnahme über die Zulässigkeit von Ordnungsbussen gebeten.

- a) Das Gericht musste in letzter Zeit verschiedentlich Ordnungsbussen beurteilen. In VGE 1045/99 v. 23.12.1999 (siehe EGV-SZ 1999, Nr. 15) hat es sich einlässlich mit der Entstehungsgeschichte der heutigen Regelung auseinander gesetzt und unmissverständlich festgehalten,
- dass es sich bei der täglichen Ordnungsbusse ausschliesslich um eine Vollstreckungsmassnahme (Beugemassnahme) handelt, die den Pflichtigen zur persönlichen Erfüllung der ihm auferlegten Pflichten anhalten soll;
 - dass sie als mildere Massnahme in Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes der Ersatzvornahme und dem unmittelbaren Zwang vorgeht, aber nur bzw. nur solange in Frage kommt, als sie sich als Vollstreckungsmassnahme auch eignet;
 - und dass sie keine (verkappte) strafrechtliche Busse darstellen darf, worüber die Verwaltungsbehörde nicht befinden könnte.

b) Wenn nun die Vorinstanz in der Vernehmlassung argumentiert, das bewusste Nichterfüllen der Schulpflicht sei ein schwerwiegender Verstoss gegen die Gesetzesverordnung und müsse daher angemessen geahndet werden, so verkennt sie offensichtlich Zweck und Bedeutung der täglichen Ordnungsbusse als Beugemassnahme. Es geht *nicht* darum, eine zeit-

B. 17.1

lich abgeschlossene Pflichtverletzung nachträglich mit der Festsetzung und Vollstreckung der Ordnungsbusse zu «ahnden» (womit der dominante pönale Charakter des behördlichen Vorgehens manifest wird), *sondern es geht darum, jemanden zur persönlichen Pflichterfüllung anzuhalten* (anstelle einer Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwangs).

So hat das Verwaltungsgericht in VGE 1053/99 v. 11.1.2000 eine dritte verfügte Vollstreckung von täglichen Ordnungsbussen bestätigt, wo es darum ging, dass ein Bauherr rechtskräftige Wiederherstellungsverpflichtungen endlich erfüllen sollte. Es hat aber die beabsichtigte Vollstreckung angedrohter Ordnungsbussen dort untersagt, wo die konkrete Pflichterfüllung gar nicht mehr möglich war. In VGE 1045/99 vom 23.12.1999 (= EGV-SZ 1999, Nr. 15) hat es festgehalten, die Frage der Pflichterfüllung (in jenem Fall hat trotz nichtgewährter Dispensation ein Schüler vorzeitig, d.h. um einen halben Schultag, die Ferien angetreten) stelle sich nicht mehr und es gebe nichts mehr durchzusetzen. Daran vermöge der Umstand, dass die Sachverfügung mit der unselbständigen Vollstreckungsandrohung unangefochten in Rechtskraft erwachsen sei, nichts zu ändern. Es gehe nicht an, dass deswegen im Rahmen der Vollstreckungsverfügung «verkappte» Strafen toleriert würden. Hinzu komme (was in casu allerdings nicht zutrifft), dass die Vollstreckungsandrohung im Zeitpunkt der unbewilligten Schulabsenz mangels Entzuges der aufschiebenden Wirkung nicht vollstreckbar gewesen sei. In VGE 919/00 vom 30.1.2001 ging es um einen Freiberufler, welchem Ordnungsbussen für jeden Tag angedroht waren, an dem sein Betrieb nicht durch eine Person mit einem bestimmten Fähigkeitsausweis geführt wird. Als während einer Ferienabsenz von 10 Tagen eine Stellvertretung ohne den erforderlichen Fähigkeitsausweis den Betrieb führte, hat das Gericht eine durch die zuständige Behörde erlassene Ordnungsbussenfestsetzung aufgehoben mit der Begründung, es gehe hier um eine in der Vergangenheit liegende, bereits abgeschlossene Handlung. Es handle sich nicht um die Beseitigung eines anhaltend rechtswidrigen Zustandes oder um die Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes. Auch habe der Beschwerdeführer nicht erklärt oder sich geweigert, sich bei inskünftigen Ferienabsenzen nicht adäquat vertreten zu lassen. Ferner bestehe keine konkrete Wiederholungsgefahr, da der Beschwerdeführer inzwischen den Betrieb aufgegeben habe. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn es beispielsweise um künftige Ferienabsenzen ginge und der betreffende Betriebsinhaber kund getan hätte, er sei nicht gewillt, sich während seiner Ferien durch Personal mit dem erforderlichen Fachausweis vertreten zu lassen, liess das Gericht offen.

c) Die Eignung der täglichen Ordnungsbussen als Vollstreckungsmassnahme im Bereich nichtgewährter Schuldensationen für kurze, sich nicht wiederholende Zeitperioden erweist sich mithin in den meisten Fällen zum vornherein als nicht gegeben oder als sehr fraglich. Wer sich trotz einer autoritativ festgestellten Nichtdispensation vom vorzeitigen Ferienantritt nicht abhalten lässt, der kann durch die nachträgliche Voll-

streckung angedrohter Ordnungsbussen objektivermassen nicht mehr zur Pflichterfüllung angehalten werden (vgl. auch Hagenbuch, a.a.O., S. 208, N 149, welcher die Ansicht vertritt, dass keine Ordnungsbusse mehr festgesetzt und eingetrieben werden kann, wenn mit der Durchführung der Ersatzvornahme oder des unmittelbaren Zwanges begonnen wurde, also wenn die Zeit für die persönliche Pflichterfüllung, in welchem Konnex die tägliche Ordnungsbusse steht, abgelaufen ist bzw. nicht mehr gewährt wird).

Dass die Schulbehörden solches Handeln nicht akzeptieren können und wollen und deshalb nach Sanktionen rufen, ist nachvollziehbar. Solche Sanktionen haben sich aber im Rahmen der aktuellen gesetzlichen Vorgaben zu bewegen. So können die Behörden die Nichtdispensation unter der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verfügen und im Nichterfüllungsfall Strafanzeige erstatten. Des Weiteren sind für wiederholte unentschuldigte Absenzen der schriftliche Verweis, die Vorladung der Eltern oder die Meldung an die Vormundschaftsbehörde vorgesehen. Will man sich auf griffigere (zurzeit nicht vorhandene) verwaltungsstrafrechtliche Normen abstützen, so ist dies eine Angelegenheit des Gesetzgebers und nicht des rechtsanwendenden Richters.

c) Ob bei anhaltenden Schulabsenzen (sei es dauernd oder sich periodisch wiederholend) nach entsprechender rechtskräftiger oder vollstreckbarer Androhung (vgl. auch EGV-SZ 2000, Nr. 17) tägliche Ordnungsbussen festgesetzt und vollstreckt werden können, musste das Gericht bis heute noch nie beurteilen. Es hat indes in VGE 1045/99 v. 23.12.1999 (= EGV-SZ 1999, Nr. 15) festgehalten, wenn der unmittelbare Zwang zum vornherein wegfallen sollte, müsste insbesondere die Frage, ob die Ordnungsbusse als alleinige Vollstreckungsmassnahme überhaupt ein zulässiges und geeignetes Vollstreckungsmittel sei (§ 79 Abs. 3 VRP), einer genaueren Prüfung unterzogen werden (was geschieht, wenn die vollstreckten Ordnungsbussen nicht zum Erfolg führen?). Wenn der Schüler nicht nur der schulrätlichen, sondern auch der elterlichen Weisung zuwiderhandelt, würde sich zudem die Frage der Eignung und der Verhältnismässigkeit der Ordnungsbusse sowie des Verfügungsadressaten in besonderer Weise stellen.
(VGE 1027/01 vom 29. November 2001).

18. Verschiedenes

18.1 Verfassung und Kirchenordnung der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche Schwyz

- *Das Verwaltungsgericht ist nicht befugt, die Verfassung der Ev.-ref. Kantonalkirche (SRSZ 160.310.1, in casu § 34) sowie die Kirchenordnung einer abstrakten Normenkontrolle zu unterziehen.*
- *Darin, dass die Satzungen der Kirchenordnung kein obligatorisches, sondern ein fakultatives Referendum vorsehen, ist keine Verletzung des Stimmrechts der stimmberechtigten Mitglieder zu erblicken.*
- *Verzichtet die Gemeinde ausdrücklich oder stillschweigend auf die Autonomiebeschwerde, ist es dem Privaten verwehrt, vorfrageweise eine Verletzung der Gemeindeautonomie geltend zu machen (Erw. 3c).*

Aus den Erwägungen:

1.a) Jedermann, der ein Interesse hat, kann gegen Unregelmässigkeiten bei Wahlen und Abstimmungen der Kirchgemeinden, gegen die Wahl- und Abstimmungsergebnisse und die Verletzung des Stimmrechts beim Kirchenrat der Kantonalkirche und auf Stufe Kantonalkirche bei der Rekurskommission Beschwerde erheben. Die gleiche Befugnis steht dem Kirchgemeinderat zu (§ 53 Abs. 3 Kirchenverfassung). Gegen Entscheide der Rekurskommission kann beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 53 Abs. 4 Kirchenverfassung). Die Legitimation zur Beschwerde ans Verwaltungsgericht ergibt sich bereits aus § 96 Abs. 2 der Kantonsverfassung (KV; SRSZ 100.000) sowie § 51 lit. h der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110). Dem Verwaltungsgericht steht lediglich die Rechtskontrolle zu (vgl. § 96 Abs. 2 KV; § 55 Abs. 4 VRP).

b) Der Beschwerdeführer wendet sich in zweifacher Hinsicht gegen die Kirchenordnung und das Geschäftsreglement, welche die Beschwerdegegnerin am 16. Juni 2000 erlassen hat:

- Zum einen sei das in Art. 125 Abs. 1 Kirchenordnung und Art. 26 Abs. 1 Geschäftsreglement vorgesehene fakultative Referendum in ein obligatorisches Referendum umzuwandeln, weil ein bloss fakultatives Gesetzes-Referendum nicht mit § 30 KV, welcher das obligatorische Gesetzes-Referendum normiere, vereinbar sei.
- Zudem sei die Kirchenordnung, soweit darin Regelungen der Gemeindeordnung enthalten seien, aufzuheben. Indem die Beschwerdegegnerin nebst kirchlichen auch administrative Belange geregelt habe, habe sie in unzulässiger Weise in Kompetenzen der Kirchgemeinden eingegriffen und dadurch das Stimmrecht der stimmberechtigten Mitglieder der Kirchgemeinden verletzt.

c) Folglich rügt der Beschwerdeführer im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde die Verletzung seines Stimmrechts. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, macht das kirchliche Recht keine weiteren Ausführungen zur Verletzung des Stimmrechts. Somit ist gemäss § 54 Kirchenverfassung das kantonale Recht sinngemäss anzuwenden. Im kantonalen Recht finden sich Regelungen zur Stimmrechtsbeschwerde in den §§ 53a und 54 des Wahl- und Abstimmungsgesetzes (WAG; SRSZ 120.100), wobei mit der Stimmrechtsbeschwerde jedoch generell die Verletzung aller politischen Rechte geltend gemacht werden kann (Beeinträchtigung des aktiven und passiven Wahlrechts, des Stimmrechts, des Referendums- und des Initiativrechts; vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., N 1979, S. 584).

2.a) Zu prüfen ist demnach, ob das Stimmrecht des Beschwerdeführers durch das fakultative Referendum, wie es Art. 125 Abs. 1 Kirchenordnung und Art. 26 Abs. 1 Geschäftsordnung vorsehen, bzw. durch den Verzicht auf das obligatorische Referendum verletzt worden ist.

b) Art. 125 Abs. 1 Kirchenordnung unterstellt die Kirchenordnung dem fakultativen Referendum gemäss § 34 Kirchenverfassung. Gleiches sieht Art. 26 Abs. 1 Geschäftsreglement für das Geschäftsreglement vor.

§ 34 Kirchenverfassung normiert, dass alle Verfassungsänderungen, Gesetze und Verordnungen der Synode sowie deren Beschlüsse über Ausgaben, welche nicht durch den Voranschlag eines Jahres finanziert werden können, der geheimen Abstimmung unterliegen, sofern dies von 200 stimmberechtigten Mitgliedern der Kirchengemeinden innert 30 Tagen nach Veröffentlichung beim Kirchenrat der Kantonalkirche schriftlich verlangt wird.

Art. 125 Abs. 1 Kirchenordnung und Art. 26 Abs. 1 Geschäftsreglement bestätigen lediglich die Regelung, die bereits § 34 Kirchenverfassung vorseht; ihnen kommt deshalb keine eigenständige Bedeutung zu. Die Beschwerde richtet sich, soweit die Zulässigkeit des fakultativen Referendums bestritten wird, im Grunde folglich gegen § 34 Kirchenverfassung.

c) Die Kirchenverfassung und damit auch die Regelung in § 34 Kirchenverfassung kamen wie folgt zustande:

aa) Mit der Verfassungsrevision vom 25. März 1992, die von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern am 27. Sept. 1992 beschlossen worden ist, wurde die Grundlage für eine Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirchen im Kanton Schwyz gelegt. Gestützt auf die Übergangsbestimmung zur erwähnten Revision hat der Regierungsrat die rechtlichen Grundlagen für einen römisch-katholischen und einen evangelisch-reformierten Verfassungsrat erlassen (vgl. act. Bf c = RRB Nr. 1547 vom 9. Sept. 1997, S. 1). Der gestützt darauf gewählte ev.-ref. Verfassungsrat hat in der Folge einen Verfassungsentwurf erarbeitet, wobei er sich u.a. an folgende Vorgaben der KV zu halten hatte:

B. 18.1

- Die römisch-katholische und die evangelisch-reformierte Kirche werden als Kantonalkirchen anerkannt. Sie sind öffentlich-rechtliche Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 91 Abs. 1 KV).
- Sie organisieren sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz nach demokratischen Grundsätzen selbständig (vgl. § 92 Abs. 1 KV). Sie geben sich ein Organisationsstatut, dessen Erlass und Änderung der Genehmigung des Kantonsrates unterliegt. Diese ist zu erteilen, wenn das Organisationsstatut weder Bundesrecht noch kantonalem Recht widerspricht (§ 92 Abs. 2 KV).
- Das Stimm- und Wahlrecht wird gemäss § 93 Abs. 3 KV durch das Organisationsstatut geregelt.

Die Regelung in der KV zu den Kantonalkirchen ist vor folgendem Hintergrund zu sehen: Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, darunter auch die kirchlichen Körperschaften, sollen die ihnen anvertrauten öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung erfüllen. Ihnen wird deshalb oft Autonomie zugesprochen, die ihnen eine gewisse Entscheidungsfreiheit beim Vollzug oder bei der Regelung der eigenen Angelegenheiten vermittelt (vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., N 1032, S. 270). Grenze des Selbstbestimmungsrechts der Kirche, welches auch Rechtsetzung und Rechtsprechung in den eigenen Angelegenheiten umfasst, sind die für alle geltenden Gesetze; die Verpflichtung auf die Verfassung und die demokratischen Grundsätze werden in § 92 Abs. 1 KV ausdrücklich genannt (vgl. dazu Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen VPRG, N 3ff. zu § 59b; die Verfassung des Kts. AG verleiht den kirchlichen Körperschaften eine analoge Stellung wie die Verfassung des Kts. SZ).

bb) Die Verfassung der ev.-ref. Kantonalkirche Schwyz bedurfte der Zustimmung der stimmberechtigten Mitglieder der Kirchgemeinden sowie der Genehmigung durch den Kantonsrat (vgl. § 55 Abs. 1 Kirchenverfassung). Im Rahmen dieses obligatorischen Referendums nahmen die stimmberechtigten Mitglieder der ev.-ref. Kirchgemeinden die Kirchenverfassung in der Volksabstimmung vom 1. Dez. 1996 an. Das Abstimmungsergebnis blieb unangefochten (vgl. act. Bf c = RRB Nr. 1547 vom 9. Sept. 1997, S. 3). Mit RRB Nr. 1547 vom 9. Sept. 1997 beantragte der Regierungsrat dem Kantonsrat, die Verfassungsvorlage anzunehmen. Die kantonsrätliche Genehmigung erfolgte am 10. Dez. 1997, worauf die Kirchenverfassung am 1. Jan. 1998 in Kraft trat (vgl. § 55 Abs. 2 i.V.m. Fn 4 Kirchenverfassung, ABI 1997, S. 1862).

cc) Die Kirchenverfassung regelt das Stimm- und Wahlrecht der stimmberechtigten Mitglieder der Kirchgemeinden in den § 33–35. § 33 Kirchenverfassung behandelt das obligatorische Referendum («Verfassungsänderungen müssen der geheimen Abstimmung durch die stimmberechtigten Mitglieder der Kirchgemeinden unterstellt werden, sofern sie nicht nach zwei Lesungen jeweils mit einer Zweidrittelmehrheit der Synode

beschlossen wurden»). § 34 Kirchenverfassung normiert das fakultative Referendum (Wortlaut vgl. oben E. 2b). § 35 schliesslich sieht die Möglichkeit einer Initiative vor (vgl. Abs. 1: «400 stimmberechtigte Mitglieder der Kirchgemeinden oder zwei Kirchgemeinden können beim Kirchenrat der Kantonalkirche schriftlich den Erlass, die Änderung oder Aufhebung von Verfassungsbestimmungen und Rechtssätzen, welche in die Zuständigkeit der Synode fallen, mit einer einfachen Anregung oder einem ausgearbeiteten Entwurf verlangen»).

d) Es fragt sich, ob das Verwaltungsgericht berechtigt ist, die Vereinbarkeit der Regelung des Stimm- und Wahlrechts in der Kirchenverfassung mit der Kantonsverfassung, insbesondere § 30 KV, zu überprüfen.

e) Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sind im Kanton Schwyz mit Ausnahme der Anfechtungsobjekte im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen grundsätzlich individuell-konkrete Verwaltungsakte (vgl. § 51 lit. a–c, g, h). Die selbstständige Überprüfung von Gesetzen, Dekreten und Verordnungen auf ihre Verfassungsmässigkeit, die sog. abstrakte Normenkontrolle, ist dagegen ausgeschlossen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 4 zu Art. 74, S. 509 m.H.; Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 91/106 und 122; vgl. auch Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum VRG-ZH, 2. A., N 115f. zu § 50 m.H., betr. Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle; eine abweichende Regelung kennt der Kt. AG, vgl. Merker, a.a.O., § 68, N 5ff.).

Zu den generell-abstrakten Normen zählen auch autonome Satzungen, wie sie von Organisationen des öffentlichen Rechts gestützt auf ihre Kompetenz, ihre eigenen Angelegenheiten selbstständig zu ordnen, erlassen werden (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 120, S. 30). Die von der ev-ref. Kantonalkirche erlassene Kirchenverfassung stellt eine solche autonome Satzung dar, deren selbstständige Überprüfung durch die VRP ausgeschlossen wird.

f) Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Genehmigung der Kirchenverfassung durch den Kantonsrat wendet, ist Folgendes anzumerken:

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist grundsätzlich unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf die Genehmigung von Erlassen und Plänen beziehen (vgl. § 54 lit. a VRP). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bezieht sich § 54 lit. a VRP auch auf die Genehmigung von Anordnungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften (Hensler, a.a.O., S. 91, Fn 305 m.H. auf VGE 604/78 vom 9. März 1979, E. 3).

Die Genehmigung ist nicht anfechtbar, falls ihr Verfügungscharakter zukommt. Dies trifft unbestrittenermassen dann zu, wenn ein Verwaltungsakt genehmigt wird. Zu differenzieren ist bei der Genehmigung von Rechtsetzungserlassen. Eine deklaratorisch wirkende Genehmigung betrachtet die herrschende Lehre als Verfügung, während die konstitutiv wirkende Genehmigung Bestandteil des Rechtsetzungsverfahrens ist, oh-

B. 18.1

ne dass sich aber der Rechtscharakter des genehmigten Erlasses verändern würde. Die konstitutiv wirkende Genehmigung, wie sie im vorliegenden Fall § 55 Abs. 1 Kirchenverfassung vorsieht, kann nicht unter § 54 lit. a VRP subsumiert werden, da sich die Ausschlussgründe nur auf Verfügungen und Entscheide beziehen. Sie bleibt aber trotzdem unanfechtbar, da das schwyzerische Recht – mit Ausnahme der Anfechtungsobjekte im Kontext mit Wahlen und Abstimmungen – keine abstrakte Normenkontrolle kennt (vgl. Hensler, a.a.O., S. 91).

g) Eine abstrakte Normenkontrolle schliesst die VRP aus, vorbehalten bleibt aber die akzessorische Überprüfung eines Rechtserlasses. Das akzessorische Prüfungsrecht bedeutet das Recht von Gerichten und Verwaltungsbehörden, die von ihnen anzuwendenden generellen Rechtssätze im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsanwendungsakt *vorfrageweise* auf ihre Rechtmässigkeit, einschliesslich Verfassungsmässigkeit, hin zu überprüfen und im Fall der Rechtswidrigkeit nicht anzuwenden (vgl. Häfelin/Haller, a.a.O., N 2070, S. 611). So sind im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle Erlasse der Bezirke, Gemeinden und der andern öffentlichrechtlichen Körperschaften für Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht nur soweit verbindlich, als sie dem kantonalen Recht entsprechen (vgl. § 26 Abs. 3 VRP); das Verwaltungsgericht ist an Erlasse des Kantons- und des Regierungsrates, welche der Kantonsverfassung, Gesetzen oder gesetzvertretenden Verordnungen widersprechen, nicht gebunden (vgl. § 26 Abs. 4 VRP) (vgl. dazu J. Hensler, a.a.O., S. 124f.).

In casu liegt jedoch kein individuell-konkreter Rechtsanwendungsakt vor; vielmehr hat die Beschwerdegegnerin ihre Rechtsetzungskompetenz gemäss § 37 lit. c und § 39 Abs. 1 Kirchenverfassung ausgeschöpft und mit der Kirchenordnung und dem Geschäftsreglement generell-abstrakte Regelungen erlassen. Die Überprüfung der Kirchenverfassung auf ihre Vereinbarkeit mit der KV ist hier deshalb auch nicht mittels akzessorischer Normenkontrolle möglich.

h) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Die von der Beschwerdegegnerin erlassene Kirchenordnung sowie das Geschäftsreglement wurden von ihr in Anwendung von § 34 Kirchenverfassung in korrekter Weise dem fakultativen Referendum unterstellt. Das Stimm- und Wahlrecht des Beschwerdeführers in seiner Eigenschaft als stimmberechtigtes Mitglied der ev.-ref. Kantonalkirche wurde deshalb nicht verletzt. Eine Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Regelung des Stimm- und Wahlrechts in der Kirchenverfassung, insbesondere von § 34, steht dem Verwaltungsgericht nicht zu.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Regierungsrat im RRB Nr. 1547 vom 9. Sept. 1997, S. 11ff., die Frage des obligatorischen Referendums ausdrücklich im Rahmen der Genehmigung der Verfassung der ev.-ref. Kantonalkirche geprüft und im Ergebnis diesbezüglich einen autonomen Bereich der ev.-ref. Kantonalkirche im Ordnen der eigenen Angelegenheiten anerkannt hat.

3. Soweit der Beschwerdeführer bestimmte, in der Kirchenordnung enthaltene Regelungen beanstandet, drängen sich folgende Bemerkungen auf.

a) Wie erwähnt ist es dem Verwaltungsgericht in der Regel verwehrt, eine abstrakte Normenkontrolle vorzunehmen. Dies gilt auch in Bezug auf die Kirchenordnung und das Geschäftsreglement, welche von der Beschwerdegegenerin als autonome Satzungen erlassen wurden.

b) Indem die Kirchenordnung gemäss Art. 34 Kirchenverfassung dem fakultativen Referendum unterstellt wurde, wurde das Stimmrecht des Beschwerdeführers, welches ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied der ev.-ref. Kantonalkirche zukommt, gewahrt. Es stand ihm frei, innert der Frist von 30 Tagen Unterschriften von 200 stimmberechtigten Mitgliedern der Kirchgemeinden zu sammeln und die Kirchenordnung mitsamt den von ihm angefochtenen Bestimmungen dadurch zur geheimen Abstimmung zu bringen.

c) Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss beabsichtigt hat, als stimmberechtigtes Mitglied der Kirchgemeinde Küssnacht Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie zu erheben, ist Folgendes anzufügen:

Eine Gemeinde ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Erhebung einer Beschwerde wegen Verletzung ihrer Autonomie befugt, wenn sie durch den angefochtenen Entscheid in ihrer Eigenschaft als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt wird. Zur Autonomiebeschwerde legitimiert sind auch öffentlich-rechtliche Körperschaften (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. b BV), wobei vor allem öffentlich-rechtlich organisierte Religionsgemeinschaften in Frage kommen (vgl. Häfelin/Haller, a.a.O., N 1972, S. 582 m.H. auf BGE 108 Ia 85, E. 1b; vgl. dazu auch BGE 125 II 182 oben, wonach eine Parallele zwischen Kirch- und Bürgergemeinden bestehen kann, indessen anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die nicht politische Funktionen der kommunalen Selbstverwaltung erfüllen und nicht die Bedeutung einer Gemeinde haben, es verwehrt ist, sich auf den Schutz der Gemeindeautonomie zu berufen). Ob der Gemeinde oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft im betreffenden Bereich tatsächlich Autonomie zusteht, ist keine Frage des Eintretens, sondern bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 1P.615/94 vom 10. Mai 1995 i.Sa. Gem.I., Erw. 1a m.H. auf BGE 119 Ia 285; BGE 117 Ia 352, 354f.; ZBl 92 [1991] 70, 73). Diese Grundsätze gelten auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (vgl. VGE 545/96 vom 25. Okt. 1996, E. 1a m.H. auf EGV-SZ 1983, S. 6f.; J. Hensler, a.a.O., S. 52f.; A.Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, S. 346ff.). Die Vorinstanz geht daher fehl, wenn sie den Kirchgemeinden unter Hinweis auf § 11 Abs. 3 Kirchenverfassung die Legitimation zur Autonomiebeschwerde zum vornherein abspricht.

Die Autonomiebeschwerde kann nur von der Gemeinde bzw. öffentlich-rechtlichen Körperschaft selber erhoben werden; Private können

B. 18.1

lediglich im Rahmen einer Beschwerde wegen Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte vorfrageweise geltend machen, der angefochtene Entscheid verstoße gegen die Gemeindeautonomie bzw. gegen die Autonomie der betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft (vgl. BGE 119 Ia 214, 218; 105 Ia 47, 48). Verzichtet jedoch die Gemeinde bzw. öffentlich-rechtliche Körperschaft selber ausdrücklich oder stillschweigend auf die Autonomiebeschwerde, so ist selbst die vorfrageweise Geltendmachung durch Private nicht statthaft (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 1175, S. 300). Letztere Sachlage trifft auf den vorliegenden Fall zu, womit dem Beschwerdeführer die vorfrageweise Geltendmachung einer Autonomiebeschwerde verwehrt bleibt. Ob der Autonomiebeschwerde einer Kirchgemeinde die fehlende abstrakte Normenkontrolle entgegen stünde, kann in diesem Zusammenhang offen gelassen werden, da keine solche Beschwerde einer Kirchgemeinde vorliegt.

d) Abschliessend ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht nicht befugt ist, die Kirchenordnung einer abstrakten Normenkontrolle zu unterziehen. Das Stimm- und Wahlrecht des Beschwerdeführers bezüglich der Kirchenordnung ist gewahrt worden, indem der Erlass dem fakultativen Referendum unterstellt wurde. Soweit gerügt wird, die Gemeindeautonomie werde verletzt, ist darauf nach dem Gesagten nicht einzutreten. (VGE 891/01 vom 28. September 2001).

C. REGIERUNGSRAT

2. Baurecht

2.1 Mobilfunkantenne

- *Rechtsmittelbefugnis in Rechtsmittelverfahren gegen Mobilfunkantennen (Erw. 2).*
- *Ausnahmebewilligung für zonenfremde bestehende Bauten und Anlagen (Erw. 4).*
- *Mobilfunkantennen können als standortgebunden bewilligt werden (Erw. 5–7).*
- *Dem Vorhaben stehen keine öffentlichen und privaten Interessen (Landschaftsschutz, Schutz der Gesundheit vor nichtionisierender Strahlung) entgegen (Erw. 8).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 3. Mai 2000 ersuchte die Orange Communications SA (im Folgenden: Orange) den Bezirksrat Einsiedeln um die Bewilligung einer Mobilfunkanlage GSM 1800. Der geplante Standort befindet sich auf dem ausserhalb der Bauzonen gelegenen ARA-Gebäude Oberes Sihltal (Grundeigentümer: Abwasserverband Oberes Sihltal), Rütistrasse 9 in Euthal. Das Vorhaben war im ABl 2000 (S. 738) publiziert. Die dagegen aus der Nachbarschaft geführten Einsprachen wurden abgewiesen und die Baubewilligung erteilt. Die beim Regierungsrat eingelegte Beschwerde wird aus nachfolgenden Erwägungen abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u. a. insbesondere, ob die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführer gegeben ist (§ 27 Abs. 1 lit. d Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

2.1 Die Beschwerdegegnerin stellt die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung in Frage. Betrachtet man die Grundstücke der Beschwerdeführer, so ist festzustellen, dass sich diese in einer Entfernung zwischen rund 80 m (KTN 1791, Beschwerdeführerin 8) und 240 m (KTN 5017, Be-

C. 2.1

schwerdeführer 4 und 7) von der geplanten Mobilfunkanlage auf dem ARA-Gebäude (KTN 4041) entfernt befinden (...). Es ist damit zu prüfen, ob die Rechtsmittelbefugnis bei diesen Entfernungen noch gegeben ist.

2.2 Nach § 37 lit. a VRP sind Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun, zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt. Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Beschwerde den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde, oder, anders gesagt, in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils, den das Vorhaben bzw. die angefochtene Verfügung für jene zur Folge hätte. Es ist dabei unwesentlich, ob das tatsächliche Interesse auch rechtlich geschützt wird. Zur Vermeidung der Popularbeschwerde wird die Regel aufgestellt, dass derjenige, der sich zur Wehr setzen will, mehr als die Allgemeinheit berührt sein muss; erforderlich ist eine beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache, die diesen besonders und unmittelbar betroffen macht. Es genügt nicht, Eigentümer eines an die Bauparzelle grenzenden Grundstücks zu sein; hinzukommen muss ein konkreter Anhaltspunkt, der für den Nachbarn unmittelbar einen praktischen Nachteil bedeutet, der diesen zudem mehr als jeden anderen belastet. Auf der anderen Seite kann auch ein nicht unmittelbar angrenzender Nachbar im negativen Einflussbereich eines Bauvorhabens liegen, das ihn in besonderem Masse betrifft (EGV-SZ 1983, Nr. 43; RRB Nr. 462/1998 vom 24. März 1998).

2.3 Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die für die Legitimation erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache unter anderem dann gegeben, wenn der Bau oder Betrieb einer projektierten Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit zu Immissionen führt und der Beschwerdeführer durch diese betroffen wird. So hat das Bundesgericht schon erkannt, dass bei grossflächigen Immissionen ein sehr weiter Kreis Betroffener zur Beschwerdeführung legitimiert sein kann, zum Beispiel die Anwohner eines Flughafens oder all jene Personen, die von Schiesslärm betroffen sind, wenn sie den Lärm deutlich hören können und dadurch in ihrer Ruhe gestört werden (vgl. BGE vom 26. Oktober 2000 i.S. X. c. Orange Communications SA ... mit Hinweisen, in Pr 2001, Nr. 45).

Im zitierten Entscheid hat das Bundesgericht mit Bezug auf einen früheren Entscheid darauf hingewiesen, dass zumindest die in der näheren Umgebung einer projektierten Mobilfunkanlage wohnenden Personen durch die von ihr ausgehenden nichtionisierenden Strahlen in besonderer Weise betroffen würden und daher zur Ergreifung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert seien. Dagegen hat es im zu beurteilenden Fall die Beschwerdelegitimation eines rund 800 m vom Standort der geplanten Mobilfunkanlage entfernt wohnenden und ausserhalb der Hauptstrahlungsrich-

tung liegenden Beschwerdeführers verneint. Der Regierungsrat hat in einem neueren Entscheid die Rechtsmittelbefugnis eines Beschwerdeführers, der 90 m vom vorgesehenen Standort für eine Mobilfunkanlage wohnt, bejaht (RRB Nr. 406/2000 vom 21. März 2000). Demgegenüber wurde im Kanton Luzern im Jahre 1999 bei derselben Entfernung eine besondere Beziehungsnähe verneint (LGVE 1999 II, Nr. 24, S. 245). Sehr detailliert hat sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit der Legitimationsproblematik auseinander gesetzt. Es hat die Grenze der legitimationsbegründenden Betroffenheit bei rund 1% des jeweiligen Immissionsgrenzwertes bzw. zirka einem Zehntel des Anlagegrenzwertes angenommen, d. h. im betreffenden Fall bei einer elektrischen Feldstärke von rund 0.4 V/m für Anlagen im Frequenzbereich 900 MHz und rund 0.6 V/m für Anlagen im Frequenzbereich 1800 MHz (Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 29. September 2000, Internet: <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung/one1.cfm>, besucht am 25.04.2001). Bis zum Zeitpunkt dieses Entscheides hatte die Baurekurskommission des Kantons Zürich die Grenze der Betroffenheit in einem Abstand von ca. 200 m von der Mobilfunkanlage gezogen, wobei diese Distanz offenbar der neuen Praxis des Verwaltungsgerichts weitgehend entspreche.

2.4 In Anlehnung an die Zürcher Praxis ist als Richtschnur für die Begründung der Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis eine Distanz bis maximal 200 m von Orten mit empfindlicher Nutzung bis zur Mobilfunkanlage anzunehmen. Angesichts der unterschiedlichen Immissionslagen, die sich aus Standort und Senderichtung einer Anlage ergeben (Berücksichtigung der Hauptstrahlungsrichtung, von dazwischen liegenden Bauten und Anlagen mit dämpfender Wirkung usw.) ist es jedoch sachgerecht, in Zweifelsfällen oder bei ausdrücklicher Bestreitung der Einsprache- oder Rechtsmittelbefugnis auf die oberwähnte Grenze von 1% des betreffenden Immissionsgrenzwertes bzw. von einem Zehntel des betreffenden Anlagegrenzwertes abzustellen. Dies insbesondere dann, wenn in einem Verfahren ausschliesslich die Schutzbestimmungen vor nichtionisierender Strahlung angerufen werden (vgl. Urs Walker, Baubewilligung für Mobilfunkantennen; bundesrechtliche Grundlagen und ausgewählte Fragen, in BR 1/2000, S. 9). Mit dem Abstellen auf die genannten Bruchteile des Immissions- und Anlagegrenzwertes wird zudem der Tatsache Rechnung getragen, dass einerseits noch keine gesicherten Erkenntnisse über gesundheitliche Risiken von negativen nicht-thermischen Wirkungen der Strahlung vorliegen, andererseits aber bereits heute eine grossräumige Hintergrundbelastung von Strahlen aus dem Hochfrequenzbereich (Radio- und Fernsehsender, Mobiltelefone, Polizei-, Betriebs-, Militär- und Flugfunk, Radar usw.) mit einer elektrischen Feldstärke von etwa 0.2 V/m vorhanden ist (vgl. Pr 2001, Nr. 45, S. 266f.).

2.5 Im konkreten Fall handelt es sich um eine Sendeanlage für Mobilfunk im Bereich 1800 MHz. Der Immissionsgrenzwert für eine solche Anlage be-

C. 2.1

trägt 60 V/m und der Anlagegrenzwert 6 V/m (Art. 13 und Art. 4 Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999, NISV, SR 814.710). Folglich beträgt die Grenze der elektrischen Feldstärke, ab welcher die Rechtsmittelbefugnis noch zu bejahen ist, 0.6 V/m (1% des Immissionsgrenzwertes bzw. $\frac{1}{10}$ des Anlagegrenzwertes).

