



Entscheide

der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden
des Kantons Schwyz

EGV-SZ 2004

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE | Seite 5 |
| 1. Gerichtsordnung | 1.1 |
| 2. Zivilrecht | 2.1 - 2.7 |
| 3. Zivilprozessrecht | 3.1 - 3.4 |
| 4. Strafrecht | 4.1 - 4.3 |
| 5. Strafprozessrecht | 5.1 - 5.6 |
| 6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht | 6.1 - 6.4 |
| 7. Beurkundung und Beglaubigung | 7.1 |
| 8. Anwaltsrecht | – |
| 9. Verschiedenes | – |
| | |
| B. VERWALTUNGSGERICHT | Seite 102 |
| 1. Verfahren | 1.1 – 1.13 |
| 2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen | 2.1 – 2.3 |
| 3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung | 3.1 – 3.5 |
| 4. Kantonales Steuergesetz / direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer | – |
| 5. Kausalabgaben | 5.1 – 5.2 |
| 6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation | – |
| 7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte | 7.1 |
| 8. Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz | 8.1 – 8.12 |
| 9. Enteignungsrecht | – |
| 10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft | – |
| 11. Arbeitsvergebung (Submission) | – |
| 12. Strassenverkehrsrecht | 12.1 – 12.3 |
| 13. Sozialhilfe | 13.1 – 13.2 |
| 14. Staatshaftung | – |
| 15. Ausländerrecht | – |
| 16. ZGB und EG ZGB | 16.1 – 16.4 |
| 17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen | – |
| 18. Verschiedenes | 18.1 |

C. REGIERUNGSRAT

Seite 216

| | |
|--------------------------------|-------------|
| 1. Gemeindewesen | – |
| 2. Baurecht | 2.1 – 2.4 |
| 3. Umweltschutz | – |
| 4. Abgaben | – |
| 5. Zivilrecht | – |
| 6. Vormundschaftsrecht | 6.1 – 6.2 |
| 7. Sozialwesen | 7.1 – 7.3 |
| 8. Erziehungswesen | 8.1 |
| 9. Strassenwesen | – |
| 10. Raumplanung | 10.1 – 10.2 |
| 11. Forst- und Jagdpolizei | – |
| 12. Landwirtschaft | 12.1 |
| 13. Wasserbau | – |
| 14. Arbeitsvergebung | 14.1 |
| 15. Gesundheitswesen | – |
| 16. Verwaltungsverfahren | – |
| 17. Verkehrs- und Polizeiwesen | – |
| 18. Ausländerrecht | – |
| 19. Verschiedenes | 19.1 |

D. AUFSÄTZE

Seite 281

Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe nach § 41 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz), von Dr. Josef Hensler, Einsiedeln, Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Schwyz

Grundriss der Kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz, von Dr. Paul Weibel, Lachen/Schwyz

SACHREGISTER

Seite 329

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach 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 und des Kantonsgerichts aufgeschalteten Entscheide (www.sz.ch, Rubrik: Entscheide bzw. www.kgsz.ch/rechtsprechung). 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 821/04 vom 13. Februar 2004, EGV-SZ 2004, B 1.1). Die im Internet laufend aufgeschalteten Entscheidungen werden inhaltlich unverändert in den Sammelband aufgenommen. Der Band als Gesamter wird schliesslich wiederum auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar sein. Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichtes werden weiterhin mehrheitlich in der „Steuerpraxis des Kantons Schwyz“, Zeitschrift für schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

1. Gerichtsordnung

1.1 Aufsicht über Schiedsgerichte; nichtige Schiedsklausel

- *Private Schiedsgerichte mit Sitz im Kanton Schwyz stehen unter der Aufsicht des Kantonsgerichts (Erw. 5).*
- *Nichtigkeit einer offensichtlich rechtswidrigen Schiedsklausel und Rechtsfolgen (Erw. 6 - 7).*

Aus den Erwägungen:

1. Im September 2004 erhielt das Kantonsgericht von mehreren Seiten Meldung, dass gestützt auf eine Bestimmung in den Gesellschaftsstatuten der Williams AG in Liquidation namens des „Schiedsgerichts Freienbach“ (...) missbräuchlich Vorladungen erlassen werden und Urteile ergehen. Beigelegt war einer Anzeige ein Urteil des „Schiedsgerichts Freienbach“ vom 15. Juni 2004, welches offensichtlich vom gerichtsnotorisch bekannten A. verfasst und von einem „S.“ unterzeichnet wurde. In diesem „Schiedsurteil“ tritt die Williams AG als „Anklägerin“ auf und es werden gesamthaft 14 „Angeklagte“ - mehrere Privatpersonen und eine schweizerische Versicherungsgesellschaft - zur solidarischen Zahlung eines Geldbetrages verurteilt sowie zugunsten der „Anklägerin“ diverse definitive Rechtsöffnungen in mehreren Betreibungen des Betreibungsamtes Höfe „verfügt“. Gemäss einem anderen „Urteil“ vom 9. Februar 2004, das dem Kantonsgericht vorliegt, sind als „Ankläger“ A. und die B. AG und als „Angeklagte“ neben einigen Privatpersonen die Schweizerische Eidgenossenschaft, diverse Gerichte und andere Justizbehörden des Kantons Zürich und auch der Europarat Strassburg aufgeführt. Gemäss diesem wiederum von „S.“ unterzeichneten 97 Seiten umfassenden „Urteil“ wird u.a. A. vollständig „rehabilitiert“ und „die illegale Hexenjagd der rubrizierten Richter wird endgültig beendet“. In den insgesamt 26 Dispositivziffern werden u.a. strafrechtliche Verurteilungen und festgesetzte Kostenentscheide „von Amtes wegen aufgehoben“, es werden Schadenersatzleistungen zugesprochen, eine Exhumierung angeordnet und diverse „Fehlurteile“ des Bundesgerichts und zahlreicher anderen Gerichte sowie des Europarates „aufgehoben“.

2. Die Gründung der Williams AG vom 21. Juli 2000 wurde von P. (...) öffentlich beurkundet. Die Statuten der Gesellschaft lauten in Ziff. 28 wie folgt:

A. 1.1

Streitigkeiten zwischen Aktionären und der Gesellschaft sowie alle Differenzen welche aus diesen Statuten und der gesamten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und auch Streitigkeiten aus allfälligen Nebenverträgen, Nutzniessungs- und Eigentümerverträgen, Grundbucheintragungen, OR, ZGB, StGB, Streitigkeiten mit den Steuerämtern, Gemeinden, Kantonen, Bund, mit den Grundbuchämtern, Notariaten, staatl. Gerichten, Strafuntersuchungsbehörden, Polizeiorganen, AHV-Zweigstellen, Friedensrichterämtern, Betreibungsämtern, Handelsregisterämtern, Handwerkern, Rechtsanwälten, Generalunternehmungen, Mietern, werden unter Ausschluss der ordentlichen Rechtswege bei staatlichen Gerichten sowie unter Ausschluss von Rechtsanwälten und Rechtsvertretern durch eine fünfköpfiges Schiedsgericht entschieden.

Jede Partei bezeichnet innert 30 Tagen, nachdem eine Partei von der anderen durch eingeschriebenen Brief schiedsgerichtliche Erledigung einer Differenz verlangt hat, zwei Schiedsrichter. Die vier Schiedsrichter wählen innert 6 Monaten einen Obmann. Ist eine Partei mit der Bezeichnung eines Schiedsrichters säumig oder können sich die vier Schiedsrichter über die Wahl des Obmanns nicht einigen, so wird der Schiedsrichter bzw. der Obmann auf Begehren einer bzw. der nicht säumigen Partei durch den Präsidenten des Kantonsgerichtes Schwyz bestimmt. Die Parteien haben alle Streitigkeiten persönlich zu führen. Stellvertretungen sind nicht gestattet und ausdrücklich untersagt. Eine Vergleichsverhandlung hat jedem Prozess vorauszugehen. Zuwiderhandlungen gegen diese Schiedsabrede haben eine Schadenersatz-, Konventionalstrafen- und Genugtuungsentschädigung im Betrage von Sfr. 900'000.– je Verstoß zur Folge. Mit der in Kenntnissetzung dieser Schiedsabrede muss sich auch jeder Dritte bei dessen Verletzung zwingend an diese Bestimmung halten. Zuwiderhandlungen von Dritten, egal ob Vertragspartner oder nicht, verfallen ebenso durch in Kenntnissetzung der Schiedsabrede in die oben erwähnte Schadenersatz-, Konventionalstrafen- und Genugtuungsentschädigungsverpflichtung im Betrage von Sfr. 900'000.–.

Das Schiedsgericht entscheidet nicht endgültig. Es ist den Kontrahenden freigestellt, dieses bis zur vierten Instanz einzuberufen unter Neubestellung des fünfköpfigen Schiedsgerichts.

3./4. (...).

5. Das Kantonsgericht ist zuständig, aufsichtsrechtlich gegen eine nichtige Schiedsklausel in Gesellschaftsstatuten einzuschreiten sowie gegen die Tätigkeit eines auf einer nichtigen Klausel basierenden Schiedsgerichts vorzugehen, das sich zudem Entscheidbefugnisse anmassiert, welche zwingend den staatlichen Justizbehörden obliegen. Dazu im Einzelnen was folgt.

a) Auf die in den Statuten der Williams AG in Liquidation enthaltene Schiedsklausel ist das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (SRSZ 232.220.1; im Folgenden: Konkordat) anwendbar (...).

b) Die Schiedsgerichte mit Sitz im Kanton Schwyz unterstehen der Aufsicht durch das Kantonsgericht Schwyz. Gemäss § 1 Abs. 2 der Verordnung über den Vollzug des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit beurteilt das Kantonsgericht Rechtsverzögerungsbeschwerden, Nichtigkeitsbeschwerden und Revisionsbegehren (SRSZ 232.221). Schiedsgerichtstätigkeit gemäss Konkordat ist eine konkretisierte staatliche (kantonale) Ermächtigung, Streitigkeiten nicht durch die staatlichen Gerichte entscheiden zu lassen (siehe Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3 vor §§ 238-258). Staatliche Normen setzen damit den

Rahmen, innerhalb dessen Schiedsgerichte tätig werden dürfen. Daraus fliesst zwingend die staatliche Aufsichtsgewalt, im Falle von widerrechtlichen Schiedsklauseln oder allgemeinen Missbräuchen unabhängig von einem konkreten Fall einzugreifen und die Aufhebung des Missstandes anzuordnen, auch wenn das Konkordat keine Bestimmungen über die allgemeine Aufsicht enthält. Schiedsgerichte können nur aufgrund der ihnen vom Staat verliehenen Entscheidungsgewalt tätig sein. Sie bilden damit auch Teil der staatlichen Gerichtsorganisation (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7.A., N 2 zu § 14) und unterstehen damit der allgemeinen Aufsichtsgewalt, welche in Zivilrechtssachen dem Kantonsgericht obliegt.

c) Die Schiedsgerichtsbarkeit ist begrenzt auf die Entscheidung von Zivilrechtsstreitigkeiten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 vor §§ 238 – 258). Schiedsfähig sind nach Art. 5 des Konkordats zudem nur Rechte und Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien frei verfügen können. Über diesen möglichen Kompetenzrahmen hinaus enthält die Schiedsklausel in den Statuten der Williams AG in Liquidation zahlreiche Zuständigkeits- und Entscheidungskompetenzen, die ausschliesslich und zwingend staatlichen Behörden und Gerichten vorbehalten sind (so beispielsweise: Strafrechtspflege, Verwaltungsrechtspflege, Sozialversicherungsrechtspflege, Vollstreckungsverfahren, Registerrecht etc.). Das Kantonsgericht Schwyz übt die mittelbare oder unmittelbare Aufsicht über sämtliche kantonalen Zivil- und Strafbehörden aus (inkl. Betreibungs- und Konkursämter, Notare und Urkundspersonen: § 48 Abs. 1 und 63 GO, § 13 und 86 EGzZGB, § 10 Abs. 2 EVzSchKG). Daraus ergibt sich auch die Kompetenz des Kantonsgerichts, nichtige Schiedsklauseln oder Schiedsvereinbarungen aufzuheben, ebenso gegen Schiedsgerichte vorzugehen, wenn sie sich Entscheidbefugnisse anmassen, die den staatlichen Gerichten und Justizbehörden vorbehalten sind.

d) (...).

e) Gemäss Art. 940 OR hat der Handelsregisterführer zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Bei der Eintragung juristischer Personen ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Der Handelsregisterführer hat nach der Praxis des Bundesgerichts eine Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister wegen eines inhaltlichen Verstosses gegen das Gesetz abzulehnen, wenn das Begehren eindeutig zwingendes Recht verletzt, der Gesetzesverstoss offensichtlich und unzweideutig ist und die verletzte Rechtsform der Wahrung öffentlicher Interessen oder Interessen Dritter dient (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., RZ 352-354 unter Verweis auf BGE 114 II 68, 117 II 189, 121 II 386 ff. und 125 III 21; Martin K. Eckert, BSK-II, N 20-24 zu Art. 940 OR). Im vorliegenden Fall wäre eine inhaltliche Statutenprüfung im Sinne von Art. 940 OR durch den Handelsregisterführer angezeigt gewesen, nachdem die

A. 1.1

Schiedsklausel eindeutig zwingendes Recht verletzt, das im öffentlichen Interesse und zum Schutz Dritter besteht.

f) (...). Der Anspruch eines Dritten, über das Einspruchverfahren nach Art. 32 Abs. 1 HRegV die Verletzung seiner Rechte geltend zu machen, hindert nicht ein aufsichtsrechtliches Einschreiten. Nichtigkeit ist jederzeit zu beachten und kann unabhängig von einem anderen Verfahren durch die zuständige Aufsichtsbehörde festgestellt werden.

6. Die Schiedsklausel in den Statuten der Williams AG in Liquidation verstösst in mehrfacher Hinsicht und offensichtlich gegen zwingendes Recht. Sie verletzt unabänderliche Ordnungsprinzipien der schweizerischen Rechts- und Zuständigkeitsordnung, und damit auch Regelungen, die im öffentlichen Interesse und im Interesse Dritter aufgestellt worden sind.

a) Die Schiedsgerichtsbarkeit ist wie erwähnt begrenzt auf die Entscheidung von Zivilrechtsstreitigkeiten. Zum vornherein unzulässig ist deshalb die Schiedsklausel, soweit sie darüber hinaus im öffentlichen Recht und Strafrecht eine Schiedsgerichtsbarkeit stipuliert (siehe oben Erw. 4.c). Ebenso widerrechtlich ist der generelle Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit bezüglich „Streitigkeiten aus dem OR und ZGB“, nachdem zahlreiche zivilrechtliche Bereiche von der Schiedsfähigkeit ausgeschlossen sind, wie beispielsweise Prozesse in Personenstands- und Familienrechtssachen oder eine Vielzahl von nichtstreitigen Verfahren (siehe zum Ganzen: Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 ff. vor §§ 238-258).

b) Widerrechtlich ist auch die Regelung, einer Partei im Schiedsverfahren zu verbieten, einen Vertreter zu bestellen. Diese Bestimmungen verletzen zwingendes Recht (Art. 7 des Konkordates) und stellen gleichzeitig eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB dar, wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann.

c) Gegen zwingendes Recht verstösst die Schiedsklausel sodann hinsichtlich ihrer stipulierten Geltung und Wirksamkeit auf Streitigkeiten mit Dritten (wonach bloss Kenntnisnahme der Klausel genügen soll). Art. 5 des Konkordats setzt die schriftliche Zustimmung derjenigen Partei voraus, die sich einer Schiedsabrede unterstellen will.

d) Folge der festgestellten Verletzungen der Rechtsordnung sowie des widerrechtlichen Inhalts ist die Nichtigkeit der Schiedsklausel. Nichtigkeit bedeutet Unwirksamkeit ex tunc (von Anfang an). Die Nichtigkeit ist absolut, sie ist von Amtes wegen zu beachten und jedermann kann sich darauf berufen. Entscheide oder andere Anordnungen, die aufgrund der besagten Klausel ergangen sind (also insbesondere die erwähnten „Schiedsurteile“), sind ebenso unwirksam und nichtig. Sie müssen nicht beachtet werden und

zeitigen keine Folgen. Eine blosser Teilnichtigkeit der Klausel liegt angesichts der umfassenden Widerrechtlichkeit sowie der zahlreichen Verletzungen zwingenden Rechts nicht vor.

7. Kraft seiner Aufsichtsgewalt ist das Kantonsgericht befugt, die Nichtigkeit der Schiedsklausel festzustellen und sie aufzuheben (siehe dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kts. Zürich, RZ 33 zu § 42; analog zur betriebsrechtlichen Bestimmung Art. 22 SchKG). Das Handelsregisteramt ist anzuweisen, die Aufhebung der Statutenbestimmung Ziff. 28 in der Gründungsurkunde anzumerken und die notwendigen Publikationen zu erlassen.

Die Feststellung der Nichtigkeit und die Aufhebung der Schiedsklausel sind zwecks Kenntnisnahme und Schutz der Öffentlichkeit im Amtsblatt zu publizieren.

(Beschluss vom 30. Dezember 2004, PR 2004 11; im Dispositiv wurden gleichzeitig die gestützt auf die Schiedsklausel ergangene Anordnungen und Schiedssprüche für nichtig erklärt; auf eine staatsrechtliche Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil 4P.57/2005 vom 22. März 2005 nicht eingetreten).

2. Zivilrecht

2.1 Haftung des Pferdehalters

- *Haftung des Halters eines Pferdes nach Art. 56 OR für den Schaden, der einem Kind nach ungehinderter Unterschreitung einer Umzäunung auf der an ein Wohnviertel angrenzenden Weide entsteht, indem es dort von einem ausschlagenden Pferd am Kopf getroffen und schwer verletzt wird (Erw. 2).*
- *Keine Haftungsminderung wegen Verletzung elterlicher Aufsichtspflichten, sondern gegebenenfalls Regressanspruch nach Art. 333 ZGB (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet nach Art. 56 Abs. 1 OR, wer das Tier hält, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

a) Unbestritten ist, dass der eingeklagte Schaden durch ein Tier verursacht worden ist, dessen Halter im Unfallzeitpunkt der Beklagte war, ferner, dass die Schadensverursachung in widerrechtlicher und adäquat kausaler Weise

A. 2.1

erfolgte. Strittig ist jedoch, ob der Beklagte seiner Sorgfaltspflicht in rechts-genügender Weise nachgekommen ist und ob der Schaden bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte vermieden werden können.

b) Der Gesetzestext knüpft die zu verwendende Sorgfalt an die Begriffe «Verwahrung» und «Beaufsichtigung». Zwischen beiden besteht ein wechselseitiges Verhältnis. So macht eine erhöhte Sorgfalt bei der Verwahrung eines Tieres bis zu einem gewissen Grad dessen Überwachung überflüssig und umgekehrt. Das ausschlagende Pferd war im Unfallzeitpunkt unbeaufsichtigt. Dieser Umstand wird vom Kläger nicht bemängelt. Bemängelt wird, dass das unbeaufsichtigte Tier nicht mit der gebotenen Sorgfalt verwahrt worden sei. Dem hält der Beklagte entgegen, er sei seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen, indem er seine Tiere wirksam am Verlassen der Weide gehindert habe. Die Pflicht, ein unbefugtes Eindringen auf die von ihm privat genutzte Weide zu verunmöglichen, werde ihm als Halter der Pferde auch durch Art. 56 OR nicht auferlegt.

Tatsächlich lässt der Begriff Verwahrung in Art. 56 OR primär an Massnahmen gegen ein Ausbrechen der Tiere denken in Bereiche, die Dritten oder der Öffentlichkeit zugänglich sind. In der Praxis wird dieser Fall denn auch stets im Vordergrund stehen. Die Frage, ob die Sorgfaltspflicht des Pferdehalters grundsätzlich auch Massnahmen gegen ein unbefugtes Eindringen auf das für die Tierhaltung privat genutzte Gelände umfasst, ist in der schweizerischen Rechtsprechung in dieser Konstellation, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden worden. Die Lehre nimmt ebenfalls nicht Stellung. Den Materialien lässt sich nichts entnehmen.

c) Massgebende Bedeutung bei der Auslegung haftpflichtrechtlicher Normen kommt dem Grundsatz zu, wonach ein Schaden in der Regel von derjenigen Person zu tragen ist, die ihn erleidet (*casum sentit dominus*; vgl. Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz 18 ff.; Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, Zürich 1995, Rz 11 zu § 1). Dahinter steht als Leitprinzip die *Maxime* eigenverantwortlichen Handelns. Nur wenn eine andere Person ein Verschulden am Eintritt eines Schadensereignisses trifft oder ausnahmsweise eine spezielle Rechtsnorm die Haftung einer anderen Person für einen Schaden vorsieht, wird dem Geschädigten der entstandene Schaden ersetzt.

Eine solche Rechtsnorm stellt Art. 56 Abs. 1 OR dar. Bei der darin verankerten Haftung des Tierhalters handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung mit Befreiungsmöglichkeit durch Sorgfaltsnachweis. Der Halter haftet für den von seinem Tier angerichteten Schaden, es sei denn, er beweist, dass er alle den Umständen nach gebotene Sorgfalt bei der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat. Die Haftung des Tierhalters ist also weder als Gefährdungshaftung konstruiert, noch kann aus der blossen Tatsache des Schadenseintritts stereotyp auf ein sorgfaltswidriges Verhalten geschlossen werden (Rey, a.a.O., Rz 979; vgl. auch Jaun, *Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?*, in: ZBJV 139/2003, S. 143). Voraus-

setzung ist eine objektive Verletzung von Sorgfaltspflichten. Eine solche stellt die Grenze dar zwischen legitimem Interesse an einem umfassenden Rechtsgüterschutz und dem an sich ebenso berechtigten Interesse an einer ungestörten Entfaltungsfreiheit (vgl. Jaun, a.a.O., S. 151). Dabei endet die Sorgfaltspflicht des Tierhalters dort, wo das eigenverantwortliche Handeln des Geschädigten beginnt (vgl. Jaun, a.a.O., S. 161).

Folgt man diesen Überlegungen, kann einem Tierhalter grundsätzlich nicht zugemutet werden, für den Schaden zu haften, der jemand dadurch erleidet, dass er unbefugterweise auf das für die Tierhaltung privat genutzte Gelände eindringt. Wer einen fremden Gefahrenbereich betritt, hat die damit verbundenen Risiken zu tragen. Damit steht auch nicht im Widerspruch, dass das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid aus dem Jahr 1984 festgehalten hat, vor einem bissigen Hund im privaten Garten sei durch Hinweisschilder zu warnen (4C.210/1984). Diesem Entscheid lag die vom vorliegenden Sachverhalt abweichende Konstellation zugrunde, dass das Betreten des fraglichen Grundstücks in jenem Fall einerseits gerade nicht unbefugterweise erfolgte und andererseits die mit dem Betreten verbundene Gefahr in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ohne ausdrückliche Warnung objektiv nicht erkennbar war.

d) Gegen eine Haftung der Halterin von Pferden ausgesprochen hat sich im Übrigen der deutsche Bundesgerichtshof in einem Fall, in dem ein dreijähriges Kind während eines Besuchs auf einem landwirtschaftlichen Betrieb in einem unbeaufsichtigten Moment unter dem Zaun eines Pferdekrales hindurchgekrochen und in der Folge von einem ausschlagenden Pferd schwer verletzt worden war (Urteil vom 28. April 1992, NJW-RR 1992, S. 981 ff.). Im Urteil wird die Haftung der Pferdehalterin mit der Begründung verneint, die Pflicht des Pferdehalters zur sicheren Unterbringung solle «in erster Linie dazu dienen, ein Entweichen der Tiere nach aussen, etwa von der Koppel oder Weide auf Dritten zugängliches Gelände, Strassen oder dergleichen zu verhindern».

Allerdings wird im Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs auch festgehalten, dass für den Tierhalter eine Haftungsbefreiung durch Sorgfaltsnachweis grundsätzlich nur möglich sei, wenn er im Rahmen des Zumutbaren dafür Sorge, dass Kinder nicht zu Schaden kämen. Dies gelte, auch wenn von einem Landwirt nicht verlangt werden könne, «dass er seine Rinder oder Pferde ‘kindersicher’ in der Weise verwahre, wie man dies in einem Zoo oder Tiergarten erwarte» (NJW-RR 1992, S. 981).

Dies ist vorliegend von Bedeutung, da der Kläger im Unfallzeitpunkt erst fünfjährig war. Von einem fünfjährigen Kind kann nur begrenzt eigenverantwortliches Handeln verlangt werden. Insbesondere die von Pferden ausgehenden Gefahren können Kinder im Vorschulalter nicht richtig einschätzen. Gleichzeitig ist ihr Interesse an Tieren und ihr Drang sie zu berühren im Allgemeinen gross. Diesen Umständen hat auch der Pferdehalter Rechnung zu tragen, indem er im Rahmen der Verhältnismässigkeit Massnahmen ergreift, um Kinder vor den Folgen ihrer Unerfahrenheit zu schützen. Dies gilt

A. 2.1

besonders dann, wenn der Halter damit rechnen muss, dass sich unbeaufsichtigte Kinder in der Nähe der Weide aufhalten oder in der Umgebung spielen. Klägerischerseits wird denn auch darauf hingewiesen, dass die fragliche Weide unmittelbar an ein Wohnviertel grenzt.

Der Beklagte wendet dagegen ein, die Pferdeweide habe schon vor der Überbauung bestanden. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Vielmehr ist von einem gesetzlich zu besonderer Sorgfalt Verpflichteten zu erwarten, dass er sein Verhalten den sich verändernden Gegebenheiten anpasst, zumal wenn diese Veränderungen, wie vorliegend, in einem rechtlich vorgegebenen Rahmen erfolgen, wie beispielsweise einem öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren. Der Beklagte war daher grundsätzlich verpflichtet, Massnahmen zum Schutze von Kindern zu ergreifen. Für die Frage der Haftbarkeit ist somit entscheidend, ob er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt dabei beachtet hat.

e) Lehre und Rechtsprechung stellen hohe Anforderungen an den Entlastungsbeweis (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, Zürich 1987, Rz 86 zu § 21; Rey, a.a.O., Rz 1012; Brehm, in: Berner Kommentar, Rz 52 zu Art. 56 OR). Abzustellen ist auf die konkreten Umstände (Rey, a.a.O., Rz 1014). Als Indiz gelten insbesondere Branchenstandards und allgemeine Gepflogenheiten. So stellt das Bundesgericht nebst allgemeinen Sorgfaltsmassstäben auch, wo möglich, auf gesetzliche oder reglementarische Vorschriften ab sowie auf Verhaltensregeln, die von einem privaten oder halböffentlichen Verband aufgestellt worden sind (BGE 126 III 17, Witzwiler Kuhhalterfall = Pra 89 Nr. 48).

Der Kläger hat in diesem Zusammenhang eine Broschüre mit Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft (BUL) ins Recht gelegt (act. D/21). Diese Empfehlungen sehen für Pferdeweiden eine Umzäunung mit einer Mindesthöhe von 150 cm sowie mehreren gut sichtbaren und im Abstand von jeweils rund 40 cm befestigten weissen Bändern oder Holzlatten vor. Die Weide des Beklagten war demgegenüber im Unfallzeitpunkt lediglich durch ein dünnes, elektrisch geladenes Plastikband abgegrenzt, das im fraglichen Bereich durchschnittlich 124 cm über dem Boden befestigt war (act. D/1-2). Damit entsprach die vom Beklagten verwendete Einzäunungsart nicht den Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung.

Die Relevanz dieser Empfehlungen wird vom Beklagten nicht grundsätzlich in Frage gestellt, doch stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, angesichts des Unfallhergangs lasse sich für die Haftungsfrage aus den BUL-Empfehlungen nichts herleiten, da sich diese lediglich auf die Gefahr eines Ausbrechens bezögen, der vorliegende Unfall aber dadurch zustande gekommen sei, dass der Geschädigte die Weide unbefugterweise selber betreten habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Befolgung der empfohlenen Mindesthöhe ein ungehindertes Eindringen des Knaben und damit den Unfall zwar nicht verhindert hätte; es fehlt diesbezüglich am Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Schadensereignis. Allerdings sehen die

Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung auch die Umzäunung mit mehreren gut sichtbaren und im Abstand von jeweils rund 40 cm befestigten weissen Bändern oder Holzplatten vor. Nach Auffassung der Vorinstanz wäre für den Knaben erkennbar gewesen, dass er die Weide nicht hätte betreten dürfen, wenn sich der Beklagte an diese Vorgabe gehalten hätte.

Ob diese Einschätzung zutrifft, lässt sich nur schwer feststellen. Der Beklagte macht geltend, ein Schaden der vorliegenden Art lasse sich nur durch Errichten einer lückenlosen, zweimeterhohen Mauer mit Sicherheit vermeiden, was einem Pferdehalter nicht zugemutet werden könne. Der Schaden wäre daher auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten. Klägerischerseits wird dies bestritten und geltend gemacht, die Argumentation des Beklagten verletze Novenrecht. Letzteres kann offen bleiben, da der Einwand ohnehin an der Sache vorbeizieht. Entscheidend ist nämlich nicht, was hätte vorgekehrt werden müssen, um jede Schadensmöglichkeit zum vornherein mit Sicherheit auszuschliessen, sondern einzig, ob der Schaden nachgewiesenermassen mit grosser Wahrscheinlichkeit auch dann eingetreten wäre, wenn die Umzäunung den Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung entsprochen hätte. Nur wenn dies bejaht wird, kommt eine Haftungsbe freiung in Frage. Unsicherheiten gehen zulasten des Beklagten, da bei Zweifeln am Vorliegen entlastender Tatsachen der Tierhalter nach dem Wortlaut von Art. 56 Abs. 1 OR von seiner Haftung nicht befreit wird (BGE 110 II 139; Schnyder, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz 15 zu Art. 56 OR).

Tatsächlich erscheint aufgrund der gegebenen Situation nicht abwegig, dass eine Umzäunung mit mehreren breiten Bändern oder Latten, wie sie die Beratungsstelle für Unfallverhütung empfiehlt, den Unfall verhindert hätte, da eine solche Umzäunung vom fünfjährigen Kläger sehr viel deutlicher als Absperrung wahrgenommen worden wäre sowie als Hindernis, das nur durch Unterkriechen oder Überklettern aktiv hätte überwunden werden können. Zwar mag im Normalfall die Umzäunung mit einem dünnen, elektrisch geladenen Plastikband ausreichen, um ein Ausbrechen von Pferden zu verhindern. Aufgrund der besonderen Konstellation im vorliegenden Fall, in welchem die Weide unmittelbar an ein Wohnviertel grenzt, hat die Einzäunung aber, wie ausgeführt, durchaus einem doppelten Schutzzweck zu entsprechen: Dem Schutz vor einem Ausbrechen der Tiere und dem Schutz vor einem Betreten der Weide durch unerfahrene Kinder. Dass kleine Kinder sich angesichts der Nähe der Weide zum benachbarten Wohnviertel für seine Pferde interessieren und sich dabei in ihrer Neugierde und mit ihrem Berührungsdrang durch ein elektrisch geladenes Plastikband über Kopfhöhe auch bei zumutbarer Beaufsichtigung durch die Eltern nicht wirksam vom Betreten des Gefahrenbereichs abhalten lassen, wäre für den Beklagten vorhersehbar gewesen. Eine Umzäunung nach den Vorgaben der Beratungsstelle für Unfallverhütung hingegen hätte zumindest das Unfallrisiko herabgesetzt und wäre mit geringem finanziellem Aufwand möglich gewesen. Den Beweis des Gegenteils, d.h. des Unfalleintritts trotz üblicher Umzäunung, bleibt der Beklagte schuldig, Unsicherheiten gehen zu seinen Lasten.

A. 2.1

Dieses Ergebnis steht durchaus im Einklang mit dem bereits erwähnten Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs. Zwar wurde in diesem Entscheid die Pferdehalterin von der Haftung entlastet, da die Einzäunung mit drei Rohren nach Auffassung des Gerichts dem allgemein Üblichen und den Anforderungen ordnungsgemässer Pferdehaltung entsprochen habe (Urteil vom 28. April 1992, NJW-RR 1992, S. 981). Abweichend von diesem Urteil hat sich der Beklagte im vorliegenden Fall aber gerade nicht an die branchenüblichen Gepflogenheiten gehalten, und dies obwohl seine Weide, im Unterschied zu jener der Pferdehalterin im deutschen Leiturteil, unmittelbar an eine Wohngegend grenzte. Zumindest das allgemein Übliche aber hätte der Beklagte aufgrund der konkreten Umstände im vorliegenden Fall vorkehren müssen (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., Bd II/1, Rz 92 zu § 21; Brehm, a.a.O., Rz 51 zu Art. 56 OR). Im Ergebnis hat die Vorinstanz daher aufgrund der besonderen Fallkonstellation den Beklagten zu Recht für haftbar erklärt.

3. Für den Fall, dass seine Haftung bejaht wird, macht der Beklagte geltend, die Eltern des Klägers seien ihrer Aufsichtspflicht gemäss Art. 333 ZGB nicht in ausreichendem Masse nachgekommen, was haftungsmindernd oder gar haftungsausschliessend zu berücksichtigen sei. Überdies liege seitens des Klägers ein grobes Selbstverschulden vor, das gestützt auf Art. 54 Abs. 1 OR ebenfalls als Reduktionsgrund zu berücksichtigen sei. Klägerischerseits wird dem entgegengehalten, dass ein fünfjähriges Kind in der schweizerischen Rechtspraxis als nicht urteilsfähig gelte, weshalb kein Mitverschulden in Betracht komme. Ein Verschulden der Eltern sei nicht gegeben und im Übrigen auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

a) Zutreffend ist, dass Lehre und Rechtsprechung ein fünfjähriges Kind im Allgemeinen als im Sinne von Art. 18 ZGB nicht schulfähig ansehen (Brehm, a.a.O., Rz 23 zu Art. 44 OR; Rey, a.a.O., Rz 406). Zwar kann auch von einem Kind im Vorschulalter erwartet werden, dass es eine Absperrung bis zu einem gewissen Grad als solche erkennt und einer elterlichen Anweisung, ein bestimmtes Gelände nicht zu betreten, in der Regel Folge leistet. Dennoch hat der Kläger aufgrund seines Kindesalters und der damit verbundenen Unfähigkeit, die vom Tier ausgehende Gefahr zu erkennen, sowie aufgrund der vom Beklagten gewählten Einzäunungsart im Hinblick auf das Betreten des fremden Grundstücks letztlich als urteilsunfähig zu gelten. Folglich ist sein Verhalten auch nicht als Selbstverschulden zu qualifizieren.

Letztlich unerheblich ist dabei, ob er tatsächlich, wie vom Beklagten behauptet, das ausschlagende Tier von hinten am Schweif angefasst hat, was klägerischerseits bestritten wird, da einerseits mit einer den Umständen gerechten Absperrung der Weide in kausalitätsunterbrechender Weise auch der Zugang zum Tier erschwert gewesen wäre und andererseits der Kläger nicht nur in Bezug auf ein Betreten der Weide, sondern auch in Bezug auf ein Anfassen des Tieres als urteilsunfähig zu gelten hat. Ein Selbstverschulden, das im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR haftungsmindernd zu berücksichtigen wäre, liegt daher nicht vor.

Ebenfalls nicht anwendbar ist Art. 56 Abs. 2 OR, wo es entgegen der Auffassung des Beklagten um das Verschulden bzw. die mangelnde Sorgfalt eines Dritten, nicht um das Selbstverschulden des Geschädigten geht (Brehm, a.a.O., Rz 88 zu Art. 56 OR).

Allerdings bestimmt Art. 54 Abs. 1 OR, dass der Richter aus Billigkeit eine nicht urteilsfähige Person, die einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen kann. Diese Vorschrift wird analog auf Fälle angewendet, in denen eine urteilsunfähige geschädigte Person den erlittenen Schaden selbst mitverursacht hat (Rey, a.a.O., Rz 406). Dabei wird jedoch von Doktrin und Praxis primär auf einen Vergleich der finanziellen Lage von Schädiger und Geschädigtem abgestellt. Billigkeitsgründe sollen vor allem dann zu einer Haftung führen, wenn ein vermögender urteilsunfähiger Schädiger einem nicht vermögenden Geschädigten gegenübersteht (Brehm, a.a.O., Rz 19 ff. zu Art. 54 OR; Schnyder, a.a.O., Rz 8 zu Art. 54 OR; Rey, a.a.O., Rz 814; Oftinger/Stark, a.a.O., Bd. II/1, Rz 61 zu § 18). Kommt für den verursachten Schaden eine Versicherung auf oder bestehen Regressansprüche gegenüber Dritten, so wird eine Billigkeitshaftung grundsätzlich abgelehnt (Brehm, a.a.O., Rz 38/39 zu Art. 54 OR; Schnyder, a.a.O., Rz 8 zu Art. 54 OR). Dass die Vorinstanz mit Blick auf die bestehende Haftpflichtversicherung des Beklagten eine Reduktion der Haftung des Beklagten gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR verneint hat, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.

b) Zu beachten ist indessen, dass die besondere Nähe von Pferdeweide und Wohnviertel nicht nur dem Pferdehalter, sondern auch den Inhabern der elterlichen Sorge eine besondere Verantwortung auferlegt. Die Möglichkeit, dass der Kläger sich für die Pferde interessieren und in der Folge die Wiese betreten und dort zu Schaden kommen könnte, war für die Eltern des Klägers ebenso ersichtlich, wie die Tatsache, dass die Weide in einer Weise eingezäunt war, die dem Kläger den ungehinderten Zugang ermöglichte. Es brauchte nicht das Fachwissen eines Pferdehalters, um die damit verbundenen Gefahren zu erkennen, im Gegenteil hätte erwartet werden dürfen, dass die Eltern, die sich dem natürlichen Entdeckungstrieb ihres Kindes täglich gegenübersehen, mit dessen Körpermassen vertraut sind und dessen darauf beruhendes Wahrnehmungsvermögen kennen, für die Möglichkeit eines Betretens der Weide stärker sensibilisiert seien als der Pächter der Wiese. Es war also an den Eltern des Klägers, beim Beklagten Abhilfe zu verlangen oder aber ihr Kind entsprechend zu unterweisen und zu beaufsichtigen.

Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz, wonach es nicht angehe, den Eltern im Rahmen eines Schadenersatzprozesses die Verantwortung für ein Verhalten ihres Kindes, welches erst durch die ungenügende Umzäunung ermöglicht worden sei, aufzubürden, überzeugt nicht. Vielmehr haben die Eltern ihrer Obhutsverpflichtung nachzukommen und das ihrige dazu beizutragen, dass ihr Kind nicht zu Schaden kommt. Zwar ist es durchaus üblich, Kinder im Alter des Klägers unbeaufsichtigt kürzere Wegstrecken alleine zurücklegen zu lassen. Dabei sind sie aber zu einem bestimmten Verhalten

A. 2.1

gegenüber einzelnen Gefahrenquellen zu erziehen, soweit die Eltern nicht selbst für die Beseitigung der Gefahrenquelle sorgen bzw. sorgen können. Dies gilt für Gefahren des Strassenverkehrs ebenso wie für Gefahren im Zusammenhang mit benachbarten landwirtschaftlichen Betrieben. Dass die Eltern nicht mit der Möglichkeit eines Schadensereignisses der vorliegenden Art gerechnet haben, ist, entgegen der Meinung der Vorinstanz, nicht alleine vom Beklagten zu vertreten. Zwar führt der Umstand, dass der Beklagte haftpflichtversichert ist, zur Ablehnung einer Haftungsreduktion aus Billigkeitsgründen gestützt auf Art. 54 Abs. 1 OR, doch darf es umgekehrt auch nicht dazu führen, haftungsmindernde Momente gänzlich ausser Acht zu lassen.

Allerdings kann gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts eine Verletzung elterlicher Aufsichtspflichten nur als Regressanspruch des Haftpflichtigen gegen die Eltern gestützt auf Art. 333 ZGB geltend gemacht werden, nicht auch als Haftungsminsderungsgrund im Verfahren des Geschädigten gegen den Schädiger, und zwar – in letztlich nicht gänzlich überzeugender Weise und im Ergebnis etwas stossend – auch dann, wenn die Eltern selbst den Prozess als gesetzliche Vertreter des Geschädigten führen (BGE 81 II 165; BGE 71 I 55/56). Die Lehre stimmt dieser Rechtsprechung zu (Rey, a.a.O., Rz 415; Oftinger/Stark, a.a.O., Bd. I, Rz 170 zu § 5; a.M. einzig: von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 110). Demnach lässt sich folglich auch nicht argumentieren, die Eltern würden den Kläger von Gesetzes wegen durch ihr nicht rechtsgeschäftliches Handeln in dem Sinne vertreten, dass die Verletzung eigener Aufsichtspflichten dem Kläger zuzurechnen und in der Folge haftungsminsdernd zu berücksichtigen wäre. Ebenso wenig kann der Beklagte aus Art. 50 Abs. 2 OR etwas für sich herleiten, da dort lediglich der Regress im Innenverhältnis zwischen mehreren Haftpflichtigen geregelt ist.

Im Ergebnis ist der Beklagte daher zur Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber den Eltern auf den Regressweg zu verweisen. Dies lässt sich, angesichts von Lehre und Rechtsprechung, auch nicht durch einen Rückgriff auf eine analoge Anwendung von Art. 54 Abs. 1 OR umgehen, indem die Ansprüche des Beklagten gegenüber den Eltern aus Billigkeit vom Haftungsanspruch des urteilsunfähigen Klägers in Abzug gebracht werden. Die Haftung ist daher in vollem Umfang zu bejahen, über Regressansprüche ist in einem getrennten (oder allenfalls noch zu vereinigenden) Verfahren zu entscheiden.

(Urteil vom 1. Juni 2004, ZK 2003 123. Eine dagegen gerichtete Berufung hat das Bundesgericht mit Urteil 4C.268/2004 vom 4. Oktober 2004 abgewiesen [BGE 131 III 115 ff.], auf die staatsrechtliche Beschwerde ist es mit Urteil 4P.166/2004 selben Datums nicht eingetreten).

2.2 Gesellschaftsliquidation nach unterbliebener Revisionsstellenernennung

- *Umfassende Überprüfung der Liquidationsfrage im Rekursverfahren (Erw. 1).*
- *Liquidationsfolge bei unterbliebener Revisionsstellenernennung gemäss Art. 727f Abs. 2 OR, weil der Kostenvorschuss nicht geleistet wurde (Erw. 2).*
- *Keine konkursamtliche Liquidation oder Konkurseröffnung (Erw. 3).*
- *Liquidatorenernennung oder Verfahren nach Art. 86 HRegV? (Erw. 4).*
- *Löschungsverfahren nach Art. 89 HRegV? (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

1. Das Rekursverfahren gewährleistet eine umfassende Prüfung der angefochtenen Entscheidung im Rahmen der gestellten Anträge. Die Rekursinstanz ist an die Rekursbegründung nicht gebunden (§ 211 ZPO). Angesichts der Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung und der unterschiedlichen kantonalen Rechtsprechungen drängt es sich auf, die zu ergreifenden Rechtsfolgen einer gescheiterten Revisionsstellenernennung, namentlich der Auflösung der Gesellschaft und der konkursamtlichen Liquidation, umfassend zu überprüfen (...). Mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung der Streitsache hat der Kantonsgerichtspräsident die Sache dem Gesamtgericht unter GG 2004 6 zur Beurteilung zugewiesen (§ 28 Abs. 6 GO), was zur Abschreibung des Verfahrens vor der 1. Rekurskammer (RK1 2003 463) führt.

2. Die Wahl einer Revisionsstelle ist für die Aktiengesellschaft zwingend. Kommt die Gesellschaft dieser Pflicht nicht nach, ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr (Art. 727f Abs. 2 OR).

a) Das angestrebte Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses scheitert faktisch stets dann, wenn seitens der Gesellschaft die dafür benötigten Mittel zugunsten der Revisionsstelle nicht zur Verfügung gestellt werden. Das geltende Recht regelt den Fall, bei welchem die Gesellschaft die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle verhindert, indem sie diese Kosten nicht vorschiesst, nicht ausdrücklich. Es liegt eine echte Gesetzeslücke vor, die in richterlicher Rechtsfindung zu schliessen ist. In einem solchen Fall wird regelmässig die Auflösung der Gesellschaft angeordnet (vgl. KG 36/03 RK 1 vom 2.7. 2003; KG 332/00 RK 2 vom 6.10.2000 mit Hinweis auf ZR 1995 Nr. 42; GVP 1995 Nr. 41, ZR 1996 Nr. 41; BJM 1999 S. 259 ff.; SchKG-Brunner, BSK, Art. 190 Rz 16; OR-Stäubli, BSK, Art. 736 Rz 29; Heldner/Kellerhans, OR-Handkommentar, Art. 727f N 2). Die Rechtsprechung erachtet diese Massnahme nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gläubiger und der Allgemeinheit als geboten. Ohne Revisions-

A. 2.2

stelle fehle der Aktiengesellschaft das interne Kontrollsystem im Sinne der privatrechtlichen Aufsicht, insbesondere zur rechtzeitigen Feststellung und fachlichen Prüfung einer Überschuldung des Unternehmens (vgl. KG 332/00 RK2 vom 6.10.2000, mit Hinweis auf ZR 1995 Nr. 42).

b) Vorliegend ist die Gesellschaft der Aufforderung zur Sicherstellung der Kosten der zu ernennenden Revisionsstelle auch innert vom Einzelrichter angesetzter Nachfrist nicht nachgekommen. Dies nachdem sie vom Handelsregisterführer bereits im August 2003 erfolglos aufgefordert worden war, eine Revisionsstelle zu wählen und den gesetzlichen Zustand wieder herzustellen. Nachdem die Rekurrentin am 1. Dezember 2003 mitgeteilt hat, dass ihr die Kautionsleistung und die Weiterführung des bisherigen Geschäfts ohnehin nicht mehr möglich seien, hat der Einzelrichter deshalb zu Recht die Gesellschaft als aufgelöst erklärt. Die ihr auferlegte Sicherheitsleistung konnte die Rekurrentin nicht durch einen in einem früheren Verfahren geleisteten Vorschuss als erbracht betrachten, unabhängig davon, ob diesen die damals ernannte Revisionsstelle vollumfänglich beanspruchen durfte oder nicht. Die Honorierung der Gesellschaft geht zulasten der Gesellschaft (OR-Watter, BSK, Art. 727f, Rz 7), so dass sie und nicht der ernennende Richter um die Abrechnung mit der Revisionsstelle besorgt sein muss. Zwar hätte die Revisionsstelle ihren Rücktritt dem Richter mitteilen müssen (Art. 727f Abs. 3 OR), was aber durch die Meldung des Handelsregisterführers geheilt wurde. Auch der Umstand, dass eine Begründung hätte angefordert werden sollen (OR-Watter, a.a.O., Rz 9), änderte nichts an der Vorschusspflicht der Rekurrentin für die neuerliche Bestellung einer Revisionsstelle. Wenn die Rekurrentin entgegen ihrer aktienrechtlichen Verpflichtung nicht für die Ersatzwahl einer Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR) sorgt, trägt sie das Risiko, die Kosten einer richterlichen Bestellung vorschliessen zu müssen. Insoweit erweist sich der Rekurs als unbegründet.

3. Mit der angefochtenen Verfügung hat der Vorderrichter über die Auflösung der Gesellschaft hinaus die „konkursamtliche Liquidation“ durch das Konkursamt Höfe angeordnet und zu diesem Zweck, wie dem Rubrum zu entnehmen ist, neben dem Verfahren bezüglich der Ernennung einer Revisionsstelle (E3 03 152), auf vorsorglich erfolgten Antrag des Registerführers hin (VI-act. I Ziff. 2) ein Verfahren zur Konkurseröffnung (E5 03 368) durchgeführt, das in eine „konkursamtliche Liquidation“ – ohne formelle Konkurseröffnung – gemündet hat. Ist die Auflösung der Gesellschaft durch den Richter vorliegend wie dargetan zu bestätigen (vgl. aber auch unten E. 4), bleibt noch die in der Rechtsprechung kontrovers behandelte Frage der Anordnung der konkursamtlichen Liquidation näher zu prüfen.

Die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation hält das Zürcher Obergericht mit den Grundsätzen zur Ausfüllung von Gesetzeslücken nicht für vereinbar (ZR 1996 Nr. 41, vgl. hiezu auch Camponovo, ST 10/1996; für St. Gallen vgl. auch GVP 1995 Nr. 41, wo nur die Auflösung der Gesellschaft verfügt worden ist). Der Kassationshof des Bundesgerichts hat die Konkurs-

eröffnung wegen fehlender Revisionsstelle im Zusammenhang mit der Beurteilung der objektiven Strafbarkeitsbedingung des Konkurses bei einem Betreibungsdelikt als unzulässig erkannt, ohne jedoch weiter auf die Problematik eingehen zu müssen (BGE 6S.242/2001 vom 10. April 2002 E. 2 lit. d). Im Kanton Wallis wird die Konkursöffnung zufolge der abschliessenden Aufzählung der Fälle einer Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung in Art. 192 SchKG zwar als unzulässig erachtet, doch soll der Richter das Konkursamt mit der Liquidation in analoger Anwendung von Art. 221 ff. SchKG beauftragen können (vgl. SJZ 2000 S. 469, RVJ/ZWR 1999 S. 311 ff.).

Die konkursamtliche Liquidation wird aber in mehreren Kantonen für gerechtfertigt gehalten (Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 15 Rz 99; SWZ 2000 S. 287). Das Baselbieter Obergericht (BJM 1999 S. 262 f.) hält mit dem Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich (ZR 1995 Nr. 42) dafür, dass die Versetzung der Aktiengesellschaft ins Liquidationsstadium den Schutz der Gläubiger und der Öffentlichkeit nicht hinreichend sicherstellt, da die Überprüfung der Tätigkeit der Gesellschaft durch unabhängige Dritte fehle. Im Interesse der Gläubiger und der Öffentlichkeit wird deshalb die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation durch den Richter als angemessene Lösung betrachtet, zumal eine richterliche Ernennung eines privaten (unabhängigen) Liquidators (Art. 740 Abs. 3 OR) ausser Betracht falle, da für die Finanzierung dessen Tätigkeit ebenso wie für die einzusetzende Revisionsstelle ein Vorschuss erhoben werden müsste (BJM 1999 S. 262 f.). Diese Ansicht hat das Kantonsgericht in einem Rekursfall (KG 332/00 RK 2 vom 6.10.2000) sowie auf eine Nichtigkeitsbeschwerde hin (KG 36/03 RK 1 vom 2.7.2003) im Ergebnis geteilt und die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation nicht beanstandet. Daran kann nicht mehr festgehalten werden, weil sich eine konkursamtliche Liquidation, solange es an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage fehlt, aufgrund handelsrechtlicher Überlegungen nicht zwingend aufdrängt (nachstehend lit. a) und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht eine solches Vorgehen nicht vorsieht (lit. b).

a) Mit Auflösung tritt die Gesellschaft in Liquidation (Art. 738 OR). Die Auflösung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (Art. 737 OR) bzw. kann von einer Verwaltungsbehörde oder vom Richter durch Verfügung zur unmittelbaren Eintragung angewiesen werden (Art. 59 Abs. 2 HRegV). Der Auflösungsbeschluss führt noch nicht zur Beseitigung bzw. Löschung der Gesellschaft im Handelsregister. Die Revisionsstelle würde ihre bisherigen Aufgaben, insbesondere auch diejenige, bei offensichtlicher Überschuldung nach Art. 729b Abs. 2 OR, den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat dies versäumt, in der Liquidation beibehalten (vgl. Böckli, a.a.O., § 17 Rz 29 f.; Levy, Die Aktiengesellschaft X, SJK 398, S. 9; Stoffel, Die Aktiengesellschaft XV, SJK 403, S. 10; BGE 123 III 478; SJZ 1995 S. 342; nun auch OR-Stäubli, BSK, Art. 743 Rz 14). Das Problem der fehlenden, unabhängigen internen Revision bleibt mithin auch nach der rich-

A. 2.2

terlichen Auflösung einer Gesellschaft ohne Revisionsstelle in der Liquidationsphase bestehen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sowohl die Interessen der Aktionäre, die keine Einsicht in die Geschäftsbücher beanspruchen können, als auch die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft und der Allgemeinheit durch die richterliche Auflösung der Gesellschaft hinreichend geschützt werden.

aa) Mit Registrierung der Liquidation und der Pflicht, die bisherige Firma mit dem Zusatz „in Liquidation“ zu führen (Art. 739 Abs. 1 OR), wird die Gesellschaft an der Teilnahme am Geschäftsverkehr zumindest in rechtlicher Hinsicht behindert (BBI 1983 II S. 940). Auch wenn Gesellschaften trotzdem ihre Geschäftstätigkeit häufig fortsetzen (BBI 2002 III S. 3231), wird der Eintritt des Liquidationsstadiums durch den Eintrag ins Handelsregister der Allgemeinheit zur Kenntnis gebracht. Die Kenntnisnahme wird durch die Pflicht, die bisherige Firma mit dem Zusatz „in Liquidation“ zu führen, zusätzlich erleichtert (auch wenn Fälle auftreten, in welchem diesem Gebot nicht nachgelebt wird). Aus dem Handelsregister ist auch das Fehlen der Revisionsstelle ersichtlich. Damit wird Dritten die mit der Liquidation einhergehende Beschränkung der Geschäftstätigkeit (Art. 739 Abs. 2 OR) bei Fehlen einer unabhängigen Revision bekannt. Zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ist es deshalb nicht zwingend erforderlich, dass die aufgelöste Gesellschaft auf Kosten des Staates noch konkursamtlich liquidiert wird (auch wenn dies de lege ferenda in gewissen Fällen als wünschbar angesehen werden könnte). Abgesehen davon liegt es nicht im Interesse aller Gläubiger, wenn ihre Gleichbehandlung in der handelsrechtlichen Liquidation durch eine konkursrechtliche Rangordnung (Art. 219 f. SchKG) abgelöst wird.

bb) Wo der Richter keine Revisionsstelle bestimmen kann, können auch Aktionäre und Gläubiger nur die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 625 Abs. 2 OR (vgl. auch OR-Watter, BSK, Art. 727f, Rz 8), nicht aber den Konkurs oder die Anordnung einer konkursamtlichen Liquidation verlangen. Dass Art. 727f Abs. 2 OR nicht die Konkurseröffnung bzw. der Anordnung der konkursamtlichen Liquidation vorsieht, erweist sich daher anders als bei der Auflösung, ohne die die unterbliebene Ernennung einer Revisionsstelle sanktionslos bliebe, nicht ohne weiteres als ergänzungsbedürftige gesetzgeberische Lücke. Dies umso weniger, als die Gläubiger nach den Voraussetzungen von Art. 190 SchKG den Konkurs und die Aktionäre aus wichtigen Gründen nach Art. 741 Abs. 2 OR die Abberufung und Ernennung eines anderen Liquidators verlangen können.

cc) Soweit in der Rechtsprechung befürchtet wird, dass mit dem Aktienmantel einer noch eingetragenen, faktisch aber stillgelegten Gesellschaft in Liquidation ohne Mittel widerrechtliche Rechtsgeschäfte getätigt werden (BJM 1999 S. 263), kann dieser Gefahr mit der Löschung vom Amtes wegen nach Art. 89 HRegV begegnet werden (vgl. unten Erw. 5). Im Übrigen gilt es

zwei Punkte im Auge zu behalten. Erstens besteht die Aufgabe einer Revisionsstelle nicht in der umfassenden Kontrolle der Geschäfts- bzw. Liquidationstätigkeit einer Gesellschaft, so dass sie vielfach kaum in der Lage wäre, stillen Liquidationen rechtzeitig einen Riegel zu schieben. Nachdem die richterlich aufgelöste Gesellschaft im Handelsregister mit dem Zusatz in Liquidation geführt wird, ist zweitens die Gefahr der widerrechtlichen Verwendung ihres Aktienmantels gering, zumal die verfügte Auflösung nicht ohne Mitwirkung der Behörde zurückgenommen werden kann (vgl. Art. 86 Abs. 3 HRegV).

Eine richterliche Regelfindung, wonach über die Auflösung der Gesellschaft hinaus eine die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit erheblich tangierende sowie die Vertretungsbefugnis der Organe der Gesellschaft weitgehend beschränkende (Art. 740 Abs. 5 OR) Zwangsvollstreckung angeordnet wird, drängt sich aus den genannten Gründen nicht auf.

b) Angesichts der einschneidenden Wirkungen des Konkurses lässt das Gesetz nur ausnahmsweise eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung zu und macht sie vom Vorliegen eines materiellen Konkursgrundes abhängig (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 35 Rz 10 und § 38 Rz 1). Diese Ausnahmefälle sind in Art. 190 bis 193 SchKG abschliessend aufzählt (ZR 1996 Nr. 41 S. 127; ZWR 1999 311). Um dieser abschliessenden Aufzählung auf dem Weg der Analogie weitere Ausnahmetatbestände hinzuzufügen, braucht es sachlich überzeugende Gründe, welche sich der Billigkeit und Rechtssicherheit wegen geradezu aufdrängen müssten. Solche Gründe liegen, was sich bereits aus den bisherigen Erwägungen ergibt, nicht vor. Soweit in der Lehre und Rechtsprechung analogieweise auf die materiellen Konkursgründe der Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr (Art. 190 Ziff. 2 SchKG) und bei Ausschlagung bzw. vermuteter Ausschlagung der Erbschaft (Art. 193 Ziff. 1 SchKG) abgestellt wird, überzeugt dies nicht.

aa) Die Verunmöglichung der Ernennung einer Revisionsstelle durch den Richter wird als analoger Sonderfall zur Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr im Sinne von Art. 190 Ziff. 2 SchKG betrachtet, weil sie die Gläubigerinteressen substanziell gefährdet und in den meisten Fällen auf die ungenügenden finanziellen Mittel der Gesellschaft zurückzuführen ist, was die Liquidation im konkursamtlichen Verfahren auch ohne Antrag eines Gläubigers rechtfertigen soll (SchKG-Brunner, BSK, Art. 190 Rz 16 mit Hinweis auf ZR 1995 Nr. 42). Dass die Gläubigerinteressen derart gefährdet wären, dass sich in jedem Fall eine konkursamtliche Liquidation aufdrängte, ist nicht ersichtlich (vgl. oben lit. a). Die Gläubiger können bei Zahlungseinstellungen nach Art. 190 Ziff. 2 SchKG wie gesagt selber den Konkurs beantragen.

Überdies erlaubt die erfolglose Aufforderung des Handelsregisters zur Bestellung einer Revisionsstelle allein nicht die Vermutung, dass die betreffende Gesellschaft über ungenügende finanzielle Mittel verfüge oder gar

A. 2.2

konkursreif sein könnte. Bei der Fristansetzung zur Sicherheitsleistung hat der Richter deshalb noch keinen Anlass, den Konkurs anzudrohen. Von einer Handelsgesellschaft dürfte im Konkurseröffnungsverfahren aufgrund der obligationenrechtlichen Pflicht zur Überschuldungsanzeige abgesehen davon kein Kostenvorschuss verlangt werden (Art. 192 i.V.m. 194 und 169 SchKG; SchKG-Brunner Art. 192 Rz 25 und Art. 194 Rz 19). Der Umstand, dass die Kosten für die Ernennung der Revisionsstelle nicht vorgeschossen werden, ist abgesehen davon allein kein abschliessendes Argument für eine Konkursöffnung, da es durchaus stichhaltige Gründe gibt, aufgrund derer die Verpflichtung zur Ernennung einer Revisionsstelle entfällt (BJM 1999 S. 264: z.B. bei erfolgter Abmeldung wegen Sitzverlegung ins Ausland). Aufgrund der Säumnis einer Gesellschaft, die Kosten vorzuschüssen, darf aus diesen Gründen noch nicht der Schluss gezogen werden, diese sei überschuldet. Eine solche Vermutung vermag die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der materiellen Voraussetzungen für einen Konkurs nicht zu ersetzen und würde bloss zu einer fragwürdigen Einsetzung des Instituts der konkursamtlichen Liquidation für sachfremde Zwecke führen (ZR 1996 Nr. 41, mit Hinweis auf Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, § 32 Anm. 12 c und die Problematik des rechtlichen Gehörs).

bb) Das Baselbieter Obergericht sieht die Einführung eines auf einer vermuteten Überschuldung bzw. fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit beruhenden Konkursgrundes im weiteren in Analogie zur konkursamtlichen Liquidation, wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben oder die Ausschlagung zu vermuten ist (Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG), gerechtfertigt (BJM 1999 S. 264). Der Normzweck von Art. 193 SchKG ist speziell. Er besteht darin, sicherzustellen, dass der Erbe ohne persönliche Einwilligung nicht zum Schuldner der Gläubiger des Erblassers wird (SchKG-Brunner, BSK, Art. 193 Rz 2). Damit ist die Durchsetzung der richterlichen Ernennung einer Revisionsstelle nicht zu vergleichen und eine Analogie nicht zu rechtfertigen, zumal der Gesetzgeber im Erbrecht die ordentliche amtliche Liquidation (Art. 593 ff. ZGB) bzw. im Falle einer überschuldeten Erbschaft die konkursamtliche Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechts (Art. 597 ZGB) ausdrücklich vorgesehen hat. Im Übrigen stützt sich dieser Konkursgrund nicht auf die Vermutung einer Überschuldung, sondern auf die Tatsache der Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 566 Abs. 2 ZGB ab, die nur aufgrund der amtlichen Feststellung bzw. der Offenkundigkeit der Zahlungsunfähigkeit des Erblassers vermutet wird. Blosser Zweifel an der Solvenz des Nachlasses genügen für die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation nicht (ZGB-Karrer, BSK, Art. 597 Rz 3).

c) Aus all diesen Gründen erachtet das Kantonsgericht eine konkursamtliche Liquidation als mit den Grundsätzen zur Lückenfüllung nicht vereinbar, weil sie, mit den Worten von ZR 1996 Nr. 41 ausgedrückt, (...) „dem bestehenden Gesetzesrecht und dessen Wertungen widerspricht. Zudem geht

die einschneidende Massnahme der Konkursöffnung verglichen mit anderen Fällen, die zufolge fehlender oder mangelhaft besetzter Organe zur Auflösung der AG auf dem Weg der ordentlichen Liquidation führen, zu weit, auch wenn sie offenbar ein probates Druckmittel darstellt. Sodann ist die Rechtsfolge nicht voraussehbar, da sie über die notorische abschliessende Aufzählung möglicher Konkursgründe hinausgeht. Sie steht auch im Widerspruch zu volkswirtschaftlichen und Arbeitnehmerinteressen“ (...; S. 127).

d) Anzufügen bleibt, dass mit der Revision des GmbH-Rechts der Richter nicht nur ermächtigt werden soll, das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu bestellen, sondern auch die Aktiengesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen (nArt. 731b, BBl 2002 III S. 3231 ff.). Revisionsbedarf laut Botschaft wird angenommen, um eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft zu schaffen, ausdrücklich aber nicht, um die Fälle der Durchsetzbarkeit zwingender Vorgaben gegenüber dem geltenden Recht zu erweitern (BBl a.a.O. S. 3292). Vorgesehen ist denn auch keine Konkursöffnung oder konkursamtliche Liquidation, sondern quasi als ultimo ratio die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft unter sinngemässer Anwendung der Vorschriften über den Konkurs (ähnlich der oben zitierten Praxis des Kantons Wallis). Es wird mithin anders als bei der konkursamtlichen Liquidation einer ausgeschlagenen oder überschuldeten Erbschaft (Art. 573 und 597 ZGB i.V.m Art. 193 SchKG) kein zusätzlicher Konkursgrund geschaffen, sondern offen gelassen, wer die Liquidation durchführt und ob die damit befassten Personen den Aktionären und Gläubigern für allfällig absichtlich oder fahrlässig verursachte Schäden haften (Art. 754 OR). Ungelöst bleibt dabei das praktische Problem des vorliegenden Falles, wer die Liquidationskosten vorzuschüssen hätte. Eine generelle Bevorschussung durch den Staat erscheint kaum angemessen. Zutreffend wird im Präjudiz des Zürcher Obergerichts nämlich darauf hingewiesen, dass die Gefahr besteht, die Möglichkeit der konkursamtlichen Liquidation zur Liquidierung einer nicht mehr aktiven Gesellschaft auf Kosten des Staates zu missbrauchen (ZR 1996 Nr. 41 ebd.).

4. Art. 727f OR schweigt sich über die gesetzlichen Folgen bei verunmöglichter Revisionsstellenernennung aus.

a) Wie erwähnt, wird diese Lücke in der Rechtsprechung zunächst durch eine gerichtlich ex officio zu verfügende Gesellschaftsauflösung (vgl. oben E. 2, ZR 1996 Nr. 41 Erw. 3e) geschlossen, was schon prozessrechtlich als problematisch erscheint. Verhältnis und Abgrenzung dieser richterlichen Auflösung zu den handelsregisterrechtlichen Fällen der Zwangsauflösung und -löschung (zu solchen Änderungen und der möglichen Bussenerhebung bei Fehlbaren im Allgemeinen vgl. Art. 60 HRegV) sind bisher jedoch weitgehend ungeklärt. Fehlt der Gesellschaft die gesetzliche oder statutarische

A. 2.2

Verwaltung oder das Rechtsdomizil, wird eine Auflösung in Anwendung von Art. 86 und 88a HRegV durch den Registerführer nach fruchtloser Ansetzung einer Frist von mindestens 30 Tagen vorgenommen. Von daher würde nahe liegen, in Fällen, in denen mangels Sicherheitsleistung dem Richter verunmöglicht wird, eine Revisionsstelle zu ernennen, Art. 86 Abs. 2 HRegV zur Lückenfüllung sinngemäss in dem Sinne heranzuziehen, dass der Registerführer nach Ansetzung der Behebungsfrist (Art. 86 Abs. 1bis HRegV) und vergeblicher Anrufung des Richters (Art. 727f Abs. 2 OR) die Auflösung zu verfügen hätte. Von einer vertieften Prüfung dieser Frage und einem Meinungsaustausch mit dem Handelsregister über die Zuständigkeit bzw. ein Rücküberweisung ist vorliegend jedoch abzusehen, weil der Registerführer bereits den vorsorglichen Auflösungsantrag gestellt hat und, wie sich noch zeigen wird, die Sache ohnehin noch unter dem Gesichtspunkt von Art. 89 HRegV zu prüfen haben wird (vgl. Erw. 5).

b) Darf indes die Liquidation, entgegen der angefochtenen Verfügung und bisheriger kantonaler Praxis, nicht nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet werden, tritt die Aktiengesellschaft in die handelsrechtliche Liquidation (Art. 738 OR) und der Gesellschaftszweck beschränkt sich auf die Liquidation (Art. 739 OR). Die Frage der richterlichen Ernennung einer staatlichen Stelle (z.B. Notariat) als Liquidator nach Art. 740 Abs. 4 OR (vgl. hiezu Böckli, a.a.O., § 17 Rz 35) stellt sich vorliegend nicht und muss künftig nicht geprüft werden, wenn das Handelsregister bis zur Revision des geltenden Rechts das Verfahren analog nach Art. 86 HRegV selbst weiterführen wird, nachdem die richterliche Revisionsstellenernennung gescheitert ist (vgl. oben lit. a). Im Übrigen wären die Gläubiger und Aktionäre in Fällen, in denen für eine Liquidation nicht gesorgt ist, nicht schutzlos und könnten nach den Voraussetzungen des noch geltenden Art. 393 Ziff. 4 ZGB bei der Vormundschaftsbehörde um die Ernennung eines Beistandes ersuchen.

5. Wenn schliesslich Gesellschaften während längerer Zeit keine Geschäfte mehr betreiben, jedoch auch keinen formellen Auflösungsbeschluss fassen, kann das Handelsregister vermuten, dass keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden sind, und eine Gesellschaft nach Art. 89 HRegV von Amtes wegen löschen bzw. den Fall dem Regierungsrat als zuständige kantonale Aufsichtsbehörde (§ 1 Ziff. 9 VVzOR) zum Entscheid überweisen. Sinn und Zweck dieser Möglichkeit der Löschung von Amtes wegen ist der Schutz der Registerwahrheit sowie die Unterbindung des Handels mit Aktienmänteln (vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 N 143 sowie § 56 N 163 ff.). Eine Gesellschaft gilt dann ohne Aktiven im Sinne von Art. 89 HRegV, sobald gegen sie ein definitiver Verlustschein ausgestellt wurde oder aber eine schriftliche Erklärung des Verwaltungsrates vorliegt, aus der hervorgeht, dass die Gesellschaft über keine verwertbaren Aktiven mehr verfügt (VGE-BL vom 19.11.1997 Nr.144 i.S. M.).

Nachdem die Rekurrentin dem Vorderrichter am 1. Dezember 2003 mitgeteilt hat, dass es nicht möglich sei, den Kostenvorschuss von Fr. 4'000.00 aufzutreiben und die Geschäfte weiterzuführen, ist anzunehmen, dass keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden sind. Davon ist das Handelsregisteramt im Hinblick auf ein Verfahren nach Art. 89 HRegV in Kenntnis zu setzen (Art. 63 Abs. 3 HRegV).

6. Damit ist der Rekurs gegen den Beschluss des Vorderrichters, die X. AG aufzulösen, abzuweisen (vgl. oben E. 2). Dagegen ist in teilweiser Gutheissung des Rekurses die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation aufzuheben. (...).

(Beschluss vom 30. November 2004, GG 2004 6).

2.3 Personenstand

- *Berichtigung des Personenstandsregisters, Voraussetzungen (Erw. 5 - 6).*
- *Unterstellung des Familiennamens unter das Heimatrecht; Berücksichtigung einer irrtümlichen Unterlassung im Verfahren nach Art. 42 ZGB? (Erw. 7).*
- *Rechtsmittel an das Bundesgericht (Erw. 9).*

Aus den Erwägungen:

5. Nach Art. 42 Abs. 1 ZGB kann derjenige, der ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, beim Gericht auf Berichtigung einer Eintragung im Register über den Personenstand klagen.

a) Beantragt wird die Berichtigung von Eintragungen im Eheregister des Zivilstandskreises Schwyz, Band 1996, Seite 171, Nr. 11 (KB, 3, siehe auch Stellungnahme des Zivilstandsinspektorats vom 24. März 2004 S. 2). Der Einzelrichter des Bezirkes Schwyz war zur erstinstanzlichen Prüfung des Berichtigungsbegehrens örtlich (Art. 14 GestG) und sachlich (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 lit. d EGzZGB) zuständig.

b) Die Gesuchsteller haben ein schützenswertes persönliches Interesse an der Berichtigung, da es um die richtige Beurkundung der ihren Personenstand betreffenden Eintragungen, nämlich der Namen, geht (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Das schützenswerte Interesse ergibt sich insbesondere aus dem Umstand der divergierenden Namensangaben in den Zivilstandsregistern einerseits und den Passdokumenten (KB 6) anderseits.

c) Das Berichtigungsverfahren nach Art. 42 ZGB ist ein Verfahren auf einseitiges Vorbringen und der Streitwert ist unbestimmt. Der Rekurs an das Kantonsgericht gegen die abschlägige Erledigungsverfügung ist deshalb

A. 2.3

zulässig (§ 204 Abs. 1 ZPO). Im Verfahren auf einseitiges Vorbringen ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und eine Überweisung ins ordentliche Verfahren ausgeschlossen (§ 172 Abs. 1 ZPO). Die im Rekursverfahren neu vorgelegten Beweise (hier insbesondere Urkunden) sind deshalb zulässig und sind uneingeschränkt in die richterliche Würdigung mit einzubeziehen (§ 204 i.V.m. § 198 und 104 Ziff. 4 ZPO).

d) Eintragungen, die auf einem offensichtlichen Versehen oder einem Irrtum beruhen, beheben die Zivilstandsbehörden von Amtes wegen (Art. 43 Abs. 1 ZGB). Den nachfolgenden Erwägungen ist zu entnehmen, dass beide Berichtigungsbegehren nicht Eintragungen betreffen, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen. Das Zivilstandsinspektorat hat denn auch die Zuständigkeit der Zivilstandsbehörden zur Berichtigung verneint (und konkludent auch die Vorinstanz). Auch die Gesuchsteller machen nicht geltend, dass Eintragungen zu korrigieren wären, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen.

6. Der Gesuchsteller 1 beantragt die Berichtigung seines Vornamens von „Thegalolibavan“ auf „Thikalolipavan“. Er macht geltend, dass sich bei dem dem Zivilstandsbeamten vorgelegten Geburtsregisterauszug vom 31. Oktober 1995 ein Fehler eingeschlichen habe, indem der Vorname falsch in „Thegalolibavan“ statt „Thikalolipavan“ übersetzt worden sei.

a) Das Verfahren der Berichtigung dient dazu, eine Eintragung zu korrigieren, die bereits im Zeitpunkt der Vornahme unrichtig war (Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 3. Aufl., Basel 1999, Rz 318). Voraussetzung der Berichtigung ist, dass der bestehende Eintrag inhaltlich nicht mit jenen Verhältnissen übereinstimmt, die zum Zeitpunkt der Eintragung bestanden haben und deshalb hätten beurkundet werden sollen (Urs Peter Cavelti, *Berichtigung und Statusklage*, deren Abgrenzung und Anwendung, ZZW 1980 S. 66).

b) Die Zivilstandsregister, wozu auch das Eheregister gehört, stellen öffentliche Register im Sinne von Art. 9 ZGB dar. Sie erbringen den vollen Beweis der durch sie bezeugten Tatsachen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB). Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die widerlegt werden kann. Die Eintragung hat deklaratorische Bedeutung (Andreas Bucher, a.a.O., Rz 287 mit Hinweis auf BGE 117 II 11 ff.). Die Eintragung im Zivilstandsregister wirkt gegenüber jedermann; insbesondere auch für die Aufsichtsbehörde und für den Richter ist die Eintragung verbindlich, soweit nicht die Voraussetzungen einer formellen Berichtigung gegeben sind oder der eingetragene Status in dem hierfür vorgesehenen Verfahren gerichtlich zu beurteilen ist (KG 90/01 RK 1 vom 3. Juli 2001, Erw. 2a mit Verweis auf Jäger, SJK 76 Zivilstandswesen I. S. 6 f.).

c) Der Vorrichter hat die Akten des seinerzeitigen Verkünd- und Eheschliessungsverfahrens beigezogen und auch die vom Gesuchsteller 1 eingelegten Urkunden gewürdigt. Er kam zum Schluss, dass mit der neu eingereichten Übersetzung des Geburtsregisterauszugs, datierend vom 20. bzw. 25. Februar 2004 (KB 1), der Beweis dafür, dass der Vorname auf „Thikalolipavan“ lautet, nicht erbracht sei. Ebenso wenig seien die vorgelegten Ausweisschriften mit dem Vornamen „Thikalolipavan“ (schweizerische Aufenthaltsbewilligung KB 5; srilankischer Pass, KB 6) geeignet, den Beweis dafür zu erbringen, dass die dem Zivilstandsbeamten vorgelegte Geburtsurkunde nicht richtig ausgestellt (übersetzt) wurde. Es liege eine Patt-Situation zwischen zwei gleichwertigen Urkunden vor, und es sei nicht Sache des Richters am schweizerischen Wohnsitz des ausländischen Gesuchstellers, Zivilstandsakten aus dem Heimatstaat zu berichtigen oder anzupassen.

d) Aus folgenden Gründen ist dem Berichtigungsbegehren für den Vornamen indes stattzugeben.

aa) Nicht in lateinischem Alphabet geschriebene Personennamen – wie hier in Tamil – bedingen eine richtige Übersetzung in die lateinische Schriftsprache. Vorliegend geht es demnach um die Frage, ob der Vorname des Gesuchstellers 1 anlässlich des Eheschliessungsverfahrens aus der tamilischen Schriftsprache richtig in das lateinische Alphabet übersetzt worden ist oder nicht. Da es sich um ein öffentliches Register handelt, ist bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen, dass die Übersetzung des Vornamens, lautend auf „Thegalolibavan“, korrekt erfolgte (act. ZstA 3 und 4; vgl. immerhin act. ZstA 5 und 6, woraus sich aus einer Bestätigung des ‚Divisional Secretariat Jaffna‘ vom 3.1.1996 eine zum übersetzten Auszug aus dem Geburtsregister divergierende Schreibweise des Vornamens ergab, nämlich „Thigalolipavan“).

bb) Im Rekursverfahren neu vorgelegt wird die Kopie des Originals des Geburtscheins Nr. 2282 vom 7. November 1967 in Tamil (Rekursbeilage 3) sowie eine deutsche Übersetzung vom 17. Juni 2004 dazu, welche den Vornamen in der Schreibweise „Thikalolipavan“ wiedergibt (Rekursbeilage 17). Sodann liegt neu im Recht eine Kopie des Geburtsregisterauszuges Nr. 2282 vom 20. und 25. Februar 2004 in Tamil (Rekursbeilage 2); die entsprechende englische, amtlich beglaubigte Übersetzung dieses Dokuments, lautend ebenfalls auf den Vornamen „Thikalolipavan“, hatte der Gesuchsteller bereits vorinstanzlich unter KB 1 vorgelegt. Dem erstinstanzlichen Gesuch war zudem neben dem ausländerrechtlichen Ausweis (KB 5) auch eine Kopie des srilankischen Passes des Gesuchstellers 1 beigelegt (Passport Nr. [...], KB 6, gültig vom 17.11.2000 bis 17.11.2005). Nach diesen beiden Ausweisdokumenten lautet der Vorname des Gesuchstellers 1 auf „Thikalolipavan“.

cc) Mit den neu vorgelegten und den vor Erstinstanz eingereichten Urkunden ist der Beweis erbracht, dass der Vorname des Gesuchstellers 1 im latei-

A. 2.3

nischen Alphabet richtig auf „Thikalolipavan“ zu übersetzen ist. Entscheidend für diese Annahme ist die Übereinstimmung zwischen der Übersetzung des originalen Geburtscheines (Rekursbeilage 3 und 17), welche wie die neu-erliche Übersetzung aus dem Geburtsregister (KB 1) auf den Vornamen „Thikalolipavan“ lautet, und der im offiziellen Pass von Sri Lanka gewählten Schreibweise (KB 6). Die von den Behörden des Heimatlandes gewählte Übersetzung von Namen aus der tamilischen Schriftsprache in das lateinische Alphabet ist grundsätzlich auch für die schweizerischen Registerbehörden massgebend. Eine Pattsituation besteht insofern nicht mehr, da die Ausschreibung des Vornamens im Pass des Gesuchstellers die Richtigkeit der neu vorgelegten Übersetzungen (KB 1, Rekursbeilage 17) bestätigt hat.

dd) Der auf „Thikalolipavan“ lautende Vorname entspricht auch den weiteren vorgelegten Bestätigungen, Personaldokumenten und Ausweisschriften des Gesuchstellers 1. Damit kann durch die vorzunehmende Berichtigung die unterschiedliche Schreibweise des Vornamens in verschiedenen offiziellen Registraturen korrigiert werden. Im Übrigen stellt auch die Schreibweise in den ausländerrechtlichen Ausweispapieren, welche bereits vor dem Eheschliessungsverfahren ausgestellt worden waren (act. ZstA 8 und 9), ein weiteres Indiz dafür dar, dass der Vorname richtig übersetzt auf „Thikalolipavan“ lautet und nicht auf „Thegalolibavan“ (...).

e) In Gutheissung des Berichtigungsbegehrens ist deshalb der Vorname des Gesuchstellers 1 im Eheregister des Zivilstandskreises Schwyz, Band 1996 Seite 171 Nr. 11, auf „Thikalolipavan“ zu berichtigen. Der Beschluss ist der kantonalen Aufsichtsbehörde mitzuteilen (Art. 40 Abs. 1 lit. k und Art. 43 Abs. 1 und 5 ZStV; § 11 kZStV). Es ist Sache der Aufsichtsbehörde, dass die von der Berichtigung betroffenen Ämter mit dem gerichtlichen Berichtigungsentscheid bedient werden bzw. die entsprechenden nötigen Meldungen erfolgen, wie beispielsweise in Bezug auf das Geburtregister des Sohnes T. (Willi Heussler, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 42 ZGB; vgl. auch Stellungnahme des Zivilstandsinspektorats vom 24. März 2004, S. 2). (...).

7. Im Rekurs wird zum ändern am Gesuch auf Berichtigung des Familiennamens der Gesuchstellerin 2 und des gemeinsamen Kindes von „Rasalingam“ auf „Thikalolipavan“ festgehalten. Es wird geltend gemacht, dass die Gesuchstellerin 2 gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklärt habe, sie wolle gemäss dem Recht von Sri Lanka den Vornamen des Ehemannes als ihren Familiennamen tragen. Sie sei in der Folge vom Zivilstandsbeamten falsch informiert worden, indem er erklärt habe, das Wahlrecht gemäss dem Gesetz über das internationale Privatrecht gelte für Asylbewerber nicht.

a) Die Vorinstanz hat dieses Berichtigungsbegehren mit der Begründung abgelehnt, vor der Heirat sei keine Erklärung der Gesuchstellerin 2 erfolgt, wonach sie in Anwendung von srilankischem Recht den Vornamen des Ehemannes als Familiennamen übernehmen wolle (siehe zur Übernahme des

Heimatrechts: Art. 37 Abs. 2 IPRG; Art. 177d Abs. 1 aZStV und Art. 14 ZStV, in Kraft ab 1.7.2004). Deshalb sei korrekterweise nach schweizerischem Recht der Name des Ehemannes als Familienname der Ehegatten ins Eheregister eingetragen worden (Art. 160 Abs. 1 ZGB).

b) Aus den Zivilstandsakten ergibt sich nicht, dass eine entsprechende Optionserklärung der Gesuchstellerin 2 im Rahmen des Eheschliessungsverfahrens erfolgte. Der bestehende Eintrag (Übernahme des Namens des Ehemannes als Familienname) ist deshalb nicht nur formell korrekt, sondern stimmt auch materiell mit den Verhältnissen überein, die im Zeitpunkt der Eintragung bestanden haben. Das Berichtigungsverfahren nach Art. 42 ZGB kann deshalb nicht greifen, da es nicht um die Berichtigung einer allenfalls fehlerhaften oder irrtümlichen Eintragung geht (vgl. auch Egger, Zürcher Kommentar, N 4 zu Art. 45 aZGB). Nur wenn eine positive oder negative Unterstellungserklärung erfolgt wäre und diese durch den Zivilstandsbeamten fehlerhaft beurkundet worden wäre, bestünde die Möglichkeit der Berichtigung im Verfahren nach Art. 42 oder 43 ZGB. Es liegt keine berichtigungsfähige Eintragung vor. Es muss deshalb auch nicht abgeklärt werden, ob der Zivilstandsbeamte die Gesuchstellerin 2 nicht richtig über das Wahlrecht informiert und ihr damit die Möglichkeit verwehrt hat, die Unterstellungserklärung abzugeben.

c) Das Gesetz bestimmt nicht, wann die Unterstellungserklärung abgegeben werden kann (Art. 37 Abs. 2 IPRG). Zu prüfen ist deshalb, ob auf das Begehren der Gesuchstellerin 2, soweit es als (neue) Unterstellungserklärung unter das Heimatrecht aufzufassen ist, eingetreten werden kann.

Art. 14 ZStV (wie der vor dem 1. Juli 2004 geltende Art. 177d aZStV) stellt die Ausübung des Optionsrechts in den Zusammenhang zu einem Registereintrag. Die Unterstellungserklärung kann somit nur in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem Zivilstandsfall (wie Eheschliessung) wirksam abgegeben werden. Im Kreisschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 11. Oktober 1989 betreffend „Bestimmung und Eintragung des Namens in die Zivilstandsregister in Fällen mit Auslandsberührung“ (ZZW 1989 S. 283 ff., Ziff. 124) wird der zeitliche Zusammenhang dahingehend präzisiert, dass „die Erklärung vor oder bloss kurze Zeit nach der Eintragung eines in der Schweiz eingetretenen Zivilstandesfalles ins Einzelregister abzugeben“ ist (vgl. auch Vischer, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, N 24 zu Art. 37 IPRG). Nach Verwirkung dieses Zeitpunktes bleibt nur die Möglichkeit, auf dem Klageweg nach Art. 30 Abs. 1 ZGB bei der Regierung des Wohnsitzkantons eine Namensänderung zu beantragen (so auch: Jametti Greiner/Geiser, Basler Kommentar, N 29 f. zu Art. 37 IPRG). Der enge zeitliche Konnex ist, nachdem die Eheschliessung mehr als acht Jahre zurückliegt, offensichtlich nicht mehr gegeben. Die gewünschte Namensführung der Ehefrau kann deshalb auch insofern nicht im Rahmen eines Berichtigungsverfahrens nach Art. 42 oder 43 ZGB (unabhängig von der Frage der Zuständigkeit des Gerichts oder der Zivilstandsbehörden) herbeigeführt werden.

A. 2.4

d) Die Parteien sind deshalb hinsichtlich des Familiennamens der Gesuchstellerin 2 und des gemeinsamen Kindes auf das Namensänderungsverfahren nach Art. 30 Abs. 1 ZGB zu verweisen. In diesem Verfahren, welches im Wohnsitzkanton anzustreben ist, sollte die Änderung des Familiennamens der Ehefrau und des Kindes unproblematisch sein, ist doch die uneinheitliche Namensführung im zwischenstaatlichen Verhältnis als wichtiger Änderungsgrund anerkannt (Bucher, a.a.O., Rz 807 mit Verweis auf BGE 115 II 193 ff.). Der Rekurs ist in diesem Punkt somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

8. (...).

9. Da es vorliegend um die Anwendung der Regeln über die Beurkundung des Personenstandes und nicht um Statusfragen geht, steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und nicht die Berufung an das Bundesgericht offen (vgl. BBl 1996 I 52; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO-ZH Ergänzungsband, Zürich 2000, vor § 195a ff. Rz 8).

(Beschluss vom 29. November 2004, RK1 2004 48; zum Registereintrag ausländischer Namen vgl. zudem BGE 131 III 201 ff.).

2.4 Erbrechtliche Begünstigung geschiedener Ehegatten

- *Anforderungen an die Wegbedingung von Art. 120 Abs. 2 ZGB bzw. 154 Abs. 3 aZGB.*

Aus den Erwägungen:

3. (...).

c) Nachfolgend ist zu prüfen, in welcher Form eine von Art. 154 aZGB abweichende Anordnung erfolgen muss, damit sie gültig ist, ob es hierfür die Form einer letztwilligen Verfügung erfordert oder ausreichend ist, wenn sich aus den Umständen und Zeugenaussagen ein von Art. 154 aZGB abweichender Wille des Erblassers ergibt.

aa) Aus Art. 120 Abs. 2 ZGB folgt, dass die rechtskräftige Scheidung grundsätzlich alle vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichteten Verfügungen von Todes wegen als unwirksam aufhebt, mit denen ein Ehegatte den andern begünstigt hat. Diese Rechtsfolge tritt jedoch dann nicht ein, wenn sich aus der Verfügung von Todes wegen zweifelsfrei der wirkliche und erkennbare Wille des Erblassers ergibt, dass die darin getroffene Regelung der Erbfolge ausdrücklich auch im Hinblick auf den Scheidungsfall erfolgte, und diese - im Falle einer letztwilligen Verfügung - nicht widerrufen wird. Bei Art. 120 Abs. 2 ZGB handelt es sich um eine

dispositive Gesetzesnorm, die dann zur Anwendung gelangt, wenn nicht ausdrücklich in den im Erbrecht vorgeschriebenen Formen eine abweichende Regelung getroffen wird (Steck, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2002, N 20 zu Art. 120 ZGB).

Eine spätere Wiederverheiratung zwischen den Ehegatten führt nicht zum Wiederaufleben der betreffenden Verfügungen. Etwas anderes gilt lediglich für versicherungsrechtliche Begünstigungen des Ehegatten, da nach Art. 83 Abs. 2 VVG insoweit die Verhältnisse beim Eintritt des Versicherungsfalls bzw. für die Anspruchsberechtigung die Verhältnisse im Zeitpunkt des Todes massgebend sind (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N 21 f. zu Art. 120 ZGB). Die Ehegatten können in ihren vor Rechtshängigkeit der Scheidung errichteten Verfügungen von Todes wegen bestimmen, dass eine Begünstigung des anderen Ehegatten auch über die Rechtskraft des Scheidungsurteils hinaus wirken solle (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 24 zu Art. 120 ZGB).

Wird eine erbvertragliche Anordnung, die Regeln für den Fall der Scheidung enthält, unabhängig von einem Scheidungsprozess getroffen, entfaltet die Regelung nach der Scheidung keine Wirkung mehr. Bedienten sich die Ehegatten im Rahmen der Regelung der Scheidungsfolgen des Erbvertrags als eines möglichen Gestaltungsmittels, erhält der Erbvertrag gerade durch die Scheidung erst Bedeutung, er wird im Hinblick auf dieselbe geschlossen (ZR 96, 1997, Nr. 10, E. 2b).

Vor Scheidung errichtete Erbverträge oder Testamente bleiben trotz Scheidung gültig, wenn der von der gesetzlichen Vermutung abweichende Wille klar geäussert wird (Breitschmid, in AJP 1/97, S. 91 ff.). Erbvertragliche Vereinbarungen können als Gestaltungsmittel im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen eingesetzt werden, wenn es sich dabei um eine inhaltlich klar umschriebene, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils wirksam werdende und damit in das Geflecht der Scheidungsfolgen integrierte, von der richterlichen Genehmigung erfasste und durch diese bedingte Abmachung handelt. Einseitige Anordnungen müssen zugelassen werden, wenn sie in bewusster Erwägung und Erwähnung des Krisenfalls getroffen werden. Es ist nicht einzusehen, warum die Vermutung des Gesetzgebers, es solle nach der Scheidung der ehemalige Gatte nicht mehr begünstigt sein, eine ausdrückliche anders lautende Anordnung des Erblassers ausschliessen soll. Der Wortlaut von Art. 154 aZGB schliesst nicht aus, dass ein Erblasser eine ausdrückliche Begünstigungsabsicht auch für den Scheidungsfall gültig äussern kann (Breitschmid, in AJP 12/93, S. 1448, Ziff. 4, 5 und 8).

bb) Nach dem Gesagten kann gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die in Art. 154 aZGB geregelte Rechtsvermutung lediglich dann umgestossen werden, wenn der Erblasser ausdrücklich in der im Erbrecht vorgeschriebenen Form eine abweichende Regelung getroffen hat.

Daran vermag die Berufung der Beklagten auf die versicherungsrechtliche Begünstigung nichts zu ändern. (...).

A. 2.4

Dass die in Art. 154 aZGB geregelte Rechtsvermutung lediglich dann umgestossen werden kann, wenn der Erblasser ausdrücklich in der im Erbrecht vorgeschriebenen Form eine abweichende Regelung getroffen hätte, ergibt sich indirekt auch aus dem Zweck der Formvorschriften letztwilliger Verfügungen (vgl. Art. 498 ff. ZGB). So soll etwa durch die Formvorschriften des eigenhändigen Testaments der Erblasser vor übereilten Rechtshandlungen bewahrt sowie Aufschluss über Zustandekommen und Inhalt der Verfügung vermittelt werden. Die zeitlich richtige Datierung dient alsdann insbesondere dazu, unter mehreren Verfügungen den letzten Willen auszumachen und das vollendete Testament vom blossen Entwurf zu unterscheiden (BGE 116 II 117 E. 7d S. 129). Diese Zweckverfolgung würde umgangen, wenn die gesetzliche Rechtsvermutung von Art. 154 aZGB wie jede andere gesetzliche Vermutung mittels der üblichen prozessualen Beweismittel umgestossen werden könnte. Entgegen den Ausführungen im Privatgutachten von Prof. Dr. A.B. (vgl. BB 15, S. 10) geht deshalb nicht an, bei der Prüfung, wie die gesetzliche Rechtsvermutung von Art. 154 aZGB umgestossen werden kann, die für letztwillige Verfügungen geltenden Formfordernisse ausser Acht zu lassen.

d) aa) Es ist jener Wille des Erblassers festzustellen, den dieser im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung für den (nicht bedachten, aber nunmehr eingetretenen) Fall der Ehescheidung gehabt hätte, wenn er ihn bedacht hätte. Es geht nicht an, dem früheren Testament des Erblassers jenen Willen zu unterlegen, den er im Zeitpunkt des Todes gehabt hat. Denn eine „stillschweigende Nachführung“, durch welche einem gegebenen Text laufend neue Inhalte beigelegt werden, ist unzulässig und verunmöglicht eine zuverlässige Testamentsauslegung. Gegebenenfalls ist eine Abänderung des Testaments bzw. eine Neuerrichtung geboten. Es gibt auch den Testierwillen des Nicht-Testierens, der bewussten, reflektierten Untätigkeit. Insoweit ist dem Privatgutachten B. zuzustimmen (vgl. act. 33, S. 7 f., Ziff. 7). Es ist deshalb unerheblich, ob aus den Mitteilungen des Erblassers gegenüber der Beklagten und anderen Personen geschlossen werden kann, er habe im Zeitpunkt seines Todestages den Willen gehabt, seine letztwillige Verfügung vom 18. Juni 1994 solle weiter gelten. Ebenso wenig ist von Belang, ob der Erblasser und die Beklagte faktisch unmittelbar ab Scheidungsdatum die eheliche Lebensgemeinschaft faktisch fortgesetzt haben, zumal selbst eine spätere Wiederverheiratung zwischen den Ehegatten nicht zum Wiederaufleben des Testaments des Erblassers vom 18. Juni 1994 führen würde (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 24 zu Art. 120 ZGB). Es ist nicht einzusehen, dass weiteres bzw. erneutes Zusammenleben Geschiedener anders gehandhabt werden soll als das Zusammenleben Unverheirateter, aus welchem Umstand keinerlei Rechtsfolgen abgeleitet werden. Nachfolgend ist zu prüfen, ob aufgrund der vom Erblasser getroffenen (oder nicht getroffenen) Anordnungen die im Zeitpunkt des Todes gegebene Sachlage einigermassen angemessen erscheint, oder ob Korrekturen geboten sind. Dabei ist zu beachten, dass fehlende Regelung zur Anwendung der gesetzlichen Ordnung führt.

bb) Während der Ehe- und Erbvertrag vom 21. Dezember 1989 immerhin noch einen Bezug zum Scheidungsfall schafft (vgl. KB 10, S. 4, Ziff. 2), fehlt jeglicher diesbezügliche Hinweis im handschriftlichen Testament vom 18. Juni 1994 (KB 6 und 7). Aufgrund des Wortlauts dieser letztwilligen Verfügung muss angenommen werden, dass der Erblasser bei deren Errichtung davon ausgegangen war, die Ehe werde im Zeitpunkt seines Todes noch bestehen. Er hat offensichtlich nicht an den Scheidungsfall gedacht bzw. sein handschriftliches Testament vom 18. Juni 1994 unabhängig von einem Scheidungsverfahren getroffen, weshalb die darin festgelegte Regelung nach der Scheidung keine Wirkung mehr zeitigt. Das Testament enthält keinen Hinweis darauf, dass die Begünstigung der Beklagten auch nach einer allfälligen Ehescheidung gelten sollte. Der Erblasser und die Beklagten haben denn auch erst später mit Ehescheidungskonvention die finanziellen Folgen der Ehescheidung geregelt (vgl. E. 3b vorne und nachfolgender Absatz). Im Testament kommt der Wille des Erblassers eindeutig zum Ausdruck, allein dies ist entscheidend. Es lässt sich kein Hinweis finden, der die in Art. 154 aZGB enthaltene Rechtsvermutung, wonach die Scheidung die Begünstigungsabsicht aufhebt, entkräften würde. Die Anordnungen des Erblassers sind klar, weshalb hinsichtlich der Auslegung des Testaments keine weiteren Beweismittel heranzuziehen sind (vgl. BGE 120 II 182 E. 2a S. 184). Dem Testament ist insgesamt nicht zu entnehmen, dass der Erblasser für den Fall einer Scheidung der Ehegattin mehr oder andere Ansprüche als die bereits im seinerzeitigen Ehe- und Erbvertrag vereinbarten zuhalten wollte. Die fehlende Äusserung im Testament könnte auch im Sinne einer Kehrtwendung interpretiert werden (vgl. auch Privatgutachten B., act. 33, S. 3 f., Ziff. 4 f.). Da im Testament des Erblassers vom 18. Juni 1994 offensichtlich kein Wille erkennbar ist, wonach die darin getroffene Regelung der Erbfolge ausdrücklich auch im Hinblick auf den Scheidungsfall erfolgt ist, wird die Rechtsvermutung von Art. 154 Abs. 2 aZGB nicht umgestossen.

Der Erblasser und die Beklagte haben am 15. November 1996 eine Scheidungskonvention geschlossen, die mit Scheidungsurteil vom 5. Dezember 1996 vom Bezirksgericht genehmigt wurde. In dieser Scheidungskonvention verpflichtete sich der Erblasser, der Beklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'000.00 bzw. mindestens Fr. 3'500.00 (für den Fall weiterer Einkünfte der Beklagten) zu bezahlen. Überdies wurde festgehalten, die Beklagte werde alleinige Eigentümerin insbesondere der auf ihren Namen im Grundbuch eingetragenen Liegenschaften und der auf ihren Namen lautenden Bankkonti und Wertschriften. Ferner bezahlte der Erblasser der Beklagten eine einmalige Abfindung von Fr. 120'000.00. Es folgte schliesslich die Formulierung, dass mit der Erfüllung dieser Vereinbarung die Parteien per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt sind (KB 12, Ziff. 2, 3a/b und 4). Diese Scheidungskonvention ist vollständig und enthält nicht den leisesten Hinweis, dass sie in Ergänzung zum Testament vom 18. Juni 1994, in Abweichung von der gesetzlichen Vermutung die Scheidung überdauernden erbrechtlichen Ordnung zu verstehen ist.

A. 2.5

Die erbvertragliche und testamentarische Regelung wurde (hinsichtlich des Ehe- und Erbvertrags) durch die Scheidungskonvention vom 15. November 1996 bzw. durch das Scheidungsurteil vom 5. Dezember 1996 konsumiert bzw. sie ist kraft gesetzlicher Vermutung (Art. 154 aZGB) durch die Scheidung der Ehe dahin gefallen. Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers fehlt es somit an einer Ordnung (...). Mit dieser Scheidungskonvention musste der Erblasser wissen, dass der Beklagten nach der Scheidung keine erbrechtlichen Ansprüche an seinem Nachlass mehr zustünden bzw. dass das vor der Scheidung verfasste handschriftliche Testament für die Beklagte keine Wirkung mehr habe, zumal - entgegen den unglaubhaften Vorbringen der Beklagten - unwahrscheinlich erscheint, dass der Erblasser diesbezüglich von seinem damaligen Rechtsvertreter nicht aufgeklärt wurde. Hätte der Erblasser tatsächlich den Willen gehabt, die Beklagte trotz Scheidung im Sinne seines Testaments vom 18. Juni 1994 zu begünstigen, so hätte er nach der Scheidung, aber vor seinem Tod ein neues Testament errichten müssen, was er aber unbestrittenermassen nicht getan hat.

An diesem Ergebnis vermag auch das Privatgutachten nichts zu ändern (...).

(Urteil vom 21. September 2004, ZK 2002 520).

2.5 Nachliberierungspflicht für Inhaberaktien

- *Verkauf von nicht voll liberierten Inhaberaktien nach Kapitalerhöhung: Passivlegitimation (Erw. 3) und Verjährung bzw. Verwirkung der Liberierungsschuld (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2002 erteilte der Einzelrichter des Bezirks Schwyz der Beklagten die provisorische Rechtsöffnung. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen (BB 8). Am 28. November 2002 erhob die Klägerin Aberkennungsklage. Mit Urteil vom 7. Mai 2003 wies das Bezirksgericht Schwyz die Klage ab, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (BZ 2002 35).

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 18. August 2003 beim Kantonsgericht Berufung eingelegt (...).

Zur Begründung bringt die Klägerin im Wesentlichen vor, sie sei im Zeitpunkt des Konkurses der Beklagten nicht mehr Aktionärin gewesen und folglich nicht Schuldnerin des nicht liberierten Teils des Aktienkapitals. Ausserdem sei die M. AG angesichts der Firmenänderung nicht Gläubigerin der behaupteten Forderung. Da kein Beschluss des Verwaltungsrates zur Restliberierung vorliege, sei die Forderung nie entstanden, soweit diese nicht ohnehin mit dem Konkurs der Gesellschaft untergegangen sei. Schliesslich wird geltend gemacht, die Forderung sei verjährt bzw. verwirkt. Gleichzeitig ver-

langt die Klägerin die Edition der öffentlichen Urkunde zur Firmenänderung sowie sämtlicher Verwaltungsratsprotokolle aus dem Jahr 2001.

3. Das behauptete Fehlen der Passivlegitimation ist von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren mit der Nichtigkeit teilliberierter Inhaberaktien begründet worden (S. 4 Klageschrift). Zudem bringt die Klägerin gegen ihre Passivlegitimation vor, sie habe die Aktien am 27. Februar 1999 mit befreiender Wirkung an die C. AG verkauft (S. 3/5 ff. Berufungsbegründung).

a) Nach Art. 683 Abs. 2 OR sind vor der Volleinzahlung ausgegebene Inhaberaktien nichtig. Im vorliegenden Fall wurde das Aktienkapital zur Hälfte liberiert. Die Klägerin zieht daraus den Schluss, sich mit der Zeichnung der teillibierten Inhaberaktien nicht rechtswirksam zu einer Einlage verpflichtet zu haben. Das ist unzutreffend. Zu unterscheiden ist zwischen persönlicher Schuldverpflichtung aus dem Zeichnungsschein gemäss Art. 652c i.V.m. Art. 630 und 634a OR einerseits und der Gültigkeit der Inhaberaktien als Wertpapier andererseits. Art. 683 OR betrifft, wie im Randtitel festgehalten, lediglich die Ausgabe und Übertragung der Aktien. Eine allfällige Nichtigkeit der Inhaberaktien – sofern solche vorliegend überhaupt je ausgegeben worden sein sollten – berührt die aus der Zeichnung sich ergebende Liberierungspflicht der Klägerin gegenüber der Beklagten, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat (S. 5/6 Urteil), grundsätzlich nicht (vgl. auch Oertle/du Pasquier, Basler Kommentar, 2. Aufl., Rz 4 zu Art. 683 OR). Aus Art. 683 OR kann die Klägerin daher nichts zu ihrer Schuldbefreiung herleiten.

b) Gleiches gilt für den Aktienkaufvertrag, mit welchem die Klägerin ihre Inhaberaktien am 27. Februar 1999 an die C. AG verkauft haben will, verbunden mit der Übernahme der Restliberierungspflicht durch den Käufer (KB 3). Der Hinweis auf die Existenz dieses Vertrags erfolgte seitens der Klägerin erstmals anlässlich der Referentenaudienz vom 19. Februar 2003 im vorinstanzlichen Verfahren. Gestützt darauf argumentierte die Klägerin an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 7. Mai 2003, es fehle ihr an der Passivlegitimation für den vorliegenden Prozess (HVP, act. 22). Auffallend ist, dass die Klägerin sich auf diesen Vertrag nicht schon im ersten Schriftenwechsel bezogen hat, ferner dass der Vertrag von einem früheren Interessenvertreter der Klägerin im Namen der (bei Verfahrensbeginn im Handelsregister bereits gelöschten) C. AG unterzeichnet worden ist (vgl. BB 16 und KB 3).

Unabhängig davon kann sich die Klägerin aber durch Verweis auf den behaupteten Verkauf vorliegend nicht von ihrer Liberierungsschuld befreien. Dies zum einen, da eine Übertragung von Rechten und Pflichten aus nicht voll liberierten Inhaberaktien an Dritte durch Übertragung des Wertpapiers angesichts der Bestimmung von Art. 683 OR gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht rechtswirksam möglich ist (BGE 86 II 93; Forstmoser/Meier-

A. 2.6

Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, Rz 38 zu § 14), sofern vorliegend überhaupt je Gesellschaftsaktien in Wertpapierform ausgegeben worden sein sollten. Zum andern befreit eine Übertragung einer Liberierungsschuld unabhängig von der Aktie an einen Dritten mittels Zession den bisherigen Schuldner gegenüber dem Gläubiger nur mit dessen Zustimmung (Art. 176 Abs. 1 OR), wofür die Klägerin vorliegend jeglichen Nachweis schuldig bleibt. Auch aus dem behaupteten Verkauf ergibt sich somit nichts, was gegen die Passivlegitimation der Klägerin spräche.

4. Im Weiteren beruft sich die Klägerin auf die Verjährung bzw. Verwirkung der Forderung. Vor der Vorinstanz hat sie sich dabei auf die Bestimmung von Art. 652 Abs. 3 OR abgestützt (S. 4 Klageschrift). Danach endet die Verbindlichkeit eines Zeichnungsscheins, der keine Befristung enthält, drei Monate nach der Unterzeichnung. Diese Verwirkungsvorschrift bezieht sich jedoch nur auf die Eintragung im Handelsregister (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Rz 218a). Diese erfolgte vorliegend am 14. Juli 1997 (BB 2), also rund drei Wochen nach der Zeichnung (BB 4). Die Frist von Art. 652 Abs. 3 OR ist damit gewahrt.

Im Berufungsverfahren verweist die Klägerin nun auf die Verjährungsvorschrift von Art. 687 Abs. 2 OR (S. 5 Berufungsbegründung). Danach kann der Zeichner einer Namenaktie für den nicht voll einbezahlten Betrag belangt werden, wenn die Gesellschaft binnen zwei Jahren in Konkurs gerät und sein Rechtsnachfolger seines Rechts aus der Aktie verlustig erklärt worden ist. Diese Bestimmung ist aber nach in der Literatur unbestrittener Meinung nicht auf Inhaberaktien übertragbar (Bürgi, Zürcher Kommentar, Rz 11 zu Art. 687 OR). Somit findet lediglich die allgemeine Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR Anwendung (Böckli, a.a.O., Rz 49a), der zufolge vorliegend keine Verjährung eingetreten ist.

(Urteil vom 16. März 2004, ZK 2003 298; eine Berufung hat das Bundesgericht mit Urteil 4C.229/2004 vom 9. August 2004 abgewiesen).

2.6 Haftung der Revisionsstelle aus Verantwortlichkeit

- *Beweislast und Substanziierungsanforderungen (Erw. 3 - 5).*
- *Ermittlung und Zurechnung des Schadens aus Konkursverschleppung (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Beweislast für das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen nach Art. 755 OR trägt die Klägerin (Art. 8 ZGB). Diese hat ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und ihre Beweismittel zu nennen (§ 102 ZPO). Die Vorinstanz hat die vorliegende Klage mit der Begründung zurückgewiesen, die Klägerin habe den behaupteten Schaden nicht genügend

substanziert, allerdings ohne zu einzelnen behaupteten Pflichtverletzungen anzugeben, worin die unterlassene Schadendarlegung bestehen soll. Zu prüfen ist somit, ob die Klägerin ihrer Substanziierungspflicht im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens nachgekommen ist.

3. Die Klägerin verlangt gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 757 Abs. 2 OR Ersatz des Schadens, welcher der konkursiten Gesellschaft im Konkurs erwachsen ist (Gesellschaftsschaden bzw. mittelbarer Gläubigerschaden). Dies geht aus den Rechtsschriften und der im Recht liegenden Abtretungsurkunde (KB 1; zur Bedeutungslosigkeit von Art. 757 Abs. 3 und damit der Verzichtbarkeit einer SchKG-Abtretung vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3.A., N. 358 zu § 18) hervor. Insofern sind die Ausführungen der Vorinstanz zum sog. unmittelbaren Gläubigerschaden obsolet, was sich im Übrigen auch aus der sog. Raschein-Praxis des Bundesgerichts ergeben würde (vgl. Böckli, a.a.O., N. 272 ff. und 287 ff.; vgl. auch N. 219). Der Gesellschaftsschaden (und nicht etwa derjenige der Klägerin als Einzelgläubigerin, vgl. Erw. 2.3 Abs. 1 des angef. Urteils) ist anhand der konkret vorgeworfenen Pflichtverletzung zu bestimmen. Direkte Schädigungen, die im Konkursfall noch geltend gemacht werden können, bleiben demgegenüber die Ausnahme (Böckli, a.a.O., N. 305 ff., insb. 343 mit Hinweis auf BGE 129 III 129 ff. = Pra 2003 Nr. 105).

a) Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren als Pflichtverletzungen genannt: Die pflichtwidrige Unterlassung der Unterbilanz- bzw. Überschuldungsanzeige in den Jahren 1993 bis 1997 gemäss Art. 729b OR, die mangelhafte Prüfung und vorbehaltlose Berichterstattung zuhanden der Generalversammlung bei gleichzeitiger Verletzungen gesetzlicher Bewertungs- und Kapitalschutzvorschriften im Zeitraum von 1993 bis 1997 (Art. 662a, 669, 728 und 729 OR) und sinngemäss die ungerechtfertigte Zulassung der Kapitalerhöhung (Anpassung an das neue Aktienrecht) im Jahre 1997. Zweitinstanzlich wurde noch die fehlende Unabhängigkeit der Revisionsstelle nachgeschoben.

b) Bezogen auf die unterbliebene Überschuldungsanzeige im Sinne von Art. 729b Abs. 2 OR (Konkursverzögerung oder –verschleppung, vgl. Böckli a.a.O., N. 103 zu § 11, 821 ff. zu § 13 und 413 zu § 18) besteht der Schaden der Gesellschaft, wie die Vorinstanz unter Bezugnahme auf ein nicht publiziertes Bundesgerichtsurteil vom 19. Juni 2000 (4C.366/2000, Erw. 3. bb) richtig festgehalten hat (angefochtenes Urteil, S. 8), in der Differenz zwischen der Vermögenslage im Zeitpunkt des nachträglichen Konkurses und der (hypothetischen) Vermögenslage bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters. Im Hinblick auf den behaupteten Tatbestand von Art. 729b Abs. 2 OR besteht der von der Klägerin vorliegend substanziert zu behauptende und nachzuweisende Schaden also in der Differenz zwischen dem Gesellschaftsvermögen im Zeitpunkt des Konkurses und der behaupteten Überschuldung, wobei jeweils die Liquidations- bzw. Konkurswerte massgebend

A. 2.6

sind, mithin im hypothetischen Überschuldungszeitpunkt ein Konkurserschlag zu berücksichtigen ist.

In Bezug auf die behauptete Konkursverschleppung ist ein dadurch kausal verursachte Schaden somit in der Regel evident, solange keine unvorhersehbaren Ereignisse dazwischen getreten sind (wie z.B. unnötige Sicherungsabtretungen von Aktiven, wie von der Beklagten behauptet, vgl. Berufungsantwort S. 5 oben; zurückhaltend Böckli, a.a.O., N. 367). Der Konkursausfall ergibt sich aus den erstinstanzlich zur Edition beantragten Konkursakten (Fr. 435'326.67, BB II/4) das Nettovermögen der Gesellschaft im Überschuldungszeitpunkt aus den zumindest mittelbar zur Edition beantragten bzw. zu begutachtenden Geschäftsbüchern, in ersten Anhaltspunkten auch aus den im Recht liegenden Bilanzen (KB 7, 8). Dass der Vermögensstand der Gesellschaft zu Liquidations- und nicht zu Fortführungswerten zu ermitteln ist, bleibt dabei ohne Belang, zumal sich der Liquidationswert des Unternehmens im Überschuldungszeitpunkt nachträglich normalerweise nur durch Begutachtung und notfalls durch richterliche Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR ermitteln lässt. Nicht entscheidend ist auch, dass die Klägerin zur Berechnung des mit Fr. 300'000.00 „bezzifferten“ Schadens (Berufungsbegründung, S. 10 ff.) vom Konkursbetreffnis statt der Negativbilanz der Gesellschaft im Überschuldungszeitpunkt fälschlich deren Fremdkapital in Abzug bringt (Fr. 87'436.00 bzw. Fr. 117'162.00; Replik, S. 8, Berufungsbegründung S. 11); diese Werte liegen über dem Bilanzfehlbetrag, so dass die Schadensberechnung zu Gunsten, nicht zu Ungunsten der Beklagten beeinflusst würde.

c) Insgesamt ist der Schaden aus behaupteter Konkursverschleppung (im Unterschied zu solchem aus weitem Pflichtverletzungen) somit gerade noch als ausreichend substantiiert und belegt zu betrachten, zumal von der Verantwortlichkeitsklägerin nicht verlangt werden kann, dass sie vor Klageanhebung selbst eine Expertisierung veranlasst, und auch eine nicht in jedem Punkt einschlägige Begründung genügen kann, wenn sie dem Richter eine Sachprüfung ermöglicht und die notwendigen Beweisanträge gestellt sind (zur prozessleitenden Führung vgl. Böckli, a.a.O., N. 497 zu § 18), wobei der Editionsantrag zu Konkursunterlagen, die sich nicht in Händen der Klägerin befanden, in casu genügte. Es grenzt insofern an überspitzten Formalismus, wenn die Vorinstanz die Klage einerseits als unsubstantiiert abweist, andererseits aber die Klägerin im Rahmen ihrer richterlichen Fragepflicht (§ 51 ZPO) nie zur Schadenssubstantiierung anhält, eine Anfrage der Klägerin zur Zulässigkeit einer Nachreichung von Akten im zweiten Schriftenwechsel unbeantwortet lässt (VI act. 15, 16) und bei der Klägerin überdies den Eindruck erweckt, es erfolge eine Edition der konkursamtlichen Akten (VI act. 12). Dass die Klägerin im Prozess mit Verwaltungsrat G. durch einen im Anwaltsregister des Kantons Thurgau eingetragenen Rechtsanwalt vertreten war, ändert vor diesem Hintergrund letztlich nichts.

4. Aus den Akten und den – wenig systematischen – klägerischen Darle-

gungen ergeben sich Anhaltspunkte, dass die Gesellschaft erstmals gemäss Bilanz 1996, und nicht, wie die Klägerin behauptet, schon früher offensichtlich überschuldet gewesen sein könnte (vgl. jedenfalls die Abschlüsse 1994/95 und 1995/96, womit noch frühere Überschuldungsbehauptungen ausscheiden), wenn man von Zahlungsschwierigkeiten des Alleinaktionärs ausgeht, wofür schlüssige Hinweise bestehen (vgl. im Berufungsverfahren aus den Konkursakten eingereichte KB II/13 ff.). Aus den Bilanzen 1996 und 1997 würde eine Überschuldung von Fr. 6'570.99 bzw. Fr. 3'938.90 resultieren, wenn die Guthaben gegenüber dem Aktionär vollumfänglich abzuschreiben gewesen wären. Der Umstand wäre wohl auch für die Revisionsstelle, der die finanzielle Situation des Aktionärs bekannt war, im Sinne von Art. 729b Abs. 2 OR offensichtlich gewesen.

Immerhin ist aber zu beachten, dass die so ermittelte Überschuldung von Ende 1996 bis 1997 abgenommen hätte, so dass erstmals nach dem Jahre 1997 von einer adäquaten (Mit)verursachung eines höheren Konkurschadens gesprochen werden könnte, d.h. einschliesslich einer hinreichenden Abmahnung des Verwaltungsrates ab Ende Juli 1998 (vgl. insoweit zutreffende Ausführungen in Klageantwort S. 7). Ob damals tatsächlich eine Überschuldung bestanden hat und welches der Überschuldensstand zu Konkurswerten gewesen wäre, kann nur anhand der unterlassenen Beweisabnahmen festgestellt werden, die somit – beschränkt auf den Konkursverzögerungsaspekt – nachzuholen sind. Dabei dürften sich insbesondere aus der Zeugenbefragung von S. und dem beantragten Gutachten zur Überschuldung der T. AG, namentlich per Ende 1997 bzw. Juli 1998 und per Konkurseröffnung, Rückschlüsse auf die Bonität von S. und die Höhe der nach kaufmännischer Vorsicht gebotenen Abschreibungen oder Rückstellungen für dessen Gesellschaftsschulden sowie eine tatsächliche Schadensverursachung ziehen lassen.

Der auf fehlende Kausalität abzielende Hinweis der Beklagten (Klageantwort, S. 7), eine Überschuldungsanzeige aufgrund der Bilanz 1997 hätte sich nicht mehr rechtzeitig ausgewirkt, um einen Konkurs der T. AG mit Verbindlichkeiten in der aktuellen Höhe zu verhindern, ist zumindest dann irrelevant, wenn sich ergeben sollte, dass die Forderungen der T. AG gegen S. bei richtiger Bewertung der Risiken zu Berichtigungen in voller Höhe hätten führen müssen, und sofern ein allfälliger Überschuldungsanstieg in der zweiten Hälfte 1998 eingetreten ist. Im Übrigen lassen sich aus dem beantragten Beizug der Konkursakten Informationen zur behaupteten Kenntnis der Beklagten über der finanziellen Situation von S. gewinnen und damit Rückschlüsse auf eine allfällige Pflichtverletzung sowie die Zurechenbarkeit derselben, unabhängig von der Frage nach einer Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Bonitätsprüfung als solcher. Sollte das Beweisverfahren eine Überschuldungsmehrung im dargelegten Zeitraum ergeben, wird zu prüfen sein, in welchem Umfang diese im Sinne der differenzierten Solidarität überhaupt der Revisionsstelle zugerechnet werden kann (Böckli, a.a.O., N. 182, 426 und 479 ff., insb. 497 zu § 18; vgl. auch Pra, a.a.O., S. 572 f. mit Anm.), wobei auch die Gründe eines Überschuldungsanstiegs sowie richterliches Ermes-

A. 2.7

sen eine erhebliche Rolle spielen. Jedenfalls dürfte die Klage auf vollumfänglichen Ersatz schon angesichts der Hauptverantwortung des Verwaltungsrats als übersetzt erscheinen (vgl. auch Art. 43 f. OR).

5. Anders sieht es hingegen beim klägerischen Vorwurf zu weitem Pflichtverletzungen aus, nämlich der Frage der Unterbilanz, der mangelhaften Prüfung der Jahresrechnungen mit vorbehaltloser Berichterstattung zuhanden der Generalversammlung bzw. der Zulassung von Verletzungen gesetzlicher Bewertungs- und Kapitalschutzvorschriften sowie der angeblich nicht gesetzeskonform erfolgten Kapitalerhöhung. Hier ergibt sich im Unterschied zur Konkursverschleppung der Schaden weniger direkt aus der Pflichtverletzung selbst, sondern nur durch Hinzutreten weiterer Umstände. Diese sind darzulegen und hinsichtlich ihres Kausalverlaufs zumindest in wesentlichen Zügen aufzuzeigen und zu belegen (vgl. Pra, a.a.O., Erw. 8). Die Klägerin unterlässt dies, weshalb ihre Klage zu solchen weitem Pflichtverletzungen von der Vorinstanz im Ergebnis zu Recht als ungenügend substantiiert angesehen wurde. Dasselbe gilt für die verspätete Behauptung der unzureichenden Unabhängigkeit der Revisionsstelle.

6. Die Sache ist demnach im Sinne der Erwägungen zur Durchführung des Beweisverfahrens hinsichtlich der der Beklagten vorgeworfenen Konkursverzögerung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(Beschluss vom 16. November 2004, ZK 2004 14).

2.7 Teilung des BVG-Guthabens nach schweizerischem Recht

- *Die Teilung des in der Schweiz erworbenen BVG-Guthabens von in der Schweiz wohnenden Ausländern ist nach schweizerischem Recht durchzuführen, auch wenn die Ehe der Parteien in ihrem Heimatland nach ihrem Heimatrecht geschieden worden ist und das Heimatrecht der Parteien eine Teilung von Vorsorgeguthaben nicht vorsieht.*

Aus dem Sachverhalt:

Beide Ehegatten sind serbische Staatsangehörige und leben seit Jahren in der Schweiz. Auf Klage des Ehemannes schied das Gemeindegericht in Cuprija (Serbien) die Ehe der Parteien mit Urteil vom 13. Juli 2001. Am 19. April 2002 klagte die Ehefrau in der Schweiz auf Ergänzung des serbischen Scheidungsurteils und verlangte die güterrechtliche Auseinandersetzung, einen angemessenen nachehelichen Unterhalt und die Teilung der in der Schweiz erworbenen Pensionskassenguthaben. In rechtlicher Hinsicht umstritten ist vor allem die Frage, ob die Teilung des BVG-Guthabens nach dem auf die Scheidung angewandten serbischen Recht oder nach schweizerischem Recht durchzuführen ist.

Aus den Erwägungen:

2.b) Betreffend dem Vorsorgeausgleich macht Art. 64 Abs. 2 IPRG keinen Vorbehalt zugunsten einer anderen Bestimmung. Anwendbar ist somit das auf die Scheidung anwendbare Recht. In seiner Verfügung vom 26. September 2002 erklärte der Einzelrichter gestützt auf den damaligen Stand der Meinungen auf den Vorsorgeausgleich das serbische Recht für anwendbar (act 20, Erw. 1b). In der Zwischenzeit sind weitere namhafte Meinungen zu diesem Thema publiziert worden, insbesondere in FamPra 3/2003, S. 497 ff. Gestützt auf diese Publikation ist die Frage des anwendbaren Rechts neu zu beurteilen.

Nach Art. 64 Abs. 2 erster Satz IPRG untersteht die Ergänzung eines Scheidungsurteils dem auf die Scheidung anwendbaren Recht. Dies gilt grundsätzlich auch für die Nebenfolgen, es sei denn, die Nebenfolge fiel unter einen der Vorbehalte von Art. 64 Abs. 2 zweiter Satz IPRG. Da der Vorsorgeausgleich nach überwiegender Auffassung eine Nebenfolge der Scheidung darstellt, ist er unter die akzessorische Grundanknüpfung an das Scheidungsstatut zu subsumieren. Mit der grundsätzlichen Massgabe des Scheidungsstatuts ist aber noch nicht geklärt, welches Recht als Scheidungsstatut zu gelten hat. Der Wortlaut von Art. 64 Abs. 2 IPRG „untersteht dem auf die Scheidung anwendbaren Recht“ lässt nämlich zwei Auslegungsmöglichkeiten zu: Zum einen könnte das IPRG den Ergänzungsrichter anweisen, das ausländische Urteil nach dem Recht zu ergänzen, welches auch für den ausländischen Richter massgebend gewesen ist. Zum anderen könnte aber auch das Recht berufen werden, welches der Ergänzungsrichter, wäre er Scheidungsrichter, auf die Scheidung angewendet hätte. Nach überzeugender Ansicht ist letzterer Auslegung der Vorzug zu geben. Die Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils bezüglich des Vorsorgeausgleichs erfolgt demnach nach jenem Recht, welches nach schweizerischem IPRG auf die Scheidung anzuwenden gewesen wäre, wenn sie im Inland durchgeführt worden wäre. Damit korrespondiert die Anknüpfung an das Scheidungsstatut auch mit den Sonderanknüpfungen der übrigen Nebenfolgen, deren Ergänzung Art. 64 Abs. 2 Satz 2 IPRG ausdrücklich dem nach unserem IPRG berufenen Recht unterstellt (Lukas Bopp/Markus Grolimund, Schweizerischer Vorsorgeausgleich bei ausländischen Scheidungsurteilen, FamPra 3/2003, S. 513 ff.).

In casu wäre auf die Scheidung bei Anwendung des schweizerischen IPRG schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt (Art. 61 Abs. 1 IPRG). Aus diesem Grunde beurteilt sich auch der Vorsorgeausgleich zwischen den Ehegatten neu nach schweizerischem Recht.

(Urteil vom 29. Dezember 2004, EB 2002 40; Weiterzug an das Kantonsgericht Schwyz am 26. Januar 2005).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Aberkennungsforum in Mietsachen

- Für Aberkennungsklagen in Mietsachen ist nicht der Gerichtsstand am Betreibungsort, sondern das Forum nach den Bestimmungen des Mietrechts gegeben. Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde im Mietwesen mit anschliessendem beschleunigten Verfahren vor dem Einzelrichter (Erw. 1 - 5).
- Überweisung der Klage an die zuständige Schlichtungsbehörde von Amtes wegen? (Erw. 6).

Aus den Erwägungen:

1. Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Schuldner innert 20 Tagen auf dem Wege des ordentlichen Prozesses auf Aberkennung der Forderung klagen (Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG). Diese Aberkennungsklage stellt nach herrschender Lehre und Praxis eine materiellrechtliche Klage dar (BGE 124 III 208 m.w.N.). Der Kläger verlangt mit dieser die Feststellung, dass die gesamte oder ein Teil der in Betreibung gesetzten Forderung nicht oder nicht mehr besteht oder dass sie zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig war (SchKG-Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 83 N 13). Es handelt sich daher bei der Aberkennungsklage um eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage (BGE 116 II 132 m.w.N.) und insbesondere nicht um ein Rechtsmittel gegen einen Rechtsöffnungsentscheid; dieser wird nicht überprüft (BGE 95 II 620).

2. Gemäss Art. 274 OR bezeichnen die Kantone die zuständigen Behörden und regeln das Verfahren in Mietsachen. Diese Kompetenz zeigt sich vor allem darin, dass kantonales Prozessrecht zur Anwendung kommt (Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 5. Auflage, 5.1.6). Gestützt auf Art. 109 der Bundesverfassung (vgl. Art. 34septies aBV) und um eine einheitliche Anwendung des Mietrechts in der ganzen Schweiz zu gewährleisten, hat der Bundesgesetzgeber darüber hinaus mietrechtliche Verfahrens- und Organisationsvorschriften in den Art. 274a – 274g OR kodifiziert. Diese haben die Kantone bei der Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften zu beachten (Schweizerisches Mietrecht, Kommentar SVIT, 2. Auflage, Art. 274-274a N 1). Art. 274a OR sieht vor, dass die Kantone Schlichtungsbehörden schaffen. Die Aufgabe dieser Schlichtungsbehörden besteht primär darin, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen und, falls dies nicht gelingt, in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen einen Entscheid zu fällen (ebd. N 7). Bei einer Streitigkeit aus einem Mietverhältnis über eine bewegliche Sache besteht gemäss Art. 274a Abs. 1

OR grundsätzlich eine bundesrechtliche verankerte Zuständigkeit, die Auseinandersetzung vorerst vor der Schlichtungsbehörde durchführen zu können (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., 5.2.4.1). Bei der Revision des Miet- und Pachtrechts im Nationalrat erklärte der Kommissionssprecher hinsichtlich der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden ausdrücklich, dass diese Behörde in allen Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter angerufen werden müsse (vgl. BGE 118 II 307 E, 3b/bb = Pra 82 Nr. 166). Daraus leitete das Bundesgericht in BGE 118 II 307 ab, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Gerichtsverfahren gemäss Art. 274 f. OR zweifellos ein Schlichtungsverfahren voraus zu gehen habe und dass jedes Verfahren in Mietsachen, welches nicht über die Schlichtungsbehörde eingeleitet werde, somit an einem Mangel leide (Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Art. 274a N 2). Damit erhebt das Bundesgericht die Durchführung des Schlichtungsverfahrens zu einer Art Prozessvoraussetzung (Higi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Art. 274a N 27).

3. In casu liegt zwischen den Parteien unbestrittenermassen eine mietrechtliche Streitigkeit vor. Gleichzeitig handelt es sich jedoch auch um eine Klage auf Aberkennung einer Forderung nach durchgeführtem Rechtsöffnungsverfahren. Die Vorinstanz führte aus, dass gemäss § 14 Ziff. 1 der Einführungsverordnung zum SchKG (EVzSchKG) Klagen auf Aberkennung im Kanton Schwyz vorbehältlich anderer Regelung im ordentlichen Prozess unter Umgehung des Sühneverfahrens beurteilt werden (vorinstanzliche Erwägung 2.2). Auch folge die Aberkennungsklage immer einem kontradiktorisch geführten summarischen Rechtsöffnungsverfahren, weshalb es eines weiteren summarischen Verfahrens in Gestalt eines Schlichtungsverfahrens vorgängig der Klageerhebung bei Gericht nicht mehr bedürfe. Dies folge auch aus Art. 83 Abs. 2 SchKG, wonach die Aberkennungsklage beim Gericht des Betreibungsortes zu erheben sei, womit eben gerade nicht die Schlichtungsbehörde gemeint sei. Soweit das Bundesrecht Klagen aus Vollstreckungsrecht mit mietrechtlichem Inhalt regle, stünden diese somit ausserhalb der Art. 274 ff. OR. Dieser Auffassung kann aus nachfolgenden Erwägungen nicht gefolgt werden.

a) Gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG ist die Aberkennungsklage beim Gericht des Betreibungsortes zu erheben. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Gesetzesbestimmungen in erster Linie gemäss ihrem Wortlaut auszulegen (BGE 120 II 112 E. 3a). Der Wortlaut des Art. 83 Abs. 2 SchKG erscheint in seinem Terminus „Gericht“ zunächst eindeutig. Die Auffassung, auch vorgängig der Erhebung einer Aberkennungsklage sei zwingend ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, ist aus dem Wortlaut der Regelung nicht ersichtlich (Higi, a.a.O., Art. 274a N 51). Die Bestimmung wurde in Kenntnis der mietrechtlichen Problematik (...) erlassen und eröffnet ausdrücklich den Weg zum Gericht (vgl. hiezu nachstehend Erw. f). Das Argument der Gegenansicht, bei den Vorschriften der Art. 274 ff. OR handle es sich um das jüngere Recht (vgl.

