

Rechtsprechung

kantonschwyz 

Entscheide 2005
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2005

Inhaltsüberblick

A **Zivil- und Strafgerichte** Seite 9

1.	Gerichtsordnung	1.1 – 1.2
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.5
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.2
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.7
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.11
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B **Verwaltungsgericht** Seite 103

1.	Verfahren	1.1 – 1.16
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1 – 2.2
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.2
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	4.1
5.	Kausalabgaben	5.1
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.2
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.12
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.5
12.	Strassenverkehrsrecht	12.1 – 12.3
13.	Sozialhilfe	13.1 – 13.2
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.7
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 280
1.	Gemeindewesen	1.1
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
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	18.1
19.	Verschiedenes	–
D	Aufsatz	Seite 354
	Sachregister	Seite 397

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 Lauf 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 im Internet aufgeschaltete Entscheide gleich zitiert werden können wie jene später in der Buchform erscheinenden (z.B. Entscheid des Verwaltungsgerichts, 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 Verwaltungsgerichts werden weiterhin mehrheitlich in der „Steuerpraxis des Kantons Schwyz“, Zeitschrift für schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

Inhaltsverzeichnis

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite	9
----------	---------------------------------	-------	---

1. Gerichtsordnung

- 1.1 Fristenlauf bei Postlagerungsaufträgen
- 1.2 Entschädigung für unentgeltliche Rechtsvertretung

2. Zivilrecht

- 2.1 Abänderung von Scheidungsrenten
- 2.2 Rechtshängigkeit der Scheidungsklage
- 2.3 Eheschutzverfahren
- 2.4 Mietkaution
- 2.5 Verjährung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Rechtliches Gehör
- 3.2 Mieterausweisung
- 3.3 Schutzschrift
- 3.4 Ablehnung einer Prorogation

4. Strafrecht

- 4.1 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen
- 4.2 Bauen ohne Bewilligung

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Örtliche Zuständigkeit
- 5.2 Auslieferungshaftbefehl
- 5.3 Haftbeschwerde
- 5.4 Ersatzmittel zur Untersuchungshaft
- 5.5 Verfahrenseinstellung
- 5.6 Anklagerückzug zur Verfahrensabtretung
- 5.7 Internationale Rechtshilfe

6. Schuldbetriebs- und Konkursrecht

- 6.1 Ausstandsverfahren
- 6.2 Beschwerdefähigkeit von Rückweisungsentscheiden
- 6.3 Rechtsöffnungsforum
- 6.4 Kleines Rechtsöffnungsverfahren
- 6.5 Gewinnanteilsrecht in der Zwangsversteigerung
- 6.6 Zwangsversteigerung nach Beschlagnahme

- 6.7 Steigerungszuschlag
- 6.8 Befristung von Konkursbegehren
- 6.9 Konkursbegehren ohne vorgängige Betreuung
- 6.10 Verwertung von Gemeinschaftsanteilen
- 6.11 Schuldbrief als Rechtsöffnungstitel

B **Verwaltungsgericht**Seite 103

1. Verfahren

- 1.1 Gerichtsferien in den Bereichen Unfall- und Arbeitslosen-, Kranken- und Militärversicherung sowie Ergänzungsleistungen
- 1.2 Gerichtsferien in den Bereichen Alters- und Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie Erwerbssersatz
- 1.3 Wiederherstellung einer Frist
- 1.4 Aufschiebende Wirkung bei zeitlicher Dringlichkeit
- 1.5 Aufschiebende Wirkung
- 1.6 Prozessvoraussetzung
- 1.7 Rechtsmittelbefugnis
- 1.8 Rechtliches Gehör
- 1.9 Anfechtungsobjekt
- 1.10 Eröffnung einer Verfügung
- 1.11 Widerruf
- 1.12 Verfahrenskosten und Parteientschädigung bei Gegenstandslosigkeit
- 1.13 Kosten- und Entschädigungspflicht trotz Obsiegens
- 1.14 Unentgeltliche Rechtspflege und Parteientschädigung
- 1.15 Erläuterungsbegehren
- 1.16 Klageverfahren

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

- 2.1 AHV/IV (Verfahrensrecht)
- 2.2 Invalidenversicherung

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

- 3.1 Arbeitslosenversicherung / Kranken- und Unfallversicherung (Verfahrensrecht)
- 3.2 Arbeitslosenversicherung

- 4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer**
- 4.1 Handänderungssteuer
- 5. Kausalabgaben**
- 5.1 Abwasser
- 7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte**
- 7.1 Korporationsrecht
- 7.2 Lohnstreitigkeit
- 8. Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz**
- 8.1 Erschliessung
- 8.2 Auflage von Gestaltungsplänen
- 8.3 Einsprachebefugnis (Gestaltungsplanänderung)
- 8.4 Baulinienplan
- 8.5 Geltungsdauer der Baubewilligung
- 8.6 Beschwerdebefugnis bei Verkehrsanordnungen
- 8.7 Bewilligungspflicht und Nutzungsverbot
- 8.8 Grenz- und Gebäudeabstand eines Schwimmbeckens
- 8.9 Ermittlung des massgebenden Terrainverlaufs
- 8.10 Selbstbedienungs-Autowaschanlage in einer WG3-Zone
- 8.11 Bau- und gewässerschutzrechtliche Bestandesgarantie
- 8.12 Kostenauflage und Parteientschädigung
- 10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft**
- 10.1 Schultransport
- 11. Arbeitsvergebung (Submission)**
- 11.1 Freihändiges Verfahren
- 11.2 Ausschreibungsunterlagen
- 11.3 Widerruf
- 11.4 Arbeitsvergebung (Verfahren)
- 11.5 Eröffnung der Vergabe
- 12. Strassenverkehrsrecht**
- 12.1 Führerausweisenzug (Sicherungszug)
- 12.2 Führerausweisenzug (Warnungszug)
- 12.3 Verkehrsanordnung

13. Sozialhilfe

- 13.1 Bevorschussung
- 13.2 Wirtschaftliche Hilfe

16. ZGB und EG ZGB

- 16.1 Zugehörigkeit zu einer Genossame
- 16.2 Aufhebung eines Abstimmungsergebnisses
- 16.3 Antragsrecht
- 16.4 Vormundschaftsrecht
- 16.5 Kindesschutzmassnahmen
- 16.6 Selbstbewirtschafter im Bäuerlichen Bodenrecht
- 16.7 Höchstpreis eines landwirtschaftlichen Betriebs

C Regierungsrat Seite 280

1. Gemeindewesen

- 1.1 Verschleuderungsverbot für Korporationen und Genossamen

2. Baurecht

- 2.1 Einordnung eines Wohn- und Geschäftshauses
- 2.2 Gartenteich
- 2.3 Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands
- 2.4 Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzonen

6. Vormundschaftsrecht

- 6.1 Zuständigkeit für die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen
- 6.2 Anzehung des Kindesvermögens

7. Sozialwesen

- 7.1 Kostengutsprache für Internatsaufenthalt
- 7.2 Wirtschaftliche Hilfe
- 7.3 Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe

8. Erziehungswesen

- 8.1 Schulausschluss

10. Raumplanung

- 10.1 Gestaltungsplan

18. Ausländerrecht

18.1 Nichtverlängerung der Jahresaufenthaltsbewilligung /
Wegweisung

D Aufsatz

Seite 354

Aktive und passive Zugangsrechte zu behördlichen Informationen im
Kanton Schwyz, von Dr. iur. Patrick Sutter, Merlischachen

Sachregister

Seite 397

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Gerichtsordnung

1.1 Fristenlauf bei Postlagerungsaufträgen

- *Postlagerungsaufträge schieben den gesetzlichen Fristenlauf für die Berufung nicht auf (Erw. 2).*
- *Bei bestehendem Prozessrechtsverhältnis besteht eine Pflicht der Parteien, gerichtliche Sendungen innert der siebentägigen Postavisierungsfrist entgegenzunehmen (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Gerichtssendung spätestens am siebten (und letzten) Tag der postalischen Abholfrist als zugestellt, wenn gegenüber dem Empfänger als Partei ein sog. Prozessrechtsverhältnis besteht, d.h. die Zustellung eines behördlichen Akts erwartet werden muss (BGE 130 III 399 Erw. 1.2.3 mit weiteren Hinweisen). Sofern die Sendung nicht zu früherem Zeitpunkt abgeholt wird, gilt m.a.W. bundesrechtlich eine Zustellfiktion für laufende Verfahren, und zwar unabhängig davon, ob die betroffene Person über Rechtskenntnisse verfügt oder nicht.

Nichts anderes sieht das kantonale Zivilprozessrecht in § 115 Abs. 2 GO vor, wonach eine Zustellung auch dann als erfolgt gilt, wenn sie schuldhaft verhindert wird. Gemäss Abs. 1 leg.cit. muss kantonalrechtlich die Zustellung allerdings wiederholt werden, wenn sie scheitert, was für unverschuldete Fälle gilt, mithin in der Regel dann, wenn die Partei keine Kenntnis von einem hängigen Prozess hat (fehlendes Prozessrechtsverhältnis) oder aus andern Gründen nicht mit einer Zustellung zu rechnen war (bspw. nach längerem Ruhen des Verfahrens). Abgesehen von dieser kantonalen Besonderheit hat sich das Kantonsgericht schon in früheren Entscheidungen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gestützt (KG 260/98 RK 2 vom 16. Juli 1998 Erw. 4 mit Hinweisen).

Die Zustellfiktion gilt praxisgemäss auch dann, wenn eine Sendung schuldhaft zu spät abgeholt wird, beispielsweise infolge eines Postlagerungsauftrages oder sogar bei (versehentlicher) Verlängerung der Abhol-

¹ Entscheide des Kantonsgerichts, sofern nicht anders gekennzeichnet; Publikationen erster Instanzen sind am Schluss des jeweiligen Sachbereichs platziert.

A 1.1

frist durch die Post (BGE 127 I 31 und 34 f., wonach die Abholfrist gar ausserhalb von Werktagen ablaufen soll, was indes als zweifelhaft erscheint). Jedenfalls kann eine gesetzliche Rechtsmittelfrist nicht durch Postlagerung infolge Ortsabwesenheit verlängert werden, da dem Postlagerungsauftrag (d.h. nach Ablauf der Abholfrist) keine andere Wirkung zukommen kann als der Entgegennahme durch eine anderweitig bezeichnete Person (Zustellempfänger gemäss § 113 GO bzw. § 29 ZPO), dies zumindest dann, wenn konkret mit einer gerichtlichen Zustellung gerechnet werden muss. Bei bestehendem Prozessrechtsverhältnis hat die abwesende Partei demnach dafür zu sorgen, dass entweder die tatsächliche Postlagerung die voraussichtlich zu wählende Frist unterschreitet oder die Zustellung durch postalische Nachsendung oder eine beauftragte Vertretung sichergestellt wird, soweit nicht die für das Verfahren zuständige Behörde von der vorübergehenden Verhinderung in Kenntnis gesetzt werden kann. Ordentliche Rechtsmittelfristen von kantonal in der Regel 20 Tagen können zudem selbst nach einer Postlagerung gewahrt werden, wenn diese nicht länger als 27 Tage gedauert hat und das Rechtsmittel umgehend eingelegt wird (was solchen Falls als zumutbar erscheint).

3. Nach dem Gesagten besteht bei zu erwartenden Gerichtszustellungen eine Pflicht, dafür zu sorgen, dass solche innert der siebentägigen Avisierungsfrist entgegen genommen werden können, und zwar auf erste Zustellung hin (so auch die neuere Zürcher Rechtsprechung, ZR 98/1999 Nr. 18; z.T. a.M. noch Hauser/Schweri, GVG ZH, N. 5 ff. zu § 179). Vorliegend hat die Beklagte die Gerichtssendung unbestritten und bewusst erst am 19. September 2005 abgeholt. Nach den dargelegten Grundsätzen galt das Urteil indes am siebten Tag nach Einlegung der Abholeinladung ins Postfach, mithin am 14. September 2005 als zugestellt (Eingang bei der Post T. am 7. September zuzüglich sieben Tage). Die zwanzigtägige Berufungsfrist lief demnach ab dem achten Tag der Postfachavisierung und endete am Dienstag, 4. Oktober 2005, um 24.00 Uhr (zum Fristende vgl. auch Art. 3 des Europäischen Übereinkommens über die Berechnung von Fristen, SR 0.221.122.3). Die erst am 10. Oktober 2005 eingelegte Berufung war daher verspätet, zumal keine unverschuldete Verhinderung vorlag. Die Beklagte hatte im Gegenteil Kenntnis davon, dass mit der Urteilszustellung in ihrer Ferienzeit zu rechnen war, weshalb sie sich umso weniger allein auf einen Postlagerungsauftrag verlassen bzw. nach Ferienende am 19. September mit der Berufungseinlegung bis nach dem 4. Oktober 2005 zuwarten durfte. Nachdem die gesetzliche Berufungsfrist von 20 Tagen nicht erstreckt werden kann, musste die Beklagte vielmehr damit rechnen, dass der Fristenlauf vom Postrückbehalt nicht beeinflusst würde (andernfalls es

im Belieben einer Partei stünde, eine gesetzliche Frist auf diese Weise einseitig zu verlängern).

An der Verspätung der Berufung ändert nichts, dass die Vorinstanz in ihrem Berufungsbericht, allerdings in Unkenntnis der Postlagerung, vom Fristenablauf ab tatsächlichem Empfang ausgegangen ist oder im Falle der Nichtabholung eine zweite Zustellung hätte vornehmen können, auf die aber kein Anspruch bestanden hätte, wenn die Nichtabholung bewusst unterblieben wäre. Auch die von der Beklagten angeführte telefonische Erkundigung beim vorinstanzlichen Gerichtsschreiber vom 6. Oktober 2005 ist, soweit er eine bindende Auskunft (vgl. hierzu Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 75 B III) zum konkreten Fristenlauf erteilt haben sollte, nicht erheblich, weil die Anfrage erst nach eingetretenem Fristablauf stattgefunden hat und daher zum vor herein keinen Vertrauensschutz mehr begründen konnte.

(Verfügung vom 30. November 2004, ZK 2005 54. Auf eine dagegen gerichtete staatsrechtliche Beschwerde wurde in BGer 5P.4/2006 vom 31. Januar 2006 nicht eingetreten).

1.2 Entschädigung für unentgeltliche Rechtsvertretung

- *Beschwerdefähigkeit der amtlichen Honorarbemessung; fehlende Legitimation der unentgeltlich vertretenen Partei (Erw. 9).*

Aus den Erwägungen:

9. Weiter ficht die Klägerin die Höhe der ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochenen Entschädigung an und begehrt Disp.-Ziff. 4 Abs. 2 des angefochtenen Urteils abzuändern. Konkret trägt sie vor, dass das durch die Vorinstanz für den unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin festgelegte Honorar gegen die Vorschriften des Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA) verstösst. Insbesondere liege ein Verstoß gegen § 5 i.V.m. § 8 Abs. 2 GebTRA vor und das sich aus diesen Vorschriften ableitende Mindesthonorar sei durch die Vorinstanz deutlich unterschritten worden.

Die Vorinstanz hat der Klägerin Rechtsanwalt I. als unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt. Die Klägerin rügt mit Berufung, die Vorinstanz habe ihrem Rechtsvertreter eine ungenügende Entschädigung zugesprochen. Die Berufung dient (...) lediglich der Anfechtung der zwischen den Parteien verfüzten Rechtsfolgen. Mit der Festsetzung der Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters wird jedoch nicht über einen materiellen Anspruch der berechtigten Partei gegenüber dem Pro-

A 2.1

zessgegner, sondern in einem Akt der Justizverwaltung über einen öffentlichrechtlichen Anspruch des Armenanwalts gegenüber dem Staat entschieden. Zwischen dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der prozessierenden Partei und dem Staat wird somit ein besonderes Rechtsverhältnis begründet, kraft dessen der Rechtsvertreter einen öffentlichrechtlichen Anspruch gegen den Staat auf Vergütung hat. Findet sich der unentgeltliche Rechtsvertreter mit dem Entscheid über die Höhe der Vergütung nicht ab, ist er daher gemäss ständiger kantonsgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nur in eigener Person legitimiert, gegen den Entscheid Beschwerde einzureichen (KG 476/00 RK 1; KG 369/97 RK 1; KG 169/96 RK 1; KG 383/95 RK 1 [und RK1 2003 414]). Die (...) prozessierende Partei ist durch einen solchen Entscheid nicht beschwert und deswegen zur Anfechtung nicht befugt. Da im vorliegenden Fall der Anwalt nicht in eigenem, sondern im Namen der Klägerin die ungenügende Entschädigung rügt, ergibt sich, dass das gewählte Rechtsmittel der Berufung im vorliegenden Fall nicht zulässig (...) ist.

(Urteil vom 30. November 2004 [begründet 2005], ZK 2002 480; praxisgemäss ist die Kostenbeschwerde nach Art. 148 GO gegeben, sofern sie nicht mit dem Rekurs [im Fall des Rechtsvertreters nach § 205 ZPO, z.B. zur Durchsetzung von § 78 Abs. 1 ZPO] verbunden werden kann; vgl. EGV-SZ 1989 Nr. 34 und 1981 Nr. 20).

2. Zivilrecht

2.1 Abänderung von Scheidungsrenten

- *Abänderung einer altrechtlichen Bedürftigkeitsrente. Staatliche Ergänzungsleistungen sind im Verhältnis zur Bedürftigkeitsrente subsidiär (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

5. Der Kläger lässt vorbringen, dass man im Zeitpunkt der Scheidung vom Einstieg der Beklagten ins Erwerbsleben ausgegangen sei und nicht vorausgesehen habe, dass sie invalid würde. Die Abänderungsklage sei deshalb grundsätzlich zuzulassen. Die Vorinstanz halte zu Unrecht fest, dass Ergänzungsleistungen nicht zu berücksichtigen seien. Auf solche Leistungen bestehe ein gesetzlicher Anspruch, weshalb diese auf den Unterhalt anzurechnen seien. Falle der Unterhaltsbeitrag weg, so werde

die Ergänzungsleistung entsprechend höher. Eventuell sei die Rentenverpflichtung bis August 2007 zu begrenzen, da die Beklagte ab diesem Zeitpunkt eine AHV-Rente erhalten werde, die mit Sicherheit höher ausfallen werde als die IV-Rente. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Beklagte für die Betreuung eines Enkelkindes ein Einkommen von ca. Fr. 500.00 bis Fr. 600.00 monatlich erziele oder erzielen könne.

a) Für die Abänderung einer altrechtlichen Bedürftigkeitsrente gelten gemäss Art. 7a Abs. 3 SchIT ZGB die Vorschriften des früheren Rechts. Nach Art. 153 Abs. 2 aZGB wird eine wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten aufgehoben oder herabgesetzt, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Mass abgenommen hat, sowie wenn die Vermögensverhältnisse der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen.

b) Eine Herabsetzung oder Aufhebung der Bedürftigkeitsrente können nur Veränderungen rechtfertigen, die erheblich und dauernd und wenn sie bei der Festsetzung im Scheidungsurteil noch nicht im Voraus berücksichtigt worden sind. Das Kantonsgericht St. Gallen ist davon ausgegangen, dass die Beklagte nach einer gewissen Zeit (Verminderung der Betreuungsaufgaben) teilweise ins Erwerbsleben werde eintreten können, verwarf aber eine zeitliche Begrenzung mit der Begründung, dass die Beklagte auf absehbare Zeit nicht in der Lage sein werde, ihren Lebensunterhalt voll zu decken.

Aufgrund ihrer Invalidität konnte die Beklagte in der Folge keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, erhielt und erhält dafür aber eine IV-Rente ausbezahlt. Dieses Einkommen gilt als Erwerbsersatzeinkommen; es ist Einkommen für fehlende Erwerbsfähigkeit. Die Beklagte erzielt damit nur Einkommen in einem Ausmass, mit dem das Scheidungsgericht nach einer gewissen Übergangsphase rechnete und ihr zumutete. Der Umstand, dass die Beklagte eine IV-Rente von etwas mehr als Fr. 1'000.00 erzielt, stellt deshalb keinen Abänderungsgrund dar.

c) Vor Erstinstanz stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, dass es keine Rolle spiele, ob die Beklagte noch Ergänzungsleistungen beziehe. Vor Kantonsgericht macht er dagegen geltend, dass die IV-Ergänzungsleistung nach einem allfälligen Wegfall der Bedürftigkeitsrente soweit erhöht würde, bis der notwendige Bedarf der Beklagten gedeckt sei. Da auf Ergänzungsleistungen ein gesetzlicher Anspruch bestehe, müsse deshalb diesem Umstand Rechnung getragen werden und führe vorliegend zum Wegfall der Bedürftigkeitsrente.

A 2.1

aa) Unter bestimmten Voraussetzungen (ungenügende Eigenversorgung) können Sozialhilfeleistungen an die Stelle von oder neben Erwerbs- oder Erwerbssersatzeinkommen treten. Nebst Sozialhilfe i.e.S. zählen hiezu vor allem die AHV/IV-Ergänzungsleistungen. Letztere sind nach überwiegender Lehrmeinung subsidiär gegenüber den Unterhaltersatzleistungen des geschiedenen Ehegatten (Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 1995, S. 303 Anm. 11b und S. 360 Anm. 6 mit zahlreichen Hinweisen; Heinz Hausheer und Thomas Geiser, Koordination Scheidungsunterhalt und AHV/IV-Ergänzungsleistungen, in: ZBJV 1994 S. 620 ff.; Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz 01.38 und 05.184; Lüchinger/Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. A., N 8 zu Art. 152 ZGB; Rolf Vetterli, Scheidungshandbuch, S. 202; zum neuen Scheidungsrecht: Schwenzer, Praxiskommentar, 2005, N 18 zu Art. 125 ZGB; Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz 05.133). Einzelne Autoren äussern sich kritisch hierzu (Spühler/Frei-Maurer, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 152 aZGB) oder sogar ablehnend (Thomas Koller, Privatisierung oder Sozialisierung der wirtschaftlichen Folgen objektiver Scheidungsrisiken?, in: recht 1994 S. 80). Das Kantonsgericht Freiburg hat in einem Urteil aus dem Jahre 1993 eine mögliche Ergänzungsleistung bei der Festsetzung einer Bedürftigkeitsrente nicht berücksichtigt (SJZ 1993 S. 366). Ebenso hatte das Obergericht Schaffhausen mit Entscheid vom 13. Juli 1984 die Berücksichtigung der Ergänzungsleistungen abgelehnt. Es hielt u.a. fest, dass es sich bei den Leistungen nach dem Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur AHV/IV vom 19. März 1965 (SR 831.30; ELG) im Grunde genommen nicht um Versicherungs-, sondern um „Fürsorgeleistungen“ handle, auf welche zwar gegebenenfalls ein Rechtsanspruch bestehe, die jedoch stark an die Voraussetzungen der Subsidiarität, Bedürftigkeit und Individualisierung gebunden seien (Amtsbericht des Obergerichts Schaffhausen 1984 S. 139).

bb) Die Subsidiarität der Ergänzungsleistungen gegenüber Ansprüchen nach Art. 152 aZGB ergibt sich aus dem Gesetz (ELG) und auch aus den Materialien. So bestimmt Art. 3a Abs. 1 lit. h ELG (in der Fassung vom 20. Juni 1997), dass „familienrechtliche Unterhaltsbeiträge“ bei der Einkommensberechnung anzurechnen, während beispielsweise Verwandtenunterstützungen nach Art. 328 ff. ZGB von der Anrechnung ausgenommen sind (Abs. 2 lit. a). In BBl 1970 I S. 150 war zur früheren gleichlautenden Gesetzesfassung präzisiert worden, dass auch Ansprüche gemäss Art. 152 aZGB unter den Begriff familienrechtlicher Unterhaltsbeiträge fallen. Die von Thomas Koller (a.a.O.) daran geübte Kritik überzeugt nicht. Koller plädiert dafür, dass es sachgerecht wäre, die wirtschaftlichen Folgen von Lebensrisiken unabhängig vom Zivilstand der

Betroffenen den Sozialversicherungsträgern zu überbinden. Heinz Hausheer und Thomas Geiser halten dem entgegen, dass die Regelung des ELG zivilstandsabhängig konzipiert sei und sich die Subsidiarität zu den Scheidungsalimenten auch aus dem Zweck der Ergänzungsleistungen ergebe, wonach die Armut der AHV- und IV Rentner gezielt verhindert werden soll.

cc) Auch wenn auf Ergänzungsleistungen der AHV und IV ein Rechtsanspruch besteht, sind diese nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut zu den familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen subsidiär. Sie müssen deshalb bei der Festsetzung einer Unterhaltsrente, erst recht aber bei einer Abänderungsklage, unberücksichtigt bleiben. Insbesondere die Aufhebung einer bestehenden Scheidungsrente mit der Begründung, bei deren Wegfall würde die Ergänzungsleistung automatisch erhöht, liefe dem Zweck und Geist dieses Gesetzes zuwider und darauf hinaus, in Umgehung von Art. 3a Abs. 1 lit. h ELG private, scheidungsrechtliche Verpflichtungen zweckwidrig zu sozialisieren.

d) Darüber hinaus kommt eine Reduktion oder Aufhebung der Bedürftigkeitsrente im vorliegenden Fall aus einem weiteren Grund nicht in Betracht: Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass eine Bedürftigkeit im Sinne von Art. 152 aZGB gegeben ist, solange die ansprechende Partei nicht über ein Einkommen verfügt, das um etwa 20% höher ist als der erweiterte Notbedarf (betriebsrechtlicher Notbedarf plus laufende Steuern und gewisse Versicherungsaufwendungen). Damit liegt die für die Bedürftigkeitsrente massgebende Lebenshaltung regelmässig über der Einkommensgrenze, welche für Ergänzungsleistungen gilt (Hausheer/Geiser, a.a.O., S. 622). Die für eine Abänderung notwendige Voraussetzung der fehlenden Bedürftigkeit nach Art. 153 Abs. 2 aZGB wäre deshalb selbst dann anzunehmen, wenn man davon ausgehen würde, die Beklagte erhielte nach Wegfall der Rente zusätzliche Ergänzungsleistungen. Der Kläger jedenfalls weist nicht nach, dass in diesem Fall die Bedürftigkeit im Sinne von Art. 152 aZGB bei der Beklagten nicht mehr bestehen würde. Zudem fehlt es auch am Nachweis, dass die Beklagte für die Betreuung eines Enkelkindes regelmässige Vergütungen entrichtet erhält, wie der Kläger behaupten lässt. Mangels konkreter Indizien ist im Gegenteil davon auszugehen, dass solche Betreuungshilfen im Rahmen verwandtschaftlicher Mithilfe unentgeltlich geleistet werden.

(Urteil vom 23. August 2005, ZK 2005 22).

A 2.2

2.2 Rechtshängigkeit der Scheidungsklage

- *Rechtshängigkeit durch Klageanhebung beim zürcherischen Friedensrichter? Verhältnis zwischen Art. 136 Abs. 2 ZGB und kantonalem Recht (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 136 ZGB wird der Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage bundesrechtlich geregelt (Oskar Vogel/Karl Spühler [Vogel/Spühler], Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. nachgeführte Auflage 2001, 8. Kapitel N 36a). Demnach tritt die Rechtshängigkeit der Klage eines Ehegatten auf Scheidung mit der Klageanhebung ein (Art. 136 Abs. 2 ZGB).

a) Klageanhebung ist jede prozessleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft (BGE 118 II 479; 114 II 336; 101 II 79 mit weiteren Hinweisen). Das Bundesrecht überlässt es dem kantonalen Gesetzgeber, die für die Prozesseinleitung notwendige Handlung (...) zu definieren (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 136 N 26). Verlangt das kantonale Recht obligatorisch die Anrufung einer Sühnestelle, so reiche dies für die Klageanhebung aus, sofern die betreffende Stelle nach kantonalem Recht von Amtes wegen die Streitsache mangels Aussöhnung an das Gericht weiterzuleiten habe oder die klagende Partei innert einer bestimmten gesetzlichen Frist beim ordentlichen Gericht im Sinne einer Prosequierung vorgehen muss, um prozessuale Rechtsnachteile zu vermeiden (Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I, Ziff. 234.3 135 f.; Leuenberger in Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage 2002, Art 136 N 8; Leuenberger in Familienrechts Kommentare Scheidung [FamKomm Scheidung], Art. 136 N 11; Sutter Freiburghaus, a.a.O.). Allerdings handelt es sich bei der Prosequierung nicht um eine eigentliche Pflicht, sondern vielmehr um eine zivilprozessuale Obliegenheit nach kantonalem Recht (BGE 118 II 479 ff.).