Das erste Gebäude mit empfindlicher Nutzung befindet sich auf dem Grundstück KTN 1791 (vgl. Grundbuchplan). Gemäss Standortdatenblatt vom 3. Mai 2000 (Eingang Bauamt) beträgt die elektrische Feldstärke beim Wohnhaus auf KTN 1791 1.353 V/m. Diese beträgt damit eindeutig mehr als 0.6 V/m, womit die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführerin 8 auf jeden Fall zu bejahen ist. Diesen Schluss lässt – im Lichte des bereits Gesagten zur Distanz von empfindlichen Nutzungen zu Mobilfunkanlagen – auch der Abstand des auf KTN 1791 befindlichen Wohnhauses zur geplanten Anlage zu, welcher lediglich rund 90 m beträgt (vgl. auch RRB Nr. 406/2000 vom 21. März 2000).

Bei diesem Ergebnis ist nicht weiter darauf einzugehen, ob auch die restlichen Beschwerdeführer rechtsmittelbefugt sind, da auf die Beschwerde auf jeden Fall einzutreten ist. Immerhin bleibt darauf hinzuweisen, dass der Grossteil der Beschwerdeführer 200 m und weniger von der geplanten Anlage entfernt wohnt, womit deren Rechtsmittelbefugnis wohl zu bejahen sein dürfte.

3. Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung dieser Bewilligung ist u.a., dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Abweichend davon können Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG).

Bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, werden in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 24c Abs. 1 RPG). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wieder aufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24c Abs. 2 RPG).

4. Als Erstes ist zu prüfen, ob auf das geplante Bauvorhaben Art. 24c Abs. 2 RPG anwendbar ist, und ob dieses allenfalls auf Grund dieses privilegierten Tatbestandes bewilligt werden kann. Ist dies nicht der Fall, so muss das Vorhaben als Neubau gemäss Art. 24 RPG behandelt werden. Art. 24c Abs. 2 RPG ist nur auf Bauten und Anlagen anwendbar, die nicht mehr zonenkonform sind. Konkret geht es dabei um Bauten und Anlagen, die vor dem 1. Juli 1972 bereits Bestand hatten sowie um jene, die zu einem

späteren Zeitpunkt von einer Bau- in eine Nichtbauzone umgezogen wurden. Das bestehende ARA-Gebäude, auf welchem die Mobilfunkanlage geplant ist, wurde gemäss Auskunft bei der ARA Oberes Sihltal zwischen 1984 und 1986, und damit weit nach dem 1. Juli 1972 erstellt. Die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG ist damit zu verneinen. Im Übrigen dürfte eine Mobilfunkanlage, die auf einem bestehenden Gebäude angebracht oder in ein solches integriert wird, ohnehin regelmässig eine Zweckänderung darstellen, die nicht mehr als teilweise im Sinne von Art. 24c Abs. 2 RPG zu betrachten ist. Es liegt zudem in der Natur von Mobilfunkanlagen, dass es sich dabei um eigenständige Anlagen handelt, die bei deren erstmaliger Erstellung unter den Begriff «Neubau» fallen, und zwar unabhängig davon, ob sie nun in oder auf einem bestehenden Gebäude, auf einem Starkstrommast usw. erstellt werden. Auch aus diesem Grund fällt eine Anwendung von Art. 24c Abs. 2 RPG ausser Betracht.

Das zur Diskussion stehende Vorhaben ist somit als Neubau gemäss Art. 24 RPG zu behandeln.

5. Der frühere Art. 24 Abs. 1 aRPG wurde unverändert in Art. 24 RPG übernommen. Die Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen für neue Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sind damit die Gleichen geblieben. Es kann deshalb nach wie vor auf die bisherige reiche Praxis und Rechtsprechung des Bundesgerichts abgestellt werden (vgl. Botschaft zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Mai 1996, BBl 1996 III 537).

6. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG ist dann möglich, wenn die Baute oder Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und ihr keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Beide Voraussetzungen müssen nebeneinander erfüllt sein (EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 24 N 12). Eine Baute oder Anlage erfordert einen Standort ausserhalb der Bauzonen, wenn sich ihr Zweck nur an einem genau bestimmten Ort (positive Standortgebundenheit) oder nicht innerhalb der Bauzonen (negative Standortgebundenheit) verwirklichen lässt. Allemal fällt nur der objektive Zweck in Betracht (EJPD/BRP, a.a.O., Art. 24 NN 13 und 22). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis darf die Standortgebundenheit nur bejaht werden, wenn ein Vorhaben aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf subjektive Vorstellungen des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit (finanzielle Verhältnisse, Annehmlichkeitsrücksichten, Familiengrundstück usw.) ankommen. An die Erfordernisse der Standortgebundenheit sind strenge Anforderungen zu stellen (BGE 118 Ib 19, 113 Ib 141f., 112 Ib 102f., je mit Hinweisen).

7.1 Die Voraussetzung der Standortgebundenheit kann bei Mobilfunkanlagen grundsätzlich erfüllt sein. Die Mobilfunkanbieter sind in ihren

C. 2.1

Konzessionen verpflichtet worden, eine bestimmte Fläche in der Schweiz innert gewisser Fristen mit ihren Dienstleistungen zu versorgen. Wegen der Unterteilung des Mobilfunknetzes in Zellen und wegen der Topografie ist es unvermeidlich, Mobilfunkantennen auch ausserhalb der Bauzonen realisieren zu müssen (vgl. Urs Walker, a.a.O., S. 7). Im Rahmen der Prüfung der Standortgebundenheit ist jedoch insbesondere die technische Notwendigkeit der Anlage am projektierten Standort ausserhalb der Bauzonen zu ermitteln. Zudem sind die bestehenden und die geplanten Anlagen der verschiedenen Netze unter den Unternehmungen zu koordinieren (Gabriel Hefti, Bericht über die Praxis im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung von Mobilfunkantennen, in KGP-Bulletin 3/2000, S. 48; Urs Walker, a.a.O., S. 7).

7.2 Das Bauvorhaben umfasst die Errichtung einer Mobilfunkanlage, teilweise integriert in das Betriebsgebäude der ARA Oberes Sihltal in Rüti, Euthal. Der Masten mit drei GSM-Antennen überragt den First des ARA-Gebäudes um ca. 3.5 m. Die maximale Höhe der Antenne über dem Boden beträgt rund 12 m. Die technische Ausrüstung für die Antennenanlage, einschliesslich einer Klimaanlage, wird innerhalb des ARA-Gebäudes untergebracht. Alsdann kann die Antennenanlage über eine Leiter vom Gebäude aus erreicht werden (...).

7.3 Die Beschwerdegegnerin ist im Rahmen ihrer Konzession verpflichtet, bis Ende 2001 95% der Bevölkerung und 53% der Fläche mit Mobilfunk zu versorgen. Im Gegensatz zu den Konkurrenten, die sowohl im 900-MHz- als auch im 1800-MHz-Frequenzband senden, hat die Beschwerdegegnerin nur eine Konzession für das 1800-MHz-Frequenzband erhalten. Diese Frequenz bietet zwar eine bessere Sprachqualität, sie hat aber gleichzeitig zur Folge, dass die Reichweite ihrer Antennen geringer ist. Mithin muss die Beschwerdegegnerin mehr Antennen erstellen und ein engmaschigeres Antennennetz aufbauen, um die vom Bundesrat geforderte Abdeckung der Schweiz erreichen zu können. Zudem besitzt sie keine herkömmlichen Telefonleitungen (z.B. Erdkabel, Glasfaserverbindungen). Die Vernetzung der einzelnen Antennenstandorte erfolgt deshalb über eine eigene Richtstrahlverbindung von Antenne zu Antenne, was eine direkte Sichtverbindung zur Nachbarantenne voraussetzt (...).

Der gewählte Standort der Sendeanlage gestattet die Mobilfunk-Versorgung im Raume Euthal/Rüti/Unteriberg entlang der Hauptstrasse Nr. 386. Das Vorhaben ist Bestandteil eines Netzverbundes und dient gleichzeitig der Richtfunkverbindung zu den benachbarten Standorten der Beschwerdegegnerin. Ein entsprechendes Netzlayout der Beschwerdegegnerin liegt gemäss Aussage des Amtes für Raumplanung vor, wobei der geplante Standort als «SZ 3209 A» ausgewiesen sei. Auf Grund der topografisch engen Verhältnisse sowie der Tatsache, dass vom geplanten Standort Rüti aus eine gute Sichtverbindung nach Unteriberg, Studen und Euthal besteht, ist der Standort als vernünftig und geeignet zu bezeichnen

(vgl. Landeskarte der Schweiz 1152, Ibergeregg, 1:25000;...). Es wurde auch darauf geachtet, dass die nahe gelegenen Moorbiotope nicht tangiert werden, und dass die Mobilfunkanlage – mittels Integration in ein bestehendes Gebäude – in der Landschaft nicht stark in Erscheinung tritt. Als dann hat das Amt für Raumplanung von der Beschwerdegegnerin richtigerweise die Prüfung eines Alternativstandortes (bestehender Swisscom-Masten, Koordinaten: 704.657/215.715) verlangt (...). Nach Koordinationsgesprächen zwischen den beiden Anbietern ergab sich, dass der fragliche Swisscom-Masten bereits von diAx mitbenützt wird, dass eine Gemeinschaftsantenne für alle drei Anbieter eine wesentliche Erhöhung des Mastens bedingen würde, und dass zudem der Bau einer grösseren oder von zwei kleineren Fertiggablen unumgänglich wäre. Der Alternativstandort würde demnach im Vergleich zum vorgesehenen Standort Rüti mehr Nachteile mit sich bringen.

Nach dem Gesagten ist die Standortgebundenheit (Art. 24 lit. a RPG) der geplanten Mobilfunkanlage zu bejahen.

8. Ist die Standortgebundenheit gegeben, so bleibt weiter zu prüfen, ob dem Vorhaben überwiegende Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG).

8.1 Die Ausnahmegewilligung hat auf einer gesamthaften Abstimmung aller räumlich wesentlichen Interessen zu beruhen. Lenkender Massstab der Interessenabwägung bilden die verbindlichen Anordnungen im Raumplanungsgesetz, hauptsächlich die in Art. 1 und 3 RPG festgehaltenen Planungsziele und -grundsätze, welche den in Art. 75 BV festgeschriebenen Verfassungsauftrag konkretisieren. Die entscheidende Behörde hat alle im konkreten Fall berührten Interessen zu ermitteln. Es handelt sich dabei namentlich um folgende Interessen: Freihaltung und Schonung der Landschaft und des gesamten ökologischen Zusammenhangs, Einordnung in das Landschaftsbild, Vereinbarkeit mit den umweltrechtlichen Bestimmungen, Verschonung bewohnter Gebiete vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. Diese Interessen sind gegenüber dem Interesse der Bauherrschaft und allenfalls auch der Öffentlichkeit an der Realisierung der geplanten Baute oder Anlage abzuwägen (vgl. BVR 2000, S. 496f.).

8.2 Wie bereits erwähnt, wird die geplante Anlage an das bestehende ARA-Gebäude angegliedert bzw. in dieses integriert. Der Masten mit drei GSM-Antennen sowie vier Richtfunkspiegeln (Durchmesser ca. 60 cm) überragt den First des Gebäudes nur gerade um 3,5 m. Auch kann mit der Realisierung eines Teils der technischen Anlagen im Innern des bestehenden Gebäudes auf den Neubau einer freistehenden Fertiggablen verzichtet werden. Die Anlage präsentiert sich insgesamt unauffällig. Entsprechend hat sie nur eine minime Auswirkung auf das Landschaftsbild (vgl. Pläne; Fotos des bestehenden ARA-Gebäudes, ...). Dem Einordnungsgebot gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG wird damit Genüge getan.

C. 2.1

8.3 Das ARA-Gebäude wie auch die geplante Anlage befinden sich gemäss rechtskräftiger Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996 (Moorlandschaftsverordnung, SR 451.35) im Perimeter der Moorlandschaft Nr. 10, Breitried/Unteriberg. Moorbiotope von nationaler Bedeutung sowie das kantonale Naturschutzgebiet Breitried/Schützenried sind durch das Bauvorhaben dagegen nicht unmittelbar betroffen (...).

Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung sind geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen (Art. 78 Abs. 5 BV). Gemäss Art. 23d des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) ist die Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen. Die Kantone sorgen namentlich dafür, dass Bauten und Anlagen, die weder mit der Gestaltung und Nutzung im Sinne von Art. 23d NHG in Zusammenhang stehen noch der Biotoppflege oder der Aufrechterhaltung der typischen Besiedlung dienen, nur ausgebaut oder neu errichtet werden, wenn sie nationale Bedeutung haben, unmittelbar standortgebunden sind und den Schutzziele nicht widersprechen (Art. 5 Abs. 2 lit. d Moorlandschaftsverordnung).

Ziel des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) ist es unter anderem, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden. Es soll insbesondere eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleistet werden (Art. 1 FMG). Mithin ist davon auszugehen, dass auch die Mobilfunkkonzessionen ein öffentliches, nationales Interesse an der Realisierung der damit verbundenen Infrastruktur (z.B. Mobilfunkanlagen) begründen (vgl. Walker, a.a.O., S. 6). Dass die vorgesehene Anlage unmittelbar standortgebunden ist, wurde bereits unter Ziffer 7 oben festgestellt. Des Weiteren hat sie wegen der Integration in ein bestehendes Gebäude keine wesentliche Veränderung und Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes der Moorlandschaft Breitried/Unteriberg zur Folge. Auch die speziellen Ziele der erwähnten Moorlandschaft, insbesondere die Ausbreitung von Hoch- und Flachmooren, werden durch die Anlage nicht beeinträchtigt. Kommt dazu, dass sich der Standort Rüti ohnehin ganz am Rande der Moorlandschaft und zudem im Bereich einer Hauptstrasse befindet, und damit entsprechend weniger empfindlich ist. Unter diesen konkreten Umständen sind die Voraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. d Moorlandschaftsverordnung gegeben, um die Mobilfunkanlage ausnahmsweise innerhalb einer Moorlandschaft zu verwirklichen.

8.4 Die Beschwerdeführer fordern, der Standort für die Mobilfunkanlage sei an einen anderen Ort, beispielsweise ins Gebiet Breitried, zu verlegen.

Das Amt für Raumplanung hält in seiner Vernehmlassung vom 17. Januar 2001 fest, dass es sich beim Gebiet Breitried um ein kantonales Naturschutzgebiet handle, und dass bei einer Verlegung der Anlage in dieses Gebiet Hoch- und Flachmoore von nationaler Bedeutung betroffen würden. Auf Grund entgegenstehender Interessen des Natur- und Landschaftschutzes könne deshalb eine Verlegung ins Gebiet Breitried nicht befürwortet werden. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Mit dem Bau einer Mobilfunkanlage würden die Moorbiotope zumindest teilweise zerstört. Deshalb lässt das Recht insoweit auch keinen Spielraum offen (vgl. Walker, a.a.O., S. 6).

8.5 Bleibt noch zu untersuchen, ob von der geplanten Anlage schädliche oder lästige Auswirkungen (nichtionisierende Strahlen) auf bewohnte Gebiete ausgehen.

8.5.1 Die nichtionisierende Strahlung (Elektrosmog) zählt zu den schädlichen oder lästigen Einwirkungen, vor denen Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume zu schützen sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Zu diesem Zweck ist die Emission nichtionisierender Strahlung zu begrenzen (Art. 11 USG). Die Emissionsbegrenzung kann unter anderem durch die Festlegung von Grenzwerten in einer Verordnung erfolgen (Art. 12 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 USG). Der Bundesrat hat ausserdem zur Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen durch Verordnung Immissionsgrenzwerte festzulegen (Art. 13 USG). Die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) enthält die Ausführungsvorschriften zu den genannten Gesetzesbestimmungen.

8.5.2 Das Amt für Umweltschutz hat die geplante Mobilfunkanlage unter dem Aspekt des Immissionsschutzes, insbesondere in Anwendung der NISV, überprüft. Es kommt in seiner Stellungnahme vom 7. September 2000 zum Schluss, dass sowohl die Immissions- als auch die vorsorglichen Emissionsgrenzwerte eingehalten werden. Der vorsorgliche Emissionsgrenzwert (Anlagegrenzwert) führe für diese Anlage im Extremfall zu einem Minimalabstand von zirka 32 m, wobei sich im konkreten Fall das erste Gebäude (KTN 1791) in einem Abstand von etwa 90 m befinde (vgl. auch Standortdatenblatt).

Diese Beurteilung der kantonalen Fachinstanz ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Mithin ist davon auszugehen, dass die Grenzwerte gemäss NISV im vorliegenden Fall klar eingehalten sind.

8.5.3 Die Beschwerdeführer machen denn in erster Linie auch nicht geltend, die erwähnten Grenzwerte seien nicht eingehalten. Vielmehr stellen

C. 2.1

sie die in der NISV statuierten Grenzwerte an sich in Frage. Diesbezüglich wird auf S. 1 der Beschwerdeschrift wörtlich ausgeführt: «Der Anlagewert in der NIS-Verordnung ist deshalb völlig nutzlos, weil er nur die thermischen Auswirkungen (Erwärmung des Körpergewebes) berücksichtigt und auch diese nur kurzzeitig, nicht aber die langfristige und weitaus gefährlichere gepulste Strahlung mit den biologischen Auswirkungen auf Mensch, Tier und Natur.»

Weiter begründen die Beschwerdeführer ihre Beschwerde hauptsächlich damit, dass sie durch die nicht-thermischen (biologischen) Auswirkungen der Mobilfunkanlage in ihrer Gesundheit und ihrem Wohlbefinden gestört würden. Sie verweisen dabei auf eine Reihe von Berichten, welche der Beschwerdeschrift beigelegt sind.

8.5.4 Es trifft zu, dass mit der dargestellten quantitativen Betrachtung nur die thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen erfasst sind. Zurzeit liegen denn auch nur dazu erhärtete wissenschaftliche Erkenntnisse vor. Hingegen bestehen gewisse Anhaltspunkte, dass nichtionisierende Strahlen auch nicht-thermische Wirkungen haben können, die bereits bei schwacher Strahlung auftreten, da sie nicht auf einer Erwärmung des Körpers beruhen. Mangels gefestigter wissenschaftlicher Befunde bestehen gegenwärtig aber keine Kriterien, die es erlauben, die nicht-thermischen Wirkungen der nichtionisierenden Strahlung zuverlässig zu beurteilen und zu begrenzen. Von nichtionisierenden Strahlen geht somit mit Blick auf ihre nicht-thermischen Wirkungen ein zurzeit nicht näher fassbares Risiko aus (BGE vom 26. Oktober 2000, Pr 2001, Nr. 45, S. 266).

Hingegen ist es nicht zutreffend, dass die neue Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) deren nicht-thermische Wirkungen ignoriert. Der Ordnungsgeber ist vielmehr ausdrücklich von der Möglichkeit solcher nicht-thermischer Wirkungen ausgegangen. So wird in der Verordnung den nicht-thermischen Wirkungen bei der Regelung der vorsorglichen Emissionsbegrenzung – insbesondere mit der Festsetzung von Anlagengrenzwerten – Rechnung getragen. Diese Ordnung ist zudem abschliessend (vgl. BGE 126 II 399, Pr. 2001, Nr. 44, S. 258). Im eben zitierten Entscheid hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass das Konzept der NISV und insbesondere die Festsetzung der Immissionsgrenzwerte in Anhang 2 NISV sowie die vorsorgliche Emissionsbegrenzung gemäss Art. 4 und Anhang 1 Ziff. 7 NISV bundesrechtskonform seien. Zu Gunsten der kantonalen Behörden verbleibt demzufolge kein Spielraum, weitere Emissionsbegrenzungen zu prüfen.

Unter diesen Umständen vermögen die diversen von den Beschwerdeführern ins Recht gelegten Berichte nichts daran zu ändern, dass auf die momentan geltende NISV abzustellen ist. Demnach kann der Einfluss nicht-thermischer Wirkungen nichtionisierender Strahlen im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung vernachlässigt werden.

8.6 Eine Abwägung aller in Frage kommenden Interessen (Einordnung in die Landschaft, Moorschutz, nichtionisierende Strahlen) ergibt, dass der

geplanten Mobilfunkanlage am vorgesehenen Standort Rüti keine überwiegenden Interessen im Sinne von Art. 24 lit. b RPG entgegenstehen. Das nationale Interesse, dass die Beschwerdegegerin ihre Konzessionsverpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung mit Mobilfunk erfüllen kann, überwiegt.

9. Somit hat das Amt für Raumplanung zu Recht eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG erteilt. Auch die darin verfügten Auflagen Ziff. 1 a und b erweisen sich als rechtmässig. Es macht durchaus Sinn, dass nicht mehr benötigte Mobilfunkanlagen unverzüglich abgebrochen werden müssen, und dass bereits erstellte Anlagen auch anderen konzessionierten Fernmeldediensten zur Mitbenützung zur Verfügung zu halten sind. (RRB Nr. 700/2001 vom 6. Juni 2001).

2.2 Überdeckung eines Fließgewässers

- *Ausnahmen vom Verbot der Überdeckung von Fließgewässern bedürfen der Bewilligung durch den Bezirksrat (Erw. 3).*
- *Ausnahmsweise Bewilligung von auskragenden, verglasten und ins Abflussprofil eines Fließgewässers hineinreichenden Balkonen (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Art. 38 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20) und § 4 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Wasserrechtsgesetz vom 13. September 1978 (VVzWRG, SRSZ 451.111) sehen für Fließgewässer grundsätzlich ein Überdeckungs- und Eindolungsverbot vor. Die Behörde kann jedoch Ausnahmen bewilligen für Verkehrsübergänge, für Übergänge land- und forstwirtschaftlicher Güterwege oder für den Ersatz bestehender Eindolungen und Überdeckungen, sofern eine offene Wasserführung nicht möglich ist oder für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt (Art. 38 Abs. 2 GSchG). Ausnahmen vom Verbot der Eindolung beziehungsweise Überdeckung von Fließgewässern sowie andere bauliche Veränderungen oder technische Eingriffe in Bäche und Flüsse bedürfen einer Bewilligung des Bezirkrates (§ 4 Abs. 1 VVzWRG).

3.2 Die beiden über das Leewasser vorspringenden Balkone am Neubau stellen eine teilweise Überdeckung dieses Gewässers dar. Diese bedarf gestützt auf § 4 Abs. 1 VVzWRG einer Bewilligung des Bezirkrates. Der Bezirksrat hat am 19. Mai 2000 die Erstellung von auskragenden Balkonen unter der Auflage, dass diese nicht mit einer festmontierten Glasverkleidung oder einer ähnlichen, fest verankerten Verkleidung versehen werden, bewilligt.

C. 2.2

4.1 Der Bezirksrat hält fest, dass gemäss Art. 38 GSchG grundsätzlich keine Überdeckungen und Eindolungen von Fliessgewässern erfolgen dürfen. Auf Grund dieser Bestimmung hätten somit auskragende Balkone über die Ufermauer hinaus ins Abflussprofil des Leewassers gar nicht bewilligt werden dürfen. Die Bewilligung für die Balkone wurde ausnahmsweise erteilt, weil das Gebäude der Öffentlichkeit als Galerie zur Verfügung gestellt werde sowie wegen der besonderen Lage des Grundstückes. Es müsse indessen unter allen Umständen verhindert werden, dass diese Balkone verglast würden. Denn nur so könne ausgeschlossen werden, dass diese als Wohn- und Büroräume genutzt werden können.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, dass die Frage der Verglasung oder Nichtverglasung der Balkone eine reine baugestalterische (eventuell auch wärmetechnische) Frage sei, welche keinerlei gewässerschutzpolitische Interessen tangiere und über welche alleine die Baubewilligungsbehörde als Baupolizeibehörde zu entscheiden habe. Sodann sei die Verglasung oder Nichtverglasung der Balkone auch keine wasserbauliche Angelegenheit, sei doch die Bachführung und die Bachverbauung in keiner Weise tangiert. Die Beschwerdeführerin ist daher der Auffassung, dass dem Bezirksrat hinsichtlich der Frage der Verglasung der Balkone kein Mitsprache- beziehungsweise Mitentscheidungsrecht zustehe und dass die angefochtene Auflage aufzuheben sei. Diese Ansicht der Beschwerdeführerin wird auch vom Gemeinderat Ingenbohl unterstützt.

4.3 Gemäss Art. 38 GSchG dürfen grundsätzlich keine Überdeckungen und Eindolungen von Fliessgewässern erfolgen. Diese Formulierung schliesst Ausnahmen nicht schlechthin aus. Der Umstand, dass das Gesetz Ausnahmen vom Überdeckungsverbot zulässt, verlangt eine sorgfältige Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme erfüllt sind. Damit muss auch eine umfassende Abwägung all jener Interessen, die für oder gegen eine Ausnahmegewilligung sprechen, verbunden sein. In erster Linie ist jedoch zu prüfen, ob eine Bewilligung aus gewässerschutzrechtlichen Gründen zu versagen ist.

4.4 Im vorliegenden Fall stehen offenbar keine gewässerschutzrechtlichen Gründe einer Ausnahmegewilligung entgegen, ansonsten eine solche vom Bezirksrat Schwyz nicht hätte erteilt werden dürfen. In der Tat sind, betrachtet man den Einzelfall, durch die Balkone weder negative Einflüsse auf das Leewasser, noch auf die sich darin befindliche Flora und Fauna auszumachen noch sind andere gewässerschützerische Aspekte ersichtlich, die tangiert würden. Die geringfügige Überdeckung des Leewassers beeinflusst den Lebensraum der Pflanzen und Tiere nicht oder nur marginal. Das Leewasser tritt nach wie vor als offenes fliessendes Gewässer in Erscheinung. Auch haben die Balkone keine schädlichen Auswirkungen auf die Selbstreinigungskraft des Gewässers.

4.5 Freilich wäre eine ganz andere Beurteilung am Platz, wenn die im konkreten Fall erteilte Bewilligung nicht als singuläre Ausnahme, sondern

als Präjudiz für weitere, ähnliche Bewilligungen zu betrachten wäre. Denn würde das Leewasser auf den Ufergrundstücken von zahlreichen Bauten gesäumt, die ins Lichtraumprofil des Gewässers ragen, so wären durchaus Beeinträchtigungen der Gewässerfunktionen zu befürchten und würde das Leewasser namentlich sein heutiges Erscheinungsbild verändern. Die Ausnahmesituation, welche im konkreten Fall die Erteilung eines Dispenses rechtfertigte, sieht der Bezirksrat in der besonderen Lage des Grundstücks und darin, dass das Gebäude der Öffentlichkeit als Galerie zur Verfügung gestellt werde. Auf Anhieb überzeugt diese Begründung nicht restlos. Durch welche Besonderheiten sich die Lage des Grundstücks von der anderer Liegenschaften unterscheidet, wird nämlich nicht näher ausgeführt. Und dass die ins Auge gefasste, spezielle Nutzung des Gebäudes unter Umständen weit weniger beständig ist als das Gebäude selbst, liegt auf der Hand.

4.6 Ob die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Berücksichtigung einer allfälligen Präjudizwirkung berechtigt war, ist aus diesen Gründen fraglich, muss aber dahingestellt bleiben. Weil im Einverständnis aller Parteien die Bauarbeiten pendente lite aufgenommen und in der Zwischenzeit abgeschlossen worden sind, kommt eine aufsichtsrechtliche Aufhebung der bezirksrätlichen Verfügung ohnehin nicht mehr in Betracht.

4.7 Welchen Zweck der Bezirksrat mit der einschränkenden Nebenbestimmung der Bewilligung verfolgt, wonach die Balkone nicht verglast werden dürfen, ist nicht erkennbar. Ob die Bauteile, die über den Rand des Gewässers hinausragen, etwas mehr oder weniger intensiv genutzt werden, ist für das Gewässer unerheblich und – wenn überhaupt – höchstens baupolizeilich von Belang. Die Beurteilung baupolizeilicher Aspekte fällt jedoch nicht in die Zuständigkeit des Bezirkrates. Ist demnach die angefochtene Nebenbestimmung als sinn- und zwecklos zu betrachten, so ist sie in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. (RRB Nr. 864/2001 vom 3. Juli 2001).

2.3 Bestandesschutz und umweltrechtliche Sanierungspflichten

– *Der Bestandesschutz einer Baute oder Nutzung dispensiert nicht von der Durchführung von Sanierungsmassnahmen (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Selbst wenn die geplante Nutzung des Steinbruchgeländes X. bestandesrechtlichen Schutz geniesst, was allerdings noch zu eruieren ist, muss allein schon aus umweltschutzrechtlichen Gründen ein ordentliches Verfahren durchgeführt werden. Denn Altanlagen unterstehen insbesondere in Bezug auf den Immissionsschutz den Sanierungspflichten gemäss Art. 16ff.

C. 2.4

des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01, USG). Diese haben zum Ziel, Bauten und Anlagen, die wesentlich zur Überschreitung der Lärmimmissionsgrenzwerte beitragen (Art. 13 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 [SR 814.41, LSV]) oder den Anforderungen der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 [SR 814.318.142.1, LRV] nicht entsprechen, zu sanieren, damit die unvermeidlichen Einwirkungen in der fraglichen Zone als nicht übermässig gewertet werden können. Auch im Rahmen der Vorsorge sind bei bestehenden Anlagen die Emissionen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 USG soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (vgl. Art. 7ff. LRV, Art. 13ff. LSV; Vallender/Morell, Umweltrecht, Bern 1997, Rz. 42ff. zu § 8, S. 260ff.; URP 1988, Nr. 2, S. 15f.). Allfällige Sanierungsmassnahmen sind in einem Sanierungsverfahren abzuklären und festzusetzen (Art. 16 Abs. 3 USG, Art. 13 Abs. 1 LSV; Vallender/Morell, a.a.O., Rz. 49 zu § 8, S. 263). Dieses Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110, VRP; vgl. § 30 Abs. 1 der kantonalen Verordnung zum USG vom 24. Mai 2000 [SRSZ 711.110, VVzUSG]). (RRB Nr. 701/2001 vom 6. Juni 2001).

2.4 Ausnützung

- *Bedeutung der Ausnützungsziffer (Erw. 3).*
- *Berechnung der zulässigen Ausnützung für eine Restparzelle (Erw. 4).*
- *Das Verbot der doppelten Ausnützung kann im konkreten Fall nicht mit der Begründung umgangen werden, die Baubewilligungsbehörden verhielten sich widersprüchlich (Erw. 5.1–5.5) oder es liege eine Ausnahmesituation vor (Erw. 5.6).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Ausnützungsziffer (AZ) ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (vgl. Art. 27 Baureglement der Gemeinde Feusisberg vom 14. Dezember 1993, mit Änderungen vom 21. Oktober 1997, BauR). Sie dient primär der Festlegung der baulichen Dichte in den einzelnen Zonen. Die höchstzulässige Grösse der Bauten soll in einem bestimmten, pro Zone einheitlich festgelegten Verhältnis zur Parzellengrösse stehen. Mit unterschiedlichen Ausnützungsziffern will man den verschiedenen Bedürfnissen einer Besiedlung und Siedlungsentwicklung gerecht werden, innerhalb der gleichen Zone soll jedoch eine nutzungsmässige Einheit geschaffen werden (vgl. EGV-SZ 1989, Nr. 44 mit Hinweisen).

4. Im Folgenden ist zu prüfen, ob das umstrittene Bauvorhaben die zulässige Ausnützung einhält. Hauptstreitpunkt zwischen den Parteien bildet

dabei die Frage, ob auf dem Baugrundstück KTN 726 eine genügende Ausnutzungsreserve besteht, um das geplante Vorhaben zu verwirklichen.

4.1 Die Vorinstanz und die Beschwerdegegner gehen von einer massiven Ausnutzungsüberschreitung aus, da bereits mit der 1988 bewilligten Überbauung, bestehend aus acht Wohnbauten, die gesamte Ausnutzung auf KTN 726 konsumiert worden sei. Im Beschluss vom 3. Mai 1988 sei diesbezüglich ausdrücklich ein «Bauverbot» für das heutige Grundstück KTN 726 verfügt worden. Auf Grund der mit der Zonenplanrevision von 1997 (Genehmigung Regierungsrat 21. Oktober 1997) erfolgten Erhöhung der Ausnutzungsziffer von 0.30 auf 0.35 verbleibe heute noch eine Ausnutzungsreserve von 42.98 m² bzw. höchstens 110.03 m².

Dem hält der Beschwerdeführer im Wesentlichen entgegen, die Vorinstanz habe sich widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhalten, da seiner Zeit noch Schutzplätze für weitere Wohnbauten verlangt worden seien. Auch habe sie übersehen, dass mit der neuen Zonenordnung jede Parzelle dem neuen Recht unterstellt worden und als neu eingezont zu betrachten sei. Schliesslich widerspreche es den Planungszielen und Grundsätzen des Raumplanungsgesetzes, eine grosse, voll erschlossene Bauparzelle brach liegen zu lassen, indem man die Überbauung verbiete.

4.2 Auf den damaligen Grundstücken KTN 726 und 716 waren ursprünglich zehn Wohnbauten geplant. Da der vorgesehene Gestaltungsplan nicht genehmigt wurde, verzichtete die Bauherrschaft auf die Häuser Nr. 9 und 10 im nördlichen Bereich des damaligen Grundstücks KTN 726 (...) und stellte damit die betreffende anrechenbare Landfläche für die Realisierung der Häuser Nr. 1–8 zur Verfügung. Wegen diesem Verzicht entstand im fraglichen Bereich eine – mangels Ausnutzung – praktisch unüberbaubare Fläche (heutige KTN 726). Darauf wies die Vorinstanz auch im Baubewilligungsbeschluss für die Überbauung vom 3. Mai 1988 ausdrücklich hin.

Zentrale Frage ist mithin, ob die mit der Baubewilligung von 1988 konsumierte Ausnutzung bzw. anrechenbare Landfläche trotz Abparzellierung der zwischenzeitlich überbauten Grundstücke und trotz geänderter Zonenordnung noch Gültigkeit hat. Ist dies zu bejahen, so liegt mit dem zur Diskussion stehenden Bauvorhaben, welches eine anrechenbare Bruttogeschossfläche (BGF) von 639.87 m² aufweist (es müsste eine anrechenbare Landfläche von 1828.20 m² vorhanden sein), eine offensichtliche Ausnutzungsüberschreitung vor.

4.3 Bei nachträglicher Unterteilung eines Grundstückes oder bei Vereinigung mehrerer Grundstücke darf die höchstzulässige Ausnutzung der ursprünglichen, beziehungsweise neuen Parzellen, nicht überschritten werden (Art. 31 Abs. 1 BauR). Auch der Regierungsrat ging in einem Entscheid vom 4. April 1989 (RRB Nr. 637) davon aus, dass durch nachträgliche Abparzellierung von bereits überbauten Grundstücken das Verbot der doppelten Ausnutzung nicht umgangen werden dürfe (vgl.

C. 2.4

EGV-SZ 1989, Nr. 44). Er hielt im erwähnten Entscheid unter anderem fest:

«Zwar ist eine Abparzellierung durchaus zulässig, sie vermag aber an der in der Ausnutzungsziffer liegenden öffentlichrechtlichen Grundeigentumsbeschränkung nichts zu ändern Mit dem Verbot der doppelten Ausnutzung wird bezweckt, dass nicht durch Abparzellierung von Grundstücken die zulässige Baudichte in einer bestimmten Zone umgangen werden kann. Könnten Bauten ohne Berücksichtigung ihrer Bruttonutzflächen und anrechenbaren Landflächen abgetrennt werden, so könnte durch Abparzellierung die Ausnutzungsbeschränkung beliebig umgangen werden.»

Diesen zutreffenden Ausführungen ist mit aller Deutlichkeit zu entnehmen, dass die Abparzellierung der früher zu KTN 726 gehörenden Grundstücke bzw. die neue Fläche von KTN 726 keinerlei Einfluss auf die darauf bereits konsumierte Ausnutzung zu Gunsten der 1988 bewilligten Überbauung hat. Es war ein Entscheid der damaligen – mit der heutigen praktisch identischen – Bauherrschaft, die betreffende Fläche (heutige KTN 726) als Ausnutzung für die restliche Überbauung zur Verfügung zu stellen und damit praktisch unüberbaubar zu machen. Dies hat sie sich selber zuzuschreiben. Durch eine geänderte Projektierung, insbesondere eine Verminderung der Ausnutzung der Häuser Nr. 1–8, wäre es ohne weiteres möglich gewesen, auch auf der Restfläche (heutige KTN 726) Bauten zu realisieren. Insoweit ist auch der beschwerdeführerische Einwand, es liege ein Verstoß gegen die Planungsziele und Grundsätze des Raumplanungsgesetzes vor, wenn man KTN 726 brach liegen lasse, verfehlt.