A. 3.1

Beschluss des Mietgerichtes Zürich, ZMP 3/94 Nr. 39 S. 34 m.w.N.), vermochte tatsächlich nicht mehr voll zu überzeugen, seit der Gesetzgeber anlässlich der SchKG-Revision im Jahre 1997 (Verlängerung der 10 Tage Frist auf 20 Tage) es unterlassen hat, die Vorschrift des Art. 83 Abs. 2 SchKG abzuändern. Allerdings erscheint dem Kantonsgericht eine Auslegung von Art. 83 Abs. 2 SchKG allein anhand des Wortlautes als zu eng, hat doch der Gesetzgeber an anderer Stelle, z.B. in Art. 75 ZGB, ähnlich formuliert (vgl. Heini/Scherrer, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB I, 2. Auflage, Art. 75 N 25 i.V.m. Art. 90 ZPO SZ; Bisang, Anmerkung 3.2 zum Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. September 2000, MRA 2001 S. 25). Ein ähnliches Problem stellte sich auch hinsichtlich der Frage des richtigen Gerichtsstandes. Art. 83 Abs. 2 SchKG sieht vor, dass die Aberkennungsklage beim Gericht des Betreibungsortes anhängig zu machen sei; insoweit scheint der Wortlaut ebenfalls eindeutig. Im Mietrecht hingegen schreibt das Gerichtsstandesgesetz (GestG) in Art. 23 (hierbei handelt es sich um die praktisch unveränderte Vorschrift des Art. 274b aOR) zwingend den Gerichtsstand der gelegenen Sache vor. Befindet sich das Mietobjekt somit nicht am Wohnsitz des Schuldners, führt dies zu einem Auseinanderfallen der Gerichtsstände bzw. zu einer Konkurrenz der Gerichtsstände aus dem OR/GestG sowie dem SchKG. Obwohl der Gesetzgeber das Verhältnis dieser einander ausschliessenden Gerichtsstände nicht geregelt hat, ist man sich in Praxis und Lehre weitgehend einig, dass für die Aberkennungsklage die Regelung des GestG der des SchKG vorgehen soll (somit entgegen dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 2 SchKG), da es sinnvoll erscheint, die zuständigen Gerichte/Schlichtungsstellen am Ort der gelegenen Sache mit der Streitsache zu befassen. Als Argument dient vor allem die besondere Sachnähe des Gerichts am Ort des Mietobjektes (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., 5.2.4.3 m.w.N.; Beschluss des Mietgerichtes Zürich, ZMP 3/94 Nr. 39 E. 2.c.; Roberti, Rechtsöffnungsverfahren – Mietrechtliches Schlichtungsverfahren, mp 3/94 S. 120 V.). Darüber hinaus ist der Gerichtsstand nach Art. 83 Abs. 2 SchKG zwar ausschliesslich (d.h. der Gläubiger kann gegen seinen Willen nicht an einem anderen Ort eingeklagt werden), jedoch nicht zwingend und kann daher durch Parteivereinbarung oder aber Einlassung abgeändert werden (MRA 2001 S. 23 Erwägung 3.2.). Gerade dies gilt für den Mietgerichtsstand nach Art. 274b aOR bzw. jetzt Art. 23 GestG nicht (Art. 21 GestG); dieser ist ausschliesslich und zwingend. Das Argument der Gegenansicht, bei den Vorschriften der Art. 274 ff. OR handle es sich nicht mehr um das jüngere Recht, wird darüber hinaus auch dadurch entkräftet, dass der Gesetzgeber Art. 274b aOR weitgehend unverändert in das GestG übernommen hat, was darauf schliessen lässt, dass er in Kenntnis der Praxis und herrschenden Lehre keine neue Regelung anstrebte (Braendli, Die örtliche Zuständigkeit für die Aberkennungsklage nach SchKG Art. 83 in mietrechtlichen Streitigkeiten nach dem neuen Gerichtsstandesgesetz, ZBJV 2003 S. 139, 4.d). Im Ergebnis erscheint es dem Kantonsgericht daher geboten, Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht lediglich eng am Wortlaut auszulegen und den Aberkennungskläger in Mietsachen nicht von der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens zu dispensieren.

b) Für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens sprechen auch weitere Überlegungen. In casu dreht sich der Streit um Fragen der Gültigkeit des Mietvertrages, um bei Abschluss des Vertrages getroffene Abreden, Erlass von Mietzinszahlungen, Abgeltung von Renovationen etc. Es handelt sich somit um eine mietrechtliche Streitigkeit, welche den Kern des Mietverhältnisses betrifft. Ein sachlicher Unterschied zu einer entsprechenden Anerkennungsklage ist nicht ersichtlich. Bei der Aberkennungsklage handelt es sich um das Spiegelbild der Anerkennungsklage und somit um eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage (vgl. E. 1. vorstehend). Für die Anerkennungsklage ist unbestritten, dass vorgängig einer gerichtlichen Beurteilung zwingend ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (Higi, a.a.O., Art. 274a N 51). Nach Ansicht des Gerichtes ist nicht ersichtlich, warum dies für die Aberkennungsklage nicht gelten soll.

c) Auch die Ausführungen der Vorinstanz, die Aberkennungsklage folge bereits einem kontradiktorisch geführten summarischen Rechtsöffnungsverfahren, weshalb es eines weiteren summarischen Verfahrens in Gestalt eines Schlichtungsverfahrens nicht mehr bedürfe, vermögen nicht zu überzeugen, handelt es sich doch beim Rechtsöffnungsverfahren um ein rein betriebsrechtliches formelles Verfahren. Im Schlichtungsverfahren hingegen werden materiellrechtliche Fragen thematisiert, welche den Inhalt des Mietverhältnisses betreffen und daher gerade nicht den Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens bilden konnten.

d) Des Weiteren führt die Vorinstanz aus, dass ein weiteres summarisches Verfahren (vor der Schlichtungsbehörde) das Verfahren unnötig verzögere, da eine weitere Instanz vorgängig der gerichtlichen Beurteilung mit der Sache befasst werde, der Gesetzgeber jedoch das Verfahren in Mietsachen vereinfachen und beschleunigen wolle (Beschleunigungsgebot, Art. 274d Abs. 1 OR). Das Argument eines weiteren summarischen, die Klage verzögernden Verfahrens, vermag nicht zu überzeugen. Gerade um das Verfahren zu beschleunigen, schreibt der Gesetzgeber ein Schlichtungsverfahren vor. Erst die Aberkennungsklage ermöglicht eine vollumfängliche materiellrechtliche Prüfung, und die Auseinandersetzung vor der Schlichtungsbehörde ermöglicht vorgängig eine erste, unpräjudizielle Auseinandersetzung mit einem allfälligen Prozessstoff. Hierbei wird den Parteien Gelegenheit gegeben, ihre divergierenden Auffassungen einer paritätisch zusammengesetzten Fachbehörde vorzulegen, welche versucht, zwischen ihnen eine Einigung herbeizuführen. Dies führt überdurchschnittlich häufig zu einer gütlichen Einigung der Parteien und somit zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen, und dient daher grundsätzlich der Beschleunigung von Verfahren in Mietsachen.

e) Der Gesetzgeber statuiert in Art. 274a Abs. 2 OR, dass den Parteien in Mietstreitigkeiten die Möglichkeit eines kostenlosen Verfahrens vor einer paritätisch zusammengesetzten Fachbehörde zu gewähren ist. Aufgrund der

A. 3.1

Tatsache, dass die Parteien im Rechtsöffnungsverfahren zu materiellen Fragen keine Stellung beziehen können, und wird die Aberkennungsklage direkt bei Gericht eingereicht, beraubt man die Parteien dieser Möglichkeit sowie faktisch auch einer Instanz. Dies spricht ebenfalls für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens.

f) Im Übrigen ist der kantonale Gesetzgeber im Rahmen des Art. 83 Abs. 2 SchKG befugt, ein Sühneverfahren anzuordnen oder auszuschliessen. Genügt ein solches für die Klageeinreichung, muss ein bundesrechtlich obligatorisch vorgeschriebenes Sühneverfahren erst recht genügen, ja erforderlich sein (SchKG-Staehelin, Art. 83 N 41). In diesem Sinne ist auch die Formulierung „vorbehältlich anderer Regelung“ in § 14 Ziff. 1 EVzSchKG zu verstehen, mit anderen Worten: Schreibt der Bundesgesetzgeber ein Schlichtungsverfahren vor, so vermag § 14 Ziff. 1 EVzSchKG, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, das Schlichtungsverfahren nicht auszuschliessen.

g) Abschliessend sei noch erwähnt, dass zahlreiche Normen im vierten Abschnitt des achten Titels des Obligationenrechtes der Parteiautonomie entzogen sind, so auch Art. 274a OR, was ebenfalls für den zwingenden Verfahrensablauf des Obligationenrechts und somit für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens spricht (Roberti, a.a.O., S. 121 IV. 1. c).

4. Im Ergebnis gelangt das Kantonsgericht zu der Auffassung, dass mit der Rechtsprechung (BGE 118 II 307; Kantonsgericht Freiburg, Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 26. Juni 2002 [LP 2002/58]; Handelsgericht Zürich, Entscheid vom 18. September 2000 [MRA 2001 S. 21]; Beschluss des Mietgerichtes Zürich, ZMP 3/94 Nr. 39) und herrschenden Lehre (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., 5.2.4.3; SchKG-Staehelin, Art. 83 N 41; Weber, a.a.O., Art. 274a N 2; Roberti, a.a.O. S. 115 ff.; Braendli, a.a.O., Erw. 4.) davon auszugehen ist, dass die Schlichtungsbehörde in allen Streitigkeiten betreffend das Mietverhältnis zwischen Mieter und Vermieter anzurufen ist, ansonsten das Verfahren an einem Mangel leidet. Dies hat insbesondere auch für die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG zu gelten. Lediglich bei der Geschäftsmiete können laut einem Entscheid des Bundesgerichts (mp 3/97, S. 175) die Parteien auf ein Schlichtungsverfahren zugunsten der direkten Klageeinreichung verzichten. Ein solcher Verzicht liegt in casu jedoch nicht vor.

5. Gemäss § 14 Ziff. 1 EVzSchKG werden Klagen auf Aberkennung im Kanton Schwyz vorbehältlich anderer Regelung wie erwähnt im ordentlichen Prozess unter Umgehung des Sühneverfahrens beurteilt. In § 14 Ziff. 1 EVzSchKG erblickt die Vorinstanz eine Spezialvorschrift, welche besagt, dass die Aberkennungsklage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sei. Mit „ordentlichem Verfahren“ könne nur der ordentliche Prozess im Sinne von § 10 bzw. 19 GO gemeint sein, woraus abzuleiten sei, dass die Umgehung des

Sühneverfahrens explizit genannt wird. Unter Vorbehalt von § 82 Abs. 1 ZPO habe ein Sühneverfahren nur vor einem ordentlichen Prozess stattzufinden. Da das kantonale Recht von der Kompetenz, die Aberkennungsklage speziell zu regeln, Gebrauch mache, bleibe bei der Aberkennungsklage kein Raum für die Art. 274 ff. OR (vorinstanzliche Erwägung 2.3) Hier geht die Vorinstanz offenbar vom altrechtlichen Ingress des § 14 (d.h. § 12 aEVzSchKG) und nicht von der präzisierten heutigen Fassung aus, in welcher nicht mehr von ordentlichem „Verfahren“, sondern ordentlichem „Prozess“ die Rede ist. Daraus glaubte sie abzuleiten zu müssen, dass mit dem terminus technicus „ordentliches Verfahren“ nur das ordentliche Verfahren im Sinne von §§ 10 bzw. 19 GO gemeint sein könne, was jedoch mit Revision vom Januar 1996 geändert wurde. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist vielmehr dasjenige Gericht zur Behandlung der Aberkennungsklage sachlich zuständig, das für die entsprechende Feststellungsklage zuständig wäre. In casu muss es sich dabei um den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren handeln, da Streitigkeiten aus Miete oder Pacht im Kanton Schwyz gemäss § 5 lit. a der kantonalen Vollzugsverordnung zum OR (KVVzOR) im beschleunigten Verfahren zu beurteilen sind, in welchem der Einzelrichter zuständig ist (§ 12 Abs. 1 GO).

6. Im Ergebnis ist der Rekurs des Beklagten gutzuheissen und, da zuvor kein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 274a Abs. 1 lit b. OR durchgeführt wurde, auf die Aberkennungsklage mangels gehöriger Einleitung des Verfahrens nicht einzutreten.

Gemäss § 101 Abs. 1 ZPO bedarf es für die Überweisung an die zuständige Schlichtungsbehörde eines Antrages des Klägers. Erklärt die Rechtsmittelinstanz die Vorinstanz als unzuständig, kann sie selbst auf Antrag des Klägers nach § 101 Abs. 1 ZPO überweisen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 112 N 4a). Ein Antrag durch den Kläger auf Überweisung der Streitsache an die zuständige Schlichtungsbehörde für den Fall des Unterliegens wurde nicht gestellt. Daher ist dem Kläger eine Frist einzuräumen, innert welcher er einen Überweisungsantrag nachholen kann (ebd. N 11), wobei keine offensichtliche Unzuständigkeit der neu anzurufenden Instanz vorliegen darf.

(Beschluss vom 30. November 2004, GG 2004 5).

A. 3.2

3.2 Privatrechtliche Baueinsprache

- *Servitutarische Baubeschränkung zugunsten der Nachbarliegenschaft, Zweck (Erw. 1 - 2).*
- *Auslegung des Begriffs „zweigeschossiges Einfamilienhaus“, Zulässigkeit eines Untergeschosses? (Erw. 3).*
- *Kostenfolge einer nachträglichen Projektreduktion (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen

1. Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob das mit den Projektanpassungen und den Plänen vom 3. Oktober 2001 abgeänderte Bauprojekt (...) die Dienstbarkeit, welche im Grundbuch zu Gunsten des klägerischen Grundstücks unter dem Beschrieb „Baubeschränkung“ eingetragen ist, verletzt. Die Vorinstanz hat die Baueinsprache materiell behandelt und den Antrag der Beklagten auf Verfahrensabschreibung verworfen, nachdem die Planänderung gegenüber dem ursprünglichen Projekt ohne neue Ausschreibung erfolgen konnte und deshalb zivilprozessual als zulässige Klageänderung im Sinne von § 56 ZPO zu qualifizieren war. Die Dienstbarkeit, auf welche sich die Kläger berufen, wurde von den Rechtsvorgängern der Parteien mit Vertrag vom 9. November 1989 vereinbart und lautet wie folgt:

Baubeschränkung

(zulasten ...)

Die Eigentümerin des belasteten Grundstückes verzichtet bei einer Überbauung ihres Grundstückes auf die Erstellung von Mehrfamilienhäusern. Auf dem belasteten Grundstück dürfen somit nur zweigeschossige Einfamilienhäuser mit ausgebautem Dachstock erstellt werden.

Auf dem Grundstück der Beklagten sind vier freistehende Einfamilienhäuser mit einer unterirdischen Tiefgarage geplant. Appellando machen die Kläger nicht mehr geltend, es handle sich nicht um Einfamilienhäuser, da sie untereinander durch eine Tiefgarage verbunden seien (siehe hierzu die zutreffende Verwerfung dieses Standpunktes auf Seite 7 des angefochtenen Urteils). Zu prüfen ist demzufolge, ob es sich bei den geplanten Bauten um „zweigeschossige Einfamilienhäuser“ handelt oder ob sie dieses Kriterium der Zweigeschossigkeit überschreiten, was mit der Dienstbarkeit nicht zu vereinbaren wäre.

2. Unbestritten ist der Zweck der Dienstbarkeit, die Aussicht und die Besonnung durch eine Beschränkung der zulässigen Höhe der Gebäude zu erhalten. Ebenso besteht Einigkeit in der Frage, dass für die Dienstbarkeitsbeurteilung das gewachsene Terrain massgebend ist (Klageschrift Ziff. 3; angefochtenes Urteil S. 8). (...). Die Kläger haben sich wie erwähnt bereits

in der Klageschrift darauf berufen, dass entsprechend dem Servitutszweck auf das gewachsene Terrain abzustellen ist, womit die künstliche Terrainabsenkung (und damit die damit zusammenhängende optische Wirkung von höheren Gebäuden) vorliegend entsprechend der Verhandlungsmaxime ausser Betracht fällt. (...).

3. Aus den eingelegten Akten geht nicht klar hervor, wie der blossе Grundbucheintrag der Dienstbarkeit lautet. Aufgrund der Überschreibung im Dienstbarkeitsvertrag (KB 4) ist davon auszugehen, dass die Dienstbarkeit bloss mit dem Stichwort „Baubeschränkung“ im Grundbuch eingetragen ist, womit für die Bestimmung des Umfangs der Dienstbarkeit auf den Dienstbarkeitsvertrag zurückgegriffen werden muss, nachdem eine „längere Übung“ zum vorneherein ausser Betracht fällt (Art. 738 Abs. 2 ZGB; siehe BGE 128 III 172 E.3). Die Auslegung dieses Rechtstitels hat anerkanntermassen nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen. Individuelle, persönliche Umstände und Motive, die für die Willensbildung der Parteien bestimmend waren, dürfen demnach im Verhältnis zu Dritten nicht berücksichtigt werden. Die Willenserklärungen sind vielmehr ausschliesslich mit dem Inhalt massgebend, der sich aus dem Sinn ergibt, in welchem sie von einem aufmerksamen, sachlich denkenden Menschen nach Treu und Glauben verstanden werden (BGE 108 II 542; EGV 1988 Nr. 22 E. 4; Liver, Zürcher Kommentar, N 94 zu Art. 738 ZGB). Die Auslegung basiert somit auf der Feststellung des Sinnes, welcher mit den verwendeten Ausdrucksweisen im Sprachgebrauch der Zeit in den beteiligten Kreisen gewöhnlich verbunden wurde (Liver, a.a.O., N 103 zu Art. 738 ZGB). Liver verweist in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung des Wortsinns nach dem lokalen Sprachgebrauch zur Zeit der Dienstbarkeitserrichtung (Liver, a.a.O., N 105 ff. zu Art. 738 ZGB).

a) Die Kläger kritisieren die Auslegung des Begriffs des „zweigeschossigen Einfamilienhauses“ durch die Vorinstanz. Diese kam zum Schluss, dass „Geschoss“ im gegebenen Zusammenhang ein Begriff des öffentlichen Baurechts sei und im Privatrecht kaum verwendet werde. Schon seit Jahrzehnten erscheine er aber in den Baureglementen der Gemeinde Freienbach, weshalb es nahe liege, zu prüfen, was im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit im damals anwendbaren Baureglement unter „Geschoss“ verstanden worden sei. Es müsse – so der Einzelrichter auf Seite 7 und 8 seines Entscheides weiter – nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass bei der Begründung der Dienstbarkeit nicht irgendeine Definition des Geschosses, sondern die damals im Baurecht der Gemeinde Freienbach geltende, dem Dienstbarkeitsvertrag zugrunde gelegen sei. Da auch die verschiedenen Wohnzonen über die zulässige Anzahl Geschosse definiert würden, verstehe ein vernünftig denkender Mensch nach Treu und Glauben bei der gegebenen Situation, dass durch die Baubeschränkung auf zweigeschossige Einfamilienhäuser, die damals gemäss Zonenplan erlaubte Bauweise (W 3, dreigeschossig) so eingeschränkt werden sollte, dass nur noch zweigeschossige Einfamilienhäuser im Sinne einer Zone W 2 zulässig sein sollten, wobei auch

A. 3.2

der erwähnte Zweck der Baubeschränkung zu beachten bleibe. Das vorgelegte Projekt erfülle die Anforderungen der Zone W 2, wonach zwei Vollgeschosse und ein Untergeschoss zulässig seien. Da das Untergeschoss maximal 1.20 m über dem gewachsenen Terrain liege, gelte dies nach Art. 29 Abs. 1 des damaligen Baureglementes von 1983 (recte: vom 28. November 1982, vom Regierungsrat am 22. Februar 1983 genehmigt) nicht als Vollgeschoss.

b) Die Kläger wenden gegen die vorinstanzliche Auffassung ein, dass das Wort „Geschoss“ unzweideutig sei, zur Alltagssprache gehöre und nach täglichem Sprachgebrauch dem Begriff Stockwerk oder Etage eines Gebäudes entspreche. Die Vorinstanz habe Art. 738 ZGB verletzt, wenn sie dem Begriff Geschoss nicht die Bedeutung des täglichen Sprachgebrauchs beigemessen habe, sondern ihm eine Bedeutung gegeben habe, wie sie sich nur aus dem Baureglement der Gemeinde Freienbach ergebe, also einen juristisch-technischen Inhalt. Das Wort Geschoss sei nicht juristisch-technisch, ganz im Gegensatz zum Wort Vollgeschoss. Dass auf das Baureglement 1983 zurück zu greifen wäre, ergebe sich nicht aus der Dienstbarkeit und sei für einen aufmerksamen, sachlich denkenden Menschen nicht zu erahnen. Der Einzelrichter habe den dienstbarkeitsrechtlichen Begriff „Geschoss“ mit dem baurechtlichen Begriff „Vollgeschoss“ ersetzt, welche Auslegung nicht zulässig sei, zumal der Begriff des Vollgeschosses nicht allgemein bekannt sei. Der Begriff Vollgeschoss sei nur Baujuristen und Architekten bekannt. Die Parteien, die den Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen hätten, hätten nicht zu diesen Berufsgruppen gehört, ebenso wenig wie die Kläger (Berufungsbeurteilung Seiten 7 und 8).

c) Den Klägern ist entgegenzuhalten, dass es nicht in erster Linie um die Bedeutung des Begriffs „Geschoss“ geht, sondern um die Bestimmung dessen, was man unter einem „zweigeschossigen Einfamilienhaus“ versteht. Soweit die Vorinstanz jedoch die nach Dienstbarkeitsvertrag zulässige Bauweise mit derjenigen der Zone W 2 des ehemaligen Baureglementes der Gemeinde Freienbach gleichgesetzt hat, ist die Kritik im Grundsatz berechtigt. Entgegen der Auffassung des Vorrichters ist auch der Alltags- und Umgangssprache der Begriff der „zweigeschossigen“ Gebäude geläufig und dieser wird im Allgemeinen nicht zwingend im technisch-baurechtlichen Sinne der geltenden (lokalen) Bauordnung verstanden (das kantonale Baurecht kennt den Geschossbegriff nicht). Was konkret aber unter einem „zweigeschossigen Einfamilienhaus“ im Alltagssprachgebrauch zu verstehen ist und insbesondere ob solche Gebäude nicht unter diesen Terminus fallen, bei denen das Kellergeschoss teilweise aus dem gewachsenen (oder gestalteten) Terrain ragt, ist unklar. Klar und von Seiten der Kläger unbestritten geblieben ist nur, dass Keller- und Untergeschosse nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie vollständig unter dem (gewachsenen) Terrain liegen (Berufungsbeurteilung Seite 7 oben, Ziffer 10 und Seite 9 Ziffer 13). Kann nicht von einem klaren Sprachgebrauch bezüglich der konkreten Fragestellung die Rede sein, so können Ortsgebrauch und damit praxisgemäss die einschlägi-

gen Bestimmungen des öffentlichen Baurechts zur Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit mitberücksichtigt und als Auslegungshilfe herangezogen werden (EGV-SZ 1988, Nr. 22, Erw. 5.d).

d) Die vier strittigen Einfamilienhäuser weisen zwei Geschosse auf, die vollständig über dem gewachsenen Terrain liegen (Erd- und Obergeschoss gemäss den Baueingabeplänen ...). Eigentliche Dachgeschosse weisen die Gebäude nicht auf, obwohl die Dienstbarkeit den Ausbau der „Dachstöcke“ nicht einschränken würde. Die geplanten Keller- oder Untergeschosse aller Häuser ragen aus dem gewachsenen Terrain hinaus, wobei das Ausmass je nach Haus und je nach Fassade (infolge des leicht nach Norden abfallenden gewachsenen Terrains) unterschiedlich ist. (...) Die Vorinstanz hat insoweit zu Recht festgestellt, dass das Untergeschoss maximal 1.20 m bis zur Geschossdecke über dem gewachsenen Terrain liegt (...).

e) Im alltäglichen Sprachgebrauch gelten Häuser mit zwei vollen Geschossen über dem Terrain selbst dann noch als „zweigeschossig“, wenn das Untergeschoss noch teilweise aus dem Erdreich herausragt. Im landläufigen Sinn werden in der hiesigen Gegend solche Häuser, wie sie die Beklagte plant, noch als zweigeschossige Gebäude empfunden, jedenfalls wenn man sie in Beziehung zum bestehenden, gewachsenen Terrain setzt (wovon wie erwähnt bei der Beurteilung der vorliegenden Dienstbarkeit auszugehen ist). Undenkbar ist dagegen, dass solche Häuser im allgemeinen Sprachgebrauch bereits als dreigeschossige Bauten taxiert werden. Dreigeschossige Bauten wären sie erst dann, wenn die Untergeschosse ganz oder jedenfalls zum wesentlichen Teil aus dem Terrain herausragen. Dies ist vorliegend nicht der Fall, selbst wenn man wie die Kläger davon ausgeht, dass ein Untergeschoss maximal 1.25 m über das Terrain herausragt. Von einem „zweigeschossigen Einfamilienhaus“ könnte erst dann nicht mehr die Rede sein, wenn das Keller- oder Untergeschoss in Höhe und Gebäudeabwicklung mehrheitlich bzw. vorab gegenüber dem berechtigten Grundstück freistehen würde (d.h. das Untergeschoss von rund 2.50 bis 2.70 m Höhe grundsätzlich bei über 50 % der Fassadenabwicklung mehr als 1.25 bzw. 1.35 m aus dem Terrain ragen würde, wobei die Beurteilung des jeweiligen konkreten Einzelfalles vorbehalten bleibt).

f) Diese Auslegung wird bestärkt, wenn man zusätzlich die kommunalen baurechtlichen Vorschriften über Geschoszzahlen in die Betrachtung miteinbezieht. In den kommunalen Baureglementen des Kantons Schwyz finden sich (in der Regel) Bestimmungen darüber, wie viele Geschosse in jeweils welcher Bauzone erlaubt sind. Der Begriff Geschoss wird dabei in der Regel in zwei Bedeutungen verwendet, einerseits als Oberbegriff aller möglicher Geschosse eines Gebäudes (Untergeschoss, Erdgeschoss- und Obergeschosse, Dachgeschoss) und andererseits als Bezeichnung der Vollgeschosse, d.h. der für die jeweilige Zone anzurechnenden Geschosse, wozu Unter- und Dachgeschosse nur unter bestimmten Voraussetzungen gehören (vgl. Bau-

A. 3.2

reglement Freienbach vom 28. November 1982; Randtitel zu Art. 29: „Berechnung der Geschosszahl“ sowie Art. 30, woraus sich die Anzahl der zulässigen „Geschosse“ ergibt). Wenn man im öffentlichen Baurecht von „zweigeschossiger Bauweise“ spricht, sind damit klar nur die anrechenbaren zwei Vollgeschosse gemeint, auch wenn beispielsweise ein Kellergeschoss über dem Terrain liegt. In Anwendung des im Jahr 1989 geltenden Baureglementes der Gemeinde Freienbach (wie auch dem heute geltenden) weist das vorgelegte Projekt nur zwei Vollgeschosse auf und gilt deshalb in dieser baurechtlichen Sprachbedeutung klar als „zweigeschossiges“ Gebäude (vgl. dazu angefochtenes Urteil Seite 8). Ähnlich grosszügig in der Berechnung der anrechenbaren Geschosszahlen waren (und sind) im Übrigen die Baureglemente in der näheren Umgebung von Freienbach. Diesen Regelungen ist gemein, dass – bei Ausklammerung der Frage der Nutzungsweise - Untergeschosse erst zur anrechenbaren Geschosszahl zählen, wenn diese vollständig oder doch mehrheitlich im Volumen oder in der Fassadenabwicklung über dem Terrain liegen (vgl. die Reglemente der Gemeinden Wollerau vom 30. April 1970, Lachen vom 28. Mai 1978, Altendorf vom 30. April 1978 und Feusisberg vom 22. September 1972). Im konkreten Fall stehen die Untergeschosse (unbestrittenermassen ausgehend vom gewachsenen Terrain) nicht in einem Ausmass frei, dass nicht mehr von zweigeschossigen Einfamilienhäusern die Rede sein könnte.

g) Unter Erwägung 3 lit. c wurde ausgeführt, dass kein klarer Sprachgebrauch zur Frage besteht, was genau unter einem „zweigeschossigen Einfamilienhaus“ zu verstehen ist. Damit spricht auch das Prinzip, wonach die Auslegung zur Bestimmung des Inhaltes und Umfanges einer Dienstbarkeit zurückhaltend zu erfolgen hat und bei Unklarheiten die Freiheit des Eigentums vermutet wird (Liver, a.a.O., N 14 zu Art. 738; Petitpierre, BSK, 2.A., N 11 zu Art. 738 ZGB; EGV-SZ 1988, Nr. 22, mit weiteren Hinweisen), für den Standpunkt der Bauherrschaft.

4. (...).

5. Zusammengefasst ergibt sich, dass das vorgelegte Projekt mit den Eingabeplänen vom 3. Oktober 2001 nicht gegen die von den Klägern angerufene Dienstbarkeit verstösst. In Beachtung des heutigen, natürlichen und gewachsenen Geländeverlaufs sind die projektierten Bauten als zweigeschossige Einfamilienhäuser zu qualifizieren. Zweigeschossig sind nach ortsüblichem, allgemeinen Sprachgebrauch auch noch Bauten, bei denen das Untergeschoss 1.20 m über das gewachsene Terrain herausragt.

6. Die Vorinstanz hat die Kostenregelung vollumfänglich zu Lasten der unterliegenden Kläger gesprochen, obwohl die Beklagte zu Gunsten der Einsprecher im Laufe des Verfahrens eine Projektänderung vornahm. Die Dienstbarkeit schützt unbestrittenermassen in einem gewissen Ausmass Aussicht und Besonnung für das klägerische Grundstück. Die Redimensionierung der

Bauten um 20 cm durch die Beklagte hat zu einer nicht unwesentlichen Verbesserung der Aussichts- und Besonnungssituation des klägerischen Grundstückes geführt. Es rechtfertigt sich deshalb, diesen Umstand gestützt auf § 59 Abs. 3 ZPO bei der erstinstanzlichen Kostenverlegung in angemessener Weise zu berücksichtigen (ebenso der Umstand, dass die Projektänderung eine zusätzliche klägerische Stellungnahme notwendig machte). Die erstinstanzlichen Kosten sind nur zu zwei Drittel den unterlegenen Klägern aufzuerlegen und im Rest der Beklagten. Im gleichen Verhältnis hat eine Reduktion der erstinstanzlich ausgesprochenen Parteientschädigung zu Gunsten der Beklagten zu erfolgen (Anspruch auf eine Parteientschädigung von zwei Dritteln abzüglich Gegenanspruch von einem Drittel).

(Urteil vom 17. August 2004, ZK 2004 38; eine Berufung hat das Bundesgericht mit Urteil 5C.240/2004 vom 21. Januar 2005 abgewiesen).

3.3 Prozessentschädigung

- *Der Litisdenunziat, welcher dem Prozess als Nebenintervenient beitrifft und alsdann die Fortsetzung des Prozesses gemäss § 44 ZPO auf seine Kosten übernimmt, ist weder entschädigungs verpflichtet noch entschädigungsberechtigt.*

Aus den Erwägungen:

4.a) Schliesslich rügt die Klägerin unter Hinweis auf § 62 ZPO, die Entschädigungsfolge zu ihren Lasten sei nicht rechtskonform. Die Nebenintervenienten seien nicht Hauptpartei und hätten deshalb auch keinen Entschädigungsanspruch. Hierfür fehle eine gesetzliche Grundlage, da die Nebenintervenienten nicht Partei seien. § 44 ZPO enthalte nur eine Kostengrundlage.

b) Die Nebenintervenienten bestreiten, dass sie keinen Entschädigungsanspruch hätten, weil sie nicht Hauptpartei seien. Dies sei gerade dann nicht der Fall, wenn der Nebenintervenient die Fortsetzung des Prozesses übernommen habe und als Partei in den Prozess eingetreten sei (§ 61 Abs. 2 ZPO). Gemäss 59 Abs. 2 ZPO würden die Kosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Somit sei die Auferlegung der Gerichtskosten auf die Klägerin nach vollumfänglicher Abweisung ihrer Klage gerechtfertigt. Gemäss § 62 Abs. 1 ZPO habe jede Partei den Gegner im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Somit sei es klar zulässig, dass den Nebenintervenienten eine Prozessentschädigung zugesprochen werde.

c) Im Falle einer Streitverkündung ist der Litisdenunziat berechtigt, dem Prozess als Nebenintervenient beizutreten (§ 43 Abs. 1 ZPO). Mit dem Bei-

A. 3.3

tritt zum Prozess wird der Litisdenunziat zum Nebenintervenienten im Sinne von § 41 ZPO. Der Litisdenunziat hat im Fall des Unterliegens der Gegenpartei keinen Anspruch auf Prozessentschädigung und haftet dieser auch nicht für eine ihr zugesprochene Entschädigung (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, N 2 zu § 47 ZPO-ZH, N 1a zu § 45 ZPO-ZH). Der Nebenintervenient ist nicht Partei, sondern tritt lediglich an die Seite einer Partei. Er übernimmt beim Austritt der Hauptpartei allenfalls die Weiterführung des Prozesses als ihr Vertreter (§ 44 ZPO). Es gibt keine Kosten- und Entschädigungsfolge zu ihren Gunsten oder zu ihren Lasten; anders jedoch, wenn er die Fortsetzung des Prozesses übernimmt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1a zu § 45 ZPO-ZH). Die Hauptpartei kann in diesem Fall durch Erklärung an das Gericht oder den Nebenintervenienten diesem die Fortführung des Prozesses überlassen (§ 44 ZPO). Übernimmt der Nebenintervenient die Weiterführung des Prozesses, so wird er dadurch – anders als nach § 45 ZPO – nicht Partei, sondern sinngemäss Vertreter der Partei, ohne aber an die Schranke von § 41 Abs. 2 ZPO gebunden zu sein (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 48 ZPO-ZH). Diesfalls haftet er für die bereits entstandenen Kosten solidarisch neben der früheren Partei, für künftige Kosten dagegen allein (§ 61 Abs. 2 ZPO).

In casu haben die Nebenintervenienten im Sinne von § 44 ZPO die Fortsetzung des Prozesses auf ihre Kosten übernommen. Ein Parteiwechsel, wie es die Nebenintervenienten zumindest sinngemäss behaupten, hat in casu jedoch nicht stattgefunden, da ein solcher der Einwilligung beider Parteien bedarf (vgl. § 45 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 48 ZPO-ZH). Eine Einwilligung der Klägerin zu einem Parteiwechsel ist weder aktenkundig noch wird das Vorliegen einer solchen seitens der Klägerin sowie der Nebenintervenienten behauptet. Mithin sind die Nebenintervenienten im vorliegenden Verfahren nicht Hauptpartei. Sie haften demnach lediglich für die Gerichtskosten gemäss § 61 Abs. 2 ZPO. Eine dem § 61 Abs. 2 ZPO analoge Regelung für die Entschädigungspflicht resp. den Entschädigungsanspruch des den Prozess übernehmenden Nebenintervenienten besteht in der geltenden schwyzerischen ZPO nicht, d.h. eine gesetzliche Grundlage fehlt. Gemäss § 62 Abs. 1 ZPO hat jede Partei in der Regel den Gegner im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Mangels Parteistellung können sich die Nebenintervenienten hinsichtlich Prozessentschädigung nicht auf § 62 Abs. 1 ZPO berufen, d.h. die Nebenintervenienten sind mangels gesetzlicher Grundlage weder entschädigungsberechtigt noch entschädigungsverpflichtet (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 68 ZPO-ZH, unter Hinweis auf ihre Ausführungen in § 45 N 1 sowie auf BGE 105 II 296; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 1979, S. 408). Den Nebenintervenienten kann demnach keine Prozessentschädigung zugesprochen werden. (...).

(Urteil vom 8. Juni 2004, ZK 2002 434).

3.4 Prozesskaution und Armenrecht

- *Im Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege stehen verschiedene öffentliche Interessen auf dem Spiel, u.a. auch das fiskalische Interesse des Staates, Prozesskosten von Privaten nicht unnötig und rechtsungleich auf Kosten der Allgemeinheit finanzieren zu müssen. Den Gesuchsteller trifft hinsichtlich der Abklärung und des Nachweises des rechtserheblichen Sachverhaltes, nämlich der prozessualen Bedürftigkeit, eine umfassende Mitwirkungspflicht.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin verlangte, den Beklagten zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 7'700.– zu verpflichten. Sie berief sich dabei auf § 68 Ziff. 2 und 3 ZPO und machte geltend, gegen den Beklagten sei innert der letzten 5 Jahre in der Schweiz in einer Betreuung die Verwertung angeordnet worden, es bestünden ausserdem Verlustscheine und Pfandausfallscheine auf ihn und er erscheine auch sonst als zahlungsunfähig. Der Beklagte reagierte mit einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und machte seinerseits geltend, er sei mittellos und könne eine Kaution von Fr. 7'700.– nicht erbringen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 75 ZPO wird eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wird, von der Pflicht zur Leistung von Kauttionen befreit. Vor der Beurteilung der Kautionsauflage ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden. Bei Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege kann die Beurteilung des Kautionsgesuchs unterbleiben.

2.a) Gemäss § 74 Abs. 1 ZPO wird einer Partei, welcher die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern sich der Prozess nicht als aussichtslos erweist. Unter den gleichen Voraussetzungen kann gemäss § 77 ZPO die unentgeltliche Rechtsvertretung beansprucht werden kann. Zur Prüfung der Bedürftigkeit sind sämtliche Umstände im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu würdigen; die entscheidende Behörde hat insbesondere zu berücksichtigen, welche Mittel binnen welcher Frist aufzubringen sind. Massgebend ist die gesamte wirtschaftliche Situation zur Zeit der Gesuchstellung. Es ist also einerseits sämtlichen finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers Rechnung zu tragen, und es sind andererseits nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Vermögenslage des Gesuchstellers beachtlich (KG 284/02 RK 1, BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181, 119 Ia 11 E. 3a S. 12, 108 Ia 108 E. 5b S. 109; ZR 101/2002 Nr. 14; BGE 120 Ia 179).

A. 3.4

Vorliegend hat der Beklagte ausgeführt, er sei ehemaliger Landwirt, der von der Gemeinde am 7.5.2003 auf die Strasse gestellt worden sei und seither weder Wohnung noch Arbeit habe und als ehemaliger Selbständigerwerbender auch nicht stempeln gehen könne. Und zum Beweis offerierte er eine überholte Aufstellung seiner Einnahmen und Ausgaben im Jahre 2001 und 2002 (Buchhaltungsauszug) und eine Steuerveranlagung pro 1999/2000 vom 16.8.2000 (act. 7).

2.b) Die unentgeltliche Rechtspflege ist nicht nur ein Problem des Rechtsstaates, sondern auch der Finanzen. Auch auf diesem Gebiet des staatlichen Wirkens müssen unnütze Ausgaben vermieden werden. Im öffentlichen Interesse hat das Gericht deshalb den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Der Untersuchungsgrundsatz entbindet den Gesuchsteller freilich nicht davon, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen. Dabei dürfen umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selbst gestellt werden, je komplexer die Verhältnisse sind. Verweigert ein Gesuchsteller die zur Beurteilung seiner aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann die Bedürftigkeit ohne Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs verneint werden (Pra 2003 Nr. 170, Pra 85 Nr. 6).

Vorliegend wurde der Beklagte mit Verfügung vom 8.10.2003 deutlich auf seine Mitwirkungspflicht hingewiesen. Es wurde ihm angezeigt, welche Unterlagen er einreichen und welche Angaben er machen müsse, damit seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse abgeklärt werden könnten. Schliesslich wurde er auch auf die Folgen der Beweislosigkeit hingewiesen. Der Beklagte ist der Aufforderung des Einzelrichters nur sehr beschränkt nachgekommen. Er hat sich begnügt, das URP-Gesuchsformular teilweise auszufüllen, mit dem Hinweis, er sei selbständiger Landwirt und seit dem 7.5.2003 obdach- und arbeitslos. (...). Der Beklagte hat dem Einzelrichter seine Wohnadresse verheimlicht und seine tatsächliche wirtschaftliche Situation nicht preisgegeben, geschweige denn hinreichend belegt. Seine aufgelegten Unterlagen betreffen seine wirtschaftliche Situation von 1999-2002, nicht aber seine aktuellen Verhältnisse (BB 1, 2). (...) Dem Einzelrichter ist völlig unklar, wo und wie der Beklagte seit seiner Ausweisung im Mai dieses Jahres lebt und woraus er seinen Lebensunterhalt finanziert. Es trifft zwar zu, dass nur das effektiv vorhandene und verfügbare oder wenigstens realisierbare Einkommen massgebend sein kann und insbesondere auch eine hypothetische Einkommensanrechnung - Fälle des Rechtsmissbrauchs vorbehalten - unzulässig ist. Der Beklagte hat jedoch bei der Ermittlung seiner wirtschaftlichen Situation nicht ausreichend mitgewirkt, was zu seinen Lasten zu würdigen ist. Die Folgen der Beweislosigkeit hat der Beklagte zu tragen (Pra 2003 Nr. 170). Alles in allem ist die behauptete Mittellosigkeit des Beklagten nicht ausreichend belegt. Die Voraussetzung seiner prozessualen Bedürftigkeit ist daher zu verneinen und sein Gesuch abzuweisen. Der Umstand ungerechtfertigter Verheimlichung des Wohnsitzes lässt ein Gesuch

um unentgeltliche Rechtspflege, womit sie die Befreiung von der Kautionspflicht verlangt, rechtsmissbräuchlich werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 74 N 2).

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirks Schwyz vom 27.10.2003, EB 2003 99. Das Kantonsgericht Schwyz lehnte den gegen die Verweigerung des Armenrechts und die Kautionsauflage gerichteten Rekurs des Beklagten ab und bestätigte den Entscheid des Einzelrichters des Bezirks Schwyz, wonach der Beklagte nach Erhalt des Formulars „Gesuch um unentgeltliche Prozessführung“ seine Mitwirkungspflicht verletzt habe, weil die von ihm verlangten Auskünfte und Ausweise zu wenig aufschlussreich oder unvollständig waren; Beschluss vom 11. März 2004, RK 1 2003 434).

4. Strafrecht

4.1 Fahrlässige Tötung

- *Unfall eines die Skipiste verlassenden Realschülers; unechtes Unterlassungsdelikt (Erw. 1).*
- *Sorgfaltspflichten eines Klassenlehrers bei der Durchführung eines Schulskitages (Erw. 2 - 4).*
- *Zurechenbarkeit des Erfolges (hypothetischer Kausalzusammenhang; Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 18. März 1999 begab sich die 3. Realklasse von Bülach zu einem Schulskitag ins Hoch-Ybrig. Begleitet wurde die Klasse einzig von X als ihrem Klassenlehrer, welcher den Skitag auch organisiert hatte. An der Bergstation Seebli entliess X um ca. 9.45 Uhr die Klasse zum freien Skifahren bzw. Snowboarden. Um ca. 11.00 Uhr stürzte der auf der rot markierten Grotzenpiste fahrende Y in einer Mulde. Darauf fuhr auch A in die Mulde. Beim Vorbeifahren rief er Y zu, dass er die Gegensteigung nun auf der Piste zu Fuss überwinden soll. Während A bis auf die Kuppe fuhr und dort auf Y wartete, ohne jedoch Sichtkontakt mit ihm zu haben, zog Y seine Handschuhe aus und deponierte sie am rechten Pistenrand. Beim Lösen der Bindung muss Y dann das Snowboard aus der Hand gegliitten sein, welches in der Folge in den trichterförmigen Couloir des „unteren Nieschplänggli“ abrutschte und sich unmittelbar unter der Geländekante, wo es steil in den Felsabbruch übergeht, in einem Gesträuch verfang. Hierauf verliess Y auf der Suche nach seinem Snowboard die markierte Piste, überstieg oder unterquerte die gelb-schwarze Flatterleine und begab sich in Richtung der Absturzstelle. Auf der stellenweise vereisten und immer steiler werdenden Schneefläche stürzte er, verlor

A. 4.1

den Halt und fiel schliesslich 80 Meter über die Felswand des „unteren Nieschplänggli“. Y erlag sofort seinen tödlichen Verletzungen.

Mit Urteil vom 26. März 2003 sprach das Bezirksgericht Schwyz den Angeklagten X von Schuld und Strafe frei und verwies die Zivilforderungen auf den Zivilweg. Gegen dieses Urteil erklärten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Straf- und Zivilkläger fristgerecht Berufung beim Kantonsgericht und beantragten die Aufhebung dieses Urteils und Verurteilung des Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung im Sinne von Art. 117 StGB.

Aus den Erwägungen:

1. Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 117 StGB).

Nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 StGB liegt eine fahrlässige Tatbegehung vor, wenn der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Ein Schuldanspruch wegen fahrlässiger Tötung setzt somit voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist die Handlungsweise, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat (Art. 18 Abs. 3 Satz 2 StGB; BGE 122 IV 17 E. 2b; 133 E. 2a; 145 E. 3b sowie 225 E. 2a; 127 IV 34 E. 2a; 121 IV 10 E. 3; je mit Hinweisen). Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der dabei zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Fehlt eine gesetzliche Regel im Einzelfall, ist die Sorgfaltspflicht aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze sowie allgemein anerkannter Verhaltensregeln und Verkehrsnormen zu bestimmen.

Ein fahrlässiges Erfolgsdelikt wie die fahrlässige Tötung kann nach Lehre und Rechtsprechung auch durch Unterlassen begangen werden. Die Erfüllung des unechten Unterlassungsdelikts setzt voraus, dass der Täter eine Garantenstellung innehat (BGE 117 IV 130 E. 2a). Eine solche wird angenommen, wenn er aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein Rechtsgut vor drohenden Gefahren zu schützen, oder wenn er durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder eine solche vergrössert hat und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt. Die Garantenstellung setzt demnach eine Rechtspflicht voraus. Strafbar macht sich der Garant, wenn er die gebotene Handlung unterlässt, obwohl diese objektiv möglich gewesen wäre. Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten muss der tatbestandsmässige Erfolg auf die Verletzung der gebotenen Sorgfalt zurückgeführt werden können. Bei Unterlassungsdelikten kann jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht im gleichen Sinn von Kausalität gesprochen werden wie bei positiven Handlungen. Der Erfolg ist dem Täter zuzurechnen, wenn er bei Anwendung der gebote-

nen Vorsicht höchstwahrscheinlich verhindert worden wäre. Der hypothetische Kausalität liegt vor, wenn der Taterfolg durch eine Handlung des Unterlassenden hätte verhindert werden können. Der (...) hypothetische Kausalzusammenhang setzt eine hohe Wahrscheinlichkeit voraus; mit anderen Worten ist er nur gegeben, wenn die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg höchstwahrscheinlich entfielen. Bei Zweifeln daran ist in dubio pro reo die Zurechnung abzulehnen (BGE 116 IV 182 E. 4a; 108 IV 3 E. 1b; 105 IV 18 E. 3a; je mit Hinweisen; vgl. auch BSK StGB I-Seelmann, Art. 1 N 61 ff.; Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, 7.A., S. 268 f.; Trechsel/Noll, AT I, 5.A., § 34/C, S. 246 ff.).

2. *(Eintritt des Todes und Garantenstellung des Klassenlehrers als unbestrittene Tatbestandselemente).*

c) Die Anklage hält dem Angeklagten in diesem Sinne vor, er sei als Klassenlehrer der Realklasse Bülach seiner Betreuungs- und Aufsichtspflicht bei der Durchführung des Skischultages nur ungenügend nachgekommen und habe in Verletzung von Sorgfaltspflichten Handlungen unterlassen, zu der er auf Grund seiner Garantenstellung verpflichtet gewesen wäre und habe hierdurch den Tod des Snowboarders Y fahrlässig bewirkt. Im Einzelnen habe er es unterlassen, Informationen über den Charakter des Skigebietes Hoch-Ybrig einzuholen. Er habe es unterlassen, seine Schüler auf die allgemeinen alpinen Gefahren und explizit auf die besondere Gefahr des „Nieschplänglis“ hinzuweisen und ihnen die Bedeutung des Verlassens der Pisten konkret bewusst zu machen bzw. vor Augen zu führen (Anklageziffer 1). Ihm habe es am nötigen Wissen über den Schwierigkeitsgrad der verschiedenen Pisten gefehlt. Ebenso habe er sich zu wenig über die fahrtechnischen Fähigkeiten seiner Schüler und insbesondere jener von Y ins Bild gesetzt. Ebenso wenig sei er im Bilde gewesen, wie es um den Kenntnisstand in Bezug auf Verhaltensregeln auf der Skipiste und deren Einhaltung gestanden habe. Deshalb habe er pflichtwidrig darauf verzichtet, fahrtechnisch schwächere Schüler wie Y oder B auf leichtere Pisten zu verweisen (Anklageziffer 2 und 5). Weiter sei die Gruppenbildung ungenügend gewesen (Anklageziffer 3). Er habe es schliesslich unterlassen, eine Begleitperson mitzunehmen (Anklageziffer 4).

d) (...).

3.a) Unbestrittenermassen fand der Skitag vom 18. März 1999 nicht im Rahmen von Jugend und Sport (J & S) statt, sondern es handelte sich um einen eintägigen Skianlass, welcher statt eines normalen Schulunterrichts durchgeführt worden ist. Ebenso wenig wurde ein Lager abgehalten, weshalb das Reglement über die Klassenlager an der Volksschule des Kantons Zürich nicht zur Anwendung gelangt. In casu fehlt eine gesetzliche Regel, welche das Mass der zu beachtenden Sorgfalt bei der Durchführungen von Schulskitagen konkret bestimmt, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend festhält. Die

A. 4.1

Aufsichtspflicht von Lehrern im Kanton Zürich ist in der kantonalen Volksschulverordnung nur sehr allgemein geregelt. § 80 Abs. 2 der zürcherischen Volksschulverordnung hält lediglich fest, dass der Lehrer von Unterrichtsbeginn bis Unterrichtsschluss gemäss Stundenplan, bei besonderen schulischen Anlässen auch ausserhalb der Unterrichtszeiten für Unterricht, Erziehung und Betreuung verantwortlich ist. Während dieser Zeit liegt gemäss Schreiben der Rechtsabteilung des Volksschulamtes des Kantons Zürich vom 18. Mai 1999 die Aufsichtspflicht bei den Lehrpersonen, im Besonderen auch die Ausgestaltung und der Umfang der Aufsicht. Die Intensität richtet sich nach verschiedenen Faktoren, so u.a. nach dem Alter, dem Reifegrad und der Verlässlichkeit der zu beaufsichtigenden Jugendlichen sowie der Art der Unternehmung und den konkreten Umständen. Demzufolge habe eine Lehrperson in Würdigung der genannten Faktoren stets im Einzelfall festzulegen, welche Instruktionen zu erteilen seien bzw. welche Massnahmen getroffen werden müssen. Dazu gehöre auch, den Freiheitsraum der Schülerinnen und Schüler zu definieren. Auf diese genannten Faktoren ist demnach im vorliegenden Fall abzustellen. Das entsprechende Merkblatt des Kantons Luzern ist für die Zürcher Lehrer nicht verbindlich. Insofern sind die Straf- und Zivilkläger nicht zu hören.

b) Den Angeklagten trafen bei der Durchführung des Skischultages mit Jugendlichen zweifellos qualifizierte Betreuungs- und Aufsichtspflichten, d.h. der Angeklagte musste hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht gerecht werden, wie die Vorinstanz zutreffend festhält. Hinsichtlich der persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Angeklagten ist zu berücksichtigen, dass dieser bereits vor dem Unfalltag mindestens zwei Skitage durchgeführt hatte. Der Angeklagte ist J & S Leiter 2 und hat die entsprechenden Kurse absolviert. Gemäss Angaben des Angeklagten hat er jedoch den Wiederholungskurs nicht absolviert, so dass sein „Brevet“ abgelaufen ist. Er verfügte demnach von seiner Ausbildung her über die nötigen fachlichen Kenntnisse und das technische Können zur Durchführung eines Skitages mit einer Schulklasse. Nichtsdestotrotz konnte vom Angeklagten nicht dieselbe erhöhte Umsicht erwartet werden, wie sie von patentierten oder diplomierten Skilehrern und Bergführern verlangt wird. Hinzu kommt, dass am 18. März 1999 keine Skitour in ungesichertem Gebiet durchgeführt wurde, sondern lediglich ein Skitag in dem abgeschlossenen und gesicherten Skigebiet des Hoch-Ybrig. Eine Skitour birgt jedoch grundsätzlich weit erheblichere Gefahren in sich als ein Skitag in einem abgeschlossenen und gesicherten Skigebiet. Den Teilnehmern wird in psychischer und physischer Hinsicht denn auch weit mehr abverlangt, so dass bei einer Skitour eher mit Fehl- oder Panikreaktionen von Jugendlichen gerechnet werden muss. Das Skigebiet war denn auch unbestrittenermassen für die Durchführung eines solchen Skitages geeignet. Bei den Teilnehmenden handelte sich um die Stammklasse des Angeklagten, welche dieser bereits seit 2 1/2 Jahren unterrichtete und deshalb gut kannte. Am Skischultag nahmen laut dem Angeklagten insgesamt 17 Jugendliche im Alter zwischen ca. 16-18 Jahren teil, wobei der ver-

unfallte Y im Zeitpunkt des Unfalls 15 3/4 Jahre alt gewesen war. Es waren demnach allesamt Jugendliche, welche kurz vor Beendigung der obligatorischen Schulzeit standen. Die Anforderungen bei der Durchführung von einem Skitag mit Jugendlichen in diesem Alter können jedoch nicht gleichgesetzt werden mit einem Skitag mit Primarschülern. Gemäss Angaben des Angeklagten handelte es sich um eine absolut disziplinierte Klasse. Der Angeklagte, welcher der Realklasse auch Sportunterricht erteilte, beschrieb Y als schnell, beweglich und gewandt. Er sei körperlich eher kräftig und gross gewesen und habe sich bezüglich körperlicher Fitness und allgemeiner Gewandtheit nicht von anderen Schülern unterschieden. Er sei kein Draufgänger gewesen. Der Angeklagte bezeichnete Y als sehr zuverlässig. Auch die befragten Mitschüler beschrieben Y einhellig als sportlichen Typ. Der Verunfallte befand sich demnach in guter physischer Verfassung. Der Angeklagte kannte folglich die körperliche Leistungsfähigkeit von Y. Dass er hierüber nicht im Bilde war, ist denn auch nicht angeklagt. Unbestrittenermassen war Y ein Anfänger auf dem Snowboard. Gemäss Zeugenaussagen von E nahm Y jedoch als Skifahrer im Jahre 1994 an einem einwöchigen Skilager der Primarschule Bachenbülach in St. Moritz teil, an welchem den teilnehmenden Schülern auch die FIS-Regeln beigebracht worden sind und insbesondere auch auf das Verhalten auf der Skipiste geachtet worden ist, auch bei den Snowboardern.

c) Die Witterungs- und Pistenverhältnisse waren gemäss den Akten gut. Y befuhr die Grotzenpiste und kam in einer Mulde zu Fall. Diese Mulde, welche im untersten Drittel der Abfahrtspiste „Grotzen“ am Sternenaufstieg nach rechts in Richtung Absturzstelle führt, weist von der Abschränkung (mit gelb-schwarzen Wimpeln) am Pistenrand bis zum eigentlichen Abgrund eine Länge von 123 m auf. Die ersten 78 m verlaufen dabei mit einer Neigung von ca. 8-10°, die weiteren 45 m mit ca. 20°. Nach 78 m befindet sich linksseitig ein markanter Wurzelstock. In diesem Bereich blieb das Snowboard von Y in einem nahen Gebüsch hängen (Nachtragsbericht der Kantonspolizei Schwyz vom 19. März 2001). Gemäss eingeholtem Gutachten handelt es sich bei der Grotzenpiste um eine rot markierte und somit mittelschwere Skiabfahrt, die vom Verkehrssicherungspflichtigen markiert, signalisiert, präpariert und vor alpinen Gefahren gesichert werden muss. Die Pisten seien in möglichst gefahrlosem Gelände anzulegen und müssten der Kapazität der Zubringeranlagen entsprechen. Die ab dem Kleinen Sternen abgehenden Pisten, insbesondere auch die Grotzenpiste, entsprechen gemäss dem Gutachter diesen Forderungen. In der Regel seien die Pisten nach Schwierigkeitsgrad eingeteilt und durch die Randmarkierung beidseitig begrenzt. Fallenartige Hindernisse, die der auf Vorsicht bedachte Skifahrer nicht rechtzeitig zu erkennen vermöge und die wie wirkliche Fallen wirken würden, müssten bezeichnet werden. Zur Signalisation gehöre auch der Schutz am Pistenrand, soweit dieser Gefahren berge. Dabei handle es sich um einen eng begrenzten Raum von wenigen Metern (2 m). Insbesondere gebe es Ausfahrten auf Varianten „wilde Pisten“ entsprechend zu bezeichnen.

A. 4.1

Überall dort, wo direkt am Pistenrand Absturzgefahr bestehe, müssten Abschränkungen angebracht werden. Wo diese Gefahren nicht unmittelbar am Pistenrand liegen, genüge eine Absperrung mit einer sog. Flatterleine. Der Gutachter wies denn auch in diesem Zusammenhang auf die weit grössere Distanz zwischen Piste und Absturzstelle hin. Weiter seien Felsabbrüche, steile Querpassagen usw. deutlich zu signalisieren. Gemäss Gutachter ist die Randmarkierung an der Unfallstelle durch eine Gefahrenabspernung ergänzt worden. Diese Absperrung sei viele Meter entfernt von der eigentlichen Absturzstelle angebracht und genüge der Sache und den Vorgaben der SKUS. Weiter wies der Gutachter darauf hin, dass es im Unfallbereich keine Engpässe gebe und somit sich aus dieser Sicht keine seitliche Begrenzung aufdränge. Eine Abschränkung wegen Absturzgefahr habe es nicht gegeben, weil diese auch nicht erforderlich gewesen sei, da die Absturzgefahr weit ausserhalb der Piste liege. Schliesslich könne in diesem Bereich auch niemals eine Variante „Wilde Piste“ entstehen, da kein entsprechendes Gelände angrenze. Die Randbezeichnung mit gelb/schwarz gestrichenen Holzstangen und ebenso gefärbten Flatterleinen wurde vom Gutachter zusammenfassend als vorbildlich bezeichnet. Das entsprechende Strafverfahren gegen den Verantwortlichen der Hoch-Ybrig AG wurde denn auch eingestellt. (...).

4.a) In Anklageziffer 1 wird dem Angeklagten zusammengefasst ungenügende Ortskenntnis sowie gestützt darauf mangelnder Hinweis der Schüler auf allgemeine alpine Gefahren und explizit auf die besondere Gefahr des „Nieschplänglis“ vorgeworfen.

Unbestritten ist, dass der Angeklagte vor dem besagten 18. März 1999 im Skigebiet Hoch-Ybrig bereits mehrmals Skifahren war. Dass er sich nicht mehr an die genaue Anzahl der von ihm im Skigebiet gefahrenen Tage sowie das letztmalige Befahren zu erinnern vermag, kann dem Angeklagten entgegen den Behauptungen der Straf- und Zivilkläger nicht vorgeworfen werden. Er bezifferte diese mit drei bis vier Mal resp. 5 bis 10 Mal. Anlässlich der Berufungsverhandlung wies der Angeklagte denn auch darauf hin, es sei für ihn schwierig, die genaue Zahl zu sagen, und gab schliesslich an, er würde nunmehr sieben Mal sagen. Es ist davon auszugehen, dass der Angeklagte ein gutes halbes Dutzend Mal im Skigebiet Hoch-Ybrig Skifahren gegangen ist. Ihm ist folglich zuzugestehen, dass er das fragliche Skigebiet und mithin auch die rot markierte Grotzenpiste im Besonderen gekannt und selbst mehrmals befahren hatte. Dem Angeklagten kann demnach nicht der Vorwurf fehlender Information über den Charakter des Skigebietes Hoch-Ybrig gemacht werden. Bei der Durchführung dieses Skitages in einem geschlossenen und gesicherten Gebiet erübrigte sich auf Grund der Ortskenntnisse des Angeklagten ein erneutes Rekognoszieren vor Ort, wie dies die Straf- und Zivilkläger verlangen. Der Angeklagte fuhr denn auch nicht blind in das Skigebiet, wie dies die Straf- und Zivilkläger behaupten. Ebenso wenig kann den Straf- und Zivilklägern resp. der Staatsanwaltschaft gefolgt werden, wenn ausgeführt wird, der Angeklagte sei nicht in der Lage gewesen, eine Gefahrenanalyse in Bezug auf die Grotzenpiste vorzunehmen und dadurch die

inhärenten Gefahren einer Benützung dieser Piste auf Grund von deren exponierter Lage in Bezug auf das Nieschplänggli zu erkennen sowie dass sich auf der ganzen Länge der Abfahrtspiste eine tödliche Absturzgefahr befinden würde. Wie ausgeführt, kam der beigezogene Gutachter zum Schluss, dass die Grotzenpiste der Forderung, dass Pisten in möglichst gefahrlosem Gelände anzulegen sind, entspricht. Entgegen den Ausführungen der Straf- und Zivilkläger befand sich im unmittelbaren Bereich des Pistenrandes der Grotzenpiste denn auch gemäss Gutachter kein Gefahrenbereich. Dieser lag weit über 100 Meter von der Piste entfernt, so wie es selbst in einfachen Skigebieten zu Dutzenden vorkommt. Eine umfassende Analyse hinsichtlich solcher möglicher Gefahren, die weit ab von den gesicherten Pisten in einem geschlossenen Skigebiet anzutreffen sind, verunmöglichen in der Tat die Durchführung von solchen Skitagen mit Jugendlichen und sind somit mit einem vernünftigen Sorgfaltsmassstab nicht mehr vereinbar. Insofern kann der Vorinstanz beigepflichtet werden. Wie die Staatsanwaltschaft selbst in ihrer Berufungsbegründung vorbringt, ist es unmöglich, Risiken gänzlich auszuschalten. Hieraus folgt, dass dem Angeklagten auch kein Vorwurf gemacht werden kann, dass er auf mögliche Gefahren des Nieschplängglis im Speziellen, welches über 100 Meter von der ausreichend gesicherten Pisten entfernt liegt, nicht hingewiesen hat. Weiter gilt festzuhalten, dass die Anklage dem Angeklagten nicht vorwirft, er hätte den Schülern das Verlassen der Piste nicht verboten, wie auch die Staatsanwaltschaft sowohl im erstals auch im zweitinstanzlichen Verfahrens betonte. Weiter gesteht die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten auch zu, dass letzterer den Schülern bei der Bergstation verboten hatte, die Weglosen-Abfahrt, die schwierigste Piste des gesamten Skigebietes, hinunter zu fahren. Hinsichtlich der erteilten Instruktionen ist festzuhalten, dass unmittelbar nach dem Unfall nebst dem Angeklagten lediglich die beiden Mitschüler A und C polizeilich einvernommen worden sind. Da sich das Augenmerk der einvernehmenden Polizisten auf den Unfallhergang sowie die Gruppeneinteilung richtete, wurden die beiden Schüler auch nicht konkret zu allfälligen weiteren Instruktionen durch den Lehrer im Klassenzimmer und/oder auf der Piste befragt. Erst anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahmen, welche mehr als ein Jahr später stattfanden, wurden die Schüler hierzu befragt. Der Schüler B verneinte, dass der Angeklagte Instruktionen in der Schule erteilt habe. Auf die Frage, ob der Angeklagte über FIS-Regeln, Verhalten auf der Piste, Bedeutung der Signale und Farben der Pistenstangen, Schwierigkeitsgrad der Pisten sowie Abschränkungen instruiert habe, antwortete B, er wisse dies nicht mehr. Er glaube sich zu erinnern, dass er (der Angeklagte) gesagt habe, sie sollten aufpassen. Jedem sei doch klar, dass man nicht über abgesperrte Zonen dürfe. Er kenne eigentlich die FIS-Regeln nicht, er wisse aber, dass die schwarze Piste die schwierigste sei. Schüler C bejahte die Frage, ob der Lehrer irgendwelche Instruktionen gegeben habe. Er habe in der Schule gesagt, sie sollen immer mindestens zu zweit Skifahren. Im Hoch-Ybrig habe er dies wiederholt. Die Frage, ob über FIS-Regeln, Verhalten auf der Piste, Bedeutung der Signale und Farben der Pistenstangen, Schwierigkeitsgrad der Pisten sowie

A. 4.1

Abschränkungen instruiert worden sei, verneinte er. Er kenne aber diese Regeln. Weitere Instruktionen habe er nicht erteilt, er wisse jedenfalls nichts mehr davon. Er kenne die Bedeutung der gelb/schwarzen Flatterlinie. Schüler A sagte aus, er wisse nicht mehr genau, ob er (der Angeklagte) im Schulzimmer etwas gesagt habe. Er habe ihnen gesagt, dass sie immer zu zweit oder dritt zusammenbleiben sollen. Ob er dies im Hoch-Ybrig oder in der Schule gesagt habe, wisse er nicht mehr. Hinsichtlich der Frage, ob über FIS-Regeln, Verhalten auf der Piste, Bedeutung der Signale und Farben der Pistenstangen, Schwierigkeitsgrad der Pisten sowie Abschränkungen instruiert worden sei, meinte A, er habe das schon gewusst, das habe eigentlich jeder schon gewusst. Ob der Lehrer etwas gesagt habe oder nicht, wisse er nicht mehr. Weiter habe nach der Gondelfahrt eine Instruktion durch den Lehrer stattgefunden, nachher nicht mehr. Er kenne die Bedeutung der gelb/schwarzen Flatterlinie. Die Frage, ob er sich erinnern könne, dass der Lehrer in der Schule oder sonst vor dem Skifahren gesagt habe, dass man auf der Piste bleiben solle bzw. die Piste nicht verlassen dürfte, antwortet er, er denke schon, dass der Lehrer es gesagt habe, er könne sich aber nicht mehr erinnern. Er nehme an, dass er es gesagt habe. Auf Grund der verstrichenen Zeitdauer ist nachvollziehbar, dass sich die Schüler nicht mehr exakt an die Vorkommnisse vor dem Unfall erinnern können. Es kann folglich nicht mehr eruiert werden, welche Instruktionen der Angeklagte tatsächlich erteilt hatte. Es ist somit zu Gunsten des Angeklagten auf dessen Aussagen abzustellen. Der Angeklagte betonte mehrfach, er habe den Schülern verboten, die Piste zu verlassen und er habe den Schülern gesagt, es werde nur auf markierten Pisten gefahren. Über welche alpinen Gefahren es der Angeklagte konkret unterliess, die Schüler aufzuklären, wurde von der Anklagebehörde nicht dargetan. Vor Erstinstanz gab der Angeklagte schliesslich an, die allgemeinen Gefahren im Gebirge seien zur Sprache gekommen und zwar sei über eine Serie von Snowboardfahrern, welche sich verirrt hätten, diskutiert worden. Demnach kann den Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich minimaler Aufklärung über alpine Gefahren zugestimmt werden. Allen befragten Jugendlichen war klar, dass sie die Piste nicht verlassen durften. Ebenso war ihnen die Bedeutung der in casu angebrachten Abschränkung klar. Dieses Wissen kann denn auch bei 16-18-jährigen Jugendlichen kurz vor Eintritt ins Erwachsenenalter erwartet werden, so auch beim Verunfallten Y, welcher wie ausgeführt im Jahre 1994 an einem einwöchigen Skilager der Primarschule Bachenbülach in St. Moritz teilgenommen hatte. Dem Angeklagten kann in diesem Punkt keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden.

b) Hinsichtlich des Vorwurfs, der Angeklagte habe keine Begleitperson mitgenommen (Anklageziffer 4), kann den erstinstanzliche Erwägung vollumfänglich zugestimmt werden (§ 136 GO). Im Kanton Zürich besteht grundsätzlich keine gesetzliche Regelung bezüglich Durchführung eines eintägigen Skianlasses und somit auch keine Regelung hinsichtlich des Beizugs von Begleitpersonen für solche Anlässe. Der Beizug einer Begleitperson für einen eintägigen Ausflug ist somit reglementarisch nicht vorgeschrie-

ben. Ein solcher Beizug erscheint im konkreten Fall auf Grund des Alters der Jugendlichen der Realklasse zwischen 16-18 Jahren, der Anzahl der teilnehmenden Personen sowie der Art der Unternehmung, d.h. eines Skitages in einem überschaubaren und kleinen Skigebiet, auch nicht angezeigt. Die Grösse des Skigebietes sprach nicht für die Mitnahme einer Begleitperson, wie dies die Straf- und Zivilkläger behaupten. Ebenso ist die seitens der Straf- und Zivilkläger vorgebrachte Unübersichtlichkeit zu verneinen. Tatsächlich können und wollen Jugendlichen in diesem Alter auch eine gewisse Eigenverantwortung wahrnehmen, wie dies die Vorinstanz zutreffend ausführt. Der Staatsanwaltschaft kann nicht gefolgt werden, dass der Angeklagte schlechte Erfahrungen bei Aufhalten mit seinen Schülern im Skigebiet hatte. Zum einen führte der Angeklagte selbst mit dieser Klasse den ersten Skitag durch. Zum anderen kannte der Angeklagte die Klasse aus 2 1/2 Jahren Unterrichtserfahrung, nicht zuletzt auch im Fach Sport, und stufte sie als zuverlässige Klasse ein. Er hat mit ihnen denn auch schon Velotouren und Herbstwanderungen gemacht. Der Angeklagte betonte, er habe auch nicht damit gerechnet, dass seine Schüler Varianten fahren oder die Piste verlassen. Im Skilager seien die Schüler nicht in seiner Gruppe gewesen. Gemäss Aussage des Angeklagten habe ein jüngerer Kollege von ihm, welcher noch Student gewesen sei und eine Snowboardgruppe geleitet habe, anlässlich des Skilagers das Variantenfahren gesucht. Sie seien aber ermahnt worden, dies zu unterlassen. Diese hätten zusammen mit ihrem Leiter gekifft und Alkohol getrunken. Aus seiner Klasse seien zwei dabei gewesen. Nichtsdestotrotz hatte der Angeklagte Vertrauen in seine gesamte Klasse und stufte sie insgesamt als diszipliniert ein. Die Vorkommnisse im Skilager, welche lediglich zwei seiner Schüler betrafen, lassen nicht den generellen Schluss auf einen Mangel an Reife und gefestigten Charakter der Klasse und insbesondere der zwei Schüler zu, ging doch der besagte junge Leiter den Jugendlichen mit schlechtem Beispiel im Skilager voran. Diese Gruppe unter der Leitung des Studenten wurde in der Folge denn auch ermahnt. Mithin hat der Angeklagte keine Sorgfaltspflichten verletzt. Selbst wenn nun sowohl den Straf- und Zivilklägern als auch der Staatsanwaltschaft gefolgt würde und eine Sorgfaltspflichtverletzung durch den Nichtbeizug einer weiteren Begleitperson bejaht werden würde, erscheint fraglich, ob eine Begleitperson und/oder der Angeklagte selbst im Unfallzeitpunkt gerade den Schüler Y betreut, diesen tatsächlich auch im Blickfeld gehabt und diesen alsdann effektiv davon abgehalten hätte, sich zu Fuss auf die Suche nach seinem Snowboard zu machen. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass der Erfolg mit der seitens des Bundesgerichts geforderten höchsten Wahrscheinlichkeit durch den Beizug einer einzelnen Begleitperson ausgeblieben wäre. In diesem Punkt wäre mithin die Zurechenbarkeit zu verneinen.

c) Die Vorinstanz wirft dem Angeklagten jedoch vor, er habe seine Sorgfaltspflichten verletzt, indem er sich nicht genügend über das fahrerische Können von Y informiert habe und es deshalb unterlassen habe, diesen auf eine leichtere Piste zu verweisen. Den erstinstanzlichen Erwägungen hierzu

A. 4.1

kann grundsätzlich beiegepflichtet werden (§ 136 GO). Selbst wenn den Ausführungen des Angeklagten gefolgt würde, dass Y ihm mitgeteilt habe, er könne Snowboardfahren und der Angeklagte demzufolge davon ausgegangen ist, dass Y nicht das erste Mal auf dem Snowboard gestanden sei, ist zu vermerken, dass der Angeklagten zugeständenermassen wusste, dass Y Anfänger auf dem Snowboard war, unabhängig davon, wie viele Male dieser bereits Snowboard gefahren ist. Bereits in seiner ersten Einvernahme gab er denn auch zu Protokoll, er habe gewusst, dass Y mit dem Board noch nicht so gut zu Recht gekommen und als Anfänger zu bezeichnen gewesen sei. Hinzu kommt, dass der Angeklagte Y bis zum Schulskitag weder Ski- noch Snowboardfahren gesehen hat. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Angeklagte, er habe gewusst, dass Y das Snowboard bei einer Kollegin ausleihen würde. Dem Angeklagten ist demnach vorzuwerfen, dass er sich selbst zu wenig über die fahrtechnischen Fähigkeiten von Y ins Bild gesetzt hatte. Er wäre verpflichtet gewesen, zumindest vor Ort im Hoch-Ybrig vorgängig das fahrerische Können von Y zu überprüfen, indem er ihn zu diesem Zweck zu Beginn des Skitages auf eine leichte Piste verwiesen hätte.

d) Schliesslich kann der Vorinstanz zugestimmt werden, dass die Gruppenbildung ungenügend gewesen ist (§ 136 GO). Die entsprechende Aufforderung des Angeklagten zur Gruppenbildung war zu unbestimmt. Der Angeklagte nahm hierzu weder auf die Grösse der Gruppen noch auf deren Zusammenstellung Einfluss. Da sich der Angeklagte bei seinen Schülern auch nicht über die Gruppenzusammensetzung informierte bzw. bei der Gruppenbildung mitbestimmte, war er gar nicht in der Lage zu überprüfen, ob – wie von ihm angeordnet – auch in den bestehenden Gruppen gefahren wurde. Gleichzeitig fühlten sich die Schüler mangels möglicher Kontrolle durch den Lehrer auch nicht verpflichtet, in jeweils derselben Gruppe zu fahren, so dass auch untereinander eine Kontrolle fehlte, wie es die Anklage dem Angeklagten zu Recht vorwirft. Dies zeigt vor allem die Tatsache, dass die Schüler ihre anfängliche Gruppenzusammensetzung änderten und mit anderen Schülern weiterfuhren. So wurde denn auch der tödliche Unfall von Y erst Stunden nach dem Unfall festgestellt.

5.a) Nachfolgend gilt es zu überprüfen, ob die genannten Unterlassungen für den Erfolg kausal waren. Zur Feststellung dieses Kausalzusammenhangs muss hypothetisch geprüft werden, ob sich der Eintritt des Erfolgs durch die unterlassene Handlung hätte vermeiden lassen.

b) aa) Selbst beim Fahren in bestehenden verbindlichen Gruppen, bei welchen die Mitglieder in etwa ein ähnliches Fahrniveau aufweisen, wie dies die Anklage verlangt, kann nicht verhindert werden, dass sich eine Gruppe zwangsläufig auseinander zieht. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Y im entscheidenden Moment nicht in Sichtweite der restlichen Gruppe befand, sei es, dass er z.B. als letzter der Gruppe fuhr und für die anderen Fahrer hinter der Kuppe nicht sichtbar war. In casu zeigte sich, dass der mit

Y im entscheidenden Moment fahrende A hinter der Kuppe auf Y wartete. Als dieser nicht kam, rief A seinen Namen und begab sich alsdann den Hang entlang, um nach Y zu sehen, fand diesen aber bereits nicht mehr vor. Möglich ist auch, dass sich Y zwar in Sichtweite von anderen Gruppenmitgliedern befunden hätte, letztere aber Y nicht rechtzeitig vom Verlassen der Piste hätten abhalten können. So ist nicht nachgewiesen, dass der Tod von Y durch eine genügende Gruppenbildung höchstwahrscheinlich ausgeblieben wäre.

bb) Hinsichtlich der festgestellten Sorgfaltspflichtverletzung, dass sich der Angeklagte zu wenig über die fahrtechnischen Fähigkeiten von Y ins Bild gesetzt hatte (...) sagen die Schwierigkeitsgrade der Piste nichts über weit ausserhalb der Piste sich befindliche Gefahren aus. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, hätte sich ebenso gut auch auf einer leichten, blauen Piste der Unfall ereignen können, wenn ausserhalb der Piste eine entsprechende Gefahr gelauert hätte. Im unmittelbaren Bereich des Pistenrandes der Grotzenpiste befand sich gemäss Gutachter kein Gefahrenbereich. Fallenartige Hindernisse waren nicht vorhanden, ebenso wenig gab es im Unfallbereich Engpässe. Gemäss Aussagen des Schülers A stürzte Y bei gemächlicher Fahrt auf der Piste im Bereich einer Mulde, wobei A diesen Sturz als harmlos bezeichnete. Da Y hierauf Mühe bekundet habe, den Gegenhang hochzukommen, habe er Y gesagt, er solle zu Fuss hochkommen. Selbst wenn nun ein geübter Snowboardfahrer an derselben Stelle gestürzt wäre, hätte auch dieser Mühe bekundet, in der fraglichen Mulde den Gegenhang hochzukommen, was nota bene erst recht bei Stürzen eines Snowboarders – sei es als Anfänger, sei es als Fortgeschrittener – auf flacheren, leichteren Pisten der Fall wäre. In allen genannten Fällen hätte ein gestürzter Snowboarder sein Snowboard ausziehen müssen, um einen Gegenhang hochzukommen, unabhängig davon, wie steil dieser Hang gewesen wäre. Insofern kann nicht von einer besonderen Schwierigkeit der Grotzenpiste ausgegangen werden. Diese Schwierigkeiten lauern gegenteils erst recht bei flacheren, einfacheren Pisten, welche auch über eine gewisse Schrägneigung verfügen. Mit anderen Worten hätte auch auf einer leichten Piste bei einem Sturz in einer kleineren Mulde ein Snowboardfahrer den Gegenhang zu Fuss erklimmen müssen, um weiterfahren zu können. Gemäss Anklage zog Y in der Folge seine Handschuhe aus und deponierte sie am rechten Pistenrand. Beim Lösen der Bindung muss Y dann das Snowboard aus der Hand geglitten sein, worauf dieses von der Piste in das trichterförmige Couloir in Richtung des „unteren Nieschplänggli“ abrutschte. Unverzüglich machte sich Y zu Fuss auf die Suche nach dem Snowboard. Er verliess dafür die Skipiste, überstieg oder unterquerte die gelb-schwarze Flatterleine und begab sich in Richtung der Absturzstelle. Nicht angeklagt ist, dass Y zu diesem Zeitpunkt wegen seiner Ungeübtheit auf dem Snowboard erschöpft gewesen wäre. Dies lässt sich auch nicht auf Grund der Akten erhärten. Im Unfallzeitpunkt war Y knapp eine Stunde unterwegs. Schüler B, welcher mit Y am längsten gefahren ist und selbst Anfänger war, meinte hierzu, dass es Y zwar „angeschissen“ habe, dass er immer wieder stürzte. Es habe Y aber andererseits gefreut, dass er es

A. 4.2

mit dem Snowboard probiert hätte. Sie hätten auch zusammen gelacht, wenn der eine oder andere umgefallen sei. Das fahrerische Können des Verunfallten und/oder der Schwierigkeitsgrad der Piste waren nach dem Gesagten nicht kausal für den Eintritt des Erfolges, d.h. des Eintritts des Todes auf Grund eines Absturzes des Verunfallten mehr als 100 Meter ausserhalb der markierten Pisten, nachdem dieser in gemächlicher Fahrt auf der Piste harmlos gestürzt und alsdann zu Fuss auf der Suche nach seinem Snowboard die Abschränkungen überstiegen oder unterquert hatte.

Schliesslich bleibt anzufügen, dass bei einem Snowboardanfänger wie Y, welcher als sportlicher Typ und sich in guter konditioneller Verfassung befindlicher Jugendlicher von fast 16 Jahren beschrieben wird, eine mittelschwere Piste, welche streckenweise über steilere Hänge verfügt als eine leichte, blaue Piste, sich nicht generell als ungeeignet erweist, so um z.B. gewisse Fahrtechniken wie Abrutschen am Hang zu trainieren. So sagte Schüler A anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme aus, er habe schon vielen geholfen, das Snowboardfahren zu erlernen. Auf die Frage, ob er dachte, dass diese Piste für Y zum Anfangen geeignet gewesen sei oder ob ein anderer Ort geeigneter gewesen wäre, meinte er, er habe es nicht schlecht gefunden, dort einem Anfänger das Snowboardfahren zu zeigen. Es kann somit nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Grotenpiste von ihrer Beschaffenheit her für den fast 16-jährigen und sportlichen Verunfallten gänzlich ungeeignet gewesen wäre. So kann mithin nicht ausgeschlossen werden, dass Y im Verlaufe des Tages auf der Grotenpiste gefahren wäre. Insofern kann der Staatsanwaltschaft und den Straf- und Zivilklägern nicht gefolgt werden. Der Erfolg ist zusammenfassend dem Angeklagten nicht zurechenbar.

c) Aus all diesen Gründen hat die Vorinstanz den Angeklagten zu Recht vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB freigesprochen. (...).

(Urteil vom 21. Dezember 2004, SK 2003 161 und 167).

4.2 Verjährung im Strafpunkt

- *Getrennte Verjährung in Schuld- und Strafpunkt?*

Aus den Erwägungen:

5. Das Bundesgericht hat neulich in Präzisierung seiner Rechtsprechung erwogen, dass eine nicht oder erfolglos mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde angefochtene letztinstanzliche kantonale Verurteilung materiell rechtskräftig bleibe und in Bezug auf diese Straftaten die Verfolgungsverjährung definitiv zu laufen aufhöre. Das gälte auch, wenn infolge der teilweise Gutheissung aus andern Gründen das angefochtene Urteil formal vollum-

fänglich aufgehoben werde und die kantonale Instanz etwa wegen des Dahinfallens von Verurteilungen des Beschuldigten in anderen Punkten die Strafe neu bemessen werden müsse (BGE 129 IV 313 f. E. 6.2.2). Dies hat das Bundesgericht damit begründet, dass weder die Vorinstanz im neuen Entscheid noch das Bundesgericht in einem weiteren Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde auf eine Verurteilung zurückkommen darf, die mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde nicht oder erfolglos angefochten worden ist (ebd. S. 314 mit Hinweisen).

a) Dass auf die Schuldsprüche, welche der Beschwerdeführer mit seiner ersten Nichtigkeitsbeschwerde ans Kantonsgericht erfolglos angefochten hat, nicht mehr zurückzukommen ist (vgl. vorne E. 2), liegt auf der Linie des zitierten Entscheides des Bundesgerichts.

b) Die Frage, ob mit der Rechtskraft der Schuldsprüche die Verfolgungsverjährung für eine noch nicht festgesetzte Strafe eintreten könne, hat sich für das Bundesgericht nicht ausdrücklich gestellt. Es hat nur befunden, dass für die infolge Dahinfallens anderer Verurteilungen notwendig gewordene Neubemessung einer rechtskräftig festgesetzten Strafe ab der Eröffnung des Bundesgerichtsentscheides die Verfolgungsverjährung nicht mehr weiter laufe. Gestützt auf diesen Entscheid lässt sich deshalb nicht ableiten, dass bei Auseinanderfallen von Schuld- und Strafspruch die Verfolgungsverjährung mit der Rechtskraft des Schuldspruches zu laufen aufhöre. Eine solche Schlussfolgerung lässt sich aus folgenden Gründen denn auch nicht mit den Verjährungsvorschriften des Strafgesetzbuches vereinbaren.

c) Mit Eintritt der formellen Rechtskraft endet die Verfolgungsverjährung und beginnt grundsätzlich die Vollstreckungsverjährung (§ 159 Abs. 1 StPO; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, § 84 Rz 11; StGB-Müller, BSK, Art. 70 Rz 5). Die Vollstreckungsverjährung hindert die Strafvollzugsbehörden an der Vollstreckung einer rechtskräftig ausgesprochenen Strafe (StGB-Müller, BSK, vor Art. 73 Rz 1). Die Vollstreckung setzt die rechtskräftige Ausfällung einer Strafe voraus, da ein Schuldspruch ohne Strafe nicht vollstreckbar ist. Die Verfolgungsverjährung bedeutet dagegen „den Untergang des gesetzlichen Strafanspruches durch Zeitablauf“ (Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964, Nr. 407). Sie wird durch die Verurteilung, in welcher sich der Strafanspruch des Staates erschöpft, gewahrt (Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Rz 5). Der Entscheid im Strafpunkt gehört somit aufgrund der gesetzlichen Konzeption des alten Verjährungsrechts in den Bereich der Verfolgungsverjährung. Der Täter kann erst dann definitiv nicht mehr als verfolgt gelten, wenn auch über den Strafpunkt rechtskräftig entschieden worden ist.

Da die Verjährung dem mit dem Zeitablauf einhergehenden Bedeutungsverlust des Schuld- und Unrechtsausgleiches Rechnung tragen soll, geht es auch nicht an, einen unbestimmten verjährungsfreien Zeitraum zwischen den

A. 4.3

Schuld- und Strafspruch einzuschieben und dadurch die Strafverfolgung über die im Strafgesetzbuch vorgesehenen Fristen hinaus zu verlängern (ZBJV 87/1951 S. 127; vgl. Trechsel, a.a.o., Rz 8 vor Art. 70). Für die Annahme, dass die Strafe nicht innerhalb der Verfolgungsverjährungsfristen, sondern in einem „zeitfreien Raum im Verjährungsrecht“ zwischen Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung ausgefällt werden darf, fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage (vgl. Delnon/Rüdy, Wann ruht die Verjährung, AJP 9/2000 S. 1060 f. mit Hinweisen). Eine solche Konstruktion zu Ungunsten des Beschuldigten bedürfte ebenso einer klaren, bestimmten gesetzlichen Grundlage, wie das Bundesgericht in nicht publizierten Erwägungen des vorne zitierten Entscheides für die Annahme einer verjährungsrechtlichen Einheit verlangt (nicht publizierte E. 1.1 von 6S.184/2003 = BGE 129 IV 305 ff.). (...).

7. Aufgrund des Gesagten ist die mit angefochtenem Urteil festgesetzte Strafe aufzuheben und das Verfahren gegen den Beschwerdeführer gestützt auf § 156 Abs. 1 StPO im Strafpunkt einzustellen. (...).

(Beschluss vom 6. März 2004, RK2 2003 447).

4.3 Verstoss gegen Umweltvorschriften

- *Verwendung von Jauche bei einer Hangneigung von mehr als 50%.*
- *Fahrlässige Verletzung der Vorschriften über Stoffe oder Organismen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. e USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG, Art. 9 Abs. 1 StoV und Anhang 4.5 Ziff. 31 Abs. 1 lit. b StoV (Erw. 2b).*
- *Fahrlässige Verletzung der Grundsätze über den Umgang mit Organismen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. f USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG und Art. 29a Abs. 1 lit. a USG (Erw. 2c).*

Aus den Erwägungen:

1.a) In tatsächlicher Hinsicht unbestritten ist, dass der Angeklagte am 12. und 13. November 2002 auf dem von ihm bewirtschafteten Wiesland im Gebiet X, welches zum Teil eine Hangneigung von mehr als 50% hat, ca. 10 Fass à 3'000 Liter Gülle auf einer Fläche von ca. 1.5 ha ausgetragen hatte. (Am 19. November 2002 war bei der Umweltschutzpolizei die Anzeige eingegangen, verschiedene Bauern hätten Jauche ausgebracht; obwohl die Böden massiv durchnässt seien).

b) Im eingeholten Gutachten kam der Experte zum Schluss, der Boden sei im massgebenden Zeitpunkt nicht wassergesättigt gewesen. Ebenso stellte der Experte fest, dass mit Ausnahme der Gefahr bei Gülleaustrag auf steilen Flächen sämtliche empfohlenen Massnahmen zur Verhinderung einer Gefährdung getroffen worden seien. (...). Die Vorinstanz kam zum Schluss,

dass der Angeklagte beim Austragen der Jauche davon ausgegangen sei, dass er keine erhöhte Gefahr für die Umwelt schaffe. Hätte er jedoch die von ihm geforderte Vorsicht walten lassen, so hätte er auf das Düngen der extrem steilen Hanglagen verzichtet. Durch sein unvorsichtiges Handeln habe er eine abstrakte Gefährdung geschaffen. Da er das Risiko der Tatbestandsverwirklichung nicht bedacht habe, habe er die abstrakte Gefahr fahrlässig verursacht.

Die Vorinstanz verurteilte den Angeklagten schliesslich wegen fahrlässiger Verletzung der Vorschriften über Stoffe oder Organismen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. e USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG, Art. 9 Abs. 1 StoV und Anhang 4.5 Ziff. 31 Abs. 1 lit. b StoV sowie wegen fahrlässiger Verletzung der Grundsätze über den Umgang mit Organismen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. f USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG und Art. 29a Abs. 1 lit. a USG.

2.a) Die materiellen Strafbestimmungen des Art. 60 Abs. 1 USG bedrohen Verstösse gegen die Verhaltensvorschriften des USG und seiner Ausführungsbestimmungen mit Strafe. Die Verhaltensvorschriften, auf die jeweils in Klammern verwiesen wird, präzisieren die Strafbestimmungen von Art. 60 StGB (Ettler, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Vorb. zu Art. 60-62 N 8 f.).

Gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. e USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder Busse bestraft, wer fahrlässig Vorschriften über Stoffe oder Organismen verletzt (Art. 29, 29b Abs. 2, 29f, 30a Best. b und 34 Abs. 1). Gleich sanktioniert wird laut Art. 60 Abs. 1 lit. f USG, wer fahrlässig mit Organismen so umgeht, dass die Grundsätze von Art. 29a Abs. 1 verletzt werden. Diese beiden Strafbestimmungen gilt es im Folgenden auseinander zu halten.

b) aa) Täter gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. e USG kann sein, wer Adressat bestimmter bundesrätlicher Vorschriften über umweltgefährdende Stoffe oder Organismen ist und diese Vorschriften nicht einhält, so auch die Verwender von Stoffen. Best. e, bei welcher es sich um eine Blankettnorm handelt und demnach die mit Strafe bedrohten Tathandlungen nicht umschreibt, verweist in der Klammer auf Ermächtigungsnormen. Diese erlauben dem Bundesrat bzw. den Kantonen qualifizierte Eingriffe in das Prinzip der Selbstverantwortung, welches das System der Stoff- bzw. Organismenrechtsetzung prägt. Solche Eingriffe sollen u.a. gemäss Art. 29 USG erfolgen, wenn die Gefährdung von Mensch und Umwelt dies erfordert. Die gestützt auf die in den Klammern genannten Artikel erlassenen Bestimmungen konkretisieren den Tatbestand von Best. e (Ettler, a.a.O., Art. 60 N 65 f.; vgl. auch BSK StGB I-Popp, Art. 1 N 19).

Art. 29 USG («Vorschriften des Bundesrates»), auf den Art. 60 Abs. 1 lit. e USG verweist, betrifft Stoffe, die aufgrund ihrer Eigenschaft, Verwendungsart oder Verbrauchsmenge die Umwelt oder mittelbar den Menschen gefährden können. Bei Art. 29 Abs. 1 USG handelt es sich um eine reine Delegationsnorm, welche den Bundesrat ermächtigt, hierzu Vorschriften zu

A. 4.3

erlassen. Art. 29 USG enthält demnach keine unmittelbar anwendbaren Regelungen. In Art. 29 Abs. 2 lit. a USG wird diese Ermächtigung konkretisiert und namentlich der Dünger benannt als Stoff, der gemäss seiner Bestimmung in die Umwelt gelangt. Gestützt auf diese Ermächtigung in Art. 29 USG hat der Bundesrat die Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung, SR 814.013, nachfolgend StoV) erlassen (Leimbacher, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 29 N 9 ff.).

Die StoV spricht bezüglich Stoffe bzw. Organismen Bewilligungsvorbehalte aus, Verbote und Einschränkungen werden erst durch die Anhänge zur StoV festgesetzt. Den Straftatbestand von Best. e erfüllt nach dem Gesagten, wer solche Vorschriften verletzt (Ettler, a.a.O. Art. 60 N 67 f.). Erwähnt sei, dass die genannte Gesetzestechnik, d.h. die Strafbestimmungen mit zahlreichen Rückverweisungen zu versehen, kompliziert ist, wie bereits das Bundesgericht festgestellt hat (vgl. BGE 120 IV 78 E. 5; mit Hinweisen).

bb) Unbestrittenermassen handelt es sich bei der seitens des Angeklagten ausgetragenen Gülle resp. Dünger um einen Stoff im Sinne des USG (vgl. Art. 7 Abs. 5 USG, Art. 29 Abs. 2 lit. a USG, Art. 4 StoV, Anh. 4.5 Ziff. 1 Abs. 2 lit. a StoV). Hinsichtlich der Verwendung von Dünger hält Anh. 4.5 Ziff. 31 Abs. 1 lit. b StoV grundsätzlich fest, dass wer Dünger verwendet, u.a. den Standort berücksichtigen muss. Einschränkungen der Verwendung von Dünger regelt Anh. 4.5 Ziff. 32 StoV. So normiert Anh. 4.5 Ziff. 321, dass stickstoffhaltige Dünger nur zu Zeiten ausgebracht werden dürfen, in denen die Pflanzen den Stickstoff aufnehmen können. Weiter dürfen flüssige Dünger nur dann ausgebracht werden, wenn der Boden saug- und aufnahmefähig ist. Sie dürfen vor allem dann nicht ausgebracht werden, wenn der Boden wassergesättigt, gefroren, schneebedeckt oder ausgetrocknet ist. Anh. 4.5 Ziff. 33 StoV verbietet die Verwendung von Düngern in ökologisch sensiblen Gebieten wie Naturschutz- und Riedgebiet, Moore, Hecken etc. Demnach ist das Düngen bei einer Hangneigung von mehr als 50% gesetzlich nicht verboten. Überhaupt verbieten weder das USG, die StoV noch deren Anhang 4.5 grundsätzlich das Düngen bei einer bestimmten Hangneigung (vgl. Stellungnahme des Bundesamtes für Landwirtschaft vom 15. Dezember 2004). Hierzu äussert sich keiner der zitierten Bestimmungen. Eine entsprechende gesetzliche Verhaltensvorschrift, welche der Angeklagte in casu verletzt haben soll, vermag denn auch weder die Anklageschrift noch die Vorinstanz zu benennen, weshalb die Verurteilung mangels gesetzlicher Grundlage gegen das Legalitätsprinzip von Art. 1 StGB verstösst. Das seitens der Vorinstanz zitierte Merkblatt „Düngen zur richtigen Zeit“, herausgegeben vom Bundesamt für Landwirtschaft (nachfolgend BLW) und vom Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (nachfolgend BUWAL), sowie die Publikation „Grundlagen für die Düngung im Acker- und Futterbau 2001“ (GRUDAF 2001) der eidgenössischen Forschungsanstalt für Agrarökologie und Landbau (nachfolgend FAL), stellen keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verurteilung dar.

cc) Der Angeklagte ist demnach vom Vorwurf der fahrlässigen Verletzung der Vorschriften über Stoffe oder Organismen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. e USG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 USG, Art. 9 Abs. 1 StoV und Anhang 4.5 Ziff. 31 Abs. 1 lit. b StoV freizusprechen.

c) aa) Art. 29a USG erfasst jeden Umgang mit Organismen und legt in allgemeiner Form die Sorgfaltspflicht fest, die beim Umgang mit Organismen einzuhalten ist. Mit Organismen darf nur so umgegangen werden, dass Umwelt oder Menschen nicht gefährdet werden können. Das Element des Gefährden-Könnens trennt den erlaubten vom unerlaubten Umgang mit Organismen ab, was jedoch konkretisierungsbedürftig ist. Gefährdung bezeichnet die Situation, die bei unbeeinflusstem Verlauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Schädigung bzw. zu einer schädlichen Einwirkung auf Schutzobjekte führt. Der Begriff Gefahr enthält somit die Komponenten der Schädigung von Schutzgütern und der Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Schädigung eintritt. Unzulässig sind gemäss Art. 29a Umgangsformen, welche die Schutzgüter gefährden können. Damit ist nicht erst die konkrete Gefährdung unzulässig, sondern bereits die Möglichkeit einer Gefährdung bzw. eine abstrakte Gefährdung. Das Gesetz verlangt aber kein Null-Risiko. Als Gefährdung gilt nicht jegliche noch so entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit, die in signifikantem Ausmass höher ist als eine sozialadäquate oder normgemässe Grundwahrscheinlichkeit, dass das betreffende Rechtsgut beeinträchtigt wird. Der Umfang des zulässigen Risikos ist in Art. 29a nicht festgelegt. Der Umfang der erforderlichen Sorgfaltsmassnahmen richtet sich in erster Linie nach dem Risiko, das durch den Umgang mit Organismen geschaffen wird, also nach einem objektiven Massstab. Auf die persönlichen Verhältnisse und Kenntnisse ist hingegen bei der strafrechtlichen Beurteilung, ob jemand fahrlässig im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB gehandelt hat, abzustellen (Seiler, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 29a N 39, 50 f., 75, 80 f.).

Art. 60 Abs. 1 lit. f USG verweist nun auf diesen Art. 29a Abs. 1 USG, welcher als Verhaltensvorschrift regelt, dass mit Organismen nur so umgegangen werden darf, dass sie, ihre Stoffwechselprodukte oder ihre Abfälle die Umwelt oder den Menschen nicht gefährden können (lit. a) sowie die biologische Vielfalt und deren nachhaltige Nutzung nicht beeinträchtigen (lit. b); Art. 60 Abs. 1 lit. f USG bedroht Verstösse dagegen mit Strafe. Täter kann jede natürliche Person sein, die mit Organismen umgeht (Art. 7 Abs. 6ter USG; Ettlér, a.a.O., Art. 60 N 71 ff.; Seiler, a.a.O., Art. 29a N 100). Angesichts der enormen Unbestimmtheit des Gefährdungsbegriffs wird in der Lehre im Zusammenhang mit Organismen verlangt, der Straftatbestand Art. 60 Abs. 1 lit. f USG sei restriktiv auszulegen (vgl. Seiler, a.a.O., Art. 29a N 100, 102). Gemäss Bundesgericht ist die Sorgfaltspflicht, soweit eine gesetzliche Regel im Einzelfall fehlt, auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze sowie allgemein anerkannter Verhaltensregeln und Verkehrsnormen zu bestimmen, auch wenn diese von Privaten oder einem halböffentlichen Verband erlassen wurden und keine Rechtsnormen sind (BGE 120 IV 300 E.

A. 4.3

3d/aa; mit Hinweis auf BGE 118 IV 130 E. 3a). Der Richter muss diese im Hinblick auf die jeweilige Situation und die individuellen Fähigkeiten des Täters konkretisieren und im Einzelfall beurteilen, ob ein Regelverstoss strafrechtlich erheblich ist (BGE 120 IV 300 E. 3d/aa, mit Hinweisen). Demnach ist nach dem im Zeitpunkt eines Ereignisses bei anerkannten Fachleuten bekannten Wissen zu bestimmen, ob dem erlaubten Risiko unsorgfältig nicht genügend Rechnung getragen worden ist (Ettler, a.a.O., Art. 60 N 76).

bb) Zweifelsehne ist der in casu verwendete Hofdünger organismenhaltig, weshalb er den Organismen im Sinne des USG zuzuordnen ist (vgl. Art. 7 Abs. 5bis USG).

Als Grundlage zur Verwendung von Dünger bezeichnet der von der Vorinstanz beigezogene Experte in seinem Gutachten die Wegleitung für den Gewässerschutz in der Landwirtschaft (1994, Herausgeber BLW und BUWAL), das Merkblatt „Düngen zur richtigen Zeit“ (Herausgeber BLW und BUWAL) sowie die Publikation „Grundlagen für die Düngung im Acker- und Futterbau 2001“ (GRUDAF 2001; Herausgeber FAL). Der Gutachter führt aus, dass die Düngungsrichtlinien GRUDAF 2001 der Gülle auf Grund ihrer Eigenschaften ein relativ hohes Umweltgefährdungspotential sowohl bezogen auf die Umwelt wie auch im Hinblick auf technische und ökonomische Kriterien zuordnen würden. Bei Böden mit einer Hangneigung über 50% werde das Risiko der Abschwemmung und des Oberflächenabflusses als sehr hoch und der Boden als nicht belastbar mit flüssigen Düngern eingeschätzt. Die Ausbringung von flüssigen Düngern sei zu unterlassen. Nach dem Merkblatt würden Böden in steiler Hanglage (mehr als 50% Neigung) bezüglich der Abschwemmung einem hohen Risiko zugeordnet. Die Frage „Wann kann gedüngt werden?“ werde im Merkblatt mit „Es darf nicht gedüngt werden!“ beantwortet. Der Gutachter hält abschliessend wörtlich fest: „Die Aufnahme von Wasser und Nährstoffen im Gebiet X ist hauptsächlich durch die Hangneigung eingeschränkt. Die vorgefundene Hangneigung und die Aussagen der verwendeten Grundlagen zu Böden mit entsprechender Hangneigung führen zur Schlussfolgerung, dass nach einzelnen Grundlagen auf diesem Standort keine Gülle ausgebracht werden dürfte. Allerdings scheint die generelle Zuordnung von Böden über einer bestimmten Hangneigung, unabhängig von den weiteren Bodeneigenschaften, zu grob und berücksichtigt die tatsächlichen Verhältnisse nicht.“ In seiner Stellungnahme vom 15. Dezember 2004 führt das Bundesamt für Landwirtschaft aus, es habe zusammen mit dem BUWAL in Anlehnung an die obgenannte Wegleitung das Merkblatt „Düngen zur richtigen Zeit“ als Beratungshilfsmittel verfasst. Die Hanglage sei ein Kriterium unter diversen anderen, wobei es nicht um eine Priorisierung der einzelnen Kriterien gehe. Einzig auf Grund der Hanglage liege seiner Ansicht nach keine abstrakte Gefährdung der Umwelt vor, welche eine entsprechende Strafe auszulösen vermöge. In Anlehnung an Art. 14 GSchG müsste zudem die bezeichnete kantonale Behörde die Vorgaben für solche steile Hanglagen festlegen. Das zuständige kantonale Landwirtschaftsamt hält in seinem Schreiben vom 26. November 2004 fest, die Hangneigung beim Ausbringen von Gülle werde im Vollzug der Gewässer-

schutzbestimmungen im Kanton Schwyz nicht gewichtet. In gewissen Gebieten seien Landwirte aus topographischen Gründen gezwungen, Gülle auf Wiesland mit über 50% Hangneigung auszubringen. Dies geschehe mit der dafür notwendigen Sorgfaltspflicht. Unter Berücksichtigung idealer Witterungs- und Bodenverhältnisse und einer angepassten Güllemenge stelle dies auch kein Problem dar und eine Gefährdung von Mensch und Umwelt könne ausgeschlossen werden. Hinsichtlich des Merkblattes führt auch das Landwirtschaftsamt aus, dieses habe empfehlenden Charakter, gebe lediglich Hinweise zur Beurteilung der Boden- und Witterungsverhältnisse und helfe, den richtigen Düngungszeitpunkt zu finden. Abschliessend weist das Landwirtschaftsamt darauf hin, dass im Kanton Schwyz Landwirte, die den Betrieb nach den Richtlinien des ÖLN (ökologischer Leistungsnachweis nach Art. 70 Abs. 1 LwG) bewirtschaften, aus rein topographischen Gründen gezwungen seien, Gülle auf Wiesland mit über 50% Neigung auszubringen. Nach Ansicht des Landwirtschaftsamtes kann die Hanglage für die Bestrafung eines Landwirtes für das Ausbringen von Gülle nicht als Kriterium herbeigezogen werden.

Zusammengefasst besteht vorliegend keine gesetzliche Grundlage, welche das Austragen von Gülle in Steillagen explizit und generell verbietet (vgl. auch vorhergehende E. 2 b/bb). (...). Sämtliche beigezogenen Fachleute resp. Fachstellen sind demnach gegen ein generelles Verbot des Ausbringens von Gülle einzig auf Grund des Kriteriums der Hangneigung von mehr als 50%. Der Angeklagte hat gemäss Gutachten sämtliche geforderten Massnahmen, mit Ausnahme des Gefälles, berücksichtigt und die Jauche demnach massvoll ausgebracht, wie bereits die Vorinstanz festhält. Eine generelle abstrakte Gefährdung allein durch Austragen von Dünger bei einer Hangneigung von über 50%, ungeachtet von weiteren Faktoren, wie es die Anklage dem Angeklagten vorwirft, ist demnach zu verneinen, weshalb dem Angeklagten im vorliegenden Fall keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. (...).

(Urteil vom 1. Februar 2005, SK 2004 29).

5. Strafprozessrecht

5.1 Interkantonaler Gerichtsstand

- *Bundesstrafgericht als zuständige Instanz zur Festlegung der interkantonalen Zuständigkeit; keine Beschwerde an das Kantonsgericht (Erw. 4).*
- *Kosten für kantonale Verfügungen? (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

2. Am 6. Dezember 2004 verfügte die Vizestaatsanwältin, dass für das

A. 5.1

Strafverfahren gegen den Angeschuldigten der Kanton Schwyz zuständig sei (Dispositivziffer 1) und überband die Verfahrenskosten von Fr. 244.40 dem Angeschuldigten (Dispositivziffer 2). Als Rechtsmittel wurde die Beschwerde an das Kantonsgericht bezeichnet (Dispositivziffer 3).

3. Mit Beschwerde vom 13. Dezember 2004 wendet sich A. an das Kantonsgericht und beantragt, die Verfügung sei wegen fehlerhafter Rechtsanwendung zu kassieren. Es sei zu erkennen, dass für das vorliegende Strafverfahren der Kanton Zug zuständig sei und die Verfahrenskosten seien vom Kanton Schwyz zu tragen. Unter Verzicht auf eine Vernehmlassung wird seitens der Staatsanwaltschaft (ohne Begründung) Nichteintreten, evtl. Abweisung der Beschwerde beantragt.

4. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung hat das Kantonsgericht seine Zuständigkeit zur Festlegung des interkantonalen Gerichtsstandes verneint und festgestellt, dass § 9 StPO (auch nach der per 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Fassung) nur die Bestreitung der innerkantonalen Zuständigkeit beschlage, wogegen die Frage der interkantonalen Zuständigkeit im § 7 StPO abschliessend geregelt sei. Die Beschwerde nach § 140 Abs. 1 StPO sei bei der Festlegung der örtlichen Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis von Bundesrechts wegen ausgeschlossen, da Art. 264 aBStP dem Beschuldigten ermögliche, die Anklagekammer des Bundesgerichts anzurufen, wenn die örtliche Zuständigkeit zwischen den Behörden nicht umstritten ist (KG 70/03 RK 2 vom 11. März 2003; KG 426/98 RK 2 vom 28. Oktober 1998; KG 165/98 RK 2 vom 26. Mai 1998, publiziert in: EGV 1998 Nr. 38 Erw. a).

a) Seit dem 1. April 2004 ist nicht mehr die Anklagekammer des Bundesgerichts, sondern das Bundesstrafgericht (bzw. dessen Beschwerdekammer) zuständig, den interkantonal streitigen Gerichtsstand zu bezeichnen (Art. 351 StGB und Art. 279 BStP). Art. 279 BStP ist an die Stelle von Art. 264 aBStP getreten. Gemäss letzterer Bestimmung bezeichnete die Anklagekammer des Bundesgerichts den zuständigen Kanton, wenn der Gerichtsstand unter den Behörden verschiedener Kantone streitig war oder die Gerichtsbarkeit eines Kantons vom Beschuldigten bestritten wurde. Abs. 1 des neuen Art. 279 BStP regelt das Verfahren bei Anständen zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen. Sodann hält Abs. 2 fest, dass gegen den Entscheid der kantonalen Strafverfolgungsbehörde oder des Bundesanwalts über die Gerichtsbarkeit des Bundes oder des betreffenden Kantons sowie wegen Säumnis beim Erlass eines solchen Entscheids bei der Beschwerdekammer Beschwerde geführt werden könne, und es werden die Art. 214-219 BStP als sinngemäss anwendbar erklärt. Gemäss Schweri/Bänziger, Interkantonale Gerichtsstandbestimmung in Strafsachen, 2.A., 2004, Rz 601 f., ist für die Anrufung der Beschwerdekammer die Erschöpfung eines kantonalen Instanzenzuges nicht Voraussetzung. Ob einem Beteiligten die Möglichkeit eines innerkantonalen Rechtsweges offen stehe, beurteile sich nach dem entsprechenden kantonalen Prozessgesetz.

b) § 7 StPO regelt den interkantonalen Gerichtsstand. Diese Bestimmung wurde im Hinblick auf die Kompetenzverschiebung von der Anklagekammer an das Bundesstrafgericht (bisher) keiner Revision unterzogen. Nach der erwähnten Rechtsprechung des Kantonsgerichts regelte sie allein das kantonale Verfahren bei streitigem Gerichtsstand zwischen Kantonen oder bei Bestreitung der Zuständigkeit des Kantons Schwyz durch den Beschuldigten. Für den letzteren Fall sieht die Bestimmung vor, dass der Untersuchungsrichter die Akten mit seinem Antrag der Staatsanwaltschaft überweist (Abs. 1) und diese entweder die Verhandlungen mit der ausserkantonalen Behörde wieder aufnehmen kann oder direkt das Bundesgericht anruft (Abs. 2).

c) Die Beschwerde nach § 140 Abs. 1 StPO an das Kantonsgericht ist bei Fragen der örtlichen Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis im Sinne der bisherigen Praxis als ausgeschlossen zu betrachten. Das ergibt sich zum einen aus Wortlaut und Sinn von § 7 Abs. 2 StPO, welche Bestimmung grundsätzlich für Fragen der interkantonalen Zuständigkeit eine direkte Anrufung der zuständigen Bundesinstanz – ohne den Beschwerdeweg über das Kantonsgericht – vorsieht. Das revidierte Bundesrecht ermöglicht zum andern wie bisher eine direkte Anrufung der Bundesinstanz (ohne Erschöpfung eines allfälligen kantonalen Instanzenzugs) und hält ausdrücklich fest, dass gegen den Entscheid der kantonalen Strafverfolgungsbehörde Beschwerde geführt werden kann. Ein kantonales Beschwerdeverfahren würde damit dem Sinn des Gesetzes widersprechen, wonach interkantonale Gerichtsstandstreitigkeiten möglichst rasch und einfach erledigt werden sollen (Schweri/Bänziger, a.a.O., Rz 575).

d) Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft mit formeller Verfügung die Zuständigkeit des Kantons Schwyz bejaht und nicht im Sinne des ausdrücklichen Wortlauts von § 7 Abs. 2 StPO direkt die zur Bezeichnung des Gerichtsstandes zuständige Bundesinstanz angerufen. Dieses Vorgehen, d.h. an der Zuständigkeit des Kantons Schwyz mittels formeller Verfügung festzuhalten und damit die Rechtsmittelrolle dem Bestreitenden zuzuweisen, geht mit besagter Neuregelung in Art. 279 BStP konform (im Unterschied zum früheren Recht: KG 426/98 RK 2 Erw. 4). Aufgrund des Wortlauts von Absatz 2 *leg.cit.* nämlich ist die Beschwerdeführung gegen den Zuständigkeitsentscheid der kantonalen Strafverfolgungsbehörde in die Hände des Bestreitenden gelegt (vgl. auch Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 21. Oktober 2004, BK-G 127/04)

5. Demzufolge ist auf die Beschwerde, soweit sie die Frage der interkantonalen Zuständigkeit betrifft, nicht einzutreten. Aus der Eingabe des Angeeschuldigten ergibt sich, dass er die Zuständigkeit des Kantons Schwyz für die Strafverfolgung nach wie vor bestreitet. Da ihm infolge der falschen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf, ist seine Eingabe sowie die dem Kantonsgericht eingereichten Akten der Staatsanwaltschaft zur Zustän-

A. 5.1

digkeitsfrage direkt an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts weiterzuleiten.

Nachdem eine direkte Weiterleitung an das Bundesstrafgericht erfolgt, ist nicht zu prüfen, ob dem Beschuldigten, der die anerkannte Zuständigkeit weiter bestreiten will, im Rahmen der Rechtsmittelbelehrung nach Art. 279 Abs. 2 BStP eine Frist zur Beschwerdeerhebung (von fünf Tagen) anzusetzen wäre, nachdem diese Bestimmung sinngemäss auf Art. 217 BStP verweist (Schweri/Bänziger, a.a.O., Rz 623 lehnen eine Beschwerdebefristung unter Hinweis auf die Praxis der Anklagekammer ab).

6. Dem Angeschuldigten wurden Verfügungskosten von Fr. 244.40 auferlegt. Die Kostenaufgabe wurde damit begründet, dass der Angeschuldigte wiederholt darauf hingewiesen worden sei, dass die Zuständigkeit des Kantons Schwyz für das gegen ihn pendente Strafverfahren ohne jeglichen Zweifel gegeben sei; da er die schwyzerische Zuständigkeit dennoch bestritten und damit diesen Entscheid provoziert habe, rechtfertige es sich, ihm die Verfahrenskosten von Fr. 150.00 (recte: Fr. 244.40) gestützt auf § 2 Abs. 2 Gebührenordnung aufzuerlegen.

a) Die Beschwerdeerhebung umfasst auch die dem Angeschuldigten auferlegten Kosten, nachdem er die Kassation der ganzen Verfügung und Kostenüberbindung an den Kanton beantragt. Gegen die erfolgte Kostenfestsetzung ist die Beschwerde gemäss § 140 Abs. 1 lit. b StPO an das Kantonsgericht gegeben.

b) Die Staatsanwaltschaft hat über die Zuständigkeit nicht in der Funktion als Beschwerdeinstanz entschieden, in welchem Fall praxisgemäss eine von den Strafverfahrenskosten getrennte Kostenfestsetzung und Überbindung nach den Grundsätzen des Obsiegens und Unterliegens gerechtfertigt wäre (§ 142 StPO i.V.m. § 68 Abs. 3 GO und § 59 Abs. 2 ZPO). Die Aufwendungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsfrage sind zu den Strafverfahrenskosten zu zählen (§ 49 StPO). Über dessen Verlegung entscheidet der Sachrichter mit dem Urteil (§ 50 ff. StPO) oder die für die Einstellung zuständige Behörde (§ 54 StPO).

(Beschluss vom 28. Dezember 2004, RK2 2004 136; das Bundesstrafgericht hat die Zuständigkeit des Kantons Schwyz mit Entscheid BK-G 233/04 vom 22. Januar 2005 bestätigt).

5.2 Amtliche Verteidigung

- *Einsetzung eines frei gewählten Verteidigers als amtlicher Verteidiger (Erw. 9a).*
- *Der Anspruch auf eine amtliche Verteidigung deckt den Anspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV ab bzw. geht über diesen hinaus. Aus besonderen Gründen kann der Angeklagte von den Kosten ganz oder teilweise befreit werden (E. 9c/bb).*
- *§ 18 StPO deckt auch die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Strafverfahren entwickelten Kriterien ab (Erw. 9c/cc; vgl. EGV-SZ 2003, A 9.1).*

Aus den Erwägungen:

9.a) aa) Am 31. Januar 2003 beantragte der Angeklagte beim Bezirksgericht u.a. die Bestellung eines amtlichen Verteidigers. Der Vizegerichtspräsident wies mit Verfügung vom 4. Februar 2003 diesen Antrag ab mit der Begründung, der Angeklagte habe einen frei gewählten Verteidiger beigezogen, weshalb ihm daher kein amtlicher Verteidiger mehr beigegeben werden müsse. Anlässlich der Hauptverhandlung verlangte der Verteidiger erneut, er sei als amtlicher Verteidiger einzusetzen. Der Verteidiger brachte vor, der Angeklagte habe ihn beauftragt, ein amtliches Verteidigersuch beim Gericht einzureichen. Es sei nicht so, dass er einen frei gewählten Verteidiger beigezogen habe, sondern er habe ihm gesagt, dass er das machen solle. Der Verteidiger brachte alsdann vor, er glaube, dass die unentgeltliche Rechtspflege in diesem Fall gerechtfertigt und auch ausgewiesen sei. Der Vizegerichtspräsident nahm diesen Antrag als Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und nicht um amtliche Verteidigung entgegen. Er bewilligte mit Urteil vom 17. April 2003 (Dispositivziffer 4) die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung, was unangefochten in Rechtskraft erwuchs.

bb) Obwohl die erstinstanzliche Abweisung des Gesuches um Bestellung eines amtlichen Verteidigers unangefochten in Rechtskraft erwuchs, bleibt hinzuweisen, dass der Vorderrichter dieses Gesuch nicht einfach mit der Begründung hätte abweisen dürfen, dass der Angeklagte einen frei gewählten Verteidiger beigezogen habe und ihm daher kein amtlicher Verteidiger mehr beigegeben werden müsse. Er hätte von Amtes wegen überprüfen müssen, ob grundsätzlich die Voraussetzungen zur Beigabe eines amtlichen Verteidigers im Sinne von § 18 Abs. 2 StPO gegeben sind und ob der frei gewählte Verteidiger als amtlicher Verteidiger eingesetzt werden kann.

b) Der Angeklagte verlangt ebenso im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Dieses Gesuch des Angeklagten wird aus den nachfolgenden Gründen, unter Berücksichtigung der kan-

A. 5.2

tonsgesgerichtlichen Rechtsprechung (RK2 2004 15, mit Hinweisen), als Gesuch um Gewährung der amtlichen Verteidigung entgegengenommen.

c) aa) Nach § 18 Abs. 2 lit. c StPO ist dem Angeschuldigten ein amtlicher Verteidiger beizugeben, wenn in Fällen, die wie vorliegend nicht durch das kantonale Strafgericht beurteilt werden und keine über 14 Tage dauernde Untersuchungshaft nötig machen, besondere Umstände dies erfordern, namentlich wenn der Angeschuldigte wegen seiner Jugend oder Unerfahrenheit oder aus anderen Gründen nicht imstande ist, seine Rechte zu wahren, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder eine freiheitsentziehende Massnahme von erheblicher Tragweite wie etwa Verwahrung in Frage steht, oder wenn die Bedeutung der Strafsache es rechtfertigt. Unabhängig davon gelten die aus der Verfassung (Art. 29 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) hergeleiteten Minimalgarantien. Nach Art. 29 Abs. 3 BV (früher Art. 4 aBV) hat die bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Prozess Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern ein solcher zur gehörigen Interessenwahrung erforderlich ist, bzw. nach Art. 32 Abs. 2 BV das Recht auf eine wirksame Verteidigung.

bb) Weder die genannten Verfassungsbestimmungen (vgl. BGE 1P.411/2002 vom 6.11.2002) noch Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK (vgl. Villiger, Handbuch EMRK, 2. A., Zürich 1999, Rz 519; Bovay, Die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien, SJK 1080 Nr. 23 FN 30) gewähren die endgültige Befreiung von den Kosten. Mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege soll verhindert werden, dass dem bedürftigen Rechtssuchenden der Zugang zu den Gerichtsinstanzen in nicht zum Vorneherein aussichtslosen Verfahren wegen seiner wirtschaftlichen Verhältnisse verwehrt oder erschwert wird. Mit Beschluss vom 23. März 2004 hielt das Kantonsgericht fest (RK2 2004 15), da vom Angeschuldigten im Kanton Schwyz keine Kostenvorschüsse verlangt werden dürfen, decke der unabhängig von der Bedürftigkeit des Angeschuldigten und den Erfolgsaussichten des Verfahrens bestehende Anspruch auf eine amtliche Verteidigung nach § 18 Abs. 2 StPO denjenigen auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. einen unentgeltlichen Rechtsbeistand im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV ab bzw. gehe über diesen hinaus. Im Rahmen der Kostenaufgabe bei der Verurteilung könne das Gericht aus besonderen Gründen den Angeklagten zudem ganz oder teilweise von den Kosten befreien (§ 50 Abs. 2 StPO). Ein zusätzlicher Anspruch unter dem Titel unentgeltliche Prozessführung bestehe nicht. Das Bundesgericht hielt in BGE 1P.411/2002 vom 6. November 2002 in Erwägung 3.3 hierzu fest, dass aus Art. 29 Abs. 3 BV kein Anspruch der bedürftigen Person folge, das ihr zu Beginn des Verfahrens – über die Befreiung von Kostenvorschüssen hinaus – für den Fall der Verurteilung bzw. ihres Unterliegens im Prozess (definitive) Befreiung von Kosten zugesichert werde, die den Untersuchungs- und Gerichtsbehörden für ihr Tätigsein anfallen würden. Wie die Kosten bei Abschluss des Verfahrens verlegt würden und wie allen-

falls ihr Bezug geregelt werde, bestimme sich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht.

cc) Das Kantonsgericht führte im zitierten Entscheid (RK2 2004 15) weiter an, der Wortlaut von § 18 Abs. 2 StPO decke auch die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Strafverfahren entwickelten Kriterien ab. Für den Bereich des Strafverfahrens sei die Bestellung eines amtlichen Rechtsvertreters nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geboten, wenn das Verfahren besonders stark in die Rechtspositionen des Betroffenen eingreife. Dies treffe unabhängig von den tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens zu, wenn ein schwerer Fall vorliege, das heisst dem Angeeschuldigten konkret eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Strafe drohe, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesse. Falls kein besonders schwerer Eingriff in die Rechte des Gesuchstellers drohe, müssten zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller – auf sich alleine gestellt – nicht gewachsen wäre. Als besondere Schwierigkeiten würden nicht nur Umstände wie Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhalts, besondere verfahrensrechtliche Schwierigkeiten und dergleichen in Betracht fallen, sondern insbesondere auch in der Person des Angeschuldigten liegende Gründe, wie etwa dessen Fähigkeiten, sich im Verfahren zurecht zu finden. Dass im betreffenden Verfahren die *Offizialmaxime* gelte, vermöge die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung nicht a priori auszuschliessen. Bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage komme, verneine die Bundesgerichtspraxis einen verfassungsmässigen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung (BGE 1P.263/2002 vom 28.8.2002 mit Hinweisen, 122 I 49 E. 2c/bb; BGE 1P.726/2001 vom 16.1.2002; relativ schwerer Fall vgl. auch KG 175/97 SK vom 3.12.1998 mit weiteren Hinweisen zu BS 1996/2 vom 2.4.1997).

dd) Da nach Auslegung des Kantonsgerichts die Gewährung der notwendigen amtlichen Verteidigung gemäss § 18 StPO auch die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Strafverfahren entwickelten Kriterien abdeckt, ist trotz des ausdrücklich verlangten unentgeltlichen Rechtsbeistandes die Gewährung der amtlichen Verteidigung im Sinne des kantonalen Rechts zu überprüfen. Anzuführen ist, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand gemäss Art. 29 Abs. 3 BV kein Recht auf (definitive) Befreiung von Vertretungskosten einräumt (BGE 1P.411/2002, Erw. 4.3).

d) In casu ist eine Gefängnisstrafe von 90 Tagen beantragt. Weiter hat der Strafrichter über den Widerruf eines früher bedingt ausgesprochenen Straf-

A. 5.3

vollzugs von 30 Tagen zu entscheiden. Dem Gesuchsteller droht demnach keine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten. Auch wenn vorliegend ein tatsächlicher Freiheitsentzug von 120 Tagen droht, ist diese Strafe nicht derart erheblich, als dass sie die Bestellung eines Pflichtverteidigers für das Berufungsverfahren nötig macht. Der vorliegende Fall weist keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten auf, denen der Gesuchsteller nicht gewachsen wäre (vgl. BGE 122 I 51). Der Angeklagte hat den Sachverhalt eingestanden und sich als schuldig erklärt. Die Verurteilung wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand sowie versuchter Vereitlung der Blutprobe sind im Berufungsverfahren denn auch nicht bestritten. Das Berufungsverfahren beschränkt sich in rechtlicher Hinsicht auf die Frage der Begutachtungspflicht gemäss Art. 13 StGB sowie Art. 44 StGB Ziff. 1 StGB, mithin um die Frage einer allfälligen Anordnung einer ambulanten Massnahme und den eventuellen Aufschub der unbedingten Freiheitsstrafe. Zur Beurteilung steht zudem das Strafmass. Diese Fragen wurden bereits erstinstanzlich ausführlich erörtert und ausgeleuchtet. Damit ist der Berufungsinstanz die allfällige Problematik bekannt und muss von Amtes wegen behandelt werden. Der Vollzug der Gefängnisstrafe von 90 Tagen sowie der Widerruf der bedingt ausgesprochenen Strafe von 30 Tagen Gefängnis wurden im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Der Angeklagte kann schliesslich nicht als jugendlich gelten und es steht keine freiheitsentziehende Massnahme von erheblicher Tragweite wie etwa Verwahrung in Frage. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass das Gesuch um amtliche Verteidigung für das Berufungsverfahren abzuweisen ist.

(Urteil vom 20. April 2004, SK 2003 156).

5.3 Untersuchungshaft

- *Polizeihaftdauer bei interkantonaler Überführung (Erw. 2).*
- *Kollusionsgefahr und Untersuchungsdauer (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Betreffend der Umstände der Verhaftung und Zuführung des Beschwerdeführers muss im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt werden, welchen Behörden es zuzurechnen ist, dass der Beschwerdeführer am 25. Oktober 2004 um 6.25 Uhr verhaftet und erst rund 56 Stunden später am 27. Oktober 2004 um 14.45 Uhr erstmals untersuchungsrichterlich einvernommen, unter Eröffnung der Untersuchungshaft. Ein solches Vorgehen lässt sich auch nicht gestützt auf § 29a Abs. 2 StPO (Berechnung der Polizeihaft ab Überführung) rechtfertigen, zumal im Zeitpunkt der Verhaftung durch die Kantonspolizei Zürich nur ein Vorführbefehl des Verhöramtes vorlag und die mithin unbegründete Polizeihaft in Zürich länger als die gemäss hiesiger Strafprozessordnung zulässigen 24 Stunden dauerte. Ob deshalb die Unter-

suchungshaft als an sich fehlerhaft aufgehoben und der Beschwerdeführer schon deswegen freizulassen wäre, kann vorliegend aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

3. (...).

4. Abstrakt besteht zwar die Gefahr, dass Mittäter beeinflusst werden könnten, ihre Belastungen zu widerrufen oder zu relativieren, bis zur rechtskräftigen Verurteilung. Konkrete Gründe zur Annahme, dass sich M. und Mb. beeinflussen lassen könnten, nennt die Untersuchungsrichterin jedoch nicht. Während der nun über sechs Wochen dauernden Untersuchungshaft hatte sie hinreichend Zeit, die belastenden Aussagen (...) zu fixieren. Mb. hat seine Belastungen denn sowohl in einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme als auch in der Konfrontation mit dem Beschwerdeführer bestätigt (13.3.02 und 13.3.03). Dass die Untersuchungsrichterin M. bisher erst einmal befragt hat, liegt zwar in ihrem Ermessen und mag der gewählten Untersuchungsstrategie entsprechen, kann nach über sechs Wochen aber nicht mehr zu Lasten des inhaftierten Beschwerdeführers gehen, nachdem ihn M. schon in der polizeilichen Einvernahme vom 28. Oktober 2004 (12.1.02/7) belastet und die entsprechenden Anschuldigungen in der Folge vor der Polizei mehrmals bestätigt hat. Im Übrigen würden weder Schweigen noch gar Lügen allein Kollusionsgründe darstellen; auch der allgemeine Hinweis auf die noch zu tätigen Ermittlungsaufträge und -vorhaben vermag Kollusionsgefahr nicht zu begründen (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Rz 39 zu § 58). Ohnehin spezifiziert die Untersuchungsrichterin keine Kollusionsgefahr in Bezug auf konkrete, noch anstehende Untersuchungshandlungen.

5. Aus diesen Gründen ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Beschwerdeführer in Gutheissung der Haftbeschwerde aus der Untersuchungshaft zu entlassen. Die anlässlich der Anhörung vorgebrachten Rügen gegen die polizeiliche Einvernahme des Beschwerdeführers vom 9. Dezember 2004 sind vorliegend nicht zu beurteilen, sondern allenfalls mit Beschwerde bei der Staatsanwaltschaft vorzubringen.

Ausgangsgemäss gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten des Kantons. Der amtliche Verteidiger ist angemessen zu entschädigen. Die Entscheidung wurde im Anschluss an die Anhörung usanzgemäss mündlich eröffnet und begründet; eine schriftliche Begründung wurde von der Untersuchungsrichterin beantragt.

(Verfügung vom 16. April 2004, GP 2004 28).