Der Beklagte hat das Sühneverfahren zeitlich vor Rechtshängigkeit des klägerischen Scheidungsbegehrens eingeleitet. Es kommt somit für den vorliegenden Fall darauf an, ob mit der Einleitung des Sühneverfahrens durch den Beklagten die Rechtshängigkeit des beklagischen Scheidungsbegehrens eingetreten ist (...).

aa) Klagen auf Scheidung und Trennung der Ehe sind gemäss § 21 Ziff. 4 Gerichtsverfassungsgesetz ZH (GVG ZH) dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren zur Entscheidung zugewiesen. Dem ordentlichen Verfahren geht das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter voraus, soweit nichts anderes bestimmt ist (§ 93 ZPO ZH); unstrittig wird im Kanton Zürich die Streitsache bei fehlender Aussöhnung nicht von Amtes wegen an das zuständige Gericht abgegeben.

bb) § 195a ZPO ZH normiert, dass Klagen auf Scheidung oder Trennung der Ehe mit Anhebung vor dem Friedensrichter rechtshängig werden, äussert sich jedoch nicht weitergehend. So ist nicht vorgesehen, dass in diesem konkreten Fall entsprechende Begehren durch den Friedensrichter von Amtes wegen weiterzuleiten sind noch der Kläger bei unterlassener eigener Weiterleitung einen prozessualen Nachteil zu gegenwärtigen habe.

Die zürcherische Rechtsprechung (Obergericht des Kantons Zürich, ZR 101, S. 92 f. mit weiteren Nachweisen) geht davon aus, dass Sinn und Zweck der Einführung von § 195a ZPO ZH darin bestand, die bundesrechtliche Regelung der Rechtshängigkeit in Art. 136 Abs. 2 ZGB zu unterstreichen und insbesondere die nun bestehende, bundesrechtlich motivierte Abweichung von der bisherigen zürcherischen Praxis, welche die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage gemäss § 102 Abs. 1 ZPO ZH vom Zeitpunkt der Einreichung der Weisung beim Gericht abhängig machte, aufzulösen. Der zürcherische Gesetzgeber habe somit durch den Erlass von § 195a ZPO ZH eine Konkretisierung und Umsetzung der in Art. 136 Abs. 2 ZGB getroffenen Regelung angestrebt.

Ob diese, vom zürcherischen Gesetzgeber in § 195a ZPO ZH getroffene Regelung tatsächlich mit den bundesrechtlichen Anforderungen für die Rechtshängigkeit (vgl. oben) vereinbar ist (verneinend: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung Ergänzungsband, vor § 195a N 100 ff.), kann jedoch offen bleiben, geht die Rekurskammer im vorliegenden Fall jedenfalls davon aus, dass dem Beklagten durch die Nichteinreichung der Weisung tatsächlich ein prozessualer Nachteil entstanden wäre. Dass, wie von der Klägerin vorgetragen, ein prozessualer Nachteil allein darin bestehen kann, dass der Betroffene einen materiellen Rechtsverlust erleidet, vermag an dieser Stelle nicht zu überzeugen, legt die Klägerin doch nicht dar, inwiefern zwischen dem durch Art. 136 Abs. 2 ZGB eingeführten, bundesrechtlichen Rechtsinstitut (...) und dem darin geprägten Begriff des prozessualen Nachteiles sowie dem von ihr behaupteten Begriff des materiellen Rechtsverlustes Identität bestehen soll. Das Bundesgericht jedenfalls scheint schon den Kostennachteil als prozessualen Rechtsnachteil zu werten (vgl. BGE 118 II 479 ff.). Daher ist denkbar, dass sich auch nicht materiell-rechtlich

A 2.2

(negativ) auswirkende Prozesshandlungen durchaus einen prozessualen Nachteil mit sich bringen können. In casu geht die Rekurskammer davon aus, dass mit der Einreichung des Scheidungsbegehrens beim Friedensrichter [die Rechshängigkeit eingetreten] (...) ist, da der drohende Verlust des Wohngerichtsstandes hier als erheblicher prozessualer Nachteil zu werten ist. Dies würde nämlich zu einem Verschluss eines eigentlich offen stehenden Forums führen (vgl. e contrario BGE 83 II 419), war doch die Scheidungsklage der Klägerin bereits vor dem eigentlichen Sühnetermin eingereicht und die entsprechende Rechtshängigkeit hätte den Verlust des Wohngerichtsstandes (respektive den Verlust der Einrede der anderweitigen Litispendenz in einem allfälligen zweiten, später angehobenen Verfahren) für den Beklagten bedeutet. Die Gerichtsstandsgarantie stellt ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht dar; dem Verlust des Wohngerichtsstandes keine nachteilige Wirkung zugestehen zu wollen, erscheint daher nicht überzeugend. Darüber hinaus hätte die klägerische Partei bei Nichteinreichung der Weisung die Kosten des Sühneverfahrens zu tragen, auch hier entstünde ein prozessualer Nachteil.

cc) Die von der Klägerin angeführte gegenteilige Ansicht wendet sich vor allem dagegen, dass mit Klageanhebung respektive mit dem Sühnebegehren alle Wirkungen eintreten sollen, welche mit der verbindlichen Anrufung des erkennenden Gerichts verbunden sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., vor § 195a N 100). Eine Auseinandersetzung mit dieser Ansicht ist jedoch im vorliegenden Fall entbehrlich, stellt sich einzig die Frage nach der Ausschliesslichkeit des angerufenen Gerichts. Eine diesbezüglich ähnliche Regelung wie in Art. 136 Abs. 2 ZGB kennt der Gesetzgeber bereits in Art. 9 IPRG. Art. 9 Abs. 2 IPRG lässt die blosser Einleitung des Sühneverfahrens für den Beginn der Rechtshängigkeit genügen, allerdings nur mit beschränkter Wirkung, nämlich lediglich zur Feststellung, wann eine entsprechende Klage im Konkurrenzverhältnis zu einem ausländischen Zivilverfahren rechtshängig geworden ist. Daher wäre zumindest überlegenswert, ob die dort getroffene Ausnahmeschrift, die eine Rückwirkung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Einleitung des Sühneverfahrens bei gleichlautendem konkurrierenden Rechtsbegehren zwischen der Einleitung des Sühneverfahrens in der Schweiz und der Festlegung der Klage in der Weisung vorsieht, nicht auch ausserhalb internationaler Verhältnisse im interkantonalen Verhältnis entsprechend anzuwenden wäre.

dd) Im vorliegenden Fall hat der Beklagte die Weisung innert vorgegebener Frist an den zuständigen Einzelrichter weitergeleitet, weshalb überlegenswert erscheint, ob eine Weiterleitung durch die Partei innert Frist einer Weiterleitung von Amtes wegen nicht gleichzusetzen ist. Zu-

mindest hinsichtlich der Einhaltung von zivilrechtlichen Verjährungs- und Verwirkungsfristen, deren Anwendungsbereich der in Art. 136 Abs. 2 ZGB verwendete Begriff der Klageanhebung entlehnt ist, ist bereits geurteilt worden, dass auf den Zeitpunkt der Einreichung des Sühnebegehrens abzustellen ist, sofern die klagende Partei die Weisung des Friedensrichters innerhalb der bestimmten Frist an das Gericht weitergeleitet hat (BGE 118 II 479 ff.). Dies könnte durchaus auf die Rechtshängigkeit analog anzuwenden sein, handelt es sich bei dem Begriff der Klageanhebung, wie er in Art. 136 Abs. 2 ZGB Verwendung findet, um den selben Rechtsbegriff, wie er in den angesprochen Fällen bzgl. Verjährungs- und Verwirkungsfristen zu Grunde gelegt wird.

b) Etwas anderes ergibt sich in casu auch nicht aus der von der Klägerin zitierten Lehrmeinung, wonach die Klageanhebung im Sinne von Art. 136 Abs. 2 ZGB erst in dem Zeitpunkt bestehen könne, in dem das Rechtsbegehren definitiv und bereinigt feststehe und in der Weisung aufgenommen sei, also allenfalls mit Einreichung der Weisung bei Gericht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., vor § 195a N 106). Es ist zutreffend, dass die klagende Partei ein vollständiges und bestimmtes Rechtsbegehren stellen und den Rechtsanspruch, den sie gegenüber dem Beklagten erhebt, genau zu bezeichnen respektive das Rechtsbegehren so zu formulieren ist, dass es bei Gutheissung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Dispositiv des Urteils erhoben werden kann. Dies gebietet schon der Grundsatz des rechtlichen Gehörs; der Beklagte soll wissen, wogegen er sich zu verteidigen hat (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 193). Im vorliegenden Fall wurde das Sühnebegehren wie folgt formuliert: „Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden unter Regelung der Nebenfolgen.“ Eine solche Formulierung erfüllt insoweit die Anforderung an ein zulässiges Rechtsbegehren, zumal im Scheidungsverfahren relevante Informationen (wie z.B. Einkommens- und Vermögensverhältnisse) anfangs oftmals spärlich verfügbar sind. Der Beklagte war nicht verpflichtet, sich zur Frage eines allfälligen Unterhaltsanspruches zu äussern, zumal er im Verfahren im Kanton Zürich die Klägerrolle innehat und es ihm im Rahmen der Dispositionsmaxime freisteht, keine Unterhaltszahlungen zu beantragen. Im Übrigen erfolgt ein Grossteil der Regelung der Nebenfolgen der Scheidung von Amtes wegen, vor allem die die Kinderbelange betreffenden Regelungen unterliegen der Officialmaxime. Daher erscheint das vorliegende Klagebegehren ausreichend, um ein Scheidungsverfahren anzuheben, weshalb eine Abänderung nicht notwendig und daher auch nicht erfolgt ist; die Weisung wurde mit diesem Rechtsbegehren dem Bezirksgericht Dielsdorf eingereicht. Allfällige Mängel oder Konkretisierungen wären allenfalls gemäss § 106 Abs. 4

A 2.2

ZPO ZH im Verfahren heilbar, tangieren die Rechtshängigkeit jedoch nicht. Jedenfalls ist die Rekurskammer der Ansicht, dass es auch einem Laien mit einem laienhaft formulierten Antrag möglich sein muss, die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage herbeizuführen.

c) Schlussendlich ist die Klägerin darauf hinzuweisen, dass der Rekurs auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbräuchlichkeit abzuweisen ist. Unter dem alten Scheidungsrecht entstand in Fällen divergierender Wohnsitze oftmals Streit darüber, welche Klage zuerst rechtshängig geworden war, da die Kantone den Eintritt der Rechtshängigkeit unterschiedlich ausgestaltet hatten. Dadurch kam es zu Ungerechtigkeiten, beispielsweise konnte, wenn die Klage in einem Kanton eingeleitet wurde, der die Rechtshängigkeit sehr spät ansetzte, die Gegenpartei mit Wohnsitz in einem anderen Kanton ihrerseits die Rechtshängigkeit im eigenen Kanton schneller herbeiführen, selbst wenn in Wirklichkeit mit der Einleitung des Verfahrens später begonnen wurde. Derartige Zufälligkeiten galt es unter dem neuen Scheidungsrecht zu vermeiden (Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I Ziff. 234.3 S. 135 f.). Sinn und Zweck der Neufassung des Art. 136 Abs. 2 ZGB war zu vermeiden, dass die Parteien verschiedene Zeitpunkte der Rechtshängigkeit zu ihrem Vorteil ausnützen können. Genau dies beabsichtigt hier jedoch die Klägerin, welche es offensichtlich verpasst hat, rechtzeitig an ihrem Wohngerichtsstand die Scheidungsklage einzureichen. Dieses Versäumnis und die Tatsache, dass der Kanton Zürich das Sühneverfahren auch für Klagen auf Scheidung vorschreibt, darf jedoch angesichts der Formulierung des Art. 136 Abs. 2 ZGB nicht dazu führen, dass die Klägerin im Wettlauf um einen möglichst vorteilhaften Gerichtsstand privilegiert wird, zumal sie ihre Scheidungsklage noch vor dem Sühnetermin, an welchem sie nicht erschien, deponierte. Diese Art und Weise des Handelns verdient keinen Rechtsschutz und würde die Regelung des Art. 136 Abs. 2 ZGB ad absurdum führen, weshalb auch daher der Klägerin der Gerichtsstand im Kanton Schwyz infolge anderweitiger Litispendenz zu versagen ist.

(Beschluss vom 24. Oktober 2005, RK1 2004 101).

2.3 Eheschutzverfahren

- *Im Eheschutzverfahren ist eine mündliche Verhandlung mit Protokollierung bundesrechtlich zwingend (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3.a) Das Eheschutzverfahren wird auf Begehren eines Ehegatten eingeleitet und es ist grundsätzlich Sache jedes Ehegatten, die Tatsachen vorzutragen, die für den Entscheid relevant sind. An die Ausgestaltung des Eheschutzverfahrens sind von seinem Zweck her besondere Anforderungen zu stellen. Das Verfahren soll rasch, parteinah und ohne besondere Formalitäten durchgeführt werden (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 1998, N 7 zu Art. 180 aZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N 15 zu Art. 180 aZGB). Im Eheschutzverfahren ist gemäss kantonaler Prozessordnung der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig (§ 1 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d EGzZGB). Mit Entscheid vom 24. Juli 2001 (5P.186/2001; publiziert in Pra 2001 Nr. 188 E. 3b S. 1146, mit Hinweisen) hält das Bundesgericht fest, Eheschutzmassnahmen seien von ihrem Sinn und Zweck her auf Aussöhnung der Ehegatten, auf Vermeidung künftiger oder Behebung bestehender Schwierigkeiten ausgerichtet. Zudem wolle damit verhindert werden, dass die Uneinigkeit zur völligen Entfremdung führe. Nach Art. 172 Abs. 2 ZGB mahne der Richter die Ehegatten an ihre Pflichten und versuche, sie zu versöhnen. Mit der Aufgabe der Vermittlung und Versöhnung sei auch eine mündliche Anhörung notwendig verbunden. Aber auch sonst bedürfe es im Allgemeinen zur Klärung des Sachverhalts und für die Anordnung der verschiedenen Eheschutzmassnahmen der Befragung der Parteien. So herrsche in Lehre und Rechtsprechung Übereinstimmung darüber, dass eine mündliche Verhandlung im Eheschutzverfahren in aller Regel unabdingbar sei und vom Bundesrecht verlangt werde. Ein Recht auf persönliche Teilnahme, d.h. auf mündliche Verhandlung, leite sich für eherechtliche Verfahren im Übrigen auch aus Art. 6 EMRK ab. Im Entscheid 5P.349/2001 vom 6. November 2001 bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, wonach im Eheschutzverfahren eine mündliche Verhandlung unabdingbar sei, wobei es festhielt, dass dies auch für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren gelte.

b) Es entspricht denn auch der Praxis der meisten Eheschutzrichter im Kanton Schwyz, in Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Parteien nach eingegangener Klageschrift zur Hauptverhandlung vorzuladen, mit der Möglichkeit zur mündlichen Klageantwort. In der

A 2.3

Regel findet im Anschluss an die Klageantwort eine Parteibefragung statt und es wird den Parteien die Gelegenheit zur Stellungnahme zum bisherigen Beweisergebnis und je nach Vorbringen der beklagten Partei allenfalls dem Kläger die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Klageantwort eingeräumt. Da im Rahmen des summarischen Verfahrens die Parteien in der Regel keinen Anspruch auf Durchführung von Replik und Duplik haben, soweit sich eine Anhörung nicht wegen wesentlicher neuer Antwortvorbringen aufdrängt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 3, 5 zu § 206 ZPO-ZH; EGV-SZ 1980, S. 66), steht es dem Richter frei, ob die Parteien Gelegenheit zur mündlichen Replik und Duplik erhalten. Unabdingbar ist indessen, der klägerischen Partei in Bezug auf neue Vorbringen in der Klageantwort das rechtliche Gehör einzuräumen.

c) Mit Verfügung vom 22. Januar 2004 hat der Einzelrichter des Bezirks March gemäss seiner Eheschutzpraxis den Beklagten zur Einreichung einer schriftlichen Klageantwort aufgefordert, welche dieser am 2. April 2004 einreichte. Zwar hat gemäss kantonalem Prozessrecht § 167 ZPO der summarisch urteilende Richter, soweit auf ein Begehren eingetreten werden kann, grundsätzlich alternativ die Möglichkeit, unter kurzer Angabe des Klageinhalts eine mündliche Verhandlung anzusetzen oder dem Beklagten Gelegenheit zur schriftlichen Antwort zu geben. Der Richter wählt das Verfahren (Mündlichkeit oder schriftliche Beantwortung) je nach Eigenart des Falles (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 206 ZPO-ZH). Bereits das Zürcher Obergericht hielt jedoch in seinem Entscheid vom 8. März 2001 (publiziert in ZR 101 Nr. 2) fest, dass das Eheschutzverfahren von Bundesrechts wegen mündlich durchzuführen sei, wobei die Parteien grundsätzlich zum persönlichen Erscheinen verpflichtet seien. Ob der beklagten Partei im Eheschutzverfahren gestützt auf § 206 ZPO-ZH, welcher in etwa der schwyzerischen Regelung in § 167 ZPO entspricht, Gelegenheit zur schriftlichen Antwort eingeräumt werden dürfe, erscheine fraglich. Das Obergericht wies darauf hin, dass es nicht im Belieben des Eheschutzrichters stehe, auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten. Wohl könne nach § 206 ZPO-ZH im summarischen Verfahren statt der Anordnung einer mündlichen Verhandlung dem Beklagten Gelegenheit zur schriftlichen Beantwortung gegeben werden. Allerdings könnte man sich die Frage stellen, ob dies auch im Eheschutzverfahren, welches rasch, parteinah und ohne besondere Formalitäten durchgeführt werden solle, statthaft sei. So berge die Anwendung von § 206 ZPO-ZH zufolge der trotz schriftlichen Klagebegründung und –antwort notwendigen mündlichen Verhandlung insbesondere die Gefahr in sich, dass das Verfahren nicht beschleunigt, sondern vielmehr in die Länge gezogen werde, was dem Zweck des Ehe-

schutzverfahrens wie des summarischen Verfahrens im Allgemeinen widerspreche. Selbst wenn indes von der Zulässigkeit der Fristansetzung zur Erstattung einer schriftlichen Klageantwort auszugehen sei, dürfe dies jedenfalls nicht dazu führen, dass keine mündliche Verhandlung stattfinde. Diesen Erwägungen des Zürcher Obergerichts kann sich das Kantonsgericht Schwyz im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anschliessen. Zwar ist die Praxis des Vorderrichters, der Partei zur Einreichung einer schriftlichen Klageantwort Frist anzusetzen, gestützt auf die kantonale Prozessordnung, an und für sich zulässig, wobei sich tatsächlich die Frage stellt, ob durch diese Vorgehensweise Sinn und Zweck des Eheschutzverfahrens nicht vereitelt wird. Insbesondere durch die hierdurch zwangsläufig längeren Verfahren läuft der Vorderrichter Gefahr, dass sich die Verhältnisse zwischen erstem Parteivortrag bis zur Entscheidung massgeblich verändern, wie dies vorliegend der Fall ist. Diese Veränderungen, so der Richter diese in seinem Entscheid beachten will, führen dazu, dass der Gegenpartei Frist anzusetzen ist, um hierzu Stellung nehmen zu können; ansonsten wird der Anspruch der Partei auf Gewährung des rechtlichen Gehörs in gravierender Weise verletzt, was vor Kantonsgericht in der Regel nicht ohne Weiteres geheilt werden kann, da bei einer Heilung des Mangels die Parteien einer Instanz verlustig gehen. Dies zieht zwangsläufig das Verfahren erneut erheblich in die Länge. Berücksichtigt der Richter die Veränderung der Verhältnisse nicht, führt dies unweigerlich dazu, dass die Parteien ein Abänderungsverfahren anheben. Dies ist weder im Sinne der Parteien noch der Gerichte. Diesen Verzögerungen kann entgegen gewirkt werden, indem der Richter die Parteien nach eingegangener Klageschrift zur Hauptverhandlung vorlädt, mit der Möglichkeit zur mündlichen Klageantwort. Direkt im Anschluss kann die Parteibefragung durchgeführt werden und allenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme zum bisherigen Beweisergebnis und je nach Vorbringen der beklagten Partei allenfalls dem Kläger die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Klageantwort eingeräumt werden. Allenfalls ist ein zweiter mündlicher Parteivortrag anzuordnen. Hierdurch werden die Parteirechte gewahrt, die obzitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung wird beachtet und Veränderungen können Rechnung getragen werden. Das Verfahren kann somit rasch und ohne Verzögerungen durchgeführt werden. Allenfalls kann es sich ausnahmsweise bei komplexen Verhältnissen und umfangreichen Akten rechtfertigen, eine schriftliche Stellungnahme zur Klageantwort einzuverlangen. Doch ist davon äusserst restriktiv Gebrauch zu machen!

d) Der Vorderrichter hat die Parteien nach erfolgtem ersten Parteivortrag mit Verfügung vom 15. April 2004 zur Anhörung und zur Vergleichsverhandlung vorgeladen. Weiter forderte er die Parteien auf, bis

A 2.4

spätestens zur Verhandlung Unterlagen gemäss beiliegendem Merkblatt zu edieren, sofern diese nicht bei den Akten sind. Das entsprechende Merkblatt befindet sich jedoch nicht bei den vorinstanzlichen Akten.

In der Sachverhaltsschilderung des Einzelrichters lässt sich jedoch zur Anhörung nichts finden, bei den Akten liegt lediglich die Vorladungsverfügung, nicht jedoch ein Protokoll. Bei den dem Kantonsgericht übermittelten Akten befinden sich zwar wenige kaum lesbare Handnotizen, an welche Notizen im Doppel, betitelt mit „Sachverhalt zur Anhörung vom 6. Mai 2004“, offenbar erstellt vom klägerischen Rechtsanwalt, sowie die Kostenrechnung mit Büroklammer befestigt sind. Aus den genannten Handnotizen wird nicht ersichtlich, ob diese anlässlich der Anhörung vom 6. Mai 2004 erstellt wurden und wer an der Verhandlung teilnahm. Die Handnotizen sind weder datiert noch unterschrieben. Ein Verfahrensablauf ist aus diesen nicht ersichtlich. Die genannten Unterlagen sind zudem weder akтуриert noch sind sie im Aktenverzeichnis der Vorinstanz enthalten und sind mithin nicht Bestandteil der Akten. (...). So ist unklar, ob die Parteien überhaupt persönlich angehört wurden und/oder ob eine dem Beweisverfahren angehörende persönliche Befragung resp. Beweisaussage i.S.v. § 125 ff ZPO vorgenommen wurde. Nicht protokolliert ist weiter, ob eine Vergleichsverhandlung abgehalten worden ist, zu der die Parteien gemäss Verfügung vom 15. April 2004 vorgeladen worden sind, und wie diese im Ergebnis verlaufen ist. Ebenso ist unklar, ob den Parteien Gelegenheit zur Replik und Duplik gegeben wurde oder ob der Vorderrichter auf die Durchführung eines zweiten Parteivortrags verzichtete. Dass die Klägerin aufgefordert wurde, zur Klageantwort der Gegenpartei Stellung zu nehmen, lässt sich dem Protokoll ebenso wenig entnehmen (...).

e) (...). Hinsichtlich des Protokollinhaltes wird (...) auf § 99 GO sowie bezüglich der Form des Protokolls auf § 101 GO hingewiesen. Nur ein derart zustande gekommenes Protokoll kann genügende Grundlage für die grundsätzlich reformatorische Überprüfung eines Eheschutzentscheides sein.

(Beschluss vom 30. Juli 2005, RK1 2004 93).

2.4 Mietkaution

- *Verrechnungsausschluss für Mietkaution, die nicht gemäss Art. 257e Abs. 1 OR hinterlegt wurde; Rechtsnatur der Hinterlegung (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Einzelrichter hat offen gelassen, ob zwischen den Parteien ein Mietverhältnis zustande gekommen ist. Zur Begründung führt er aus, selbst wenn ein Mietverhältnis vorliege, hätten die Kläger Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Fr. 8'550.00. Denn die Beklagte bzw. deren Stellvertreter habe diese Sicherheitsleistung nicht gesetzeskonform hinterlegt, da die Fr. 8'550.00 nicht auf ein auf den Namen der Kläger lautendes Sparkonto oder Depot hinterlegt, sondern auf ein Konto einbezahlt worden seien, dessen Inhaber die Beklagte sei. Es sei unbestritten, dass heute zwischen den Parteien kein Mietverhältnis bestünde, weshalb sich die Pflicht der Beklagten zur Hinterlegung infolge Beendigung des Mietverhältnisses in eine Rückerstattungspflicht umgewandelt habe. Ebenso wenig könne die Beklagte ihre behaupteten Gegenforderungen mit dem klägerischen Anspruch auf die Fr. 8'550.00 verrechnen, da die Beklagte mangels gesetzeskonformer Hinterlegung der Fr. 8'550.00 auf ein auf die Kläger lautendes Sparkonto Aufbewahrerin i.S.v. Art. 481 OR geworden sei und diesen Betrag den Klägern zurückerstatten müsse bzw. diesen gestützt auf Art. 125 Abs. 1 OR ohne Zustimmung oder gegen den Willen der Kläger nicht mit eigenen Forderungen verrechnen dürfe. Der Einzelrichter hat deshalb die behaupteten Verrechnungsforderungen der Beklagten nicht geprüft.

3. Die Beklagte trägt dagegen vor, ihr könne kein Verstoss gegen die in Art. 257e Abs. 1 OR erwähnte Verpflichtung vorgeworfen werden, weshalb Art. 125 OR nicht zur Anwendung gelange und die Beklagte ihre Gegenforderungen gegenüber den Klägern sehr wohl verrechnen könne.

a) aa) Leistet der Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen eine Sicherheit in Geld oder in Wertpapieren, so muss der Vermieter sie bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegen (Art. 257e Abs. 1 OR). Art. 257e Abs. 1 OR ist zwingender Natur (Higi, Zürcher Kommentar, 1994, N 4 zu Art. 257e OR; SVIT-Kommentar Mietrecht II, 1998, N 6 zu Art. 257e OR). Die Hinterlegung auf der Bank ist vom Vermieter unverzüglich, d.h. innert der üblichen, nach dem ordentlichen Geschäftsgang hierfür erforderlichen Zeit (einige Tage) nach dem Eingang der Sicherheitsleistung vorzunehmen (Higi, a.a.O., N 28 zu Art. 257e OR; Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 2002, S. 235, Ziff. 2.2.5).

bb) (...). Somit steht fest, dass – unter der Annahme des Zustandekommens eines mündlichen Mietvertrags – die Mietkaution im Betrag von Fr. 8'550.00 nicht auf ein auf den Namen der Kläger lautendes

A 2.4

Sparkonto oder Depot hinterlegt wurde, zumal die Beklagte solches weder behauptet geschweige denn zu beweisen vermag. Im Gegenteil hat die Beklagte nach dem 7. März 2001 zumindest einen Teil der auf ihr Konto einbezahlten Mietkaution von Fr. 8'550.00 wieder bezogen. So belief sich der Saldo auf deren Mietsparkonto bei der Schwyzer Kantonalbank unmittelbar vor Eingang der Gutschrift der Mietkaution auf Fr. 6'387.65, nach dem 4. Mai 2001 indessen lediglich noch auf Fr. 3'168.80. Die Gründe für den Mittelabfluss sind nicht bekannt, aber auch irrelevant. Denn entscheidend ist einzig, dass die Beklagte die Gelder nie auf ein auf den Namen der Kläger lautendes Konto überwiesen hat. (...).

b) Gemäss herrschender Lehre handelt es sich bei der Hinterlegung nach Art. 257e OR nicht um ein irreguläres Pfandrecht, sondern um eine Hinterlegung sicherheitshalber besonderer Art, auf die teilweise das Hinterlegungsrecht anwendbar ist, insbesondere die Art. 472-474 und 481 OR (Oftinger/Bär, Zürcher Kommentar, 1981, N 225 zum systematischen Teil; Higi, a.a.O., N 25 zu Art. 257e OR; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 17 zu Art. 257e OR; unbestimmt Weber, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2003, N 4 zu Art. 257e OR, wonach die Regeln des Hinterlegungsvertrags nur sehr beschränkt anwendbar seien). Denn die entscheidenden Merkmale der Hinterlegung sicherheitshalber bestehen darin, dass die Verwahrung durch einen Dritten (in casu: die Bank) erfolgt, und zwar im Interesse des Gläubigers, dem Sicherheit geboten werden soll. Durch diese Interessenlage unterscheidet sich die Hinterlegung sicherheitshalber vom Hinterlegungsvertrag i.S.v. Art. 472 ff. OR. Deshalb ist eine Sicherstellung mittels Übergabe des Sicherungsmittels an den Gläubiger niemals eine Hinterlegung sicherheitshalber. Der Aufbewahrer ist zur Rückgabe des hinterlegten Gegenstands berechtigt und verpflichtet, sobald das durch die Hinterlegung begründete Pfandrecht infolge Tilgung der gesicherten Forderung oder aus einem andern Grund untergegangen ist (Oftinger/Bär, a.a.O., N 206 f. und 227 zum systematischen Teil). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Hinterlegungsvertragsrecht anzuwenden, wenn der Vermieter die Kautions einfach in seinem Vermögen belässt (BGE 127 III 273 E. 3b S. 275 mit Hinweis auf Art. 481 OR und mp 1997 S. 151; vgl. ferner ZMP 1997 Nr. 19 sowie Entscheid des Chambre d'appel en matière de Baux et Loyers vom 10. April 2000, in MRA 2001, 9, 10 f.).