4.4 Auch die Argumentation des Beschwerdeführers, mit der neuen Zonenplanung sei jede Parzelle dem neuen Recht unterstellt worden und als neu einzogent zu betrachten, geht fehl. Zum einen kann dem Baureglement der Gemeinde Feusisberg nichts entnommen werden, was diese Ansicht auch nur ansatzweise stützen würde. Vielmehr ergibt sich aus Art. 31 Abs. 1 BauR das Gegenteil, zumal nachträgliche Unterteilungen oder Vereinigungen von Grundstücken auch unter dem Regime einer neuen Zonenordnung vonstatten gehen können. Zum ändern würde es dem Sinn und Zweck der Ausnutzungsbestimmungen, nämlich der Festlegung der baulichen Dichte in den einzelnen Zonen, zuwiderlaufen, einfach mit jeder neuen Zonenplanung den noch unüberbauten Grundstücken die volle Ausnutzung zugestehen.

4.5 Nach dem Gesagten hat sich nichts an der Tatsache geändert, dass das Baugrundstück KTN 726 auf Grund der früheren Überbauung praktisch vollständig ausgenützt ist. Dabei ist nicht von Relevanz, ob im Rahmen der Baubewilligung wirklich ein Schreib- bzw. Rechnungsfehler begangen wurde oder nicht (vgl. angefochtener Beschluss, S. 6). So oder anders ist durch das Bauvorhaben des Beschwerdeführers die zulässige Ausnutzung massiv überschritten. Selbst im für den Beschwerdeführer günstigeren Fall fehlt es an rund 1700 m² anrechenbarer Landfläche, um für das Bauvorhaben

(639.87 m² BGF) auf die zulässige Ausnutzungsziffer von 0.35 zu kommen. Das heisst, es liegt eine Ausnutzungsüberschreitung um rund 530 m², im für den Beschwerdeführer ungünstigeren Fall sogar um rund 597 m² vor (...). Die Vorinstanz hat somit die Baubewilligung zu Recht wegen massiver Ausnutzungsüberschreitung verweigert. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

5. An diesem Ergebnis vermögen auch die weiteren vom Beschwerdeführer vorgebrachten Einwände nichts zu ändern.

5.1 Die Vorinstanz stellt im angefochtenen Beschluss richtig fest, dass im Jahre 1988 beim Bauprojekt über acht Wohnhäuser von einer um 100 m² zu tiefen Bruttogeschossfläche ausgegangen wurde. Das heisst, es liegt eine Übernutzung der Überbauung um 67.05 m² vor. Der Fehler entstand durch einen Schreib- bzw. Rechnungsfehler im von der damaligen Bauherrschaft eingereichten (undatierten) Ausnutzungsnachweis, welcher von der Vorinstanz übernommen wurde. Bei der Berechnung ohne Gestaltungsplan wurde für die Häuser Nr. 1–8 eine BGF von 2189.00 anstatt 2289.00 m² angegeben (...).

Dass die Vorinstanz die Ausnutzungsüberschreitung im Rahmen des heutigen Baubewilligungsverfahrens auf die bestehende Ausnutzungsreserve der Parzelle KTN 726 anrechnet, ist nicht zu beanstanden, kann sich der Beschwerdeführer in diesem Punkt doch nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Vorliegend ist erstens gerade das Ausmass der baulich noch zulässigen Ausnutzung auf dem Grundstück KTN 726 umstritten. Die Vorinstanz als Baubewilligungsbehörde musste diese Frage im Rahmen des Bewilligungsverfahrens prüfen und selbstverständlich die im Jahre 1988 mit dem Bau von acht Häusern ausgeschöpfte Ausnutzung berücksichtigen. Zweitens werden die acht bewilligten und vor Jahren erstellten Häuser, welche die zulässige Ausnutzung überschreiten und daher grundsätzlich nicht hätten bewilligt werden können, durch das Vorgehen der Vorinstanz in ihrem Bestand nicht tangiert. Insofern wird der Vertrauensschutz des Beschwerdeführers vollumfänglich gewahrt. Drittens handelt es sich um ein offensichtliches Versehen der Vorinstanz, denn es liegt der Baubewilligung vom 3. Mai 1988 ein Schreib- oder Rechnungsfehler zu Grunde, wie sich unter anderem aus dem Umstand ersehen lässt, dass die Quadratmeterzahlen bis auf eine einzige Ziffer übereinstimmen. Ein Kanzleiversehen kann die Vorinstanz aber zumindest soweit formlos korrigieren, als dadurch der Vertrauensschutz des Beschwerdeführers nicht verletzt wird (vgl. § 142 Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974, GO, SRSZ 231.110).

Dies spricht umso mehr für eine massive Ausnutzungsüberschreitung durch das Bauvorhaben des Beschwerdeführers.

5.2 Auch mit dem Einwand, dass die Vorinstanz bezüglich der Ausnutzung keine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angemerkt habe, obwohl dies in Art. 22 Abs. 3 des alten Baureglementes der Gemeinde Feusisberg vom 6. November 1972 (aBauR) vorgesehen

C. 2.4

gewesen sei, vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

Bei der Anmerkung der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch, wonach die Liegenschaft KTN 726 baulich vollständig ausgenutzt sei (Verbot der doppelten Ausnützung, Art. 22 Abs. 3 aBauR), handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift und nicht um ein konstitutives Gültigkeitserfordernis. Das Verbot der doppelten Ausnützung bedarf als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung keiner Eintragung im Grundbuch (EGV-SZ 1989, Nr. 45; 1987, Nr. 36). Hinzu kommt, dass mit dem Baubewilligungsentscheid vom 3. Mai 1988 ausdrücklich die X. Generalunternehmung AG, verpflichtet wurde, die Anmerkung im Grundbuch zu veranlassen und der Gemeinde eine Kopie zuzustellen. Das Versäumnis der Generalunternehmung muss sich ihr einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied X. (Beschwerdeführer) anrechnen lassen. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer als Organ der X. Generalunternehmung AG Kenntnis von der Baubewilligung vom 3. Mai 1988 und damit auch von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung hatte, und insoweit nicht gutgläubig ist. Von einer Verletzung von Treu und Glauben durch die Vorinstanz kann somit keine Rede sein.

5.3 Ferner glaubt der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass das Verhalten der Vorinstanz widersprüchlich sei, wenn sie das Grundstück KTN 726 als faktisch nicht mehr überbaubar erkläre, nachdem sie in der Baubewilligung vom 3. Mai 1988 für die Überbauung noch ausdrücklich 16 zusätzliche Schutzplätze als Reserven für weitere Wohnbauten verlangt habe, eine zusätzliche Ausnützung herleiten zu können.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es um Schutzplätze für Reserven bei weiteren Wohnbauten *in der Umgebung*, und nicht konkret bezogen auf die damalige Restfläche (heutige KTN 726) ging. Es geht zudem schon aus grundsätzlichen Überlegungen nicht an, aus einer Auflage betreffend Pflichtschutzplätzen in einer früheren Bewilligung verbindliche Schlüsse auf die Ausnützung bzw. Überbaubarkeit einer Parzelle zu ziehen. Kommt dazu, dass die Vorinstanz im selben Beschluss, auf welchen sich der Beschwerdeführer bezieht, wegen bereits ausgeschöpfter Ausnützung ein «Bauverbot» über die fragliche Fläche verhängte.

5.4 (...).

5.5 Auch aus dem Schreiben der Bauverwaltung Feusisberg vom 24. September 1999, in welchem von einer möglichen BGF von rund 164 m² die Rede ist, vermag der Beschwerdeführer nichts für seinen Standpunkt abzuleiten. Zum einen gibt dieses Schreiben lediglich die Meinung der kommunalen Hochbaukommission und nicht diejenige des Gemeinderates als Baubewilligungsbehörde wieder. Zum andern waren zum Zeitpunkt des Erlasses des Schreibens noch nicht alle Fakten bekannt, die zum angefochtenen Baubewilligungsentscheid führten (vgl. vorinstanzliche Vernehmlassung, S. 3f.).

5.6 Schliesslich sind auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer kommunalen Ausnahmegewilligung gemäss § 73 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) zu verneinen. Wie bereits erwähnt, hat es der Beschwerdeführer selber zu vertreten, dass bei der Bewilligung der Überbauung eine praktisch unüberbaubare Restfläche (heutige KTN 726) verblieb (vgl. Ziff. 4.3 oben). Von einer unzumutbaren Härte kann demnach nicht die Rede sein. Kommt dazu, dass es sich um eine derart massive Ausnützungsüberschreitung handelt, dass eine Ausnahmegewilligung ohnehin nicht in Frage kommt, zumal Ausnahmegewilligungen bezüglich der Ausnützung nur zurückhaltend erteilt werden (vgl. EGV-SZ 1987, Nr. 36).

(RBB Nr. 342/2001 vom 13. März 2001).

2.5 Erschliessung

- *Hinreichende Erschliessung als Bauvoraussetzung (Erw. 3).*
- *Für die Annahme einer genügenden Erschliessung ist von einer möglichen Gesamtbeanspruchung auszugehen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. Voraussetzung für eine Baubewilligung ist, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. b Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Bauten und Anlagen dürfen deshalb nur auf erschlossenen Grundstücken errichtet werden (§ 53 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100).

3.1 Land ist erschlossen, wenn unter anderem die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG). Genügende Zugänglichkeit setzt eine rechtlich gesicherte und technisch hinreichende Zufahrt, ausnahmsweise einen blossen Zugang voraus. Technisch hinreichend ist eine Zufahrt, wenn sie verkehrssicher und so beschaffen ist, dass sie der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung durch Benutzer und öffentliche Dienste gewachsen ist (§ 37 Abs. 3 PBG).

3.2 Der Begriff «hinreichende Zufahrt» stellt einen unbestimmten Gesetzesbegriff dar, dessen Inhalt durch Auslegung gewonnen werden muss. Die Bestimmung des Inhalts eines unbestimmten Gesetzesbegriffes stellt eine Rechtsfrage dar, deren Handhabung den rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden aber immer einen gewissen Beurteilungsspielraum offen lässt. Der Regierungsrat auferlegt sich denn auch in ständiger Praxis bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung, sofern örtliche Verhältnisse massgebend zu würdigen sind, wie dies bei der Beurteilung des Genügens einer Zufahrt der Fall ist (vgl. EGV-SZ 1989, S. 132; VGE 1013/98 vom 22. Juli 1998).

3.3 Nach Lehre und Rechtsprechung vermag eine Zufahrt verkehrstechnisch dann zu genügen, wenn sie übersichtlich ist und eine genügende Breite aufweist. Zwei Fahrzeuge müssen gefahrlos kreuzen können. Strassen ohne durchgehende Kreuzungsmöglichkeiten müssen mindestens auf Sichtweite immer eine bautechnisch einwandfreie und rechtlich gesicherte Ausweichstelle haben. Diese Lösung kommt jedoch nur bei übersichtlichen Verkehrsverhältnissen mit einem bescheidenen Verkehrsaufkommen in Betracht. Daneben muss – mit den den Verhältnissen entsprechenden Schutzmassnahmen – genügend Raum für Fussgänger und Radfahrer vorhanden sein, damit sich diese neben dem motorisierten Verkehr gefahrlos fortbewegen können, wobei als Idealzustand bei grösseren Quartieren die Schaffung von separaten Fuss- und Radwegen ins Auge zu fassen ist (EGV-SZ 1993, Nr. 11, S. 30; EGV-SZ 1987, Nr. 9, S. 40; VGE 596/95 vom 7. September 1995, Erw. 2; VGE 1013/98 vom 22. Juli 1998; RRB 1217/2000 vom 16. August 2000).

4. (Rechtliche Sicherung der Erschliessung).

5. Auch die tatsächliche Erschliessung des Baugrundstücks KTN 4550 ist nicht gegeben. Dies auf Grund folgender Überlegungen:

5.1 Das bereits erwähnte Gutachten, auf welches sich der Beschwerdeführer abstützt, kommt – unter Hinweis auf gewisse Massnahmen – zu folgendem Schluss: *«Die heutige Grotzenmühlestrasse als nutzungsorientierte Erschliessungsstrasse mit durchgehenden 4.00 Metern Strassenbreite genügt auch mit dem zusätzlichen Verkehr bei einer Erstellung von 50 Wohneinheiten.»*

Diesem Schluss kann nun aber, wie auch die Vorinstanz richtig feststellt, nicht gefolgt werden. Das Gutachten geht als Grundlage von einem zusätzlichen Verkehr von 50 Wohneinheiten aus. Dabei wird jedoch verkannt, dass zusätzlich auch noch das rechtskräftig eingezonte Baugebiet «Obere Allmeind» (W4) der Genossame Dorf-Binzen durch die Grotzenmühlestrasse erschlossen und demnach mitzuberücksichtigen ist (...). Gemäss konstanter Rechtsprechung ist nämlich bei der Beurteilung des Ausbaustandards einer Strasse die ganze eingezonte Baulandfläche zu berücksichtigen, die dereinst über diese Strasse erschlossen werden soll. Das heisst, es ist von der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung auszugehen (EGV-SZ 1989, Nr. 46, S. 133; VGE 1013/98 vom 22. Juli 1998, S. 8).

Das erwähnte Baugebiet, das der Gestaltungsplanpflicht unterliegt (GP 22), hat eine Fläche von 20366 m². Es können darauf zumindest noch 100 oder sogar mehr neue Wohneinheiten errichtet werden, was unbestritten ist. Dazu kommen rund 50 (gemäss Vorinstanz sogar 74) mögliche Wohneinheiten auf den unüberbauten bzw. zum Teil unüberbauten Grundstücken KTN 4550, 5279 und 739, was total rund 150 zusätzlich mögliche Wohneinheiten ergibt. Die Schlussfolgerung im Gutachten, wonach die Erschliessung genüge, erfolgte mithin auf einer fehlerhaften Grundlage (nur 50 zusätzliche Wohneinheiten). Sie muss deshalb im vorliegenden Beschwerdeentscheid unberücksichtigt bleiben.

Daran vermag der Einwand des Beschwerdeführers, die Genossame Dorf-Binzen beabsichtige in den nächsten sieben bis acht Jahren keine Überbauung des fraglichen Landes, nichts zu ändern. Bei der Beurteilung der Gesamtbeanspruchung ist von objektiven Verhältnissen auszugehen. Es wäre in der Praxis schlicht nicht durchführbar und zudem mit einer grossen Rechtsunsicherheit belastet, subjektive Überbauungsabsichten in die Beurteilung miteinzubeziehen. Ob die Genossame Dorf-Binzen ihr Land in den nächsten Jahren überbauen will oder nicht, ist damit für die Beurteilung des konkreten Falles irrelevant.

5.2 In der bisherigen Rechtsprechung wurde beispielsweise festgestellt: dass eine 4 bis 4.5 m breite Strasse für eine Erschliessung von rund 20 Wohneinheiten als hinreichend angesehen werden könne (EGV-SZ 1987, Nr. 9); dass eine zwischen 3 und 4 m breite Strasse ohne Trottoir für die Erschliessung von 14 Wohneinheiten ungenügend sei (RRB Nr. 1217 vom 16. August 2000); dass eine zwischen 4.10 und 5 m breite Durchgangsstrasse ohne geschützten Fussweg und Trottoir für 90 bestehende sowie rund 110 zusätzliche Wohneinheiten keine genügende Erschliessung darstelle (VGE 1013/98 vom 22. Juli 1998).

Durch die Grotzenmühlestrasse werden bereits über 100 bestehende Wohneinheiten erschlossen (...). Dazu kommen die erwähnten, zusätzlich möglichen 150 Wohneinheiten, was eine Gesamtbeanspruchung von zumindest rund 250 zu erschliessenden Wohneinheiten ergibt. Im Lichte der erwähnten Rechtsprechung ist damit offenkundig, dass die geringe Breite der Grotzenmühlestrasse von durchschnittlich rund 4.25 m für ein solches Verkehrsaufkommen nicht genügt. Bei dieser Breite ist das Kreuzen von einem Personen- und einem Lastwagen nicht möglich, und an der engsten Stelle (3.60 m) ist nicht einmal das gefahrlose Kreuzen von zwei Personwagen möglich. Dabei noch nicht berücksichtigt ist der Fussgänger- und Fahrradverkehr. Am Gesagten vermag der Umstand, dass offenbar ein Trottoir geplant ist und Ausweichstellen geschaffen werden sollen, nichts zu ändern. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Grotzenmühlestrasse bereits im heutigen Zeitpunkt mehr als nur Quartiererschliessungsfunktion hat, dass sie vielmehr auch der Erschliessung von mehreren Industriequartieren, Gewerbegebieten sowie einer Sportzone dient, und dass sie auch einen bedeutenden Fussgänger- und Radfahrerverkehr aufzunehmen hat. Im Weiteren dient sie faktisch einer Ortskernumfahrung in Richtung Trachslau und Alpthal, womit ihr Durchgangsstrassencharakter zukommt. Dass nicht von einer reinen Erschliessungsstrasse ausgegangen werden kann, geht denn auch aus der VSS-Norm SN 640 045 hervor, wonach nur bis zu einer maximalen Belastung von 150 Fz./h noch von einer Erschliessungsstrasse die Rede ist. Diese Grenze würde vorliegend bereits bei einer Annahme von nur 50 zusätzlich möglichen Wohneinheiten überschritten (...).

Die Sicherheit der Verkehrsbenützer ist auf dem umstrittenen Abschnitt der Grotzenmühlestrasse wegen der geringen Breite und bei einer Ge-

C. 2.6

samtbeanspruchung von 250 zu erschliessenden Wohneinheiten weder für die Motorfahrzeugbenützer und die Radfahrer noch für die Fussgänger gewährleistet (...). Die tatsächliche Erschliessung des Baugrundstücks KTN 4550 ist somit zu verneinen. Selbst die Gutachterin hält in ihrer Stellungnahme vom 21. Februar 2000 fest: «*Werden über die Grotzenmühlestrasse künftig weitere Wohneinheiten erschlossen, insbesondere die geschätzten 100 der Genossame Dorf Binzen, wird die heutige Strassenquerschnittsbreite von 4 m nicht mehr ausreichen.*» (RRB Nr. 223/2001 vom 13. Februar 2001).

2.6 Erschliessung

– *Verhältnisse, bei welchen ausnahmsweise für eine hinreichende Erschliessung auf eine Zufahrt auf einer Strasse verzichtet werden kann (Erw. 3.1–3.2).*

Aus den Erwägungen:

3.1 In § 37 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG; SRSZ 400.100, wird ausdrücklich festgehalten, dass Land erschlossen ist, wenn es *für die betreffende Nutzung* genügend zugänglich ist. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung genügt ausnahmsweise ein blosser Zugang.

Die Erschliessung ist ein beweglicher Begriff. Sie bestimmt sich nach der beanspruchten Nutzung des Grundstückes einerseits und nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall andererseits. Wichtige Anliegen der Raumplanung können nahe legen, den sachlich erwünschten Erschliessungsstand zu unterschreiten, solange dadurch keine polizeiwidrigen Zustände entstehen (vgl. EJPD/BRP, Erläuterungen zum RPG, N 9 zu Art. 19; RRB Nr. 288 vom 19. Februar 1991).

3.2 Im konkreten Fall geht es um die Erschliessung einer schmalen Landzunge, auf welcher sich ein Weekendhaus, 40 Bootsplätze sowie Badeplätze befinden. Auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten, d.h. der sehr schmalen, lang gezogenen Form des Grundstückes, der vorhandenen Überbauung mit einem kleinen Weekendhaus, den Bootsplätzen sowie der Bestockung steht fest, dass auf der Landzunge nicht mehr als bereits vorhanden realisiert werden kann (...). Das Weekendhaus stellt keinen Dauerwohnsitz dar. Es wird vorab im Sommer und an Wochenenden benutzt. Die Strecke, die zu Fuss zurückgelegt werden muss, um ab KTN 1432 zur Landzunge KTN 9 zu gelangen, beträgt lediglich rund 70 m. Dazu kommt, dass die Landzunge zusätzlich mit dem Schiff erreichbar ist. Immerhin sind 40 Bootsplätze und im nördlichsten Bereich der Landzunge ein zusätzlicher Anlegesteg vorhanden (...). Schwerere Materialien, beispielsweise für gelegentliche Reparaturen am Weekendhaus, können demnach problemlos auf

dem Seeweg herangeführt werden, sofern der Transport mittels Schubkarren über den sehr kurzen aber breiten Fussweg als zu mühselig angesehen wird. Demzufolge ist im konkreten Fall die Einräumung eines Fahrwegrechtes entbehrlich. Für die beschriebene Nutzung genügt aussergewöhnlich ein blosser Zugang im Sinne von § 37 Abs. 3 PBG.

Da es sich bei der Landzunge um ein kleines Naherholungsgebiet handelt, würde ein Zufahrtsrecht, welches entsprechende Immissionen mit sich bringt, zu deren Nutzung in Widerspruch stehen. Kommt dazu, dass auch tatsächliche Gegebenheiten wie das Fehlen eines Wendeparkplatzes sowie das Fehlen von Parkplätzen der Einräumung eines Zufahrtsrechtes entgegenstehen.

(RRB Nr. 153/2001 vom 30. Januar 2001).

2.7 Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone

Leitsätze zu Rechtsmittelentscheiden, in welchen Ausnahmegewilligungen nach Art. 24ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung für Bauvorhaben im Kanton Schwyz beurteilt worden sind: *Bewilligungspflicht (Ziff. 1); Standortgebundenheit (Ziff. 1,3); Verfahren (Ziff. 2,3); Interessenabwägung (Ziff. 4); Zweckänderung (Ziff. 5); teilweise Änderung (Ziff. 6); Wiederherstellung (Ziff. 6).*

1. Eine Pergola, 9 x 5 x 3 m, als Witterungsschutz für eine Gartenbeiz ist bewilligungspflichtig. Die Pergola ist nach den privilegierten Tatbeständen (Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 24a; nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe ausserhalb der Bauzonen im Sinne von Art. 24b RPG; bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen im Sinne von Art. 24c RPG) nicht bewilligungsfähig. Auch die Standortgebundenheit ist zu verneinen (RRB Nr. 1482 vom 27. November 2001).

2. Eine Projektänderung, die äusserlich stärker in Erscheinung tritt, ist zu publizieren. Dies ist der Fall, wenn eine Wasserleitung nicht mehr unterirdisch, sondern oberirdisch verlegt wird (RRB Nr. 1229 vom 16. Oktober 2001).

3. Die Legitimation eines Nachbarn, bei dem die elektrische Feldstärke einer Mobilfunkanlage 12% des Anlagegrenzwertes beträgt, ist zu bejahen. Rückweisung, da zu Unrecht auf die Einsprache nicht eingetreten wurde. Rückweisung ebenfalls, weil nicht geprüft wurde, ob ein Standort in den nahegelegenen Bauzonen möglich ist (RRB Nr. 1135 vom 18. September 2000; vgl. auch EGV-SZ 2001, C. 2.1).

4. Das öffentliche Interesse am Natur- und Landschaftsschutz spricht in der Regel gegen die Eindolung von Bächen bzw. für die Revitalisierung von eingedolten Bächen (RRB Nr. 789 vom 26. Juni 2001).

C. 7.1

5. Zweckänderung von Schweineställen in eine Werkstatt, ein Clublokal sowie Lager: Bei wesentlichen baulichen Veränderungen ist Art. 24a RPG nicht mehr anwendbar. Da von einer vollständigen Zweckänderung auszugehen ist, ist auch Art. 24c Abs. 2 RPG nicht anwendbar (RRB Nr. 1023 vom 28. August 2001).

6. Eine etappenweise Erweiterung eines Wohnhauses um insgesamt 108% kann offensichtlich nicht mehr als teilweise Änderung bewilligt werden. Die Anordnungen der Verkleinerung des Wintergartens und des teilweisen Abbruchs des Kelleranbaus sind verhältnismässig (RRB Nr. 1175 vom 25. September 2001).

7. Sozialwesen

7.1 Wirtschaftliche Hilfe (Wohnungs- und Umzugskosten)

- *Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe (Erw. 2).*
- *Erweist sich der Mietzins als zu hoch, so ist der Empfänger wirtschaftlicher Hilfe aufzufordern, eine günstigere Wohnung zu suchen. Weigert sich der Empfänger wirtschaftlicher Hilfe, eine preislich günstigere Wohnung zu suchen, so muss er mit einer Reduktion des Beitrages an die Mietzinskosten rechnen. Von einer Kürzung ist abzusehen, wenn dadurch der Aufwand für eine Gemeinde gar nicht vermindert werden kann (Erw. 3).*
- *Umzugskosten innerhalb der Schweiz sind grundsätzlich als wirtschaftliche Hilfe von der Gemeinde zu übernehmen (Erw. 4/5).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach § 11 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) haben die Gemeinden dafür zu sorgen, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird, die unter anderem auch die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe umfasst (Abs. 2). Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Sie erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe wird in der Regel in Bargeld, ausnahmsweise durch Erteilen von Gutsprachen oder auf andere Weise gewährt (§ 17 Abs. 1 ShG). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Verordnung sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemässigem Ermessen entscheiden

muss (§ 5 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984 [ShV, SRSZ 380.111]). Für die Bemessung der Hilfe haben die Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegleitenden Charakter (§ 5 Abs. 2 ShV).

2.2 Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums. Mit dem in § 5 Abs. 2 ShV enthaltenen Hinweis auf die SKOS-Richtlinien hat der Gesetzgeber das Existenzminimum (§ 16 Abs. 1 ShG) konkretisiert. Für die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe sind somit die SKOS-Richtlinien wegleitend. Der Regierungsrat wendet diese Richtsätze bei der Beurteilung von Beschwerden über die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe konsequent an (vgl. RRB 175/1999 vom 2. Februar 1999).

2.3 Die materielle Grundsicherung umfasst alle in einem Privathaushalt notwendigen Ausgabenpositionen. Diese sind im Umfang der empfohlenen Beträge (Grundbedarf I, Zuschläge zum Grundbedarf I usw.) bzw. der effektiven Kosten anzurechnen. Die materielle Grundsicherung umfasst den Grundbedarf für den Lebensunterhalt (je nach Grösse und Zusammensetzung des Haushaltes abgestuft), die Wohnungskosten (einschliesslich der unmittlerbaren Nebenkosten) sowie die Kosten für die medizinische Grundversorgung. Während für den Grundbedarf von einem festen Pauschalbetrag ausgegangen wird, sind die Wohnungskosten und die Kosten für die medizinische Grundversorgung in den Richtlinien betragsmässig nicht normiert. Sie sind weder in Form fixer Pauschalen noch als Abgeltung in Bandbreiten ausgestaltet, sodass auf den Einzelfall individuell eingegangen werden kann. Ziff. B. 3 der SKOS-Richtlinien hält diesbezüglich fest, dass der Wohnungsmietzins anzurechnen ist, soweit dieser im ortsüblichen Rahmen liegt. Ebenfalls anzurechnen sind die vertraglich vereinbarten Nebenkosten. Die Kosten für die Wohnungsmiete sind anhand des Mietvertrages zu ermitteln und voll anzurechnen, sofern und solange keine günstigere Wohnung vermittelt werden kann, die der Situation des Betroffenen gerecht zu werden vermag. Bei der Gewährung wirtschaftlicher Hilfe hat die Fürsorgebehörde deshalb grundsätzlich den effektiven Mietzins zu übernehmen.

2.4 Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 16. Oktober 2000 die Beschwerdeführerin aufgefordert, den Mietvertrag auf Ende Januar 2001 zu kündigen und in eine günstigere Wohnung zu ziehen, da der Mietzins für das Einfamilienhaus an der X.-strasse von Fr. 1750.– für einen Zweipersonenhaushalt zu hoch sei. Falls sie dieser Aufforderung nicht nachkomme, wurde sie dahingehend informiert, dass ab Februar 2001 nur noch ein Mietzins von Fr. 900.– ins Unterstützungsbudget aufgenommen werde. In der Folge teilte die Beschwerdeführerin der Fürsorgebehörde mit, dass sie im März 2001 ihren Wohnsitz nach Deutschland verlegen werde. Deshalb ersuchte sie die Fürsorgebehörde um nochmalige Übernahme der Mietzinskosten von Fr. 1750.– für Februar 2001. Dieses Gesuch wurde von der Fürsorgebehörde am 27. November 2000 abgelehnt. Es stellt sich die Frage, ob

C. 7.1

die Fürsorgebehörde von der Beschwerdeführerin verlangen durfte, dass sie für einen Monat in eine günstigere Wohnung umziehe beziehungsweise bei Nichtbefolgung eine entsprechende Reduktion bei den Mietzinskosten in Kauf nehmen müsse.

3.1 Ob eine von der unterstützten Person gemietete Wohnung bezüglich Grösse oder Höhe des Mietzinses angemessen ist oder nicht, ist anhand des Einzelfalles zu entscheiden. Starre Regeln dazu gibt es weder in der Sozialhilfegesetzgebung, den Unterstützungsrichtlinien noch in der Sozialhilfepraxis. So kann beispielsweise für eine Einzelperson nicht abstrakt und generell gesagt werden, dass eine 3-Zimmer-Wohnung in jedem Fall zu gross sei, kommt es dabei doch wesentlich auf die konkreten Umstände wie Grösse der Zimmer, Komfort, Alter der Wohnung usw. an (Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 142). Erachtet die Sozialhilfebehörde einen Mietzins als zu hoch, kann sie die Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe mit der Auflage verbinden, eine günstigere Wohnung zu suchen (§ 9 Abs. 1 und 2 lit. d ShV; EGV-SZ 1995, S. 128). Bei der Suche nach einer günstigeren Wohnung hat die Fürsorgebehörde Mithilfe zu leisten (vgl. B.3 SKOS-Richtlinien). Dies ergibt sich auch aus den §§ 1 Abs. 2 lit. b, 11 Abs. 2 lit. b und 27 ShG, wonach die Sozialhilfe auch die persönliche Hilfe umfasst. Weigern sich unterstützte Personen, eine günstigere Wohnung zu suchen oder in eine effektiv verfügbare und zumutbare günstigere Wohnung umzuziehen, dann können die anrechenbaren Wohnkosten auf jenen Betrag reduziert werden, der durch die günstigere Wohnung entstanden wäre.

3.2 Die Aufforderung zur Kündigung der Wohnung auf Ende Januar 2001 erfolgte grundsätzlich zu Recht. Es geht nicht an, die öffentliche Fürsorge zu beanspruchen und gleichzeitig zu zweit in einer Wohnung, deren Mietzins Fr. 1750.– beträgt, zu wohnen. Im vorliegenden Fall war es jedoch für die Beschwerdeführerin unzumutbar, für einen Monat eine neue Wohnung zu beziehen, sofern dies überhaupt möglich ist. Es wird wohl kein Vermieter zu finden sein, der seine Wohnung für nur einen Monat vermietet. Sodann sind die Umtriebskosten für ein zweimaliges Umziehen in so kurzer Zeit zu hoch. Es wurde seitens der Fürsorgebehörde auch keine zumutbare Wohnung zur Verfügung gestellt oder der Beschwerdeführerin geholfen, eine solche zu finden. Die Fürsorgebehörde machte lediglich die Auflage, eine Wohnung von maximal Fr. 900.– zu mieten, eine weitere Hilfestellung wurde der Beschwerdeführerin nicht anboten. Die Fürsorgebehörde hat den Absichten der Beschwerdeführerin, nämlich im März 2001 nach Deutschland zu ziehen, überhaupt keine Rechnung getragen. Die Abweisung der Übernahme der gesamten Mietkosten für Februar 2001 erfolgte in Berücksichtigung aller Gründe zu Unrecht, weshalb die Verfügung vom 27. November 2000 aufzuheben ist. Die Fürsorgebehörde ist daher anzuweisen, für Februar 2001 die vollen Mietkosten im Umfange von Fr. 1750.– zu übernehmen.

4.1 Die Beschwerdeführerin ersuchte die Fürsorgebehörde am 12. Januar 2001 um Übernahme der Umzugskosten gemäss Offerte der Firma A. ... im Betrage von Fr. 2980.–. Mit Beschluss vom 15. Januar 2001 trat die Fürsorgebehörde auf das Gesuch nicht ein. Im Übrigen hielt sie fest, dass sie auch keine Kostengutsprache zur Übernahme von Umzugskosten von Z. nach Y. (D) erteile.

4.2 Wird auf ein Gesuch oder eine Beschwerde nicht eingetreten, so hat die Rechtsmittelbehörde an sich nur zu überprüfen, ob die verfügende Behörde zu Recht nicht eingetreten ist. Auf ein Gesuch ist nicht einzutreten, wenn eine der Voraussetzungen von § 27 Abs. 1 VRP nicht gegeben ist. Welche im vorliegenden Fall nicht vorhanden sein sollte, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz nicht begründet. Die Fürsorgebehörde ist offenkundig zu Unrecht auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Da aus den Stellungnahmen der Fürsorgebehörde hervorgeht, dass sie im Falle der Rückweisung das Gesuch um Übernahme der Umzugskosten ablehnen würde, widerspräche es der Prozessökonomie, wenn nun die ganze Angelegenheit zurückgewiesen würde und einige Zeit später der Regierungsrat trotzdem über die Übernahme der Kosten zu entscheiden hätte. Aus diesem Grunde ist auf eine Rückweisung zu verzichten.

5.1 Gemäss C.8 SKOS-Richtlinien hat das bisherige Sozialhilfeorgan, wenn unterstützte Personen aus der Gemeinde wegziehen, unter anderem die Kosten für den Umzug zu decken.

5.2 Es ist wohl unbestritten, dass jeder Wohnungswechsel gewisse Kosten verursacht. Diese Kosten können je nach Umständen höher oder tiefer ausfallen. Im konkreten Fall beziffert sich die Offerte vom 12. Januar 2001 der Firma A. ... für den Möbel- und Hausratumzug von Z. nach Y. auf Fr. 2980.–; darin sind ein LKW mit Chauffeur, Mithilfe, Möbellift (Ablad) und die LSWA inbegriffen. Auf Grund der Wegstrecke und der persönlichen gesundheitlichen Situation der Beschwerdeführerin ist am Beizug eines Zügelunternehmens nichts auszusetzen. Hingegen entspricht es nicht dem Sinne der SKOS-Richtlinien, dass sämtliche Kosten auch bei einem Umzug ins Ausland von der Fürsorge übernommen werden. Es könnte ja auch sein, dass eine unterstützte Person nach Amerika oder Australien zieht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass gemäss C. 8 SKOS-Richtlinien die Kosten für einen Wohnungswechsel innerhalb der Schweiz zu übernehmen sind.

5.3 Auf eine genaue Ermittlung der Kosten für einen hypothetischen Umzug in der Schweiz kann verzichtet werden. Der Betrag, den die Gemeinde der Beschwerdeführerin unter diesem Titel auszurichten hat, ist vielmehr unter Zugrundelegung einer etwas kürzeren Wegdistanz ermessensweise auf Fr. 2000.– festzulegen.

6. Die Verfügung vom 27. November 2000 ist aus den dargestellten Gründen aufzuheben. Die Fürsorgebehörde hat den Mietzins von Fr. 1750.– für

C. 7.2

den Februar 2001 zu übernehmen (abzüglich der bereits geleisteten Zahlung von Fr. 900.–). Sodann ist die Verfügung vom 15. Januar 2001 aufzuheben; die Fürsorgebehörde hat der Beschwerdeführerin für die Kosten des Umzugs einen Betrag von Fr. 2000.– auszurichten. (RRB Nr. 1001/2001 vom 21. August 2001).

7.2 Rückerstattung von Fürsorgeleistungen

- *Fürsorgeleistungen sind zurückzuerstatten, wenn der Empfänger finanziell in besonders günstige Verhältnisse gelangt ist (Erw. 5–6).*
- *Die Ausgleichskasse ist gesetzlich befugt, den Gemeinden, die im Hinblick auf eine Rente der IV Vorschussleistungen erbracht haben, Nachzahlungen dieser Rente direkt als Rückerstattungen zu überweisen, sofern eine solche von der Fürsorgebehörde angeordnet worden ist (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Rückerstattung von Fürsorgeleistungen ist in § 25 des Gesetzes über Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (SRSZ 380.100/ShG) geregelt. Nach § 25 Abs. 1 ShG ist verpflichtet, Unterstützungen zurückzuerstatten, wer finanziell in besonders günstige Verhältnisse gelangt ist.