A. 5.4

5.4 Untersuchungshaft, Ersatzmittel

- *Fortsetzungsgefahr als spezieller Haftgrund, Anforderungen (Erw. 2).*
- *Verhältnismässigkeit und Ersatzmittel gemäss § 26a StPO (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach § 26 Abs. 1 StPO darf ein Angeschuldigter nur dann in Untersuchungshaft genommen werden, wenn er eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtigt ist und ausserdem Fluchtgefahr (lit. a), Kollusionsgefahr (lit. b) oder Fortsetzungsgefahr (lit. c) gegeben ist oder der Angeschuldigte sich nicht über seine Identität ausweisen kann (lit. d).

a) Aufgrund der Aktenlage, namentlich den Einvernahmen von M., des Lehrmeisterehepaares und S. steht der Beschwerdeführer unter dringendem Verdacht, am 6. Februar 2004 bei der Vormundschaftsbehörde in A. gegenüber S. mehrmals die Drohung ausgesprochen zu haben, seine Tochter (M.) und deren Chef und Chefin zu erschiessen, wenn sie nicht nach Hause zurückkehre, und am 2. April 2004 in K. sich seiner Tochter und ihrem Arbeitgeber von hinten genähert und mit aufgeklappten Sackmesser gegenüber getreten zu sein, wobei er M. (...) anschrie, sofort nach Hause zu kommen und ihren Chef, der zu Hilfe kommen wollte, mit dem gegen den Körper gerichteten Messer bedrohte.

Den dringenden Tatverdacht bestreitet der Beschwerdeführer zu Recht nicht, auch wenn er geltend macht, beim Vorfall in K. kein offenes Sackmesser sondern ein Feuerzeug in der Hand gehalten zu haben, was aufgrund der Aussagen von M. und deren Lehrmeister jedoch derzeit nicht als glaubhaft erscheint.

b) (...).

c) Mit dem Haftgrund der Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr soll präventiv verhindert werden, dass der Angeschuldigte weiterhin Verbrechen oder erhebliche Vergehen begeht. Er dient im Gegensatz zur Kollusions- und Fluchtgefahr nicht primär Zwecken der Strafuntersuchung (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Rz 47 zu § 58). Die Strafprozessordnung des Kantons Schwyz verlangt in Bezug auf den speziellen Haftgrund der Fortsetzungsgefahr entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht ausdrücklich, dass der Angeschuldigte bereits mehrere strafbare Handlungen verübt hat. Es müssen aber zur Annahme der Wiederholungsgefahr bestimmte Anhaltspunkte bestehen, dass befürchtet werden muss, der Angeschuldigte könnte neue strafbare Handlungen begehen (§ 26 Abs. 1 lit. c StPO). Bei der Prüfung, ob diese Annahme begründet ist, ist ein strenger Massstab anzulegen (Donatsch/Schmid, a.a.O., Rz 53 zu § 58 mit Hinweisen; BGE 105 Ia 30 f.;

BGE 124 I 213 f.). Bei konkreter Gefahr der Begehung der angedrohten Tötungsdelikte sollen diese jedoch durch die Haftanordnung verhindert werden (vgl. auch BGE 125 I 366).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegen gewisse Anhaltspunkte dafür vor, dass er seine Drohungen verwirklichen könnte. Er hat der aus seiner Sicht gegen das Elternhaus rebellierenden Tochter wiederholt nachgestellt, und er wird verdächtigt, sie und deren Lehrmeister am 2. April 2004 mit gezücktem, aufgeklapptem Sackmesser bedroht zu haben. Laut Aussagen der Tochter hat er sie auch schon früher geschlagen und mit dem Tod bedroht. Es kommt hinzu, dass er sich offenbar auch unter einem gewissen Druck von anderen Mitgliedern der Familie befindet, welche ebenso wie er die Lebensgestaltung der volljährig gewordenen Tochter M. nur schwer akzeptieren können. Ihre Mutter und ein Bruder sind bei einer Auseinandersetzung im Elternhaus jedenfalls gegen sie derart tätlich geworden, dass sie gemäss ärztlicher Auskunft „schlimm“ verletzt worden und in der Folge aus dem Elternhaus ausgezogen ist. Kommt hinzu, dass Dr. med. F. vom Sozialpsychiatrischen Dienstes des Kantons Schwyz (SPD) in der psychiatrischen Beurteilung vom 7. April 2004 insoweit von einer Fremdgefährlichkeit des Beschwerdeführers ausgeht, als die Aussagen der Tochter und deren Lehrmeister tatsächlich zutreffen. Es sei dann davon auszugehen, dass er weiterhin Drohungen ausstossen und solche allenfalls in die Tat umsetzen könnte (act. 6-3 S. 5). Eine Wiederholungsgefahr kann mithin nicht ausgeschlossen werden, auch wenn der Arzt dem Beschwerdeführer eine deutlich geringere Fremdgefährlichkeit attestiert, wenn man seinen Aussagen Glauben schenkte.

3. Aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergibt sich, dass die Anordnung von Untersuchungshaft grundsätzlich nur in Frage kommen kann, wenn im fraglichen Zeitpunkt aufgrund des bestehenden konkreten Tatverdachts damit gerechnet werden kann bzw. muss, es werde eine Freiheitsstrafe verhängt (Donatsch/Schmid, a.a.O., Rz 23 zu § 58). Dass der Vollzug der Freiheitsstrafe allenfalls aufgeschoben werden könnte, schliesst die Anordnung von Untersuchungshaft grundsätzlich nicht aus (ebd. Rz 24; BGE 124 I 215). Die Dauer der Untersuchungshaft darf jedoch nicht in grosse Nähe der konkret zu erwartenden Strafe rücken, weil u.a. dass erkennende Gericht dazu neigen könnte, die Dauer der erstandenen Haft bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (BGE ebd.).

Unter diesen Verhältnismässigkeitsaspekten rechtfertigt sich die von der Untersuchungsrichterin beabsichtigte Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft bis zum Abschluss einer eingehenden psychiatrischen Begutachtung nicht. Drohungen mit dem Tod sind zwar als schwerwiegend zu bezeichnen. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich um ein Vergehen und nicht um ein Verbrechen handelt, das in die bezirksamtliche Zuständigkeit fällt und in diesem Sinn nicht zu den schweren Straftaten zählt. Angesichts dessen, dass der Leumund des Beschwerdeführers ungetrübt ist und er zukünftig, wie er an der Anhörung versichert hat, bezüglich der Selbständigkeit seiner voll-

A. 5.5

jählig gewordenen Tochter M. einsichtig ist, kann nicht eine derart lange Strafe erwarten werden, welche es rechtfertigte, den Beschwerdeführer noch wochen- oder gar monatelang in Untersuchungshaft zu belassen. Im Gegenteil dürfte eine weitere Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, wie die Verteidigung geltend macht, das Problem nur hinausschieben und gar noch verschärfen, da der Beschwerdeführer dann aus seinem gewohnten Arbeitsumfeld herausgerissen zu werden und in eine noch grössere Krise bzw. eine Ausweglosigkeit zu schlittern droht, welche die Fortsetzungsgefahr wesentlich erhöhen dürfte.

Aus diesen Gründen und angesichts dessen, dass die bisherige, berechnete Haft den Beschwerdeführer zur Einsicht gebracht haben sollte, drängt sich eine Haftentlassung bis spätestens Donnerstag, 22. April 2004, auf. Im Interesse der Sicherheit der bedrohten Personen, die darüber zu informieren sein werden, wird die Untersuchungsrichterin diese Entlassung allerdings vorläufig nur mit strengen Ersatzmassnahmen, insbesondere einem geeigneten örtlichen Betretungsverbot (z.B. Bezirk Küsnacht) und einer Kontaktuntersagung, verbinden können bzw. müssen, wobei dem Beschwerdeführer für den Fall der Wiederhandlung gegen die Auflagen die erneute Präventivhaft anzudrohen ist. Es steht der Untersuchungsrichterin offen, gemäss dem Gutachtensvorschlag von Dr. F., ein Gespräch zwischen Vater und Tochter unter Einbezug der involvierten Opferhilfestelle, evtl. einer Mediatorin noch während der Untersuchungshaft anzuregen bzw. zu ermöglichen. Im Übrigen bleibt auch auf die Möglichkeit einer Friedensbürgschaft im Sinne von Art. 57 StGB hinzuweisen, die das Opfer beantragen kann.

(Verfügung vom 16. April 2004, GP 2004 28).

5.5 Überwachung des Postverkehrs

- *Verfahren zur Erhebung von Postfachangaben (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1. Das Verhöramt ersucht im Strafverfahren gegen N. um vorgängige Genehmigung seiner gegenüber der Schweizerischen Post erlassenen Verfügung vom 20. August 2004, womit die Post angewiesen werden soll, die Grunddaten der Vertragsbeziehung mit dem Inhaber des Postfaches X., Zürich, bekannt zu geben und über die Leerung des Postfaches Auskunft zu erteilen, ohne Inhaber oder Drittpersonen zu avisieren (wobei sich das Verbot nach Art. 292 StGB an die zuständigen Organe richten müsste; Art. 100quater StGB, der nicht für Übertretungen gilt, vgl. Art. 105 E-StGB).

2. Gegenstand der Überwachung des Postverkehrs sind Postsendungen und allfällige Daten über die Art der Sendungen, deren Zustellungsstand sowie der Identität der Absender und Empfänger (vgl. Art. 12 VÜPF; Bieder-

mann, ZStrR 2002 S. 103 f.). Angaben über die Identität eines Inhabers und die Leerung eines Postfaches betreffen keine konkreten Postsendungen und sind deshalb keine Daten des Postverkehrs. Diese Informationen können über den direkten Weg der Zeugeneinvernahme bzw. Auskunfteinholung erhoben werden (vgl. Hansjakob, ZStrR 2002 S. 267; ders. BÜPF/VÜPF-Kommentar, St. Gallen 2002, S. 252 Ziff. 4, teilw. a.M. Hinweis S. 307 Ziff. 7), wobei die Zeugnispflicht dem Postgeheimnis vorgeht (Art. 321ter Abs. 5 StGB). Analog zu Auskünften über Fernmeldeanschlüsse (Art. 14 BÜPF, vgl. dazu Biedermann, a.a.O., S. 106) bedürfen solche Datenerhebungen keiner Zustimmung durch die – hier nicht zuständige – Genehmigungsbehörde.

(Verfügung vom 24. August 2004, GP 2004 65).

5.6 Beschlagnahme, gerichtliches Verfahren

- *Das Beschwerdeverfahren genügt den Anforderungen an eine richterliche Überprüfung untersuchungsrichterlicher Beschlagnahmen (Erw. 5 - 6).*

Aus den Erwägungen:

1. (...). Am 28. April und 4. Mai 2004 verfügte der Untersuchungsrichter in sieben Fällen Kontosperrungen betreffend Guthaben der I. AG bei diversen Bankinstituten sowie der Postfinance. Gegen diese Verfügungen erhob I. AG mit Eingabe vom 10. Mai 2004 „Einsprache“ beim Präsidenten des Kantonalen Strafgerichts und verlangte unter anderem die Freigabe von Eigenmitteln von der Sperre bzw. der Beschlagnahme. Gleichzeitig wurden die Eingaben auch der Staatsanwaltschaft zugestellt mit dem Ersuchen, sich mit dem Präsidenten des Strafgerichts in Verbindung zu setzen, sofern sie sich wider Erwarten für die Behandlung der Einsprachen als zuständig erachte.

2. Mit Verfügung vom 17. Mai 2004 trat der Vizegerichtspräsident des Strafgerichts auf die Eingaben mangels Zuständigkeit nicht ein – unter Verweis auf die bereits vollzogene Überweisung der Einspracheschriften an die Staatsanwaltschaft Schwyz.

3. Gegen diese Verfügung erhebt die I. AG mit rechtzeitiger Eingabe vom 25. Mai 2004 Beschwerde beim Kantonsgericht und beantragt, es sei festzustellen, dass ein unabhängiger Richter, bzw. ein unabhängiges Gericht, für die Beurteilung der mit Eingabe vom 10. Mai 2004 angefochtenen Kontosperrungen zuständig ist, und es sei dieser unabhängige Richter, bzw. dieses unabhängige Gericht, zu bestimmen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Schwyz.

Vernehmlassend hält die Vizestaatsanwältin mit Eingabe vom 27. Mai 2004 fest, dass sich die Staatsanwaltschaft Schwyz für die Erledigung der Beschwerden gegen die sieben Beschlagnahmeverfügungen sowohl örtlich

A. 5.6

wie auch sachlich als zuständig erachte und die richterliche Überprüfbarkeit der Beschlagnahmeverfügungen als vorsorgliche Massnahme mit der Weiterzugsmöglichkeit an das Kantonsgericht gewährleistet sei. In ihrer Stellungnahme (act. 6) hierzu hält die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest.

4. Anfechtungsgegenstand bildet die Nichteintretensverfügung des Vizepräsidenten des kantonalen Strafgerichts vom 17. Mai 2004. Die Beschwerdeführerin ist im Gegensatz zu allen bisher mit der Sache befassten kantonalen Instanzen der Auffassung, dass im konkreten Fall nicht der ordentliche Beschwerdeweg gegen Untersuchungshandlungen gemäss § 140 StPO gilt, sondern sie Anspruch auf eine direkte richterliche Überprüfung in einem öffentlichen Verfahren hat.

5. §§ 103 ff. StPO räumen den Untersuchungsrichtern eine Einziehungs-kompetenz nur ausserhalb eines Strafverfahrens ein. Allein in diesen Fällen ist der Strafgerichtspräsident als Einzelrichter zur Beurteilung der Einziehungsverfügungen der kantonalen Untersuchungsrichter zuständig (§ 24a Abs. 2 lit. a GO und § 104a Abs. 2 StPO). Im vorliegenden Verfahren erfolgte die Kontensperre unbestrittenermassen im Rahmen eines Strafverfahrens; der Untersuchungsrichter erliess nicht Einziehungsverfügungen im Sinne von Art. 58 ff. StGB, sondern eine Kontensperre bzw. Beschlagnahme als vorläufige strafprozessuale Zwangsmassnahme im Hinblick auf eine allfällige Einziehung durch den Strafrichter (§ 42 StPO). Der Entscheid über die Kontensperre bzw. die Beschlagnahme der Vermögenswerte nimmt den Einziehungsentscheid nicht vorweg, sondern lässt offen, was mit den beschlagnahmten Werten definitiv zu geschehen hat (siehe dazu auch BGE 129 I 103 ff., Erw. 2.2). Die strittigen Verfügungen sind Untersuchungshandlungen im Rahmen eines Strafverfahrens. Hiergegen ist gemäss § 140 Abs. 1 StPO der Beschwerdeweg an die Staatsanwaltschaft und anschliessend an das Kantonsgericht offen. Die Beschwerde ist ein vollkommenes Rechtsmittel und gewährleistet im Weiterzugsfall eine uneingeschränkte Überprüfung durch das Kantonsgericht als unabhängiges Gericht. Gemäss kantonalem Prozessrecht ist mithin die Zuständigkeit des Präsidenten des Strafgerichts klarerweise nicht gegeben.

6. In der Beschwerde wird geltend gemacht, im Rahmen des Beschlagnahmeverfahrens seien die Garantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht, öffentliches Verfahren) zu beachten, da die Kontensperren faktisch den definitiven Einziehungsbescheid vorwegnehmen würden und sie mangels genügender Liquidität nicht mehr in der Lage sei, ihren ordentlichen Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten; sie sei deshalb gehalten, die Bilanz zu deponieren und den Konkurs anzumelden. Die Abschneidung der Eigenmittel führe zu einem irreparablen Schaden und verlange deshalb die Überprüfung der Massnahme durch ein ordentliches Gericht unter Wahrung der Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

a) Die Einziehungsbeschlagnahme ist eine vorläufige strafprozessuale Zwangsmassnahme. Über das Schicksal der beschlagnahmten Werte entscheidet das in der Strafsache zuständige Gericht. Vorsorgliche oder vorläufige Massnahmen, die in Abhängigkeit eines Verfahrens in der Hauptsache getroffen werden, liegen grundsätzlich ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 129 I 103 ff., Erw. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Allerdings hat das Bundesgericht im erwähnten Entscheid Art. 6 Ziff. 1 EMRK als anwendbar erklärt, wenn die Verfügung faktische Auswirkungen hat, die sich nicht im vorläufigen Entzug des Verfügungsrechts erschöpfen, sondern darüber hinausgehen und irreversibel sind. Damit könne von einem definitiven Eingriff in zivilrechtliche Positionen gesprochen werden. Das Bundesgericht bejahte deshalb die Anwendung der EMRK, weil im konkreten Fall die Beschlagnahme von Hanfpflanzen endgültig die Verwendung der Pflanzen zum vorgesehenen Zweck verhinderte und sie auf diese Weise entwertete; auf diese Weise sei der von der Beschlagnahme Betroffene in seiner Erwerbstätigkeit für eine unbestimmte Zeitspanne eingeschränkt worden.

b) Konservatorisch ist – im Unterschied zu beschlagnahmten Pflanzen – die Beschlagnahme von Vermögenswerten insofern, als durch diese Massnahme in der Regel der definitive Entscheid des Sachrichters nicht vorweggenommen wird. Die Vermögenswerte bleiben in ihrem Wert erhalten; die Beschlagnahme solcher Werte führt nicht zu einem eigentlichen Substanzverlust und nicht zu einem irreversiblen Eingriff in das Eigentum. Auf der anderen Seite kann (muss aber nicht) eine Beschlagnahme von Vermögenswerten die Folge zeitigen, dass die betroffene Person in ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigt wird und im Extremfall Gefahr läuft, ihre Geschäftstätigkeit aufgeben zu müssen. Nachdem im Beschwerdeverfahren nach § 140 StPO den Garantien gemäss Art. 6 Ziff. EMRK Genügen getan wird, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, kann offen bleiben, ob diese Gefahr bei der Beschwerdeführerin konkret besteht, ebenso die Frage, ob bei der Beschlagnahme von Vermögenswerten überhaupt von einem definitiv wirkenden Eingriff in zivilrechtliche Positionen gesprochen werden kann.

c) Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht die Zürcher Behörden angewiesen, den „Zugang zu einer kantonalen gerichtlichen Instanz zu ermöglichen, welcher obliegt, die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Beschlagnahmeverfügung der Bezirksanwaltschaft umfassend zu überprüfen“ (a.a.O., Erw. 3). Im Unterschied zur Zürcher Regelung gewährleistet die schwyzerische Beschwerderegulation gemäss § 140 StPO in letzter kantonalen Instanz den Zugang zu einem Gericht, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit voller Kognition ausgestattet ist. Die Rechtsschutzgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind demnach durch die Weiterzugsmöglichkeit des Entscheides der Staatsanwaltschaft an das Kantonsgericht auf jeden Fall gewahrt. Der Strafgerichtsvizepräsident hat deshalb zu Recht seine Zuständigkeit verneint und auf den ordentlichen Rechtsmittelweg der Beschwerde nach § 140 StPO hingewiesen.

A. 5.6

d) Die Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK müssen mindestens einmal im Verfahren erfüllt sein (M. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskommission, 2.A., 1999, Rz 412), womit kein Anspruch darauf besteht, dass bereits als erste Rechtsmittelinstanz ein unabhängiges Gericht in einem öffentlichen Verfahren den Beschlagnahmeentscheid überprüft. Es kommt hinzu, dass dem Untersuchungsrichter gemäss der Schwyzerischen Strafprozessordnung auch richterliche Funktionen zukommen (Erlass eines Strafbefehls, Anordnung von Untersuchungshaft vgl. EGV-SZ 2001, A 5.1) und er nicht nur ausserhalb eines Strafverfahrens (§ 103 ff. StPO), sondern bei Erlass eines Strafbefehls (§ 102 StPO; vgl. Schmid et al., Kommentar zur Einziehung, § 1 Rz 79) auch innerhalb eines Strafverfahrens über die Einziehung entscheiden kann.

7. In ihrer Eingabe vom 1. Juni 2004 unterstreicht die Beschwerdeführerin die Notwendigkeit eines raschen richterlichen Entscheides. Sie weist auf die drohende Illiquidität (...) hin und macht damit sinngemäss geltend, dass nur eine unmittelbare und sofortige richterliche Überprüfung der Beschlagnahme vor Art. 6 Ziff. 1 EMRK standhält.

Nach dem oben Gesagten sind durch den in § 140 StPO vorgegebenen Beschwerdeweg die Rechtsschutzgarantien der EMRK in keiner Weise beschnitten. Daran ändert der Umstand, dass die erste Beschwerdebeurteilung durch die Staatsanwaltschaft vorgenommen wird und im Abweisungsfall erst dann der Weiterzug an das Kantonsgericht möglich ist, nichts. Abgesehen davon hat die Beschwerdeführerin die behauptete drohende Illiquidität nicht näher substantiiert und macht keine Ausführungen über ihre aktuelle finanzielle Situation, geschweige denn belegt sie ihre drohende Illiquidität mit Unterlagen. Die Staatsanwaltschaft wird deshalb nach Massgabe der ordentlichen Beschwerderegelerung die angefochtenen Beschlagnahmeverfügungen zu beurteilen haben. Es kann nicht gesagt werden, dass die Staatsanwaltschaft die Sache zögerlich an die Hand genommen hat; gegenteils hat sie zügig prozessleitende Schritte verfügt. Die Beschwerdeführerin verhält sich in einem gewissen Sinne widersprüchlich: Auf der einen Seite spricht sie mit der vorliegenden Beschwerdeführung der Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit ab und auf der anderen Seite erhebt sie gegen diese den Vorwurf der Rechtsverzögerung (Eingabe vom 1. Juni 2004). Die Staatsanwaltschaft hat dem Verhöramt nur eine kurze - in dringenden Fällen allerdings zu vermeidende - Fristerstreckung bis 3. Juni 2003 gewährt und sie ist darauf zu behaupten, dass zügig über die Beschwerden entschieden wird, nötigenfalls unter vorgängiger Anordnung von vorsorglichen Massnahmen.

(Beschluss vom 18. Juni 2004, RK2 2004 70).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Rechtsöffnung in Betreibungen auf Pfandverwertung

- *Ohne korrekte Bezeichnung des Pfandgegenstands ist die Betreibung nichtig.*

Aus den Erwägungen:

5. Die angefochtene Erteilung der Rechtsöffnung wäre abgesehen vom bisher Gesagten auch aus andern Gründen in Frage zu stellen. Der Gläubiger muss das Pfandobjekt bezeichnen: Bei der Grundpfandverwertung die Liegenschaft, bei der Faustpfandverwertung den Schuldbrief (Stahelin, *Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, AJP 10/1994, S. 1262). Laut der im Zahlungsbefehl vom 20. Februar 2003 (KB 11) angegebenen Betreibungsart („GP“) richtet sich die Betreibung auf Verwertung eines Grundpfands. Als Pfandgegenstand ist dagegen vermerkt: „CHF 620'000.00 ein Schuldbrief haftend auf eidg. GB X. Gersau, ohne Vorgang, dat. 1993, mit Wohnhaus und Stall, Wiese und Wald von total 2'809 m² Grundfläche“. Danach ginge es vorliegend um eine Betreibung auf Verwertung eines zu Faustpfand gegebenen Schuldbriefs (Wertpapier in einer Faustpfandverwertung) und nicht auf Grundpfandverwertung der für die Schuldbriefforderung haftenden Liegenschaft. Sollte ein Grundpfand verwertet werden, läge also eine falsche Bezeichnung des zu verwertenden Pfandgegenstands vor. Unter der Annahme einer Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes wären hingegen die Betreibungsart falsch bezeichnet und eine falsche Zahlungsfrist von sechs Monaten (statt einem Monat, vgl. Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) angegeben worden. Der Zahlungsbefehl leidet mithin an einem nicht auflösbaren Widerspruch.

a) Bezüglich inhaltlicher Mängel des Zahlungsbefehls unterscheidet man wesentliche und unwesentliche Bestandteile. Fehlen wesentliche Bestandteile oder sind die diesbezüglichen Angaben mangelhaft, kann dies die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls zur Folge haben. Dagegen ist das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit unwesentlicher Bestandteile mit Beschwerde innert zehn Tagen anfechtbar (SchKG-Wüthrich/Schoch, Art. 69 Rz 27 ff. u. 36).

b) Abgesehen von der Aufforderung, der Mitteilung und der Androhung gemäss Ziffern 2-4 muss der Zahlungsbefehl nach Art. 69 Ziff. 1 SchKG die Angaben des Betreibungsbegehrens enthalten. Bei einer Betreibung auf Pfandverwertung gehört dazu auch die Bezeichnung des Pfandgegenstandes (Art. 151 Abs. 1 SchKG). Die Bezeichnung des Pfandgegenstandes ist als wesentlicher inhaltlicher Bestandteil des Zahlungsbefehls anzusehen, weil damit vorab das Vollstreckungssubstrat festgelegt wird. Zwischen den Betreibungen auf Grundpfand- und Faustpfandverwertung bestehen beträchtliche

A. 6.1

Unterschiede, welche eine klare Differenzierung zwischen einem Fahrnis- und einem Grundpfand im Sinne von Art. 37 SchKG erfordern. Auf die dem Schuldner nach Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG anzusetzenden unterschiedlichen Zahlungsfristen wurde bereits hingewiesen. Im Weiteren wird ein Faustpfand anders verwertet als ein Grundpfand, dessen Verwertung sich insbesondere nach den speziellen Vorschriften der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG, SR 281.42) richtet.

c) Die Bezeichnung des Pfandgegenstandes als solche war vorliegend an sich nicht unkorrekt. Es liegt namentlich nicht der Fall vor, wo trotz Ungenauigkeiten oder Unklarheiten vernünftigerweise zweifellos auf den Pfandgegenstand geschlossen werden kann (vgl. SchKG-Känzig/Bernheim, Art. 151 Rz 49 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. auch ZBJV 1957 S. 253). Vielmehr ist wie gesagt die Bezeichnung des Pfandgegenstandes unvereinbar mit der angegebenen Betreibungsart und der damit verbundenen Zahlungsfrist. Aufgrund dieses Widerspruches ist der Schuldner kaum in der Lage, ordnungsgemäss zur Betreibung Stellung nehmen und sich effektiv dagegen zur Wehr setzen zu können. Beispielsweise wird der Schuldner im Ungewissen darüber gelassen, ob er den Einwand erheben soll, es hafte nicht das Grundstück selber, sondern nur ein Faustpfand. Er weiss auch nicht, innert welcher Frist er durch Tilgung der Schuld die Fortsetzung der Betreibung abwenden könnte. Diesen Widerspruch konnte der Schuldner weder durch eine Rückfrage beim Betreibungsamt noch durch eine Konsultation des Gesetzes auflösen. Somit leidet der vorliegende Zahlungsbefehl, dem nicht entnommen werden kann, ob es um eine Faustpfand- oder Grundpfandverwertung geht, an einem unheilbaren Mangel. Ein solcher Zahlungsbefehl kann nicht seiner Funktion und Bedeutung entsprechend Grundlage einer Betreibung sein (vgl. SchKG-Wüthrich/Schoch, Art. 69 Rz 6-9). Die Betreibung vermöchte infolgedessen keine Wirkung zu entfalten und wäre damit wohl als nichtig anzusehen, was von Amtes wegen berücksichtigt werden müsste (SchKG-Cometta, Art. 22 N 19 f.; SchKG-Staehelin, Art. 84 N 12; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 92; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 43).

d) Schliesslich könnte man sich noch fragen, ob im Zahlungsbefehl die betriebene Forderung bzw. der Forderungsgrund korrekt angegeben ist. Wurde der Schuldbrief zu Faustpfand übergeben, ist auf die gesicherte Forderung (Darlehensforderung) und nicht auf die Schuldbriefforderung zu verweisen (Staehelin, *AJP* 10/1994 S. 1262). Sollte umgekehrt die Rekursgegnerin direkt die Betreibung auf Grundpfandverwertung einleiten können und wollen, müsste im Betreibungsbegehren und mithin im Zahlungsbefehl an sich die Schuldbrief- und nicht die Darlehensforderung angegeben werden. Dass vorliegend auf die Darlehensforderung verwiesen wird, könnte wiederum auf die Verwertung eines hierfür als Pfand hingegebenen Schuldbriefes hinweisen.

(Beschluss vom 17. März 2004, RK2 2003 287).

6.2 Unpfändbarkeit von Betriebsinventar

- *Aberkennung des Kompetenzcharakters nur bei dauerhaft unwirtschaftlicher Betriebsführung (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Gegen den Pfändungsvollzug führte der Betreuungsschuldner beim Präsidenten des Bezirksgerichts Schwyz als unterer Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen mit Datum vom 9. Februar 2004 Beschwerde und verlangte die Aufhebung der Pfändung von Werkzeugen und Maschinen. Zur Begründung führte er aus, die fraglichen Gegenstände seien zur Ausübung seines Berufs notwendig und daher als Kompetenzstücke im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG nicht pfändbar. Die Eidgenössische Steuerverwaltung bestritt mit Eingabe vom 1. März 2004 den Kompetenzcharakter der gepfändeten Vermögenswerte und machte im Übrigen geltend, selbst wenn es sich dabei um Kompetenzstücke handelte, dürften diese gepfändet werden, da der vom Betreuungsschuldner geführte Betrieb nicht rentabel sei. Mit Verfügung vom 12. Mai 2004 hiess die Vorinstanz die Beschwerde gut und entliess die strittigen Gegenstände aus dem Pfändungsbeschluss, indem sie sowohl den Kompetenzcharakter der Gegenstände wie auch die Wirtschaftlichkeit des Betriebs des Betreuungsschuldners bejahte (AB 2004 3).

3. Gegen diese Verfügung hat die Eidgenössische Steuerverwaltung am 21. Mai 2004 beim Kantonsgericht als obere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde erhoben (...). Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin vor der oberen Aufsichtsbehörde im Wesentlichen geltend, der Betrieb des Betreuungsschuldners sei unwirtschaftlich, weshalb die zur Berufsausübung verwendeten Gegenstände gepfändet werden dürften. Es gehe nicht an, dass der Betreuungsschuldner seinen defizitären Betrieb auf Kosten der Gläubiger weiterführe und dabei vorbezogene Steuern einbehalte, die nicht für ihn bestimmt seien (...).

4. Unpfändbar sind nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG insbesondere Werkzeuge und Gerätschaften, soweit sie für den Schuldner und seine Familie zur Ausübung des Berufs notwendig sind. Dass es sich bei den Gegenständen gemäss Ziffer 2 bis 15 der Pfändungsurkunde um Werkzeuge und Gerätschaften im Sinne dieser Bestimmung handelt, wird von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde nicht bestritten. Tatsächlich hat der Betreuungsschuldner in der Befragung durch die Vorinstanz glaubhaft nachgewiesen, dass die gepfändeten Gegenstände für seine Berufsausübung unentbehrlich seien (Protokoll der Beweisverhandlung vom 20. April 2004, S. 2 ff.). Deren Kompetenzcharakter steht in dieser Hinsicht somit ausser Frage.

A. 6.2

5. Allerdings darf eine zur selbständigen Berufsausübung unentbehrliche Sache nach Lehre und Rechtsprechung gepfändet werden, wenn der Betrieb des Schuldners sich als unwirtschaftlich erweist (BGE 80 III 110; Georges Vonder Mühlh, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, Bd. II, Basel/Genf/München 1998, Rz 21 zu Art. 92 SchKG; vgl. auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2001, NR010075). Dabei ist die Wirtschaftlichkeit sowohl für den Betrieb als solchen, wie auch für das entsprechende Hilfsmittel selbst zu prüfen (Georges Vonder Mühlh, a.a.O., Rz 21 zu Art. 92 SchKG). Der Betrieb als solcher darf insgesamt nicht dauerhaft unrentabel sein (BGE 86 III 51 ff.) und das in Frage stehende eingesetzte Hilfsmittel sollte seine eigenen Unkosten decken und in einem vernünftigen Verhältnis zum damit erzielten Erwerb stehen (BGE 87 III 63 ff.).

a) Dass ein Einsatz der gepfändeten Gerätschaften für sich genommen unwirtschaftlich oder unverhältnismässig sei, wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend gemacht. Stattdessen verweist sie pauschal auf die Angaben des Betriebsschuldners in der erstinstanzlichen Parteibefragung, wonach im ausgewiesenen Betriebsertrag von Fr. 36'663.00 für das Jahr 2003 (KB 3) eine Teilinvalidenrente im Umfang von Fr. 39'336.00 enthalten sei (Protokoll der Beweisverhandlung vom 20. April 2004, Frage 38). Daraus zieht sie den Schluss, der Betrieb des Schuldners habe im Geschäftsjahr 2003 de facto einen Verlust von Fr. 2'673.00 generiert, folglich sei der Betrieb als solcher unrentabel (Ziff. III.4 Beschwerdeschrift).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat eine selbständige Berufsausübung allerdings dauerhaft unwirtschaftlich zu sein, um eine Pfändung von Kompetenzstücken zu rechtfertigen (BGE 86 III 51 ff.). Dies ergibt sich schon aus dem Normzweck von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG, welche die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners und seiner Familie zum Ziel hat (Georges Vonder Mühlh, a.a.O., Rz 3 zu Art. 92 SchKG). Generell sind an das Kriterium der Wirtschaftlichkeit keine allzu hohen Massstäbe zu legen (BGE 122 III 22 ff.; Georges Vonder Mühlh, a.a.O., Rz 21 zu Art. 92 SchKG). Die Frage der Pfändbarkeit wird im Übrigen von der Aufsichtsbehörde im Sinne des Untersuchungsprinzips von Amtes wegen abgeklärt (Georges Vonder Mühlh, a.a.O., Rz 62 zu Art. 92 SchKG). Dabei würdigt das Gericht die Beweise nach freiem Ermessen (§ 124 Satz 1 ZPO).

Gestützt darauf ergibt sich unter Zugrundelegung der von der Beschwerdeführerin für ihre eigenen Berechnungen herangezogenen Prämissen folgendes Bild: Bei einem ausgewiesenen Betriebsgewinn von Fr. 42'890.00 abzüglich einer IV-Rente von Fr. 39'336.00 erwirtschaftete der Betrieb des Schuldners im Geschäftsjahr 2002 einen Nettogewinn von Fr. 3'554.00. Gestützt auf das bei den Akten liegende Doppel der Steuererklärung des Betriebsschuldners (KB 2) liesse sich für das Geschäftsjahr 2001 gar ein Betriebsgewinn von Fr. 17'397.00 errechnen. Von einer dauerhaften Unwirtschaftlichkeit kann angesichts dieser Zahlen trotz dem von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2003 errechneten Verlust nicht gesprochen werden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

b) Hinzu kommt, dass die ausgewiesenen Betriebsaufwendungen und Geschäftsauslagen des Beschwerdegegners, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (S. 5 ff. Urteil), relativ hoch angesetzt sein dürften. Dies gilt insbesondere für Fahrzeugkosten, Telefongebühren und Spesen, deren Höhe den Eindruck erwecken, es seien aus Steuergründen private Auslagen als Geschäftsaufwendungen verbucht worden (vgl. KB 3). Ferner scheint der gemäss Aussagen des Schuldners an die Ehefrau ausbezahlte Lohn von Fr. 25'800.00 für die Mitarbeit im Sekretariat im Umfang von zwanzig bis dreissig Stellenprozent eher an der oberen Grenze zu liegen (Protokoll der Beweisverhandlung vom 20. April 2004, Frage 49, 54, 55). Zwar ist diese Lohnsumme in der Steuererklärung 2001/2002 nicht als Einkommen der Ehefrau deklariert (KB 2), abzustellen ist vorliegend jedoch auf Erfolgsrechnung und Parteibefragung, nicht auf Auskünfte gegenüber den Steuerbehörden. Ob der Schuldner letzteren gegenüber, wie von der Beschwerdeführerin suggeriert (Ziff. III.5 Beschwerdeschrift), in strafrechtlich relevanter Weise Falschangaben gemacht hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

c) Unbehelflich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin, der unter Einbezug der IV-Rente ausgewiesene Betriebsgewinn von Fr. 42'890.00 bzw. Fr. 36'663.00 würde nicht ausreichen, das vom Betreibungsamt Schwyz errechnete Existenzminimum der Familie des Betreuungsschuldners von Fr. 60'600.00 im Jahr zu finanzieren (Ziff. III.6 Beschwerdeschrift). Zum einen sind vom Existenzminimum der Familie das Jahreseinkommen der Frau von Fr. 25'800.00 sowie die allenfalls als Geschäftsaufwendungen verbuchten privaten Auslagen in Abzug zu bringen (s.o., Erw. 5b), womit der Notbedarf bereits gedeckt erscheint, zum andern könnte selbst im Falle einer Unterdeckung des privaten Bedarfs nicht stereotyp auf fehlende Wirtschaftlichkeit geschlossen werden. Erstens gilt die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit auch hier, zweitens wäre selbst bei dauerhafter Unwirtschaftlichkeit eine ausnahmsweise Pfändbarkeit von Kompetenzstücken nur dann anzunehmen, wenn eine rentablere Art der Berufsausübung denkbar erschiene (a.M.: Georges Vonder Mühl, a.a.O., Rz 21 zu Art. 92 SchKG). Dies ist vorliegend klarerweise nicht der Fall (vgl. Protokoll der Beweisverhandlung vom 20. April 2004, Frage 38, 46).

d) Die Beschwerde ist somit abzuweisen, womit das Betreibungsamt die gepfändeten Gegenstände ohne weiteres aus dem Pfändungsbeschluss zu entlassen hat. Dem Hinweis der Beschwerdeführerin, es gehe nicht an, dass der Betreuungsschuldner einen defizitären Betrieb auf Kosten der Gläubiger führe und dabei vorbezogene Steuern einbehalte (Ziff. III.3, III.7 Beschwerdeschrift), ist darin beizupflichten, dass zum einen mit dem Entscheid über die Pfändbarkeit von Vermögenswerten selbstverständlich nichts über die Steuerpflicht des Betreuungsschuldners ausgesagt wird, zum andern (wie ausführlich dargelegt) der Schutz vor Pfändung von beruflichen Kompetenzstücken seine Grenze an der dauerhaften Unwirtschaftlichkeit der Berufsaus-

A. 6.3

übung findet. Zu Wirtschaftlichkeit der Berufsausübung gehört auch, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht (Ziff. III.2 Beschwerdeschrift), dass sie die damit zusammenhängenden Steuern mitzufinanzieren vermag (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2001, NR010075). Bei dem vom Betreibungsschuldner ausgewiesenen Betriebsergebnis handelt es sich aber gemäss Erfolgsrechnung um Gewinn nach Mehrwertsteuern (KB 3). Im Übrigen ist der Betreibungsschuldner (im Rahmen der strafrechtlichen Schranken) in seiner wirtschaftlichen Entfaltung frei.

(Beschluss vom 25. August 2004, RK2 2004 69; auf eine dagegen gerichtete Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil 7B.185/2004 vom 30. September 2004 nicht eingetreten).

6.3 Konkursdekret

- *Rekursverfahren (Weiterziehung): Beschränkter Schriftenwechsel und Einlegungsstelle (Erw. 2 und 3).*
- *Novenrecht und Prüfung der Zahlungsfähigkeit (Erw. 4).*
- *Kostenfolgen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Gegen diese am 23. März 2004 zugestellte Verfügung erhebt der Beklagte mit Eingabe vom 2. April 2004 rechtzeitig Rekurs und beantragt, die Verfügung des Konkursrichters, mit welcher der Konkurs über das Vermögen des Rekurrenten eröffnet wurde, aufzuheben und die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Dem Rekurs wurde ein Beleg über die Einzahlung eines Betrages von Fr. 112'000.00 an das Kantonsgericht vom 2. April 2004 beigelegt. Mit Verfügung vom 7. April 2004 wurde dem Rekurs vorläufig aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Einholen einer Rekursantwort erübrigt sich, nachdem der Gläubiger mit Schreiben vom 16. April 2004 erklärt hat, im Falle der vollumfänglichen Befriedigung seines Anspruches auf das Konkursbegehren zu verzichten, und der geschuldete Betrag beim Kantonsgericht hinterlegt worden ist.

3. Nach neuem § 208 Abs. 1 ZPO ist der Rekurs unter Vorbehalt abweichenden Bundesrechts innert 20 Tagen seit Mitteilung des Entscheides der ersten Instanz schriftlich einzureichen. Art. 174 Abs. 1 SchKG sieht vor, dass der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen nach Eröffnung an das obere Gericht weiter gezogen werden kann. Entgegen vereinzelt Lehrmeinungen, die indes nicht näher begründet werden (vgl. SchKG-Giroud, N. 12 zu 174 und Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, N. 52 zu § 36), schreibt das Bundesrecht damit die Einlegungsstelle - im Gegensatz zur kürzeren zehntägigen Frist - nicht vor (vgl.

auch Art. 19 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 78 Abs. 1 OG), so dass, übrigens wie bei der Bezeichnung des Rechtsmittels, die kantonale Regelung massgebend ist (Art. 25 Ziff. 2 SchKG). Der entgegen der Rechtsmittelbelehrung bei der Rechtsmittelinstantz direkt eingereichte Rekurs ist dennoch als rechtzeitig entgegenzunehmen, zumal davon auszugehen ist, dass aufgrund der früheren Regelung ein unbewusstes Versehen des Rechtsvertreters vorliegt.

4. Gemäss revidierten Art. 174 SchKG können die Parteien im Rekursverfahren nicht nur neue Tatsachen geltend machen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgten (sog. unechte Noven), sondern auch Tatsachen, die nach Eröffnung des Konkurses eingetreten sind (sog. echte Noven). Laut Abs. 2 dieser Bestimmung kann nämlich das obere Gericht die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Weshalb das Novenrecht beansprucht wird, namentlich ein allfälliges Verschulden, ist unerheblich. Das Gesetz verlangt keinen Entschuldigungsgrund (SchKG-Giroud, Art. 173 N 17 ff.).

a) Der Rekurrent hat innert der Rechtsmittelfrist dem Kantonsgericht Schwyz den Betrag von Fr. 112'000.00 einbezahlt. Damit sind die offene Betreibungsforderung, die Betreibungskosten, die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 200.00, die vom klägerischen Vorschuss bezogen wurden, und die gesprochene Umtriebsentschädigung von Fr. 100.00 gedeckt. Abgesehen davon hat der Gläubiger im Rekursverfahren für den Fall der vollumfänglichen Befriedigung seines Anspruches ausdrücklich auf das Konkursbegehren verzichtet, weshalb die Voraussetzungen für eine Konkursaufhebung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG gegeben sind.

b) Mit der Voraussetzung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit soll laut Botschaft vor allem für Schuldner eine Hürde aufgebaut werden, die hoffnungslos überschuldet und damit konkursreif sind (BBl 1991 S. 112). Objektiv muss Illiquidität vorliegen, die den Schuldner ausserstande setzt, seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Es darf sich dabei nicht nur um eine vorübergehende Zahlungsschwierigkeit handeln, sondern der Schuldner muss sich auf unabsehbare Zeit in dieser Lage befinden (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 38 Rz 14).

Im Falle der erstmaligen Anfechtung einer Konkursöffnung werden praxismässig an das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit keine strengen Anforderungen gestellt. Das Erfordernis der Zahlungsfähigkeit wird regelmässig bejaht, sofern die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes nicht zum vornherein verneint werden muss (SchKG-Giroud, Art. 173 N 17 26). Der Rekurrent verdiente in den letzten Jahren jeweils mehr als

A. 6.4

eine Viertelmillion Franken, ist Grundeigentümer verschiedener noch weiter belastbarer Grundstücke und besitzt zu 96% die R. AG in Zürich, die per Ende 2003 ein Eigenkapital von Fr. 936'891.19 und einen Gewinn von Fr. 456'413.74 ausgewiesen hat. Diese Beteiligung gewährt ihm offensichtlich einigen finanziellen Spielraum und es ist unter den genannten Umständen nicht ohne weiteres ersichtlich, dass der Rekurrent die gemäss dem Betreibungsregisterauszug noch nicht bezahlten Schulden nicht zu bezahlen vermöchte, obwohl er gemäss der Steuererklärung 2001/02 vom 23. September 2003 kein steuerbares Vermögen ausweist. Es lässt sich zusammenfassend nicht sagen, dass der Rekurrent konkursreif ist.

5. Die in Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Konkursöffnung ist demnach aufzuheben. Neben der Auflage der erstinstanzlichen Verfahrenskosten ist auch diejenige der Kosten des Rekursverfahrens gerechtfertigt, nachdem der Rekurrent durch das Nichtbezahlen der Schuld bis nach der erfolgten Konkursöffnung das Verfahren verursacht hat. Auch die vorinstanzlich gesprochene Parteientschädigung von Fr. 100.00 ist nicht zu beanstanden. Für das Rekursverfahren ist dem Rekursgegner dagegen keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm kein nennenswerter Aufwand entstanden ist.

Die betriebene Forderung von Fr. 110'953.40 inkl. Zinsen (von recte Fr. 753.40) und Betreibungskosten, die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 200.00 sowie die Umtriebsentschädigung von Fr. 100.00 betragen total Fr. 111'253.40. Diese Summe ist aus dem zu Gunsten des Rekursgegners beim Kantonsgericht hinterlegten Betrag von Fr. 112'000.00 direkt dem Rekursgegner zu überweisen. Damit sind neben der Schuld inkl. Zinsen und Betreibungskosten auch die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 200.00 sowie die Umtriebsentschädigung von Fr. 100.00 getilgt. Es ist praxismässig Sache des Konkursamtes, über den ihm überwiesenen restlichen Kostenvorschuss des Rekursgegners von Fr. 1'800.00 zu befinden.

(Beschluss vom 5. Mai 2004, RK2 2004 42).

6.4 Konkursdekret

- *Anfechtungsgründe (Erw. 3).*
- *Aufhebung des Rechtsvorschlags durch ausserkantonale Verwaltungsbehörden; Feststellung der Nichtigkeit (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss revidierten Art. 174 SchKG können die Parteien im Rekursverfahren nicht nur neue Tatsachen geltend machen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgten (sog. unechte Noven), sondern nach Absatz 2 der Bestimmung durch Urkunden nachweisen, dass inzwischen die Schuld, ein-

schliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Solche echten Noven und ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG macht die Rekurrentin vorliegend nicht geltend, führt aber aus, zur Zeit der Konkursverhandlung im Ausland gewilt zu haben. Über ihren Auslandsaufenthalt hat die Rekurrentin die Vorinstanz mit ihrem als Gesuch um Fristwiederherstellung verfassten Schreiben vom 24. Mai 2004 orientiert. Dieses Schreiben ist dem Bezirksgericht am 25. Mai 2004 mithin zwei Tage vor der Verhandlung eingegangen. Es ist unklar, ob diesem Schreiben die Bedeutung eines Wiederherstellungsgesuches im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG zukommen soll, ob die Rekurrentin mit diesem Schreiben um eine Verschiebung der Verhandlung nachsuchen oder bloss ihr Fernbleiben von der anberaumten Verhandlung entschuldigen wollte. Die Vorinstanz wäre deshalb gehalten gewesen, die Bedeutung des Schreibens durch Rückfrage abzuklären oder wenigstens umgehend die Mitteilung zu machen, dass an der Konkursverhandlung festgehalten werde.

4. Die angefochtene Konkursöffnung ist aber abgesehen von diesem Mangel auch aus anderen Gründen aufzuheben.

a) Nach Art. 43 Ziff. 1 SchKG ist die Konkursbetreibung für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte in jedem Fall ausgeschlossen. Eine Konkursbetreibung in solchen Fällen wäre nichtig (BGE 120 III 106). Das Kantonsgericht hat Krankenversicherer nach Art. 11 KVG aufgrund ihrer Verfügungsbefugnis als öffentliche Kassen angesehen und deshalb die Konkursbetreibung von Prämien der obligatorischen Krankengrundversicherung als ausgeschlossen betrachtet (KG 148/99 RK 2 vom 4.5.1999 mit Hinweis auf Eugster in SBVR, Krankenversicherung, Rz 339). Die diesbezüglichen Unklarheiten in der Praxis (vgl. SchKG-Acocella, BSK, Art. 43 Rz 6 mit Hinweisen) scheinen inzwischen durch das Bundesgericht ausgeräumt worden zu sein. Wenn die betreibende Krankenversicherung wie vorliegend eine Aktiengesellschaft ist, fehlte es nach einem neueren Entscheid des Bundesgerichts an der Voraussetzung eines Rechtssubjektes des öffentlichen Rechts, so dass die Konkursbetreibung nicht als ausgeschlossen anzusehen wäre (BGE 125 III 250; Ursprung, Das Zusammenspiel des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts mit dem Sozialversicherungsrecht in BISchK 4/2003 S. 154). Grundsätzlich könnte deshalb nach der bundesgerichtlichen Praxis die vorliegende Betreibung auf Konkurs fortgesetzt werden. Dieser Frage braucht an dieser Stelle allerdings nicht weiter nachgegangen zu werden.

b) Ausserkantonale Verwaltungsbehörden können den Rechtsvorschlag in einer Betreibung eines anderen Kantons nicht direkt aufheben (SchKG-Staehelin, BSK, Art. 79 Rz 18 und 41). Beseitigt eine Krankenkasse ausserhalb

A. 6.4

des Kantons der Betreuung mit Verfügung über die Zahlungspflicht des Versicherten auch den Rechtsvorschlag, bleiben daher die Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG in analoger Anwendung erhalten und es ist das Verfahren nach Art. 79 Abs. 2 SchKG einzuschlagen (BGE 128 III 248). Vorliegend hat die Rekursgegnerin beim Betreibungsamt Höfe die Fortsetzung der Betreuung aufgrund ihrer zur Zahlungspflicht ergangenen und den Rechtsvorschlag beseitigenden Verfügung verlangt. Aufgrund der vom Betreibungsamt eingereichten Akten muss davon ausgegangen werden, dass der Schuldnerin nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens keine Frist von zehn Tagen zur Erhebung von Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG und Erwirkung eines Entscheides des Rechtsöffnungsrichters am Betreibungsort gemäss Art. 79 Abs. 2 SchKG angesetzt wurde (vgl. auch Ursprung, a.a.O., S. 160 f.). Die Fortsetzung der Betreuung nach erfolgtem Rechtsvorschlag ist nichtig (SchKG-Cometta, BSK, Art. 22 Rz 12 lem. 6). Da nicht nach Art. 79 Abs. 2 SchKG verfahren wurde, kann der Rechtsvorschlag noch nicht als rechtswirksam beseitigt gelten, weshalb die Fortsetzung der Betreuung durch die Konkursandrohung als nichtig anzusehen ist (vgl. SchKG-Cometta, BSK, Nr. 12 lem. 6 zu Art. 22).

c) Nach Art. 173 Abs. 2 SchKG hat der Konkursrichter seinen Entscheid auszusetzen und den Fall an die Aufsichtsbehörde zu überweisen, wenn er findet, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde. Das schliesst nicht aus, dass in ganz klaren Fällen ein Gericht seinerseits Nichtigkeit feststellt (SchKG-Cometta, BSK, Art. 22 Rz 18; a.M. Meier, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 44); kommt hinzu, dass das Kantonsgericht zugleich obere Aufsichtsbehörde ist (§ 10 Abs. 2 EVzSchKG) und als solche von Amtes wegen die Nichtigkeit feststellen kann (Art. 22 Abs. 1 SchKG; SchKG-Cometta, BSK, Art. 22 Rz 15). Es würde in casu auf einen unnötigen Verfahrensumweg (vgl. Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000, Art. 22 Rz 151) hinauslaufen, wenn nicht direkt entschieden, sondern den Fall an die untere Aufsichtsbehörde überwiesen würde, so dass der Konkursrichter nach dem Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde nochmals einen anfechtbaren Konkursentscheid ausfallen müsste.

(Beschluss vom 19. Juli 2004, RK2 2004 82).

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Öffentliche Testamente

- *Aufbewahrung und Herausgabe.*

Betreffend Aufbewahrungspflicht von Verfügungen ist § 9 Abs. 1 BBV (SRSZ 210.210) massgebend, wonach eine «Ausfertigung» aufzubewahren ist, d.h. das kantonale Recht verlangt wohl nicht die Aufbewahrung der sog. Urschrift (soweit von einer solchen nach heutiger Drucktechnik noch gesprochen werden kann). M.E. verbietet das kantonale Recht somit nicht die Herausgabe eines Originals an den Testator, sofern die Aufbewahrung einer beglaubigten Kopie an dessen Stelle tritt (was teilweise einer generellen Praxis der Schwyzer Notariate entspricht). Damit ist allerdings nicht gesagt, ob die Urkundsperson auch verpflichtet ist, das Register-Original auf Verlangen herauszugeben (zumal dann, wenn bereits ein Original nach der Beurkundung ausgehändigt wurde). Für diese Frage kann auf die von Ihnen angeführten konträren Auffassungen in Judikatur und Doktrin verwiesen werden (BGE 88 II 500 = Pra 1958 S. 146 und BSK N. 6 zu 504). Vorbehalten bleibt auch die Handhabung bei öffentlichen (Erb)verträgen.

(Auszug aus einer Präsidialauskunft vom 14. Oktober 2004).

1. Verfahren

1.1 Zuständigkeit; Vorgehensweise bei Kollision interkantonalen Normen

- *Fürsorgerische Freiheitsentziehung FFE: Örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz der betroffenen Person (Erw. 1).*
- *Wie ist vorzugehen, wenn interkantonal Normen kollidieren (Recht des Kantons Graubünden im Einweisungszeitpunkt; Recht des Kantons Schwyz im Beschwerdezeitpunkt)?
Richterliche Lückenfüllung (Erw. 4.2).*

Aus den Erwägungen:

1. Die örtliche Zuständigkeit für das Anfechten einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) richtet sich interkantonal nach dem Wohnsitz des Betroffenen. Dies gilt auch dann, wenn der FFE bei Gefahr von einer Stelle am Aufenthaltsort des Betroffenen angeordnet worden ist (E. Spirig, ZH-Kommentar, N 125 zu Art. 397e ZGB; VGE 819/97 v. 15.4.1997 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

Die Abklärungen des Bezirksgerichts Imboden, wonach der Beschwerdeführer in Flims GR lediglich Wochenaufenthalter ist und seinen Wohnsitz in ... (Gemeinde ..., SZ) hat, decken sich mit den ... getätigten Abklärungen. Somit ist das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz örtlich und sachlich für die Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. § 8 EG ZGB, SRSZ 210.100).

2. Ist auf eine verwaltungsgerichtliche Beschwerde offensichtlich mangels einer Sachurteilsvoraussetzung nicht einzutreten, trifft der Präsident oder ein vom Verwaltungsgericht bezeichneter Richter einen Einzelrichtersentscheid (§ 60 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP). Ein Nichteintretensentscheid ist unter anderem dann zu treffen, wenn ein Rechtsanspruch nicht fristgerecht geltend gemacht worden ist (§ 27 Abs. 1 lit. f i.V. mit Abs. 2 VRP).

3. Eine Person, die gegen ihren Willen in eine Anstalt eingewiesen worden ist, kann gemäss Art. 397d Abs. 1 ZGB gegen die Einweisungsverfügung innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich das Gericht anrufen. Die ärztliche Einweisungsverfügung wurde am 6. Januar 2004 erlassen und unter anderem auch dem Betroffenen ausgehändigt. Gleichentags erfolgte der Ein-

tritt in die Psychiatrische Klinik Waldhaus. Die Frist zur Anrufung des Gerichts ist am 16. Januar 2004 abgelaufen. Die Rechtsmitteleingabe an den Bezirksgerichtsausschuss Imboden erfolgte erst am 5. Februar 2004, also lange nach Ablauf der Frist, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. Th. Geiser, BA-Kommentar, N 21 zu Art. 397d ZGB; Spirig, a.a.O. N 50 zu Art. 397 d ZGB).

4.1 Die ordentliche Zuständigkeit für die Anordnung der FFE ist die Vormundschaftsbehörde (Art. 397b Abs. 1 ZGB; § 36a EG-ZGB). Die ausserordentliche Zuständigkeit für die Anstaltseinweisung gemäss Art. 397b Abs. 2 ZGB ist im Kanton Schwyz in § 36b Abs. 2 EG-ZGB wie folgt geregelt:

§ 36b 2. Bei Gefahr im Verzuge

¹ Liegt Gefahr im Verzuge, ist jeder in der Schweiz zur selbständigen Berufsausübung zugelassene Arzt befugt, die fürsorgliche Freiheitsentziehung anzuordnen (Art. 314a Abs. 3, Art. 397b Abs. 2 ZGB).

² Dauert eine vom Arzt angeordnete Freiheitsentziehung voraussichtlich länger als 20 Tage, hat die Anstaltsleitung die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen, die unverzüglich über die Weiterführung oder Aufhebung der Massnahme entscheidet.

Würde man dem Schweizerischen Einführungsrecht zu den Art. 397a ff. ZGB vorbehaltlos folgen, bestünde somit kein Rechtstitel mehr, um den Patienten gegen seinen Willen in der Klinik Waldhaus zurückzubehalten. Die Rechtslage ist indessen vorliegend komplex. Der Patient wurde – wie bereits dargelegt – an seinem seit langem bestehenden Aufenthaltsort Flims, wo er auch berufstätig ist, von einem dort praktizierenden Arzt eingewiesen. Nach Art. 54 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch des Kantons Graubünden können im Kanton Graubünden praxisberechtigte Ärzte auch ohne die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde die Einweisung in eine geeignete Anstalt anordnen, wenn Gefahr im Verzuge liegt, oder wenn die Person psychisch krank ist. Im Gegensatz zum Schwyzer Recht gilt die ärztliche Einweisung nach Bündner Recht unbefristet. Auf der Einweisungsverfügung von Dr. ... wird als Adresse des Eingewiesenen «... Flims» aufgeführt. Mithin dürfte die Klinikleitung davon ausgehen, dass sich das Verfahren und die Zuständigkeiten nach bündnerischem Recht richten. Dass dem so war, ergibt sich auch aus der nach Art. 56 EG-ZGB Graubünden erfolgten Rechtsmittelbelehrung, womit auf die bündnerischen Bezirksgerichtsausschüsse als zuständige Rechtsmittelinstanzen hingewiesen worden ist (vgl. Art. 61 EG-ZGB Graubünden). Hinzu kommt, dass der Aufenthalt des Beschwerdeführers in Flims an Intensität offenbar einem Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB zumindest nahe kommt.

4.2 Auf die Frage, wie vorzugehen ist, wenn interkantonal Normen kollidieren (Recht des Kantons Graubünden im Einweisungszeitpunkt, Recht des Kantons Schwyz im Beschwerdezeitpunkt) finden sich vorliegend keine Vorschriften. Es ist deshalb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB eine richterli-

B. 1.2

che Lückenfüllung vorzunehmen. Dabei geht es unter Berücksichtigung der betroffenen Rechtsgüter nicht an, lediglich eine rein formale Betrachtungsweise einzunehmen und festzustellen, weil die 20 Tagesfrist nach § 36b Abs. 2 EG-ZGB Schwyz abgelaufen sei, bestehe kein Rechtstitel für die Fortdauer des Klinikaufenthalts mehr und der Patient sei ohne materielle Prüfung der Frage, ob sein Gesundheitszustand eine Entlassung erlaubt, zu entlassen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Schwyzerische Recht erst ab Feststellung der bündnerischen Unzuständigkeit, d.h. ab dem 6. Februar 2004 greift. Es ergibt sich damit folgende Lösung:

- Infolge Nichteinhaltens der Beschwerdefrist ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Im Lichte von Art. 397f Abs. 1 ZGB ist im Interesse einer raschen Verfahrenserledigung die Eingabe gleichzeitig als Entlassungsgesuch an die ärztliche Leitung der Klinik Waldhaus zu überweisen (vgl. Spirig, a.a.O. N 50 zu Art. 397d ZGB). Die Klinikleitung wird den Patienten zu entlassen haben, sofern sein Gesundheitszustand dies erlaubt (vgl. Art. 397a Abs. 3 in Verbindung mit Art. 397b Abs. 3 zweiter Satzteil ZGB; Möglichkeit 1.)
- Sofern die Klinikleitung zum Schluss gelangt, die Voraussetzungen für eine Entlassung des Patienten seien (noch) nicht erfüllt, so hat sie unverzüglich im Sinne von § 36b Abs. 2 EG-ZGB Schwyz die Vormundschaftsbehörde ... (SZ), zu benachrichtigen. In dieser Benachrichtigung ist darzulegen, weshalb die Entlassungsvoraussetzungen nach Auffassung der Klinikleitung nicht gegeben sind. Die Vormundschaftsbehörde hat daraufhin unverzüglich, d.h. bis spätestens am 25. Februar 2004 (20 Tage gerechnet ab dem 6.2.04) über die Weiterführung oder Aufhebung des FFE zu entscheiden (Möglichkeit 2). Sofern die Vormundschaftsbehörde die Weiterführung des FFE beschliesst (Zurückbehaltungsverfügung), so kann der Betroffene diese Verfügung innert 10 Tagen beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz anfechten (Art. 397d Abs. 2 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde hat ihre allfällige Rückbehaltungsverfügung mit einer entsprechenden Rechtsmittelbelehrung zu versehen. (VGE 821/04 vom 13. Februar 2004).

1.2 Zuständigkeit

- *Rechtsweg bei Akteneinsichtsbegehren hinsichtlich der Verteilung der Stiftungsmittel einer liquidierten patronalen Stiftung (siehe EGV-SZ 2004, B 3.2).*

1.3 Sistierung

- *Verfahrenssistierung generell (Erw. 1.1).*
- *Verfahrenssistierung bei Hängigkeit eines alternativen Baugesuches (Erw. 1.2).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Sistierung ist in der VRP nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie ist dann sinnvoll, wenn ein Beschwerdeentscheid von einem anderen Entscheid (z.B. Strafprozess) oder einem anderen Ereignis massgeblich abhängt oder wesentlich beeinflusst wird. Der Grundsatz der beförderlichen Behandlung gebietet indes, dass eine Verfahrenssistierung nur aus hinreichenden Gründen angeordnet werden darf.

Eine Verfahrenssistierung kann sich auch dann als sinnvoll erweisen, wenn die Parteien ernsthafte Verständigungsbemühungen aufgenommen haben, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass sich das Beschwerdeverfahren ganz oder teilweise erledigen oder mindestens massgeblich vereinfachen lässt (VGE 1008/1009/1010/02Z vom 10. Juni 2002 mit weiteren Zitaten).

1.2 Während der Hängigkeit eines Baugesuches kann ein Alternativgesuch eingereicht werden, ohne dass deswegen die Gegenstandslosigkeit des ursprünglichen Baugesuches zu stipulieren ist, sofern der Gesuchsteller ein hinreichendes Interesse darzutun vermag und das Begehren keinem Rechtsmissbrauch gleichkommt (VGE 1034/02 vom 30. Januar 2003, Erw. 1). Aus verfahrensökonomischen Gründen, d.h. in Berücksichtigung der in einem Baubewilligungsverfahren zu tätigen umfangreichen Abklärungen muss den Baubewilligungsbehörden jedoch zugestanden werden, vorweg das vom Gesuchsteller favorisierte Projekt zu beurteilen und die Behandlung eines Alternativgesuches zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «Haupt»-Verfahren rechtskräftig feststeht (BVR 1989 S. 403).

(Zwischenbescheid 1015/04Z vom 22. September 2004).

1.4 Sistierung

- *Arbeitslosenversicherung: Sistierung eines Verfahrens gilt als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung, wenn - wie in casu - ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Erw. 2.2).*
- *Koordination Arbeitslosenversicherung - Invalidenversicherung (Erw. 4.1 f.).*
- *Aufhebung einer vorinstanzlichen Verfahrenssistierung (Erw. 4.3).*

B. 1.4

Aus den Erwägungen:

1. Im vorliegenden Fall ist streitig und zu prüfen, ob die Arbeitslosenkasse die Behandlung der Einsprache gegen ihre Verfügung Nr. 309 vom 28. April 2004 sistieren durfte, bis das bei der IV-Stelle hängige Verfahren betreffend Ausrichtung einer Invalidenrente erledigt ist. In dieser Verfügung ist die Arbeitslosenkasse zum Ergebnis gelangt, dass der Beschwerdeführer ... ab 26. Februar 2004 bis auf weiteres - wegen Nichterfüllung der Beitragszeit bzw. weil kein Befreiungsgrund vorliege - gegenüber der Arbeitslosenversicherung nicht anspruchsberechtigt sei. ...

2.1 Gegen prozess- und verfahrensleitende Verfügungen steht die Einsprache nicht zur Verfügung (vgl. Art. 52 Abs. 1 ATSG), hingegen ist gestützt auf Art. 56 Abs. 1 ATSG grundsätzlich eine Beschwerde an die kantonale Gerichtsinstanz möglich. Allerdings galt nach bisheriger Rechtsprechung bei Beschwerden gegen Zwischenverfügungen jeweils noch die besondere Eintretensvoraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils (vgl. Kieser, ATSG Kommentar, Rz. 8 zu Art. 56 ATSG mit Hinweisen, u.a. auf BGE 124 V 25). Nachdem der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, mit der Einführung des ATSG diese für Zwischenverfügung geltende besondere Eintretensvoraussetzung aufzuheben (vgl. die Ausführungen von Kieser, a.a.O. Rz. 8 zu Art. 56 ATSG), ist an diesem Erfordernis festzuhalten. Somit gilt die Sistierung eines Verfahrens dann als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ein solcher Nachteil bei der Sistierung eines Prozesses nur ausnahmsweise zu bejahen (vgl. Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3.A., S. 512, Rz. 29, mit Verweis auf BGE 127 V 229 ff.; Kieser, a.a.O. S. 560 mit Verweis auf SVR 1996 IV Nr. 93 und SVR 1997 ALV Nr. 84). Es genügt grundsätzlich ein tatsächlicher Nachteil, welcher indessen dann nicht gegeben ist, wenn mit der Anfechtung des Zwischenentscheidendes eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens vermieden werden soll (vgl. Kieser, a.a.O. S. 560, mit Verweis auf BGE 120 Ib 100). Das schutzwürdige Interesse kann aber auch wirtschaftlicher Natur sein, der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, 2. Auflage, Rz. 514; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, 2. Auflage, Rz. 48 zu § 19).

2.2 Der Beschwerdeführer bringt gegen die vorliegende Sistierungsverfügung im Wesentlichen sinngemäss vor, da die Invalidenversicherung von einer weiterhin bestehenden Arbeitsfähigkeit ausgehe, erhalte er keine Leistungen der Invalidenversicherung. Darum sei er darauf angewiesen, von der Arbeitslosenversicherung Taggelder zu erhalten, da er sich in einer prekären finanziellen Situation befinde. Mit dem Zuwarten des Entscheidendes über seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entstünden ihm massive Nachteile.

Diese Vorbringen reichen grundsätzlich aus, um ein schutzwürdiges Interesse an der materiellen Behandlung der Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Sistierungsentscheid zu bejahen. Bei dieser Sachlage ist auf die rechtzeitig eingereichte Beschwerde einzutreten.

3.1 Die Sistierung eines hängigen Verfahrens ist grundsätzlich dann sinnvoll, wenn ein Entscheid von einem anderen Entscheid oder Urteil (z.B. Zivilprozess, Strafprozess) massgeblich abhängt oder wesentlich beeinflusst wird. Es ist dabei erforderlich, dass die beiden Verfahren einen hinreichenden Sachzusammenhang aufweisen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., Rz. 29 zu Vorbemerk. zu §§ 4-31; VGE 314/98 vom 13. Mai 1998, Erw. 3a, Prot. S. 735). Indessen ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz der beförderlichen Behandlung zu beachten, welcher verlangt, dass die Verfahrenssistierung nur aus hinreichenden Gründen angeordnet werden darf (vgl. VGE 1032/98 vom 13. November 1998, Erw. 3, Prot. S. 1180, mit Verweis auf VGE 650/94 vom 22. Dezember 1994, Erw. 1b, Prot. S. 1438).

3.2 In der Folge ist zum einen die Frage zu behandeln, welche Koordination der Gesetzgeber zwischen der Invaliden- und der Arbeitslosenversicherung vorgesehen hat. Zum andern ist zu prüfen, ob im konkreten Fall das vor der IV-Stelle hängige Einspracheverfahren es rechtfertigt, die vor der Vorinstanz hängige Einsprache (betreffend Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung) erst dann zu behandeln, wenn Klarheit über die Ansprüche des Beschwerdeführers im Bereich der Invalidenversicherung besteht.

4.1 Die Frage der Koordination zwischen Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung stellt sich namentlich bei gesundheitlich beeinträchtigten Personen. Ausgangspunkt bildet das ATSG, welches im 5. Kapitel Koordinationsregeln enthält (vgl. auch den Zweckartikel in Art. 1 ATSG, wonach dieses Gesetz das Sozialversicherungsrecht des Bundes koordiniert). Gemäss Art. 70 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ATSG hat der Gesetzgeber für den Fall, wenn Zweifel darüber bestehen, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, festgehalten, dass für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist, grundsätzlich die Arbeitslosenversicherung vorleistungspflichtig ist. Eine analoge Vorleistungspflicht ist auch in Art. 15 Abs. 3 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) enthalten, welcher in Satz 1 festhält: Ist ein Behinderter, unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat er sich bei der Invalidenversicherung (oder bei einer anderen Versicherung nach Absatz 2) angemeldet, so gilt er bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig. Diese dargelegte Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung spricht grundsätzlich gegen ein Vorgehen, bei welchem die Arbeitslosenversicherung zunächst den Ausgang des IV-rechtlichen Rechtsmittelverfahrens (betreffend IV-Ansprüche) abwartet.

B. 1.4

4.2 Im Rahmen der Koordination zwischen Arbeitslosen- und Invalidenversicherung besteht eine Schwierigkeit darin, dass die Arbeitslosenversicherung die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung an das Vorliegen einer Vermittlungsfähigkeit knüpft (vgl. Art. 15 Abs. 1 AVIG), mithin eine Leistungsvoraussetzung aufstellt, welche die anderen in Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG genannten Zweige deshalb nicht kennen, weil sie grundsätzlich an eine Arbeitsunfähigkeit anknüpfen (vgl. Kieser, a.a.O. Rz. 15 zu Art. 70 ATSG). Mithin sind Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung nicht komplementäre Versicherungszweige in dem Sinne, dass sich der Versicherte entweder auf Invalidität oder Arbeitslosigkeit berufen kann (vgl. EVGE C 77/01 vom 8. Februar 2002, Erw. 3d, publ. in ARV 2002, S. 241, mit Hinweisen, u.a. auf Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweiz. Bundesverwaltungsrecht, Bd. Sozial Sicherheit, S. 6 Rz. 11). Wer trotz eines schweren Gesundheitsschadens invalidenversicherungsrechtlich nicht in rentenbegründendem Ausmass erwerbsunfähig ist, kann gleichwohl arbeitslosenversicherungsrechtlich gesehen vermittlungsunfähig sein (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz. 11 mit Verweis auf BGE 109 V 29 = Praxis 72 Nr. 277 betreffend 1 Mitglied der Vereinigung der mund- und fussmalenden Künstler). Umgekehrt schliesst auch der Bezug einer ganzen IV-Rente die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz. 11 i.V.m. Rz. 225). Schliesslich sind die Organe der Arbeitslosenversicherung bei der Prüfung der Vermittlungsfähigkeit nicht an die Beurteilung der Invaliden- oder der Unfallversicherung gebunden. Bestehen erhebliche Zweifel an der Arbeitsfähigkeit einer arbeitslosen Person, kann die kantonale Amtsstelle eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen. Dabei obliegt die Beurteilung über die Vermittlungsfähigkeit nicht dem Vertrauensarzt, sondern der Verwaltung bzw. im Beschwerdefall dem Richter (vgl. EVGE i.S. L. vom 15. April 1997, publ. in ARV 1998, Nr. 5, S. 28 ff.; Art. 15 Abs. 3 AVIG). Auch diese dargelegten Aspekte sprechen gegen den Standpunkt, die Einsprache gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 28. April 2004 erst dann zu behandeln, wenn die Frage eines IV-Rentenanspruchs geklärt ist.

4.3 In materieller Hinsicht steht im vorinstanzlichen Einspracheverfahren nicht die Frage der Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 AVIG im Vordergrund, vielmehr geht es um die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit. Dazu drängen sich folgende Bemerkungen auf.

Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt u.a. voraus, dass der Versicherte nach Art. 8 Abs. 1 lit. e die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (von 2 Jahren vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, vgl. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 AVIG). Von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind u.a. Personen, die innerhalb der Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während insgesamt mehr als zwölf Monaten nicht in einem Arbeits-

verhältnis standen und die Beitragszeit nicht erfüllen konnten wegen Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG) oder Mutterschaft (Art. 5 ATSG), sofern sie während dieser Zeit Wohnsitz in der Schweiz hatten (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG). Gemäss der in BGE 121 V 336 publizierten Rechtsprechung bezieht sich Art. 14 Abs. 1 AVIG dem Wortlaut nach auf versicherte Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis standen und deshalb durch die dort genannten Gründe an der Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung gehindert worden sind. Es muss somit ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichterfüllung der Beitragszeit und dem gesetzlich umschriebenen Hinderungsgrund bestehen. Um kausal für die fehlende Beitragszeit zu sein, muss das Hindernis zudem während mehr als zwölf Monaten bestanden haben. Denn bei kürzerer Verhinderung bleibt der versicherten Person während der zweijährigen Rahmenfrist genügend Zeit, um eine ausreichende beitragspflichtige Beschäftigung auszuüben. Da eine Teilzeitbeschäftigung hinsichtlich der Erfüllung der Beitragszeit einer Vollzeitbeschäftigung gleichgestellt ist (vgl. Art. 11 Abs. 4 Satz 1 AVIV), liegt die erforderliche Kausalität zudem nur vor, wenn es der versicherten Person aus einem der in Art. 14 Abs. 1 lit. a-c AVIG genannten Gründe auch nicht möglich und zumutbar ist, ein Teilzeitverhältnis einzugehen. Denn bei genügender Beitragszeit, d.h. wenn die versicherte Person innerhalb der Rahmenfrist während der gesetzlich geforderten Zeit eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 AVIG), kommt die Befreiungsregelung grundsätzlich nicht zum Zuge (vgl. EVGE C 131/00 vom 25. September 2000, Erw. 2b, publ. in ARV 2001, S. 72).

In der Verfügung vom 28. April 2004 stellte die kantonale Arbeitslosenkasse u.a. sinngemäss fest, dass die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG nicht gegeben sind. Die Frage, ob dieses Ergebnis einer Überprüfung Stand hält, bildet Gegenstand des vor Vorinstanz hängigen Einspracheverfahrens. Nachdem erstens im genannten Einspracheverfahren bereits medizinische Akten inkl. ein Gutachten des Universitätsspitals Zürich vom 29. Dezember 2003 vorliegen und insofern die Sach- sowie Rechtslage zur Behandlung der Einsprache liquid erscheint (vgl. dazu auch VGE 1032/98 vom 13. November 1998, Erw. 3), zweitens unklar ist, ob im vor der IV-Stelle hängigen Verfahren überhaupt noch zusätzliche medizinische Abklärungen getroffen werden, und drittens die Organe der Arbeitslosenversicherung ohnehin nicht an die Beurteilung der Organe der Invalidenversicherung gebunden sind (vgl. oben, Erw. 4.2), besteht im vorliegenden Fall kein hinreichender Anlass, um die Behandlung der vor Vorinstanz hängigen Einsprache zu sistieren bzw. sistiert zu belassen.

5. Aus all diesen Gründen ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Zwischenbescheid aufgehoben wird. Damit fällt die Sistierung des Einspracheverfahrens dahin, weshalb die Vorinstanz die Behandlung der Einsprache umgehend an die Hand zu nehmen hat. ...

(VGE 351/04 vom 15. Dezember 2004).

B. 1.5

1.5 Rechtsmittelfrist

- *Unfallversicherung; formlose Ablehnung von Leistungen als faktische Verfügung.*
- *Dauer der Anfechtungsfrist (90 Tage).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, hat der Versicherungsträger schriftlich Verfügungen zu erlassen (Art. 49 Abs. 1 ATSG). Die Verfügungen werden mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Sie sind zu begründen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen. Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen (Art. 49 Abs. 3 ATSG). Diese Verfahrensgrundsätze galten bereits nach altem Recht (Art. 99 Abs. 1 und 2 aUVG) und die dazu erlassene Rechtsprechung ist damit bei der Beurteilung weiterhin zu berücksichtigen.

3.2 Gemäss Art. 99 aUVG (bzw. Art. 49 Abs. 3 ATSG) wäre der Unfallversicherer gehalten gewesen, die Mitteilung vom 28. Januar 2002 in Verfügungsform zu erlassen. Es wird darin über erhebliche Leistungen entschieden. Obwohl das Schreiben vom 28. Januar 2002 weder als Verfügung gekennzeichnet ist noch eine Rechtsmittelbelehrung enthält, kommt ihm materiell Verfügungscharakter zu, weil damit hoheitlich über den Anspruch des Beschwerdeführers auf weitere Versicherungsleistungen befunden wurde (vgl. BGE 129 V 111 Ew. 1.2.1; 125 V 476 Erw. 1).

Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf, folgt, dass dem Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz des Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet, dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen ist, ob die betroffene Partei zufolge des gerügten Eröffnungsmangels tatsächlich irreführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet. So lässt sich mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit nicht vereinbaren, dass ein Verwaltungsakt wegen mangelhafter (bzw. fehlender) Rechtsmittelbelehrung jederzeit an das Gericht weitergezogen werden kann; vielmehr muss ein solcher Verwaltungsakt innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage gestellt werden (Urteil EVG 295/00 v. 12. Dez. 2000 Erw. 2a; BGE 111 V 150 Erw. 4c m.H.).

Die gleichen Regeln gelten für den Fall, dass ein Verwaltungsakt mit Verfügungscharakter formlos eröffnet wird. Die Rechtsbeständigkeit solcher Verwaltungsakte gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als einge-

treten, wenn anzunehmen ist, die versicherte Person habe sich mit der getroffenen Regelung abgefunden. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich nicht innert einer angemessenen Überlegungs- und Prüfungsfrist dagegen verhält (BGE 122 V 369 m.H.). Im Urteil N. vom 14. Juli 2003, C7/02 (vgl. SVR 2004 ALV Nr. 1), hat das Eidg. Versicherungsgericht entschieden, dass ein solcher formloser Verwaltungsakt in der Regel innerhalb von 90 Tagen mittels Beschwerde anzufechten ist. Dieser Entscheid wurde mit Urteil B. vom 2. September 2003, U 103/03, bestätigt.

3.3 Im vorliegenden Fall hat der Unfallversicherer die Mitteilung vom 28. Januar 2002 dem Rechtsanwalt des Beschwerdeführers zugesandt. Diese Mitteilung konnte vom Rechtsvertreter des Versicherten klarerweise nur in dem Sinne verstanden werden, dass der Unfallversicherer weitere Leistungen im Zusammenhang mit dem Unfall vom ... für die Zeit ab 30. September 1998 gestützt auf das MEDAS-Gutachten ablehnt. Der Versicherte bzw. sein Rechtsvertreter hat darauf während mehr als 7 Monaten nicht reagiert. ... Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer zwischen Ende Januar und Anfang September 2002 den Erlass einer formellen Verfügung verlangt hat, was aufgrund der konkreten Verhältnisse zur Verhinderung des Eintritts der Rechtskraft wohl genügt hätte, wobei für eine solche Reaktion nicht eine längere Reaktionszeit als für die Einsprache gegen faktische Verfügungen eingeräumt werden kann, mithin ebenfalls von einer Reaktionszeit von maximal 90 Tagen auszugehen ist, welche in casu nicht eingehalten wurde.

(VGE 370/03 vom 17. März 2004).

1.6 Rechtsmittelbefugnis

- *Flurgenossenschaft: Beschwerdebefugnis eines einzelnen Gesamteigentümers.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Der vorinstanzliche Nichteintretensantrag wird damit begründet, der Beschwerdeführer könne mit Blick auf das Grundstück KTN ... nicht Partei in diesem Verfahren sein, da es sich bei diesem Grundstück um Gesamteigentum der Erbgemeinschaft X handle. Als Partei müsse demnach diese Erbgemeinschaft auftreten. Möglich wenn nicht gar geboten wäre auch, dass die Gesamteigentümer der Erbgemeinschaft einen Vertreter bestellen würden, was auch in § 14 Abs. 1 der Statuten vorgesehen sei. Der Beschwerdeführer behaupte weder, dass er der Vertreter der Erbgemeinschaft sei, noch habe er eine Vollmacht ins Recht gelegt. Damit könne auf die Beschwerde mangels Parteistellung des Beschwerdeführers gar nicht eingetreten werden.

B. 1.6

1.2 Das Verwaltungsgericht hat bereits mehrfach zur Frage Stellung genommen, ob und inwiefern bei gemeinschaftlichen Verhältnissen ein einzelnes Mitglied allein handeln bzw. ein Rechtsmittel einlegen kann.

Im Entscheid 525/86 vom 28. April 1987 ging es darum, dass die Liegenschaft einer Erbengemeinschaft von der Gründung einer Flurgenossenschaft betroffen war und nicht alle Mitglieder, sondern nur ein einzelnes Mitglied der Erbengemeinschaft dagegen opponierte. Das Gericht führte diesbezüglich u.a. aus:

«(...) So bestimmt denn auch § 36 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (nGS II-211, ZPO), dass mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden müssen, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligte nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Diese Vorschrift über die notwendige Streitgenossenschaft ist sinngemäss auch in den Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und dem Verwaltungsgericht anwendbar (§ 13 VRP). Es gilt somit einerseits zu berücksichtigen, dass im Verwaltungsprozess das Rechtsschutzzinteresse eines Einzelnen nebst der vorinstanzlichen Parteistellung grundsätzlich für die Rechtsmittelbefugnis genügt; es bedarf keiner Sachlegitimation. Andererseits gilt es aber zu verhindern, dass ein einzelner oder mehrere Erben Verfügungen oder Entscheide provozieren. Es müssen also Beschwerden einzelner Erben zulässig sein, die die Fürsorge für die gemeinschaftliche Sache anstreben, und die nicht gleichzeitig dazu geeignet sind, die Rechte der übrigen Erben zu beeinträchtigen. Diese Voraussetzungen sind etwa in Fällen von nachbarlichen Baueinsparungen anzunehmen. Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, dass der Einbezug der Liegenschaft EG ... sowohl für diese wie für die Quartiergenossenschaft nicht erforderlich sei. Das Interesse der Liegenschaft EG ... und die Notwendigkeit für die Quartiergenossenschaft werden also in Abrede gestellt. Trifft es zu, dass die Liegenschaft der Erbengemeinschaft keinen Nutzen aus dem Zweck der Flurgenossenschaft ziehen kann, dann würde ein entsprechender Beschwerdeerfolg nicht den gemeinsamen Interessen der Erbengemeinschaft widersprechen. Ist dem nicht so, wird der Beschwerde der Erfolg versagt sein und eine Beeinträchtigung der Interessen der Erbengemeinschaft vermieden. Auf die Beschwerde der Erbin ... ist deshalb einzutreten.»

Im Entscheid 645/86 vom 26. Mai 1987 ging es um ein Bauvorhaben in einem Quartier, in welchem das Eigentum an den Bauparzellen zugleich das Miteigentum an der Quartierstrasse zur Folge hatte. Dabei hatte ein einzelner Miteigentümer der Quartierstrasse allein gegen die erteilte Baubewilligung für ein EFH beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Das Verwaltungsgericht trat auf diese Beschwerde ein u.a. mit der Begründung, bei Abwehransprüchen bedürfe es keiner notwendigen Streitgenossenschaft (vgl. Prot. 1987, S. 393 unten).

Im Entscheid 517/91 vom 21. Mai 1991 (teilweise publiziert in EGV-SZ 1991, Nr. 1) ging es in der Sache um die Zonenordnung für eine Stammparzelle, welche im Gesamteigentum der Mitglieder einer Erbengemeinschaft stand. Gegen die beabsichtigte Nutzungsplanung erhoben nicht alle, sondern nur einzelne Miterben beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Das Gericht erwog unter anderem,

- dass die Erben im Beschwerdeverfahren grundsätzlich gemeinsam aufzutreten haben (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB),
- dass der einzelne Erbe allenfalls alleine auftreten könne, wenn es bei-

- spielsweise in dringlichen Fällen einzig um die Fürsorge für die gemeinschaftliche Sache gehe, ohne dass darin gleichzeitig eine Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Miterben zu erblicken wäre,
- dass es im betreffenden Fall nicht sinnvoll sei, von den Mitgliedern der Erbengemeinschaft, welche sich hinsichtlich der massgebenden Zonenordnung im betreffenden Bereich uneinig waren, die Bestellung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) zu verlangen,
 - weshalb im Ergebnis auf die Beschwerde der drei (von acht) Miterben eingetreten wurde.

Im Entscheid 619/98 vom 31. März 1999 i.S. V. hielt das Verwaltungsgericht u.a. fest, dass im Rahmen der Grundstückgewinnbesteuerung von veräusserten, im Gesamteigentum stehenden Liegenschaften grundsätzlich jeder einzelne Gesamteigentümer befugt ist, gegen diesbezügliche Einspracheentscheide Beschwerde beim Verwaltungsgericht zu führen.

Im vorliegenden Fall geht es grundsätzlich ebenfalls darum, dass der Beschwerdeführer mit der vorliegenden Beschwerde hinsichtlich der gemeinschaftlichen Sache (KTN ...) Nachteile für die Gesamteigentümer abwenden will, indem nach seiner sinngemässen Auffassung die Ausbaukosten von der Gemeinde zu übernehmen wären. Wie den Ausführungen in der Einsprache vom 30. Mai 2003 zu entnehmen ist, ist der Beschwerdeführer nicht gegen den geplanten Ausbau der ...strasse. Soweit nun der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde obsiegen würde, käme die vollständige oder teilweise Entlastung vom Kostenanteil gemäss Verteilplan von Fr. ... grundsätzlich allen Gesamteigentümern von KTN ... zu gute, während eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung der anderen Gesamteigentümer durch die vorliegende Beschwerde nicht ersichtlich ist (zumal keine vom Gericht ausgehende reformatio in peius, d.h. keine Verschlechterung zu Lasten der Gesamteigentümern von KTN ... zur Diskussion steht, vgl. analog auch VGE 619/98 vom 31. März 1999, Erw.1d).

1.3 Bei dieser Sachlage ist zusammenfassend festzuhalten, dass bei einer Flurgenossenschaft grundsätzlich jeder einzelne Gesamteigentümer eines zum Perimetergebiet gehörenden Grundstücks befugt ist, gegen den Kostenverteilplan Einsprache bzw. Beschwerde zu erheben.

(VGE 724/03 vom 27. Februar 2004).

1.7 Verfahrensvereinigung / Beiladung

- *Akteneinsicht in das Parallelverfahren bei Verfahrensvereinigung?* (Erw. 1).
- *Beiladung in das Parallelverfahren bei Verfahrensvereinigung?* (Erw. 4.1 - 4.8).
- *Beiladung von Fachinstanzen?* (Erw. 4.9).

B. 1.7

Aus den Erwägungen:

1. Nachdem es in beiden Beschwerdeverfahren um den gleichen Gestaltungsplan geht und bereits die Vorinstanz die von den Beschwerdeführern I und II separat eingereichten Verwaltungsbeschwerden in einem einzigen RRB behandelt hat, steht der beantragten Vereinigung der Verfahren 1047/03 und 1048/03 nichts im Wege.

Eine solche Verfahrensvereinigung hat indessen nicht zur Folge, dass die einen Beschwerdeführer in alle Akten der anderen Beschwerdeführer Einblick nehmen könnten (hinten Erw. 4.7). Dem Antrag der Beschwerdeführer II, eine Kopie der von den Beschwerdeführern I dem Regierungsrat eingereichten Verwaltungsbeschwerde 206/2002 zu erhalten, wird nicht stattgegeben.

4.1 Die Beschwerdeführer I beantragen einerseits die Beiladung der Gewässerkommission des Bezirks ... und des Tiefbauamtes des Kantons Schwyz, sowie andererseits ihre Beiladung ins Parallelverfahren 1048/03 und die Beiladung der Beschwerdeführer II ins Verfahren 1047/03.

4.2 Werden durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich schützenswerte Interessen eines Dritten betroffen, so kann ihn die Behörde auf sein Gesuch hin oder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbeziehen. Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge nur zu Gunsten oder zu Lasten der Hauptparteien stellen. Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (§ 14 VRP).

4.3 Zweck der Beiladung ist es, die Rechtskraft des Entscheides auf Drittpersonen auszudehnen, die nicht Verfahrenspartei sind, durch den ausstehenden Entscheid aber voraussichtlich in ihren schützenswerten Interessen betroffen werden. Diese Rechtskraftausdehnung verhindert ein zweites Verfahren über den gleichen Streitgegenstand. Die Beiladung dient der Prozessökonomie, der Rechtssicherheit und den Interessen Dritter. In der Praxis wird den Verfügungs- und Entscheidinstanzen bei der Frage, ob eine Beiladung anzuordnen ist, ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Das Verwaltungsgericht bejaht das Beiladungsinteresse umso eher, wenn der Beizuladende zur Sachverhaltsermittlung Wesentliches beitragen kann (VGE 539/92Z v. 12.5.1992, Erw. 2a; VGE 594/95Z v. 20.7.1995, Erw. 2; EGV-SZ 1990, S. 17; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 1 zu Art. 14).

4.4 Die Beschwerdeführer I begründen ihre Beiladung ins Parallelverfahren 1048/03 damit, dass sie durch den Entscheid «in einer allfälligen Beschwerdesache ... in eigenen und schützenswerten Interessen betroffen» seien, «dies zumindest bezüglich der von diesem (recte wohl: diesen) erwähnten weiteren Beschwerdeführern ebenfalls angesprochenen Aspekte des ...baches, welcher zur Erschliessung des Gebietes ... überquert werden»

müsse. Die von den Beschwerdeführern I verlangte Beiladung der Beschwerdeführer II in das Verfahren 1047/03 wird damit begründet, dass die Beschwerdeführer II «auch die Führung und Gestaltung des ...baches und damit/dabei die Erschliessung des Gebietes ... über den ...bach angesprochen und gerügt» hätten. Als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens seien sie «auch interessenmässig und verfahrensmässig in den Gestaltungsplan ... miteingebunden». Der Verwaltungsgerichtsentscheid werde auch gegenüber den Beizuladenden Wirkung haben.

4.5 Nachdem unbestrittenermassen sowohl die Beschwerdeführer I als auch die Beschwerdeführer II gegen den Gestaltungsplan ... mit separaten Eingaben beim Gemeinderat ... Einsprache und vor dem Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben haben, besteht kein Anlass, aus Gründen der Rechtskraftausdehnung den Beiladungsbegehren stattzugeben. Diese beiden beschwerdeführenden Parteigruppen haben sowohl im Einsprache-, wie auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren befugtermassen Parteistellung eingenommen. Bei dieser Ausgangslage konnten sie sich in eigener Kompetenz entscheiden, ob sie den Beschwerdeentscheid akzeptieren, d.h. nicht weiterziehen, oder anfechten wollen. Nachdem sowohl die Beschwerdeführer I als auch die Beschwerdeführer II das Verwaltungsgericht angerufen haben, kann offen bleiben, ob eine allenfalls den Entscheid nicht weiterziehende Partei im Verfahren der an das Gericht gelangenden Parteien als Beschwerdegegner miteinzubeziehen gewesen wäre. Entscheidend ist vorliegend, dass in derselben Sache (Gestaltungsplan ... als Anfechtungsobjekt) die Beschwerdeführer I und II den regierungsrätlichen Beschwerdeentscheid angefochten haben. Sie sind somit Hauptparteien, weshalb eine Nebenparteistellung per definitionem gar nicht in Frage kommt.

4.6 Daran ändert - was die Beschwerdeführer I auch nicht geltend machen - der Umstand nichts, dass die Rügen der beschwerdeführenden Parteien nicht oder nur teilweise deckungsgleich sind. Die Beiladung dient nicht dazu, Unterlassungen in den vorinstanzlichen Verfahren nachzuholen (vgl. hiezu Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 2 zu Art. 14). Soweit das Rügeprinzip (VGE 1030/03 v. 6.8.03, Erw. 1b) für eine bestimmte Partei vor Verwaltungsgericht keine neuen Rügen mehr zulässt, so hat es damit sein Bewenden. Soweit die Rügen aber deckungsgleich sind, wäre der Sinn einer Beiladung zum vornherein nicht einsichtig. Nur wenn die inhaltlichen Intentionen verschiedener beschwerdeführender Parteien einander zuwiderlaufen würden, stellte sich die Frage der Gehörsvergewährung, die aber nicht zwingend in Form einer Beiladung zu erfolgen hätte. Eine solche Situation liegt hier indes nicht vor.

4.7 Auch der Umstand, dass die beiden Beschwerdeverfahren vereinigt werden, rechtfertigt eine Beiladung nicht. Die Verfahrensvereinigung ist bloss ein prozessökonomisches Institut und hat vor allem zur Folge, dass über die Beschwerden in einem Verfahrensakt entschieden wird und allen-

B. 1.8

falls auch ein gemeinsamer Augenschein sowie weitere gemeinsame, koordinierte Verfahrensschritte getroffen werden. Den beschwerdeführenden Parteien bleibt es aber unbenommen, ihre Rechte selber und für sich allein zu wahren (Merkli/Aeschlimann/Herzog, N 4 zu Art. 17).

4.8 Selbst wenn man aus verfahrensökonomischen Gründen im Rahmen des behördlichen Ermessensspielraumes eine Beiladung über den primären Zweck der Rechtskraftausdehnung hinaus zulassen wollte, so wäre dies hier nicht gerechtfertigt. Vielmehr würde die gegenseitige Beiladung der beschwerdeführenden Parteigruppen das Verfahren verkomplizieren und verzögern.

4.9 Im Übrigen besteht kein Anlass, die Gewässerkommission des Bezirks sowie das Tiefbauamt des Kantons als Nebenpartei beizuziehen. Es handelt sich dabei um Fachinstanzen, denen keine Partei- und Verfahrensfähigkeit für das vorliegende Verfahren zukommt (vgl. die zutreffenden Ausführungen in der Vernehmlassung 1047/03 der Beschwerdegegner vom 1. Dez. 2003, S. 3, mit Verweis auf Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 35). Soweit Informationen von diesen Fachinstanzen im Zusammenhang mit dem vorliegend umstrittenen Erlass des Gestaltungsplans «...» benötigt werden, kann von ihnen nötigenfalls ein Auskunftsbereich nach § 24 Abs.1 lit.a VRP eingeholt werden.

(VGE 1047 + 1048/03 vom 29. Januar 2004).

1.8 Öffentliche Verhandlung (Art. 6 Ziff. 1 EMRK)

- *Geltendmachung des Anspruchs.*

Aus den Erwägungen:

5. Die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat mit Urteil vom 10. Juli 2002 i.S. A.X., Erw. 2.3.1, festgehalten, dass der allgemeine Hinweis auf die Wahrung der EMRK-Garantien «letztlich nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck» bringe und namentlich keinen konkreten Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung darstelle. Die übrigen, aus Art. 6 EMRK fliessenden Rechte, wurden im vorliegenden Verfahren vollumfänglich gewahrt. Insbesondere hat das Verwaltungsgericht die Beschwerdeführer auch über den Beizug der relevanten Grundbuchauszüge informiert.

(VGE 816/04 vom 25. Juni 2004).

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 5A.32/2004 vom 4. Februar 2005 mit folgender Begründung abgewiesen:

2. Die Beschwerdeführer rügen vorab eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weil keine öffentliche Verhandlung durchgeführt worden sei, obwohl sie nicht ausdrücklich auf eine solche verzichtet hätten.

Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK besteht in Verfahren über zivilrechtliche Streitigkeiten ein Anspruch auf öffentliche Verhandlung, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts kann ein solcher Verzicht auch stillschweigend erfolgen. Ein Verzicht ist namentlich dann zu vermuten, wenn der Beschwerdeführer keinen Antrag auf eine öffentliche Verhandlung gestellt hat, obwohl die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen diese Möglichkeit vorsehen und er wissen musste, dass in der Regel im schriftlichen Verfahren entschieden wird (BGE 119 Ia 221 E.5b S. 229f.; 121 I 30 E. 5f S. 37 f.).

Gemäss § 17 Abs. 1 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Schwyz ist das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in der Regel schriftlich. Nach Absatz 2 der gleichen Bestimmung kann die Behörde unter anderem auf Antrag einer Partei eine mündliche Verhandlung anordnen. Einen solchen Antrag haben die Beschwerdeführer indes im kantonalen Verfahren nicht gestellt. Insbesondere ist der in der kantonalen Beschwerdeschrift angebrachte Hinweis, die Beschwerdeführer würden «nicht auf Rechte, namentlich nicht auf solche, welche sich aus Art. 6 EMRK ergeben» verzichten, nicht als solcher anzusehen. Die Beschwerdeführer haben damit ihren Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung verwirkt.

(BGE 5A.32/2004 vom 4. Februar 2005, Erwägung 2).

1.9 Unentgeltliche Rechtspflege

- *Notwendigkeit der Rechtsverteidigung im Rahmen der Überprüfung der Rechtmässigkeit einer FFE.*

Aus den Erwägungen:

4.2 Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung sind:

- die Rechtsvertretung muss notwendig sein;
- die Partei muss finanziell bedürftig sein;
- das Verfahren darf nicht aussichtslos sein (§ 75 VRP, SRSZ 234.110; statt vieler Kieser, Kommentar ATSG N. 86 ff. zu Art. 61).

In Beschwerdesachen betreffend die fürsorgliche Freiheitsentziehung wird in Art. 397f Abs. 2 ZGB speziell erwähnt, das Gericht bestelle der betroffenen Person wenn nötig einen Rechtsbeistand.

Der Rechtsbeistand soll also nur bestellt werden, wenn dies nötig ist. Der Rechtsbeistand erweist sich immer als notwendig, wenn sich aufgrund der

B. 1.10

konkreten Umstände des zu beurteilenden Falles herausstellt, dass der Betroffene nicht in der Lage ist oder sein wird, seine Interessen vor Gericht sachgerecht zu vertreten. Der Umstand, dass die FFE tief in die Rechte des Betroffenen eingreift und dieser an einem geistigen Gebrechen leidet, genügt für sich allein noch nicht, um eine Rechtsverbeiständung als notwendig erscheinen zu lassen (BGE 107 II 316 f.). Erfahrungsgemäss sind auch ziemlich schwer beeinträchtigte Betroffene durchaus in der Lage über die wenigen, aber für die Entlassung aus der Anstalt und ihre nachmalige Lebensführung wesentlichen Gesichtspunkte – Arbeit, Unterkunft, ärztliche und sonstige Betreuung – Auskunft zu geben bzw. Vorstellungen zu äussern (E. Spirig, ZH-Kommentar, N. 81 zu Art. 397f ZGB; Geiser, a.a.O., N.14).
(VGE 906/04 vom 20. Oktober 2004).

1.10 Befreiung von Verfahrenskosten

- *Führerausweisentzug: Antrag auf Befreiung von Verfahrenskosten ist vor Erlass der Administrativmassnahmen zu stellen.*

Aus den Erwägungen:

1. Anfechtungsgegenstand sind vorliegend ausschliesslich die dem Beschwerdeführer durch die Vorinstanz auferlegten Verfahrenskosten für den Erlass der angefochtenen Verfügung von Fr. 250.–. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei bei der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert, lebe auf dem Existenzminimum und werde von der Gemeinde ... finanziell unterstützt. ...

Nach § 10 Abs. 1 Bst. e des Regierungsratsbeschlusses über die Gebühren für Motorfahrzeuge und Motorfahrzeugführer nach Strassenverkehrsgesetz (SR 782.311) wird für den Erlass von Administrativmassnahmen (Entzüge, Verweigerungen, Aberkennungen, Fahrverbote, Verwarnungen, Aufhebungen usw.) eine Gebühr von Fr. 30.– bis Fr. 300.– erhoben. Die vorinstanzlich ausgefallte Gebühr bewegt sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens und ist von daher nicht zu beanstanden. Ist eine Partei bedürftig und erscheint ein Verfahren nicht als aussichtslos, so befreit sie die Behörde auf Antrag ganz oder teilweise von der Kostentragung (§ 75 Abs. 1 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP, SRSZ 234.110). Ein solcher Antrag hat vor Erlass der Administrativmassnahme zu erfolgen. Dem Beschwerdeführer wurde vor Erlass der Administrativmassnahme das rechtliche Gehör gewährt. Er hat hievon durch Vorsprache vor der Vorinstanz am 30. September 2004 Gebrauch gemacht. Er betonte dabei, dass sein Fahren in angetrunkenem Zustand ein Ausrutscher gewesen sei und er sonst wirklich solid sei. Er hat es aber unterlassen, ein Begehren um Kostenbefreiung infolge Bedürftigkeit zu stellen. Das erst im Beschwerdeverfahren gestellte Begehren um Gebührenerlass kann daher infolge Verspätung nicht mehr berücksichtigt werden (VGE 911/04 v. 5. November 2004 E. 4.1). Hingegen steht es dem

Beschwerdeführer frei, bei der Vorinstanz eine Bezahlung der Gebühr in Raten zu beantragen.

(VGE 927/04 vom 10. Dezember 2004).

1.11 Verfahrenskosten und Parteientschädigung

- *Wer mit rechtswidrigem Verhalten ein Beschwerdeverfahren verursacht, hat bei Obsiegen grundsätzlich dennoch die Verfahrenskosten zu tragen und keinen Anspruch auf Parteientschädigung.*

Aus den Erwägungen:

5. Hinsichtlich der Verfahrenskosten und des Anspruchs auf Parteientschädigung drängen sich folgende Bemerkungen auf. Soweit es um die nachträgliche Baubewilligung und den umstrittenen Teilabbruch geht, haben die Beschwerdeführer ungeachtet des Teilobsiegens (betreffend Rückweisung zur Anordnung einer milderer Massnahme anstelle der Tiefersetzung des Daches) die angefallenen Verfahrenskosten zu übernehmen und steht ihnen diesbezüglich kein Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu. Denn nach konstanter Praxis auferlegt das Verwaltungsgericht der (ganz oder teilweise) obsiegenden Partei die Verfahrenskosten, wenn sie mit ihrem rechtswidrigen Verhalten das betreffende Beschwerdeverfahren verursacht hat (vgl. statt vieler: VGE 612/96 vom 17. Januar 1997, Erw.6 mit zahlreichen Hinweisen, Prot. S. 97; hinsichtlich der Parteientschädigung vgl. auch VGE 1026/03 vom 20. November 2003, Erw.5 mit Hinweis).

(VGE 1065/03 vom 16. April 2004).

1.12 Verfahrensabschreibung

- *Folgen des Einspracherückzuges im IV-Verfahren: Eine Verfahrensabschreibung setzt einen bedingungslosen Rückzug der Einsprache voraus.*

Aus dem Sachverhalt:

Dem Versicherten (Beschwerdeführer), der sich mit dem Ersuchen auf Umschulung zum Sozialpädagogen bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet hatte, wurde von der IV-Stelle Arbeitsvermittlung gewährt. Die Verfügung enthielt den Hinweis, dass damit das Verfahren nicht abgeschlossen sei. Allfällige weitere Leistungsansprüche würden noch geprüft. Mit einer weiteren Verfügung lehnte die IV-Stelle das Leistungsbegehren für berufliche Massnahmen ab. In der Begründung wurde ausgeführt,

B. 1.12

der Versicherte sei nicht unmittelbar von einer Invalidität bedroht, weshalb kein Anspruch auf Umschulung bestehe. Hiergegen erhob der Versicherte Einsprache mit dem Antrag auf Umschulung zum Sozialpädagogen.

Mit Einspracheentscheid schrieb die IV-Stelle die Einsprache ab mit der Begründung, der Versicherte habe das Gesuch um Umschulung zurückgezogen. In der dagegen erhobenen Beschwerde wird die Zusprechung der IV-gesetzlichen Leistungen, namentlich solche beruflicher Art (Umschulung) beantragt.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Einspracheinstanz erlässt unter anderem dann einen formellen Entscheid (ohne Prüfung des mit der Einsprache geltend gemachten Anspruchs), wenn die Einsprache zurückgezogen wird. Ein solcher Rückzug beendet das Einspracheverfahren und lässt die zugrunde liegende Verfügung verbindlich werden (U. Kieser, Kommentar ATSG, N 23 zu Art. 23; vgl. auch § 28 lit. a Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP, SRSZ 234.110). Zu prüfen ist, ob vorliegend eine Rückzugserklärung des Beschwerdeführers vorlag, welche zu Recht die Vorinstanz veranlasste, das Einspracheverfahren abzuschreiben.

3.2 Aus den Akten lässt sich in chronologischer Folge Folgendes entnehmen:

Die IV-Sachbearbeiterin ... verfasste am 26. Mai 2004 folgende Aktennotiz:

«Der Versicherte war am 25.05.2004 bei mir am Schalter und teilte mit, dass er die Einsprache gegen die Arbeitsvermittlung zurückziehen wolle. ... »

Der Rechtsdienst der IV-Stelle ersuchte hierauf mit Schreiben vom 1. Juni 2004 den Beschwerdeführer um eine schriftliche Rückzugserklärung. Mit nicht datiertem Schreiben an die IV-Stelle (Eingang 4.6.04) führte der Beschwerdeführer daraufhin aus:

«Ich bin auf weiteres 100% arbeitsunfähig habe dafür ärztliches Zeugnis. Es kommt für mich also keine Umschulung mehr in Frage. Ich nehme aus diesem Grund die IV-Umschulungsunterstützung zurück. Ich beantrage hiermit die Renten IV.»

Das vom Vertreter des Beschwerdeführers eingereichte SUVA-act. 90 ist eine Aktennotiz, welche ein Telefongespräch zwischen Dr. ... und ... (SUVA-Sachbearbeiterin) wie folgt wiedergibt:

«Er (Dr. ...) hat die Möglichkeiten der IV (berufliche Massnahmen) mit ... (Beschwerdeführer) erneut besprochen. Die ablehnende Haltung von ... (Beschwerdeführer)

basierte aufgrund eines Missverständnis. Nun ist er aber bereit, geeignete Massnahmen mit der IV zu treffen. ... (Beschwerdeführer) wird sich persönlich mit der IV diesbezüglich in Verbindung setzen.»

3.3 In der Beschwerde und im Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers wird geltend gemacht, der Versicherte sei offensichtlich nicht in der Lage gewesen, die Tragweite seines undatierten Rückzugs des Leistungsbegehrens abzuschätzen. Deshalb, und weil schutzwürdige Interessen des Versicherten selbst einem Rückzug der Anmeldung (gemeint ist einem Rückzug des Begehrens um Umschulung) entgegenstünden, hätte die Einsprache nicht durch Rückzug des Gesuches um Umschulung als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden dürfen. Im Übrigen komme die IV-Stelle mit ihrem Einspracheentscheid auch selbst in Konflikt, da nun der Rentenanspruch geprüft werde (Beschwerde Erw. 4./5., S. 6)

Die Vorinstanz führt vernehmlassend aus, eine Rückzugserklärung sei unbeachtlich, wenn die versicherte Person nicht urteilsfähig sei oder die Erklärung mit einem Willensmangel behaftet sei. Eine Urteilsunfähigkeit des Versicherten werde nicht behauptet und sei auch nicht belegt. Im ärztlichen Zeugnis vom 27. Mai 2003 habe Dr. ... die mentalen Fähigkeiten des Patienten für eine Umschulung zum Sozialpädagogen bejaht. Dies habe auch dem Berufswunsch des Versicherten entsprochen. Wer sich selber fähig fühle, eine derartig anspruchsvolle Umschulung zu bestehen, könne keinesfalls als urteilsunfähig qualifiziert werden. Auch das Rückzugsschreiben belege, dass sich der Versicherte der Bedeutung seines Rückzugs bewusst gewesen sei. Auch ein Willensmangel sei nicht erstellt.

3.4 Nach der Rechtsprechung kann ein Beschwerderückzug nur klar, ausdrücklich und unbedingt erfolgen (BGE 119 V 38 E.1b; 111 V 158 E. 3a mit Hinweisen). Analoges gilt für den Einspracherückzug.

Wer seine Begehren mittels schriftlichem Rückzug förmlich fallengelassen hat, kann sich nur dann mit Erfolg gegen die Abschreibung des Verfahrens zur Wehr setzen, wenn sein Vorgehen unzulässig ist, oder wenn er sich auf Willensmängel, Übervorteilung, absichtliche Täuschung oder Furchterregung (vgl. Art. 20 ff. OR analog) berufen kann und für ihn bedeutende Nachteile auf dem Spiel stehen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Komm. VRG-Bern, N. 17 zu Art. 39). Im Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung (KSVI, Rz. 1024) wird hervorgehoben, eine versicherte Person könne die Anmeldung (Analoges gilt für die Einsprache) zurückziehen, sofern nicht schutzwürdige Interessen der versicherten Person selbst oder anderer beteiligter Personen dem entgegenstünden. Diese Ausführung knüpft an ans Rechtsschutzbedürfnis der versicherten Person. Ergänzend ist aber auch auf das Gesetzmässigkeitsprinzip im öffentlichen Recht hinzuweisen, dem ein höherer Stellenwert zukommt als im Zivilprozess. Aufgrund dieser Prinzipien führt die Handlung, welche die Gegenstandslosigkeit auslöst (vorliegend die Einspracherückzugserklärung) nicht unmittelbar zur Beendigung des Verfahrens. Vielmehr erfolgt die Beendi-

B. 1.12

gung erst durch die Abschreibungsverfügung bzw. den Abschreibungsentscheid, dem konstitutive und nicht bloss deklaratorische Wirkung zukommt (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 4 zu Art. 39).

3.5 Die vorstehend dargelegten Grundsätze führen vorliegend zu folgenden Schlüssen:

- Der Rückzug der Einsprache erfolgte nicht bedingungslos. Vielmehr tauschte der Versicherte sein Anspruchsbegehren auf Umschulung aus durch ein Anspruchsbegehren auf Rente. Infolge der Bedingungsfeindlichkeit von Einspracherückzugserklärungen hätte daher die Verfahrensabschreibung nicht erfolgen dürfen.
- Das Vorgehen des Beschwerdeführers war in sich widersprüchlich. Damit eine Umschulung nach Art. 17 IVG gewährt werden kann, müssen kumulativ mehrere Bedingungen erfüllt sein. Namentlich muss eine unmittelbar drohende oder eine bereits eingetretene Invalidität vorliegen, die es dem Versicherten nicht mehr erlaubt, den bisherigen Beruf auszuüben bzw. die Erwerbstätigkeit oder die Tätigkeit im Aufgabenbereich weiterzuführen (Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art, KSBE, Rz. 4010 erstes Alinea). Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vom 8.4.2003 den Umschulungsanspruch ausdrücklich und ausschliesslich mit dem Argument abgelehnt, der Versicherte sei nicht unmittelbar von einer Invalidität bedroht. Sofern diese Feststellung zutreffen sollte, bestünde aber noch viel weniger Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung, da hierfür ein Invaliditätsgrad von mindestens 40% erforderlich ist, während eine Umschulung bereits bei einem invaliditätsbedingten Minderverdienst von ca. 20% gewährt wird (Art. 28 IVG; KSBE, Rz. 4011). Mithin ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer in einem Grundlagenirrtum befand, als er die Einsprache gegen die Verweigerung der Umschulung zurückzog und gleichzeitig den Umschulungsanspruch gegen einen Rentenanspruch austauschte.

In der Invalidenversicherung gilt der Grundsatz (bzw. sollte der Grundsatz gelten) «Eingliederung vor Rente». Demnach gehen die Eingliederungsmassnahmen den Renten grundsätzlich vor. Ein Rentenanspruch besteht in der Regel solange nicht, als von Eingliederungsmassnahmen eine rentenbeeinflussende Änderung erwartet werden kann (KSIH Rz. 1045). Die Vorinstanz gerät daher in einen inneren Widerspruch, wenn sie einerseits die Umschulung mit dem Hinweis auf fehlende Invalidität abweist, aber gleichzeitig die Rentenbemessung in Aussicht stellt (vgl. Aktennotiz v. 2. Juni 2004, act. Bf 24). Sollte aber geplant sein mit dem Hinweis in der Verfügung vom 8. April 2003 «gemäss den medizinischen Unterlagen sind sie nicht unmittelbar von einer Invalidität bedroht» auch das Rentenbegehren abzulehnen, so stünde die Entgegennahme der Einspracherückzugserklärung auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Widerspruch. Sollte aber eine Rente zugesprochen werden, ohne die Umschulung bei diesem noch jungen Versicherten um-

fassend abgeklärt zu haben (namentlich ist ungeprüft, ob der Versicherte eingliederungsfähig ist, d.h. objektiv und subjektiv in der Lage ist, berufsbildende Massnahmen zu bestehen und ob die vom Versicherten geplante Umschulung den Fähigkeiten des Versicherten entspricht oder ob eine andere Umschulung anzustreben ist), so stünde dieses Vorgehen in eklatantem Widerspruch zum Grundsatz «Eingliederung vor Rente».

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Verfahrensabschreibung vorliegend nicht erfüllt waren, weshalb der Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zur materiellen Prüfung und Beurteilung der Einsprache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. ...

(VGE 57/04 vom 24. November 2004).

1.13 Eröffnung einer Verfügung

- *Eine AHV-Beitragsnachzahlungsverfügung ist dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu eröffnen (siehe EGV-SZ 2004, B 2.2).*

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 AHV; Beitragsrecht

- *AHV-beitragsrechtliche Qualifizierung des Zinses auf dem Darlehen eines Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers an «seine» AG.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Revisionsstelle der Ausgleichskassen stellte anlässlich einer Revision bei der A-AG fest, dass die Unternehmung dem Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer ... für ein ihr gewährtes Darlehen einen Zins von 6% (1999) bzw. 6,5% (2000 - 2002) entrichtet hatte. AHV-beitragsrechtlich akzeptiert wurde nur ein Zins von 3,5%. Der diese Verzinsung überschüssende Zinsertrag wurde als beitragspflichtiger Bestandteil der an ... geleisteten Lohnsumme qualifiziert.

Aus den Erwägungen:

2.3 Gemäss Rz. 2009 der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO vom 1. Januar 2002 (WML; Stand 01. Januar 2004), wor-

B. 2.1

auf sich die Vorinstanz abstützt, richtet sich die Verzinsung nach dem zwischen den Parteien vereinbarten Zinssatz. Fehlt eine solche Vereinbarung oder erscheint der vereinbarte Zinssatz im Hinblick auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten als übersetzt, so ist der Zins gemäss Art. 18 Abs. 2 AHVV zu berechnen.

Was den Rechtscharakter dieser Wegleitung anbelangt, ist vorab festzuhalten, dass Wegleitungen als Verwaltungsweisungen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht Teil einer Verordnung bilden und kein objektives Recht darstellen (BGE 118 V 129 Erw. 3a; BGE 117 Ib 225 Erw. 4b). Sie sind für den Sozialversicherungsrichter nicht verbindlich. Er soll diese Weisungen jedoch bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Andererseits weicht er insofern davon ab, als sie mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sind (BGE 116 V 16 Erw. 3c mit Hinweisen).

3.1 Die AHV-(sowie IV/EO/ALV)Beiträge von Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sind in den Art. 5 ff. des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 geregelt (AHVG; SR 831.10; Verweise auf das AHVG in Art. 3 Abs. 1 IVG, Art. 27 Abs. 2 EOG; Art. 3 Abs. 1 AVIG). Als massgebender Lohn gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Satz 1).

... Ob im Einzelfall ein Entgelt aus unselbständiger Erwerbstätigkeit vorliegt oder nicht, muss nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten der betreffenden Tätigkeit beurteilt werden. Die zivilrechtlichen Verhältnisse (z.B. Verträge) haben zwar Hinweiswert, sind aber nicht allein entscheidend (Käser, 2. Aufl. Beitragswesen, Rz. 4.7 mit Hinweis auf AHI 1995 S. 138, AHI 1994 S. 164 u.a.).

3.2 Als Bestandteile des massgebenden Lohnes aus unselbständiger Erwerbstätigkeit werden in Art. 5 Abs. 2 AHVG Satz 2 namentlich Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen, genannt. Der gestützt auf Art. 154 Abs. 2 AHVG generell mit dem Vollzug des Gesetzes beauftragte Bundesrat hat die Bestandteile des massgebenden Lohnes aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in Art. 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101) weiter konkretisiert. Hierzu gehören gemäss Art. 7 lit. d AHVV auch Gewinnanteile der Arbeitnehmer, soweit sie den Zins einer allfälligen Kapitaleinlage übersteigen. Nicht zum massgebenden Lohn gehören nach der Rechtsprechung Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu bewerten sind (ZAK 1977 S. 378; ZAK 1970, S. 68).

Die Bemessung des massgeblichen bzw. zulässigen Zinssatzes auf Kapitaleinlagen wird im Gegensatz zu den Bestimmungen über das massgebliche

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit weder im Gesetz noch in der Verordnung geregelt.

3.3 Bei den Bestimmungen über das massgebliche Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit hat der Bundesrat in Art. 18 Abs. 2 AHVV gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. f AVHG die Modalitäten für die Festsetzung der Zinsen des im Betrieb von Selbständigerwerbenden eingesetzten Eigenkapitals geregelt. Demgemäss entspricht der vom Einkommen abzuziehende Zins des im Betrieb (des Selbständigerwerbenden) investierten Eigenkapitals der jährlichen Durchschnittsrendite der Anleihen in Schweizer Franken der nicht öffentlichen inländischen Schuldner gemäss Statistik der Schweizerischen Nationalbank. Der Zinssatz wird auf das nächste halbe Prozent auf- oder abgerundet. Das Bundesamt für Sozialversicherung publiziert den Zinssatz regelmässig (vgl. auch Wegleitung über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen [WSN] in der AHV, IV und EO, gültig ab 1. Januar 2001, Stand 1. Januar 2004; VGE 341/00 vom 14. Juni 2000 Erw. 3.b). Ab 01. Januar 1998 betrug der publizierte Zinssatz 4,5%, ab dem 01. Januar 2000 3,5% (Vi-act. 20 u. 21; AHI-Praxis 2000, S. 85).

Das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und das im Betrieb eingesetzte eigene Kapital werden von den kantonalen Steuerbehörden ermittelt und den Ausgleichskassen gemeldet (Art. 9 Abs. 3 AHVG). Die diesbezüglichen Angaben der kantonalen Steuerbehörden sind für die Ausgleichskassen gemäss Art. 23 Abs. 4 AHVV verbindlich. Das Eidgenössische Versicherungsgericht geht indes in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich diese Bindungswirkung nur auf die Bemessung des massgebenden Einkommens und des im Betrieb investierten Eigenkapitals bezieht. (...).

3.4 Während somit bei Teilhabern von Personengesellschaften das Problem der Ausscheidung des Kapitalertragsanteils am Gewinn geregelt ist, sind es vor allem die Verhältnisse bei den Kapitalgesellschaften, welche zu Beurteilungsproblemen führen können. Namentlich geht es dann um die Frage, wieweit die Erwerbstätigkeit den ausschlaggebenden Grund für die Zuwendung eines Gewinnanteils darstellt. Die Feststellung dieses Zuwendungsgrundes muss anhand von für Dritte erkennbaren Hinweisen geschehen, wobei gerne die steuerliche Behandlung der Gewinnanteile zur Hervorhebung des Kapitalertragscharakters angeführt wird. Aufgrund der verschiedenartigen Zielsetzung von Ertrags- und Einkommenssteuern einerseits, und der AHV-Beitragserhebung andererseits, kann die steuerliche Behandlung der Gewinnanteile für die AHV jedoch nicht präjudizierend sein (Käser, a.a.O., Rz. 3.55). Käser postuliert im Interesse der Rechtssicherheit eine steuerliche und AHV-beitragrechtliche Begriffseinheit, wenn dies sinnvoll und möglich ist, auch wenn sich allein nach dem AHV-Recht bestimmt, was als Erwerbseinkommen zu gelten hat (Käser, a.a.O., Rz. 3.58; für eine Bindung der AHV an die Steuern in denjenigen Fällen, in welchen eine Begriffsidentität betreffend das massgebende Einkommen gegeben ist, vgl. auch P. Cadotsch, Die

B. 2.1

Verbindlichkeit der Steuermeldungen für die AHV-Beitragsfestsetzung in: ASA 62 [1993/94] S. 371 ff., bes. S. 378).

Aus diesen Überlegungen, denen beizupflichten ist, ergibt sich, dass auf ein beitragspflichtiges Erwerbseinkommen zu erkennen ist, soweit einem in einer Kapitalgesellschaft tätigen Arbeitnehmer auf einem Darlehen ein höherer Zins gewährt wird als dies bei einem nicht in der Kapitalgesellschaft mitarbeitenden Dritten der Fall wäre.

4.2 Aus AHV-rechtlicher Sicht ist es ohne weiteres einleuchtend, dass der Darlehenszins, der einem (unabhängigen) Dritten (z.B. Bank), zu entrichten ist, in keinem Arbeitsverhältnis begründet sein kann, sondern allein auf dem darlehensrechtlichen Schuldvertrag basiert. Das gleiche muss entsprechend dann gelten, wenn einem darlehensgebenden Angestellten der gleiche Zins entrichtet wird. In diesem Fall kann der massgebende aussenstehende Dritte bei einer objektiven Betrachtungsweise nicht mehr sagen, der Zuwendungsgrund für die entrichteten Zinsen liege im Arbeitsverhältnis begründet. Zuwendungsgrund ist auch in diesem Falle der darlehensrechtliche Schuldvertrag.

Liegt somit eine (rechtskräftige) Steuerveranlagungsverfügung vor und / oder kann eine Ausgleichskasse überprüfen, ob der gewährte Zinssatz mit den steuerlich maximal zulässigen Zinssätzen zu vereinbaren ist, besteht kein Anlass, trotz fehlender Verbindlichkeit der Steuerveranlagung (ohne Not) von den steuerlichen Angaben abzuweichen.

4.3 Gemäss den glaubhaften und von der Vorinstanz nicht bestrittenen bzw. nicht widerlegten Angaben der Beschwerdeführerin handelt es sich beim ihr gewährten Darlehen um ein ungesichertes Darlehen.

Die höchstzulässigen Zinssätze für die Berechnung von geldwerten Leistungen bei Gewährung von Betriebskrediten von Beteiligten (Schuldverpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern oder ihnen nahe stehenden Personen) wurden von der Abteilung Revisorat der Eidgenössischen Steuerverwaltung in Berücksichtigung des allgemeinen Zinsniveaus wie folgt festgelegt:

- ab 1. Januar 1999 auf 6% (ASA 67, S. 638)
- ab 1. Januar 2000 auf 6½ % (ASA 68, S. 638)
- ab 1. Januar 2001 auf 6½ % (ASA 69, S. 732)
- ab 1. Januar 2002 auf 6½ % (ASA 70, S. 687)

Diese zulässigen Maximalzinsen von 6% (1999) sowie 6½% (2000 - 2002) für Betriebskredite wurden auch der Vorinstanz von der kantonalen Steuerverwaltung gemeldet (act. VI 16). Von der Vorinstanz wird nicht dargelegt oder nachgewiesen, diese steuerlich zulässigen Maximalzinsen seien übersetzt und würden einem (unabhängigen) Dritten zu den gleichen Konditionen nicht entrichtet. Folglich kann auch nicht von einer (teilweisen) Einkommenskomponente dieses Zinsertrages gesprochen werden.

Die Beschwerde erweist sich als begründet.

4.4 Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob das vorliegende der Beschwerdeführerin vom Verwaltungsratspräsidenten gewährte Darlehen allenfalls als Aktionärsdarlehen zu qualifizieren ist. (VGE 335/04 vom 22. September 2004).

2.2 AHV; Eröffnung einer Beitragsnachzahlungsverfügung

- *Eine AHV-Beitragsnachzahlungsverfügung ist dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu eröffnen.*

Aus den Erwägungen:

1. Erlässt eine Ausgleichskasse auf dem Gebiet der paritätischen Beiträge eine Verfügung, so stellt sie eine Beitragsschuld sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers fest (Art. 4,5,12,13 AHVG). Da Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gleicher Weise betroffen sind, ist die Verfügung im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs rechtsprechungsgemäss grundsätzlich beiden zu eröffnen. Von diesem Grundsatz kann gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung ausnahmsweise abgesehen werden (beispielsweise wenn es sich um eine grosse Zahl von Arbeitnehmern handelt, wenn sich der Wohnsitz der Arbeitnehmer im Ausland befindet oder wenn es sich lediglich um geringfügige Beiträge handelt). Dies gilt nicht nur, wenn das Beitragsstatut oder die Natur einzelner Zahlungen streitig ist, sondern auch bei nachträglichen Lohnerfassungen, wenn umstritten ist, ob bestimmte Vergütungen zum massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG gehören (vgl. VGE 302/01 vom 18. April 2001 Erw. 2a; VGE 352/01 vom 13. Juni 2001 Erw. 1a je mit Hinweis auf BGE 113 V 3 ff.).

Vorliegend wurde die Verfügung zwar nur der Arbeitgeberin eröffnet. Da es sich beim von der Nachzahlungsverfügung mitbetroffenen Arbeitnehmer und Darlehensgeber um den Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin handelt, ist auch im konkreten Fall eine Ausnahme vom dargelegten Grundsatz vertretbar.

(VGE 335/04 vom 22. September 2004).

2.3 Invalidenversicherung

- *Rückzug einer Einsprache im IV-Verfahren (siehe EGV-SZ 2004, B 1.12).*

B. 3.2

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung

- *Ist Sistierung eines Verfahrens selbständig anfechtbar? Koordination Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung (siehe EGV-SZ 2004, B 1.4).*

3.2 Berufliche Vorsorge

- *Rechtsweg bei Akteneinsichtsbegehren hinsichtlich der Verteilung der Stiftungsmittel einer liquidierten patronalen Stiftung; Beschwerdeweg nach Art. 74 BVG; Überweisung zur Behandlung an kantonale BVG-Aufsicht.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Kläger waren langjährige Mitarbeiter der Beklagten. Die Beklagten haben im Jahre 197... die «Personalfürsorgestiftung ...» gegründet und zwischenzeitlich (als einzige Stiftungsräte) die Auflösung dieser Stiftung beschlossen. Mit der vorliegenden Klage wollen die Kläger sinngemäss Einblick in Unterlagen der bereits liquidierten Personalfürsorgestiftung erlangen, damit sie die Frage prüfen können, ob sie zu Unrecht bei der Verteilung der Stiftungsmittel nicht berücksichtigt worden sind und falls diese Frage zu bejahen wäre, dazu ein Rechtsmittel ausarbeiten können.

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) bezeichnet jeder Kanton als letzte kantonale Instanz ein Gericht, das über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Im Kanton Schwyz ist dafür das Verwaltungsgericht zuständig (vgl. § 4 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung zum BVG, VVzBVG, SRSZ 363.11). Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über die verwaltungsrechtliche Klage gemäss den §§ 67 bis 70 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110, vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 VVzBVG). Die entsprechenden Entscheide können auf dem Wege der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidg. Versicherungsgericht angefochten werden (vgl. Art. 73 Abs.4 BVG).

Gemäss Art. 61 Abs.1 BVG bezeichnet jeder Kanton eine Behörde, welche die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz auf seinem Gebiet beaufsichtigt und

dabei die in Art. 62 BVG umschriebenen Aufgaben wahrnimmt. Der Bundesrat setzt eine von der Verwaltung unabhängige Beschwerdekommision ein, welche unter anderem Beschwerden gegen Verfügungen dieser Aufsichtsbehörden beurteilt (Art. 74 Abs. 1 und 2 BVG; Entscheide der Beschwerdekommision können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, vgl. Art. 74 Abs. 4 BVG). Die Aufsicht über Personalvorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 61 Abs. 1 BVG und Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB obliegt der kantonalen Dienststelle für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht (vgl. § 1 VVzBVG).

2.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht der Klageweg gemäss Art. 73 BVG an das kantonale Berufsvorsorgegericht und in letzter Instanz der Beschwerdeweg an das Eidg. Versicherungsgericht den «Anspruchsberechtigten» offen. Gestützt darauf wurde wiederholt festgestellt, dass der Rechtsweg nach Art. 73 BVG ausgeschlossen und stattdessen der aufsichtsrechtliche Beschwerdeweg gemäss Art. 74 BVG einzuschlagen sei, wenn die Ausrichtung reiner Ermessensleistungen in Frage stehe (vgl. BGE 130 V 81, Erw.3.2.1 mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf SVR 1995 BVG Nr. 21, S. 53 ff.). Allerdings hat das Eidg. Versicherungsgericht im zitierten BGE 130 V 80 ff. die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts bejaht, sofern es um die Ausrichtung von Ermessensleistungen geht, die mit einer vorsorgerechtlichen Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht und welche im Streitfall dem Klageweg nach Art. 73 BVG unterliegt, ein untrennbares Ganzes bilden. Des Weiteren hat das Eidg. Versicherungsgericht in einem Fall auch eine Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts «ratione materiae» bejaht und festgehalten, dass eine Vorfrage grundsätzlicher Natur durch den mit der Hauptsache befassten Richter (gemäss Art. 73 BVG) zu entscheiden sei (vgl. SVR 1/2003 BVG Nr. 1).

2.3 Die Zuständigkeit der in Art. 73 BVG genannten Behörden ist grundsätzlich an zwei Voraussetzungen geknüpft. Zunächst ist in sachlicher Hinsicht erforderlich, dass die Streitigkeit die berufliche Vorsorge im engeren oder weiteren Sinn beschlägt. Das ist dann der Fall, wenn die Streitigkeit spezifisch den Rechtsbereich der beruflichen Vorsorge betrifft und das Vorsorgeverhältnis zwischen einem Anspruchsberechtigten und einer Vorsorgeeinrichtung zum Gegenstand hat. Im Wesentlichen geht es somit um Streitigkeiten betreffend Versicherungsleistungen, Austritts- und Eintrittsleistungen (Freizügigkeitsleistungen) und Beiträge. In persönlicher Hinsicht ist die Zuständigkeit nach Art. 73 BVG dadurch bestimmt, dass das Gesetz den Kreis der möglichen Verfahrensbeteiligten, welche Partei eines Berufsvorsorgeprozesses nach dieser Bestimmung sein können, auf die Vorsorgeeinrichtungen, die Arbeitgeber und die Anspruchsberechtigten beschränkt (vgl. BGE 2A.164.2002 vom 9. September 2002, Erw. 2.1.1 mit Hinweisen, publ. in BGE 128 II 386 ff., S.389 sowie SVR 3/2003 BVG Nr.5, Erw. 2.1.1 mit Hinweisen).