Da die Beklagte – immer noch unter Annahme des Zustandekommens eines mündlichen Mietvertrags – die Mietkaution der Kläger von Fr. 8'550.00 auf ihr Mietsparkonto überwiesen hat, wurden diese Gelder mit jenen der Beklagten vermengt mit der Folge, dass Nutzen und Ge-

fahr, d.h. das Eigentum an diesem Geld, auf die Beklagte übergegangen sind (vgl. Art. 481 Abs. 1 OR; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2000, S. 612, Rz 12). Gemäss vorzitiierter bundesgerichtlicher und kantonaler Rechtsprechung sowie herrschender Lehre gelangt nun ersatzweise das Hinterlegungsvertragsrecht, zumindest die Art. 472-474 OR und Art 481 OR, zur Anwendung, da Art. 257e OR den vorliegenden Fall, in welchem die Beklagte die Mieterkaution in ihrem Vermögen belässt, nicht regelt. Deshalb kann die Beklagte gegen den Willen der Kläger ihre Verpflichtung zur Rückgabe der hinterlegten Fr. 8'550.00 durch Verrechnung nicht tilgen (vgl. Art. 125 Ziff. 1 OR). So ausdrücklich auch Lachat/Stoll/Brunner, wonach der Vermieter die geleistete Sicherheit nicht mit Forderungen gegenüber dem Mieter verrechnen dürfe, auch dann nicht, wenn die Sicherheit nicht ordnungsgemäss hinterlegt sei. Denn eine Vermieterschaft, welche die Sicherheit gesetzwidrig nicht hinterlege, dürfe nicht besser gestellt werden als die korrekte Vermieterschaft (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 237, Ziff. 2.3.1 sowie Fn 26 mit Hinweis auf die bereits zitierten kantonalen Entscheide). Auch beim depositum irregulare, d.h. bei der irregulären Hinterlegung, die nur bei vertretbaren Sachen wie Geld möglich ist, gilt das Verrechnungsverbot von Art. 125 Ziff. 1 OR gegen den Willen des Restitutionsberechtigten (Koller, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2003, N 1 f. und 10 zu Art. 481 OR mit zahlreichen Hinweisen; Gautschi, Zürcher Kommentar, 1962, N 8c zu Art. 481 OR; vgl. auch Peter, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2003, N 2 zu Art. 125 OR). Die Beklagte kann daher den Anspruch der Kläger auf die Mietkaution von Fr. 8'550.00 nicht mit allfälligen Gegenforderungen verrechnen, zumal weder behauptet noch erwiesen ist, dass die Kläger einer solchen Verrechnung zugestimmt haben; vielmehr berufen letztere sich auf das Verrechnungsverbot. Da heute zwischen den Parteien unbestrittenermassen kein Mietverhältnis besteht, ist die vertragliche Nebenpflicht der Beklagten auf Hinterlegung der Fr. 8'550.00 i.S.v. Art. 257e Abs. 1 OR untergegangen und an deren Stelle die Herausgabe bzw. die Rückerstattungspflicht der Beklagten getreten (vgl. etwa Higi, a.a.O., N 30 zu Art. 257e OR; Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 235, Ziff. 2.2.5). Die Beklagte ist somit zur Herausgabe bzw. Rückgabe der Fr. 8'550.00 an die Kläger verpflichtet, falls zwischen den Parteien ein mündlicher Mietvertrag zustande gekommen wäre. (...).

(Urteil vom 10. Mai 2005, ZK 2003 401).

A 2.5

2.5 Verjährung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

- *Die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 760 Abs. 1 OR für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen von Gläubigern im Konkurs der Gesellschaft beginnt gewöhnlich im Zeitpunkt der Auflage von Inventar und Kollokationsplan zu laufen (Erw. 3.a – 3.d).*
- *Entsprechend dem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit (sog. Raschein-Praxis des Bundesgerichts) ist dabei auf das Wissen der Gläubigergesamtheit bzw. der sie vertretenden Konkursverwaltung abzustellen (Erw. 3.e – 3.h).*

Aus den Erwägungen:

3. Die klägerische Forderung von Fr. 21'380'000.00 gegen den Erst- und Zweitbeklagten sowie gegen die Viertbeklagte wegen Konkursverschleppung stützt sich auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Revisionsstelle gemäss Art. 754 bzw. 755 OR. Nach Art. 760 Abs. 1 OR verjährt der Anspruch auf Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für das Zivilverfahren (Art. 760 Abs. 2 OR).

a) Im Zusammenhang mit dem Konkurs der P. AG wurde auf Anzeige der Klägerinnen hin 1995 eine Strafuntersuchung eröffnet, die in der Folge rechtskräftig eingestellt wurde. Dass sich vorliegend aufgrund einer strafbaren Handlung eine im Vergleich zu den ordentlichen Fristen von Art. 760 Abs. 1 OR längere Verjährungsfrist ergeben würde, wird nicht behauptet. Auszugehen ist daher von den ordentlichen Fristen gemäss Art. 760 Abs. 1 OR. Die zehnjährige absolute Verjährungsfrist vom Zeitpunkt der schädigenden Handlung an gerechnet ist dabei vorliegend unbestrittenermassen gewahrt: Die behaupteten Pflichtverletzungen gehen auf die Jahre 1993/1994 zurück, das Sühnebegehren wurde von den Klägerinnen am 29. Februar 2000 gestellt. Indessen berufen sich die Beklagten auf die fünfjährige relative Verjährungsfrist und machen geltend, die Klägerinnen hätten bereits mehr als fünf Jahre vor dem Einleiten gerichtlicher Schritte um den Schaden gewusst. Zu prüfen ist also, ob die klägerische Forderung über Fr. 21'380'000.00 bei Einreichen des

Sühnebegehrens am 29. Februar 2000 nach der Fünfjahresfrist von Art. 760 Abs. 1 OR bereits verjährt war.

b) Die fünfjährige relative Verjährungsfrist beginnt mit der kumulativen tatsächlichen Kenntnis von Schaden und Ersatzpflichtigem. Von der Kenntnis der Identität der Ersatzpflichtigen im Zeitpunkt der Schadenskenntnis ist mangels Bestreitung durch die Klägerinnen auszugehen. Kenntnis des Schadens ist nach feststehender Praxis des Bundesgerichts gegeben, wenn der Geschädigte um die Existenz des Schadens weiss sowie dessen Beschaffenheit und wesentlichen Merkmale kennt, d.h. alle tatsächlichen Umstände, die geeignet sind eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Nach der gängigen Formulierung des Bundesgerichts sind diese Voraussetzungen für den Gläubiger, der im Konkurs seines Schuldners zu Verlust kommt, regelmässig dann erfüllt, wenn der Kollokationsplan und das Inventar zur Einsicht aufgelegt worden sind; aufgrund besonderer Umstände kann der Geschädigte im Einzelfall die nötige Kenntnis auch schon früher erlangen (BGE 116 II 160 ff., mit weitern Verweisen; zustimmend: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 436, Rz 149; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 2147 ff., Rz 469/470; Widmer/Banz, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, N 5 zu Art. 760 OR; Bürgi/Nordmann, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1979, N 10 zu Art. 760 OR).

Vorliegend erfolgte die Auflage des Inventars am 25. April 1995, die Auflage des Kollokationsplans gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien am 12. Januar 1996. Das im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR fristwahrende Sühnebegehren wurde von den Klägerinnen am 29. Februar 2000 gestellt, also innerhalb von fünf Jahren seit der Auflage von Inventar und Kollokationsplan. Die Vorinstanz hat jedoch nicht auf das Datum von Inventar bzw. Kollokationsplan abgestellt, sondern angenommen, die Klägerinnen hätten aufgrund genauer Kenntnisse der Finanzlage bereits vor Konkurseröffnung um Schaden und Identität der Ersatzpflichtigen gewusst. Spätestens mit der Konkurseröffnung am 6. Oktober 1994 habe die Verjährung daher zu laufen begonnen. Folglich sei die Forderung verjährt.

Die Vorinstanz folgt damit der Argumentation der Beklagten, die geltend machen, die Klägerinnen hätten angesichts der besonderen Gläubigerstruktur von Anfang an umfassende Kenntnis über die finanzielle Lage der P. AG besessen und im Rahmen von Sanierungsverhandlungen Einblick in sämtliche relevante Gesellschaftsdaten erhalten. Insbesondere anlässlich der Generalversammlungen vom 9. November 1993 sowie vom 30. September 1994 sei umfassend informiert worden. Dabei habe die Bewertung des Warenlagers zu wiederkehrenden Nachfragen und Diskus-

A 2.5

sionen geführt. Der Vertreter der Zweitklägerin habe zudem als faktisches Organ der P. AG gehandelt. Der Wissensstand der Klägerinnen habe somit bei Konkurseröffnung jenem der konkursiten Gesellschaft entsprochen. Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung, spätestens jedoch mit Verfügung vom 22. November 1994, mit welcher das summarische Konkursverfahren angeordnet und das Konkursamt zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderungen ermächtigt worden sei, habe die Fünfjahresfrist daher zu laufen begonnen.

Die Klägerinnen wenden dagegen ein, die Beklagten seien nach Art. 8 ZGB für die Tatsachen beweispflichtig, aus denen sie die Verjährungseinrede herleiteten. Dem genügten die Beklagten nicht, wenn sie lediglich auf die finanzielle Lage der Gesellschaft vor dem Konkurs verwiesen. Von der Falschbewertung der Vorräte durch die Beklagten hätten die Klägerinnen erst durch ein Schreiben der Revisionsstelle vom 25. November 1997 erfahren, also weniger als fünf Jahre vor Einreichen des Sühnebegehrens. Zudem könne selbst vom angeblichen Wissen um die Falschbewertung nicht auf die Kenntnis des Schadens geschlossen werden.

c) Massgebend für den Beginn der Fünfjahresfrist nach Art. 760 Abs. 1 OR ist die Kenntnis der Existenz und Beschaffenheit des eingeklagten Schadens, nicht die Kenntnis der Pflichtverletzung als solcher. Letztere ist für die Verjährungsfrage nur insofern von Bedeutung, als dass Kenntnis von Schaden und Geschädigtem das Wissen um eine Pflichtwidrigkeit implizit voraussetzt (Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001, S. 327); ein wissentliches Dulden des Geschädigten ("volenti non fit iniuria") wäre allenfalls bei den materiellen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen (wobei gemäss neuerer Rechtsprechung im Konkurs der Gesellschaft eine Einredebeschränkung gilt, vgl. BGE 117 II 440). Entscheidend ist vorliegend also nicht das Wissen um die angebliche Falschbewertung, sondern die Kenntnis des eingeklagten Schadens. Dessen Bestimmung setzt zwar unter anderem die Kenntnis der Höhe des behaupteten Wertberichtigungsbedarfs voraus, erschöpft sich aber nicht in letzterem. Die Frage, ob die Klägerinnen tatsächlich anlässlich der Generalversammlung vom 9. November 1993 oder aber, wie von ihnen behauptet, erst durch ein Schreiben der Revisionsstelle vom 25. November 1997 von der umstrittenen Lagerbewertung erfahren haben, ist daher lediglich insoweit von Bedeutung, als die Klägerinnen von den übrigen relevanten Schadensdaten bereits mehr als fünf Jahre vor Klageerhebung Kenntnis erlangt haben.

"Schaden" im Sinne von Art. 760 Abs. 1 OR ist im Falle des Gesellschaftskonkurses gemäss aktueller Bundesgerichtspraxis der nach Massgabe der behaupteten Pflichtverletzung zu bestimmende Schaden der Gesellschaft (vgl. BGE 122 III 189 ff.). Eingeklagt ist vorliegend der

Schaden der Konkursverschleppung durch Verwaltungsrat und Revisionsstelle, verursacht durch die angebliche Überbewertung der Warenvorräte bzw. die fehlerhafte Berichterstattung und die pflichtwidrige Unterlassung der Überschuldungsanzeige im Sinne von Art. 725 bzw. 729b OR. Der Schaden der Gesellschaft besteht somit in der Differenz zwischen der Vermögenslage im Zeitpunkt des nachträglichen Konkurses und der hypothetischen Vermögenslage bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters (BGE vom 19. Juni 2000, 4C.366/2000, Erw. 3 bb; vgl. auch ZK 2004 14, S. 7). Die in Art. 760 Abs. 1 OR für den Verjährungsbeginn vorausgesetzte Kenntnis muss also das Gesellschaftsvermögen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung sowie im Zeitpunkt der behaupteten früheren Überschuldung umfassen, wobei jeweils die Liquidationswerte massgebend sind.

d) Die Beklagten verweisen diesbezüglich auf den Umstand, dass die Zweitklägerin als bedeutende Minderheitsaktionärin aufgrund der Generalversammlungen vom 9. November 1993 und 30. September 1994 sowie aufgrund der darauf folgenden Sanierungsverhandlungen über die finanziellen Belange der P. AG umfassend im Bild gewesen sei; dieses Wissen sei der Erstklägerin, welche die Zweitklägerin im fraglichen Zeitraum vollständig beherrscht habe, zuzurechnen.

Dazu ist allerdings zu sagen, dass die finanzielle Situation der P. AG vor Konkurseröffnung nichts über die Höhe des erst mit der Konkurseröffnung eingetretenen Schadens aussagt. Aus der Geschäftsberichterstattung anlässlich der Generalversammlungen vom 9. November 1993 und 30. September 1994 sowie aus der Teilnahme an Sanierungsverhandlungen im Vorfeld des Konkurses kann daher schon aus prinzipiellen Gründen nicht auf Schadenskenntnis geschlossen werden. Überdies wäre es auch realitätsfremd anzunehmen, die Berichterstattung zuhanden der Generalversammlung in den Jahren 1993 und 1994 und die Teilnahme an Kreditgesprächen habe die klagenden Gläubiger in die Lage versetzt, den Konkursverschleppungsschaden, bestehend in der Differenz zwischen Bilanzfehlbetrag im behaupteten Überschuldungszeitpunkt zu Liquidationswerten und dem zu erwartenden Konkursausfall, rechtsgenügend zu substantizieren, zumal der Generalversammlung vom 30. September 1994 lediglich der nicht konsolidierte Abschluss per 31. März 1994 zu Fortführungswerten mit einem damals nicht abschliessend schätzbaren Wertberichtigungsbedarf vorlag.

Insofern kann der vorliegende Fall auch nicht mit jenem verglichen werden, in welchem das Bundesgericht einen Fristbeginn ausnahmsweise vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan geschützt hat. In jenem Entscheid ging es nicht um den Schaden der Gesellschaft, sondern um den Schaden des klagenden Gläubigers, bestehend im Ausfall von des-

A 2.5

sen Forderung, von welcher absehbar war, dass sie vollumfänglich ungedeckt bleiben würde (BGE 116 II 161); das Bundesgericht hat denn im fraglichen Entscheid auch ausdrücklich festgehalten, dass mit Rücksicht auf die Interessen der geschädigten Gläubiger ein Verjährungsbeginn vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan nicht leichthin angenommen werden dürfe (BGE 116 II 162). Erst vom Zeitpunkt der Auflage von Inventar und Kollokationsplan an nämlich sind Aktiven und Passiven der zu liquidierenden Gesellschaft hinlänglich bekannt, zumal deren Umfang nicht zuletzt auch von den Meldungen im Kollokationsverfahren abhängt (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Selbst zu diesem Zeitpunkt übrigens ist der Schaden mangels Kenntnis von Liquidationserlös und Konkursdividende gewöhnlich noch nicht bezifferbar (vgl. BGE 116 II 161; 111 II 167).

Dass andere Gründe vorlägen, aufgrund derer die Klägerinnen bereits vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan über die erforderliche Schadenskenntnis verfügt hätten, wird von den Beklagten nicht substantiiert geltend gemacht. Der pauschale Verweis der Beklagten auf die Generalversammlungen vom 9. November 1993 und 30. September 1994 sowie auf die darauf folgenden Sanierungsverhandlungen reicht jedenfalls nicht aus. Nach Art. 8 ZGB tragen die Beklagten die Beweislast für Tatsachen, aus denen sie die Verjährungseinrede herleiten. Das Gericht legt seinem Entscheid im Rahmen der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime nur behauptete Tatsachen zugrunde (§ 50 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Behauptungen sind bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 102 Satz 2 ZPO). Diesem Anspruch genügt der pauschale Verweis der Beklagten auf die beiden Generalversammlungen sowie die im Generalversammlungsprotokoll vom 30. September 1994 erwähnten Sanierungsverhandlungen nicht.

Im Übrigen ist gemäss Lehre und Rechtsprechung im Rahmen von Art. 760 Abs. 1 OR konkrete Schadenskenntnis notwendig, die bloss Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt nicht (BGE 109 II 435; Bürgi/Nordmann, a.a.O., N 8 zu Art. 760 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 436, Rz 148). Insofern ist auch das von der Viertbeklagten erhobene Argument unbehelflich, der Interessenvertreter der Zweitklägerin hätte als faktisches Organ der P. AG über das nötige Wissen zumindest verfügen müssen. Ob der Interessenvertreter der Zweitklägerin im Verhältnis zur Gesellschaft oder zu einzelnen Aktionären fallweise als faktisches Organ zu betrachten sei, mag hier offen bleiben, im vorliegenden Zusammenhang geht es einzig um die Frage der Wissenszurechnung, für welche konkrete Kenntnis erforderlich ist. Die erstmals im Berufungsverfahren erhobene Behauptung, T.K. sei faktisches Organ der P. AG gewesen, ist neu und insofern mangels Nachweis des Novenrechts ohnehin unzulässig (§ 198 ZPO). Auch in der Sache erschiene es jedoch

verfehlt, aus dem Umstand, dass der Interessenvertreter der Zweitklägerin detaillierte Fragen zum Geschäftsbericht der Gesellschaft gestellt und an Sanierungsverhandlungen teilgenommen hat, eine faktische Organshaft zu konstruieren (vgl. dazu auch: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 442, Rz 5 und 8). Im Übrigen sprechen gerade die an den Generalversammlungen vom 9. November 1993 und 30. September 1994 gestellten Fragen gegen eine sonderlich weit gehende Vertrautheit der klägerischen Interessenvertreter mit den Finanzen der P. AG.

Es ist daher vorliegend davon auszugehen, die Klägerinnen selbst hätten erst mit Auflage von Inventar und Kollokationsplan vom Schaden rechtsgenügende Kenntnis im Sinne von Art. 760 Abs. 1 OR erlangt, der Beweis des Gegenteils wurde jedenfalls nicht erbracht.

e) Allerdings ist vorliegend der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsnatur von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs Rechnung zu tragen. In Abweichung von der früher vertretenen Theorie der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs unterscheidet das Bundesgericht seit einiger Zeit nicht mehr zwischen der Klage des Abtretungsgläubigers auf Ersatz des Gesellschaftsschadens gemäss Art. 260 SchKG und dessen Klage aus eigenem Recht auf Ersatz des indirekt zugefügten mittelbaren Schadens gemäss Art. 757 Abs. 2 OR, sondern nimmt stattdessen einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit im Konkurs an (BGE 117 II 432 ff., sog. Raschein-Praxis, bestätigt in: BGE 122 III 189 ff.; zum Ganzen: Widmer/Banz, a.a.O., N 4 ff. zu Art. 757 OR; Böckli, a.a.O., S. 2101 ff.; zur älteren Theorie der Prozessstandschaft: Bürgi/Nordmann, a.a.O., N 50 ff. zu Art. 753/754 OR; vgl. zur Kritik in der Lehre: Böckli, S. 2101 ff., Rz 289 ff., sowie Bärtschi, a.a.O., S. 157 ff.). Dabei können dem Abtretungsgläubiger, der aus dem Recht der Gläubigergesamtheit klagt, nach Auffassung des Bundesgerichts weder Einreden gegen diesen persönlich noch solche gegen die Gesellschaft entgegengehalten werden (so ausdrücklich BGE 117 II 440; bestätigt in: BGE 122 III 190; vgl. Bärtschi, a.a.O., S. 183 ff.; vgl. zur Kritik: Widmer/Banz, a.a.O., N 14 zu Art. 757 OR, sowie die Verweise bei Böckli, a.a.O., S. 2102, Rz 291). Dies übersehen die Beklagten, wenn sie vor Kantonsgericht behaupten, die zitierten Urteile hätten nichts mit dem vorliegenden Fall zu tun.

f) Die Klägerinnen folgern aus der neueren Rechtsprechung, die Verjährungseinrede sei gegenüber dem Abtretungsgläubiger generell ausgeschlossen. Diese Auffassung ist, wie die Beklagten zu Recht einwenden, nicht haltbar. Ein solcher Generalauschluss der Verjährungseinrede wäre nicht nur mit dem in der schweizerischen Zivilrechtsordnung fest verankerten Grundsatz der zeitlichen Beschränkung zivilrechtlicher An-

A 2.5

sprüche unvereinbar (vgl. Däppen, in Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Vorbemerkungen zu Art. 127 OR, Rz 1 ff.), sondern ebenso mit dem Wortlaut von Art. 760 Abs. 1 OR, der ausdrücklich und ohne Vorbehalt die Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen statuiert. Das Bundesgericht hat denn auch in einem nach dem Wechsel zur Theorie des Einheitsanspruchs ergangenen Urteil die gegen die Klage eines Abtretungsgläubigers erhobene Verjährungseinrede grundsätzlich geschützt (BGE 122 III 202).

g) Allerdings hat sich das Bundesgericht in dieser Entscheidung, ebenso wenig wie die Vorinstanz, mit den möglichen Implikationen der Neukonzeption der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage für die Frage des Verjährungsbeginns auseinandergesetzt. Konsequenterweise kann es im Rahmen des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit sowie des damit einhergehenden Ausschlusses individueller Einreden gegen einzelne Gläubiger für den Verjährungsbeginn nicht mehr auf den individuellen Kenntnisstand des konkret klagenden Gläubigers ankommen, sondern nur noch auf das (...) Wissen der Gesamtheit der Gläubiger. Als "Geschädigte" im Sinne von Art. 760 Abs. 1 OR kommen mit anderen Worten vor dem Hintergrund des bundesgerichtlichen Wechsels vom "individualistischen" zum "kollektivistischen" Konzept der Verantwortlichkeitsklage (zu den Konzeptbegriffen vgl. Kunz, Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss., Bern 1993, S. 112 ff.) nicht mehr die Gesellschaft und einzelne Gläubiger in Frage, sondern nur noch die Gläubigergesamtheit als solche.

Die Gläubigergesamtheit wird vertreten durch die Konkursverwaltung (Art. 240 SchKG). Das Wissen der Konkursverwaltung ist der Gläubigergesamtheit zuzurechnen. Für den Zeitpunkt der Schadenskenntnis ist daher auf das Wissen der Konkursverwaltung abzustellen (ebenso: Bärtschi, a.a.O., S. 329, Fn 1752). In aller Regel wird diese kaum vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan einen im Sinne von Art. 760 Abs. 1 SchKG genügenden Überblick über Aktiven und Passiven der zu liquidierenden Gesellschaft erlangt haben, so dass für die Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der Gesellschaft auch im Rahmen der Theorie des Einheitsanspruchs auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist. Zwar ist durchaus denkbar, dass die Konkursverwaltung aufgrund besonderer Umstände bereits früher über die nötigen Informationen verfügt (vor allem in Verfahren, in denen es nicht um Konkursverschleppung geht); in solchen Fällen hat aber der Einredoberechtigte den Nachweis der früheren Kenntnis bzw. der Umstände, aus denen die Kenntnis hergeleitet wird, zu erbringen.

Eine Praxis des Bundesgerichts, wonach die Frist für die Konkursverwaltung am Tage ihrer Amtseinsetzung zu laufen begänne, mit anderen

Worten zu fingieren wäre, die Konkursverwaltung habe alle relevanten Dossiers sofort gelesen, existiert entgegen anderslautender Verweise in der Literatur (Böckli, a.a.O., S. 2148, Rz 470; Widmer/Banz, a.a.O., N 5 zu Art. 760 OR) nicht und wäre angesichts der vom Bundesgericht verlangten konkreten Schadenskenntnis auch schwer zu begründen; in dem Urteil, auf das dabei direkt oder indirekt Bezug genommen wird, hat das Bundesgericht lediglich festgehalten, die Verjährung beginne im Konkurs der Gesellschaft frühestens mit der Konkurseröffnung bzw. Bestellung der Konkursverwaltung zu laufen (BGE 87 II 300 [= Pra 51/1962, Nr. 43, S. 132 ff.]; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 436, Rz 149; Bürgi/Nordmann, a.a.O., N 12 zu Art. 760 OR). Richtig ist, dass die Konkursverwaltung vor ihrer Bestellung von einem Schaden nichts wissen kann, konkrete, der Gläubigergesamtheit zuzurechnende Schadenskenntnis erlangt sie aber, vorbehältlich besonderer, vom Verantwortlichkeitsbeklagten nachzuweisender Umstände, erst mit Auflage von Inventar und Kollokationsplan.

Nicht zu folgen ist im Übrigen auch der in der Literatur (vor dem Hintergrund der Theorie der Prozessstandschaft) vertretenen Auffassung, die Verjährung beginne für den klagenden Abtretungsgläubiger frühestens mit der Abtretung (Bürgi/Nordmann, a.a.O., N 13 zu Art. 760 OR). Eine solche Interpretation von Art. 760 Abs. 1 OR lässt sich mit dessen Wortlaut, der an die "Kenntnis" des Geschädigten anknüpft, nicht vereinbaren. Das Bundesgericht hat deshalb ein auf Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR abgestütztes Ruhen des Fristenlaufs bis zum Abtretungszeitpunkt abgelehnt (BGE 87 II 299 [= Pra 51/1962, Nr. 43, S. 133 ff.]). Dies stellt angesichts des Umstands, dass die Klagebefugnis des Gläubigers gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR keine formelle Abtretung nach Art. 260 SchKG mehr voraussetzt (Böckli, a.a.O., S. 2116, Rz 348), auch die einzige praktikable Lösung dar. Vor allem aber würde mit einem Abstellen auf den Abtretungszeitpunkt erneut an die Person des Klägers angeknüpft, auf die es im Rahmen der Theorie des einheitlichen Gläubigeranspruchs gerade nicht mehr ankommt.

h) Aus dogmatischer Sicht kommt daher vor dem Hintergrund von Art. 760 Abs.1 OR sowie der vom Bundesgericht zum Verantwortlichkeitsrecht entwickelten Praxis des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit nur ein einheitlicher Verjährungsbeginn im Zeitpunkt der Auflage von Inventar und Kollokationsplan in Frage, vorbehältlich einer früheren, vom Verantwortlichkeitsbeklagten nachzuweisenden Schadenskenntnis der Konkursverwaltung oder allenfalls der Gläubigergesamtheit selbst, d.h. aller Gläubiger.