5.2 Die Fürsorgebehörde A. hat den Beschwerdeführer ab 1992 bis 27. März 1997 mit Fr. 101 749.80 finanziell unterstützt. Nach Abzug von bereits erhaltenen Rückerstattungen ist noch ein Betrag von Fr. 78 374.90 bei der Fürsorgebehörde offen. Die Ausgleichskasse Schwyz hat sodann dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 22. April 1997 rückwirkend ab November 1991 eine halbe IV-Rente zugesprochen. Die Nachzahlung der IV-Rente für die Monate November 1991 bis März 1997 wird insgesamt Fr. 105 758.60 betragen. Auf Grund gewisser Auszahlungen und Verrechnungen durch die Ausgleichskasse ist noch ein Betrag von Fr. 59 519.95 vorhanden, das heisst, der Beschwerdeführer wird noch in diesem Umfang eine Nachzahlung erhalten (...). Durch diese nachträgliche Rentenleistung wird der Beschwerdeführer in besonders günstige Verhältnisse gelangen. Würde von einer Rückerstattung abgesehen, so hätte der Beschwerdeführer für den Zeitraum von November 1991 bis März 1997 doppelt Unterstützungsleistungen bezogen, was nicht gerechtfertigt wäre.

6.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, günstige Verhältnisse lägen nicht vor, weil er Schulden habe im Umfang von Fr. 76 103.70. Diese seien entstanden, da er von der Fürsorgebehörde seit April 1997 nicht mehr finanziell unterstützt worden sei. Um den Lebensunterhalt bestreiten zu können, habe er Schulden bei einem Kollegen machen müssen.

6.2 Wie dargelegt, hat der Beschwerdeführer während der gesamten Dauer der Unterstützung durch die Fürsorgebehörde A. um die Möglich-

keit einer bevorstehenden Rückforderung im Umfang der darauf entfallenden Versicherungsleistungen gewusst. Weigert er sich jetzt, die fällige Nachzahlung der Fürsorgebehörde zukommen zu lassen, verhält er sich widersprüchlich (BGE 108 V 88, E. 3b; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Zürich 1983, S. 42). Er verstösst gegen das Prinzip von Treu und Glauben, das für die Behörde, aber auch für die leistungsangesprochene Person in der Sozialhilfe gilt. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliesst namentlich das Verbot widerspruchsvollen oder rechtsmissbräuchlichen Handelns. Daraus folgt, dass das Verhalten derjenigen Person, die von der Fürsorgeeinrichtung Leistungen beansprucht, so aufzufassen ist, wie es diese hat verstehen dürfen und müssen. Namentlich mit den Abtretungserklärungen hat der Beschwerdeführer sein Einverständnis gegeben, dass zukünftige Leistungen der IV nicht ihm selber, sondern der Fürsorgebehörde zustehen sollen. Auf Grund dieser Willenserklärungen durfte die Fürsorgebehörde in guten Treuen davon ausgehen, dass sie die bezahlten Fürsorgegelder im Umfang der zukünftigen Rentennachzahlungen der IV zurückfordern könne. Im Rahmen der Rückforderungsverfügung kann sich der Beschwerdeführer daher nicht mehr mit Erfolg darauf berufen, er brauche das Geld für die Begleichung der Schulden und werde deshalb nicht in besonders günstige Verhältnisse kommen (BGE Urteil 2P.178/2000).

6.3 Den Äusserungen des Beschwerdeführers, die Fürsorgebehörde habe ihm ab April 1997 wirtschaftliche Hilfe verweigert, weshalb er bei einem Kollegen um Geld bitten musste, ist entgegenzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer seit erwähntem Datum nicht mehr bei der Fürsorgebehörde gemeldet und um finanzielle Hilfe ersucht hat. Aus diesem Grunde sah sich die Fürsorgebehörde auch nicht veranlasst, weitere finanzielle Hilfe zu gewähren.

Hätte sich der Beschwerdeführer jedoch bei der Fürsorgebehörde gemeldet, wäre zu untersuchen gewesen, wie sich der Wegzug der beiden Kinder im August 1997 finanziell ausgewirkt hat. Sicher aber wären die Unterstützungsleistungen an Drittpersonen, wie vorliegend an die Mutter des Beschwerdeführers in B., nicht zu berücksichtigen gewesen.

6.4 Im Weiteren ist überhaupt nicht belegt, dass das Privatdarlehen von Y. im Umfange von Fr. 95 700.– für die Kosten des Lebensunterhalts verwendet worden ist. Im Novationsvertrag vom 2. November 1999 wird nämlich erwähnt, dass Y. seit 1991 dem Beschwerdeführer Geld geliehen habe. Bis zum 2. November 1999 waren dies bereits Fr. 95 700.–. Ab 1992 war aber der Lebensunterhalt des Beschwerdeführers und seiner Familie durch die finanzielle Unterstützung der Fürsorgebehörde sichergestellt, und ab April 1997 erhielt er monatlich eine IV-Rente von Fr. 1527.– zuzüglich einer BVG-Rente von Fr. 810.– (total: Fr. 2337.–). Gegenüber der Fürsorgebehörde hat der Beschwerdeführer nie erwähnt, dass er noch Schulden bei einem Kollegen habe, geschweige denn, dass er während der Unterstüt-

C. 7.2

zungszeit noch weitere Einnahmen hatte. Es ist viel eher davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer mit dem geliehenen Geld einen höheren Lebensstandard geleistet hat, möglicherweise sogar das Erstellen eines Eigenheimes in B. Auch aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, bei der Frage, ob durch die Nachzahlung finanziell günstige Verhältnisse vorliegen, die geltend gemachten Darlehensschulden zu berücksichtigen.

7.1 Nach Art. 85^{bis} der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) können namentlich öffentliche Fürsorgestellen, die im Hinblick auf eine Rente der IV Vorschussleistungen erbracht haben, verlangen, dass die Nachzahlung dieser Rente bis zur Höhe ihrer Vorschussleistungen verrechnet und an sie ausbezahlt wird (Abs. 1). Als Vorschussleistungen im Sinn dieser Bestimmung gelten unter anderem vertraglich oder auf Grund eines Gesetzes erbrachte Leistungen, soweit aus dem Vertrag oder dem Gesetz ein eindeutiges Rückforderungsrecht infolge der Rentennachzahlung abgeleitet werden kann (Abs. 2 Bst. b). Die Nachzahlung darf der bevorschussenden Stelle höchstens im Betrag der Vorschussleistung und für den Zeitraum, in dem diese erbracht worden ist, ausbezahlt werden (Abs. 3).

7.2 Mit Art. 85^{bis} IVV hat der Bundesrat ein direktes Drittauszahlungsrecht der bevorschussenden Fürsorgestellen gegenüber der IV geschaffen (BVR 1993, S. 166ff.). Durch die Drittauszahlung einer Invalidenrente wird ein Vermögensvorteil ausgeglichen, den der oder die Versicherte durch den Bezug von vorschussweise ausgerichteten Fürsorgeleistungen bereits einmal erhalten hat (BGE 123 V 30, E. 3c). Diese bundesrechtliche Regelung macht eine kantonale Bestimmung über ein direktes Drittauszahlungsrecht der Fürsorge gegenüber der IV entbehrlich. Hingegen verlangt Art. 85^{bis} Abs. 2 Bst. b IVV auf kantonaler Stufe ein gesetzliches Rückforderungsrecht der bevorschussenden Fürsorgestelle gegenüber der bedürftigen Person.

7.3 Die Frage, ob § 25 Abs. 1 ShG im Sinne von Art. 85^{bis} Abs. 2 Bst. b IVV genügt, damit die Ausgleichskasse direkt an die Fürsorgebehörde auszahlen kann, kann offen gelassen werde, da festgestellt worden ist, dass durch die bevorstehende Nachzahlung im Umfange von Fr. 59'519.95 finanziell besonders günstige Verhältnisse beim Beschwerdeführer vorliegen und er deshalb auf Grund von § 25 Abs. 1 ShG zur Rückerstattung der wirtschaftlichen Hilfe verpflichtet ist. (RRB Nr. 1138/2001 vom 18. September 2001).

8. Erziehungswesen

8.1 Primarschulhauszuteilung

- *Schulorganisatorische Anordnungen sind dann in Form einer Verfügung zu treffen, wenn sie in erheblicher Weise in das Leben und in den Tagesablauf des betroffenen Kindes eingreifen (Erw. 3).*
- *Aus Art. 11 BV (Schutz für Kinder und Jugendliche) lässt sich kein direkter Anspruch auf Zuteilung eines Schülers in ein bestimmtes Schulhaus ableiten (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Entscheid des Schulrates, wonach der Sohn der Beschwerdeführer die erste Klasse der Primarschule im Schulhaus X. statt in dem seinem Wohnsitz näher gelegenen Schulhaus Y. besuchen muss, hat zur Folge, dass sich der Schulweg des Kindes um rund 500 Meter verlängert und dieses dabei zusätzlich zur A.-gasse auch die B.-strasse überqueren muss, wodurch nach Ansicht der Beschwerdeführer sein Schulweg wesentlich gefährlicher werde.

2.2 Der Regierungsrat ist auf eine bei ihm erhobene Beschwerde im Sinne der Erwägungen nicht eingetreten, und das Verwaltungsgericht hat eine dagegen eingereichte Beschwerde im Sinne der Erwägungen abgewiesen. Die Beschwerdeführer sehen darin in erster Linie eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte, weshalb darüber vorweg befunden werden muss, bevor gegebenenfalls die Einhaltung der angerufenen materiellen Verfassungsrechte zu prüfen ist.

3.1 Die kantonalen Instanzen beurteilen die Zuteilung eines Schülers in ein bestimmtes Schulhaus unter Hinweis auf die schwyzerische Praxis und diejenige verschiedener Kantone grundsätzlich als rein organisatorische Anordnung, mit der weder Rechte noch Pflichten des Schülers oder seiner Eltern begründet, abgeändert, aufgehoben oder festgestellt würden (vgl. dazu EGV-SZ 1984, Nr. 40; LGVE 1997 II, Nr. 4; AGVE 1998, Nr. 143). Es liegt keine anfechtbare Verfügung im Sinne von § 6 der schwyzerischen Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege vor (VRP; SRSZ 234.110).

Im Entscheid des Regierungsrates wird hervorgehoben, es gehe um organisatorische Anordnungen im Rahmen eines Sonderstatusverhältnisses, die als solche regelmässig formlos ergehen und alsdann in der Regel auch nicht auf dem Rechtsmittelweg angefochten werden könnten. Ein Rechtsschutzinteresse, welches ausnahmsweise Anspruch auf eine Verfügung gebe, sei grundsätzlich erst dann anzuerkennen, wenn durch schulorganisatorische Anordnungen «rechtliche Ansprüche der betroffenen Schüler» berührt würden. Das Verwaltungsgericht stellt demgegenüber eher darauf

C. 8.1

ab, ob durch die streitige schulorganisatorische Anordnung «Rechte und Pflichten» des Kindes begründet würden. Massgebend sei die Pflicht zur Einschulung; die organisatorischen Massnahmen, die im Rahmen des daran anschliessenden Rechtsverhältnisses ergingen, seien hingegen nicht mehr darauf ausgerichtet, eine Rechtsbeziehung zu den Rechtsunterworfenen zu begründen, weshalb sie keine Verfügung darstellten. Es gebe keinen Anspruch eines Kindes, das einmal zugewiesene Schulhaus bis zur Beendigung der Primarschulzeit besuchen zu können.

3.2 Im Schrifttum werden die Beschlüsse über die Aufhebung von Schulen und Klassen zwar grundsätzlich als Verwaltungsakte organisatorischer Natur eingestuft; gleichzeitig wird aber anerkannt, dass sie dann Gegenstand einer Beschwerde bilden können, wenn sie das Recht des Kindes auf genügenden Primarunterricht in Frage stellen oder einen anderen durch Gesetz zugesicherten Anspruch betreffen (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, Bern 1979, S. 492; ders., Probleme des Rechtsschutzes, in: Schulische Anordnungen in der Volksschule, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Band 27, 1987, S. 100; Tomas Poledna, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, in AJP 1998, S. 919 und 922; Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in ZBl 99/1998, S. 508f.).

3.3 Der Verfügungsbegriff von § 6 VwVP entspricht grundsätzlich demjenigen von Art. 5 VwVG. Dazu kann in Übereinstimmung mit dem Regierungsratsentscheid festgehalten werden, dass organisatorische Anordnungen im Rahmen eines Sonderstatusverhältnisses grundsätzlich formlos ergehen können. Der Regierungsrat übersieht jedoch, dass ein Rechtsschutzinteresse, das ausnahmsweise eine Rechtsmittelmöglichkeit rechtfertigt, nicht nur vorliegen kann, wenn es nachgerade um Ansprüche eines Schülers geht, sondern auch dann, wenn diesem besondere Verhaltenspflichten oder sonstige besondere Nachteile zugemutet werden. Das Verwaltungsgericht wiederum verkennt, dass auch die im Rahmen eines bereits begründeten Sonderstatusverhältnisses ergehenden organisatorischen Anordnungen die Rechtsstellung des Einzelnen berühren können, indem sie diesen direkt zu einem bestimmten – durch rechtliche Sanktionen gesicherten – Verhalten verpflichten oder für ihn sonstwie bestimmte rechtliche Konsequenzen zeitigen. Dem entspricht, dass solche «organisatorische» Anordnungen, welche die Interessen des einzelnen Schülers in spezifischer Weise berühren, in der schweizerischen Praxis regelmässig auf dem Rechtsmittelweg angefochten werden können. Als Beispiele können Entscheide über die Nichtpromotion oder die Einweisung in eine Kleinklasse genannt werden. Den Schwierigkeiten der diesbezüglichen Abgrenzung lässt sich dadurch begegnen, dass die Möglichkeit der Anfechtung für gewisse Kategorien von schulrechtlichen Anordnungen gesetzlich oder reglementarisch vorgesehen wird. Eine solche Regelung fehlt indessen im vorliegenden Zusammenhang.

3.4 Die Zuweisung eines Schülers der 1. Primarklasse in ein weiter entferntes Schulhaus, wodurch sich der Schulweg von 300 m um 500 m bzw. täglich um 2 km (4 mal 500 m) verlängert, greift – unabhängig von der Frage der Zulässigkeit dieser Massnahme – in erheblicher Weise in das Leben und in den Tagesablauf des betroffenen Kindes ein. Eine solche Massnahme geht wesentlich weiter als die üblichen organisatorischen Anordnungen, die sich auf den schulinternen Bereich im engeren Sinne beschränken (z.B. Zuweisung in eine andere Klasse an der gleichen Schule, Änderung des Stundenplanes usw.). Dem betroffenen Kind bzw. seinen Eltern müsste daher im Bestreitungsfall an sich eine Anfechtungsmöglichkeit offen stehen, und die Frage der Rechtmässigkeit und Zumutbarkeit der Massnahme hätte richtigerweise Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens und nicht Voraussetzung für eine anfechtbare Verfügung zu bilden. Im vorliegenden Fall bleibt dies freilich ohne Folgen.

3.5 Die Problematik der vom Verwaltungsgericht herangezogenen Abgrenzungskriterien ist nämlich diesem nicht entgangen, hat es doch das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses noch unter weiteren Gesichtspunkten als lediglich im Hinblick auf die Schaffung allfälliger Rechtsbeziehungen zwischen der Schule und dem Schüler geprüft. Das Verwaltungsgericht hat insbesondere überprüft, ob angesichts der oftmals schwierigen Abgrenzung zwischen anfechtbaren Verfügungen und nicht anfechtbaren Realakten oder organisatorischen Massnahmen sowie der verschiedentlich kritisierten Beschränkung der Verwaltungsbeschwerdeverfahren auf Verfügungen ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer bestehe. Das Verwaltungsgericht verneinte ein derartiges Rechtsschutzinteresse. Es führte dazu aus, die streitige Anordnung verstosse entweder nicht gegen die von den Beschwerdeführern angerufenen Grundrechte (persönliche Freiheit nach Art. 10 BV; Jugendschutz gemäss Art. 11 BV) oder die angerufenen verfassungsmässigen Rechte seien nicht einmal berührt (Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht nach Art. 19 BV; Grundsätze über Fuss- und Wanderwege gemäss Art. 88 BV).

Obwohl das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses verneinte, hat es – gleichermassen wie der Regierungsrat in einer entsprechenden Eventualerwägung seines Entscheides – implizit die Rechtmässigkeit der streitigen Anordnung festgestellt und insofern die gleiche Prüfung vorgenommen, wie wenn diese Anordnung in Form einer anfechtbaren Verfügung ergangen wäre. Im Ergebnis haben die kantonalen Instanzen die Argumente der Beschwerdeführer gleichermassen geprüft, wie wenn die Schulhauszuteilung formell verfügt worden wäre. Wurde der Standpunkt der Beschwerdeführer in diesem Sinne inhaltlich behandelt, so liegt keine formelle Rechtsverweigerung gemäss Art. 29 Abs. 1 BV vor. Gleichzeitig hat das Verwaltungsgericht den Anspruch der Beschwerdeführer als rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV nicht verletzt, indem es hinsichtlich der Eintretensfrage keine weiteren Beweismassnahmen durchführte. Auch ist der angefochtene Entscheid im Hinblick auf die

C. 8.1

Auslegung und Anwendung von § 6 VRP nicht willkürlich (Art. 9 BV). Daran ändert nichts, dass der Regierungsrat auf Nichteintreten (im Sinne der Erwägungen) entschieden und das Verwaltungsgericht dies (erneut im Sinne der Erwägungen) geschützt hat. Der jeweilige Verweis im Dispositiv auf die Erwägungen zeigt vielmehr, dass die materielle Prüfung eben doch Inhalt der Entscheide bildete.

4.1 Auch mit den weiteren angerufenen verfassungsmässigen Rechten versuchen die Beschwerdeführer hauptsächlich, ein Rechtsschutzinteresse zu belegen, das ihnen Zugang zum Rechtsmittelweg verschaffen würde. Dass insoweit keine Verfassungsverletzung vorliegt, da ihre Anliegen durchaus materiell behandelt worden sind, liess sich bereits zeigen. Es bleibt somit einzig zu prüfen, ob die angerufenen Rechte auch inhaltlich gewahrt wurden, soweit die Rügen der Beschwerdeführer ebenfalls im entsprechenden Sinne verstanden werden können, wobei ihnen immerhin zugute zu halten ist, dass sie angesichts der Begründungen der kantonalen Entscheide die Verfahrensfrage verständlicherweise in den Vordergrund stellen.

4.2 Die Beschwerdeführer berufen sich zunächst auf Art. 11 BV. Danach haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Die Beschwerdeführer sehen diese Verfassungsbestimmung dadurch verletzt, dass ihr Sohn einen gefährlichen Schulweg auf sich nehmen müsse; hinzu komme, dass sein Schulweg ausgerechnet am bisher besuchten Schulhaus vorbeiführe und er damit regelmässig seinen früheren Kollegen und Freunden begegne, was ihn auch psychisch belaste.

Art. 11 BV legt es vom Wortlaut her nahe, für diese Bestimmung ein neues Sozialrecht zu sehen, das einen einklagbaren Anspruch gewährt. Weil der Anspruch aber sehr allgemein formuliert ist, erscheint Art. 11 BV als in hohem Masse konkretisierungsbedürftig und ist die Justiziabilität als Leistungsanspruch fraglich (vgl. dazu René Rhinow, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung*, Basel/Genf/München 2000, S. 190f.; Ulrich Meyer/Thomas Gächter, *Der Sozialstaatsgedanke*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, Rz. 40 zu § 34, S. 561f.). Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen, ob diesem Grundrecht neben der persönlichen Freiheit und anderen für Kinder und Jugendliche wesentlichen – in ihrem Schutzbereich spezifischeren – verfassungsmässigen Rechten eine eigene Tragweite zukommt. Es wurde jedenfalls abgelehnt, aus Art. 11 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abzuleiten (BGE 126 II 277, E. 5, S. 388ff. mit Hinweisen).

Ebenso erscheint es als zu weit gehend, auf dem Grundrecht direkt einen Anspruch auf Zuteilung eines Schülers in ein bestimmtes Schulhaus abzuleiten. Dabei rechtfertigt sich ein Vergleich mit dem Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Obwohl die-

ses alle Freiheiten schützt, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen, rechtfertigt nicht jeder beliebige Eingriff in den persönlichen Bereich des Bürgers eine Berufung auf die persönliche Freiheit. Diese hat nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit und schützt nicht vor jeglichem psychischen und physischen Missbehagen; ihr Schutzbereich ist im Einzelfall angesichts von Art und Intensität der Beeinträchtigung zu bestimmen (BGE 127 I 6, E. 5a, S. 10ff. mit Hinweisen; vgl. auch im Zusammenhang mit dem Schulrecht BGE 117 Ia 27). Analoges gilt im vorliegenden Zusammenhang. Die Zuteilung in ein etwas weiter entferntes Schulhaus, wobei zusätzlich eine weitere Hauptverkehrsstrasse überquert werden muss, greift nicht in den elementaren Schutzbereich des Schülers auf Unversehrtheit und auf Förderung seiner Entwicklung ein, auch wenn der längere Schulweg, der zudem am näheren Schulhaus vorbeiführt, den Schüler psychisch belasten mag.

Das Verwaltungsgericht hat im Übrigen festgestellt, dass der neue Schulweg des Sohnes der Beschwerdeführer nicht gefährlicher ist als der Schulweg der meisten anderen Schulkinder in derselben Gemeinde und dass die bereits bisher zu überquerende A.-gasse gemäss Darstellung des Schulrates und der eigenen Erfahrungen des Verwaltungsgerichts stärker befahren werde als die B.-strasse im fraglichen Bereich. Die gegenteiligen Behauptungen der Beschwerdeführer überzeugen nicht, und die entsprechende Sachverhaltsfeststellung des Verwaltungsgerichts erscheint nicht als willkürlich. Damit verstösst der angefochtene Entscheid nicht gegen Art. 11 BV.

4.3 Hinsichtlich der Rüge der Verletzung des Anspruchs auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 und 62 BV) tun die Beschwerdeführer nicht dar, weshalb diesem Anspruch durch Zuteilung in das neue Schulhaus nicht nachgekommen wird. Dass ihr Kind auf dem Schulweg einer massgeblich grösseren Gefährdung als bisher ausgesetzt wäre, wurde bereits widerlegt. Weitere Gründe bringen die Beschwerdeführer diesbezüglich nicht vor, weshalb insoweit mangels rechtsgenügender Begründung auf die Beschwerde nicht näher eingetreten werden kann (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG sowie BGE 110 Ia 1, E. 2, S. 3f.).

(Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2000, 2P.324/2001).

10. Raumplanung

10.1 Erlass von Schutzzonenplan und Schutzverordnung

- *Kompetenzen von Bund und Kantonen beim Natur- und Heimatschutz; Rolle der Raumplanung bei deren Verwirklichung (Erw. 6).*
- *Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer, besonders schöne sowie naturkundlich und kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften, bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler sowie Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen können nicht allein durch Erlass von Schutzzonen, sondern auch durch andere geeignete Massnahmen geschützt werden (Erw. 7).*
Die im kantonalen Inventar der geschützten Bauten und Objekte (KIGBO) enthaltenen Objekte werden bereits anderweitig geschützt, so dass die Aufnahme der darin verzeichneten Objekte in den Schutzzonenplan nicht erforderlich ist (Erw. 8).
- *Rechtliche Bedeutung des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS): Dieses Inventar verlangt ebenfalls nicht zwingend die Ausscheidung von Schutzzonen (Erw. 9).*
- *Bedeutung und Tragweite des Ortsbildinventars der Gemeinde Schwyz (Erw. 10).*
- *Ob Einzelbäume, Baumgruppen und Alleen in den Schutzzonenplan aufzunehmen sind, ist von den Gemeinden zu entscheiden (Erw. 11).*
- *Schutz von archäologischen Fundstellen, Wüstungen und dergleichen durch die Gemeinden (Erw. 12).*

Aus den Erwägungen

6.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 BV, Art. 24^{sexies} Abs. 1 aBV). Diese Bestimmung beinhaltet indes keine verfassungsmässige Verpflichtung der Kantone zum Natur- und Heimatschutz in genereller Art und Weise. Die Kantone sind bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit für den Natur- und Heimatschutz aber auch nicht vollständig frei. Mit den in Art. 78 Abs. 2 bis 5 BV (Art. 24^{sexies} Abs. 2 bis 5 aBV) umschriebenen Vorbehalten zu Gunsten des Bundesrechts wird die Kompetenz der Kantone auf diesem Gebiet eingeschränkt (Jean-Baptiste Zufferey, Kommentar NHG, 2. Kap., Rz. 39 und 40). Die Denkmalpflege obliegt nach diesen verfassungsmässigen Bestimmungen und der eidgenössischen Spezialgesetzgebung in weitem Masse, hinsichtlich der Baudenkmäler regionaler und lokaler Bedeutung sogar ausschliesslich, den Kantonen. Diese haben die für die Erhaltung solcher schutzwürdiger Objekte notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen und über die Unterschutzstellung im Einzelfall zu befinden (BGE 121 II 15). Die Kantone haben somit in ihrem Zuständigkeitsbereich, d. h. bei den Baudenkmälern von regionaler und lo-

kaler Bedeutung, die Kompetenz, darüber zu entscheiden, welche Objekte schützenswert sind und auf welche Weise dieser Schutz gewährleistet werden soll.

6.2 Der Natur- und Heimatschutz ist ein Element der Raumplanung. Das Bundesgesetz über die Raumplanung verlangt einerseits von Bund, Kantonen und Gemeinden, dass diese mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere die Bestrebungen, die natürlichen Lebensgrundlagen (Boden, Luft, Wasser, Wald) und die Landschaft zu schützen, unterstützen (Art. 1 Abs. 2 lit. a RPG). Andererseits bezweckt das Raumplanungsgesetz, den Natur- und Heimatschutz in den Prozess der Raumplanung zu integrieren, indem es insbesondere die Ausscheidung von Schutzzonen vorsieht (Zufferey, a.a.O., Kap. 2, Rz. 15 und 24).

7.1 Die Nutzungspläne unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG; § 17 Abs. 1 PBG). Art. 17 Abs. 1 RPG nennt die Objekte, welche einer Schutzzone zugewiesen werden können. Es sind dies Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer (lit. a), besonders schöne sowie naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften (lit. b), bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler (lit. c), aber auch Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen (lit. d). Die Raumplanung setzt sich in Art. 17 RPG denn auch den Schutz bedeutender Ortsbilder, geschichtlicher Stätten sowie der Natur- und Kulturdenkmäler zum Ziel (BGE 121 II 15).

7.2 Statt Schutzzonen festzulegen, kann das kantonale Recht andere geeignete Massnahmen vorsehen (Art. 17 Abs. 2 RPG). Wirksamer Schutz hängt somit nicht allein von Schutzzonen ab. Eine ganze Reihe anderer rechtlicher Mittel kann – oft unter geringerem Aufwand – zum selben Ziel führen. Art. 17 Abs. 2 RPG gibt den Kantonen den entsprechenden Spielraum. Er befreit aber nicht von der Schutzverpflichtung. Was Art. 17 Abs. 1 RPG als schutzwürdig bezeichnet, verdient auch wirksamen Schutz, weshalb die anderen Massnahmen nach kantonalem Recht auch geeignet sein müssen (EJPD/BRP, Erläuterungen zum RPG, Bern 1980, N. 25 zu Art. 17). Absatz 2 von Art. 17 RPG relativiert die Pflicht zur Ausscheidung von Schutzzonen demzufolge insoweit, als nicht für sämtliche in Absatz 1 aufgezählten Objekte zwingend Schutzzonen ausgeschieden bzw. nicht alle diese Objekte in einen Schutzzonenplan aufgenommen werden müssen. Schutzzonen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 RPG sind somit nur ein Mittel zum Schutz der darin genannten Objekte. Art. 17 Abs. 2 RPG lässt indes auch andere Mittel zu (Pierre Moor, Kommentar RPG, Art. 17, Rz. 36ff. und 80ff.). Wie sie diese Objekte schützen wollen, ist den Kantonen freigestellt. Sie sind somit nicht verpflichtet, für den Schutz solcher Objekte Schutzzonen auszuscheiden oder diese in einem Schutzzonenplan aufzunehmen. Folgerichtig wurde § 20 PBG deshalb als «Kannvorschrift» formuliert und enthält keine Verpflichtung, für die darin genannten Objekte Schutzzonen auszuscheiden.

C. 10.1

7.3 Verpflichtet das Bundesrecht die Kantone zum Schutz bestimmter Objekte, so erfolgt dieser Schutz somit entweder durch die Festsetzung von Schutzzonen nach Art. 17 RPG oder durch andere, für die Erreichung des Schutzzweckes geeignete Massnahmen des kantonalen Rechts. Der bundesrechtliche Auftrag zum Schutz solcher Objekte ist demnach innerhalb des vom Raumplanungsgesetz vorgezeichneten Planungsprozesses zu erfüllen. Mit welchen Instrumenten sie ihm nachkommen, bleibt den Kantonen überlassen (sinngemäss BGE 118 Ib 490, in dem es um den Schutz eines Biotopes von regionaler Bedeutung im Sinne von Art. 18b NHG ging; vgl. dazu auch den in URP 2000, S. 846, erwähnten Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich). Selbst bei Objekten, deren Schutz das Bundesrecht verlangt, müssen die Kantone diese Verpflichtung somit nicht zwingend in einem Schutzzonenplan umsetzen. Umso weniger besteht eine solche Pflicht zur Ausscheidung einer Schutzzone dann, wenn es sich um ein Objekt handelt, welches nach kantonalem Recht geschützt werden soll. Das Bundesgericht hat denn auch festgestellt, dass die Kantone beim Schutz von Baudenkmalern von regionaler und lokaler Bedeutung frei sind, die Schutzvorkehrungen im Einzelnen festzulegen (BGE 121 II 15).

7.4 Die Vorinstanz hat einen Schutzzonenplanentwurf ausgearbeitet und diesen öffentlich aufgelegt. Ihrer Verpflichtung zum Erlass eines solchen Nutzungsplanes will sie damit grundsätzlich nachkommen. Dieses Vorgehen wird denn auch vom Beschwerdeführer I/1 im vorliegenden Fall gar nicht in Frage gestellt. Hingegen macht der Beschwerdeführer I/1 geltend, dass zusätzliche Objekte in den Schutzzonenplan aufgenommen und damit in grundeigentümergebundener Weise unter Schutz gestellt werden müssen. Die Vorinstanz hat die vom Beschwerdeführer I/1 beantragte Aufnahme dieser weiteren Objekte abgelehnt, weil nach ihrer Auffassung deren Schutz heute bereits hinreichend sichergestellt ist. Dies ist nachstehend näher zu prüfen.

8. Der Beschwerdeführer I/1 verlangt, dass die im kantonalen Inventar der geschützten Bauten (KIGBO) aufgeführten Objekte in der Gemeinde Schwyz auch in den Schutzzonenplan aufgenommen werden und dass auf diese Objekte in der Schutzverordnung verwiesen wird.

8.1 Der Beschwerdeführer I/1 stützt dieses Begehren vermutlich auf Art. 17 Abs. 1 lit. c RPG. Tatsächlich zählen die KIGBO-Objekte zu den Kulturdenkmälern. Sie sind auch ein wesentlicher Bestandteil des Ortsbildes von Schwyz. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers I/1 muss die Gemeinde die KIGBO-Objekte aber nicht zwingend in den Schutzzonenplan aufnehmen und in der Schutzverordnung erwähnen. Neben der Möglichkeit, eine Schutzzone auszuscheiden, stehen der Gemeinde für den Schutz solcher Objekte auch noch andere Massnahmen zur Verfügung (Art. 17 Abs. 2 RPG), insbesondere auch die weiteren Mittel des Raumplanungsrechts. Sie darf indes auf die Aufnahme in den Schutzzonenplan nur dann verzichten, wenn diese anderen Massnahmen den Schutz tatsäch-

lich gewährleisten. Wie nachstehend aufgezeigt wird, sind die KIGBO-Objekte durch die bestehenden kantonalen und kommunalen Vorschriften bereits heute hinreichend geschützt, sodass die Vorinstanz auf deren Aufnahme in den Schutzzonenplan verzichten durfte.

8.2.1 Das kantonale Inventar der geschützten Bauten und Objekte (KIGBO) wurde vom Regierungsrat gestützt auf § 9 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (NHV, SRSZ 720.110) erlassen. Dieses Inventar bzw. die Aufnahme einer Baute in das Inventar ist für den betroffenen Grundeigentümer nicht rechtsverbindlich. Das KIGBO hat bloss verwaltungsinterne Wirkung und ist ein Planungsinstrument mit Weisungscharakter gegenüber den Gemeinden (vgl. dazu EGV-SZ 1984, Nr. 9). In der Gemeinde Schwyz sind im heutigen Zeitpunkt insgesamt 198 Objekte im KIGBO aufgenommen.

8.2.2 Es ist untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu veranstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen (§ 6 Abs. 1 NHV). In erster Linie sorgt der Gemeinderat für den Schutz dieser Bauwerke. Der Regierungsrat schreitet von sich aus erst dann ein, wenn der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen unterlässt (§ 6 Abs. 2 i.V.m. § 3 NHV).

8.2.3 Den im KIGBO-Inventar enthaltenen Objekten ist von den zuständigen Instanzen der Gemeinde und des Kantons besondere Sorgfalt zu schenken, sei es bezüglich Unterhalt, baulichen Veränderungen, Abbruchbemühungen usw. Jede äussere Änderung an einem Inventarobjekt ist vor einer Bewilligungserteilung durch den Gemeinderat dem Justizdepartement zu unterbreiten, wobei die kantonale Denkmalpflege mit der Begutachtung der beabsichtigten baulichen Veränderung beauftragt wird. Die Baubewilligung ist dem Justizdepartement mitzuteilen. Aufsichtsrechtliche Massnahmen des Regierungsrates werden ausdrücklich vorbehalten (RRB Nr. 972 vom 28. Mai 1991, E. 2; vgl. dazu auch die Richtlinien für den Natur-, Landschafts- und Denkmalschutz, Schwyz 1989, S. 80 und 86f.).

8.2.4 Gestützt auf die Bestimmungen der NHV und diese Richtlinien muss jede bauliche Veränderung an einem KIGBO-Objekt durch die kantonale Denkmalpflege beurteilt werden. Der Grundeigentümer darf also ohne entsprechende Bewilligung an einem KIGBO-Objekt keine baulichen Veränderungen vornehmen. Die Beseitigung eines solchen Objektes bedarf einer Bewilligung des Regierungsrates. Damit ist aber der Schutz der KIGBO-Objekte vor Zerstörung oder Verunstaltung durch bauliche Veränderungen gewährleistet. Ein weiter gehender Schutz wäre auch durch Aufnahme der KIGBO-Objekte in den Schutzzonenplan nicht zu erreichen. Entscheidend ist in jedem Fall, wie die Gemeindebehörden die bereits bestehenden Schutzvorschriften handhaben.

C. 10.1

8.3 Ein KIGBO-Objekt kann indes auch durch Veränderungen in seiner unmittelbaren Umgebung beeinträchtigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch das Einordnungsgebot gemäss kantonalem und kommunalem Baurecht zu beachten.

8.3.1 Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz bleiben vorbehalten (§ 56 PBG). Schon gestützt auf § 6 Abs. 1 NHV ist es untersagt, ein KIGBO-Objekt in seiner Wirkung zu beeinträchtigen. Das bedeutet, dass auch Veränderungen an Bauten und Anlagen in der näheren Umgebung eines KIGBO-Objektes, welche zu dessen Beeinträchtigung führen würden, zu unterlassen sind. Dieses Beeinträchtigungsverbot entspricht inhaltlich dem in § 56 PBG enthaltenen Einordnungsgebot.