Im zuletzt erwähnten Entscheid hatte das Eidg. Versicherungsgericht folgende Ausgangslage zu beurteilen: Der (in den Ruhestand getretene) Be-

B. 3.2

schwerdeführer hatte von der kantonalen Aufsichtsbehörde verlangt, dass sie die Vorsorgeeinrichtung zu umfassender Auskunftserteilung verpflichte und sie dazu verhalte, bei der Anwendung der Statuten-Bestimmung betreffend die flexible Pensionierung für die richtige Rechtsanwendung (Beachtung des Rechtsgleichheitsgebots und des Grundsatzes von Treu und Glauben) besorgt zu sein. Die entsprechenden Anträge des Beschwerdeführers wurden vom Eidg. Versicherungsgericht als «Begehren um Erteilung der für die Beurteilung einer Forderung notwendigen Auskünfte» beurteilt, wofür grundsätzlich der Klageweg nach Art. 73 BVG gegeben sei (vgl. BGE 128 II 390 Erw. 2.2 in fine). Dem Einwand, wonach es sich um reine Ermessensleistungen handle, weshalb entsprechende Begehren nicht bei der richterlichen Behörde gemäss Art. 73 BVG gestellt, sondern bei der Aufsichtsbehörde durchgesetzt werden müssten (vgl. zit. BGE 128 II 386, Erw. 2.3), hielt das Eidg. Versicherungsgericht zunächst was folgt entgegen:

«Mit Art. 73 BVG wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der versicherte Arbeitnehmer sämtliche Forderungen aus dem Vorsorgeverhältnis gegen die Vorsorgeeinrichtung vor einem spezialisierten Gericht geltend machen kann (Botschaft des Bundesrats vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 I 149, S. 210 ff.). Angestrebt wird insbesondere eine strikte Trennung zwischen dem richterlichen Verfahren gemäss Art. 73 BVG und dem Aufsichtsverfahren nach Art. 74 BVG (...). Namentlich die Ausweitung des Anwendungsgebiets von Art. 73 BVG auch auf den ausserobligatorischen Bereich macht deutlich, dass im Interesse der Rechtssicherheit eine Aufspaltung des Rechtswegs vermieden werden soll (...). Diese gesetzgeberische Zielsetzung muss Massstab für die Beurteilung der vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Frage, insbesondere auch für die Abgrenzung zwischen reinen Ermessensleistungen und anderen vorsorgerechtlichen Leistungen, bilden.»

(vgl. BGE 128 II 391, Erw. 2.3.1 mit Hinweisen auf verschiedene Autoren).

Des Weiteren befasste sich das Eidg. Versicherungsgericht mit den Ausführungen von Hermann Walser, Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus beruflicher Vorsorge (in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 479), wonach Ermessensleistungen sehr häufig im Zusammenhang mit der Liquidation oder der Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen zur Ausrichtung gelangen, was entsprechende Verteilungspläne der Vorsorgeeinrichtung voraussetze, die von den zuständigen Aufsichtsbehörden im Verfahren nach Art. 62 BVG überprüft und genehmigt werden müssen. Den betroffenen Versicherten stehe die Möglichkeit offen, die Genehmigungsverfügungen der Aufsichtsbehörden auf dem Verwaltungsrechtsweg gemäss Art. 74 BVG anzufechten. Würde man die Zuständigkeit des Richters aufgrund von Art. 73 BVG auch für die Beurteilung solcher Fälle bejahen, hätte dies zur Folge, dass sich der Richter sehr oft mit Problemstellungen konfrontiert sähe, deren Beurteilung in die Kompetenz der Aufsichtsbehörde gehöre. Gerade im Hinblick auf eine klare Abgrenzung zwischen den Art. 73 und 74 BVG dränge es sich auf, solche Streitigkeiten über freiwillige Ermessenslei-

stungen nicht in das Klageverfahren nach Art. 73 BVG einzuschliessen. Zu diesen Ausführungen von Hermann Walser führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, im zu beurteilenden Fall könne kaum von Ermessensleistungen im erwähnten Sinne gesprochen werden, wenn ein Versicherter im Zusammenhang mit seiner Pensionierung ohnehin Anspruch auf Leistungen der Vorsorgeeinrichtung habe (für deren Geltendmachung der Weg gemäss Art. 73 BVG zu beschreiten sei), zwischen ihm und der Vorsorgeeinrichtung aber Uneinigkeit darüber herrsche, ob weitergehende - z.B. abweichend von einer rein versicherungstechnischen Berechnung zu ermittelnde - Leistungen zuzusprechen seien. Zusammenfassend hielt das Eidg. Versicherungsgericht fest:

«Bei einer solchen Konstellation ist gerade im Interesse einer klaren Abgrenzung zwischen den Verfahren nach Art. 73 und 74 BVG allein im Verfahren nach Art. 73 BVG vorzugehen, ist doch ein und dasselbe Ereignis (Pensionierung) auslösendes Element für die Geltendmachung von Ansprüchen; die im Zusammenhang mit der Pensionierung gegenüber derselben Vorsorgeeinrichtung gestützt auf deren Statuten beanspruchten Leistungen stellen ein untrennbares Ganzes dar.»

(vgl. BGE 128 II 392, Erw. 2.3.1 in fine).

Diese vom Eidg. Versicherungsgericht vorgenommene Abgrenzung der Rechtswege zur Geltendmachung freiwilliger Ermessensleistungen wurde in der SVR-Rechtsprechung 3/2003 (BVG Nr. 5) folgendermassen zusammengefasst:

« Besteht das den Anspruch auf Ermessensleistungen auslösende Element in der (Teil-)Liquidation einer Vorsorgeeinrichtung, steht den betroffenen Versicherten die Möglichkeit offen, freiwillige Ermessensleistungen mittels Anfechtung des von der Aufsichtsbehörde genehmigten Verteilungsplanes im Verfahren nach Art. 74 BVG geltend zu machen.

Besteht das den Anspruch auf Ermessensleistungen auslösende Element indes in der Pensionierung eines Versicherten, richtet sich sowohl die Durchsetzung eines solchen Anspruchs wie auch ein im Hinblick darauf gestelltes Auskunftsbeghären ausschliesslich nach dem richterlichen Verfahren gemäss Art. 73 BVG.»

2.4 Nachdem im konkreten Fall eindeutig die erste Variante vorliegt, d.h. es geht um eine Liquidation einer Vorsorgeeinrichtung, ohne dass die Kläger einen allfälligen Anspruch auf Ermessensleistungen aus einer Pensionierung herleiten können, ist im Lichte der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Behandlung des vorliegenden Akteneinsichtsbegehren, welches auf die vorfrageweise Abklärung der Verhältnisse bei der Vorsorgeeinrichtung abzielt, die kantonale BVG- und Stiftungsaufsicht zuständig. ... (VGE 25/04 vom 28. Juli 2004).

B. 3.3

3.3 KVG Prämienverbilligung

- § 7 Abs. 1 und 2 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (VVzPVG, SRSZ 361.111).
- Bei Bevorschussung von Prämien ist die Gemeinde befugt, gegen eine Verfügung, welche die Höhe des Prämienverbilligungsanspruchs festlegt, beim Verwaltungsgericht Beschwerde zu führen.
- Wann haben Empfänger wirtschaftlicher Hilfe Anspruch auf die volle Individualprämie?

Aus dem Sachverhalt:

Die Fürsorgebehörde X gewährte einer alleinerziehenden Mutter mit Kind im Jahre 2003 eine KVG-Prämienbevorschussung im Umfange von Fr. 3'127.40. Nachdem die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 26. Januar 2004 den Anspruch auf Prämienverbilligung auf Fr. 1'104.70 festgelegt hatte, reichte das Sozialamt der Gemeinde X beim Verwaltungsgericht eine Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren ein:

«Es ist absolut unverständlich, dass Personen, die nachweislich unter dem Existenzminimum leben, keinen Anspruch auf die volle Prämienverbilligung haben. Wir sind der Meinung, dass die Vergünstigung der Prämien den Leuten zusteht, die es nötig haben. Wenn durch Nichtbezahlung der Prämien Verlustscheine entstehen, müssen diese durch die Ausgleichskasse auch übernommen werden.»

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 65 Abs. 1 KVG haben die Kantone den «Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» Prämienverbilligungen zu gewähren. Nach der Feststellung der Bezugsberechtigung haben die Kantone u.a. dafür zu sorgen, dass die Auszahlung der Prämienverbilligung so erfolgt, dass die anspruchsberechtigten Personen ihrer Prämienzahlungspflicht nicht vorschussweise nachkommen müssen (vgl. Art. 65 Abs. 3 Satz 2 KVG).

Die Ausgestaltung des Vollzugs der Prämienverbilligung überliess der Bundesgesetzgeber den Kantonen. Die Kantone können die in Art. 65 Abs. 1 KVG vorgeschriebene Prämienverbilligung grundsätzlich in eigener Kompetenz und Verantwortung durchführen (vgl. R. Kocher, Die Wirkung der Prämienverbilligung in der Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit 3/1996, S. 135, 3. Spalte). Das kantonale Recht, welches in Ausführung von Art. 65 KVG die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung regelt, ist autonomes kantonales Recht. Die Kantone haben nicht nur bezüglich der materiellrechtlichen Anspruchsberechtigung, sondern auch hinsichtlich des Verfahrens einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. Urteil der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 15. April 2003 i.S. X., Erw. 1.1; VGE 59/03 vom 12. Febr. 2004, Ew. 3.1).

1.2 In Ausübung dieser Vollzugskompetenz erliess der Gesetzgeber im Kanton Schwyz das Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung (PVG; SRSZ 361.100). § 3 Abs. 1 PVG hält Folgendes fest: Anspruch auf Verbilligung der laufenden Prämien haben nach Bundesrecht Personen, die einem vom Bund anerkannten Krankenversicherer angeschlossen sind und deren Richtprämie einen vom Kantonsrat bestimmten Prozentsatz des anrechenbaren Einkommens (Selbstbehalt) übersteigt. Die Höhe der Prämienverbilligung entspricht der Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie (§ 4 Abs. 1 PVG; gemäss § 4 Abs. 2 bleiben die Sonderfälle gemäss § 8 PVG vorbehalten). Die Höhe des Selbstbehaltes wird vom Kantonsrat festgelegt (vgl. § 8 Abs. 1 PVG).

Gemäss § 8 Abs.2 PVG erlässt der Regierungsrat Vorschriften über Zuständigkeiten und Verfahren, soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen enthält. Der Regierungsrat bestimmt u.a. insbesondere die Richtprämien (§ 8 Abs.3 lit. a PVG), den prozentualen Anteil für den Zuschlag vom Reinvermögen und die variablen Beträge auf Grund der Familienform (§ 8 Abs.3 lit. b PVG) sowie den Anspruch auf Verbilligung der Prämien in Sonderfällen (§ 8 Abs.3 lit. c PVG).

1.3 Gemäss § 7 Abs.1 der Vollzugsverordnung zum PVG (VVzPVG, SRSZ 361.111) erhalten Empfänger wirtschaftlicher Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz, für welche die zuständige Fürsorgebehörde ein Gesuch um Prämienverbilligung stellt, während der Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit die volle Individualprämie für die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Bevorschussen die Gemeinden die Prämien eines Versicherten, geht dessen Anspruch auf Prämienverbilligung auf sie über. Die Bevorschussung ist nach den einschlägigen Bestimmungen zu berechnen (§ 7 Abs. 2 VVzPVG).

1.4 Im vorliegenden Fall liess die zuständige Fürsorgebehörde die Versicherte und ihren Sohn im Jahre 2003 mit folgenden Geldbeträgen aus der Gemeindekasse unterstützen:

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| - Krankenkassenprämien der Krankenkasse Y betreffend die Monate Februar bis Mai 2003 | Fr. 1'662.80 |
| - Krankenkassenprämien der Krankenkasse Z betr. die Monate Juli bis Dezember 2003 (6 x 244.10) | Fr. 1'464.60 |
| - Prämie Privatrechtsschutzversicherung (15.4.03) | Fr. 165.90 |
| - Zahnärztliche Behandlung (15.4.03) | Fr. 346.80 |
- (vgl. die Angaben aus dem betreffenden Kontoblatt der Gemeindekasse).

Hinzu kommen die Bevorschussung der Kinderalimente (...). Insgesamt hat die Gemeinde im Hinblick auf die Krankenkassenprämien der Versicherten für das Jahr 2003 einen Betrag von Fr. 3'127.40 (1662.80 + 1466.60) bezahlt.

Demgegenüber machten die Prämien für die Grundversicherung nach den vorliegenden Akten vom 1. Januar 2003 bis zum 30. Juni 2003 Fr. 1'998.–

B. 3.3

(6 x 333.– betr. Y) und vom 1. Juli 2003 bis zum 31. Dezember 2003 Fr. 1'464.60 (6x 244.10 betr. Z), zusammen Fr. 3'462.60 aus.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gemeinde von den effektiv für die Grundversicherung geschuldeten Krankenkassenprämien im Jahre 2003 im Gesamtbetrag von Fr. 3'462.60 (= volle Individualprämien 2003 für die Versicherte und ihr Kind) insgesamt Fr. 3'127.40 (bzw. 90.3 %) bezahlt hat. Demgegenüber hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall einen Prämienverbilligungsanspruch von Fr. 1'104.70 ermittelt (vgl. Vi-act.4), was einem Prozentsatz von 31.9 % von den vollen Individualprämien 2003 (Fr. 3'462.60) entspricht.

1.5 Im Falle einer Prämienbevorschussung durch die Gemeinde normiert § 7 Abs. 2 Satz 1 VVzPVG, dass der Anspruch auf Prämienverbilligung von der versicherten Person auf die Gemeinde übergeht (Legalzession). Aus dieser gesetzlichen Regelung ist abzuleiten, dass diejenige Gemeinde, welche KVG-Prämien bezahlt bzw. bevorschusst hat und mit der Auszahlung des ermittelten Prämienverbilligungsanspruchs nicht einverstanden ist, zum einen von der Vorinstanz den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen kann. Zum andern ist einer solchen Gemeinde, wenn sie mit dieser Verfügung nicht einverstanden ist, grundsätzlich ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse im Sinne von § 37 lit. a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) zuzugestehen, weshalb sie befugt ist, gegen eine solche Verfügung Beschwerde beim Verwaltungsgericht zu erheben. In diesem Sinne ist die Eingabe des Sozialamtes vom 25. Februar 2004 grundsätzlich als Beschwerde der Gemeinde, handelnd durch die Fürsorgebehörde, im Beschwerdeverfahren vertreten durch das Sozialamt, entgegenzunehmen.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, wonach die Versicherte von den ihr im Jahre 2003 angefallenen Krankenkassenprämien für die Grundversicherung (für sich und ihr Kind) von Fr. 3'462.60 insgesamt Fr. 3'127.40 von der Gemeinde (vorbehaltlos) ausbezahlt erhielt, ohne dass nach den vorliegenden Akten zwischen der Fürsorgebehörde und der Versicherten festgehalten wurde, dass im Eventualfall, falls die Vorinstanz weniger an Prämienverbilligung ausrichte, als die Gemeinde bereits bezahlt habe, eine Rückzahlung von der Versicherten an die Gemeinde (allenfalls in Raten) zu erfolgen habe.

Bei dieser Sachlage braucht hier nicht abschliessend geprüft zu werden, ob auch die Beschwerdebefugnis der Versicherten zu bejahen wäre. Dagegen würde an sich der Umstand sprechen, wonach die Versicherte dadurch, dass die Gemeinde von der Vorinstanz weniger zurückerhält, als die Gemeinde der Versicherten an Krankenkassenprämien bezahlt hat, gar keinen Nachteil erleidet. Soweit aber ein Anspruch auf die volle Individualprämie 2003 bestünde - was nachfolgend materiell zu prüfen ist - wäre im konkreten Fall zu berücksichtigen, dass die volle Individualprämie im Jahre 2003 für die Versicherte und ihr Kind effektiv Fr. 3'462.60 und damit Fr. 335.20 mehr ausmachte, als die Gemeinde tatsächlich bezahlt hat (3'462.60 ./ 3'127.40).

Hinsichtlich dieses Differenzbetrages von Fr. 335.20 wäre die Beschwerdebefugnis der Versicherten ohne weiteres zu bejahen.

Im Übrigen ist auf den Umstand, wonach die Gemeinde im konkreten Fall mehr an die Krankenkassenprämien bezahlt und damit höhere Vorschussleistungen erbracht hat, als der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Satz 2 VVzPVG vorgesehen hat, nachfolgend in Erwägung 2 zurückzukommen.

2.1 Nach dem Willen des kantonalen Gesetzgebers entspricht die Höhe der Prämienverbilligung im Regelfall der Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie (vgl. § 4 Abs. 1 PVG). Einzig in zwei Sonderfällen soll die volle Individualprämie für die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernommen werden, nämlich bei Fahrenden, für welche die Fürsorgebehörde ihrer schwyzerischen Heimatgemeinde ein Gesuch um Prämienverbilligung stellt (vgl. § 8 Abs.3 lit. c PVG i.V.m. § 7 Abs. 3 VVzPVG; diese Ausnahme ist hier nicht weiter zu prüfen), sowie im Falle von § 7 Abs. 1 VVzPVG. Nach dieser zuletzt genannten Bestimmung müssen grundsätzlich folgende Voraussetzungen gegeben sein, damit ausnahmsweise die volle Individualprämie übernommen wird:

- es muss sich um einen Empfänger bzw. eine Empfängerin wirtschaftlicher Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz handeln (1. Voraussetzung: Empfänger wirtschaftlicher Hilfe nach Sozialhilfegesetz);
- die zuständige Fürsorgebehörde muss für diesen Empfänger wirtschaftlicher Hilfe ein Gesuch um Prämienverbilligung stellen (2. Voraussetzung: Gesucheinreichung durch Fürsorgebehörde, wobei das Gesuch im Auftrage der Fürsorgebehörde auch vom Sozialamt ausgefüllt werden kann);
- die Übernahme der vollen Individualprämie kommt nur während der Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit in Frage (deckungsgleiche Zeiträume); dabei muss die Unterstützung während einer gewissen Dauer bzw. periodisch erbracht werden (3. Voraussetzung: Kongruenzprinzip: die Dauer der Übernahme der vollen Individualprämie deckt sich mit der Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit).

2.2 Die ersten beiden Voraussetzungen sind im konkreten Fall grundsätzlich gegeben. Die Versicherte hat nach den vorliegenden Akten im November 2003, im Dezember 2003 sowie am 15. April 2003 (Auszahlung von Fr. 165.90 für Privatrechtsschutzversicherungsprämie und von Fr. 346.80 für zahnärztliche Behandlung) wirtschaftliche Hilfe von der Gemeinde bezogen. Zudem liegt ein von der Fürsorgebehörde (bzw. vom Sozialamt) ausgefülltes Gesuch um Prämienverbilligung vom 25. Februar 2003 vor. Hingegen fehlt es an der dritten Voraussetzung. Es ist nicht erstellt, dass die Fürsorgebehörde der Versicherten im Jahre 2003 periodische wirtschaftliche Hilfe ausgerichtet hat. Aus der am 15. April 2003 (einmalig) erfolgten Übernahme von zwei Rechnungen kann keine andauernde Unterstützung im Jahre 2003 abgeleitet werden, für deren Dauer ein Anspruch auf die volle Individualprämie 2003 gerechtfertigt wäre.

B. 3.3

Soweit die Beschwerdeführerinnen sinngemäss aus dem Umstand, wonach die Gemeinde der Versicherten im Verlaufe des Jahres 2003 rund 90 % der effektiven Individualprämie 2003 bezahlt hat, eine im Jahre 2003 andauernde Unterstützung (zur Auslösung eines Anspruches auf die volle Individualprämie) ableiten wollen, übersehen sie was folgt. Vorab ist zu beachten, dass sowohl nach Bundes-, als auch nach kantonalem Recht die Prämienverbilligungen in der obligatorischen Krankenversicherung (Grundversicherung) nicht als Sozialhilfeleistungen gelten. Dies wird zum einen in Art. 3 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG, SR 851.1) festgehalten (diese Bestimmung lautet folgendermassen: Nicht als Unterstützungen gelten: Sozialleistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht und deren Betrag nicht nach behördlichem Ermessen festgesetzt, sondern nach Vorschriften berechnet wird, insbesondere die Ergänzungsleistungen zur AHV, gesetzlich oder reglementarisch geordnete Staats- und Gemeindebeiträge an Wohnungs-, Ausbildungs- und Versicherungskosten Minderbemittelter und andere Beiträge mit Subventionscharakter; analog gelten auch Alimentenvorschüsse im Sinne von Art. 293 Abs. 2 ZGB nicht als Sozialhilfeleistungen, vgl. dazu auch Thomet/Bigger/Bohny/Inglin/Joss/Kropfli, Kommentar zum ZUG, 2.A., Rz. 81 zu Art. 3 ZUG). Zum andern wird in Ziffer B.4.1 der Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe - diese Richtlinien haben gemäss § 5 Abs. 2 der schwyzerischen Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111) wegleitenden Charakter - ausgeführt, dass die Prämien der obligatorischen Krankenversicherung nicht als Sozialhilfeleistung gelten, weshalb sie nicht einem kostenersatzpflichtigen Gemeinwesen (z.B. dem Heimatkanton, vgl. Art. 16 ZUG) in Rechnung gestellt werden dürfen. Im Lichte dieser dargelegten gesetzlichen Vorgaben ist § 7 Abs. 1 VVzPVG so zu verstehen, dass von Empfängern wirtschaftlicher Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz erst dann gesprochen werden kann, wenn und soweit die zuständige Fürsorgebehörde einer Person während einer bestimmten Zeitdauer Leistungen erbringt, welche über die KVG-Grundversicherungsprämien hinausgehen. Aus dem Umstand, wonach in § 7 Abs. 1 VVzPVG ausdrücklich auf die Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit Bezug genommen wird, ergibt sich offenkundig, dass der Anspruch auf die volle Individualprämie nicht davon abhängt, ob einmal gewisse Einzelleistungen gewährt wurden (vgl. die am 15. April 2003 übernommenen zwei Rechnungen betreffend Rechtsschutzversicherung und zahnärztliche Behandlung), sondern ob eine wirtschaftliche Unterstützung für eine gewisse Zeitdauer zugesprochen wurde. Diese Zeitdauer beträgt, nachdem im Sozialhilferecht der Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe grundsätzlich auf der Basis eines Monats ermittelt wird (vgl. den Grundbedarf I und II nach den SKOS-Richtlinien B.2.2 und B.2.4), mindestens einen Monat. Mit anderen Worten hat die Versicherte grundsätzlich für so viele Monate des Jahres 2003 anteilmässig Anspruch auf die volle Individualprämie 2003, als ihr im gleichen Jahre von der Fürsorgebehörde monatliche wirtschaftliche Unterstüt-

zungen (welche über die KVG-Grundversicherungsprämien hinausgehen) zugesprochen wurden.

Diese Ausführungen sind an einem Beispiel zu verdeutlichen: Wäre die versicherte Person im Jahre 2003 beispielsweise während 5 Monaten von der kommunalen Fürsorgebehörde mit wirtschaftlicher Hilfe unterstützt worden (wobei der monatlich ausbezahlte Betrag die monatliche KVG-Grundversicherungsprämie übersteigt), würde sich ihr Anspruch auf Prämienverbilligung (bezogen auf ein ganzes Jahr) anteilmässig wie folgt zusammensetzen:

- 5/12 der jährlichen (konstant gebliebenen) Individualprämie (bzw. falls die Individualprämie während des Jahres geändert würde: Auszahlung der in diesen 5 unterstützten Monaten konkret angefallenen individuellen Monatsprämien),
- zuzüglich 7/12 des jährlichen Anspruchs auf Prämienverbilligung nach Normalberechnung (vgl. § 4 Abs. 1 PVG: Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie).

2.3 An dieser vom kantonalen Gesetzgeber getroffenen Regelung wird in der Beschwerde kritisiert, es sei unverständlich, weshalb Personen, die nachweislich unter dem Existenzminimum leben würden, keinen Anspruch auf die volle Prämienverbilligung hätten. Nach der sinngemässen Auffassung der Beschwerdeführerinnen sollte dann, wenn eine Gemeinde einer bedürftigen Person die volle Individualprämie bevorschusse (ohne zusätzliche wirtschaftliche Hilfe zu erbringen), die Prämienverbilligung die volle Individualprämie umfassen.

Dieser Argumentation steht zum einen der Wortlaut von § 7 Abs. 2 Satz 2 VVzPVG entgegen. Diese Bestimmung normiert, dass die Bevorschussung nach den einschlägigen Bestimmungen zu berechnen ist. Nachdem § 4 Abs. 1 PVG die Höhe der Prämienverbilligung für den Regelfall als Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie definiert, verbleibt nach § 7 Abs. 2 Satz 2 VVzPVG grundsätzlich kein Raum, um im Rahmen einer Prämienbevorschussung (ohne Gewährung von wirtschaftlicher Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz für mindestens einen Monat) nicht nur die Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie, sondern die volle Individualprämie auszuzahlen.

Zum andern sprechen folgende Überlegungen gegen die Argumentation der Beschwerdeführerinnen. Würde man der Auffassung der Beschwerdeführerinnen folgen - wonach sinngemäss dann, wenn eine Gemeinde einer (bedürftigen) Person die volle Individualprämie bevorschusst, ohne wirtschaftliche Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz für mindestens einen Monat zu erbringen, die Prämienverbilligung die volle Individualprämie zu umfassen hätte - würde dies zu folgender Verletzung der Rechtsgleichheit führen, welche in einem Beispiel darzulegen ist:

A und B sind finanziell genau gleich gestellt bzw. bedürftig, beziehen aber beide keine (periodische) wirtschaftliche Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz. A stellt selber ein Prämienverbilligungsgesuch und erhält im Ergebnis die Differenz zwischen dem Selbstbehalt und der Richtprämie (vgl. § 4 Abs. 1 PVG). B lässt ein Prämienverbilligungs-

B. 3.5

gesucht durch die Fürsorgebehörde einreichen, welche B (in Missachtung von § 7 Abs. 2 Satz 2 VVzPVG) die volle Individualprämie bevorschusst. Im Fall B wäre - falls der Auffassung der Beschwerdeführerinnen zu folgen wäre - die volle Individualprämie als Prämienverbilligung zu gewähren, womit B massiv besser gestellt wäre als A (vgl. dazu auch das Verhältnis der von der Vorinstanz ermittelten Prämienverbilligung 2003 von Fr. 1'104.70 in Relation zur Individualprämie 2003 von Fr. 3'462.60).

Eine solche Ungleichbehandlung von A und B - je nachdem ob die Gemeinde in Missachtung von § 7 Abs. 2 Satz 2 VVzPVG die volle Individualprämie bevorschusst oder nicht - lässt sich nicht rechtfertigen. Zusammenfassend ist der Vorinstanz beizupflichten, dass der Gesetzgeber bei der aktuell geltenden KVG-Prämienverbilligung (einmal abgesehen vom Sonderfall der Fahrenden) nur dann die (anteilmässige) Ausrichtung der vollen Individualprämie vorgesehen hat, wenn die versicherte Person während mindestens einem Monat wirtschaftliche Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz empfangen hat (wobei eine solche wirtschaftliche Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz über die KVG-Individualprämie hinausgehen muss). Soweit diese vorliegende Regelung als zu restriktiv empfunden wird, ist darauf hinzuweisen, dass es nicht Sache des Gerichts, sondern des Gesetzgebers ist, gegebenenfalls eine grosszügigere Übernahme der vollen (anteilmässigen) Individualprämie einzuführen (namentlich für bedürftige Personen, welche aus bestimmten Gründen keine wirtschaftliche Hilfe nach Sozialhilfegesetz in Anspruch nehmen wollen).

(VGE 10/04 vom 19. Mai 2004).

3.4 UVG; Rechtsmittelfrist

- *Dauer der Anfechtungsfrist bei formloser Ablehnung von Leistungen (siehe EGV-SZ 2004, B 1.5).*

3.5 UVG

- *Qualifikation eines Schreckereignisses als Unfall.*

Aus dem Sachverhalt:

A. A. war als Gouvernante im Hotel ... tätig und in dieser Eigenschaft bei der X-Gesellschaft obligatorisch UVG-versichert. Im Winter 2002 führte die Polizei ... eine Übung im Hotel ... durch, bei der es eine «gesuchte» Testperson festzunehmen galt. Da alles möglichst realitätsgetreu ablaufen sollte, wurden nicht alle Mitarbeiter oder Gäste informiert. Im Rahmen dieser Übung kam es gemäss der Schilderung des Unfallherganges durch den Arbeitgeber von A. zu folgendem Vorfall:

«... Uninformiert über die Übung klopfte A. am Zimmer 13, (wo sich die Testperson einquartiert hatte) und trat ein, um die Minibar des «Restaurant-Zimmers» zu kontrollieren. Nach Aussage von A. passierte Folgendes: Sie stand 2 schwarz maskierten Einsatzkräften mit Kampfmütze (nur Augen sichtbar) gegenüber. Als sie das Zimmer reflektartig verlassen wollte, stand hinter ihr eine dritte Person, die dies verhindert. Daraufhin sei sie in Ohnmacht auf die Knie gefallen und könne nicht mehr sagen, was genau passiert sei. Einer der Maskierten hätte sie an den Handgelenken festgehalten. Die Polizei sagte gegenüber ..., Geschäftsführer des Hotels ... aus, sie hätten sofort die Kampfmützen hochgezogen und sich als Polizei ausgewiesen und den Sachverhalt erklärt.»

Der erstbehandelnde Arzt B. diagnostizierte am gleichen Tag eine «anhaltende (schwere) Angststörung nach obigem psychischem Trauma». Von Dr. med. C. wurde A. drei Tage später in die Psychiatrische Klinik ... eingewiesen.

Im Januar 2003 teilte die X-Gesellschaft A. mit, beim Ereignis vom Winter 2002 handle es sich um keinen Unfall im Sinne des Gesetzgebers, weshalb eine Leistungspflicht abgelehnt werden müsse.

Aus den Erwägungen:

2. ...

Rechtsprechung und Lehre haben schreckbedingte plötzliche Einflüsse auf die Psyche seit jeher als Einwirkung auf den menschlichen Körper (im Sinne des geltenden Unfallbegriffes) anerkannt und für ihre unfallversicherungsrechtliche Behandlung besondere Regeln entwickelt. Danach setzt die Annahme eines Unfalles voraus, dass es sich um ein aussergewöhnliches Schreckereignis, verbunden mit einem entsprechenden psychischen Schock, handelt. Die seelische Einwirkung muss durch einen gewaltsamen, in der unmittelbaren Gegenwart des Versicherten sich abspielenden Vorfall ausgelöst werden und in ihrer überraschenden Heftigkeit geeignet sein, auch bei einem gesunden Menschen durch Störung des seelischen Gleichgewichts typische Angst- und Schreckwirkung (wie Lähmungen, Herzschlag etc.) hervorzurufen. In jüngerer Zeit hat das Eidgenössische Versicherungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt und dahin gehend präzisiert, dass auch bei Schreckereignissen nicht nur die Reaktion eines (psychisch) gesunden Menschen als Vergleichsgrösse dienen kann, sondern in diesem Zusammenhang ebenfalls auf eine «weite Bandbreite» von Versicherten abzustellen ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Gesetz auch Personen versichert, welche besondere Veranlagungen aufweisen und daher einen Unfall weniger gut verkraften (vgl. Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3.A. Zürich 2003, S. 29 mit Hinweisen). Zugleich hat es dabei relativierend, unter Bezugnahme auf den massgeblichen Unfallbegriff (BGE 118 V 61 Erw. 2.b und 283 Erw. 2.a) betont, dass sich das Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit definitionsgemäss nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors, sondern nur auf diesen selber bezieht, weshalb nicht von Belang

B. 3.5

sein könne, wenn der äussere Faktor allenfalls schwerwiegende, unerwartete Folgen nach sich zog (BGE 129 V 177 Erw. 2.1 mit Hinweis auf RKUV 2000 Nr. U 365 S. 90 E. 2a mit H.).

Als typische Schreckereignisse werden genannt eine Brand- oder Erdbebenkatastrophe, ein Eisenbahn- oder Flugzeugunglück, eine schwere Auto-kollision, ein Brückeneinsturz, ein verbrecherischer Überfall oder sonstige plötzliche Todesgefahr (Rumo-Jungo, a.a.O.). In einem Entscheid vom 20. April 1990 i.S. U. (= RKUV 1990 Nr. 109, S. 300 ff.) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht das psychische Trauma eines Lokomotivführers, der realisierte, dass er eine Person, die sich in Selbstmordabsicht auf die Schienen gelegt hatte, ohne es zu bemerken tödlich überfahren hatte, als Unfallereignis im Gesetzessinne gewürdigt. Im erwähnten BGE 129 V 177 (Erw. 2.2) sowie erneut in einem Urteil (U 15/00) vom 19. März 2003 i.S. C. (Erw. 3.3) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht eine mögliche Abkehr von dieser Rechtsprechung angedeutet, indem es die Frage aufwarf, «ob bei Ereignissen, bei denen weder die versicherte Person noch Drittpersonen verletzt oder getötet werden, namentlich bei deliktischen Handlungen wie Raub, Drohung, Erpressung etc. die bisherige Rechtsprechung zum Begriff des Schreckereignisses modifiziert werden soll». Indes hat diese bisherige Rechtsprechung einerseits nach wie vor ihre Gültigkeit und andererseits würde eine grundsätzliche Negierung eines Unfallereignisses mit ausschliesslich psychischen Folgen bedeuten, psychischen Leiden nicht mit derselben Ernsthaftigkeit zu begegnen wie körperlichen Leiden, was auf eine Diskriminierung dieser Leiden bzw. der von psychischen Leiden betroffenen Menschen hinauslaufen könnte.

3.2 Der vorliegende Sachverhalt (vgl. Ingress lit. A) stellt unbesehen des detaillierten Geschehensablaufes ein Ereignis dar, welches nicht nur den Rahmen von Ereignissen und Situationen, welche bei einer objektiven Betrachtungsweise als alltäglich oder gewöhnlich qualifiziert werden können, sprengt (vgl. Entscheid des EVG vom 15. Mai 1991 i.S. M. = RKUV 1991 Nr. U 128 S. 225 ff., Erw. 1.b), sondern welches der hiesigen Realität und somit hiesigem Vorstellungsvermögen (bis anhin noch) weitgehend fremd ist. Während Meldungen über Entreisssdiebstähle, Überfälle auf Geschäfte, Banken, Personen, welche nach Betriebsschluss die Tageseinnahmen zur Bank oder Post bringen, etc. (vgl. Sachverhalt in BGE 129 V 177) auch hierzu-lande fast alltäglich geworden sind, Überfälle auf Hotelrezeptionen allenfalls noch denkbar sind, kann dies von Gewalttaten in Terroristenmanier, woran die vorliegende Übungsanlage einen unbescholtenen Dritten zwangsläufig gemahnen muss, (noch) nicht gesagt werden. Umso eindrücklicher muss der Erlebensschock sein, wenn eine unbescholtene Hotelangestellte ahnungslos in eine solche Situation der existenziellen Bedrohung gerät, auch wenn sich diese im Nachhinein als unecht erweist. Die Vorinstanz setzt das Erfordernis des «gewaltsamen Erlebnisses» in einer zu engen Betrachtungsweise mit einer gewaltsamen körperlichen Beeinträchtigung gleich. Es ist in diesem Zusammenhang vergleichsweise auf den Straftatbestand der Dro-

hung nach Art. 180 StGB, wonach (auf Antrag) bestraft wird, wer jemanden durch schwere Drohung in Schrecken oder Angst versetzt. Auch in diesem Fall wird davon ausgegangen, dass selbst eine Scheindrohung ohne tatsächliche Gefahr für das Opfer (z.B. Drohung mit ungeladener Waffe) die beabsichtigte Wirkung erzielen kann (Kommentar StGB Rehberg 1999 zu Art. 180 mit Hinweisen).

Der vorliegende Fall kann entsprechend auch nicht *tel quel* mit dem Sachverhalt, der dem erwähnten BGE 129 V 177 zu Grunde lag, verglichen werden. Betroffen war in diesem Fall die Betriebsleiterin eines Spielsalons, die um 23.30 Uhr einem Raubüberfall ausgesetzt war, als sie die Geldkassette abholen wollte. Anzumerken ist, dass in diesem Fall die Versicherte erst eine Woche nach dem Ereignis ihren Hausarzt aufsuchte. Vom Eidgenössischen Versicherungsgericht wurde die gleiche Frage betr. Schreckereignis erneut im Urteil U 15/00 vom 19. März 2003 i.S. C aufgeworfen (ohne beantwortet zu werden). In diesem Fall betraf es einen Geschäftsmann, der von einem unbekanntem Begleiter eines Kunden bedroht und erpresst wurde. Der Hausarztbesuch erfolgte auch hier erst vier Tage nach dem Ereignis, eine Meldung an den Unfallversicherer wurde vorerst nicht gemacht.

3.3 Der Schilderung des Unfallherganges durch den Arbeitgeber der Beschwerdeführerin ... ist zu entnehmen, dass die Polizei im Rahmen der ... Polizeigrenadierübung davon absah, alle Mitarbeiter oder Gäste zu informieren, weil «alles so normal wie möglich ablaufen» sollte. Dies wird durch die Aktennotiz einer Besprechung des Geschäftsführers des Hotels ... mit der ... sowie dem Einsatzleiter Polizei ... bestätigt (Z-act. 14). Es habe sich um eine Bagatelübung der Polizei gehandelt, weshalb keine Sicherheitsvorkehrungen nötig gewesen seien. Die Polizei sei in Zivilkleidern eingetroffen. Anlässlich dieser Besprechung wurde die Verhältnismässigkeit der Übung (maskiert/bewaffnet) angesichts eines ... voll belegten Hotels kritisiert.

Mithin war die realitätsgetreue Durchführung der Übung erklärtes Ziel der Übungsleitung. Die Einsatzkräfte rückten in Zivil zur Übung ein. Die von der Polizei nicht informierte Beschwerdeführerin, hatte keinerlei Anlass, beim Anblick der maskierten Polizisten nicht sofort zu glauben, dass es sich hierbei um Kriminelle, Terroristen oder gemäss ihrer Angabe um Mafiosi handelte. Insofern kann der Vorinstanz auch nicht gefolgt werden, wenn sie das (subjektive) Bedrohungsgefühl der Beschwerdeführerin, d.h. deren unzutreffende Auffassung, Kriminellen o.ä. gegenüber zu stehen, als unmassgeblich erachtet, da es einzig auf das objektive Geschehen ankomme (Einspracheentscheid S. 5). Für das Schreckereignis aus Opfersicht ist es beispielsweise auch unmassgeblich, ob ein Raubüberfall mit einer Spielzeugwaffe oder einer echten Waffe durchgeführt wurde; die Frage des objektiven Geschehens hingegen ist von Bedeutung für die Qualifizierung des (objektiven) Straftatbestandes. Der irrtümliche Glaube der Beschwerdeführerin, in akuter Gefahr zu sein, mithin das «Putativ-Schreckereignis» (hierzu vgl. A. Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 186), ist vielmehr direkte Folge der Maskierung und des entsprechenden

B. 3.5

Verhaltens der Polizeikräfte. Den Schluss, dass die ganze Übungsanlage geeignet war, auch einen Menschen von normaler Verfassung psychisch (zumindest vorübergehend) zu erschüttern, lässt jedenfalls auch die vom Geschäftsführer aufgeworfene Frage zu, was passiert wäre, wenn ein Gast betroffen gewesen wäre.

3.5 Zusammenfassend ereignete sich der Vorfall nicht nur in der unmittelbaren Gegenwart der Beschwerdeführerin; vielmehr war sie selbst Subjekt eines Geschehens, mit dem die Beschwerdeführerin (in ihrer Stellung und Funktion) an ihrer Arbeitsstätte nicht nur nie zu rechnen hatte, sondern das unabhängig von der Intensität des Zupackens der Polizisten und / oder der Dauer der Ohnmacht / Schwarzseins vor den Augen in seiner gesamten Anlage von einer Eindringlichkeit und Heftigkeit des Erlebens war, das geeignet ist, selbst einen gesunden Menschen (zumindest vorübergehend) aus seinem seelischen Gleichgewicht zu werfen. Insgesamt ist deshalb von einem aussergewöhnlichen und qualifizierten Schreckereignis zu sprechen, dem Unfallcharakter im Sinne der Gesetzgebung zuzusprechen ist.

4. Selbst für den Fall, dass von einem aussergewöhnlichen Schreckereignis auszugehen wäre, negiert die Vorinstanz eine Leistungspflicht mit der Begründung der fehlenden Adäquanz zwischen dem Schreckereignis und den psychischen Beschwerden der Beschwerdeführerin (Einspracheentscheid Erw. 4, S. 6). Der Vorfall sei für die Beschwerdeführerin sicherlich eindrücklich gewesen, indessen nicht geeignet, bei einer erwachsenen Person einen dauernden, erheblichen psychischen Schaden zu verursachen (Erw. 4.b). Die natürliche Kausalität zwischen Schreckereignis und psychischen Beschwerden wird indes von der Vorinstanz nicht bestritten (vgl. auch Vernehmlassung zu II.6., S. 3).

4.1 Lehre und Rechtsprechung lassen den sozialen Unfallversicherer für Schäden nur dann einstehen, wenn diese sowohl in einem natürlichen wie auch in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stehen.

4.3 Bei der Beantwortung der Frage, ob sich das Unfallereignis und eine psychisch bedingte Erwerbsunfähigkeit im Sinne eines adäquaten Verhältnisses von Ursache und Wirkung entsprechen, ist bei Unfällen ohne somatisches Geschehen gemäss BGE 129 V 177 Erw. 4.2 die allgemeine Adäquanzformel anzuwenden (gewöhnlicher Lauf der Dinge und allgemeine Lebenserfahrung).

5.2 Vorliegend ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Qualität des Schreckereignisses nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine (vorläufige) medizinisch-psychiatrische Behandlungsbedürftigkeit sowie eine (vorübergehende) ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bei der unmittelbar betroffenen Beschwerdeführerin zur Folge hatte. Das vorliegende Schreck-

ereignis in seiner Heftigkeit war durchaus geeignet, nach der Vergleichsgrösse der massgeblichen «weiten Bandbreite» von Versicherten einen Betroffenen für eine bestimmte Zeit aus der Bahn zu werfen. In den Bereich dieser Bandbreite fällt auch die Beschwerdeführerin, welche gemäss den übereinstimmenden Aussagen der vorstehend zitierten Arztberichte bis zu diesem Ereignis keine Auffälligkeiten in der Persönlichkeitsstruktur zeigte. Für das Vorliegen einer Adäquanz spricht auch die Erfahrungstatsache, dass sich heutzutage unter den auf terroristische oder vergleichbare Ereignisse (Amokläufer) spezialisierten Soforteinsatztruppen auch regelmässig psychiatrisch-medizinisch geschulte Helfer befinden, welche für die psychische Betreuung unmittelbar wie auch mittelbar Beteiligter zur Verfügung stehen. Mithin wird davon ausgegangen, dass diese und vergleichbare Ereignisse generell geeignet sind, eine psychische Beeinträchtigung zu bewirken und eine entsprechende psychiatrische Betreuung erforderlich zu machen. Dieser Aspekt wurde auch anlässlich des vorliegenden Schreckereignisses thematisiert (vgl. vorstehend Erw. 3.4). Wie bereits dargelegt, kann der Beschwerdeführerin nicht zu ihren Ungunsten angelastet werden, dass es sich (bloss) um eine Übung handelte. Zu dieser Annahme hatte sie aufgrund der bekannten, vorstehend dargelegten Umstände, keinen Anlass.

5.3 Die Vorinstanz verkennt bei ihrer grundsätzlichen Negierung der Adäquanz, dass bei Unfallereignissen mit psychischen Folgen generell dem Faktor Zeit ein besonderes Gewicht beizumessen ist (vgl. Ulrike Hoffmann-Richter, Zur natürlichen Kausalität psychischer Unfallfolgen aus psychiatrischer Sicht, in: SZS 2003, S. 2 - 31). Während bei schweren Unfallereignissen mit somatischen Beeinträchtigungen regelmässig zuerst die Sicherung des Überlebens zwingend an erster Stelle steht und psychische Beschwerden erst nach einiger Zeit erkennbar werden (Hoffmann, a.a.O., S. 15), treten bei Schreckereignissen ohne körperlichen Auswirkungen die psychischen Folgen umgehend zu Tage und nehmen erfahrungsgemäss mit zunehmender Zeit und der damit verbundenen Bewältigung des traumatisierenden Erlebnisses ab. Dies gilt insbesondere dort, wo ein Betroffener unverzüglich in den Genuss einer adäquaten psychiatrischen Betreuung gelangt, was vorliegend gegeben ist. ...

5.4 Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Beschwerdeführerin hat einen Anspruch auf Leistungen der Vorinstanz als ihres Unfallversicherers. Es wird Sache der Vorinstanz sein, über den Umfang dieses Anspruches zu befinden. Für die Beantwortung dieser Frage wird sie vorab zu klären haben, ob bzw. wenn ja, in welchem Zeitpunkt gemäss der allgemeinen Adäquanzformel (gewöhnlicher Lauf der Dinge und allgemeine Lebenserfahrung) die psychischen Folgen des Schreckereignisses als abgeklungen zu gelten haben. Inwieweit hierfür allenfalls weitere medizinische Abklärungen erforderlich sind, wird ebenfalls die Vorinstanz zu befinden haben.

(VGE 364/03 vom 14. Januar 2004).

B. 5.1

Dieser Entscheid wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil U 46/04 vom 7. Dezember 2004 aufgehoben, u.a. mit folgender Begründung:

3. Auch angesichts des vorliegend zu beurteilenden Vorfalls, bei dem die Beschwerdegegnerin - im Gegensatz etwa zum bereits erwähnten in BGE 129 V 402 publizierten Fall - keine Verletzungen des Körpers erlitten hat, bereitet die Frage einmal mehr Schwierigkeiten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unfall anzunehmen ist (vgl. Erw. 1.3). Angesichts des professionellen Vorgehens der Polizei ist das Ereignis als aussergewöhnlich zu qualifizieren. Es löste denn auch verständlicherweise bei der Beschwerdegegnerin - welche den vermeintlichen Angreifern wehrlos gegenüberstand - einen entsprechenden psychischen Schock aus. Wie die Beschwerdeführerin indessen zu Recht einwendet, gilt es den Zwischenfall vom 14. Februar 2002 in seiner Gesamtheit zu würdigen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors an, sondern auf diesen selber (BGE 129 V 180 Erw. 2.1). ... Die Frage, ob das Schreckereignis die qualifizierten Merkmale aufweist, um als Unfallereignis gelten zu können, braucht indessen auch im vorliegenden Fall nicht abschliessend beurteilt zu werden, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen (vgl. Erw. 4.2). ...

4.2 Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist der Vorfall vom 14. Februar 2002 - unter Berücksichtigung der weiten Bandbreite der Versicherten - nicht geeignet, eine psychische Störung mit anhaltender vollständiger Erwerbsunfähigkeit herbeizuführen. Wer bloss einen Moment lang einer vermeintlichen Gefahr ausgesetzt ist, kann sich normalerweise vom Schreck rasch erholen, sobald er feststellt, dass die Gefahr nur in seiner Vorstellung bestand. ...

(EVGE U 46/04 vom 7. Dezember 2004).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung

- *Vorteilsabgabe gilt nicht rückwirkend (Erw. 2.3).*
- *Bei Neubauten: Inwiefern ist bereits früher überbaute Gebäudegrundfläche anzurechnen? (Erw.2.4).*
- *Erfordernis der direkten eigenen Zufahrt im Sinne der Rechtsprechung (Erw. 2.5).*
- *Kann zusätzliche Nutzfläche (neue Parkplätze) mit den auf der anderen Strassenseite aufgegebenen Parkplätzen verrechnet werden? (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Vorteilsabgabepflicht wird einerseits bei Strassenabstandsunterschreitungen gemäss § 42 StraV (welche hier nicht zur Diskussion stehen), sowie andererseits bei der Erstellung von Zufahrten und Zugängen gemäss § 47 f. StraV begründet. Ausgelöst wird die Abgabepflicht im ersten Fall im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung und im zweiten Fall im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche (§ 58 Abs. 2 StraV). Die Vorteilsabgabe wird beim Unterschreiten des Strassenabstandes nach der innerhalb des Bauabstandes je Geschoss beanspruchten Fläche bemessen bzw. bei Zufahrten und Zugängen nach der effektiv bebauten Nutzfläche (§ 58 Abs. 3 StraV).

2.2 Auf Grund von § 47 StraV wird die Vorteilsabgabepflicht mithin begründet beim Erstellen neuer (i), beim Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen (ii) sowie wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet werden soll (iii). Eine formell erteilte Bewilligung nach § 47 StraV vermag indes die Vorteilsabgabepflicht nur zu begründen, wenn in materieller Hinsicht auch tatsächlich eine Bewilligungspflicht bestanden hat und eine direkte (eigene) Zufahrt im Sinne der Rechtsprechung vorliegt (nachfolgend Erw. 2.5; VGE 723/03 v. 6.2.04, Erw. 2.4 - 2.8). Die materielle Bewilligungspflicht wiederum sagt noch nichts über die Höhe der Abgabe aus. Die Abgabepflicht entfällt zum vornherein, wenn eine Bewilligungspflicht gemäss § 47 StraV gar nicht besteht.

2.3 Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Vorteilsabgabe nicht rückwirkend gilt (VGE 721/02 v. 9.1.03, Erw. 3b). Vorteile, die bereits vor Inkrafttreten der Abgabepflicht am 1. Januar 2000 bestanden haben, sind nicht abgabepflichtig. Für vor dem 1. Januar 2000 überbaute Grundstücke kann mithin eine Abgabepflicht im Zusammenhang mit direkten Zufahrten und Zugängen erst ausgelöst werden, wenn eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche bewilligt wird. Bewilligungspflichtige Änderungen bestehender Bauten, die bereits vor dem 1. Januar 2000 bestanden haben, sind ohne bauliche Erweiterung der Nutzfläche (Renovationen, Umbauten innerhalb bestehender Kubaturen oder reine Nutzungsänderungen) nicht abgabepflichtig. Allfällige Verschiebungen der Nutzflächen innerhalb einer Liegenschaft sind unerheblich (VGE 722/03 v. 6.2.04, Erw. 3.4).

Würde man eine Rückwirkung mit der Begründung zulassen, die Vorteile des direkten Strassenanschlusses würden auch für bereits überbaute Liegenschaften über den 1. Januar 2000 hinaus pro futuro andauern, müssten aus Gründen der Rechtsgleichheit sämtliche Grundeigentümer von bereits überbauten und direkt an eine Basisstrasse angeschlossenen Liegenschaften per Inkrafttreten der Abgabepflicht dieser unterstellt werden. Indem die Abgabepflicht aber nur mit der Bewilligungserteilung für eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche ausgelöst wird (und sofern eine Bewilligungspflicht für eine

B. 5.1

direkte Zufahrt gemäss § 47 StraV überhaupt besteht, vgl. oben Erw. 2.2), hat der Gesetzgeber keine solche generelle Unterstellung der überbauten Liegenschaften angestrebt. Er macht die Abgabepflicht auch nicht von konkreten Strassenneubauten, -ausbauten und -sanierungen abhängig (vgl. dagegen Anschlussgebührenpflicht von Altbauten an ARA).

2.4 Bei Neubauten, die anstelle eines abgebrochenen oder durch höhere Gewalt zerstörten vor dem 1. Januar 2000 bestandenen Gebäudes erstellt werden, ist wie folgt vorzugehen. Immer vorausgesetzt, dass die Grundvoraussetzung für die Abgabepflicht (die Bewilligungspflicht gemäss § 47 StraV sowie eine direkte Zufahrt) erfüllt ist, muss aus sachlichen aber auch aus Gründen der Rechtsgleichheit an die Praxis bei Renovationen, Um- und Ausbauten sowie Nutzungsänderungen angeknüpft werden (oben Erw. 2.3). Soweit mithin die bisherige Nutzfläche durch die Neubaute nicht vergrössert wird, rechtfertigt sich auch keine Erhebung der Vorteilsabgabe, während die darüber hinaus reichende Nutzfläche der Abgabepflicht unterliegt. Insofern kann die in VGE 630/00 vom 26. Juni 2001 in Erw. 7 (=EGV-SZ 2001, B. 5.1) vertretene Ansicht, die früher bereits überbaute Gebäudegrundfläche sei nicht anzurechnen, da diesbezüglich früher noch gar keine Vorteilsabgabe erhoben werden konnte, nicht aufrecht erhalten werden (721/03 v. 6.2.04, Erw. 2.7).

Diese Rechtsanwendung rechtfertigt sich dann nicht mehr, wenn eine Liegenschaft (soweit bis anhin der Vorteilsabgabepflicht nicht unterstellt) längere Zeit nicht mehr überbaut war und demzufolge auch nicht mehr der Wohn- oder einer anderen zonenkonformen Nutzung dienen konnte. In Anlehnung an das Wiederaufbaurecht (EGV-SZ 1995, Nr. 8 Erw. 3 d/e) ist hier von einer 5-jährigen Frist auszugehen (§ 72 Abs. 3 PBG). Diese fünfjährige Frist kommt dann nicht zum Tragen, wenn bereits vor dem Abbruch oder der Zerstörung durch höhere Gewalt (z.B. Brand) die Bestandesgarantie hinfällig geworden ist (z.B. langjährig unbewohnte Bauruine). Der Vorbehalt der Strassengesetzgebung in § 72 Abs. 3 zweiter Satz PBG betrifft § 45 StraV (Bestandesgarantie), nicht aber die Vorteilsabgabe.

2.5 Zum Erfordernis der direkten (eigenen) Zufahrt im Sinne der Rechtsprechung ist Folgendes beachtlich:

Im Zusammenhang mit der Einführung der Vorteilsabgabe hat der kantonale Gesetzgeber als abgeltungspflichtigen Sondervorteil sinngemäss den Umstand bezeichnet, dass derjenige mit einer privaten Zufahrt bzw. mit einem Direktzugang zur öffentlichen Strasse ohne die Abgeltung insofern bevorteilt wäre, als er keine Beteiligung an Erschliessungskosten leisten müsste (vgl. dazu VGE 625/01 vom 16. November 2001, Erw. 2b, publ. in: EGV-SZ 2001, Nr. B. 5.2, S. 88 ff.). Die innere Rechtfertigung für die Vorteilsabgabe ist somit darin zu erblicken, dass - falls keine Vorteilsabgabe eingeführt worden wäre - der betreffende Grundeigentümer mit einem direkten Zugang zur Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse sich an keinen Erschliessungskosten beteiligen müsste (vgl. auch VGE 622/01 vom 16. November 2001, Erw. 5b in fine).

Im Weiteren gilt es zu beachten, dass bei Eigentümern von Baugrundstücken, welche direkt an eine öffentliche Strasse anstossen und für die Erstellung einzelner Hauszufahrten jeweils Vorteilsabgaben zu entrichten haben, die Bereitschaft wächst, sich an einer gemeinsamen (rückwärtigen) Erschliessungslösung mit einer einzigen Einfahrt in die öffentliche Strasse (kostenmässig) zu beteiligen. Die Vorteilsabgabe dient letztlich auch dazu, anstelle von mehreren Hauszufahrten (welche jeweils direkt in eine Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse einmünden) eine gemeinsame Erschliessungslösung zu fördern und damit die Anzahl der Einfahrten zu beschränken. Mit einer solchen Zusammenlegung von potentiellen Einfahrten wird insbesondere auch die Verkehrssicherheit verbessert.

Das Verwaltungsgericht hat in VGE 717/03 vom 14. November 2003, Erw. 3, festgehalten, falls ein Baugrundstück über eine Feinerschliessungsstrasse erschlossen werde, welche auch noch anderen Grundeigentümern in der Nachbarschaft als Erschliessung diene, werde es sich im Regelfall so verhalten, dass der Eigentümer dieses Baugrundstücks sich grundsätzlich auch an die Erstellungs- und Unterhaltskosten dieser Feinerschliessungsstrasse zu beteiligen hat(te). In einem solchen Fall könne von einem abgeltungspflichtigen Sondervorteil nicht gesprochen werden. Analoges gelte auch dann, wenn diese Feinerschliessungsstrasse über das Grundstück des bauwilligen Grundeigentümers führe und dieser Grundeigentümer den betreffenden Zugang zur öffentlichen Strasse nicht wie eine Hauszufahrt für sich allein beanspruchen könne (z.B. auch für Autoabstellplätze), sondern diese Zufahrtsfläche für den Zubringerverkehr zu anderen Grundstücken in der Nachbarschaft jederzeit freihalten müsse.

In VGE 723/03 vom 6.2.04, Erw. 2.4 - 2.7, hat das Verwaltungsgericht zudem entschieden, dass kurze Strassenzufahrten bzw. die Situierung im Einmündungsbereich zu einer öffentlichen Strasse keine Vorteilsabgabepflicht zu begründen vermögen.

Ob in einem konkreten Fall für die private Erschliessung tatsächlich Erstellungs- und Unterhaltskosten angefallen sind, ist belanglos. Entscheidend ist, ob es sich um eine Erschliessungsstrasse handelt, welche normalerweise dem Erschliessungsberechtigten Kosten verursacht (VGE 721/03 v. 6.2.04, Erw. 3.5 in fine; VGE 723/03 v. 6.2.04, Erw. 2.3 + 2.5).

Die Eigentumsverhältnisse an der in die öffentliche Strasse mündenden Zufahrt sind für die Beurteilung der Vorteilsabgabepflicht nicht massgebend (VGE 715/02 v. 12.12.2002, Erw. 2). Die Qualifizierung der direkten (eigenen) Zufahrt scheidet nicht am fehlenden Grundeigentum, es genügt eine rechtlich hinreichende Erschliessung im Sinne von § 37 Abs. 3 PBG. Andererseits begründet das Grundeigentum an einer Zufahrt noch nicht die Vorteilsabgabepflicht. Deswegen handelt es sich noch nicht um eine direkte (eigene) Zufahrt im Sinne der Rechtsprechung.

3.1 Es ist unbestritten, dass vorliegend die bestehende Ein-/Ausfahrt den heutigen verkehrstechnischen Anforderungen angepasst werden musste. Die Bewilligungspflicht gestützt auf § 47 StraV ist deshalb erstellt. Mit der Bau-

B. 5.1

bewilligung wird zudem die Abgabepflicht ausgelöst. Fraglich ist, ob von einer abgabepflichtigen zusätzlichen Nutzfläche auszugehen ist.

3.2 Soweit die Vorinstanz die Anrechnung der bisherigen Parkplätze verweigert, widerspricht dies der geänderten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (siehe oben Erw. 2.4). Aufgrund der vorliegenden Akten ist das Ausmass der bisherigen Parkplatzfläche nicht klar eruierbar. ...

3.3 Es stellt sich nun die Frage, ob die verbleibende grundsätzlich abgabepflichtige zusätzliche Nutzfläche (gesamte Anzahl Parkplätze ./ bestehende Parkplätze) mit den auf der anderen Strassenseite aufgegebenen Parkplatzflächen abgegolten ist bzw. verrechnet werden kann.

Wie bereits ausgeführt, ist eine Nutzflächenverschiebung innerhalb einer Liegenschaft unerheblich (oben Erw. 2.3). Es ist des Weiteren vorstellbar, dass zwei oder mehrere benachbarte Liegenschaften im Sinne einer Arrondierung vereinigt werden, so dass die eingangs erwähnte Nutzflächenverschiebung im Zusammenhang mit einer Neuüberbauung als zulässig zu qualifizieren ist. Vom Zweck der Vorteilsabgabe und deren inneren Rechtfertigung her wäre es nun nicht nachvollziehbar, weshalb eine solche Nutzflächenverschiebung auch zwischen verschiedenen Liegenschaften ohne grundbuchliche Vereinigung nicht möglich sein sollte, vorausgesetzt dass einerseits tatsächlich eine Nutzfläche vorbesteht, für welche die Vorteilsabgabe entweder entrichtet wurde oder für welche mangels Rückwirkung der Vorteilsabgabepflicht keine Abgabepflicht besteht (Erw. 2.3), und andererseits sichergestellt ist, dass diese vorbestehende Nutzfläche nicht mehrfach zur Anrechnung gelangen kann. Für die Sicherstellung drängt sich ein analoges Vorgehen wie bei der ungleichen Verteilung des Grenzabstandes (§ 62 PBG) oder beim baurechtlichen Ausnützungstransfer auf. Der Nutzflächentransfer im Zusammenhang mit der Vorteilsabgabe ist mithin zwischen den betroffenen Liegenschaftseigentümern verbindlich mittels Dienstbarkeitsvertrag zu regeln und im Grundbuch einzutragen; sofern rechtlich zulässig, kann allenfalls auch eine blosser Anmerkung einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung in Betracht gezogen werden. Was die vorbestehende Nutzfläche anbelangt, hat das Verwaltungsgericht in VGE 715/03 vom 12. Dezember 2003 an den Nachweis altrechtlicher Parkplätze keine strengen Anforderungen gestellt und die Glaubhaftmachung als genügend erachtet. Da das Ausmass der vorbestehenden Parkplätze nicht eindeutig eruiert werden konnte, nahm es zudem eine schematische Anrechnung altrechtlicher Parkplätze vor, welche sich auf das kommunale Bauelement abstützte.

In casu liegt zwischen den vom Nutzflächentransfer betroffenen Liegenschaften die Kantonsstrasse. Ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen ein strassenüberschreitender Transfer grundsätzlich immer zulässig sein soll, kann hier offen bleiben. Der konkret zu beurteilende Fall weist Besonderheiten auf, welche jedenfalls ein analoges Vorgehen wie bei benachbarten Liegenschaften rechtfertigen lassen. Die Beschwerdeführerin hat als

Eigentümerin einer in der Kernzone ... befindlichen Liegenschaft auf Anregung einer kantonalen Behörde im öffentlichen Interesse (Denkmalschutz, Verkehrssicherheit) einer Parkplatzerweiterung zugestimmt. Es ist zwischen den beiden betroffenen gegenüberliegenden Parzellen eine Beziehungsnähe geschaffen worden, die im Lichte der Vorteilsabgabepflicht mit einer direkten Nachbarschaft vergleichbar ist.

3.4 Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung zurückzuweisen. Zunächst hat die Vorinstanz die bestehende und die zusätzliche (Parkplatz)Nutzfläche (Mehrfläche) auf der Liegenschaft der Beschwerdeführerin genau zu ermitteln (siehe Erw. 3.2). Alsdann ist in einer zweiten Phase zu prüfen, ob und in welchem Ausmass die Mehrfläche durch einen Nutzflächentransfer abgegolten werden kann. Die Beschwerdeführerin ist von der Vorinstanz konkret aufzufordern, im Sinne der gemachten Darlegungen (Erw. 3.3) den Bestand der Parkplatznutzfläche auf der gegenüberliegenden Parzelle ... und deren verbindliche Reduzierung sowie die vertragliche und grundbuchliche Sicherstellung des Nutzflächentransfers auszuweisen. ...

(VGE 718/04 vom 27. Februar 2004).

5.2 Kanalisationsanschlussgebühren

- *Anwendbares Recht bei Kanalisationsanschlussgebühren für nachträglich eingebaute Wohnungen (Erw. 3.4).*

Aus den Erwägungen:

3.4 Vorab stellt sich die Frage, ob und inwiefern für den Einbau von vier zusätzlichen Wohnungen die Bestimmungen des alten oder des neuen Kanalisationsreglements zur Anwendung kommen.

Bei der Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer Rechtsänderung Anwendung findet, gilt der Grundsatz, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. VGE 625/02 vom 26. März 2004, Erw. 4.1 mit Hinweisen auf VGE 1011/98 vom 30. November 1998, Erw. 3b; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband 1990, Nr. 15, B.I. mit Verweisen; vgl. auch VGE 707/00 vom 15. November 2000, Erw. 3a, Prot. S. 394). Analog wird auch in Art.1 Schlusstitel zum ZGB die Regel der Nichtrückwirkung statuiert: Das neue Recht soll jene Tatsachen nicht erfassen, die vor seinem Inkrafttreten eingetreten sind. Es gilt der Satz: «alte Tatsache - altes Recht». Unter «Tatsache» ist jeder Vorgang zu verstehen, der eine Rechtswirkung hervorzubringen vermag (vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., S.1075).

B. 5.2

Das vorliegend zu beurteilende Wohn- und Geschäftshaus wurde am ... 1997 bewilligt und nach den vorliegenden Akten in einem Zeitraum erstellt und an die Kanalisation angeschlossen, als noch das alte Kanalisationsreglement anwendbar war. ... Mithin erfolgte der Innenausbau (inkl. Einbau von Zwischenwänden bzw. der betreff. Wohnungen) grundsätzlich bis und mit 1999. Demgegenüber ist das neue Kanalisationsreglement erst nach der Genehmigung durch den Regierungsrat vom 25. Januar 2000 in Kraft getreten. Nachdem das vorliegende Wohn- und Geschäftshaus (inkl. Einbau der betreff. Wohnungen) noch unter der Herrschaft des alten Kanalisationsreglements erstellt wurde, sind für die Ermittlung der von den Grundeigentümern für dieses Gebäude geschuldeten Kanalisationsanschlussgebühren die Bestimmungen des alten Kanalisationsreglements massgebend.

Für das gleiche Ergebnis spricht insbesondere auch, dass dann, wenn die Beschwerdeführer noch 1998/99 um eine Bewilligung für den Einbau der betreffenden vier Wohnungen nachgesucht hätten, bzw. der Gemeinderat gestützt auf die Ergebnisse der Baukontrolle vom ... Dezember 1998 (wonach zusätzliche Zwischenwände eingebaut wurden etc.) schon anfangs 1999 ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet hätte und die zusätzlichen Wohnungen bereits 1999 bewilligt worden wären, offenkundig die Anwendung des erst im Jahre 2000 in Kraft getretenen neuen Kanalisationsreglements nicht in Betracht gezogen worden wäre. Mit anderen Worten ist im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens für die Abgrenzung bei der Anwendung der alten und der neuen Anschlussgebührenberechnung entscheidend, dass an ein objektives Kriterium (hier: Zeitpunkt der Erstellung des nachträglich bewilligten Umbaus) angeknüpft wird und damit zufällige Umstände (wie z.B. Einleitungszeitpunkt und Dauer des nachträglichen Bewilligungsverfahrens) keine Rolle spielen können (vgl. analog auch VGE 625/02 vom 26. März 2004, Erw. 4.4). Aus diesen Gründen kann der Argumentation in Erwägung 11.3 des angefochtenen RRB's, wonach sinngemäss der Zeitpunkt der nachträglich erteilten Baubewilligung für die bereits eingebauten vier Wohnungen dazu führe, dass die Beschwerdeführer die Kanalisationsanschlussgebühren nach den Bestimmungen des neuen Reglements für die gesamte Kubatur des Wohn- und Geschäftshauses zu entrichten hätten, nicht beigeplant werden.

(VGE 1065/03 vom 16. April 2004).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde

- *Nach der im Urteilszeitpunkt geltenden Rechtslage können Einbürgerungsgesuche nicht der Urnenabstimmung unterstellt werden.*

Aus den Erwägungen:

2. In materieller Hinsicht beanstanden die Beschwerdeführer hauptsächlich sinngemäss, dass der Gemeinderat die Einbürgerungsgesuche zu Unrecht unter jenen Traktanden aufführe, welche nicht der Urnenabstimmung unterliegen. Nach ihrer Auffassung müssen die Einbürgerungsgesuche in der Gemeinde Freienbach, welche das Urnensystem kennt, unter jenen Traktanden aufgeführt werden, die der Urnenabstimmung unterliegen. Zur Begründung führen die Beschwerdeführer u.a. aus,

- dass Art. 34 der Bundesverfassung festlege, die politischen Rechte seien gewährleistet (Abs. 1) und die Garantie der politischen Rechte schütze die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe (Abs. 2),
- dass die Kantonsverfassung in § 72 Abs. 3 festlege, für die Sachgeschäfte der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung (ausgenommen Voranschlag und Rechnung sowie die Erteilung des Ehrenbürgerrechts durch die Gemeindeversammlung) könne das Urnensystem allgemein oder für besondere Fälle eingeführt werden,
- dass - nachdem in der Gemeinde Freienbach das allgemeine Urnensystem gemäss den §§ 9 und 10 GOG eingeführt habe - es der Wille der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger dieser Gemeinde sei, auch über Einbürgerungen an der Urne abzustimmen,
- dass der Gemeinderat Freienbach die Einbürgerungsgesuche fälschlicherweise unter jenen Traktanden aufgeführt habe, welche nicht der Urnenabstimmung unterliegen,
- dass die Stimmberechtigten mit der Einführung des allgemeinen Urnensystems geheime Wahlen und Abstimmungen beabsichtigt hätten,
- dass durch die Tatsache, wonach der Gemeinderat die Einbürgerungsgesuche nicht mehr der Urnenabstimmung zuführen wolle, die geheime Abstimmung an Gemeindeversammlungen eingeführt werden müsste, damit der Wille der Stimmberechtigten der Gemeinde Freienbach und die verfassungsmässigen Rechte der freien und unverfälschten Stimmabgabe nicht willkürlich missachtet würden,
- dass solange die allgemeine Einführung des Urnensystems in der Gemeinde Freienbach gemäss den §§ 9 und 10 GOG bestehen bleibe, einzelne Sachgeschäfte dem Urnensystem nicht ohne Volksabstimmung entzogen werden können,

B. 7.1

- und dass für das Vorgehen, lediglich die Einbürgerungsgesuche der Urnenabstimmung zu entziehen, die verfassungsmässigen und gesetzlichen Grundlagen fehlen würden.

3.1 Nachdem das Bundesgericht in zwei Urteilen vom 9. Juli 2003 Urnenentscheide über Einbürgerungen mit Blick auf das Erfordernis einer Begründung für verfassungswidrig erklärt hatte (vgl. BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.; vgl. auch Erw. 6b des Zwischenbescheides vom 4. November 2003), sah der Regierungsrat des Kantons Schwyz einen Handlungsbedarf und erliess die Verordnung über vorläufige Regelungen zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts vom 26. August 2003 (nachfolgend Gemeindebürgerrechtsverordnung genannt bzw. abgekürzt: GbrV, SRSZ 110.113). Dagegen wurden beim Bundesgericht zwei Stimmrechtsbeschwerden erhoben. Mit Urteil 1P.523+572/2003 vom 12. Mai 2004 hat sich das Bundesgericht mit der schwyzerischen Regelung zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts befasst. Auf die Erwägungen des Bundesgerichts ist nachfolgend zurückzukommen.

3.2 Die am 29. August 2003 in Kraft getretene Gemeindebürgerrechtsverordnung regelt die Zuständigkeit und das Verfahren für die Erteilung des Gemeindebürgerrechts (vgl. § 1 Abs. 1 GbrV i.V.m. § 6 Abs. 1 GbrV und AblSZ 2003, S. 1378). In § 2 GbrV wird der Gemeinderat oder eine gemeinderätliche Delegation u.a. verpflichtet, alle Bewerber persönlich anzuhören (§ 2 GbrV). § 3 GbrV mit der Überschrift «Zuständigkeit und Verfahren» lautet:

¹ Die Gemeindeversammlung entscheidet in offener Abstimmung über die Erteilung des Gemeindebürgerrechts.

² Der Antrag des Gemeinderates zu einem Einbürgerungsgesuch gilt als angenommen, wenn aus der Versammlungsmitte nicht ein begründeter Gegenantrag gestellt wird.

Gemäss § 4 GbrV erlässt das Departement des Innern Weisungen zur Behandlung von Einbürgerungsgesuchen durch den Gemeinderat und die Gemeindeversammlung. § 5 GbrV enthält eine Übergangsbestimmung, wonach die beim Inkrafttreten dieser Verordnung (29.8.2003) hängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieser Einbürgerungsverordnung zu Ende geführt werden.

3.3 Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 1P.523+572/2003 vom 12. Mai 2004 in Erwägung 2.4 festgehalten, dass es im Verfahren der Stimmrechtsbeschwerde alle Normen des kantonalen oder kommunalen Rechts, die das verfassungsrechtlich garantierte Stimmrecht konkretisieren, frei prüft. In den Erwägungen 3 bis 5 prüfte das Bundesgericht, ob der Regierungsrat des Kantons Schwyz zum Erlass einer vorläufigen Gemeindebürgerrechtsverordnung befugt war. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass es sich bei der angefochtenen Gemeindebürgerrechtsverordnung um eine in der Kompetenz des Regierungsrates liegende Verordnung handelt,

welche den Vollzug des nach den bundesgerichtlichen Entscheiden vom 9. Juli 2003 unter Beachtung der Garantien der Bundesverfassung verbleibenden bzw. mit der Verfassung vereinbaren Restbestands des schwyzerischen Einbürgerungsrechts regelt. Von vornherein unproblematisch beurteilte das Bundesgericht § 1 Abs. 1 GbrV (Geltungsbereich), § 5 Abs. 1 GbrV (Übergangsbestimmung) und § 6 GbrV (Inkrafttreten und Geltungsdauer, vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.1).

Hinsichtlich § 1 Abs. 2 GbrV (wonach die Verordnung abweichenden Vorschriften des Gesetzes über Erwerb und Verlust des Kantons- und Gemeindebürgerrechts [kBüG, SRSZ 110.100] und des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [GOG, SRSZ 152.100] vorgeht) stellte das Bundesgericht fest, diese Bestimmung stelle die Hierarchie zwischen Gesetz und Verordnung auf den Kopf und sprengte die Grenzen einer Vollziehungsverordnung. Die Unzulässigkeit der Urnenabstimmung über Einbürgerungsentscheide folge aus Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BV. Die Unanwendbarkeit der kantonalen Gesetze, welche die Urnenabstimmung für Einbürgerungen zuliesse, ergebe sich somit aus dem Vorrang von Bundesrecht vor kantonalem Recht und von Verfassungsrecht vor Gesetzesrecht. Die Verordnung als solche könne dagegen keinen Vorrang vor Gesetzesrecht beanspruchen, weshalb dieser Absatz 2 von § 1 GbrV vom Bundesgericht aufgehoben wurde (vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.2 i.V.m. Erw. 5.4 und Erw. 7 sowie Dispositiv-Ziffer 1).

Zur in § 2 GbrV enthaltenen Anhörung der Bewerber führte das Bundesgericht u.a. aus, damit werde der Anspruch der Gesuchsteller auf rechtliches Gehör im Einbürgerungsverfahren gewährleistet, welcher sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebe (vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.3). Was § 3 Abs. 1 GbrV anbelangt (wonach die Gemeindeversammlung in offener Abstimmung über die Erteilung des Gemeindebürgerrechts entscheidet), hielt das Bundesgericht was folgt fest:

«Soweit damit die Abstimmung an der Urne in Einbürgerungssachen ausgeschlossen wird, ergibt sich dies bereits aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Begründungspflicht in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot. Aus diesem Grund bleibt nur noch die Möglichkeit der Beschlussfassung an der Gemeindeversammlung selbst (§§ 21 ff. GOG). Diese erfolgt nach geltendem schwyzerischen Recht mit offenem Handmehr (§ 72 Abs. 1 KV/SZ; §§ 27 f. GOG; vgl. auch unten, E. 6.2). Dann aber formuliert § 3 Abs. 1 der Verordnung nur das, was sich ohnehin schon aus dem Gesetz i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 2 BV ergibt. Ist die gesetzliche Lage unklar, weil Teile des Gesetzesrechts bundesrechtswidrig sind und nicht mehr angewendet werden dürfen, ist es zweckmässig, wenn die Rechtslage in der Vollziehungsverordnung nochmals zusammengefasst und damit klargestellt wird.»

(vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.4).

In Erwägung 6.2 ergänzte das Bundesgericht, § 72 Abs. 1 KV/SZ bestimme, dass Wahlen und Abstimmungen an der Gemeindeversammlung mit offenem Handmehr vorgenommen werden. Zwar sehe die Kantonsverfassung (§ 72 Abs. 3) die Möglichkeit vor, für Sachgeschäfte der Gemeindever-

B. 7.1

sammlung - allgemein oder für besondere Fälle - das Urnensystem einzuführen. Dies geschehe gemäss den §§ 10 ff. GOG in der Weise, dass das Geschäft in der Gemeindeversammlung vorberaten werde und später eine Urnenabstimmung stattfinde. Die Möglichkeit der geheimen Abstimmung an der Gemeindeversammlung selbst sehe das Schwyzer Recht dagegen nicht vor. Dies belege eine am 15. September 2003 eingereichte Motion von drei Kantonsräten, mit der die Einführung der geheimen Abstimmung an der Gemeindeversammlung beantragt worden sei. Des Weiteren betonte das Bundesgericht:

«Die Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche ist nach den bundesgerichtlichen Entscheiden vom 9. Juli 2003 verfassungswidrig. Die Bestimmungen des Schwyzer Rechts, die eine Urnenabstimmung erlauben, können deshalb im Einbürgerungsverfahren nicht mehr angewandt werden. Dies hat zur Folge, dass nur noch die Möglichkeit der offenen Abstimmung in der Gemeindeversammlung besteht. Diese Konsequenz ergibt sich bereits aus dem bestehenden Schwyzer Recht in Verbindung mit Bundesverfassungsrecht, weshalb die angefochtene Verfügung insoweit keine zusätzliche Einschränkung der politischen Rechte der Stimmbürger oder der Gemeindeautonomie bewirkt.»

(vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 6.2, 2. Absatz).

Die in § 3 Abs. 2 GbrV enthaltene Regelung (wonach der Antrag des Gemeinderates zu einem Einbürgerungsgesuch als angenommen gilt, wenn aus der Versammlungsmitte nicht ein begründeter Gegenantrag gestellt wird), dient gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts der Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Begründungsanspruchs im Einbürgerungsverfahren. Diese Bestimmung stelle sicher, dass ein ablehnender Entscheid der Gemeindeversammlung begründet werden könne. Nach der Beurteilung des Bundesgerichts beschränkt sich die vom Regierungsrat gewählte vorläufige Regelung darauf, das aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgende Minimum anzuordnen, um - unter möglicher Beibehaltung der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung- die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Begründungspflicht zu gewährleisten und zugleich eine Rechtsverweigerung zu verhindern (vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.5, S. 17 - 19).

Zusammenfassend beurteilte das Bundesgericht die schwyzerische Gemeindebürgerrechtsverordnung vom 26. August 2003 als Vollziehungsverordnung, welche der Regierungsrat in eigener Kompetenz erlassen durfte, ohne dass er dabei die Rechte der Stimmbürger oder die Gemeindeautonomie verletzt (vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.4).

3.4 Im Lichte dieser bundesgerichtlichen Erwägungen zur schwyzerischen Gemeindebürgerrechtsverordnung vom 26. August 2003 verbleibt für das Hauptbegehren der Beschwerdeführer, wonach die Einbürgerungsgesuche der Urnenabstimmung zu unterstellen seien, kein Raum. Das Bundesgericht hat im dargelegten Urteil unmissverständlich festgehalten, dass die schwyzerischen Bestimmungen, die eine Urnenabstimmung erlauben, im

Einbürgerungsverfahren keine Anwendung mehr finden. Somit sind die Anträge Buchstabe b und Buchstabe c abzuweisen.

Das Bundesgericht hat sich aber auch mit dem Einwand, es müsse zumindest noch die geheime Abstimmung an der Gemeindeversammlung zulässig bleiben, ausdrücklich befasst und dazu ausgeführt, die Möglichkeit der geheimen Abstimmung an der Gemeindeversammlung sehe das Schwyzer Recht nicht vor. Im Ergebnis ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass für das aktuelle Einbürgerungsverfahren im Kanton Schwyz nach Massgabe der dargelegten Gemeindebürgerrechtsverordnung, welche den Vollzug des nach den höchstrichterlichen Entscheiden vom 9. Juli 2003 verbleibenden, mit der Verfassung vereinbaren Restbestands des schwyzerischen Einbürgerungsrechts regelt, nur noch die Möglichkeit der offenen Abstimmung in der Gemeindeversammlung besteht. Was die Frage von Alternativen anbelangt, hat das Bundesgericht in Erwägung 5.3.7 des zitierten Urteils vom 12. Mai 2004 u.a. ausgeführt, der Schwyzer Gesetzgeber werde bei der Schaffung einer definitiven Lösung die Möglichkeit haben, andere, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vorzuziehende und leichter handhabbare Alternativen zu prüfen (dabei wurde an die Übertragung der Einbürgerungsbefugnis auf Einbürgerungskommissionen, Gemeindeparlamente oder Gemeinderäte gedacht, vgl. zit. BGE vom 12. Mai 2004, Erw. 5.3.5 Abs. 6 und Erw. 5.3.7 sowie Pressemitteilung des Bundesgerichts vom 12. Mai 2004, in fine). Für den Kanton Schwyz steht als verfassungsrechtlich bessere Alternative, solange die ausserordentliche Bezirks- bzw. Gemeindeorganisation gemäss § 75 KV nirgends eingeführt worden ist, allerdings nur die Übertragung der Einbürgerungsbefugnis an die Gemeinderäte oder Einbürgerungskommission in Frage. Für die Einführung solcher Alternativen wurde indessen auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren verwiesen (vgl. zit. BGE, Erw. 5.3.7). Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es unzulässig, im vorliegenden Stimmrechtsbeschwerdeverfahren den Gemeinderat zu verpflichten, dass er an Gemeindeversammlungen die geheime Abstimmung für Einbürgerungsgesuche einzuführen habe. Zusammenfassend ist auch der Eventualantrag Buchstabe d abzuweisen.

(VGE 943/03 vom 25. Juni 2004).

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

8.1 Planungs- und Baurecht

- *Erschliessungsplanung.*
- *Unterschiedliche Qualifizierung parallel verlaufender Verkehrsanlagen (Erw. 5.2).*
- *Erschliessungsplanung und Art. 24 RPG (Erw. 5.5).*
- *Keine genaue Festlegung der Linienführung im Erschliessungsplan (Erw. 7).*

B. 8.1

Aus den Erwägungen:

5.2 Etwas ungewöhnlich erscheint, dass die Qualifizierung von Fuss- und Radweg einerseits und der Fahrbahn andererseits nicht kongruent ist und entlang der bestehenden Groberschliessungsstrassen eine Fuss- und Radwegverbindung im Sinne einer Basiserschliessung vorgesehen ist. Sowohl vom Gesetzeswortlaut (§ 23 Abs. 2 lit. b PBG) wie auch von der Sache her ist eine unterschiedliche Qualifizierung parallel verlaufender Verkehrsanlagen jedoch nicht ausgeschlossen. Es ist durchaus möglich, dass Funktion und Nutzung auseinanderklaffen. Im vorliegenden Fall wird im Technischen Bericht (S. 12) von einer „regionalen Verbindung“ der geplanten Fuss- und Radwegverbindung gesprochen, während der bestehenden Fahrbahn offenkundig bloss Sammel- und damit Groberschliessungscharakter zukommt. Aufgrund der Planunterlagen ist anzunehmen, dass der regionale Aspekt sich auf die Verbindung über diestrasse in Richtung bezieht. Der Fuss- und Radweg ermöglicht zudem eine lokale Verbindung aus dem zu überbauenden Gebiet an dergasse in Richtung Dorfzentrum / Kirche, während der motorisierte Verkehr vomgassegebiet prioritär über diestrasse abgewickelt werden soll (vgl. vorn Erw. 4.1).

Nicht zu verkennen ist, dass bei solchem Auseinanderklaffen von Nutzung und Funktion bei parallel mit Fuss- und Radwegen verlaufender Strassen Koordinationsprobleme auftreten könnten. Angenommen, die Fuss- und Radwegverbindung würde sich auch ohne regionalen Verbindungscharakter aufdrängen und der Fuss- und Radwegverbindung wird mit entsprechenden Auswirkung auf Verfahren und Kostentragung (siehe oben Erw. 2.3; §§ 12 ff., § 49 StraV) Basiserschliessungscharakter zugestanden (weil eben eine übergeordnete Funktion und Nutzung hinzukommt), so fehlt aus Sicht der Erschliessungsplanung dem Fuss- und Radweg die Verbindlichkeit. Sollte nun die Fuss- und Radwegerschliessung nicht zustande kommen oder sich verzögern, so wäre bei der Überbauung der jeweiligen Bauzone deshalb genau zu prüfen, ob die Erschliessungsvoraussetzungen erfüllt sind (§ 37 PBG). Es wäre beispielsweise nicht zulässig, auf einer ungenügenden Strassenfahrbahn zusätzlichen regionalen und / oder lokalen Fuss- und Radverkehr zu akzeptieren und gleichzeitig das Erschliessungserfordernis bei Neuüberbauungen zu bejahen. Es dürfte sich in einem solchen Fall allenfalls eine nachträgliche Anpassung der Erschliessungsplanung aufdrängen ..., vorausgesetzt der regionale Verbindungscharakter könnte mit entsprechenden Massnahmen unterbunden werden. Unter diesen Voraussetzungen vermag die fehlende Verbindlichkeit der Trottoirplanabsichten als systembedingte Unzulänglichkeit den Erschliessungsplan nicht in Frage zu stellen.

5.5 Indem diegasse als auszubauende Groberschliessungsstrasse Gegenstand der Erschliessungsplanung ist, erübrigen sich - zumal im vorliegenden Verfahren - Erörterungen um eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG. Der Erschliessungsplan als Nutzungsplan hat gerade zum Zweck, die Groberschliessung der Bauzonen zu ermöglichen und die erforder-

derlichen planungsrechtlichen Grundlagen für die Erteilungen einer Strassenbaubewilligung (Art. 39 Abs. 5 PBG) zu schaffen. Die vorgesehene ungefähre Linienführung (Art. 5 Abs. 3 Reglementsentwurf) dergasse ist im Rahmen der nutzungsplanerischen Interessenabwägung zudem nicht zu beanstanden, richtet sich diese doch nach dem Verlauf der bestehendengasse. Der auszubauende Teil dergasse liegt des Weiteren zwischen der Bauzone und dem Reservegebiet (Übriges Gemeindegebiet).

7. Die Beschwerdeführer verkennen, dass im vorliegenden Erschliessungsplanverfahren nur eine ungefähre und nicht ein genaue Linienführung festzulegen ist (Art. 5 Reglementsentwurf zum Erschliessungsplan). Fehlt es damit an der Verbindlichkeitswirkung, kann auf die beschwerdeführerischen Rügen, welche auf eine insgesamt geringfügige Verschiebung der Strassenführung abzielen (damit das Land der Beschwerdeführer nicht beansprucht werden muss), nicht eingetreten werden (siehe auch angef. RRB Erw. 7.2). Anders wäre es, wenn im Erschliessungsplan verbindliche Baulinien festgelegt würden, was indes nicht der Fall ist (siehe § 23 Abs. 2 lit. b PBG; EGV-SZ 1999, S. 29 f.).

(VGE 1035,1036/04 vom 15. September 2004).

Die gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 1P.611/2004 und 1A.245/2004 vom 21. Februar 2005 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist.

8.2 Planungs- und Baurecht

- *Erschliessungsplanung Galgenen: Abgrenzung Basis- und Groberschliessung; Bedeutung von Schleichverkehr (Erw. 5.3).*
- *Es kann zulässig sein, eine Verbindungsstrecke zwischen zwei Siedlungsgebieten der Basiserschliessung zuzuordnen und diejenigen Abschnitte der gleichen Strasse, welche entlang von Bauzonen verlaufen und den aus einmündenden Feinerschliessungsstrassen stammenden Verkehr sammeln, als Groberschliessungsstrassen zu qualifizieren (Erw. 5.4).*

Aus den Erwägungen:

5.3 Im Einklang mit der vorinstanzlichen Qualifikation als Groberschliessungsstrasse steht der Umstand, wonach die umstrittenen Abschnitte der Allmeind- und Zeughausstrasse offenkundig der Erschliessung der Bauzonen entlang der Zeughausstrasse dienen. Diesbezüglich wurde im angefochtenen Entscheid zutreffend festgehalten, diesen Strassenabschnitten komme in erster Linie Sammel- sowie Erschliessungsfunktion für das Baugebiet «Zeughausstrasse» zu.

B. 8.2

Was die Bedeutung dieser Strassenabschnitte für den Durchgangsverkehr anbelangt, wurde anlässlich der Augenscheinsverhandlung auch von Seiten der Gemeinde nicht bestritten, dass derzeit die Allmeind- und die Zeughausstrasse von ortskundigen Fahrzeuglenkern als Ausweichstrecke benützt wird, wenn Verkehrsüberlastungen im Bereich der Lichtsignale an der Kantonsstrasse Lachen-Galgenen (Knoten Kantonsstrasse / Feldmoosstrasse sowie Lichtsignalanlage beim Möbelgeschäft «Schwyter») auftreten. Mithin wird die Verbindung «Allmeind- Zeughausstrasse» namentlich zu den Hauptverkehrszeiten als so genannter Schleichweg genutzt (um rascher von Galgenen auf die Autobahn zu gelangen, bzw. umgekehrt um schneller von der Autobahnausfahrt Lachen nach Galgenen etc. zu gelangen). Eine solche faktische Situation ist indessen für eine planerische Festlegung im Erschliessungsplan jedenfalls dann nicht ausschlaggebend, wenn der Planungsträger stichhaltige Gründe dafür hat, um die Sache in eine andere Richtung zu steuern, diese Absichten im betreffenden Plan aufnimmt und auch in seinem Handeln effektiv berücksichtigt. Der Gemeinderat hat unmissverständlich vorgebracht, dass er weder auf der Allmeindstrasse noch auf der Zeughausstrasse Durchgangsverkehr will (vgl. Vernehmlassung, Ziff. 4). Dies deckt sich mit den Ausführungen im Technischen Bericht zum Erschliessungsplan, wonach sämtliche Baugebiete möglichst direkt auf die bestehende Hauptachse der Kantonsstrasse erschlossen werden sollen: «Durch den Verzicht auf eine zweite leistungsfähige Ost-West Achse innerhalb der Gemeinde sollen die Baugebiete möglichst von zusätzlichem Verkehr entlastet werden» (vgl. zit. Techn. Bericht, S. 11 oben). Eine solche planerische Absicht - Konzentration des (Ost-West) Durchgangsverkehrs auf die Hauptverkehrsachse (Kantonsstrasse) bzw. nach Möglichkeit Vermeidung von Durchgangsverkehr durch die Baugebiete entlang der Allmeind-/ Zeughausstrasse - gibt grundsätzlich keinen Anlass zur Beanstandung. Mit solchen Planabsichten wäre es indessen kaum vereinbar, die Sanierung der Allmeindstrasse nach Massgabe der ursprünglichen Pläne (mit einer Fahrbahnbreite von 6 m für den PW/LKW-Verkehr plus Trottoir) vorzunehmen. Mit anderen Worten verhielte sich der Planungsträger unglaublich, wenn er auf der einen Seite vorbringt, er wolle keinen Durchgangsverkehr auf der Allmeind-/ Zeughausstrasse, gleichzeitig aber die Allmeindstrasse im Abschnitt zwischen den Bauzonen so verbreitern würde, dass für den Durchgangsverkehr (mit PW / LKW) günstigere Verhältnisse geschaffen würden. Indessen wurde sowohl in der vorinstanzlichen Vernehmlassung (S. 6), als auch im Rahmen der Augenscheinsverhandlung glaubhaft vorgebracht, dass zwischenzeitlich die Ausbaubreite redimensioniert worden ist und dementsprechend die Attraktivität für den Durchgangsverkehr (mit PW / LKW) gemindert wird. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte ersichtlich für die Annahme, wonach nicht auf die vorgebrachte Redimensionierung des Ausbauvorhabens abgestellt werden könnte. Sollte es sich wider Erwarten so verhalten, dass ungeachtet der dargelegten planerischen Absichten und des zwischenzeitlich revidierten Ausbauvorhabens (betreffend Allmeindstrasse) der erwähnte Schleichverkehr weiterhin in erheblichem Masse

andauern oder sogar zunehmen sollte, dann sind jedenfalls die Gemeinde und allenfalls auch der Kanton (bzw. der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde) gefordert, nötigenfalls weitere Massnahmen zur Bekämpfung des Schleichverkehrs ins Auge zu fassen.

5.4 Hinsichtlich des Umstandes, wonach die Allmeindstrasse im Erschliessungsplan teilweise als Groberschliessungsstrasse bezeichnet wird (und zwar soweit sie an Bauzonen angrenzt), und teilweise der Basiserschliessung zugeordnet ist (hier geht es um den Abschnitt durch das Landwirtschaftsareal), drängen sich folgende Bemerkungen auf. Einer zweckmässigen Nutzung des Bodens und einer geordneten Besiedlung des Landes dient es im Allgemeinen am besten, wenn die Siedlungen konzentriert angelegt werden. Das Konzentrationsprinzip steht zu einem wesentlichen Teil hinter den Zielen und Planungsgrundsätzen des Bundes, wie sie in Art. 1 und Art. 3 RPG umschrieben sind. Namentlich dient eine Konzentration auch dem fundamentalen Anliegen der Raumplanung, das Bau- von Kulturland zu trennen. Sie stellt ferner im Allgemeinen eine wesentliche Voraussetzung für eine optimale Anlage und Ausnutzung der Infrastruktur dar. Eine Konzentration verlangt schliesslich vor allem das fundamentale Gebot, den Boden haushälterisch zu nutzen (vgl. Markus Joos, Kommentar Raumplanungsgesetz, Zürich 2002, Art. 1 RPG, S. 28). Soweit nun, wie im vorliegenden Fall zwischen zwei Siedlungsgebieten (d.h. zwischen dem Dorf Galgenen mit den angrenzenden Wohnzonen einerseits und dem geografisch zu Lachen und Umgebung gehörenden Baugebiet «Zeughausstrasse» andererseits) durch eine grössere, zusammenhängende Landwirtschaftzone ein Siedlungstrenngürtel gebildet wird, gibt der Umstand, wonach die Verbindungsstrecke zwischen diesen Siedlungsgebieten der Basiserschliessung zugeordnet wird, demgegenüber aber die Abschnitte der gleichen Strasse, welche entlang von Bauzonen verlaufen, dabei den aus einmündenden Feinerschliessungsstrassen stammenden Verkehr sammeln und deswegen als Groberschliessungsstrassen bezeichnet werden, grundsätzlich jedenfalls dann keinen Anlass zur Beanstandung, wenn der Planungsträger Massnahmen trifft, um den «quartierfremden» Durchgangsverkehr auf diesen Strassen (welcher nicht aus den Baugebieten entlang von den genannten Strassenabschnitten stammt) einzudämmen. Eine solche Massnahme ist im konkreten Fall beispielsweise darin zu erblicken, dass der Gemeinderat beim erwähnten Strassenbauvorhaben an der Allmeindstrasse (zwischen den genannten Siedlungsgebieten) die geplante Fahrbahnbreite redimensioniert hat.

Für dieses Ergebnis, wonach die vorliegend vorgenommene Qualifikation des westlichen Teils der Allmeindstrasse und der Zeughausstrasse als Groberschliessungsstrasse vertretbar ist, spricht auch der Umstand, dass der kommunalen Planungsinstanz einerseits und dem Regierungsrat als erste kantonale Beschwerdeinstanz andererseits bei der Würdigung von inskünftigen Verkehrsaufkommen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist, in welchen das Gericht nicht eingreifen darf ...

(VGE 1034/04 vom 10. Dezember 2004).

B. 8.3

8.3 Planungs- und Baurecht

- *Vorgehen bei geplantem Ausbau einer Erschliessungsstrasse, wenn Erschliessungsplan noch fehlt und Anstösser das für den Ausbau benötigte Land nicht freiwillig abgeben wollen; Koordinationsgebot (Erw. 3.2 - 3.6).*

Aus den Erwägungen:

3.2 Für den Fall, dass (wie hier) noch kein Erschliessungsplan besteht, hat der Gesetzgeber zwei Regelungen getroffen. Zum einen hat er in Absatz 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 8. Mai 1996 vorgesehen, dass die Gemeindeversammlung den Kostenanteil der Gemeinde an eine Groberschliessungsstrasse im Verpflichtungskredit für deren Erstellung oder Ausbau festlegen kann. Zum andern hat er in Absatz 3 ÜbestPBG den Gemeinderat ermächtigt, die vorzeitige Erstellung von Verkehrsanlagen zu bewilligen oder die Verkehrsanlage selbst zu erstellen, wenn die übrigen Voraussetzungen von § 47 PBG erfüllt sind, wobei der spätere Entscheid der Gemeindeversammlung über den Erschliessungsplan bzw. das Reglement vorbehalten bleibt.

Aus dieser zuletzt genannten Bestimmung ist zunächst abzuleiten, dass der Gesetzgeber bei Fehlen eines Erschliessungsplanes den (erschliessungswilligen) Gemeinderat nicht an der Bewilligung und Realisierung einer bestimmten Erschliessung hindern wollte. Auch wenn der Erschliessungsplan noch fehlt, soll die Erstellung von Verkehrsanlagen grundsätzlich weiterhin möglich sein (vgl. dazu auch den RRB Nr. 2138 vom 12. Dezember 1995 = Bericht und Vorlage an den Kantonsrat betr. Teilrevision des PBG, S. 8; vgl. auch den Erläuterungsbericht des Justizdepartements vom 23. Mai 1995 zur Teilrevision des PBG, S. 6; vgl. auch die ähnliche Regelung im Aargauer Recht: AGVE 2000, S. 245 oben). Dieser Schlussfolgerung hat der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid insofern beigepflichtet, als es um die Errichtung oder den Ausbau einer Groberschliessungsanlage auf eigenem Land geht bzw. alle betroffenen Grundeigentümer dem Bauprojekt ausdrücklich zugestimmt haben und deswegen keine Enteignungsverfahren zu gewärtigen sind (vgl. angefochtener Entscheid, Erw. 7.2). Mithin sind sich die Parteien grundsätzlich einig, dass der Gemeinderat bei fehlendem Erschliessungsplan gestützt auf Absatz 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des PBG vom 8. Mai 1996 der Beschwerdeführerin die vorzeitige Erstellung von Verkehrsanlagen jedenfalls dann bewilligen kann, wenn die betroffenen Grundeigentümer der Erstellung dieser Verkehrsanlage auf ihrem Grundeigentum zustimmen.

Streitig und in der Folge näher zu prüfen ist, wie es sich verhält, wenn bei fehlendem Erschliessungsplan der geplante Ausbau einer bestehenden Erschliessungsstrasse Land von Dritteigentümern tangiert, wobei diese Dritteigentümer dem Strassenausbauprojekt die Zustimmung verweigern.

3.3 Die Beschwerdeführerin und der Gemeinderat berufen sich im Wesentlichen sinngemäss darauf, dass das Baubewilligungsverfahren und das Enteignungsverfahren zu trennen seien. In einem ersten Schritt sei ein Strassenausbauprojekt auszuarbeiten und für dieses ein Baubewilligungsverfahren nach PBG durchzuführen (vgl. Beschwerdeschrift, S. 3, Ziff. 2, 2. Abs. mit Verweis auf § 39 Abs. 5 PBG i.V.m. §§ 75 ff. PBG; vgl. auch Vernehmlassung des Gemeinderates vom 1. September 2004, Ziff. 4). Erst wenn ein rechtskräftig (nach PBG) bewilligtes Strassenausbauprojekt vorliege, seien in einem zweiten Schritt die für den Strassenausbau notwendigen Landflächen Dritter zu erwerben, entweder auf vertraglichem oder nötigenfalls auf enteignungsrechtlichem Wege. Diese Zweistufigkeit mache Sinn, denn erst ein rechtskräftig bewilligtes Strassenausbauprojekt zeige definitiv, welche Landflächen Dritter in welchem Ausmass effektiv benötigt würden (vgl. Beschwerdeschrift, S. 3 unten). Die Beschwerdeführerin untermauert diese Argumentation u.a. mit einem Verweis auf einen publizierten Verwaltungsgerichtsentcheid VGE 651/91 vom 18. Mai 1992 (= EGV-SZ 1992, Nr. 12), wonach das administrativ-polizeiliche Verfahren (in concreto: das Strassenausbaubewilligungsverfahren) vor dem Enteignungsverfahren durchzuführen sei.

3.4 Demgegenüber argumentiert der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid u.a. sinngemäss, dass sich die Regelung von Absatz 3 ÜbestPBG lediglich auf die Ausgangslage beziehe, bei welcher ein bauwilliger Eigentümer auf eigenem Land oder mit Zustimmung der betroffenen Grundeigentümer ein Strassenbauvorhaben realisieren wolle. Diese Regelung könne indessen nicht als Grundlage für eine allfällige Enteignung von Grundeigentum im Zusammenhang mit dem Bau bzw. Ausbau einer Groberschliessungsstrasse bilden. Dies sei vielmehr dem Erschliessungsplan vorbehalten, da das Verfahren der Erschliessungsplanung die gesetzlichen Mitwirkungsrechte der betroffenen Bevölkerung sicherstelle. Die im Erschliessungsplanerlassverfahren enthaltenen Mitwirkungsrechte sowie die Rechtskontrolle würden ausgehöhlt, wenn ausserhalb des gesetzlich dafür vorgesehenen Planungsverfahrens zeitlich unbeschränkt und in beliebigem Umfang Groberschliessungsstrassen zulasten von Dritteigentümern realisiert werden könnten. Bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen seien jene der betroffenen Grundeigentümer höher zu gewichten als jene der Baugesuchstellerin, was die Erteilung der nachgesuchten Baubewilligung angehe, solange noch kein Erschliessungsplan vorliege (vgl. angefochtener RRB, Erw. 7.2). Des Weiteren beruft sich der Regierungsrat auf den Entscheid VGE 626/95 vom 19. Oktober 1995. Gemäss diesem Entscheid könne ein Bauvorhaben auf fremden Grund grundsätzlich nur mit Zustimmung des betroffenen Grundeigentümers realisiert werden.

3.5 Es trifft auf der einen Seite zu, dass das Verwaltungsgericht im zuletzt genannten VGE 626/95 vom 19. Oktober 1995 geprüft hat, inwiefern sich der Umstand, wonach die von einem Strassenbauvorhaben betroffenen Grundeigentümer

B. 8.3

gentümer ihre Zustimmung zum geplanten Strassenausbau nicht gegeben hatten, auf die Rechtmässigkeit und den Bestand der Baubewilligung auswirkt (vgl. zit. VGE 626/95, Erw. 5, 1. Abs., Prot. S. 1290). Dabei erwog es u.a.:

«... Somit ist noch zu prüfen, inwieweit die Bauberechtigung der Baugesuchsteller Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung ist.

§ 77 I PBG bestimmt, dass ein Baugesuch nebst der Beschreibung der Baute Angaben über die Grundeigentumsverhältnisse und den Zweck der Baute, sowie die Unterschrift des Bauherrn enthalten muss.

Aus der erwähnten Bestimmung ergibt sich, dass Bauherr und Eigentümer eines Grundstückes nicht identisch sein müssen. Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, dass ein Bauherr nicht gezwungen sein soll, ein Grundstück zu erwerben, bevor er weiss, ob er seine Bauabsichten darauf überhaupt realisieren können. Es genügt, wenn er den Nachweis erbringen kann, dass der Grundeigentümer seinem Bauvorhaben positiv gegenübersteht und seine Bauberechtigung damit erstellt ist (vgl. EGV-SZ 1982, Nr. 45).

...

Art. 641 ZGB ermächtigt den Eigentümer einer Sache, in den Schranken der Rechtsordnung über sie zu verfügen und widerrechtliche Ansprüche abzuwehren. Daraus folgt ohne weiteres, dass Bauvorhaben auf fremdem Boden nur mit Zustimmung des betroffenen Grundeigentümers realisiert werden können. Zwar trifft es zu, dass sich die Baubehörde grundsätzlich nicht um privatrechtliche Fragen zu kümmern braucht, dennoch ist sie zumindest zu einer summarischen Prüfung der privatrechtlichen Verhältnisse verpflichtet (vgl. Christian Mäder, das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, S. 50 ff.).

Im konkreten Fall ist unbestritten, dass der Bf ... offensichtlich keine Bauberechtigung auf KTN ... nachweisen kann. Diese Tatsache war für die Bewilligungsbehörde ohne weitere Abklärungen klar erkennbar. Schon im Interesse der Einheit der Rechtsordnung geht es nicht an, dass Behörden wider besseres Wissen Hand bieten zu einem Verfahren, welches geeignet ist, die Eigentumsrechte Dritter zu verletzen. Auch ist es nicht sinnvoll, dass die Baubehörden in anspruchsvoller und zeitraubender Arbeit Bauvorhaben prüfen, deren Realisierung in voraussehbarer Weise am Widerstand des verfassungsberechtigten Grundeigentümers scheitern wird (vgl. ZBI 1985, S. 120). Die Baubewilligungsbehörden sollen den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf die Prüfung und Behandlung jener Baugesuche legen, denen nicht offensichtlich privatrechtliche Hindernisse entgegenstehen.

Wollte man der Argumentation der Bf ... folgen, so würde dies ... im Endeffekt dazu führen, dass die Baubehörden offensichtlich fremdes Eigentum schlicht missachten könnten ... Wie das Verwaltungsgericht bereits früher festgestellt hat, darf das öffentliche Baurecht Eigentumsverhältnisse an einem Baugrundstück nicht einfach übergehen, da es nicht der Verwirklichung von privaten Bauten bis zur Ausführungsreife Vorschub leisten soll, solange die Bauberechtigung des Gesuchstellers offensichtlich fehlt. Ein solches Vorgehen liesse sich mit dem Inhalt der Eigentumsrechte nicht vereinbaren. ...»

(vgl. zit. VGE 626/95 vom 19. Oktober 1995, Prot. S. 1291/1292).

Allerdings relativierte das Verwaltungsgericht diese Rechtsprechung in einem weiteren Entscheid (VGE 1005+1009/00 vom 26. Mai 2000, Erw.2, publ. in EGV-SZ 2000, Nr. 12). Auch nach Zürcher Praxis kommt dem Zustimmungserfordernis des Grundeigentümers nicht die Bedeutung einer

Grundanforderung, sondern lediglich die einer Ordnungsvorschrift zu, wobei das Zustimmungserfordernis primär zu Gunsten der Baubehörde aufgestellt wird (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3.A., Ziff. 20.5.1.2, 20 - 24).

Auf der anderen Seite trifft es ebenfalls zu, dass das Verwaltungsgericht im Entscheid VGE 651/91 vom 18. Mai 1992, in welchem es um ein Gewässerverbauungsprojekt ging, festgehalten hat, dass administrativ-polizeiliche Plangenehmigungsverfahren sei vor dem Enteignungsverfahren durchzuführen. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, es könne nicht Aufgabe der im Enteignungsverfahren zuständigen Instanzen sein, die vielfältigen umweltschutz- und raumplanungsrechtlichen Fragen, welche spezifisches Fachwissen voraussetzen und Fachermessen zulassen, mitzubeurteilen. Die isolierte Prüfung der enteignungsrechtlich relevanten Fragen im Verfahren nach § 2 Expropriationsgesetz, namentlich die Frage nach Situierung des Verbauungswerkes und nach dem Umfang der zulässigen Enteignung mache aber wenig Sinn, solange nicht abgeklärt und entschieden sei, ob und wie das Verbauungswerk aus polizeirechtlicher Sicht ausgeführt werden könne. Allerdings wurde in diesem Entscheid ausdrücklich festgehalten:

«Sollen die Rechte der Grundeigentümer, welche im Anschluss an ein Planauflege- und Einspracheverfahren Land abtreten müssen, gegenüber denjenigen, welche Land abtreten müssen, ohne dass zuvor ein Planauflege- und Einspracheverfahren durchgeführt werden musste, nicht geschmälert werden, so müssen im administrativen Planauflegeverfahren die einsprachebefugten Grundeigentümer auch enteignungsrechtlich relevante Rügen, soweit diese die Pläne betreffen (z.B. Situierung eines Geschiebesammlers, Linienführung eines Baches, Dimensionierung von Verbauungswerken) anbringen können. ...»

(vgl. EGV-SZ 1992, Nr. 12, S. 25, Erw. 2b/dd, Kursivdruck nicht im Original).

Bei dieser Sachlage gibt es offenkundig Gründe, welche für den einen oder für den andern Standpunkt sprechen. Es leuchtet einerseits ein, dass im Normalfall zunächst über den Umfang eines Strassenausbauprojekts befunden wird (allerdings inkl. planbezogene enteignungsrechtlich relevante Rügen, vgl. oben) und erst wenn dieser Umfang bekannt ist, in einem weiteren Schritt das allfällige Enteignungsverfahren durchgeführt wird. Andererseits ist es bei fehlendem Erschliessungsplan wenig sinnvoll, das Bewilligungsverfahren für ein Strassenausbauprojekt durchzuführen, wenn sich zum vordere herein abzeichnet, dass das für den Strassenausbau benötigte Land von den betroffenen Grundeigentümern nicht freiwillig zur Verfügung gestellt wird und der Ausgang eines deswegen erforderlichen Enteignungsverfahrens - weil der Erschliessungsplan fehlt und damit § 21 VVzPBG i.V.m. den §§ 32 ff. PBG nicht anwendbar sind - ungewiss ist. (Sind die Voraussetzungen für die Anwendung eines Verfahrens nach § 41 PBG betreffend Mitbenützung und Ausbau einer bestehenden privaten Erschliessungsanlage durch Dritte gegeben, und falls ja, mit welchem Ergebnis?).

B. 8.3

In dieser Konstellation drängt sich gestützt auf das in Bau- und Planungssachen wichtige Koordinationsgebot eine Rückweisung der Sache zur ergänzenden Abklärung und Neubeurteilung auf. Der Begriff der «Koordination» hat im Bereich des RPG einen doppelten Sinngehalt, wie er sich einerseits aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RPG sowie Art. 2 RPG ergibt, wonach die verschiedenen Planungsträger (Bund, Kanton und Gemeinden) ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abzustimmen haben, was sinngemäss auch im Nutzungsplanverfahren gilt (vgl. Art. 25a Abs. 4 RPG; vgl. Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3.A., Zürich 1999 Rz 396); andererseits werden gemäss Art. 25a RPG die Kantone zur verfahrensmässigen Koordination im Rahmen der Bewilligungserteilung verpflichtet (vgl. VGE 1030/03 vom 6. August 2003, Erw. 3b, mit Verweis auf Haller/Karlen a.a.O. Rz 791 ff.). Die Koordinationspflicht gemäss Art. 25a RPG beschlägt namentlich die Errichtung oder die Änderung von Bauten oder Anlagen, welche Verfügungen mehrerer Behörden erfordern. Hierzu ist eine Behörde zu bezeichnen, welche für ausreichende Koordination sorgt (Abs. 1). Die Rechtsanwendung muss materiell koordiniert, d.h. inhaltlich abgestimmt erfolgen, wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind und zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen. In solchen Fällen ist die Anwendung des materiellen Rechts überdies in formeller, verfahrensmässiger Hinsicht in geeigneter Weise zu koordinieren (vgl. VGE 1006/99 vom 21. Mai 1999 Erw. 3.c). Diese inhaltliche und verfahrensmässige Koordinationspflicht steht im Zeichen der verfassungsmässigen rechtsstaatlichen Garantien, insbesondere dem Willkürverbot und dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (vgl. VGE 1030/03 vom 6. August 2003, Erw. 3b mit Hinweisen auf BGE 117 Ib 39, Erw. 3e; BGE 117 Ib 49 f.; BGE 1A.139/1998 + 1P.351/1998 vom 8. April 1999, Erw. 6; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4.A., S. 435 ff.).

Vorliegend besteht ausgehend vom fehlenden Erschliessungsplan und den oben dargelegten Umständen offenkundig ein Koordinationsbedarf. Diese im konkreten Fall erforderliche Koordination wird am besten dadurch erreicht, wenn das Strassenausbaubewilligungsverfahren und das dafür (in Anbetracht der ablehnenden Haltung der betroffenen Landeigentümer) unumgängliche Enteignungsverfahren, für welches nach dem aktuellen Aktenstand (mit fehlendem Erschliessungsplan) nur eine allfällige Erschliessungshilfe nach § 41 PBG (mit entsprechendem Ausbau) in Frage kommt, parallel (gleichzeitig) behandelt und entschieden werden (ein solches Vorgehen steht im Übrigen auch insoweit im Einklang mit dem in EGV-SZ 1992 Nr. 12 zitierten VGE, als darin sinngemäss enteignungsrechtlich relevante Rügen im administrativen Planauflageverfahren als zulässig erklärt wurden).

Mit anderen Worten ist dann,

- wenn ein Erschliessungsplan fehlt

- und unklar ist, ob die Erschliessung eines eingezonten Baugebietes durch einen gewissen Ausbau einer bestehenden Strasse ermöglicht werden kann,
- wobei die betroffenen Nachbarn das für den Ausbau benötigte Land nicht freiwillig zur Verfügung stellen,

das Erschliessungshilfverfahren nach § 41 PBG grundsätzlich gleichzeitig mit dem Bewilligungsverfahren für den Strassenausbau durchzuführen (an dieser Stelle kann offen bleiben, ob es in der dargelegten Konstellation auch vertretbar wäre, dass das Bewilligungsverfahren für den Strassenausbau zeitlich erst dann durchgeführt wird, wenn das Erschliessungshilfverfahren ergeben hat, dass die Voraussetzungen für eine Erschliessungshilfe gegeben sind; eine solche zeitliche Staffelung käme indessen nur dann in Frage, wenn bereits im Erschliessungshilfverfahren klar ist, welche Grundstücksflächen in welchem Umfange für einen Strassenausbau benötigt werden).

...

3.6 Nachdem gemäss den vorliegenden Akten ein Erschliessungshilfverfahren nach § 41 PBG noch nicht an die Hand genommen wurde, rechtfertigt es sich zusammenfassend, die Sache an die Erstinstanz zurückzuweisen, damit dies nachgeholt werden kann. Die Erstinstanz wird namentlich zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, um die direkten Anstösser des ...weges zu verpflichten, die Mitbenützung bzw. den Ausbau durch Dritte (d.h. durch die Beschwerdeführerin) im Rahmen des geplanten Strassenausbauprojekts zu dulden. Dabei wird die Erstinstanz vorgängig den Parteien noch das rechtliche Gehör einzuräumen haben. ...

Sollte sich in der Folge herausstellen, dass eine Erschliessungshilfe im Sinne von § 41 PBG aus welchen Gründen auch immer nicht gewährt werden könnte, würde es sich auch erübrigen, das Strassenausbauvorhaben der Beschwerdeführerin zu bewilligen (dies gilt jedenfalls dann, wenn der Erschliessungsplan weiterhin aussteht). Sollte sich indessen herausstellen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Erschliessungshilfe im Sinne von § 41 PBG gegeben sind, stünde für den Gemeinderat grundsätzlich nichts im Wege, um das Strassenausbauvorhaben und die Erteilung der Erschliessungshilfe nach § 41 PBG gleichzeitig (koordiniert) zu bewilligen.

- Zusammenfassend gilt für Fälle mit noch fehlendem Erschliessungsplan,
- dass der Gemeinderat ungeachtet des fehlenden Erschliessungsplanes nach Absatz 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des PBG vom 8. Mai 1996 grundsätzlich befugt ist, ein Strassenausbauvorhaben zu bewilligen;
 - dass er allerdings dann, wenn eine Berechtigung zur Benützung des für den Strassenausbau erforderlichen Landes klarerweise fehlt, gleichzeitig (vor der Erteilung der Strassenausbaubewilligung) zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für eine Erschliessungshilfe im Sinne von § 41 PBG gegeben sind,
 - worauf er entweder gleichzeitig beides (das Strassenausbauvorhaben und die dafür erforderliche Erschliessungshilfe) bewilligen kann (gege-

B. 8.4

benenfalls unter Auflagen und Bedingungen; hinsichtlich der Details und hinsichtlich des im Bereich von § 41 PBG geltenden zweistufigen Verfahrens, welches in einem Rechtsgang behandelt werden kann, vgl. EGV-SZ 1993 Nr. 14, S. 36 f.),

- oder dann zu begründen hat, weshalb beides nicht bewilligt werden kann.

(VGE 1057/03 vom 29. Oktober 2004).

8.4 Planungs- und Baurecht

- *Projektbezogene Nutzungsplanung (Golfplatz).*
- *Umweltverträglichkeitsprüfung im Nutzungsplanverfahren? (Erw. 9.1).*

Aus den Erwägungen:

9.1 Die Beschwerdeführer können dem regierungsrätlichen Standpunkt nicht folgen, dass die hydrologische Struktur im heutigen Zeitpunkt nicht zu prüfen sei.

Das Justizdepartement wendet vernehmlassend ein, beim derzeitigen Verfahrensstand sei eine vollständige Prüfung (Umweltverträglichkeitsprüfung) nicht durchführbar, weshalb der vorhandene, einer Umweltverträglichkeitsberichts-Voruntersuchung inhaltlich entsprechende Umweltbericht als genügend erachtet werden könne.

Der Regierungsrat führt im angefochtenen Beschwerdeentscheid im Wesentlichen aus, im Einklang mit der Vorinstanz und dem Amt für Umweltschutz sei eine Voruntersuchung (= erwähnter „Umweltbericht über den geplanten Standort einer Golfanlage in“ vom 4. Juni 1996, ...) im Rahmen des (Zonenplan)Erlassverfahrens als hinreichend zu erachten. Das streitige Projekt werde im Nutzungsplanverfahren erst rudimentär geregelt; eine detaillierte Prüfung der Umweltverträglichkeit sei demnach noch nicht möglich. Das Amt für Umweltschutz gehe im Übrigen davon aus, dass die Umweltverträglichkeit der Anlage gewährleistet werden könne. Auch in Bezug auf die hydrologischen Verhältnisse würden keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Die Dienststelle Wasserbau habe im Mitbericht zur zweiten Vorprüfung keine Bemerkungen oder Vorbehalte angebracht. Der Stellungnahme von und dem erwähnten Umweltbericht sei zu entnehmen, dass die vorgesehene Renaturierung eine Hochwasserentlastung bewirke. Ergänzend ist zu bemerken, dass der von der ausgearbeitete Vereinbarungsentwurf (RR-act. ... siehe vorn Erw. 7.6) ebenfalls für die grundsätzliche Realisierbarkeit des Golfplatzprojektes spricht.

Das Verwaltungsgericht hat in VGE 1006,1007/97 vom 13. Juni 1997, Erw. 5c, im Zusammenhang mit einer projektbezogenen Nutzungsplanung unter Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorgaben und die höchstrichterliche Rechtsprechung festgehalten, aus der umfassenden Beurteilungs- sowie der

Koordinationspflicht könne nicht abgeleitet werden, dass in jedem Fall nur das Nutzungsplanverfahren als massgebliches Leitverfahren gelten könne. Konkret war das streitige Projekt (Abbau und Ablagerungszone) nur sehr rudimentär geregelt, weshalb es sich als wesentlich sinnvoller erwies, die abschliessende raum- und umweltrelevante Beurteilung des Projektes aufgrund der Detailplanung im Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren vorzunehmen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Koordination war dies nicht problematisch, weil eine Voruntersuchung zum Umweltverträglichkeitsbericht und ein Raumplanungsbericht vorlagen. Eine durchgehend stufengerechte Umweltabklärung je nach Detaillierungsgrad der Planung des projektierten Vorhabens war garantiert.

An dieser Rechtsprechung ist auch nach dem Erlass der Kantonalen Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli festzuhalten (SRSZ 711.111). Betraf nach altem Recht der Vorbehalt zum massgeblichen Verfahren gemäss Anhang bloss den kantonalen Nutzungsplan und den Gestaltungsplan (§ 4 Abs. 2 alt VV zur Vo über die Umweltverträglichkeitsprüfung, nGS V 734), so ist nunmehr auch die projektbezogene Einzonung erwähnt (§ 45 Abs. 2 USG-VV [SRSZ 711.111]). Dies bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall die Umweltverträglichkeitsprüfung im Nutzungsplanverfahren zu erfolgen hat, sondern eben nur dann, wenn das konkrete Erlassverfahren „eine umfassende Überprüfung ermöglicht.“ Liegt mithin ein projektbezogenes Einzonungsbegehren mit hohem Detaillierungsgrad vor, ist es sinnvoll, wenn sich daraus ergebende Einwände bereits im Nutzungsplan- und nicht erst im Baubewilligungsverfahren entsprechend erhoben und beurteilt werden (vgl. RRB Nr. 852/2001 v. 3. Juli 2001 betr. Erlass USG-VV, S. 6 Ziff. V). Dieser verfahrensökonomische Aspekt greift indes dann nicht mehr, wenn - wie im vorliegenden Fall - kein hoher Detaillierungsgrad gegeben ist. Im vorliegenden Verfahren rechtfertigt sich ein Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung umso mehr, als in Art. 40a BauR die Gestaltungsplanpflicht vorgeschrieben wird.

(VGE 1023-1025/04 vom 27. August 2004).

8.5 Planungs- und Baurecht

- *Baureglementsrevision.*
- *Abänderungsanträge im öffentlichen Auflageverfahren (Erw. 1.3).*
- *Kommunales Planungsermessen bei der Festsetzung der Ausnutzungsziffern (Erw. 5.1 - 5.4).*

Aus den Erwägungen:

1.3 Fraglich ist, inwiefern im Rahmen einer nachträglichen Änderung eines Baureglements auch bestehende Bestimmungen in Frage gestellt werden können, die der Gemeinderat nicht abändern möchte. Im Zusammenhang mit

B. 8.5

der Nutzungsplanung hat der Regierungsrat in RRB Nr. 1231 vom 5. Juli 1994 entschieden, da ein Grundeigentümer ausserhalb eines öffentlichen Auflageverfahrens keinen Anspruch auf Beurteilung seines Gesuchs habe, müsse er sein Begehren zumindest im Rahmen einer nächsten öffentlichen Auflage stellen können. Auch wenn die blossе Überprüfung eines Zonenplanes noch nicht zwingend eine Anpassung beinhalte, müsse jedoch ein Grundeigentümer in einem rechtlich verbindlichen Verfahren einen Entscheid über die zonenrechtliche Behandlung seines Grundstückes verlangen können, wenn der bestehende Plan älter als 15 Jahre sei (Erw. 1d). Bei einer Baureglementsrevision ist die Ausgangslage vergleichbar. Wenn im Zusammenhang mit einer vom zeitlichen Turnus her ordentlichen Ortsplanungsrevision auch das Baureglement einer Revision unterzogen wird, so sollte es dem Rechtssuchenden - ohne das Initiativrecht bemühen zu müssen (Friedrich Huwyler, Recht der Volksinitiative in Bezirk und Gemeinde, in EGV- SZ 1986, S. 161), zumal dieses an das Stimmrecht gebunden ist (§ 73 Abs. 1 KV) - im Rahmen des öffentlichen Auflageverfahrens möglich sein, Bestimmungen in Frage zu stellen, für welche nach Ansicht des Gemeinderates kein Anpassungsbedarf besteht.

Dem Erläuterungsbericht vom 3.5.02 zur Ortsplanungsrevision ist zu entnehmen, dass die letzte Überprüfung der Ortsplanung in der zweiten Hälfte der 80-er Jahre stattgefunden hat und die rechtskräftigen Zonenpläne vom Regierungsrat am 14. Dezember 1993 genehmigt wurden. Das rechtskräftige Baureglement wurde ebenfalls am 14. Dezember 1993 genehmigt, spätere Änderungen am 21. Oktober 1997. Seitdem habe man, so der Gemeinderat im Erläuterungsbericht weiter, viele Erfahrungen gesammelt und Stärken und Schwächen des Reglementes erkannt. Im Rahmen der Ortsplanungsrevision sollen durch Ergänzung einzelner sowie neuer Bestimmungen die erkannten Schwächen behoben werden. Bei dieser Ausgangslage kann dem sinn gemässen Antrag des Gemeinderates, auf die beantragte Änderung der Ausnützungsziffer in der Zone E2 sei nicht einzutreten, weil es sich um eine bestehende, in die Teilrevision nicht miteinbezogene Regelung handle, nicht stattgegeben werden. Abgesehen davon ist der Gemeinderat selbst auf die fragliche Rüge im Einspracheentscheid eingetreten.

5.1 Die Beschwerdeführer verlangen für Gestaltungspläne in der Zone E2 eine Reduktion der Ausnützungsziffer um 0,1, evtl. 0,05, von 0,5 auf 0,4, evtl. 0,45. Entgegen dem Einwand der Beigeladenen Ziffer 4 und 5 geht dieser Beschwerdewille aus den beschwerdeführerischen Eingaben klar hervor, weshalb darauf einzutreten ist.

5.2 Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (Art. 27 BauR). Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe aller ober- und unterirdischen Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte (Art. 28 Abs. 1 BauR). Die anrechenbare Landfläche ist die von der Baueingabe erfasste zusammenhängende Fläche, soweit sie in Bezug auf die Ausnützung noch nicht beansprucht ist und in der Bauzone

liegt (Art. 29 Abs. 1 BauR). Sowohl bei der Bruttogeschossfläche wie bei der Landfläche werden konkret umschriebene Sachverhalte von der Anrechenbarkeit ausgeschlossen, und zwar grundsätzlich unbenommen von der konkreten Zonenart.

5.3 Die Diskussion über die Höhe einer Ausnützungsziffer in einer konkreten Zone ist folgerichtig im Rahmen dieser Begriffsbestimmungen zu führen. Die Frage, ob der maximale Gestaltungsplanbonus von 0.15 in der Zone E2 angemessen ist, bestimmt sich primär im Verhältnis zur Grundausrüstungsziffer ($E2 = 0.35$). Der Regierungsrat hat hier unter Hinweis auf die bisherige Regelung und das Planungsermessen zu Recht keinen Anlass zum Einschreiten geortet. Wenn durch nicht zonenbezogene Privilegierungen eine faktisch höhere Ausnützung möglich wird, so können diese Privilegierungen als solche in Frage gestellt und angefochten werden. Dies machten bzw. machen die Beschwerdeführer weder vor dem Regierungsrat noch vor Verwaltungsgericht.

5.4 Selbst wenn im Sinne der beschwerdeführerischen Argumentation eine Gesamtbetrachtung angestellt wird, so drängt sich ein Einschreiten in das kommunale Planungsermessen nicht auf.

Zum einen wird durch die fragliche Privilegierung die faktische Ausnützung über sämtliche Wohnzonen angehoben, wobei zu erwähnen ist, dass die konkreten Privilegierungen kaum Einfluss auf die Bewohnerdichte haben werden. Die ausnützungsmässige Abstufung zwischen den verschiedenen Zonen bleibt somit von der Konzeption her grundsätzlich gleich. Es kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob der Bonus für behindertengerechtes Bauen tatsächlich nicht über den Gestaltungsplanbonus „hinausgehen“ darf, wie dies der Gemeinderat vernehmlassend geltend macht (wobei er sich aber dennoch veranlasst sieht, eine entsprechende Ergänzung im Baureglement zu beantragen; siehe oben Erw. 1.2). Geht man vom eingangs erwähnten Ansatzpunkt aus (Erw. 5.3), dass die Diskussion über die Höhe einer Ausnützungsziffer im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgegebenen Begriffe zu führen ist, erscheint es aber als fraglich, ob auf dem Auslegungsweg privilegierte nichtanrechenbare Bruttogeschossflächen durch die Ausnützungsziffer, welche sich eben gerade nicht auf nichtanrechenbare Bruttogeschossflächen abstützt, limitiert werden können.

Zum anderen würde die Reduzierung des Ausnützungsbonus den Anreiz für Gestaltungspläne erheblich mindern. Über das Institut des Gestaltungsplanes haben es Gemeinde und Kanton in der Hand, auf eine für die nähere und weitere Umgebung vorteilhafte Überbauung einzuwirken. Soweit die Beschwerdeführer befürchten, dass dies im Zusammenhang mit den in ihrer Nachbarschaft einzuzonenden Liegenschaften (siehe Ingress lit. A) nicht der Fall sein könnte, steht ihnen grundsätzlich das Einspracheverfahren offen (ohne sich hier über die Beschwerdebefugnis der einzelnen Beschwerdeführer festlegen zu müssen).

(VGE 1013/04 vom 16. April 2004).

B. 8.6

8.6 Planungs- und Baurecht

- *Gesetzgeber hat für Antennenanlagen keine Abstandsvorschriften erlassen (Erw. 4.1).*
- *Keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, welche durch Lückenfüllung zu beheben wäre (Erw. 4.4).*

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführer I und II machen geltend, die Mobilfunkantenne habe einen (Mindest)Grenzabstand einzuhalten.