Vorliegend erfolgte die Auflage von Inventar und Kollokationsplan am 12. Januar 1996, das Sühnebegehren wurde am 29. Februar 2000 ge-

A 3.1

stellt. Die Forderung von Fr. 21'380'000.00 gegen den Erst- und Zweitbeklagten sowie gegen die Viertbeklagte gestützt auf Art. 754 bzw. 755 OR ist daher nur verjährt, wenn sich ergibt, dass die Konkursverwaltung bereits vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan Kenntnis vom Schaden der Gesellschaft erlangt hat. Unter der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ist es zwar grundsätzlich Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen (§ 50 Abs. 1 ZPO). Soweit vorliegend jedoch gestützt auf die zitierte Praxisänderung des Bundesgerichts auf Kriterien abgestellt werden, zu denen sich weder die Parteien noch die Vorinstanz bisher geäußert haben, rechtfertigt es sich, den Parteien im Rahmen der richterlichen Fragepflicht und des Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (§§ 51 f. ZPO). Die Sache ist daher zur Neu Beurteilung der Verjährungsfrage im Sinne der vorstehenden Erwägungen sowie zum allfälligen Entscheid über den materiellen Anspruch an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Auflage, den Parteien Gelegenheit zu Sachbehauptungen und Beweisofferten einzuräumen, ob die Gläubigergesamtheit bzw. Konkursverwaltung bereits vor Auflage von Inventar und Kollokationsplan Kenntnis vom Schaden der Gesellschaft erlangt hat. Je nach Ergebnis wird alsdann in den weiteren Punkten über die Klage zu befinden sein. (Beschluss vom 24. Mai 2005, ZK 2004 20).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Rechtliches Gehör

- *Schriftenwechsel im Summarverfahren; die Einholung einer Replik ohne Zustellung an die Gegenpartei ist unzulässig (Erw. 4 - 5).*
- *Rechtsfolgen der Verletzung des „fair trial“ (Erw. 6 - 7).*

Aus den Erwägungen:

4. Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu haben, da die Klägerin Gelegenheit zum Einreichen von zwei Eingaben hatte, während sie lediglich die Klageantwort einreichen konnte. Die Eingabe einer Duplik sei ihr nicht ermöglicht worden. Sie stellt sich hierbei auf den Standpunkt, dass §§ 95, 107 und 109 ZPO gleich viele Vorträge je Partei vorsehen würden. Dies gelte auch für das summarische Verfahren gemäss § 165 ff. ZPO.

Demgegenüber trägt die Klägerin in der Rekursantwort im Wesentlichen vor, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege, da es sich bei der Eingabe der Klägerin lediglich um eine Stellungnahme und nicht um eine Replik gehandelt habe. Demzufolge habe die Vorinstanz auch keine Duplik gewähren müssen.

a) Im summarischen Verfahren haben die Parteien keinen Anspruch auf Replik und Duplik (§ 167 ZPO; vgl. EGV 1984, Nr. 25, E. 4; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 1997, N 5 zu § 206 ZPO ZH). Wenn das Gericht aufgrund von neuen Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort eine Stellungnahme von der Klägerin einholt, ist vorerst die Frage zu beantworten, ob die Vorinstanz der Beklagten ebenfalls zwingend das Recht auf eine Stellungnahme hätte einräumen müssen.

b) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Klägerin Gelegenheit gegeben hat, sich zu neuen tatsächlichen Behauptungen der Klageantwort zu äussern. Dies ergibt sich schon aus der richterlichen Fragepflicht (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2001, Rz 37 ff., S. 169). Zudem enthielt die Klageantwort neue Behauptungen: Insbesondere wurde geltend gemacht, dass der Klageschrift kein Handelsregisterauszug beigelegt worden sei, welcher belege, dass die unterzeichnende Person einzelunterschriftsberechtigt sei, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Es war daher ohne weiteres zulässig, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs eine Stellungnahme der Klägerin einzuholen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 56 bzw. N 5 zu § 206 ZPO ZH). Den Parteien stehen indes nicht zwingend gleich viele Vorträge zu, wie die Beklagte glaubt. Vielmehr gilt im ordentlichen Verfahren gemäss § 109 Abs. 3 ZPO, dass das Gericht nach Replik und Duplik weitere Vorträge gestatten kann. Da im summarischen Verfahren grundsätzlich keine Replik und Duplik eingeholt werden (vgl. § 167 ZPO), gilt dieser Grundsatz analog schon für das weitere Verfahren nach Einholung der Klageantwort. Es besteht keine generelle Pflicht zur Einholung einer weiteren Stellungnahme von der Gegenpartei. Eine solche Pflicht ist nur dann zu bejahen, wenn im letzten Vortrag wiederum neue tatsächliche Behauptungen aufgestellt wurden, über welche sich die Gegenpartei noch nicht aussprechen konnte (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 121 ZPO ZH). Aus diesem Grund haben Stellungnahmen im summarischen Verfahren keinen umfassenden Replik- bzw. Duplikcharakter im Sinne des ordentlichen Verfahrens. Ebenso wenig ergibt sich ein Anspruch auf eine Duplik bzw. auf gleich viele Vorträge aus den von der Beklagten zitierten §§ 95, 107 und 109 ZPO. Im Übrigen wird das rechtliche Gehör nicht verletzt, wenn das Gericht bei klaren

A 3.1

Verhältnissen (z.B. Fehlen einer Prozessvoraussetzung) ohne Anhörung der Gegenpartei Nichteintreten beschliesst (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., Rz 77 ff., S. 178; EGV SZ 1984 Nr. 25, E. 4 und 5). Demnach stellt es noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn die Vorinstanz nicht von sich aus eine (weitere) Stellungnahme von der Beklagten einholte, falls in der Stellungnahme der Klägerin keine neuen tatsächlichen Behauptungen aufgestellt wurden.

5. Die Beklagte macht geltend, die Rüge der Gehörsverletzung sei nicht nur theoretisch, sondern auch materiell begründet. So habe die Klägerin in der Stellungnahme behauptet, sie hätte von Anfang an die Doppelmäkelei offen gelegt. Die Vorinstanz habe diese neue Behauptung der Klägerin dem Urteil zugrunde gelegt, ohne dass die Beklagte dazu habe Stellung nehmen können. Die Beklagte hätte diesfalls die Behauptung der Klägerin bestritten. Schliesslich hält sie dafür, dass es sich vorliegend um eine Vermittlungsmäkelei gehandelt habe, was eine Doppelmäkelei ausschliesse. Auch hierzu habe sie sich nicht weiter äussern können, da ihr die Duplik verweigert worden sei. Zusammengefasst rügt die Beklagte somit, dass in der klägerischen Stellungnahme neue Behauptungen aufgestellt worden seien, was dazu führte, dass ihr ebenfalls eine Stellungnahme („Duplik“) hätte eingeräumt werden müssen.

Hiergegen bringt die Klägerin vor, dass die Vorinstanz die Stellungnahme unberücksichtigt gelassen habe. Was die von der Klägerin in der Stellungnahme vorgebrachte und von der Beklagten im Rekursverfahren bestrittene Behauptung betrifft, sie habe von Anfang an die Doppelmäkelei offen gelegt, hält die Klägerin dafür, dass sich die Offenlegung schon aus Ziff. 4 der Klageantwort ergebe, worauf die Vorinstanz abgestellt habe. Auch zum Charakter des Maklervertrags (Doppelmäkelei) habe sich die Beklagte bereits in der Klageantwort geäussert und die Unzulässigkeit der Doppelvertretung geltend gemacht.

a) Wie bereits dargelegt, stellt es eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn aufgrund neuer tatsächlicher Vorbringen einer Partei der Gegenpartei keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird (vgl. ZR 78/1979 Nr. 84). Hingegen spielt es bei der Beurteilung der Gehörsverletzung letztlich keine Rolle, ob die Vorinstanz effektiv auf die neuen tatsächlichen Vorbringen abgestellt hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, ob ein materieller Anspruch besteht, ist ohne Belang (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., Rz 85, S. 178). Es ist daher möglich, dass bei neuen Parteibehauptungen der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde, obwohl das Gericht seinen Entscheid diesen Behauptungen nicht (erkennbar) zugrunde legte.

b) Abgesehen von der Tatsache, dass in der klägerischen Stellungnahme die in der Klageantwort gerügte fehlende Einzelzeichnungsbefugnis durch einen SHAB-Auszug nachgewiesen wurde, finden sich darin keine neuen Behauptungen. Zu diesem Punkt erübrigte sich das Einholen einer Stellungnahme der Beklagten. Sämtliche übrige Vorbringen der Klägerin ergeben sich bereits aus der Klageantwort der Beklagten, insbesondere auch, dass die Beklagte entgegen ihrer Rüge, von der Doppelmäkelei wusste.

6.a) Vorliegend hat es die Vorinstanz indes unterlassen, die Stellungnahme der Beklagten [vor Urteilsfällung] zuzustellen. Damit hat sie es der Beklagten von vornherein verunmöglicht, von dieser Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und allenfalls ein Gesuch um Einräumung eines weiteren Vortrags zu stellen. Unabhängig von der Frage, ob in der Stellungnahme der Klägerin neue tatsächliche Behauptungen aufgestellt wurden und ob sich die Vorinstanz in ihrer Verfügung darauf ausdrücklich abstützte, ist in der Verunmöglichung der Einsichtnahme eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit und damit des rechtlichen Gehörs („fair trial“, Verbot der sog. Kabinettsjustiz) zu erblicken (EGMR-Urteil 18990/91 vom 18. Februar 1997 Erw. 23 ff. im Anwendungsbeereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK; vgl. BGE 101 Ia 312 f.; 92 I 263 f. sowie teilweise offen gelassen in Urteil 5P. 431/2003 des Bundesgerichts vom 13. Januar 2004 Erw. 2.1 mit weitem Hinweisen).

b) Dass vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen ist, führt indes nicht zwingend zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Rückweisung an die Vorinstanz. In Betracht zu ziehen ist die Möglichkeit der Heilung des Verfahrensmangels durch die Rekursinstanz. Die Heilung in einem ordentlichen Verfahren mit der Folge des Verlustes einer Instanz mag aus Gründen des Rechtsschutzes problematisch erscheinen. Im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung, wo ein rascher Entscheid über die Vollstreckbarkeit einer bereits von einem Richter oder einer Behörde beurteilten Forderung herbeigeführt werden soll, stehen solche Bedenken jedoch nicht im Vordergrund, um so weniger, als das Bundesrecht den Kantonen keinen Weiterzug eines Rechtsöffnungsentscheides an eine zweite kantonale Instanz vorschreibt. Einerseits ist die Kognition der Rekursinstanz nicht eingeschränkt (vgl. § 211 ZPO), andererseits sind Noven in beschränktem Umfang zulässig (vgl. § 210 ZPO i.V.m. § 198 ZPO i.V.m. § 104 ZPO). Der Mangel kann dadurch als geheilt betrachtet werden, was vorliegend eine Rückweisung an die Vorinstanz erübrigt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6a zu § 56 ZPO ZH; BGE 110 Ia 82, E. 5d). Eine Rückweisung an die Vorinstanz wäre jedoch in Betracht zu ziehen, wenn im Rekurs nebst der Rüge der

A 3.2

Gehörsverletzung Anträge gestellt worden wären, deren rechtliche Beurteilung durch die Vorinstanz allein aufgrund der Gehörsverletzung unterblieb.

c) Vorliegend hat die Beklagte den Rekurs materiell nicht näher substantiiert und begründet, was ihr in einem Haupt- bzw. Eventualstandpunkt ohne weiteres möglich gewesen wäre. Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG hat die betriebene Partei Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft zu machen. Die Beklagte hätte in vorliegendem Verfahren die Möglichkeit gehabt, alles vorzubringen, was ihr im Verfahren vor der Vorinstanz aufgrund der Gehörsverletzung verwehrt blieb. Nach dem Grundsatz der Eventualmaxime ist es nicht zulässig, dass sich eine Partei auf das Vorbringen des Hauptstandpunktes beschränkt, um später, falls dieser nicht geschützt werden kann, Eventualanträge vorzubringen (vgl. Walder, Zivilprozessrecht, 1996, Rz 1 f., S. 209). Nachdem die Beklagte im Rekursverfahren Kenntnis von der vorinstanzlich verspätet eröffneten Stellungnahme hatte und ihren Gehörsanspruch nachträglich umfassend wahrnehmen konnte, bleibt es damit bei der Heilung des vorinstanzlichen Mangels, womit der vorinstanzliche Entscheid in der Sache zu bestätigen ist.

7. Trotz diesem Ergebnis darf über die mangelhafte Verfügung der Vorinstanz nicht einfach hinweg gesehen werden. Grundsätzlich kann inskünftig in solchen Fällen vor allem dann eine Rückweisung erfolgen, wenn sich aus einer zweitinstanzlich nachzuholenden Gegenäusserung neue Gesichtspunkte ergeben. Unabhängig davon rechtfertigt sich in casu an Stelle dessen, die unterliegende Beklagte zulasten der Gerichtskasse von den erstinstanzlichen Kosten zu befreien. Damit wird der ihr zugefügte Verfahrensnachteil angemessen ausgeglichen.

(Beschluss vom 29. April 2005, RK2 2005 29).

3.2 Mieterausweisung

- *Die Mieter- und Pächterausweisung erfolgt grundsätzlich im allgemeinen Summar- und nicht im Befehlsverfahren (Erw. 2).*
- *Heilung des Verfahrensfehlers bei Säumnis (Erw. 3).*
- *Streitwert und Berufungsfähigkeit (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Kläger beantragte, dem Beklagten die Räumung und Rückgabe der Mietsache zu befehlen. Die Vorinstanz hat unter dem Titel „Amtsbefehl / Ausweisung aus dem Mietobjekt (176 Ziff. 2 ZPO)“ dem Beklagten in Dispositiv Ziffer 1 „gestützt auf § 176 Ziff. 2 und 177 ZPO richterlich befohlen“, das Mietobjekt zu räumen.

Nach Art. 274 OR bezeichnen die Kantone die zuständigen Behörden in Mietsachen und regeln das Verfahren. Für den Fall der Kompetenzattraktion (Art. 274g OR) hat das Bundesgericht (BGE 117 II 554 ff.; 119 II 141 ff.) unmissverständlich festgehalten, dass im Ausweisungsverfahren der Richter mit voller Kognition und unter Zulassung aller Beweismittel über die Kündigung zu urteilen hat, weshalb die alte Fassung des § 176 Ziff. 2 ZPO der Revision bedurfte. Der kantonale Gesetzgeber hat daher mit Wirkung vom 1. Januar 1997 die Zuständigkeit für die Ausweisung von Mietern und Pächtern neu geregelt und gemäss § 4 Ziff. 12 VvZOR (Kantonale Vollzugsverordnung zum Schweizerischen Obligationenrecht, SRSZ 217.110) bestimmt, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren Entscheide über die Ausweisung von Mietern und Pächtern trifft, wobei die Verweisung ins ordentliche Verfahren ausgeschlossen ist. Damit hat der Gesetzgeber ein einfaches und rasches Verfahren mit voller Kognition der Ausweisungsbehörde unter Berücksichtigung aller Beweismittel geschaffen. Die frühere Bestimmung von § 176 Ziff. 2 Halbsatz 2 ZPO, wonach das Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter insbesondere auch für die Ausweisung von Mietern und Pächtern bei liquiden Verhältnissen zulässig war, ist – angesichts der bundesgerichtlichen Vorgaben – aufgehoben worden. Die Regelung in § 4 Ziff. 12 KVZOR ist abschliessend und schliesst die Abhandlung von Ausweisungsbegehren gegen Mieter und Pächter im Befehlsverfahren nach § 176 Abs. 2 ZPO aus. Den bundesrechtlichen Anforderungen nach einem raschen, einfachen Verfahren mit voller Kognition und ohne Beweismittelbeschränkung wurde dadurch genüge getan, dass der Verweis ins ordentliche Verfahren ausgeschlossen ist (§ 4 Ziff. 12 Halbsatz 2 KVZOR), gleichzeitig der Ausweisungsrichter das Begehren umfassend prüft und hierfür keine Beschränkungen der Beweismittel (wie sie z.B. das Befehlsverfahren kennt) gegeben sind (§ 170 Abs. 2 ZPO). Damit hat der Schwyzer Gesetzgeber im Ergebnis den strengen Beurteilungsmassstab des Art. 274g OR kantonal auf die Fälle ausgeweitet, in denen keine Kompetenzattraktion gegeben ist, weshalb der Einzelrichter im summarischen Verfahren mit voller Kognition und unter Zuhilfenahme sämtlicher Beweismittel über alle Ausweisungen von Mietern und Pächtern urteilt. Ausweisungen von Mietern oder Pächtern im Befehlsverfahren sind daher grundsätzlich unzulässig.

A 3.2

3. Somit stellt sich in casu die Frage, ob der Erlass eines Amtsbefehls Auswirkungen auf das Verfahren zeitigt.

a) (...; Säumnis des Beklagten).

b) Damit gilt seitens des Beklagten Anerkennung der klägerischen Sachdarstellung und Verzicht auf Einreden (§ 169 ZPO), und er ist nach konstanter Praxis des Kantonsgerichtes auch im Rekursverfahren mit Einreden und neuen Vorbringen ausgeschlossen (vgl. Beschluss vom 31. Juli 1997, KG 165/97 RK 1; Beschluss vom 18. September 1995, KG 76/95 RK 2). Die Berücksichtigung von Einreden und neuen Vorbringen würde zudem die Sachverhaltsermittlung in unzulässiger Weise auf das zweitinstanzliche Verfahren verschieben. (...).

Gemäss Art. 274d Abs. 3 OR stellt der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen Anwendungsbereich der Offizialmaxime, vielmehr treffen die Parteien Mitwirkungs-, Bestreitungs- und Substanziierungspflichten (...). Im Rechtsmittelverfahren führt die Untersuchungsmaxime nicht dazu, dass kantonale festgesetzte Beschränkungen (...) unbeachtlich sind. Die Kantone sind frei, die Kognition der zweiten Instanz beispielsweise durch ein Novenverbot zu beschränken (BGE 118 II 50ff.). Die Geltung der Untersuchungsmaxime rechtfertigt somit nicht die Berücksichtigung von Einreden und neuen Vorbringen (...).

d) Angesichts der vorgängigen Erwägungen ist festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid inhaltlich keiner Korrektur bedarf, da dem Beklagten durch die Anwendung des Befehlsverfahrens aufgrund seiner Säumnis kein Rechtsnachteil entstanden ist und im Übrigen der Vorderrichter die Kündigung auf ihre Rechtswirksamkeit hin überprüft hat.

4. (...).

5. Bei der Ausweisung handelt es sich um ein Sachurteil mit unbeschränkter Rechtskraftwirkung. Damit liegt ein Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG vor, und es steht als Rechtsmittel die Berufung an das Bundesgericht offen, sofern der Streitwert wenigstens Fr. 8'000.00 beträgt (Art. 46 OG; BGE 122 III 94). Für das Ausweisungsverfahren gilt nach der Praxis des Bundesgerichts der in der streitigen Periode fällig werdende Mietzins als Streitwert (BGE 104 II 273; Higi, a.a.O., Art. 274g N 72). Die „streitige Periode“ beginnt im Ausweisungsverfahren in jenem Zeitpunkt, auf den der Beklagte nach Ansicht der klagenden

den Partei das Mietobjekt hätte verlassen müssen, und sie endet an dem Tag, an dem der Vermieter das Mietverhältnis ordentlicherweise hätte auflösen können, falls sein Begehren erstinstanzlich abgewiesen worden wäre (BGE 111 II 385f., 119 II 148f.). Die Kündigung des Klägers erfolgte auf Ende April 2005. Als Stichtag für die Beurteilung der Frage, auf welchen Termin der Kläger ordentlicherweise hätte kündigen können, gilt der Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids (Versand), hier der 2. August 2005. Da kein Mietvertrag eingereicht wurde, ist von der gesetzlichen dreimonatigen Kündigungsfrist (Art. 266c OR) auszugehen. Der schwyzerische Mietvertrag für Wohnräume sieht als Kündigungstermin jedes Monatsende vor, ausgenommen den Monat Dezember. Somit hätte der Kläger den Mietvertrag mit dreimonatiger Kündigungsfrist frühestens auf Ende November 2005 auflösen können. Die streitige Periode umfasst somit 7 Monate, der fällig werdende Mietzins beträgt bei einer auszugehenden monatlichen Nettomiete von Fr. 2'100.00 somit Fr. 14'700.00, weshalb der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht ist (...).

(Beschluss vom 24. Oktober 2005, RK1 2005 52).

3.3 Schutzschrift

- *Schutzschriften sind auch ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage zulässig; Aufbewahrungsdauer und vorläufige Nichtzustellung an Gegenpartei.*

Aus den Erwägungen:

- dass Schutzschriften nach neuerer Lehre und Praxis auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sind (vgl. Art. 285 EZPO; Güngerich, die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, ASR 638, Bern 2000, S. 83 ff.), wobei das Forum in der Regel nicht näher zu prüfen ist (op. cit., S. 143),
- dass, vorbehältlich der fristgerechten Gebührenerlegung, von der Schutzschrift (samt Beilagen) Vormerk zu nehmen und diese im Falle eines beim Kantonsgericht eingehenden Massnahmebegehrens in derselben Sache (EP Nr. 00 059 074 bzw. ESZ Nr. COO 059 074/01) insofern beachtlich ist, als ihr Inhalt bei Beurteilung eines Superprovisoriums in Betracht zu ziehen ist,
- dass die Aufbewahrungsdauer überdies angemessen zu befristen und die Schutzschrift mit Ablauf zurückzusenden ist, vorbehältlich eines

A 3.4

neuen Gesuchs (an den Gerichtspräsidenten als Einzelrichter, vgl. § 22 KVzOR),

- dass von einer Mitteilung an die Gesuchsgegner derzeit abzusehen ist (...).

(Verfügung vom 2. Juni 2005, GP 2005 9).

3.4 Ablehnung einer Prorogation

- *Vereinbaren die Parteien ohne weitere Bezeichnung als Gerichtsstand „Schwyz“, so ist damit das sachlich zuständige Gericht der ersten Instanz am Ort Schwyz gemeint, mithin der Einzelrichter oder das Bezirksgericht Schwyz.*
- *Das angerufene Gericht kann seine Zuständigkeit gestützt auf Art. 9 Abs. 3 GestG ablehnen, wenn die Streitigkeit nur einen Bezug zu einem anderen Bezirk im Kanton Schwyz hat, jedoch keinen örtlichen oder sachlichen Bezug zum angerufenen Gericht.*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

2. Der Beklagte macht geltend, "Schwyz" als Gerichtsstandsbezeichnung sei missverständlich. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei deshalb ungültig. Es könne der Kanton, der Bezirk oder die Gemeinde gemeint sein. Hiezu ist Folgendes festzuhalten:

Art. 9 Abs. 1 GestG verlangt, dass die Bezeichnung des vereinbarten Gerichts aus der Prorogationsabrede hinreichend deutlich hervorgehen muss. Die Parteien müssen ein örtlich bestimmtes oder wenigstens objektiv (namentlich aus der Sicht des Richters) bestimmbares Gericht bezeichnen (Thomas Müller/Markus Wirth, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001., N 60 zu Art. 9 GestG). Vorliegend verweist die Gerichtsstandsvereinbarung namentlich auf den Gerichtsstand "Schwyz". Es ist deshalb davon auszugehen, dass das sachlich zuständige Gericht der ersten Instanz im Ort Schwyz bzw. das örtlich für den Ort Schwyz zuständige Bezirksgericht gemeint ist (vgl. auch Ausführungen bei Wirth, a.a.O., N 62 zu Art. 9 GestG für den Wortlaut "Gerichtsstand Zürich"). Insofern ist die Gerichtsstandsbezeichnung nicht zu beanstanden.

3. Gemäss Art. 9 Abs. 3 GestG kann das bezeichnete Gericht seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtli-

chen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist. Art. 9 Abs. 3 GestG statuiert damit eine Ablehnungsbefugnis des Gerichts, deren Voraussetzungen nachfolgend zu überprüfen sind.

Der Kläger bringt vor, er hätte in der Zeit vom 1.12.1999 und dem 8.11.2004 seinen Wohn-, Steuer- und Geschäftssitz in der Gemeinde Freienbach gehabt. Angesichts der im Recht liegenden Wohnsitzbestätigung der Gemeinde Freienbach ist diese Tatsache unbestritten. Zudem führt der Kläger aus, zwar habe er im November 2004 seinen Wohnsitz nach London verlegt, doch tätige er seine Geschäfte in der Schweiz heute noch zum Teil vom Kanton Schwyz aus. Seine Zustelladresse in der Schweiz befinde sich bei "A." (...) in 8852 Altendorf und somit ebenfalls im Kanton Schwyz. Überdies sei der jetzt umstrittene Prozessfinanzierungsvertrag vom Kläger am 15.10.2001 in Pfäffikon/SZ unterzeichnet worden. Der Kläger macht damit sinngemäss geltend, dass ein genügender örtlicher Bezug bereits dann vorliege, wenn eine Partei Wohnsitz oder Sitz lediglich im betreffenden Kanton hat.

Die Auslegung des Klägers steht im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes. Hiernach ist klarerweise ein örtlicher oder sachlicher Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand gefordert und nicht etwa ein örtlicher oder sachlicher Bezug zum Kanton, in dem der Gerichtsstand liegt. Als Gerichtsstand haben die Parteien vorliegend - gemäss den Ausführungen in Ziff. 2 oben - das Bezirksgericht Schwyz vereinbart. Ein sachlicher Bezug zu diesem Gerichtsstand wird von keiner Partei behauptet. Der vom Kläger geltend gemachte örtliche Bezug ist weder zu Schwyz noch zum Bezirk Schwyz, sondern höchstensfalls zum Bezirk Höfe gegeben. Ausgehend vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GestG besteht damit im vorliegenden Fall weder ein sachlicher noch ein örtlicher Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand.

Der Kläger beruft sich auf die Botschaft des Bundesrates zum GestG (BBI 1999, S. 2850 f.), wonach ein Wohnsitz oder Sitz einer Partei im betreffenden Kanton genüge. Hier ist zu beachten, dass gerade die vom Kläger angerufene Passage in der Botschaft bzw. der dazu gehörende Art. 9 Abs. 3 GestG in der parlamentarischen Beratung eine Änderung erfahren hat. Art. 9 Abs. 3 GestG lautete in der Botschaft des Bundesrates noch wie folgt:

"Das bezeichnete Gericht kann seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist." (Botschaft GestG, BBI 1999 III, S. 2880).

Die definitive Fassung von Art. 9 Abs. 3 GestG lautet wie folgt:

A 3.4

"Das bezeichnete Gericht kann seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist." (Hervorhebung nur hier).

Der schliesslich in Kraft gesetzte Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GestG fordert damit - wie bereits ausgeführt - einen klaren örtlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand, der vorliegend - wie ebenfalls bereits ausgeführt - nicht vorhanden ist.

Die Änderung gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf wurde am 10. Juni 1999 im Nationalrat ohne Diskussion angenommen und anschliessend vom Ständerat ebenfalls diskussionslos bestätigt (Amtl. Bull. der BVers., Nationalrat, 1999 III S. 1031 und Amtl. Bull. der BVers., Ständerat, 1999 V S. 893). Aus den Materialien kann damit nichts vom Wortlaut Abweichendes entnommen werden.

Bleibt schliesslich festzuhalten, dass die vom Kläger angeführte Ansicht zu einem freien Wahlrecht der klagenden Partei mit Bezug auf alle Zivilgerichte des fraglichen Kantons führen würde, was nicht hingenommen werden kann. Dies gilt umso mehr, als die Parteien vorliegend - wie unter Ziff. 2 erläutert - nicht die Gerichte im Kanton Schwyz, sondern das sachlich zuständige Gericht im Ort Schwyz bzw. das örtlich für den Ort Schwyz zuständige Bezirksgericht für zuständig erklärt haben. Eine Ablehnungsbefugnis des Gerichtes wäre sogar für einen rein innerkantonalen Fall gegeben, in dem die Zuständigkeit eines dritten, aber immerhin noch kantonalen Gerichtes vereinbart wird, wenn ein genügender örtlicher oder sachlicher Bezug fehlt (vgl. Peter Reetz, BasK GestG, Basel 2001, N 24 zu Art. 9 GestG).