8.3.2 Die Gemeinden können indes in Bezug auf das Einordnungsgebot weiter gehende Vorschriften erlassen (§ 52 Abs. 2 PBG). Die Gemeinde Schwyz hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Das Baureglement unterstützt die Massnahmen zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen, strebt eine ausgewogene Entwicklung der Gemeinde an und berücksichtigt die Anliegen des Natur-, Landschafts- und Ortsbildschutzes (Art. 1 Abs. 2 des Baureglementes der Gemeinde Schwyz vom 10. August 1990, nachstehend: BauR). In den Kern- und Zentrumszonen, an exponierten Hanglagen, im Sichtbereich von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Anlagen sowie bei Bauten, die das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beeinflussen, müssen die Bauten und Anlagen und deren Umgebung besonders sorgfältig gestaltet werden (Art. 8 Abs. 2 BauR). Insbesondere haben sich in diesen Fällen die Gebäudelängen von Bauten und Anlagen in den Wohnzonen sowie die Dächer und Dachaufbauten in Grösse und Form ins herkömmliche Ortsbild einzugliedern (Art. 8 Abs. 3 BauR).

8.3.3 KIGBO-Objekte zählen zweifellos zu den künstlerisch und geschichtlich wertvollen Bauten, die zudem in der Regel auch das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beeinflussen. Bei der Erstellung oder Veränderung von Bauten und Anlagen in der Umgebung eines KIGBO-Objektes muss deshalb auch gemäss Art. 8 Abs. 2 BauR auf eine besonders sorgfältige Gestaltung geachtet und auf das bestehende KIGBO-Objekt Rücksicht genommen werden.

8.4.1 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass KIGBO-Objekte durch das kommunale Baureglement (Art. 8 Abs. 2 BauR) sowie die Bestimmungen der Natur- und Heimatschutzverordnung hinreichend gegen verunstaltende Eingriffe am Objekt selber oder in dessen Umgebung geschützt sind. Eine Aufnahme dieser Objekte in den Schutzzonenplan bei gleichzeitigem Erlass der erforderlichen Bestimmungen in der Schutzverordnung erübrigt sich deshalb, zumal sich dieses Mittel für solche Schutz-

objekte, die kein zusammenhängendes Gebiet darstellen und über das ganze Gemeindegebiet verstreut sind, ohnehin nicht besonders eignet (EGV-SZ 1991, Nr. 10, S. 29, E. c). Etwas anderes lässt sich auch aus dem abschliessenden Vorprüfungsbericht des Justizdepartementes vom 20. Januar 1999 nicht ableiten. Zu Art. 9 der Schutzverordnung hat das Justizdepartement unter Hinweis auf die Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege angemerkt, dass der Verzicht auf den Einbezug der KIGBO-Objekte der Zweckbestimmung von Art. 1 der Schutzverordnung widerspreche und der Schutz der historisch wertvollen Gebäude und deren Umgebung mittels eines Verweises auf das KIGBO in Art. 2 und 9 der Schutzverordnung sicherzustellen sei. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Empfehlung, welche der Vorinstanz keine Verpflichtung auferlegt, die KIGBO-Objekte grundeigentümerverbindlich in den Schutzzonenplan und die Schutzverordnung aufzunehmen.

8.4.2 Diese Feststellung spricht nicht dagegen, dass die KIGBO-Objekte als orientierender Planinhalt im Schutzzonenplan eingetragen werden. Das Justizdepartement hat bereits in seinem Vorprüfungsbericht zur 1. Auflage angeregt, das ISOS und die KIGBO-Objekte als orientierenden Planinhalt im Schutzzonenplan aufzunehmen. Ein solcher Eintrag der KIGBO-Objekte wäre unter dem Aspekt der Information wünschenswert, soweit dadurch der Schutzzonenplan nicht überladen und unübersichtlich wird. Die Vorinstanz hat auch die Möglichkeit, in einem separaten Plan die Objekte der verschiedenen Inventare von Bund und Kanton aufzuzeigen.

8.4.3 Wird auf die Aufnahme der KIGBO-Objekte in den Schutzzonenplan verzichtet, so kann davon abgesehen werden, die Eigentümer der 198 KIGBO-Objekte in der Gemeinde Schwyz in dieses Verfahren beizuladen.

9.1 Schwyz ist als Stadt/Flecken im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) enthalten. Dieses Inventar stützt sich auf Art. 5 NHG. Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösstmöglichen Schutz verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Dieses Bundesinventar ist in erster Linie rechtsverbindlich für den Bund selber bei der Erfüllung von Bundesaufgaben. Eine direkte rechtliche Wirkung, die Kantone, Gemeinden und Private bindet, ist jedoch aus dem Inventar nicht abzuleiten. Indes darf die Aufnahme eines Objektes ins ISOS, womit seine nationale, überregionale Bedeutung erkannt wird, von den kantonalen Behörden oder den Gemeindebehörden beim Vollzug ihrer Planung nicht einfach übersehen werden (EGV-SZ 1995, Nr. 55, S. 138; EGV-SZ 1996, Nr. 7, S. 17).

9.2 Es ist zweifellos zutreffend, dass eine Gemeinde bei der Nutzungsplanung die Tatsache, dass Teile des Gemeindegebietes im ISOS Aufnahme gefunden haben, berücksichtigen muss. Mit der Aufnahme eines Ortsbildes ins ISOS wird dargetan, dass es sich dabei um ein bedeutendes Ortsbild im

C. 10.1

Sinne von Art. 17 Abs. 1 lit. c RPG handelt, wofür eine Schutzzone ausgeschieden werden kann. Aus denselben Gründen, aus denen die Gemeinde nicht verpflichtet ist, KIGBO-Objekte in den Schutzzonenplan aufzunehmen (vgl. Ziffer 8.1 oben), muss sie auch für die im ISOS bezeichneten Gebiete und Baugruppen nicht zwingend eine Schutzzone ausscheiden. Der Gemeinde stehen beim Schutz von bedeutenden Ortsbildern neben der Möglichkeit, eine Schutzzone auszuschneiden, auch noch andere Massnahmen zur Verfügung (Art. 17 Abs. 2 RPG). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers I/1 ist die Vorinstanz somit nicht verpflichtet, für die im ISOS erwähnten Gebiete und Baugruppen eine Schutzzone im Sinne von Art. 17 Abs. 1 RPG auszuschneiden. Wie nachstehend aufgezeigt wird, ist die ungeschmälerte Erhaltung oder der grösstmögliche Schutz auf andere Weise sichergestellt, sodass die Vorinstanz auf die Ausscheidung einer Schutzzone verzichten durfte.

9.3 Die meisten (wenn nicht alle) im ISOS als Einzelelemente aufgeführten Bauten sind gleichzeitig im KIGBO enthalten und deshalb bereits durch die Natur- und Heimatschutzverordnung geschützt. Die im ISOS bezeichneten Gebiete und Baugruppen liegen mehrheitlich in der Kernzone KA oder KB bzw. im Sichtbereich künstlerisch und geschichtlich wertvoller Stätten, Bauten und Anlagen. Letzteres gilt auch für die Umgebungszonen des ISOS. Diese liegen zudem zusätzlich an exponierten Hanglagen bzw. in Gebieten, die für das Landschaftsbild prägend sind. Für diese im ISOS bezeichneten Gebiete und Baugruppen gelten somit bereits gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a BauR erhöhte Anforderungen an den Schutz des Orts- und Landschaftsbildes (vgl. oben Ziffer 8.3.2). Überdies sieht der Schutzzonenplan für den Dorfkern von Schwyz eine Ortsbildschutzzone mit noch weiter gehenden Bestimmungen vor.

9.4 Mit dem bereits bestehenden Art. 8 BauR sowie der geplanten Ortsbildschutzzone für den Dorfkern von Schwyz wird der mit der Aufnahme von Schwyz ins ISOS verbundene Auftrag zur ungeschmälerten Erhaltung oder zum grösstmöglichen Schutz in genügender Weise umgesetzt. Eine vollumfängliche Aufnahme der im ISOS bezeichneten Gebiete, Baugruppen und Einzelelemente sowie der Umgebungszonen in den Schutzzonenplan ist demzufolge nicht erforderlich. Allenfalls könnte man sich fragen, ob eine Ergänzung von Art. 8 BauR angezeigt wäre, wonach das ISOS (und allenfalls das KIGBO-Inventar) als wegleitende Projektierungs- und Entscheidungsgrundlage zu berücksichtigen ist (vgl. dazu als Beispiel Art. 13 des Baureglementes der Gemeinde Ingenbohl). Nachdem jedoch bereits mit den geltenden Bestimmungen dem Schutzauftrag gemäss Art. 6 NHG Genüge getan wird, besteht für den Regierungsrat keine Veranlassung, das Baureglement der Gemeinde Schwyz in diesem Sinne zu ergänzen.

10.1 Die Gemeinde Schwyz verfügt über ein Ortsbildinventar aus dem Jahre 1993. Dieses geht für den Ortsteil Schwyz umfangmässig über die im Schutzzonenplan für den Dorfkern von Schwyz vorgesehene Ortsbild-

schutzzzone hinaus. Hingegen deckt sich das Ortsbildinventar weitgehend mit den im ISOS erwähnten Gebieten und Zonen, basiert doch die Gebiets-einteilung von Schwyz im Ortsbildinventar auf derjenigen im ISOS (Orts-bildinventar, S. 11). Da dem Ortsbildinventar Richtplancharakter zukommt und es für die Planungsträger verbindlich ist (EGV-SZ 1996, Nr. 7, S. 17), wird das ISOS-Gebiet, soweit es sich mit dem Ortsbildinventar deckt, auch durch die im Ortsbildinventar enthaltenen Aussagen geschützt.

10.2 Die Kerngebiete von Seewen und Ibach liegen weitgehend in der Kernzone KA oder KB. Auch für diese gelten somit in Bezug auf die Einordnung ins Orts- und Landschaftsbild die erhöhten Anforderungen von Art. 8 BauR. Die Kerngebiete der Filialorte Seewen und Ibach sind zudem auch Gegenstand des Ortsbildinventars der Gemeinde Schwyz. Auf Grund der Behördenverbindlichkeit dieses Inventars sind die darin enthaltenen Aussagen auch bei der Beurteilung der Einordnung von Vorhaben ins Orts- und Landschaftsbild zu berücksichtigen. Weiter gehende Massnahmen zum Schutz der Dorfkerne von Seewen und Ibach sind demzufolge nicht erforderlich. Insbesondere muss im Schutzzonenplan für diese keine separate Ortsbildschutzzzone ausgeschieden werden. Durch die bestehenden Bestimmungen ist das Ortsbild von Seewen wie auch dasjenige von Ibach bereits heute hinreichend gegen Beeinträchtigungen geschützt.

10.3 Der Dorfkern von Rickenbach liegt nicht in einer Kernzone. Auch sonst erscheint fraglich, ob eine der anderen Voraussetzungen erfüllt ist, damit die erhöhten Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 BauR zur Anwendung kommen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Orts- und Landschaftsbild in diesem Bereich nicht hinreichend geschützt ist, gilt doch auch für diesen Dorfteil der allgemeine Grundsatz von Art. 8 Abs. 1 BauR. Die Vorinstanz ist demzufolge nicht verpflichtet, für den Dorfkern von Rickenbach im Schutzzonenplan eine Ortsbildschutzzzone auszuscheiden. Da Rickenbach nicht Bestandteil des ISOS ist, liegt es im Ermessen der Vorinstanz zu entscheiden, ob für den Schutz dieses Dorfkernes besondere Bestimmungen über die Einordnung ins Orts- und Landschaftsbild erforderlich sind.

10.4 Das Ortsbildinventar der Gemeinde Schwyz befasst sich nicht nur mit den Baukörpern, sondern auch mit den Aussenräumen, wie z.B. Gasen, Strassen, Plätzen, Hinterhöfen und Gärten (Ortsbildinventar, S. 11). Auch Art. 8 Abs. 2 BauR verlangt in der Umgebung von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Anlagen (lit. c) erhöhte Anforderungen bezüglich des Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes. Zusätzliche Umgebungsschutzbestimmungen für die Freiraumbereiche zu den schützenswerten Bauten sind deshalb im Schutzzonenplan bzw. in der Schutzzonenverordnung nicht erforderlich. Soweit nicht bereits § 6 Abs. 1 NHV es untersagt, KIGBO-Objekte zu verunstalten oder in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, sorgen Art. 8 Abs. 2 BauR sowie das Ortsbildinventar dafür, dass den Aussenräumen zu Bauten unter dem Aspekt des Orts- und Landschaftsbildes die notwendige Beachtung geschenkt wird.

C. 10.1

11.1 Der Beschwerdeführer I/1 beantragt, dass auch markante Einzelbäume, Baumgruppen und Alleen als geschützte Objekte in den Schutzzonenplan sowie die Schutzzonenverordnung aufzunehmen seien.

11.2 Im Hinblick auf die Ausscheidung der kommunalen Schutzzonen und Schutzobjekte in den Bereichen Biotopschutz und ökologischer Ausgleich erteilte die Vorinstanz im Frühjahr 1991 den Auftrag, eine umfassende Bestandesaufnahme der in Frage kommenden Objekte zu erstellen. In dem dabei ausgearbeiteten Inventar der Natur- und Landschaftsobjekte aus dem Jahre 1992 sind auch insgesamt 20 markante Einzelbäume mit Trittsteinfunktion enthalten. Wegen absehbaren Vollzugsschwierigkeiten und zu befürchtenden kontraproduktiven Auswirkungen hat die Vorinstanz diese Einzelbäume indes weder im Schutzzonenplan erfasst, noch Schutzbestimmungen dafür erlassen. Aus den gleichen Gründen hat sie darauf verzichtet, Parkanlagen, Baumreihen und Alleen in den Schutzzonenplan und in die Schutzzonenverordnung aufzunehmen. Dies ergibt sich aus dem Bericht zur 1. Auflage des Schutzzonenplanes der Gemeinde Schwyz vom 17. März 1995 (S. 9 und 16). Dieser Bericht ist im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen, zumal die Vorinstanz für die Zweitaufgabe keinen neuen Bericht erstellt hat.

11.3 Auch wenn ein Objekt in diesem Inventar der Natur- und Landschaftsobjekte erfasst wurde, so muss es nicht zwingend in den Schutzzonenplan aufgenommen werden. Soweit es sich um Objekte von lokaler Bedeutung handelt, ist die Gemeinde weder nach Bundesrecht noch nach kantonalem Recht verpflichtet, Einzelbäume, Baumgruppen und Alleen unter dem Gesichtspunkt des Ortsbild- und Landschaftsschutzes unter Schutz zu stellen. Der Entscheid, ob Einzelbäume, Baumgruppen und Alleen besonders schützenswert sind, liegt klar im Ermessen der Vorinstanz. Sie entscheidet in diesem Bereich frei, ob ein solches Objekt im Hinblick auf den Schutz des Orts- und Landschaftsbild unter Schutz gestellt werden soll oder nicht. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, Einzelbäume, Baumgruppen und Alleen in den Schutzzonenplan aufzunehmen und dafür in der Schutzverordnung Bestimmungen zu erlassen.

12.1 Der Beschwerdeführer I/1 verlangt überdies, dass die wichtigen archäologischen Fundstellen, insbesondere die Wüstungen, in den Schutzzonenplan aufzunehmen und in der Schutzzonenverordnung die erforderlichen Bestimmungen dafür zu erlassen sind.

12.2 Die Vorinstanz hat bei der Ausarbeitung des Schutzzonenplanes auch das von Franz Auf der Maur erstellte Inventar der alpinen Wüstungen in der Gemeinde Schwyz beigezogen. Im Rahmen der ersten Auflage des Schutzzonenplanes wurde diversen Objekten lokale Bedeutung beigegeben. Indes wurden diese Objekte nicht in den Schutzzonenplan aufgenommen, weil die Vorinstanz auch hier befürchtete, dass eine breite Bekannt-

gabe der Standorte zu einer erhöhten Gefährdung dieser Wüstungen führen könnte (vgl. dazu Bericht zur 1. Auflage des Schutzzonenplanes der Gemeinde Schwyz vom 17. März 1995, S. 3, 12 und 19).

12.3 Die von F. Auf der Maur inventarisierten Wüstungen waren auch Gegenstand der Zweitaufgabe des Schutzzonenplanes. In der Legende des Schutzzonenplanes sind die Wüstungen unter dem Titel Trockenmauern/Wüstungen als geschützte Einzelobjekte aufgeführt. Im Schutzzonenplan selber sind die Wüstungen rot eingetragen. Indes fehlt dazu eine Nummer bzw. ein Hinweis auf die Sammlung der Objektblätter der Hecken, Feldgehölze und Trockenmauern. Ebenso fehlt ein Hinweis auf die Sammlung der Objektblätter der historischen Verkehrsanlagen, Wüstungen und Landschaftsschutzzonen, obschon die Wüstungen in dieser Sammlung enthalten sind und verschiedene dieser Wüstungen nach Ansicht der Vorinstanz auch im Zeitpunkt der Zweitaufgabe des Schutzzonenplanes lokale Bedeutung haben (vgl. Bewertung und Einstufung in Objekte von regionaler oder lokaler Bedeutung). Die Wüstungen sind überdies in der Schutzverordnung ebenfalls nicht erwähnt. Im angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz dargelegt, dass sie die Aufnahme der wichtigen archäologischen Fundstellen in den Schutzzonenplan und die Schutzverordnung für unangebracht und unnötig hält, weil bereits die Natur- und Heimatschutzverordnung und insbesondere § 6 NHV diese genügend schütze.

12.4 Es liegt im Ermessen der Vorinstanz, ob und wie sie Baudenkmäler von regionaler und lokaler Bedeutung schützen will. Deshalb ist es vorliegend nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz darauf verzichten will, archäologische Fundstellen und insbesondere die lokal bedeutsamen Wüstungen in den Schutzzonenplan aufzunehmen und dafür in der Schutzverordnung Bestimmungen zu erlassen. Konsequenterweise muss sie dann aber auch auf die Erwähnung der Wüstungen in der Legende zum Schutzzonenplan und die rote Markierung im Plan selber verzichten. Ganz abgesehen davon werden derartige Objekte bereits durch die Natur- und Heimatschutzverordnung geschützt.

(RRB Nr. 440/2001 vom 3. April 2001).

10.2 Erschliessungsplanung

- *Inhalt des Erschliessungsplanes (Erw. 3.1–3.2).*
- *Grob- und Grund- bzw. Basiserschliessung (Erw. 4).*
- *Haupt- und in der Regel Verbindungsstrassen gehören zur Basiserschliessung, Nebenstrassen im Normalfall zu den Groberschliessungsanlagen (Erw. 5).*
- *Umsetzung der im kommunalen Richtplan enthaltenen verkehrsorientierten Strassen (Hauptstrassen, Sammelstrassen) im Erschliessungsplan (Erw. 6).*

C. 10.2

- *Verbindlichkeit und zulässige Abweichungen von einem kommunalen Verkehrsrichtplan (Erw. 7).*
- *Dient eine Strasse der (teilweisen) Entlastung des Dorfkernes und verbindet sie mehrere Dorfteile miteinander, so kommt ihr nicht mehr die Bedeutung einer Groberschliessungsanlage zu (Erw. 8).*
- *Konsequenzen aus der Zuordnung einer Strasse zur Basiserschliessung hinsichtlich der Nutzungsplanung, der Trägerschaft und der Finanzierung (Erw. 9).*
- *Überprüfung der Klassierung und damit der Finanzierung verschiedener Erschliessungsstrassen (Erw. 10/11).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist unter anderem, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700; § 53 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Land ist erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG). Zu einer hinreichenden Erschliessung gehört somit auch die strassenmässige Erschliessung.

3.2 Bauzonen werden durch das Gemeinwesen innerhalb der im Erschliessungsprogramm vorgesehenen Frist erschlossen (Art. 19 Abs. 2 RPG). Das kantonale Recht bezeichnet die für die Grob- und Feinerschliessung verantwortlichen Körperschaften. Es kann die Feinerschliessung den Eigentümern überbinden (Art. 5 Abs. 2 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974, WEG, SR 843). Im Kanton Schwyz sind die Gemeinden für die Groberschliessung zuständig (§ 38 Abs. 1 PBG), für die Feinerschliessung hingegen die Grundeigentümer, soweit diese nach den Gemeindevorschriften nicht durch die Gemeinde besorgt wird (§ 40 Abs. 1 PBG). Die Gemeinden ordnen die Erschliessung der Bauzonen in den Erschliessungsplänen (§ 22 Abs. 1 PBG). Zum Erlass solcher Erschliessungspläne sind sie verpflichtet (§ 15 Abs. 1 PBG). Der Erschliessungsplan legt die Groberschliessung der Bauzonen gesamthaft oder für Teile davon fest. Er bezeichnet dafür die Etappen, das Ausbauprogramm und die Kosten für die einzelnen Etappen (§ 23 Abs. 1 PBG). Er enthält u.a. die Bezeichnung der grob zu erschliessenden Baugebiete mit den Anschlussstellen der Groberschliessungsstrassen an das übergeordnete Strassennetz, die Baulinien für den Ausbau bestehender Verkehrsanlagen und die Änderung der Erschliessungsfunktion bestehender Verkehrsanlagen sowie die Linienführung von Groberschliessungsstrassen (§ 23 Abs. 2 lit. a, b, c PBG). Sollen gleichzeitig mit der Genehmigung des Er-

schliessungsplanes die Ausgaben einzelner Etappen als bewilligt gelten, so sind diese Etappen zu bezeichnen und die dafür notwendigen Ausgaben anzugeben (§ 23 Abs. 3 PBG).

3.3–3.4 (Überprüfungsmassstab).

4. Der heute bereits bestehende Teil der Wasenmattstrasse in Einsiedeln zweigt von der Etzelstrasse ab und endet ungefähr in der Mitte zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse an der östlichen Grenze von KTN 5257. Gemäss dem Erschliessungsplanentwurf soll der bestehende Teil der Wasenmattstrasse bis zur Zürichstrasse verlängert und dadurch eine durchgehende Strassenverbindung zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse geschaffen werden. Deshalb wird im Erschliessungsplanentwurf der bereits erstellte Teil der Wasenmattstrasse als bestehende, durch die Grundeigentümer vorfinanzierte und deren Fortsetzung zur Zürichstrasse als geplante neue Groberschliessungsstrasse bezeichnet.

Die Beschwerdeführerin I ist indes der Auffassung, dass die als durchgehende Verbindung zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse vorgesehene Wasenmattstrasse im Erschliessungsplanentwurf zu Unrecht als Groberschliessungsstrasse qualifiziert werde. Auf Grund ihrer Dimensionen sowie ihrer Funktion gehöre die Wasenmattstrasse als durchgehende Strassenverbindung zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse zur Basiserschliessung. Somit ist vorab zu prüfen, ob die Wasenmattstrasse im geplanten Endausbau als Verbindung zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse zu den Groberschliessungs- oder zu den Basiserschliessungsanlagen zu zählen ist.

4.1 Nach dem Grad der Erschliessung wird häufig zwischen Grund-, Grob- und Feinerschliessung unterschieden. Diese Unterscheidung von verschiedenen Arten der Erschliessung – je nach ihrer Funktion im gesamten Erschliessungsnetz – wird von den einzelnen Kantonen vorgenommen. Sie ist im Raumplanungsgesetz des Bundes nicht vorgesehen (Vera Marantelli-Sonanini, Erschliessung von Bauland, Bern 1997, S. 34).

4.2 Unter Groberschliessung wird die Versorgung eines zu überbauenden Gebietes mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen verstanden, namentlich Wasser-, Energieversorgungs- und Abwasserleitungen sowie Strassen und Wege, die unmittelbar dem zu erschliessenden Gebiet dienen (Art. 4 Abs. 1 WEG). Die Groberschliessung besteht in der Ausstattung des Baugebietes mit den Hauptsträngen der Strassen-, Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen (§ 37 Abs. 3 PBG). Strassen, die den Verkehr der Feinerschliessungsstrassen sammeln und ihn dem übergeordneten Strassennetz (Haupt- und Verbindungsstrassen) zuführen, sind in der Regel als Groberschliessungsstrassen einzustufen (§ 2 Abs. 2 lit. a der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen vom 7. Februar 1990, Grundeigentümerbeitrags-VO, SRSZ 400.220).

4.3 Unter Grunderschliessung wird die Versorgung eines grösseren zusammenhängenden Gebietes mit den übergeordneten Anlagen wie Haupt-

C. 10.2

strassen, Eisenbahnlinien, Wasserversorgungs- und Elektrizitätswerken, Abwasserreinigungsanlagen usw. verstanden (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, Zürich 1999, N. 571). Grunderschliessungsanlagen sind Anlagen, die zu den Einrichtungen der Groberschliessung hin- und von diesen wegführen. Als aus solchen übergeordneten Anlagen bestehend, ist die Grunderschliessung Gegenstand der Richtplanung (Marantelli-Sonanini, a.a.O., S. 35). Im Zusammenhang mit dem Erschliessungsplanentwurf des Bezirkes Einsiedeln wird an verschiedenen Orten an Stelle des Begriffes Grunderschliessung der Begriff Basiserschliessung verwendet (Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1 Reglement; Bericht zur Erschliessungsplanung, S. 8, 10 bis 12).

Im kantonalen Recht wird nicht näher definiert, welche Anlagen zur Grund- bzw. Basiserschliessung gehören. Sinngemäss zählt aber zweifellos das in § 23 Abs. 2 lit. a PBG bzw. § 2 Abs. 2 lit. a Grundeigentümerbeitrags-VO erwähnte übergeordnete Strassennetz (Haupt- und Verbindungsstrassen), an welches die Groberschliessungsstrassen angeschlossen werden, zur Grund- oder Basiserschliessung.

5.1 Die Begriffe Haupt- und Verbindungsstrasse stammen aus dem Strassenrecht. Hauptstrassen sind Strassen mit Durchgangsfunktion von kantonaler oder interkantonalen Bedeutung. Träger der Hauptstrassen ist der Kanton (§ 5 Abs. 1 der Strassenverordnung vom 15. September 1999, StrV, SRSZ 442.110). Verbindungsstrassen sind Strassen mit wichtigen Verbindungsfunktionen zwischen Ortschaften. Träger der Verbindungsstrassen ist in der Regel der Bezirk oder die Gemeinde. Der Regierungsrat bestimmt die Verbindungsstrassen auf Grund der Funktion, der Verkehrsbelastung und des Ausbaustandards (§ 6 StrV). Die Kriterien, welche für die Bezeichnung als Verbindungsstrassen massgebend sind, wurden in § 3 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung vom 18. Januar 2000 (VVzStrV, SRSZ 442.111) näher definiert. Strassen können als Verbindungsstrassen bezeichnet werden, wenn sie Ortschaften miteinander verbinden, eine Fahrbahnbreite von mindestens 5.0 Metern auf mindestens 50 Prozent der Länge aufweisen und mindestens einen durchschnittlichen Verkehr von 500 Fahrzeugen pro Tag oder von 50 Fahrzeugen pro Stunde, gezählt an fünf verschiedenen Tagen während fünf verschiedenen Tageszeiten zwischen 06.00 und 19.00 Uhr haben. Neben den Haupt- und Verbindungsstrassen gibt es noch die Kategorie der Nebenstrassen (§ 7 StrV).

5.2 Ob eine Strasse zur Basiserschliessung oder Groberschliessung gehört, muss in erster Linie nach den planungsrechtlichen Vorschriften beurteilt werden, zumal der Erschliessungsplan ein Instrument des Raumplanungsrechts ist. Weder das Eigentum an einer Strasse noch deren Einteilung nach dem Strassenrecht ist für die Qualifikation als Basis- oder Groberschliessung massgebend, sondern in erster Linie deren Nutzung bzw. Funktion. Die Hauptstrassen gehören von ihrer Funktion und Nutzung her jedoch immer zur Basiserschliessung. Die Bezeichnung einer

Strasse als Verbindungsstrasse hat hingegen nicht zur Folge, dass diese zwingend zur Basiserschliessung gehört. Da Funktion und Verkehrsbelastung aber auch wesentliche Kriterien für die Bezeichnung als Verbindungsstrasse sind, ist die Qualifikation als Verbindungsstrasse ein sehr gewichtiges Indiz dafür, dass eine solche Strasse zur Basiserschliessung gehört. Die Verbindungsstrassen zählen deshalb im Regelfall ebenfalls zur Basiserschliessung. Nebenstrassen im Sinne der Strassenverordnung gehören in der Regel wohl zur Groberschliessung, doch ist es nicht ausgeschlossen, dass eine solche auch der Basiserschliessung zugerechnet werden kann.

5.3 Die Wasenmattstrasse besteht heute erst im Abschnitt von der Etzelstrasse bis zu KTN 5257. Ein durchgehender Ausbau ist lediglich geplant. Aus diesem Grund war es im Zeitpunkt der Bezeichnung der Haupt- und Verbindungsstrassen nicht notwendig, genauer abzuklären, zu welcher Kategorie die Wasenmattstrasse gehört. Insoweit hilft das Verzeichnis der Haupt- und Verbindungsstrassen bei der Beurteilung der Frage, ob die Wasenmattstrasse eine Grob- oder eine Basiserschliessungsstrasse ist, nicht weiter.

5.4 Die Bezeichnung der Haupt- und Verbindungsstrassen im Anhang zur Strassenverordnung bzw. im Anhang zur Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung wurde im Erschliessungsplanentwurf nicht einheitlich und konsequent umgesetzt.

5.4.1 Im Anhang zur Strassenverordnung wird die Verbindung Rabennest–Einsiedeln als Hauptstrasse (Nr. 386.1) bezeichnet. Diese Hauptstrasse umfasst die Zürichstrasse sowie die Hauptstrasse bis zum Dorfplatz als deren Fortsetzung. Im Erschliessungsplanentwurf wurde von dieser Hauptstrasse indes lediglich die Zürichstrasse als Basiserschliessung bezeichnet, der Abschnitt zwischen dem Ende der Zürichstrasse und dem Dorfplatz dagegen als Groberschliessung. Die Bezeichnung dieses Strassenabschnittes als Groberschliessung widerspricht offensichtlich dessen Bedeutung. In den Dorfplatz münden drei verschiedene, im Erschliessungsplanentwurf als Groberschliessungsanlagen bezeichnete Strassen (Schmiedenstrasse, Fortsetzung der Hauptstrasse, Schwanenstrasse) sowie die bisher der Basiserschliessung zugerechnete Langgrütistrasse (zusammen mit der Kornhausstrasse als Groberschliessungsstrasse), welche in Zukunft aber ebenfalls nur mehr Groberschliessungsfunktion haben soll. Hinzu kommt, dass auch die im Erschliessungsplan als Groberschliessung bezeichnete Eisenbahnstrasse als Verbindungsstrasse im Sinne von § 6 StrV beim Bahnhof in die Hauptstrasse mündet.

5.4.2 Gemäss Anhang zur Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung wurden im Bezirk Einsiedeln u.a. die Eisenbahnstrasse (mit Bahnhofplatz), die Schnabelsbergstrasse sowie die Etzelstrasse in die Liste der Verbindungsstrassen im Sinne von § 6 StrV aufgenommen. Im Erschliessungsplanentwurf werden diese Verbindungsstrassen teils der Basiserschliessung

C. 10.2

zugerechnet (z.B. Etzelstrasse, Schnabelsbergstrasse), teils der Groberschliessung (z.B. Eisenbahnstrasse). Andere Strassen, welche weder Haupt- noch Verbindungsstrassen im Sinne der Strassengesetzgebung sind, werden als Basiserschliessung bezeichnet (z.B. Katzenstrickstrasse).

5.4.3 Die Bezeichnung der Haupt- und Verbindungsstrassen in der neuen Strassenverordnung bzw. Vollzugsverordnung erfolgte zum Teil erst nach der Auflage des Erschliessungsplanentwurfes. Die Einteilung im Erschliessungsplanentwurf entspricht indes auch nicht der Klassierung nach der alten Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strassen vom 2. April 1964 (GS 17-851). In dieser ist beispielsweise die Hauptstrasse vom Dorfplatz bis zum Hauptplatz und vom Rathausplatz bis Grosser Herrgott als Hauptstrasse enthalten. Diese Abschnitte sind im Erschliessungsplanentwurf als Groberschliessungsstrassen bezeichnet.

6.1 Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden häuslicher genutzt wird. Sie erarbeiten die für ihre raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen und stimmen sie aufeinander ab (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 RPG). Zu diesem Zweck erlassen die Kantone Richtpläne. Diese geben u.a. Aufschluss über den Stand und die anzustrebende Entwicklung des Verkehrs (Art. 6 RPG). Die Richtpläne sind für die Behörden verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG). Neben dem bundesrechtlich vorgesehenen kantonalen Richtplan können die Gemeinden im Kanton Schwyz auch kommunale Richtpläne erlassen, die vom Regierungsrat genehmigt werden müssen (§ 13 PBG) und für die Behörden ebenfalls verbindlich sind (§ 3 Abs. 2 PBG).

6.2 Die Vorinstanz hat am 17. Mai 1990 (Beschluss Nr. 515) einen Verkehrsrichtplan erlassen, den der Regierungsrat am 10. September 1991 (RRB Nr. 1543) genehmigt hat. Der Verkehrsrichtplan Einsiedeln ist ein kommunaler Richtplan, der wie der kantonale Richtplan für die Vorinstanz verbindlich ist. Diese Behördenverbindlichkeit bedeutet, dass die Vorinstanz an den von ihr selber erlassenen und vom Regierungsrat genehmigten Richtplan gebunden ist. Sie muss dessen Aussagen und Vorgaben beim Erlass von eigentümerverbindlichen Plänen (Zonenplan, Gestaltungsplan, Erschliessungsplan) und Verfügungen (Baubewilligungen) berücksichtigen (EGV-SZ 1994, Nr. 54, S. 170).

6.3 Der Verkehrsrichtplan Einsiedeln (Erläuterungen vom 18. Juli 1990 zum Verkehrsrichtplan, Ziffern 3.1.1 und 3.1.2) unterscheidet zwischen verkehrsorientierten Strassen (Hauptstrassen, Sammelstrassen) und nutzungsorientierten Strassen (Erschliessungsstrassen und verkehrsberuhigte Strassen). Gemäss dem Verkehrsrichtplan Einsiedeln gehört neben der Birchlistrasse, der Etzelstrasse, der Eisenbahnstrasse, der Spitalstrasse und der Schnabelsbergstrasse auch die Wasenmattstrasse zu den verkehrsorientierten Sammelstrassen. Der Regierungsrat hat bereits in einem früheren Be-

schwerdeverfahren am Beispiel der Spitalstrasse festgehalten, dass die im Verkehrsrichtplan Einsiedeln als Sammelstrassen bezeichneten Strassen zu den verkehrsorientierten Strassen zählen und als solche dem übergeordneten Strassenetz bzw. der Basiserschliessung zuzurechnen sind (EGV-SZ 1994, Nr. 54, S. 171, E. 7d).

6.4 Im Erschliessungsplanentwurf werden die im Verkehrsrichtplan als verkehrsorientierte Sammelstrassen bezeichneten Strassen unterschiedlich behandelt. Die Etzelstrasse, die Birchlistrasse und die Schnabelsbergstrasse werden zur Basiserschliessung gezählt. Dagegen werden die Wasenmattstrasse, die Spitalstrasse und die Eisenbahnstrasse in Widerspruch zu den oben erwähnten regierungsrätlichen Feststellungen (E. 6.3) als Groberschliessungsstrassen bezeichnet. Nebenbei entspricht der Erschliessungsplanentwurf zudem weder dem kantonalen Richtplan (1987), in dem die Eisenbahn- und die Hauptstrasse als Haupt- und Verbindungsstrassen bezeichnet sind und damit der Basiserschliessung zugeordnet werden, noch dem Richtplanentwurf 1999, in dem nur noch die Zürichstrasse über den Dorfplatz bis zum Klosterplatz als Hauptstrasse eingezeichnet ist.