4.1 Der Gemeinderat qualifiziert in seinem Beschluss vom 10. Januar 2003 (S. 3 f.) die Antennenanlage nicht als Baute, sondern als Bauwerk, welches „im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung einen Mindestgrenzabstand einzuhalten“ habe. Es gehe nicht an, „dass die Grenzabstände für Bauten im öffentlichen Recht und Bäume, Einfriedungen etc. im Zivilrecht geregelt“ seien, „Antennenmasten hingegen vom Erfordernis des Grenzabstandes völlig ausgenommen“ würden. „Mangels (recte wohl: wegen einer) Lücke im kantonalen Planungs- und Baugesetz und im kommunalen Baureglement“ seien „mindestens die privatrechtlichen Bestimmungen nach EGzZGB für die Beurteilung heranzuziehen“. Die Anlage lasse sich bezüglich Auswirkungen auf die Nachbarparzelle durchaus mit einer Einfriedung oder einem Baum vergleichen. Gemäss § 57 Abs. 3 EGzZGB gelte bei Einfriedungen oder Bäumen der Grenzabstand des kantonalen Rechtes (50% der Bauhöhe = 17,5m). Mit einem Abstand von 4.40 m sei der Grenzabstand nicht eingehalten. Im Weiteren führt der Gemeinderat aus, die Gerätekabine (Container) mit einer Grundfläche von 2,39 m x 3.17 m und einer Höhe von 2.92 m habe einen Grenzabstand von 2.5 m einzuhalten, vorhanden seien 3.83 m. Die Anlage sei mit einer Einfriedung versehen. Die privatrechtlichen Bestimmungen nach EGzZGB seien eingehalten.

Vorab ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Einhaltung privatrechtlicher Bestimmungen nicht im (öffentlichrechtlichen) Einsprache- und Baubewilligungsverfahren zu überprüfen sind. Abgesehen davon wird auf das kantonale Baugesetz als subsidiäres privates Recht nur im Zusammenhang mit Einfriedungen, nicht aber mit Bäumen verwiesen (§ 57 Abs. 3 EGzZGB). Hochstämmige Bäume haben im Privatrecht einen Abstand von 5m einzuhalten, wobei ein Entfernungsanspruch innert zwei Jahren, seit der Nachbar von der Abstandsverletzung Kenntnis hat, spätestens jedoch innert zehn Jahren seit Eintritt der Verletzung, untergeht (§ 60 Abs. 3 EGzZGB).

4.2 Die Beschwerdeführer I und II gehen ebenfalls von einer Lücke im Planungs- und Baurecht aus.

4.3 Der Regierungsrat verweist im hier angefochtenen Beschwerdeentscheid zunächst auf EGV- SZ 1992, Nr. 49. In jenem Entscheid hat der Regierungsrat Antennen (es ging konkret um einen 11 m hohen Antennenmast) zutreffend als Anlagen qualifiziert, welche keinen öffentlichrechtlichen Grenzabstand einzuhalten haben. Im Weiteren verneinte der Regierungsrat ebenfalls korrekterweise eine fassadenähnliche Wirkung, welche gemäss verwaltungsrichterlicher Rechtsprechung die Anwendung der Abstandsbestimmungen des PBG gebieten würde. Schliesslich sah der Regierungsrat im Umstand, dass für Anlagen keine Grenzabstände vorgesehen sind, keine Gesetzeslücke. Mit den Grenzabständen wolle man vor allem die mannigfachen Einflüsse von Bauten und ihrer Benutzung auf Nachbargrundstücke mindern. Das öffentliche Interesse am Grenzabstand liege zudem auf den Gebieten der Feuer- und der Gesundheitspolizei, der guten Gestaltung der Siedlungen ohne zu dichte Überbauung und der Ästhetik. Diese Zweckbestimmungen seien auf Gebäude zugeschnitten und nicht auf Anlagen wie Antennen. Daraus ergebe sich aber auch, dass es aus baurechtlicher Sicht nicht notwendig sei, für Anlagen Grenzabstände vorzusehen.

4.4 In der Tat würde die generelle Einführung von Grenzabständen für Anlagen im Lichte dieser Zweckausrichtung wenig Sinn machen. Zudem würde der Gesetzgeber vor die schwierige Aufgabe gestellt, für die verschiedenartigsten vorstellbaren Anlagen eine sachgerechte und in der Anwendung praktikable Norm zu erlassen. Es ist dem Gesetzgeber hingegen unbenommen, für bestimmte Anlagen einen Abstand (nicht zwingend Grenzabstand) zu normieren (z.Bsp. Strassenabstand § 65 Abs. 1 PBG).

Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber für Anlagen generell und für Antennenanlagen im speziellen keine Abstandsvorschriften erlassen hat, ist mithin nicht auf eine ausfüllbare Gesetzeslücke zu schliessen. Weder ist eine Abstandsregelung zwingend notwendig, noch führt die fehlende Abstandsregelung zu unbefriedigenden Ergebnissen. Die sich bei einer Anlage ohne fassadenähnlichen Wirkungen stellenden Probleme können mit dem (übrigen) öffentlichen Baurecht gelöst werden. Zu denken ist vor allem an das Gebot der Zonenkonformität, das Einordnungsgebot und den Immissionschutz. Daneben können sich betroffene Nachbarn auf die Rechtsinstitute des Privatrechts (Art. 673 ff. ZGB) berufen, welche jedoch nicht im Zuständigkeitsbereich der Baubewilligungsbehörde liegen. Es liegt somit keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor, welche durch Lückenfüllung behoben werden müsste.

(VGE 1051+1052/03 vom 18. Februar 2004).

B. 8.7

8.7 Planungs- und Baurecht

- *Ausnahmen von den kantonalen und kommunalen Bauvorschriften dürfen sich nur auf das Gebiet innerhalb des Gestaltungsplanperimeters beziehen (Erw. 5.1).*
- *§ 68 Abs. 3 PBG: Unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften geht jene vor, die den grössten Abstand vorsieht; Verhältnis zum Strassenabstand (Erw. 5.2).*
- *Verhältnis zum kommunalen Recht (Erw. 5.3).*
- *Kantonsrat hat dadurch, dass er mit dem Erlass der neuen, dem fakultativen Referendum unterstehenden Strassenverordnung den Vorrang des Strassenabstandes im PBG abgeschafft hat, die ihm nach § 40 lit. e KV zustehende Kompetenz zur Regelung des Strassenrechts nicht überschritten (Erw. 5.4).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Die in Erwägung 7 des angefochtenen Beschlusses (mit Hinweisen, u.a. auf ZBl 101/2000, S. 409; EGV-SZ 1996, S. 127 f.) dargelegte Praxis der Vorinstanz, wonach bereits aus dem Wortlaut von § 24 Abs. 2 PBG abzuleiten ist, dass sich Ausnahmen von den kantonalen und kommunalen Bauvorschriften nur auf das Gebiet innerhalb des Gestaltungsplanperimeters beziehen dürfen, steht im Einklang mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. VGE 530/96 vom 29.8.1996, Erw. 4c, Prot. S. 929; VGE 1027/98 vom 18.9.1998, Erw. 2b/aa, Prot. S. 929 unten). Das Verwaltungsgericht hat ungeachtet der Ausführungen des Gemeinderates in der Vernehmlassung vom 14. August 2003 keinen Anlass, diese Praxis - wonach Ausnahmen grundsätzlich auf gestaltungsplaninterne Abstände beschränkt bleiben - im vorliegenden Fall zu lockern. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Gewässerabstand oder ein Waldabstand durch den Erlass eines Gestaltungsplanes reduzierbar werden soll, zumal die ratio legis eines solchen Abstandes unabhängig davon besteht, ob mit oder ohne Gestaltungsplan näher an den Wald oder das Gewässer gebaut werden soll.

5.2 Was das Verhältnis der verschiedenen Abstandsvorschriften zueinander betrifft, stellte der Regierungsrat auf § 68 Abs. 3 PBG ab und führte dazu in Erwägung 8.1 des angefochtenen RRB's folgendes aus:

«Unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften geht jene vor, die den grössten Abstand vorsieht (§ 68 Abs. 3 PBG). Per 1. Januar 2000 wurde die vorher während relativ kurzer Zeit geltende Vorschrift, wonach gegenüber öffentlichen Strassen allein der Strassenabstand anwendbar war, aufgehoben. D.h., dass gemäss geltender Rechtslage in Fällen, in welchen sowohl der Grenz- als auch der Strassenabstand anwendbar ist, nicht mehr der Strassenabstand für eine öffentliche Strasse vorgeht, sondern dass derjenige Abstand zum Tragen kommt, der grösser ist. Dabei geht die erwähnte kantonale Vorschrift dem kommunalen Art. 21 Abs. 1 lit. a BauR vor, worauf Art. 21 Abs. 5 BauR ausdrücklich hinweist.»

Das wechselhafte Verhältnis von Grenzabstand und Strassenabstand lässt sich folgendermassen zusammenfassen:

In einer ersten Phase (Rechtslage bis 31. Dezemer 1996) wurde davon ausgegangen, dass einerseits für eine allfällige Unterschreitung des Grenzabstandes die Baubewilligungsbehörde § 73 PBG anzuwenden hatte, derweil für eine allfällige Unterschreitung des Strassenabstandes § 60 Abs. 2 aStrV massgebend war. Damals waren folgende Bestimmungen zu beachten: Nach § 65 Abs. 1 PBG richtet sich der Abstand gegenüber öffentlichen Strassen nach den Vorschriften der Strassengesetzgebung. § 68 Abs. 3 PBG in der Fassung vom 14. Mai 1987 lautete folgendermassen:

³ Unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften geht jene vor, die den grössten Abstand vorsieht.

Die kantonale Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strassen vom 2. April 1964 (nachfolgend: aStrV) regelte in § 60 aStrV u.a. was folgt:

¹ Wo nicht in Anwendung von Bau- oder Strassenplanungsvorschriften besondere Bau-linien festgelegt sind, darf bei Hauptstrassen kein Gebäudeteil näher als 6.50 m, bei Verbindungsstrassen näher als 4.50 m und bei Nebenstrassen näher als 3 m an die Strassengrenze erstellt werden.

² In besonderen Fällen kann die Aufsichtsbehörde Ausnahmen gestatten. Bei Kantonsstrassen ist der Gemeinderat vorher anzuhören.

Das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen fest, dass der Strassenabstand neben den Grenzabstand tritt und dass es zweifelhaft sei, ob eine nachbarschützende Funktion auch für den Strassenabstand zu bejahen wäre (für dessen Unterschreitung auf der gleichen Gebäudeseite eine Ausnahmegewilligung erteilt wurde, vgl. BGE 1A.118/1P.320/1995, S. 10/11 oben).

In einer zweiten Phase (Rechtslage ab 1. Januar 1997) lautete § 68 Abs. 3 PBG in der Fassung vom 8. Mai 1996 folgendermassen:

³ Unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften geht jene vor, die den grössten Abstand vorsieht. Gegenüber öffentlichen Strassen ist allein der Strassenabstand anwendbar.

Diese per 1. Januar 1997 in Kraft getretene Änderung bedeutete, dass gegenüber öffentlichen Strassen nicht mehr (wie früher) zusätzlich (zum Strassenabstand) noch der Grenzabstand im Sinne von § 60 Abs. 1 PBG anzuwenden, sondern grundsätzlich nur noch der Strassenabstand zu prüfen war. Konkret hatte diese Änderung zur Folge, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein Nachbar, dessen Grundstück vom Baugrundstück durch eine Strasse getrennt ist, sich nicht mehr darauf berufen konnte, dass ihm gegenüber (abgesehen vom Strassenabstand) noch der Grenzabstand im Sinne von § 60 Abs. 1 PBG einzuhalten sei, da gegenüber öffentlichen Strassen allein der Strassenabstand anwendbar war (vgl. VGE 1050+1051/99 vom 14. April 2000, Prot. S. 381).

B. 8.7

Seit dem 1. Januar 2000 (dritte Phase) gilt nach § 41 Abs. 1 lit. a der neuen Strassenverordnung (StraV, SRSZ 442.110) - wenn Baulinien fehlen - für Gebäude und ähnlich wirkende Anlagen an Nebenstrassen ein Strassenabstand von 3.00 m. Nach § 42 StraV kann der Strassenträger ausnahmsweise das Unterschreiten des Strassenabstandes nach §§ 40 oder 41 StraV bewilligen, wenn die Verkehrssicherheit nicht gefährdet wird und besondere Verhältnisse vorliegen, wie namentlich zur Vermeidung unzumutbarer Härtefälle oder aus Gründen des Ortsbildschutzes. Mit dem Inkrafttreten der neuen Strassenverordnung wurde § 68 Abs. 3, 2. Satz PBG aufgehoben (vgl. § 67 Abs. 2 StraV, in Abl-SZ 1999, S. 1408 unten). Diese erneute Änderung bedeutet, dass gegenüber öffentlichen Strassen nicht mehr allein der Strassenabstand anwendbar ist, sondern analog zur Rechtslage in der oben erläuterten Phase I auch gegenüber Strassengrundstücken die Einhaltung des Grenzabstandes (sowie eine allfällige Dispens im Sinne von § 73 PBG) von der Baubewilligungsbehörde zu prüfen ist, derweil für eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Strassenabstandes der Strassenträger zuständig ist (vgl. § 42 StraV; vgl. dazu VGE 1050+1051/99 vom 14.4.2000, Prot. S. 381 f.; die gegen diesen VGE erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde sowie die gegen diesen VGE erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurden vom Bundesgericht mit Urteil 1A.192/2000/ 1P.344/2000 vom 20.2.2001 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

Der Gemeinderat wendet in diesem Zusammenhang in der Vernehmlassung vom 14. August 2003 (Ziffer 3 mit Hinweis auf den VGE 586+591/91 vom 31. Dezember 1991, S. 13 f. Ew. 4c) sinngemäss ein, dass die Gemeinden auch das Verhältnis der weitergehenden kommunalen Abstandsvorschriften untereinander frei regeln können, ohne an § 68 Abs. 3 PBG gebunden zu sein.

Es trifft zu, dass im genannten VGE 586+591/91 vom 31. Dezember 1991 gestützt auf 7 konkrete Beispiele, welche am damaligen Augenschein vorgebracht wurden, die kommunale Praxis, gemäss welcher «bei einem Zusammentreffen des grossen Grenzabstandes im Sinne von Art. 23 Abs. 3 BauR [in der damaligen Fassung] und des Strassenabstandes» nur der Strassenabstand einzuhalten war, nicht in Frage gestellt, sondern im Ergebnis geschützt wurde (vgl. Prot. 1991, S. 1370 unten). An dieser Rechtsprechung ist hier insoweit festzuhalten,

- als die Gemeinden nach Massgabe von § 52 Abs. 1 und 2 PBG befugt sind, weitergehende Abstandsvorschriften zu erlassen,
- was grundsätzlich auch die Befugnis miteinschliesst, das Verhältnis der weitergehenden kommunalen Abstandsvorschriften untereinander zu regeln (vgl. den zit. VGE 586+591/91 vom 31. Dezember 1991, Prot. S. 1371),
- weshalb eine Gemeinde hinsichtlich der Kollision von kommunalen Abstandsvorschriften, welche weiter gehen als die kantonalrechtlichen Abstandsvorschriften, grundsätzlich abweichend von § 68 Abs. 3 PBG legiferieren und namentlich den Vorrang eines bestimmten kommunalen Abstandes (z.B. des kommunalen Strassenabstandes) festlegen kann.

Allerdings ist unter Berücksichtigung der dargelegten Entwicklung, wonach der kantonale Gesetzgeber für den Zeitraum ab 1. Januar 1997 (und somit für die erwähnte zweite Phase) verbindlich normiert hatte, dass gegenüber öffentlichen Strassen allein der Strassenabstand anwendbar ist (vgl. § 68 Abs. 3 PBG in der Fassung vom 8.5.1996), und dann in der dritten Phase für den Zeitraum ab 1. Januar 2000 das Primat des Strassenabstandes wieder aufgehoben wurde, zu verlangen, dass das kommunale Recht einen allfälligen Vorrang eines bestimmten kommunalen Abstandes ausdrücklich normiert. Somit geht es nicht mehr an, beim Zusammentreffen eines (kürzeren) kommunalen Strassenabstandes mit einem (längeren) baureglementarischen Grenzabstand den Verzicht auf die Anwendung des Grenzabstandes zum Strassengrundstück aus der bisherigen Praxis der Gemeinde herzuleiten. Mit anderen Worten hat eine Gemeinde, welche beim Zusammentreffen von (weitergehenden) kommunalen Abstandsvorschriften eine von § 68 Abs. 3 PBG abweichende Kollisionsregel vorzieht, dies in ihrem kommunalen Recht ausdrücklich zu statuieren. Enthält das kommunale Baureglement für die Kollision von kommunalen Abstandsvorschriften, die strenger sind als die kantonale rechtlichen Abstandsvorschriften, keine ausdrückliche Regelung, kommt grundsätzlich § 68 Abs. 3 PBG zur Anwendung. In diesem präzisierenden Sinne ist den Ausführungen in Erwägung 8.1 des angefochtenen RRB's beizupflichten.

Zusammenfassend gilt die Kollisionsregel von § 68 Abs. 3 PBG für weitergehende kommunale Abstandsvorschriften dann, wenn der kommunale Gesetzgeber diesbezüglich keine abweichende Regelung erlassen hat. Eine andere Möglichkeit bietet die Festlegung von Baulinien im Rahmen der Nutzungsplanung (§ 40 StraV; § 68 Abs. 2 PBG).

5.3 Dem kommunalen Recht ist für weitergehende Abstandsvorschriften keine von § 68 Abs. 3 PBG abweichende Kollisionsregel zu entnehmen. Zur Frage einer allfälligen Ausnahmegewilligung lässt sie hier Folgendes festhalten. Im vorliegenden Fall ist eine Unterschreitung des Strassenabstandes von 3 m nicht geplant, weshalb keine entsprechende Ausnahmegewilligung des Strassenträgers nötig ist. Was die Unterschreitung des Grenzabstandes von 10 m gegenüber dem Strassengrundstück anbelangt, ist die dargelegte Rechtsprechung zu beachten, wonach es bei einem Gestaltungsplan grundsätzlich nicht in Frage kommt, den von der Zonenordnung verlangten Grenzabstand gegenüber dem ausserhalb des Gestaltungsplanareals liegenden (im Eigentum von Dritten stehenden) Strassengrundstück generell zu reduzieren (vgl. oben, Erw. 5.1). Wird auf den Erlass eines Gestaltungsplanes verzichtet (was hier ohne weiteres möglich ist, da keine Gestaltungsplanpflicht besteht), könnte die Frage der Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von § 73 PBG zur Unterschreitung des Grenzabstandes von 10 m im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens geprüft werden. ...

5.4 Hinsichtlich der Frage, ob die im Rahmen der neuen Strassenverordnung erfolgte Abänderung von § 68 Abs. 3 PBG rechtmässig zustande ge-

B. 8.7

kommen ist, teilt das Verwaltungsgericht den Standpunkt des Regierungsrates, wonach mittels einer dem fakultativen Referendum gemäss § 31 Abs. 1 Kantonsverfassung unterstellten kantonsrätlichen Verordnung unter gewissen Voraussetzungen auch eine Bestimmung eines kantonalen Gesetzes abgeändert bzw. hier aufgehoben werden kann.

Nach § 30 Abs. 1 der Kantonsverfassung (KV, SRSZ 100.000) werden Gesetzesentwürfe vom Kantonsrat in ein- oder zweimaliger Beratung vorbereitet und sodann der Volksabstimmung unterstellt.

Bedingterweise unterliegen der gleichen Volksabstimmung alle vom Kantonsrat ratifizierten Verträge mit andern Staaten, sowie alle Dekrete und Verordnungen des Kantonsrates, sofern innerhalb der Frist von 30 Tagen nach Veröffentlichung derselben im Amtsblatt beim Regierungsrat von 2000 Bürgern ein schriftliches Begehren dafür gestellt wird (§ 31 Abs. 1 KV). Der Abstimmung des Volkes muss ferner unterstellt werden die Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes oder die Erlassung eines neuen Gesetzes, wenn 2000 stimmberechtigte Bürger ein daherges Verlangen stellen (§ 31 Abs. 2 KV).

Auch ohne diese verfassungsmässige Verpflichtung kann der Kantonsrat bei Gutfinden jeden seiner Beschlüsse der Volksgenehmigung unterbreiten und umgekehrt für die definitive Erlassung eines Gesetzes sich von vorneherein durch Volksabstimmung ermächtigen lassen (§ 32 KV).

Nach § 40 KV übt der Kantonsrat die Oberaufsicht über die Kantonsverwaltung, mit Inbegriff der Kantonalbank:

- a) - d) ...
- e) er ordnet das Erziehungs-, Polizei-, Gesundheits-, Militär- und Strassenwesen sowie die Salzverwaltung;
- f) - h) ...

Diese Regelung wird in Lehre und Praxis so verstanden, dass das Schweizer Verfassungsrecht zwei Arten von Gesetzesbegriffen kennt: einerseits das dem (obligatorischen) Referendum unterworfenen formelle Gesetz gemäss § 30 Abs. 1 KV und andererseits die dem fakultativen Referendum unterstehende Verordnungen des Kantonsrats («Gesetze zweiter Ordnung») nach § 31 Abs. 1 KV, soweit verfassungsrechtliche Spezialermächtigungen bestehen, wie sie namentlich in § 40 KV enthalten sind. Nach der Schweizer Verfassungspraxis kann ein formelles Gesetz, welches der obligatorischen Volksabstimmung unterbreitet wurde, durch eine sich auf § 40 KV stützende und nur dem fakultativen Referendum unterstehende Verordnung des Kantonsrats aufgehoben oder geändert werden (vgl. BGE 1P.703/1994 vom 4. Oktober 1995 i.S. B. und Beteiligte gegen Regierungsrat und Kantonsrat des Kantons Schwyz, Erw. 4a, mit Hinweisen auf BGE 102 Ia 457 Erw. 4b S. 464 f.; Friedrich Huwyler, Die Gesetzesbegriffe im schwyzerischen Recht, in Andreas Auer/Walter Kälin, Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Reihe Staatsrecht, Band 12, Chur/Zürich 1991, S. 231 ff., 235). Im Lichte dieser Auslegung ist es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zulässig, eine sachlich dem § 40 KV zuzuordnende, aus irgendwelchen Gründen in einem dem obligatorischen Referendum unterstellten Gesetz (§ 30 Abs. 1 KV)

geregelter Materie durch einen lediglich dem fakultativen Referendum unterstehenden Erlass zu ändern.

Die Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegner 1 bemängeln sinn­gemäss, dass mit dem Inkrafttreten der neuen Strassenverordnung per 1. Januar 2000 gleichzeitig auch die in § 68 Abs. 3, 2. Satz aPBG enthaltene Regelung, wonach gegenüber öffentlichen Strassen allein der Strassenabstand anwendbar ist, ohne Volksabstimmung aufgehoben wurde. Diese Kritik ist deshalb nicht zu hören, weil es bei der Frage des Strassenabstandes eindeutig um eine Materie geht, welche der in § 40 lit. e enthaltenen Kompetenz zur Regelung des Strassenwesens zuzuordnen ist. Daher war der Schwyzer Kantonsrat befugt, eine Neuregelung dieser Strassenabstandsthematik beim Erlass der dem fakultativen Referendum unterstehenden Strassenverordnung vorzunehmen, auch wenn die bisherige Regelung («Gegenüber öffentlichen Strassen ist allein der Strassenabstand anwendbar») in einem dem obligatorischen Referendum unterstellten Gesetz (PBG) enthalten war.

Zusammenfassend hat der Kantonsrat dadurch, dass er im Zusammenhang mit dem Erlass der neuen (dem fakultativen Referendum unterstehenden) Strassenverordnung den Vorrang des Strassenabstandes beim Zusammen­treffen von verschiedenen Abstandsregelungen abgeschafft hat (mit der Zielsetzung, dass bei einer Kollision verschiedener Abstandsvorschriften grundsätzlich jeweils der grössere Abstand gelten soll), die ihm nach § 40 lit. e KV zustehende Kompetenz zur Regelung des Strassenrechts nicht überschritten.

Im Übrigen ist - trotz der systematisch etwas unglücklichen Legiferierung - aufgrund des Wortlautes und des Zweckes von § 68 Abs. 3 PBG davon auszugehen, dass auch die Abstandsvorschriften gemäss §§ 59-67 PBG mit einbezogen sind, andernfalls die Kollisionsnorm weitgehend leer laufen würde, zumal der Vorrang der kantonalen Bauvorschriften gegenüber den kommunalen schon in § 52 PBG verankert ist. Abgesehen davon müsste man den Strassenabstand als Vorschrift eines anderen kantonalen Erlasses betrachten (§ 68 Abs. 1 PBG), weil § 65 PBG nur auf die Strassengesetzgebung verweist und mithin materiell keine Abstandsnorm beinhaltet.

(VGE 1043/03 vom 29. Januar 2004).

8.8 Planungs- und Baurecht

- *Ausnützungsberechnung: Trennwände zwischen Reihenhausbauten gelten nach anwendbarem Baureglement nicht als Fassadenmauerwerk (Erw. 4.2).*

Aus den Erwägungen:

4.2 ... Entgegen der Meinung der Vorinstanzen sowie des Beschwerde­gegners erlaubt es das vorliegende Baureglement nicht, bei aneinander gereihten Wohnbauten bzw. bei geschlossener Bauweise die gemeinsamen

B. 8.8

«Innenwände» bei der anrechenbaren Bruttogeschossfläche auszuklamern. Denn Art. 21 Abs. 2 BauR ordnet sämtliche Wandquerschnitte der Bruttogeschossfläche zu, davon ausgenommen ist nur das Fassadenmauerwerk. Zum Fassadenmauerwerk können nur Aussenwände, also Wände, welche an den Aussenraum grenzen, gezählt werden, derweil innere Trennwände im Gebäudeinnern nach dem klaren Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 BauR bei der Ermittlung der Bruttogeschossfläche nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Hätte der kommunale Gesetzgeber bei Reihenhausüberbauungen beabsichtigt, die nicht an den Aussenraum grenzenden Wände zwischen den Reihenbauten (die so genannten Brandschutzmauern oder Trennwände) nicht bei der Bruttogeschossfläche anzurechnen, hätte er dies in Art. 21 Abs. 2 BauR entsprechend ausdrücklich festhalten müssen (z.B. «jedoch ohne Fassadenmauerwerk und ohne Trennwände bei Reihenhausüberbauungen»). Dies gilt erst recht als der kommunale Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 21 BauR auch an Reihenhausüberbauungen gedacht und darauf im Absatz 5 ausdrücklich Bezug genommen hat. In diesem Absatz 5 hat er in Satz 2 sinngemäss festgehalten, dass bei Reihenhausüberbauungen die Ausnutzungsziffer gesamthaft einzuhalten ist und nicht von der Optik eines nachträglich unterteilten (abparzellierten) Grundstückes auszugehen ist. Diese in Art. 21 Abs. 5, Satz 2 BauR enthaltene Regelung spricht ebenfalls dafür, dass der kommunale Gesetzgeber mit der Bestimmung von Art. 21 Abs. 2 BauR nicht beabsichtigt hat, zur Ermittlung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche bei Reihenhausüberbauungen auf die Optik des später abparzellierten Grundstückes bzw. der einzelnen Reihenhausbaute abzustellen und aus dieser Sichtweise auch (innere) Trennwände zwischen den Reihenhausbauten als Fassadenmauerwerk zu bezeichnen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch das Zürcher Baurecht eine ähnliche Regelung kennt, indem innere Trennwände zur Ausnutzung zählen, während die Aussenwandquerschnitte ausser Ansatz fallen. Als «Innenwände» gelten diejenigen Wände, die sich im Gebäudeinnern befinden, also nicht einseitig an den Aussenraum grenzen. Damit sind die in geschlossener Bauweise erstellten Gebäude insoweit benachteiligt, als auch die diese unterteilenden inneren Brandwände in die Ausnutzung einzurechnen sind. Dieser Nachteil ist nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts hinzunehmen. Als Grund für die Privilegierung der Aussenwandquerschnitte wird das Fördern von Energiesparen in Form vermehrter Fassadenisolationen erwähnt, welche in aller Regel zu einer erhöhten Wandstärke führen. Für die Privilegierung von Brandwänden zwischen den Gebäuden besteht nach der Zürcher Praxis kein Anlass, da diesbezüglich die Wandstärke vorwiegend auf Grund statischer und feuerpolizeilicher, nicht jedoch auf Grund energetischer Überlegungen bestimmt wird (vgl. Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. A., Zürich 2003, Ziff. 11.1.3.7 Innere Trennwände und Aussenwände, mit Verweis auf BEZ 1995 Nr. 31).

Soweit die kommunale Baubewilligungsbehörde die Regelung von Art. 21 Abs. 2 BauR für Reihenhausüberbauungen als zu restriktiv erachtet und (im Gebäudeinnern befindliche) Trennwände zwischen den Reihenbauten bei

der Ermittlung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche privilegieren möchte, besteht das korrekte Vorgehen darin, Art. 21 Abs. 2 BauR entsprechend abzuändern. Es geht aber grundsätzlich nicht an, eine vom kommunalen Gesetzgeber gewählte Regelung (wonach nur Fassadenmauerwerk, nicht aber im Gebäudeinnern stehende Trennwände nicht zur Bruttogeschossfläche anzurechnen sind) durch eine extensive Auslegung des Begriffes «Fassadenmauerwerk» auszuweiten und dadurch die erwähnte Privilegierung auch auf im Gebäudeinnern stehende Trennwände auszudehnen. Auch wenn sich die kantonalen Rechtsmittelbehörden bei der Überprüfung unbestimmter kommunaler Rechtsbegriffe zurückhalten, ist der Beurteilungsspielraum, welcher der erstinstanzlichen Baubewilligungsbehörde bei der Auslegung kommunaler Bauvorschriften zukommt, nicht unbegrenzt. Vielmehr kommt auch dann, wenn in einem Beschwerdeverfahren die Auslegung kommunaler Bauvorschriften streitig ist, grundsätzlich eine uneingeschränkte Rechtsüberprüfung zur Anwendung (vgl. VGE 1021/04 vom 27. August 2004, Erw. 4.5 mit Hinweisen). Im Lichte dieser Kognition kommt es nicht in Frage, im Gebäudeinnern befindliche Wände, welche zwei aneinander gebaute Räume trennen, als «Fassadenmauerwerk» zu qualifizieren. (VGE 1031/04 vom 27. August 2004).

8.9 Planungs- und Baurecht

- *Ausnützungsberechnung: Bonus für behindertengerechte Neubauwohnung setzt voraus, dass alle wesentlichen Räume der Wohnung stufenlos erreichbar sind.*

Aus den Erwägungen:

5.2 Nach Art. 28 Abs. 4 BauR müssen Wohnungen, welche den Richtlinien «Behindertengerechtes Bauen» (Norm SN 521 500) entsprechen, für die Berechnung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche nur zu 80% angerechnet werden. ...

Als ratio legis für die Gewährung des Bonus für behindertengerechtes Bauen im Sinne von Art. 28 Abs. 4 BauR stehen folgende Überlegungen im Vordergrund. Beim behindertengerechten Bauen sind die Bedürfnisse der Körper-, Hör- und Sehbehinderten zu berücksichtigen (vgl. § 36 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz, PBG, SRSZ 400.111). Geht es um behinderte Personen, welche auf einen Rollstuhl angewiesen sind, hat die optimale Ausgestaltung von Neubauten grundsätzlich zur Folge, dass grosszügigere Manövrierflächen benötigt werden, sei es im Hinblick auf Zirkulationsflächen / Korridore, sei es hinsichtlich Sanitärräume, Küche etc. Dieser zusätzliche Flächenbedarf soll nach dem Willen des Gesetzgebers dadurch abgegolten werden, dass von einer behindertengerechten Wohnung für die Berechnung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche nur

B. 8.9

80% der Wohnungsfläche anzurechnen sind. Ein solcher Bonus ist indessen nur dann gerechtfertigt, wenn die zu beurteilende Wohnung auch tatsächlich behindertengerecht gestaltet wird. Die Norm «SN 521 500 Behindertengerechtes Bauen», auf welche in Art. 28 Abs. 4 BauR verwiesen wird, enthält Mindestanforderungen für die öffentlichen Gebäude und Anlagen sowie für den Wohnbau (vgl. Vorwort zu SN 521 500, S. 3). Ziffer 32 dieser Norm befasst sich mit Treppen. Dazu wird u.a. ausgeführt:

«Stufen bzw. Treppen können von Rollstuhlfahrern ohne fremde Hilfe nicht überwunden werden.

Unzweckmässig gestaltete Treppen erschweren die Benützung für Behinderte und erhöhen die Unfallgefahr.

32 Treppen

Unvermeidbare Niveaudifferenzen können mit Rampen, Treppenliften, Hebebühnen usw. überwunden werden. ...»

(vgl. zit. Norm SN 521 500, Ausgabe 1993, S. 31, Kursivdruck nicht im Original).

5.3 Den Vorbringen in der Beschwerdeschrift ... ist insofern beizupflichten, als nicht nur die Norm SN 521 500, sondern auch Art. 28 Abs. 4 BauR «eine tatsächliche, nicht bloss eine virtuelle Behindertengerechtigkeit» verlangt. Wie bereits darauf hingewiesen wurde, kommt der Bonus von Art. 28 Abs. 4 BauR nur dann in Frage, wenn die Wohnung auch tatsächlich behindertengerecht gestaltet ist und die Mindestanforderungen der erwähnten Norm erfüllt werden. Dabei ist Ziffer 32 dieser Norm so zu verstehen, dass jedenfalls bei Neubauten Niveaudifferenzen in der gleichen Wohnung grundsätzlich (wenn immer möglich) zu vermeiden sind, und erst dann, wenn sie aus objektiven Gründen unvermeidlich sind, die Überwindung solcher (unvermeidbaren) Niveaudifferenzen mit technischen Mitteln wie Rampen, Treppenlifte, Hebebühnen etc. vorzusehen ist. Eine behindertengerechte Neubauwohnung setzt für einen Rollstuhlfahrer voraus, dass alle wesentlichen Räume der Wohnung (Schlafzimmer, Wohnzimmer, Küche, Bad / WC) stufenlos erreichbar sind. Der Einbau eines Treppenliftes zur Überwindung einer Niveaudifferenz zwischen Küche / Wohnzimmer einerseits und Schlafzimmer / Bad / WC andererseits macht beim Umbau einer bestehenden Wohnung mit Niveauunterschieden, nicht aber bei der Erstellung einer Neubauwohnung Sinn. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass bei der Planung von Neubauwohnungen für Personen, welche auf einen Rollstuhl oder auf Gehhilfen angewiesen sind, innerhalb der Wohnung Niveauunterschiede wenn immer möglich vermieden werden. ... Zusammenfassend dient Art. 28 Abs. 4 BauR nicht dazu, durch den Einbau eines Treppenliftes in eine Neubauwohnung mit vermeidbaren Niveaudifferenzen eine höhere Ausnützung zu ermöglichen. Vielmehr ist die in Art. 28 Abs. 4 BauR enthaltene privilegierte Berechnung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche nur dann gerechtfertigt, wenn bei der Planung einer Neubauwohnung den Bedürfnissen von gehbe-

hinderten Personen und Rollstuhlfahrern auch tatsächlich Rechnung getragen und von vermeidbaren baulichen Hindernissen abgesehen wird.

(VGE 1021/04 vom 27. August 2004).

8.10 Planungs- und Baurecht

- *Ermittlung der Gebäudehöhe einer Baute mit einem Kreuzgiebel: die Höhe der Giebeldreiecke ist nicht zu berücksichtigen (§ 60 Abs. 3 lit. a PBG).*

Aus den Erwägungen:

4.1 § 60 PBG regelt Mass und Ermittlung des Grenzabstandes und lautet wie folgt:

¹ Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50% der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m.

² Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses.

³ Nicht berücksichtigt werden:

- a) die Höhe des Giebeldreiecks bei Giebelfassaden;
- b) Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen;
- c) das Attikageschoss und die Dachbrüstung, sofern sie mindestens um das Mass ihrer Höhe von der Fassade zurückversetzt sind.

⁴ Bei Dachneigungen über 45 Grad wird das Mehrmass, das sich bei einem 45 Grad geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet.

⁵ ...

§ 60 Abs. 2 bis Abs. 5 fanden in Art. 27 (Abs. 1 bis Abs. 4) Eingang ins kommunale Baureglement vom 13. Mai 1990 (BauR), wobei § 60 Abs. 2 PBG in Art. 27 Abs. 1 BauR insoweit einschränkender formuliert ist, als bei der Bemessung der Firsthöhe vom gestalteten Terrain auszugehen ist, wenn dieses tiefer als das gewachsene liegt. Gemäss Art. 25 Abs. 2 BauR gilt der grosse Grenzabstand in der Regel gegenüber derjenigen Gebäudeseite, die am meisten Wohnräume enthält (Hauptwohnseite), der kleine Grenzabstand gegenüber allen anderen Gebäudeseiten. Der grosse Grenzabstand beträgt in der Wohnzone 2 (W2) sechs Meter, der kleine Grenzabstand 70% der Gebäudehöhe jedoch mindestens 4m (Art. 48 Abs. 1 BauR).

4.2 Der Kreuzgiebel oder Kreuzfirst ist nicht nur eine besondere Dachform, sondern auch ein oberer Abschluss einer besonderen Gebäudeform. Deshalb ist der Kreuzgiebel nicht nur am Dach, sondern auch am darunter

B. 8.10

liegenden Baukörper, insbesondere auch an der Fassade erkennbar. Der herkömmliche Kreuzgiebel setzt auf der Höhe des Hauptgiebels an und verläuft horizontal im rechten Winkel zur Fassade. Er kann nur auf der einen Seite des Hauptgiebels angeordnet sein oder diesen durchschneiden und beidseits des Hauptgiebels von Fassade zu Fassade verlaufen. Die Fassade ist entsprechend im Bereich des Kreuzgiebels ohne Unterbrechung bis zum First hinaufgezogen. Der Kreuzgiebel kann die ganze Breite des Gebäudes oder nur einen Teil davon einnehmen. Ein Kreuzgiebel und keine Dachaufbaute liegt vor, wenn zwei Bedingungen kumulativ erfüllt sind: Zum einen hat der Höhenunterschied zwischen Hauptgiebel und Kreuzgiebel relativ klein zu sein; zum andern hat die Stirnfassade mindestens bündig mit der darunter liegenden Fassade des Hauptbaukörpers zu sein oder vorzukragen. Auf solche Baukonstruktionen sind die Vorschriften über die Dachaufbauten nicht anwendbar (Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3.A. Zürich 2003, Ziff. 13.6.2.1, S. 13 - 47 f.).

4.3 Der Wortlaut (grammatikalische Auslegung) der umstrittenen Bestimmung bezieht sich generell auf Giebdreiecke bei Giebfassaden, ohne eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Seiten eines Gebäudes zu treffen; gemäss Wortlaut von § 60 Abs. 3 lit. a PBG bestehen weder Ausnahmen von dieser Regelung noch Vorbehalte, was bereits die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid festhält (Erw. 6.1). Obwohl der sinngemässe Einwand der Beschwerdeführerin, der Zusatz bei «Giebfassaden» wäre gar nicht nötig gewesen, wenn damit alle vier Giebdreiecke eines mit Kreuzgiebel errichteten Gebäudes umfasst würden, auf den ersten Blick eine gewisse Berechtigung hat, kann aus diesem Zusatz nicht abgeleitet werden, es seien damit nur die zwei Giebdreiecke von Satteldächern bezeichnet. Jedenfalls finden sich auch in den Gesetzesmaterialien (vgl. hierzu nahe stehend Erw. 4.5) keine Hinweise in diese Richtung. Zudem hat bei genauerer Betrachtung auch der Zusatz «bei Giebfassaden» seine Berechtigung. Damit wird angedeutet, dass das Giebdreieck mit der Fassade eine gewisse Einheit (Bündigkeit der Stirnfassade mit der darunter liegenden Hauptfassade oder Vorkragen) im Sinne eines kompakten Baukörpers bilden muss, damit es keine Berücksichtigung bei der Bemessung der Höhe findet. Fritzsche/Bösch definieren in diesem Sinne «Fassade» als «die grösste oberirdische Gebäudeumfassung» (a.a.O., Rz. 12.8.1.1, S. 12 - 36). Gleichzeitig wird damit das «Giebdreieck bei Giebfassaden» abgegrenzt gegenüber Dachaufbauten mit giebelähnlichen Konstruktionen (z.B. Giebelgauben mit und ohne Durchbrechung der Dachtraufe, ohne Kreuzfirst/-giebel u.ä., vgl. Fritzsche/Bösch, a.a.O., Rz. 13.6.1.3, S. 13 - 45 f. mit Bildern 13 - 27 bis 13 - 29). Die Beschränkung auf bloss zwei Giebdreiecke (gegenüber liegender Dachseiten) würde zudem zu Zuordnungsproblemen bei jenen Bauten mit Kreuzgiebelbauweise führen, welche einen quadratischen oder annähernd quadratischen Grundriss haben.

Insgesamt erweist sich der Wortlaut dieser Bestimmung als hinreichend klar. Der Wortlaut lässt eine Beschränkung der «Giebdreiecke bei Giebfassaden» auf bloss zwei Giebdreiecke nicht zu.

4.4 Aus der Gesetzssystematik lassen sich für die vorliegende Frage, wie der Regierungsrat zutreffend darlegt, keine Schlüsse für die Auslegung ziehen, abgesehen davon, dass die architektonische Fassaden-/ Dachgestaltung mittels Giebeldreieck bei Giebfassaden von den Aufbauten sowie Attikageschossen in § 60 Abs. 3 lit. a-c PBG abgegrenzt wird und bei Giebeldreiecken mit Giebfassaden abgesehen vom 45°-Winkel gemäss § 60 Abs. 4 PBG keine weiteren Kriterien quantitativer Art wie bei Aufbauten und Attikageschossen zu wahren sind.

4.5 Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich Folgendes entnehmen. ... Es ist dem Regierungsrat darin beizupflichten, dass sich den Gesetzesmaterialien mit Ausnahme der gesetzgeberischen Absicht der Ausmerzung der Benachteiligung von Giebeldächern gegenüber Flachdächern keine für die Auslegung gewinnbringenden Hinweise entnehmen lassen. Insbesondere lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, ob der Begriff Giebeldächer Gebäuden mit zwei Giebeln (d.h. mit einem Satteldach und einer Unterscheidung nach Giebel- und Traufseite) vorbehalten ist oder ob auch Gebäude mit vier Giebeln, d.h. mit Kreuzgiebeldächern darunter fallen.

4.6 Sinn und Zweck der (öffentlichrechtlichen) Grenzabstandbestimmungen liegen darin, durch die Wahrung ausreichender Zwischenräume zwischen den Bauten die Interessen der Nachbarn (Belichtung, Besonnung, Belüftung, Aussicht) wie auch allgemeine gesundheitspolizeiliche und ortsplanerische Interessen (gute Gestaltung der Siedlungen ohne zu dichten Überbauungen; Ästhetik; vgl. Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 3.A., Zürich 1999, Rz. 638; VGE 1065/97 vom 8. April 1998, Erw. 1.c mit Hinweis auf BGE 119 Ia 113 Erw. 3b; Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, §§ 163 - 65, N. 3 mit Hinweisen) zu wahren. Trotz der Ausklammerung der Bauteile bzw. Bauformen gemäss § 60 Abs. 2 lit. a - c PBG bei der Bestimmung der für die Grenzabstandsbestimmung massgeblichen Gebäudehöhe spricht nichts dafür, dass dieser Zweck nicht dennoch gewahrt bleibt. Aus nachbarlicher Sicht kann es abgesehen davon keine entscheidende Rolle spielen, ob man sich einem Giebeldreieck mit Giebfassade eines Schrägdachhauses oder eines Kreuzgiebelhauses gegenüber sieht. Anzuführen ist, dass auch die Dachneigung der vier Kreuzgiebel den maximal zulässigen Winkel von 45° gemäss § 60 Abs. 4 PBG zu wahren hat; andernfalls erfolgt eine Anrechnung der Höhendifferenz zwischen (hypothetischem) Kniestock, wie er sich bei Wahrung des 45°-Winkels ergibt, und der Höhe des effektiven Kniestocks.

Die Beschwerdeführerin macht mit Bezug auf den Sinn der Bestimmung zwar geltend, die PBG-Revision 1987 habe ausschliesslich den Zweck verfolgt, die bisherige Benachteiligung von Schrägdachbauten gegenüber Flachdachbauten bei der Ermittlung der Gebäudehöhe aufzuheben. Diese Benachteiligung habe von vornherein nur auf den Giebelseiten, d.h. auf den Schmal- oder Stirnseiten des Gebäudes bestanden. Traufseitig seien die beiden Gebäudetypen schon seit jeher den gleichen Beschränkungen unterworfen gewesen. Dieses Vorbringen ist indes unzutreffend. Gemäss § 5 Abs. 3

B. 8.10

des Baugesetzes vom 30. April 1970 (GS 15, S. 749 ff.) galt als für die Bestimmung des Grenzabstandes relevante Bauhöhe das Mass vom gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zur Oberkante der obersten Geschossdecke. Eine Differenzierung nach Stirn- und Traufseite bestand somit nicht.

Insgesamt kann nicht gesagt werden, dass der klare Wortlaut von § 60 Abs. 3 lit. a PBG, nicht auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung entspricht.

4.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich § 60 Abs. 3 lit. a PBG aufgrund des klaren Wortlautes (grammatikalische Auslegung) auf sämtliche Giebeldreiecke von Giebelfassaden bezieht, unabhängig davon, ob solche auf allen Seiten eines Gebäudes vorkommen oder nicht. Aus der Systematik sowie den Gesetzesmaterialien lässt sich nichts herleiten, was den klaren Wortlaut als unzutreffend oder unvernünftig erweist. Dass der historische Gesetzgeber die Giebeldreiecke von Giebelfassaden in Abweichung von diesem klaren Wortlaut verstanden wissen wollte, kann den Materialien nicht entnommen werden. Abgesehen davon stellte sich in diesem Fall bei echten Kreuzgiebeldächern (bei welchen der Kreuzgiebel auf Höhe des Hauptgiebels ansetzt und bei quadratischem oder annähernd quadratischem Grundriss) die unlösbare Frage, welche Seite als «Traufseite» und welche Seite als «Giebelseite» zu betrachten wäre.

Nichts anderes ergibt die teleologische Auslegung der Norm. Sinn und Zweck der Grenzabstandsbestimmung bleiben gewahrt, auch wenn alle Giebeldreiecke im Sinne von § 60 Abs. 2 lit. a PBG bei der Höhenbemessung ausgeklammert werden.

4.8 Aufgrund der vorigen Ausführungen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, nach dem Grundsatz *a minore ad maius* hätten sich auch Kreuzgiebel (analog zu Aufbauten gemäss Art. 60 Abs. 3 lit. b PBG) in ihrer Breite auf einen Drittel der massgeblichen Fassade zu beschränken. Zum einen gilt diese Feststellung nicht für alle Aufbauten, sondern nur für diejenigen, welche dazu führen, dass der zulässige 45°-Winkel überschritten wird; Aufbauten welche diesen Maximalwinkel einhalten, können sich rechtsprechungsgemäss über die gesamte Dachlänge erstrecken (EGV-SZ 1994, Nr. 4, Erw. 6). Zum andern wäre die Differenzierung in § 60 Abs. 3 lit. a u. b überflüssig, wenn Kreuzgiebel als Aufbauten zu verstehen wären, was definitionsgemäss nicht der Fall ist (vgl. vorstehend Erw. 4.2).

Im Übrigen entspricht dieses Ergebnis der bisherigen kantonalen Rechtsprechung (vgl. RRB Nr. 257 vom 16. Februar 1994 Erw. 4; diesbezüglich bestätigt durch EGV-SZ 1994, Nr. 4, Erw. 7d; RRB Nr. 1808/2000 vom 28. November 2000, Erw. 3).

4.9 Dass die Bemessung der Höhe und des erforderlichen Grenzabstandes, welche die Vorinstanz gestützt auf den von ihr zutreffend ausgelegten § 60 Abs. 3 lit. a PBG vorgenommen hat, korrekt erfolgte, wird als solches von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

(VGE 1042/04 vom 29. Oktober 2004).

8.11 Planungs- und Baurecht

- *Im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens unterliegt die Feststellung des genauen Waldabstandes dem Untersuchungsgrundsatz.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Kantone haben nach Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991 (WaG; SR 921.0) einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vorzuschreiben. Gemäss § 67 Abs. 1 PBG haben Bauten und Anlagen gegenüber Wäldern einen Mindestabstand von 15 m einzuhalten. Der Waldabstand wird ab der Waldgrenze gemessen. Die Waldgrenze verläuft gemäss § 35 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 (VvPBG; SRSZ 400.111) 2 m ausserhalb der Stockgrenze. Laut Richtlinien des Kantonsforstamtes, das für den Vollzug der Waldgesetzgebung (§ 21 der Kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Wald vom 21. Oktober 1998 [KWaV; SRSZ 313.110]) gemäss dem nicht abschliessenden Katalog von § 5 der Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Wald vom 18. Dezember 2001 (SRSZ 313.111) zuständig ist (abgesehen von den dem Volkswirtschaftsdepartement vorbehaltenen Aufgaben gemäss § 20 KWaV), gilt als Stockgrenze bei Bäumen jener Teil der vertikal verlaufenden Stammachse, ab welchem die Stammbasis-Aussenseite in den Wurzelanlauf übergeht; bei Sträuchern wird die Stockgrenze durch den äussersten Stockausschlag gebildet (Waldabstandsvorschriften Kanton Schwyz, Richtlinien des Kantonsforstamtes vom Februar 1999, Ziff. 3 = Vi-act. V/04). Das kantonale Forstamt ist gestützt auf § 76 PBG auch zuständig, seine Zustimmung zu Ausnahmen von kantonalen (Wald-)Abstandsvorschriften vor Erteilung der Baubewilligung durch die Gemeinden zu erteilen. Eine Unterschreitung des gesetzlichen Mindestabstandes ist entsprechend nur in besonderen Ausnahmesituationen erlaubt. Gemäss den Kantonalen Waldabstandsvorschriften haben Wohnbauten auf jeden Fall einen Abstand von 10 m ab Stockgrenze einzuhalten; für unbewohnte (Neben-)bauten und Anlagen wie Schuppen, Garagen, Vorplätze, Tiergehege u.ä. gilt ein Mindeststockabstand von 6 m (Ziff. 7.1 u. 7.2).

3.3 ... Der Waldabstand ist, unbesehen der Frage der raumplanerischen Bewilligungsfähigkeit der Bauten, entscheidendes Kriterium zur Beurteilung der baurechtlichen Bewilligungsfähigkeit der von der allfälligen Unterschreitung betroffenen beiden Bauten (Holzschof, Ostplatz). Entscheidrelevante Prämissen und Sachverhaltsaspekte unterliegen indessen auch im nachträglichen Baubewilligungsverfahren dem im Verwaltungsverfahren generelle Geltung aufweisenden Untersuchungsgrundsatz. Wenn das Kantonsforstamt mit Schreiben vom 25. April 2001 in seiner Stellungnahme ans ARP ausführt, der Holzschof unterschreite «den geforderten Mindestab-

B. 8.11

stand augenscheinlich wesentlich (ca. 1.5 bis 4.0 m, Schätzmass)» (Vi-act. V/03 S. 2), kann diese Schätzung für die Beurteilung der baurechtlichen Bewilligungsfähigkeit nicht genügen.

Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass die Stockgrenze, auf welche unter dem Titel der Bewilligungsfähigkeit und der Wiederherstellung mehrmals Bezug genommen wird, auch Teil des Anfechtungsobjektes bildet, über den bereits erstinstanzlich, spätestens aber zweitinstanzlich als beweisrechtlich entscheidende Vorfrage hätte entschieden werden müssen. Dem kann auch Art. 10 Abs. 1 WaG nicht entgegen gehalten werden, wonach derjenige eine Waldfeststellung vornehmen lassen kann, der ein schutzwürdiges Interesse nachweist (vgl. Vernehmlassung Kantonsforstamt). Einerseits ist vorliegend das schutzwürdige (faktische) Interesse des bauwilligen Beschwerdeführers offenkundig, andererseits schliesst das Gesuch um Erteilung der (nachträglichen) Baubewilligung gleichzeitig auch das Ersuchen um die (behördliche) Feststellung der allenfalls hierfür relevanten Daten mit ein. Dies ergibt sich auch aus § 77 Abs. 3 PBG, wonach die jeweils zuständige Amtsstelle ihre Bewilligung (oder Zustimmung) erteilen muss, wenn ein Bauvorhaben ihrer bedarf. Wird eine Bewilligung (oder Zustimmung) verweigert, was zur gänzlichen oder teilweisen Verweigerung der Baubewilligung führt, richtet sich die Anfechtung dieser Verweigerung klarerweise und in erster Linie gegen die von der betreffenden Amtsstelle verweigerte Bewilligung (oder Zustimmung), sei diese auf formellem oder informellem Weg ergangen.

Diese Auslegung wird auch durch die Vernehmlassung des Kantonsforstamtes bestätigt, welches in Antrag 2 von den «Verfügungen des Kantonsforstamtes» spricht (vgl. Ingress lit. E.). Damit spricht das Kantonsforstamt seine beiden unter dem Titel einer «Zustimmung» ergangenen Schreiben vom 06. Juni 2001 und 17. September 2001 an (Vi-act. V/01 u. 02), mit welchen das Kantonsforstamt den Holzschopf und den Ostplatz infolge der Stockabstandsunterschreitung für nicht bewilligungsfähig erklärten. Durch den im Verwaltungsverfahren gestellten Antrag, auch den Holzschopf und den Ostplatz zu bewilligen, hat der Beschwerdeführer (implizit) gleichzeitig auch den Waldabstand als unkorrekt festgestellt gerügt. Konkret hat der Beschwerdeführer in der Begründung seiner Verwaltungsbeschwerde vorgebracht, «weder in nordöstlicher noch in nördlicher noch in nordwestlicher noch in südwestlicher noch in südlicher Richtung vom Holzschopf befindet sich unmittelbar Wald». Lediglich in östlicher Richtung vom Holzschopf befindet sich eine Baumgruppe, die an den Holzschopf grenze (Ziff. 4.a, S. 6). Aus diesen Ausführungen kann jedenfalls keine Anerkennung eines Waldgrenzverlaufes entnommen werden.

Schliesslich drängt sich eine Feststellung der Wald-/Stockgrenze im Rahmen von Baubewilligungsgesuchen (ausserhalb der Bauzone) auch aufgrund des von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten dynamischen Waldbegriffes (Urteil 1A.208/2001 der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 16. Juli 2001 i.S. Kreuzlingen, in ZBl 2003 S. 491 Erw. 3.2; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht,

4.A, Bern 2002, S. 413 mit Hinweisen) auf, womit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass es zum Wesen von Wald gehört, seine Fläche im Verlauf der Zeit auszudehnen. Im erwähnten Entscheid wurde ausgeführt, der dynamische Waldbegriff schliesse eine Berufung auf einen Gestaltungsplanperimeter, der noch keinen Wald betroffen habe, bei einer 10 - 15 Jahre später erfolgenden Waldfeststellung auch unter dem Titel des Vertrauensschutzes aus (Erw. 4.2). Aufgrund dieses dynamischen Waldbegriffes kann der Beschwerdeführer auf der anderen Seite nichts zu seinen Gunsten herleiten aus den von ihm ins Recht gelegten Photos aus den 50-er/60-er Jahren (vgl. Beschwerde Ziff. 6.a, S. 10).

(VGE 1049/03 vom 18. Februar 2004).

8.12 Planungs- und Baurecht

- *Verfahrensassistierung bei Hängigkeit eines alternativen Baugesuches (siehe EGV-SZ 2004, B 1.3).*

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Befreiung von Verfahrenskosten

- *Antrag auf Befreiung von Verfahrenskosten ist vor Erlass der Administrativmassnahme zu stellen (siehe EGV-SZ 2004, B 1.10).*

12.2. Führerausweisentzug

- *«Fahren mit Guckloch in Frontscheibe» (unzureichende Enteisung).*

Aus den Erwägungen:

2. In der vorliegenden Beschwerde wird nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer am 8. Dezember 2003 um ca. 6.30 Uhr einen Personenwagen gelenkt hat, dessen Frontscheibe und Seitenscheiben mit einer Eisschicht bedeckt waren, welche vor der Wegfahrt nur zu einem geringen Teil bzw. in unzureichender Weise entfernt worden war. Abgesehen davon ist die ungenügend enteiste Frontscheibe dieses Personenwagens durch einen Fotobericht der Kantonspolizei dokumentiert.

Des Weiteren wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht beanstandet, dass er mit seinem damaligen Verhalten (d.h. mit dem unzureichenden Enteisen der erwähnten Scheiben) die Bestimmungen von Art. 29 SVG und Art.

B. 12.3

57 Abs. 1 und 2 der Verkehrsregelnverordnung (VRV), welche die Betriebssicherheit betreffen, zumindest fahrlässig verletzt und dadurch den Verkehr gefährdet hat.

Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer Administrativmassnahme nach Art. 16 Abs. 2 SVG erfüllt.

3. In der Folge ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall anstelle des von der Vorinstanz verfügten Führerausweisentzuges eine Verwarnung als mildere Massnahme bzw. ein Verzicht auf eine Massnahme angebracht ist.

Das Fahren mit unzureichender Enteisung der Fensterscheiben bzw. das so genannte «Fahren mit einem Guckloch in der Frontscheibe» wird grundsätzlich nicht als Bagatellsache, sondern i.d.R. als grobe Verkehrsregelverletzung und als schwere Verkehrsgefährdung beurteilt, welche einen Führerausweisentzug nach Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG rechtfertigen kann (vgl. René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd.III, Die Administrativmassnahmen, Rz. 2317, S. 202 f., mit Hinweisen auf AGVE 1992, S.189 und AGVE 1984, S.681). Analog hat der Strafrichter auch Art. 90 Ziffer 2 SVG (und nicht Art. 90 Ziffer 1 SVG) angewendet. Im konkreten Fall ist zu Gunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass einerseits nicht nur «ein kleines Guckloch», sondern eine Fläche von rund 40 cm x 40 cm freigemacht wurde, und andererseits aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer lediglich eine sehr kurze Strecke (von der ...strasse zur ...strasse) zu fahren beabsichtigte. Abgesehen davon erfolgte diese Fahrt zu einer verkehrsaarmen Zeit (ca. 06.30 Uhr) an einem kantonalen Feiertag. Bei dieser konkreten Sachlage rechtfertigt es sich, anstelle des Führerausweisentzuges eine Verwarnung auszusprechen. Es handelt sich aber nicht um eine Bagatelle mit geringer Gefährdung, die es erlauben würde, von der mildesten Form der Massnahmen, der Verwarnung, abzusehen. Abgesehen davon steht auch der Umstand, wonach der Beschwerdeführer keinen ungetrübten automobilistischen Leumund aufweist, da er am ... 2002 wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung um 28 km/h verwarnt worden ist, einem Verzicht auf eine Massnahme entgegen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die berufliche Angewiesenheit auf den Führerausweis ein Umstand ist, welcher nicht bei der Wahl der Administrativmassnahme, sondern, erst bei der Bemessung der Entzugsdauer in Betracht gezogen werden darf (vgl. VGE 805/02 vom 15. Februar 2002, Erw. 4, Prot. S. 184 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 105 Ib 259).

(VGE 831/04 vom 16. April 2004).

12.3. Führerausweisentzug

- *Art. 17 Abs.1 Bst. b SVG: Ungeachtet der langen Verfahrensdauer in casu keine Unterschreitung der gesetzlichen Mindestentzugsdauer.*

Aus den Erwägungen:

1. Dass der Beschwerdeführer am 24. Oktober 1999 ein Motorfahrzeug in angetrunkenem Zustand gelenkt hatte und dass deswegen der Entzugstatbestand nach Art. 16 Abs. 3 Bst. b Strassenverkehrsgesetz (SVG) erfüllt ist, ist rechtskräftig entschieden. Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass grundsätzlich eine minimale Entzugsdauer von zwei Monaten gemäss Art. 17 Abs. 1 Bst. b SVG nicht unterschritten werden darf.

Er macht geltend, das zeitliche Argument der langen Verfahrensdauer zwischen der Tatbegehung 24. Oktober 1999 und der Verfahrenserledigung sei bis heute noch nicht berücksichtigt worden und rechtfertige eine Unterschreitung der gesetzlichen Minimalentzugsdauer.

2.1 Das Bundesgericht hat zur Frage der Unterschreitung der gesetzlichen Mindestentzugsdauer von 6 Monaten gemäss Art. 17 Abs. 1 Bst. c SVG mit Entscheidung vom 28. September 1994 (BGE 120 Ib 504) folgende Praxis begründet:

«Wenn seit dem massnahmeauslösenden Ereignis verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist, sich der Betroffene während dieser Zeit wohl verhalten hat und ihn an der langen Verfahrensdauer keine Schuld trifft, kann die Entzugsbehörde die obligatorische Mindestentzugsdauer unterschreiten und allenfalls von der Anordnung einer Massnahme absehen.»

(BGE 120 Ib 504 Regeste).

Das Bundesgericht erkannte, dass Art. 17 Abs. 1 Bst. c SVG eine echte Lücke aufweise. Im konkreten Falle wurde eine 6-monatige Mindestentzugsdauer als zu lange erachtet. Das Bundesgericht entschied reformatorisch und reduzierte die Entzugsdauer auf 3 Monate. Für die Zumessung waren massgebend:

- sehr gefährliches Fahrmanöver und schweres Verschulden (Ansetzen zum Überholen mit einem Sattelschlepper in einer unübersichtlichen Kurve);
- getrübler automobilistischer Leumund;
- berufliche Angewiesenheit auf den Ausweis (Berufschaffeur);
- mehr als 6 Jahre seit dem Ereignis verstrichen ohne diesbezügliches Verschulden des Betroffenen;
- Wohlverhalten seit dem Ereignis (vgl. BGE 120 Ib 510 E. 5; Schaffhauser, Die straf- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsrecht 1992 – 1999).

2.2 Dem Bundesgerichtsurteil vom 19. Juni 2001 (BGE 127 II 297) lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Administrativbehörde SO entzog einem fehlbaren Fahrzeuglenker mit Verfügung vom 15. Dezember 2000 in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 lit. c SVG den Führerausweis für 6 Monate, weil er im September und Oktober 1996 ein Fahrzeug gelenkt hatte, obwohl ihm dazumal der Führerausweis entzogen war. Das Verwaltungsgericht SO reduzierte auf Beschwerde hin die Entzugsdauer auf 3 Monate. Das Bundesamt für Strassen führte dagegen erfolglos Beschwerde beim Bundes-

B. 12.3

gericht. Das Bundesgericht bestätigte die mit BGE 120 Ib 504 begründete Praxis. Es hielt fest,

- dass zwischen dem massnahmenauslösenden Ereignis und dem letztinstanzlichen kantonalen Entscheid rund viereinhalb Jahre verstrichen seien,
- dass sich der Beschwerdeführer seither wohl verhalten habe,
- und dass ihn keine Schuld an der langen Verfahrensdauer treffe.

Das beschwerdeführende Bundesamt hatte argumentiert, dass Ausnahmen von der gesetzlichen Minimalfrist von 6 Monaten nur unter restriktiven Bedingungen zuzulassen seien. Bisher habe aber das Bundesgericht Ausnahmen nur bei einer Verfahrensdauer von fünfeneinhalb und mehr Jahren zugelassen. Das Bundesgericht führte dazu aus: Welche Verfahrensdauer als überlang zu gelten habe, lasse sich nicht abstrakt und in absoluten Zahlen ausdrücken. Für die Beantwortung der Frage seien die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. In seiner bisherigen Praxis habe das Bundesgericht eine überlange Verfahrensdauer bei fünfeneinhalb oder mehr Jahren angenommen. Weiter führt das Bundesgericht aus:

«Dem Entscheid BGE 120 Ib 504, bei dem eine fünfeneinhalbjährige Verfahrensdauer als überlang qualifiziert wurde, lag ein Sachverhalt zugrunde, der zu einer Bestrafung wegen grober Verkehrsregelverletzung geführt hatte. Die strafrechtliche Verjährungsfrist für das Vergehen der groben Verkehrsregelverletzung beträgt fünf bzw. siebeneneinhalb Jahre. In casu liegt lediglich eine Übertretung vor (Art. 95 Ziff. 2 SVG); die strafrechtliche Verjährungsfrist beträgt mithin zwei Jahre. Bereits aus diesem Grund unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich vom Sachverhalt des zitierten Entscheides, weshalb vorliegend nicht erst eine Verfahrensdauer von fünfeneinhalb Jahren als überlang bezeichnet werden kann. Es wäre stossend, wenn eine volle verwaltungsrechtliche Sanktion mit strafähnlichem Charakter angeordnet würde, obwohl das sanktionierte Verhalten unter strafrechtlichem Gesichtspunkt bereits verjährt ist.»

(BGE 127 II 300/301).

2.3 Vergleicht man die beiden vorerwähnten Fälle mit dem vorliegenden, so liegt der hier zu beurteilende in rechtlicher und in tatbeständlicher Hinsicht wesentlich anders.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass das Bundesgericht eine Lückenfüllung im Sinne der ausnahmsweisen Durchbrechung der gesetzlichen Minimalentzugsdauer immer nur in Fällen von Art. 17 Abs. 1 Bst. c SVG vorgenommen hat, wo es um eine gesetzliche Mindestentzugsdauer von sechs Monaten geht. Eine Übernahme dieser Praxis auf den Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand, wo lediglich eine gesetzliche Mindestentzugsdauer von zwei Monaten zur Diskussion steht, ist nicht angebracht. Dies insbesondere deshalb, weil hier der vom Bundesgericht für die Unterschreitung der sechsmonatigen Entzugsdauer angeführte Verhältnismässigkeitsgrundsatz eine Durchbrechung der zweimonatigen Entzugsdauer nicht erheischt (vgl. BGE 120 II 509, E. e). Zu diesem Schluss führt auch ein Exkurs auf die neuen, hier noch nicht anwendbaren Bestimmungen über die Administrativmassnahmen des SVG. Danach wird bei Fahren in angetrun-

kenem Zustand die Mindestentzugsdauer auf drei Monate angehoben (vgl. neu SVG 16c Ia; Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, Rz. 84). Nachdem Gesetzesrevisionen für die Auslegung des geltenden Rechts bereits herangezogen werden können (Weissenberger, Tatort Strasse, in Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, S. 259), kommt es nicht in Frage, kurz vor Inkrafttreten der verschärften Massnahmebestimmungen die tiefere Mindestentzugsdauer des geltenden Art. 17/1/b SVG zu durchlöchern.

Weiter ist zu beachten, dass das Bundesgericht in BGE 127 II 300/301 die Anerkennung einer rund viereinhalbjährigen Frist als überlang auch damit begründete, dass jener Fall in strafrechtlicher Hinsicht lediglich eine Übertretung darstellte (Art. 95 Ziff. 2 SVG, vgl. Zitat unter Erw. 2.2). Das Fahren in angetrunkenem Zustand stellt demgegenüber ein Vergehen dar (Art. 91 Abs. 1 SVG), weshalb bei einer Verfahrensdauer von 4 Jahren und knapp 3 Monaten zwischen Tatbegehung und Entzugsverfügung im zweiten Rechtsgang nicht von einem überlangen Verfahren gesprochen werden kann.

Hinzu kommt noch, dass die lange Verfahrensdauer vorliegend durch den Beschwerdeführer mitverschuldet worden ist. So beantragte der Vertreter des Beschwerdeführers zweimal Fristerstreckung als die Vorinstanz nach Eingang der verkehrspsychologischen und verkehrsmedizinischen Begutachtung ihm das rechtliche Gehör gewährte ... Schliesslich ist auch zu beachten, dass der Beschwerdeführer durch die Ergreifung von Rechtsmitteln, namentlich auch durch die unbegründete Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit die lange Verfahrensdauer mitverursacht hat (BGE 127 II 301).

Als letztes ist zu beachten, dass die mitunter lange Verfahrensdauer von SVG-Administrativmassnahmeverfahren durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts (Pflicht mit dem Administrativmassnahmeverfahren zuzuwarten bis das Strafverfahren rechtskräftig ist: vorliegend ging das Strafurteil bei der Vorinstanz am 9. Januar 2002 ein) implementiert worden ist.

(VGE 825/04 vom 11. März 2004).

13. Sozialhilfe

13.1 Verfahren

- *Wann hat eine Fürsorgebehörde bei Kenntnis von wesentlichen Änderungen von Amtes wegen (ohne Antrag des Gesuchstellers) über den Leistungsanspruch neu zu verfügen? (Erw. 3.1).*
- *Hat eine Fürsorgebehörde auch ohne Unterstützungsgesuch aktiv zu werden? (Erw. 3.4).*
- *Hilfe suchende Person ohne Unterkunft: Naturalleistungen als Minimum während eines hängigen Verfahrens, auch wenn Zusammenarbeit schwierig ist (Erw. 3.5).*

B. 13.1

- *Eine im kant. Sozialhilferecht statuierte Abtretung von Lohnforderungen gegenüber Dritten lässt sich grundsätzlich mit Bundesprivatrecht (Art. 325 OR) vereinbaren, wenn Fürsorgebehörde für bestimmten Zeitraum ausstehende Lohnzahlungen des Arbeitgebers für den gleichen Zeitraum bevorschusst (Kongruenzprinzip, Erw. 4.3).*
- *Ausnahmen vom Kongruenzprinzip (Erw. 4.4).*
- *Folgen einer allfälligen Verletzung der Mitwirkungspflichten im Rahmen der Rückweisung; Hinweis auf minimale Naturalleistungen selbst bei einem Nichtetreten auf das Leistungsbegehren mangels hinreichender Kooperation (Erw. 5.1).*

Aus den Erwägungen:

3. Im angefochtenen Entscheid hat der Regierungsrat die Sache an die Fürsorgebehörde zur Neuurteilung zurückgewiesen. Eine solche Rückweisung ist aus den nachfolgenden Gründen grundsätzlich nicht zu beanstanden.

3.1 Wie im angefochtenen RRB in Erwägung 2.2 zutreffend dargelegt wurde, ist das Bedarfsdeckungsprinzip zu beachten, wonach die Sozialhilfe einer individuellen, konkreten und aktuellen Notlage abhelfen soll (vgl. auch SKOS-Richtlinie A. 4-2 i.V.m. § 5 Abs. 2 SHV). Beizupflichten ist dem Regierungsrat auch, dass sinngemäss die zuständige Fürsorgebehörde nach der Kenntnisnahme von wesentlichen Änderungen, welche einen Gesuchsteller betreffen, eine Anpassung an die neuen Verhältnisse zu prüfen hat. Was die Frage anbelangt, ob die Fürsorgebehörde bei Kenntnis von wesentlichen Änderungen von Amtes wegen (auch ohne entsprechenden Antrag der bedürftigen Person) über den Leistungsanspruch neu zu verfügen hat, ist ein solches Vorgehen der Fürsorgebehörde jedenfalls dann geboten, wenn die Behörde von Änderungen Kenntnis erhält, welche den Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe mindern (z.B. Kenntnisnahme von zusätzlichen Einkünften, Vermögenszugängen etc.). In solchen Fällen kann es offenkundig nicht angehen, dass die Anpassung des Anspruches auf wirtschaftliche Leistung von einem entsprechenden Antrag des Leistungsempfängers abhängig gemacht wird.

Zur Frage, wie es sich verhält, wenn die der Fürsorgebehörde bekannt gewordenen Änderungen eine Erhöhung des Leistungsanspruches bewirken können, drängen sich folgende Bemerkungen auf. Handelt es sich um Fakten, die nach den SKOS-Richtlinien tel quel einen höheren Anspruch (als bisher) zur Folge haben, ginge es zu weit, diese Anpassung von einem entsprechenden Antrag der Leistungsempfänger abhängig zu machen. Zu denken ist dabei insbesondere an folgende Fälle: Erhöht sich beispielsweise durch Geburt eines Kindes die Anzahl Personen einer bereits unterstützten Familie, ist beim Grundbedarf I gemäss den SKOS-Richtlinien für den Zeitraum nach der Geburt der Ansatz für die neue Haushaltsgrösse einzusetzen,

auch wenn die bereits unterstützte Familie noch keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. ... In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass im Sozialhilferecht, wo es um Menschen in besonderen Lebenslagen bzw. Notlagen geht, eine rein formalistische Betrachtungsweise grundsätzlich keinen Platz hat. In diesem Sinne dürfen Unterstützungsgesuche nicht eng nach dem Wortlaut allfälliger Eingaben ausgelegt werden, zumal den Adressaten der öffentlichen Sozialhilfe der Verkehr mit Behörden nicht selten schwer fällt. Vielmehr hat sich die Fürsorgebehörde nach den Besonderheiten und Bedürfnissen des Einzelfalles zu orientieren (vgl. § 4 Abs. 1 ShG). Wie dies im konkreten Fall umzusetzen ist, darauf ist in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen.

...

3.3 Der Regierungsrat erwog im angefochtenen Beschluss, dass die Fürsorgebehörde ihren ursprünglichen Beschluss vom 17. Februar 2003 zu Unrecht nicht an die inzwischen eingetretenen, neuen Verhältnisse angepasst habe. Die durch den Gesuchsteller verursachte Verletzung von Informations- und Mitwirkungspflichten entbinde die Fürsorgebehörde nicht von der Anpassungspflicht. Solchen wesentlichen Pflichtverletzungen sei allenfalls in letzter Konsequenz mit einer (formellen) Verweigerung von Sozialhilfeleistungen zu begegnen. Im konkreten Fall sei der Verzicht auf eine Korrektur des angefochtenen Beschlusses schon deshalb zu beanstanden, weil der Gesuchsteller in seiner Verwaltungsbeschwerde vom 9. Mai 2003 (VB 106/2003) um Notfallunterstützung bzw. wirtschaftliche Hilfe in Bezug auf eine Wohnung ersucht habe, worauf das instruierende Justizdepartement dieses Begehren umgehend der Fürsorgebehörde zur Behandlung dieses Antrages habe zukommen lassen. Die Fürsorgebehörde habe dieses Gesuch wegen fehlender Auskunft und Mitwirkung des Gesuchstellers lediglich informell behandelt und keinen anfechtbaren Beschluss gefasst. Die zuständige Behörde habe von Amtes wegen aktiv zu werden, sobald sie von der Notlage einer Person Kenntnis erhalte; ein Unterstützungsantrag der bedürftigen Person sei nicht notwendig. Verweigere der Bedürftige die von ihm verlangte Mitwirkung, so brauche die Behörde nach § 19 VRP auf die Begehren nicht einzutreten. Wenn die Informations- und Mitwirkungspflichten derart verletzt werden, dass die Behörde gar nicht in der Lage sei, über ein Unterstützungsgesuch ordnungsgemäss zu entscheiden, komme nach Ansetzung einer Nachfrist auch die Verweigerung von Sozialhilfeleistungen wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten in Frage, allerdings habe dies nicht bloss formlos, sondern in einem anfechtbaren Beschluss zu erfolgen (vgl. Erwägung 2.2 des angefochtenen RRB's, mit Hinweisen auf Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2.A., Bern 1999, S. 107 f. und 162).

Demgegenüber bemängelt die Fürsorgebehörde in ihrer Beschwerde u.a., für den Erhalt von wirtschaftlicher Hilfe sei nach schwyzerischem Sozialhilferecht ein (schriftliches oder mündliches) Gesuch nötig. Ohne Gesuch habe die Behörde nicht von Amtes wegen wirtschaftliche Hilfe auszusprechen (vgl. Beschwerdeschrift, Ziffer 10 mit Hinweisen auf die vom Gesetzgeber

B. 13.1

gewählten Formulierungen: «Hilfesuchende» in § 4 Abs. 2 ShG, § 6 Abs. 2 ShG, § 11 Abs. 1 ShG sowie § 10 ShV: «Wer um wirtschaftliche Hilfe nachsucht...»).

3.4 Die Frage, ob nach schwyzerischem Sozialhilferecht die Fürsorgebehörde auch ohne ein (ausdrückliches, d.h. schriftliches oder mündliches) Unterstützungsgesuch aktiv werden und mithin die betreffende bedürftige Person unterstützen müsste, braucht hier nicht abschliessend behandelt zu werden. Für den Standpunkt der Fürsorgebehörde spricht allerdings der Wortlaut von § 27 ShG: Wer in einer besonderen Lebenslage der Hilfe bedarf, kann bei der von der Fürsorgebehörde bezeichneten Stelle um Beratung und Betreuung nachsuchen (Absatz 1). Benötigt der Hilfesuchende wirtschaftliche Hilfe, so ist der Fürsorgebehörde Antrag zu stellen (Absatz 3).

Entscheidend ist im konkreten Fall, dass ein Unterstützungsgesuch des Beschwerdegegners vom 15. Januar 2003 vorliegt, welches immer noch pendent ist, da der das Gesuch vom 15. Januar 2003 behandelnde Beschluss der Fürsorgebehörde vom 17. Februar 2003 mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten wurde. ...

3.5 ... Gemäss den vorliegenden Akten forderte die Fürsorgebehörde den Beschwerdegegner anlässlich der mündlichen Besprechung vom 9. Mai 2003 nochmals auf, die vorbereitete Abtretungserklärung zu unterzeichnen, was vom Beschwerdegegner wiederum abgelehnt wurde, worauf der Beschwerdegegner den Besprechungsraum verliess ... Aktenkundig ist auch noch ein Schreiben der Fürsorgebehörde vom 9. Mai 2003 an den Beschwerdegegner, worin letzterer aufgefordert wurde, zur Behandlung des Gesuches um wirtschaftliche Hilfe folgende Unterlagen einzureichen: vollständig ausgefülltes Gesuchsformular; aktueller Postcheck-Kontoauszug; Abtretungserklärung; Prämienübersicht Krankenkasse; Lohnausweise ...

Entgegen der Meinung der Fürsorgebehörde durfte sie nach der Erstellung des den Änderungen angepassten Unterstützungsbudgets nicht darauf verzichten, einen neuen Beschluss mit Rechtsmittelbelehrung zu erlassen. Daran vermögen die Umstände des konkreten Falles grundsätzlich nichts zu ändern. ... Soweit sich die Fürsorgebehörde sinngemäss darauf beruft, dass die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdegegner äusserst schwierig ist, entbindet dies die Behörde nicht von einem ordnungsgemässen Vorgehen mit formgerechter Beschlussfassung. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwiefern durch sogenannte informelle Beschlüsse, welche weder eröffnet werden, noch eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, etwas für die Sache gewonnen wird. ... Auch wenn die Fürsorgebehörde aufgrund ihrer Erfahrungen annehmen konnte, dass gegen ihren (neuen) Beschluss wiederum Beschwerde erhoben werde, durfte sie nicht davon absehen, hinsichtlich der erwähnten wesentlichen Änderungen in den persönlichen Verhältnissen des Hilfesuchenden eine neue Verfügung zu erlassen.

Vielmehr hätte - nachdem der Hilfesuchende im neuen Unterstützungsbegehren vom 9. Mai 2003 u.a. ausführte, dass er «vermutlich noch in einem

Stall schlafen» müsse - die neue Verfügung der Fürsorgebehörde (selbst wenn es um ein Nichteintreten mangels hinreichender Kooperation gegangen wäre) mindestens noch folgenden Inhalt aufweisen müssen, nämlich welche Angebote für eine (kurzfristige) Notfallhilfe zur Verfügung stehen. Konkret geht es darum, dass dann, wenn sich die hilfeschuchende Person und die betreffende Fürsorgebehörde über eine bestimmte Rechtsfrage (hier die nachfolgend zu behandelnde Frage der Tragweite einer Abtretungserklärung) nicht einig sind, die hilfeschuchende Person bis zur Klärung dieser Rechtsfrage (im hängigen Verwaltungsbeschwerdeverfahren) nicht einfach ihrem Schicksal überlassen (und damit ein «Übernachten im Stall» in Kauf nehmen) darf. Das verfassungsmässige Recht auf Hilfe in Notlagen schliesst es mit ein, dass die Fürsorgebehörde einer hilfeschuchenden Person aus ihrer Gemeinde jedenfalls mindestens während eines hängigen Verfahrens (und zwar ungeachtet des Umfangs der Kooperationsbereitschaft) mitteilt, welche Naturalleistungen notfalls zur Verfügung stehen (Schlafstelle für den Notfall, wo nötigenfalls warme Mahlzeiten gratis gegen Voranmeldung angeboten werden, z.B. im kommunalen Altersheim etc.). Ein solches Minimum an Notfallhilfe ist für ein menschenwürdiges Dasein im Sinne von Art. 12 BV unerlässlich.

In diesem Zusammenhang drängen sich zur Frage der Kooperationsbereitschaft folgende Bemerkungen auf. Zwischen der Fürsorgebehörde und dem Beschwerdegegner ist u.a. hauptsächlich streitig, ob die Fürsorgebehörde die Ausrichtung von wirtschaftlicher Hilfe von der Unterzeichnung einer bestimmten Abtretungserklärung abhängig machen durfte (vgl. dazu nachfolgend, Erwägung 4.1 ff.). Während die Fürsorgebehörde diese Frage bejahte, vertrat der Beschwerdegegner in seiner Verwaltungsbeschwerde I (50/2003) sinngemäss den Standpunkt, dass er nicht gezwungen werden könne, eine solche Abtretungserklärung zu unterzeichnen. Solange aber die Einwendungen der hilfeschuchenden Person gegen den ihr gegenüber ausgeübten Zwang zur Unterzeichnung dieser Abtretungserklärung pendent sind bzw. noch nicht rechtskräftig behandelt wurden, durfte der Beschwerdegegner grundsätzlich in guten Treuen davon ausgehen, dass er bis zum formellen Entscheid über seine Einwendungen diese umstrittene Abtretungserklärung (noch) nicht unterzeichnen müsse. Mit anderen Worten ist die Qualität der Mitwirkungsverweigerung (der hilfeschuchenden Person) eine andere, solange die dargelegte Frage (betreffend Abtretungserklärung) noch in der Schwebe ist (vgl. analog auch VGE 479/98 und 366/99 vom 30. August 1999, Erw. 5b, Prot. S. 900). Auch diese besondere Konstellation spricht für die regierungsrätliche Rückweisung der Sache an die Fürsorgebehörde.

4.1 Die von der Fürsorgebehörde dem Beschwerdegegner vorgelegte Abtretungserklärung enthält folgenden Inhalt:

*«Abtretung
(Artikel 164 ff. OR und § 8 ShV)*

Empfänger der wirtschaftlichen Hilfe

...

B. 13.1

*Der Unterzeichnende verfügt über Ansprüche gegenüber Dritten, weshalb die ausgerichtete wirtschaftliche Hilfe im entsprechenden Umfang als Vorschusszahlung zu betrachten ist. Diese Ansprüche gegenüber Dritten:
nämlich: Arbeitslohn, Kinderzulagen, Direktzahlungen, Stipendien für die Tochter ... tritt der Unterzeichnende der Gemeinde ... im Rahmen der gewährten wirtschaftlichen Hilfe ab.*

Ort und Datum

Unterschrift:»

4.2 Der Regierungsrat erwog im angefochtenen Entscheid (Erw. 6.2 und 6.3),

- dass die Abtretungserklärung, welche die Fürsorgebehörde der hilfesuchenden Person unterbreitete, die Abtretung der künftigen bzw. eventuellen Ansprüche des Gesuchstellers auf Arbeitslohn, Kinderzulagen, Direktzahlungen und Stipendien für die Tochter ... vorsieht,
- dass die Fürsorgebehörde durch die Aufnahme der Bedingung zur Unterzeichnung einer Abtretungserklärung einem allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Beschwerdeführers entgegenwirken wollte,
- dass der Regierungsrat im RRB Nr. 1780/2000 der Fürsorgebehörde erlaubt habe, dass sie die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe davon abhängig machen könne, dass zukünftige landwirtschaftliche Direktzahlungen vom Gesuchsteller bedingungslos an die Fürsorgebehörde abgetreten werden,
- dass die vorliegende Abtretungserklärung gestützt auf Art. 325 OR nicht zulässig sei,
- und dass schliesslich die Fragen, ob die Abtretung allfälliger Kinderzulagen und der Stipendien für die Tochter ... rechtmässig war, offen gelassen werden könne.

4.3 Art. 325 Abs.1 OR lautet folgendermassen: Zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten kann der Arbeitnehmer künftige Lohnforderungen so weit abtreten oder verpfänden, als sie pfändbar sind; auf Ansuchen eines Beteiligten setzt das Betreibungsamt am Wohnsitz des Arbeitnehmers den nach Artikel 93 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) unpfändbaren Betrag fest. Die Abtretung und die Verpfändung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten sind nichtig (Art. 325 Abs. 2 OR).

Aus diesem Gesetzestext geht hervor, dass die Abtretung und die Verpfändung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung von Verbindlichkeiten grundsätzlich nichtig sind. Unter künftigen sind noch nicht fällige Lohnforderungen zu verstehen. Diese Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere Schutz im Zusammenhang mit Darlehens- und Abzahlungsverträgen bieten (vgl. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I - Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, 3.A., Art. 325 OR, N 1; vgl. auch Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, OR, Teilband V 2c, Adrian Staehelin/Frank Vischer, 3.A., Art. 325 OR N 1: Der Zweck von Art. 325 ist die Sicherung des Arbeitseinkommens für den Unterhalt des Arbeitnehmers und seiner Familie). Eine Ausnahme macht

das OR in Bezug auf die Abtretung und Verpfändung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten. Für die Sicherung der familienrechtlichen Verpflichtungen (aus Art. 125, 133, 163, 173, 176, 276 ff., 295 und 328 f. ZGB) steht der künftige Lohn nur insoweit zu Verfügung, als er nach Art. 93 SchKG pfändbar ist (vgl. Reh binder/Portmann, a.a.O., Art. 325 OR N 2).

Einer Abtretung fälliger Lohnforderungen (für bereits geleistete Arbeit) an die Fürsorgebehörde, welche dem betreffenden Arbeitnehmer Unterstützung zu leisten bereit ist, steht Art. 325 OR nicht entgegen. Vielmehr sieht das kantonale Sozialhilferecht in § 8 ShV ausdrücklich vor, dass beim Vorliegen erheblicher Ansprüche gegenüber Dritten die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe davon abhängig gemacht werden kann, dass diese Ansprüche an die Fürsorgebehörde abgetreten werden. Der Zweck dieser Bestimmung ist darin zu erblicken, dass dann, wenn ein Gesuchsteller mit Ansprüchen gegenüber Dritten (hier: Arbeitgeber) in eine Notlage gerät, weil sich die Auszahlung bestehender Forderungen aus welchen Gründen auch immer verzögert (vgl. dazu § 15 Abs. 1 ShG: «nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln»), einerseits die Fürsorgebehörde für den betreffenden Zeitraum mit Vorschussleistungen einspringen soll, andererseits aber der Gesuchsteller nicht dahingehend profitieren können sollte, dass ihm nebst den (Vorschuss)Leistungen der Fürsorgebehörde noch die erst später für den gleichen Zeitraum ausbezahlten Lohnforderungen vollumfänglich verbleiben (weshalb sich bei solchen Vorschussleistungen grundsätzlich eine Abtretung zur Vermeidung von doppelten Leistungen für den gleichen Zeitraum aufdrängt). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung ausgeführt, dass Sozialhilfe auch in Form von rückzahlbaren Vorschüssen geleistet werden kann (vgl. BGE 2P.150/2002 vom 11. Juli 2002, Erw. 2.3.1 betreffend Abtretung der Leistungsansprüche aus Sozialversicherung an den Erbringer von Sozialhilfe). Solche rückzahlbaren Vorschüsse kommen auch bei noch ausstehenden Lohnzahlungen in Betracht (und zwar insoweit, als bei Anrechnung der Lohnforderungen im Unterstützungsbudget kein Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe resultiert. Soweit es sich so verhält, dass trotz Anrechnung der Lohnforderungen im Unterstützungsbudget ein Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe verbleibt, fällt diesbezüglich eine Bevorschussung bzw. eine damit verbundene Abtretung von künftigen Lohnforderungen zum vornherein ausser Betracht. Darauf ist noch weiter unten zurückzukommen).

Eine im kantonalen Sozialhilferecht statuierte Abtretung von (Lohn)Forderungen gegenüber Dritten lässt sich mit dem Bundesprivatrecht (Art. 325 OR) grundsätzlich vereinbaren, wenn es darum geht, dass eine Fürsorgebehörde für einen bestimmten Zeitraum zur Überbrückung von Engpässen ausstehende Lohnzahlungen des Arbeitgebers (für den gleichen Zeitraum) bevorschusst. Mit anderen Worten kann beim Gesuchsteller dann von einer (nicht statthaften) «Doppelentschädigung» gesprochen werden, wenn die Vorschussleistungen der Fürsorgebehörde einerseits und die (späteren) Lohnzahlungen des Arbeitgebers andererseits in zeitlicher Hinsicht kongruent sind, d.h. sich auf den gleichen Zeitraum beziehen. (Dass die abzutretende

B. 13.1

Leistung kongruent zu den Vorschusszahlungen bzw. den Vorleistungen sein muss, wird beispielsweise auch in der Regelung des Bundesgesetzgebers in Art. 22 ATSG bei Abtretung der Nachzahlungen von Leistungen des Sozialversicherers verlangt, vgl. dazu Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 22 ATSG N 17).

Nach diesen Ausführungen ist (als Zwischenergebnis) der Fürsorgebehörde (nach § 8 ShV) grundsätzlich zuzugestehen, dass sie bei einem ganz oder teilweise erwerbstätigen Gesuchsteller die Ausrichtung von Vorschussleistungen (beispielsweise für den Monat Februar) von einer Abtretung des für den gleichen Zeitraum dem Gesuchsteller zustehenden Februarlohnes abhängig machen kann (wobei der Umfang der Abtretung auf die Höhe der geleisteten Vorschussleistung für den gleichen Zeitraum beschränkt ist; im Übrigen wurde bereits darauf hingewiesen, dass keine rückzahlbaren Vorschussleistungen in Frage kommen, soweit der Gesuchsteller trotz Anrechnung der kongruenten Lohnforderungen und allfälliger weiterer ihm zustehenden und anrechenbaren Forderungen das im konkreten Fall ermittelte soziale Existenzminimum nicht erreicht; hinsichtlich der Zusammensetzung des Unterstützungsbudgets vgl. SKOS-Richtlinien A.6, B.2.2, B.2.4, B.3, B.4). In diesem Sinne kommt es nicht in Frage, die Deckung allfälliger Leistungen der Fürsorgebehörde für den als Beispiel erwähnten Monat Februar durch die Abtretung von künftigen Lohnforderungen für einen späteren Monat zu sichern. Soweit es um solche Konstellationen geht (in welchen die abzutretende Lohnforderung nicht kongruent zu den Vorschusszahlungen ist, sondern einen künftigen Zeitraum betrifft), hat der Regierungsrat zu Recht festgehalten, dass die betreffende Abtretungserklärung grundsätzlich unzulässig bzw. mit Art. 325 OR unvereinbar war.

Für das dargelegte Kongruenzprinzip bei der Abtretung von Lohnforderungen für Vorschussleistungen sprechen auch folgende Überlegungen. Würde es sich so verhalten, dass die Fürsorgebehörde die von ihr erbrachte Leistung (z.B. für den Monat Februar) durch die Abtretung von künftigen Lohnforderungen (z.B. für den März) abdecken könnte, bestünde die Gefahr (namentlich wenn es um bescheidene Löhne ginge), dass die Abhängigkeit des betreffenden Arbeitnehmers von der Fürsorgebehörde perpetuiert würde (indem im genannten Beispiel durch die Abtretung von Lohnansprüchen für den Monat März wiederum ein Manko entstehen könnte, welches erneute Vorschussleistungen im März erforderlich machen könnte, die dann wiederum durch Abtretung von Lohnansprüchen für April / Mai gedeckt würden etc.). Eine solche Vorgehensweise ist mit § 25 Abs. 1 ShG nicht vereinbar, wonach die in Anspruch genommene wirtschaftliche Hilfe (einmal abgesehen vom Sonderfall der Erwirkung von Leistungen durch unwahre Angaben) nur dann zurückzuerstatten ist, wenn der Leistungsempfänger in besonders günstige Verhältnisse gelangt ist. Mit anderen Worten stellt das dargelegte Kongruenzprinzip bei der Abtretung von Lohnforderungen für Vorschussleistungen sicher, dass die Fürsorgebehörde hinsichtlich der von ihr für einen bestimmten Zeitraum erbrachten Leistungen nur und höchstens insoweit Lohnforderungen des Leistungsempfängers für sich in Anspruch nehmen

kann, als diese Lohnguthaben den genau gleichen und nicht einen inskünftigen Zeitraum betreffen (sowie im Rahmen der Anrechnung im Unterstützungsbudget das soziale Existenzminimum übersteigen).

4.4 ... Zur Frage, ob eine Ausnahme vom dargelegten Kongruenzprinzip im Zusammenhang mit der Abtretung von Lohnforderungen dann anzunehmen wäre, wenn es um fällige Lohnforderungen geht, welche einen früheren Zeitraum betreffen, drängen sich folgende Bemerkungen auf. In einem solchen Fall kommt jedenfalls Art. 325 OR (welcher künftige Lohnforderungen betrifft) nicht zur Anwendung. Gegen eine Ausnahme spricht das folgende Beispiel A: Verhält es sich so, dass der betroffene Arbeitnehmer bei ausstehenden Lohnzahlungen (beispielsweise für den Januar) zunächst zur Existenzsicherung sich privat verschuldet und erst viel später beispielsweise im März einen Unterstützungsantrag stellt, wäre es stossend, wenn die Fürsorgebehörde die für den März erbrachten Leistungen durch Abtretung von fälligen Lohnforderungen für den Januar decken könnte, dem Gesuchsteller hingegen die im Januar zur Existenzsicherung eingegangenen privaten Schulden verblieben (weil die Fürsorgebehörde den verspätet ausbezahlten Januarlohn für ihre Märzleistungen in Anspruch nehmen würde). Dieses Beispiel A ist auf Fälle zugeschnitten, in welchen der Gesuchsteller bei ausstehenden Lohnzahlungen mangels hinreichender eigener Mittel an sich Anspruch auf Leistungen der Fürsorgebehörde hätte, indessen zunächst zur Existenzsicherung eine private Verschuldung erfolgt.

Etwas anders sieht es im Beispiel B aus, in welchem sich der Gesuchsteller bei ausstehenden Lohnzahlungen im Januar nicht verschulden musste, weil er zunächst eigene Mittel in Anspruch nehmen konnte. In einem solchen Fall wäre es nicht ohne weiteres ersichtlich, dass eine Abtretung ausstehender Lohnforderungen, welche sich auf frühere Zeiträume beziehen, im Zusammenhang mit aktuellen Vorschussleistungen nicht zulässig sein sollte. In diesem Beispiel wäre eine Ausnahme vom oben dargelegten Kongruenzprinzip durchaus gerechtfertigt. Soweit es indessen um eine für längere Zeit andauernde Unterstützung ginge, wäre eine Abweichung vom dargelegten Kongruenzprinzip lediglich bei der ersten Gewährung von Vorschussleistungen in Betracht zu ziehen, weil die zur Sicherung der periodisch folgenden Vorschussleistungen abzutretenden Forderungen wiederum auf den gleichen Zeitraum bezogen werden können.

Nachdem sich die Sozialhilfe nach den Besonderheiten und Bedürfnissen des Einzelfalles richtet (vgl. § 4 Abs. 1 ShG), im konkreten Fall einerseits unklar ist, in welchem Umfange dem Gesuchsteller Einkünfte oder Lohnforderungen zustehen, welche einen (früheren) Zeitraum betreffen, als der Gesuchsteller noch kein Unterstützungsgesuch gestellt hatte, und andererseits noch nicht abgeklärt worden ist, ob und inwiefern sich der Gesuchsteller privat verschulden musste (sei es weil sich der Gesuchsteller erst sehr spät meldete, sei es weil die Fürsorgebehörde nicht rechtzeitig Leistungen erbrachte), kann an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden, ob es gerechtfertigt war, dass die Fürsorgebehörde die Ausrichtung von Leistungen nicht nur

B. 13.1

von der Abtretung von kongruenten Lohnforderungen (was nach dem Gesagten grundsätzlich zulässig ist), sondern zusätzlich auch noch von der Abtretung weiterer (nicht kongruenten) Lohnforderungen, welche sich auf einen früheren Zeitraum beziehen, abhängig machen durfte. Diese Frage kann aber auch deshalb offen bleiben, weil aufgrund des Zeitablaufs nicht damit zu rechnen ist, dass dem Gesuchsteller heute noch Lohnforderungen zustehen, welche sich auf den Zeitraum vor der Einreichung des Unterstützungsgesuches (vom 15. Januar 2003) beziehen. Soweit es aber um ausstehende Lohnforderungen für den Zeitraum nach dem 15. Januar 2003 geht, erweist sich eine Abtretung als entbehrlich, weil solche Lohnforderungen in der noch ausstehenden Abrechnung zur nachträglichen Ermittlung der dem Gesuchsteller zustehenden Leistungen berücksichtigt werden können.

4.5 Die oben stehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Vorgehensweise der Fürsorgebehörde, wonach es sinngemäss erst dann Leistungen geben soll, wenn eine generelle, d.h. nicht näher umschriebene Abtretung sämtlicher Lohnforderungen unterzeichnet wird, allzu restriktiv ist bzw. zu weit geht und dem Zweck des Sozialhilferechts - die rechtzeitige Hilfe in Notlagen zur Wahrung eines menschenwürdigen Daseins - diametral zuwider läuft. Dies gilt erst recht, als diese generelle Abtretungserklärung auch noch Leistungen wie Kinderzulagen und Stipendien für die Tochter ... umfasst, welche grundsätzlich auf den Unterhalt und die Ausbildung der Tochter bzw. der weiteren Kinder des Gesuchstellers ausgerichtet sind (vgl. in diesem Kontext auch die SKOS-Richtlinie E. 1.3, wonach u.a. Kinderzulagen für den Unterhalt des Kindes zu verwenden sind ...).

5. In Abwägung aller Umstände des vorliegenden Falles ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Regierungsrat die Fürsorgebehörde zu Recht durch Rückweisung der Sache verpflichtet hat, ergänzende Abklärungen zu treffen und den Unterstützungsanspruch des Beschwerdegegners für den Zeitraum ab ... durch eine neue Verfügung festzulegen. ...

5.1 (Verpflichtung des Gesuchstellers, im Rahmen der Rückweisung einen konkreten Fragenkatalog zu beantworten ...).

Aufgabe der Fürsorgebehörde wird es sein, dem Gesuchsteller Frist zur Beantwortung eines solchen Fragenkataloges anzusetzen. Dieser Fragenkatalog ist nicht abschliessend zu verstehen, d.h. er kann nötigenfalls noch ergänzt werden.

Der Beschwerdegegner muss sich bewusst sein, dass er diesen Fragenkatalog zur Ermittlung seines Unterstützungsanspruchs umfassend und wahrheitsgetreu zu beantworten hat. Falls er diesbezüglich seine Mitwirkung ganz oder teilweise verweigert, darf die Fürsorgebehörde - je nach dem Schweregrad der Mitwirkungsverletzung - nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine Leistungskürzung androhen und anordnen bzw. in schwerwiegenden Fällen (gestützt auf § 19 Abs. 1 VRP) ein Nichteintreten auf das

Unterstützungsgesuch verfügen. Auf diese Rechtsnachteile ist bereits bei der Fristansetzung zur Beantwortung des Fragenkataloges hinzuweisen.

Sollte es wider Erwarten zu einem Nichteintreten auf das Unterstützungsgesuch kommen, ist im Sinne von Erwägung 3.5 dem Gesuchsteller in der Nichteintretensverfügung mitzuteilen, welche Naturalleistungen notfalls zur Verfügung stehen (Schlafstelle für den Notfall, wo nötigenfalls warme Mahlzeiten gratis gegen Voranmeldung abgegeben werden etc.).

(VGE 952/03 vom 29. Januar 2004).

13.2 Ausgestaltung der Sozialhilfe

- *Teilnahme an Beschäftigungsprogramm ist für Sozialhilfeempfänger grundsätzlich zumutbar (Erw. 2.2 ff.).*
- *Es besteht kein Anspruch darauf, dass die Fürsorgebehörde einer Familie auf Dauer zwei Wohnungen in der gleichen Gemeinde finanziert, es sei denn, es wurde ein gerichtliches Verfahren auf Trennung / Scheidung / Eheschutz eingeleitet oder es liegen sonstige wichtige Gründe vor (Erw. 3.1 - 3.2).*
- *Es ist nicht Aufgabe der Sozialhilfe, die dem Sozialhilfeempfänger in anderen Verfahren / Prozessen anfallenden Kosten zu tragen; diesbezüglich besteht die Möglichkeit, die unentgeltliche Rechtspflege und allenfalls die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu beantragen (Erw. 3.2 in fine).*

Aus den Erwägungen:

2.2 Im angefochtenen RRB wurde zutreffend u.a. dargelegt,

- dass Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Verordnung über die Sozialhilfe (ShG, SRSZ 380.100 und ShV, SRSZ 380.111) sowie nach den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes richten, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäsem Ermessen entscheidet (vgl. § 5 Abs. 1 ShV);
- dass es sich bei den SKOS-Richtlinien (= Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe) an sich zwar nur um Empfehlungen handelt, welche indessen für die Bemessung der Hilfe wegleitenden Charakter haben (vgl. § 5 Abs. 2 ShV) und darüber hinaus als Richtschnur dienen;
- dass die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit Bedingungen verbunden werden kann, wenn dadurch die richtige Verwendung der Hilfe sichergestellt werden soll oder die Lage des Hilfsbedürftigen und seiner Familie verbessert werden kann (vgl. § 9 Abs. 1 ShV);
- dass Bedingungen unter anderem die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit oder andere Verhaltensregeln fordern können die nach den Umständen angebracht erscheinen (vgl. § 9 Abs. 2 lit. d ShV);

B. 13.2

- dass hingegen Bestimmungen (Bedingungen), welche sich nicht auf die Sozialhilfegesetzgebung abstützen können und nicht fürsorgerischen Zwecken dienen, unzulässig sind;
- dass es grundsätzlich keiner ausdrücklichen Grundlage im kantonalen Sozialhilferecht bedarf, um Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration anzuordnen, da die berufliche Integration ein wesentliches Ziel der Sozialhilfe darstellt;
- dass es zulässig ist, Integrationsmassnahmen nicht nur anzubieten, sondern den dafür in Frage kommenden Personen eine ihnen mögliche und zumutbare Teilnahme aufzuerlegen und bei Nichtbefolgen dieser Weisung die Sozialhilfe im Rahmen der SKOS-Richtlinien zu kürzen (vgl. angefochtener RRB, Erw. 4.3.2, unter Hinweis auf Peter Stadler, Rechtsfragen bei Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration ZeSo 2002, S. 26; SKOS-Richtlinien Kapitel D);
- dass die SKOS-Richtlinien im Grundsatz festhalten, die immaterielle und materielle Hilfe sei so auszugestalten, dass die Teilnahme und Teilhabe der Betroffenen am Sozial- und Arbeitsleben und damit die Eigenverantwortung und die Hilfe zur Selbsthilfe gefördert werden (vgl. SKOS-Richtlinien A.2-1);
- dass Integrationsprogramme Anreize schaffen sollen, um aus der Sozialhilfeabhängigkeit herauszukommen (vgl. SKOS-Richtlinien A.3-2);
- dass der Hilfsbedürftige kein Wahlrecht zwischen vorrangigen Hilfsquellen hat (vgl. SKOS-Richtlinien A.4-1);
- dass die Programme Ausdruck der dem Hilfsbedürftigen obliegenden Verpflichtung zur Minderung seiner Unterstützungsbedürftigkeit sind, wonach er alles in seiner Kraft Stehende unternehmen muss, um seine Notlage zu mindern oder zu beheben (vgl. SKOS-Richtlinien A.5-3);
- dass als Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips Auflagen betreffend Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen (oder auch im Zusammenhang mit Freiwilligenarbeit, d.h. hinsichtlich der Mitarbeit bei sozialen Institutionen, z.B. Chauffeur Tätigkeit bei Mahlzeitendienst für Betagte / Kranke etc.) grundsätzlich zumutbar sind (vgl. SKOS-Richtlinien A.4.1 sowie D.3-1);
- und dass im Kanton Schwyz Beschäftigungsprogramme zur Praxis der Sozialhilfebehörden gehören.

2.3 Was die berufliche Laufbahn des Beschwerdeführers angeht ... Bei dieser Sachlage ist ein Einsatz in einem halbtägigen (jeweils am Vormittag stattfindenden) Beschäftigungsprogramm mit manuellen Tätigkeiten für einen 41-jährigen Versicherten grundsätzlich (wenn die gesundheitliche Situation ausgeklammert wird) ohne weiteres zumutbar, zumal die Nachmittage für Bewerbungen etc. weiterhin zur Verfügung stehen.

Was die gesundheitlichen Probleme angeht ... Entscheidend ist indessen, wie der Regierungsrat im angefochtenen RRB überzeugend festgehalten hat, dass die ärztlichen Atteste keine generelle Arbeitsunfähigkeit belegen, weshalb es grundsätzlich möglich ist, die diesbezüglichen gesund-

heitlichen Einschränkungen des Beschwerdeführers im Beschäftigungsprogramm jeweils im Rahmen der konkreten Arbeitszuteilung zu berücksichtigen. Für dieses Ergebnis spricht schliesslich, dass solche Beschäftigungsprogramme auch insofern der Förderung der Integration dienen, als dadurch neue Rahmenfristen für einen allfälligen zukünftigen Bezug von Arbeitslosentaggeldern erarbeitet werden können (vgl. Beschluss der Fürsorgebehörde vom 23. März 2004, Ingress H). Dies ist in der Regel so zu verstehen, dass mit der Anmeldung und Teilnahme im Beschäftigungsprogramm ein Lohn festgelegt und bezahlt wird, für welchen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden und welcher im Unterstützungsbudget (zur Ermittlung der auszurichtenden wirtschaftlichen Sozialhilfe) als Einkommen angerechnet wird. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Einwand des Beschwerdeführers, der «Zusatzverdienst» aus dem Beschäftigungsprogramm mache lediglich Fr. 150.–/ Monat aus, wovon noch der Aufwand für den öffentlichen Verkehr und für die Kleidung abzuziehen seien. Denn zum einen übersieht er die erwähnte Möglichkeit zum Erwerb einer neuen Rahmenfrist für die Arbeitslosenversicherung (in diesem Sinne sind die betreffenden Fr. 150.– als zusätzlicher Anreiz zur Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung zu verstehen). Zum andern ist es aus der Sicht der Integrationsförderung zweckmässiger, wenn die zu unterstützende Person für ihren Unterhalt mindestens teilweise selber mit Arbeitsleistungen aufkommen kann.

Im Übrigen sind die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers nicht geeignet, einen (der gesundheitlichen Situation angepassten) Einsatz im Beschäftigungsprogramm in Frage zu stellen. Namentlich kann der Beschwerdeführer aus den sinngemässen Einwänden, wonach im Beschäftigungsprogramm zur Hälfte Ausländer eingesetzt würden ... nichts zu seinen Gunsten ableiten. ...

2.4 Aus all diesen Gründen ist es nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat die von der Fürsorgebehörde angeordnete Anmeldung des Beschwerdeführers beim Beschäftigungsprogramm ... nicht aufgehoben hat. Im Übrigen hat der Regierungsrat in Erwägung 4.5 zutreffend das weitere Vorgehen dargelegt für den Fall, dass der Beschwerdeführer die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm weiterhin ablehnen sollte. Dabei ist zu betonen, dass eine Leistungskürzung erst nach entsprechender Androhung dieses Rechtsnachteils in Betracht fällt.

3.1 In der Folge ist die Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Regierungsbeschlusses zu prüfen. Darin werden der Beschwerdeführer und seine Ehefrau aufgefordert, entweder in eine gemeinsame Wohnung zusammenzuziehen, oder dann ein gerichtliches Verfahren auf Scheidung, Trennung oder Eheschutz einzuleiten. Andernfalls sei die Fürsorgebehörde berechtigt, den Anspruch der Eheleute auf wirtschaftliche Hilfe im Sinne der Erwägungen neu zu berechnen. In den Erwägungen wurde ausgeführt, dass im Rahmen einer solchen (nach 2 Monaten vorzunehmenden) Neuberechnung nur noch von einer Unterstützungseinheit auszugehen und nur mehr ein Mietzins zu berücksichtigen sei.

B. 13.2

3.2 Ausgangspunkt bildet der Grundsatz, wonach der Beschwerdeführer und seine Ehefrau keinen Anspruch darauf haben, dass die Fürsorgebehörde für die gleiche Familie (Ehemann, Ehefrau und drei Kinder) auf Dauer zwei verschiedene Wohnungen (Haushalte) finanziert. Dazu folgendes Beispiel:

Familie A (Ehemann, Ehefrau, 3 Kinder) kann sich aufgrund eines kleinen Einkommens nur eine bescheidene Wohnung leisten (z.B. nicht jedem Kind steht ein eigenes Schlafzimmer zur Verfügung), damit u.a. die anfallenden Steuern bezahlt werden können.

Familie B (ebenfalls 5 Personen) verfügt über kein Einkommen und wird von der Wohnsitzgemeinde unterstützt, möchte aber in zwei Wohnungen leben (eine für den Ehemann, die andere für die Ehefrau mit den Kindern).

Es liesse sich im Regelfall nicht rechtfertigen, dass der Sozialhilfeanspruch der Familie B gegenüber der Wohngemeinde auf Dauer zwei Wohnungen umfassen würde, welche notabene u.a. von der sich einschränkenden Familie A mit ihren Steuerzahlungen mitzufinanzieren wäre. Anders zu entscheiden wäre dann, wenn ein gerichtliches Verfahren auf Scheidung, Trennung oder Eheschutz eingeleitet wird oder bereits pendent ist, oder wenn triftige (wichtige) Gründe für ein getrenntes Wohnen gegeben sind (dies wäre beispielsweise dann anzunehmen, wenn eine Scheidung aufgrund der Religion der Eheleute nicht in Frage käme, indessen ein Zusammenleben - beispielsweise wegen Gewaltexzessen - den betroffenen Familienmitgliedern nicht mehr zumutbar wäre).

Im Einklang mit diesen Ausführungen wird auch in den SKOS-Richtlinien festgehalten, dass die auf dem getrennten Wohnen von verheirateten Personen beruhenden Mehrauslagen lediglich dann zu berücksichtigen sind, wenn das Getrenntleben gerichtlich geregelt ist oder sonst wichtige Gründe dafür vorhanden sind. Letzteres kann z.B. bei beruflichen Umständen der Fall sein oder wenn ein Zusammenleben nicht zumutbar ist (vgl. Ziffer F.3.2, Blatt F.3-3 der SKOS-Richtlinien; vgl. dazu auch die Ausführungen von Peter Stadler, Wie ist die Sozialhilfe zu bemessen, wenn Eheleute nicht zusammenwohnen und das Getrenntleben nicht gerichtlich geregelt ist, in: ZeSo 2001, S. 70 ff.). Diesbezüglich wird vom Beschwerdeführer nichts vorgebracht. Weder hat der Beschwerdeführer glaubhaft gemacht, dass aus religiösen Gründen eine Scheidung ausser Betracht falle, noch hat er substantiiert dargelegt, welche wichtigen Gründe einem erneuten Zusammenleben entgegenstehen.

Bei dieser Sachlage sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass bei unverändertem Status des Beschwerdeführers (ungetrennte Ehe) die Fürsorgebehörde nicht auf Dauer zwei verschiedene Wohnungen in der gleichen Gemeinde zu finanzieren hat und dementsprechend nach einer gewissen Frist eine neue Berechnung vorzunehmen ist. Diesbezüglich ist allerdings die Formulierung in Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides nicht ganz überzeugend ausgefallen. Zum einen erweckt die Formulierung den Anschein, dass «der Staat den Beschwerdeführer zur Scheidung zwingen wolle». Zum andern wurde in Dispositiv-Ziffer 2 nicht festgehalten,

ab wann die darin enthaltene Zweimonatsfrist zu laufen beginne. In Anbetracht dieser Umstände, der zwischenzeitlich vergangenen Zeit und da die Fürsorgebehörde im Beschluss Nr. 39 vom 23. März 2004 in Dispositiv-Ziffer 7 ohnehin eine Neuberechnung des Anspruchs gegen Ende Februar 2005 vorgesehen hat, drängt es sich auf, Dispositiv-Ziffer 2 wie folgt abzuändern: «Ab 1. März 2005 hat die Fürsorgebehörde nur noch von einer Unterstützungseinheit auszugehen und nur noch einen Mietzins zu berücksichtigen, es sei denn, dass bis zu diesem Zeitpunkt ein gerichtliches Verfahren auf Scheidung, Trennung oder Eheschutz eingeleitet worden ist.» Kommt es beispielsweise zu einer gerichtlichen Trennung, liegt eine Grundlage vor, welche es der Fürsorgebehörde erlaubt, inskünftig weiterhin von zwei Unterstützungseinheiten (Wohnungen) auszugehen. Soweit der Beschwerdeführer im Eventualfall sinngemäss fordert, bei einer Bestätigung dieser Dispositiv-Ziffer 2 sei die Fürsorgebehörde zu verpflichten, sämtliche Gerichts-, Porto- und sonstigen Kosten übernehmen zu müssen, ist klarzustellen, dass es nicht Aufgabe der Sozialhilfe ist, die in anderen Verfahren und Prozessen anfallenden Kosten zu tragen. Vielmehr hat der Sozialhilfeempfänger die Möglichkeit, im jeweiligen Verfahren bei der zuständigen Instanz die unentgeltliche Rechtspflege und allenfalls auch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu beantragen (vgl. dazu EGV-SZ 1998, Nr. 22, S. 72 f.).
(VGE 907/04 vom 10. Dezember 2004).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB)

- *Ernstgemeinter freiwilliger Eintritt bzw. Verbleib des Patienten in einer Institution; bisheriges Verhalten des Patienten wiegt grundsätzlich stärker als Beteuerungen (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

3.3 Die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist nur zulässig, wenn einer Person «die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann». Die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist somit nötig, sofern der Patient der erforderlichen persönlichen Fürsorge, welche in der Unterbringung in einer geeigneten Institution mit Gewährung von Kost und Logis, Arbeit, Sozialkontakten, medikamentöser Überwachung und Kontrolle des Gesundheitszustandes etc. besteht, nicht freiwillig zustimmt. Liegt aber ein ernstgemeinter freiwilliger Eintritt bzw. Verbleib des Patienten in der Institution (Anstalt) vor, so besteht kein Raum für einen fürsorgerischen Freiheitsentzug (vgl. AGVE 1992 Nr. 31, S. 279 ff.; AGVE 1990, 217; Spirig, ZH-Kom-

B. 16.1

mentar, N 187, 188, 193 zu Art. 397a ZGB; Geiser, BA-Komm. in Analogie zu N 4 S. 1954).

Vorliegend ist festzuhalten,

- dass der Patient eine bemerkenswerte Krankheitseinsicht zeigt (...);
- dass der Patient seit seinem Übertritt von ... ins ... eine gute Compliance an den Tag legt;
- dass er vertragsfähig ist, sowohl was die Einhaltung der ärztlich verordneten Medikation wie auch was die Einhaltung der Hausordnung anbelangt;
- dass er bei der gerichtlichen Befragung erklärte, er habe ein gutes Verhältnis zum Psychiater (...);
- dass er die Medikation nicht absetzen wolle, sondern diese in Absprache mit Dr. ... nehmen wolle ...;
- dass er seit langer Zeit jeweils die Wochenenden bei seinen Eltern in ... oder bei seinem Bruder in ... verbringt, wobei er den Weg von ... nach ... (hin und zurück) mit den öffentlichen Verkehrsmitteln alleine und selbständig zurücklegt (er ist Inhaber eines Generalabonnements) und sich am Sonntagabend immer pünktlich wieder ... zurückmeldet;
- dass der Patient in der offenbar recht offen geführten Institution ... nie ausgebrochen ist (...).

Ob ein ernstgemeinter freiwilliger Verbleib des Patienten in ... bejaht werden kann, beurteilt sich in erster Linie aufgrund des bisherigen Verhaltens und lediglich in zweiter Linie aufgrund der Aussagen und Beteuerungen des Patienten. Fakten kommen bei der richterlichen Überzeugung mehr Gewicht zu als blossen verbalen Versprechen (vgl. hierzu auch AGVE 1992, 279 ff.). Der Patient hat indessen – wie dargelegt - den Tatbeweis dafür, dass er freiwillig auf längere Zeit in ... bleiben will, erbracht, sodass das Gericht seiner im Beschwerdeverfahren schriftlich und mündlich gemachten Aussage, wonach er aus eigener Erkenntnis die Absicht habe, auf unbestimmte (längere) Zeit in ... zu bleiben, Glauben schenken kann. Sollte der Patient einmal konkrete Austrittsabsichten hegen und Schritte unternehmen, um diese in die Tat umzusetzen, so könnte dannzumal von der Vormundschaftsbehörde immer noch eine FFE-Rückbehaltungsverfügung geprüft werden, sofern dannzumal aufgrund der Meinungsäusserung von Fachleuten (insbesondere Facharzt und Leitung der Institution ...) vom Patienten eine Wohn- und Beschäftigungssituation angestrebt werden sollte, bei der die für ihn erforderliche persönliche Fürsorge nicht gewährleistet wäre. Gleiches gilt, sofern der Patient infolge Auftretens eines akuten Krankheitsschubes die Compliance und Vertragsfähigkeit verlieren sollte und auf sofortigen Austritt drängen würde.

Für den Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung und für den Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung erweist sich aber der fürsorgerische Freiheitsentzug weder nötig noch zulässig, da der Patient durch sein Verhalten und durch seine Absichtserklärungen bewiesen hat, dass er ernsthaft und längerfristig freiwillig in ... bleiben will.

(VGE 862/04 vom 9. Juli 2004).

16.2 Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB)

- *Zuständigkeit; Vorgehensweise bei Kollision interkantonalen Normen (siehe EGV-SZ 2004, B 1.1).*

16.3 Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB)

- *Unentgeltliche Rechtsverteidigung: wann ist Verteidigung notwendig? (siehe EGV-SZ 2004, B 1.9).*

16.4 Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)

- *Begriff der Arrondierung / Verhältnis des BGBB zum RPG.*

Aus dem Sachverhalt:

A. (= Beschwerdeführer Ziff. 1) und B. (= Beschwerdeführerin Ziff. 2) stellten beim Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Schwyz das Gesuch um Abparzellierung von maximal 310 m² ab GBN X. zur Arrondierung von GBN Y. Das kantonale Volkswirtschaftsdepartement verweigerte seine Zustimmung. Hiergegen erhoben A. und B. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 sei ungenügend erschlossen.

3.1 Das BGBB hat mit dem RPG entsprechend der jeweiligen verfassungsmässigen Grundlage teilweise gleichlautende Zielsetzungen, regelt aber in erster Linie verschiedene Sachgegenstände. Diesem Umstand ist bei der Berücksichtigung der Kriterien des einen Gesetzes bei der Anwendung des anderen im Zusammenhang mit (zonenkonformen) Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone gebührend Rechnung zu tragen (vgl. Markus Joos, Kommentar Raumplanungsgesetz, Zürich 2002, S. 157).

3.2 Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des RPG bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 24c RPG; § 72 Abs. 1 PBG). Allfällige Änderungen (z.B. Vergrösserungen / Umgestaltungen) an diesen Bauten werden u.a. an die Bedingung geknüpft, dass keine neuen Auswirkungen auf die Erschliessung geschaffen werden. Das gleiche gilt auch für Zweckänderungen ohne

B. 16.4

bauliche Massnahmen nach Art. 24a RPG (vgl. Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3.A. Bd. 1, Zürich 1999, Rz. 720 ff.).

4.1 Es ist fraglich, ob der Begriff der «Arrondierung» auch eine Verbesserung der Erschliessung einer nicht zonenkonformen Baute in der Landwirtschaftszone miteinschliesst. Selbst wenn dies grundsätzlich bejaht werden könnte, zeigt der im Recht liegende Plan, dass mit dem geplanten Erwerb einer Fläche von (maximal) 310m² jedenfalls weder bezüglich der Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 noch bezüglich der Liegenschaft der Beschwerdeführerin Ziff. 2 von einer «Arrondierung» gesprochen werden kann. Insbesondere das im bestehenden Zustand geometrisch wohlstrukturierte Grundstück des Beschwerdeführers Ziff. 1 würde in eine unförmige Gestalt überführt, die nicht mehr unter den Begriff der «Arrondierung» subsumiert werden kann. Selbst wenn mit Blick auf einen allfälligen, raumplanungsrechtlich bewilligungsfähigen Anbau der Begriff der Arrondierung allenfalls auch ein weiteres Verständnis beinhalten könnte, so ist dies vorliegend angesichts der fehlenden Bewilligungsfähigkeit für den geplanten Garagenanbau - was im Übrigen nicht bestritten wird - gerade zu verneinen.

4.2 Die Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 befindet sich in der Landwirtschaftszone und steht somit unter dem Schutz der raumplanungsrechtlichen Bestandesgarantie. Für die Erweiterung des bestehenden Wohnhauses wurde dem Beschwerdeführer Ziff. 1 bereits eine Erweiterung der Gesamtnutzfläche um 82m² zugestanden, womit das zulässige Mass von 100m² fast ausgeschöpft wurde. Wie vorstehend dargelegt, steht diese maximal zulässige Erweiterung in engem Konnex mit der Voraussetzung, dass durch die Erweiterung keine Auswirkungen auf die Erschliessung verbunden sind. Es ist davon auszugehen, dass die Errichtung eines neuen (privaten) Zufahrtsweges auf dem Wege einer Grundstück-«Arrondierung» gestützt auf Art. 60 BGGB einer unzulässigen Umgehung der raumplanungsrechtlichen Bestimmung gleichkäme.

4.3 Was die Frage der genügenden Erschliessung anbelangt, ist an dieser Stelle vergleichsweise auf VGE 1038/98 vom 13. November 1998 zu verweisen. In diesem Verfahren war die Frage der genügenden Erschliessung im Zusammenhang mit der Erweiterung (Aufstockung) eines in der Bauzone liegenden bestehenden Einfamilienhauses, welches als altrechtliche Baute von der Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG profitierte, zu beurteilen. Das Verwaltungsgericht hielt u.a. fest (Erw. 3.a), dass es gerechtfertigt sei, Umbauten, Erweiterungen und Zweckänderungen zu gestatten (und als Ausnahmefälle zu betrachten), wenn sie keine wesentliche Mehrbelastung bringen, selbst wenn die Erschliessung nicht als genügend im Sinne von § 37 PBG qualifiziert werden könne, weil sie die Anforderungen nicht erfüllten, die für neue Erschliessungen aufgestellt seien.

In reziproker Anwendung auf nichtzonenkonforme Bauten in der Landwirtschaftszone ist aus dieser Rechtsprechung zu folgern, dass eine Ände-

zung einer bestehenden Erschliessung, selbst wenn sie verbesserungsfähig wäre, jedoch nicht als ungenügend zu qualifizieren ist, unbesehen der angeführten rechtlichen Grundlagen (BGBB oder RPG) nur äusserst restriktiv zu bewilligen ist. Dass die Liegenschaft GB 4967 bis anhin (für den motorisierten Zugang) ungenügend erschlossen war, kann entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht nicht gesagt werden angesichts der Tatsache, dass die Liegenschaften des Beschwerdeführers sowie die anstossende Liegenschaft KTN 2951 zusammen über vier Fahrzeuge halten und benützen (vorstehend Erw. 2.1).

4.4 Was die Erschliessung der Liegenschaft des Beschwerdeführers konkret anbelangt, haben die verwaltungsgerichtlichen Abklärungen beim zuständigen Grundbuchamt Folgendes ergeben.

Zu Gunsten der Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 ist auf der Liegenschaft des Nachbargrundstücks ein «Fahrwegrecht» eingetragen und auf der Liegenschaft der Beschwerdeführerin Ziff. 2 ein «Fuss- und Fahrwegrecht». Dieses Fuss- und Fahrwegrecht über das Grundstück der Beschwerdeführerin Ziff. 2 besteht auch z.G. KTN 0000. Mit dem «Fahrwegrecht» (Verbindungsstück) über das Grundstück KTN 0000 wird dem Beschwerdeführer Ziff. 1 die Anknüpfung an den Fahrweg über die Liegenschaft der Beschwerdeführerin Ziff. 2 ermöglicht, welchem somit der Charakter einer (Fein-) Erschliessungsstrasse zukommt. ...

4.6 Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, weil

- einerseits die vorgesehene Abparzellierung nicht unter den Begriff der Arrondierung im Sinne von Art. 60 lit. c BGBB subsumiert werden kann, und zwar weder aus der Sicht der Zweckbestimmung der beantragten «Arrondierung» noch aus Sicht der Liegenschaftsform des Beschwerdeführers Ziff. 1,
- andererseits die Erschliessung grundsätzlich mit den raumplanungsrechtlichen Instrumenten zu sichern und zu gestalten ist, was bedeutet, dass die Instrumentalisierung der Arrondierungsmöglichkeit nach BGBB zu Erschliessungszwecken für nicht zonenkonforme Bauten in der Landwirtschaftszone zu einer Aushebelung der planungsrechtlichen Bestimmungen führen würde,
- schliesslich die Erschliessung der Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 hinreichend mit einem privatrechtlich, grundbuchlich gesicherten Fahrwegrecht gesichert ist.
(VGE 816/04 vom 25. Juni 2004).

Dieser Entscheid wurde mit Urteil 5A.32/2004 des Bundesgerichts vom 4. Februar 2005 bestätigt, u.a. mit folgender Begründung:

4.1 ... Das Verwaltungsgericht ist von einem engen Begriff der «Arrondierung» ausgegangen, was sich darin zeigt, dass es unter anderem auf die geometrische Struktur der Grundstücke abgestellt und unter Arrondierung wohl in erster Linie eine Grenzbereinigung verstanden hat. Indes ist der

B. 16.4

Anwendungsbereich von Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGb nicht auf einen solchen Sachverhalt beschränkt. In der parlamentarischen Beratung wurde als Beispiel für eine zulässige Arrondierung wiederholt das Beispiel eines Restaurants in der Landwirtschaftszone vorgebracht, das einen Anbau oder einen erweiterten Parkplatz realisieren muss (AB 1991 NR S. 1698, Voten Engler, Bundesrat Koller). In der Literatur wird zusätzlich noch ein Gemüsegarten erwähnt, zu dessen Anlegung eine Arrondierung zulässig ist (Christoph Bandli, in: Das bäuerliche Bodenrecht, 1995, N. 11 zu Art. 60 BGGb).

4.2 Nicht zu beanstanden ist dagegen, wenn das Verwaltungsgericht die Ausnahmebestimmung auch mit Blick auf das Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700) ausgelegt hat. Das RPG und das BGGb haben zumindest teilweise gleichlaufende Zielsetzungen (BGE 121 II 307 E. 5b S. 313). Insbesondere mit dem Realteilungs- und Zerstückelungsverbot des BGGb hat der Gesetzgeber das auch dem RPG zugrunde liegende Gebot der haushälterischen Bodennutzung (Art. 1 Abs. 1 RPG) für den Bereich des landwirtschaftlich genutzten Landes konkretisiert (Urteil des Bundesgerichts 1A.107/1994 vom 15. August 1995, E. 2c, publ. in: ZBl 97/1996 S. 321). Bodenrechtliche und raumplanungsrechtliche Verfahren sind daher zu koordinieren (BGE 125 III 175 E. 2c S. 180). Art. 4a Abs. 1 der Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht (VBB; SR 211.412.110) sieht eine solche Verfahrenskoordination bei der Bewilligung von Ausnahmen vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot denn auch ausdrücklich vor, wenn auf dem betroffenen Grundstück eine Baute oder Anlage besteht und sich diese ausserhalb der Bauzone im Sinne des Raumplanungsrechts befindet. In diesen Fällen entscheidet die Bewilligungsbehörde gemäss BGGb in der Regel erst, wenn eine rechtskräftige raumplanungsrechtliche Verfügung vorliegt, in der die Rechtmässigkeit der Nutzung der betreffenden Baute oder Anlage festgestellt wird (Art. 4a Abs. 2 VBB). Eine analoge Bestimmung findet sich in Art. 49 der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1).

Im vorliegenden Fall befindet sich zwar auf dem abzuparzellierenden Grundstücksteil keine Baute oder Anlage, eine solche ist erst nach der Arrondierung geplant. Dennoch kann auf eine Verfahrenskoordination nicht verzichtet werden und eine Arrondierung ist nur zu bewilligen, wenn der beabsichtigte Verwendungszweck mit dem RPG zu vereinbaren ist (BGE 125 III 175 E. 2c S. 180; Christoph Bandli, a.a.O., N. 11 zu Art. 60 BGGb; Meinrad Huser, Die bauliche Nutzung von Nichtbaugelände, Baurecht 1999, S. 39). Das Verwaltungsgericht hat daher zu Recht die Ausnahmebewilligung im Hinblick auf den geplanten Garagenbau verweigert, da dieser - von den Beschwerdeführern unbestritten - nach RPG nicht bewilligt werden kann.

Unbehelflich ist der Hinweis der Beschwerdeführer - offenbar unter Bezugnahme auf die entsprechenden Beispiele bei Christoph Bandli (a.a.O., N 11 zu Art. 60 BGGb) - es sei denkbar, auf dem strittigen Grundstücksteil einen Anbau zu errichten oder einen Gemüsegarten anzulegen,

dem die Raumplanungsgesetzgebung nicht entgegenstehe. Die Beschwerdeführer haben ihr Gesuch zum Zweck der Erstellung einer Garage mit Erschliessung eingereicht. Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB gibt keinen Anspruch darauf, unbesehen des konkreten Verwendungszweckes bis zu 1'000m² zu arrondieren. Sollten die Beschwerdeführer beabsichtigen, auf dem strittigen Grundstücksteil z.B. einen Gemüsegarten anzulegen, können sie dafür ein neues Gesuch einreichen. Im vorliegenden Verfahren ist darüber nicht zu befinden.