4. Der Kläger macht das Gericht sodann auf seine Annahmefugnis aufmerksam. Danach kann sich ein Gericht für zuständig erklären, auch wenn die Streitsache keinen näheren örtlichen oder sachlichen Bezug zu diesem vereinbarten Gerichtsstand hat. Der Kläger verweist hiezu auf die diesbezügliche Praxis des Handelsgerichtes Zürich. Es ist richtig, dass es sich bei Art. 9 Abs. 3 GestG um eine "Kann-Vorschrift" handelt. Die vom Handelsgericht Zürich offenbar angewandte Praxis ist für das Bezirksgericht Schwyz jedoch in keiner Weise bindend. Weitere Ausführungen hiezu erübrigen sich deshalb.

5. Aufgrund der gemachten Ausführungen und gestützt auf Art. 9 Abs. 3 GestG lehnt das Bezirksgericht Schwyz seine (örtliche) Zuständigkeit mangels eines genügenden örtlichen oder sachlichen Bezuges ab. Auf die Klage ist damit nicht einzutreten.

(Beschluss des Bezirksgerichts Schwyz vom 23. November 2005, BZ 2005 24).

4. Strafrecht

4.1 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen

- *Vormundschaftliche Präsidialverfügungen als Grundlage für eine Bestrafung nach Art. 292 StGB (Erw. 1.b)?*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

b) Der Beschwerdeführer rügt [im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren] weder die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde als Gesamtbehörde, noch macht er geltend, dass die von der Präsidentin erlassene Präsidialverfügung mangels Dringlichkeit nicht hätte erlassen werden dürfen. Der Beschwerdeführer bestreitet mit anderen Worten die Zuständigkeit der Vormundschaftspräsidentin in dieser Angelegenheit wie schon vor der Vorinstanz zu Recht nicht. Er macht lediglich geltend, dass das Verfahren insoweit nicht korrekt abgelaufen sei, als dass die Verfügung von der Gesamtbehörde nicht genehmigt worden sei. Deshalb sei die Verfügung „nicht rechtskräftig“.

aa) Vorgängig ist zu bemerken, dass in dieser Sache zwei Verfügungen ergangen sind, und zwar am 13. April 2004 und am 20. April 2004. Die erste Verfügung wurde von der Vormundschaftsbehörde am 15. April 2004 genehmigt. Bei der zweiten Verfügung blieb eine Genehmigung aus (eine erst nach der Hauptverhandlung – mangels Protokollierung offenbar ohne Mitwirkung der Parteien – vorgenommene und in der Beschwerde nicht gerügte Aktenergänzung). Die Vorinstanz stellt sich nun auf den Standpunkt, dass die Verfügung lediglich vollstreckbar, nicht auch rechtskräftig sein müsse, zum anderen sei die Verfügung vom 20. April, abgesehen von der gesetzten Frist, mit jener vom 13. April gleichlautend gewesen. Sinngemäss geht die Vorinstanz somit davon aus, dass die Genehmigung der Präsidialverfügung vom 13. April 2004, welche am 15. April 2004 erfolgte, auch für die Präsidialverfügung vom 20. April 2004 gelte.

Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verfügung nur vollstreckbar, nicht aber rechtskräftig sein müsse (vgl. Riedo, Basler Kommentar, 2003, N 63 zu Art. 292 StGB; Trechsel, Kurzkomentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1997, N 8 zu Art. 292 StGB). Diesbezüglich ist die Rüge des Beschwerdeführers un-

A 4.1

begründet und die Frage der Rechtskraft vorliegender Verfügungen kann offen bleiben (vgl. immerhin zur Abgrenzung zwischen der Rechtskraft und dem Dahinfallen einer nicht genehmigten Verfügung: EGV-SZ 2003, S. 161 ff.). Es ist vielmehr zu prüfen, ob die vorliegenden Verfügungen als Grundlage einer Bestrafung nach Art. 292 StGB genügen.

bb) Eine Bestrafung nach Art. 292 StGB setzt klar voraus, dass in der Verfügung der Hinweis auf die Strafdrohung des Art. 292 StGB enthalten sein muss. An die Form der Strafdrohung sind hohe Anforderungen zu stellen, der blosse Hinweis auf Art. 292 StGB genügt nicht, sondern es ist vielmehr der explizite Hinweis vorausgesetzt, dass im Fall des Ungehorsams Haft oder Busse gestützt auf Art. 292 StGB drohen (Trechsel, a.a.O., N 4 zu Art. 292 StGB). Dieses Erfordernis erfüllt die erste Präsidialverfügung vom 13. April 2004 nicht, sie begnügt sich vielmehr mit einem blossen Verweis auf Art. 292 StGB. Sie ist daher als Grundlage für eine Bestrafung des Beschwerdeführers nicht geeignet, abgesehen davon, dass die Anklageschrift die Verfügung vom 13. April 2004 gar nicht zur Bestrafung heranzieht.

cc) Schon aus diesem Grunde ist erstellt, dass die Genehmigung vom 15. April 2004 nicht als Ersatz für die zweite Präsidialverfügung herhalten kann. Die Genehmigung einer Verfügung, welche selber nicht als Grundlage zu einer Bestrafung nach Art. 292 StGB dienen kann, kann umso weniger die Grundlage für eine spätere, abgeänderte Verfügung sein. Die Verfügungen vom 13. April 2004 und vom 20. April 2004 sind zudem keineswegs gleichlautend, wie die Vorinstanz meint. Immerhin handelt es sich bei den verschiedenen angesetzten Fristen um eines der zentralen Elemente der Verfügungen. Sie legen dem Beschwerdeführer die Pflicht auf, bis zu welchem Zeitpunkt er etwas zu tun oder zu unterlassen hat. Aber auch sonst sind die Verfügungen nicht gleichlautend: Die Verfügung vom 13. April 2004 weist nur rudimentär auf Art. 292 StGB hin, während in der Verfügung vom 20. April 2004 die Straffolgen eines Ungehorsams umfassend angedroht wurden. Abgesehen davon lässt sich dem GOG nicht entnehmen, dass die Genehmigung einer Präsidialverfügung auch zukünftige Verfügungen einschliessen könnte. Eine andere Interpretation liefe dem Legalitätsprinzip zuwider. Im konkreten Fall kann den Akten auch nicht entnommen werden, dass die Vormundschaftsbehörde ihre Präsidentin vorgängig ausdrücklich ermächtigt hat, erneut eine dem Inhalt nach bestimmte Verfügung in der Sache H. zu erlassen. In der Sitzung der Vormundschaftsbehörde vom 15. April 2004 wurde diesbezüglich kein Beschluss gefasst.

dd) Da die Präsidentin unter den hier gegebenen Umständen grundsätzlich zum Erlass einer Präsidialverfügung zuständig war, kam diese vorerst gültig zustande. Aus den Akten ergibt sich, dass die darauf folgende Sitzung der Vormundschaftsbehörde nach Erlass der Präsidialverfügung vom 20. April 2004 am 11. Mai 2004 ohne traktandierte und protokollierte Genehmigung stattfand. Ob sie allenfalls konkludent (Weiterführung des Besuchsverbots E.) genehmigt wurde, kann offen bleiben, da § 53 Abs. 2 GOG eine Unterbreitung an die Vormundschaftsbehörde als Gremium und damit auch eine ausdrückliche Genehmigung erfordert, wobei in casu beides nicht der Fall war, nachdem aufgrund der Aktenlage davon auszugehen ist, dass die Genehmigungsfrage an der Sitzung vom 11. Mai 2004 überhaupt nicht mehr angesprochen wurde. Wenn jedoch die erforderliche Genehmigung ausbleibt, fällt die Präsidialverfügung dahin (vgl. EGV-SZ 2003, S. 161 ff., Nr. 16.2).

Daraus ergibt sich, dass die Präsidialverfügung vom 13. April 2004 als Grundlage zur Bestrafung nach Art. 292 StGB nicht genügt, und jene vom 20. April 2004 dahin gefallen ist. Die Anklage basiert indes, entgegen dem vorinstanzlichen Einbezug, wie bereits ausgeführt ausschliesslich auf der Präsidialverfügung vom 20. April 2004. Aus diesem Grunde war auch einer Bestrafung des Beschwerdeführers nach Art. 292 StGB der Boden entzogen, denn gegen eine erloschene Verfügung kann kein strafbarer Ungehorsam (mehr) begangen werden (vgl. Riedo, a.a.O., N 84 zu Art. 292 StGB). Dabei kam es nicht darauf an, ob die verwaltungsrechtlichen Wirkungen der unterlassenen Genehmigung ex nunc oder ex tunc eintraten.

Somit ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer nicht gemäss Art. 292 StGB strafbar gemacht hat. Das angefochtene Urteil leidet deshalb am Nichtigkeitsgrund der Verletzung materiellen Rechts (§ 152 lit. c StPO).

(Beschluss vom 21. Februar 2005, RK2 2004 147).

4.2 Bauen ohne Bewilligung

- *Widerhandlungen gegen das Planungs- und Baugesetz verjähren absolut nach sechs Jahren seit Begehung; keine Unverjährbarkeit im hiesigen Recht (Erw. 2 - 3).*
- *Einfluss des neuen Verjährungsrechts des Bundes (Erw. 2.a)?*

A 4.2

Aus den Erwägungen:

2. § 92 Abs. 2 PBG (Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987; SRSZ 400.100) lautet:

Die Strafverfolgung verjährt in drei Jahren seit der Feststellung der Widerhandlung. Die absolute Verjährung tritt nach sechs Jahren ein.

Die Vorinstanz schloss aus dem Kontext zum ersten Satz, dass die im zweiten Satz geregelte absolute Verjährungsfrist ebenfalls mit der Feststellung der Widerhandlung zu laufen beginne. Ein anderer Verjährungsbeginn könne dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnommen werden. Zu diesem Ergebnis führe auch eine historische Auslegung, da nach der Botschaft des Regierungsrates die Verlängerung der Verjährungsfristen gerade Sinn der damaligen Revision von § 92 Abs. 2 PBG gewesen sei. (RRB Nr. 2138 vom 12.12.1995).

a) Inwieweit das neue am 1. Oktober 2002 in Kraft getretene Verjährungsrecht, das nicht mehr zwischen relativen und absoluten Verjährungsfristen unterscheidet und auch keine Unterbrechungsmöglichkeiten mehr kennt, auf die Verjährungsbestimmung von § 92 Abs. 2 PBG anzuwenden ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da sich die Beschwerdeführerin [im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren] vor Kantonsgericht nicht darauf beruft.

b) Erst mit der Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes im Jahre 1996 hat der Kanton die Verjährung selbst geregelt und längere Verjährungsfristen als im damals geltenden eidgenössischen Übertretungsrecht (Art. 109 i.V.m. Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) eingeführt, da die allgemeinen Verjährungsvorschriften, insbesondere bei widerrechtlichen baulichen Änderungen im Innern von Gebäuden und Nutzungsänderungen, die nach aussen nicht in Erscheinung treten, als zu kurz angesehen wurden (RRB Nr. 2138 vom 12.12.1995 S. 43). Die Fristen wurden jedoch nicht nur verlängert, sondern für die relative Verjährungsfrist wurde abweichend vom Verjährungsrecht im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches bestimmt, dass sie nicht schon im Zeitpunkt der Widerhandlung, sondern erst bei deren Feststellung zu laufen beginne. In den Materialien wird nicht auf diese Neuerung eingegangen und insbesondere auch nicht ausgeführt, dass diese spezielle Lösung auch für den Lauf der absoluten Verjährungsfrist gelte. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann allein aus dem Anliegen der Verlängerung der Verjährungsfristen deshalb nicht abgeleitet werden, dass eine Widerhandlung absolut erst nach sechs

Jahren seit ihrer Feststellung verjähre, zumal die absolute Verjährungsfrist entsprechend der Zielsetzung der Revision von zwei auf sechs Jahre erhöht worden ist.

c) Auch auf den Kontext zur relativen Verjährungsfrist lässt sich die Ansicht der Vorinstanz, dass die absolute Verjährungsfrist von § 92 Abs. 2 Satz 2 PBG erst sechs Jahre nach der Feststellung der Widerhandlung eintrete, nicht abstützen. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, dass sowohl die relative als auch die absolute Verjährungsfrist erst mit der Feststellung der Widerhandlung zu laufen beginne, hätte er eine solche spezielle Regelung klar und bestimmt aufstellen müssen; denn Annahmen, die Verfolgungsverjährung sei zu Ungunsten des Beschuldigten nicht eingetreten, bedürfen einer klaren, bestimmten gesetzlichen Grundlage (nicht publizierte E. 1.1 von 6S.184/2003 = BGE 129 IV 305 ff.; vgl. auch Delnon/Rüdy, AJP 9/2000 S. 1060).

d) Ausserdem widerspricht die vorinstanzliche Auslegung Sinn und Zweck der Verjährung, der Strafverfolgung und damit dem Strafanspruch des Staates zufolge Zeitablaufs klare Grenzen zu setzen. Dementsprechend soll eine absolute Verjährungsfrist unabhängig von den Unterbrechungsmöglichkeiten der ordentlichen (relativen) Verjährung ein unbedingtes Fristende setzen. Dieser absolute Charakter würde jedoch unterlaufen, wenn die Frist nicht mit der Begehung, sondern erst, mit der Feststellung der Widerhandlung zu laufen begänne. Sowohl Fristanfang als auch Fristende blieben unbestimmt und der Zweck, den Strafanspruch des Staates zeitlich zu beschränken, würde mithin unterlaufen. Die Auslegung der Vorinstanz hätte zumindest theoretisch zur Folge, dass nicht festgestellte Widerhandlungen selbst in 100 Jahren nicht verjährten, immerhin eine Frist, nach deren Ablauf sogar Päpste des Mittelalters Ansprüche aus Kirchenbesitz hienieden nicht mehr als verfolgbar betrachteten. Damit würde die Verjährungsregelung in § 92 Abs. 2 Satz 2 PBG für Übertretungen schrankenlos ausgedehnt, was mit dem Zweck absoluter Verjährungsfristen nicht vereinbar und, wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, im Vergleich zu den Verjährungsfristen bei Kapitalverbrechen unverhältnismässig, ja unter Umständen absurd wäre.

e) Es kommt hinzu, dass soweit ersichtlich kein anderer Kanton eine der Auslegung der Vorinstanz entsprechende Verjährungsregelung kennt. Die Beschwerdeführerin verweist vielmehr zutreffend auf die im Wortlaut ähnliche Regelung des Kantons Bern hin, wonach Widerhandlungen in drei Jahren seit Erkennbarkeit verjähren (Art. 51 Abs. 1 Baugesetz) und die absolute Verjährung nach sechs Jahren eintritt (Abs. 2). Im einschlä-

A 5.1

gigen Kommentar zu diesem Gesetz wird aus dieser Bestimmung ohne weiteres abgeleitet, dass die absolute Verjährung auch bei nicht erkennbaren Widerhandlungen nach sechs Jahren seit deren Begehung eintrete (Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Januar 1985, 2. Aufl., Bern 1995, Art. 51 N 3; B II/4). Etwas anderes kann nach dem Gesagten auch für den Kanton Schwyz nicht gelten, auch wenn die relative und absolute Verjährung nicht in verschiedenen Absätzen, sondern nur in verschiedenen Sätzen geregelt wird.

3. Die Beschwerdeführerin behauptet alle Veränderungen am Stall im Frühling/Sommer 1998 vorgenommen zu haben. Weder der Ankläger noch die Vorinstanz haben diese Darstellung in Zweifel gezogen. Sogar der Einsprecher hat im nachträglichen Baubewilligungsverfahren angegeben, dass die Beschwerdeführerin im Frühling/Sommer 1998 neben dem bewilligten Ausbau des EG unbewilligt ein Wohn-/Schlafzimmer habe einrichten lassen. Damit sind jedoch diese Widerhandlungen spätestens im Sommer 2004 absolut verjährt und das Strafverfahren einzustellen, da sich die Beurteilung aus prozessrechtlichen Gründen als unzulässig erweist (§ 95 Abs. 3 StPO; vgl. Urteile des Bundesgerichts 1P.372/2000 vom 1. September 2000 und 6P.62/2004 vom 28. Juli 2004). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist mithin gestützt auf § 152 lit. c. StPO gutzuheissen, ohne dass die weitem Rügen des Beschwerdeführers noch zu prüfen sind, und das Strafverfahren gemäss § 156 Abs. 1 StPO einzustellen (...).

(Beschluss vom 31. März 2005, RK2 2005 10).

5. Strafprozessrecht

5.1 Örtliche Zuständigkeit

- *Keine Beschwerdefähigkeit der Anklageschrift (Erw. 2).*
- *Unzulässigkeit der Beschwerde an das Kantonsgericht betreffend interkantonale Zuständigkeit; Zulässigkeit der Beschwerde nach § 75 StPO für internationale Zuständigkeitsfragen (Erw. 3 - 4)?*

Aus den Erwägungen:

2. Die Anklageerhebung selbst ist grundsätzlich nicht beschwerdefähig, weil der Angeklagte seine Verteidigungsrechte vor dem urteilenden

Gericht geltend machen kann (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. Basel 2005, § 79 Rz 3; Donatsch/Schmid, Kommentar StPO-ZH, Zürich 1997, § 161 Rz 13). Entsprechend lässt § 75 StPO im Unterschied zum Beschwerderecht gemäss §§ 140 ff. StPO die Beschwerde innert zehn Tagen nur eingeschränkt auf die Frage der „Zuständigkeit des angerufenen Gerichts“ an das Kantonsgericht zu (KG 48/99 RK 2 vom 4. März 1999; KG 489/99 RK 2 vom 11. Januar 2000).

a) Der Beschwerdeführer begründet die Unzuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichtes sinngemäss damit, dass die Anzeigerstatterin nicht strafantragsberechtigt sei. Im zurzeit im Kanton Bern hängigen Zivilverfahren soll gestützt auf Art. 136 IPRG dänisches Recht zur Anwendung gelangen. Demzufolge richte sich die Strafantragsberechtigung nach dänischem Recht und nicht nach Art. 23 UWG, da diese Bestimmung die Strafantragsberechtigung ausdrücklich an die Legitimation im Zivilrecht knüpfe. Ausserdem soll die entgegen der Anklage am 27. August 2003 aufgeschaltete neue Textfassung keinen Zweifel mehr daran gelassen haben, dass nicht die Anzeigerstatterin Adressatin der Mitteilung war, womit dieser bei der Anhebung der Strafanzeige das Rechtsschutzinteresse fehlte, zumal die Anzeigerstatterin als schweizerische Konzerngesellschaft eines Konzern mit Sitz in den USA von den Vorgängen auf dem dänischen Markt zum Vornherein nicht betroffen sein könne.

Die Strafantragsberechtigung und das Interesse, Strafanzeige zu erheben, sind keine Belange der Zuständigkeit, weshalb auf die entsprechenden Rügen und mithin die Beschwerde nicht einzutreten ist. Aus diesem Grund braucht auch der Ausgang des zivilrechtlichen Zuständigkeitsverfahrens vor dem Appellationshof Bern nicht abgewartet zu werden.

b) Auch soweit der Beschwerdeführer die Strafuntersuchung durch das Bezirksamt als nur sehr summarisch geführt betrachtet, weil entlastende Sachverhaltselemente nicht weiter untersucht worden sein sollen, und deshalb die Rückweisung zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes an den Untersuchungsrichter verlangt, kann darauf nicht eingetreten werden. Es wäre Sache des Bezirksgerichtspräsidenten, die Anklage bei allfälligen Mängeln zur Änderung oder zur Vervollständigung der Untersuchung zurückzuweisen (§ 79 StPO).

3. Das Kantonsgericht hat in ständiger Rechtsprechung seine Zuständigkeit zur Festlegung des interkantonalen Gerichtsstandes verneint und die Beschwerde nach § 140 Abs. 1 StPO bei der Festlegung der örtlichen Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis von Bundesrechts we-

A 5.1

gen (auch nach neuem Art. 279 BStP) als ausgeschlossen betrachtet (EGV-SZ 2004 Nr. 5.2). Aus der Geltung des schweizerischen Strafrechts ergibt sich aber die Befugnis schweizerischer Gerichte zur Strafverfolgung und Bestrafung (Strafgerichtsbarkeit, vgl. Schultz, SJK 1208 S. 3). Es stellt sich deshalb abgesehen von den eben erwähnten Gründen für ein Nichteintreten (oben E. 2), die Frage, ob § 75 StPO eine Beschwerde gegen die Annahme der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit mit der Begründung zulasse, das angerufene Gericht sei zufolge fehlender schweizerischer Strafgerichtsbarkeit nicht als befugt zu betrachten.

a) Die räumliche Geltung schweizerischen Strafrechts ergibt sich aus Art. 3 bis 7 StGB. Diese Bestimmungen finden auch auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, insoweit Anwendung, als diese nicht selbst Bestimmungen aufstellen (Art. 333 Abs. 1 StGB). Das UWG enthält keine Bestimmungen über den räumlichen Geltungsbereich, weshalb Art. 3 bis 7 StGB anwendbar sind (BGE 124 IV 75 f.; Wiprächtiger Roland, BSK, Art. 333 StGB N 15; Riedo, Der Strafantrag, Basel 2004, S. 261; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, vor Art. 2 N 66). Sie regeln die Fälle, in denen die Schweiz Strafhoheit beansprucht (BGE 108 IV 146; Cassani, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte, ZStrR 1996 S. 240), einerseits ihr eigenes Strafrecht anzuwenden, andererseits nach den Regeln ihres Rechts zu bestimmen, unter welchen Bedingungen ihre Gerichte von der Anwendung des eigenen Strafrechts zu Gunsten der Anwendung ausländischen Strafrechts absehen können (Schultz, SJK 1208 S. 2). In dieser primären Bedeutung gehören die Regeln dogmatisch zum materiellen Recht (Schultz, ebd.; Popp, BSK, vor Art. 3 N 4 und 8). Es handelt sich um Recht über das Recht (sog. selbstreferentielles Recht, vgl. Schwarzenegger, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStrR 2000, S. 114 FN 21).

b) Die Frage der örtlichen Zuständigkeit bzw. die Gerichtsstandsfrage ist von der Frage der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts klar zu trennen (BGE 122 IV 167; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl. Bern 2005, § 5 N 25; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 382; unklar Cassani, a.a.O., S. 238 und Nay, BSK, vor Art. 346 StGB N 7). Da Art. 3 bis 7 StGB nicht dem Strafprozessrecht zuzuordnen sind, führt das Fehlen der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit zu einem Freispruch (Popp, BSK, vor Art. 3 StGB N 4 und 8; ohne weitere Begründung a.M. Hauser/Schweri/ Hartmann, a.a.O., § 41 N 7). Der endgültige Entscheid über die schweizerische Strafbarkeit ist mithin dem Richter allenfalls auf eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hin dem Kassationshof des Bundesgerichts vorbehalten (BGE 122 IV 167

i.V.m. BGE 91 IV 54 f.) und kann deshalb nicht Thema einer Beschwerde im Sinne von § 75 StPO sein, zumindest nicht, wenn nicht das offensichtlichen Fehlen der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit ein Strafverfahren und damit die Anwendung der Bestimmungen über die landesinterne, örtliche Zuständigkeit von Art. 346 ff. StGB ausschliesst (Popp, BSK, Art. 7 StGB N 2).

c) Auch zivilrechtlich verhält es sich mit Art. 136 IPRG ähnlich. Diese Bestimmung regelt nur das anwendbare Recht, nicht aber die internationale Zuständigkeit. Letztere richtet sich für den unerlaubten Handlungen gleichzusetzenden unlauteren Wettbewerb primär nach dem Lugano-Übereinkommen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) und sekundär nach Art. 129 IPRG (Baudenbacher, a.a.O., Art. 12 N 8 ff.). Weil die einzelnen Staaten im Unterschied zum Zivilrecht ihre Strafrechtshoheiten nicht durch entsprechendes internationales Strafprozessrecht abgestimmt haben, können sich allerdings die räumlichen Geltungsbereiche ihrer Strafrechtsnormen häufiger überschneiden, was zu mehreren Strafverfahren in verschiedenen Ländern führen kann (Schwarzenegger, a.a.O., S. 115).

4. Die Anwendbarkeit von dänischem Zivil- oder Strafrecht kann deshalb entgegen der Meinung des Beschwerdeführers die Durchführung eines Strafverfahrens in der Schweiz im Sinne von § 75 StPO nicht ausschliessen, solange die schweizerische Strafgerichtsbarkeit wie gesagt nicht offensichtlich fehlt.

Abgesehen davon bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass der Handlungsort in der Schweiz liegt, so dass das schweizerische Forum auch aufgrund des Territorialprinzips gegeben erscheint. Entsprechend dieser vorläufigen Betrachtungsweise kann dem Verletzten eine Antragsberechtigung und das Interesse an einer Strafverfolgung nicht abgesprochen werden, zumal sich der räumliche Anwendungsbereich der Strafnormen des UWG nicht mit den Grundsätzen des Privatrechts deckt. Dort, wo eine strafbare Handlung unter den Anwendungsbereich einer Strafnorm fällt, muss auch das Recht bestehen, die Verfolgung dieser Straftat zu beantragen, obwohl dann zivilrechtliche Klagelegitimation und Strafantragsberechtigung auseinander fallen können. (Riedo, a.a.O., S. 261 f.). Mit diesen summarischen Hinweisen zur Sache sei ausdrücklich nicht der dem Strafrichter vorbehaltenen Prüfung vorgegriffen, sondern allein gezeigt, dass die Frage der Strafantragsberechtigung nicht mit derjenigen der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit vermischt werden darf, um eine Beschwerde nach § 75 StPO zu begründen. Dies umso weniger, als es sich bei der Strafantragsberechtigung nicht um einen privaten Strafanspruch handelt, sondern nur um das von einem zu prüfenden, gesetzlichen Straftatbestand abhängige Recht zur Willenskund-

A 5.2

gabe, ob der Staat den allein ihm zustehenden Strafanspruch verfolgen soll oder nicht, wobei die Strafverfolgung Sache der Kantone ist (Art. 27 Abs. 1 UWG).

(Beschluss vom 12. September 2005, RK2 2005 83).

5.2 Auslieferungshaftbefehl

- *Haftbefehl als Titel eines schweizerischen Auslieferungsgesuchs, Kognition des Haftbeschwerderichters (Erw. 3 - 4).*

Aus den Erwägungen:

1. N., seit 29. Januar 2003 Staatsbürger von B., wurde aufgrund der Haftbefehle des Verhörortes des Kantons Schwyz vom 7. April und 20. August 2004 am 6. Oktober 2004 in B. verhaftet und in Auslieferungshaft versetzt. Am 7. Dezember 2004 stellte das Verhörort das Auslieferungsbegehren. Der Inhaftierte beantragte mit Beschwerde vom 16. Juni 2005 der Staatsanwaltschaft Schwyz den Widerruf der Haftbefehle und nebst dem Rückzug des Auslieferungsbegehrens die beschleunigte Fortsetzung der Untersuchungshaft. Mit der Begründung, die Beschwerde richte sich im Grunde gegen die Inhaftierung, überwies die Staatsanwaltschaft die Beschwerde an den Kantonsgerichtspräsidenten. Auf die Haftbeschwerde wurde mit Verfügung vom 21. Juni 2005 nicht eingetreten, weil vorgängig kein Haftentlassungsgesuch bzw. in casu kein Gesuch um Aufhebung der massgeblichen Haftbefehle gestellt worden war. Die Begehren hinsichtlich einer beschleunigten Fortsetzung der Untersuchung (Befragung während Auslieferungshaft) wurden zur Beschwerdebehandlung an die Staatsanwaltschaft zurück überwiesen.

2. Mit Verfügung vom 28. Juni 2005 hat das Verhörort die in der Folge mit einem Haftentlassungsgesuch gestellten Anträge des Inhaftierten, die Haftbefehle vom 7. April und 20. August 2004 zu widerrufen und das Auslieferungsbegehren vom 7. Dezember 2004 zurückzuziehen, abgewiesen (...).

Der Beschwerdeführer hat am 12. Juli 2005 auf die Durchführung einer Verhandlung verzichtet und von der Gelegenheit, zur Vernehmlassung des Verhörortes Stellung zu nehmen, mit Replikeingabe vom 20. Juli 2005 Gebrauch gemacht. Zusammen mit der Replik erhob der Beschwerdeführer eine zusätzliche Beschwerde gegen den Haftbefehl vom 3. Februar 2005, auf den sein Anwalt erst bei der Durchsicht der Auslieferungsakten am 15. Juli 2005 gestossen und der nach ersten

Abklärungen dem Beschwerdeführer noch nicht eröffnet worden sein soll (...).