7.1 Richtpläne sind für die Behörden verbindlich. Lehre und Rechtsprechung schliessen allerdings ein Abweichen vom Richtplan durch die nachgeordneten Planungsorgane nicht völlig aus. Eine strikte Bindung an den Richtplan erscheint demnach nicht angezeigt, wenn dieser einer gesamthaft besseren Lösung entgegensteht. Eine vorgängige Anpassung des Richtplanes – vor Erlass einer abweichenden Nutzungsplanung – wird vor allem bei grösseren, ins Gewicht fallenden Änderungen verlangt, also dort, wo es um Vorhaben geht, die sich verantwortlich in den Raum nur dadurch einfügen lassen, dass sie die Richtplanung durchlaufen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes lässt Abweichungen vom Richtplan zu, wenn sie sachlich gerechtfertigt sowie von untergeordneter Bedeutung sind und wenn es nach den Umständen unzumutbar erscheint, vorher den Richtplan förmlich zu ändern. Ferner können neue Erkenntnisse ein Abweichen vom Richtplan rechtfertigen. Eine Bindung an den Richtplan entfällt auch dann, wenn sich der Richtplaninhalt im Nutzungsplanverfahren als rechtswidrig oder unmöglich erweist, zumal wenn sich die betroffenen Grundeigentümer gegen den Richtplan als solchen nicht zur Wehr setzen konnten (BGE 119 Ia 367f., E. 4a). Die Tatsache, dass der Richtplan für den Grundeigentümer nicht verbindlich ist und die Abwägung der öffentlichen Interessen mit dessen entgegenstehenden privaten Interessen in der Regel erst im nachfolgenden Nutzungsplanungsverfahren erfolgt, zeigt, dass der Richtplan für das nachfolgende Nutzungsplanungsverfahren nicht absolut verbindlich sein kann. Andernfalls wäre es gar nicht möglich, im Rahmen der Nutzungsplanung eine vernünftige Interessensabwägung vorzunehmen und allenfalls von der Vorgabe im Richtplan abzuweichen.

7.2 Es ist somit nicht schlechthin ausgeschlossen, dass die Vorinstanz von dem von ihr selber erlassenen Verkehrsrichtplan abweicht, indem sie die

C. 10.2

darin bezeichneten verkehrsorientierten Strassen unterschiedlich behandelt und die einen im Erschliessungsplan der Basiserschliessung, die anderen hingegen der Groberschliessung zuordnet. Indes muss die Vorinstanz dafür gute Gründe haben. Es erscheint fraglich, ob im vorliegenden Fall solche triftigen Gründe vorliegen, damit die Vorinstanz im Verkehrsrichtplan die zu den verkehrsorientierten Strassen gezählten Wasenmattstrasse, Eisenbahnstrasse und Spitalstrasse im Erschliessungsplan nun der Groberschliessung zurechnen kann, während die anderen verkehrsorientierten Sammelstrassen zur Basiserschliessung zählen. Gleiches gilt im Übrigen in Bezug auf den Abschnitt der Hauptstrasse vom Ende der Zürichstrasse bis zum Dorfplatz, der gemäss dem Erschliessungsplan nicht zur Basiserschliessung, sondern zur Groberschliessung gehört. Im Zusammenhang mit der Wasenmattstrasse ist nachstehend zu prüfen, ob es triftige Gründe gibt, diese in Abweichung von der im Verkehrsrichtplan vorgenommenen Bezeichnung als verkehrsorientierte Strasse im Erschliessungsplan nicht der Basiserschliessung, sondern der Groberschliessung zuzurechnen.

8. Im Erschliessungsplanentwurf ist die Wasenmattstrasse als durchgehende Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse vorgesehen und als Groberschliessungsstrasse bezeichnet. Heute ist die Wasenmattstrasse indes erst von der Etzelstrasse bis zur östlichen Grenze von KTN 5257 erstellt. Das Teilstück zur Zürichstrasse existiert noch nicht.

8.1 Gemäss dem Verkehrsrichtplan Einsiedeln müsste die geplante durchgehende Wasenmattstrasse als verkehrsorientierte Sammelstrasse im Erschliessungsplan eigentlich als Basiserschliessung bezeichnet werden. Indes darf, wie oben ausgeführt, im Nutzungsplanungsverfahren vom Verkehrsrichtplan abgewichen werden, wenn dafür gute Gründe vorliegen. Die Wasenmattstrasse ist heute noch nicht als durchgehende Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse erstellt. Der Spielraum, den die Vorinstanz bei der Umsetzung der im Verkehrsrichtplan enthaltenen Aussagen über die Wasenmattstrasse bei der Erschliessungsplanung hat, ist deshalb erheblich grösser als bei einer Strasse, die bereits erstellt ist. Die Vorinstanz kann im heutigen Zeitpunkt mit der Erschliessungsplanung immer noch steuern, ob die Wasenmattstrasse als durchgehende Verbindung zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse ausgebaut werden soll. Dies hat einen wesentlichen Einfluss auf die Nutzung bzw. die Funktion der Wasenmattstrasse und damit auch auf die Frage, ob diese zur Groberschliessung oder Basiserschliessung gehört.

8.2 Es ist unbestritten, dass die Wasenmattstrasse, wenn sie zwischen Etzelstrasse und Zürichstrasse durchgehend ausgebaut wird, auch als Groberschliessung für die angrenzenden Bauzonen dient. Indes würde die durchgehende Wasenmattstrasse in erster Linie als Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse genutzt und hätte damit Basiserschliessungsfunktion. Die Groberschliessungsfunktion einer durchgehenden Wasenmattstrasse wäre aber nur von untergeordneter Bedeutung, weil für die

Groberschliessung der umliegenden Bauzonen nämlich gar keine durchgehende Wasenmattstrasse erforderlich ist.

8.2.1 Die geplante Verlängerung der Wasenmattstrasse kann nicht als Groberschliessung von KTN 546 und 4730 angesehen werden, da diese Parzellen ausserhalb der Bauzonen liegen und sich die Groberschliessungspflicht des Bezirkes nur auf Bauzonen bezieht. Die Bauzonen östlich der Etzelstrasse entlang der bereits bestehenden Wasenmattstrasse sowie die Grundstücke zwischen Zürichstrasse und Alp im Bereich der geplanten Einmündung der Wasenmattstrasse in die Zürichstrasse sind bereits heute hinreichend groberschlossen. Für die Erschliessung dieser Gebiete ist es somit nicht erforderlich, die Wasenmattstrasse als durchgehende Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse auszubauen. Für die Bauzonen zwischen Alp und SOB-Gleis besteht heute eine Zufahrt über die Gaswerkstrasse und teilweise die Furrenstrasse. Sofern für letztgenannte Bauzonen eine bessere Erschliessung nötig ist, wäre dafür nicht zwingend eine durchgehende Wasenmattstrasse erforderlich. Entweder kann von der Zürichstrasse über die Alp eine Stichstrasse, die bei den Gleisanlagen der SOB endet, erstellt werden. Oder es kann die bestehende Wasenmattstrasse mit einer Unter- oder Überquerung des Bahngleises bis zur Alp hin verlängert werden. Auch für die Groberschliessung dieser Bauzonen ist somit ein durchgehender Ausbau der Wasenmattstrasse nicht erforderlich.

8.2.2 Im heutigen Zeitpunkt kann eine mögliche zukünftige Einzonung von KTN 546 und KTN 4730 nicht berücksichtigt werden. Bei der Erschliessungsplanung kann zwar auf mögliche zukünftige Einzonungen Rücksicht genommen werden, doch können nicht Groberschliessungsstrassen auf Vorrat erstellt werden. In erster Linie sind zuerst Bauzonen auszuscheiden und erst in einem zweiten Schritt dann die dafür notwendigen Erschliessungsanlagen zu erstellen. Ein umgekehrtes Vorgehen ist nicht zulässig. Selbst wenn KTN 546 und KTN 4730 später einmal einzont werden sollten, so ist für die Erschliessung dieser Grundstücke keine durchgehende Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse erforderlich. Es würde genügen, die bestehende Wasenmattstrasse bis zum Bahngleis zu verlängern.

8.3.1 Im Erläuterungsbericht zum Verkehrsrichtplan (S. 6f.) ist festgehalten, dass die Wasenmattstrasse als Entlastungsstrasse für den Dorfkern bzw. die Eisenbahnstrasse geplant ist. Mit dieser Verbindungsstrasse soll ein Teil des Verkehrs, welcher das Gebiet Horgenberg sowie den Dorfkern belastet, direkt in die Zürichstrasse geleitet werden. Gerade aus diesem Grund wurde die Wasenmattstrasse im Entwurf zum Verkehrsrichtplan als verkehrorientierte Sammelstrasse bezeichnet (BRB 1041 vom 19. Oktober 1989, E. 2, S. 8f. sowie Dispositiv-Ziffer 2). Auch unter Berücksichtigung der im Auflageverfahren für den Verkehrsrichtplan erhobenen Einwendungen hat die Vorinstanz im Verfahren zu dessen Erlass an der geplanten durchgehenden Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzel-

C. 10.2

strasse festgehalten. Dafür war wohl die in weiten Kreisen geforderte Verkehrsentlastung des Bahnhofplatzes und der Eisenbahnstrasse massgebend (BRB 515 vom 17. Mai 1990, S. 3). Seither hat sich grundsätzlich nichts daran geändert, dass eine durchgehende Wasenmattstrasse als direkte Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse auch als Umfahrung des Dorfkerns genutzt werden könnte. Diese Auffassung teilt die Vorinstanz auch heute noch, wenn nach ihrer Auffassung eine durchgehende Wasenmattstrasse neben Groberschliessungs- auch Basiserschliessungsfunktion hat (angefochtener Beschluss, E. 9.1, S. 4 oben).

8.3.2 Die durchgehende Wasenmattstrasse soll die Etzelstrasse und die Zürichstrasse miteinander verbinden. Diese Verbindung zwischen diesen beiden Strassen würde dann von zahlreichen Automobilisten als Umfahrung des Dorfkerns genutzt, zumal eine solche Nutzung ja auch vom geplanten Ausbaustandard her problemlos möglich ist. Bei einem durchgehenden Ausbau hat die Wasenmattstrasse eine Entlastung des Dorfkerns von einem Teil des Durchgangsverkehrs zur Folge, weshalb sie wohl in erster Linie Verbindungsfunktion und nur zweitrangig Groberschliessungsfunktion hat. Insbesondere das Teilstück der Wasenmattstrasse, welches heute ausserhalb der Bauzonen liegt, dient ausschliesslich der Herstellung dieser Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse bzw. dieser Umfahrung des Dorfkerns und hat keine Groberschliessungsfunktion. Die Verbindungsfunktion der durchgehenden Wasenmattstrasse wird dadurch verdeutlicht, dass die Einmündung der Schnabelsbergstrasse in die Zürichstrasse dergestalt verlegt werden soll, dass die Schnabelsbergstrasse und die Wasenmattstrasse am gleichen Ort in die Zürichstrasse einmünden. Mit der Wasenmattstrasse wird damit eine direkte Verbindung zwischen Schnabelsbergstrasse und Etzelstrasse geschaffen.

8.3.3 Nach dem Gesagten dient die Wasenmattstrasse nach einem durchgehenden Ausbau als Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse. Mit der damit verbundenen Nutzung bzw. Funktion als Umfahrung des Dorfkerns für einen Teil des Durchgangsverkehrs gehört die geplante Wasenmattstrasse aber nicht zur Groberschliessung, sondern eindeutig zur Basiserschliessung. Die im Erschliessungsplanentwurf vorgenommene Bezeichnung der durchgehenden Wasenmattstrasse als Groberschliessungsstrasse entspricht somit nicht ihrer Funktion.

Groberschliessungsfunktion hat die Wasenmattstrasse allenfalls dann, wenn sie nicht durchgehend ausgebaut wird und keine direkte Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse herstellt. Die Vorinstanz wird entscheiden müssen, ob die Wasenmattstrasse als durchgehende Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse erstellt werden soll und somit als Basiserschliessungsstrasse einzustufen ist, oder ob sie an der im Erschliessungsplan getroffenen Bezeichnung als Groberschliessungsstrasse festhalten und auf einen durchgehenden Ausbau der Wasenmattstrasse verzichten will.

In diesem Sinne ist die Beschwerde I gutzuheissen, und die Sache ist zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9. Sofern sich die Vorinstanz entschliesst, an der geplanten durchgehenden Verbindung zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse festzuhalten und die Wasenmattstrasse als Basiserschliessung zu qualifizieren, muss sie folgende Punkte beachten.

9.1 Die Gemeinden und Bezirke planen Strassen grundsätzlich im Nutzungsplanverfahren nach PBG (§ 13 Abs. 2 StrV, § 11 Abs. 1 VVzStrV). Zu den kommunalen Nutzungsplänen zählen in erster Linie der Zonenplan sowie der Erschliessungsplan (§ 15 Abs. 1 PBG), aber auch der Gestaltungsplan (vgl. dazu die systematische Einordnung der Bestimmung insbesondere über den Erlass des Gestaltungsplanes im PBG). Allein für die Planung und Erstellung einer Strasse ist indes das Instrument des Gestaltungsplanes nicht geeignet. Im Erschliessungsplan können nach dem massgebenden kantonalen Recht namentlich die Linienführung von Groberschliessungsstrassen und deren Anschlussstellen an das übergeordnete Strassennetz bezeichnet sowie Änderungen der Erschliessungsfunktion bestehender Verkehrsanlagen vorgenommen werden (§ 23 Abs. 2 lit. a und b PBG). Die genannte Bestimmung lässt es ohne weiteres auch zu, im Erschliessungsplan auch neue Basiserschliessungsanlagen zu bezeichnen. In der Tat würde es wenig Sinn machen, neben dem Erschliessungsplanentwurf gleichzeitig auch einen separaten Zonenplan für die geplante neue Basiserschliessungsstrasse aufzulegen. Vielmehr liegt es nahe, dass aus Gründen des Sachzusammenhanges die geplante neue Basiserschliessungsstrasse in einem solchen Fall im Erschliessungsplanentwurf unter der Rubrik verbindlicher Planinhalt aufgeführt wird. Die Mitwirkungs- und Parteirechte allfälliger Betroffener werden dadurch nicht beeinträchtigt. Ganz im Gegenteil dürfte der Umstand, dass in diesem Fall Grob- und Basiserschliessungsanlagen in einem einzigen Nutzungsplan (Erschliessungsplan) enthalten sind, dem Einzelnen die Wahrung seiner Recht erleichtern.

9.2 Anschliessend an das Nutzungsplanverfahren muss für eine Basiserschliessungsstrasse des Bezirks auch noch ein Projektgenehmigungsverfahren durchgeführt werden (§ 15 StrV i.V.m. § 21 StrV). Der bestehende Teil der Wasenmattstrasse befindet sich heute im Privateigentum. Wird die Wasenmattstrasse als Basiserschliessung bezeichnet, so drängt sich zudem eine Übernahme des bestehenden Teils durch den Bezirk auf. Da es sich bei einer solchen Übernahme um eine Änderung in der Trägerschaft handelt, ist dafür die Zustimmung der Stimmberechtigten erforderlich (§ 9 Abs. 2 StrV).

9.3 Grundsätzlich trägt der Strassenträger die Kosten für den Bau und Unterhalt seiner Strassen (§ 49 StrV). Soll die durchgehende Wasenmattstrasse als Basiserschliessung dereinst vollumfänglich im Eigentum des Bezirkes stehen, so muss die Fortsetzung der bestehenden Wasenmattstrasse

C. 10.2

auch durch den Bezirk finanziert werden. Damit der Bezirksrat die für den Ausbau erforderliche Ausgabe tätigen kann, muss er von der Bezirksgemeinde (§ 7 Abs. 1 lit. h des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, GOG, SRSZ 152.100, bzw. § 39 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 27. Januar 1994, FHG, SRSZ 153.100) dafür einen Verpflichtungskredit einholen (§ 30 und § 33 FHG). Sollten dereinst weitere Zufahrten an diese Basiserschliessung angeschlossen werden, so kann der Bezirk dafür eine Vorteilsabgabe erheben (§ 58 StrV). (RRB Nr. 920/2001 vom 7. August 2001).

10. Gehört die Wasenmattstrasse bei einem durchgehenden Ausbau zwischen Zürichstrasse und Etzelstrasse zur Basiserschliessung, so kann dafür im Reglement zum Erschliessungsplan kein Anteil des Bezirkes an die Kosten festgelegt werden, da die Kosten für die Erstellung einer Basiserschliessungsstrasse vollumfänglich das Gemeinwesen trägt. Nach dem klaren Wortlaut der massgebenden planungsrechtlichen Vorschriften kann zudem im Erschliessungsplan nur der Kostenanteil des Gemeinwesens für Groberschliessungsstrassen festgelegt werden. Aus diesem Grund ist auch die Beschwerde II gutzuheissen. Kommt die Vorinstanz nach erneuter Überprüfung der Situation zum Schluss, dass die Wasenmattstrasse als nicht durchgehende Verbindung als Groberschliessung zu bezeichnen ist, so muss sie den Kostenanteil des Bezirkes neu festlegen. Im Übrigen überzeugt auf Anhieb nicht ohne weiteres, dass die Vorinstanz den Anteil des Bezirkes für den östlichen Teil der Wasenmattstrasse bis zur geplanten Einmündung der Klostermühlestrasse auf 50% festgesetzt hat, den Anteil für den restlichen Teil zwischen der geplanten Einmündung der Klostermühlestrasse bis zur Zürichstrasse hingegen auf 70%.

11. Die Vorinstanz wird die im Erschliessungsplanentwurf vorgenommene Grenzziehung zwischen Basiserschliessung und Groberschliessung nicht nur im Zusammenhang mit der Wasenmattstrasse überdenken müssen, sondern auch im Hinblick auf die Spitalstrasse und die Eisenbahnstrasse. Die Vorinstanz wird prüfen müssen, ob sie diese bereits bestehenden Strassen, die im Erschliessungsplanentwurf als Groberschliessungsstrassen bezeichnet sind, nicht der Basiserschliessung zuordnen will.

Im Erschliessungsplan werden neben der Eisenbahnstrasse und der Spitalstrasse auch noch die Schmiedenstrasse, die Hauptstrasse vom Dorfplatz zum Klosterplatz, die Schwanenstrasse sowie die Langrütistrasse als Groberschliessung bezeichnet. Dies hat zur Folge, dass bei einem allfälligen Ausbau dieser Strassen, z.B. durch den Bau oder die Verbreiterung des Trottoirs, der Bezirksrat Einsiedeln von Gesetzes wegen (§§ 44ff. PBG) verpflichtet ist, ein Beitragsplanverfahren durchzuführen. Mangels einer entsprechenden Aussage im Reglement müsste im Falle eines Ausbaus zudem vorgängig noch der Kostenanteil des Bezirkes an diesen Groberschliessungsanlagen festgelegt werden. Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen

Rahmenbedingungen wird die Vorinstanz eingeladen zu prüfen, ob die genannten Strassen nicht der Basiserschliessung zuzuordnen wären.

Der Erschliessungsplanentwurf ist insofern anzupassen, als der Abschnitt der Hauptstrasse vom Ende der Zürichstrasse bis zum Dorfplatz darin als Basiserschliessung zu bezeichnen ist. (RRB Nr. 920/2001 vom 7. August 2001)

14. Arbeitsvergebungen

14.1 Teilverzicht auf einen Zuschlag

- *Ein Teilabbruch eines Beschaffungsverfahrens ist zulässig (Erw.).*
- *Beschränkt sich eine Behörde auf einen Teilverzicht, so ist bei der Einholung neuer Offerten genau zu bestimmen, welche Positionen nochmals einzugeben sind (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Nach § 19 Abs. 1 Verordnung über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) vom 6. Februar 1976 (SRSZ 430.110/SubmV) kann aus wichtigen Gründen auf den Zuschlag verzichtet werden. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Voraussetzungen für die ausgeschriebenen Arbeiten und Lieferungen seit der Eingabe der Angebote wesentlich verändert haben, wenn kein den Submissionsunterlagen entsprechendes Angebot vorliegt, oder wenn die Angebote in einer den Wettbewerb ausschliessenden Weise berechnet wurden. Der Regierungsrat hat wiederholt festgehalten, dass ein wichtiger Grund für den Abbruch eines Wettbewerbes auch dann vorliegen kann, wenn die bewilligten Mittel für eine bestimmte Beschaffung nicht ausreichen (RRB Nr. 922/2001 vom 7. August 2001). Entschliessen sich die Bauherren im vorliegenden Fall für den Verzicht auf eine relativ aufwändige und teure Ausführung, so verfolgen sie damit den Grundsatz der Sparsamkeit der Haushaltsführung im Sinne von § 5 des Gesetzes über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 27. Januar 1994 (SRSZ 153.100). Dabei hat das Verwaltungsgericht in einem älteren Entscheid vom 20. Dezember 1985 festgehalten, dass aus finanziellen Überlegungen auch ein Teilverzicht in Betracht kommt (VGE 630/85).

4.1 Im erwähnten Urteil ist das Verwaltungsgericht noch einen Schritt weiter gegangen. Es hat nicht nur einen Teilabbruch zugelassen, sondern auch die Ergänzung der Offerte durch die Wettbewerbsteilnehmer sowie die Vergabung auf der Grundlage einer teilweise nachgebesserten Offerte

C. 14.1

als zulässig erklärt. In einem solchen Fall können die Vorschriften über die Behandlung der Angebote nicht mehr uneingeschränkt beachtet werden. So ist es mit einem solchen Vorgehen naturgemäss verbunden, dass die Konkurrenten die Preise der Mitbewerber – wenigstens für den Gesamtauftrag – kennen. Um dennoch einen einigermaßen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, ist es unumgänglich, die Vorschriften für die Sicherung des Verfahrens – wenigstens soweit möglich – einzuhalten. So sind die Vergebungsbehörden gehalten, ganz präzise festzulegen, für welche Teile des Leistungsverzeichnisses ein neues Angebot zu unterbreiten ist. Lassen sich verschiedene Teile eines Leistungsverzeichnisses nicht klar trennen, so ist es unumgänglich, den gesamten Wettbewerb zu wiederholen. Beschränkt man sich auf einen Teilverzicht, dürfen an den feststehenden Positionen eines Leistungsverzeichnisses nachträglich keine Änderungen angebracht werden. Ein solches Vorgehen stünde klar im Widerspruch zu § 11 SubmV, wonach nach dem Eingabetermin der Bewerbung die Offerte nicht mehr nachgebessert werden darf.

4.2 Ein Blick auf die Schlusszusammenstellung der Offerte der Firma X. AG zeigt nun, dass die Preise für die Positionen 10. A–10. O in nicht weniger als zehn Positionen verändert worden sind. Mehr-/Minderpreisangebote wurden dagegen lediglich für fünf Positionen nachgefragt. Ausserdem hat die Firma X. AG den ursprünglich offerierten Rabatt von 2% für den Gesamtauftrag auf 6% erhöht. Eine derartige Nachbesserung oder – wie es die Vorinstanz bezeichnet – Optimierung des Projektes mag zwar wünschbar sein. Unter dem Gesichtspunkt eines fairen Wettbewerbes kann sie jedoch nicht hingenommen werden. Unverständlich ist vor allem, weshalb nach dem Teilabbruch ein deutlich höherer Rabatt offeriert werden kann. Wenn die Konstruktionsweise allenfalls der Fa. X. AG entgegenkommt und sie somit eine andere Kalkulation vorlegen kann, so müsste sich dies direkt in den «nachgebesserten» Positionen niederschlagen. Für eine Korrektur des Rabattes ist dagegen kein sachlicher, kalkulatorischer Grund ersichtlich.

4.3 Vor dem Hintergrund der etwas ungewöhnlichen Ausgangslage ist sowohl das Verhalten der Vergebungsbehörden wie auch der Fa. X. AG nicht ohne weiteres verständlich. Zum einen ist die X. AG offenbar der Auffassung, dass das Projekt zusätzlich der Optimierung bedarf. Darauf hat sie anlässlich der Sitzung mit dem Fassadenplaner der Fa. Y. nicht hingewiesen. Ferner hat die beauftragte Architektengemeinschaft die Positionen, die noch einmal zu offerieren waren, klar bezeichnet. Wenn nun die Vergebungsstelle im Nachhinein auch Anpassungen der Offerten in anderen Positionen akzeptiert, verhält sie sich widersprüchlich und verstösst damit gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV).

4.4 Verstösst die nachträgliche Zulassung von Abänderungen der ursprünglichen Offerte gegen § 11 SubmV und das Vorgehen der Vergebungsbehörden und insbesondere auch der Beschwerdegegnerin gegen

Treu und Glauben, so ist der Vergabungsbeschluss aufzuheben. Der Gemeinderat Wollerau wird darüber entscheiden müssen, ob er die Offerte der X. AG aus dem Wettbewerb ausschliessen oder ein neues Submissionsverfahren durchführen will. Für ein solches wäre es wohl hinnehmbar, wenn der Wettbewerb auf die bisherigen Teilnehmer beschränkt bliebe. (RRB Nr. 1609/2001 vom 18. Dezember 2001).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Ausstandsregeln für Flurgenossenschaften

- *Ausschlussgründe sind von Amtes wegen zu beachten (Erw. 2).*
- *Die Regeln der Gerichtsordnung über den Ausstand sind auch für die Organe der Flurgenossenschaften sinngemäss anwendbar (Erw. 3). Ein Ausschlussgrund liegt bei einer blossen Mitwirkung bei der Beratung und Vorbereitung eines Geschäftes unter den konkreten Verhältnissen vor (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

1. Nach der Mitteilung des Kreisforstamtes 1 hat am 27. November 2000 die Generalversammlung der Flurgenossenschaft A. die Arbeiten vergeben. Dem Protokoll der zuvor durchgeführten Vorstandssitzung vom 27. November 2000 lässt sich unter anderem wörtlich entnehmen:

«X., Aktuar und gleichzeitig Geschäftsführer der X. AG wird angefragt, ob in der Unternehmervariante ‹Bombierung› sämtliche Kosten für die fachgerechte Ausführung enthalten seien und ob der Betrag von zirka Fr. 165 000.– als Kostendach angesehen werden kann.

X. gibt zur Antwort: In der Offerte Unternehmervariante ‹Bombierung› sind alle Kosten (inklusive Aufreissen) enthalten. Der Betrag von Fr. 165 000.– kann als Kostendach angesehen werden, wenn die ml und die m² vom Ausmass stimmen und nicht weitere, nicht im Devis angeordnete Arbeiten ausgeführt werden müssen.

Kreisförster Y.: Wenn die Vergabe nach Unternehmervariante erfolgt, erwartet Y. ein Normalprofil von dieser Ausführungsart. X. wäre um ein solches à la Meliorationsamt besorgt.

*Der Vorstand beschliesst einstimmig unter Namensaufruf (Stimmhaltung von X.) folgenden Antrag an die Generalversammlung zu stellen: Vergabe der Arbeiten an die X. AG mit der Unternehmervariante ‹Bombierung› zu **Fr. 165 709.75.***

C. 16.1

Begründung: *Kleinere künftige Unterhaltskosten, mit dieser Ausführungsart. Die Vergebung erfolgt an der Generalversammlung, da die Ausführungsart (neu Bombierung, ursprüngliches Projekt einseitiges Gefälle) geändert wurde.*

Z., 27. November 2000

Der Aktuar X.»

Die Arbeitsvergebung durch die Generalversammlung erfolgt im Einklang mit Art. 8 Abs. 2 Bst. a der Statuten. Danach ist die Generalversammlung für die Vergebung von Aufträgen zuständig, soweit sie diese Befugnis im Einzelfall nicht dem Vorstand übertragen hat.

2. Aus den unter Ziffer 1 angeführten Ausschnitten aus dem Protokoll lässt sich entnehmen, dass X. zwar nicht an der Abstimmung teilgenommen, jedoch bei der Beratung über die Arbeitsvergebung im Vorstand aktiv mitgewirkt hat. Aus dem Umstand sodann, dass er für die gesamte Vorstandssitzung für die Protokollführung verantwortlich zeichnet, ergibt sich, dass er auch bei der Abstimmung den Raum nicht verlassen hat. Die Organe der Beschwerdeführerin, denen das Protokoll der Vorstandssitzung gemäss Zustellungsvermerk nicht zugänglich war, haben nun nicht geltend gemacht, es seien Ausstandsvorschriften verletzt worden. Von den eigentlichen Ablehnungsgründen abgesehen, handelt es sich jedoch bei den Ausstandsvorschriften um Regeln des zwingenden öffentlichen Rechts, die von Amtes wegen zu beachten sind. Auch im Beschwerdeverfahren, in welchem dem Rügeprinzip stärkeres Gewicht beigemessen wird, findet diesbezüglich eine Rechtsanwendung von Amtes wegen statt (§ 26 Abs. 1 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, SRSZ 234.110/VRP). Damit ist zu prüfen, ob der angefochtene Vergabungsbeschluss wegen der Missachtung von Ausstandsvorschriften mangelhaft und damit aufzuheben ist.

3. In Art. 1 der Statuten der Flurgenossenschaft A. wird auf die Verordnung über die Flurgenossenschaften vom 28. Juni 1979 (SRSZ 213.110) verwiesen. Ungeachtet dieser Verweisung in Art. 1 der Statuten handelt es sich indessen um eine Flurgenossenschaft im Sinne der Verordnung über land- und forstwirtschaftliche Flurgenossenschaften sowie Einzelmassnahmen zur Bodenverbesserung vom 28. Juni 1979 (SRSZ 312.310/nachstehend: BodenverbesserungV). Dafür spricht die Mitwirkung der kantonalen Forstbehörden beim Wiederherstellungsprojekt «A.». Auch ergibt sich aus dem technischen Bericht zum Projekt, dass namhafte Beiträge von Bund und Kanton erwartet werden. Gemäss § 37 Abs. 1 BodenverbesserungV gilt für das Einsprache- und Beschwerdeverfahren die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege. Nicht direkt anwendbar ist die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege auf das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren (vgl. dazu auch § 2 Abs. 1 Bst. a VRP BodenverbesserungV. § 37 Abs. 2 BodenverbesserungV bestimmt ausserdem, dass die Bestimmungen des Gemeindeorganisationsgesetzes sinngemäss Anwendung finden, wenn im Übrigen die Verordnung und die gestützt darauf erlassenen Statuten keine

Regelung enthalten. Bestimmungen über den Ausstand fehlen in der BodenverbesserungV bzw. in den Statuten. § 62 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (SRSZ 152.100/GOG) bestimmt sodann, dass sich die Ausstandspflicht von Mitgliedern und Schreibern des Gemeinderates oder einer Kommission sowie von Beamten und Angestellten der Gemeinde im Allgemeinen nach den Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege richtet. Auf Grund der Verweisungen in § 37 Abs. 2 BodenverbesserungV bzw. § 62 GOG und § 4 Abs. 1 VRP gelten demnach die Vorschriften der Gerichtsordnung über den Ausschluss und die Ablehnung von Behördenmitgliedern und Funktionären für die Flurgenossenschaft A. wenigstens sinngemäss.

4. Gemäss § 52 Abs. 1 Bst. a Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (SRSZ 231.110/GO) ist jemand an der Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in eigener Sache ausgeschlossen. Ebenfalls ausgeschlossen ist er in Sachen einer juristischen Person, deren Verwaltung er angehört (§ 52 Abs. 1 Bst. c GO). X. als Geschäftsleiter und Inhaber der X. AG erfüllt demnach bei der Beschlussfassung der Flurgenossenschaft A.-strasse über die Vergebung von Arbeiten im Rahmen eines Wettbewerbes, an dem er teilgenommen hat, den Ausschlussgrund gemäss § 52 Abs. 1 Bst. c GO an sich.

5.1 Im vorliegenden Fall stellt sich indessen aus verschiedenen Gründen die Frage, ob der Ausschlussgrund von § 52 Abs. 1 Bst. c GO in seiner ganzen Strenge anwendbar ist und ob dessen Missachtung zur Aufhebung des Vergabungsbeschlusses führt. Zum einen finden die Regeln über Ausschluss und Ablehnung, die in erster Linie für gerichtliche Verfahren entwickelt worden sind, auf das erstinstanzliche Verfahren in Flurgenossenschaften nur sinngemäss Anwendung. Ausserdem hat die Generalversammlung, und nicht der Vorstand, letztlich den Zuschlag erteilt. Zudem hat X. bei der Beschlussfassung im Vorstand nicht mitgestimmt.

5.2 Eine gewisse Zurückhaltung bei der Übernahme von Ausschluss- und Ablehnungsgründen für die Flurgenossenschaften erscheint als geboten, weil naturgemäss bei einer genossenschaftlich verfassten Bodenverbesserungsorganisation die Mandatsträger zwangsläufig gewisse eigene Interessen verfolgen. Es ist daher angezeigt, die Ausschluss- und Ablehnungsregeln institutionsgerecht zu handhaben. Bei der Vergebung von Arbeiten geht es indessen nicht um die Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern. Vielmehr sind zu solchen Verfahren auch und in erster Linie Externe zugelassen. Gründe der Fairness im Verfahren gebieten es, dass alle Bewerber gleiche Erfolgchancen haben (Art. 29 Abs. 1 BV). Unter diesem Aspekt ist es nicht hinnehmbar, dass bei Arbeitsvergaben einzelne Mitbewerber an der Beschlussfassung mitwirken können.

5.3 Nach einer seit längerem anerkannten Praxis im Kanton Schwyz sind Funktionsträger bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes auch bei der Vor-

C. 16.2

bereitung eines Beschlusses von der Mitwirkung ausgeschlossen (vgl. VGE 505/95 vom 20. April 1995; Fritz Huwyler, Gemeindeorganisationsgesetz, Vervielf. Referat 1977, S. 45; vgl. auch Alfred Kölz/Jürg Bosshardt/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 9 zu § 5 aVRG-ZH). Unter dem Aspekt der Unabhängigkeit und Unbefangenheit nach Massgabe von Art. 4 aBV hat die Rechtsprechung zwar angenommen, dass ein Ausschlussgrund im Wesentlichen sich auf die Beschlussfassung beschränkt (vgl. dazu Georg Müller, Kommentar, N 122 zu Art. 4 aBV). Das Schwyzer Verwaltungsgericht hat jedoch bereits vor über zwanzig Jahren gefunden, dass die schwyzerischen Rechtsregeln über diese Mindestanforderungen hinausgehen (VGE 595/79 vom 10. Dezember 1979, EGV-SZ 1979, S. 5ff.). Zu beachten ist ausserdem, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Wesentlichen zum Ausstandsgrund einer Mitwirkung im vorinstanzlichen Verfahren entwickelt worden ist. Geht es dagegen unmittelbar um eigene wirtschaftliche Interessen, so ist auch eine blosser Mitwirkung in der Beratung und Vorbereitung nicht zu akzeptieren. Dieser Schluss drängt sich auch deshalb auf, weil die Flurgenossenschaft A. verhältnismässig wenig Mitglieder hat, die an der Generalversammlung mitentscheiden.

5.4 Der Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit der Behörden ist formeller Natur. Dessen Verletzung kann auch in einem Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden (Kölz/Bosshardt/Röhl, a.a.O., N 7 zu § 5 aVRG-ZH). Ist demnach der angefochtene Beschluss der Generalversammlung der Flurgenossenschaft A. in Missachtung der Ausstandsgründe zu Stande gekommen, ist der Vergebungsbeschluss in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.
(RRB Nr. 207/2001 vom 13. Februar 2001).

16.2 Unentgeltlicher Rechtsbeistand

- *Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand besteht grundsätzlich auch im erstinstanzlichen Kindesschutzverfahren (Erw. 3).*
- *Notwendigkeit einer Rechtsverbeiständung (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege als Minimalgarantie direkt aus Art. 4 aBV, soweit das kantonale Recht keine weitergehenden Ansprüche gewährt (BGE 124 I 306, E. 2a, 121 I 60, E. 2a mit Hinweisen). Art. 4 aBV verschafft einer bedürftigen Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, der auch die Vertre-

tung durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand umfasst, sofern ein solcher zur gehörigen Interessenwahrung erforderlich ist (BGE 125 II 274, E. 4a). In der neuen Bundesverfassung ist dieser Anspruch in Art. 29 Abs. 3 BV ausdrücklich garantiert.

3.2 Ist eine Partei bedürftig und erscheint das Verfahren nicht als aussichtslos, so befreit sie die Behörde auf Antrag ganz oder teilweise von der Kostentragung und der Kostenvorschusspflicht. Die Behörde kann der bedürftigen Partei einen berufsmässigen Rechtsvertreter im Sinne von § 15 Abs. 3 bzw. 4 VRP begeben. Die Vertretungskosten trägt das Gemeinwesen, soweit sie nicht eine andere Partei tragen muss (§ 75 Abs. 1 und 2 VRP).