4.3 Damit stellt sich die Frage, ob die Ausnahmegewilligung allein zum Zweck der Erschliessung des Grundstücks (ohne Garage) des Beschwerdeführers Ziff. 1 gewährt werden kann. ... Die Bewilligung einer Ausnahme nach Art. 60 BGGB beurteilt sich nach objektiven Gründen (BGE 125 III 175 E. 2c, S. 179). Gemäss verbindlicher Feststellung des Verwaltungsgerichts (Art. 105 Abs. 2 OG) ist die Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. 1 hinreichend erschlossen. Es besteht damit für eine zusätzliche Erschliessung - insbesondere da die geplante Garage nicht realisiert werden kann - keine Notwendigkeit. Die Verweigerung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB verletzt folglich Bundesrecht nicht.

(BGE 5A.32/2004 vom 4. Februar 2005).

18. Verschiedenes

18.1 Opferhilfe

- *«Weitere (juristische) Hilfe» nach Art. 3 Abs. 4 OHG; Abgrenzung zur Soforthilfe; Verhältnis zur unentgeltlichen Rechtspflege.*

Aus dem Sachverhalt:

A. erlitt bei einem Verkehrsunfall diverse Verletzungen. Am 4. Dezember 2002 ersuchte er beim Untersuchungsrichter des Bezirksamtes Schwyz um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Untersuchungs- und Gerichtsverfahren sowie der unentgeltlichen Rechtsvertretung, was ihm gewährt wurde. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2002 wurde A. die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt. Das Bezirksgericht Schwyz sprach den Unfallverursacher ... von Schuld und Strafe frei. Sowohl A. als auch die Staatsanwaltschaft legten gegen dieses Urteil des Bezirksgerichtes Schwyz Berufung ein.

Das Amt für Gesundheit und Soziales wies in der Folge ein Gesuch von A. um Übernahme von weiterer Hilfe gemäss Art. 3 Abs. 4 Opferhilfegesetz ab.

B. 18.1

Aus den Erwägungen:

1. Mit dem Opferhilfegesetz soll das Ziel erreicht werden, Opfern von Straftaten wirksame Hilfe zu leisten und ihre Rechtsstellung zu verbessern (vgl. Art. 1 Abs. 1 Opferhilfegesetz [OHG, SR 312.5]). Die Hilfe umfasst u.a. Beratung der Opfer (Art. 1 Abs. 2 lit. a OHG). ...

Die Beratung wird im 2. Abschnitt in den Art. 3 u. 4 OHG geregelt. Sie obliegt den Beratungsstellen. Die Beratungsstellen übernehmen gemäss Art. 3 Abs. 4 OHG weitere Kosten wie Arzt-, Anwalts- und Verfahrenskosten, soweit dies aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist. Im Kanton Schwyz ist das Amt für Gesundheit und Soziales gemäss § 4 Abs. 2 lit. c der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 12. August 1998 (SRSZ 381.111) u.a. zuständig, um Kostengutsprachen für Soforthilfe über Fr. 5'000.– und für weitere Hilfe im Sinne von Art. 3 Abs. 4 OHG zu erteilen sowie weitere Kosten definitiv zu übernehmen.

3.1 In Art. 3 Abs. 4 OHG wird unterschieden zwischen den unentgeltlichen Leistungen der Beratungsstellen (Variante Ia) und der Soforthilfe Dritter (Variante Ib) einerseits, sowie der Übernahme weiterer Kosten (wie Anwaltskosten) durch die Beratungsstellen andererseits (Variante II). Unter Leistungen der Beratungsstellen (Ia) sind die von der Beratungsstelle selbst erbrachten Leistungen zu verstehen, die ungeachtet des Zeitpunkts, in dem sie erbracht werden, vom Opfer nicht zu bezahlen sind. Die Variante Ia liegt klarerweise nicht vor.

3.2 Soforthilfe Dritter (Ib) ist diejenige Hilfe, welche die Beratungsstelle dem Opfer vermittelt, also medizinische, psychologische, soziale, materielle oder juristische Hilfe. ...

Für das Opfer unentgeltlich ist stets auch die juristische Soforthilfe. Steht Anwaltshilfe zur Diskussion, so geht der Anspruch auf Kostenvergütung durch die Beratungsstelle zunächst allen anderen Ansprüchen vor. Jedenfalls hat die Beratungsstelle zunächst einmal Kostengutsprache zu leisten, sofern Anwaltshilfe erforderlich ist. Beispielsweise macht die Eröffnung einer Verfügung oder eines Urteils mit Rechtsmittelfrist eine sofortige juristische Intervention notwendig. Um Soforthilfe handelt es sich mithin, wenn eine Intervention gefordert wird, die keinen Aufschub erträgt. Diese Kostengutsprache hat den Sinn einer Ausfallgarantie (Peter Gomm/Peter Steiner/Dominik Zehnter, Kommentar zum Opferhilfegesetz, N 43 ff. zu Art. 3 OHG). Dabei kommt der subsidiäre Charakter der Opferhilfe zum Tragen, d.h. der Beratungsstelle steht ein Regressrecht gegenüber dem Täter oder seiner Haftpflichtversicherung zu (Gomm/Steiner/Zehnter, a.a.O., N 41 f. zu Art. 3 OHG). Nachdem sich vorliegend der Unfall mit körperlicher Beeinträchtigung des Beschwerdeführers vor über zwei Jahren ereignete und zwischenzeitlich bereits ein erstinstanzliches Strafurteil mit Freispruch des Angeklagten erging, kann nicht mehr von zeitlicher Dringlichkeit gesprochen werden.

Somit liegt auch nicht die Fallkonstellation Ib vor.

4.1 Die juristische Hilfe kann aber auch unter den Begriff der «weiteren Kosten» fallen (Variante II). In diesem Fall wird vorausgesetzt, dass die Hilfeleistung «aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist».

Der Ersatz «weiterer Kosten» (z.B. von Anwalts- und Verfahrenskosten) nach Art. 3 Abs. 4 Satz 2 OHG greift - wie die juristische Soforthilfe - subsidiär zur unentgeltlichen Rechtspflege nur ein, soweit diese sich unter dem Blickwinkel des wirksamen Opferschutzes als unzureichend erweist (Urteil 1A.165/2001 der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 4. März 2002 i.S. R., Erw. 5, Absatz 2 mit Hinweis auf BGE 122 II 211 Erw. 4b). Umgekehrt erweitert das OHG den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht (ebenda Erw. 5 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Im Schwyzerischen Recht sieht § 19 Abs. 2 der Strafprozessordnung vom 28. August 1974 (StPO; SRSZ 233.110) die Möglichkeit vor, dem Geschädigten und dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, soweit dies erforderlich ist; im Übrigen werden die Bestimmungen der Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974 (ZPO; SRSZ 232.110) für anwendbar erklärt. § 74 ZPO regelt die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung; gemäss § 77 ZPO kann unter denselben Voraussetzungen auch ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden. Das entsprechende Gesuch kann jederzeit bis zur Erledigung des Prozesses gestellt werden (§ 79 Abs. 1 ZPO).

4.2 Raum für opferrechtliche Leistungen besteht somit zum einen bezüglich der Kosten für ausser- und vorprozessuale anwaltliche Bemühungen, da das Opfer darauf angewiesen ist, schon vor Einleitung eines Prozesses möglichst bald anwaltschaftliche Hilfe zu erhalten (Gomm/Stein/Zehntner, a.a.O., N 54 zu Art. 3), mithin zu einem Zeitpunkt, in dem das Opfer noch nicht weiss, ob seine Kosten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung in einem anschliessenden Verfahren, sofern es überhaupt zu einem solchen kommt, vergütet werden. Diese Kosten dürften, da sie regelmässig im Zusammenhang mit einer unverzüglich erforderlichen (ersten) juristischen Intervention anfallen und das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit erfüllen, von der Opferhilfestelle im Rahmen der juristischen Soforthilfe gemäss vorstehender Erw. 3.2 gut zu sprechen sein.

Zum andern kommen opferrechtliche Leistungen grundsätzlich auch dann in Frage, wenn das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung wegen der finanziellen Situation des Opfers abgewiesen wurde, setzt doch der Anspruch auf opferrechtliche Leistungen anders als in der Regel der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht voraus, dass das Opfer mittellos bzw. bedürftig ist (Weisshaupt, a.a.O., S. 352). Indessen sind in diesem Fall die «persönlichen Verhältnisse des Opfers» zu berücksichtigen, womit insbesondere die finanzielle Leistungsfähigkeit des Opfers angesprochen wird

B. 18.1

(vgl. erwähntes Urteil 1A.165/2001 des Bundesgerichts vom 4. März 2002 Erw. 5 Absatz 1).

In zeitlicher Hinsicht unterliegt der Anspruch gemäss Art. 3 OHG im Gegensatz zum Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung (der innert zwei Jahren nach der Straftat geltend gemacht werden muss, Art. 16 Abs. 3 OHG) keinerlei Einschränkung, weshalb das Opfer unabhängig vom Zeitpunkt der Straftat die Finanzierung einer Hilfeleistung beanspruchen kann, wobei dies für die (juristische) Soforthilfe begriffsimmanent keine Geltung haben kann.

Generell ist somit zu folgern, dass ein Anwalt, sobald er sich mit der Sache befasst und dem Opfer eine Kostengutsprache als Ausfallgarantie unter dem Titel der Soforthilfe gewährt wurde, zunächst versuchen muss, die Kosten anderweitig erhältlich zu machen, wobei neben Rechtsschutzversicherungen der Opfer auch die Beiordnung des Anwalts auf dem Wege der unentgeltlichen Rechtspflege in Frage kommt (Gomm/Steiner/Zehnter, a.a.O., N 46 zu Art. 3 OHG). Unter Verweis auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 6. September 1993 weisen Gomm/Stein/Zehntner (a.a.O., N 57 zu Art. 3) darauf hin, dass eine Verweigerung der Anwaltskostenübernahme mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Prozessführung nur dann tunlich sei, wenn ein solcher Anspruch klar gegeben und der Fall bereits prozessreif sei. Aus der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege und der Verbeiständung gestützt auf Art. 3 Abs. 4 OHG ergibt sich weiter, dass bzgl. der Kostengutsprache unter dem Titel der «weiteren Hilfe» vorerst zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen der (verfahrensrechtlichen) unentgeltlichen Rechtspflege gegeben sind. Wird dem Opfer aufgrund des kantonalen Rechts bereits ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, rechtfertigt sich eine Übernahme der Kosten nach Art. 3 Abs. 4 OHG nicht (Kommentar StGB, Rehberg, 1999 zu Art. 3 OHG). Ist dies nicht der Fall, hat die Opferstelle zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 4 OHG gegeben sind, wobei sie die Übernahme solcher Kosten verweigern kann, wenn diese offensichtlich nutzlos aufgewendet erscheinen (BGE 122 II 211 Erw. 4.b). Muss die Leistung aufgrund der «persönlichen Verhältnisse» des Opfers angezeigt sein, bedeutet dies in erster Linie, dass sie von dessen finanzieller Leistungsfähigkeit abhängig ist, d.h. in erster Linie fällt die Bedürfnislage des Ansprechers als Ganzes in Betracht (BGE 122 II 315 Erw. 4.c; BGE 122 II 211 Erw. 4b).

5.2 Angesichts der vorstehend dargelegten Erwägungen rechtlicher Art besteht bei dieser Sachlage aufgrund des subsidiären und komplementären Charakters der «weiteren Hilfe» nach Art. 3 Abs. 4 OHG kein diesbezüglicher Anspruch der Beschwerdeführers. Das Verfahren ist nicht nur weit über das Stadium der Untersuchungen und Prozessvorbereitung / Prozessreife hinaus fortgeschritten, sondern es liegt bereits ein erstinstanzlicher Entscheid vor, der mittlerweile vor zweiter Instanz hängig ist. Neben der für die Anfangsphase gesprochenen Opfer-Soforthilfe wurde dem Beschwerdeführer vom Bezirksamt für die Untersuchungs- und Gerichtsverfahren die un-

entgeltliche Rechtspflege gewährt; die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren wurde zudem vom Bezirksgericht gewährt. Bei einer summarischen Prüfung darf davon ausgegangen werden, dass ihm auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird: gemäss seinen eingereichten Unterlagen ist er nach wie vor bedürftig; die Berufungserklärung seitens der Staatsanwaltschaft spricht gegen die Aussichtslosigkeit der Berufung.

(VGE 1005/04 vom 16. April 2004).

2. Baurecht

2.1 Behindertengerechtes Bauen

- *Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002 (Erw. 4.1.1 - 4.1.2).*
- *Tragweite von § 57 Abs. 1 PBG (Erw. 4.2.1).*
- *Überprüfungsbefugnis des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz bei der Anwendung von kommunalem Baurecht (Erw. 4.2.2).*
- *Ausnützungsbonus als Fördermassnahme für behindertengerechtes Bauen (Erw. 4.2.3).*
- *Beurteilung des Bauvorhabens im Lichte der Norm 521.500 „Behindertengerechtes Bauen“ (Erw. 4.3 - 4.4.6).*

Aus den Erwägungen:

4. Im Weiteren bringen die Beschwerdeführer vor, das Bauvorhaben überschreite die zulässige Ausnützungsziffer von 0.6 in der Wohnzone W3 (Art. 44 Abs. 3 des Baureglementes der Gemeinde Feusisberg [BauR]). Bei einer anrechenbaren Landfläche von 2'284 m² (Art. 29 BauR) betrage die reglements-konforme Bruttogeschossfläche (BGF) maximal 1'370.4 m², bewilligt worden seien jedoch 1'708.86 m². Diese Übernutzung basiere einerseits auf dem zu Unrecht gewährten Bonus von 20% für behindertengerechtes Bauen gemäss Art. 28 Abs. 4 BauR und andererseits ...

4.1.1 Am 1. Januar 2004 ist das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3/BehiG) in Kraft getreten. Das Gesetz enthält u.a. auch neue Vorschriften für das Bauen und bezweckt in diesem Bereich, Menschen mit einer Behinderung den Zugang zu einer Baute, einer Anlage oder einer Wohnung unbeschwert zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 BehiG). Das Behindertengleichstellungsgesetz erfasst nebst öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen sowie Gebäuden mit mehr als 50 Arbeitsplätzen (u.a.) auch Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten, für deren Erstellung oder Erneuerung eine Baubewilligung erforderlich ist (Art. 3 lit. c BehiG). Insofern ist das Gesetz grundsätzlich auch auf das Bauvorhaben der Beschwerdegegner anwendbar.

4.1.2 Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, dass dieses Gesetz das

behindertengerechte Bauen zwingend vorschreibe. Es fehle deshalb der extremen Interpretation der kommunalen Nutzungsvorschriften durch die Vorinstanz im Sinne eines Ausnützungsbonus von 20% zu Gunsten der Bauherrschaft die Grundlage.

Das Behindertengleichstellungsgesetz ist jedoch erst nach dem hier angefochtenen Bauentscheid in Kraft getreten. Da überdies eine übergangsrechtliche Regelung fehlt, ist auf das zurzeit des erstinstanzlichen Entscheides geltende Recht abzustellen. Zwingende Gründe für eine ausnahmsweise Anwendung des neuen Rechts sind vorliegend keine auszumachen (Häfelein/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 325 ff.).

Das Behindertengleichstellungsgesetz verlangt zudem für private Wohnbauten lediglich die Gewährleistung des Zugangs für Behinderte zum Gebäude selbst und zu den einzelnen Stockwerken, nicht hingegen eine behindertengerechte Ausgestaltung des Wohnungsinnern oder der Nebenräume (wie Waschküche oder Kellerabteile; vgl. BBl 2001 1779; Baudepartement des Kantons St. Gallen, Juristische Mitteilungen 2004/I, S. 3 und S. 7). Beim Bauprojekt der Beschwerdegegner geht es jedoch auch um den behindertengerechten Ausbau im Innern der geplanten vierzehn Wohnungen, denn Art. 28 Abs. 4 BauR räumt den Ausnützungsbonus für Wohnungen ein, die als Ganzes den Richtlinien «Behindertengerechtes Bauen» (Norm SN 521 500) entsprechen. Das Behindertengleichstellungsgesetz steht ausdrücklich weiter gehenden kantonalen und kommunalen Bestimmungen nicht entgegen (Art. 4 BehiG; BBl 2001 1779).

4.2.1 Gemäss § 57 Abs. 1 PBG sind bei Bauten und Anlagen mit erheblichem Publikumsverkehr die dem Publikum zugänglichen Bereiche so zu gestalten, dass sie für Behinderte zugänglich und benutzbar sind. Mehrfamilienhäuser und Gebäude mit Arbeitsplätzen hingegen sind nach § 57 Abs. 2 PBG so zu gestalten, dass sie den speziellen Bedürfnissen von behinderten Personen angepasst werden können. Für die baulichen Anforderungen gelten nach § 36 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 (SRSZ 400.111/PBV) die Normen über behindertengerechtes Bauen als Richtlinien (gemeint ist damit die Norm SN 521 500 «Behindertengerechtes Bauen» des SIV/ASI, Ausgabe 1988, Leitfaden Ausgabe 1993 [kurz Norm]). Das kantonale Recht geht demnach vom Prinzip des anpassbaren Wohnungsbaus aus, d.h. Mehrfamilienhäuser sind hinsichtlich der Korridor- und Türbreiten sowie in Bezug auf die Zugänge zu den einzelnen Wohnungen im Grundriss so zu gestalten, dass die Wohnungen im Bedarfsfall den Bedürfnissen der Körper-, Hör- und Sehbehinderten angepasst werden können (§ 36 Abs. 1 PBV; Baudepartement des Kantons St. Gallen, Juristische Mitteilungen 2004/I, S. 6 f.).

Art. 12 Abs. 4 BauR beschränkt dieses Anpassbarkeitsprinzip auf Wohnungen im Erdgeschoss bei Mehrfamilienhäuser ab sechs Wohnungen. Diese doppelte Abweichung widerspricht dem kantonalen Recht (§ 57 Abs. 2 PBG). Vorliegend geht es jedoch um die Anwendung von Art. 28 Abs. 4 BauR, wonach bei jenen Wohnungen, welche der Norm SN 521 500 entspre-

C. 2.1

chen, nur 80% der ausgewiesenen Bruttogeschossfläche (Art. 28 Abs. 1-3 BauR) angerechnet wird; das behindertengerechte Bauen wird demnach mit einem Ausnützungsbonus von 20% belohnt. Dass hierfür mehr als die von Gesetzes wegen lediglich verlangte Möglichkeit der baulichen Anpassung vorgesehen werden muss, versteht sich von selbst.

4.2.2 Vorliegend geht es demnach um die Anwendung und Auslegung einer kommunalen Bauvorschrift. Die Aufsichts- und Beschwerdeinstanzen haben grundsätzlich die Rechtsnormen selbständig zu interpretieren und frei zu überprüfen. Es gibt jedoch Situationen, bei denen die Gemeindeautonomie bei der Auslegung kommunalen Rechts dennoch zu beachten ist. Zurückhaltung ist so z.B. bei der Überprüfung unbestimmter kommunaler Rechtsbegriffe zu üben. Denn die Gemeinde ist kraft ihrer Doppelstellung als Gesetzgeberin und Rechtsanwenderin in besonderem Masse dazu berufen, den Sinngehalt eines umstrittenen Begriffs oder einer umstrittenen Vorschrift zu ermitteln. Sie verfügt über sämtliche Materialien, vermag ihre Entscheidung auf eine umfassende Kenntnis der örtlichen Verhältnisse zu stützen und ist am ehesten in der Lage, die künftige Entwicklung vorzusehen. Vor allem in Zweifelsfällen, wenn die Auslegung schwierig ist und in besonderem Masse örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, kommt der Entscheidung der Gemeinde erhöhtes Gewicht zu. Mit Rücksicht auf Wesen und Schutzfunktion der Gemeindeautonomie rechtfertigt es sich deshalb, der Gemeinde in derartigen Fällen einen Beurteilungsspielraum im soeben umschriebenen Sinne zuzuerkennen. Dies hat zur Folge, dass der kommunale Verwaltungsakt von der übergeordneten kantonalen Behörde nur aufgehoben werden darf, wenn der Gemeinde im Zusammenhang mit der Anwendung der fraglichen Bestimmung auf den Einzelfall ein Missbrauch oder eine Überschreitung ihres Beurteilungsspielraums vorzuwerfen ist oder wenn sie verfassungsmässige Rechte des Bürgers verletzt hat. Liegt keine derartige Rechtsverletzung vor und hebt die kantonale Behörde einen vertretbaren Entscheid der Gemeinde dennoch auf, so verletzt sie die Gemeindeautonomie, denn sie masst sich damit eine Überprüfungsbefugnis an, die im Wesentlichen einer Ermessenskontrolle gleichkommt und folglich dem Wesen der Gemeindeautonomie widerspricht (§ 46 Abs. 2 VRP; RRB Nr. 848/2003 vom 1. Juli 2003, E. 7.1.4 mit Hinweis auf BGE 96 I 396 E. 4; VGE 955/02 und 956/02 vom 21. Mai 2003; EGV-SZ 1998, Nr. 2).

4.2.3 Mit dem Ausnützungsbonus nach Art. 28 Abs. 4 BauR soll behindertengerechtes Bauen gefördert werden. Gleichzeitig soll auf diese Weise zu Gunsten des Bauherrn für eine im Verhältnis zur baurechtskonformen Bauweise erbrachte Mehrleistung ein Ausgleich geschaffen werden. Diese Mehrleistung besteht in der Realisierung von aufwändigeren planerischen und baulichen Massnahmen, die für die Zugänglichkeit und Benutzbarkeit eines Gebäudes durch behinderte Personen notwendig sind. Sie muss aber eindeutig über das gesetzliche Minimum hinausgehen. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich mit dem neuen Behindertengleich-

stellungsgesetz, das auf den vorliegenden Fall jedoch (noch) nicht anwendbar ist, eine solche Mehrleistung nur noch auf das Wohnungsinnere beziehen kann, da die behindertengerechte Zugänglichkeit der Wohnungen nun von Gesetzes wegen verlangt ist (s. vorstehend E. 4.1.2). Ob unter diesem neu-rechtlichen Aspekt ein Ausnützungsbonus von 20 % noch gerechtfertigt ist, erscheint deshalb fraglich, zumindest müsste die Vorinstanz ihre Praxis, auch die Erschliessungsflächen (wie Korridore, Treppen, Lift) ausnützungsmässig zu privilegieren, überdenken, da diese nun zwingend behindertengerecht ausgestaltet werden müssen. Weil geltende Bauvorschriften jedoch eingehalten werden müssen, fällt eine zusätzliche Belohnung hiefür ausser Betracht.

4.3 Es ist somit im Folgenden zu prüfen, ob das Bauvorhaben der Beschwerdegegner den Anforderungen des behindertengerechten Bauens nach der Norm SN 521 500 gerecht wird. Diese Angaben müssen sich aus den Baugesuchsunterlagen (gemäss Art. 58 Abs. 1 BauR, insbesondere lit. c, d und f) ergeben. Sind sie ausgewiesen, müssen nicht noch spezielle Nebenbestimmungen in die Baubewilligung aufgenommen werden, da nach den bewilligten Bauplänen, die Bestandteil des Bauentscheides sind, gebaut werden muss, was im Rahmen der Baukontrolle und durch allfällige Vollstreckungsmassnahmen sicherzustellen ist. Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz in Bezug auf diese Fragen einen Fachbericht (des Planungsbüros ...) eingeholt und darauf abgestellt hat (Art. 58 Abs. 3 BauR). Schliesslich darf für die diesbezügliche Beurteilung auch die Stellungnahme vom 30. April 2003 der Procap March-Höfe des Schweizerischen Invalidenverbandes, Beratungsstelle für behindertengerechtes Bauen, Kanton Schwyz, beigezogen werden. Auch wenn dieser Bericht zuhanden der Bauherrschaft abgegeben wurde, stellt er kein einseitiges Parteigutachten dar, zumal er ausdrücklich Änderungsvorschläge beinhaltet. Zu beachten ist allerdings, dass dieser Bericht sich lediglich auf die anpassbare Bauweise im Sinne von § 57 Abs. 2 PBG beschränkt (s. vorstehend E. 4.2.1). Art. 28 Abs. 4 BauR verlangt jedoch ausdrücklich, dass Wohnungen den erwähnten Richtlinien entsprechen und nicht nur den Richtlinien entsprechend anpassbar sein müssen. Nicht zu bemängeln ist darum in diesem Zusammenhang auch, dass die Vorinstanz von der Gebäudekategorie B «Wohnen» und dem Dringlichkeitsgrad «unumgänglich» ausgeht (Ziff. 12.04 und Ziff. 12.05 Norm). Ebenso sachgerecht ist es, wenn die kommunalen Baubehörden bei der Überprüfung der Einhaltung der Norm auch den konkreten, insbesondere örtlichen Verhältnissen Rechnung trägt. Es ist deshalb mit dem Beurteilungsspielraum, der der Vorinstanz zusteht, vereinbar, wenn den Aussenanlagen (Umgebungsgestaltung) beim vorliegenden Projekt weniger Beachtung geschenkt wird, weil die Hanglage vielfach keine sinnvollen Aufenthaltsbereiche für behinderte Menschen ermöglicht. Wichtig ist allerdings, dass im Aussenbereich ein behindertengerechter Zugang zum Wohngebäude bzw. zu den Wohnungen gefordert wird. Verlangt werden muss deshalb konsequenterweise auch eine behindertengerechte Zufahrt sowie die Möglichkeit des Parkierens von Motorfahrzeugen.

C. 2.1

4.4 Zur Einhaltung der Norm SN 521 500 beim Bauvorhaben der Beschwerdegegner ist Folgendes festzuhalten:

4.4.1 Die drei Behindertenparkplätze (1 Aussenplatz und 2 Plätze in der Tiefgarage) weisen die notwendige Breite von 3.50 m auf. Sie sind auch mit dem ICTA-Signet gekennzeichnet (Ziff. 21.01 und Ziff. 13.02[3] Norm). Der für den Aussenplatz vorgesehene Belag aus (durchlässigen) Sickersteinen eignet sich für Rollstuhlfahrer (im Gegensatz zu Rasengittersteinen oder einer Kopfsteinpflasterung; Ziff. 21.01[4] Norm). Der Zugang zum Lift ist stufenlos (Baupläne-Nrn. 105-102/103).

4.4.2 Der Lift weist die erwünschten Abmessungen auf (Breite 1.10 m, Tiefe 1.40 m; Ziff. 33.01[2] Norm). Der Manövrierraum im Treppenhaus genügt ebenfalls (Ziff. 31.01[2] und Ziff. 31.04/05 Norm; Bauplan-Nr. 105-102). Dasselbe gilt für die weiteren Stockwerke (Baupläne Nrn. 105-103 bis 106).

4.4.3 Ab den Besucherparkplätzen ist eine rollstuhlgängige Rampe zum Hauseingang geplant (mit einer Steigung von 6% und horizontalen Manövrierflächen; Ziff. 20.10 Norm; Bauplan Nr. 105-103).

Im Eingangsgeschoss sind alle wesentlichen Räume stufenlos erreichbar, die Räumlichkeiten auf den übrigen Stockwerken werden zudem mit dem rollstuhlgängigen Aufzug erschlossen (s. vorstehend E. 4.4.2; Ziff. 32.01/02 Norm). Das Treppenhaus und die Korridore sind durchgehend mindestens 1.20 m breit (Ziff. 31.01 Norm). Auch die Türen weisen mindestens die Minimalbreiten von 0.80 m auf (Ziff. 31.04 Norm; Baupläne Nrn. 105-102 bis 106).

4.4.4 Die Grundrisse der Sanitärräume haben die notwendigen Ausmasse (mindestens 1.80 m x 1.65 m mit Klosett/Waschtisch/Dusche bzw. 1.80 m x 2.35 m mit Klosett/Waschtisch/Badewanne gemäss Ziff. 35.09 Norm). Es wird Sache der Bauausführung sein, dass mindestens in einem Sanitärraum pro Wohnung die Apparaturen so angeordnet werden, dass sie behindertengerecht benutzt werden können, was insbesondere auch eine ausreichende Manövriertfläche für Rollstuhlfahrer voraussetzt (Ziff. 35 Norm; Baupläne Nrn. 105-102 bis 106). Die Türen von Sanitärräumen sollten zudem nach aussen geöffnet werden können (Ziff. 35.09 und Ziff. 38.03 Norm), was die Norm bei Wohnbauten allerdings nicht zwingend verlangt (Baupläne Nrn. 105-102 bis 106).

4.4.5 Bei den Küchen sind in erster Linie Abmessungen und Einrichtungen gefordert, die es ermöglichen, den Raum individuell anzupassen, und zwar je nach Behinderungsart (Ziff. 36 Norm). Die geplanten Küchen weisen die notwendigen Manövriertflächen vor den Küchenmöbeln auf (mindestens 1.40 m x 1.70 m; Ziff. 36.01[1] Norm), ebenso die erforderlichen Abstellflächen zwischen Kochherd und Spülbecken von knapp 0.55 m (Ziff.

36.01[2] Norm), worauf bei der Detailplanung noch speziell zu achten ist, damit die Ausführung normgerecht erfolgt. Kochherd und Spülbecken sind normgerecht nicht in einer Ecke angeordnet (Ziff. 36.01[3] Norm; Baupläne Nrn. 105-102 bis 106).

4.4.6 Daraus ergibt sich: Soweit planlich die Anforderungen für das behindertengerechte Bauen nach der Norm SN 521 500 dargestellt werden können, geben die bewilligten Baupläne ausreichend darüber Auskunft, dass die Norm eingehalten ist. Diese stellt jedoch weiter gehende, unumgängliche Anforderungen an die behindertengerechte Ausgestaltung der Wohnungen bzw. des Bauvorhabens der Beschwerdegegner, deren Sicherstellung ebenfalls gewährleistet sein muss, damit der gewährte Ausnützungsbonus gerechtfertigt ist: Ziff. 30.01 (Gebäudeeingang: leicht zu öffnende Eingangstüre, Bodenbelag); Ziff. 31.01 (Zirkulationsbereich, Korridor); Ziff. 32.04 (Stufen ohne vorstehende Kanten); Ziff. 32.06 (gleitsicherer Treppenbelag, gemäss Baubeschrieb vom 5. Mai 2003 sind Feinsteinzeugplatten vorgesehen); Ziff. 32.08 (Treppenbeleuchtung: gut, gleichmässig, blendfrei, keine Schatten); Ziff. 35.01[4] (Höhe OK Klosett 0.40 m ab Boden); Ziff. 35.05 (Armaturen: Griffe); Ziff. 35.08 (Wasch- und Trockenautomat: nicht übereinander, vom Rollstuhl aus bedienbar); Ziff. 37.01 (Anordnung und Ausführung der Bedienungselemente wie Schalter, Sicherungen und dgl., die Procap empfiehlt deren Anordnung in einer Höhe zwischen 0.85 m und maximal 1.10 m über Boden; keine Sensorschalter); Ziff. 37.02 (Beleuchtung); Ziff. 37.04 (Gegensprechanlage [gemäss Baubeschrieb vom 5. Mai 2003] mit optischer Anzeige zur Sprechaufforderung).

Zumindest über diese Anforderungen, die die Norm SN 521 500 als unumgänglich bezeichnet, müssen die Baugesuchsunterlagen ebenfalls Aufschluss geben, denn Art. 28 Abs. 4 BauR verweist auf die Norm als Ganzes. Die Vorinstanz hätte deshalb gestützt auf Art. 58 Abs. 3 BauR ergänzende Angaben (z.B. im Baubeschrieb) verlangen müssen. Um diese behindertengerechten Anforderungen künftig auch durchsetzen zu können, muss zudem in der Baubewilligung ein Bezugspunkt (Nebenbestimmung) geschaffen werden (wie z.B. der Hinweis auf die genehmigten Baupläne). Der angefochtene Bauentscheid ist deshalb auch aus diesem Grund aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Baugesuches durch die Beschwerdegegner und allfälliger Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da jedoch davon auszugehen ist, dass das Bauvorhaben deswegen nicht entscheidend geändert werden muss, können die Anforderungen für die Gewährung des Ausnützungsbonus gemäss Art. 28 Abs. 4 BauR grundsätzlich als erfüllt betrachtet werden. Von einer Überschreitung der zulässigen Ausnützung wegen nicht behindertengerechten Bauens kann deshalb nicht gesprochen werden, wenn das Baugesuch den vorerwähnten Ausführungen entsprechend ergänzt wird.

(RRB Nr. 1417 vom 19. Oktober 2004).

C. 2.2

2.2 Bewilligung für einen Bootsunterstand

- *Der Ersatz eines Anlegesteges durch einen 27 m entfernten, geschlossenen (erdüberdeckten) Bootsunterstand kann nicht als Wiederaufbau bewilligt werden (Erw. 2).*
- *Eine vorhandene Stationierungsbewilligung erlaubt nicht eine beliebige Standortverschiebung (Erw. 3).*
- *Für die Bewilligung eines Neubaus des Bootsunterstandes sind weder die Voraussetzungen nach der Stationierungsverordnung noch des Baurechts erfüllt (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Als Erstes ist zu untersuchen, ob in baurechtlicher Hinsicht von einem Wiederaufbauvorhaben auszugehen ist, wie dies die Beschwerdeführer behaupten.

2.1 Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen (§ 72 Abs. 3 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100).

2.2 Das Wiederaufbaurecht gilt nicht nur für Bauten, sondern auch für Anlagen. Damit von einem Wiederaufbau gesprochen werden kann, muss sich die Ersatzbaute bezüglich Grundriss, Volumen und Höhe grundsätzlich an die Masse des Altbaus halten. Auch das äussere Erscheinungsbild muss im Wesentlichen gewahrt werden. Alsdann muss die Baute im unmittelbaren Bereich des bisherigen Standortes erstellt werden, wobei höchstens geringfügige Standortverschiebungen zulässig sind, sofern die Verschiebung objektiv geboten erscheint (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Diss., Zürich 2003, S. 43 und 56 ff.).

2.3 Im vorliegenden Fall soll der nördliche Anlegesteg durch einen von Westen zugänglichen, geschlossenen bzw. erdüberdeckten Bootsunterstand ersetzt werden. Zudem befindet sich der geplante Bootsunterstand am westlichen Ufer von KTN 1077, rund 27 m (Luftlinie) vom Standort des bestehenden, am nördlichen Ufer gelegenen Steges, entfernt (vgl. Baueingabepläne; Situationsplan vom 10. August 1999, Beilage Beschwerdeführer). Von Wahrung der Identität kann damit nicht die Rede sein, und zwar weder bezüglich baulichem Umfang und äusserem Erscheinungsbild noch bezüglich Standort. Kommt dazu, dass das Vorhaben mit Bezug auf den Verwendungszweck eine komfortable Baute darstellt, im Gegensatz zum bestehenden, eher einfachen und der Witterung ausgesetzten Anlegesteg (vgl. Gisler,

a.a.O., S. 64, mit Hinweis auf VGE 602/95 vom 23. August 1995). Entsprechend kann das Privileg des Wiederaufbaurechts unter den gegebenen Umständen nicht zum Tragen kommen. Die Vorinstanzen haben somit den zur Diskussion stehenden Bootsunterstand zu Recht als Neubauvorhaben taxiert.

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführer auf ihrem Grundstück überhaupt über eine Bewilligung zum Stationieren oder Anlegen von Booten verfügen und in welchem Umfang eine solche allenfalls besteht.

3.1 Das Stationieren und Anlegen sowie das Wassern von Schiffen ist nur an den bewilligten Anlagen gestattet (§ 5 Abs. 1 Verordnung über den Einsatz sowie das Stationieren und Anlegen von Schiffen vom 10. Dezember 1979, Stationierungsverordnung, SRSZ 784.311). Als Stationierungsplätze, die dem dauernden Einstellen von Schiffen dienen, können namentlich Bootshäfen, Bootssteganlagen und am See gelegene Bootshäuser bewilligt werden (§ 2 lit. a Stationierungsverordnung). Als Anlegeplätze können Anlagen bewilligt werden, die nur dem vorübergehenden, nicht stationären Einstellen von Schiffen dienen (§ 3 Stationierungsverordnung).

3.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, sie verfügten auf ihrem Grundstück KTN 1077 über eine Stationierungsbewilligung. Als Beweis legen sie eine Bescheinigung des Schiffsinspektorates des Kantons Schwyz vom 18. Mai 1983 ins Recht.

Demgegenüber geht das Militär- und Polizeidepartement davon aus, beim nördlichen Steg handle es sich nur um einen sog. Anlegesteg und nicht um einen Stationierungssteg. Insbesondere sei der fragliche Steg beim Schiffsinspektorat lediglich als Anlegesteg eingetragen, und auch die Gebühr sei bis anhin immer nur für einen Anlegesteg erhoben worden.

3.3 Betrachtet man die Bewilligung vom 18. Mai 1983, so ist klarerweise von einer Stationierungsbewilligung auszugehen. Dies geht bereits aus der Überschrift «Bescheinigung für einen Bootsstationierungsplatz gemäss § 2 der Verordnung über den Einsatz sowie das Stationieren und Anlegen von Schiffen vom 10.12.79» hervor. Darin wird auf § 2 der Stationierungsverordnung verwiesen, in welchem die Stationierungsplätze geregelt sind. Demgegenüber geht es in § 3 Stationierungsverordnung um die Anlegeplätze. Im Weiteren lassen auch die verwendeten Begriffe «Stationierungsplatz» sowie «stationieren» darauf schliessen, dass es bei der betreffenden Bewilligung nicht um eine blosser Anlegebewilligung gemäss § 3 Stationierungsverordnung ging. So erhielt der nördliche Bootssteg denn auch die Konzessions-Nr. 494/495.

Auf der anderen Seite liegen Anhaltspunkte vor, dass der fragliche Steg vom Schiffsinspektorat seit Jahren als Anlegesteg im Sinne von § 3 Stationierungsverordnung betrachtet und auch behandelt wurde. Dies ist nicht

C. 2.2

zuletzt aus der Gebührenerhebung ersichtlich, welche sich auf einen Anlegersteg und nicht einen (teureren) Stationierungssteg bezieht (vgl. Beilage Militär- und Polizeidepartement). Auch macht eine Bewilligung für einen Stationierungssteg im nördlichen Uferbereich schon aus grundsätzlichen Überlegungen weniger Sinn, da dieser Bereich Wind und Wellen viel stärker ausgesetzt ist als beispielsweise eine geschützte Bucht.

Die Frage, um was für eine Bewilligung es sich letztlich handelt, kann nun aber offen gelassen werden, da dem vorliegend geplanten, standortverschobenen Bootsunterstand die Bewilligungsfähigkeit ohnehin abgeht, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.

3.4 Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache. Mit der Konzessionserteilung wird ein wohl erworbenes Recht begründet. Um eine Sondernutzungskonzession handelt es sich namentlich bei der Konzession für die Errichtung eines Bootssteiges auf dem Gebiet eines öffentlichen Gewässers (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. Aufl., Zürich 2002, N 2591 ff.).

Das Stationieren und Anlegen sowie das Wassern von Schiffen ist nur an den bewilligten Anlagen gestattet (§ 5 Abs. 1 Stationierungsverordnung; in die gleiche Richtung zielen auch § 7, § 8 und § 11 Stationierungsverordnung). D.h., Stationierungs- und Anlegebewilligungen beziehen sich auf einen konkreten Standort bzw. eine konkrete Anlage. So wurde vorliegend für den am nördlichen Ufer des Grundstücks KTN 1077 gelegenen «Bootssteg Konz.Nr.494/495» eine Sondernutzungskonzession erteilt, sei dies nun als Anlegersteg oder als Stationierungssteg. Die Bewilligung vom 18. Mai 1983 bezieht sich damit klarerweise auf den vorhandenen Standort des Steges am nördlichen Zürichseeufer. Keinesfalls kann der Konzessionserteilung entnommen werden, dass eine Berechtigung bestehe, an irgend einem Standort im Uferbereich von KTN 1077 regelmässig Boote anzulegen oder zu stationieren. Dies ginge zu weit. So zeigt gerade der vorliegende Fall, dass bei ein und dem selben Grundstück eine unterschiedliche Eignung für das Anlegen oder Stationieren von Booten vorhanden sein kann, je nach dem, ob der betreffende Standort bezüglich Wind und Wetter und auch bezüglich Landschaftsschutz mehr oder weniger exponiert ist (vgl. § 8 Abs. 1 Stationierungsverordnung). Mithin ist allgemein davon auszugehen, dass bei einer wesentlichen Standortverschiebung eines abzubrechenden Steges der Bestand oder die Erteilung einer Konzession neu zu prüfen ist. Dies gilt umso mehr, wenn anstatt eines bestehenden Steges eine geänderte Anlage realisiert werden soll. Da im konkreten Fall eine wesentliche Standortverschiebung vom Nordufer ans Westufer von KTN 1077 (rund 27 m Luftlinie) erfolgt und zudem an Stelle des bisherigen Steges ein Bootsunterstand errichtet werden soll, ist das Militär- und Polizeidepartement in konzessionsrechtlicher Hinsicht zu Recht von einem Neubauvorhaben ausgegangen, das auch einer neuen Konzession bedarf (...).

4. Bleibt zu untersuchen, ob die Bewilligung für den Neubau des geplanten Bootsunterstandes, sowohl in konzessions- als auch in baurechtlicher Hinsicht, zu Recht verweigert wurde.

4.1 Die Anlagen für die Schifffahrt sind unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen, insbesondere der Schifffahrt, der Fischerei und des Natur- und Landschaftsschutzes, anzulegen (§ 8 Abs. 1 Stationierungsverordnung). Bewilligungen werden in erster Linie für zentrale Stationierungsanlagen und Anlegeplätze erteilt. Ausnahmebewilligungen für kleinere Stationierungsanlagen und Anlegeplätze werden nur erteilt, wenn die Benützung einer zentralen Anlage nicht zumutbar ist und keine öffentlichen Interessen entgegenstehen (§ 8 Abs. 2 Stationierungsverordnung).

4.2 Die Bewilligung eines neuen Bootsunterstandes am Westufer von KTN 1077 würde dem seit Jahren verfolgten Konzept der Konzentration der Stationierungs- und Anlegeplätze widersprechen (vgl. RRB Nr. 1825 vom 24. Oktober 1995). Dass eine Ausnahmesituation im Sinne von § 8 Abs. 2, Satz 2 Stationierungsverordnung vorliegen soll, wird von den Beschwerdeführern nicht ansatzweise dargetan. Eine solche ist auch nicht ersichtlich, da es den Beschwerdeführern ohne weiteres zumutbar ist, die zentrale Stationierungsanlage beim nur einige Hundert Meter entfernten Walenseeli zu benutzen (vgl. RRB Nr. 724 vom 10. April 1990). Die Zumutbarkeit wird dadurch unterstrichen, dass die Beschwerdeführer ihr Boot bereits heute beim Walenseeli stationiert haben. Kommt dazu, dass offenbar seit 1990 am bestehenden Bootssteg kein Boot mehr immatrikuliert gewesen ist (...). Eine Ausnahmebewilligung fällt damit ausser Betracht. Folglich wurde die Erteilung einer Stationierungs- oder Anlegebewilligung bereits aus diesem Grund zu Recht verweigert.

4.3 Einer solchen Bewilligung stünden zusätzlich öffentliche Interessen entgegen.

Ein Ziel der Raumplanung ist, die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser und die Landschaft zu schonen (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Im Rahmen der Schonung der Landschaft sind dabei insbesondere See- und Flussufer freizuhalten (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG). Zwar ist nicht zu verkennen, dass das Grundstück KTN 1077 in der Bauzone (L2) liegt und teilweise überbaut ist. Dem Schutz eines Ufersaums kann aber durchaus auch bei eingezonten Grundstücken eine Bedeutung zukommen, zumal gemäss kantonalem Recht zu Seen ein Gewässerabstand von 20 m einzuhalten ist (§ 66 Abs. 1 PBG). Dem erwähnten Planungsgrundsatz, wonach See- und Flussufer freizuhalten sind, würde die Erstellung eines neuen Bootsunterstandes widersprechen (vgl. RRB Nr. 724 vom 10. April 1990). Zwar versuchen die Beschwerdeführer dadurch, dass die Überdachung mit Erde überdeckt und bepflanzt werden soll, der Einordnung Rechnung zu tragen. Es kann hingegen nicht wogediskutiert werden, dass die geplante Baute einen Eingriff in den west-

C. 2.2

lichen, fast unberührten Uferstreifen darstellt (...). Dazu kommt alsdann, dass sich auch das Amt für Umweltschutz, aus Gründen des Gewässerschutzes, konsequent gegen die Realisierung des umstrittenen Vorhabens ausspricht.

4.4 Da das Vorhaben gemäss § 8 Stationierungsverordnung bereits als Anlage für die Schifffahrt nicht bewilligungsfähig ist, könnte auf eine zusätzliche baurechtliche Beurteilung verzichtet werden. Trotzdem bleibt kurz auf die folgenden baurechtlichen Aspekte einzugehen:

4.4.1 Gemäss Art. 30 Abs. 2 des Baureglementes der Gemeinde Freienbach vom 28. November 1993, Stand: 26. November 2000 (BauR) haben Bauten und Anlagen gegenüber Seen ab Grenze Hauptufer/Wasserzone, ohne private interne Buchten, einen Abstand von 20 m einzuhalten. Die Beschwerdeführer gehen davon aus, das Hauptufer befinde sich nördlich, weshalb der Gewässerabstand beim Westufer nicht zum Tragen komme. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Abgesehen davon, dass das kantonale Recht (§ 66 Abs. 1 PBG) keine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenufer vorsieht, kann vorliegend nicht von einer privaten, internen Bucht die Rede sein. Vielmehr handelt es sich bei KTN 1077 um ein Grundstück, das über einen nördlichen und auch über einen westlichen Seeanstoss verfügt (vgl. Zonenplan Siedlung Freienbach; Situationsplan vom 10. August 1999). D.h., sowohl am Nordufer als auch am Westufer von KTN 1077 ist der Gewässerabstand zu beachten. Der Gewässerabstand von 20 m wird durch das Vorhaben offensichtlich nicht eingehalten (vgl. Situationsplan).

4.4.2 Die Beschwerdeführer bringen vor, mit dem Verzicht auf eine Überdeckung verlöre das Vorhaben seine Qualität als Baute. Da der «ungedeckte Bootshafen» auch nicht als Anlage im Sinne von § 75 Abs. 3 PBG qualifiziert werden könne, entfalle die baurechtliche Bewilligungspflicht. Auch dieser Argumentation kann nicht beigegeben werden. Zum einen gilt der Gewässerabstand, im Gegensatz zum Grenzabstand, auch für Anlagen. Zum andern ist bei einem «ungedekhten Bootshafen» klarerweise von einer baubewilligungspflichtigen Anlage auszugehen, da ein solcher Auswirkungen auf Raum, Umwelt und Erschliessung zeitigt.

4.4.3 Schliesslich sind auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer kommunalen Ausnahmbewilligung im Sinne von § 73 PBG zu verneinen. Für die Annahme einer Ausnahmesituation spricht zwar, dass ein Bootsunterstand, damit er seinen Zweck überhaupt erfüllen kann, unmittelbar am Wasser bzw. am Seeufer liegen muss. Eine Ausnahmbewilligung muss aber zusätzlich mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein (§ 73 Abs. 2 PBG). Wie bereits ausgeführt, sprechen vorliegend öffentliche Interessen gegen den geplanten Bootsunterstand. So kommen der Bestrebung um Konzentration von Stationierungsplätzen in zentralen Anlagen sowie dem Uferschutz - im Gegensatz zum von den Beschwerdeführern verfolgten Ziel, auf dem eigenen Grundstück eine komfortablere Anlage zum Unterbringen ihres

Bootes zu realisieren - vorrangige Bedeutung zu. Das Amt für Raumplanung hat damit die vorgängige Zustimmung zu einer Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Seeuferabstandes aus vertretbaren Gründen nicht erteilt.

4.5 Nach dem Gesagten wurde die Bewilligung für den von den Beschwerdeführern am Westufer ihres Grundstücks KTN 1077 geplanten Neubau eines Bootsunterstandes zu Recht verweigert.

(RRB Nr. 745 vom 2. Juni 2004).

2.3 Bewilligung einer Mobilfunkkommunikationsanlage

- *Wird eine Antennenanlage wesentlich umgebaut und auf eine höhere Sendeleistung ausgelegt, so können bereits mit der ursprünglichen Bewilligungen verbundene und jetzt erneut verfügte Nebenbestimmungen im Rechtsmittelverfahren überprüft werden (Erw. 1).*
- *Ein vorzeitiger Baubeginn kann nur bewilligt werden, wenn lediglich die Kosten- und Entschädigungsregelung angefochten ist (Erw. 2).*
- *Inhalt des Standortdatenblattes und Ermittlung der Strahlenbelastung für unüberbaute, eingezonte Grundstücke, auf denen empfindliche Nutzungen zulässig sind (Erw. 4/5).*
- *Aufhebung der Baubewilligung und Tragweite der Rückweisung (Erw. 6).*
- *Anspruch auf eine Baubewilligung und Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Swisscom Mobile AG reichte dem Gemeinderat Wangen am 11. Februar 2003 ein Gesuch um Bewilligung des Umbaus der bestehenden Mobilkommunikationsanlage (Vorbereitung für UMTS-Netz) auf dem in der Industriezone gelegenen Grundstück KTN 884, Leuholz 21 in Wangen, ein. Mit Beschluss vom 3. April 2003 erteilte der Gemeinderat Wangen die Baubewilligung u.a. mit folgenden Nebenbestimmungen:

- „1.7 Treten während der gesamten Betriebsdauer der Antennenanlage Klagen über gesundheitliche Beschwerden oder Beeinträchtigungen des Wohlbefindens bei Menschen im Nahbereich der Antenne auf, so ist der Betreiber(in) bzw. der Eigentümer(in) verpflichtet, in jedem Einzelfalle eine Gesundheitsabklärung auf seine (ihre) Kosten durchzuführen. Ergibt diese Erhebung, dass auf Grund der Mobilfunkantenne tatsächlich Symptome auftreten, so müssen die Immissionen – selbst bei eingehaltenen Grenzwerten – soweit verringert werden, dass die Auswirkungen verschwinden. Allfällig einzuleitende Massnahmen zur Behebung des Missstandes sind innerhalb von 3 Monaten zu vollziehen. Diese Auflage gilt auch für die nördlich gelegene, heute noch nicht überbaute Industriezone Leuholz bei Teil- oder Vollüberbauung.
(...).

C. 2.3

- 1.10 Sollte der Antennen-Standort ein nachweisbarer Wertverlust der Nachbargrundstücke sowie der angrenzenden potenziellen Überbauungsgebiete zur Folge haben, trägt der Antennenbetreiber und / oder Antenneneigentümer sämtliche daraus entstehenden Folgekosten.“

Gegen den Beschluss des Gemeinderates erhebt die Swisscom Mobile AG Beschwerde und beantragt neben der Aufhebung der Nebenbestimmungen in den Ziff. 1.7 und 1.10 der Beschwerdeführerin zu gestatten, mit dem Bauvorhaben zu beginnen und die umgebaute Mobilfunkanlage in Betrieb zu nehmen, ohne den Ausgang des Beschwerdeverfahrens abwarten zu müssen. Der Regierungsrat hat die Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Vorinstanz macht geltend, die „Grundbewilligung“ zur Erstellung der Mobilfunkanlage vom 23. September 1999 habe in den Dispositiv-Ziffern 1.7 und 1.10 dieselben Nebenbestimmungen enthalten wie die nun angefochtene „Umbaubewilligung“. Die Baubewilligung vom 23. September 1999 sei längst in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdeführerin habe die Nebenbestimmungen akzeptiert und die Baubewilligung ausgeschöpft, weshalb ihr heutiges Verhalten inkonsequent sei. Die Nebenbestimmungen in der „Grundbewilligung“ seien nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, weshalb deren Rechtmässigkeit im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beurteilt werden könne.

1.2 Es ist unbestritten, dass die Baubewilligung vom 23. September 1999 samt Nebenbestimmungen in formelle Rechtskraft erwachsen ist und damit von den Betroffenen nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann (vgl. Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 483).

Materielle Rechtskraft bedeutet, dass über eine Streitangelegenheit ein verbindlicher und unabhängiger Entscheid getroffen wurde und dass auf diesen in einem späteren Verfahren nicht noch einmal zurückgekommen werden darf. Zweck der materiellen Rechtskraft ist es, widersprechende Entscheide über denselben Streitgegenstand zu verhindern. Die materielle Rechtskraft erstreckt sich in persönlicher Hinsicht auf die am Verfahren beteiligten Parteien (inklusive Beigeladene) sowie deren Rechtsnachfolger; in sachlicher Hinsicht auf den beurteilten Streitgegenstand (vgl. Gadola, a.a.O., S. 486).

1.3 Gegenstand des Bewilligungsverfahrens im Jahr 1999 war die Neuerstellung einer Mobilfunkanlage im Leuholz 21 in Wangen (freistehender, 21 m hoher Mast mit zwei GSM 900-Antennen und entsprechende Versorgungseinrichtungen). Zu bewilligen war ebenfalls die maximale Sendeleistung dieser Anlage pro Senderichtung. Die baulichen Massnahmen des vorliegenden

Bauprojekts bestehen im Wesentlichen darin, statt wie bisher zwei Antennen deren sechs am Antennenmast anzubringen (drei GSM 900-Antennen und drei GSM 1800/UMTS-Dualbandantennen). Zudem wird die maximale Sendeleistung deutlich erhöht.

Daraus folgt, dass es sich nicht um ein identisches Bauprojekt und demzufolge nicht um denselben Streitgegenstand handelt. Selbst wenn der Baubewilligung vom 23. September 1999 materielle Rechtskraft zukommt, erstreckt sie sich jedenfalls nicht auf das in Frage stehende Bauprojekt. Es ist daher durchaus zulässig, die umstrittenen Nebenbestimmungen der Baubewilligung vom 3. April 2003 im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beurteilen. Dass sie mit den Nebenbestimmungen der rechtskräftigen Baubewilligung vom 23. September 1999 übereinstimmen, ist mangels identischem Streitgegenstand nicht massgeblich. Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2.1 Die Beschwerdeführerin ersucht um Erteilung der Teilrechtskraft für den Beschluss vom 3. April 2003 mittels vorsorglicher Verfügung und damit um eine vorzeitige Baufreigabe. Es wäre ihrer Ansicht nach unverhältnismässig und würde die Beschwerdeführerin wirtschaftlich erheblich benachteiligen, wenn sie mit dem Baubeginn und der Inbetriebnahme der Anlage bis zur förmlichen Aufhebung der rechtswidrigen Auflagen zuwarten müsste.

2.2 Der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, soweit nicht durch Rechtssatz etwas 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). Das Gesetz lässt damit offen, ob sich die aufschiebende Wirkung nur auf die angefochtenen Teile oder auch auf den unbestritten gebliebenen Rest des angefochtenen Entscheides bezieht. Gemäss Rechtsprechung des Regierungsrates ist davon auszugehen, dass sich der Aufschub der Rechtskraft grundsätzlich auf die ganze Verfügung erstreckt, ohne Rücksicht darauf, ob sie vollumfänglich oder hinsichtlich einzelner Aspekte (z.B. Nebenbestimmungen) angefochten ist. Einzig mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfrage lässt sich eine saubere Trennung zum materiellen Teil der Verfügung vornehmen, weshalb insoweit eine Teilrechtskraft ausnahmsweise als zulässig zu erachten ist (vgl. RRB Nr. 1296 vom 24. August 1999, E. 3.2 und 3.3).

Gemäss § 85 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) darf mit den Bauarbeiten erst begonnen werden, wenn die Baubewilligung und die Entscheide über öffentlich- und zivilrechtliche Einsprachen rechtskräftig sind. Der Gesetzgeber verlangt somit zwingend, dass bei Baubeginn die zu konsumierende Baubewilligung formell rechtskräftig ist. Die Möglichkeit eines vorzeitigen Baubeginns ist nicht vorgesehen. Ein vorzeitiger Baubeginn – selbst von unbestrittenen Bauteilen und Anlagen – wäre

C. 2.3

im Rahmen eines Verwaltungsbeschwerdeverfahrens mit der VRP nicht vereinbar, weil der Regierungsrat gemäss § 49 VRP nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist und eine Verfügung auch zu Ungunsten einer Partei ändern kann (vgl. RRB Nr. 1207 vom 16. September 2003, E. 4/5).

2.3 Gestützt darauf ist dem Beschluss vom 3. April 2003 keine Teilrechtskraft zuzuerkennen. Die Angemessenheit der bisherigen Praxis des Regierungsrates wird gerade mit vorliegendem Fall, in welchem sich die Baubewilligung bei näherer Prüfung als rechtswidrig erweist, bestätigt. Auch wenn es sich bei den angefochtenen Nebenbestimmungen nicht um Suspensivbedingungen, sondern um Auflagen handelt, besteht ein hinreichend relevanter Zusammenhang mit der eigentlichen Baubewilligung, zumal die Vorinstanz damit allfälligen negativen Auswirkungen derselben begegnen wollte.

Über die Verwaltungsbeschwerde wird mit dem vorliegenden Beschluss daher gesamthaft entschieden. Dem Antrag der Beschwerdeführerin, der Baubewilligung unter Ausnahme der beiden angefochtenen Nebenbestimmungen vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens Teilrechtskraft zuzuerkennen, wird keine Folge gegeben.

3. Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (§ 18 VRP). Danach ermittelt die Behörde von Amtes wegen den für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachverhalt und erhebt die erforderlichen Beweise; vorbehalten bleibt § 19 (Mitwirkung der Parteien).

Die Behörde wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 26 Abs. 1 VRP). Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren ist die Beschwerdeinstanz an die Anträge der Parteien nicht gebunden. Sie kann die Verfügung oder den Entscheid zu Gunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern (§ 49 VRP).

4.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 Verordnung über die nichtionisierende Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV, SR 814.710) muss der Inhaber einer Anlage, für die Anhang 1 Emissionsbegrenzungen festlegt, der Behörde im Bewilligungs- oder Konzessionsverfahren ein Standortdatenblatt einreichen, wenn die Anlage neu erstellt, an einen andern Standort verlegt, am bestehenden Standort ersetzt oder im Sinne von Anhang 1 geändert wird. Ausgenommen sind elektrische Hausinstallationen (Anh. 1 Ziff. 4).

Das Standortdatenblatt muss gemäss Art. 11 Abs. 2 NISV u.a. enthalten:

- a. die aktuellen und geplanten technischen und betrieblichen Daten der Anlage, soweit sie für die Erzeugung von Strahlung massgebend sind;
- b. den massgebenden Betriebszustand nach Anhang 1;
- c. Angaben über die von der Anlage erzeugte Strahlung:
 1. an dem für Menschen zugänglichen Ort, an dem diese Strahlung am stärksten ist,
 2. an den drei Orten mit empfindlicher Nutzung, an denen diese Strahlung am stärksten ist, und
 3. an allen Orten mit empfindlicher Nutzung, an denen der Anlagegrenzwert nach Anhang 1 überschritten ist;
- d. einen Situationsplan, der die Angaben nach Buchstabe c darstellt.

4.2 Als Orte mit empfindlicher Nutzung gelten gemäss Art. 3 Abs. 3 NISV:

- a. Räume in Gebäuden, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten;
- b. öffentliche oder private, raumplanungsrechtlich festgesetzte Kinderspielplätze;
- c. diejenigen Flächen von unüberbauten Grundstücken, auf denen Nutzungen nach den Buchstaben a und b zugelassen sind.

Als Räume im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. a NISV gelten insbesondere Wohnräume und ständige Arbeitsplätze (vgl. Vollzugsempfehlung zur NISV des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL], Bern 2002, S. 17).

4.3 Ratio legis von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV ist die Lösung von möglichen Konflikten zwischen Anlagen, von denen eine nichtionisierende Strahlung ausgeht, und den so genannten empfindlichen Nutzungen im Rahmen der Planung. Dieser mögliche Konflikt in der Nutzung bezüglich überbauter und unüberbauter Grundstücke wurde im Rahmen der NISV klar zu Gunsten der empfindlichen Nutzung entschieden, welche in den Planungsnormen festgelegt ist (vgl. BGE 1A.108/2001 und BGE 1P.408/2001 in Pr 12/2002, Nr. 205, E. 3.5).

Unüberbaute, eingezonte Grundstücke, auf denen empfindliche Nutzungen zulässig sind, werden so behandelt, als wären die Gebäude bereits errichtet. Besteht noch keine Planung, so gilt das gesamte baurechtlich zulässige Volumen als Ort mit empfindlicher Nutzung. Im Situationsplan soll für solche Grundstücke die Baulinie bzw. der Grenzabstand eingezeichnet und die nach Zonenplan und Baureglement maximal zulässige Gebäudehöhe vermerkt werden. Für die NIS-Berechnung ist bei unüberbauten Grundstücken diejenige Höhe zu verwenden, bei der die höchste NIS-Belastung zu erwarten ist, maximal jedoch die Höhe des Fussbodens des obersten möglichen Stockwerks plus 1.50 m (vgl. S. 15 Vollzugsempfehlungen zur NISV).

5.1 Das Grundstück KTN 884 mit der bestehenden und zum Umbau vorgesehenen Mobilfunkanlage befindet sich gemäss Zonenplan der Gemeinde Wangen vom 4. Dezember 1994 bzw. 28. März 1995 / 2. August 1995 in der Industriezone. Die Anlage wurde in der nordöstlichen Ecke der Parzelle erstellt. Nördlich des Grundstücks KTN 884 liegt das Grundstück KTN 923, welches ebenfalls der Industriezone zugeordnet ist. Dieses Grundstück ist noch nicht überbaut.

5.2 Die Beschwerdeführerin hat für die Berechnung der Strahlung am höchstbelasteten Ort für den kurzfristigen Aufenthalt (OKA) den Punkt beim Mastfuss unter den Antennen angenommen (Nr. 1 im Situationsplan). Des Weiteren hat sie die Strahlung an fünf Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) errechnet. Als solche Orte wurden die obersten Stockwerke der Gebäude auf Grundstück KTN 884 (Nr. 2 und Nr. 6 im Situationsplan) bezeichnet. Ebenso hat die Beschwerdeführerin die Strahlenbelastung im

C. 2.3

obersten Stock des Gebäudes auf dem östlich der Parzelle KTN 884 gelegenen Grundstück KTN 1040 berechnet (Nr. 3 im Situationsplan). Darüber hinaus hat sie für zwei weitere Orte mit empfindlicher Nutzung (oberste Stockwerke in den Gebäuden auf den südlich der Mobilfunkantenne gelegenen Grundstücken KTN 1075 und 1076) Berechnungen angestellt.

5.3 Damit hat die Beschwerdeführerin zwar die Orte mit empfindlicher Nutzung gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a NISV, d.h. bestehende Arbeitsräume in der Umgebung der Mobilfunkanlage, berücksichtigt. Sie hat es hingegen unterlassen, Berechnungen für die Orte mit empfindlicher Nutzung gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV, d.h. für das Grundstück KTN 923, vorzunehmen.

Der Standort der Anlage befindet sich an der nordöstlichen Ecke von Grundstück KTN 884. In der Industriezone ist ein Grenzabstand gemäss § 60 PBG oder mindestens 50% der Gebäudehöhe einzuhalten (Art. 49 Abs. 1 Baureglement der Gemeinde Wangen vom 29. August 2001, mit Ergänzungen vom 4. Dezember 1994 und 12. März 2000). Diese Vorschrift ermöglicht es, auf der Parzelle KTN 923 ein Gebäude zu erstellen, das einen geringeren Abstand zur Mobilfunkanlage aufweist als die bestehenden Gebäude Nr. 1346 und 1368 auf den Grundstücken KTN 884 und 1040, für deren Räume als Orte mit empfindlicher Nutzung Berechnungen der Strahlung angestellt worden sind (Punkte 2 und 3 im Situationsplan).

5.4 Das instruierende Justizdepartement hat das Amt für Umweltschutz als Fachinstanz mit Schreiben vom 27. Februar 2004 um eine Beurteilung der Frage ersucht, ob – unter Berücksichtigung der maximal zulässigen Gebäudehöhe und des minimal zulässigen Grenzabstandes – bei OMEN auf der unüberbauten Parzelle KTN 923 eine wesentliche Strahlung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. c NISV zu erwarten sei. Das Amt für Umweltschutz hat dies in seinem Fachbericht vom 18. März 2004 bejaht. Bei voller Ausnützung der Gebäudehöhe seien Grenzwertüberschreitungen bis zu einem Grenzabstand von 65 m zu erwarten.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass Räume in einem Gebäude, welches auf der Parzelle KTN 923 nahe der Grenze zu Grundstück KTN 884 zu stehen käme, zu den drei Orten mit empfindlicher Nutzung zu zählen sind, an welchen die Strahlung am stärksten ist bzw. an denen der Anlagegrenzwert allenfalls sogar überschritten wird. Das Standortdatenblatt enthält jedoch keinerlei Berechnungen in Bezug auf das Grundstück KTN 923 und ist somit als unvollständig zu betrachten. Dieser Mangel wiegt auf Grund der gestützt auf den Bericht des Amts für Umweltschutz zu erwartenden erheblichen Strahlung in Richtung der Parzelle KTN 923 schwer.

6.1 Genügen die Bauvorlagen den Vorschriften nicht oder erscheint eine Vervollständigung für die Beurteilung notwendig, hat Rückweisung an den Gesuchsteller oder Auftrag zur Aktenergänzung zu erfolgen (vgl. Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, § 151 N 1).

Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies, dass die Baubewilligung

samt den angefochtenen Nebenbestimmungen aufzuheben ist. Die Sache ist zur umfassenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird von der Beschwerdeführerin ein vollständiges Standortdatenblatt, d.h. mit Berechnungen für die unüberbaute Parzelle KTN 923, einzufordern und neu über das Baugesuch zu entscheiden haben. Selbstverständlich steht es der Beschwerdeführerin auch frei, eine Projektänderung vorzunehmen und der Vorinstanz entsprechende Neuberechnungen einzureichen.

6.2 Ein kassatorischer Rekursentscheid bewirkt nur dann eine *reformatio in peius*, wenn dadurch die angefochtene Anordnung zum Nachteil der rekurrierenden Partei ersatzlos aufgehoben wird. Keine Schlechterstellung ist in einem – allenfalls mit verbindlichen Weisungen verbundenen – Rückweisungsentscheid zu erblicken, mit welchem die Rekursinstanz die Vorinstanz zur Neubeurteilung der Sache veranlasst (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 27 N 6).

Sollte die Beschwerdeführerin im Übrigen aus der Tatsache, dass das Amt für Umweltschutz in seiner Stellungnahme vom 21. März 2003 keine Grenzwertüberschreitungen festgestellt hat, einen Anspruch auf Vertrauensschutz ableiten wollen, ist Folgendes festzuhalten. Selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sein sollten, was offen gelassen werden kann, kann sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen, weil ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Einhaltung der Grenzwerte entgegen steht. Die Interessenabwägung im Einzelfall bleibt vorbehalten und bildet eine Schranke des Vertrauensschutzes (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 665).

7. Obwohl die angefochtenen Nebenbestimmungen mitsamt der Baubewilligung ohnehin aufzuheben sind, rechtfertigt es sich aus Gründen der Verfahrensökonomie, deren Rechtmässigkeit dennoch zu überprüfen.

7.1 Der Gesuchsteller, dessen Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen genügt, hat grundsätzlich Anspruch auf eine unbefristete, unwiderrufliche, bedingungslose und unbelastete Baubewilligung (vgl. Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1987, Art. 38/39 N 15). Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung zwar nicht vollständig erfüllt sind, die noch vorhandenen Mängel jedoch durch einfache, gezielte Anordnungen behoben werden können, wäre eine Verweigerung der Baubewilligung unter Umständen unverhältnismässig. Ferner kann es sich als notwendig erweisen, zur Schaffung oder Erhaltung eines rechtmässigen Zustandes besondere Anordnungen zu treffen. Zu diesem Zweck kann die Baubewilligung mit Nebenbestimmungen verbunden werden. Da Nebenbestimmungen regelmässig Eigentumsbeschränkungen darstellen, sind sie nur auf gesetzlicher Grundlage, im öffentlichen Interesse und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig. Fehlt eine aus-

C. 2.3

drückliche gesetzliche Grundlage, müssen der Zweck des Gesetzes bzw. mit der Hauptanordnung in Sachzusammenhang stehende öffentliche Interessen eine Nebenbestimmung zulassen (vgl. Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, NN 559 f.; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., 2002, N 318 f.).

7.2 Die Vorinstanz bringt vor, der Auflage in Dispositiv-Ziffer 1.7 liege ein Hinweis in einer Publikation des BUWAL („Umweltschutz 2/99“) zu Grunde. Danach sei im Einzelfall eine Gesundheitsabklärung durchzuführen, sofern sich Menschen im Nahbereich einer Antenne in ihrem Wohlbefinden oder gar in ihrer Gesundheit beeinträchtigt fühlten. Ergebe die Erhebung, dass auf Grund einer Mobilfunkantenne tatsächlich Symptome auftreten, so müssten die Immissionen – selbst bei eingehaltenen Grenzwerten – soweit verringert werden, dass die Auswirkungen verschwinden; dies könne in der Praxis eine Standortverlegung bedeuten. Diese Empfehlung einer Bundesbehörde impliziere, dass unabhängig von eingehaltenen Grenzwerten weiter gehende Auflagen im öffentlichen Interesse zulässig sein müssten.

In Bezug auf die Auflage in Dispositiv-Ziffer 1.10 verweist die Vorinstanz auf ein Schreiben des Justizdepartements an die Umweltschutzkommission Wangen vom 24. Februar 2003. Danach müsse bei einer Neueinzonung eine bestehende Anlage nicht saniert werden; bei Überschreitung des Anlagegrenzwertes auf dem betreffenden Grundstück dürfe dieses bzw. dieser Teil gemäss Art. 16 NISV nicht eingezont werden. Die Konsequenzen hätten einerseits die Gemeinde und andererseits die Grundeigentümer zu tragen. Die Vorinstanz macht geltend, mit der Auflage solle und müsse eine „Haftung“ der Gemeinde von vorneherein ausgeschlossen werden.

7.3 Eine gesetzliche Grundlage für die Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 1.7 ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht genannt. Dem öffentlichen Interesse am Schutz vor gesundheitsschädigender Strahlung trägt die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung Rechnung. Der Verordnungsgeber ist dabei ausdrücklich auch von der Möglichkeit nicht-thermischer Wirkungen der nichtionisierenden Strahlung ausgegangen. In der Verordnung wird daher den nicht-thermischen Wirkungen bei der Regelung der vorsorglichen Emissionsbegrenzung – insbesondere mit der Festsetzung von Anlagegrenzwerten – Rechnung getragen. Diese Ordnung ist abschliessend; zu Gunsten der kantonalen Behörden verbleibt kein Spielraum, weitere Emissionsbegrenzungen zu prüfen (vgl. BGE 126 II 399 in Pra 2001, Nr. 44, S. 258).

Der von der Vorinstanz ins Recht gelegte Artikel des BUWAL ist vor Inkraftsetzung der NISV, d.h. vor dem 1. Februar 2000, erschienen und hatte zum Zweck, den Bewilligungsbehörden in der Übergangsphase gewisse Anhaltspunkte zur Beurteilung von Baubewilligungsgesuchen für Mobilfunkantennen zu liefern. Vor diesem Hintergrund sind denn auch die Nebenbestimmungen in der Baubewilligung vom 23. September 1999 zu sehen.

Nachdem die NISV die massgeblichen Grenzwerte verbindlich festlegt, steht es den Bewilligungsbehörden nicht mehr zu, von der Mobilfunkbetreiberin generell oder auf Grund einer allfälligen Gesundheitsabklärung eine weiter gehende Reduktion der Strahlenbelastung zu verlangen.

Ausserdem ist der Beschwerdeführerin darin beizupflichten, dass es der vorgesehenen Nebenbestimmung am sachlichen Zusammenhang mit der Bewilligungserteilung mangelt. Es geht nicht an, die Beschwerdeführerin zur Durchführung und Kostenübernahme der Abklärung jeglicher subjektiven gesundheitlichen Beeinträchtigung, unabhängig von deren Ursache, zu verpflichten. Diesbezüglich widerspricht die Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 1.7 auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Zunächst bestehen insofern Zweifel an der Praktikabilität bzw. der Eignung der Regelung, als es zum heutigen Zeitpunkt kaum möglich ist, Gesundheitsstörungen bei eingehaltenen Grenzwerten eindeutig auf die Strahlung von Mobilfunkantennen zurückzuführen. Bis auf Weiteres ist auf die Grenzwerte der NISV abzustellen, die dem Anliegen des Gesundheitsschutzes hinreichend Rechnung tragen, weshalb die Auflage nicht erforderlich ist. Letztlich erweist sich die Nebenbestimmung angesichts der erheblichen finanziellen und betrieblichen Auswirkungen für die Beschwerdeführerin nicht als zumutbar.

7.4 Auch in Bezug auf die Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 1.10 fehlt es offensichtlich an einer gesetzlichen Grundlage. Soweit die Vorinstanz ein öffentliches Interesse an der Auflage darin sieht, dass die Gemeinde – bzw. letztlich die Steuerpflichtigen – nicht für Wertverluste der umgebenden Grundstücke aufkommen sollen, ist Folgendes anzumerken. Zum einen haben die Grundeigentümer von Grundstücken in der heutigen Nicht-Bauzone keinen Anspruch auf Einzonung, wie bereits dem Schreiben des Justizdepartements vom 24. Februar 2003 zu entnehmen ist. Daher kann gegenüber der Gemeinde wegen einer Nichteinzonung grundsätzlich kein Schadenersatz geltend gemacht werden. Die Frage, ob der Anlagebetreiberin gegenüber ein Anspruch auf Ersatz eines Minderwertes besteht, ist zivilrechtlicher Natur und wäre dementsprechend in einem zivilrechtlichen Verfahren zu klären. Eine derartige Verpflichtung kann nicht mittels einer Auflage wie der vorliegend angefochtenen vorweg festgelegt werden.

Sollte die Vorinstanz beabsichtigt haben, allfälligen Grenzwertüberschreitungen auf dem noch unüberbauten Grundstück KTN 923 Rechnung zu tragen und eine Abgeltung für daraus fliessende Baubeschränkungen vorzusehen, ist die Auflage auf Grund des Vorrangs der Orte mit empfindlicher Nutzung (vgl. vorne E. 4.3) ohnehin unzulässig. Neue und alte Anlagen müssen im massgebenden Betriebszustand an Orten mit empfindlicher Nutzung den Anlagegrenzwert einhalten (vgl. Anhang 1 Ziff. 65 NISV). Ob dies der Fall ist, hat die zuständige Behörde im Baubewilligungsverfahren abzuklären. Es geht nicht an, diese Frage offen zu lassen und eine künftige Grenzwertüberschreitung unter dem Vorbehalt einer Schadenersatzpflicht in Kauf zu nehmen. Aus diesem Grund erweist sich die angefochtene Auflage denn auch nicht als erforderlich.

C. 2.4

(RRB Nr. 575 vom 20. April 2004).

(Der Regierungsrat hat mit seinem Entscheid RRB Nr. 704/2005 vom 7. Juni 2005 hinsichtlich der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte auf unüberbauten Grundstücken in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie den Vollzugsempfehlungen des BUWAL zur NISV seine Rechtsprechung dahin gehend präzisiert, dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Baugesuches für eine Mobilfunkanlage grundsätzlich auf die bestehende Nutzung der Nachbargrundstücke abzustellen ist. Jedoch ist die Betreiberin zu verpflichten, die Anlage anzupassen oder zu entfernen, sofern dies zur Einhaltung der Anlagegrenzwerte in der Umgebung nach Ausnützung der verbleibenden Nutzungsreserven erforderlich ist.)

2.4 Ausnahmewilligungen ausserhalb der Bauzonen

- Leitsätze zu Rechtsmittelentscheiden, in welchen Ausnahmewilligungen nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung für Bauvorhaben im Kanton Schwyz beurteilt worden sind: *Standortgebundenheit* (Ziff. 1); *Interessenabwägung* (Ziff. 2); *Wiederaufbau* (Ziff. 3); *Teilweise Änderung* (Ziff. 4).
1. Mobilfunkanlagen können ausserhalb der Bauzonen standortgebunden sein. An die Sachverhaltsabklärung sind dabei allerdings strenge Anforderungen zu stellen (RRB Nr. 630 vom 11. Mai 2004).
 2. Eine wuchtige Vorplatzüberdachung, die praktisch gleich gross ist wie der Stall, gliedern sich nicht genügend ins Landschaftsbild ein, zumal sich das Vorhaben auch an einer exponierten Hanglage und am Rande einer besonders schönen Landschaft befindet (RRB Nr. 985 vom 6. Juli 2004; VGE 1043/04 vom 29. Oktober 2004).
 3. Das ursprüngliche Gebäude (landwirtschaftliche Wohnbaute) ist nicht zonenwidrig geworden, weshalb Art. 24c RPG nicht anwendbar ist. Die Wesensgleichheit wäre bei einem Wohn- und Gewerbehäus ohnehin nicht gewahrt. Auch eine kantonalrechtliche Ausnahme ist nicht möglich, da diesbezüglich nur der Wiederaufbau nach Zerstörung durch höhere Gewalt privilegiert ist (RRB Nr. 369 vom 16. März 2004).
 4. Die Erweiterung der anrechenbaren Bruttogeschossfläche (Abweichung vom bewilligten Wiederaufbau durch Einbau einer zusätzlichen Dachwohnung) um 99% sowie der Nutzfläche um 80% sprengt den Rahmen einer teilweisen Änderung. Die Anordnung der Rückführung der Dachwohnung ist verhältnismässig (RRB Nr. 532 vom 14. April 2004).

6. Vormundschaftsrecht

6.1 Entmündigung

- *Voraussetzungen der Entmündigung (Erw. 2).*
- *Entmündigungsvoraussetzungen der Unfähigkeit in der Besorgung der eigenen Angelegenheiten, des andauernden Bedürfnisses nach Beistand und Fürsorge sowie der Gefährdung der Sicherheit anderer (Erw. 3).*
- *Verhältnismässigkeit der Entmündigung (Erw. 4): Für eine Unterbringung in einer Anstalt ist eine Entmündigung nicht (mehr) erforderlich (Erw. 4.3); Gefährdung der Sicherheit Dritter (Erw. 4.4 - 4.6).*
- *Keine Entmündigung auf Vorrat (Erw. 5.1).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 369 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) entmündigt. Erste Voraussetzung für eine Entmündigung nach Art. 369 ZGB ist das Vorliegen einer Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Beides ist vorab von den körperlichen Krankheiten und Gebrechen zu trennen. Nur psychische Erkrankungen sind ein Entmündigungsgrund nach Art. 369 ZGB. Zweite – kumulative – Voraussetzung ist das Vorliegen einer Unfähigkeit in der Besorgung der eigenen Angelegenheiten, des andauernden Bedürfnis nach Beistand und Fürsorge sowie einer Gefährdung der Sicherheit anderer (Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, § 4 N 9). Mindestens eine der drei Voraussetzungen muss nebst einem Entmündigungsgrund erfüllt sein, damit die Entmündigung erfolgen kann.

3.1 Gemäss dem Gutachten des Sozialpsychiatrischen Dienstes des Kantons Schwyz vom 28. August 2002 leidet die Beschwerdeführerin an einer schweren psychischen Störung, die einer Geisteskrankheit nach Art. 369 ZGB entspricht (...). Damit ist die erste Voraussetzung für eine Entmündigung gegeben, auch wenn die Beschwerdeführerin nach wie vor davon überzeugt ist, dass sie an keiner solchen Krankheit leidet.

3.2 Nebst dem Entmündigungsgrund muss eine der drei Entmündigungsvoraussetzungen gegeben sein, damit die Entmündigung erfolgen kann. Die Vorinstanz erwähnt hier in erster Linie das andauernde Bedürfnis nach Beistand und Fürsorge.

3.3.1 Die mit der Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, umschriebene Vertretungsbedürftigkeit deckt sich zum Teil mit der Betreuungs- und Schutzbedürftigkeit, der mit Beistand und Fürsorge genügt werden soll; die genannten Bedürftigkeiten bedingen einander zum Teil. Der Wortlaut

C. 6.1

der Bestimmung von Art. 369 ZGB, insbesondere in der französischen Fassung, lässt es zu, die Unfähigkeit, die Angelegenheiten zu besorgen, in erster Linie auf die wirtschaftlichen Interessen (Vermögenssorge), den Bedarf nach Beistand und Fürsorge hingegen in erster Linie auf die persönlichen Interessen (Personensorge) der betroffenen Person zu beziehen (Ernst Langenegger, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 369 N 26).

3.3.2 Die Voraussetzung der Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen, finanziellen Angelegenheiten liegt bei der Beschwerdeführerin nicht vor. Sie hat und hatte ihren Finanzhaushalt stets im Griff. Dies wird durch die Vorinstanz grundsätzlich auch bestätigt. Die Frage einer allfälligen Vermietung oder Belastung der Wohnung der Beschwerdeführerin stellt sich zurzeit in keiner Weise. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin für solche Finanzangelegenheiten nicht befähigt wäre. Ebenfalls ist nicht einzu- sehen, weshalb ein Vormund solche Angelegenheiten „einfacher, schneller und besser“ regeln kann.

3.3.3 Die soziale Voraussetzung des andauernden Bedürfnisses nach Beistand und Fürsorge war nach dem Vorfall vom 21. September 2002 bei der Beschwerdeführerin sicher vorhanden. Mit der Einweisung in die Klinik wurde ihr Bedürfnis nach Beistand und Fürsorge abgedeckt. Die Bedürftigkeit nach Beistand und Fürsorge muss jedoch von gewisser Dauer sein, damit sie als Entmündigungsvoraussetzung genügt. Es ist fraglich, ob diese Bedürftigkeit dauernd, das heisst für immer bei der Beschwerdeführerin gegeben ist. Insbesondere ist zurzeit nicht abzusehen, ob die Beschwerdeführerin auch nach der Entlassung aus der Klinik des Beistandes und der Fürsorge bedarf.

3.3.4 Die Gefährdung der Sicherheit Dritter beziehungsweise das entsprechende Schutzbedürfnis muss besonders stark ausgeprägt sein, damit es als Entmündigungsvoraussetzung genügt. Vormundschaftliche Massnahmen haben in erster Linie die betroffene Person und deren Vermögen zu schützen. Erst in zweiter Linie dienen sie auch dem Schutz von Drittpersonen (BGE 115 II 20). Da die Entmündigung einen schweren Eingriff in die Freiheit der betroffenen Person darstellt, ist sie allein im Interesse von Drittpersonen nur gerechtfertigt, wenn es der Schutz wichtiger Güter Dritter erfordert. Solche wichtigen Güter sind vor allem Leben und Gesundheit, das heisst körperliche Integrität, sowie Freiheit und moralisch-sittliche Integrität (Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 28).

Die Gefährdung des Lebens und der Gesundheit Dritter war im Zeitpunkt des Vorfalls vom 21. September 2002 zweifelsohne gegeben. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Gemäss dem Gutachten von Dr. X. scheint ein gewisses Gefährdungspotential zu bestehen, da die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich in tiefe Verzweiflungszustände gerät. Ebenso ist Dr. X. der Ansicht, dass die Äusserung, ein Blutbad anrichten zu wollen, um „endlich verwahrt“ zu werden, auf ein gewisses Gefährdungspotential hinweise (...). Dr. X. erachtet daher eine intensivere Betreuung der Beschwerdeführerin nicht zuletzt aus diesem Grunde für notwendig.

3.4 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Voraussetzung der Geisteskrankheit gemäss Gutachten bei der Beschwerdeführerin gegeben ist. Ebenfalls können im Zeitpunkt des Vorfalles vom 21. September 2002 die Entmündigungsvoraussetzungen des andauernden Bedürfnisses nach Beistand und Fürsorge sowie der Gefährdung der Sicherheit anderer als gegeben angesehen werden. Dies hätte grundsätzlich eine Bevormundung gerechtfertigt.

Die Beschwerdeführerin wurde aber nach dem Vorfall vom 21. September 2002 durch fürsorgerischen Freiheitsentzug in die geschlossene Abteilung der Klinik Y. eingewiesen. Die Bevormundung wurde mit Beschluss vom 10. Januar 2003 ausgesprochen. Selbst wenn die Voraussetzungen einer Entmündigung gegeben sind, ist zu prüfen, ob die Bevormundung auch verhältnismässig ist.

4.1 Die Rechtsprechung schützt die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen nur, wenn sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen, wenn die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen bei der Anordnung beachtet worden ist. Die Entmündigung bewirkt die Entziehung der Handlungsfähigkeit. Sie steht in der Stufenfolge der Massnahmen an oberster Stelle und deshalb ist insbesondere zu prüfen, welche besonderen Schutzbedürftigkeiten die Entziehung der Handlungsfähigkeit als verhältnismässig, d.h. als notwendig, zwecktauglich und dem Zweck angemessen erscheinen lassen (Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 29).

4.2 Die Entziehung der Handlungsfähigkeit ist verhältnismässig, wenn es notwendig ist, die betroffene geistesschwache oder geisteskranke Person davor zu schützen, sich durch rechtsgeschäftliche Dispositionen selber zu schaden. Im vorliegenden Fall gibt es keine Gründe, die Beschwerdeführerin vor Schäden durch rechtsgeschäftliche Dispositionen zu schützen. Sie hatte bis anhin ihre finanzielle Situation stets im Griff und kümmert sich auch jetzt, während des Klinikaufenthaltes, um ihre Rechnungen. Sie ist fähig, die ihr für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel zweckmässig einzusetzen. Aus dieser Sicht betrachtet, ist die Entziehung der Handlungsfähigkeit nicht nötig und daher nicht verhältnismässig.

4.3 Normalerweise ist die Entziehung der Handlungsfähigkeit nicht nötig, damit einer Person die notwendige persönliche Fürsorge erbracht werden kann, ausser sie sei mit dem Schutze vor nachteiligen Vermögensdispositionen verbunden. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

Für nicht entmündigte Personen gelten seit der Aufnahme der Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) ins Gesetz bezüglich Unterbringung in einer Anstalt die gleichen Regeln wie für entmündigte Personen. Die gemäss aArt. 406 ZGB früher gegebene Befugnis des Vormundes, die erwachsene entmündigte Person nötigenfalls in einer Anstalt unterzubringen, konnte unter dem alten Recht noch eine Notwendigkeit der Entmündigung mit Blick auf die voraussichtlich notwendige persön-

C. 6.1

liche Fürsorge begründen. Dieses Argument für eine Entmündigung ist heute nicht mehr gegeben (Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 31). Die dem Vormund gemäss Art. 406 Abs. 2 ZGB zukommende Unterbringungskompetenz bei Gefahr in Verzug wird als praktisch nicht sehr bedeutende, zusätzliche Möglichkeit im Bereich der Personensorge eine Entmündigung kaum je rechtfertigen. Mit andern Worten lässt sich die Entmündigung allein für eine Unterbringung in einer bestimmten Anstalt nicht rechtfertigen.

4.4 Bezüglich des mit der Entmündigungsvoraussetzung der Gefährdung der Sicherheit Dritter anvisierten Schutzzweckes stellt sich die Frage der Zwecktauglichkeit der Massnahme der Entmündigung eindringlich. Die Massnahme dürfte am ehesten noch zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen Dritter wegen der Publikation und nachfolgenden Publizität der Entmündigung die gewünschte Wirkung zeitigen. Im Übrigen jedoch dürfte die Frage der Zwecktauglichkeit und damit die Verhältnismässigkeit der Entziehung der Handlungsfähigkeit allein zum Zwecke des Schutzes von Dritttinteressen kaum zu bejahen sein (Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 32). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es für einen Vormund schwierig, wenn nicht unmöglich sein dürfte, die Gesundheit Dritter zu schützen und aufzupassen, dass sich ein Vorfall, wie er sich am 21. September 2002 (Angriff einer Drittperson mit einem Messer) zugetragen hat, nicht ein zweites Mal ereignet. Unter Umständen kann durch eine geeignete Personensorge auf die Beschwerdeführerin mit gleicher positiver Auswirkung für die Sicherheit von Drittpersonen eingewirkt werden, ohne dass sie entmündigt wird.

4.5 Die Beschwerdeführerin befindet sich seit dem Vorfall vom 21. September 2002 in der Klinik Y. Sie hielt sich also bereits am Tage des Bevormundungsbeschlusses in der Klinik auf. Diese Tatsache wurde beim Beschluss der Vorinstanz nicht berücksichtigt. Die vorgesehene Bevormundung wurde nicht in Bezug zum bestehenden fürsorgerischen Freiheitsentzug gebracht. Im Weiteren hat sich die Vorinstanz auch nicht mit der Ansicht von Dr. X. auseinandergesetzt, wonach auf eine Bevormundung vorläufig verzichtet werden könne, falls die Beschwerdeführerin in Planung und Durchführung einer angemessenen Betreuung in einer geeigneten Institution kooperiere (...).

4.6 Im Rahmen eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges wurde die Beschwerdeführerin in die geschlossene Abteilung der psychiatrischen Klinik Y. eingewiesen. Am 16. Juni 2003 durfte sie probeweise in eine offene Abteilung wechseln. Mittlerweile darf die Beschwerdeführerin regelmässig alleine in ihre Wohnung nach Z. oder an andere Orte. So durfte sie auch unbeleitet Konzerte im Hallenstadion besuchen oder mit ihrem Freund ein Wochenende in einem Hotel verbringen (...). Die bei der Beschwerdeführerin wohl notwendige persönliche Fürsorge wird zurzeit im Rahmen einer anderen vormundschaftlichen Massnahme (fürsorgerischer Freiheitsentzug) vollumfänglich erbracht. Solange der fürsorgerische Freiheitsentzug andauert, ist eine Bevormundung wegen dem andauernden Bedürfnis nach Bei-

stand und Fürsorge nicht notwendig. Ob auch nach einem allfälligen Austritt aus der psychiatrischen Klinik beziehungsweise nach der formellen Beendigung des fürsorgerischen Freiheitsentzugs das andauernde Bedürfnis nach Beistand und Fürsorge gegeben ist, kann heute nicht gesagt werden. Dies muss dann auf Grund der gegebenen Umstände neu beurteilt werden. Es kann aber auch sein, dass im Gespräch mit der Beschwerdeführerin eine Lösung gefunden werden kann, wie ein soziales Netz aufgebaut werden könnte, damit sie sich in Krisensituationen dort melden kann. In diese Richtung darf die Äusserung der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 5. Juni 2003, „vielleicht könne man mit Herr W. abmachen, dass sie sich jeden Tag bei ihm melde und mit ihm kurz rede“, auch verstanden werden (S. 4 des Protokolls der Anhörung).

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass durch den fürsorgerischen Freiheitsentzug die Rechtsgüter von Leib und Leben Dritter geschützt sind.

5.1 Die Vorinstanz hat sich in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2003 bereit erklärt, die Bevormundung solange aufzuschieben und erst rechtswirksam werden zu lassen, wenn der fürsorgerische Freiheitsentzug aufgehoben wird. Dies kommt einer Bevormundung auf Vorrat gleich. Ein solches Vorgehen kann aber nicht geschützt werden, denn es ist nicht gesagt, dass die Voraussetzungen für eine Entmündigung im Zeitpunkt der Aufhebung des fürsorgerischen Freiheitsentzuges nach wie vor gegeben sind.

(RRB Nr. 721 vom 25. Mai 2004).

6.2 Entmündigung auf eigenes Begehren und fürsorgerischer Freiheitsentzug

- *Wurde eine Person auf eigenes Begehren, ohne nähere Prüfung der Umstände, bevormundet und waren die Voraussetzungen für eine Entmündigung effektiv gar nie gegeben, so ist diese ohne weiteres aufzuheben (Erw. 2).*
- *Eine bloss temporäre Aufhebung der Vormundschaft oder eine Aufhebung auf Probe sind unzulässig (Erw. 3).*
- *Einholen eines Gutachtens für die Abklärung der Notwendigkeit vormundschaftlicher Massnahmen (Erw. 4).*
- *Die Ausübung des Stimm- und Wahlrechts wird bei der Vormundschaft auf eigenes Begehren nicht eingeschränkt (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

A. X. wurde mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 27. Januar 1997 auf eigenes Begehren gemäss Art. 372 ZGB unter Vormundschaft gestellt. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2003 an die Vormundschaftsbehörde liess er durch seinen Rechtsvertreter folgenden Antrag stellen:

C. 6.2

„Namens und auftrags meines Mandanten erneuere ich hiermit den Antrag, die mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 27. Januar 1997 ‚auf eigenes Begehren‘ ausgesprochene Bevormundung sei aufzuheben und es sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Eventualiter sei die Vormundschaft in eine (vorläufige) Beistandschaft umzuwandeln.“

B. Mit Beschluss vom 19. April 2004 entschied die Vormundschaftsbehörde wie folgt:

1. Die Vormundschaft nach Art. 372 ZGB über X. ..., z.Zt. wohnhaft in Y., wird während der Zeit, in welcher X. platziert ist, aufgehoben und in eine unbefristete fürsorgerische Freiheitsentziehung nach Art. 397 ZGB umgewandelt.
2. Eine Entlassung von X. aus Y. ist nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde möglich.
3. X. wird ersucht, sich nach wie vor an die Anweisungen der Ärzte, der Verantwortlichen von Y. und der Amtsvormundin Frau Z. zu halten.
4. X. hat an der gemeinsamen Besprechung vom 22. März 2004 ausdrücklich erklärt, dass er mit diesem Vorgehen einverstanden ist. Aus diesem Grund wird das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung abgelehnt.
5. Auch die Vormundschaftsbehörde verzichtet ausnahmsweise auf die Erhebung von Gebühren.
6. Das Stimmregisteramt wird ersucht, Herrn X. die Stimm- und Wahlunterlagen zuzustellen.“

C. Gegen die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im angefochtenen Beschluss Nr. 2004/20 hat X. Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben. Das Verwaltungsgericht hat X. am 9. Juli 2004 persönlich angehört. Die Sachbearbeiterin des instruierenden Justizdepartements hat ebenfalls an der Anhörung teilgenommen und Ergänzungsfragen gestellt.

Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde mit Entscheid Nr. 862/04 vom 9. Juli 2004 gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vormundschaftsbehörde Muotathal aufgehoben, soweit damit gegenüber X. eine unbefristete fürsorgerische Freiheitsentziehung ausgesprochen worden ist.

Aus den Erwägungen:

1. Einer mündigen Person kann auf ihr Begehren ein Vormund gegeben werden, wenn sie dartut, dass sie infolge von Altersschwäche oder andern Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag (Art. 372 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Die Vormundschaft über eine Person, die auf eigenes Begehren entmündigt wurde, endet mit der Aufhebung durch die zuständige Behörde (Art. 433 Abs. 1 ZGB). Die Aufhebung einer Vormundschaft einer auf eigenes Begehren des Bevormundeten angeordneten Vormundschaft darf nur erfolgen, wenn der Grund des Begehrens dahinge-

fallen ist (Art. 438 ZGB). Die Behörde ist zu dieser Aufhebung verpflichtet, sobald ein Grund zur Bevormundung nicht mehr besteht (Art. 433 Abs. 2 ZGB).

2. Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerdeschrift geltend, er habe sich nur unter einem Vorwand bevormunden lassen. Damit sei im Prinzip anerkannt, dass im Zeitpunkt der Bevormundung eine solche eigentlich gar nicht notwendig und erforderlich und damit gerechtfertigt gewesen sei. Die Bevormundung müsse bereits aus diesem Grund aufgehoben werden.

2.1 Die Anordnung einer vormundschaftlichen Massnahme bedingt das Vorliegen eines Entmündigungsgrundes (im engeren Sinn) und einer besonderen Schutz-, Vertretungs- oder Betreuungsbedürftigkeit. Die Entmündigungsgründe im engeren Sinn sind gesetzliche Umschreibungen von Schwächezuständen in der Person des allenfalls zu Entmündigenden. Die besonderen Schutzbedürftigkeiten sind aus diesen Schwächezuständen sich ergebende Notlagen, welche mit Hilfe der Entmündigung überwunden werden sollen; sie werden auch als Entmündigungsvoraussetzungen bezeichnet. Der Entmündigungsgrund im engeren Sinn und die Entmündigungsvoraussetzung bilden den Entmündigungsgrund im weiteren Sinn (vgl. Thomas Geiser in Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 369 N 4; Bernhard Schnyder/Erwin Murer, Berner Kommentar, Bern 1984, Vorbemerkungen zu Art. 369-375, NN 19 f.).

2.2 Altersschwäche, andere Gebrechen und Unerfahrenheit werden als Entmündigungsgründe im engeren Sinn des Art. 372 ZGB nur relevant, wenn sie mit dem eigenen Begehren der betroffenen Person nach einer vormundschaftlichen Massnahme verbunden sind. Die psychischen Störungen bzw. charakterbedingten Fehlentwicklungen müssen nicht gleich schwer sein wie bei den Entmündigungsgründen nach Art. 369 und 370 ZGB, um als Gebrechen nach Art. 372 ZGB zu gelten (Ernst Langenegger in Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 372 N 4). Entmündigungsvoraussetzung von Art. 372 ZGB bildet neben dem eigenen Begehren das Unvermögen einer Person, ihre Angelegenheiten gehörig zu besorgen (vgl. Langenegger, a.a.O., Art. 369 NN 2 ff. mit Hinweisen).

2.3 Wenn die Entmündigung auch auf eigenes Begehren erfolgte, so hatte die zuständige Behörde dennoch zu prüfen, ob ein in Art. 372 ZGB aufgeführter Schwächezustand besteht und die zu entmündigende Person nicht in der Lage ist, ihre Angelegenheiten gehörig zu besorgen. Der Bestand der einmal angeordneten Massnahme hängt deshalb nicht vom Willen der betroffenen Person ab. Darin liegt der normative Gehalt von Art. 438 ZGB. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Vormundschaft nur aufgehoben werden darf, wenn die Gründe, welche die Stellung des Begehrens gerechtfertigt haben, nicht (mehr) bestehen. Der Zweck der Norm verlangt allerdings, dass nicht auf die Gründe abgestellt wird, die das Mündel zum Entmündigungsbegeh-

C. 6.2

ren bewogen haben, sondern auf jene, welche die Anordnung der Massnahme materiell gerechtfertigt haben. Das Begehren der zu entmündigenden Person gehört nicht zu den materiellen, sondern zu den formellen Voraussetzungen einer Entmündigung nach Art. 372 ZGB (vgl. Geiser, a.a.O., Art. 438 N 3).

Wurde eine Person auf eigenes Begehren, ohne nähere Prüfung der Umstände, bevormundet und waren die Voraussetzungen für eine Entmündigung effektiv gar nie gegeben, so ist diese ohne weiteres aufzuheben (vgl. Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, § 4 N 196 mit Hinweis auf BGE 78 II 7; Geiser, a.a.O., Art. 438 N 4).

2.4 Der Beschwerdeführer hat am 13. Januar 1997 während eines Aufenthalts in der Psychiatrischen Klinik Oberwil (PKO) ein Schreiben mit folgendem Wortlaut an die Vorinstanz gerichtet:

„Da ich auf Grund meiner psychischen Krankheit mein Leben nicht selber gestalten kann, bitte ich Sie mir einen Vormund zu geben.“

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer am 27. Januar 1997 angehört. Auf die Frage, warum er das Gesuch gestellt habe, lautete die Antwort des Beschwerdeführers, er wolle in das „Haus 2“; er brauche Abklärungen und Therapien (vgl. Anhörungsprotokoll vom 27. Januar 1997, S. 1). Die Frage der Vorinstanz, worin sein Schutzbedürfnis bestehe, hat der Beschwerdeführer gemäss Protokoll nicht beantwortet.

2.5 Der Beschwerdeführer ist erstmals am 8. April 1994 freiwillig in die PKO ein- und am 25. April 1994 mit der Diagnose „Zwangsstörung mit vorwiegend Zwangsgedanken bei später Adoleszentenkrise (ICD F 42.0)“ wieder ausgetreten. Am 13. Juli 1994 begab sich der Beschwerdeführer wiederum freiwillig in die PKO, wo er - nach einem neurochirurgischen Eingriff im Universitätsspital Zürich am 27. September 1994 und dem anschliessenden Aufenthalt zur Neurorehabilitation im Kantonsspital Luzern - bis am 15. Juni 1995 verblieb. Ein weiterer Aufenthalt in der PKO erfolgte vom 9. Juni bis zum 24. September 1996.

In Anbetracht der wiederkehrenden psychischen Störungen des Beschwerdeführers ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der Entmündigungsgrund (im engeren Sinne) der „anderen Gebrechen“ gemäss Art. 372 ZGB vorlag. Insbesondere in Anbetracht der Aufenthalte des Beschwerdeführers in der PKO auf eigene Initiative und seiner Aussage, er sei nicht fähig, sein Leben selber zu gestalten, durfte die Vorinstanz auch auf eine besondere Schutzbedürftigkeit des Beschwerdeführers schliessen. Anlässlich der Anhörung vom 9. Juli 2004 hat der Beschwerdeführer im Widerspruch zu seinen Angaben in der Beschwerdeschrift denn auch ausgeführt, Grund für sein Gesuch sei sein Unvermögen gewesen, sein Leben selber zu meistern. Die Schwierigkeiten des Beschwerdeführers mit seiner Lebensgestaltung werden zudem in den entsprechenden Verlaufsberichten der PKO objektiviert.

Die Anordnung der Vormundschaft auf eigenes Begehren durch die Vorinstanz mit Beschluss vom 27. Januar 1997 ist demnach nicht zu beanstanden. Waren im damaligen Zeitpunkt die Voraussetzung für eine Bevormundung

auf eigenes Begehren gegeben, besteht heute kein Anlass, diese ohne weiteres aufzuheben.

3. Die Aufhebung einer Vormundschaft tritt ein mit der formellen Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses. Ausgeschlossen sind bedingte, probeweise, befristete, z.B. auf das Ende der Rechnungsperiode oder der Amtsperiode des Vormundes hinausgeschobene, Aufhebungen (vgl. A. Egger in Zürcher Kommentar, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1948, Art. 433 N 13; vgl. auch BGE 5C.172/2003 vom 18. September 2003, E. 2.3).

3.1 Nach Auffassung der Vorinstanz sind die Voraussetzungen für eine vollständige und unbefristete Aufhebung der Vormundschaft nicht erfüllt. Sie hat die Vormundschaft nach Art. 372 ZGB daher lediglich für die Zeitspanne während des Aufenthalts des Beschwerdeführers in Y. aufgehoben und durch eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nach Art. 397 ZGB ersetzt. Diese Anordnung hat zur Konsequenz, dass die Vormundschaft wieder auflebt, so bald der Beschwerdeführer aus Y. austritt.

3.2 Es geht nicht an, die Aufhebung der Vormundschaft mit einer derartigen Nebenbestimmung zu verbinden. Auf Gesuch hin hat die Vormundschaftsbehörde die Vormundschaft aufzuheben, umzuwandeln oder beizubehalten (vgl. Geiser, a.a.O., Art. 433 NN 6 ff.). Bloss temporäre Aufhebungen oder Aufhebungen auf Probe sind hingegen unzulässig.

Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Stellt die Vorinstanz auf Grund einer Analyse der aktuellen Situation fest, dass kein Grund für eine Bevormundung mehr besteht, ist es ihre Aufgabe, die Vormundschaft auf eigenes Begehren von Amtes wegen aufzuheben und allenfalls eine leichtere vormundschaftliche Massnahme anzuordnen. Ist sie hingegen der Ansicht, dass der Grund für die Entmündigung auf eigenes Begehren des Beschwerdeführers vom 13. Januar 1997 um Errichtung einer Vormundschaft nicht dahingefallen sei, hat sie die Vormundschaft auf eigenes Begehren aufrecht zu erhalten. Kommt sie gestützt auf das einzuholende Gutachten (vgl. nachfolgend E. 4.3) zum Schluss, dass Gründe für die Anordnung einer Vormundschaft wegen Geisteskrankheit oder –schwäche (Art. 369 ZGB) bestehen, hat sie die Vormundschaft in eine solche umzuwandeln.

4. Wie sich aus den Akten ergibt, ist der Beschwerdeführer zwischen 1994 und 2001 zwölfmal in stationärer Behandlung in der PKO gewesen. Seit 1995 hat er in diversen Heimen gelebt (Wohnheim Kreuzstrasse in Herisau, Stiftung Phönix in Schwyz, Wohnheim Flora in Einsiedeln, Wohn- und Werkheim Dietisberg [BL]). Am 5. September 2001 trat der Beschwerdeführer in die Wohn-, Arbeits- und Beschäftigungsstätte Y. ein, wo er seither wohnt. Die Wochenenden verbringt der Beschwerdeführer regelmässig bei seinem Bruder in ... oder den Eltern in Während des Aufenthalts des Beschwerdeführers im Schloss Herdern sind keine Krankheitsausbrüche mit der Notwen-

C. 6.2

digkeit zur Einweisung in eine psychiatrische Klinik aufgetreten. Der Beschwerdeführer hält sich nach Angaben des behandelnden Psychiaters Dr. Z. an die vereinbarte Medikation.

4.1 In einer Gesamtwürdigung des Vorliegens bzw. Fehlens und gegebenenfalls Zusammenfallens von Entmündigungs-, Verbeirungs- oder Verbeistandungsgründen einerseits und der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer vormundschaftlichen Massnahme andererseits ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche vormundschaftliche Massnahme im konkreten Einzelfall anzuordnen ist. Bei der Beurteilung stehen die konkreten Schutz-, Vertretungs- und Betreuungsbedürfnisse im Vordergrund. Diese erst machen nämlich die Notwendigkeit bestimmter vormundschaftlicher Massnahmen aus und sind entscheidend für die Wahl der im konkreten Einzelfall passenden Massnahme (vgl. Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 15).

Allgemein gilt die Anordnung der konkreten Massnahme dann als verhältnismässig, wenn sie notwendig ist, um eine bei der betroffenen Person auf Grund eines Schwächezustandes vorhandene Bedürftigkeit nach Schutz, Betreuung oder Vertretung zu beheben oder zu verringern. Zudem muss sie zur Erreichung des angestrebten Schutzzwecks geeignet und dem Schutzzweck angemessen (zweckangemessen) sein, d.h. nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Schutzzweckes erforderlich ist; andererseits darf sie aber das Erforderliche auch nicht unterschreiten (vgl. Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 18).

4.2 An der Besprechung vom 6. Februar 2004 einigten sich der Beschwerdeführer, dessen Rechtsvertreter und Vertreter der Vorinstanz darauf, für den Beschwerdeführer ein Gutachten einzuholen, aus welchem ersichtlich sein sollte, ob für ihn eine Bevormundung nach Art. 369 ZGB angezeigt sei. Der frühere Vormund des Beschwerdeführers hat in seinem Zwischenbericht vom 2. Mai 2001 ebenfalls die Einholung eines solchen ärztlichen Gutachtens beantragt. Die Vorinstanz erteilte mit Beschluss vom 11. Februar 2004 dem behandelnden Psychiater Dr. Z. den Auftrag, ein solches Gutachten zu erstellen. Wie sich aus dem angefochtenen Beschluss ergibt, wurde das verlangte Gutachten in der Folge jedoch nicht abgefasst.

4.3 Der Vorinstanz wird nahe gelegt, im Hinblick auf die Neubeurteilung der Streitsache ein solches Gutachten einzuholen. Ein derartiges Gutachten hat nicht nur die Schlussfolgerungen zu enthalten. Der Experte hat auch die Gründe darzulegen, welche ihn zu den Schlüssen geführt haben. Das Gutachten soll sich darüber aussprechen, ob das Mündel infolge seiner Krankheit vormundschaftlichen Schutzes bedarf. Entsprechend ist auch die Fragestellung zu formulieren. Dabei ist zu beachten, dass das Gutachten der Sachverhaltsfeststellung dient und nicht der Rechtsanwendung. Dem Sachverständigen sind Fragen tatsächlicher Art und nicht Rechtsfragen zu stellen. Unerlässlich ist die Frage nach der Diagnose und nach der Beurteilung der künftigen Entwicklung (vgl. Geiser, a.a.O., Art. 374 N 15).

Dieses Gutachten kann der Vorinstanz als Grundlage für den Entscheid über die geeignete und erforderliche vormundschaftliche Massnahme dienen. Für eine allfällige Umwandlung der heutigen Vormundschaft auf eigenes Begehren in eine Vormundschaft wegen Geisteskrankheit oder –schwäche (Art. 369 ZGB) wird ein solches Gutachten ohnehin von Gesetzes wegen vorausgesetzt (Art. 374 Abs. 2 ZGB). Je nach Ergebnis des Gutachtens wird eventuell auch die Aufrechterhaltung der Vormundschaft auf eigenes Begehren oder eine Aufhebung der Vormundschaft auf eigenes Begehren und die Anordnung einer leichteren vormundschaftlichen Massnahme in Betracht zu ziehen sein. Dabei wird die Vorinstanz die Verfahrensgarantien des Beschwerdeführers, insbesondere dessen Anspruch auf rechtliches Gehör, zu wahren haben.

5. Der Beschwerdeführer ersucht unter anderem um Aufhebung der Vormundschaft auf eigenes Begehren, um wählen und abstimmen zu können.

Hinsichtlich der Möglichkeit zur Ausübung der politischen Rechte ist Folgendes festzuhalten: Nach Art. 136 Abs. 1 Satz 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) stehen die politischen Rechte in Bundessachen allen Schweizerinnen und Schweizern zu, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind. Damit ist gesagt, dass auf Bundesebene alle aus einem anderen Grund (Art. 370-372 ZGB) Entmündigten in ihrer politischen Handlungsfähigkeit nicht beschränkt sind (vgl. Riemer, a.a.O., § 4 N 117). Die politische Handlungsfähigkeit auf kantonaler und kommunaler Ebene ist von den Kantonen selbst festzulegen. Im Kanton Schwyz ist vom Stimmrecht ausgeschlossen, wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (Art. 369 ZGB) entmündigt ist (§ 4 Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 15. Oktober 1970, WAG, SRSZ 120.100).

Die Ausübung des Stimmrechts wird bei einer Vormundschaft auf eigenes Begehren gemäss Art. 372 ZGB, wie sie hier vorliegt, demnach nicht eingeschränkt.

(RRB Nr. 1034 vom 10. August 2004).

7. Sozialwesen

7.1 Wirtschaftliche Hilfe für selbständig Erwerbende

- *Voraussetzungen, unter welchen Selbständigerwerbende Überbrückungshilfe beanspruchen können (Erw. 2).*
- *Es liegt im Ermessen der Fürsorgebehörden, ob und in welchem Umfange sie Beiträge an die Betriebskosten eines Selbständigerwerbstätigen ausrichten will (Erw. 3/4).*

C. 7.1

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer arbeitet nach den unbestrittenen Angaben der Vorinstanz seit 13 Jahren als selbständiger Grafiker und Illustrator. Er hat seit dem 1. Mai 1999 eine Fläche von 84m² in der Liegenschaft ... gemietet und dort seinen Arbeitsplatz eingerichtet. Der monatliche Mietzins beträgt Fr. 750.–, wozu Fr. 79.15 an Nebenkosten (Heizung) hinzuzurechnen sind. Die Telefon-/Fax-/Internetgebühren und die Kosten des Beschwerdeführers für den Stromverbrauch sind entgegen der Ansicht der Vorinstanz als sogenannte Verbraucherkosten des Beschwerdeführers hingegen nicht zu den Nebenkosten zu zählen, zumal sie nicht von der Leistungspflicht des Vermieters erfasst werden (vgl. Roger Weber in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 257b N 1 mit Verweis auf Art. 257a N 1).

Seit dem Jahr 2002 gehen die Kundenaufträge des Beschwerdeführers stetig zurück. Sein Einkommen reicht nicht mehr aus, um für seinen Lebensunterhalt vollumfänglich selber aufzukommen, weshalb er seit Juli 2003 auf wirtschaftliche Hilfe angewiesen ist. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Beschluss entschieden, dass sie die Mietkosten für das Atelier ab Dezember 2003 nicht mehr übernehmen werde und den Beschwerdeführer daher aufgefordert, den Mietvertrag per Ende November 2003 zu kündigen. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen diese Anordnung. Wenn er seinen Arbeitsplatz in sein Haus verlegen müsse, bleibe kaum Platz zum effizienten Arbeiten. Ausserdem hätten seine zwei Buben, die jedes zweite Wochenende und die Ferien bei ihm verbringen würden, keinen Platz mehr zum Spielen, Schlafen und Essen.

2.1 Nach § 11 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (SRSZ 380.100, ShG) haben die Gemeinden dafür zu sorgen, dass Hilfe Suchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird (Abs. 1), 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 nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Sozialhilfeverordnung sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nachpflichtgemäßem Ermessen entscheiden muss (§ 5 Abs. 1 Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe [Sozialhilfeverordnung], SRSZ 380.111, ShV). Für die Bemessung der Hilfe haben die Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegleitenden Charakter (§ 5 Abs. 2 ShV). Mit dem in § 5 Abs. 2 ShV enthaltenen Hinweis auf die SKOS-Richtlinien hat der Gesetzgeber das Existenzminimum (§ 16 Abs. 1 ShG) konkretisiert. Der Regierungsrat wendet die SKOS-Richtlinien bei der Beurteilung von Beschwerden über die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe konsequent an (vgl. EGV-SZ 2001, Nr. C 7.1, E. 2.2 mit Hinweis).

2.2 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 unmittelbaren Nebenkosten) sowie die Kosten für die medizinische Grundversorgung (vgl. SKOS-Richtlinien B. 1-1).

2.3 Staatliche Unterstützungsleistungen stehen grundsätzlich auch denjenigen Personen zu, die an sich auf längere Frist über die nötigen Mittel verfügen bzw. verfügen sollten, jedoch wegen besonderen Verhältnissen vorübergehend nicht in der Lage sind, ein existenzsicherndes Auskommen zu erzielen. Bei solchen Engpässen soll die Sozialhilfe so lange einspringen, bis die bedürftige Person wieder aus eigener Kraft für ihren Unterhalt aufkommen kann. In diesem Sinne sehen die SKOS-Richtlinien vor, dass selbständig Erwerbende Überbrückungshilfen beanspruchen können, wobei hierfür vorausgesetzt ist, dass die betroffenen Personen innert nützlicher Frist eine fachliche Überprüfung vornehmen lassen, ob die Voraussetzungen für das wirtschaftliche Überleben ihres Betriebs gegeben sind (SKOS-Richtlinien H. 7-1). Mit diesen Anforderungen wird § 9 ShV Genüge getan, wonach bedürftige Personen ausdrücklich verpflichtet sind, selber nach Kräften zur Behebung der Bedürftigkeit beizutragen und die Ratschläge und Weisungen der Fürsorgebehörde zu befolgen (vgl. RRB Nr. 1780 vom 21. November 2000, E. 4.4).

Die finanziellen Leistungen bestehen in der (ergänzenden) Sicherstellung des Lebensunterhalts für eine befristete Zeit. Betriebskosten werden in der Regel nicht zu Lasten der Sozialhilfe übernommen (vgl. SKOS-Richtlinien H. 7-1).

3.1 Der Entscheid der Vorinstanz, die Mietkosten für das Atelier und die geschäftlichen Verbraucherkosten nicht mehr zu übernehmen, ist nicht zu beanstanden. Selbständig Erwerbende haben im Rahmen einer Überbrückungshilfe Anspruch auf die Sicherstellung ihres Lebensunterhalts, nicht aber auf Übernahme der Betriebskosten, wie sie u.a. die Mietkosten für ein Geschäftslokal darstellen. Es steht daher im Ermessen der Behörde, ob und in welchem Umfang sie die Betriebskosten eines selbständig Erwerbstätigen tragen will. Dies gilt nicht nur für den Mietzins einschliesslich der eigentlichen Nebenkosten, sondern ebenso für die damit zusammenhängenden Verbraucherkosten für Stromlieferung und Telefon-/Fax-/Internet-Benutzung. Auch diese Kosten sind als Betriebskosten des Beschwerdeführers zu betrachten, zu deren Übernahme die Vorinstanz nicht verpflichtet ist. Aus der Tatsache, dass sie diese Kosten im Rahmen der Notfallhilfe und der bisherigen wirtschaftlichen Hilfe berücksichtigt hat, lässt sich kein Anspruch des Beschwerdeführers auf Fortführung dieser Kostenübernahme ableiten.

C. 7.1

Ausserdem werden im Unterstützungsbudget des Beschwerdeführers nach wie vor Fr. 250.– als Erwerbsunkosten angerechnet. Damit trägt die Vorinstanz den Aufwendungen des Beschwerdeführers, die ihm aus der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit entstehen, in hinreichendem Masse Rechnung.

3.2 Es bleibt dem Beschwerdeführer überlassen, ob und wie er der Reduktion des Unterstützungsbeitrags begegnen will. So kann er der Aufforderung der Vorinstanz nachkommen und den Mietvertrag für das Atelier kündigen; inwieweit es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, seinen Arbeitsplatz in seine Wohnung zu verlegen, kann dabei offen gelassen werden. Zumindest ist festzustellen, dass er auch in Anbetracht des zeitweiligen Platzbedarfs für seine beiden Kinder über grosszügigen Wohnraum verfügt. Es steht dem Beschwerdeführer ebenfalls frei, den Mietvertrag für den Geschäftsraum aufrecht zu erhalten und sich die entsprechende Miete vom übrigen Lebensunterhalt abzusparen, soweit ihm dies möglich ist. Sollte eine entsprechende Nachfrage bestehen, kommt sodann auch eine Untervermietung des Geschäftsraumes (vgl. Art. 262 des Schweizerischen Obligationen rechts vom 30. März 1911 [SR 220, OR]) oder eine Vertragsübertragung (vgl. Art. 263 OR) in Frage.

3.3 Da der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Übernahme der Betriebskosten hat, steht es der Vorinstanz grundsätzlich frei, den Zeitpunkt zu bestimmen, ab dem sie diese Kosten nicht mehr zu tragen beabsichtigt. Indem sie dem Beschwerdeführer die vorgesehene Reduktion des Unterstützungsbeitrags um die Betriebskosten mehr als drei Monate im Voraus angekündigt hat, wurde dem Beschwerdeführer in hinreichender Art und Weise Gelegenheit eingeräumt, im Hinblick auf die künftige Nichtübernahme allfällige Massnahmen zu treffen.

4. Wie die Vorinstanz vorbringt, sind der Einsatz und die Bemühungen des Beschwerdeführers, mit seinem Geschäft weiterhin seinen Lebensunterhalt zu verdienen, zwar anzuerkennen. Als Empfänger wirtschaftlicher Hilfe hat er jedoch gewisse Einschränkungen in Kauf zu nehmen. So wenig Sozialleistungen zur Schuldentilgung herangezogen werden sollen, so wenig liegt ihr Zweck in der Stützung von defizitären Strukturen und Betrieben. Das gilt für die Unterstützung selbständig Erwerbender schlechthin (vgl. RRB Nr. 1780 vom 21. November 2000, E. 4.3 mit Hinweis auf BVR 2000, S. 213; BGE 2P.254/1999 in Pra (88) Nr. 24 S. 138) und hat daher auch im vorliegenden Fall zu gelten.

(RRB Nr. 26 vom 13. Januar 2004).

7.2 Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe

- *Verfassungsrechtliche und gesetzliche Ansprüche auf wirtschaftliche Hilfe (Erw. 1).*
- *Weigert sich ein Sozialhilfeempfänger, Arbeit zu suchen oder eine für ihn zumutbare Stelle anzutreten, so kann die wirtschaftliche Hilfe eingeschränkt oder eingestellt werden (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Sozialhilfe wird in besonderen Lebenslagen gewährt; sie vermittelt und umfasst insbesondere wirtschaftliche und persönliche Hilfe (§ 1 Abs. 2 Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 [ShG, SRSZ 380.100]). Sie will individuelle Notlagen durch materielle Unterstützung einerseits und durch Betreuung und persönliche Beratung andererseits beheben (§§ 3, 11, 15 ff. und 27 ShG; §§ 5 ff. und 16 ff. Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe [ShV, SRSZ 380.111]). Sozialhilfe soll individualisierend wirken, d.h. sie hat sich den Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen und Rücksicht zu nehmen auf die konkrete soziale Situation des einzelnen Hilfesuchenden. Sie soll zur Verbesserung der konkreten Lebenssituation eingesetzt werden (§ 4 ShG). Im Weiteren gilt der Grundsatz der Subsidiarität (§ 2 ShG). Dieser wird getragen vom Gedanken der Eigenverantwortung, das heisst der Hilfesuchende hat zuerst seine eigene Kraft und seine eigenen Mittel einzusetzen und allfällige Rechtsansprüche zuerst geltend zu machen. Erst wenn diese Hilfsmöglichkeiten nicht zum Ziele führen, darf die öffentliche Sozialhilfe in Anspruch genommen werden.

1.2 Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Art. 12 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101). Dieses Grundrecht garantiert nicht ein Mindesteinkommen; verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag (BGE 121 I 367 E. 2c; Urteil 2P.148/2002 vom 4. März 2003 E. 2.3).

Gemäss § 15 ShG hat nur Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Zu den eigenen Mitteln gehören auch alle Einkünfte (§ 5 ShV).

Damit wird klar gestellt, dass nur derjenige als bedürftig gilt, der seinen Unterhalt nicht aus eigenen Mitteln bestreiten kann. An dieser Anspruchsvoraussetzung fehlt es regelmässig dann, wenn jemand fähig ist und die Möglichkeit hat, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Wer arbeitsfähig ist, muss sich grundsätzlich um einen eigenen Arbeitserwerb bemühen. Eine andere Betrachtungsweise liesse sich mit dem Ziel der Sozialhilfe, die Eigenständigkeit des Hilfesuchenden zu achten und zu fördern (§ 2 ShG), nicht vereinbaren.

C. 7.2

1.3 Demnach besteht eine Unterstützungspflicht des Gemeinwesens dann nicht, wenn jemand eine Notlage absichtlich herbeiführt, um in den Genuss von Fürsorgeleistungen zu kommen. Nimmt ein Sozialhilfeempfänger beispielsweise einzig in der Absicht, weiterhin Fürsorgeleistungen zu beziehen, keine Erwerbstätigkeit auf oder bemüht er sich völlig unzureichend um eine zumutbare Arbeit bzw. um eine Anstellung, so kann die Behörde die Einstellung der Unterstützung verfügen. Ist der Unterstützte in der Lage, seinen Unterhalt selbst zu verdienen, kann als Grund für die Verweigerung von Sozialhilfe rechtsmissbräuchliches Verhalten in Frage kommen (EGV-SZ 1989, Nr. 20; EGV-SZ 1994, Nr. 49; Felix Wolfers, Kürzung von Sozialleistungen bei selbstverschuldeter Notlage? In: Zeitschrift für öffentliche Fürsorge, ZöF, Nr. 6/1988, S. 90 ff.).

2.1 Im angefochtenen Beschluss vom 19. April 2004 verweigerte die Vorinstanz mit Wirkung ab 16. April 2004 die Weiterführung des dem Beschwerdeführer seit Mai 2003 monatlich zugesprochenen Unterstützungsbetrages. Zur Begründung für den Entzug der Unterstützungsleistungen führt sie aus, der Beschwerdeführer sei mit Beschluss vom 16. Juni 2003 aufgefordert worden, sich unverzüglich um Arbeit zu bemühen. Im Beschluss vom 20. Oktober 2003 sei der Beschwerdeführer überdies aufgefordert worden, sich bis spätestens 27. Oktober 2003 beim Verein zur Förderung von arbeitsmarktlichen Massnahmen (VFAM) zwecks Aufnahme ins Beschäftigungsprogramm zu melden. Bis heute habe sich der Beschwerdeführer in keiner Weise an diese Bedingungen gehalten. Trotz mehrmaligen Aufforderungen und bereits erfolgten Kürzungen der Sozialhilfe habe er sich geweigert, die ihm angebotene Arbeit beim VFAM anzutreten. Die konstante Weigerung des Beschwerdeführers, die ihm zugewiesene Arbeit beim VFAM aufzunehmen, sei als rechtsmissbräuchlich zu betrachten, weshalb dieses Verhalten entsprechend zu sanktionieren sei.

2.2 Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, dass er sich nicht immer arbeitsfähig fühle. Sofern er arbeiten könne, widme er sich den Aufgaben am eigenen Internet-Projekt. Dieses Projekt könne ihm zur Selbständigkeit verhelfen und diene gleichzeitig als Referenzarbeit.

2.3 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wurde der Beschwerdeführer im Unterstützungsbeschluss vom 16. Juni 2003 aufgefordert, sich unverzüglich nach einer angemessenen Arbeitsstelle umzusehen. Im Beschluss vom 20. Oktober 2003 wurde ausdrücklich festgehalten, dass er jeweils sechs Arbeitsbemühungen pro Monat nachzuweisen habe. Für den Fall der Nichtbeachtung dieser Aufforderung wurde die Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe angedroht. Im Weiteren wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, sich bis spätestens am 27. Oktober 2003 beim VFAM zwecks Aufnahme im Beschäftigungsprogramm zu melden. Für den Fall der Nichtbeachtung dieser Bedingung wurde wiederum die Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe angedroht. Nachdem sich der Beschwerdeführer überhaupt nicht bemüht

hatte, Arbeit zu suchen und auch die Stelle beim VFAM nicht angetreten hatte, wurde mit Beschluss vom 17. November 2003 die wirtschaftliche Hilfe um den Grundbetrag II bzw. um Fr. 46.– für die Dauer von 12 Monaten gekürzt. Für den Fall der weiteren Verweigerung der Arbeitsbemühungen und der Aufnahme der Arbeit beim VFAM wurde die Kürzung des Grundbetrages I um Fr. 154.50 für die Dauer von sechs Monaten angedroht. In diesem Beschluss wurde dem Beschwerdeführer erstmals angedroht, dass er mit der vollständigen Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe zu rechnen habe, wenn er die Stelle beim VFAM nicht antreten sollte. Mit Beschluss vom 19. Januar 2004 hat die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe ab 1. Januar 2004 um Fr. 154.50 beim Grundbedarf I für die Dauer von sechs Monaten gekürzt. Ein weiteres Mal wurde dem Beschwerdeführer angedroht, die wirtschaftliche Hilfe gänzlich einzustellen, falls die Arbeitsaufnahme im Beschäftigungsprogramm des VFAM bis 29. Februar 2004 weiterhin verweigert werden sollte. Mit Beschluss vom 15. März 2004 wurde dem Beschwerdeführer gestützt auf die Arztzeugnisse für den Monat März 2004 die wirtschaftliche Hilfe bis und mit Mitte April 2004 gewährt. Dies allerdings mit der Androhung, dass die wirtschaftliche Hilfe eingestellt werde, wenn der Beschwerdeführer innert 15 Tagen nach Ende der Arbeitsunfähigkeit die ihm schon lange angebotene Arbeitsstelle beim VFAM nicht aufnehmen sollte. Es liegt lediglich ein für den Monat August 2003 vom Beschwerdeführer ausgefülltes Formular „Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen“ vor, worin er die von ihm kontaktierten Arbeitgeber auflistet. Seit September 2003 bis April 2004 vermag der Beschwerdeführer sodann keine einzige Stellenbewerbung vorzuweisen, was er übrigens auch nicht bestreitet. Noch schwerer fällt ins Gewicht, dass er die ihm seit Oktober 2003 angebotene Arbeit beim VFAM nicht aufgenommen hat, obwohl nichts gegen einen Arbeitsantritt gesprochen hat.

2.4 Bei dieser Sachlage ist dem Beschwerdeführer einerseits vorzuwerfen, dass er sich in völlig unzureichender Weise um eine zumutbare Arbeitsstelle bemüht und andererseits, dass er die ihm angebotene Stelle beim VFAM nicht angenommen hat. Es war dem Beschwerdeführer zumutbar, die Arbeit beim VFAM anzunehmen. Es handelte sich um eine Arbeit im Bereich der Holzverarbeitung, wobei die Möglichkeit bestand, auch nur leichte Arbeiten auszuführen. Der Beschwerdeführer macht denn auch keine körperlichen Gebrechen oder andere Leiden geltend, die ihm diese Arbeit verunmöglicht hätten. Im Weiteren wäre der zu erwartende Lohn von brutto Fr. 2199.– um einiges höher gewesen, als die ausgerichtete wirtschaftliche Hilfe.

2.5 Das Bundesgericht hatte sich jüngst mit der praktisch identischen Problematik zu befassen, welche im vorliegenden Fall anzutreffen ist. Dabei hat das Bundesgericht jeweils festgehalten, dass der Anspruch auf Existenzsicherung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. So besitzt nach Art. 12 BV nur derjenige einen solchen Rechtsanspruch, der in Not gerät und

C. 7.3

nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Keinen Anspruch hat somit, wer solche Leistungen beansprucht, obwohl er objektiv in der Lage wäre, sich – insbesondere durch Annahme einer zumutbaren Arbeit – aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu verschaffen; denn solche Personen stehen nicht in jener Notsituation, auf die das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen zugeschnitten ist. Das Bundesgericht kam sogar zum Schluss, dass es sich in Fällen, in welchen die Anspruchsvoraussetzungen fehlen, erübrigt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht erfüllt sind, namentlich ob ein Eingriff in dessen Kerngehalt vorliegt, denn dies setzt einen rechtmässigen Anspruch voraus. Ebenso wenig ist in dieser Konstellation zu untersuchen, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Unterstützungsbedürftigen vorliegt, welches allenfalls eine vollständige Verweigerung der Unterstützungsleistungen rechtfertigen könnte (Urteil 2P.251/2003 vom 14. Januar 2004; 2P.147/2002 vom 4. März 2003 E. 3.5.3; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 179 f.).