3. Die Untersuchungshaft ist nach § 27 Abs. 1 StPO durch Haftbefehl unter Angabe des Haftgrundes anzuordnen. Kann der Haftbefehl nicht vollzogen werden, ist die Fahndung anzuordnen, und er kann ausserdem öffentlich bekannt gemacht werden (§ 27 Abs. 2 StPO). Beschwerden gegen Haftbefehle, abgelehnte Haftentlassungsgesuche sowie Verfügungen der für die Haft zuständigen Instanz über Haftbedingungen sind beim Kantonsgerichtspräsidenten anzubringen (§ 28 Abs. 1 StPO).

Der Beschwerdeführer erachtet seine Beschwerde als zulässig, weil das Verhöramt ihn mit Haftbefehlen zur Verhaftung ausgeschrieben und für den Fall seiner Festnahme die Versetzung in Auslieferungshaft angeordnet habe.

a) Bei der Auslieferung unterscheidet man zwischen dem so genannten Antragsverfahren, bei dem die Schweiz ersuchender Staat ist, und dem Entscheidverfahren, bei dem sie ersuchter Staat ist (Markees, SJK Nr. 422a N S. 2). Vorliegend geht es um ein Antragsverfahren. Das im Auftrag der Kantone handelnde Bundesamt für Justiz ist zuständig für Ersuchen um Auslieferung (Art. 30 Abs. 2 IRSG) und entscheidet über die Zulässigkeit schweizerischer Ersuchen (Art. 17 Abs. 3 lit. c IRSG). Nicht nur die Stellung, sondern auch der Rückzug von Auslieferungsersuchen ist Sache des Bundesamtes, und kantonale Behörden dürfen ein solches Ersuchen gegenüber den ersuchten ausländischen Behörden nicht zurückziehen (Markees, a.a.O., S. 4 unten). Auf den Antrag, das Auslieferungsbegehren zurückzuziehen, kann deshalb nicht eingetreten werden.

b) Es trifft entgegen den Ausführungen in der Beschwerde nicht zu, dass das Verhöramt die Auslieferungshaft angeordnet hat. Dies haben die brasilianischen Behörden auf Begehren des Bundesamtes für Justiz getan. Gegen die Anordnung, das Verfahren und die Dauer der Auslieferungshaft sowie allfälliger Haftbedingungen kann sich der Beschwerdeführer in B. zur Wehr setzen und Haftentlassung verlangen. Das ist dem Beschwerdeführer auch bekannt, betrachtet er doch ausdrücklich den Akt der Versetzung in Auslieferungshaft nicht als Gegenstand der vorliegenden Haftbeschwerde.

c) Vorliegend konnten die Haftbefehle nicht vollzogen werden und musste nach dem Beschwerdeführer international gefahndet werden. Das zwischenstaatliche Auslieferungsverfahren dient nunmehr dazu, den in B. festgenommenen Beschwerdeführer den schweizerischen Behörden

A 5.2

zur Durchführung des Strafverfahrens zu überantworten (Markees, SJK Nr. 422 S. 5). Auslieferungshaft dient dem ersuchten Staat zur Sicherung der Auslieferung gemäss seinen staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Sie ist daher nach anderen Kriterien als die Untersuchungshaft zu beurteilen. Daran ändert nichts, dass nach Art. 110 Ziff. 7 StGB als Untersuchungshaft jede in einem Strafverfahren verhängte Haft gilt. Aus dieser Erklärung lässt sich nämlich für die Untersuchungshaft keine umfassende, sondern nur eine im Hinblick auf die Anrechnung an eine Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 69 StGB beschränkte materiell- bzw. sanktionsrechtliche Bedeutung ableiten (Mettler, BSK, Art. 110 Ziff. 7 StGB N 1 f.). Zwar ist im Sinne dieser Bestimmungen auch die Auslieferungshaft auf eine Freiheitsstrafe anrechenbar. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist sie aber nicht Gegenstand des Haftprüfungsverfahrens und bei der Festsetzung der zulässigen strafprozessualen Haftdauer nicht erheblich (Urteile des Bundesgerichts 1P.534/2000 vom 22.9.2000 und 1P.444/2004 vom 14.9.2004); an ihre Anordnung sind weniger strenge Anforderungen zu stellen als an die Verhängung von Untersuchungshaft. Dagegen ist das Absehen von Auslieferungshaft an strengere Voraussetzungen gebunden als der Verzicht auf die gewöhnliche Untersuchungshaft im Strafverfahren (Urteil des Bundesgerichts 1S.2/2005 vom 25.1.2005). Die Auslieferungshaft setzt auch nicht unter allen Umständen einen Haftbefehl voraus, sondern lässt als Alternative dazu auch das Versetzen in den Anklagezustand oder das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils genügen (Art. 41 IRSG, Art. VII Abs. 2 Auslieferungsvertrag/SR 0.353.919.8).

4. Die Beurteilung des Haftbefehls als Titel im Auslieferungsverfahren fällt nach dem Gesagten nicht unmittelbar in die Kognition des Haftbeschwerderichters. Als Titel für Untersuchungshaft konnten die ursprünglich unangefochten gebliebenen Haftbefehle bisher nicht vollzogen und mithin wirksam werden. Durch die Aufrechterhaltung der Haftbefehle ist der Beschwerdeführer daher abgesehen von den hier nicht zu beurteilenden Auslieferungsbelangen nicht ohne weiteres beschwert. Wird er ausgeliefert und in der Schweiz in Untersuchungshaft gesetzt, kann er sich dagegen mit einer Haftbeschwerde bzw. einem Haftentlassungsgesuch zur Wehr setzen.

a) Das vom Beschwerdeführer im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot beanstandete Unterlassen seiner möglichen Befragung in Auslieferungshaft kann für sich genommen nicht Thema des Haftbeschwerdeverfahrens, sondern allenfalls nur Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens im Sinne von § 140 StPO sein (was dem Beschwerdeführer aus dem Verfahren GP 2005 10 bekannt ist). Insoweit ist er an das bei der

Staatsanwaltschaft hängige Verfahren zu verweisen. Dort ist zu beurteilen, ob das Unterlassen nach dem Auslieferungsvertrag möglicher Untersuchungshandlungen (Art. XVII Abs. 1 Auslieferungsvertrag) mit Blick auf eine förderliche und zweckmässige Durchführung der Strafuntersuchung nach rechtlichen und praktischen Möglichkeiten und dem Verhalten des Angeklagten zulässig ist.

b) Damit ist allerdings nicht gesagt, dass diese Fragestellung angesichts des Umstandes der Freiheitsentziehung durch Auslieferungshaft für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Haftbefehle im Rahmen einer Haftbeschwerde von vornherein unerheblich wäre. Vielmehr kann es Treu und Glauben widersprechen, an den Haftbefehlen festzuhalten, ohne die Untersuchung im Rahmen des praktisch Möglichen voranzutreiben. Nachdem das Auslieferungsverfahren offenbar längere Zeit in Anspruch nimmt, ist von der Untersuchungsbehörde zu erwarten, dass sie in nächster Zeit für die von ihr als notwendig erachteten Einvernahmen des Beschwerdeführers (auf dem Rechtshilfegeweg oder notfalls vor Ort) besorgt ist. Eine Aufhebung der Haftbefehle aus diesem Grund steht derzeit allerdings noch ausser Betracht, zumal weder vom Beschwerdeführer noch vom Verhöramt geltend gemacht ist, welches im Einzelnen die Gründe der Verzögerung der Auslieferungsprozedur sind. Zur Abkürzung derselben wäre zudem im Rahmen der Prozessordnung auch eine Verfahrensabsprache zwischen Untersuchungsbehörde und Verteidigung zulässig und unter Umständen für beide Seiten hilfreich. So wenig der Untersuchungsrichter die zweckmässige Fortsetzung der Untersuchung von der Zustimmung des Beschwerdeführers zu seiner Auslieferung abhängig machen darf, kann der Beschwerdeführer umgekehrt allerdings aus der verweigerten Zusicherung des freien Geleits eine Unterlassung von Untersuchungshandlungen ableiten.

c) Soweit der Beschwerdeführer die Aufrechterhaltung der Haftbefehle unter Bezug auf die Dauer der Auslieferungshaft und mit Blick auf das Beschleunigungsgebot die Verhältnismässigkeit des Freiheitsentzuges anzweifelt, ist anzumerken, dass Auslieferungshaft auf die zulässige Haftdauer des Haftverfahrens grundsätzlich nicht anzurechnen ist, da sie nicht Untersuchungszwecken dient. Dies könnte sich allerdings ändern, wenn die hiesige Untersuchungsbehörde eine zumutbare Fortsetzung der Untersuchungshandlungen verweigern und/oder schweizerischen Behörden eine Verschleppung des Auslieferungsverfahrens vorgeworfen werden müsste.

d) Was die Haftgründe anbelangt, ist selbst eine nun rund neunmonatige Haft angesichts des nicht substantiiert bestrittenen, dringenden

A 5.3

Tatverdachts schwerer Vermögensdelikte in hohem zweistelligen Millionenbetrag und des Umstands, dass der Beschwerdeführer mit allerdings zufolge Berufung nicht rechtskräftigen Urteil des kantonalen Strafgerichts Schwyz vom 17. Mai 2004 einschlägig bereits wegen gewerbmässigen Betrugs zu 30 Monaten Zuchthaus verurteilt ist, bei einer beförderlichen Untersuchungsführung noch nicht zu beanstanden.

Auch ist in casu die Voraussetzung eines speziellen Haftgrundes derzeit zu bejahen, nachdem der Beschwerdeführer in der dem erwähnten Urteil des Strafgerichts vorausgehenden Strafuntersuchung aus der Untersuchungshaft in der Erwartung entlassen wurde, dass er sich wie bisher zur Verfügung der Behörden halten würde (KG 82/01 GP vom 12.2.2001). Davon kann nicht mehr ausgegangen werden, nachdem er zur Hauptverhandlung des Strafgerichts vom 24. März 2004, ohne seinen Verteidiger zu informieren und besondere Gründe darzutun, nicht erschienen, sondern nach B. ausgereist ist und zuvor die dortige Staatsbürgerschaft angenommen hat. Unabhängig von den genauen Umständen dieser Ausreise ist deshalb nicht zu beanstanden, dass der Untersuchungsrichter neben dem dringenden Tatverdacht Fluchtgefahr angenommen und die Aufhebung der Haftbefehle abgelehnt hat (...).

e) Damit besteht im Rahmen der Beurteilung der Haftbefehle momentan kein Anlass, diese zu widerrufen und damit das zuständige Bundesamt indirekt zum Rückzug des Auslieferungsgesuchs zu veranlassen. Allerdings kann die Untersuchungsbehörde wie dargelegt nicht weiterhin unbesehen mit der Untersuchung zuwarten, bis die Entscheidung über die Auslieferung durch den Staat X. eines Tages gefallen ist. Eine konkrete Fristansetzung im Sinne der Eventualbegehren des Beschwerdeführers rechtfertigt sich indes – jedenfalls im Rahmen der Haftprüfung – im jetzigen Zeitpunkt noch nicht (...).

(Verfügung vom 21. Juli 2005, GP 2005 17 und 19. Eine staatsrechtliche Beschwerde wurde in BGer 1P.513/2005 vom 27. September 2005 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, wobei die Anfechtbarkeit von nicht vollzogenen Haftbefehlen in Übereinstimmung mit der angefochtenen Verfügung bejaht wurde, Erw. 1.2).

5.3 Haftbeschwerde

- *Zur Herbeiführung einer Verhaftung ist die Staatsanwaltschaft nicht beschwerdebefugt (Erw. 2 - 3).*

Aus den Erwägungen:

1. Am 9. Juni 2005 erhob die Staatsanwaltschaft beim kantonalen Strafgericht Anklage gegen den Beschwerdegegner (wegen mehrfacher sexueller Nötigung, sexueller Handlungen mit Kindern etc.). Gleichzeitig stellte sie den Antrag, den Angeklagten in Untersuchungshaft zu nehmen, nachdem der Kantonsgerichtspräsident zuvor verfügt hatte, dass der damals noch offene und inzwischen beendete Strafvollzug Vorrang vor der Anordnung von Untersuchungshaft habe (GP 2005 7 vom 17. März 2005). Der Vizepräsident des Strafgerichts wies den Antrag mit Verfügung vom 20. Juni 2005 ab und sprach stattdessen in Anwendung von § 26a StPO ein Kontaktverbot aus. Dagegen reicht die Staatsanwaltschaft mit Postaufgabe vom 11. Juli 2005 Beschwerde beim Kantonsgericht ein und verlangt die Versetzung des Beschwerdegegners in Untersuchungshaft, eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuprüfung unter „Berücksichtigung sämtlicher wesentlicher Aspekte“. Es wurde weder eine Beschwerdeantwort noch eine Vernehmlassung eingeholt.

2. Die Beschwerdeführerin hält dafür, die Beschwerde an das Kantonsgericht sei gestützt auf § 140 Abs. 1 und 2 StPO mangels anderweitigem Rechtsbehelf gegeben. In Haftsachen ist allerdings das spezielle Rechtsmittel der Haftbeschwerde vorgesehen, das beim Kantonsgerichtspräsidenten anzubringen ist (vgl. hiezu www.kgsz.ch/rechtsprechung, mit Ergänzungen zu SJZ 99/2003 Nr. 19 489 ff.) und die allgemeine Beschwerde gemäss § 140 StPO ausschliesst. Daran vermag nichts zu ändern, dass gemäss bisheriger Praxis in Haftsachen einzig die inhaftierte Person bzw. ihre Verteidigung zur Haftbeschwerde legitimiert ist und nur Haftanordnungen i.w.S., nicht aber Haftentlassungen angefochten werden können (vgl. Wortlaut von § 28). Es wäre mit dem Rechtsmittelsystem nur schwer zu vereinbaren, wenn für zweitinstanzliche Haftbeurteilungen zwei verschiedene Instanzen, nämlich einerseits der Präsident (oder ein von ihm bezeichneter Kantonsrichter) gegenüber Haftanordnungen, andererseits die zuständige Kammer gegenüber Aufhebungen, zuständig wären. Dem würde auch die vom Gesetzgeber gewollte, gebotene Raschheit des Verfahrens entgegenstehen (vgl. Fünftagesfrist gemäss § 28 Abs. 2 StPO). Die Beschwerde gemäss § 140 StPO (wie auch § 67 f. GO) ist nicht gegeben, ebenso wenig wie diese gegen Haftentlassungsverfügungen von Untersuchungsrichtern (an die Staatsanwaltschaft selbst) zur Verfügung stehen kann (vgl. auch eliminierte Haftanordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft in § 27 Abs. 1 aStPO i.d.F. vor 16. Oktober 2002).

A 5.4

3. Ein Anlass, die Praxis zu § 28 StPO zu ändern und den Weg für eine Inhaftierungsbeschwerde zu öffnen, besteht nicht. Gegen Haftaufhebungs- oder Entlassungsverfügungen sieht das Gesetz, anders als in der gegenwärtigen Ordnung des Bundes (BGE 130 I 234 ff.; vgl. auch Verfügung 1S.18/2005 vom 24. Juni 2005 i.S. Adamow, in NZZ 2005 Nr. 146 S. 18), bewusst keine Beschwerdemöglichkeit vor. Daran ist die Beschwerdeinstanz gebunden.

Erweist sich demnach die Beschwerde nach § 140 StPO als unzulässig und kann sie auch nicht im Sinne von § 28 StPO entgegen genommen werden, ist auf das Rechtsmittel durch Präsidialentscheid (§ 29 GO) nicht einzutreten (...).

(Verfügung vom 12. Juli 2005, RK2 2005 87).

5.4 Ersatzmittel zur Untersuchungshaft

- *Vollzug einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe als Ersatzmittel im Sinne von § 26a StPO (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Untersuchungshaft darf nicht verhängt werden, wenn sich ihr Zweck durch mildere Anordnungen erreichen lässt (§ 26a StPO). Die Anordnung des Vollzugs einer bereits ausgefallenen Strafe stellt ein solches Ersatzmittel dar, sofern durch die Art und Weise des Vollzugs sichergestellt werden kann, dass die laufende Untersuchung nicht gefährdet oder unverhältnismässig erschwert wird (GP 2003 267 vom 30.7.2003). Vorliegend steht eine vom Beschwerdeführer zu verbüsende Freiheitsstrafe zum Vollzug an, hat doch das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen mit Schreiben vom 9. März 2005 an das Verhöramt aufgrund eines telefonischen Kontakts mit der Untersuchungsrichterin am Tag der Inhaftierung um Zuführung des Beschwerdeführers zum Vollzug einer rechtskräftigen und vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Monaten ersucht. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb nicht von Anfang an anstelle von Untersuchungshaft vorerst der Antritt der rechtskräftigen Freiheitsstrafe veranlasst bzw. ermöglicht wurde, zumal die Strafuntersuchung weit fortgeschritten und nach der Schlusseinvernahme vom 10. März 2005 dadurch weder gefährdet noch erheblich erschwert wird.

Es kommt hinzu, dass die von der Untersuchungsrichterin geltend gemachten speziellen Haftgründe der Fortsetzungs- wie auch der (nicht näher belegten) Fluchtgefahr (§ 26 lit. a und c StPO) während des Straf-

vollzuges nicht gegeben sind und sich daher die Untersuchungshaft derzeit nicht nur gestützt auf § 26a StPO als unzulässig erweist.

Unter diesen Umständen und nachdem sich der amtliche Verteidiger telefonisch mit dem Ersatz durch Strafvollzug und der Abzitrung der mündlichen Anhörung einverstanden erklärt hat, ist die angefochtene Haftverfügung vom 8. März 2005 ohne Verhandlung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den Beschwerdeführer unverzüglich dem Strafvollzug im Kanton St. Gallen zuzuführen. Mit der Zuführung gilt der Haftbefehl für die Zeit des Vollzugs als ausgesetzt. Im Anschluss an die Entlassung (d.h. nach drei Monaten, Art. 38 Ziff. 1 StGB) sowie für den Fall, dass entgegen der Aktenlage aus neuen Gründen eine unmittelbare Überführung in den Vollzug nicht möglich sein sollte, hat die Untersuchungsrichterin unverzüglich mit beschwerdefähiger Verfügung neu über die Untersuchungshaft zu entscheiden (...).

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

5.5 Verfahrenseinstellung

- *Bezirksgerichtliche Verfahrenseinstellungen ergehen in Beschlussform und sind durch Beschwerde anfechtbar (Erw. 1).*
- *Unzulässigkeit von Verfahrenseinstellungen aus beweisrechtlichen Gründen (Erw. 2 - 3).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft geht zu Recht davon aus, dass die Einstellung des Strafverfahrens nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss hätte erfolgen müssen. Ein Urteil ist nach § 130 Abs. 1 GO nur dann zu fällen, wenn in der Sache selbst entschieden wird, d.h. im Sinne von § 95 Abs. 2 StPO eine Verurteilung oder ein Schuldspruch erfolgt. Da im vorliegenden Fall keine rechtliche Würdigung der dem Beschwerdegegner zur Last gelegten Tatbestände erfolgte, hat der Entscheid einer Kollegialbehörde über die Einstellung des Verfahrens gemäss § 130 Abs. 2 GO in Form des Beschlusses zu ergehen (vgl. auch Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 580). Die Eingabe der Staatsanwaltschaft Schwyz vom 25. Juli 2005 ist somit entgegen der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Urteil (Nichtigkeitsbeschwerde) im Sinne der Parteianträge als Beschwerde nach § 140 Abs. 1 lit. b StPO entgegenzunehmen. Die nur gegen Urteile wegen Verbrechen und Vergehen zulässige Berufung (§ 143 StPO) ist nicht gegeben. Dieser Auslegungsschluss entspricht auch den Grundsätzen der Verfahrensöko-

A 5.5

nomie und der Rechtsmittelkongruenz, indem eine Berufungsverhandlung über formelle Fragen wenig Sinn machen würde und schon gegen Einstellungen in früheren Verfahrensstadien jeweils die Beschwerde gegeben ist (vgl. §§ 70 Abs. 1 und 78 Abs. 3 StPO).

2. Das Gericht hat den Angeklagten grundsätzlich frei zu sprechen oder zu verurteilen (§ 95 Abs. 2 StPO). Nur ausnahmsweise, wenn sich die Beurteilung aus prozessrechtlichen Gründen als unzulässig erweist, ist das Verfahren gemäss § 95 Abs. 3 StPO einzustellen (...).

3. Die Vorinstanz stützt die angefochtene Einstellung auf eine ungenügende Sammlung der Beweise und Verfahrensverletzungen im Untersuchungsverfahren ab. Dies sind jedoch keine prozessrechtlichen Gründe im Sinne von § 95 Abs. 3 StPO.

a) Ob genügend Beweise für eine Verurteilung gesammelt wurden, ist eine materielle und keine prozessrechtliche Frage, da ein Angeklagter im Falle mangelnder Beweise freizusprechen ist. Abgesehen davon verunmöglicht eine unvollständige Beweissammlung im Untersuchungsverfahren eine richterliche Urteilsfindung in der Sache nicht. Das Gericht ist auch nach der Anklageerhebung nicht an die Beweiserhebungen durch die Untersuchungsbehörde gebunden, sondern im Rahmen des Akkusationsprinzips selbst zu Beweisermittlungen verpflichtet (EGV-SZ 1990 Nr. 50 Erw. a; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 50 N 6a und § 53 N 4; vgl. zu den entsprechenden gesetzlichen Möglichkeiten unten lit. c), wenn es findet, dass die Beweiserhebung im Untersuchungsverfahren zu wenig gründlich erfolgte. Ein Verfahren in einem solchen Fall definitiv einzustellen, verstösst gegen die Grundsätze der Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 2 StPO) und der Strafverfolgung von Amtes wegen (§ 3 StPO).

b) Zum Schutz des Einzelnen muss die Klärung des Sachverhalts bzw. die Beweisermittlung justizförmig und fair erfolgen (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 53 N 3, § 56 N 1 ff. und § 60 N 1). Die Vorinstanz beanstandet, dass der Untersuchungsrichter es daran hat fehlen lassen. Werden durch Amtshandlungen und Entscheide der Untersuchungsbehörden Verfahrensgrundsätze verletzt, kann sich der Betroffene dagegen beschweren (§§ 140 ff. StPO). Das hat der Angeschuldigte vorliegend nicht gemacht. Dem Strafrichter dagegen stellt sich nur bei der materiellen Beurteilung des Straffalles die Frage, ob nicht rechtskonform erhobene Beweise verwertet werden dürfen oder nicht. Dürfen sie es nicht und können sie nicht mehr rechtmässig erhoben

werden, hat ein Freispruch zu erfolgen, wenn die verbleibenden Beweise für eine Verurteilung nicht ausreichen. Deshalb bieten die von der Vorinstanz beanstandeten Verfahrensfehler keinen Grund, die Weiterführung des Verfahrens und eine Beurteilung in der Sache prozessrechtlich als unzulässig zu erachten.

c) Wird das Untersuchungsverfahren vom Gericht beanstandet, kann der Gerichtspräsident die Anklage im erstinstanzlichen Verfahren während der Vorbereitung zur Hauptverhandlung gemäss § 79 Abs. 1 StPO zur Vervollständigung der Untersuchung an die Anklagebehörde zurückzuweisen. Die dabei beanstandeten Mängel sind kurz zu bezeichnen (§ 79 Abs. 2 StPO). Ferner hat der Gerichtspräsident laut § 81 StPO die Möglichkeit, von sich aus Zeugen oder Sachverständige vorzuladen und andere Beweisabnahmen zu treffen. Kommt das Gericht hingegen erst nach Eröffnung der Hauptverhandlung zum Schluss, dass die bisherige Untersuchung mangelhaft ist, kann es den Untersuchungsrichter gemäss § 93 Abs. 4 StPO mit der Ergänzung der Untersuchung beauftragen. Das Gericht kann bis zur Eröffnung des Urteils von Amtes wegen neue Beweissmassnahmen anordnen (§ 90 Abs. 3 StPO; EGV-SZ 1978 S. 54 ff.). Da die Vorinstanz die Möglichkeiten zur Vervollständigung der ihrer Ansicht nach unvollständig und unfair geführten Untersuchung nicht genutzt hat (vgl. auch nachstehend E. 4), ist der angefochtene Einstellungsentscheid, der sich wie gesagt (lit. a und b) nicht auf prozessrechtliche Gründe abstützen vermag, aufzuheben.

4. (...).

5. Wie dargetan kann die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gutgeheissen werden, ohne auf die Frage einzugehen, ob das Bezirksgericht zu Recht die Fairness und Vollständigkeit der Untersuchung beanstandet hat oder nicht (...).

(Beschluss vom 29. September 2005, RK2 2005 91).

5.6 Anklagerückzug zur Verfahrensabtretung

- *Zulässigkeit eines Anklagerückzugs ohne Sperrwirkung zwecks Verfahrensabtretung an einen andern Kanton; Erledigungsformen und Kosten (Erw. 2 - 3).*

A 5.6

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, der Rückzug der Anklage sei definitiv „in dem Sinne, dass die Anklage nicht neuerlich eingebracht werden könne“, auch nicht vor einem anderen, örtlich zuständigen Gericht. Er hält dafür, dass ein Anklagerückzug gemäss § 93 Abs. 1 StPO analog zum Zivilprozess (§ 96 Ziff. 4 ZPO) definitiv sei, indem damit die materielle Rechtskraft eintrete, und stützt sich hierfür auf § 95 Abs. 2 StPO, wonach ein Angeklagter entweder zu verurteilen oder freizusprechen sei.

Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft hat der Angeklagte ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass ein Strafverfahren formell korrekt abgeschlossen wird. Soweit er allerdings eine positive Feststellung der Rechtskraftwirkung des Anklagerückzugs verlangt, ist auf einen solchen weitergehenden Antrag nicht einzutreten, weil sich die Rechtsfolgen einerseits aus der Art der Verfahrenserledigung ergeben und andererseits die Behörden, an die das Verfahren in Anwendung bundesrechtlicher Vorgaben abgetreten wurde, letztlich darüber zu entscheiden haben werden. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde auch insoweit, als eine definitive Kostenübernahme durch den Kanton Schwyz verlangt wird: Solange kein Kostenspruch vorliegt, ist der Beschwerdeführer nicht beschwert. Abgesehen davon ist die Regelung bei interkantonalen Gerichtsstandsvereinbarungen die, dass der abtretende Kanton seine bisherigen Kosten dem übernehmenden Kanton meldet, der sie dann als eigene behandelt, in der Regel ohne Erstattungspflicht (vgl. Schwenninger/Bänziger, Interkantonale Gerichtsstandsbestimmung in Strafsachen, 2. A., Anhang V). Hingegen kann der amtliche Verteidiger verlangen, dass er für seine Mühewalt vom bisherigen Kanton entschädigt werde; insoweit ist die Beschwerde als eigenes Begehren des Verteidigers entgegenzunehmen.

3. Mithin ist zunächst zu prüfen, wie das Strafverfahren im Falle des unbestrittenermassen zulässigen Anklagerückzugs (zum Geltungsbereich des Immutabilitätsprinzips vgl. Hauser/Schwenninger, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. A., N. 8a zu § 50, und Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Rz 833, die von einer Rückzugsmöglichkeit bis zur Hauptverhandlung ausgehen) zu erledigen ist. Der vom Verteidiger zitierte § 95 StPO sieht in Absatz 3 vor, dass ein Verfahren einzustellen ist, wenn sich die Beurteilung aus prozessrechtlichen Gründen als unzulässig erweist. Dies ist vorliegend der Fall, indem die Schwyzer Behörden nach Verfahrensabtretung an einen andern Kanton gestützt auf Art. 346 ff. StGB in der Sache nicht mehr zuständig sind; eine solche ist in der Regel bis zur Fällung des erstinstanzlichen Urteils möglich und zulässig (Schwenninger/Bänziger,

a.a.O., Rz 320 und 536). Die Verfahrenseinstellung hat in einem solchen Fall keine Sperrwirkung im Sinne des Grundsatzes „ne bis in idem“, andernfalls die bundesrechtliche Strafverfolgungspflicht vereitelt würde (zur beschränkten Wirkung einer Einstellung vgl. auch § 72 StPO).