3.3 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gilt nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts als verfassungsmässige Minimalgarantie auch in Verwaltungsverfahren (BGE 124 I 306, E. 2a mit Hinweis auf BGE 122 I 267, E. 2). Dieser Anspruch besteht unabhängig von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen und der Art des in Frage stehenden Verfahrens für jedes staatliche Verfahren, in das die gesuchstellende Partei einbezogen wird oder dessen sie zur Wahrung ihrer Rechte bedarf. Der Anwendungsbereich erstreckt sich sowohl auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren, als auch auf das Einsprache-, Beschwerde- sowie Klageverfahren (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 2000, NN 2 und 6 zu § 16).

3.4 Deshalb besteht grundsätzlich auch in Kindesschutzverfahren (z. B. Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft, Entzug der elterlichen Obhut) vor der Vormundschaftsbehörde ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (ZVW 49/1994, S. 162f.). Der Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf Kostenbefreiung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Verfahren vor der Vorinstanz, sofern die dafür massgebenden Voraussetzungen erfüllt sind.

4. Wie oben bereits erwähnt, hat die Vorinstanz in diesem Fall auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet. Die Frage, ob der Beschwerdeführer von der Kostentragung zu befreien ist oder nicht, hat sich in diesem Verfahren somit gar nicht gestellt. Somit muss in diesem Beschwerdeverfahren einzig noch geprüft werden, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand hatte.

5.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV besteht der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung nicht voraussetzungslos. Verlangt ist in jedem Falle Bedürftigkeit des Rechtsuchenden und Nichtaussichtslosigkeit des verfolgten Verfahrensziels. Entscheidend ist darüber hinaus die sachliche Gebotenheit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im konkreten Fall.

5.2 Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers sowie die Nichtaussichtslosigkeit des Verfahrens sind nicht umstritten. Die Vorinstanz hat das Gesuch

C. 16.2

des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes aber deshalb abgelehnt, weil nach ihrer Ansicht der Beizug eines Anwaltes weder aus subjektiven noch aus objektiven Gründen notwendig war. Der Beschwerdeführer hätte das Gesuch vom 2. Februar 2000 auch ohne Hilfe eines Anwaltes bei ihr einreichen können, zumal dieses Gesuch mit dem am 30. Januar 2000 eingereichten Eheschutzbegehren praktisch identisch sei. Ebenso sei für die Stellungnahme vom 7. Februar 2000 kein Anwalt erforderlich gewesen.

6.1 Bei der Prüfung der sachlichen Voraussetzungen ist ein strenger Massstab anzulegen. Hohe Anforderungen sind insbesondere an die Notwendigkeit der Verbeiständung zu stellen. Eine anwaltliche Mitwirkung drängt sich nur in Ausnahmefällen auf, wenn schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen (BGE 125 V 34, E. 2). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die unentgeltliche Verbeiständung bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren verlangt wird. Zum einen fehlt im erstinstanzlichen Verfahren regelmässig eine echte Gegenpartei. Zum anderen ist die an das Gesetz und das öffentliche Interesse gebundene sowie zur rechtsgleichen Behandlung aller Bürger gehaltene Verwaltungsbehörde auf Grund der *Offizialmaxime* und des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet, sich an der Sammlung des entscheidungsrelevanten Verfahrensstoffs zu beteiligen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N. 42 zu § 16).

6.2 Bei der sachlichen Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist. Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der *Offizialmaxime* oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken. Die *Offizialmaxime* rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 125 V 35, E. 4b mit Hinweisen auf die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung; EGV-SZ 1990, Nr. 9, S. 10; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N. 41 zu § 16).

6.3 Der Entzug der elterlichen Obhut über ein Kind stellt einen erheblichen Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des betroffenen Elternteils

dar (ZVW 49/1994, S. 164). Diese Feststellung gilt indes nur dann, wenn der Entzug der elterlichen Obhut gegen den Willen des obhutsberechtigten Elternteiles und nicht auf dessen Antrag angeordnet werden soll. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer am 2. Februar 2000 selber verlangt, dass entweder das Kind unter seine alleinige Obhut zu stellen oder die elterliche Obhut ihm und seiner Ehefrau zu entziehen und das Kind in Obhut und Pflege bei seiner Mutter zu geben sei. Gleichzeitig hat er die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft für das Kind beantragt. Diese Anträge greifen nicht besonders stark in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers ein, da er diese (insbesondere den Antrag, dass auch ihm die elterliche Obhut zu entziehen sei) selber gestellt hat. Ein besonders starker Eingriff liegt nur dann vor, wenn einer Person gegen ihren Willen die elterliche Obhut entzogen werden soll. Liegt nach dem Gesagten kein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers vor, so ist zu prüfen, ob besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorlagen, denen dieser auf sich allein gestellt nicht gewachsen war.

6.4 Der Beschwerdeführer ist selber nicht rechtskundig. Dies allein genügt aber noch nicht, dass er Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter hat. Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege bezweckt nicht, jeder Person ohne juristische Kenntnisse für ein Verfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen. Andernfalls hätte unter diesem Gesichtspunkt praktisch jedermann (mit Ausnahme derjenigen Personen, welche eine juristische Berufsausbildung genossen haben) Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter. Entscheidend ist vielmehr, ob der Betroffene die sich stellenden rechtlichen Fragen nicht selber beantworten konnte und ob deshalb der Beizug eines Rechtsanwaltes erforderlich war.

6.5 Wer für die Anordnung der notwendigen Kinderschutzmassnahmen zuständig ist, war zwischen den in Frage kommenden Behörden (Vormundschaftsbehörde, Eheschutzrichter) umstritten. In seiner superprovisorischen Verfügung vom 1. Februar 2000 hat der Eheschutzrichter seine Zuständigkeit zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen verneint. Die Vorinstanz hat ihrerseits in ihrem Schreiben vom 3. Februar 2000 an den Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichtes ihre Zuständigkeit zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen verneint. Die rechtliche Frage nach der für den Erlass der Kinderschutzmassnahmen zuständigen Behörde war deshalb offensichtlich nicht leicht zu beantworten, waren doch selbst Fachleute darüber unterschiedlicher Meinung. Umso weniger durfte vom Beschwerdeführer verlangt werden, dass er von sich aus das Gesuch um Erlass von Kinderschutzmassnahmen bei der dafür zuständigen Behörde einreicht. Die subjektive und objektive Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung ist somit zu bejahen.

6.6 Die Vorinstanz macht geltend, dass das Gesuch um Erlass von Kinderschutzmassnahmen vom 2. Februar 2000 eine mehr oder weniger identische Abschrift des Eheschutzbegehrens vom 30. Januar 2000 sei. Deshalb

C. 18.1

hätte der Beschwerdeführer sein Gesuch vom 2. Februar 2000 auch ohne Hilfe eines Anwaltes einreichen können. Diese Schlussfolgerung ist nicht zutreffend. Wie oben dargelegt, hat der Eheschutzrichter mit Verfügung vom 1. Februar 2000 seine Zuständigkeit für den Erlass der Kinderschutzmassnahmen verneint. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer sich nicht nochmals einen «Fehler» erlauben wollte und das entsprechende Gesuch an die Vorinstanz durch den beigezogenen Rechtsanwalt ausarbeiten liess. Dass es sich beim Gesuch vom 2. Februar 2000 weitgehend um eine Abschrift des Eheschutzbegehrens vom 30. Januar 2000 handelt, ist indes beim Umfang des zu entschädigenden Aufwandes mit zu berücksichtigen.

6.7 Bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist es zudem nicht von Bedeutung, ob der beigezogene Anwalt erfolgreich war und er mit seiner Intervention der Position des Gesuchstellers zum Durchbruch verholfen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beizug erforderlich war, damit der Gesuchsteller seine Interessen wahren konnte. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist unter Umständen auch dann gutzuheissen, wenn der Gesuchsteller mit seinen Anträgen unterlegen ist. Nur wenn ein Verfahren von Anfang an als aussichtslos zu beurteilen ist, darf das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung abgewiesen werden.

6.8 Aufgrund dieser Ausführungen ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verfahren vor der Vorinstanz erfüllt waren. Es ist somit zu prüfen, welche Vertretungskosten ausgewiesen sind. (RRB Nr. 36/2001 vom 8. Januar 2001).

18. Ausländerrecht

18.1 Familiennachzug für Niedergelassene

- *Keine Verletzung von Treu und Glauben (Erw. 1.1–1.2) und der Kinderrechtskonvention (Erw. 1.3) durch die Fremdenpolizei.*
- *Keine rechtsungleiche Behandlung von Bewerbern aus Balkanländern (Erw. 1.4).*
- *Für Niedergelassene besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Familiennachzug (Erw. 2).*
- *Ein Anspruch auf Familiennachzug Niedergelassener besteht uneingeschränkt, wenn damit die Zusammenführung der Familie bezweckt wird (Erw. 3).*

- *Die Herstellung der Familiengemeinschaft steht dann nicht mehr im Vordergrund, wenn der Familiennachzug allein der Erlangung einer Niederlassungsbewilligung für kurz vor der Mündigkeit stehende Kinder dient (Erw. 4/5).*

Aus dem Sachverhalt

A., geboren 27. März 1961, jugoslawischer Staatsangehöriger, kam 1989 im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner (zweiten) Ehefrau B. in die Schweiz. Seit September 2000 ist er im Besitze der Niederlassungsbewilligung. Am 6. Dezember 1993 hatte er in der Heimat (zum zweiten Mal seine erste Ehefrau) C., geboren 12. Juli 1966, geheiratet, die früher bereits als Saisonarbeiterin in der Schweiz weilte. Im Februar 1994 reiste diese im Rahmen des Familiennachzugs als Jahresaufenthalterin zu ihrem Ehegatten in die Schweiz. Die beiden gemeinsamen Kinder folgten im Juni 1994 nach. Auf Ende 1995 wurden die beiden Kinder wieder abgemeldet, da sie in der Heimat die Schule besuchen wollten. Am 26. Mai 1999 hatte A. noch als Jahresaufenthalter die Fremdenpolizei des Kantons Schwyz um Bewilligung des Nachzugs seiner beiden Söhne ersucht. Diese wies das Gesuch mit Verfügung vom 2. August 1999 wegen ungenügender Wohnverhältnisse ab. Am 5. Dezember 2000 reichte A., nun als Niedergelassener, ein neues Gesuch ein, das mit Verfügung vom 15. Juni 2001 ebenfalls abgewiesen wurde. Zur Begründung führte die Fremdenpolizei aus, das Gesuch beruhe primär auf wirtschaftlichen und nicht familiären Gründen, zudem spreche die Lage auf dem Arbeitsmarkt gegen den Nachzug der beiden Kinder.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz sinngemäss eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes vor (Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [SR 101, BV]). Nachdem das erste Nachzugsgesuch vom 26. Mai 1999 wegen ungenügender Wohnverhältnisse abgelehnt worden sei, habe er eine grössere Wohnung gemietet, und zwar im Vertrauen darauf, dass ihm der Familiennachzug bewilligt werde, wenn er diese Voraussetzung erfülle. Das zweite Gesuch werde nun aber aus wirtschaftlichen Gründen abgewiesen, von denen im ersten Verfahren nicht die Rede gewesen sei. Eine solche Begründung sei deshalb unzulässig. Zudem hätte ihn die Vorinstanz vorgängig hiezu anhören müssen. Da sie dies nicht getan habe, sei auch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

1.2 Der Vorwurf des treuwidrigen Verhaltens an die Adresse der Vorinstanz geht fehl (vgl. hiezu Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 521ff.). Die abweisende Verfügung der Fremdenpolizei vom 2. August 1999 war nicht in dem Sinne vertrauensbegründend, als der Beschwerdeführer davon ausgehen durfte, die Bewilligung werde erteilt, sobald er über eine grössere Wohnung verfüge (Art. 39 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 der Verordnung über die Begrenzung der

C. 18.1

Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 [SR 823.21, BVO]). Eine solche Aussage und Zusicherung beinhaltet jenes Schriftstück nicht. Im Gegenteil, die Vorinstanz führte ausdrücklich aus, dass auf die weiteren Bestimmungen der Familiennachzugsregelung nicht mehr eingegangen werden müsse, da bereits die Bewilligungsvoraussetzung der angemessenen Wohnung nicht erfüllt sei. Im Weiteren wurde der Beschwerdeführer auch darauf hingewiesen, dass es sich bei den Voraussetzungen der Begrenzungsverordnung um bundesrechtliche Mindestanforderungen handle, und dass der Kanton im Rahmen des Ermessensentscheides weitere Kriterien berücksichtigen könne. Auch wenn die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (§§ 18 und 19 der Verordnung über die Verwaltungspflege vom 6. Juni 1974 [SRSZ 234.110, VRP]), ist sie nicht verpflichtet, sämtliche Gründe, die zur Abweisung führen, abzuklären und in die Erwägungen aufzunehmen. Ebenso wenig ist sie verpflichtet, zu allen Vorbringen einer Partei Stellung zu nehmen und dieser vorgängig sämtliche Gründe, die für oder gegen eine Bewilligungserteilung sprechen, darzulegen (EGV-SZ 2000, Nr. 60, Ziff. 2 mit Hinweisen; RRB Nr.1035/2000 vom 4. Juli 2000, Ziff. 4.4.2). Aus diesem Grunde kann vorliegend auch nicht von einer Gehörsverletzung gesprochen werden. Selbst wenn ein solcher Mangel vorliegen würde, wäre dieser in diesem Beschwerdeverfahren geheilt worden, nachdem der Beschwerdeführer im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels sowie zu den zusätzlichen Sachabklärungen des Justizdepartementes umfassend Stellung nehmen konnte und dem Regierungsrat als Beschwerdeinstanz uneingeschränkte Kognition zukommt.

1.3 Der Beschwerdeführer beanstandet überdies, dass die Vorinstanz die beiden Kinder nicht angehört hat. Er beruft sich dabei auf Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (SR 0.107; UNO-Kinderrechtskonvention, für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten), wonach die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zusichern, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten bzw. Gerichts- und Verwaltungsverfahren unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle frei zu äussern und angehört zu werden. Die Beschwerdeführer können sich auf diese Bestimmung, die auch in fremdenpolizeilichen Verfahren gilt, berufen (BGE 124 II 368, E. 3c mit Hinweisen).

Die UNO-Konvention wurde im vorliegenden Fall jedoch nicht verletzt. Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention verleiht keinen Anspruch auf eine persönliche (mündliche), sondern lediglich auf eine angemessene Anhörung. Eine solche kann auch schriftlich (oder über einen Vertreter) erfolgen. Der Beschwerdeführer vertritt offensichtlich auch den Standpunkt seiner beiden Kinder, indem er deren Situation schildert und ihre Interessen und Absichten dargelegt hat. Insbesondere erhielt er vom Justizdepartement im Rahmen der zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen (Schreiben vom 21. September 2001) ausreichend Gelegenheit, die Sichtweise und Vorstellungen seiner beiden Kinder vorzutragen. Damit erweisen sich die

Anforderungen von Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention als erfüllt (BGE 124 II 368, E. 3c mit Hinweisen; RRB Nr. 892/2000 vom 14. Juni 2000, Ziff. 2).

1.4 Unzutreffend ist auch die Vermutung des Beschwerdeführers, der Vorinstanz gehe es letztlich darum, Gesuche von Ausländern, namentlich aus dem Balkan, pauschal abzulehnen. Der sinngemässe Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung ist jedoch unberechtigt. Der Regierungsrat musste als Beschwerdeinstanz diese Rüge schon mehrfach zurückweisen. Es gibt auch jetzt keine Anhaltspunkte für eine gegen den Rechtsgleichheitsgrundsatz verstossende und diskriminierende Bewilligungspraxis.

2.1 Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20, ANAG) entscheidet die zuständige Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Dieses Ermessen ist dort eingeschränkt, wo eine Norm des Bundesrechts oder ein Staatsvertrag dem Ausländer oder seinen Angehörigen einen Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung einräumt. Einen solchen Rechtsanspruch begründen Art. 17 Abs. 2 ANAG sowie Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, EMRK; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 BV).

2.2 Art. 17 Abs. 2 ANAG regelt den Familiennachzug niedergelassener Ausländer. Was ihre ledigen Kinder unter 18 Jahren (im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung; BGE 120 Ib 262f.) betrifft, haben diese grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit ihren Eltern zusammenwohnen. Dieser Anspruch erlischt, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat. Zweck des Familiennachzugs im Sinne dieser Bestimmung ist es, die Zusammenführung und das Zusammenleben der Gesamtfamilie zu ermöglichen und rechtlich abzusichern (BGE 119 Ib 86).

Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches des Beschwerdeführers, d.h. am 5. Dezember 2000, waren seine Kinder 15 und 17 Jahre alt. Er hat daher gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG grundsätzlich einen Anspruch auf Nachzug der beiden Söhne.

2.3 Ferner garantiert Art. 8 Ziff. 1 EMRK den Schutz des Familienlebens. Darauf kann sich auch der Ausländer berufen, der nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz hat. Wird dem ausländischen Verwandten die Anwesenheit in der Schweiz untersagt, kann dies Art. 8 EMRK verletzen. Voraussetzung ist jedoch, dass eine familiäre Beziehung tatsächlich existiert, gelebt wird und intakt ist, wofür auch ein regelmässiger Kontakt genügen kann (BGE 119 Ib 84; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 570; VGE 1018/00 vom 20. Juni 2000, E. 2b). Die geforderte familiäre

C. 18.1

Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen beiden Söhnen ist unbestritten.

3.1 Der Anspruch der Kinder auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung der Eltern setzt voraus, dass sie mit den Eltern zusammen im gleichen Haushalt wohnen werden (BGE 126 II 271). Das gesetzgeberische Ziel von Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG, das familiäre Zusammenleben zu ermöglichen und rechtlich abzusichern, wird jedoch dann nicht erreicht, wenn der in der Schweiz niedergelassene Ausländer jahrelang von seinem Kind getrennt lebt und dieses erst kurz vor dem Erreichen des 18. Altersjahrs in die Schweiz holt. In solchen Fällen liegt der Verdacht nahe, dass es nicht um das familiäre Zusammenleben geht, sondern vielmehr darum, auf möglichst einfache Weise in den Genuss einer Niederlassungsbewilligung zu gelangen. Eine solche Absicht wäre rechtsmissbräuchlich. Allerdings kann es gute Gründe dafür geben, die Familiengemeinschaft in der Schweiz erst nach Jahren herzustellen; solche Gründe müssen sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben (BGE 125 II 587, 119 Ib 88, 115 Ib 101; VGE 1018/00 vom 20. Juni 2000, E. 3a). Es erscheint aber umso weniger glaubwürdig, dass vorrangig die Zusammenführung der Familie angestrebt wird, je näher das Alter des betreffenden Kindes bei der Grenze von 18 Jahren liegt; gänzlich ausgeschlossen ist der Familiennachzug jedoch erst bei deren Erreichen (BGE 126 II 333; VGE 1000/01 vom 21. Februar 2001, E. 1a).

3.2 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermitteln weder Art. 17 Abs. 2 ANAG noch Art. 8 EMRK ein absolutes Recht auf Einreise und Aufenthaltsbewilligung von Familienmitgliedern, namentlich wenn ein Ausländer selbst die Entscheidung getroffen hat, von seiner Familie getrennt in einem anderen Land zu leben (BGE 122 II 289, 385; VGE 1000/01 vom 21. Februar 2001, E. 1b mit weiteren Hinweisen). Insbesondere bei getrennt lebenden Eltern setzt das Nachzugsrecht voraus, dass das Kind zu dem in der Schweiz lebenden Elternteil die vorrangige familiäre Beziehung unterhält, und zwar nicht nur gegenüber dem andern Elternteil, sondern ebenfalls gegenüber sonstigen Verwandten, die für das Kind sorgen (BGE 125 II 588, E. 2c). Dabei kommt es nicht nur auf die bisherigen Verhältnisse an, sondern es können auch nachträglich eingetretene oder gar künftige Umstände wesentlich werden. Der nachträgliche Familiennachzug muss sich jedoch als zur Pflege des Kindes notwendig erweisen, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn in der Heimat alternative Betreuungsmöglichkeiten bestehen, die dem Kindeswohl besser entsprechen, weil beispielsweise dadurch vermieden werden kann, dass das Kind aus seiner bisherigen Umgebung und dem ihm vertrauten Beziehungsumfeld herausgerissen wird (BGE 125 II 588, E. 2c. mit Hinweisen; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht [RB], 1999, Nr. 39). Der Kindesnachzug ist deshalb nur dann zu bewilligen, wenn die Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss führt, dass das nachziehende Kind zum hier lebenden Elternteil eine engere Beziehung hat als zu den Betreuungspersonen im Herkunftsland (RB 1998, Nr. 54).

3.3 Nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dies allerdings nicht beim nachträglichen Familiennachzug zusammenlebender Eltern, der nicht durch besondere, stichhaltige Gründe für die beabsichtigte Änderung des Betreuungsverhältnisses gerechtfertigt sein muss. Innerhalb der Schranken von Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG sei der Nachzug von gemeinsamen Kindern durch beide Elternteile zusammen grundsätzlich jederzeit zulässig; vorbehalten bleibe einzig das Rechtsmissbrauchsverbot (BGE 126 II 333). Damit kann den in der Schweiz zusammenlebenden Eltern nicht entgegengehalten werden, es lägen keine überzeugenden Gründe für eine Änderung der Betreuungsverhältnisse vor. Denn der Schutz des Familienlebens (Art. 8 EMRK) verdient, wie das Bundesgericht ausführt, in diesem Fall mehr Beachtung, weil das Zusammenleben der Gesamtfamilie (mit beiden Elternteilen) angestrebt wird, was dem eigentlichen Zweck des Familiennachzugs entspricht (VGE 1000/01 vom 21. Februar 2001, E. 3a; BGE 126 II 332, 125 II 589).

3.4 Diese Voraussetzung erfüllt die Familie des Beschwerdeführers. Er und seine Ehefrau leben in der Schweiz zusammen und möchten die beiden gemeinsamen Kinder wieder zu sich nehmen und mit ihnen in einem gemeinsamen Haushalt zusammenleben, wie sie dies bereits 1994 bis 1995 getan hatten. Der Beschwerdeführer muss deshalb grundsätzlich keine besonderen stichhaltigen Gründe vorbringen können, welche die Änderung des Betreuungsverhältnisses von den Grosseltern zu den Eltern in die Schweiz rechtfertigen. Immerhin stellt sich noch die Frage des Rechtsmissbrauchs.

4. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechtes ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher kann sich auch nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Frage stellen, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder ob die Ansprüche aus Art. 17 ANAG zweckwidrig für die blossе Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung geltend gemacht werden (BGE 126 II 333). Im Vordergrund stehen müssen aber familiäre Interessen. Wirtschaftliche Interessen, wie z.B. bessere Zukunftsperspektiven in der Schweiz, dürfen nur sekundär sein.

4.1 Der Beschwerdeführer hatte im Jahre 1994, nachdem er seine erste Ehefrau C. 1983 in der Heimat ein zweites Mal geheiratet hatte, mit dieser und den beiden gemeinsamen Kindern bereits in der Schweiz zusammengelebt. Der Familiennachzug war ihm damals bewilligt worden. Ende 1995 schickte er jedoch beide Söhne wieder in die Heimat zurück, damit sie dort die Schule besuchen und die weitere Ausbildung absolvieren. In der Schweiz gingen die beiden Kinder offenbar nicht zur Schule, obwohl sie schulpflichtig waren (§ 25 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 [SRSZ 611.210]). Der Beschwerdeführer hat somit die bestehende Familiengemeinschaft für mehrere Jahre freiwillig aufgelöst, ohne dass er hierfür überzeugende Gründe geltend machen könnte (s. nachste-

C. 18.1

hend Ziff. 4.3). Dieses Verhalten macht deutlich, dass beim Beschwerdeführer und seiner Ehefrau nicht mehr das gemeinsame Familienleben im Vordergrund stand, sondern die schulische und berufliche Ausbildung der Kinder in der Heimat. Die Erteilung einer Familiennachzugsbewilligung lässt sich deshalb heute infolge Zweckwidrigkeit nicht mehr rechtfertigen. Denn es widerspricht Sinn und Zweck des Instituts des Familiennachzugs, wenn ein Kind erst nach Absolvierung der Schulpflicht nachgezogen wird, um ihm in der Schweiz eine bessere berufliche Ausbildung zu ermöglichen und/oder das wirtschaftliche Fortkommen zu erleichtern. Mit dem Familiennachzug soll ja gerade eine möglichst gute Eingliederung der Familienangehörigen erreicht und den Kindern der Schulbesuch in der Schweiz ermöglicht werden. Denn je jünger Kinder sind, umso grösser sind deren Aussichten auf gesellschaftliche und berufliche Integration (EJPD/Bundesamt für Ausländerfragen, Weisungen und Erläuterungen, Einreise, Aufenthalt und Niederlassung [BFA-Weisungen], Ziff. 632.1; BGE 125 II 590; RRB Nr. 365/2000 vom 14. März 2000, Ziff. 3.3.2). Wenn der Beschwerdeführer meint, dass Ausländer in der Schweiz entsprechend ihren Vorstellungen über Familie und Erziehung frei über den Aufenthalt ihrer Kinder entscheiden können sollten, so gilt dies eben nur im Rahmen der Familiennachzugsregelung des Gaststaates, an die sie sich zu halten haben.

4.2 Der Beschwerdeführer hat sich, wie bereits erwähnt, zweckwidrig verhalten. Es ist mit dem Institut des Familiennachzugs nicht vereinbar, wenn eine bestehende Familiengemeinschaft aufgelöst wird und die Familienangehörigen Jahre später, bevor die Kinder die Volljährigkeit erreichen, wieder zusammengeführt werden sollen. Wer während mehreren Jahren die Trennung von den Kindern in Kauf nimmt, ohne hiezu verpflichtet gewesen zu sein, und damit auf das bereits bewilligte Familiennachzugsrecht freiwillig verzichtet hat, kann nicht glaubhaft geltend machen, er wolle nun in erster Linie aus familiären Interessen die beiden Söhne, die sich in der Zwischenzeit im fortgeschrittenen Jugendlichenalter befinden, in die Schweiz zurückholen. Wenn es dem Beschwerdeführer wichtiger war, seine Kinder in der Heimat auszubilden (auch als sich die Kinder 1994/95 in der Schweiz aufhielten, besuchten sie hier angeblich die Schule nicht, obwohl sie schulpflichtig gewesen wären), muss er auch die Konsequenzen tragen und sich den Vorwurf gefallen lassen, es gehe ihm beim Familiennachzugsgesuch in erster Linie um das günstigere wirtschaftliche Umfeld in der Schweiz. Dies bestätigt denn auch der Beschwerdeführer, indem er ausführt, seine Kinder seien an den Errungenschaften der westlichen Welt interessiert und möchten in ihrem Leben und in ihrem Beruf weiterkommen. Wer primär aus diesem Grund in die Schweiz kommen will, kann dieses Ziel nicht über den Weg des Familiennachzugs erreichen.

4.3 Die Gründe, die der Beschwerdeführer für sein damaliges Verhalten anführt, überzeugen zudem nicht.

4.3.1 Die damalige finanzielle Lage der Familie konnte für die Rückkehr der Kinder nicht ausschlaggebend sein. Wäre dies der Fall gewesen, hätte

die Fremdenpolizei damals den Nachzug gar nicht bewilligen können; denn das Erfordernis der ausreichenden Finanzmittel für den Unterhalt der Familie (Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO) konnte nur dann als erfüllt betrachtet werden, wenn die Finanzierung des sozialen Existenzminimums (gemäss SKOS-Richtlinien) gewährleistet war.

4.3.2 Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, seine Söhne könnten von den Grosseltern in der Heimat, die alt und krank seien, nicht mehr angemessen betreut werden. Zudem würden jene die anstehenden wichtigen Fragen hinsichtlich Beruf und Ausbildung auf Grund ihrer traditionellen Lebensweise anders beurteilen als sie als Eltern, die in der Schweiz einem modernen Kulturverständnis verbunden seien. Zudem seien die Kinder im Pubertätsalter, was das Zusammenleben mit den Grosseltern mit zunehmendem Alter schwieriger mache, nicht zuletzt auch wegen des unterschiedlichen Lebensverständnisses der beiden Generationen. Er möchte deshalb seine Kinder nicht in der veralteten Tradition des Heimatlandes aufwachsen lassen. Andere Verwandte und geeignete Bezugspersonen hätten ihre Söhne zudem in der Heimat keine. Die Betreuung auf Distanz sei eine schlechte Lösung und führe nur zur gegenseitigen Entfremdung.

Die Grosseltern mit den Jahrgängen 1940 (Grossvater) und 1944 (Grossmutter) sind noch keineswegs alt. Auf Grund ihrer gesundheitlichen Schwierigkeiten (Diskushernie einerseits bzw. Rückenleiden und Zuckerkrankheit andererseits) können sie zwar gemäss den eingereichten Arztzeugnissen keine selbstständige Tätigkeit (als Landwirt bzw. Landwirtin) mehr ausüben; inwiefern sie jedoch die gemeinsam übernommene Elternrolle nicht mehr sollen wahrnehmen können, ist nicht einzusehen, zumal die beiden Enkel keiner intensiven elterlichen Betreuung und dauernden Beaufsichtigung durch Erwachsene mehr bedürfen. Im Gegenteil können sie im Haushalt (evtl. auch im Landwirtschaftsbetrieb) der betreuenden Grosseltern mithelfen und nützlich sein, was für jene eine wertvolle Entlastung bedeuten würde. Von einer Überbeanspruchung oder gar Überforderung der Grosseltern kann deshalb kaum die Rede sein, zumal auch nicht geltend gemacht wird, das Verhältnis zwischen ihnen und den Söhnen des Beschwerdeführers sei besonders schwierig oder gar gestört. Dass zwischen zwei Generationen verschiedene Ansichten und Vorstellungen aufkommen können, ist nichts Aussergewöhnliches.

4.3.3 Mit zunehmendem Alter erlangen die Kinder überdies eine grössere Selbstständigkeit. Zwangsläufig lockern sich deshalb mit dem Erreichen des Erwachsenseins auch die familiären Bande. Das volljährige Kind ist zudem der Familiengemeinschaft nicht mehr verpflichtet. Die vom Beschwerdeführer beklagte Entfremdung zwischen Kindern und Eltern ist weitgehend ein natürlicher Ablösungsvorgang, weil die Kinder erwachsen werden und ihren eigenen Weg gehen wollen. Mit dem Institut des Familiennachzugs soll aber das Zusammenleben in der Familiengemeinschaft

C. 18.1

ermöglicht werden. Dieser massgebliche Zweck ist vorliegend allein schon altersmässig nur noch beschränkt erreichbar, sind doch die Söhne des Beschwerdeführers schon über 18 und 16 Jahre alt. Diese sind überdies für ihre weitere persönliche und berufliche Entwicklung nicht mehr auf eine unmittelbare Betreuung durch die Eltern angewiesen, zumal ihre Berufswahl bereits getroffen wurde und die entsprechende Ausbildung als Coiffeur (D.) abgeschlossen bzw. als Automechaniker (E.) in Angriff genommen wurde. Die bisherigen häufigen Kontakte der Eltern (gegenseitige Besuche alle drei Monate, tägliche Telefonate), die fortgeführt werden können, sowie eine allfällige finanzielle Unterstützung durch die Eltern reichen in Anbetracht des fortgeschrittenen Alters der beiden Söhne für einen angemessenen elterlichen Beistand aus.

4.3.4 Wenn der Beschwerdeführer schliesslich seine Kinder aus der ihrer Ansicht nach veralteten traditionellen Lebensweise in der Heimat herausholen möchte, um sie an den Errungenschaften der westlichen Welt teilnehmen zu lassen, so macht er damit nur noch deutlicher, dass es ihm in erster Linie um die Sicherung des wirtschaftlichen Fortkommens in der Schweiz geht und nur in zweiter Linie um die (nochmalige) Zusammenführung der Familie. Im Weiteren hätte es der Beschwerdeführer in der Hand gehabt, seine Kinder in der Schweiz aufwachsen zu lassen, als er sie 1994 hierher holen durfte. Er hat sie hier aber nicht einmal zur Schule geschickt, obwohl er hiezu verpflichtet gewesen wäre. Dieses Versäumnis kann er heute nicht mehr mit einem Familiennachzugsgesuch korrigieren, denn das Institut des Familiennachzugs bezweckt die Zusammenführung der Familie möglichst früh und nicht erst, wenn die Kinder langsam erwachsen werden und das gemeinsame Familienleben immer weniger von Bedeutung ist.

4.4 Hinzu kommt, dass die beiden Kinder des Beschwerdeführers praktisch ihr ganzes bisheriges Leben in Jugoslawien verbracht haben, so dass sie sozial, persönlich und kulturell eng mit ihrer Heimat verbunden sind. Die beruflichen und gesellschaftlichen Integrationsaussichten in der Schweiz sind zudem, wie die Erfahrung zeigt, für beide Jugendlichen eher schlecht. Denn sie hätten hier allein schon wegen ungenügender Sprachkenntnisse grösste Schwierigkeiten, eine Lehr- und Arbeitsstelle zu finden, geschweige denn eine Berufslehre zu absolvieren. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie angeblich Deutschkurse besuchen (wofür allerdings der Nachweis fehlt). Es macht deshalb wenig Sinn, Jugendliche aus der bisherigen Umgebung herauszureissen und sie in ein neues und fremdes Umfeld zu verpflanzen, wo sie nur geringe Chancen haben, sich beruflich wie gesellschaftlich zu integrieren. Auch wenn dies der Beschwerdeführer anders sieht, bleiben ihm nur beschränkte Möglichkeiten von Integrationshilfe. Die gesellschaftlichen Gegebenheiten im Alltag kann er nicht beeinflussen. Die Gefahr, als nicht integrierte ausländische Jugendliche auf Abwege zu geraten, ist deshalb erfahrungsgemäss gross (RRB

Nr. 2028/1999 vom 21. Dezember 1999 mit Hinweisen, u. a. auf den Tages-Anzeiger vom 13. März 1998, S. 13, betreffend Zunahme der Kriminalität junger Ausländer; VGE 1000/01 vom 21. Februar 2001, S. 8). Der Beschwerdeführer vermochte denn auch auf die Fragen des Justizdepartementes nach der Zukunft seiner Söhne in der Schweiz (Schule, Beruf, Arbeit) keine konkreten Antworten zu geben. Er weist lediglich auf die ungewisse Möglichkeit hin, eine Arbeit zu finden bzw. eine Berufslehre zu absolvieren. Konkrete schulische und berufliche Möglichkeiten wurden offensichtlich weder geprüft noch abgeklärt. Es werden nicht einmal konkrete Vorstellungen und Erwartungen geäussert. Der Nachzug jugendlicher Ausländer mit eher schlechten Zukunftsperspektiven ist deshalb wenig zweckmässig. Für die beiden Söhne des Beschwerdeführers ist es objektiv gesehen besser, im Heimatland, mit dem sie sozial wie kulturell eng verbunden sind, eine Existenz aufzubauen.

5. Dem Beschwerdeführer muss im heutigen Zeitpunkt unterstellt werden, dass er seinen beiden Kindern in erster Linie einen Aufenthalt und eine bessere Zukunft in der Schweiz verschaffen will. Diesem Zweck dient das Institut des Familiennachzugs hingegen nur sekundär. Die Realisierung des gemeinsamen Familienlebens hätte der Beschwerdeführer früher anstreben müssen bzw. im Jahre 1995 nicht abbrechen dürfen, wenn es ihm tatsächlich und primär um die persönliche Betreuung der Kinder geht. Damals hätte man die beiden Söhne altersmässig auch besser einschulen und integrieren können als heute im fortgeschrittenen Jugendlichenalter. Offenbar war es aber für ihn und seine Ehefrau kein vordringliches Bedürfnis, die unmittelbare Beziehung zu den Kindern aufrechtzuerhalten.