2.6 Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass einem arbeitsfähigen Sozialhilfeempfänger, der sich sowohl völlig unzureichend um eine zumutbare Arbeit kümmert als auch eine zumutbare Arbeit gar nicht angenommen hat, die wirtschaftliche Hilfe entzogen wird. In Abweisung der Beschwerde ist daher die von der Vorinstanz verfügte Einstellung der Unterstützungsleistungen zu schützen.

(RRB Nr. 1228 vom 7. September 2004).

7.3 Unterstützungswohnsitz eines Ausländers

- *Wer im Besitz einer Niederlassungsbewilligung des Kantons Schwyz ist, kann sich in einer Schwyzer Gemeinde niederlassen. Dort hat er auch Unterstützungswohnsitz (Erw. 3.1 - 3.2).*
- *Instrumente des Fürsorgerechts und des Ausländerrechts, um unbotmässigem, namentlich strafbarem Verhalten eines Bezügers wirtschaftlicher Hilfe Rechnung zu tragen (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

3.1 V. ist im Besitz einer Niederlassungsbewilligung des Kantons Schwyz. Diese gilt nur für den Kanton, der sie ausgestellt hat (Art. 8 Abs. 1 ANAG, Art. 14 Abs. 1 und 2 ANAV). Der Ausländer ist aber berechtigt, sich ohne Anmeldung vorübergehend auch in einem andern Kanton aufzuhalten und dort seine Erwerbstätigkeit auszuüben, sofern damit nicht eine Verletzung des Schwerpunktes dieser Tätigkeit verbunden ist. Soll der Aufenthalt im andern Kanton nicht bloss vorübergehend sein oder soll der Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit in diesen verlegt werden, so ist vorher das Einverständ-

nis dieses Kantons einzuholen (Art. 8 Abs. 2 ANAG). Der Ausländer, der seinen Aufenthalt von einem Kanton in einen anderen verlegt, ist verpflichtet, sich binnen achten Tagen bei der Fremdenpolizeibehörde des neuen Aufenthaltsortes anzumelden (Art. 8 Abs. 3 ANAG). Will ein Ausländer den Kanton wechseln, benötigt er dazu eine neue Bewilligung, deren Erteilung grundsätzlich im freien Ermessen (Art. 4 ANAG) der Behörde steht (vgl. auch Art. 14 Abs. 3 ANAV). Einen Anspruch auf Kantonswechsel verschafft die Niederlassungsbewilligung als solche nicht, es sei denn ein solcher ergebe sich aus einem Staatsvertrag zwischen der Schweiz und dem Heimatstaat. In diesem Fall kann ein Wechsel nur verweigert werden, wenn ein Widerrufs- oder Erlöschungsgrund gemäss Art. 9 Abs. 3 und 4 ANAG vorliegt, namentlich wenn ein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 ANAG gegeben ist (Art. 14 Abs. 4 ANAV; BGE 127 II 179 f. mit Hinweisen, 182 f.; BGE 126 II 267 mit Hinweisen; AGVE 1990 S. 443 f.; IMES-Weisungen, Ziff. 318; Marc Spescha/Peter Sträuli, Ausländerrecht, Kommentar, Zürich 2001, S. 37 ff.; Peter Kottusch, Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG, in ZBl 1986, S. 536 f.).

3.2 V. bedarf somit einer Bewilligung, um seinen Wohnsitz in den Kanton Zürich verlegen zu können. Diese wurde ihm dort schon zweimal verweigert. Auch wenn auf das zweite Gesuch aus formellen Gründen (wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht) nicht eingetreten wurde, wäre es wohl auch in materieller Hinsicht gestützt auf Art. 4 ANAG abgewiesen worden (selbst wenn mit dem Heimatstaat Vietnam ein Niederlassungsvertrag bestehen würde, was jedoch nicht zutrifft). Als rechtskräftig verurteilter und stellenloser Ausländer hat V. kaum reellen Chancen, in einem andern Kanton eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten (AGVE 1990 S. 446 f.). Die Niederlassungsbewilligung des Kantons Schwyz würde jedoch, abgesehen von den Fällen der Ausweisung, des Widerrufs, der Abmeldung, erst mit der Erteilung einer Bewilligung durch einen andern Kanton erlöschen (Art. 9 Abs. 3 und 4 ANAG). V. hat keinen Anspruch, in einen andern Kanton zu wechseln, selbst wenn er z.B. wegen seinen Verwandten stärkere Beziehungen zum Kanton Zürich als zum Kanton Schwyz hat, wo er angeblich lediglich persönliche Sachen deponierte und Unterstützungsgelder abholt. Da die bisherige Niederlassungsbewilligung des Kantons Schwyz erst erlischt, wenn der Ausländer im Besitze einer neuen Bewilligung eines andern Kantons ist (Art. 9 Abs. 3 lit. a ANAG; Kottusch, a.a.O., ZBl 1986 S. 539), wenn die bisherige Bewilligung widerrufen, der Ausländer ausgewiesen wird oder andere Erlöschungsgründe vorliegen (Art. 9 Abs. 3 lit. b-d und Abs. 4 ANAG), kann V. der Aufenthalt im Kanton Schwyz zurzeit nicht verweigert werden. Da der aufenthaltsberechtigte Ausländer überdies innerhalb des Kantons Freizügigkeit geniesst, kann er sich auch in einer Gemeinde seiner Wahl niederlassen. Seine Anmeldung in der Gemeinde Altendorf kann deshalb nicht verhindert werden. Immerhin ist doch festzuhalten, dass er zu dieser Gemeinde einen gewissen Bezug aufweist, hat er doch anfänglich auch dort gewohnt. Die Gemeinde Altendorf selbst hat überdies während Jahren ihre Funktion als

C. 7.3

Unterstützungswohnsitz akzeptiert. Wenn sich V. trotzdem mehrheitlich im Kanton Zürich aufhält, so tut er dies widerrechtlich. Es obliegt aber den Zürcher Behörden, die von ihnen angeordnete Wegweisung aus ihrem Kanton zu vollziehen und die notwendigen Massnahmen anzuordnen.

3.3 Die Haltung des Gemeinderates Altendorf weckt allerdings Verständnis, zumal V. die Gemeinde erwiesenermassen betrogen hat, indem er während einer gewissen Zeit wirtschaftliche Sozialhilfe bezog, obwohl er über ein Erwerbseinkommen verfügte. Hiefür (und für weitere Delikte) wurde V. denn auch strafrechtlich verurteilt. Seinem Tun muss jedoch nicht tatenlos zugesehen werden.

3.3.1 Die Fürsorgebehörde Altendorf hat rechtliche Möglichkeiten, die wirtschaftliche Hilfe zu reduzieren oder gar zu streichen. So kann die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit entsprechenden Bedingungen (z.B. Verhaltensregeln) sowie mit angedrohten Konsequenzen wie Leistungskürzung oder -einstellung verbunden werden (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d der Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe [SRSZ 380.111/ShV]; EGV-SZ 1997 Nr. 49). Schliesslich ist auch abzuklären, ob familienrechtliche Unterstützungspflichten der Verwandten, die der wirtschaftlichen Sozialhilfe vorgehen, bestehen (§ 2 und § 24 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 [SRSZ 380.100/ShG]). Dass die Fürsorgebehörde die rechtlichen Möglichkeiten ausschöpft, ist auch für eine allfällige Beurteilung, ob der Ausweisungsgrund der erheblichen und fortgesetzten Sozialhilfeabhängigkeit gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG bejaht werden kann, wichtig (RRB Nr. 1483/2001 vom 27. November 2001, E. 4). Der Regierungsrat hat in jenem Entscheid (E. 4.3) ausgeführt, dass die Fürsorgebehörde, die bei der Fremdenpolizei die Ausweisung eines Ausländers infolge Fürsorgeabhängigkeit verlangt, nebst der Auflistung der geleisteten Hilfe auch darzulegen hat, weshalb der Ausländer auch künftig auf Unterstützung angewiesen sein wird. Sie hat dabei die Fremdenpolizeibehörde über ihre allenfalls erfolglosen Abklärungen, Massnahmen und Bemühungen um eine Reduktion oder einen Verzicht der öffentlichen Sozialhilfe aufzuklären.

3.3.2 Im Weiteren droht V. wegen seinem straffälligen Verhalten ein Ausweisungsverfahren (Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ANAG). Wie die Fremdenpolizei ausführt, ermittle die Bezirksanwaltschaft Winterthur erneut gegen V.: Nach einer allfälligen Verurteilung werde sie deshalb prüfen, ob ein Ausweisungsgrund vorliege. Da dies erstinstanzlich von der Fremdenpolizei abzuklären ist, kann in diesem Verfahren nicht weiter darauf eingegangen werden. Immerhin wird zu beachten sein, dass die Ausweisung nur ausgesprochen werden darf, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Entscheidend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalles (BGE 122 II 436f.; Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in ZBl 1990, S. 172 f.; IMES-Weisungen Ziff. 832).

4.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass V. der Aufenthalt im Kanton Schwyz und in der Gemeinde Altendorf und damit die Anmeldung auf der Einwohnerkontrolle der Gemeinde Altendorf nicht verweigert werden kann, solange die Niederlassungsbewilligung des Kantons Schwyz nicht erloschen ist.

(...).

(RRB Nr. 1189 vom 31. August 2004).

8. Erziehungswesen

8.1 Berechnung des Elternbeitrages bei geschiedenen Eltern

- *Die stipendienrechtliche Pflicht der Eltern zur Ausbildungsfinanzierung reicht über das vom Zivilrecht vorgesehene Mass hinaus (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass es ihr als allein erziehende Mutter von drei Kindern unmöglich sei, das Studium ihres Sohnes zu finanzieren. Der Unterhalt seitens ihres Ex-Mannes sei gerichtlich geregelt, bis die Kinder 20 Jahre alt seien. Da sie das alleinige Sorgerecht habe, würden sie die Finanzen ihres Ex-Mannes nichts angehen, da sie zwei getrennte Haushalte führen würden. Sie werde somit auch kein zusätzliches Geld erhalten.

4.2 Gemäss § 8 Abs. 1 AusbbV ist die Ausbildungsfinanzierung in erster Linie Sache der Eltern sowie des Gesuchstellers (§ 8 Abs. 2 Verordnung über Ausbildungsbeiträge vom 29. Mai 2002, AusbbV, SRSZ 661.110). Ausbildungsbeiträge können nur ausgerichtet werden, soweit die finanzielle Leistungsfähigkeit der genannten Personen nicht ausreicht.

Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen. Die Verantwortung für die Ausbildung der Kinder schliesst die finanzielle Verantwortung und gemeinsame Beteiligung mit ein.

4.3 Ein wesentlicher Grundsatz der Gesetzgebung über Ausbildungsbeiträge ist das Prinzip der Subsidiarität. Es gilt festzuhalten, dass die stipendienrechtliche Pflicht der Eltern zur Ausbildungsfinanzierung über das vom Zivilrecht vorgesehene Mass hinausreicht. Diese Regelung leitet sich aus dem erwähnten Subsidiaritätsprinzip der staatlichen Ausbildungsbeiträge ab. Es ist somit rechters, wenn auch das Einkommen des geschiedenen Ehemannes bzw. Vaters des Gesuchstellers mitberücksichtigt wird. Dem Umstand, dass bei geschiedenen Eltern zwei Haushalte geführt werden, wird durch den

C. 10.1

Abzug von Fr. 20'000.– vom Reineinkommen Rechnung getragen (§ 6 Abs. 3 lit. c Vollzugsverordnung zur Verordnung über Ausbildungsbeiträge vom 30. April 2003, VVzAusbbV, SRSZ 661.111). Die Aufteilung der finanziellen Beteiligung an den Ausbildungskosten der Kinder ist Sache der geschiedenen Elternteile untereinander und nicht Aufgabe der Stipendienstelle.

(RRB Nr. 473 vom 6. April 2004).

10. Raumplanung

10.1 Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen der Groberschliessung

- *Erschliessungspläne der Gemeinden (Erw. 3.1).*
- *Planung und Bau von Groberschliessungsstrassen unterstehen dem Planungs- und Baugesetz und nicht dem Projektgenehmigungsverfahren und der Strassengesetzgebung (Erw. 3.2 - 3.3).*
- *Verhältnis zwischen der Erschliessungsplanung und dem Baubewilligungsverfahren: Alternativen zur Linienführung sind im Planerlassverfahren vorzubringen. Im Baubewilligungsverfahren können sie nicht mehr geprüft werden (Erw. 4).*
- *Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Erw. 4.4.4).*

Aus dem Sachverhalt:

A. Das gestaltungsplanpflichtige Baulandareal Auhof/Gweerhof/Schlüssel liegt in der Wohnzone W3 der Gemeinde Lachen unmittelbar an der Grenze zur Gemeinde Altendorf zwischen der Heerstrasse und der Bahnlinie (Zürich-Chur). Die Landfläche von über 6 ha ist zur Zeit noch nicht hinreichend erschlossen. Mit dem rechtskräftigen Gestaltungsplan «Gweerhof-Schlüssel», genehmigt vom Regierungsrat am 30. März 2004 (RRB Nr. 446/2004), sollen 23 Mehrfamilienhäuser mit Unterniveaugaragen, zwei Doppeleinfamilienhäuser und zwei Einfamilienhäuser realisiert werden (geplant sind zudem insgesamt 372 über- und unterirdische Parkplätze). Das Baugebiet wird über die Heerstrasse (von Westen, der Gemeinde Altendorf her), über die Neuheimstrasse (von Osten her) sowie die neu geplante Groberschliessungsstrasse Auhofstrasse mit den Abzweigern Gweerhofstrasse und Hofstrasse erschlossen. In Richtung Norden besteht eine direkte Verbindung zum SBB-Bahnübergang Auhof ins Dorfzentrum.

B. Am 4. März 2001 hatte das Stimmvolk von Lachen der Erschliessungsplanung für die Gemeinde zugestimmt (Erschliessungsplan, Baulinienplan,

Reglement; die Genehmigung durch den Regierungsrat erfolgte mit RRB Nr. 978 vom 14. August 2001). Unter Art. 11 (Ausbauprogramm) des Reglementes zum Erschliessungsplan vom 4. März 2001 (EP-Regl.) wurde als Verkehrserschliessung 1. Etappe (2001-2014) die Strassen- und Fussgängererschliessung Auhof/Gweerhof/Schlüsselwiese festgelegt. Gleichzeitig wurden die Finanzierung, insbesondere auch der Finanzierungsanteil der Gemeinde von 15% (Fr. 438'967.50) sowie die Grundeigentümerbeiträge von insgesamt Fr. 2'487'482.50 genehmigt (Art. 12 und Anhang 1 EP-Regl.; Verpflichtungskredit von Fr. 2'926'450.-).

C. Im Amtsblatt Nr. 50 vom 12. Dezember 2003 (S. 1989) war die öffentliche Auflage des Bauprojektes für die Auhof- und Gweerhofstrasse publiziert (gestützt auf § 16 der Strassenverordnung vom 15. September 1999 [SRSZ 442.110/StrV] und § 12 der Vollzugsverordnung zur StrV vom 18. Januar 2000 [SRSZ 442.111/VVzStrV]). Der Gemeinderat Lachen hat die dagegen erhobene Einsprache abgewiesen und das Projekt „Erschliessungsstrasse Auhof-Gweerhof“ unter Auflagen, Bedingungen und Vorbehalten genehmigt. Der Regierungsrat hat die dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist vorliegend die Projektgenehmigung des Gemeinderates Lachen für den Neubau der Groberschliessungsstrasse Auhof-, Gweerhof- und Hofstrasse, mit der das Baugebiet Auhof/Gweerhof/Schlüssel der Baureife zugeführt werden soll. Die Vorinstanz stützt sich dabei auf §§ 18 und 21 StrV. Die Baumeisterarbeiten hat sie bereits vergeben (GRB-S.5.5./77 vom 2. April 2004). Ebenfalls hat sie kürzlich die ersten Baubewilligungen für die Realisierung der Bauvorhaben im Rahmen des Gestaltungsplanes «Gweerhof-Schlüssel», die auf die Erschliessungsstrasse angewiesen sind, erteilt.

3.1 Die Gemeinden sind zur Erschliessung der Bauzonen verpflichtet (Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung von 22. Juni 1979 [SR 700/RPG]; § 38 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100/PBG]). Sie bezeichnen die Anlagen der Groberschliessung in den Erschliessungsplänen (§ 38 Abs. 1 PBG). Die Gemeinden sind verpflichtet, Erschliessungspläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen (§ 15 Abs. 1, § 22 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 je nach Bedarf die Bezeichnung der grob zu erschliessenden Baugebiete mit den Anschlussstellen der Groberschliessungsstrassen an das übergeordnete Strassennetz, die Linienführung der Groberschliessungsstrassen, Baulinien für den Bau von Verkehrsanlagen,

C. 10.1

Anschlussstellen der Fein- mit der Groberschliessung, usw. (§ 23 Abs. 2 PBG). Wurde ein Erschliessungsplan erlassen, so führt grundsätzlich die Gemeinde die Groberschliessung in Zusammenarbeit mit anderen Erschliessungsträgern nach Ausbauprogramm und baulicher Entwicklung durch (§ 39 Abs. 1 PBG). Sollen gleichzeitig mit der Genehmigung des Erschliessungsplanes die Ausgaben einzelner Etappen als bewilligt gelten, so sind diese Etappen zu bezeichnen und die dafür notwendigen Ausgaben anzugeben (§ 23 Abs. 3 PBG).

3.2 Das Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen der Groberschliessung richtet sich nach dem Planungs- und Baugesetz (§ 39 Abs. 5 PBG). Die Vorinstanz hat aber fälschlicherweise das Projektgenehmigungsverfahren nach §§ 15 ff. StrV durchgeführt.

Da der Strassenbau eine bedeutsame raumwirksame Tätigkeit ist, wollte man mit der revidierten Strassengesetzgebung u.a. auch dessen Verhältnis zum Raumplanungs- und Baurecht klären. Das Planungs- und Baugesetz regelt die strassenmässige Erschliessung der Bauzonen (§ 15, §§ 22 f., §§ 37 ff. PBG). An dieser Regelung wollte der Gesetzgeber festhalten. Nach § 2 Abs. 2 StrV geht deshalb das Planungs- und Baugesetz vor. Demzufolge wird die Groberschliessung von Bauzonen abschliessend dort geregelt (§ 1 Abs. 2 VVzStrV). Die Strassenverordnung befasst sich dementsprechend grundsätzlich mit dem restlichen Netz der öffentlichen Strassen. Sie kann aber im Sinne einer Übergangsregelung für kommunale Erschliessungsstrassen Anwendung finden, solange die Gemeinden noch über keine Erschliessungspläne verfügen (RRB Nr. 2225 vom 15. Dezember 1998 betr. Strassenverordnung: Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 3, 5, 11 und 16; RRB Nr. 70 vom 18. Januar 2000 betr. Erlass der Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung, S. 2 und 5, wo ausgeführt wird, dass das Projektgenehmigungsverfahren für Groberschliessungsstrassen nicht zur Anwendung kommt).

Da Planung und Bau von Groberschliessungsstrassen somit nicht der Strassengesetzgebung, sondern dem Planungs- und Baugesetz unterstehen und im Erschliessungsplanverfahren festzulegen sind, hätte die Vorinstanz das Baubewilligungsverfahren nach § 39 Abs. 5 und §§ 75 ff. PBG durchführen müssen.

3.3 Das Projektgenehmigungsverfahren nach §§ 15 ff. StrV, das sinngemäss auch für die Vorhaben der Bezirke und Gemeinden gilt (§ 21 Abs. 1 StrV), ersetzt das Baubewilligungsverfahren für die übrigen öffentlichen Strassen, die nach der Strassengesetzgebung zu planen und projektieren sind (RRB Nr. 2225 vom 15. Dezember 1998, S. 17 und 18). Es entspricht aber in qualitativer Hinsicht durchaus dem Baubewilligungsverfahren gemäss Planungs- und Baugesetz. So normiert § 15 Abs. 2 StrV ebenfalls die Koordinationspflicht (§ 83 PBG). Für das Auflageverfahren verweist § 16 Abs. 2 StrV ausdrücklich auf die §§ 78 und 79 PBG. § 17 StrV sieht überdies wie § 80 PBG eine Einsprachemöglichkeit gegen das Strassenbauvorhaben vor. Die Regelung, dass im Einspracheverfahren gegen das Bauprojekt keine

Änderung des entsprechenden Nutzungsplanes verlangt werden kann (§ 17 Abs. 2 StrV), kommt auch im Baueinspracheverfahren nach dem Planungs- und Baugesetz zur Anwendung. Der Projektbeschluss gemäss § 18 StrV entspricht im Übrigen inhaltlich dem Bauentscheid nach § 81 PBG. Auch der Rechtsschutz ist umfassend, denn der Rechtsmittelweg richtet sich in beiden Verfahren nach der Verwaltungsrechtspflegeverordnung (§ 19 StrV, § 82 Abs. 1 PBG).

Obwohl die Vorinstanz mit dem Projektgenehmigungsverfahren gemäss Strassenverordnung den für Groberschliessungsstrassen im Erschliessungsplan falschen Weg eingeschlagen hat, ist dieses Vorgehen nur in formeller Hinsicht mangelhaft, ohne dass es sich in irgendeiner Form negativ ausgewirkt hätte. Da das durchgeführte Verfahren überdies inhaltlich dem Baubewilligungsverfahren entspricht, käme die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz einem administrativen Leerlauf gleich, zumal auch die Beschwerdeführer keine Rechtsnachteile in Kauf nehmen mussten. Es ist demnach im Folgenden auf die Vorbringen der Beschwerdeführer gegen die geplante Groberschliessungsstrasse näher einzugehen.

4.1 Nach dem Erschliessungsplan der Gemeinde Lachen soll die Wohnzone Auhof/Gweerhof/Schlüssel mit dem geplanten neuen Verkehrsträger (Auhofstrasse) von Süden her erschlossen und an das übergeordnete Strassennetz angeschlossen werden. Die projektierte Groberschliessungsstrasse führt als Fortsetzung der bestehenden Groberschliessungsstrassen Neuheim- und Heerstrasse direkt ins Baugebiet und verzweigt sich dort einerseits als Gweerhofstrasse und andererseits als Hofstrasse, die sie mit der Ätzihofstrasse verbindet. Weiter nördlich ist eine zusätzliche Fussgänger Verbindung zur Ätzihofstrasse geplant. Eine Verbindung über den nördlich gelegenen Bahnübergang ist im Erschliessungsplan (vorläufig) nicht vorgesehen. Die Bezeichnung des letzten Abschnittes der geplanten Erschliessungsstrasse auf dem Projektplan (Nr. 41613-1A, Situation 1:500) als provisorisch deutet allerdings darauf hin, dass früher oder später mittels einer Unterführung die Verbindung zum Dorfzentrum bzw. der Anschluss an die im kommunalen Richtplan vorgesehene Kernentlastungsstrasse nördlich entlang der Bahnlinie (Verbindung Zürcherstrasse - St. Gallerstrasse) hergestellt werden soll.

4.2.1 Beim Erschliessungsplan handelt es sich um einen Nutzungsplan im Sinne von Art. 14 RPG (vgl. Randtitel und Abs. 1 von § 15 PBG). Er ist ein Instrument des Planungsrechts (s. vorstehend E. 3.1), bei dem es grundsätzlich darum geht, verbindlich festzulegen, welche Bauzonen in welchem Umfang wie und wann zu erschliessen sind, damit sie als baureif gelten und überbaut werden können (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002, S. 141 f., S. 155 f., S. 191). Der Erschliessungsplan bestimmt demnach, wie die zeitgerechte Groberschliessung von Bauzonen durch die Gemeinde erfolgen soll (EGV-SZ 1998 Nr. 11, S. 35). Hiefür legt er u.a. die generelle Linienführung einer

C. 10.1

Groberschliessungsstrasse definitiv fest (§ 23 Abs. 2 lit. b PBG; Art. 4 Abs. 2 lit. a und Art. 6 Abs. 2 EP-Regl.), denn die in § 23 Abs. 1 und 2 PBG aufgezählten Inhalte und Angaben gehören, soweit sie in den Erschliessungsplan aufgenommen werden, zum verbindlichen Planinhalt (RRB Nr. 1137 vom 10. September 2002, E. 2.3). Der Erschliessungsplan der Gemeinde Lachen bezeichnet denn auch ausdrücklich die bestehenden und geplanten Anlagen der Groberschliessung als bindend (und nicht nur als orientierend).

4.2.2 Kommunale Nutzungspläne sind überdies für jedermann verbindlich (§ 4 Abs. 2 PBG). Ist ein Betroffener mit bestimmten Massnahmen und Anordnungen im aufgelegten Planentwurf nicht einverstanden, so muss er sich bereits im Planerlassverfahren, das auch dem individuellen Rechtsschutz dient, mittels Einsprache und allenfalls Beschwerde zur Wehr setzen (§ 25 Abs. 2 und 3, § 26 Abs. 2 PBG). Nur im Stadium des Auflage- und Einspracheverfahrens bzw. allenfalls nachfolgenden Beschwerdeverfahrens kann man noch eine Abänderung des Planentwurfes erwirken (EGV-SZ 2000, Nr. 58, S. 188, E. 4.6.2). An der Gemeindeversammlung sind keine Abänderungsanträge mehr möglich (§ 27 Abs. 2 PBG). Auch in einem nachfolgenden Baubewilligungsverfahren können grundsätzlich die planungsrechtlichen Grundlagen nicht mehr in Frage gestellt werden (Hänni, a.a.O., S. 517 f.).

4.3 Im vorliegenden Fall legt der Erschliessungsplan der Gemeinde Lachen demzufolge in für jedermann verbindlicher Weise fest, wie die Baulandfläche Auhof/Gweerhof/Schlüssel strassenmässig erschlossen werden soll, damit sie für die vorgegebene Wohnnutzung (W3) genügend zugänglich ist. Eine genügende Zugänglichkeit setzt eine rechtlich gesicherte und technisch hinreichende Zufahrt voraus. Technisch hinreichend ist eine Zufahrt, wenn sie verkehrssicher und so beschaffen ist, dass sie der zu erwartenden Beanspruchung durch Benutzer und öffentliche Dienste gewachsen ist (§ 37 Abs. 1 und 3 PBG). Für eine verkehrstechnisch hinreichende Zufahrt muss auch genügend Raum für Fussgänger und Radfahrer mit den den Verhältnissen entsprechenden Schutzmassnahmen, wie Gehwegen, vorhanden sein. Diese Anforderungen haben sowohl für Grob- wie Feinerschliessungsanlagen Geltung (RRB Nr. 208 vom 13. Februar 2001 E. 6.1 und 6.2 mit Hinweisen, EGV-SZ 1993 Nr. 12). Das zur Diskussion stehende Strassenprojekt konkretisiert diese Anforderungen in bautechnischer Hinsicht.

4.4 Was die Beschwerdeführer gegen die geplante Groberschliessungsstrasse vorbringen, vermag deren Realisierung nicht zu verhindern.

4.4.1 Vorab ist festzustellen, dass sie in Bezug auf die rechtliche Sicherstellung und die bautechnische Ausführung des Strassenbauvorhabens keine Einwände mehr vorbringen, obwohl sie im vorinstanzlichen Verfahren noch eine günstigere Variante verlangt hatten, ohne dies jedoch näher auszuführen. Die Vorinstanz ging zu Recht nicht weiter darauf ein, denn die Kosten

und insbesondere der Kostenanteil der Gemeinde wurden mit dem Erschliessungsplan und der Genehmigung durch den Stimmbürger gestützt auf § 23 Abs. 3 PBG ebenfalls definitiv festgelegt (Art. 12 und Anhang 1 EP-Regl.). Eine andere Strassenvariante bzw. Linienführung hätten die Beschwerdeführer zudem im Planerlassverfahren geltend machen müssen. Im Baubewilligungsverfahren ist dies nicht mehr möglich.

4.4.2 Im Weiteren stellen die Beschwerdeführer die Verkehrssicherheit beim Bahnübergang in Frage. Die geplante Erschliessungsstrasse führe direkt zu diesem, der den anfallenden Mehrverkehr aus den neu erschlossenen Baugrundstücken nicht mehr aufnehmen könne. Nur eine Unterführung könne hier für Abhilfe sorgen.

Die Beschwerdeführer verkennen die Rechtslage. Der Erschliessungsplan sieht hier für die Groberschliessung der Bauzone (noch) keinen Anschluss an die Über- oder Unterquerung der Bahnlinie vor. Die unüberbaute Wohnzone soll grundsätzlich von Süden her erreichbar sein. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass eine Verbindung ins Dorfzentrum (die faktisch besteht) früher oder später über eine Unterführung geplant ist, wofür der Gemeinderat offenbar bereits planerische Schritte in die Wege geleitet hat (im kommunalen Richtplan ist vorgesehen, mindestens eine Fuss- und Radwegunterführung zu realisieren, die Lösung mit einer Unterführung für Personenwagen soll allerdings ebenfalls nochmals geprüft werden; vgl. kommunale Richtplanung Lachen/Altendorf, Erläuterungsbericht zum Richtplan vom 21. März 2003, Objektblatt Nr. 3.01 sowie Bericht zu den Einwendungen vom 21. März 2003, S. 9 und S. 23). Die Schweizerischen Bundesbahnen planen angeblich die Aufhebung jenes Bahnüberganges bis spätestens im Jahre 2006.

Die noch offenen Fragen im Zusammenhang mit der Realisierung einer Bahnunterführung und auch der erwähnten Kernentlastungsstrasse löst der aktuelle Erschliessungsplan der Gemeinde Lachen nicht. Diese Vorhaben sind deshalb weder Gegenstand des Planes noch des Erschliessungskonzeptes für das hier zur Diskussion stehende Baulandareal Auhof/Gweerhof/Schlüssel, das, wie bereits mehrfach erwähnt, primär von Süden her grob erschlossen werden soll. Sollte jenes Baugebiet südlich der Bahnlinie zusätzlich über eine Unterführung erreichbar gemacht werden, müsste vorgängig der Erschliessungsplan angepasst werden (vgl. hiezu auch RRB Nr. 978 vom 14. August 2001, E. 2.4 betr. Genehmigung des Erschliessungsplanes; RRB Nr. 446 vom 30. März 2004 E. 2.3 betr. Genehmigung des Gestaltungsplanes «Gweerhof-Schlüssel»).

4.4.3 Da die Argumentation der Beschwerdeführer somit an der Erschliessungslösung gemäss Erschliessungsplan vorbeizieht, ist darauf nicht weiter einzugehen. Denn künftige Ergänzungen oder Änderungen der Erschliessungsplanung der Gemeinde Lachen sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Im vorliegenden Fall stellt sich allein die Frage, ob das geplante Strassenbauvorhaben den Anforderungen einer hinreichenden Groberschliessung genügt und gleichzeitig mit dem rechtskräftigen und aktuellen Erschlies-

C. 10.1

sungsplan in Einklang steht. Da die Beschwerdeführer in dieser Hinsicht keine Beanstandungen vorbringen, muss die Beschwerde schon aus diesem Grunde abgewiesen werden.

Die von den Beschwerdeführern kritisierte künftige Verkehrssituation beim nördlichen Bahnübergang steht hier insofern nicht zur Diskussion, als der Erschliessungsplan von einer andern Erschliessungsvariante ausgeht, die jene Baulandfläche grundsätzlich der Baureife zuführt. Ob man mit dieser Erschliessung den künftigen Verkehr, insbesondere den Mehrverkehr, der mit den geplanten Hochbauvorhaben in jener Wohnzone anfallen wird, tatsächlich in den Griff bekommen wird, muss im Baubewilligungsverfahren abschliessend geprüft werden. Vor allem dürfte der Umstand, dass der Bahnübergang jedermann offen steht und anscheinend auch von der geplanten Groberschliessungsstrasse her erreichbar ist, im Hinblick auf die verkehrsmässige Belastung nicht unbeachtlich sein, so dass sich allenfalls zusätzliche Massnahmen aufdrängen, um die planmässige Erschliessung der Bauzone von Süden her durchzusetzen. Wie die Gemeinde Lachen jedoch den Verkehrsfluss beim Bahnübergang definitiv unter Kontrolle bringen will, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Baubewilligungsverfahrens für die geplante Groberschliessungsstrasse.

4.4.4 Die Rüge der Gehörsverletzung an die Adresse der Vorinstanz ist nicht berechtigt. Den Beschwerdeführern standen ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung, um ihre Rechte rechtzeitig wahrnehmen zu können, und zwar sowohl im Erlassverfahren für den Erschliessungsplan wie auch im vorliegenden Baubewilligungsverfahren (bzw. Projektgenehmigungsverfahren) für das Strassenprojekt. Wenn sie es verpassten, im Planerlassverfahren die vorgelegte Groberschliessungsvariante an sich in Frage zu stellen, haben sie dies selbst zu vertreten und können nicht der Vorinstanz vorwerfen, man sei auf ihre Argumente nicht eingegangen. Abgesehen davon haben Vertreter der Vorinstanz die Angelegenheit mit den Beschwerdeführern mehrfach besprochen und ihnen sogar einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, der ihrem Anliegen, eine Unterführung zu realisieren, insofern Rechnung trug, als der Gemeinderat sich bereit erklärte, ein entsprechendes Sachgeschäft zuhanden des Stimmbürgers vorzubereiten.

Da es sich zudem beim zur Diskussion stehenden Strassenbauvorhaben um keine umweltverträglichkeitsprüfungspflichtige Anlage handelt, musste auch keine Umweltverträglichkeitsprüfung vorgenommen werden, zu der die Beschwerdeführer hätten Stellung nehmen können (Art. 1 und Nr. 11 des Anhangs der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 [SR 814.011/UVPV]; Nr. 11, insbesondere Nr. 11.3 des Anhangs der Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2003 [SRSZ 711.111/USG-VV]). Eine entsprechende Auseinandersetzung in der angefochtenen Verfügung, die die Beschwerdeführer vermissen, hat sich dementsprechend erübrigt. Hingegen hätten auch die Beschwerdeführer in den Umweltverträglichkeitsbericht für die geplante Gestaltungsplan-Überbauung «Gweerhof-Schlüssel» (aufgrund

der mehr als 300 geplanten Parkplätzen, die jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind), Einsicht nehmen können (vgl. ABi Nr. 6 vom 13. Februar 2004, S. 244; ABi Nr. 28 vom 11. Juli 2003, S. 1088).

5.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die geplante Groberschliessungsstrasse Auhofstrasse mit dem Erschliessungsplan der Gemeinde Lachen übereinstimmt und die Beschwerdeführer nichts dagegen vorzubringen vermögen. Gegen die Baubewilligung (bzw. Projektgenehmigung) für das Strassenprojekt ist deshalb nichts einzuwenden. In diesem Sinne ist die Beschwerde abzuweisen. Ob allerdings die faktisch bestehende Verbindung über den nördlich gelegenen Bahnübergang ins Dorfzentrum sich mit der konkreten Bautätigkeit im Baugebiet Auhof/Gweerhof/Schlüssel verträgt, muss in jenen Baubewilligungsverfahren abschliessend geprüft werden.

(RRB Nr. 1613 vom 30. November 2004).

10.2 Erschliessung mit Löschwasser

- *Pflicht der Gemeinde bzw. der konzessionierten Versorgungswerke zur Versorgung mit Löschwasser (Erw. 5).*
- *Die Erstellung von Hydranten und der hinreichenden Zuleitung von Löschwasser gehört vorliegend zur Groberschliessung (Erw. 6/7).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Groberschliessung besteht in der Ausstattung des Baugebietes mit den Hauptsträngen der Strassen-, Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen (Art. 4 Abs. 1 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 [SR 843, WEG]; § 37 Abs. 4 PBG). Die Wasserversorgung ist auf die Grundstücksnutzung und die Verhältnisse im Einzelfall abzustimmen. In der Regel muss sauberes Wasser für die zulässige Bodennutzung und unter hinreichendem Druck stehendes Löschwasser für Brandfälle zugeführt werden (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 2. Aufl., Wädenswil 2000, S. 219).

5.2 Die Gemeinden sind für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich. Sie bezeichnen die Anlagen der Groberschliessung in den Erschliessungsplänen (§ 38 Abs. 1 PBG). Die Gemeinden können in den Nutzungsplänen oder den zugehörigen Vorschriften bestimmen, dass die Grundeigentümer die Groberschliessung von abgelegenen Zonen und von Ferienhauszonen nach den durch die Gemeinde genehmigten Plänen selbst und auf eigene Kosten durchzuführen haben (§ 38 Abs. 2 PBG). Soweit die Versorgung mit Wasser oder Energie nicht durch die Gemeinde oder ihre Anstalten erfolgt, obliegt die Pflicht zur Groberschliessung dem betreffenden Versorgungswerk (z.B. öffentlich- oder privatrechtliche Wassergenos-

C. 10.2

senschaft, Elektrizitätswerk; § 38 Abs. 3 PBG). In den Fällen von Absatz 3 ist das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Versorgungswerk durch Konzession zu regeln. Die Konzession muss mindestens Bestimmungen enthalten über die Rechte zur Inanspruchnahme von Grundeigentum der Gemeinde für die Durchführung von Leitungen und die Erstellung von Anlagen, über das Tätigkeitsgebiet, die Leistungspflichten und die Grundsätze der Abgabenordnung des Konzessionärs sowie über die Dauer der Konzession oder das Kündigungsrecht (§ 38 Abs. 4 PBG).

5.3 Die Gemeinden sorgen für eine genügende Löschwasserversorgung. Soweit sie nicht selbst Träger der Trink- und Brauchwasserversorgung sind, übertragen sie dem Versorgungswerk in der nach § 38 des Planungs- und Baugesetzes abzuschliessenden Konzession auch die Pflicht zur Sicherstellung des notwendigen Löschwassers und regeln die Kostentragung für die der Löschwasserversorgung dienenden Anlagen (§ 15 Abs. 1 der Verordnung über die Schadenwehr, SRSZ 530.110, SchWV). Die Grundeigentümer haben die Erstellung, den Unterhalt und die Benützung der erforderlichen Wasserbezugsorte für die Feuerwehr, wie Hydranten oder Löschwasserreserven, zu dulden (§ 15 Abs. 4 SchWV).

5.4 Nach Art. 2 Abs. 1 des Reglements zum Erschliessungsplan der Gemeinde Rothenthurm vom 21. Mai 2000 bzw. 12. September 2000 (ErschliessungsR) gelten das Reglement zum Erschliessungsplan und der Erschliessungsplan für die Groberschliessung der jeweiligen Bauzonen gemäss Zonenplan. Die Erschliessungsplanung umfasst einen Erschliessungsplan 1:2500 und ein Reglement zum Erschliessungsplan. Die Erschliessungsplanung legt verbindlich fest (verbindlicher Planinhalt): die Anlagen der Groberschliessung (Verkehrsanlagen, Wasser- und Energieversorgung und Abwasserbeseitigung); die Ausbauetappen; den Kostenanteil der Gemeinde an die Errichtung und den Ausbau von Verkehrsanlagen. Der Erschliessungsplan orientiert über die Basiserschliessung von Verkehrsanlagen und weitere Punkte nach Bedarf (orientierender Planinhalt; Art. 4 ErschliessungsR; § 23 PBG). Alle im Erschliessungsplan dargestellten Anlagen der Groberschliessung sind Erschliessungsanlagen im Sinne von Art. 19 RPG und § 38 PBG (Art. 5 Abs. 1 ErschliessungsR). Die Gemeinde ist für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich; in den im Erschliessungsplan speziell bezeichneten Gebieten jedoch haben die Grundeigentümer die Groberschliessung nach den durch die Gemeinde genehmigten Plänen selbst und auf eigene Kosten durchzuführen (Art. 5 Abs. 4 ErschliessungsR).

Im Erschliessungsplan sind u.a. die bestehenden und die geplanten Groberschliessungsanlagen der Wasserversorgung bezeichnet. Die Erstellung der geplanten Groberschliessung mit Wasser obliegt der Wasserversorgung Rothenthurm. Die Groberschliessung wird aus den Beiträgen und Gebühren gemäss Wasserversorgungsreglement vom 16. April 1992 finanziert (Art. 8 ErschliessungsR).

6.1 Gemäss Erschliessungsplan der Gemeinde Rothenthurm vom 21. Mai 2000 bzw. 12. September 2000 befindet sich das Grundstück KTN 1023 in einer groberschlossenen Bauzone (orientierender Planinhalt), genauer in der Gewerbezone (vgl. Zonenplan der Gemeinde Rothenthurm vom 21. Mai 2000 bzw. 12. September 2000). Das fragliche Grundstück liegt nicht in einem Gebiet, in welchem die Erschliessung im Sinne von § 38 Abs. 2 PBG zu Lasten der Eigentümer geht (verbindlicher Planinhalt).

Für das Teilgebiet Biberegg-Riedmatt besteht des Weiteren ein besonderer Erschliessungsplan vom 1. Dezember 1996 bzw. vom 11. März 1997. Darin sind u.a. die bestehenden Hydrantenleitungen aufgeführt. Eine dieser Leitungen führt der Biberegg-Strasse und nachfolgend der Landstrasse entlang. Die einzelnen Hydranten werden im Erschliessungsplan als Punkte auf den Hydrantenleitungen aufgeführt. Während die vorgesehenen Hydranten bis und mit zur Abzweigung Landstrasse-Altstrasse offenbar erstellt worden sind, fehlt es bis zum heutigen Zeitpunkt an demjenigen Hydranten, der auf der Höhe der nördlichen Grundstücksgrenze der Beschwerdeführerin eingezeichnet ist.

6.2 Die Gemeinde Rothenthurm beabsichtigt, mit der Wasserversorgungsgenossenschaft Biberegg-Rothenthurm (WVGB) einen Konzessionsvertrag über die Versorgung des Gebiets Biberegg mit Trinkwasser abzuschliessen. Es liegt diesbezüglich ein „provisorischer“ Konzessionsvertrag bzw. ein Vertragsentwurf vom 13. August 2003 vor. Die Gemeinde Rothenthurm will damit der WVGB die Konzession zur Abgabe von Trinkwasser und zur Erstellung und zum Unterhalt der entsprechenden Bauten und Anlagen erteilen (Art. 1). Betreffend Feuerlöschwesen ist in Art. 11 Abs. 1 vorgesehen, dass die Gemeinde der WVGB die Verpflichtung zur Sicherstellung der Löschwasserversorgung gemäss § 15 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über die Schadenwehr überträgt und der Gemeinderat in Absprache mit der WVGB die erforderlichen Anordnungen trifft. Die Abgabe von Feuerlöschwasser hat gemäss Vertragsentwurf in der Regel über die an das Verteilnetz angeschlossenen Hydranten zu erfolgen (Art. 11 Abs. 2). Der Standort von Hydranten, die Zuleitungen und deren Dimensionierung sollen vom Gemeinderat nach Rücksprache mit der WVGB festgelegt werden und die Erstellungs-, Reparatur-, Unterhalts- und Ersatzkosten zu Lasten der WVGB gehen (Art. 11 Abs. 3).

7. Die Groberschliessung obliegt demnach der Gemeinde oder dem gemäss § 38 Abs. 3 PBG konzessionierten Versorgungswerk. Die Erstellung des Hydranten und die Zuleitung zu demselben zählen zur Groberschliessung. § 15 SchwV besagt ebenfalls, dass für eine genügende Löschwasserversorgung die Gemeinde bzw. das konzessionierte Versorgungswerk zu sorgen hat, während die Grundeigentümer lediglich dazu verpflichtet sind, Erstellung, Benützung und Unterhalt der Löschwassersanlagen zu dulden. Die Hydrantenleitung und die einzelnen Hydranten sind im Erschliessungsplan Biberegg-Riedmatt denn auch als Groberschliessungsanlagen eingezeichnet.

C. 12.1

Vorliegend beabsichtigt die Gemeinde Rothenthurm, die Wasserversorgung des Gebiets Biberegg-Riedmatt der WVGB übertragen. Der entsprechende Konzessionsvertrag gemäss § 38 Abs. 4 PBG bzw. § 15 Abs. 1 SchwV fehlt jedoch bis zum heutigen Zeitpunkt.

Auf jeden Fall ist festzuhalten, dass die Erstellung des Hydranten und der hinreichenden Zuleitung dazu eine Groberschliessungsaufgabe der Gemeinde Rothenthurm bzw. der WVGB darstellt. Aus der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin in einem Vertrag mit der WVGB über den Wasserbezug und die Anschlussbestimmungen für die Viehmarkthalle Rothenthurm vom 7. Dezember 1999 bereit erklärt hat, die Nettokosten für die damalige Erstellung eines Hydranten auf der Höhe des Hauses von Anton Schuler-Stümper zu übernehmen (vgl. Ziff. 4 des Vertrages), kann die Vorinstanz nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Vorinstanz steht es daher nicht zu, die Beschwerdeführerin mittels Auflage zur Erstellung des in Frage stehenden Hydranten zu verpflichten.

(RRB Nr. 100 vom 27. Januar 2004).

12. Landwirtschaft

12.1 Bemessung des massgebenden Vermögens des Bewirtschafters für die Berechnung der Direktzahlungen

- *Voraussetzung für die Kürzung von Direktzahlungen (Erw. 3.)*
- *In die Berechnung fallende Steuerperioden (Erw. 4/5).*
- *Für die Kürzung der Direktzahlungen wird von einem massgeblichen Vermögen ausgegangen. Dieses entspricht dem steuerbaren Vermögen gemäss kantonaler Steuerveranlagung. Mitzubeherrschenden ist auch der steueramtliche Wert von landwirtschaftlich genutztem Bauland, obschon dessen Besteuerung in der Schweiz nicht einheitlich erfolgt (Erw. 6/7).*
- *Keine Einrechnung des Gewinnanteilsanspruchs der Miterben (Erw. 8).*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 70 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1) richtet der Bund Bewirtschaftern und Bewirtschaftnerinnen von bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben unter der Voraussetzung des ökologischen Leistungsnachweises allgemeine Direktzahlungen und Ökobeiträge aus (Abs. 1). Gemäss Art. 22 Abs. 1 der Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV, SR 910.13) wird die Summe der Direktzahlungen ab einem massgebenden Einkommen von Fr. 80'000.– gekürzt. Ebenfalls wird die Summe der Direktzahlungen ab

einem massgeblichen Vermögen von Fr. 800'000.– bis zu einem massgeblichen Vermögen von 1 Million Franken gekürzt (Art. 23 Abs. 2 DZV). Die Kürzung beträgt einen Zehntel der Differenz zwischen dem massgeblichen Vermögen des Bewirtschafter oder der Bewirtschafterin und dem Betrag von Fr. 800'000.–. Übersteigt das massgebliche Vermögen 1 Million Franken, so werden keine Direktzahlungen ausgerichtet (Art. 23 Abs. 3 DZV).

Das massgebliche Vermögen ist das steuerbare Vermögen, vermindert um Fr. 200'000.– pro Standard-Arbeitskraft und um Fr. 200'000.– für verheiratete Bewirtschafter oder Bewirtschafterinnen (Art. 23 Abs. 1 DZV). Massgebend sind die Werte der letzten zwei Steuerjahre, die bis zum Ende des Beitragsjahres rechtskräftig veranlagt worden sind. Liegen diese mehr als vier Jahre zurück, ist auf die provisorische Veranlagung abzustellen. Ist diese rechtskräftig geworden, wird der Direktzahlungsbetrag überprüft. Für den Abzug für verheiratete Bewirtschafterinnen und Bewirtschafter ist der Zivilstand der betreffenden Steuerjahre massgebend (Art. 24 DZV).

4.1 Der Beschwerdeführer führt aus, dass für die Bemessung der Direktzahlungsbeiträge 2003 zu Unrecht auf die Steuerveranlagungen 1999/2000 und 2001 zurückgegriffen worden sei. Hätte bis Ende 2003 die definitive Veranlagung der Steuerperiode 2002 vorgelegen, wäre die massgebliche Vermögensgrenze unterschritten worden und er hätte den vollen Direktzahlungsbeitrag für das Jahr 2003 erhalten.

4.2 Nach dem klaren Wortlaut von Art. 24 DZV sind für das massgebende Vermögen die Werte der letzten zwei Steuerjahre, die bis zum Ende des Beitragsjahres rechtskräftig veranlagt worden sind, heranzuziehen. Erst wenn diese mehr als vier Jahre zurückliegen, ist auf die provisorische Veranlagung abzustellen.

Ende Dezember 2003 lagen der Vorinstanz die definitiven Steuerveranlagungen 1999/2000 und 2001 vor. Sie stützte sich daher für die Berechnung des Direktzahlungsbeitrages 2003 zu Recht auf die rechtskräftigen Steuerveranlagungen für die Jahre 2001 und 2002 ab, zumal keine neuere vorgelegen hat und jene auch nicht mehr als vier Jahre zurückliegen. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkte abzuweisen.

4.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der Grund, weshalb Ende 2003 keine rechtskräftige Steuerveranlagung 2002 vorgelegen hat, alleine bei der Steuerverwaltung liege. Dies trifft nicht zu. Der Beschwerdeführer selber trägt eine Mitverantwortung, hat er doch die Steuererklärung erst am 24. Juli 2003 eingereicht, obwohl der Einreichungstermin der 31. März 2003 gewesen ist.

5. Vorliegend geht es um die Direktzahlungen für die Jahre 2002 und 2003. Im Zeitpunkt der Berechnung der Direktzahlungen lagen in beiden Fällen die rechtskräftigen Steuerveranlagungsverfügungen 1999/2000 und 2001 vor, weshalb sich die Vorinstanz zu Recht auf diese abgestützt hat.

C. 12.1

5.1 Gemäss Veranlagungsverfügung 1999/2000 vom 30. März 2000 beträgt das steuerbare Vermögen Fr. 2'762'000.– und in der Veranlagungsverfügung 2001 vom 19. November 2002 wird ein Vermögen von Fr. 917'000.– ausgewiesen. Dies ergibt ein für die Direktzahlungen massgebendes steuerbares Vermögen von Fr. 1'839'500.– (= [Fr. 2'762'000.– + Fr. 917'000.–] : 2). Dieses steuerbare Vermögen vermindert sich um Fr. 200'000.– pro Standard-Arbeitskraft und um weitere Fr. 200'000.–, weil der Beschwerdeführer verheiratet ist (Art. 23 Abs. 1 DZV). In den Jahren 2002 und 2003 betrug die Anzahl Standard-Arbeitskräfte auf dem Betrieb des Beschwerdeführers 1.11. Daraus ergibt sich ein Abzug von Fr. 222'000.–. Das massgebliche Vermögen beläuft sich somit auf Fr. 1'417'500.– (Fr. 1'839'500.– ./ Fr. 200'000.– ./ Fr. 222'000.–).

5.2 Aufgrund dieser Berechnung übersteigt das massgebliche Vermögen des Beschwerdeführers eine Million Franken, weshalb ihm für die Jahre 2002 und 2003 keine allgemeinen Direktzahlungen ausgerichtet werden können (Art. 23 Abs. 3 DZV). Sofern die Betriebe den ökologischen Leistungsnachweis erbringen, werden die ökologischen Direktzahlungen selbst bei einer Kürzung der Direktzahlungen nach Art. 22 oder 23 DZV ausgerichtet.

6. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Kürzung der Direktzahlungen zu Unrecht erfolgt sei. Einerseits erfolge die Bewertung von Bauland bei Landwirtschaftsbetrieben uneinheitlich und entspreche deshalb nicht dem Gleichbehandlungsprinzip nach Art. 8 BV. Andererseits sei der Gewinnanspruch schon fällig gewesen, habe steuerlich jedoch nicht geltend gemacht werden können.

6.1 Der Wortlaut des Art. 23 DZV ist klar. Für die Kürzung der Direktzahlungen wird von einem massgeblichen Vermögen ausgegangen. Dieses massgebliche Vermögen entspricht dem steuerbaren Vermögen. Das steuerbare Vermögen wird in der Direktzahlungsverordnung nicht näher umschrieben. Es ist deshalb vom steuerbaren Vermögen gemäss kantonaler Steuerveranlagung auszugehen, zumal bei der direkten Bundessteuer kein steuerbares Vermögen veranlagt wird.

6.2 Gemäss § 42 Abs. 2 des Steuergesetzes vom 9. Februar 2000 (StG, SRSZ 172.200) werden unüberbaute Grundstücke in der Bauzone ungeachtet einer allfälligen landwirtschaftlichen Nutzung unter Berücksichtigung ihres Erschliessungszustandes besteuert. Die Bewertung von Bauland, welches nach wie vor landwirtschaftlich genutzt wird, erfolgt in der Schweiz nicht einheitlich. So wird es etwa in den Kantonen Aargau und Zürich nach wie vor landwirtschaftlich geschätzt, solange es auch der landwirtschaftlichen Nutzung dient. Im Kanton Schwyz ist dies nicht so. Das Bauland des Beschwerdeführers, welches dieser nach wie vor landwirtschaftlich nutzt, wird gemäss Schätzungsverfügung mit Fr. 250.– bzw. Fr. 300.–/m² bewertet. Dies hat unweigerlich zur Folge, dass das Vermögen ansteigt.

6.3 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass der wortgetreue Vollzug der Direktzahlungsverordnung zu einer Ungleichbehandlung der Landwirte führe. Deshalb müsse die anwendende Behörde vom Gesetzeswortlaut abweichen und das Bauland bei der Bestimmung des massgebenden Vermögens herausrechnen, ansonsten der Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV verletzt sei.

7.1 Eine gesetzliche Regelung ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, nämlich dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 125 II 525 E. 3c/aa; BGE 120 V 95 E. 4b; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N. 92).

7.2 In seiner Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik, zweite Etappe („Agrarpolitik 2002“; 96.060) hat der Bundesrat auf Grund der Problematik von Einkommens- und Vermögensgrenzen vorgeschlagen, lediglich eine Einkommensgrenze vorzusehen und dies nur für bestimmte Direktzahlungen. Auf eine Vermögensgrenze sollte verzichtet werden, da sie bei den damaligen Kostenbeiträgen an Viehhalter im Berggebiet und bei den Bewirtschaftungsbeiträgen (Hang- und Sömmerungsbeiträge) zu Ungleichbehandlungen führte. Auf eine gesamtschweizerisch einheitlich definierte Grösse konnte nicht abgestellt werden, weil keine diesbezügliche Bundessteuer besteht. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum neuen Landwirtschaftsgesetz wurden die Direktzahlungen konzeptionell überarbeitet und Vermögensgrenzen für die allgemeinen Direktzahlungen und Ökobeiträge beschlossen. Das Parlament hat in Art. 70 Abs. 5 Bst. f LwG festgelegt, dass für die Bemessung allfälliger Beitragskürzungen auf das steuerbare Vermögen des Bewirtschafters oder der Bewirtschafterin abzustellen ist und damit die nach Kantonen unterschiedliche Bemessung des steuerbaren Vermögens in Kauf genommen wird (vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates zur Interpellation von Nationalrat Toni Eberhard eingereicht am 22. Dezember 1999 unter <http://www.pd.admin.ch/bvnet/indexbvnet/rapersonlichevorstoesse.htm>).

7.3 Neben den Unterschieden bei der Bewertung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke können sich weitere Differenzen aus der unterschiedlichen Bewertungspraxis von Wohnhäusern landwirtschaftlicher Liegenschaften ergeben, wenn diese z.B. für Nebenerwerbsbetriebe teilweise nichtlandwirtschaftlich eingeschätzt werden. Neben diesen grundstückab-

C. 12.1

hängigen Differenzen bestehen auch bei den Sozialabzügen wie Verheiratenabzug und Abzüge für AHV-Rentner, Invalide, Gebrechliche, Witwen mit minderjährigen Kindern weitere Unterschiede. Auch der Abzug von Kindesvermögen ist unterschiedlich geregelt.

7.4 Vorliegend ist vom klaren Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 DZV nicht abzuweichen, da keine triftigen Gründe vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergeben würde. Mit der Ausrichtung von Direktzahlungen soll unter anderem auch angestrebt werden, dass nachhaltig wirtschaftende und ökonomisch leistungsfähige Betriebe im Durchschnitt mehrere Jahre Einkommen erzielen können, die mit den Einkommen der übrigen erwerbstätigen Bevölkerung in der Region vergleichbar sind (Art. 5 Abs. 1 LwG). Direktzahlungen sollen aber dort nicht mehr oder nur noch in einem beschränkten Ausmass fliessen, wo bereits ein beträchtliches Vermögen besteht oder der Bewirtschafter oder die Bewirtschafterin über ein gewisses Einkommen verfügt. In Kenntnis, dass auf eine gesamtschweizerisch einheitlich definierte Grösse nicht abgestellt werden kann (auf eidgenössischer Ebene existiert keine Vermögenssteuer), sah der Bundesrat in der unter Ziff. 7.2 erwähnten Botschaft vor, keine Vermögensgrenze für die Direktzahlungen vorzusehen. Das Parlament hat aber mit der Einführung von Vermögensgrenzen die nach Kantonen unterschiedliche Bemessung des steuerbaren Vermögens in Kauf genommen. Es kann deshalb nicht von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots gesprochen werden, wenn vom Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 DZV nicht abgewichen wird und keine Korrektur beim anrechenbaren Vermögen vorgenommen wird. Die Unterschiede bei der Berechnung des steuerbaren Vermögens sind zwangsläufig ein Spiegelbild unseres föderalistischen Steuersystems.

8.1 Wird einem Erben bei der Erbteilung ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück zu einem Anrechnungswert unter dem Verkehrswert zugewiesen, so hat jeder Miterbe bei einer Veräusserung Anspruch auf den seiner Erbquote entsprechenden Anteil am Gewinn (Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 [BGBB, SR 211.412.111]). Als Veräusserung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BGBB gilt unter anderem die Zuweisung zu einer Bauzone (Art. 29 Abs. 1 lit. c BGBB). Der Gewinnanspruch wird bei Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einer Bauzone im Zeitpunkt der Veräusserung oder der Nutzung als Bauland fällig, spätestens aber nach 15 Jahren seit der rechtskräftigen Einzonung (Art. 30 lit. b BGBB).

8.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass der Gewinnanspruch mit der Einzonung fällig werde. Damit bestehe bereits bei der Einzonung und nicht erst beim Verkauf eine Teilungspflicht. Im Zeitpunkt der Neuschätzung habe er nur Vermögen auf dem Papier gehabt. Bereits in jenem Zeitpunkt bestanden jedoch Ansprüche der Verwandten. Diese Ansprüche könnten steuerlich nur sehr schwer geltend gemacht werden, sodass das Bauland ihm vorüber-

gehend voll angerechnet worden sei. Er habe nie über das Bauland verfügt und es sei absolut nicht sachgerecht, dass ihm die ganze Parzelle angerechnet werde und ihm dadurch die Direktzahlungen gekürzt würden. Das massgebende Vermögen müsse somit um den Wert des fälligen Gewinnanspruchs korrigiert werden, da die Steuerveranlagung keine korrekte Basis ergebe. Der auszuzahlende Gewinn betrage gemäss aussergerichtlichem Vergleich 2 Mio. Franken. Das massgebliche Vermögen müsse um diesen Gewinnanspruch gesenkt werden. Damit würden die Grenzwerte eingehalten und die Direktzahlungen für das Jahr 2002 wären in vollem Umfange auszubezahlen.

8.3 Die Ansicht des Beschwerdeführers geht fehl. Der Gewinnanspruch der Miterben entstand bei der Zuweisung des landwirtschaftlichen Grundstücks zu einer Bauzone. Dieser Zeitpunkt darf aber nicht mit der Fälligkeit des Gewinnanspruchs verwechselt werden. Die Fälligkeit bezeichnet nämlich den Zeitpunkt, ab welchem der Miterbe seinen Anspruch einfordern kann. Dieser Gewinnanspruch wird spätestens 15 Jahre seit der rechtskräftigen Einzonung fällig, sofern das Grundstück nicht vorher veräussert oder als Bauland genutzt wird. Die Pflicht, einen Gewinn auszuzahlen, bestand folglich spätestens nach 15 Jahren seit der rechtskräftigen Einzonung des Grundstücks in die Bauzone.

8.4 Entscheidend ist aber für den vorliegenden Fall, dass es für die Ausrichtung der Direktzahlungen überhaupt keine Rolle spielt, ob ein Gewinnanspruch von Miterben besteht oder nicht. Sofern ein Bewirtschafter Land, welches der Bauzone zugeordnet ist, besitzt und dieses weiterhin landwirtschaftlich nutzt, wird er dieses unter Berücksichtigung des Erschliessungszustandes zu besteuern haben, ungeachtet eines allfälligen Gewinnanspruches von Miterben. Auch in diesem Fall hat der entsprechende Eigentümer nur Vermögen auf dem Papier und dies solange bis er das Grundstück veräussert oder überbaut. Der Beschwerdeführer wird deshalb nicht schlechter gestellt als andere Bewirtschafter von Grundstücken in der Bauzone, die nach wie vor der Landwirtschaft dienen. Im Übrigen ist die Problematik, wie ein Gewinnanspruch von Miterben steuerlich abzusetzen ist, ein steuerrechtliches Problem und keines der Bestimmung der Direktzahlungen.

8.5 Gemäss Art. 171 Abs. 2 LwG sind zu Unrecht ausgerichtete Beiträge zurückzufordern. Das Landwirtschaftsamt hat dem Beschwerdeführer für das Jahr 2002 bereits Fr. 19'416.– ausbezahlt, obschon sein Vermögen die Schwelle von 1 Million Franken übersteigt und er deshalb keinen Anspruch auf Direktzahlungen hat. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht vom Beschwerdeführer die für das Jahr 2002 bereits ausgerichteten Direktzahlungen im Betrag von Fr. 19'416.– zurückgefordert.

(RRB Nr. 1416 vom 19. Oktober 2004).

14. Arbeitsvergebung

14.1 Ökologie als Zuschlagskriterium

- *Das Zuschlagskriterium der umweltschonenden Arbeitsausführung darf weder unter dem alten noch unter dem neuen Recht zu einer Diskriminierung auswärtiger Anbieter führen (Erw. 4.3 - 4.4).*

Aus den Erwägungen:

4.3 Das sekundäre Vergebungskriterium der umweltschonenden Ausführung der Arbeit oder der Lieferung ist mit der Änderung vom 13. Mai 1992 in die Verordnung über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen eingefügt worden (GS 18, S. 231). Dazu hielt der Vertreter des Regierungsrates in der vorberatenden Kommission fest, dass das Anfahrtsproblem nicht übergewichtet werden dürfe. So sei es nicht zulässig, einen Unternehmer aus Rothenthurm gegenüber einem Unternehmer aus Schwyz zu benachteiligen, weil der zweitgenannte seine Arbeitskräfte täglich von Rothenthurm nach Schwyz führen müsse (vgl. Protokoll vom 16. März 1992, S. 16 f.). In einem Entscheid vom 7. Februar 1995 (RRB Nr. 258, EGV-SZ 1995, Nr. 59) hat sodann der Regierungsrat angenommen, dass ein ökologischer Vorteil nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn er klar ausgewiesen sei. Aus unterschiedlichen Anfahrtswegen resultiere nur dann ein zu berücksichtigender Vorteil, wenn zum Beispiel in grossem Masse Material mit Lastwagen über weite Strecken transportiert werden müsse. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hat in einem Entscheid vom 19. Juni 1998 (VGE 1022/98, EGV-SZ 1998, Nr. 16) das Vergebungskriterium von § 16 Abs. 2 im Lichte des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) geprüft. Es hat dabei festgehalten, dass die Berücksichtigung von Interessen zum Schutze von Leben und Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen sowie zum Schutze der natürlichen Umwelt berücksichtigt werden dürften (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und b BGBM). Die Berücksichtigung dieser Interessen dürfe jedoch keinesfalls ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Es hat es zugelassen, dass der Regierungsrat das sekundäre Vergebungskriterium „umweltschonende Arbeitsausführung“ zu Gunsten einer Unternehmung berücksichtigt hat, weil damit 20'000 Lastwagenkilometer (mutmasslich 3'200 km während des Nachtfahrverbotes) vermieden werden konnten. Wie sich auch aus der Literatur und der Rechtsprechung anderer Kantone ergibt, darf der Anfahrts- und Transportweg nur dann berücksichtigt werden, wenn er stark ins Gewicht fällt (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 435 ff.).

4.4 Für die Ausführung der umstrittenen Arbeiten ist kein Antransport von grossen Mengen von Material erforderlich. Die unterschiedlichen Anfahrtswege für die eingesetzten Arbeitskräfte fallen nicht sonderlich ins Gewicht. Folglich darf der Vorteil als sekundäres Kriterium nicht berücksichtigt werden. Eine Bevorzugung des Unternehmers mit dem kürzeren Anfahrtsweg würde ansonsten einer binnenmarktwidrigen Beschränkung des freien Marktzuganges gleichkommen. Belanglos ist, ob die Arbeitskräfte des einen oder anderen Unternehmers täglich nach Hause fahren oder für die Montagetarbeit in Unteriberg übernachten.

(RRB Nr. 200 vom 10. Februar 2004).

19. Verschiedenes

19.1 Enteignung eines Trottoirs

- *Grundlagen und Grenzen der Enteignung für ein Trottoir (Erw. 2.1 - 2.2).*
- *Ausdehnung der Enteignung eines Wegrechts auf eine Vollenteignung (Erw. 2.3.1 - 2.9).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Enteignungen sind zulässig, sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und gegen volle Entschädigung erfolgen (Art. 26 i.V.m. Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [SR 101/BV]; § 13 der Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1898 [SRSZ 100.000/KV]). Bei einer formellen Enteignung werden von der Eigentumsgarantie geschützte Rechte durch einen Hoheitsakt ganz oder teilweise entzogen und in der Regel auf den Enteigner übertragen. Zweck des Eingriffes ist es, dem Enteigner die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendigen Rechte zu verschaffen (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 2069 f., 2082 ff.; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002, S. 572 ff.; ZBl 1996 S. 26 f.).

Das verfassungsmässige Erfordernis des öffentlichen Interesses ist erfüllt, wenn einerseits der angestrebte Zweck der Enteignung dem öffentlichen Wohl dient (z.B. der Verkehrssicherheit) und andererseits das im Vergleich zum privaten Interesse des Enteigneten überwiegende öffentliche Interesse den konkreten Eingriff rechtfertigt (z.B. die Übertragung des Eigentums an Stelle der Einräumung eines lediglich beschränkten dinglichen Rechtes), was sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ableitet (Heinz Hess/Heinrich Weibel, Das Enteignungsrecht des Bundes, Kommentar, Band I, Bern 1986, N 16 zu Art. 1, S. 27 f.; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kom-

C. 19.1

mentar, 2. Auflage, Aarau 1985, N 5 zu § 181, S. 466; Hänni, a.a.O., S. 573; BGE 99 Ia 475 f.).

2.2 Im Kanton Schwyz wird die formelle Enteignung im kantonalen Expropriationsgesetz vom 1. Dezember 1870 (SRSZ 470.100/ExprG; vgl. auch §§ 25 f. der Strassenverordnung vom 15. September 1999 [SRSZ 442.110/StrV]) geregelt. Nach § 1 ExprG ist demzufolge jeder Grundeigentümer verpflichtet, dem Kanton, den Bezirken und Gemeinden für bestimmte Zwecke den erforderlichen Grund und Boden sowie Gebäude und Räume abzutreten, u.a. zur Anlegung neuer oder zur Korrektur und Verbreiterung schon bestehender Strassen, sowie für Fahr- und Fusswege, welche infolge der Anlegung oder Korrektur von Strassen nötig werden (§ 1 lit. a ExprG).

Gestützt auf diese Bestimmung hat die Vorinstanz das Trottoirteilstück entlang der Sagenbachstrasse, das zur Liegenschaft der Beschwerdeführer (Miteigentümer) gehört, mit einem öffentlichen Fusswegrecht belastet, das dem Schutz der Fussgänger dienen und damit gleichzeitig die Verkehrssicherheit erhöhen soll.

2.3.1 Die Beschwerdeführer befürworten diese Enteignung grundsätzlich, weil auf diese Weise endlich klare Verhältnisse geschaffen würden. Sie anerkennen damit sinngemäss auch die Gesetzmässigkeit sowie den öffentlichen Zweck des Eingriffs in ihr Grundeigentum. Hingegen beanstanden sie «die Art der verfügten dinglichen Abtretung» und verlangen die Übertragung des vollen Eigentums am Grund und Boden des Trottoirteilstückes auf den Bezirk. Mit der Einräumung eines blossen öffentlichen Fusswegrechtes wolle sich die Vorinstanz lediglich eine möglichst kostengünstige Lösung für die Sicherung der für die Erschliessung notwendigen Rechte am Trottoir verschaffen. Gesetzlich vorgesehen sei jedoch eine Landabtretung und nicht bloss die Einräumung einer Wegdienstbarkeit. Dies dränge sich auch aus praktischen Gründen auf, denn die betroffene Trottoirfläche sei faktisch von ihrer Liegenschaft abgetrennt und deshalb für die Enteigneten praktisch nutzlos. Die Übernahme des Eigentums am besagten Trottoirteilstück durch den Bezirk sei deshalb im vorliegenden Fall die zweckmässigste Form der Enteignung.

2.3.2 Die Beschwerdeführer sind demzufolge mit der umfangmässigen Beschränkung der angefochtenen Enteignung nicht einverstanden. Ihrer Meinung nach hätte die Vorinstanz das private Trottoirteilstück ins Eigentum des Bezirks übernehmen müssen und nicht lediglich mit einem öffentlichen Fusswegrecht belasten dürfen. Damit verlangen sie eine rechtliche Ausdehnung der Enteignung, wie sie im Enteignungsrecht unter gewissen Voraussetzungen vorgesehen ist (vgl. § 3 Abs. 2 ExprG; Art. 12 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930 [SR 711/EntG]).

2.4 Das Enteignungsrecht kann nur geltend gemacht werden, wenn und soweit es zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes

notwendig ist. Private Rechte dürfen demnach nur in Anspruch genommen werden, wenn das angerufene Interesse des Gemeinwesens bzw. der Öffentlichkeit sich im konkreten Fall als überlegen erweist und sich nicht auf anderem Wege befriedigen lässt. Indessen verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht, dass sich die Enteignung auf das absolut Notwendige beschränken muss. Sie darf sich auf alles erstrecken, was in rechtlicher und technischer Hinsicht zur angemessenen und zweckmässigen Realisierung des Werks erforderlich ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert somit, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Im Weiteren muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne), oder mit andern Worten, das vom Privaten zu erbringende Opfer darf in keinem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Allgemeinheit mit der Enteignung erzielt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 581 ff.; Hänni, a.a.O., S. 576; Hess/Weibel, a.a.O., NN 25 ff. zu Art. 1, S. 31 ff.; Zimmerlin, a.a.O., N 5 zu § 181, S. 466 f.; ZBI 1996 S. 33; RRB Nr. 1251 vom 23. September 2003, E. 7.4.1 mit Hinweisen).

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt ausserdem eine Abwägung der im konkreten Fall einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen. Genügt der zwangsweise Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechtes für den zu erreichenden Zweck, so darf in der Regel nicht das volle Eigentum verlangt werden (Hänni, a.a.O., S. 576 f.).

2.5 Das Gebot der Geeignetheit ist vorliegend unbestrittenermassen erfüllt. Die Einräumung eines öffentlichen Fusswegrechtes auf dem durchgehenden Trottoir entlang der öffentlichen Sagenbachstrasse dient der Sicherheit der Fussgänger und erhöht damit allgemein die Verkehrssicherheit. Gleichzeitig wird auf diese Weise die strassenmässige Erschliessung der über die Sagenbachstrasse erreichbaren Bauzonen verbessert (§ 37 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100/PBG]). Wie die Vorinstanz ausführt, ist die Sagenbachstrasse im Erschliessungsplanentwurf als Groberschliessungsanlage bezeichnet, für die der Bezirk verantwortlich ist (§§ 38 f. PBG).

2.6 Nach dem Gebot der Erforderlichkeit ist darauf zu achten, dass sich die Enteignung sachlich, räumlich und zeitlich auf das zur Erreichung des im öffentlichen Interesse Notwendigen beschränkt. Nach der Praxis des Bundesgerichtes bedeutet dies aber nicht, dass nur gerade derjenige Eingriff in das Eigentum erlaubt sei, der zur Verwirklichung des öffentlichen Werkes unbedingt notwendig ist, sondern es ist der zur zweckmässigen Realisierung des Werkes erforderliche Eingriff zulässig (RRB Nr. 1631 vom 13. Oktober 1987, S. 8 unter Hinweis auf BGE 105 Ib 191). Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt deshalb auch eine Abwägung der im konkreten Fall einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen. Je gewichtiger das öffentliche Interesse an einer Eigentumsbeschränkung ist, desto mehr

C. 19.1

tritt das private Interesse an der Erhaltung des Grundeigentums in den Hintergrund. Im vorliegenden Fall schätzen die Beschwerdeführer selbst ihr eigenes Interesse am (blossen) Eigentum der Trottoirfläche als nicht existent ein und verlangen deshalb die Übernahme des Gehweges durch den Bezirk in dessen Eigentum (s. vorstehend E. 2.3.1).

2.7 Der Auffassung der Beschwerdeführer, eine Landabtretung, d.h. der eigentumsmäßige Übergang des privaten Bodens auf den Enteigner, und nicht lediglich dessen Belastung mit einer Wegrechtsdienstbarkeit, sei von Gesetzes wegen (§ 1 ExprG) vorgesehen, kann nicht zugestimmt werden. Aus dem Wortlaut («Abtreten von Grund und Boden») kann nicht geschlossen werden, das Gemeinwesen könne bzw. müsse immer das volle Eigentum an Grund und Boden übernehmen. § 25 StrV spricht deshalb allgemein von den für den Strassenbau erforderlichen dinglichen Rechten, die freihändig oder im Enteignungsverfahren erworben werden. Dasselbe gilt für § 3^{bis} Abs. 2 ExprG, wo ebenfalls in einem umfassenden Sinne von den dinglichen Rechten die Rede ist. Dazu gehören auch die beschränkten dinglichen Rechte wie Fuss- und Fahrwegrechte (RRB Nr. 1631 vom 13. Oktober 1987, S. 7 f.). Diese Erkenntnis ergibt sich überdies aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, der besagt, dass das volle Eigentum nicht entzogen werden darf, wenn sich der öffentliche Zweck auch mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit oder einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung erreichen lässt (s. vorstehend E. 2.4).

2.8 Es fragt sich weiter, ob die Vorinstanz das öffentliche Interesse am Trottoirteilstück entlang der Liegenschaft Sagenbachstrasse 4 korrekt gewichtet hat und dementsprechend mit der Enteignung eines öffentlichen Fusswegrechtes eine angemessene und zweckmässige Lösung für die Verbesserung der Verkehrssicherheit auf der erwähnten Erschliessungsstrasse getroffen hat. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat sie sich mit der angefochtenen Wegrechtseinräumung nicht für die dem öffentlichen Interesse adäquate Form der Enteignung entschieden.

2.8.1 Faktisch hat die Vorinstanz mit der Wegdienstbarkeit das Eigentum am besagten Trottoirteilstück übernommen. Denn mit der zusätzlichen Verpflichtung, für «die Reinigung sowie den Unterhalt und die Erneuerung des dienstbarkeitsbelasteten Trottoirteilstückes» (Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung vom 25. Juni 2004) zu Lasten des Bezirks zu sorgen, hat dieser zusammen mit der Wegrechtseinräumung die eigentliche Verfügungsmacht über die belastete Trottoirfläche erhalten. Den Beschwerdeführern verbleibt lediglich noch die Anrechenbarkeit dieser Grundfläche für die bauliche Ausnützung ihrer Liegenschaft KTN 15 gemäss Art. 35 Abs. 3 des Baureglementes des Bezirkes Gersau (BauR; vgl. angefochtene Verfügung vom 25. Juni 2004, E. 3). Das Interesse der Beschwerdeführer an dieser Restnutzung ist jedoch äusserst gering, und zwar aus zwei Gründen: Auf der einen Seite würde sich das zur anrechenbaren Landfläche zählende Trottoirteil-

stück auf die Entschädigung auswirken, denn gemäss Art. 35 Abs. 3 BauR setzt jenes Zugeständnis der Vorinstanz voraus, dass die zu enteignende Landfläche unentgeltlich oder gegen eine ermässigte Entschädigung dem Gemeinwesen zur Verfügung gestellt wird, was die Beschwerdeführer offensichtlich nicht beabsichtigen. Auf der andern Seite ziehen die Beschwerdeführer für ihre Wohnliegenschaft aus dem Trottoirteilstück keinen weiteren direkten Nutzen, zumal dieses mit Ausnahme der Grundstückseinfahrt vom Rest der Liegenschaft baulich (Mauer) und gestalterisch (teilweise unterschiedliche Niveaus) abgetrennt ist.

Die Erhaltung des «nackten» Eigentums ohne Verfügungsgewalt oder Nutzungsmöglichkeit rechtfertigt sich deshalb in Anbetracht des geringen Privatinteresses der Beschwerdeführer nicht, zumal rein fiskalische Interessen zur Begründung einer weniger einschneidenden Enteignungsmassnahme dem Grundsatz, dass nur gegen volle Entschädigung enteignet werden darf, widersprechen würden. Im Übrigen erscheint fraglich, ob die Enteignung einer Wegdienstbarkeit, die inhaltlich der Übernahme von Eigentumsrechten gleichkommt, mit einer bedeutend geringeren Entschädigung abgegolten würde als eine eigentliche Landabtretung. Denn die Leistung einer vollen Entschädigung (Art. 26 Abs. 2 BV, § 3 Abs. 1 ExprG) bedeutet, dass sich der Enteignete nach der Enteignung in der gleichen ökonomischen Situation befinden muss wie vorher, d.h. er darf weder ärmer noch reicher sein (Häfelein/Müller, a.a.O., Rz. 2107).

2.8.2 Überdies verlangt das öffentliche Interesse klare und dauerhafte Rechtsverhältnisse an öffentlichen Erschliessungsstrassen. Es ist deshalb wenig zweckmässig, wenn sich Teile von Erschliessungsanlagen teils im öffentlichen, teils im privaten Eigentum befinden. Die Fahrbahn der Sagenbachstrasse steht angeblich im Eigentum des Bezirks, das Trottoir teilweise ebenfalls (und zwar unmittelbar ober- und unterhalb des zur Diskussion stehenden Teilstückes bei der Liegenschaft der Beschwerdeführer), teilweise aber auch im Privateigentum, belastet mit einer Wegdienstbarkeit.

Im vorliegenden Fall ist der Verbleib des Abschnittes bei der Wohnliegenschaft Sagenbachstrasse 4 im Eigentum der Beschwerdeführer nicht sinnvoll, zumal die Fortsetzung des Trottoirs auf beiden Seiten bereits früher vom Bezirk ins Eigentum übernommen worden war und der Bezirk für das ganze Trottoir unterhalts- und auch erneuerungspflichtig ist. Unzweckmässig ist dies auch deshalb, weil bei unterschiedlichen Eigentümern hinsichtlich der Grund- oder Werkeigentümerhaftpflicht nach den Bestimmungen von Art. 679 und Art. 684 ZGB sowie Art. 58 OR Probleme entstehen können. Solchen Schwierigkeiten ist deshalb mit der Vollenteignung zu begegnen (RRB Nr. 1631 vom 13. Oktober 1987, S. 9). In der Lehre wird sogar die Ansicht vertreten, dass Privaten, die Erschliessungsanlagen auf ihre Kosten errichtet haben, auf Grund der vorerwähnten Haftung ein Anspruch zustehe, dass das Gemeinwesen diese Anlagen zu Eigentum und Unterhalt übernimmt (Vera Marantelli-Sonanini, Erschliessung von Bauland, Bern 1997, S. 175). Dies dürfte zumindest für Groberschliessungsanlagen gelten, deren Realisierung

C. 19.1

den Gemeinden bzw. Bezirken obliegt (§§ 38 f. PBG). § 27 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum PBG (SRSZ 400.111/VVzPBG) sieht denn auch ausdrücklich vor, dass Anlagen der Groberschliessung in der Regel ins Eigentum der Gemeinden (oder eines konzessionierten Versorgungswerkes) zu übernehmen sind (vgl. auch § 27 Abs. 2, 2. Satz VVzPBG, § 39 Abs. 3 3. Satz PBG). Wie die Vorinstanz ausführt, ist vorgesehen, die Sagenbachstrasse im Erschliessungsplan, der im Entwurf vorliegt, als Groberschliessungsstrasse zu bezeichnen.

2.8.3 Der Strassenraum umfasst nebst den Fahrbahnen u.a. auch die Gehwege (§ 3 StrV). Bei der Sagenbachstrasse ist das Trottoir gegenüber der Fahrbahn durch Randsteine optisch abgetrennt. Da beide jedoch praktisch niveaugleich sind und das Trottoir oftmals auch von den Motorfahrzeuglenkern zum Kreuzen benutzt werden muss, ist es auch aus diesem Grunde gerechtfertigt, wenn der Bezirk als Erschliessungsträger den ganzen Strassenraum als sein Eigentum beansprucht.

2.8.4 Schliesslich war die Vorinstanz bis anhin ebenfalls der Auffassung, Grund und Boden des Trottoirteilstückes ins Eigentum des Bezirks zu überführen, andernfalls hätte sie kaum dem Stimmbürger ein entsprechendes Sachgeschäft unterbreitet (vgl. Bericht und Antrag des Bezirksrates Gersau zuhanden der Herbstgemeinde 2003 für den Erwerb des Trottoirs entlang der Liegenschaft Mehrfamilienhaus Sagenbachstrasse 4). Erst nachdem der Stimmbürger den Kredit hiefür abgelehnt hatte und weitere Verhandlungen mit den Beschwerdeführern ergebnislos verliefen, entschied sich die Vorinstanz für die ihrer Meinung nach mildere und kostengünstigere Variante der Wegrechtseinräumung.

2.9 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz mit der Enteignung des umstrittenen Wegrechtes dem überwiegenden öffentlichen Interesse an der zweckmässigsten Erschliessungslösung nicht gerecht wird. Auf der andern Seite hat sie den berechtigten Interessen der Beschwerdeführer zu geringes Gewicht beigemessen und deshalb zu Unrecht die mildere Enteignungsvariante gewählt, zumal die Beschwerdeführer auf die bauliche Ausnützung der Trottoirfläche auf ihrem Grundstück keinen Wert legen. In analoger Anwendung von § 3 Abs. 2 ExprG ist deshalb den Beschwerdeführern im vorliegenden Fall eine (rechtliche) Ausdehnung der Enteignung zuzugestehen, weil ihnen das Trottoirteilstück entlang ihrer Liegenschaft Sagenbachstrasse 4 keinen praktischen Nutzen mehr bringt. Die Beschwerde ist somit in diesem Sinne gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, das 45 m lange und 1.32 m breite Trottoirteilstück auf der Liegenschaft KTN 15 ins Eigentum des Bezirks zu übernehmen. Dabei wird die zu enteignende Fläche genau zu berechnen und planlich festzulegen sein (EGV-SZ 1999, Nr. 12, E. 3; RRB Nr. 1397 vom 19. September 2000, E. 3).

(RRB Nr. 1711 vom 14. Dezember 2004).

D. AUFSÄTZE

Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe nach § 41 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz)

Von Dr. Josef Hensler, Einsiedeln, Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Schwyz¹

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Inhaltsverzeichnis: | Seite |
| Einleitung | 282 |
| A. Das Erschliessungsrecht im Kanton Schwyz | |
| 1. Begriff der Erschliessung | 283 |
| 2. Erschliessungspflicht | 285 |
| 2.1 Raumplanungsgesetz (RPG) | 285 |
| 2.2 Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG) | 285 |
| 2.3 Kantonales Planungs- und Baugesetz (PBG) | 286 |
| 3. Umsetzung der Erschliessungspflicht | 286 |
| 3.1 Richtplan (§§ 5 ff., § 13 PBG) | 287 |
| 3.2 Erschliessungsplan (§ 22 f. PBG) | 287 |
| 3.3 Vereinbarung (§ 40 Abs. 3 PBG) | 289 |
| 3.4 Flurgenossenschaft (§ 40 Abs. 3 PBG) | 289 |
| 3.5 Landumlegungsgenossenschaft | 290 |
| 3.6 Mitbenützung durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe, § 41 PBG) | 291 |
| 3.7 Ersatzvornahme (§ 42 f. PBG) | 292 |
| 3.8 Gestaltungsplan (§ 24 PBG) | 293 |
| B. Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe) | |
| 1. Mitbenützungs- und Ausbauanpruch | 294 |
| 1.1 Anspruchsobjekt | 294 |
| 1.2 Anspruchsberechtigte (Ansprecher) | 296 |
| 1.3 Anspruchsbelastete | 296 |
| 2. Anspruchsvoraussetzungen | 296 |
| 2.1 Notwendigkeit | 296 |
| 2.1.1 Herbeiführung der Baureife | 297 |

¹ Der Autor vertritt in der vorliegenden Abhandlung seinen persönlichen Standpunkt.

| | | |
|-------|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1.2 | Landsparende und technisch zweckmässige Lösung | 299 |
| 2.2 | Zumutbarkeit | 300 |
| 2.3 | Volle Entschädigung | 302 |
| 3. | Verfahren | 305 |
| 3.1 | Zuständigkeit | 305 |
| 3.2 | Gesuchseinreichung | 305 |
| 3.3 | Duldungsverpflichtung und suspensiv-bedingte Enteignungsverfügung | 306 |
| 3.4 | Schätzungsverfügung | 307 |
| 3.5 | Weitere verfahrensrechtliche Aspekte | 307 |

Einleitung

§ 41 des schwyzerischen Planungs- und Baugesetzes (PBG) in der Fassung vom 8. Mai 1996² sieht vor, dass der Gemeinderat die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen verpflichten kann, die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist. Der Umstand, dass Dritte gegen den Willen der Eigentümer die Mitbenützung einer bestehenden privaten Erschliessungsanlage oder sogar deren Ausbau durchsetzen können, mag insbesondere die betroffenen Eigentümer erstaunen³. Zum besseren Verständnis dieser weitgreifenden Eingriffsmöglichkeit in das private Grundeigentum ist § 41 PBG zunächst in den erschliessungsrechtlichen Gesamtzusammenhang zu stellen (A). Es sind dabei der Erschliessungsbegriff, die Erschliessungspflicht und die Umsetzungsmöglichkeiten dieser Pflicht kurz darzulegen. Auf diesem Hintergrund werden alsdann die Voraussetzungen und Modalitäten des Mitbenützungs- und Ausbauanspruches - in der Praxis und in den nachfolgenden Ausführungen kurz als Erschliessungshilfe bezeichnet⁴ - unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung näher beleuchtet (B).

² Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100.

§ 41 Abs. 1 PBG in der ursprünglichen Fassung: „Der Gemeinderat kann die Eigentümer bestehender privater Erschliessungsanlagen verpflichten, die Mitbenützung durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist.“

³ Das Zivilgesetzbuch (ZGB) kennt ebenfalls ein Notwegrecht, Art. 694 ZGB, SR 210; siehe auch A 3.6.

⁴ In den §§ 12 ff. des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 (WEG, SR 843) wird der Begriff der Erschliessungshilfe für die Darlehensvermittlung, -verbürgung und -gewährung gebraucht.

A. Das Erschliessungsrecht im Kanton Schwyz

1. Begriff der Erschliessung

Die Erschliessung ist ein bundesrechtlicher Begriff⁵, wobei die sprachlich nicht kongruenten Definitionen in der Bundesgesetzgebung einer inhaltlich identischen Begriffsauslegung nicht entgegenstehen⁶. Nach Art. 19 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes (RPG)⁷ ist Land erschlossen, „wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderliche Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitung so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist“. Im Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG)⁸ wird die für das kantonale Planungs- und Baurecht bedeutungsvolle Unterscheidung zwischen Grob- und Feinerschliessung getroffen. 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 WEG). Die Feinerschliessung umfasst den Anschluss der einzelnen Grundstücke an die Hauptstränge der Erschliessungsanlagen mit Anschluss von öffentlich zugänglichen Quartierstrassen und öffentlichen Leitungen (Art. 5 WEG). Soweit im übrigen Bundesrecht auf erschlossenes bzw. nicht erschlossenes Bauland verwiesen wird (z.B. Art. 24 Abs. 2 Umweltschutzgesetz, USG⁹), gilt derselbe Begriffsinhalt. Folgerichtig lehnt sich auch der kantonale Gesetzgeber an den bundesrechtlichen Erschliessungsbegriff an (§ 37 Abs. 1, 4 und 5 PBG).

Die Erschliessung bezieht sich indes nicht nur auf die Grob- und Feinerschliessung. Auch die Basiserschliessung muss für eine rechtsgenügli- che Erschliessung vorhanden sein. Die Baubewilligung setzt zwingend voraus, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG), d.h. dass für die betreffende Nutzung eine hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPGB). Zur Zufahrt gehört „nicht nur das Verbindungsstück von der öffentlich zugänglichen Strasse zum Grundstück, sondern eben so sehr die weiterführende öffentliche Strasse, soweit der Besucher sie zwingend als Zufahrt benützen muss. Genügt eine dem Gemeingebrauch dienende Strassenverbindung für die vorgesehene Baunutzung nicht, so muss die Baubewilligung verweigert werden“ (BGE 116 Ib 166 Erw. 6b mit Zitat). Der Begriff der hinreichenden Zufahrt ist durch das kantonale Recht zu konkretisieren¹⁰.

⁵ Es handelt sich insoweit um einen bundesrechtlichen Begriff, als allgemeine Grundsätze aufgestellt werden, während sich die Anforderungen an die Erschliessung im Einzelnen erst aus dem kantonalen Recht ergeben (BGE 1P.40/2004 vom 26. Oktober 2004, Erw. 1.2 mit weiteren Zitaten).

⁶ Joos Markus, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Zürich 2002, S. 176.

⁷ Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700.

⁸ Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, SR 843; siehe auch Fussnote 4.

⁹ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01.

¹⁰ Joos, S. 177.

Gemäss § 37 Abs. 3 PBG setzt genügende Zugänglichkeit 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 Beanspruchung durch Benützer und öffentliche Dienste gewachsen ist. Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, es sei aufgrund der konkreten Verhältnisse zu beurteilen, in welchem Umkreis eines Bauvorhabens das übergeordnete Strassennetz in die Beurteilung mit einzubeziehen sei¹¹. Es hat folgende Grundsätze für die Beurteilung von Verkehrsüberlastungen des übergeordneten Strassennetzes formuliert: Verschärft ein Bauvorhaben eine bestehende Überlastung des übergeordneten Strassennetzes wesentlich oder wird eine bis anhin knapp genügende Strassenkapazität derart beansprucht, dass sie neu wesentlich überlastet wird, so ist die hinreichende Erschliessung ernsthaft in Frage gestellt und anhand der konkreten Umstände zu überprüfen. Je weiter ein übergeordneter und überlasteter Strassenknoten vom Bauvorhaben entfernt ist, desto weniger fällt der Aspekt der Überlastung ins Gewicht, da sich in der Regel das Verkehrsaufkommen eines konkreten Bauobjektes mit der Zunahme der Entfernung auf verschiedene Verkehrsträger verteilt und die Kurzfahrten nicht zu entfernteren Engpässen führen. Schliesslich folgerte das Verwaltungsgericht, der Gesamtbeanspruchung komme beim übergeordneten Strassennetz nicht die gleiche entscheidende Bedeutung zu wie bei der Fein- und Groberschliessung. Gemäss konstanter Rechtsprechung ist bei der hinreichenden Erschliessung stets von der erwarteten Gesamtbeanspruchung der Erschliessungsstrasse unter Einschluss der Nachbarschaft und der Allgemeinheit auszugehen. Die hinreichende Zufahrt hat sich nach den zonengerechten Baumöglichkeiten jener Flächen zu richten, die sie erschliessen soll¹².

Zu beachten ist, dass sich eine Erschliessung auch dann als ungenügend erweist, wenn sie die Umweltschutzgesetzgebung verletzt bzw. wenn der Anschluss an eine bestehende Erschliessung die Umweltschutzgesetzgebung verletzen würde^{13 14}. Nicht durch Art. 19 Abs. 1 RPG abgedeckt ist hingegen der öffentliche Verkehr, der nur als Planungsgrundsatz im Raumplanungsgesetz Erwähnung findet (Art. 3 Abs. 3 lit. a RPG)¹⁵.

¹¹ EGV-SZ 1996, Nr. 6. Im dort wiedergegebenen Entscheid wird auf verschiedene ältere Entscheide Bezug genommen; VGE 728/95 vom 18. Juli 1996.

¹² EGV-SZ 1999, Nr. 11, Erw. 4c.

¹³ BGE 116 Ib 166 Erw. 6b.

¹⁴ EGV-SZ 1999, Nr. 10, Erw. 7c/ee.

¹⁵ Joos, S. 177.

2. Erschliessungspflicht

Eine der Hauptaufgaben des Raumplanungsrechts ist die Unterscheidung zwischen Baugebiet und Nichtbaugebiet (Art. 14 ff. RPG). Mit der Zuweisung von Land in das Baugebiet werden zum Teil hohe Mehrwerte geschaffen, die nicht selten zur Baulandhortung verleiten. Dies ist jedoch nicht der Zweck der Raumplanung. Vielmehr soll die mit der Planung vorgesehene Nutzung ermöglicht werden. Damit dieser Zweck erreicht wird, verlangt der Gesetzgeber, dass die Bauzonen erschlossen und einer Überbauung zugänglich gemacht werden.

2.1 Raumplanungsgesetz (RPG)

Land darf eingezont werden, wenn es sich für die Überbauung eignet und weitgehend überbaut ist oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Art. 15 RPG). Mit dieser Ausgangslage korrespondiert Art. 19 Abs. 2 und 3 RPG¹⁶, welcher vom Gemeinwesen verlangt, dass es die Bauzonen innerhalb der im Erschliessungsprogramm vorgesehenen Frist erschliesst. Kommt das Gemeinwesen dieser Pflicht nicht fristgerecht nach, so ist den Grundeigentümern zu gestatten, ihr Land nach den vom Gemeinwesen genehmigten Plänen selber zu erschliessen oder die Erschliessung durch das Gemeinwesen nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts zu bevorschussen. Die kantonale Behörde wacht darüber, dass das Gemeinwesen seine Erschliessungsaufgaben erfüllt (Art. 32 Raumplanungsverordnung, RPV¹⁷). Das Gemeinwesen hat fortlaufend eine Übersicht über den Stand der Erschliessung zu erstellen (Art. 31 RPV).

2.2 Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (WEG)

Das Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz verlangt als *lex specialis*, dass die Grob- und Feinerschliessung der für den Wohnungsbau bestimmten Bauzonen entsprechend dem Bedarf in angemessenen Etappen innerhalb von 10 bis 15 Jahren durchzuführen ist (Art. 5 Abs. 1 WEG). Das kantonale Recht bezeichnet die für die Erschliessung verantwortlichen Körperschaften. Es kann die Feinerschliessung den Eigentümern überbinden und hat in diesem Fall die Ersatzvornahme durch die öffentlichrechtlichen Körperschaften vorzusehen (Art. 5 Abs. 2 WEG).

¹⁶ In der Fassung vom 6. Oktober 1995 (AS 1996 965f, BBl 1994 III 1075).

Frühere Regelung:

„Bauzonen werden durch das Gemeinwesen zeitgerecht erschlossen. Das kantonale Recht regelt die Beiträge der Grundeigentümer.“

¹⁷ Das kantonale Recht kann vorsehen, dass die Grundeigentümer ihr Land nach den vom Gemeinwesen genehmigten Plänen selber erschliessen.“

¹⁷ SR 700.1.

2.3 Kantonales Planungs- und Baugesetz (PBG)

Der kantonale Gesetzgeber hat beim Erlass des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987¹⁸ die Vorgaben und Kompetenzen des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes einheitlich auf alle Bauzonen umgesetzt. So sind die Gemeinden für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich (§ 38 Abs. 1 PBG)^{19,20}, während die Feinerschliessung den Grundeigentümern obliegt, soweit sie nicht nach den einschlägigen Gemeindevorschriften von der Gemeinde besorgt wird (§ 40 Abs. 1 PBG)^{21,22}. Auch die gemeinderätliche Ersatzvornahme bei Feinerschliessungen betrifft alle Bauzonen (§ 42 PBG)²³.

Der kantonale Gesetzgeber war bestrebt, die erschliessungsrechtlichen Fragen so zu legiferieren, dass es möglichst keiner weiteren, ausführlichen Vollzugsbestimmungen bedurfte²⁴. Zwischenzeitlich sind in der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 (PBV)²⁵ einige wenige Vollzugsnormen erlassen worden. Es sind dies die §§ 19-21 PBV (Erschliessungsplan) und §§ 27-30 PBV (Erschliessung).

3. Umsetzung der Erschliessungspflicht

Nachfolgend werden nur die Umsetzungsmöglichkeiten bei der Grob- und Feinerschliessung kurz skizziert. Hinsichtlich des übergeordneten Strassenetzes wird auf die Strassenverordnung (StrV)²⁶ verwiesen. Auf die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht als Erschliessungsmittel ist ebenfalls nicht näher einzugehen²⁷.

¹⁸ SRSZ 400.100.

¹⁹ Möglichkeit der Konzessionsverleihung an Versorgungswerke (§ 38 Abs. 3 und 4 PBG).

²⁰ Möglichkeit abweichender Regelung bei abgelegenen Zonen und Ferienhauszonen (§ 38 Abs. 2 PBG).

²¹ Erläuterungsbericht des Regierungsrates zum Entwurf eines Bau- und Planungsgesetzes, 1983, 12 f. (kurz: Erläuterungsbericht).

²² Teilweise besorgen die Gemeinden weiterhin die Feinerschliessung, dies vorab bei der Wasserversorgung (Erläuterungsbericht S. 13).

²³ Erläuterungsbericht S. 13.

²⁴ Erläuterungsbericht S. 4.

²⁵ SRSZ 400.111.

²⁶ §§ 12 ff., §§ 15 ff., §§ 22 ff. Strassenverordnung, StrV, SRSZ 442.110.

²⁷ Verordnung über die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht, SRSZ 443.110; RRB Nr. 1347/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 6.2 in fine; RRB 298/2003 vom 11. März 2003, Erw. 4.3.3.

3.1 Richtplan (§§ 5 ff., § 13 PBG)

Der Kanton ist verpflichtet, Richtpläne zu erstellen und darin in den Grundzügen zu bestimmen, wie sich sein Gebiet räumlich entwickeln soll. Der Richtplan ist nur behördenverbindlich (§ 3 Abs. 2 PBG). Er gibt u.a. Aufschluss über den Stand und die anzustrebende Entwicklung des Verkehrs, der Versorgung sowie der öffentlichen Bauten und Anlagen (Art. 6 RPG; §§ 5-9 PBG). Der kantonale Richtplan nimmt im Zusammenhang mit dem Verkehr primär zum übergeordneten Strassennetz und zum Grundangebot im öffentlichen Verkehr Stellung²⁸.

Die Gemeinden können einen kommunalen Richtplan erlassen, sind dazu aber nicht verpflichtet (§ 13 Abs. 1 PBG). Sie haben von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht²⁹, so dass das Instrument der Richtplanung im Zusammenhang mit der Groberschliessungspflicht weitgehend bedeutungslos geblieben ist.

3.2 Erschliessungsplan (§ 22 f. PBG)

Der Erschliessungsplan ist das wichtigste planerische Instrumentarium, um die Bauzonen mit den erforderlichen Groberschliessungsanlagen auszustatten³⁰. Nicht nur die Linienführungen (allenfalls Baulinien³¹) der Groberschliessungsanlagen sowie die Schnittstellen (Anschlussstellen) zwischen Groberschliessung und Basiserschliessung bzw. Feinerschliessung werden festgelegt, sondern auch die Etappen, das Ausbauprogramm und die Kosten für die einzelnen Etappen bezeichnet, um eine fristgerechte Erschliessung zu gewährleisten (§ 23 PBG; Art. 19 Abs. 2 RPG). Zur Sicherung der Erschliessungsplanung kann der Gemeinderat nach Eröffnung des Auflageverfahrens (§ 25 Abs. 2 PBG) für die Dauer eines Jahres eine Bausperre verhängen, wel-

²⁸ Bericht zum überarbeiteten kantonalen Richtplan: Erläuterungen und Grundlagen, vom Regierungsrat mit den Beschlüssen Nr. 738 vom 11. Juni 2002 und Nr. 568 vom 30. April 2003 verabschiedet, vom Kantonsrat am 28. Mai 2003 zur Kenntnis genommen und am 20. Oktober 2004 vom Bundesrat genehmigt (Kantonaler Richtplan: Erläuterungen und Grundlagen), S. 38 ff.

²⁹ Gemäss der Analyse der Planungs- und Baugesetzgebung vom 22. April 1994 durch das Justizdepartement (kurz: Analyse) hat der Regierungsrat nur einen kommunalen Richtplan, den Verkehrsrichtplan des Bezirks Einsiedeln, genehmigt. Zwischenzeitlich liegen die rechtskräftigen kommunalen Richtpläne der Gemeinden Lachen, Altendorf und Schwyz vor. In Arbeit sind der kommunale Richtplan des Bezirks Küssnacht sowie die regionalen Ergänzungen des kantonalen Richtplanes für die Bezirke March, Höfe und die Region Rigi/Mythen.

³⁰ Vor dem Erlass des PBG verfügten die Gemeinden mit dem generellen Kanalisationsprojekt (heute genereller Entwässerungsplan, GEP, siehe Art. 7 Abs. 3 GSchG, SR 814.40; Art. 5 GSchV, SR 814.201; §§ 10 ff. KVzGSchG, SRSZ 712.111) für einen Teilbereich bereits über einen Erschliessungsplan. Der Erschliessungsplan trat an die Stelle des Überbauungsplanes (§ 34 aBauG), welcher nur geringe praktische Bedeutung erlangt hatte (Bericht und Vorlage zum Erlass eines Bau- und Planungsgesetzes an den Kantonsrat, vom 27. März 1984, kurz: Bericht, S. 8).

³¹ Betreffend Baulinien siehe auch § 40 StrV.

che in begründeten Fällen um ein weiteres Jahr verlängerbar ist (§ 36 PBG). Vermag die Bausperre in zeitlicher Hinsicht nicht zu genügen, kann der Gemeinderat auch den Erlass einer Planungszone in Betracht ziehen³² (§ 14 PBG; Art. 27 RPG). Kommunale Planungszone dürfen für längstens drei Jahre bestimmt werden. Die Geltungsdauer kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden. Eine Planungszone wird mit der öffentlichen Auflage für jedermann verbindlich.

Die Gemeinde hat die Groberschliessung gemäss Erschliessungsplan durchzuführen (§ 39 Abs. 1 PBG)³³. Das Bewilligungsverfahren für Groberschliessungsanlagen richtet sich nach dem Planungs- und Baugesetz (§ 39 Abs. 5 PBG). Die Grundeigentümer sind verpflichtet, das in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmte Land dem zuständigen Gemeinwesen abzutreten und die erforderlichen dinglichen Rechte einzuräumen (§ 32 Abs. 1 PBG). Hierzu gehören auch die im Erschliessungsplan festgelegten Groberschliessungsanlagen. Das Gemeinwesen kann das Enteignungsrecht zudem für konzessionierte Versorgungswerke und für Grundeigentümer, die anstelle des in Verzug befindlichen Gemeinwesens die Groberschliessung vornehmen (§ 39 Abs. 3 PBG), ausüben (§ 32 Abs. 2 PBG).

Eine Analyse der Planungs- und Baugesetzgebung des kantonalen Justizdepartementes vom 22. April 1994 ergab, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Gemeinde einen das ganze Gemeindegebiet umfassenden Erschliessungsplan erlassen hatte³⁴. Es wurden grosse Umsetzungsschwierigkeiten eruiert³⁵. In der Gesetzesrevision vom 8. Mai 1996 (seit 1. Januar 1997 in Kraft) sind die Gemeinden deshalb übergangsrechtlich angehalten worden, innert drei Jahren den Entwurf eines Erschliessungsplanes öffentlich aufzulegen. Gemäss den Ausführungen im überarbeiteten kantonalen Richtplan waren per Mai 2002 21 Erschliessungspläne vorgeprüft, 18 öffentlich aufgelegt und 10 rechtskräftig erlassen worden³⁶.

³² Stellungnahme des Regierungsrates in RRB Nr. 2113 vom 19. Dezember 1984 zu den Ergebnissen der ersten Lesung der kantonsrätlichen Kommission, S. 6.

³³ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die abgelegenen Zonen und Ferienhauszonen (§ 38 Abs. 2 PBG), über die Konzessionsverleihung an Versorgungswerke für Wasser- oder Energielieferungen (§ 38 Abs. 3 und 4 PBG), über die vorzeitige Erschliessung durch bauwillige Grundeigentümer (§ 39 Abs. 2 PBG) sowie über die Erschliessung durch Private bei nicht fristgerechter Erschliessung durch die Gemeinde (§ 39 Abs. 3 PBG). Mit der PBG-Revision 1996 wird übergangsrechtlich ermöglicht, dass bei fehlender Erschliessungsplanung die vorzeitige Erstellung von Verkehrsanlagen bewilligt oder durch die Gemeinde selbst vorgenommen werden kann (Übergangsbestimmung zur Änderung des PBG vom 8. Mai 1996, Absatz 3). Ebenfalls seit der PBG-Revision 1996 bestimmt sich neu „die Mitbenützung und der Ausbau bestehender privater Groberschliessungsanlagen durch Dritte ... sinngemäss nach § 41“ (§ 39 Abs. 4 PBG).

³⁴ Analyse S. 6.

³⁵ Analyse S. 15.

³⁶ Kantonaler Richtplan: Erläuterungen und Grundlagen S. 40.

3.3 Vereinbarung (§ 40 Abs. 3 PBG)

Eine kommunale Erschliessungsplanung für Feinerschliessungsanlagen gibt es nicht³⁷. Private Erschliessungsanlagen dürfen den Erschliessungsplänen der Gemeinde jedoch nicht zuwiderlaufen (§ 40 Abs. 1 PBG). Mithin obliegt es den Grundeigentümern, in Beachtung des Erschliessungsbegriffes (§ 37 PBG), der Erschliessungsplanung und allfälliger kommunaler Vorschriften (z.B. betreffend Strassennormen) die Feinerschliessungsplanung vorzunehmen und umzusetzen. Am einfachsten und sinnvollsten ist es, wenn sich die Grundeigentümer über die Erstellung und den Unterhalt von Erschliessungsanlagen, die mehreren Grundstücken dienen, verabreden können (z.B. unselbständige Miteigentümergeinschaft mit sog. subjektivdinglicher Verknüpfung³⁸; § 40 Abs. 3 erster Satzteil PBG).

3.4 Flurgenossenschaft (§ 40 Abs. 3 PBG)

Der kantonale Gesetzgeber verweist im Zusammenhang mit der Feinerschliessung ausdrücklich auch auf die öffentlichrechtliche Flurgenossenschaft im Sinne von § 68 des Einführungsgesetzes zum ZGB (EGzZGB³⁹; § 40 Abs. 3 zweiter Satzteil PBG). Gestützt auf § 68 EGzZGB hat der Kantonsrat am 28. Juni 1979 die Flurgenossenschaftsverordnung (FGV) erlassen⁴⁰. Der Vorteil einer Flurgenossenschaft besteht nun darin, dass sie hoheitlich und - mit Ausnahme beim Gründungsakt - mit Mehrheitsbeschluss der teilnehmenden Stimmberechtigten handeln kann (§ 3 Abs. 4 FVG). Der Gründungsbeschluss setzt eine qualifizierte Mehrheit voraus, nämlich die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des einbezogenen Bodens gehört; die nicht zustimmenden Grundeigentümer sind zum Beitritt verpflichtet⁴¹. Wer an der Beschlussfassung nicht mitwirkt,

³⁷ EGV-SZ 1999, Nr. 11, Erw. 4c.

³⁸ D.h. die Miteigentumsanteile sind unselbständig mit dem berechtigten Grundstück verknüpft und werden ausschliesslich und immer mit diesem veräussert und belastet; siehe auch BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Art. 646 N 2.

³⁹ SRSZ 210.100. § 68 EGzZGB stützt sich auf Art. 703 ZGB, wo die Grundzüge der gemeinschaftlichen Bodenverbesserungen geregelt sind und der kantonalen Gesetzgebung ausdrücklich die Kompetenz verliehen wird, die Durchführung von Bodenverbesserungen auch auf das Baugebiet anwendbar zu erklären.

§ 68 EGzZGB lautet:

¹ Zur Durchführung von Bodenverbesserungen innerhalb und ausserhalb des Baugebietes, wie Weg- und Strassenanlagen, Trinkwasserversorgungen, Güterzusammenlegungen, Alpverbesserungen, Entwässerungen usw. können die beteiligten Grundeigentümer eine Flurgenossenschaft bilden.

² Können Bodenverbesserungen nur gemeinschaftlich in zweckmässiger Weise durchgeführt und unterhalten werden und hat die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des einbezogenen Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt, so sind die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet.

³ Im Übrigen ordnet der Kantonsrat das Verfahren.

⁴⁰ SRSZ 213.110.

⁴¹ Siehe Fussnote 39 und Art. 703 ZGB.

jedoch ordnungsgemäss eingeladen wurde, gilt als zustimmend (§ 3 Abs. 2 FGV). Im Gegensatz zur Vereinbarung bedarf es bei der Flurgenossenschaft somit keiner Einstimmigkeit und eine Minderheitsopposition vermag die Durchführung eines geplanten Erschliessungswerkes nicht zu verhindern, zumal die Genossenschaft gegen Entschädigung zwangsweise Rechte erwerben kann, sofern keine gütliche Einigung zustande kommt (§ 11 Abs. 3 FGV). Die Flurgenossenschaft hat sich als öffentlich-rechtliche Körperschaft grundsätzlich an die Regeln des Verwaltungsverfahrens zu halten⁴². Für das Einsprache- und Beschwerdeverfahren wird auf die Verordnung der Verwaltungsrechtspflege (VRP)⁴³ verwiesen. Soweit die Flurgenossenschaftsverordnung oder die Statuten keine Regelung kennen, gilt als subsidiäres Recht das Gemeindeorganisationsgesetz (GOG)⁴⁴ (§ 15 FGV).

3.5 Landumlegungsgenossenschaft

In der Flurgenossenschaftsverordnung bleiben abweichende Bestimmungen über die Landumlegungsgenossenschaften vorbehalten (§ 1 Abs. 2 FGV). Gestützt auf § 90 lit. d PBG⁴⁵ hat der Kantonsrat am 30. November 1989 die Verordnung über die Landumlegung und die Grenzberichtigung (LGV)⁴⁶ erlassen. Es handelt sich um kantonales Vollzugsrecht zu Art. 20 RPG und Art. 7 WEG. Auf das Gründungsverfahren und die nachträglichen Abänderungen finden die Bestimmungen der Flurgenossenschaft Anwendung (§ 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 2 LGV).

Die Landumlegung besteht in der Zusammenlegung von Grundstücken, der Neuzuteilung des Eigentums und in der Neuordnung anderer dinglicher Rechte. Sie kann angeordnet und durchgeführt werden, wenn Zonen-, Erschliessungs- oder Gestaltungspläne dies erfordern, so namentlich auch um die zweckmässige Erschliessung oder Überbauung von Gebieten mit ungünstigen Grundeigentumsverhältnissen zu ermöglichen. Sie muss auf einem Zonen-, Erschliessungs- oder Gestaltungsplan beruhen, der rechtskräftig ist oder gleichzeitig aufgelegt wird (§ 1 LGV). Eine Landumlegung kann auf Antrag der Grundeigentümer oder von Amtes durchgeführt werden (§§ 4 ff. LGV). Das für öffentliche Erschliessungsanlagen bestimmte Land wird Eigentum des Gemeinwesens (§ 21 Abs. 1 LGV). Der Gemeinderat kann der Landumlegungsgenossenschaft die Erstellung oder den Ausbau von Groberschliessungsstrassen übertragen (§ 21 Abs. 2 LGV).

⁴² Die Flurgenossenschaft kann von der ihr zustehenden Hoheitsgewalt, insbesondere von ihrer Befugnis zum Erlass von Verfügungen und Vollstreckungsmassnahmen, nur im Rahmen der rechtsstaatlichen Prinzipien Gebrauch machen (BGE 1P.242/197 vom 23.6.1997).

⁴³ SRSZ 234.110.

⁴⁴ SRSZ 152.100.

⁴⁵ Seit der PBG-Revision 1996: § 90 lit. b PBG.

⁴⁶ SRSZ 400.210.⁴⁷ §§ 1 Abs. 3, 21 Abs. 2 LGV.

Die Möglichkeit einer Grenzvereinigung sieht der Verordnungsgeber vor, wenn in einer Bauzone ein ungünstiger Grenzverlauf die zweckmässige Erschliessung oder Überbauung eines oder einzelner Grundstücke hindert. Hier kann der Gemeinderat den Abtausch von Grundstücksteilen verfügen, sofern sich die Grundeigentümer nicht selbst einigen und der Abtausch keine wesentlichen Nachteile für die beteiligten Grundeigentümer mit sich bringt (§ 30 LGV).

Die Landumlegungs-genossenschaft kann sowohl für Grob- wie auch für Feinerschliessungen⁴⁷ herangezogen werde. Im Kanton Schwyz ist sie indes bis anhin völlig bedeutungslos geblieben⁴⁸. Stattdessen werden im Zusammenhang mit Erschliessungsaufgaben vor allem Flurgenossenschaften⁴⁹ gegründet.

3.6 Mitbenützung durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe; § 41 PBG)

Auf diese primär für die Feinerschliessung bestimmte Erschliessungsmöglichkeit ist hier nicht im Detail einzugehen, da sie nachfolgend ausführlich erörtert wird (siehe hinten B).

Zu erwähnen ist, dass die verfassungsmässigen Voraussetzungen für die Einschränkung der Eigentumsgarantie erfüllt sind (Art. 36 BV i.V.m. Art. 26 BV). § 41 PBG stellt die gesetzliche Grundlage dar, das öffentliche Interesse ist im Raumplanungsrecht begründet und liegt in der effizienten Umsetzung der Erschliessungspflicht, während die kumulativen Anforderungen der Zumutbarkeit und der Notwendigkeit für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung dem Verhältnismässigkeitsgebot Nachachtung verschaffen⁵⁰. Die volle Entschädigungspflicht dient schliesslich dem Wertausgleich (Art. 26 Abs. 2 BV)⁵¹.

Im Weiteren ist offenkundig, dass sich § 41 PBG als öffentlichrechtliches Notwegrecht⁵² (das allerdings über die strassenmässige Erschliessung hinaus reicht) an das zivilrechtliche gemäss Art. 694 ZGB⁵³ anlehnt⁵⁴ bzw. Folge der

⁴⁷ §§ 1 Abs. 3, 21 Abs. 2 LGV.

⁴⁸ Gemäss Auskunft des kantonalen Justizdepartementes gibt es bis heute keine rechtskräftig genehmigte Landumlegungs-genossenschaften (Stand März 2005).

⁴⁹ Siehe A 3.4.

⁵⁰ Siehe B. 2.1.

⁵¹ Enrico Riva/Thomas Müller-Tschumi, Eigentumsgarantie, in: Thüerer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, § 48 Rz. 21; Art. 36 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 26 BV (Eigentumsgarantie).

⁵² Ähnliche Regelungen zum Beispiel in Art. 66 BauG-AR (bGS 721.1), § 38 BauG-AG (SAR 713.100) und § 104 PBG-SO (BGS 711.1).

⁵³ SR 210. Art. 694 ZGB lautet:

¹ Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, so kann er beanspruchen, dass ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen.

² Der Anspruch richtet sich in erster Linie gegen den Nachbarn, dem die Gewährung des Notweges der früheren Eigentums- und Wegeverhältnisse wegen am ehesten zugemutet werden darf, und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich ist.

³ Bei der Festsetzung des Notweges ist auf die beidseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen.

⁵⁴ Was nicht bedeutet, dass bei der Anwendung von § 41 PBG auf die Rechtsprechung zu Art. 694 ZGB abzustellen ist (RRB 1347/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 9.1, 10).

restriktiven Rechtsprechung zu letzterem ist⁵⁵. Das Bundesgericht bejaht die Wegenot nämlich nur zurückhaltend. Insbesondere kommt es nicht auf die baupolizeilichen Anforderungen für die zur Erteilung einer Baubewilligung erforderliche Zufahrt an. Es ist nicht Zweck einer privatrechtlichen Einrichtung wie derjenigen des Notwegrechts, für die Wahrung öffentlicher Interessen (Verkehrssicherheit; Verhinderung von Verkehrsstauungen) zu sorgen. Dies ist vielmehr Sache des Baupolizei- und des Strassenrechts. Soweit das kantonale oder kommunale öffentliche Recht an das Genügen eines Weges strengere Anforderungen stellt, kann zu deren Erfüllung ein Notweg im Sinne von Art. 694 ZGB deshalb nicht beansprucht werden⁵⁶. Solange die öffentlichrechtliche Zulässigkeit einer Überbauung nicht geklärt ist, besteht kein aktuelles Interesse an einem dieser dienenden Notweg, bzw. solange mit öffentlichrechtlichen Mitteln eine angemessene Erschliessung erreicht werden kann, besteht keine Wegenot⁵⁷.

Das Planungs- und Baugesetz stellt unter den möglichen Erschliessungsinstituten explizit keine Rangordnung auf. Die Zulässigkeit der Erschliessungshilfe bestimmt sich aufgrund der Anwendung und Auslegung von § 41 PBG⁵⁸. Die Errichtung einer neuen Erschliessungsanlage fällt nicht darunter⁵⁹, weil sie nicht mehr als Ausbau zu qualifizieren ist. Wo die Grenzen zwischen Neuanlage und Ausbau zu ziehen sind, mussten die Beschwerdeinstanzen bis heute nicht entscheiden⁶⁰.

3.7 Ersatzvornahme (§§ 42 f. PBG)

Anstelle der Grundeigentümer kann der Gemeinderat die Feinerschliessung von Bauland durchführen⁶¹, wenn sie die gemeinschaftliche Mitwirkung mehrerer Grundeigentümer erfordert. Voraussetzungen sind, dass mindestens ein Drittel der Grundeigentümer, denen zugleich mehr als ein Drittel des zu erschliessenden Landes gehört, ein entsprechendes Begehren stellt, dass die Gründung einer Flurgenossenschaft gescheitert ist und dass die bauwilligen Grundeigentümer einen Kostenvorschuss für das Projekt leisten (§ 42 Abs. 1 und 2 PBG). Im Vergleich zur gescheiterten Flurgenossenschaftsgründung ist hier die Einverständnisquote von einem Zweitel auf einen Drit-

⁵⁵ Im Kanton Zürich wird in solchen Situationen primär auf das Quartierplanverfahren verwiesen, siehe Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3.A., Ziffer 9.3.5.5.

⁵⁶ BGE 105 II 181 f. Erw. 3 b/c; 117 II 37 Erw. 2; BSK ZGB II-Rey, Art. 694 N 8.

⁵⁷ BGE 120 II 187 Erw. 2 b/c.

⁵⁸ Hier kommt vor allem der Notwendigkeit als Anspruchsvoraussetzung eine wichtige Abgrenzungsfunktion zu. Siehe B 2.1.

⁵⁹ Dies offenbar im Gegensatz zu § 104 Abs. 2 PBG-SO.

⁶⁰ Es wird sich u.a. die Frage stellen, ob aufgrund der Entstehungsgeschichte nur ein geringfügiger Ausbau einen Anspruch zu begründen vermag und was allenfalls unter Geringfügigkeit zu verstehen ist (siehe B 1.1 in fine). In diesem Zusammenhang wird auch die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgebotes auszuloten sein; siehe A 3.6 zweiter Abschnitt sowie Fussnote 58, B 2.1.

⁶¹ Siehe auch Art. 5 Abs. 2 zweiter Satz WEG; Erläuterungsbericht S. 2.

tel reduziert. Der Gemeinderat kann die Ersatzvornahme zudem von sich aus durchführen, wenn ein dringender Bedarf an baureifem Land besteht (§ 42 Abs. 3 PBG). Bei der Ersatzvornahme übernimmt der Gemeinderat die Aufgaben der Organe einer Flurgenossenschaft (§ 43 Abs. 5 PBG)⁶². Auch die Ersatzvornahme ist im Kanton Schwyz bis heute bedeutungslos geblieben⁶³.

3.8 Gestaltungsplan (§ 24 PBG)⁶⁴

Der Gestaltungsplan enthält für eine zusammenhängende Baulandfläche von mindestens 3000m² (in Kernzonen mindestens 1500m²) Sonderbestimmungen, welche mehrere wesentliche Vorteile gegenüber der Normalbauweise enthalten und im Gegenzug Ausnahmen von den kantonalen und kommunalen Bauvorschriften und Nutzungsdurchmischungen erlauben (§ 24 Abs. 1 und 2 PBG). Zum Planinhalt gehört regelmässig auch die interne Erschliessung durch Fusswege und Strassen sowie die über- und unterirdische Parkierung⁶⁵. Insofern dient der Gestaltungsplan ebenfalls der Umsetzung der Erschliessungspflicht. Es ist indes zu beachten, dass die rechtlich gesicherte und technisch hinreichende Zufahrt erst im Baubewilligungsverfahren verbindlich ausgewiesen sein muss (§ 37 Abs. 3 PBG). Zumindest bei den freiwilligen Gestaltungsplänen, die auf Begehren sämtlicher Grundeigentümer ergehen, werden sich diesbezüglich kaum Probleme ergeben. Für die rechtliche Umsetzung der im Gestaltungsplan vorgesehenen Linienführung dient vor allem die Flurgenossenschaft⁶⁶, aber auch § 41 PBG kann angerufen werden. Zu beachten ist, dass enteignungsrechtlich relevante den Plan betreffende Rügen (vor allem die Linienführung der Strasse) bereits im Gestaltungsplanverfahren vorzubringen sind⁶⁷. Was die externe Erschliessung des Gestaltungsplangebietes anbelangt, so genügt gemäss konstanter Rechtsprechung die Feststellung der rechtlichen und tatsächlichen Erschliessbarkeit⁶⁸.

⁶² Erläuterungsbericht S. 14.

⁶³ Gemäss Auskunft des kantonalen Justizdepartementes gibt es keine rechtskräftig genehmigte Ersatzvornahmen (Stand März 2005).

⁶⁴ Mark Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, in ZBl 2000 (101), S. 393 ff.

⁶⁵ Gisler, S. 406.

⁶⁶ Nebst den im Kanton Schwyz bedeutungslos gebliebenen Instituten der Landumlegungsgenossenschaft und der Ersatzvornahme.

⁶⁷ EGV-SZ 1992, Nr. 12, S. 25.

⁶⁸ Gisler, S. 411.

B. Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe)

1. Mitbenützungs- und Ausbauanspruch

1.1 Anspruchsobjekt

Der Anspruch besteht in der Einräumung der erforderlichen Rechte für die Mitbenützung sowie für den allfälligen Ausbau der bestehenden Erschliessungsanlage. Die erforderlichen Rechte bestimmen sich nach der im Rahmen einer hinreichenden Erschliessung verlangten technischen Notwendigkeit und rechtlichen Sicherstellung (§ 37 Abs. 3 PBG). Es bedarf mithin einer dauernden Rechtseinräumung, die jederzeit die bestimmungsgemässe Benützung der Erschliessungsanlage zu gewährleisten hat^{69 70}. Da das Erschliessungserfordernis grundstücksbezogen ist, eignet sich hierfür am besten die Grunddienstbarkeit (Art. 730 ff. ZGB)^{71 72}. Was an einer zonenkonformen Überbauung möglich ist - auch unter Beanspruchung einer allfälligen Ausnahmebewilligung -, für das kann die Erschliessungshilfe verlangt werden^{73 74}.

Grundsätzlich können alle Arten von bestehenden, allenfalls ausbaufähigen privaten Erschliessungsanlagen⁷⁵ Gegenstand des Erschliessungshilfeverfahrens sein. Der Gesetzgeber dachte jedoch insbesondere an Strassenerschliessungsanlagen⁷⁶.

Der kantonale Gesetzgeber hat zudem in § 14 Abs. 2 seiner Verordnung zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (KVzGSchG⁷⁷) für private Abwasseranlagen teilweise eine separate Regelung getroffen, die sich an die

⁶⁹ Fritzsche/Bösch, Ziff. 9.3.5.

⁷⁰ VGE 1009 + 1014/99 vom 15. Juli 1999, Erw. 6c.

⁷¹ Nicht ausgeschlossen sind aber auch andere gleichwertige Lösungen, wie beispielsweise die Einräumung von Miteigentum an einer Erschliessungsanlage. Letzteres ist vor allem denkbar, wenn sich die Parteien nach Erlass der Duldungsverpflichtung über die Form der Rechtseinräumung gütlich einigen können.

⁷² Beim Ausbau einer Erschliessungsanlage ist darauf zu achten, dass die rechtseinräumenden Personen bzw. die dienstbarkeitsbelasteten Grundstücke hinsichtlich der ausgebauten Anlageteile an der für sie erforderlichen Benützung ebenfalls teilhaben können.

⁷³ Eine bestehende auf eine Unternutzung (nicht Ausschöpfung der zonenkonformen Nutzungsmöglichkeiten) abzielende Wegdienstbarkeit ändert daran nichts. Anders wäre es, wenn auf eine maximale, aber immer noch zonenkonforme Nutzung im Rahmen des Mitbenützungs- und/oder Ausbauanspruches verbindlich verzichtet würde, wobei aber das Erschliessungskriterium der Gesamtbeanspruchung nicht verletzt werden darf (EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 102). Siehe A.1 und B.2.2.

⁷⁴ VGE 1000/04, 1002/04 vom 16. April 2004, Erw. 3.2.

⁷⁵ Der Charakter als private Erschliessungsanlage geht durch die bestehende Belastung mit einem öffentlichen Fussweg und einem öffentlichen Winterweg nicht verloren (RRB 1646/2000 vom 31. Oktober 2000, Erw. 1).

⁷⁶ Erläuterungsbericht S. 13.

⁷⁷ SRSZ 712.11.

ursprüngliche Fassung von § 41 Abs. 1 PBG⁷⁸ anlehnt, allerdings mit der Unterscheidung, dass die alternative Anspruchsvoraussetzung der landsparenden Lösung nicht erwähnt wird. Auch fehlt die im PBG vorgenommene Ergänzung mit dem Ausbauanspruch. Nicht geregelt ist die Enteignung und die Entschädigungsfestsetzung (§ 41 Abs. 2 und 3 PBG). Das Verhältnis zwischen § 14 Abs. 1 KVGSchG und § 41 PBG muss die Praxis noch genauer analysieren. Insgesamt liegen wohl keine gewichtigen Abweichungen vor.

Bestehende private Erschliessungsanlagen müssen selber eine hinreichende Erschliessung darstellen oder zu einer solchen ausgebaut werden können. Neben den Anforderungen der Raumplanung und der Verkehrssicherheit sind dabei auch jene des Natur-, Heimat- und Umweltschutzes zu beachten⁷⁹.

Aus der Entstehungsgeschichte, der Systematik und der Ratio der Bestimmung ergibt sich, dass § 41 PBG Anlagen der Feinerschliessung⁸⁰ meint, also jene Anlagen, zu deren Erstellung die Grundeigentümern verpflichtet sind, soweit sie nicht nach den einschlägigen Gemeindevorschriften von der Gemeinde besorgt werden⁸¹ (§ 40 Abs. 1 PBG).

Bei der Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes vom 8. Mai 1996 hat der Gesetzgeber die Erschliessungshilfe auf private Groberschliessungsanlagen ausgedehnt (§ 39 Abs. 4 PBG). Von der Konzeption der Groberschliessungspflicht her sind Groberschliessungsanlagen als Anlagen des Gemeinwesens zwar öffentlich und können von jedermann benutzt werden (§ 38 Abs. 1 PBG; § 39 Abs. 3 letzter Satz PBG). Soweit aber Groberschliessungsanlagen im Privatbesitz stehen und von der Öffentlichkeit nicht übernommen worden sein sollten, wird ein Mitbenützungsrecht gegen volle Entschädigung analog der Feinerschliessung eingeräumt, damit bestehende Infrastrukturanlagen optimal genutzt werden können⁸². Sofern diese Bestimmung überhaupt je zum Tragen gekommen ist, wird sie mit dem flächendeckenden Erlass der Erschliessungsplanungen sowie deren Umsetzungen an Bedeutung verlieren⁸³.

Ebenfalls bei der PBG-Teilrevision im Jahre 1996 wurde der Mitbenützungsanspruch mit einem Ausbauanspruch ergänzt. So kann vielfach durch

⁷⁸ Siehe Fussnote 2.

⁷⁹ Siehe B.2.1.

⁸⁰ Ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen Hauszufahrten darunter zu subsumieren sind, erscheint fraglich. In solchen Fällen sind die Anspruchsvoraussetzungen jedenfalls strikte zu handhaben (siehe B 2.2 Fussnote 125).