Indem der Strafgerichtspräsident das Verfahren abgeschlossen hat, wählte er eine Erledigungsart, die in der Schwyzer Strafprozessordnung erstinstanzlich nicht vorgesehen ist, jedoch auf dasselbe Ergebnis hinausläuft, indem das Verfahren im Kanton Schwyz formell-deklaratorisch ohne weitere Wirkungen abgeschlossen wird. Die Beschwerde erweist sich in diesem Sinne im Ergebnis als unbegründet. Fragen könnte man sich noch, ob in solchen Fällen nicht die Verfahrensabtretung durch das Gericht selbst erfolgen könnte und sollte. Dass die Staatsanwaltschaft die für interkantonale Verhandlungen zuständige Behörde ist (§ 7 Abs. 2 StPO), spricht dafür, dass der vorinstanzlich gewählte Weg jedenfalls zulässig ist, unabhängig davon, ob die Kompetenz zur Sachüberweisung auch dem Gericht selbst zugestanden werden müsste.

Nicht umstritten ist die interkantonale Zuständigkeit an sich, für deren Beurteilung das Bundesstrafgericht in Bellinzona zuständig wäre (Art. 351 StGB und Art. 279 BStP; RK2 2004 136 vom 28. Dezember 2004 Erw. 4).

4. Damit sind noch die Verteidigungskosten zu normieren, nachdem der amtliche Verteidiger auf kantonsgerichtliche Einladung hin seine Kostennote vorgelegt und die Staatsanwaltschaft dazu Stellung genommen hat, so dass diesbezüglich eine Rückweisung entbehrlich erscheint; das Beschwerdeverfahren hätte sich insoweit bei früherer Vorlage erübrigt (...).

(Beschluss vom 31. März 2005, RK2 2004 135).

5.7 Internationale Rechtshilfe

- *Beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen (Erw. 1).*
- *Keine Ausdehnung des Rechtshilfegesuchs im Beschwerdeverfahren (Erw. 2).*
- *Gesetzliche Grundlagen der Rechtshilfe (Erw. 3).*
- *Rechtsfolgen eines ungenügenden Rechtshilfegesuchs, Ersatzeinziehung nach Art. 13 Abs. 3 GwÜ (Erw. 4 - 5)?*

A 5.7

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 80e lit. b IRSG können der Schlussverfügung vorangehende Beschlagnahmen von Vermögenswerten und Wertgegenständen angefochten werden. Die rechtshilfweise Beschlagnahme oder Sperre von Vermögenswerten führt jedoch nicht automatisch zur selbständigen Anfechtbarkeit der entsprechenden Zwischenverfügung. Das Gesetz verlangt ausdrücklich, dass diese im konkreten Fall einen spezifischen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben muss. Ein unmittelbarer und nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 80e lit. b IRSG kann nur in Ausnahmefällen bejaht werden; dies etwa bei einer Beschlagnahme, welche die wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens oder einer Privatperson praktisch lahmlegt oder Mittel betrifft, die eine Person für ihren Unterhalt benötigt, aber auch bei drohenden Verletzungen von konkreten vertraglichen Verpflichtungen und unmittelbar bevorstehenden Betreibungen (BGE 1A.154/2001 vom 10.12.2001, 1A.266 und 267/2000 vom 28.11.2000). Der Beweis für den Nachteil aus der Beschlagnahme von Vermögenswerten obliegt dem Beschwerdeführer, weil der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Beschwerde gegen Zwischenentscheide eng umgrenzen wollte (Nicati, SJK 426 S. 14; die Beschwerdemöglichkeiten wurden denn auch gegenüber der bundesrätlichen Vorlage zusätzlich beschränkt, vgl. BBI 1995 III 29 f. und 54 sowie Wyss, SJZ 1997 S. 36). Er muss genau aufzeigen, warum ihm die Vorenthaltung der Vermögenswerte einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil beschert (Nicati, ebd. zum Ganzen RK2 2005 66, 70 und 78 vom 8.8.2005).

In der Beschwerde wird ausgeführt, dass aufgrund der verfügten Kontoblockierung die d. GmbH ihren Zahlungspflichten nicht mehr nachkommen könne, so dass der Gesellschaft die Kündigung des Geschäftslokals sowie die Betreibung drohen. Die Ausführungen vermögen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die d. GmbH darzutun, nicht aber für deren Teilhaber und Mitgeschäftsführer K. (...).

2. Soweit die Staatsanwaltschaft A. in der Eingabe vom 2. Dezember 2005 aufgrund des in Deutschland angeordneten dinglichen Arrests das Kantonsgericht um Pfändung sämtlicher bestehender oder künftiger Forderungen ersucht, ist darauf nicht einzutreten. Die Staatsanwaltschaft Schwyz und nicht das Kantonsgericht ist zuständige Rechtshilfebehörde (§ 74 Abs. 2 lit. a GO). Beschwerdegegenstand bildet vorliegend einzig das Ersuchen vom 30. August 2005 um Beschlagnahme eines aus einer angeblich planmässig zum Nachteil eines in Deutschland ansässigen Subunternehmers begangenen Straftat erlangten Erlöses im Sinne von § 73 Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuches. (...).

3. Für die Rechtshilfe zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz sind in erster Linie die Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EUeR, SR 0.351.1), dem die beiden Staaten beigetreten sind, und der zwischen ihnen abgeschlossene Zusatzvertrag vom 13. November 1969 (SR 0.351.913.61) massgebend. Die internationale Zusammenarbeit bei Beschlagnahmungen bzw. Kontosperrungen ist im Bereich aller Delikte (vgl. Bernasconi, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, § 7 N 565) im Europaratsübereinkommen Nr. 141 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990 (Geldwäscherei-Übereinkommen, GwÜ, SR 0.311.53) geregelt, das für die Schweiz am 1. September 1993 und für Deutschland am 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist. Soweit diese Staatsverträge bestimmte Fragen nicht abschliessend regeln, gelangt das schweizerische Landesrecht zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 IRSG).

Die Schweiz hat sich im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit verpflichtet, auf Ersuchen eines Vertragsstaates vorläufige Massnahmen wie Einfrieren oder Beschlagnahme nach Massgabe und vorbehaltlich des innerstaatlichen Rechts zu treffen (Art. 11 f. GwÜ), um jede Veräusserung in Bezug auf einen möglicherweise später der Einziehung unterliegenden Vermögenswert zu verhindern. Das Ersuchen um entsprechende Zwangsmassnahmen muss eine Sachdarstellung einschliesslich der rechtserheblichen Tatsachen (wie Tatzeit, Tatort und Tatumstände), den Wortlaut der Gesetzesbestimmungen oder, wenn dies nicht möglich ist, eine Darstellung des anzuwendenden Rechts sowie die Erklärung enthalten, dass die Massnahme auch nach dem Recht des ersuchenden Staates ergriffen werden könnte (Art. 27 Ziff. 1 lit. c und d GwÜ). Erforderlichenfalls und soweit möglich hat das Ersuchen neben Angaben zur betroffenen Person unter anderem auch den Zusammenhang mit der Straftat auszuweisen (Art. 27 Ziff. 1 lit. e GwÜ). Die Massnahme darf indes nur angeordnet werden, wenn aus der Darstellung des Sachverhaltes hervorgeht, dass die im Ausland verfolgte Handlung die objektiven Merkmale eines nach schweizerischem Recht strafbaren Tatbestandes aufweist (Art. 18 Ziff. 1 lit. f GwÜ; Art. 5 Ziff. 1 lit. a EUeR; Art. 64 Abs. 1 IRSG; Bernasconi, a.a.O., § 7 N 577; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 21 N 17 mit Hinweisen).

4. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden werfen K. vor, von ihm akquirierte Beratungsaufträge im EDV-Bereich verschiedener Firmen über seine Firmen I. und D. GmbH an „Subunternehmer“ weitergegeben und deren erbrachten Dienstleistungen im Jahr 2003 nicht mehr bezahlt

A 5.7

zu haben. Rechtshilfe wird konkret im Fall der in der Schweiz domizilierten Endkundin A. AG verlangt, wo Dienstleistungen (...) nicht bezahlt, sondern die entsprechenden Gelder bei der d. GmbH in der Schweiz verblieben sein sollen.

a) (...).

b) Das Kantonsgericht teilt den gegenüber der Sachdarstellung der ersuchenden Behörden angebrachten Vorbehalt der Vorinstanz. Das Rechtshilfeersuchen erschöpft sich im Wesentlichen in der Darstellung von Mutmassungen und nicht weiter erhärteten Anschuldigungen von Zeugen. Spezifische vorsätzliche Handlungsweisen, die auf die Vermögensminderung zum Schaden der Gläubiger bzw. auf den Bankrott der Gesellschaften abzielten, sind dadurch nicht wahrscheinlich gemacht (...).

5. Aus diesen Gründen ist die angefochtene Zwischenverfügung vom 23. September 2005 aufzuheben. Indes ist vor der Aufhebung vorläufiger Massnahmen der ersuchenden Behörde nach Möglichkeit Gelegenheit zu geben, ihre Gründe für die Aufrechterhaltung der Massnahme darzulegen (Art. 12 Abs. 2 GwÜ). Die Vorinstanz wird deshalb der Staatsanwaltschaft A. eine kurze Frist zur Stellungnahme sowie zur Änderung bzw. Ergänzung ihrer Ersuchen im Sinne von Art. 28 GwÜ ansetzen müssen. Diesbezüglich ist noch auf folgendes hinzuweisen.

a) (...). Nach Art. 13 Abs. 1 GwÜ besteht die Verpflichtung zur Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen. Ertrag bezeichnet jedoch nur jeden wirtschaftlichen Vorteil, der durch Straftaten erlangt wird (Art. 1 lit. a GwÜ) mithin nur Vermögenswerte und Surrogate im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 StGB. Art. 13 Abs. 3 GwÜ verpflichtet indes auch zur Einziehung eines dem Wert des Ertrags entsprechenden Geldbetrages aus jedem auch in keinerlei Beziehung zur Straftat bestehenden Vermögenswertes. Die Frage, ob rechtshilfeweise auch im Hinblick auf eine Ersatzforderung Vermögenswerte beschlagnahmt werden können, braucht vorliegend indes nicht weiter nachgegangen zu werden, weil die ersuchenden Behörden bisher den deliktischen Ursprung des Kontoguthabens als Grund für die Beschlagnahme genannt haben. Auf ihre inzwischen allenfalls weitergehenden Anliegen ist wie gesagt nicht einzutreten (vgl. oben E. 2), zumal nicht dargelegt wurde, dass nach deutschem Recht eine Massnahme mit ähnlicher Wirkung ergriffen werden könnte.

b) Sollte die Staatsanwaltschaft A. ihr Ersuchen in der anstehenden Stellungnahme auf die Beschlagnahme eines dem Ertragswert entspre-

chenden Geldbetrags (Ersatzforderung) ausdehnen, wird sie aufgrund der vorstehenden Erwägungen jedoch selbst dann nicht umhin können, ihren Tatverdacht und insbesondere auch die doppelte Strafbarkeit sowie die Möglichkeit der Beschlagnahme einer Ersatzforderung gegenüber der Beschwerdeführerin nach deutschem Recht spezifiziert zu begründen. Es ist auch insofern nicht Sache der hiesigen Rechtshilfebehörden, in übermittelten Akten nach Rechtshilfegründen zu suchen.

(Beschluss vom 30. Dezember 2005, RK2 2005 139).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Ausstandsverfahren

- *Selbständige Anfechtbarkeit von Ausstandsfragen in SchKG-Aufsichtssachen? Bisherige und neue Praxis (Erw. 2 - 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 10 Abs. 1 SchKG dürfen die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und der Konkursämter sowie die Mitglieder der Aufsichtsbehörden in eigener Sache (Ziff. 1), in Sachen von Angehörigen im Sinne von Ziff. 2 sowie einer Person, deren Vertreter, Bevollmächtigte oder Angestellte sie sind (Ziff. 3) und in Sachen, in denen sie aus anderen Gründen befangen sein könnten, keine Amtshandlungen vornehmen. Ein ausstandspflichtiger Betreibungs- oder Konkursbeamter muss ein an ihn gerichtetes Begehren sofort seinem Stellvertreter übermitteln und den Gläubiger davon mit uneingeschriebenem Brief benachrichtigen (Art. 10 Abs. 2 SchKG). In der bisherigen Praxis hat das Kantonsgericht zumeist ohne weitere Begründung Streitige Ausstandsbegehren gegen Bezirksgerichtspräsidenten, die als untere Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen (§ 10 Abs. 1 EVzSchKG) angerufen waren, behandelt. In einem neueren Beschluss wurde davon ausgegangen, dass Art. 10 SchKG die Ausstandspflicht (materielles Ausstandsrecht), jedoch nicht das Verfahren und die Zuständigkeiten (formelles Ausstandsrecht) für die Erledigung einer Ausstandsstreitigkeit regle. Für das weitere Verfahren wurden deshalb die Bestimmungen der Gerichtsordnung anwendbar erachtet (KG 235/03 RK 2 vom 30.8.2003 mit Hinweis auf § 18 EVzSchKG). Der Beschluss stützte sich dabei auf die Lehre und Rechtssprechung, wonach die obere Aufsichtsbehörde über ein gegen die unteren Aufsichts-

A 6.1

behörden gerichtetes Ausstandsbegehren entscheide (SchKG-Peter, Art. 10 Rz 19 mit Hinweis auf LGVE 1977 S. 437). Dies entspreche der kantonalen Regelung in § 58 Abs. 1 GO, wonach die Aufsichtsbehörde über ein Streitiges Ausstandsbegehren zu befinden habe. Da das Kantonsgericht obere Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen ist (§ 10 Abs. 2 EVzSchKG), wurde es für Ausstandsgesuche als zuständig betrachtet. Das Frage, ob überhaupt über ein Streitiges Ausstandsbegehren in einem Zwischenverfahren zu befinden ist, wurde im erwähnten Beschluss (KG 235/03 RK 2) aber ausdrücklich offen gelassen, kantonales Recht jedoch wie in einem kurz vorher ergangenen Beschluss (KG 202/03 RK 2 vom 1.7.2003) ohne weitere Begründung als anwendbar erklärt.

3. Nachdem der Gesuchsgegner die gewissenhafte Erklärung abgegeben hat, dass er nicht befangen sei, gilt das Begehren als Streitig.

a) In Streitfällen über die Pflicht zum Ausstand der Betreibungs- und Konkursbeamten sind einzig die Aufsichtsbehörden zum Entscheid auf dem Weg der gewöhnlichen Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG zuständig (Jaeger, Schuldbetreibung und Konkurs I, Zürich 1911, Art. 10 N 5; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. Zürich 1997, Art. 10 N 4). In Verletzung der in Art. 10 SchKG statuierten Ausstandspflicht vorgenommene Amtshandlungen sind bloss mit Beschwerde anfechtbar (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl. Bern 2003, § 4 N 33).

Die Beamten entscheiden über die Ausstandspflicht selbständig und es ist im mit der Revision des SchKG neu aufgenommenen Fall der Befangenheit kein Ablehnungsverfahren durchzuführen und der Beamte ist nicht gehalten, seine Weigerung, in den Ausstand zu treten, durch begründeten Entscheid mitzuteilen. Er kann entweder die Betreibungshandlung trotz der Ablehnung vornehmen oder im Ausstandsfall nach Art. 10 Abs. 2 SchKG verfahren. Erst der Beschwerdeweg führt alsdann zu einer Auseinandersetzung über den Ausstandsgrund (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, ebd.). Anders soll es sich jedoch dort verhalten, wo als Aufsichtsbehörden Gerichtsbehörden eingesetzt sind. Sowohl Mitglieder eines Kollegialgerichts als auch Einzelrichter sollen zumindest im Fall der Befangenheit die Zustimmung des Gerichts einholen, dem sie angehören (Jaeger/Walder/Kull/Kottman, ebd.) und dessen Entscheid würde dem Weiterzug an eine allfällige obere kantonale Aufsichtsbehörde oder an das Bundesgericht unterliegen (Walder, ZSR 1996 1. Halbbd. S. 203). Diese Auffassung überzeugt indes nicht, weil die Gerichtspräsidenten als untere Aufsichtsbehörden keine richterlichen Funktionen ausüben (vgl. dazu auch unten lit. c) und die Beurteilung der Ausstandspflicht keine eigentliche auf die konkrete Betreibung rechtlich einwir-

kende Amtshandlung (vgl. allgemein zum Anfechtungsobjekt Dieth, *AJP* 2002 S. 364), sondern bloss ein nicht beschwerdefähiger, verfahrensleitender Entscheid (BGE 129 III 88 = *Pra* 2003 Nr. 109) ist. Der Ausstandsentscheid kann deshalb nicht für sich allein, sondern nur im Zusammenhang einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 17 ff. SchKG weitergezogen werden. Das verhält sich im Falle eines streitigen Ausstandes von Aufsichtsbehörden nicht anders. Als Entscheid im Sinne von Art. 18 Abs. 1 SchKG gilt grundsätzlich nur ein Endentscheid, d.h. ein materieller Entscheid, der eine Massnahme des Vollstreckungsverfahrens zum Gegenstand hat; ausnahmsweise anfechtbar sind nur Zwischenentscheide, bei denen ein Zuwarten für die betroffene Partei unzumutbar wäre (Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Art. 18 N 20 ff.), was bei Ausstandsfragen nicht zutrifft.

b) Nachdem in der Botschaft ausdrücklich auf Art. 10 VwVG Bezug genommen wird (BBl 1991 III 34), ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber das Verfahren im Streitfall nicht nach dem Modell einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 VwVG ausgestalten wollte. Dies liegt auf der Hand, da weder die Betreibungs- und Konkursbeamten noch die kantonalen Aufsichtsbehörden als richterliche Behörden fungieren und das Verfahren vor diesen Instanzen eher Züge einer verwaltungsinternen Rechtspflege aufweist (Meier, *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden*, Zürich 2002, S. 59 f.). Das kantonale Recht verweist denn auch nur bezüglich der Gerichtsbehörden darauf, dass im Übrigen die Bestimmungen der Gerichtsordnung und der Zivilprozessordnung gelten (Titel III. Gerichtsbehörden § 18 EVzSchKG). Der Bundesgesetzgeber hat dagegen anders als das nicht anwendbare kantonale Ausstandsrecht (§ 58 GO) auf einen separaten Entscheid über den Ausstand im Streitfall verzichtet.

c) Die Verletzung der Ausstandspflicht im Sinne von Art. 10 SchKG kann mithin nur mit Beschwerde gegen den Endentscheid vorgetragen werden. Auf das von der unteren Aufsichtsbehörde überwiesene Ausstandsgesuch ist deshalb nicht einzutreten.

4. Abgesehen vom bisher Gesagten wäre das Ausstandsgesuch aussichtslos. Praxisgemäss kann nicht bereits aus dem blossen Umstand, dass der Richter schon in früheren Verfahren zu Ungunsten des Geschichters entschieden hat, Befangenheit abgeleitet werden (so Urteil 1P.655/2000 des Bundesgerichts vom 23.2.2001 zu KG 34 und 35/00 ZK vom 12.9.2000). (...).

(Beschluss vom 11. Mai 2005, RK2 2005 40).

A 6.2

6.2 Beschwerdefähigkeit von Rückweisungsentscheiden

- *Rückweisungsentscheide der unteren Aufsichtsbehörde können nur ausnahmsweise mit Beschwerde angefochten werden (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. Als weiterziehbarer Beschwerdeentscheid einer unteren Aufsichtsbehörde gemäss Art. 18 Abs. 1 SchKG gilt ein Endentscheid, d.h. ein materieller Entscheid, der eine Massnahme des Vollstreckungsverfahrens zum Gegenstand hat. Zwischenentscheide einer unteren Aufsichtsbehörde, wozu in der Regel auch Rückweisungsentscheide gehören, gelten grundsätzlich nicht als Endentscheide. Ausnahmsweise sind auch bloss Zwischenentscheide an die obere Aufsichtsbehörde weiterziehbar, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beschwerdeführers tangiert wird und er bei einer Anfechtung des erst nachfolgenden Endentscheides einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden würde oder wenn das Zuwarten bis zum Endentscheid unzumutbar wäre (Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Art. 18 N 20-22; Cometta, *Kommentar zum SchKG*, Art. 18 N 6; Staehelin, *Kommentar zum SchKG*, *Ergänzungsband*, N 6 zu Art. 18). Ein Rückweisungsentscheid kann allenfalls auch dann weitergezogen werden, wenn die angeordnete Massnahme der unteren Aufsichtsbehörde präzise Anweisungen an das Betreibungsamt enthält (BGE 112 III 94 = *Praxis* 1987 Nr. 73 in Bezug auf Art. 19 SchKG). Eine Rückweisung dieser Art ohne neuerliche Abklärungen und Ermessensausübung durch das Betreibungsamt kann auf einen Endentscheid in der Sache hinaus laufen, womit in der Regel auch die Weiterziehbarkeit an die obere kantonale Aufsichtsbehörde zu bejahen ist. Offen gelassen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts in einem neueren Entscheid die Frage, ob das kantonale Recht eine Beschwerdemöglichkeit für Zwischenentscheide vorsehen könne (*Praxis* 2002 Nr. 155; von Cometta, a.a.O., bejaht; eine diesbezügliche ausdrückliche Regelung kennt das schwyzerische kantonale Recht für die SchKG-Beschwerde nicht).

a) Die untere Aufsichtsbehörde hat den Pfändungsvollzug in der Gruppe Nr. 3228 aufgehoben und die Sache zwecks Vornahme weiterer Abklärungen und anschliessenden Vollzugs einer neuen Pfändung im Sinne der Erwägungen an das Betreibungsamt zurückgewiesen. Es liegt damit ein Zwischenentscheid in Form eines Rückweisungsentscheides vor, mit dem die Beschwerdesache nicht erledigt worden ist. Hauptgrund der Rückweisung war die fehlende Angabe über das Einkommen der Ehefrau

des Schuldners im Hinblick auf die proportionale Aufteilung des Existenzminimums. Zudem konnte mangels Vorliegen des Mietvertrages nicht der nächstmögliche Kündigungstermin festgestellt werden. Der Entscheidung der unteren Aufsichtsbehörde beinhaltet demnach nicht nur präzise Weisungen an das Betreibungsamt zur Berechnung des Existenzminimums, sondern zugleich die Anordnung weiterer Abklärungen mit ungewissem Resultat. Nachdem der Rückweisungsentscheid nicht bloss präzise Anordnungen enthält, sondern neue Abklärungen durch das Betreibungsamt fordert, entfällt die ausnahmsweise Anfechtbarkeit im Sinne der erwähnten Praxis.

b) Der Beschwerdeführer rügt zudem nicht, dass die untere Aufsichtsbehörde zu Unrecht die Beschwerdesache zwecks Ermittlung des Einkommens der Ehefrau und proportionaler Verteilung des Existenzminimums auf die Einkommen beider Ehegatten zurückgewiesen hat. In der Beschwerde vom 13. August 2005 opponiert er nur den Weisungen, welche die untere Aufsichtsbehörde dem Betreibungsamt betreffend Wohnkosten und Schulgeld erteilt hat. Die Anfechtung des Rückweisungsentscheides ist deshalb auch aus diesem Grunde ausgeschlossen. Selbst wenn die Beschwerdepunkte begründet wären, könnte aus diesem Grund nicht sofort der definitive Entscheid über die Höhe des Existenzminimums des Schuldners und der allfälligen pfändbaren Quote herbeigeführt werden.

c) Infolge Aufhebung der Notbedarfsberechnung des Betreibungsamtes liegt in Bezug auf die Pfändungsgruppe Nr. 3228 zur Zeit keine Einkommenspfändung vor (gemäss Auskunft vom 22. September 2005 hat das Betreibungsamt in der fraglichen Gruppe die Pfändung noch nicht neu vollzogen). Der Beschwerdeführer kann demnach durch die angefochtene Verfügung auch nicht beschwert sein. Zur Zeit hat er noch kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des Entscheides der unteren Aufsichtsbehörde. Er hat die Möglichkeit, den Pfändungsvollzug, welchen das Betreibungsamt Küssnacht neu erlassen wird, anzufechten, falls dieser zu seinem Nachteil ausfallen wird. Erst durch eine Neufestsetzung des Existenzminimums bzw. der pfändbaren Lohnquote in einem Pfändungsvollzug wird der Beschwerdeführer beschwert und dadurch zur Beschwerde legitimiert sein. Weder erleidet er durch eine allfällig spätere Anfechtung der neuen Existenzminimumberechnung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil noch erweist sich eine spätere Beschwerdeführung als unzumutbar.

d) Es kann offen gelassen werden, ob der Schuldner bereits jetzt beschwerdelegitimiert wäre, wenn er auch gerügt hätte, die Sache sei von

A 6.3

der Vorinstanz zwecks Neuberechnung des Einkommens bzw. der pfändbaren Lohnquote fälschlicherweise ans Betreibungsamt Küsnacht zurückgewiesen worden. Damit muss auch nicht geprüft werden, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Rückweisungsentscheid der unteren Aufsichtsbehörde, der präzise Anordnungen an das Betreibungsamt enthält, weiterziehbar ist (vgl. oben Erw. 4, 1. Absatz).

5. Obwohl auf die Beschwerde nach dem Gesagten nicht einzutreten ist, kann im Hinblick auf das weitere Verfahren und im Sinne einer vorläufigen Prüfung kurz auf die Rügen des Beschwerdeführers eingegangen werden. (...).

(Beschluss vom 4. Oktober 2005, RK2 2005 102).

6.3 Rechtsöffnungsforum

- *Wohnsitzwechsel bewirkt keine Veränderung des Rechtsöffnungsforums mehr, Art. 84 Abs. 1 SchKG (Erw. 4).*
- *Die Rechtshängigkeit einer Betreibung allein bewirkt keine Zustellungsfiktion für das nachfolgende Rechtsöffnungsverfahren (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

4. Wechselt der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm der Zahlungsbefehl zugestellt worden ist, so wird die ordentliche Betreibung am neuen Wohnort fortgesetzt (Art. 53 SchKG e contrario). Gestützt darauf macht der Beklagte geltend, zur Beurteilung des klägerischen Rechtsöffnungsbegehrens sei örtlich nicht die Vorinstanz, sondern der Richter am neuen Wohnort des Beklagten in A. zuständig, weshalb auf das klägerische Rechtsöffnungsbegehren in Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung nicht einzutreten sei.

Die Klägerin hält dem entgegen, der Wohnsitzwechsel sei ihr vom Beklagten nicht mitgeteilt worden, erst im laufenden Verfahren habe sie davon erfahren. Gemäss einer langjährigen Praxis des Bundesgerichts kann der Beklagte im Falle einer Wohnsitzverlegung nach Anhebung der Betreibung am bisherigen Betreibungsort auf Rechtsöffnung belangt werden, wenn der Beklagte den Wohnsitzwechsel dem Kläger nicht mitgeteilt hat und der Kläger auch anderweitig nicht vom neuen Wohnort erfahren hat (Stahelin, in: Stahelin/Bauer/Stahelin, Kommentar zum SchKG, Bd. I, Basel/Genf/München 1998, N 22 zu Art. 84 SchKG; Schmid, a.a.O., N 8 zu Art. 53 SchKG; BGE 115 III 30; 112 III 11). Dass die Klägerin vor Klageanhebung vom Beklagten selber oder durch

andere Umstände von der Wohnsitzverlegung erfahren habe, wird vom Beklagten weder substantiiert behauptet noch belegt; die blossе Vermutung, wonach das Betreibungsamt A. "der Rekursgegnerin den neuen Wohnsitz von Herrn H. mitgeteilt haben dürfte", genügt jedenfalls nicht. Insofern erweist sich die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten als unbegründet.