Da das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers in erster Linie nicht mehr der Zusammenführung der Familie dient, sondern ein gesicherter Aufenthalt in der Schweiz angestrebt wird, hat es die Vorinstanz zu Recht als zweckwidrig und daher als rechtsmissbräuchlich abgewiesen. Die Fortführung des gegenseitigen Kontakts und die Pflege der Beziehung zwischen Eltern und Kindern bleiben auch dann möglich, wenn die Kinder ihren Lebensmittelpunkt im Heimatland behalten. Die gegenseitigen Besuche, die für Eltern und Kinder weiterhin bewilligungsfrei möglich sind, reichen wie bis anhin für eine wirkungsvolle elterliche Kontakt- und Einflussnahme im konkreten Fall aus. Denn die familiäre Beziehung zu den Söhnen hat sich durch die jahrelange freiwillige Trennung zwangsläufig gelockert. Bei weniger engen Familienbeziehungen genügt aber zur Achtung des Familienlebens ein beschränktes, aber regelmässiges Einreiserecht (Mark E. Villiger, a.a.O., Rz. 580; VGE 1000/01 vom 21. Februar 2001, S. 9). Die bisherigen familiären Beziehungen werden behördlich nicht verhindert.

(RRB Nr. 1561/2001 vom 11. Dezember 2001).

18.2 Kurzaufenthalts- oder Härtefallbewilligung

- *Ist der Aufenthaltszweck für medizinische Behandlungen erfüllt, kann eine Kurzaufenthaltsbewilligung in der Regel nicht mehr verlängert werden (Erw. 2).*
- *Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an nicht erwerbstätige Ausländer aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 36 BVO sind nicht erfüllt (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

G., geboren 30. Januar 1957, Staatsangehöriger von Kroatien, kam 1991 als Saisonnier (Hilfsarbeiter in der Baubranche) in die Schweiz. In den Zwischensaisons musste er wegen der kriegerischen Ereignisse in der Heimat die Schweiz nicht verlassen («Aktion Jugoslawien»). Infolge eines schweren Arbeitsunfalles im Jahre 1994 (Sturz von einem Baugerüst) wurde er arbeitsunfähig und blieb es. Sein Gesuch um Umwandlung der Saison- in eine Jahresaufenthaltsbewilligung bzw. um Erteilung einer Härtefall-Bewilligung (nach Art. 13 lit. b und f sowie lit. h in Verbindung mit Art. 28 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 [SR 823.21, BVO]) wurde von allen Bundesinstanzen abgewiesen (Entscheid des EJPD vom 22. Oktober 1999; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 6. Juni 2000). Sein Gesuch um eine Härtefall-Bewilligung nach Art. 36 BVO blieb hingegen unbehandelt. Die Fremdenpolizei erteilte ihm seit dem Arbeitsunfall mehrere Kurzaufenthaltsbewilligungen wegen ärztlicher Behandlung und zwecks IV-Abklärungen (Patientenbewilligungen, Art. 33 BVO), letztmals bis am 30. Juni 2000. Nach langjährigen Abklärungen und gescheiterten Eingliederungsmassnahmen (Wiedereingliederung, Umschulung) wurde G. trotz vorerst anders lautenden Vorbescheiden der IV-Stelle Schwyz eine volle IV-Rente zugesprochen. Am 2. Februar 2001 erliess die Fremdenpolizei folgende Verfügung:

«1. Der Aufenthaltszweck von G. ist erfüllt. Eine Kurzaufenthaltsbewilligung aus medizinischen Gründen/IV-Abklärungen wird nicht mehr gewährt. Er hat den Kanton Schwyz bis spätestens 31. März 2001 zu verlassen.

Gegen die Verfügung der Fremdenpolizei erhebt G. Beschwerde beim Regierungsrat.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20; ANAG) ist der Ausländer zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt, wenn er eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt oder wenn er nach diesem Gesetz keiner solchen bedarf. Die Aufenthaltsbewilligung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 ANAG stets zu befristen; sie erlischt mit dem Ablauf der Bewilligungsfrist, sofern diese nicht verlängert worden ist (Art. 9 Abs. 1 lit. a ANAG). Dabei ist die

Dauer der Bewilligung nach dem Zweck des Aufenthaltes und der Lage auf dem Arbeitsmarkt zu bestimmen, bei der Verlängerung auch nach dem bisherigen Verhalten des Ausländers (Art. 10 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum ANAG vom 1. März 1949 [SR 142.201; ANAV]).

2.1 Der Beschwerdeführer ist seit mehreren Jahren im Besitze des Ausländerausweises L, dessen Gültigkeitsdauer die Fremdenpolizei mehrmals verlängert hat und der ihn zu vorübergehenden Aufenthalten in der Schweiz berechtigte. Letztmals wurde ihm diese Bewilligung mit dem Aufenthaltzweck «in ärztlicher Behandlung/IV-Abklärungen» bis am 30. Juni 2000 verlängert. Die Vorinstanz stützte sich dabei auf Art. 33 BVO (Aufenthalte für medizinische Behandlungen). Ihrer Ansicht nach komme nun eine Verlängerung nicht mehr in Frage, da der Aufenthaltzweck erfüllt sei, nachdem die IV-Abklärungen abgeschlossen seien und der Beschwerdeführer sich zudem in der Heimat ebenfalls medizinisch behandeln lassen könne.

Der Beschwerdeführer verlangt jedoch eine weitere Verlängerung der Kurzaufenthalterbewilligung um mindestens sechs Monate und in zweiter Linie die Gewährung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 36 BVO bzw. eine «humanitäre Aufenthaltsbewilligung». Der definitive Entscheid über die Zusprechung einer vollen IV-Rente sei noch nicht ergangen, zudem sei er noch in ärztlicher Behandlung, schliesslich würden sich weitere medizinische Abklärungen aufdrängen. Im Weiterm liege ein Härtefall vor; denn er könne nicht ins Heimatland zurückkehren, weil das Verhältnis mit seiner Familie sehr gespannt sei, er in der Heimat Repressalien befürchte, Suizidgefahr bestehe, seine psychische Verfassung eine Rückkehr nicht zulasse und ihm in Kroatien nur eine ungenügende medizinische Behandlung und Betreuung geboten werden könne. Die Vorinstanz habe ferner sein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 36 BVO bzw. um eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung nach Art. 13 BVO gar nie behandelt, was eine Rechtsverweigerung darstelle.

2.2 Nachdem dem Beschwerdeführer in der Zwischenzeit rechtskräftig IV-, Zusatz- und Kinderrenten zugesprochen wurden (...) und demzufolge diesbezüglich keine Abklärungen in der Schweiz mehr notwendig sind, fällt dieses Argument für eine Verlängerung des Aufenthaltes ausser Betracht, zumal dem Beschwerdeführer die Rentenleistungen auch in der Heimat ausbezahlt werden (vgl. Art. 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Kroatien über Soziale Sicherheit vom 9. April 1996 [SR 0.831.109.291.1]).

Falls dem Beschwerdeführer zusätzliche Ansprüche zustehen sollten (gegenüber der Haftpflichtversicherung, der SUVA, der Pensionskasse, oder auch Ergänzungsleistungen), vermag dies eine Verlängerung seines Aufenthaltes in der Schweiz nicht zu rechtfertigen. Denn er kann diesbezügliche Entscheide in der Heimat abwarten und sich für die Durchsetzung seiner Ansprüche in der Schweiz vertreten lassen, was er ja offensichtlich be-

reits tut (...; AGVE 1994, S. 564). Der Umstand, dass die Ausrichtung von Ergänzungsleistungen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz voraussetzt (Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur AHV und IV vom 19. März 1965 [SR 831.30, ELG]), reicht für eine Aufenthaltsverlängerung ebenfalls nicht aus, da sonst jeder ausländische Sozialhilfeempfänger mit der Berufung auf das Wohnsitzprinzip auf eine weitere Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz pochen könnte.

Weitere medizinische Abklärungen sind offensichtlich keine mehr erforderlich. Wie der Beschwerdeführer selbst unter Hinweis auf das Schreiben vom 19. Juli 2001 seines Hausarztes, der sich seinerseits auf den Bericht von Dr. med. X., Spezialarzt für Psychiatrie, (...) stützt, ausführt, gehe es nun noch darum, ihn in seiner chronischen Krankheit ärztlich zu begleiten. Eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit erscheine zudem ausgeschlossen. Weitere Untersuchungen seien keine vorgesehen.

3. Es stellt sich demnach die Frage, ob dem Beschwerdeführer wegen ärztlicher Behandlung eine weitere Verlängerung seines Aufenthaltes gewährt werden kann. Dabei kommt nur eine solche nach Art. 36 BVO in Frage, denn Art. 13 lit. b und f BVO setzen beide (im Gegensatz zu Art. 36 BVO) voraus, dass der Ausländer weiterhin erwerbstätig ist (vgl. die Titel zum 2. und 3. Kapitel der Begrenzungsverordnung: erwerbstätige bzw. nichterwerbstätige Ausländer; Marc Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, 1999, S. 195; Bundesamt für Ausländerfragen, Weisungen und Erläuterungen, Einreise, Aufenthalt und Niederlassung [kurz BFA-Weisungen], Ziff. 442.1; AGVE 1997, S. 461f.). Dies ist beim Beschwerdeführer nicht (mehr) der Fall. Seine Arbeitsfähigkeit kann aus ärztlicher, vor allem psychiatrischer Sicht nicht mehr wiederhergestellt werden. Überdies sind berufliche Wiedereingliederungsmassnahmen bereits gescheitert. Der Beschwerdeführer selbst fühlt sich denn auch offensichtlich nicht mehr als arbeitsfähig. Ein erwerbsloser Aufenthalt kann jedoch nur dann in Frage kommen, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 36 BVO vorliegt, was im Folgenden zu prüfen ist. Ob der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe sein entsprechendes Gesuch gar nie behandelt, was eine Rechtsverweigerung darstelle, zutrifft, kann demzufolge offen bleiben.

4.1 Nach Art. 36 BVO können anderen nichterwerbstätigen Ausländern Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden, wenn wichtige Gründe es gebieten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine zu weite Auslegung dieser Bestimmung, insbesondere des unbestimmten Rechtsbegriffes «wichtige Gründe», mit dem Zweck der Begrenzungsverordnung nicht vereinbar ist (BFA-Weisungen Ziff. 551; VPB 60.95, S. 860; AGVE 1994, S. 563). Die Härtefall-Regelung nach Art 13 lit. f BVO ist in analoger Weise heranzuziehen (BFA-Weisungen Ziff. 552; VPB 60.95, S. 860). Danach ist erforderlich, dass sich der Ausländer in einer persönlichen Notlage befindet. Das bedeutet, dass seine Lebens- und Daseinsbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern, die sich nicht oder nicht mehr

in der Schweiz aufhalten dürfen, in gesteigertem Masse in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung für ihn schwere Nachteile zur Folge hätte. Zu prüfen ist jeweils, ob es dem Ausländer in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zuzumuten ist, in sein Heimatland zurückzukehren bzw. sich dort aufzuhalten. Seine zukünftige Situation im Ausland ist seinen persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Der Zweck der Anwesenheit des Ausländers muss insofern einer Notwendigkeit entsprechen, als er sinnvollerweise nur hier verwirklicht werden kann. Bei der Beurteilung des Härtefalles sind alle Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen (BFA-Weisungen Ziff. 445.1 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; AGVE 1994, S. 563 mit Hinweisen; VPB 60.95, S. 860f.). Noch deutlicher als beim Art. 13 lit. f BVO muss sich hier eine fremdenpolizeiliche Regelung von der Interessenslage her geradezu aufdrängen. Voraussetzung ist daher immer, dass der Ausländer eine enge Beziehung zur Schweiz aufweist, weil er z.B. schon während längerer Zeit mit Anwesenheitsrecht hier lebte und gut integriert ist (VPB 60.95, S. 860f.).

4.2.1 Der Beschwerdeführer bedarf für seine chronischen physischen und psychischen Leiden (anhaltende Anpassungsstörung nach Arbeitsunfall, verschiedene Beschwerden wie Nackenschmerzen, Schlafstörungen, depressive Grundstimmung usw.) einer ständigen medizinischen Betreuung. Aus ärztlicher Sicht gibt es aber offenbar kaum mehr Möglichkeiten, den Gesundheitszustand wie auch die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers durch medizinische Massnahmen nachhaltig zu verbessern. Mit Medikamenten und Physiotherapie wird der Beschwerdeführer zurzeit behandelt.

Unbestritten ist, dass in Kroatien die notwendigen Gesundheitseinrichtungen bestehen, wo sich der Beschwerdeführer sowohl allgemein medizinisch wie auch psychologisch und psychiatrisch, stationär oder ambulant ärztlich versorgen lassen kann. Auch wenn dort nicht derselbe Standard bestehen mag wie in der Schweiz, rechtfertigt dies schon deswegen keinen weiteren Verbleib in der Schweiz, weil sonst kaum mehr ausländische Staatsangehörige mit gesundheitlichen Problemen in ihre Heimat zurückgeschickt werden könnten. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit besteht, für eine spezielle Behandlung vorübergehend wieder in die Schweiz einzureisen (Art. 33 BVO).

4.2.2 Der Beschwerdeführer ist nun aber der Meinung, dass er in der Heimat aus finanziellen Gründen keine angemessene medizinische Betreuung erhalten könne. Wegen seiner vorbestandenen Krankheit bzw. der Unfallfolgen würde er von keiner privaten Versicherung mehr aufgenommen, ebenso nicht von der staatlichen Versorgung. Zudem würden ihm für die in Kroatien wie in andern ehemaligen sozialistischen Ländern allgemein verbreiteten «Schwarzgeldzahlungen» an das Gesundheitspersonal die Mittel fehlen.

Vorab ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer in erster Linie einer medikamentösen (antidepressiven) Behandlung bedarf, die er nicht nur in

der Schweiz bekommen kann. Eine psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung wird zudem als wenig aussichtsreich betrachtet (vgl. den Bericht von Dr. med. X., Spezialarzt für Psychiatrie, ...). Bis anhin hat sich der Beschwerdeführer denn auch dagegen zu Wehr gesetzt, dass er einen Psychiater benötige. Die notwendigen Medikamente kann er sich aber auch in der Heimat besorgen oder (allenfalls in den Nachbarländern) besorgen lassen (vgl. hierzu das Schreiben der Schweizerischen Botschaft in Zagreb an die Commission suisse de recours en matière d'asile vom 5. September 2001, ...). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer keiner kostspieligen Betreuung durch einen Arzt bedarf. Er sollte diese deshalb mit den auch in der Heimat ausbezahlten Rentenleistungen finanzieren können, zumal er dort mit der Kaufkraft dieses Geldes mehr erreichen kann als in der Schweiz. Zudem ist der Beschwerdeführer zu Hause nicht auf sich alleine gestellt. Er hat dort seine Familie, Ehefrau und drei Töchter (21, 15 und 12 Jahre alt), seine Mutter und weitere Geschwister, von denen offenbar ein Teil in Italien arbeitet. Von diesen kann erwartet werden, dass sie ihm auch in finanzieller Hinsicht beistehen, falls es tatsächlich keine staatliche Hilfe geben und er selbst nicht über ausreichend Finanzmittel verfügen sollte.

4.2.3 Nach Auskunft der Schweizerischen Botschaft sollte er jedoch von der Sozialversicherung Kroatiens (obligatorische Grundkrankenversicherung) als Rückkehrer dieselben Leistungen (Deckung aller ambulanten und stationären Behandlungen) erhalten wie die ansässigen Landsleute, sobald er im «plan social croate» wieder registriert ist. Es liegt nun am Beschwerdeführer, für diese Registrierung die notwendigen Schritte einzuleiten. Wie das Bundesamt für Flüchtlinge ausführt (...), sei die wichtigste Voraussetzung für die Rückkehr und für die Registrierung in Kroatien der Staatsangehörigkeitsnachweis (Zertifikat, Reisepass, Identitätskarte). Diesen Nachweis sollte der Beschwerdeführer ohne weiteres erbringen können. Er hat sich demzufolge in einem der Regionalbüros der staatlichen Gesundheitsversicherung anzumelden. Auch hierfür dürfte er die Voraussetzungen erfüllen (offizieller Rückkehrstatus oder geregelte Wohnsitznahme in Kroatien [bei seiner Familie oder Verwandtschaft] und u. a. Bezug einer Invalidenrente).

Die Aussichten, dass der Beschwerdeführer in der Heimat in den Genuss von staatlichen Versicherungsleistungen kommt, sind jedenfalls intakt. Der Beschwerdeführer kann keinen gegenteiligen Beweis erbringen, was ihm im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht jedoch obliegen würde (...). Selbst wenn er einen gewissen Selbstbehalt tragen müsste (was ja auch in der Schweiz der Fall wäre, plus zusätzlich die Franchise), so kann er diesen mit seiner Rente finanzieren. Sodann sind Schwarzgeldzahlungen angeblich nicht die Regel. Wenn der Beschwerdeführer schliesslich geltend macht, als Angehöriger der (albanischen) Minderheit sei er Diskriminierungen der staatlichen Behörden ausgeliefert, so ist auch diese Behauptung unbelegt; überdies hat sich die heutige Regierung für die Förderung der Rückkehr

ethnischer Minderheiten ausgesprochen, was die Lage des Beschwerdeführers in dieser Hinsicht zumindest längerfristig verbessern dürfte (vgl. Bericht des Bundesamtes für Flüchtlinge).

4.2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer aus medizinischen Gründen nicht notwendigerweise in der Schweiz aufhalten muss. Auch wenn er diesbezüglich in der Heimat gewisse Einschränkungen in Kauf zu nehmen hätte, was jedoch keineswegs feststeht, ist eine Rückkehr nach Kroatien durchaus zumutbar.

4.3 In den medizinischen Gutachten und Berichten wird verschiedentlich erwähnt, dass (u. a.) die Trennung von der Familie und die Entwurzelungsproblematik die psychosoziale Situation des Beschwerdeführers kennzeichne, dass er sich nach seiner Familie sehne (das Verhältnis zu ihr soll allerdings in der Zwischenzeit gestört sein), dass die Wiedereingliederung in den angestammten Kulturkreis und in die (Gross-)Familie erfolversprechender sei als die gesellschaftliche und berufliche Wiedereingliederung in der Schweiz (vgl. die Berichte ...).

Der Beschwerdeführer, der den allergrössten Teil seines Lebens in der Heimat verbrachte, wo er aufwuchs, die Schule besuchte, Militärdienst leistete und sich politisch und gewerkschaftlich engagierte, hat sich demnach von seiner Heimat noch nicht entfremdet. Im Gegenteil muss davon ausgegangen werden, dass ihm das vertraute Umfeld in der Schweiz fehlt, ihn psychisch belastet und zusätzlich krank macht. Seine Anwesenheit in der Schweiz beschränkte sich auf vier Saisonaufenthalte (1990 bis 1994). Seit dem Arbeitsunfall (1994) ist er krank und arbeitet nicht mehr. Es wurden ihm denn auch lediglich vorübergehende Kurzaufenthalte bewilligt, damit er seine Rentensituation klären und sich ärztlich behandeln lassen konnte. Nach seiner eigenen Darstellung lebt er hier völlig zurückgezogen, ohne Umgang mit Bekannten oder Freunden. Er spricht kaum Deutsch und pflegt offenbar auch zur einheimischen Bevölkerung keine Kontakte. Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz nicht integriert. Auf der andern Seite wohnen alle seine Angehörigen und Verwandten entweder in Istrien/Kroatien oder arbeiten in Italien. Seit 1994 hatte er anscheinend auch keinen Besuch mehr von seiner Familie (ausser im Jahre 1999). Sein Bruder, der in Brescia/Italien lebt, hat ihn angeblich schon in der Schweiz aufgesucht.

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer keine enge Beziehung zur Schweiz hat. Er möchte denn auch vor allem hier bleiben, um sich medizinisch behandeln zu lassen, und weil er sich hier offensichtlich in finanzieller Hinsicht ein besseres Leben verspricht als in der Heimat. Solche Gründe machen jedoch noch keine persönliche Notlage im Sinne von Art. 36 BVO aus. Die Existenz des Beschwerdeführers wird keineswegs in Frage gestellt, wenn er heimkehren muss. Er wird zudem nicht schlechter gestellt, als andere Ausländer, die ebenfalls krank in die Heimat zurückkehren mussten, zumal er im Gegensatz zu «nur» teilinvaliden Landsleuten seine Rentenansprüche nicht verliert. Wirtschaftlich sollte es ihm in der Heimat sogar besser gehen.

4.4 Wie der Beschwerdeführer weiter ausführt, habe er sich von seiner Familie entfremdet, er werde weder von seiner Frau noch von seinen Kindern als Ehemann bzw. Vater respektiert. Diese würde ihn ablehnen, da sie ihn nur in der Rolle des Unterstützung leistenden Ernährers sähen. Da er diese Rolle wegen des Arbeitsunfalles nicht mehr habe wunschgemäss wahrnehmen können, lehne ihn die Familie nun ab. Sie würden ihm vorwerfen, er sei faul und wolle gar nicht arbeiten.

Ob diese Ausführungen des Beschwerdeführers den Tatsachen entsprechen oder Ausdruck seiner subjektiven depressiven Einstellung bzw. seines chronischen Krankheitsempfindens sind, ist schwer auszumachen. Immerhin sprachen die Ärzte schon bald von einer Entwurzelungsproblematik, der Beschwerdeführer selbst von Sehnsucht nach seiner Familie. Möglicherweise lebt er schon zu lange von seiner Familie getrennt. Umso wichtiger scheint es, dass die Familie wieder zusammengeführt wird, was nicht zuletzt auch im Interesse des Beschwerdeführers liegt. Denn nach Einschätzung der Ärzte hängen seine psychischen Probleme u. a. mit der Trennung von der Familie zusammen. Zudem sind sie der Ansicht, dass sich der Beschwerdeführer in seinem heimatlichen Umfeld besser wieder eingliedern könne als dies in der Schweiz je möglich wäre. Auch wenn seit jener Beurteilung eine gewisse Zeit verstrichen ist, ist die Zusammenführung der Familie nach wie vor möglich und auch anzustreben. In der Schweiz besteht langfristig in persönlicher und sozialer Hinsicht für den Beschwerdeführer keine echte Alternative. Ein Leben ohne tragfähiges Bezugsnetz, lediglich mit periodischer ärztlicher Betreuung, dürfte nicht zuletzt für seinen Gesundheitszustand kaum positive Auswirkungen haben. Ein künftiges Leben im Kreise der Familie bzw. bei weiteren Verwandten in der Heimat erscheint hingegen viel aussichtsreicher zu sein, auch wenn sich der Beschwerdeführer zurzeit noch dagegen sträubt. Die Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz ist deshalb nicht mehr erforderlich. Immerhin hat er ja bereits Kontakt mit Verwandten aufgenommen, die in Bezug auf die medizinische Versorgung Abklärungen getroffen haben. Auch daraus ist ersichtlich, dass er in der Heimat nicht auf sich alleine gestellt sein wird.

4.5 Daran ändern auch die Befürchtungen des Beschwerdeführers nichts, als Alt-Kommunist und Angehöriger der albanischen Minderheit in der Heimat staatlichen oder privaten Repressalien ausgesetzt zu sein. Abgesehen davon, dass nicht feststeht, ob dies tatsächlich (noch) zutrifft, würde der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht das Schicksal vieler Staatsangehöriger aus den Ländern des ehemaligen Jugoslawien teilen, die die Schweiz ebenfalls verlassen und sich in der Heimat wieder integrieren mussten. Hinzu kommt, dass mit der Härtefallregelung nicht der Schutz vor staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Situationen (wie auch nicht der Schutz vor kriegereischen Ereignissen) bezweckt wird. Dafür bestehen andere Rechtsinstitute (Asylgewährung, vorläufige Aufnahme; BFA-Weisungen Ziff. 445.1, S. 45). Zudem hat sich die heutige Regierung angeblich für

die Rückkehr ethnischer Minderheiten ausgesprochen (s. vorstehend Ziff. 4.2.3).

4.6 Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, sein psychischer Zustand würde sich bei einer Wegweisung massiv verschlechtern, zudem sei er suizidgefährdet. Ob eine solche Gefahr besteht, ist schwierig abzuschätzen. Die Erfahrung zeigt, dass die Behörden mitunter durch solche Drohungen unter Druck gesetzt werden sollen. Trotzdem muss der Einwand ernst genommen werden. Auf der andern Seite kann davon ausgegangen werden, dass es dem Beschwerdeführer in einem intakten Umfeld in der Heimat mit der Zeit psychisch eher wieder besser gehen sollte, wie dies die Ärzte bis anhin mehrfach zum Ausdruck gebracht haben. Aus diesem Grunde hat man ihm denn auch bis anhin eine Härtefall-Bewilligung verweigert (vgl. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 6. Juni 2000). An dieser Einschätzung ändert die angeblich in der Zwischenzeit eingetretene Verschlechterung seiner psychischen Verfassung nichts. Im Gegenteil spricht diese Situation gerade dafür, dass seine Wiedereingliederung in der Heimat möglichst rasch vollzogen werden kann, zumal in der Schweiz medizinisch keine Besserung in Aussicht steht. Auch wenn vorübergehend die Gefahr eines psychischen Rückschlags besteht, rechtfertigt dies keinen weiteren Aufenthalt in der Schweiz, denn für einen solchen besteht auf Grund der gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers keine Notwendigkeit. Der Beschwerdeführer kann ebenso angemessen in der Heimat behandelt werden.

Der geltend gemachten Gefährdung seiner Gesundheit, allenfalls sogar seines Lebens, kann hingegen vorgebeugt werden. Sein Rechtsvertreter wie auch die Fremdenpolizeibehörden bzw. Vollzugsbehörden haben allfällige notwendige Vorkehrungen und Massnahmen in die Wege zu leiten (in Frage kommen etwa: Eröffnung des Entscheides in Anwesenheit einer medizinischen Fachperson, persönliche und ärztliche Betreuung und Hilfe, regelmässige Kontrolle am Wohnort, Vorbereitung und Organisation der Heimreise und Unterbringung in der Heimat, Kontaktaufnahme mit Verwandten usw.).

4.7 Schlussendlich sprechen auch fürsorgerische Gründe gegen einen weiteren Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz (Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG). Die Fürsorgebehörde X. hat den Beschwerdeführer seit 1995 bis im März dieses Jahres mit über Fr. 112 000.– unterstützt. In der Zwischenzeit wurden von den Nachzahlungen der IV der Gemeinde X. nebst der Quellensteuer Fr. 9077.10 zurückbezahlt (...). Wenn man bedenkt, dass dem Beschwerdeführer «lediglich» monatliche IV-Rentenleistungen von Fr. 574.– zustehen und noch keine weiteren Einkünfte feststehen, er aber immer noch rund Fr. 100 000.– Fürsorgegelder schuldet, bestehen erhebliche Zweifel daran, ob er je seinen eigenen Lebensunterhalt vollumfänglich finanzieren können, geschweige denn seine Schulden zurückzahlen kann. Ein weiterer Aufenthalt würde somit auch den wirtschaftlichen In-

C. 18.2

teressen des Landes zuwiderlaufen (Art. 16 Abs. 1 ANAG; Marc Spescha, Das Drama des «erfüllten Aufenthaltszweckes», in AJP 2000, S. 52).

4.8 Zusammenfassend muss deshalb festgehalten werden, dass die Vorinstanz der Invalidität des Beschwerdeführers mit den bis anhin gewährten Kurzaufenthaltsbewilligungen zur ärztlichen Behandlung und für medizinische Abklärungen ausreichend Rechnung getragen hat. Eine weitere Anwesenheit aus medizinischen oder andern «wichtigen» Gründen (Art. 36 BVO) ist nicht mehr angezeigt und wäre mit den fremdenpolizeilichen Interessen des Landes (Art. 16 Abs. 1 ANAG) nicht mehr vereinbar. Der Beschwerdeführer ist deshalb gestützt auf Art. 12 Abs. 3 ANAG wegzuweisen. Nach dieser Bestimmung ist der Ausländer zur Ausreise verpflichtet, wenn ihm eine Bewilligung oder die Verlängerung einer solchen verweigert wird. (RRB Nr. 1420 vom 13. November 2001).

SACHREGISTER

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abstandsprivilegierung (Planungs- und Baurecht)	B. 8.2
Altersrente (keine Verrechnung mit Forderung aus Konkursverlustschein)	B. 2.1
Arbeitslosenversicherung	
– arbeitsmarktliche Massnahme (Kursbesuch vom Versicherten abgelehnt)	B. 3.1
– Kurzarbeitsentschädigung (Reisebüro)	B. 3.2
Arbeitsrecht	
– Kündigung, missbräuchliche	A. 2.1
– Vertragsänderung	A. 2.1
Arbeitsvergebung	
– Teilabbruch	C. 14.1
– Zulässigkeit von Rügen (falls Interkant. Vereinbarung über das öfentl. Beschaffungswesen nicht anwendbar)	B. 11.1
– Zusatzrabatt (unzulässig, falls suspensiv-bedingt)	B. 11.2
Ärztliches Handeln in Regionalspital (Haftung)	B. 14.1
Ausländerrecht	
– Aufenthaltsbewilligung	C. 18.2
– Kurzaufenthalt	C. 18.2
– Niederlassungsbewilligung	C. 18.1
Ausnahmebewilligung	C. 2.2
Ausnützung siehe unter Planungs- und Baurecht	B. 8.1

B

Baurecht siehe unter Planungs- und Baurecht	
Beamter i.S. von StGB 110 Ziff. 4	A. 4.1
Beschwerdebefugnis siehe unter Verfahren	
Bildung	
– Schulweg	C. 8.1

E

Enteignungsentschädigung (Preiszuschlag)	B. 9.1
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	A. 5.1

F

Flurgenossenschaften	C. 16.1
Führerausweisentzug siehe unter Strassenverkehrsrecht	B. 12.1

G

Gemeindeautonomie	
– keine betr. Handänderungssteuer	B. 4.2
– Autonomiebeschwerde von Privatperson	B. 18.1
Gesundheit	C. 2.1
Gewässerschutz	
– Überdeckung eines Fließgewässers	C. 2.2, C. 2.7
Grundbuch	
– Doppeleintrag	A. 7.1
– Grundbuchberichtigungsklage	A. 7.1

H

Haftung siehe unter Staatshaftung	B. 14.1
Handänderungssteuer	
– Steuerbefreiung (§ 6 lit. e und f HStG)	B. 4.1
– keine Gemeindeautonomie	B. 4.2

I

Invalidenversicherung	
– Berufswechsel für Landwirt zumutbar?	B. 2.2
– Drittauszahlungen	C. 7.2
– Rentenauszahlung an Dritte	B. 2.3, C. 7.2
ISOS	C. 10.1

K

Kausalabgaberecht: Vorteilsabgabe nach § 58 der kantonalen Strassenverordnung (StrV)

- Auslegung und Berechnung B. 5.1
- Abgabepflicht bei Doppellerschliessung B. 5.3
- Abgabepflicht, keine bei Erschliessung durch Flurgenossenschaftsstrasse B. 5.2
- Verfassungsmässigkeit B. 5.3
- KIGBO C.10.1
- Kindsschutz C.16.2
- Kirchenvogt A. 4.1
- Klage siehe Verfahren
- Krankenversicherung
- Forderung aus Taggeldversicherung nach VVG B. 3.4
- Kurzarbeitsentschädigung (Reisebüro) B. 3.2

M

Mobilfunkanlage C. 2.1, C. 2.7

N

Natur- und Heimatschutz

- Erteilung einer Abbruchbewilligung und einer Bewilligung zum teilweisen Wiederaufbau ist keine Bundesaufgabe B. 8.5
- Archäologische Fundstellen, Wüstungen C.10.1
- BGE i.S. Haus «Haus Nideröst» B. 8.5
- Entlassung aus dem kant. Schutzinventar B. 8.5
- Haus «Nideröst» B. 8.5
- ISOS C.10.1
- KIGBO C.10.1
- Vorsorgliche Massnahmen, keine Instandhaltungspflicht B. 8.4

O

Optionsverträge A. 2.1

P

Planungs- und Baurecht

- Abstandsprivilegierung (§ 59 Abs. 2 PBG) B. 8.2
- Ausnahmegewilligung ausserhalb der Bauzone C. 2.1, C. 2.4, C. 2.7
- Ausnützung B. 8.1, C. 2.4
- Bestandesschutz C. 2.3
- Entzug aufschiebende Wirkung (Baubeschwerde) B. 1.2
- Erschliessung C. 2.5, C. 2.6
- Erschliessungsplanung C.10.2
- Gebührenerhebung (externe Kosten/nachträglich
überflüssiger Abklärungsaufwand) B. 8.1
- Projektänderung C. 2.7
- Schutzzonenplan C.10.1
- Übernahme einer Wasserversorgung durch Gemeinde
(§ 94 PBG), nicht auf dem Klageweg B. 8.3
- Zufahrt, hinreichende C. 2.5, C. 2.6

R

Rechtliches Gehör A. 5.2
Rechtsmissbrauch C.18.1

S

Schule
– Schulweg C. 8.1

Schutz der Jugendlichen und Kinder	C. 8.1
Sicherungszug siehe Strassenverkehrsrecht	B. 12.1
Sozialhilfe	
– Rückerstattung von Fürsorgeleistungen	C. 7.2
– Wirtschaftliche Hilfe	C. 7.1
– Umzugskosten	C. 7.1
Staatshaftung	
– ärztliches Handeln in Regionalspitälern des Kts. SZ stellt keine hoheitliche Verrichtung dar	B. 14.1
Strafprozessrecht	
– Aktenaufgabe	A. 5.2
– Auskunftsperson	A. 5.3
– Einstellung des Verfahrens	A. 5.2
– Ermittlungsverfahren, polizeiliches	A. 5.3
– Geschädigter	A. 5.2
– Untersuchungsrichter, Stellung	A. 5.1
– Zeugenbefragung	A. 5.3
Strassenverkehrsrecht	
– Alkoholismus-Marker	B. 12.1
– Beweiswert von Assistentengutachten	B. 12.1
– Kategorien von Strassen	C. 10.2
– Sicherungszug (und rechtliches Gehör)	B. 12.1
Submission siehe unter Arbeitsvergebung	

T

Treu und Glauben	C 2.4, C 7.2, C. 14.1
------------------	-----------------------

U

Unabhängigkeit, richterliche	A. 5.1
Umweltschutz	
– Sanierungsmassnahmen	C. 2.3

Unfallversicherung

- Leistungskürzung bei grobfahrlässiger Herbeiführung eines Unfalles B. 3.3

V

Verfahren

- Abstrakte Normenkontrolle B. 18.1
- Aufschiebende Wirkung, Entzug B. 1.2
- Ausstand C. 16.1
- Beschwerdebefugnis (Wuhrkorporation) B. 1.3
- Beschwerdebefugnis (Schweiz. Heimatschutz, i. Sa. «Haus Nideröst» nicht beschwerdebefugt) B. 8.5
- Beweiswert von medizinischen Gutachten B. 12.1
- Gehörsanspruch (bei Sicherungsentzug) B. 12.1
- Gebührenerhebung siehe unter Planungs- und Baurecht B. 8.1
- Klageweg (nicht für Übernahme einer Wasserversorgung durch Gemeinde) B. 8.3
- Legitimation C. 2.7
- Rechtsmittelbefugnis C. 2.1
- Teilrechtskraft B. 1.4
- Unentgeltlicher Rechtsbeistand C. 16.2
- verwaltungsgerichtliches Klageverfahren
Untersuchungsgrundsatz B. 1.1
- Zusammensetzung einer Rekurskommission B. 1.5
- Zuständigkeit (Forderung aus Taggeldversicherung nach VVG) B. 3.4
Verfassung/Kirchenordnung der Evangelisch-reformierten
Kantonalkirche
- abstrakte Normenkontrolle, keine B. 18.1
- fakultatives Referendum, keine Verletzung des Stimmrechts B. 18.1
- Privatperson und Autonomiebeschwerde B. 18.1
- Verhöramt A. 5.1
- Vertrauensschutz C. 2.4
- Vollstreckungsrecht
- tägliche Ordnungsbusse B. 17.1
- Vorteilsabgabe siehe unter Kausalabgaberecht

W

Wuhrkorporation (siehe Verfahren)

B. 1.3

Z

Zivilprozessrecht

– Feststellungsklage

A. 2.1

– Leistungsklage

A. 2.1

– Offizialmaxime

A. 2.1

– Vertretung, gebotene

A. 3.1

– Untersuchungsmaxime

A. 2.1

Zuständigkeit siehe unter Verfahren

B. 3.4