⁸¹ Siehe A 2.3.

⁸² Analyse S. 15. Erläuterungsbericht des Regierungsrates vom 23.5.1995 zur Teilrevision des PBG (kurz: Erläuterungsbericht Teilrevision), S. 22 f.

Bericht und Vorlage des Regierungsrates vom 12. Dezember 1995 an den Kantonsrat zur Teilrevision des PBG (kurz: Bericht Teilrevision), S. 24.

⁸³ Betreffend private Abwasseranlagen mit Groberschliessungscharakter siehe Art. 4 des Musterreglementes über die Siedlungsentwässerung vom 6.12.01/27.3.02, ausgearbeitet vom Amt für Umweltschutz.

einen geringfügigen Ausbau einer bestehenden Erschliessungsanlage die hinreichende Erschliessung für weitere Liegenschaften geschaffen werden, ohne dass eine vollständige neue Erschliessung zu realisieren ist⁸⁴.

Nicht geklärt ist, ob die Erschliessungshilfe auch ausserhalb der Bauzone angewendet werden darf. Während der Regierungsrat diese Frage bejahte⁸⁵, hat das Verwaltungsgericht sie offen gelassen⁸⁶.

1.2 Anspruchsberechtigte (Ansprecher)

Den Mitbenützungs- und/oder Ausbauanspruch können Grundstückseigentümer im Sinne von Art. 655 ZGB geltend machen, nicht jedoch blosse Mieter von Bauobjekten. Für deren hinreichende Erschliessung haben die Vermieter einzustehen. Der Anspruch korrespondiert mithin mit der Feinerschliessungspflicht^{87 88}.

1.3 Anspruchsbelastete

Der Mitbenützungs- und oder Ausbauanspruch richtet sich gegen die an den privaten Erschliessungsanlagen dinglich Berechtigten sowie gegen die direkten Anstösser dieser Anlagen (§ 41 Abs. 1 PBG)⁸⁹.

2. Anspruchsvoraussetzungen

2.1 Notwendigkeit

Der Mitbenützungs- und/oder Ausbauanspruch darf nicht weiter gehen, als dies für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist (§ 41 Abs. 1 PBG)⁹⁰. Die Beschränkung auf das Notwendige und Geeignete ergibt sich bereits aus dem zu beachtenden Verhältnismässigkeitsgrund-

⁸⁴ Erläuterungsbericht Teilrevision, S. 24; Bericht Teilrevision, S. 26.

⁸⁵ RRB Nr. 1954 vom 18. November 1997.

⁸⁶ VGE 1060/97 vom 8. April 1998, Erw. 2.

⁸⁷ Siehe A 2.3.

⁸⁸ Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Geschwister wegen seines bisherigen Verhaltens den Anspruch auf Erschliessungshilfe wegen Treu und Glauben bzw. Rechtsmissbrauch verwirkt hat, ist in der Praxis nicht geklärt (entsprechender Einwand verworfen in VGE 802/03 vom 26. Juni 2003, Erw. 3 f.).

⁸⁹ Zustimmende Anspruchsbelastete sind jedoch nicht ins Verfahren mit einzubeziehen; siehe B 3.5 Fussnote 154.

⁹⁰ Das Kriterium der zweckmässigen technischen Lösung ist aufgrund des Vernehmlassungsergebnisses in den Gesetzeswortlaut eingeflossen.

satz bei Einschränkungen von Grundrechten^{91 92}. Es versteht sich im Übrigen, dass die angebehrte Lösung den planerischen Erschliessungsvorgaben (Richtplan, v.a. aber Erschliessungsplan und Gestaltungsplan⁹³) nicht widersprechen darf⁹⁴.

2.1.1 Herbeiführung der Baureife

Nicht ausdrücklich erwähnt wird im Gesetzeswortlaut, dass die beanspruchte Lösung für die Herbeiführung einer hinreichenden Erschliessung erforderlich sein muss⁹⁵.

Es würde nicht Sinn und Zweck von § 41 PBG entsprechen, „eine (wenn allenfalls auch bloss formal bzw. gestützt auf die Besitzstandsgarantie) als baureif akzeptierte Überbauung und Nutzung mit einer besseren, komfortableren Erschliessung zu versehen. Für bestehende Überbauungen und Nutzungen kann § 41 PBG dann angerufen werden, wenn eine verbindliche, im öffentlichen Recht begründete Sanierungspflicht der Erschliessung ansteht.“⁹⁶ Stellt sich im Rahmen einer Grundbuchbereinigung heraus, dass eine überbaute Liegenschaft über kein grundbuchlich gesichertes Fahrwegrecht verfügt, obwohl ein solches während Jahren ausgeübt und toleriert wurde, so kann § 41 PBG ebenfalls beansprucht werden, um die erforderliche hinreichende Erschliessung nachträglich herbeizuführen⁹⁷. Die Einräumung eines beschränkten Fahrwegrechtes auf eine bereits mit einem Fusswegrecht erschlossene Landzunge, auf welcher sich ein in den Sommermonaten zu Freizeit Zwecken genutztes Club- und Weekendhaus mit Bootsanlegplätzen befindet, wurde dagegen verweigert. Aufgrund der geltenden Bau- und Zonenordnung konnte das fragliche Grundstücke baulich über das Bestehende hinaus nicht erweitert werden, was die Gesuchsteller auch nicht im Sinne hatten. Es ging mithin nicht um die Herbeiführung der Baureife, sondern um eine bessere komfortablere Erschliessung bei fehlender öffentlichrechtlicher Sanierungspflicht⁹⁸.

Vermag die Gewährung der Erschliessungshilfe nicht die erforderliche Baureife herbeizuführen, so ist an sich der Anspruch schon wegen mangeln-

⁹¹ Riva/Müller-Tschumi, § 48 Rz. 19; Art. 36 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 26 BV (Eigentumsgarantie); siehe A 4.6.

⁹² Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4.A., Rz. 586 ff.

⁹³ Siehe A 3.8.

⁹⁴ Siehe auch § 40 Abs. 2 PBG.⁹⁹ Fritzsche/Bösch, Ziff. 9.3.5.

⁹⁵ EVG-SZ 1998, Nr. 9; VGE 1006/01 vom 29. Mai 2001, Erw. 3a.

⁹⁶ EGV-SZ 1998, Nr. 9.

⁹⁷ RRB 1646/2000 vom 31. Oktober 2000, Erw. 4, 6.5.

⁹⁸ VGE 1006/01 vom 29. Mai 2001, Erw. 3b. In der weiteren Begründung wurde zudem festgestellt, dass für die betreffende Nutzung erschliessungsrechtlich ein Fahrwegrecht nicht erforderlich ist (Erw. 3c).

der Eignung und Notwendigkeit unbegründet und die Frage der Zumutbarkeit stellt sich gar nicht mehr. Das Problem ist nun, dass das Verfahren nach § 41 PBG regelmässig dem Baubewilligungsverfahren oder zumindest dem Bauteilscheid voraus geht, zumal es die Voraussetzung für die Baureife schaffen muss, damit ein Bauvorhaben bewilligt werden kann. Ob das Baugrundstück mit der Erschliessungshilfe tatsächlich hinreichend erschlossen ist, steht deshalb im Zeitpunkt des Erschliessungshilfeverfahrens regelmässig nicht verbindlich fest, weil dies der Beurteilung im Baubewilligungsverfahren vorbehalten bleibt⁹⁹. Dennoch muss im Verfahren nach § 41 PBG mit berücksichtigt werden, ob die bestehende oder auszubauende Erschliessungsanlage für die vorgesehene Benutzung grundsätzlich zweckmässig ist und ob die zu erwartende Mehrbelastung den Eigentümern zugemutet werden kann¹⁰⁰. Rügen wie ungenügender Ausbaustandard oder mangelhafte Verkehrssicherheit sind deshalb einer vorfrageweisen Prüfung zu unterziehen¹⁰¹. Diese verfahrensrechtliche Ausgangslage kann nun zur Folge haben, dass die Erschliessungshilfe gewährt wird, im Baubewilligungsverfahren jedoch die hinreichende Erschliessung bei verbindlicher und genauerer Prüfung verneint werden muss. Umgekehrt ist es auch möglich, dass die Erschliessungshilfe verneint wird, obgleich mit der abgelehnten Anspruchsgewährung an sich die Baureife herbeigeführt werden könnte. Hierin zeigt sich die eigenständige Bedeutung von § 41 PBG.

In der Praxis wird einer offensichtlich unzureichenden Erschliessung kaum je die Erschliessungshilfe gewährt werden, ohne gleichzeitig einen Ausbau zu verlangen^{102 103}. Es gilt wenn immer möglich zu verhindern, dass Duldungsverpflichtungen rechtskräftig und grundbuchlich vollstreckt werden, die mangels Herbeiführung der Baureife später gar nicht zum Tragen kommen. Ob und wie solche überflüssigen Rechtseinräumungen rückgängig zu machen sind, war bis anhin noch nicht Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen¹⁰⁴.

Nicht zwingend erforderlich ist, dass überhaupt keine andere hinreichende Erschliessung möglich wäre. Unter den möglichen zumutbaren Varianten

⁹⁹ EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 103; RRB 743/2003 vom 11. Juni 2003, Erw. 6.

¹⁰⁰ Siehe B 2.1/2.2.

¹⁰¹ VGE 1000/04,1002/02 vom 16. April 2004, Erw. 4.4.

¹⁰² RRB Nr. 743/2003 vom 11. Juni 2003, Erw. 6.

¹⁰³ Im Zusammenhang mit geltend gemachten privatrechtlichen Baubeschränkungen auf der Bauliegenschaft hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass es in klaren Fällen aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll sein könnte, diese Rüge im Verfahren nach PBG 41 mit zu berücksichtigen, damit nicht Rechte enteignet werden, solange die privatrechtlichen Voraussetzungen für eine Überbauung gar nicht gegeben sind (EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 104 f.).

¹⁰⁴ Das Verwaltungsgericht hielt in einem Rückweisungsentscheid die Erstinstanz an, sich mit der Frage zu befassen, ob und inwiefern eine Klausel in die Enteignungsverfügung aufzunehmen ist, welche analog § 7 des kantonalen Expropriationsgesetzes (SRSZ 470.11) dem Enteigneten oder seinen Rechtsnachfolgern das Recht einräumt, die Rückübertragung des Enteignungsgegenstandes geltend zu machen, wenn dieser innert bestimmter Frist seit dem Erwerb des Rechtes nicht zum Enteignungszweck verwendet wurde (VGE 1007/00 vom 24. August 2000, Erw. 3a).

muss sich die angebehrte Lösung aber im Vergleich zu den anderen als landsparend oder technisch zweckmässig anbieten und im Einklang mit den planerischen Erschliessungsvorgaben stehen¹⁰⁵.

Umgekehrt lässt das Fehlen anderer hinreichender Erschliessungen nicht zwingend auf eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung schliessen¹⁰⁶. Sofern auch andere Erschliessungsmöglichkeiten wie Flur- oder Landumlegungs-genossenschaften nicht greifen, wird in einem solchen Fall allenfalls zu prüfen sein, ob sich die Zuweisung in die Bauzone weiterhin rechtfertigt, verlangt doch Art. 15 RPG die Erschliessbarkeit von Bauland.

2.1.2 Landsparende und technisch zweckmässige Lösung

Das Kriterium der Notwendigkeit für eine landsparende oder technisch zweckmässige Lösung ist in der Praxis weniger umstritten als das der Zumutbarkeit. Die Erfüllung des Kriteriums ist vielfach offenkundig. Zum Beispiel wenn es sich um die kürzeste bestehende Verbindung zum weiterführenden Strassennetz handelt, oder/und um eine Erschliessungsanlage, die eben und ohne ins Gewicht fallende topographische Hindernisse verläuft¹⁰⁷. Von den anspruchsbelasteten Parteien geltend gemachte alternative Erschliessungsmöglichkeiten werden dem Anspruchsbegehren jeweils gegenübergestellt^{108 109}.

In der Rechtsprechung wird das Kriterium der Notwendigkeit für eine landsparende oder technisch zweckmässige Lösung u.a bejaht:

- Bei einer Liegenschaft mit ungünstiger Parzellenform. Die Liegenschaft A verfügt über die erforderlichen Wegrechte für die Strasse P. Wegen ihrer ungünstigen Parzellenform ist die Liegenschaft A für eine zweckmässige Überbauung auf die mehr als dreimal grössere Liegenschaft B angewiesen, welche über die erforderlichen Wegrechte für die Strasse Q verfügt. Im Rahmen einer gemeinsamen Überbauung mit je einem Doppelfamilienhaus, wobei jenes auf der Liegenschaft A sogar etwas in die Liegenschaft B hineinreicht, wurde die gemeinsame Erschliessungslösung über die Strasse Q, welche ohnehin wegen der Überbauung auf

¹⁰⁵ siehe Fussnote 94.

¹⁰⁶ Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit dem Zumutbarkeitskriterium festgehalten, dass man sich nicht daran zu orientieren habe, ob für ein Grundstück keine andere Baulanderschliessung in Frage komme, sondern ob und inwiefern es einem Grundeigentümer in einer vergleichbaren oder ähnlichen Lage zumutbar sei, den fraglichen Eingriff in die Eigentumsrechte zu dulden (VGE 1007/00 vom 24. August 2000, Erw. 3b). Daraus ist indes nicht zu schliessen, dass die Notlage des Gesuchstellers nicht zu berücksichtigen wäre.

¹⁰⁷ RRB 1037/2000 vom 4. Juli 2000, Erw. 3.5; RRB 1397/2000 vom 19. September 2000, Erw. 4.1/4.2; RRB 1646/2000 vom 31. Oktober 2000, Erw. 6.1/6.2.

¹⁰⁸ RRB 1397/2000 vom 19. September 2000, Erw. 4.1/4.2; RRB 1347/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 8.3.

¹⁰⁹ Der Umstand, dass allenfalls in Zukunft einmal eine andere private Erschliessungsanlage erstellt wird, vermag den Anspruch gemäss § 41 PBG nicht in Frage zu stellen (RRB 1646/2000, Erw. 6.3).

Liegenschaft B verbreitert werden musste, im Lichte des Notwendigkeitskriteriums akzeptiert¹¹⁰.

- Bei Ausweitung einer bestehenden Wegdienstbarkeit für ein Einfamilienhaus auf eine solche für ein zonenkonformes Terrassenhaus auf der gleichen Liegenschaft bei fehlender Alternativerschliessung¹¹¹.
- Bei der direkten Erschliessung einer Liegenschaft mit zwei projektierten Mehrfamilienhäusern über eine private Feinerschliessungsstrasse an die Groberschliessungsstrasse. Die beiden von den Anspruchsbelasteten geltend gemachten Alternativerschliessungen, welche im aktuellen Zustand zudem keine hinreichende Erschliessung ermöglicht hätten, wurden aus planerischen und umweltschutzrechtlichen Gründen als unzweckmässig qualifiziert. Die eine Variante hätte einen fünfmal längeren Weg mit Steigung und Gefälle zur Folge gehabt und zudem dem Erschliessungsplan betreffend die vorgesehene Anschlussstelle widersprochen; die andere hätte auf einer Strasse mit erheblichem Fussgängerverkehr (Schulweg/Jakobsweg) direkt ins Dorfzentrum geführt, was gemäss kommunalem Erschliessungskonzept ebenfalls unerwünscht war¹¹².
- Bei der Erschliessung einer Überbauung mit elf Terrassenhäusern über eine bestehende Stichstrasse. Die von den Anspruchsbelasteten geltend gemachte Alternativlösung war mit gewichtigen Nachteilen behaftet (Zufahrtsrampen oder Fahrzeuglift für Parkflächen wegen steilem Gelände erforderlich; technisch, finanziell und vom Landbedarf her aufwändiger; weniger landschaftsverträglich; neue Einfahrt in Kantonsstrasse wäre nötig)¹¹³.

2.2 Zumutbarkeit

Die Erschliessungshilfe darf für die anspruchsbelasteten Parteien nicht unzumutbar sein. Damit spricht der Gesetzgeber den dritten Teilaspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes an, die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, welchen Terminus Häfelin/Müller als wenig aussagekräftig bezeichnen und mit dem Begriff „Zumutbarkeit“ ersetzen¹¹⁴. Man spricht auch von der Zweck-Mittel-Korrelation oder dem Erfordernis der Ausgewogenheit. Es ist mithin ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und der gegenüber dem Anspruchsbelasteten eintretenden Eingriffswirkung zu

¹¹⁰ VGE 1021/00 vom 27. September 2000, Erw. 3.

¹¹¹ EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 103 f.

¹¹² VGE 802/03 vom 26. Juni 2003, Erw. 3a-d.

¹¹³ VGE 1000/04,1002/04 vom 16. April 2004, Erw. 5.

¹¹⁴ Häfelin/Müller, Rz. 613. Hardy Landolt bezeichnet dagegen in seiner Dissertation „Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht“ den Zumutbarkeitsbegriff in der Eingriffsverwaltung wegen seiner relativen Unbestimmtheit als nicht besonders geeignet (S. 11). Der Zumutbarkeitsbegriff kommt auch beim zivilrechtlichen Notwegrecht vor (694 Abs. 2 ZGB).

wahren. Je weniger zwingend die angestrebte Erschliessungslösung ist und je stärker die Nachteile für die Anspruchsbelasteten ausfallen, umso eher wird sich eine Duldungsverpflichtung als unzumutbar erweisen. Der Umstand, dass keine anderen Erschliessungsvarianten vorhanden sind, lässt nicht automatisch auf einen zumutbaren Eigentumseingriff schliessen¹¹⁵.

In der Rechtsprechung kommt dem zu erwartende Mehrverkehrsaufkommen eine zentrale Bedeutung zu. Grundsätzlich ist dabei von der zonenplanerisch maximal möglichen Nutzung auszugehen¹¹⁶, es sei denn, der Geschwester verzichte verbindlich auf eine maximale (aber dennoch zonenkonform bleibende) Nutzung¹¹⁷. Mit zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass bei der Beurteilung der hinreichenden Erschliessung stets von der erwarteten Gesamtbeanspruchung einer Erschliessungsstrasse unter Einschluss der Nachbarschaft und der Allgemeinheit auszugehen ist, wobei allerdings nur fahrwegberechtigte Grundstücke mit einzubeziehen sind¹¹⁸. Gleichzeitig muss man sich aber auch bewusst sein, dass nicht die Erschliessungshilfe an sich, sondern die Umsetzung der Nutzungsordnung zu zusätzlichem Verkehr führt¹¹⁹. Der Umstand, dass wegen nicht überbauter Liegenschaften bis anhin ein geringes Verkehrsaufkommen zu verzeichnen war, verschafft noch keinen Anspruch, diesen Zustand zu Lasten der unüberbauten Liegenschaften weiterhin bestehen zu lassen.¹²⁰

Die Zumutbarkeit wird schneller befürwortet, wenn der Mehrverkehr nur geringfügig ist und es keines Ausbaus der Erschliessungsanlage bedarf¹²¹. Bei erheblichem Mehrverkehr werden insbesondere die lärmässigen Auswirkungen miteinbezogen¹²². Verfügt der gesuchstellende Liegenschaftseigentümer bereits über beschränkte Zugangsrechte, so ist für die Beurteilung der Zumutbarkeit von der Ausdehnung dieser Zugangsrechte auszugehen¹²³.

¹¹⁵ Siehe B 2.1.1 in fine.

¹¹⁶ EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 38. Siehe B 1.1.

¹¹⁷ VGE 1000/04,1002/04 vom 16. April 2004, Erw. 3.2.

¹¹⁸ EGV-SZ 1999, Nr. 11, S. 31 f.; VGE 1000/04,1002/04 vom 16. April 2004, Erw. 3.2; RRB Nr. 1347/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 9. Siehe A.1.

¹¹⁹ RRB 743/2003 vom 11. Juni 2003, Erw. 7.3.

¹²⁰ VGE 1000/04,1002/04 vom 16. April 2004, Erw. 4.3.

¹²¹ EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 104; VGE 1021/00 vom 27. September 2000, Erw. 3c (geringfügiger Mehrverkehr); RRB Nr. 1037/2000 vom 4. Juli 2000, Erw. 3.5 (geringer, kaum wahrnehmbarer Mehrverkehr infolge Erschliessung eines Einfamilienhauses); RRB Nr. 1397/2000 vom 19. September 2000, Erw. 4.3 (zumutbarer Mehrverkehr aufgrund von vier Wohneinheiten); RRB Nr. 1646/2000 vom 31. Oktober 2000, Erw. 6.4 (geringe Anzahl von Verkehrsbewegungen).

¹²² RRB Nr. 1374/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 9 (40 bis 50 zusätzliche Wohneinheiten = Verkehrszunahme von ca. 40% bei total max. 1'400 Fahrzeugen pro Tag, gemäss Gutachter kaum wahrnehmbare zusätzliche Lärmimmissionen).

¹²³ VGE 802/03 vom 26. Juni 2003, Erw. 3e; RRB Nr. 1646/2000 Erw. 6.4 (bestehendes öffentliches Fusswegrecht und öffentliches Winterwegrecht); RRB Nr. 743/2003 vom 11. Juni 2003, Ingress lit. A/B, Erw. 7.3 (Einräumung eines unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrechtes auf einem im Strassenareal verlaufenden Landstreifen von ca. 18 m Länge und ca. 0.80 – 1.10. Breite; Beschwerdeführer, welcher über 100 m von der geplanten Zufahrt zum Bauprojekt wohnt, widersetzte sich als einziger Miteigentümer des Strassenareals).

Ebenfalls von Bedeutung ist die Einschränkung von Zugangsrechten der Liegenschaft des anspruchsbelasteten Grundeigentümers sowie eine allfällige Umwandlung einer Hauszufahrt in eine Durchgangsstrasse¹²⁴. Es stellt sich hier die Frage, ob es für einen Anspruchsbelasteten noch zumutbar ist, wenn auf dessen Hauszufahrt unmittelbar vor Tür und Fenster zusätzlicher Erschliessungsverkehr zu Liegenschaften Dritter zirkuliert¹²⁵. Diese Problematik gewinnt an Bedeutung, wenn es sich beim betroffenen Gebäude um ein Objekt handelt, welches im kantonalen Inventar geschützter und schützenswerter Bauten (KIGBO) enthalten ist¹²⁶.

Unter dem Titel der Zumutbarkeit sind nur die unmittelbaren Auswirkungen der Erschliessungshilfe zu berücksichtigen. Der Aussichtsentszug eines geplanten Gebäudes auf der zu erschliessenden Liegenschaft ist unbeachtlich. Wenn eine Liegenschaft aufgrund der zonenrechtlichen Vorschriften so überbaut werden kann, dass die Aussicht benachbarten Liegenschaften entzogen wird, ist dies auf die vom Souverän genehmigte Nutzungsordnung und nicht auf § 41 PBG zurückzuführen¹²⁷.

2.3 Volle Entschädigung

Die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte müssen Eigentümer und direkte Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen nur gegen volle Entschädigung dulden (§ 41 Abs. 1 PBG). Für die Bemessung dieser Entschädigung ist zu beachten, dass nicht eine formelle Enteignung einer Strassenparzelle und/oder Teile von anstossenden Parzellen zwecks Ausbau erforderlich ist, sondern „nur“ die (formelle) Enteignung von Mitbenützungsrechten (Durchfahrts-, Erschliessungs- und allenfalls Ausbaurechte).

Der kantonale Gesetzgeber hat für die Bemessung der Entschädigung für die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte die Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen vom 7. Februar 1990¹²⁸ für sinngemäss anwendbar erklärt (§ 1 Abs. 2 lit. b). Diese Regelung beruht auf den Beurteilungsfaktoren: massgebende Kosten der Erschlies-

¹²⁴ EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 37 f.

¹²⁵ VGE 1007/00 vom 24. August 2000, Erw. 3b; siehe Fussnote 80.

¹²⁶ VGE 1007/00 vom 24. August 2000, Erw. 3b.

¹²⁷ EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 104 f.

¹²⁸ SRSZ 400.220, GrEiBV.

sungsanlage, massgebende Nutzfläche, Beitragsklassen und besondere Verhältnisse¹²⁹.

Im bisher einzigen Urteil über eine Entschädigungsbemessung¹³⁰ hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der kantonale Gesetzgeber den Begriff der „vollen Entschädigung“ näher umschreiben dürfe und als solcher in § 41 PBG als Begriff *sui generis* zu werten sei. Bei der Bemessung sei ein weiterer Bemessungsspielraum unter Verwendung schematischer Kriterien zulässig. Die Errichtung eines Beitragsplanes sei teilweise hypothetisch, da von den miteinbezogenen Grundeigentümern nur der Anspruchsberechtigte eine Entschädigung zu zahlen habe. Grundsätzlich seien sämtliche effektiv angefallenen (Strassenbau- und Rechtserwerbs) Kosten anzurechnen, die für die Strassenerstellung von Relevanz seien. Schliesslich anerkannte das Gericht im konkreten Fall eine Zinszahlungspflicht, um dadurch einen Ausgleich zwischen den Leistungen des (vorfinanzierenden) Strassenerstellers einerseits und einem angemessenen Beitrag des nachträglich via § 41 PBG einsteigenden Mitbenützers andererseits herbeizuführen. Der Zinssatz wurde an die Entwicklung des Zinssatzes für I. Hypotheken der Kantonalbank Schwyz im betreffenden Zeitraum angelehnt.

Der Umstand, dass bis auf den erwähnten Fall bis heute keine weiteren Entschädigungsbemessungen gemäss § 41 PBG einer gerichtlichen Beurteilung unterbreitet wurden, lässt darauf schliessen, dass sich die Parteien nach der rechtskräftigen Enteignung entweder einigen können oder die Entschädigungsbemessung der Schätzungskommission akzeptiert wird. Entsprechend

¹²⁹ Zu den massgebenden Kosten sind namentlich die Bau- und Errichtungskosten, die Projektierungs- und Bauleitungskosten, die Landerwerbskosten, die Vermessungs- und Vermarktungskosten, die Inkonvenienzen, die Finanzierungskosten und die Kosten der Strassenbeleuchtung zu zählen; abzuziehen sind dagegen allfällige Beiträge der öffentlichen Hand (§ 4 GrEiBV). Der Grundeigentümeranteil an diesen massgebenden Kosten (hier also die vom Anspruchsberechtigten zu entrichtende Entschädigung), bestimmt sich nach dem Verhältnis der massgebenden Nutzflächen zueinander und unter Berücksichtigung der besonderen Vor- und Nachteile (§ 5 Abs. 2 GrEiBV). Die massgebende Nutzfläche entspricht dem Produkt von der anrechenbaren Grundstücksfläche und der Ausnutzungsziffer (§ 6 Abs. 1 GrEiBV). Die einzelnen Grundstücke werden in Beitragsklassen eingeteilt, welche je nach Grösse der Vorteile abzustufen sind, die der Strassenbau für die betreffenden Grundstücke hat (§ 10 Abs. 1 GrEiBV). Die Abstufung, welche sich in Prozenten ausdrückt, richtet sich nach der Entfernung des Grundstückes von der Strasse, der Länge der Strassenstrecke, die dem Grundstück dient, dem Bestehen anderer Zufahrten zum Grundstück und allenfalls weiterer Kriterien. Wird nun die massgebende Nutzfläche mit dem der Beitragsklasse in Prozenten multipliziert, ergibt dies die Beitragsfläche und damit die anteilmässige Beitragspflicht jedes einzelnen Grundstückes (§ 10 GrEiBV). Führen diese Bemessungsregeln im Einzelfall wegen besonderer Verhältnisse zu einem unbilligen, dem wirtschaftlichen Sondervorteil nicht entsprechenden Ergebnis, so ist die massgebende Nutzfläche angemessen herabzusetzen oder zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 GrEiBV). Was unter besonderen Verhältnissen zu verstehen ist, wird in § 11 Abs. 2 GrEiBV nicht abschliessend aufgelistet.

¹³⁰ EGV-SZ 1995, Nr. 7.

gibt es bis heute wenige richterliche Präjudizien zur Frage der Entschädigungsbemessung¹³¹.

Vom Gesetzgeber nicht explizit vorgeschrieben wird, wie die Entschädigung bei anderen Erschliessungs- als Verkehrsanlagen zu bemessen ist. Anhaltspunkte für ein sachgerechtes Vorgehen vermittelt die Regelung in der Flurgenossenschaftsordnung (FGV)¹³². Danach verteilen sich die Baukosten für Wasserversorgungen und Abwasseranlagen nach dem Ertragswert bzw. dem Verkehrswert der angeschlossenen Grundstücke¹³³; bei anderen Versorgungsanlagen ist sinngemäss vorzugehen (§ 7 FGV). Nebst der vollen Entschädigung für die Rechtseinräumung hat der anspruchsberechtigte Dritte auch einen Anteil an den Unterhaltskosten zu entrichten. Dies ergibt sich e contrario aus § 41 Abs. 3 zweiter Satz PBG, wonach gleichzeitig mit der Entschädigung der Beitrag des Dritten an die Kosten des Unterhaltes festzulegen ist. Wie dieser Beitrag bemessen wird, sagt der Gesetzgeber im Konnex zu § 41 PBG ebenfalls nicht ausdrücklich. Gemäss der Flurgenossenschaftsverordnung werden die Unterhaltskosten für Verkehrsanlagen unter Berücksichtigung der Benützungintensität und der Wegstrecke verlegt (§ 7 Abs. 2, zweiter Satz FGV). Da die Benützungintensität in einem Zusammenhang mit der Nutzfläche steht und die Wegstrecke bei der Abstufung der Beitragsklassen ebenfalls berücksichtigt wird, erscheint eine Anlehnung an die Entschädigungsbemessung gemäss Grundeigentümergebot als sinnvoll, sofern allfällige für den Unterhaltskostenverteiler sachfremde Kriterien eliminiert werden. Hinzuweisen ist, dass die Flurgenossenschaftsverordnung bei Wasserversorgungen und Abwasseranlagen hinsichtlich der Betriebs- und Unterhaltskosten auf den Wasserverbrauch abstellt und bei anderen Versorgungsanlagen ein sinngemässes Vorgehen stipuliert (§ 7 Abs. 3 FGV).

¹³¹ Konkrete Ausführungen fehlen beispielsweise zur Frage, wie bei Rechtseinräumungen für den Ausbau von bestehenden Erschliessungsanlagen vorzugehen ist bzw. ob und wie vom Anspruchsberechtigten finanzierte Ausbaukosten sowie die bei den Anspruchsbelasteten eingetretene Erschliessungsverbesserungen mit zu berücksichtigen sind. In VGE 1024/01 vom 15. Februar 2002, Erw. 3 h (= EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 105) wird nur generell festgehalten, dass der Dritte den Ausbau auf eigene Kosten zu erstellen und die Einräumung des Wegrechtes, soweit dies noch erforderlich ist, voll zu entschädigen hat.

Wohl eher theoretischer Natur ist die Frage, ob ein Anspruchsbelasteter analog zu § 3 Abs. 2 Expropriationsgesetz des Kantons Schwyz (SRSZ 470.100) und Art. 12 EntG (SR 711) eine Vollenteignung verlangen kann.

¹³² Siehe A 3.4.

¹³³ Landwirtschaftliche Grundstücke werden nach dem Ertragswert, nichtlandwirtschaftliche nach dem Verkehrswert geschätzt, wobei die steueramtlichen Schätzungen beigezogen werden können (§ 7 Abs. 4 FGV).

3. Verfahren

3.1 Zuständigkeit

Für die Duldungsverpflichtung und Enteignungsverfügung ist der Gemeinderat zuständig (§ 41 Abs. 1 und 2 PBG). Eine Einsprachemöglichkeit wie im Baubewilligungsverfahren gibt es nicht¹³⁴. Der gemeinderätliche Beschluss kann jedoch beim Regierungsrat angefochten werden. Der Beschwerdeentscheid ist an das kantonale Verwaltungsgericht weiterziehbar¹³⁵. Der Gemeinderat veranlasst des Weiteren nach Bezahlung der Entschädigung die Eintragung des enteigneten Rechtes im Grundbuch.

Für die Festsetzung der Entschädigung ist die Schätzungskommission des Bezirkes¹³⁶ zuständig. Die Schätzungskommission ist ein Spezialverwaltungsgericht und unterliegt der Aufsicht des Verwaltungsgerichts¹³⁷. Der Schätzungsentscheid kann innert 20 Tagen nach seiner Zustellung durch Klage beim Verwaltungsgericht angefochten werden¹³⁸. Die zuständige Schätzungskommission bewilligt auch die vorzeitige Mitbenützung der Erschliessungsanlage und die Besitzeseinweisung, wenn die Enteignungsverfügung des Gemeinderates rechtskräftig ist und die mutmassliche Entschädigungssumme hinterlegt oder sichergestellt wird sowie die erforderlichen Beweise erhoben sind. Für den Zeitraum bis zum definitiven Entscheid ist eine Unterhaltsregelung zu treffen. Der Entscheid kann innert zehn Tagen nach seiner Zustellung beim Verwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden (§ 28 PBV¹³⁹).

3.2 Gesuchseinreichung

Im Regelfall reicht der anspruchserhebende Dritte beim Gemeinderat ein Gesuch um Erschliessungshilfe ein. Der Wortlaut in § 41 PBG verlangt jedoch nicht zwingend, dass der Gemeinderat nur handeln darf, wenn ein Gesuch rechtshängig ist. In einem jüngsten Entscheid hat das Verwaltungsgericht den Gemeinderat in Beachtung des Koordinationsgebotes angehalten, gleichzeitig mit einem Strassenausbauvorhaben die Voraussetzungen für

¹³⁴ RRB 1037/00 v. 4.7.00, Erw. 2.1.

¹³⁵ §§ 44 ff., §§ 50 ff. VRP, SRSZ 234.110; auf Bundesebene verbleibt die staatsrechtliche Beschwerde.

¹³⁶ §§ 9 f. Expropriationsgesetz des Kantons Schwyz, SRSZ 470.100; die Bezirke Einsiedeln, Höfe und March haben aktuell hierfür die Kantonale Schätzungskommission, Kreis 2, bestellt.

¹³⁷ EGV-SZ 2002, Nr. B 1.2.

¹³⁸ § 3 Abs. 1 Vollzugsverordnung zum Enteignungsrecht, SRSZ 470.111; VGE 508/94 vom 10. Februar 1995, Erw. 1; Bericht und Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes, RRB Nr. 2138 vom 12. Dezember 1995, S. 26 f.

¹³⁹ Erläuterungsbericht zur Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz, undatiert (Erläuterungsbericht PBV), S. 8.

die Erschliessungshilfe nach § 41 PBG zu prüfen, obgleich (noch) kein entsprechendes Gesuch eingereicht worden war¹⁴⁰.

Aus dem Gesuch muss sich klar ergeben, in welchem Ausmass Rechte eingeräumt werden sollen. Es empfiehlt sich, die tangierten Grundstückflächen mittels koloriertem Plan genau darzustellen. In der Gesuchsbegründung ist darzulegen und nachzuweisen, dass die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Falls der Gemeinderat im Beachtung des Koordinationsgebotes ausnahmsweise ex officio den Anspruch auf Erschliessungshilfe überprüft, hat es bei den betroffenen Grundeigentümern unter Hinweis auf deren Mitwirkungspflicht¹⁴¹ die erforderlichen Angaben und Unterlagen einzufordern.

3.3 Duldungsverpflichtung und suspensiv-bedingte Enteignungsverfügung

Der Gemeinderat verpflichtet zunächst die Eigentümer der privaten Erschliessungsanlage und/oder die direkten Anstösser, die Mitbenützung und/oder den Ausbau dieser Anlage zu Gunsten des zu erschliessenden Grundeigentums zu dulden (§ 41 Abs. 1 PBG). Das Ausmass der Duldungsverpflichtung ist - nicht zuletzt mit Blick auf die Enteignungsverfügung - klar und unmissverständlich zu umschreiben (v.a. die Art des einzuräumenden Rechts sowie die Situierung und Ausdehnung der belasteten Erschliessungsfläche¹⁴²). Sind brauchbare Planunterlagen vorhanden¹⁴³, kann auf diese in der Verpflichtungsumschreibung verwiesen werden. Wurden keine Planunterlagen eingereicht, sind sie aber für die Verpflichtungsumschreibung unerlässlich, müssen sie vom Gesuchsteller nachverlangt werden.

Steht die Duldungsverpflichtung fest, ist den Beteiligten Zeit einzuräumen, um sich über die verlangte Rechtseinräumung zu einigen (§ 41 Abs. 2 erster Satzteil PBG). Im Rahmen der Parteiautonomie können sich die Beteiligten auch abweichend von der Duldungsverpflichtung vergleichen. Die Baureifmachung als Zweck der Erschliessungshilfe muss dabei gewährleistet bleiben.

Kommt keine Einigung zustande, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte zugunsten des Dritten (§ 41 Abs. 2 PBG). Spätestens hier muss die Eigentumsbelastung klar und unmissverständlich umschrieben werden¹⁴⁴. Die Enteignungsverfügung ist im Nichteinigungsfall zwingend. Die Duldungsverpflichtung allein genügt nicht¹⁴⁵. Ist hingegen eine Enteignungsver-

¹⁴⁰ VGE 1057/03 vom 20. Oktober 2004, Erw. 3. Im konkreten Fall war das Strassenausbauvorhaben für die externe Erschliessung eines unüberbauten Gestaltungsplangebietes angefochten. Es fehlte zum einen an einer rechtskräftigen Erschliessungsplanung, zum anderen verweigerten die durch den geplanten Strassenausbau tangierten Grundeigentümer ihre Zustimmung.

¹⁴¹ § 19 VRP.

¹⁴² EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 105.

¹⁴³ Siehe B 3.2.

¹⁴⁴ EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 36.

¹⁴⁵ RRB 1037/2000 vom 4. Juli 2000, Erw. 3.3.

fügung direkt ohne vorgängige Duldungsverpflichtung und Fristeinräumung zur Einigungsverhandlung ergangen, muss das Versäumte nicht nachgeholt werden, wenn dies auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen würde¹⁴⁶.

Das Verwaltungsgericht hat bereits 1993 entschieden, dass es möglich ist, die Einleitung des Verfahrens, d.h. die Duldungsverpflichtung, sowie die gegebenenfalls unabdingbare Enteignung in einem Rechtsgang zu verfügen, d.h. die Enteignungsverfügung vorsorglich für den Fall der Nichteinigung suspensiv-bedingt anzuordnen¹⁴⁷. Soweit überblickbar, hat sich dieses Vorgehen in der Praxis durchgesetzt und bewährt.

Im Weiteren hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass mit der im Gesetz vorgegebenen Stufenlösung gegenüber dem belasteten Grundeigentümer die Folgen der Erschliessungshilfe genügend konkret aufgezeigt werden¹⁴⁸.

3.4 Schätzungsverfügung

Die Schätzungskommission nimmt seine Aufgabe in Beachtung der speziellen Vorgaben (siehe oben B 2.3) wie bei den übrigen Enteignungsverfahren wahr¹⁴⁹.

3.5 Weitere verfahrensrechtliche Aspekte

Wie bereits erwähnt, geht die Beurteilung des Erschliessungshilfesuches zeitlich dem Baubewilligungsverfahren oder zumindest dem Baubewilligungsentscheid voraus¹⁵⁰. Dies deshalb, weil mit der Erschliessungshilfe erst die Voraussetzungen für die Baureife geschaffen werden und eine Baubewilligung ohne diese Grundanforderung nicht erteilt werden kann¹⁵¹. Anders verhält es sich, wenn eine öffentlichrechtlich begründete Sanierungspflicht besteht¹⁵², oder sich nachträglich herausstellt, dass vermeintliche Rechte nicht vorhanden sind¹⁵³.

¹⁴⁶ EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 35.

¹⁴⁷ EGV-SZ 1993, Nr. 14, S. 36 f.; EGV-SZ 2002, Nr. B. 8.1, S. 106.

¹⁴⁸ EGV-SZ 2002, Nr. B 8.1, S. 105 f.

¹⁴⁹ § 1 Vollzugsverordnung zum Enteignungsrecht (SRSZ 470.111) i.V.m. § 14 Expropriationsgesetz des Kantons Schwyz (SRSZ 470.100).

¹⁵⁰ Siehe B 2.1.1.

¹⁵¹ RRB Nr. 743/2003 vom 11. Juni 2003, Erw. 6; VGE 1009/99, 1014/99 vom 15. Juli 1999, Erw. 6d.

¹⁵² EGV-SZ 1998, Nr. 9, S. 28; siehe B 2.1.1.

¹⁵³ RRB Nr. 1646/2000 vom 31. Oktober 2000, Erw. 4; siehe B 2.1.1.

Wer einer Mitbenützung, im Gegensatz zu anderen (Mit)Eigentümern, ausdrücklich zugestimmt hat, braucht nicht in das Verfahren mit einbezogen zu werden¹⁵⁴.

Bei der Beurteilung der Notwendigkeit von landsparenden oder zweckmässigen technischen Erschliessungslösungen, namentlich bei verschiedenen sich gegenüberstehenden Lösungsvarianten, ist der mit den lokalen Verhältnissen besser vertrauten Gemeindebehörde ein gewisser Entscheidungsspielraum zuzugestehen, in welchen die übergeordnete Behörde bzw. der Richter nur mit Zurückhaltung eingreifen¹⁵⁵.

¹⁵⁴ RRB 1037/00 vom 4.7.00, Erw. 2.1.

¹⁵⁵ VGE 1021/00 vom 27. September 2000, Erw. 3c; RRB Nr. 1397/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 8.1.

Grundriss der Kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz

von Dr. Paul Weibel, Lachen/Schwyz

| Inhaltsverzeichnis: | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Vorbemerkung | 310 |
| II. Existenz | 310 |
| a) Prolegomena | 310 |
| b) Errichtung im Kirchenrecht | 311 |
| c) Bestand im weltlichen Recht | 312 |
| d) Verfassungsrechtliche Garantie | 314 |
| e) Stiftungscharakter des Ortskirchenvermögens | 315 |
| III. Weltlicher Rechtsort | 316 |
| IV. Aufsicht | 316 |
| a) Zuständigkeit | 316 |
| b) Kompetenz | 317 |
| V. Organe | 318 |
| VI. Aufnahme ins Grundbuch | 319 |
| a) Gutachten Lampert | 319 |
| b) Urkundliches Rechtsmaterial | 322 |
| c) Verordnung über die Aufnahme der Grundstücke des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden sowie der Kirchengüter ins Grundbuch | 322 |
| VII. Staatskirchenrechtliche Position | 323 |
| a) Verhältnis zur Kirchengemeinde | 323 |
| b) Verhältnis zur Kantonalkirche | 325 |
| VIII. Exkurs: Grundsätzliches zum Patronatsrecht | 325 |
| IX. Zusammenfassung der Rechtslage im Kanton Schwyz | 327 |

I. Vorbemerkung

Der Verfassungsrat der Römisch-katholischen Kantonalkirche unterbreitete 1997 dem katholischen Souverän einen Verfassungsentwurf, der das Bestehen der kirchlichen Stiftungen als Rechtsträger des Kirchengutes im Kanton Schwyz massgeblich gefährdet hätte. Auch deshalb fand die Vorlage beim Stimmbürger keine Zustimmung¹. Infolgedessen hat der Kantonsrat beim Erlass des im Sinne einer Ersatzvornahme von ihm zu entwerfenden Organisationsstatuts der Römisch-katholischen Kantonalkirche ausdrücklich darauf geachtet, die Existenz der kirchlichen Stiftungen und ihr Eigentum nicht in Frage zu stellen². Dies nicht ohne Grund, haben doch die kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz eine lange Rechtstradition, die auch in der Kantonsverfassung Niederschlag gefunden hat³.

Die kirchlichen Stiftungen sind seit jeher Gegenstand rechtlicher Erörterungen. Die folgenden Ausführungen dienen dem Ziel, ihre Bedeutung und Geltung im Lichte des einschlägigen Rechts deutlich zu machen. Es geht darum, die verschiedenen Elemente, die das Wesen, den Rechtsort und die Existenz der im Kanton Schwyz bestehenden kirchlichen Stiftungen beschlagen, übersichtsmässig darzustellen. Insbesondere ist zu erläutern, welche rechtlichen Voraussetzungen für ihr Bestehen gegeben sein müssen, wo und unter wessen Zuständigkeit den kirchlichen Stiftungen im weltlichen Rechtskreis Handlungsfähigkeit zukommt, inwiefern die kirchlichen Stiftungen im Grundbuch eingetragene Rechtsträger des Ortskirchenvermögens sind, auf welche eigentumsfreiheitlichen Garantien sie sich berufen können und wie ihr Verhältnis zu den staatskirchenrechtlichen Körperschaften ausgestaltet ist. Die Rechtslage der kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz wird am Schluss zusammenfassend aufgezeigt.

II. Existenz

a) Prolegomena

Das Kirchenrecht schreibt seit alters vor, dass Pfarreien vom zuständigen Diözesanbischof nur gebildet werden dürfen, wenn der Unterhalt des geistlichen Amtsträgers und die notwendige sakrale Infrastruktur für die Ausübung seines Amtes gewährleistet sind⁴: *Nullum officium sine beneficio*. Mit der Überwindung des Eigenkirchenwesens findet seit dem 12./13. Jahrhun-

¹ Vgl. Leserbrief 'Juristen gegen Kantonalkirchenverfassung', unterzeichnet von Dr. Oskar Annen, alt Gerichtspräsident Schwyz e.a., in: March-Höfe-Zeitung, 4. Juni 1997, S. 28.

² Vgl. die Eigentumsgarantie für das kirchliche Eigentum in § 3 Abs. 3 Organisationsstatut der Römisch-katholischen Kantonalkirche Schwyz vom 9. April 1998 (OS, SRSZ 160.210.1).

³ §§ 91 Abs. 4, 97 aKV 1898; §§ 13 Abs. 1, 16 Abs. 2 KV.

⁴ C. 1162 § 2 CIC 1917. Siehe Hans Vasella, Die Grundbucheintragung der kirchlichen Güter, Freiburg 1938 (=FV 4), S. 50; Paul Weibel, Die staatsrechtlich provozierte Renaissance des Benefiziums im Kanton Schwyz, in: Festschrift Prof. Dr. Louis Carlen zum 70. Geburtstag, Freiburg 1999, S. 219.

dert die Stiftung als anstaltliche Rechtsträgerin des Kirchengutes Verwendung: „Es darf ... nie vergessen werden, dass überall in der katholischen Kirche das System befolgt wurde, keine neue kirchliche Einrichtung (sei es Pfarrkirche oder Pfrund etc.) zu schaffen, ohne dass vorher dieselbe durch Dotation sichergestellt worden wäre. Auf diese Weise konnten diese Einrichtungen nur im Wege der Stiftung entstehen, sodass das Kirchenvermögen sich nach ebensoviele kirchlichen Anstalten oder Stiftungen spezialisierte [...]. Zur formellen Errichtung einer Kirche gehört nach Kirchenrecht seit ältester Zeit die Widmung des Gebäudes für den Gottesdienst in der juristischen Form der Einweihung, verbunden mit der nach Kirchenrecht als Bedingung der Einweihung vorgeschriebenen *Dotation der Kirche mit einem eigenen Vermögen*... Es liegt also eine Stiftung vor und das Kirchengebäude geht in das Eigentum dieser Stiftung als juristischer Person über.“⁶ Die kirchlichen Stiftungen sind in diesem Sinne seit jeher Rechtsträger des Kirchenvermögens im Kanton Schwyz⁷.

Das Ortskirchenvermögen prägt sich im Kanton Schwyz in drei für den weltlichen Rechtskreis relevante Zwecktypen aus, nämlich in die Pfrundstiftungen (Benefizien), in die Kirchenstiftungen (*Fabricae Ecclesiae*) und die selbständigen Sonderstiftungen.

b) Errichtung im Kirchenrecht

Die kirchlichen Stiftungen erwerben ihre Rechtspersönlichkeit durch die hoheitliche Errichtung seitens des Diözesanbischofs⁸. Im Unterschied zum weltlichen Recht besteht beim Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen kein Anspruch auf Erlangung der Rechtspersönlichkeit. Vielmehr bleiben die kirchlichen juristischen Personen zufolge des Konzessionsystems in ihrem Bestand grundsätzlich von der kirchlichen Autorität

⁵ Ulrich Lampert, Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften nach schweizerischem Recht, Zürich 1912, S. 41 f.; Paul Weibel, Das Selbstbestimmungsrecht der römisch-katholischen Kirche. Eine staatskirchenrechtliche Studie am Beispiel des Kantons Schwyz, Frankfurt am Main 2003 (= AIC 17), S. 366 ff. Hierzu illustrativ ist auch die von Eugen Isele, Kloster und Pfarrei Einsiedeln. Rechtsgutachten Freiburg 1970 (Manuskript), wiedergegebene Reminiszenz: „Man verlegte sich nun darauf, sich der Konstanzer Visitatoren zu erwehren. Sie standen bereits im Herbst 1684 wieder an der Klosterpforte. Auf ihr Begehrt antwortete der Subprior: „Wann ein parochus seyn solle, müsste auch eine parochia seyn. Parochia aber syn nit ohne Stiftung...“ (Isele, Gutachten Einsiedeln, S. 148).

⁶ Ulrich Lampert, Rechtsgutachten betreffend die Eintragung der Kirchengüter in die Grundbücher der schwyzerischen Gemeinden, in: Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. 94, Mainz 1914, S. 295 f.; Gl. M. Karl Appert, Die Volksbeschlüsse in den Gemeinden des Kantons Schwyz, Schwyz 1965, S. 106.

⁷ Lampert, Stiftungen (FN 5), S. 40, 42. Hierzu auch Iwan Köppel, Die Eigentumsverhältnisse an der katholischen Pfarrkirche in Nuolen. Exemplarische Fallstudie zur Frage des Eigentums am Kirchenvermögen, in: Mitteilungen des historischen Vereins des Kantons Schwyz, Nr. 91, Schwyz 1999, S. 247 f., 252 f.

⁸ C. 116 CIC 1983. Vgl. Lampert, Stiftungen (FN 5), S. 134.

abhängig⁹. Das Vermögen, welches den kirchlichen Stiftungen gehört, ist Kirchengut. Dessen zweckgerichtete Verwendung¹⁰ hat unter der Aufsicht der zuständigen kirchlichen Autorität zu erfolgen¹¹.

c) Bestand im weltlichen Recht

Art. 59 Abs. 1 ZGB erteilt den Kantonen die Kompetenz, die kirchlichen Stiftungen in ihrem öffentlichen Recht anzusiedeln. Bis 1999 alimentierte der Kanton Schwyz die Liste derjenigen juristischen Personen, welche er entsprechend § 2 Abs. 1 aKV öffentlichrechtlich situieren wollte, aus dem kirchenrechtlich definierten Stiftungskatalog. Damit rezipierte der Kanton Schwyz das kanonische Konzessionssystem ins staatliche Recht, stattete die kirchenrechtlich errichteten Stiftungen mit weltlicher Rechtspersönlichkeit aus und verlieh ihnen Rechts- und Vermögensfähigkeit¹².

Mit dem In-Kraft-Treten der 1992 teilrevidierten Kantonsverfassung entfiel § 2 Abs. 1 aKV. Seit 1999 werden folglich die kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz vom Bundeszivilrecht¹³ erfasst. Gestützt auf Art. 87 Abs.1

⁹ Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 329.

¹⁰ Im Rahmen der ordentlichen Verwaltung ist der Stiftungsrat für die zweckgerichtete Verwendung der Stiftungserträge und für den Erhalt bzw. Unterhalt des Kirchenvermögens verantwortlich. Für Akte der ausserordentlichen Verwaltung, welche die Substanz der Stiftung betreffen, muss der Diözesanbischof gemäss c. 1281 CIC 1983 in Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufsichtsfunktion seine Zustimmung geben.

¹¹ Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 332 ff.

¹² Eugen Isele, Probleme des kirchlichen Vermögensrechts. Laiengedanken zur Reform des kirchlichen Gesetzbuches, in: FG Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 60 f.; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 321 ff.; 336 ff.

¹³ Dort gilt eine Stiftung dann als kirchlich, wenn sie einen kirchlichen Zweck aufweist und mit einer Religionsgemeinschaft organisch verbunden ist. Nachdem das kanonische Recht die kirchlichen Stiftungen hinsichtlich Zweck, Bestehen, Aufsicht und Organisation einschlägig regelt, stehen der kirchliche Zweck und die organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft ausser Zweifel. Gemäss Hans Michael Riemer, ST, Rz. 50, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 3. Teilbd., Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, Bern 1975, sind die kirchlichen Stiftungen röm.-kath. Observanz „gesetzlicher Typus der *kirchlichen* Stiftungen“.

ZGB kann auch dort das kirchliche Recht¹⁴ „im Kleide der Stiftung insofern wirksam werden, als nicht staatliches Recht zwingend entgegensteht“¹⁵. Eine im kanonischen Recht errichtete Stiftung erlangt mithin auch auf der Ebene des Bundeszivilrechts Rechtspersönlichkeit, wo die kirchlichen Stiftungen Rechte begründen und Pflichten eingehen können¹⁶.

Grössenteils entstanden die kirchlichen Stiftungen vor den nationalen Rechtskodifikationen und sind demnach vorbestehend. Art. 6a SchlT ZGB überführt die Rechtspersönlichkeit der altrechtlich bestehenden Stiftungen unter das Regime des weltlichen Rechts. Rechtlich nicht von Interesse ist in diesem Zusammenhang, ob sich die Stiftungsurkunden über die Zeiten erhalten haben¹⁷. Allein massgeblich für den weltlichen Rechtskreis ist die Rechtmässigkeit¹⁸ der kirchenrechtlichen Existenz¹⁹. Folgerichtig sind die kirchlichen Stiftungen gemäss Art. 52 Abs. 2 ZGB von der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister befreit²⁰.

¹⁴ „Es liegt ... auf der Hand, dass die katholische Kirche, in ihrem ureigensten Interesse, Normen entwickelt hat, die eine sorgfältige Verwaltung und *Aufsicht* über die ...diözesan- (bistümlichen) und ortskirchlichen Stiftungen (von denen manche ein sehr hohes Alter aufweisen ...) gewährleiten. Tatsächlich existieren derartige Vorschriften schon seit dem 4. Jahrhundert ...; sie sind heute in mehreren detaillierten Bestimmungen des seit Pfingsten 1918 (sc. nunmehr Advent 1983) in Kraft stehenden CIC festgehalten..., so dass hier eine weit eingehendere Regelung vorliegt als sie durch die Grundsatzbestimmung des Art. 84 Abs. 2 ZGB erreicht werden konnte. Unter diesen Umständen musste der katholischen Kirche eine besondere staatliche Aufsicht über ihre Stiftungen als etwas Überflüssiges vorkommen ... und – da ja auch die kirchliche Aufsicht ... nichts anderes als eine zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens zur Aufgabe hat ... – als eine wenig sinnvolle Doppelspurigkeit oder gar als unerwünschte staatliche Einmischung“ (Riemer, ST [FN 13], Rz. 191).

¹⁵ Hans Schmid, Die rechtliche Stellung der römisch-katholischen Kirche im Kanton Zürich, Zürich 1973 (=ZBR 436), S. 125. Siehe Louis Carlen, Kirche und Staat in der Schweiz nach dem neuen Codex Iuris Canonici, in: Recht im Dienste des Menschen. Festgabe Hugo Schwendenwein zum 60. Geburtstag, Graz 1986, S. 595; Riemer, ST (FN 13); Rz. 238 f.; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 506 f.

¹⁶ Weibel, Renaissance (FN 4), S. 219 ff.

¹⁷ Kurt Reichlin, Kirche und Staat im Kanton Schwyz, Chur 1958, S. 131, FN 31: „Dass bei diesen – zum Teil jahrhundertalten – Stiftungen die Stiftungsurkunden gelegentlich fehlen, ist durchaus verständlich. Durch Brände und ähnliches Unheil sind ja auch zahlreiche staatliche Urkunden zerstört worden.“ Gl. M. EGV-SZ 1969, Nr. 3, S. 66.

¹⁸ Vgl. Entscheidung der Konzilskongregation vom 5. März 1932, in AAS 25 (1932), S. 437 f.: “Canon 1418 (sc. CIC 1917) loquitur de instrumento constitutionis beneficii, quod, porprie loquendo idem non est ac decretum formale erectionis, quodque requiritur quidem *ex praecepto*, non tamen ad valorem constitutionis ipsius beneficii.“ Danach besteht ein Benefizium auch dann rechtsgültig, wenn die entsprechende Stiftungsurkunde nicht mehr vorhanden sein sollte.

¹⁹ Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 383. Vgl. Vasella (FN 4), S. 15 f.

²⁰ Eine Eintragung ins Handelsregister wäre für die kirchlichen Stiftungen auch dann nicht konstitutiv, wenn diese auf einer Vorschrift des kantonalen öffentlichen Rechts beruhte. Siehe Schmid (FN 15), S. 84; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 63 f. Das kantonal-schwyzerische Recht enthielt keine diesbezügliche Pflicht, welche die bis 1999 vom öffentlichen Recht erfassten kirchlichen Stiftungen angehalten hätte, sich zwecks Erlangung weltlicher Rechtspersönlichkeit ins Handelsregister eintragen zu lassen. Vgl. Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 322.

d) Verfassungsrechtliche Garantie (§ 13 Abs. 1 KV)

§ 13 Abs. 1 KV sekundiert die in Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistete Freiheit des Eigentums. Eigenständige Bedeutung kommt dieser Bestimmung insofern zu, als sie im Zuge der Auflistung einzelner Rechtsträger neben der ausdrücklichen Unverletzlichkeit des Eigentums von ‚Korporationen‘²¹ geistlicher²² und weltlicher Observanz *expressis verbis* auch die uneingeschränkte Freiheit der kirchlichen Aufsichts-, Verwaltungs- und Dispositionskompetenz²³ zu Recht garantiert²⁴.

Die Wirkung von § 13 Abs. 1 KV zielt hauptsächlich darauf, den Gütern kirchlichen Eigentums vor staatskirchenrechtlichen Verfügungsbehrlichkeiten, die sich namentlich gegen die kirchlichen Stiftungen als Rechtsträger des Kirchengutes richten, Schutz zu geben²⁵. Dem folgt § 3 Abs. 3 OS,

²¹ Unter Korporationen sind vorliegend generell die juristischen Personen - mithin Körperschaften und Anstalten - zu verstehen. Siehe EGV-SZ 1991, Nr. 15, S. 59. Vgl. Art. 88 OG sowie Heinrich Dülp, Die Voraussetzungen unter denen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen können. Eine Studie zum deutschen und schweizerischen Recht, in: ZBl 65 (1964), S. 485; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 344, FN 223.

²² Um den Inhalt des Begriffs der ‚geistlichen Korporation‘ zweckbezogen erfassen zu können, muss die Interpretation die entstehungszeitliche Methode zu Rate ziehen. Diese falsifiziert das Vorbestehen von selbständigen Körperschaften des schwyzerischen Staatskirchenrechts vor der Änderung der KV im Jahre 1898, während die inhaltliche Präexistenz von § 13 Abs. 1 KV mittels § 20 aKV 1848 bzw. § 13 Abs. 1 aKV 1876, welchen das Rechtsinstitut der selbständigen Kirchgemeinde unbekannt war, belegt wird. Daraus folgt, dass eine geistliche Korporation im Sinne der KV 1898 nicht als staatskirchenrechtliche Gebietskörperschaft zu verstehen ist. Überdies werden die gewährleisteten Freiräume der schwyzerischen Sonderzweckgemeinden im Rahmen der Gemeindeautonomie entworfen. In Bezug auf die röm.-kath. Kirche lassen sich mithin unter den in Frage stehenden Terminus lediglich kanonisch rechtsfähige Personen subsumieren. Der Begriff ‚geistlich‘ wird somit alleine aus dem kirchenrechtlich vorgegebenen Zweck des kirchenrechtlich entsprechend bereitgestellten Rechtsträgers enthüllt. Vgl. Hans Beat Noser, Pfarrei und Kirchgemeinde. Studie zu ihrem rechtlichen Begriff und grundsätzlichen Verhältnis, Freiburg 1957 (=FV 13), S. 161 ff.

²³ „Durch die Garantie der § 2 Abs. 1 (sc. aKV) und § 13 Abs. 1 KV wird die ungehinderte Ausübung dieser kirchlichen Amtshandlungen staatlich gewährleistet. Daraus ergibt sich, dass alle staatlichen Behörden und Beamten ... kraft staatlichen Rechts gehalten sind, dem Bischof die kirchenrechtlich vorgeschriebene Kontrolle zu ermöglichen“ (RRB 1935/1815, abgedruckt in: ZSGV 36 [1935], S. 540 f.). Prozessualiter kommt der bischöflichen Aufsichtsbehörde in casu die verfahrensrechtliche Legitimation zur Beschreitung des Rechtsweges zu. Hierzu der Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz vom 3.12.1918, in: SJZ 15 (1918/19), S. 316; sowie RBR 1915, S. 104 f. Vgl. Riemer, ST (FN 13), Rz. 191.

²⁴ „Darnach (sc. § 13 Abs. 1 KV) ist jeder ‚geistlichen und weltlichen Korporation‘ die Befugnis gewährleistet, ‚die Art und Weise der Benützung und Verwaltung ihrer Güter selbst zu bestimmen‘. Eine geistliche Korporation im Sinne dieser Bestimmung ist nun zweifellos die römisch-katholische Kirche, deren Bestand, Organisation und Wirksamkeit schon durch § 2 Abs. 1 KV in besonderer Weise gewährleistet ist. Diese Gewährleistung schliesst u.a. eine Anerkennung des Rechts der Kirche zur selbständigen Ordnung ihrer vermögensrechtlichen Angelegenheiten in sich, namentlich auch das Recht selbständiger Aufsicht über das Kirchengut und die kirchlichen Stiftungen“ (RRB 1935/1815, abgedruckt in: ZSGV 36 [1935], S. 540 f.).

²⁵ „Die praktische Bedeutung (sc. von § 13 Abs. 1 KV) liegt vor allem darin, dass die ortskirchlichen Institute vor Übergriffen der Gemeinden und Kirchgemeinden bewahrt werden“ (Reichlin [FN 17], S. 127). Siehe Appert (FN 6), S. 106 f.; vgl. auch RRB 1935/1815, abgedruckt in: ZSGV 36 (1935), S. 540 f.

welcher das kirchliche Eigentum gegenüber den körperschaftlichen Institutionen des schwyzerischen Staatskirchenrechts, nämlich Kirchgemeinde und Kantonalkirche, eigens gewährleistet²⁶.

e) Stiftungscharakter des Ortskirchenvermögens

Der Stiftungscharakter²⁷ des Ortskirchenvermögens ist für den Kanton Schwyz belegt²⁸. So lässt sich namentlich anhand der Jahrzeitbücher beweisen, dass die Jahrzeitstiftungen als Messstipendien an die betreffende Pfarrkirche ergangen sind mit der Last, jährlich die Gedächtnismesse zu lesen²⁹. „Sie sind auch öfters begleitet mit reichen Vergabungen an die einzelnen Pfründen oder an eine bestimmte Kapelle oder Bruderschaft; niemals erfolgen diese Vergabungen etwa an die ‚politische Gemeinde‘ oder an eine ‚Genossame‘“³⁰. Für die Annahme dieser Schenkungen und die Übernahme der allfällig damit verbundenen Verpflichtungen ist Rechts- und Vermögensfähigkeit vorausgesetzt,

²⁶ Diese Bestimmung fand als Reaktion auf die vom abgelehnten Verfassungsentwurf intendierte Absicht, die Stiftungen ihrer Güter zu entledigen, in das Organisationsstatut Eingang. Siehe hierzu Ziff. 2 der Einzelinitiative EI 3/97 der Kantonsräte Hermann Burlet, Walter Kälin und Dr. Martin Ziegler: „Der Vorbehalt des Kirchenrechts für innerkirchliche Belange sowie die Eigentumsrechte der Kirche und kirchlichen Stiftungen seien ausdrücklich zu garantieren.“ Ob das OS für die freiheitsrechtliche Garantie des kirchlichen Eigentums ein sachgerechter Regelungsort ist, kann solange offen bleiben, als auch die KV das kirchliche Eigentum im bestehenden Rahmen gewährleistet.

²⁷ Ein weiteres Indiz hierfür folgt aus §§ 91 Abs. 4, 97 aKV 1898 bzw. § 64 a GOG. Die darin zum einen vorgesehene Verwaltung der Stiftungsgüter durch den Kirchenrat der betreffenden (selbst- bzw. unselbständigen) Kirchgemeinden setzt die Existenz der kirchlichen Stiftungen voraus. Zum anderen wird in den aufgeführten Bestimmungen die Ausübung des Präsentationsrechts geordnet. Das Präsentationsrecht hängt als *Ius spirituali adnexum* vom Bestehen des Benefiziums, welches die Form einer kirchlichen Stiftung aufweist, ab und teilt dessen Schicksal. Somit kann dieses Recht nur in Anspruch genommen werden, wenn das Benefizium als selbständige Rechtsperson existiert. Siehe Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 399 ff. Vgl. Reichlin (FN 17), S. 107. Die Kantonalkirche hat die Ausübung des Präsentationsrechts in §§ 6 f., 23 Kirchgemeinde-Organisationsgesetz (KGOG) (<http://www.sz.kath.ch/KGOG.pdf>) ebenfalls geregelt. Auch die Kantonalkirche geht damit von der Existenz des rechtspersönlichen Benefiziums aus.

²⁸ Appert (FN 6), S. 106; Köppel (FN 7), S. 248; Lampert, Gutachten (FN 6), S. 293 ff.; Vasella (FN 4), S. 14; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 363 ff.

²⁹ Hierzu reich an Belegen sind die mustergültig vom Historischen Verein des Kantons Schwyz edierten Jahrzeitbücher von Schwyz, aus der Zeit um 1580, herausgegeben 1999, und Lachen, beginnend im 16. Jahrhundert, herausgegeben 2001. Die Edition weiterer Jahrzeitbücher ist in Bearbeitung. Ebenfalls sind zahlreiche Quellen zum vorliegenden Thema in der Reihe ‚Geschichtsfreund‘ des Historischen Vereins der fünf Orte publiziert.

³⁰ Lampert, Gutachten (FN 6), S. 294. „Diese historisch gewachsenen Eigentumsrechte wurden durch die kantonale schwyzerische Rechtsordnung nie tangiert, im speziellen weder durch die rechtliche Organisation der Gemeinden noch durch die Verwaltung der Kirchengüter durch die Kirchgemeinden. Weder in der Kantonsverfassung von 1898, die erstmals die Möglichkeit der formalen Herauslösung der kirchlichen Kompetenzen aus der Einheitsgemeinde in der Form der selbständigen katholischen Kirchgemeinde vorsah, noch in einer nachfolgenden Fassung des kantonalen Grundgesetzes noch im schwyzerischen Gemeindeorganisationsgesetz fand und findet sich eine Bestimmung, die eine gegenteilige Wirkung entfalten könnte“ (Köppel [FN 7], S. 248).

was wiederum Rechtspersönlichkeit bedingt. In diesem Sinne steht fest, dass weder Pfarrkirche noch Pfrundgebäude im Eigentum Dritter bzw. der Kirchengenossen stehen können bzw. konnten. „In der Regel ist deshalb ein Eigentum der Kirchgemeinde am Ortskirchenvermögen ausgeschlossen. Durch die Schaffung der Kirchgemeinde als eines selbständigen Rechtssubjektes konnten die bis anhin bestehenden ortskirchlichen Eigentumsobjekte nicht betroffen werden; eine Umwandlung des gesamten Ortskirchengutes in Korporationsgut ist also ausgeschlossen. Die bisherigen Eigentümer konnten ihr Eigentum nicht ohne weiteres an ein anderes Subjekt verlieren. Was einmal Recht geworden ist, kann nur in den Formen des Rechts abgeändert werden.“³¹

III. Weltlicher Rechtsort

§ 2 aKV anerkannte die römisch-katholische Kirche, d.h. massgeblich die im Kanton Schwyz bestehenden kirchlichen Rechtspersonen Diözese, Klöster, Pfarreien sowie die kirchlichen Stiftungen und positionierte diese im kantonalen öffentlichen Recht³². Mit der Verfassungsänderung des Jahres 1992 nimmt der Kanton Schwyz lediglich noch seine staatskirchenrechtlichen Körperschaften zur Kenntnis, welche er dementsprechend im kantonalen öffentlichen Recht situiert, während die kirchlichen Rechtspersonen ins Zivilrecht ausgegliedert werden³³. Damit ist seit der 1999 erfolgten In-Kraft-Setzung der Verfassungsänderung das Bundesprivatrecht für die kirchlichen Stiftungen einschlägig.

IV. Aufsicht

a) Zuständigkeit

Nachdem das Recht der römisch-katholischen Kirche die kirchlichen Rechtspersonen gerade auch in aufsichtsrechtlicher Hinsicht eingehend reguliert, hat der Gesetzgeber bei der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches darauf verzichtet, die kirchlichen Stiftungen der staatlichen Kontrolle zu unterwerfen. In diesem Sinne enthebt Art. 87 Abs. 1 ZGB die kirchlichen Stiftungen unter Vorbehalt des öffentlichen Rechts³⁴ der staatlichen

³¹ Vasella (FN 4), S. 15.

³² Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 296 ff. Zur Anerkennung als öffentlichrechtliche kirchliche Stiftungen siehe Lampert, Stiftungen (FN 5), S. 134; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 322 ff.

³³ Dies widerspricht auf völkerrechtlicher Ebene § 1 des Bistumsvertrages (SRSZ 160.110), welcher voraussetzt, dass der Kanton Schwyz die Diözese Chur mitsamt ihren rechtspersönlichen Ausprägungen in seinem öffentlichen Recht situiert. Näheres hierzu bei Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 455 ff.

³⁴ Gemäss § 1 Abs. 2 der regierungsrätlichen ‚Verordnung betreffend die Aufsicht über die Stiftungen und über die Personalvorsorgeeinrichtungen‘ (SRSZ 211.211), welche sich auf § 22 EG ZGB (SRSZ 210.100) stützt, sind die kirchlichen Stiftungen in Nachachtung von § 13 Abs. 1 KV vom Regelungsbereich dieser Verordnung und damit von der kantonalen Aufsicht ausgenommen.

Stiftungsaufsicht. An deren Stelle tritt die zuständige kirchliche Autorität³⁵. Gleichzeitig werden die einschlägigen kanonischen Normen vom Bundesprivatrecht in seinen zwingenden Schranken rezipiert und gelangen damit im weltlichen Rechtskreis zur Anwendung³⁶. Die gesetzliche Sonderregelung von Art. 87 Abs. 1 ZGB³⁷ hat letztlich ihren Grund im Respekt des Gesetzgebers vor dem Selbstbestimmungsrecht der römisch-katholischen Kirche³⁸. Sie geht soweit, dass die kirchlichen Stiftungen auch nicht freiwillig einer staatlichen bzw. staatskirchenrechtlichen Aufsichtsbehörde unterstellt werden können. In diesem Sinne ist die Nichtunterstellung zwingender Natur³⁹.

b) Kompetenz

Das Kirchenrecht unterscheidet beim vermögensrechtlichen Handeln zwischen Akten der ordentlichen und der ausserordentlichen Verwaltung. Im Grundsatz kann der betreffende Stiftungsrat im Rahmen der ordentlichen

³⁵ „*Ratio legis* dieser Bestimmung (sc. Art. 87 Abs. 1 ZGB) ist es..., die *interne, autonome Aufsicht der betreffenden Religionsgemeinschaft über, ihre Stiftungen an die Stelle der staatlichen Aufsicht treten zu lassen*“ (Riemer, ST [FN 13], Rz. 197). Siehe Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 503 ff.

³⁶ Carlen (FN 15), S. 595 f.; Riemer (FN 13), ST, Rz. 197, 238 f.; Schmid (FN 15), S. 125; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 503 ff.. Vgl. Harold Grüninger, Art. 87, Rz. 9, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 2. Auflage, Basel 2002.

³⁷ „Die Sonderregelung der kirchlichen Stiftungen im ZGB ist in allererster Linie aus den Gegebenheiten und Bedürfnissen der *katholischen Kirche* heraus (und ja auch auf Antrag von Vertretern von Ständen mit überwiegend katholischer Bevölkerung) entstanden und auf ihre Interessen und das Wesen ihrer Organisation zugeschnitten; deren Stiftungen sind mithin als der *gesetzliche Typus* der kirchlichen Stiftungen i.S.v. Art. 52 Abs. 2 und Art. 87 Abs. 1 ZGB anzusehen ..., was indessen nicht bedeutet, dass die Anwendung dieser Sondernormen auf entsprechende Stiftungen anderer Religionsgemeinschaften ausgeschlossen wäre bzw. solche nicht als *kirchliche* Stiftungen in Frage kämen ... Diese besonderen Gegebenheiten der katholischen Kirche ... bestehen darin, dass sich diese nicht als eine Körperschaft mit ihren Gläubigen als Mitgliedern, sondern als eine juristische Person *anstaltlichen* bzw. *stiftungsmässigen* Charakters (*persona moralis non collegialis*), als eine Heilsanstalt ... versteht. Dieser anstaltliche Charakter liegt aber nicht nur vor bei der Gesamtkirche als solcher, sondern auch bei den meisten und wichtigsten ihrer Gliederungen, d.h. auch bei den auf Bistums- und ortskirchlicher Ebene existierenden juristischen Personen ... Insbesondere sind jeweils das Bistum und die Ortskirche (Pfarrei) selber auch als Anstalten bzw. Stiftungen aufzufassen, und zwar ist es die bischöfliche Pfründe (Benefizium, Tafel, mensa episcopalis) und die Pfarreipfründe (*parocia*) – deren Vermögen dem Unterhalt des betreffenden Bischofs bzw. Ortspfarrers, als Stiftungsdestinatar, dient –, in welchen diese juristisch selbständigen Gliederungen der Gesamtkirche repräsentiert werden. Darüber hinaus treten auf diesen beiden Stufen weitere wichtige Anstalten bzw. Stiftungen auf; es sind dies die Kathedralkirchenstiftung und Pfarrkirchenstiftung (*Kirchenfabrik, ecclesiae fabrica*), die die Eigentümerinnen der für Unterhalt und Ausstattung der betreffenden Kirchengebäude bestimmten Güter und – jedenfalls regelmässig – auch der Kirchengebäude selbst sind“ (Riemer [FN 13], ST, Rz. 189).

³⁸ Grüninger (FN 36), Art. 87, Rz. 5; Lampert, Stiftungen (FN 5), S. 155.

³⁹ Grüninger (FN 36), Art. 87, Rz. 8; Riemer (FN 13), ST, Rz. 222; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 505, FN 218.

Verwaltung über den Ertrag des gewidmeten Vermögens zweckkonform disponieren⁴⁰. Was das Setzen von Akten der ausserordentlichen Verwaltung betrifft, ist hierfür vom zuständigen Diözesanbischof eine schriftliche Ermächtigung einzuholen⁴¹.

V. Organe

Der bis 1999 gültige § 64 aGOG legte unilateral fest, dass die kirchlichen Stiftungen in der Regel von der betreffenden Kirchgemeinde verwaltet werden und im Grundsatz der Kirchenrat jeweils den Stiftungsrat bildet⁴², während dem bischöflichen Ordinariat die Zustimmung zu den diesbezüglichen ‚Verfügungen‘ der Kirchgemeinde vorbehalten war. Seit der 1999 im Zuge des Inkrafttretens der revidierten Verfassungsnormen erfolgten Ausgliederung der kirchlichen Stiftungen ins Bundesprivatrecht kommt organrechtlich das kantonale öffentliche Recht nicht mehr zur Anwendung. Vielmehr werden die kirchlichen Stiftungen von den bundesprivatrechtlichen Normen erfasst. Das ZGB enthält bewusst keine Vorschriften, welche die Bestellung und die Funktion der Organe kirchlicher Stiftungen betreffen. Diese sind dem Kirchenrecht zu entnehmen. Sie werden im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 ZGB vom weltlichen Zivilrecht rezipiert und erlangen in der Folge auf der

⁴⁰ Ein gängiges Kriterium zur Unterscheidung von ordentlicher und ausserordentlicher Verwaltung stellt die Differenzierung zwischen den zur Aufbewahrung und Erhaltung (‘Patrimonium stabile’, cf. c. 1291 CIC 1983) und den zum augenblicklichen Gebrauch (‘Patrimonium liberum’) bestimmten Gütern dar. „Die Verwendung von Vermögensgegenständen bzw. -werten, welche der ursprünglichen Zweckintention entspricht, ist ordentliche, eine darüber hinausgehende wäre ausserordentliche Verwaltung. Hinsichtlich des ‘Patrimonium stabile’ beinhaltet die ordentliche Verwaltung alle Massnahmen, welche der Bewahrung, Instandsetzung, Verbesserung und Nutzbarmachung dienen. Diesen Katalog überschreitende Handlungen wie namentlich die Veräusserung betreffen die ausserordentliche Verwaltung. Mit Sicherheit gehören jene Rechtsakte nicht dem Bereich der ordentlichen Verwaltung an, deren kanonische Rechtmässigkeit vom gesetzlich vorgeschriebenen Placet der zuständigen Aufsichtsinstanz abhängt, cf. beispielsweise cc. 1215 § 1; 1284 § 2, 6°; 1288; 1291; 1295 CIC 1983“ (Weibel, Selbstbestimmungsrecht [FN 5], S. 333, FN 180).

⁴¹ C. 1281 CIC 1981.

⁴² „Dabei darf aus der Tatsache, dass ein gewisses Vermögen durch die Kirchgemeinde verwaltet wird, nicht geschlossen werden, es stehe im Eigentum der Kirchgemeinde. Denn auch die Verwaltung kirchlicher Stiftungsgüter wird in der Schweiz seit Jahrhunderten von den Kirchgemeinden besorgt. Mit der Zeit betrachteten sich die Kirchengenossen, die oft auch Leistungen für das Kirchenwesen zu erbringen hatten, an gewissen Orten als eigentliche Herren und Eigentümer des Kirchengutes. Solche irrige Auffassungen über die Eigentumsverhältnisse am Kirchengut bewirkten indes keine Umwandlung des Stiftungsgutes in Korporationseigentum“ (Noser [FN 22], S. 162).

Ebene des Bundesprivatrechts Geltung⁴³. Neben der prinzipiellen Anwendung des Kirchenrechts⁴⁴ ist der zuständige Diözesanbischof in den Schranken der kanonischen Vorschriften befugt, die Designation der Stiftungsorgane sowie deren Einsetzung und Abberufung auch auf rechtsgeschäftlicher Basis zu regeln. Für die pfarreiliche Ebene gilt es vorliegend zu präzisieren, dass der eingesetzte Pfarrer bzw. Pfarradministrator zwingend als alleiniges Organ der Pfarrei (c. 515 CIC 1983) dem mit eigener Rechtspersönlichkeit bekleideten Kirchenamt⁴⁵ in der Form der Pfrundstiftung vorsteht und gleichzeitig in seiner Funktion als Rector Ecclesiae die (Pfarr)Kirchenstiftung⁴⁶ präsidiert. Der geistliche Amtsträger ist damit ex officio Organ der auf dem Gebiet seiner Pfarrei bestehenden und mit dieser funktional verbundenen kirchlichen Rechtspersonen⁴⁷.

VI. Aufnahme ins Grundbuch

a) Gutachten Lampert

Im Einverständnis mit dem Regierungsrat verfertigte Prof. Dr. Ulrich Lampert, Ordinarius für Kirchen- und Staatskirchenrecht an der Universität Freiburg, im Auftrag des bischöflichen Ordinariats Chur ein „Rechtsgutachten betreffend die Eintragung in die Grundbücher der schwyzerischen Gemeinden“⁴⁸. Im Grundsatz wurde darin festgehalten, der Grundbuchein-

⁴³ „Mit der Anerkennung der kirchlichen Autonomie zur Selbstverwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten ist auch Art. 87 i ZGB folgerichtig gegeben. Jede Kirche übt nach ihrer eigenen Rechtsordnung die Kontrolle über das kirchliche Stiftungswesen aus, um die ungestörte Funktion der Stiftungen, die stiftungsgemässe Verwendung und die richtige Verwaltung und Erhaltung des Vermögens, die statutengemässe Bestellung der Stiftungsorgane zu sichern“ (Lampert, Stiftungen [FN 5], S. 155). Siehe Ders., Stiftungen [FN 5], S. 134; Riemer, ST (FN 13), Rz. 238 f.; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 506 f.

⁴⁴ z.B. cc. 532, 1281-1288 CIC 1983.

⁴⁵ Benefizium. Dieses dient dem Unterhalt des auf die Pfründe eingesetzten geistlichen Amtsträgers. Zum Widmungsbestand der Pfrundstiftungen gehören namentlich die Pfarrhäuser.

⁴⁶ Fabrica Ecclesiae. Der Vermögensertrag der Kirchenstiftung ist für die Tilgung der Baulast und den Unterhalt des bezüglichen Kirchengebäudes wie auch für die mit dem betreffenden Gotteshaus verbundenen Kultusaufwendungen bestimmt.

⁴⁷ C. 1279 CIC 1983. Vorbehalten bleiben auf dem betreffenden Pfarreigebiet nicht der pfarrherrlichen Verantwortung unterstehende Rechtspersonen wie namentlich die Verbände des geweihten Lebens etc.

⁴⁸ Hierzu RRB 1913/510.

trag⁴⁹ betreffend des Kirchengutes müsse die bestehenden⁵⁰ kirchlichen Stiftungen als Rechtsträger des Kirchengutes im Kanton Schwyz beinhalten. Zudem solle der Zusatz Erwähnung finden, zu welcher staatskirchenrechtlichen Körperschaft⁵¹ die kirchlichen Stiftungen territorial zugehörig sind⁵².

Der Regierungsrat nahm die im Gutachten Lampert dargelegten und begründeten Ergebnisse wohlwollend zur Kenntnis, indem er gleichzeitig darauf verwies, dass eine Prüfung des Einzelfalls unabdingbar ist⁵³ und eine Eintragung erst nach erfolgreich abgeschlossenem Verfahren, worin gemäss Art. 965 ZGB der Ausweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund materiell zu erbringen ist, im Grundbuch vorgenommen werden darf⁵⁴: „Diese Frage, ob Kirchengüter als kirchliche Stiftungen ins Grundbuch eintragungspflichtig seien, freilich unter aller Wahrung der verfassungsmässigen Rechte der bürgerlichen Instanzen, wird nach den Vorschriften des Z.G.B. und des schwyzerischen Einführungsgesetzes dazu erledigt werden müssen, wobei im Streitfalle die Entscheidung durch zivilrechtliche Behörden vorbehalten bleiben muss, sofern damit zivilrechtliche Fragen zum Ausstrag kommen sollten.“⁵⁵ Dabei hat der Regierungsrat gegenüber dem bischöf-

⁴⁹ Wie Köppel (FN 7), S. 249, am Beispiel von Nuolen zeigt, war das Kirchengut im kantonalen Grundbuch bereits vor der Einführung des ZGB auf die kirchlichen Stiftungen eingetragen. Die Einführung des eidgenössischen Grundbuches geschah dann im Kanton Schwyz in zwei Etappen: „In den ersten Jahren unmittelbar nach Inkrafttreten des ZGB und der GBV auf den 1. Januar 1912 wurden vorerst die kantonalen Grundbücher der einzelnen Gemeinden an die Erfordernisse des ZGB angepasst – als Übergangslösung bis zur Anlegung der eidgenössischen Grundbücher; letztere erfolgte erst viel später“ (Ders. [FN 7], S. 249, FN 66).

⁵⁰ Die kirchlichen Stiftungen entstanden nicht mit dem Grundbucheintrag, sondern waren vorbestehend.

⁵¹ Diese waren seinerzeit (1913) mit Ausnahme von Merlischachen unselbständig und mit der betreffenden politischen Gemeinde (Einheitsgemeinde) vereinigt.

⁵² „Zugehörigkeit ist ... nicht identisch mit Eigentum, sowenig der Bürger im Eigentum seiner Heimatgemeinde steht“ (Lampert, Gutachten [FN 6], S. 302).

⁵³ „In der Anmeldung im Bereinigungsverfahren ist das einzutragende Recht zu umschreiben und der Titel anzugeben, auf den sich das Recht stützt. Der Anmeldende hat also den Nachweis zu erbringen über den rechtmässigen Erwerb des einzutragenden dinglichen Rechtes. Der Nachweis des kirchlichen Eigentums an den kirchlichen Gütern kann erbracht werden durch Vorweisen der einer kirchlichen Stiftung zugrunde liegenden Stiftungs- und Gründungsurkunde (Pfundbriefe), durch kirchliche Trennungsdekrete bei Pfarreinteilungen, Inkorporationsurkunden, Kauf- oder Schenkungsverträge, Abtretungsvertrag bei Lösung eines Simultanverhältnisses, Urkunden über einzelne an den Altären der Pfarrkirche gestifteten Benefizien, über ihr Anwachsen, Reduktion, Verschmelzung, Dismembration, Urkunden über die Gründung der ortskirchlichen Vereine oder Bruderschaften, über Bauverpflichtungen hinsichtlich der Kirchen, Kapellen oder Pfundgebäulichkeiten, über den Kauf des Friedhofsareals, Gerichtsurteile, alte Kirchen- und Prozessakte, Güterverzeichnisse (Urbarien) und Jahrzeitbücher etc. Was insbesondere den Stiftungscharakter des Kirchgutes betrifft, so ergibt sich derselbe auch aus den erhaltenen Schenkungen und Zustiftungen, die auf die Vermögens- und Rechtsfähigkeit der Bedachten, wie der Pfarrkirchen-, Kapellen-, Pfarrpfund-, Kaplaneistiftung, schliessen lassen“ (Vasella [FN 4], S. 80 f.).

⁵⁴ RRB 1913/510; siehe ebenfalls RRB 1915/756.

⁵⁵ RRB 1915, S. 111 (RRB 1915/756 beinhaltend).

lichen Ordinariat Wert darauf gelegt, dass die Prüfung des Einzelfalls ausserhalb seiner Zuständigkeit liegt: „Es muss sich der Regierungsrat oder die dafür kompetenten administrativen, - oder richterlichen Behörden – die Entscheidung allfälliger Anstände aus diesen Einträgen vorbehalten und kann daher der Regierungsrat auf die Prüfung der Eingaben betr. Eintragung der Kirchengüter materiell nicht weiter eintreten.“⁵⁶ Die Eintragungen im Grundbuch⁵⁷ basieren auf diesen regierungsrätlichen Vorgaben und sind mithin rechtmässig⁵⁸.

⁵⁶ RRB 1913/510, S. 497.

⁵⁷ Die im Grundbuch eingetragenen kirchlichen Stiftungen stehen im Genuss der positiven und negativen Rechtskraft des Grundbuchs. Im wider Erwarten anzunehmenden Fall einer Kontestation der diesbezüglichen Rechtsmacht durch die zuständige Behörde kann der im Grundbuch eingetragene und den Schutz der Eigentumsgarantie geniessende Rechtsträger (Art. 26 BV, § 13 Abs. 1 KV, § 3 Abs. 3 OS) die Tabularersitzung (Art. 661 ZGB) geltend machen. Dabei ist die gutgläubige Ersitzung, welche zehn Jahre ununterbrochenen und unangefochtenen Besitz bzw. einen ebenfalls mindestens zehn Jahre währenden Grundbucheintrag erfordert (Art. 661 ZGB), aus dem kirchenrechtlichen Bestehen der kirchlichen Stiftungen bzw. aus der kanonisch vindizierten Rechtspflicht (c. 99 CIC 1917) zu schliessen. Im Kanton Schwyz dürfte der entsprechende Nachweis bei den kirchlichen Stiftungen unschwer zu erbringen sein. Vgl. Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 368, FN 313.

⁵⁸ Das Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden hat sich im Kreisschreiben Nr. 9/1996 mit der Frage von nicht auf kirchliche Stiftungen lautende Einträge des Kirchenguts befasst. Jene Passagen, welche auch auf die Verhältnisse im Kanton Schwyz zutreffen können, werden nachfolgend wiedergegeben: „Überall dort, wo ein kirchgemeindliches Eigentum nicht nachgewiesen werden kann, sind die kirchlichen Liegenschaften als Kirchengut zu betrachten und stehen vermutungsweise im Eigentum der örtlichen kirchlichen Stiftungen. Kirchengemeinde und kirchliche Stiftung haben einen beurkundeten Bereinigungsvertrag zu unterzeichnen, der zudem vom bischöflichen Ordinariat zu genehmigen ist.“ Hinsichtlich eines bestehenden Eintrags auf den Namen der Kirchengemeinde wird weiter ausgeführt: „Die Eintragung von aus früherer Zeit stammenden kirchlichen Gütern auf den Namen der Kirchengemeinde dürfte in vielen Fällen ungerechtfertigt sein. Solche Eintragungen wurden öfters in Anlehnung an die (sc. in der ev.-ref. Kirche geltende) Kirchengemeindetheorie und in Verkenntung der wahren Rechtsnatur des Kirchenvermögens oder auf Verfügung einer nicht verfügungsberechtigten Person, wie des Kirchengemeindevorstandes bzw. der Kirchengemeindevverwaltung vorgenommen.“ Daraus folgert das Kreisschreiben: „In Fällen also, wo die Kirchengemeinde zwar als Eigentümerin kirchlicher Vermögen im Grundbuch eingetragen ist, dem Vermögen allerdings altrechtlicher kirchlicher Stiftungscharakter zukommen könnte, ist ebenfalls die oben umschriebene Berichtigung vorzunehmen. In Zweifelsfällen kann stets davon ausgegangen werden, dass die Kirchenstiftung und nicht die Kirchengemeinde Eigentümern des Kirchenvermögens ist.“ Diese betrifft im Kanton Schwyz lediglich den Fall der Pfarrkirche Arth. Dort wurde entgegen der Quellen- und Aktenlage die Kirchengemeinde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, während Pfarrhaus (Benefizium), Pfarreiheim etc. auf die kirchlichen Stiftungen lauten. Des Weiteren behandelt das Kreisschreiben noch den Fall, bei dem der Eintrag auf den Namen der kirchlichen Stiftung besteht: „Ein solcher Eintrag kann grundsätzlich als richtig betrachtet werden. Ausnahme: Sobald nachgewiesen werden kann, dass das Vermögen nicht durch Stiftungen geschaffen wurde, sondern nur durch Mittel der Kirchengemeinde, ist in gegenseitigem Einvernehmen ein Bereinigungsvertrag (wie oben umschrieben) abzuschliessen.“

b) Urkundliches Rechtsmaterial

Das vorhandene urkundliche Rechtsmaterial - wie namentlich die *Jahrzeitbücher*⁵⁹ und *Urbarien* – dokumentiert die im Grundbuch eingetragenen, kanonisch errichteten kirchlichen Stiftungen als rechtspersönliche Träger des Kirchenguts⁶⁰ und gibt gleichzeitig „Aufschluss über die Stiftung der Pfründe, über Vergabungen an die Pfarrkirchen, die Fundation von Kapellen, über belastete Schenkungen an die kirchlichen Anstalten. Auf diese Weise kann man in Erfahrung bringen, wie diese oder jene Liegenschaft zum Vermögenskomplex der Pfarrkirche, oder zum Vermögen der Pfarrpfrund oder der Kaplaneipfrund gelangt ist. Hier in den Archiven liegen auch die Stiftungsbriefe der Pfründen. Insbesondere lehrreich ist die Einsicht in die hochwichtigen *Jahrzeitbücher*, die in den Gemeinden mit öffentlichem Glauben ausgestattet waren, wie hypothekarische Urkunden ...: so das historisch wertvolle umfangreiche *Jahrzeitbuch* von *Lachen*, angelegt seit 1502, jenes von *Tuggen, Küssnacht* seit 1639, *Steinen* seit 1529, *Arth* seit 1640, *Galgenen* seit dem 15. Jahrhundert, *Altendorf, Freienbach* etc.“⁶¹

Die urkundliche Rechtslage im Kanton Schwyz bestätigt den Stiftungscharakter des Ortskirchenvermögens und gibt Aufschluss über dessen historische Entwicklung. Diese verlief im Kanton Schwyz prinzipiell gleichförmig⁶². Insbesondere die urkundlich belegbare Rechts- und Vermögensfähigkeit der einzelnen Rechtsträger zeigt, „dass die Pfarrkirche, die Pfarrpfrund, Kaplaneipfrund, Kapelle etc. als durch Stiftung entstandene Rechts-Subjekte betrachtet wurden und deshalb fähig, Vergabungen, Vermächtnisse und mit Stiftungslasten onerierte Schenkungen anzunehmen. Juristische Voraussetzung aber hierfür ist die Rechts-Subjektivität, weil solche Zuflüsse nicht an einen Empfänger übergehen können, der nicht rechtsfähig wäre.“⁶³

c) Verordnung über die Aufnahme der Grundstücke des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden sowie der Kirchengüter ins Grundbuch⁶⁴

Gemäss § 1 der ‚Verordnung über die Aufnahme der Grundstücke des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden sowie der Kirchengüter ins Grundbuch‘⁶⁵ sind die Kirchengrundstücke ins Grundbuch aufzunehmen. Bei den

⁵⁹ Vgl. vorne, FN 29.

⁶⁰ So RBR 1915, S. 106 ff.

⁶¹ Lampert, Gutachten (FN 6), S. 293 f.

⁶² Vasella (FN 5), S. 15. Vgl. Köppel (FN 7), S. 253, FN 94.

⁶³ Lampert, Gutachten (FN 6), S. 294.

⁶⁴ SRSZ 213.420.

⁶⁵ Diese stützt sich auf Art. 80 EG ZGB bzw. Art. 944 ZGB.

Kirchengrundstücken handelt es sich um jene eintragungsfähigen Immobilien, welche im Eigentum eines kirchlichen Rechtsträgers sind⁶⁶. Es sei im vorliegenden Zusammenhang darauf hingewiesen, dass als Kirchengut, welches auch die Kirchengrundstücke umfasst, jene Vermögenswerte gelten, die im Eigentum einer kirchlichen Rechtsperson – wie insbesondere der kirchlichen Stiftungen – stehen (c. 1257 CIC 1983). Daraus folgt, dass die staatskirchenrechtlichen Körperschaften als staatliche Gebilde nicht Rechtsträger von Kirchengut sein können⁶⁷. Vielmehr ist die Qualifikation des Kirchengutes zwingend an die Existenz der betreffenden kirchlichen Rechtsperson geknüpft⁶⁸. Dieser Befund findet seine eigentumsfreiheitsrechtliche Entsprechung in § 13 Abs. 1 KV bzw. § 3 Abs. 3 OS, welche das kirchliche Eigentum und mithin den Bestand der kirchlichen Stiftungen speziell gewährleisten⁶⁹.

VII. Staatskirchenrechtliche Position

a) Verhältnis zur Kirchengemeinde

Die Kirchengemeinde ist auf die kirchlichen Stiftungen hingebordnet⁷⁰. In programmatischer Hinsicht definiert dabei das Verwaltungsgericht den die Existenz der staatskirchenrechtlichen Körperschaften bestimmenden Grundsatz, dass die Kirchengemeinde dann ihrem Zweck entspricht, wenn sie den kirchlichen Stiftungen als Rechtsträger des Kirchengutes zustiftend

⁶⁶ Die Kirchengemeinde kann als Grundstückseigentümerin in § 1 nicht gemeint sein, sonst hätte sie analog zu § 6 explizit aufgelistet werden müssen. Dort findet die Kirchengemeinde als bis 1999 in Personalunion für die Stiftungsverwaltung (§ 64 Abs. 1 aGOG; vgl. §§ 91 Abs. 4, 97 aKV 1898) zuständige staatskirchenrechtliche Körperschaft Erwähnung.

⁶⁷ „Das Kirchengut gehört nicht der Gemeinde, sondern ist privatrechtliches Eigentum der Kirchenstiftung, der eine eigene und selbständige Rechtsfähigkeit zukommt“ (Appert [FN 6], S. 106).

⁶⁸ Zutreffend hält Riemer, ST (FN 13), Rz. 190, in diesem Zusammenhang fest: „Demgegenüber werden die körperschaftlich organisierten katholischen *Kirchengemeinden* ... von der katholischen Kirche als Einrichtungen des *Staates* angesehen ... Im Gegensatz zur sog. Kirchengemeindetheorie der protestantischen Kirchen (nach der im wesentlichen die – körperschaftlichen – Kirchengemeinden Eigentümerinnen des kirchlichen Vermögens sind ...) kommt diesen katholischen Kirchengemeinden grundsätzlich kein Eigentum an dem für die kirchlichen Ämter und Gebäulichkeiten bestimmten Vermögen oder an diesen selbst zu; dessen Träger sind allein die beschriebenen kirchlichen Stiftungen.“

⁶⁹ Damit erfährt gleichzeitig das Qualifikationskriterium des Kirchengutes entsprechenden Schutz. Insofern ist also auch aus staatlicher Sicht die Zugehörigkeit zu einer kirchlichen juristischen Person und nicht der kirchliche Zweck an sich massgebend. Hierzu Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 339.

⁷⁰ Vgl. Eugen Isele, Das schweizerische Staatskirchenrecht und der Entwurf zu einem neuen Codex Iuris Canonici. Exposé, Freiburg 1981 (Manuskript), S. 30, der damit die Funktion der Pfarrei in Zusammenhang bringt, welcher erst seit dem In-Kraft-Setzen des Kodex 1983 (c. 515 CIC 1983) eigene Rechtspersönlichkeit zukommt und sich vorher rechtspersönlich je nach Lehrmeinung in der Pfrundstiftung (Benefizium) bzw. der Kirchenstiftung (Fabrica Ecclesiae) offenbarte.

zudient^{71,72}: „*Staatskirchenrechtlich entscheidend ist, dass mit der Unterstützung der Stiftung die Kirchgemeinde grundsätzlich ihrem Zweck und Auftrage nachlebt und die weltlichen Bedürfnisse der römisch-katholischen Konfession erfüllt.* Dass dem so ist, gewährleistet in erster Linie der Stiftungszweck, dann aber auch die bischöfliche Zustimmung zur Stiftungsrichtung bzw. die bischöfliche Oberaufsicht über die Stiftung, sowie die Tatsache, dass die im Eigentum der Stiftung befindliche Kirche vom Bischof konsekriert und zur Pfarrkirche erklärt wurde.“⁷³ Die kirchlichen Stiftungen wiederum dienen ihrer Bestimmung nach den kirchlichen Bedürfnissen der betreffenden Kirchengenossen. „Daher liegen sie ganz im Interessenkreis der mit Steuerhoheit ausgestatteten Kirchgemeinde.“⁷⁴ Dementsprechend lässt sich festhalten: „*Das Verhältnis der kirchlichen Stiftung zur Kirchgemeinde ist ein Verhältnis der Angehörigkeit der Bestimmung nach, nicht ein Verhältnis der Sache zum Eigentümer,* weil die juristische Persönlichkeit der Stiftung verbietet, dass sie als bloss im Eigentum eines Anderen stehende Sache aufgefasst werden dürfte.“⁷⁵

⁷¹ In diesem Zusammenhang hält das Verwaltungsgericht fest: „Dass kirchliche Bauten im Eigentum der Kirchgemeinde stehen müssen, um von ihr unterhalten oder mitunterhalten zu werden, ist nicht Voraussetzung, stehen doch sehr viele Pfarrkirchen (sc. alle ausser der auf einem Falscheintrag beruhenden Pfarrkirche in Arth) nicht im Eigentum der Kirchgemeinden, sondern von kirchlichen Stiftungen“ (EGV-SZ 1987, Nr. 6, S. 32).

⁷² Daran vermag auch die Errichtung einer Kantonalkirche nichts zu ändern. Dieser werden von der Kantonsverfassung Pflichten übertragen, nämlich: sich selber zu organisieren (§ 92 KV), für einen Finanzausgleich unter den Kirchgemeinden besorgt zu sein (§ 95 Abs. 4 KV) und einen genügenden Rechtsschutz sicherzustellen (§ 96 KV). Die Steuereinzugsbefugnis steht den Kirchgemeinden für die Erfüllung ihrer Aufgaben, welche im Organisationsstatut aufgezählt sein müssen (§ 95 Abs. 1 KV), zu. Dort wird in § 23 Abs. 1 OS festgehalten, dass die Kirchgemeinde die „materiellen Grundlagen für die örtlichen kirchlichen Aufgaben, namentlich die Verkündigung des Glaubens, die Seelsorge, den Gottesdienst, die Glaubensunterweisung und die Hilfstätigkeit (Diakonie)“ sichern. § 23 OS trifft sich darin mit EGV-SZ 1991, Nr. 15, S. 61, welcher in der Unterstützung der kirchlichen Stiftungen bzw. der in deren Eigentum stehenden Immobilien die Zweckbestimmung der Kirchgemeinde benennt. § 23 OS wurde gegenüber dem 1997 vom katholischen Souverän verworfenen Entwurf einer Kantonalkirchenverfassung, welcher in § 24 vorsah, dass der Kirchgemeinde die für ihre Aufgabenerfüllung notwendigen Mittel gehörten, nicht zuletzt im Lichte von § 13 Abs. 1 KV geändert. Die Kirchgemeinde sichert nunmehr die materiellen Grundlagen, sprich sie stellt die notwendigen Temporalien zustiftend zur Verfügung.

⁷³ EGV-SZ 1991, Nr. 15, S. 61.

⁷⁴ Siehe Lampert, Gutachten (FN 6), S. 302; Vasella (FN 4), S. 17.

⁷⁵ Lampert, Gutachten (FN 6), S. 302. Siehe Vasella (FN 4), S. 17; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 393 f.

b) Verhältnis zur Kantonalkirche

Der Stiftungscharakter des Kirchengutes im Kanton Schwyz war eines der Motive für die Ablehnung des Verfassungsentwurfes der Römisch-katholischen Kantonalkirche im Jahre 1997⁷⁶. Infolgedessen wird das kirchliche Eigentum nun auch in § 3 Abs. 3 OS unter dem Titel ‚Verhältnis zur römisch-katholischen Kirche‘ gegenüber den staatskirchenrechtlichen Körperschaften ausdrücklich geschützt. Das Organisationsstatut folgt damit dem kanonischen Verständnis des Kirchengutes. Weiterhin erteilt § 4 Abs. 2 lit. b OS der Kantonalkirche die Kompetenz, sich mit dem Bistum Chur betreffend die Verwaltung und Beaufsichtigung der kirchlichen Stiftungen, Güter, Fonds und Einrichtungen auf rechtsgeschäftlichem Weg zu einigen. Auf die Existenz der kirchlichen Stiftungen bezugnehmend haben die Kantonalkirche und der Bischof von Chur sich in der ‚Vereinbarung zwischen dem Bistum Chur und der Röm.-kath. Kantonalkirche betreffend der kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz, die teilweise oder ganz von den Kirchengemeinden unterstützt werden‘⁷⁷, namentlich darüber verständigt, dass die kirchlichen Stiftungen als vom Bundesprivatrecht erfasste Rechtspersonen der alleinigen Aufsicht des Bischofs unterstehen⁷⁸, dass dem Stiftungsrat mindestens ein Vertreter des entsprechenden Kirchenrates angehören muss sowie eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Vermögens-, Gewinn- und Verlustrechnung zu führen ist⁷⁹.

VIII. Exkurs: Grundsätzliches zum Patronatsrecht

„Das Patronatsrecht umfasst alle Privilegien und Pflichten, die den katholischen Stiftern einer Kirche, Kapelle oder eines Benefiziums, oder deren Rechtsnachfolgern, auf Grund kirchlicher Bewilligung zukommen.“⁸⁰ Dieses ist an das Bestehen der Benefizialstiftung geknüpft und hängt existentiell von dieser ab⁸¹. Das Patronatsrecht beinhaltet zum einen das kanonische Privileg der Kirchengenossen, dem Bischof einen Geistlichen auf das vakante

⁷⁶ Vgl. vorne, FN 1.

⁷⁷ <http://www.sz.kath.ch/Stiftungsvereinbarung.pdf>

⁷⁸ Vgl. auch das Exposé von Bundesrichter Dr. Giuseppe Nay, Die Stellung der Katholischen Landeskirche Graubünden im Verhältnis zwischen Kirche und Staat, insbesondere ihr fehlendes Aufsichtsrecht über kirchliche Stiftungen des Bistums Chur, in: ZGRG 8 (1989), S. 52-61.

⁷⁹ Vgl. Art. 84b Abs. 1 rev. ZGB.

⁸⁰ Appert (FN 6), S. 77 f.. Vgl. Isele, Gutachten Einsiedeln (FN 5), S. 238. „Erwerbstitel dieses von der römisch-katholischen Kirche bis zur Inkraftsetzung des Kodex 1917 in der Form eines ‘Ius spirituali adnexum’ verliehenen Privilegs sind die Ausstattung einer Kirche oder eines Benefiziums (‘Dos’), die Bestreitung der Baulasten (‘Aedificatio’) und die Überlassung des Baugrundes (‘Fundus’). Mithin obliegt den einzelnen Patronen im Kanton Schwyz kumulativ die Pflicht der Baulast und der Einkommensergänzung“ (Weibel, Selbstbestimmungsrecht [FN 5], S. 387 f.). Die Frage der patronatischen Überlassung des Baugrundes stellt sich wohl derzeit nicht.

⁸¹ Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 387 ff.

Pfarramt zu präsentieren und verpflichtet die Kirchgenossen zum anderen, für den Unterhalt der Kirchen- und Pfarrgebäude besorgt zu sein und das Auskommen des geistlichen Amtsträgers sicherzustellen⁸². Das Patronatsrecht bildet sich in eigentumsrechtlicher Hinsicht in zwei Arten aus, nämlich dem persönlichen Patronatsrecht (*Ius patronatus personale*) und dem dinglichen Patronatsrecht (*Ius patronatus reale*). Während sich beim *Ius patronatus personale* das Kirchengut im Eigentum der betreffenden kirchlichen Stiftungen befindet, gewährt diesen das *Ius patronatus reale*⁸³ obligatorische Rechte an der Nutzung der im Eigentum Dritter stehenden Immobilien⁸⁴. Das dingliche Patronatsrecht muss für jeden Einzelfall nachgewiesen werden⁸⁵, wohingegen für das persönliche Patronatsrecht eine Rechtsvermutung besteht⁸⁶. Im Kanton Schwyz ist kein Fall belegt, bei dem der Nachweis des *Ius patronatus reale* für ein bestehendes Benefizium gelungen wäre. Dahingegen hat eine rechtshistorische Untersuchung des 1866 erworbenen⁸⁷ Patronatsrechts der Pfarrei Nuolen⁸⁸ kürzlich bestätigt, dass es sich mit Sicherheit um ein *Ius patronatus personale* handelt⁸⁹. Es finden sich allgemein keine Anhaltspunkte, welche für den Bereich des Kantons Schwyz die Rechtsvermutung des *Ius patronatus personale* widerlegten. Vielmehr lässt sich das persönliche Patronatsrecht grundsätzlich urkundlich belegen⁹⁰. Die patronatischen Rechte und Pflichten prägen sich damit im Kanton Schwyz erweislich in der Form des *Ius patronatus personale* aus. Die ab dem 19. Jahrhundert aus dem körperschaftlichen Verband der mit dem Patronatsrecht privilegierten Kirchgenossen in eine staatsrechtliche Form selbständig bzw. unselbständig überführten Kirchgemeinden⁹¹ können demnach aus ihrer patronatischen Funktion keine generellen Eigentumsrechte am gestifteten

⁸² Zur Erfüllung ihrer patronatischen Pflichten sind die Kirchgemeinden mit dem hoheitlichen Recht der Steuererhebung ausgestattet. Vgl. § 95 Abs. 1 KV.

⁸³ Eduard Schweizer, Das Gemeindepatronatsrecht in den Urkantonen: in ZSR NF 24 (1905), S. 54, bezeichnet das dingliche Patronatsrecht als „Accessorium zu einem in ihrem (sc. der Kirchgenossen) Besitze befindlichen Grundstücke“.

⁸⁴ Das dingliche Patronatsrecht konnte von den Kirchgenossen denn auch nur mit dem Kauf eines mit den entsprechenden Nutzungsrechten belasteten Grundstückes erworben werden.

⁸⁵ Noser (FN 22), S. 162.

⁸⁶ Isele, Exposé (FN 70), S. 14; Köppel (FN 7), S. 254; Schweizer (FN 83), S. 56; Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 391 f.

⁸⁷ „Stark verkürzend dargestellt, wechselten die Patronatsrechte der meisten Pfarrpfünden im Kanton Schwyz, insbesondere diejenigen, die sich im Mittelalter in den Händen weltlicher Grund- und Lehensherren befunden hatten, in paralleler Abfolge – allerdings zeitlich verschoben – den Eigentümer: Vom ursprünglichen Eigentum der Grund- und Lehensherren, in der Regel der österreichischen Habsburger, gingen sie in jenes des alten Landes Schwyz über, von diesem schliesslich in das der örtlichen Kirchgenossen“ (Köppel [FN 7], S. 242, FN 9).

⁸⁸ Das Patronatsrecht erwarben die Kirchgenossen von Nuolen aus der Hand der „gemeinsamen Korporation der Ober- und Unterallmeind in Schwyz“. Auf diese wurde vom alten Land Schwyz als diesbezüglicher Rechtsnachfolgerin nebst anderen auch das Patronatsrecht für Nuolen übertragen. Siehe Köppel (FN 7), S. 242, 253.

⁸⁹ Köppel (FN 7), S. 254 f.

⁹⁰ Vgl. vorne, FN 29; wie auch VI b) Urkundliches Rechtsmaterial.

⁹¹ Bis 1998 waren die noch in der Einheitsgemeinde enthaltenen Kirchgemeinden unselbständig.

Kirchengut geltend machen⁹². Allein mit der Unterstützung der kirchlichen Stiftungen zum Unterhalt des Kirchengutes kommen die staatskirchenrechtlichen Körperschaften ihrem eigentlichen Existenzzweck nach⁹³. Die Erfüllung ihrer patronatischen Funktion rechtfertigt insofern das Bestehen der Kirchgemeinden.

IX. Zusammenfassung der Rechtslage im Kanton Schwyz

1. Ohne Sicherstellung der sakralen Infrastruktur und des Unterhaltes für den geistlichen Amtsträger in der Form kirchlicher Stiftungen konnte vom zuständigen Diözesanbischof grundsätzlich keine Pfarrei gebildet werden (c. 1162 § 2 CIC 1917).
2. Das Ortskirchenvermögen hat Stiftungscharakter.
3. Das formelle und materielle Entstehen der kirchlichen Stiftungen ist im kirchlichen Recht geordnet. Sie erlangen dort Rechtspersönlichkeit (Konzessionssystem).
4. Die kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz sind in der Regel älter als die einschlägigen Kodifikationen des staatlichen Rechts und demnach vorbestehend. Als im Kirchenrecht entstanden fanden die kirchlichen Stiftungen in den Rechtskreis des Kantons Schwyz Eingang. Dort waren sie bis 1999 öffentlichrechtlicher Natur und werden seit 1999 vom Bundeszivilrecht erfasst.
5. Das Eigentum der kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz folgt den historisch belegbaren Fakten (*Ius patronatus personale*)⁹⁴.
6. Die Aufnahme ins Grundbuch erfolgte im dafür vorgesehenen Verfahren, worin der Ausweis der Verfügungsmacht und des Rechtsgrundes zu erbringen war.
7. Die Eintragung im Grundbuch ist grundsätzlich rechters.
8. Die kirchlichen Stiftungen geniessen im kantonalen Recht explizit den Schutz ihres Eigentums und damit ihres Bestandes. Ebenfalls gewährleistet ist die Freiheit der kirchlichen Aufsichts-, Verwaltungs- und Dispositionskompetenz (§ 13 Abs. 1 KV).

⁹² Weibel, Selbstbestimmungsrecht (FN 5), S. 391 ff.

⁹³ EGV-SZ 1991, Nr. 15, S. 61.

⁹⁴ Die kirchlichen Stiftungen waren demgemäss vielerorts bereits vor der Einführung des ZGB im kantonalen Grundbuch als Rechtsträger des Kirchenguts eingetragen. Vgl. Köppel (FN 7), S. 249.

9. Bis 1999 wurden die kirchlichen Stiftungen vom Kirchenrat⁹⁵ der betreffenden Kirchgemeinde verwaltet (§ 64 aGOG). Seit 1999 ist mindestens der jeweilige Pfarrer bzw. Pfarradministrator Organ der nunmehr bundesprivatrechtlich erfassten Stiftungen.
10. Die Kantonalkirche hat sich mit dem Bischof von Chur insbesondere darüber verständigt⁹⁶, dass die kirchlichen Stiftungen der alleinigen Aufsicht des Bischofs unterstehen, mindestens ein Vertreter des Kirchenrats dem Stiftungsrat angehören soll sowie eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Vermögens-, Gewinn- und Verlustrechnung zu führen ist.

⁹⁵ Dem Kirchenrat der selbständigen Kirchgemeinden gehörte der jeweilige Pfarrer in der Regel ex officio an.

⁹⁶ Vereinbarung zwischen dem Bistum Chur und der Röm.-kath. Kantonalkirche betreffend der kirchlichen Stiftungen im Kanton Schwyz, die teilweise oder ganz von den Kirchgemeinden unterstützt werden. (FN 77).

SACHREGISTER

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Aberkennungsklage | A 3.1 |
| Abschreibung eines Verfahrens (Rückzug) | B 1.12 |
| Abstand (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| AHV-Beitragsnachzahlungsverfügung, Eröffnung | B 2.2 |
| AHV-beitragsrechtliche Qualifikation von Darlehenszins | B 2.1 |
| Akteneinsicht bei vereinigten Verfahren | B 1.7 |
| Akteneinsichtsbegehren (BVG / Rechtsweg) | B 3.2 |
| Amtliche Verteidigung | A 5.2 |
| Antenne (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| Antrag auf Befreiung von Verfahrenskosten | B 1.10 |
| Anwendbares Recht bei der Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils bezüglich des BVG-Guthabens | A 2.7 |
| Arbeitslosenversicherung | |
| – Koordination mit Invalidenversicherung | B 1.4 |
| – Sistierung | B 1.4 |
| Aufbewahrung und Herausgabe von öffentlichen Testamenten | A 7.1 |
| Auferlegung der Verfahrenskosten trotz Obsiegens | B 1.11 |
| Aufhebung der Vormundschaft auf eigenes Begehren | C 6.2 |
| Aufsicht über Schiedsgerichte | A 1.1 |
| Auslegung des Testaments | A 2.4 |
| Auslegung eines Dienstbarkeitsvertrages | A 3.2 |
| Ausnahmebewilligung ausserhalb der Bauzonen | C 2.4 |
| Ausnahmen (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| Ausnützungsbonus bei behindertengerechtem Bauen | C 2.1 |
| Ausnützungsziffer (siehe auch Planungs- und Baurecht) | B 8.5 |
| Austragung von Jauche bei einer Hangneigung von mehr als 50% | A 4.3 |

B

| | |
|-------------------------------------------------|--------|
| Bäuerliches Bodenrecht (Arrondierung; BGGB-RPG) | B 16.4 |
| Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| Baureglement, Abänderungsantrag | B 8.5 |
| Behindertengerechter Wohnraum | B 8.9 |
| Behindertengerechtes Bauen | C 2.1 |

| | |
|---------------------------------------------------------|--------|
| Behindertengleichstellungsgesetz | C 2.1 |
| Beiladung (in das Parallelverfahren) | B 1.7 |
| Beschäftigungsprogramm | B 13.2 |
| Beschlagnahme | A 5.6 |
| Beschwerde im Untersuchungsverfahren | A 5.6 |
| Beschwerdebefugnis bei Gesamthandschaften | B 1.6 |
| Betreibung von Krankenkassenprämien | A 6.4 |
| Bewertung unüberbauter landwirtschaftlicher Grundstücke | C 12.1 |
| Bezeichnung des Pfandobjekts in der Betreibung | A 6.1 |
| Billigkeitshaftung | A 2.1 |
| Bootsunterstand, -anlegeplatz | C 2.2 |
| Bundesstrafgericht | A 5.1 |
| BÜPF | A 5.5 |
| BVG (Rechtsweg bei Akteneinsichtsbegehren) | B 3.2 |

D

| | |
|--------------------------------------------------------------------|--------|
| Direktzahlungen: Berechnung des massgebenden Vermögens und Kürzung | C 12.1 |
|--------------------------------------------------------------------|--------|

E

| | |
|-------------------------------------------------------------|--------------|
| Einbürgerungsgesuch (siehe auch Stimmrechtsbeschwerde) | B 7.1 |
| Einlegungsstelle für den Rekurs gegen ein Konkursdekret | A 6.3 |
| EMRK | A 5.2, A 5.6 |
| EMRK (siehe auch Verfahrensrecht / öffentliche Verhandlung) | B 1.8 |
| Enteignung | C 19.1 |
| Entmündigung | C 6.1 |
| Entmündigung auf eigenes Begehren | C 6.2 |
| Erbrechtliche Begünstigung geschiedener Ehegatten | A 2.4 |
| Eröffnung einer AHV-Beitragsnachzahlungsverfügung | B 1.13 |
| Erschliessungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht) | |

F

| | |
|--------------------------------------------------------------|-------|
| Fahrlässige Tötung | A 4.1 |
| Festlegung des interkantonalen Gerichtsstandes im Strafrecht | A 5.1 |
| Flurgenossenschaft (siehe auch Beschwerdebefugnis) | B 1.6 |
| Forum für Aberkennungsklagen in Mietsachen | A 3.1 |
| Frist bei formloser Ablehnung von UVG-Leistungen | B 1.5 |
| Führerausweisentzug (siehe Strassenverkehrsrecht) | |

| | |
|-------------------------------------------------|--------|
| Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) | |
| – ernstgemeinter freiwilliger Eintritt/Verbleib | B 16.1 |
| – Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung | B 1.9 |
| – örtliche und sachliche Zuständigkeit | B 1.1 |
| – Vorgehen bei Kollision interkantonalen Normen | B 1.1 |

G

| | |
|--------------------------------------------------------|--------|
| Garantenstellung | A 4.1 |
| Gebäudehöhe (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| Gemeindeautonomie bei der Rechtsanwendung | C 2.1 |
| Gemeindebürgerrechtsverordnung | B 7.1 |
| Gemeindeversammlung (siehe auch Stimmrechtsbeschwerde) | B 7.1 |
| Gesetzesbegriff in der Schwyzer Verfassung | B 8.7 |
| Gestaltungsplan (siehe Planungs- und Baurecht) | |
| Giebeldreieck | B 8.10 |
| Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit | A 6.3 |
| Grenzabstand einer Mobilfunkantenne | B 8.6 |
| Gutachten bei vormundschaftlichen Massnahmen | C 6.2 |

H

| | |
|-----------------------------|--------|
| Haftgrund | A 5.4 |
| Haftung der Revisionsstelle | A 2.6 |
| Haftung des Familienhauptes | A 2.1 |
| Handelsregistereintrag | A 1.1 |
| Hydrant | C 10.2 |

I

| | |
|---------------|-------|
| Inhaberaktien | A 2.5 |
|---------------|-------|

K

| | |
|---------------------------------------------------|-------|
| Kausalabgaberecht: | |
| – Anrechnung von überbauter Gebäudegrundfläche? | B 5.1 |
| – Erfordernis der direkten eigenen Zufahrt | B 5.1 |
| – Kanalisationsanschlussgebühren | B 5.2 |
| – Verrechnung neuer mit aufgegebenen Parkplätzen? | B 5.1 |
| – Vorteilsabgabe: gilt nicht rückwirkend | B 5.1 |
| Kausalhaftung | A 2.1 |
| Kausalität der Unterlassung | A 4.1 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Klage auf Berichtigung des Personenstandsregisters | A 2.3 |
| Kollisionsgefahr | A 5.3 |
| Kompetenzcharakter von Betriebsinventar | A 6.2 |
| Konkursamtliche Liquidation | A 2.2 |
| Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung | A 2.2 |
| Konkursverschleppung | A 2.6 |
| Kontosperre | A 5.6 |
| Konzession | C 2.2, C 10.2 |
| Koordination Arbeitslosen- und Invalidenversicherung | B 1.4 |
| Koordinationsgebot (siehe auch Planungs- und Baurecht) | B 8.3 |
| Kosten (siehe Verfahrensrecht) | |
| Kostenbefreiung | A 5.2 |
| Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Nebenintervention | A 3.3 |
| Kostenvorschusspflicht für eine richterliche Ernennung der Revisionsstelle | A 2.2 |
| Krankenversicherung – Prämienverbilligung | B 3.3 |

L

| | |
|-------------------------------|-------|
| Liberierung der Inhaberaktien | A 2.5 |
|-------------------------------|-------|

M

| | |
|----------------------------------------|-------|
| Mangelhafte Eröffnung einer Verfügung | B 1.5 |
| Massgebendes Recht nach Rechtsänderung | B 5.2 |
| Materielle Rechtskraft | C 2.3 |
| Mitwirkungspflicht | A 3.4 |

N

| | |
|----------------------------------------------------------|--------------|
| Nichtigkeit des Zahlungsbefehls | A 6.1 |
| Nichtigkeit einer Schiedsklausel | A 1.1 |
| NISV | C 2.3 |
| Novenrecht im Rekursverfahren gegen ein Konkursdekret | A 6.3, A 6.4 |
| Nutzungsplanverfahren | B 8.4 |

O

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Öffentliche und mündliche Verhandlung vor Verwaltungsgericht, Antragstellung | B 1.8 |
|---------------------------------------------------------------------------------|-------|

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------|--------|
| Ökologie als Zuschlagskriterium bei der Arbeitsvergebung | C 14.1 |
| Opferhilfe | |
| – Weitere Hilfe – Soforthilfe / Verhältnis zur unentgeltlichen Rechtspflege | B 18.1 |
| Ort mit empfindlicher Nutzung (OMEN) | C 2.3 |
| Örtliche Zuständigkeit beim FFE | B 1.1 |

P

| | |
|----------------------------------------------------------------------|--------|
| Parteientschädigung (siehe auch Verfahrensrecht) | B 1.11 |
| Pfändung von Betriebsinventar | A 6.2 |
| Planungs- und Baurecht | |
| – Abstand § 68 Abs. 3 PBG; Verhältnis zum Strassenabstand | B 8.7 |
| – Antenne | B 8.6 |
| – Ausnahmen (nur im Gestaltungsplanperimeter) | B 8.7 |
| – Ausnützungsziffer (AZ) | |
| – AZ-Berechnung: Behindertengerechte Wohnung | B 8.9 |
| – AZ-Berechnung: Trennwände von Reihenhausbauten | B 8.8 |
| – Planungsermessen bei Festsetzung AZ | B 8.5 |
| – Baureglementsrevision: Abänderungsantrag | B 8.5 |
| – Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen der Groberschliessung | C 10.1 |
| – EP und Art. 24 RPG | B 8.1 |
| – Erschliessung mit Löschwasser | C 10.2 |
| – Erschliessungsplan (EP), Abgrenzung Basis-/ Groberschliessung | B 8.2 |
| – Gebäudehöhenermittlung bei Kreuzgiebelbaute | B 8.10 |
| – Koordinationsgebot (Ausbau Erschliessungsstrasse) | B 8.3 |
| – Linienführung im EP (keine genaue Festlegung) | B 8.1 |
| – Mobilfunkanlagen: keine Abstandsvorschriften für Antennenanlagen | B 8.6 |
| – Strassenausbau: Vorgehen bei fehlendem EP | B 8.3 |
| – Umweltverträglichkeitsprüfung | C 10.1 |
| – Umweltverträglichkeitsprüfung im Nutzungsplanverfahren? | B 8.4 |
| – unterschiedliche Qualifikation paralleler Anlagen | B 8.1 |
| – Verfahrenssistierung bei alternativem Baugesuch | B 1.3 |
| – Voraussetzungen für eine genügende Erschliessung | C 10.1 |
| – Waldabstandsermittlung im Baubewilligungsverfahren | B 8.11 |
| Politische Rechte bei Vormundschaft | C 6.2 |
| Polizeihaft | A 5.3 |
| Prämienverbilligung | B 3.3 |
| Privatrechtliche Baueinsprache | A 3.2 |

R

| | |
|--------------------------------------------------------------------------|--------|
| Rechtsmittelbefugnis (siehe auch Beschwerdebefugnis) | B 1.6 |
| Rechtsmittelfrist (Anfechtungsfrist bei formloser Leistungsablehnung) | B 1.5 |
| Reformatio in peius | C 2.3 |
| Reihenhäuser | B 8.8 |
| Revisionsstelle der AG | A 2.2 |
| Rückzug (siehe auch Verfahrensrecht) | B 1.12 |

S

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| Schiedsgericht | A. 1.1 |
| Schlichtungsverfahren bei mietrechtlichen Aberkennungsklagen nach Art. 83 SchKG | A 3.1 |
| Servitutarische Baubeschränkung | A 3.2 |
| Sistierung des Verfahrens | B 1.3, B 1.4 |
| Sorgfaltspflicht des Lehrers beim Skiausflug | A 4.1 |
| Sorgfaltspflicht des Tierhalters | A 2.1 |
| Sozialhilfe | |
| – Abtretung von Lohnforderungen? | B 13.1 |
| – Anspruch auf volle Individualprämie? (KVG- Prämienverbilligung) | B 3.3 |
| – Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe | C 7.2 |
| – Naturalleistungen als Minimum | B 13.1 |
| – Pflichten der Fürsorgebehörde | B 13.1 |
| – Prozesskosten aus anderen Verfahren? | B 13.2 |
| – Teilnahme an Beschäftigungsprogramm | B 13.2 |
| – Unterstützungswohnsitz eines Ausländers | C 7.3 |
| – Wirtschaftliche Hilfe für selbständig Erwerbende | C 7.1 |
| – Wohnungsanspruch (bei getrennt lebenden Gatten) | B 13.2 |
| Standortdatenblatt einer Mobilfunkanlage | C 2.3 |
| Stimmrechtsbeschwerde (Einbürgerungsgesuche) | B 7.1 |
| Stipendium | C 8.1 |
| Stockgrenze | B 8.11 |
| Strafbestimmungen des USG | A 4.3 |
| Strafprozessuale Zwangsmassnahmen | A 5.6 |
| Strassenverkehrsrecht | |
| – Führerausweisentzug: Fahren mit Guckloch in Frontscheibe (unzureichende Enteisierung) | B 12.2 |
| – Unterschreitung der gesetzl. Mindestentzugsdauer? | B 12.3 |
| – Verfahrenskosten: bis wann Antrag auf Befreiung? | B 1.10 |
| Substantiierungspflicht | A 2.6 |

T

| | |
|-----------------------|-------|
| Teilrechtskraft | C 2.3 |
| Tierhalterhaftpflicht | A 2.1 |

U

| | |
|-----------------------------------------------------|---------------|
| Überwachung des Postverkehrs | A 5.5 |
| Umweltgefährdende Stoffe | A 4.3 |
| Unentgeltliche Rechtspflege | A 3.4, A 5.2 |
| Unentgeltliche Rechtspflege bei FFE | B 1.9 |
| Unentgeltliche Rechtsverteidigung | A 5.2, B 18.1 |
| Unfallversicherung | |
| – Anfechtungsfrist bei formloser Leistungsablehnung | B 1.5 |
| – Qualifikation eines Schreckereignisses als Unfall | B 3.5 |
| Untersuchungsgrundsatz im Baubewilligungsverfahren | B 8.11 |
| Untersuchungshaft | A 5.3, A 5.4 |
| Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche | B 7.1 |

V

| | |
|------------------------------------------------------------|--------|
| Verfahren | |
| – Abschreibung eines Verfahrens (Rückzug) | B 1.12 |
| – Akteneinsicht in Parallelverfahren? | B 1.7 |
| – Antrag auf Befreiung von Verfahrenskosten | B 1.10 |
| – Beiladung (in Parallelverfahren / von Fachinstanz) | B 1.7 |
| – Beschwerdebefugnis eines Gesamteigentümers | B 1.6 |
| – Eröffnung (AHV-Beitragsnachzahlungsverfügung) | B 1.13 |
| – Öffentliche Verhandlung | B 1.8 |
| – Parteientschädigung (bei rechtswidrigem Verhalten) | B 1.11 |
| – Rechtsmittelfrist (bei formloser Leistungsablehnung) | B 1.5 |
| – Rechtsverteidigung: Notwendigkeit (bei FFE) | B 1.9 |
| – Rechtsweg bei BVG-Akteneinsichtsbegehren | B 3.2 |
| – Sistierung (als anfechtbare Zwischenverfügung) | B 1.4 |
| – Sistierung (generell / bei alternativem Baugesuch) | B 1.3 |
| – Zuständigkeit (FFE-Normenkollision) | B 1.1 |
| Verfolgungsverjährung | A 4.2 |
| Verfügung | B 1.5 |
| Verstoss gegen Umweltvorschriften | A 4.3 |
| Vollstreckungsverjährung | A 4.2 |
| Voraussetzungen der Zulässigkeit der Austragung von Jauche | A 4.3 |
| Vorteilsabgabe (siehe unter Kausalabgaberecht) | |
| Vorzeitiger Baubeginn | C 2.3 |

W

| | |
|-------------------|--------|
| Waldabstand | B 8.11 |
| Wiederaufbaurecht | C 2.2 |

Z

| | |
|------------------------------------|-------|
| ZGB (siehe unter FFE) | |
| Zulässigkeit von Nebenbestimmungen | C 2.3 |
| Zwischenverfügung | B 1.4 |