Kommt hinzu, dass nach der revidierten Fassung von Art. 84 Abs. 1 SchKG der Richter des "Betreibungsortes" über Gesuche um Rechtsöffnung entscheidet. Zuständig ist damit auch bei nachträglicher Wohnsitzverlegung der Richter am bisherigen Betreibungsort, zumal der Rechtsöffnungsrichter nicht befugt ist, den Zahlungsbefehl in Bezug auf die örtliche Betreibungszuständigkeit zu überprüfen (BGE 120 III 7 ff., S. 9, Erw. 3). Insofern ist die erwähnte Praxis zu Art. 53 SchKG mit Einführung des neuen Art. 84 Abs. 1 SchKG obsolet geworden (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Kommentar zum SchKG, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1997, S. 378; Walder, Kommentar zum SchKG, 16. Aufl., Zürich 2002, N 1 zu Art. 84 SchKG). Zwar wird in Literatur und Rechtsprechung vereinzelt die Meinung vertreten, die alte Praxis gelte auch unter neuem Recht (Stahelin/Bauer/Stahelin, a.a.O., Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005, ad N 22 zu Art. 84 SchKG; OGer TG, RBOG 1998, S. 105 ff.). Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht. Sie hätte zur Folge, dass der Rechtsöffnungsrichter auf eine Überprüfung der örtlichen Zuständigkeit des Betreibungsamtes zum Erlass des Zahlungsbefehls zu verzichten, gleichzeitig aber über den neuen Betreibungsort bzw. die örtliche Zuständigkeit für die Fortsetzung der Betreibung zu befinden hätte. Dies wäre wenn nicht widersprüchlich, so doch wenig praxisgerecht (vor allem auch in den Fällen von Art. 265a Abs. 1 SchKG). Überdies spricht Art. 53 SchKG von der "Fortsetzung" der Betreibung am bisherigen bzw. neuen Wohnort, nicht vom Rechtsöffnungsverfahren. Letzteres ist vielmehr nach dem Wortlaut von Art. 84 Abs. 1 SchKG dort zu führen, wo die Betreibung eingeleitet wurde. Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erweist sich daher vorliegend als unbegründet. Der Rekurs ist in diesem Punkt abzuweisen.

5. Gemäss § 114 Abs. 1 GO sind Vorladungen und andere gerichtliche Verfügungen durch die Post, einen Kanzleibeamten oder ausnahmsweise durch die Polizei zuzustellen. Die Zustellung erfolgt an den Adressaten persönlich oder an eine zum Empfang berechnete Person (vgl. § 113 GO). Kann die Zustellung nicht erfolgen, so wird sie wiederholt; wird die zweite Sendung bei der Post nicht abgeholt, gilt sie als zugestellt (§ 115 Abs. 1 GO). Die Zustellung gilt auch als erfolgt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert (§ 115 Abs. 2 GO).

A 6.3

Die Verfügung vom 19. Juli 2005 ist dem Beklagten per Post an eine Adresse gesendet worden, an welcher dieser zum fraglichen Zeitpunkt nicht mehr wohnhaft war. In der Folge wurde die Sendung von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert. Eine Zustellung im Sinne von § 113 GO an den Adressaten persönlich oder an eine zum Empfang berechtigte Person ist damit nicht erfolgt. Allerdings bestimmt § 117 GO, dass eine Partei Änderungen ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes während einer Untersuchung oder eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen hat; unterlässt sie dies, so sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam. Im Zeitpunkt des erstmaligen Zustellungsversuchs stand der Beklagte jedoch in keinem Prozessrechtsverhältnis. Ein solches sollte durch die Verfügung vom 19. Juli 2005 erst begründet werden (vgl. §§ 166 und 167 ZPO sowie Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 2 zu § 181 GVG ZH). Ob der Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 41660 vom 4. Mai 2005 bereits ausreichend erschiene, um zwischen den Parteien ein prozessuales Verhältnis im Sinne von § 117 GO zu begründen, kann dabei offen bleiben, da jedenfalls der vom Beklagten in der Folge erhobene Rechtsvorschlag die Einstellung der laufenden Betreibung bewirkt hat (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Das Bundesgericht hat unmissverständlich festgehalten, dass nach erhobenem Rechtsvorschlag kein hängiges Verfahren vorliegt, in welchem der Betreibungsschuldner mit der Zustellung behördlicher Akte rechnen muss (BGE 130 III 399 ff.; bestätigt in Urteil BGER 7B.240/2004 vom 14. Januar 2005). Der Postzustellungsversuch an die Adresse in Altendorf stellt somit keine rechtswirksame Zustellung im Sinne von § 115 Abs. 1 GO dar.

Folglich handelte es sich bei der nicht abgeholten Sendung an den Tessiner Wohnort um einen erstmaligen rechtsgültigen Zustellungsversuch. Da der Beklagte zu diesem Zeitpunkt nach dem Gesagten nicht in einem Prozessverhältnis stand, hatte er auch nicht ohne Weiteres für die Nachsendung seiner Post besorgt zu sein. Aus dem blossen Nichtabholen der Post kann hier jedenfalls nicht auf schuldhafte Zustellungsverhinderung geschlossen werden. Andere Gründe, welche für eine schuldhafte Zustellungsverhinderung sprechen würden, werden weder von der Vorinstanz noch von der Klägerin genannt. Vor Erlass des Säumnisurteils hätte die Vorinstanz daher einen zweiten Zustellungsversuch im Sinne von § 115 Abs. 1 GO an die Tessiner Adresse vornehmen müssen (vgl. Art. 122 Abs. 2 BV sowie BGE 127 I 34). Der Entscheid gestützt auf die Akten war somit unzulässig. In teilweiser Guttheissung des Rekurses ist die Sache zu neuer Beurteilung unter Berücksichtigung der Einreden des Beklagten an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei dem Beklagten Gelegenheit einzuräumen sein wird, zu den zweitinstanzlichen Noven der

Klägerin Stellung zu nehmen, nötigenfalls mit Gegenäusserungsrecht derselben. Bei dieser Gelegenheit wird auch die Zeichnungsberechtigung der für sie firmierenden Personen zu überprüfen sein (vgl. § 26 ZPO).

(Beschluss vom 14. November 2005, RK2 2005 122; vgl. Publikation in SJZ 102/2006 Nr. 3 66 f.).

6.4 Kleines Rechtsöffnungsverfahren

- *Für ausserkantonale Rechtsöffnungstitel kommt das „kleine Rechtsöffnungsverfahren“ zur Anwendung (Erw. 4.a).*
- *Kognition des Rechtsöffnungsrichters nach Art. 79 Abs. 2 SchKG (Erw. 4.b - c).*

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, es sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinreichend, wenn ihre Verwaltungsentscheide sich präzise auf die hängige Betreuung beziehen und den Rechtsvorschlag ausdrücklich aufheben würden, und dass ihre Verfügungen vom 9. bzw. 14. Dezember 2004 diesen Anforderungen genügten. Die Beschwerdeführerin macht insoweit eine klare Verletzung materiellen Rechts durch die Vorinstanz geltend.

a) Mit der Gesetzesänderung vom 16. Dezember 1994 ist in Art. 79 Abs. 1 SchKG die bisherige Rechtsprechung verankert worden, wonach ein Gläubiger, der ohne vorgängigen Rechtsöffnungstitel die Betreuung eingeleitet und danach auf Rechtsvorschlag hin nach Massgabe des Art. 79 SchKG auf dem Wege des ordentlichen Prozesses oder Verwaltungsverfahrens einen definitiven Rechtsöffnungstitel erlangt hat, direkt die Fortsetzung der Betreuung verlangen kann, ohne das Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 80 SchKG zu durchlaufen, sofern das Dispositiv des Entscheides mit Bestimmtheit auf die hängige Betreuung Bezug nimmt und der Rechtsvorschlag ausdrücklich als aufgehoben erklärt wird (zum Ganzen BSK-Staehelin, Art. 79 SchKG N 14 ff. und 40 ff.; K 114/99 vom 28.3.2001 E. 3b mit Hinweisen; Pra 2003 Nr. 31; BGE 128 III 246; vgl. auch Ursprung, Das Zusammenspiel des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts mit dem Sozialversicherungsrecht, BISchK 2000 S. 96 ff. und 2003 S. 159 mit Hinweisen). Bei ausserkantonalen Anerkennungstiteln setzt das Betreibungsamt dem Schuldner indes nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens eine Frist von zehn Tagen, innert welcher er gegen den Anerkennungsentscheid die Einreden nach Art. 81

A 6.4

Abs. 2 SchKG erheben kann (Art. 79 Abs. 2 SchKG), mithin er sei zum Anerkennungsprozess nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen. Im Falle der Erhebung einer solchen Einsprache bleibt die Fortsetzung der Betreuung solange eingestellt, bis der Gläubiger beim Rechtsöffnungsrichter einen Entscheid erwirkt hat, welcher die Einreden als unzutreffend zurückweist. Der Richter prüft jedoch lediglich solche Einreden und nicht etwa die materielle Richtigkeit des Entscheides oder weitere Verfahrensmängel (Kofmel, Die Rechtsöffnung gemäss revidiertem SchKG, AJP 11/96 S. 1351).

b) Zutreffend bringt die Beschwerdeführerin vor, dass ihre einsprachefähige Verfügung vom 14. Dezember 2004 sich auf den in der Betreuung Nr. 66143 des Betreibungsamts Höfe erhobenen Rechtsvorschlag bezieht und diesen beseitigt. Der Vorderrichter durfte grundsätzlich nur noch die durch den Schuldner erhobene Einrede prüfen, nicht richtig vorgeladen worden zu sein. Inwiefern die Frage der Vollstreckbarkeit im Verfahren nach Art. 79 Abs. 2 SchKG geprüft werden kann, ist umstritten (verneinend BSK-Staehelin, Art. 79 N 43; a.M. Kofmel, a.a.O., S. 1352 mit Bezug auf den noch unter altem Recht ergangenen BGE 120 III 119 = Pra 84 Nr. 80) und kann offen gelassen werden. Indes sprengt es die Kognition der Vorinstanz, wenn sie vorliegend aufgrund einer Wortauslegung die materiellrechtlichen Wirkungen des Sachentscheides einschränkt und die „Feststellung“ von Ausständen bei gleichzeitiger Rechtsvorschlagsaufhebung nicht als genügende Leistungsverfügung betrachtet. Es wäre ihr zwar zuzugestehen, dass die Zahlungspflicht in den beiden Verfügungen etwas unbeholfen „festgestellt“ und nicht in der für Urteile üblichen Prägnanz redigiert ist. Eine solche Überprüfung einschliesslich Zuständigkeitskontrolle kann indes mit den gegen den Entscheid selbst gegebenen Rechtsmitteln erreicht werden (Staehelin, BSK, Art. 79 SchKG N 31 ff.). Nach einem Anerkennungsentscheid im Sinne von Art. 79 SchKG ist ein umfassendes Rechtsöffnungsverfahren entbehrlich (Staehelin, a.a.O., N 1). Indem die angefochtene Verfügung die dem Rechtsöffnungsrichter nach Art. 79 Abs. 2 SchKG zustehende formelle Kognition überschreitet, liegt ihr mithin eine Verletzung klaren Rechts zugrunde. Angemerkt sei, dass vorliegend auch nicht beurteilt werden darf, ob die Erhebung von Mahn- und Bearbeitungskosten im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beim Vollzug von Prämienforderungen zulässig wäre (kritisch Kieser, ATSG Kommentar, Zürich 2003, Art. 54 N 15).

Hinsichtlich Betreuung Nr. 66144 des Betreibungsamtes Höfe liegt der Verfügung vom 9. Dezember 2004 der Beschwerdeführerin allerdings eine formelle Unzulänglichkeit zugrunde. Darin, wie übrigens auch im Fortsetzungsbegehren vom 24. März 2005, wird eine (nicht überprüfba-

re) Betreuung „Nr. 6614“ angerufen, womit Art. 79 Abs. 1 Satz 2 SchKG nicht Genüge getan ist, indem auf die Betreuung, in welcher die Beurteilung der Einreden ansteht, nicht ausdrücklich Bezug genommen wird. Insoweit ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Verfahren E5 05 276 auf das Begehren für die Betreuung Nr. 66144 nicht eingetreten ist. Die Beurteilung der Einreden im Sinne von Art. 79 Abs. 2 SchKG setzt die Beseitigung des Rechtsvorschlages in dieser Betreuung und nicht in „Nr. 6614“ voraus. Die Nichtigkeitsbeschwerde RK2 2005 112 ist deshalb abzuweisen, nachdem keine in Rechtskraft erwachsene Titelberichtigung aktenkundig ist.

c) Die Vorinstanz hat in der Betreuung Nr. 66143 die Einrede des Schuldners, er sei nicht richtig vorgeladen worden, nicht behandelt, weil sie infolge der unzutreffenden Vollstreckbarkeitsprüfung auf das Begehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist. Da die Einrede bezüglich ausserkantonalen Verwaltungsverfügungen nicht auf die physische Vorladung beschränkt ist, sondern das Erfordernis der ordnungsgemässen Zustellung der das Verfahren einleitenden Verfügung umfasst (BSK-Staehelin, Art. 81 SchKG N 27), erweist sich die Sache RK2 2005 111 als nicht spruchreif und ist zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 221 ZPO). Mit der ins Recht gelegten, von der Beschwerdeführerin selbst ausgestellten Rechtskraftbescheinigung ist nicht belegt, dass das Erfordernis der ordnungsgemässen Zustellung bzw. (der mit der einsprachefähigen Verfügung möglicherweise zusammenfallenden) Verfahrenseinleitung erfüllt ist, wozu der Gläubigerin Nachfrist anzusetzen sein wird. Überdies fehlen die beim Betreibungsamt beizuziehenden Akten zur Bescheinigung desselben vom 12. April 2004, insbesondere die Fristansetzung und eine allfällige schriftliche Eingabe des Schuldners (...).

(Beschluss vom 11. Oktober 2005, RK2 2005 111 und 112).

6.5 Gewinnanteilsrecht in der Zwangsversteigerung

- *Wirkung der Vormerkung nach Bodenrecht (Erw. 2).*
- *Betreibungsamtliche Kognition, Lastenbereinigungsverfahren und Vorgehen nach Versteigerung (Erw. 3 - 5).*

Aus den Erwägungen:

1. In Ziffer 20 der Steigerungsbedingungen ist festgehalten, dass anlässlich der Eigentumsübertragung die Vormerkungen der Gewinnanteils-

A 6.5

rechte gelöscht werden. Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Zudem wird gerügt, die Gewinnanteilsrechte seien im Lastenverzeichnis nicht aufgenommen und es sei ihnen kein Rang zugewiesen worden.

2. Vor der eigentlichen Prüfung des betriebsamtlichen Vorgehens im konkreten Fall ist zum Gewinnanteilsrecht der Miterben was folgt vorzubemerkten.

a) Das bäuerliche Gewinnanteilsrecht gemäss Art. 619 ff. aZGB ist durch Art. 92 BGG abgeändert und die Art. 619bis - 625bis aZGB sind mit Wirkung ab dem 1.1.1994 aufgehoben worden. Neu ist das bäuerliche Gewinnanteilsrecht in Art. 28 ff. BGG geregelt. Hinsichtlich des Übergangsrechts bestimmt Art. 94 Abs. 3 BGG, dass ein bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Gewinnanspruch auch unter dem neuen Recht seine Gültigkeit behält. Soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart worden ist, richten sich jedoch Fälligkeit und Berechnung nach dem Recht, das im Zeitpunkt der Veräusserung gilt. Die nach altem Recht, also vor dem 1. Januar 1994 erfolgte Vormerkung bleibt rechtsgültig, in Anwendung des Art. 17 Abs. 3 Schlusstitel ZGB jedoch auch mit allen Konsequenzen und Wirkungen des alten Rechts (Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Schwyz vom 19. Februar 2003, in: EGV 2003 Nr. 6.8 Erw. 2.a; Jean-Michel Henny/Reinhold Hotz/Benno Studer, im Kommentar BGG, N 21 zu Art. 94).

b) Die Wirkungen der Vormerkung gemäss Art. 619quinquies aZGB waren mit Ausnahme der Solidarhaftung des Erwerbers umstritten. Es entbrannte ein erbitterter Streit über die Wirkungen, die mit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch verbunden waren (siehe dazu die detaillierte Darstellung bei: Thomas Meyer, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht [Art. 28 ff. BGG], Diss. 2004, Rz 1212 ff.). Die überwiegende Doktrin und die Praxis gingen davon aus, dass dem vorgemerkten Gewinnanteilsrecht eine Prioritätswirkung gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB gegenüber später errichteten Rechten zukommt (BGE 104 II 82 Erw. 1; KG 224/93 RK 2, Beschluss des Kantonsgerichtes Schwyz vom 23. September 1993; Entscheid der Schaffhauser Aufsichtsbehörde vom 8. Oktober 1993, in: BISchK 1995 S. 75 ff.; EGV-SZ 2003 Nr. 6.8 Erw. 2.b; Rudolf Schwager, Das bäuerliche Gewinnanteilsrecht in der Zwangsvollstreckung gegen den Unternehmer, in: SJZ 77 [1981] 310; Deschenaux/Weber, Das Grundbuch, in: SPR V/13 II, S. 662 ff.; Meyer, a.a.O., Rz 1240). Nach dieser Auffassung bewirkt die Vormerkung, dass die Forderung der Gewinnanspruchs-

berechtigten einem Grundpfand ähnlich durch den Wert des Grundstücks gesichert wird und der Vormerkung Priorität gegenüber jedem späteren erworbenen Recht (auch Grundpfandrechten und betriebsrechtlichen Beschlagsrechten) zukommt.

c) Das Betreibungsamt und damit auch die Aufsichtsbehörden haben nicht zu beurteilen, ob das im Grundbuch vorgemerkte Gewinnanteilsrecht (mit einer Vormerkungsdauer bis 23. Januar 2001) im vorliegenden Fall materiellrechtlich noch Bestand hat (siehe unten Erw. 3). Immerhin ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich Fälligkeit und Berechnung nach dem neuen Recht richten (Art. 94 Abs. 3 BGG). Art. 29 BGG konkretisiert für den Fall der Zwangsvollstreckung den massgebenden Veräusserungszeitpunkt nicht. In der Lehre herrscht keine Einigkeit darüber, welcher Veräusserungstatbestand von Art. 29 BGG im Fall einer Zwangsverwertung analog zur Anwendung gelangen soll. Jean Michel Henny im BGG-Kommentar, N 9 zu Art. 29, und Bruno Beeler in seiner Dissertation zum bäuerlichen Erbrecht (S. 366) führen die Zwangsvollstreckung unter den Veräusserungstatbestand von Art. 29 Abs. 1 Bst. a BGG auf, ohne allerdings näher darauf einzugehen (ebenso laut Meyer, a.a.O., Rz 571, Anm. 956 Steinauer, *Droit au gain*, 17). Eine andere Meinung vertritt mit einlässlicher Begründung Meyer (a.a.O., Rz 730 f.). Er ist der Auffassung, dass die Zwangsvollstreckung den enteignungsrechtlichen Tatbeständen zuzuordnen sei und damit analog zu Art. 29 Abs. 2 Bst. b BGG das Verfahren als eingeleitet gelte, sobald das betriebsrechtliche Beschlagsrecht begründet werde (bei der Pfändung der Pfändungsvollzug). Das sei – so Meyer – der früheste Zeitpunkt, in dem das Grundstück erstmals an das Zwangsvollstreckungsverfahren gebunden werde. Wäre ein späterer Zeitpunkt massgebend, so könnte der Übernehmer durch Ergreifen aller möglicher Rechtsmittel das Verfahren verzögern und dadurch allenfalls den Eintritt des Gewinnanspruchs verhindern. Mangels Kognition der Aufsichtsbehörde ist zu dieser Kontroverse nicht Stellung zu nehmen, ebenso wenig zur Frage, ob allenfalls bereits die Einzonung in die Bauzone W2 im Jahre 1993/94 den Veräusserungszeitpunkt gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. c BGG ausgelöst hat.

3. Die Beschwerdeführerinnen machen mehrere Fehler des Betreibungsamtes bei der Vorbereitung der Verwertung geltend (siehe oben Erw. 1). Diese können mittels Beschwerde gerügt werden (BGE 121 III 199; Amonn/Walther, *Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts*, 7. Aufl., Bern 2003, § 28 N 12, 39).

A 6.5

a) Vor der Versteigerung ermittelt der Betreibungsbeamte die auf dem Grundstück ruhenden Lasten (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandrechte und vorgemerkte persönliche Rechte) anhand der Eingaben der Berechtigten und eines Auszuges aus dem Grundstück (Art. 140 Abs. 1 SchKG; Art. 34 VZG). Ansprüche, die nach Ablauf der Anmeldefrist gemäss Art. 138 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG geltend gemacht werden, dürfen nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden (Art. 36 Abs. 1 VZG). Im Übrigen ist das Betreibungsamt nicht befugt, die Aufnahme der in dem Auszug aus dem Grundbuch enthaltenen oder besonders angemeldeten Lasten in das Verzeichnis abzulehnen, diese abzuändern oder zu bestreiten oder die Einreichung von Beweismitteln zu verlangen (Art. 36 Abs. 2 VZG). Das Betreibungsamt hat demnach, anders als das Konkursamt im Konkurs, keine Kognition, die Berechtigung angemeldeter Ansprüche oder solche, die sich aus dem Grundbuch ergeben, materiell zu überprüfen. Nur ausnahmsweise darf das Betreibungsamt Ansprüche ablehnen, die gar nie eine Belastung des zu verwertenden Grundstücks bilden können, wie etwa ein nicht im Grundbuch vorgemerktes Benützungsrecht an einer Liegenschaft (BGE 121 III 26 Erw. 2.b = Praxis 84 (1995) Nr. 180; Häusermann/Stöckli/Feuz, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 104 ff. zu Art. 140 SchKG mit Hinweisen; Amonn/Walther, a.a.O., § 28 N 29). Entgegen dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 VZG halten die Basler Kommentatoren (a.a.O., N 105 zu Art. 140 SchKG) dafür, dass das Betreibungsamt auch Lasten aufzunehmen hat, die sich formell aus dem Grundbuch ergeben, denen in Wirklichkeit aber keine Belastung des Grundstücks entspricht.

b) Das Betreibungsamt hat zwar die Vormerkung der Gewinnanteilsrechte der Beschwerdeführerinnen entsprechend dem Grundbucheintrag ins Lastenverzeichnis unter der Rubrik „B. Andere Lasten“ als Ziffer 1 und 2 der Vormerkungen aufgenommen, in den Steigerungsbedingungen unter Ziffer 20 jedoch verfügt, dass die Gewinnanteilsrechte mit der Vormerkungsdauer 23. Januar 2001 untergegangen seien. Das Amt hat sich damit inhaltlich zu einem Anspruch im Lastenverzeichnis (wenn auch im Rahmen der Steigerungsbedingungen, was ohnehin nicht zulässig ist: BGE 99 III 70 Erw. 3) geäußert und sich damit eine Beurteilung über den Bestand eines Rechts angemasst, wofür es nicht zuständig ist. Es hat einen sich aus dem Grundbuch ergebenden Anspruch bestritten, obwohl das Amt nach dem oben Gesagten dafür klarerweise nicht befugt ist, woran auch nichts ändert, wenn die Vormerkungsdauer im Zeitpunkt der Auflage des Lastenverzeichnisses abgelaufen war. Es ist Sache des Zivilrichters, im Rahmen eines allfälligen Lastenbereinigungsverfahrens über einen strittigen Anspruch zu befinden. Selbst wenn Klarheit darüber

bestünde, dass ein Veräusserungstatbestand im Sinne von Art. 28 und 29 BGG vor Ablauf der Frist bis 23. Januar 2001 nicht eingetreten war, hat sich das Betreibungsamt einer materiellen Stellungnahme zum Bestand der Last zu enthalten.

Daraus folgt, dass Ziffer 20 der mit dem Lastenverzeichnis angefochtenen Steigerungsbedingungen aufzuheben ist.

c) Zu keiner Beanstandung Anlass gibt die Aufnahme der Vormerkungen unter Hinweis auf das Eintragungsdatum (23. Januar 1976) im Lastenverzeichnis unter der Rubrik „B. Andere Lasten“. Die Aufnahme der Vormerkung erfolgt ohne Wertangabe, da die Höhe des Gewinnanteils erst mit dem Zuschlag bekannt wird. Es handelt sich nicht um eine grundpfändliche Sicherung, womit die Aufführung unter der Rubrik „A. Grundpfandgesicherte Forderungen“ gemäss obligatorischem Formular VZG 9 B nicht in Frage kommt. Die Vormerkung des Gewinnanteilsrechts des alten Rechts wurde zu Recht unter „B. Andere Lasten“ aufgeführt (siehe dazu: Meyer, a.a.O., Rz 1457; BLSchK 1995 S. 80). Dem Antrag Ziffer 1, wonach die Vormerkung unter der Rubrik „A. Gesetzliche Pfandrechte“ (unter „A. Grundpfandgesicherte Forderungen“) mit Vorrang vor den vertraglichen Pfandrechten aufzunehmen sei, ist deshalb nicht stattzugeben.

d) Die Beschwerdeführerinnen rügen, den Gewinnanteilsrechten sei kein Rang im Lastenverzeichnis zugewiesen worden und beantragen, in den Steigerungsbedingungen sei festzuhalten, dass das vorgemerkte Gewinnanteilsrecht den Grundpfandrechten und anderen Forderungen vorgehe.

aa) Die unterschiedlichen Auffassungen über die Vormerkung gemäss Art. 619quinquies aZGB wirkt sich auch auf deren Behandlung im Zwangsvollstreckungsverfahren aus. Mit der überwiegenden Praxis und Lehre hat sich das Kantonsgericht in einem Aufsichtsverfahren dafür ausgesprochen, dass dem vorgemerkten Gewinnanteilsrecht des alten Rechts Prioritätswirkung gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB gegenüber später errichteten Pfandrechten zukommt (siehe oben Erw. 2.b). An dieser Auffassung ist festzuhalten, ohne dass auf die strittige Frage der Natur der Vormerkung (gesetzliche Obligation oder Realobligation) näher eingetreten werden muss (siehe dazu eingehend: Meyer, a.a.O., Rz 1226 ff.). Der Prioritätswirkung gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB ergibt sich aus dem Datum der Eintragung in das Hauptbuch (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Während sich die Stellung eines Grundpfandrechts aus dessen Rang ergibt, bestimmt sich die Stellung der beschränkt dinglichen Rechte und auch der vorgemerkten persönlichen Rechte nach Art. 959 Abs. 2 ZGB nach

A 6.5

dem Grundsatz der Alterspriorität (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., S. 932; BGE 119 III 32 ff. = Praxis 83 (1994) Nr. 122).

bb) Im vorliegenden Fall datiert die Vormerkung vom 23. Januar 1976 und damit zeitlich vor den eingetragenen Grundpfandrechten. Vorbehaltlich eines entgegenstehenden gerichtlichen Entscheides im Lastenbereinigungsprozess über die Wirkung der Vormerkung gilt im Versteigerungsfall, dass der Gewinnanspruch an den Erwerber nicht überbunden wird, sondern die Miterben vorab aus dem Verwertungserlös zu befriedigen sind (Meyer, a.a.O., Rz 1458 ff. mit Hinweisen).

cc) Der unzulässige Hinweis in den Steigerungsbedingungen Ziffer 20, wonach das Gewinnanteilsrecht infolge Zeitablaufs dahingefallen sei, hat allenfalls den Schuldner, Gläubiger oder andere am Grundstück Berechtigte davon abgehalten, die eingetragenen Vormerkungen der Gewinnanteilsrechte zu bestreiten. Das Lastenverzeichnis muss deshalb erneut sämtlichen Gläubigern, zu deren Gunsten das Grundstück gepfändet ist, allen Grundpfandgläubigern sowie den aus Vormerkungen Berechtigten und dem Schuldner mitgeteilt werden (Art. 37 Abs. 1 VZG). Gleichzeitig ist ihnen eine Frist von zehn Tagen anzusetzen, binnen welchen sie den Bestand, den Umfang, den Rang oder die Fälligkeit eines im Verzeichnis angeführten Anspruchs bestreiten können (Art. 140 Abs. 2 SchKG, Art. 37 Abs. 2 VZG), andernfalls die im Lastenverzeichnis enthaltenen Ansprüche als anerkannt gelten.

dd) Der Lastenbereinigungsprozess dient der definitiven Feststellung des Bestandes des Gewinnanteilsrechts am zu verwertenden Grundstück in der laufenden Betreibung (Meyer, a.a.O., Rz 1461 am Schluss). Für diesen Prozess verweist Art. 140 Abs. 2 SchKG auf die Vorschriften des Widerspruchsverfahrens gemäss Art. 107 bis 109 SchKG. Gemäss Art. 9 Abs. 1 VZG weist das Betreibungsamt die Klägerrolle der bestreitenden Partei zu, wenn das Recht im Grundbuch eingetragen ist und dessen Bestand und Rang von der Eintragung abhängt. Meyer, a.a.O., Rz 1440, weist zu Recht darauf hin, dass die vorläufige Eintragung des Pfandrechts zur Sicherung des Gewinnanspruchs auf einseitiges Begehren der Berechtigten vorgenommen wurde (was analog auch für die altrechtliche Vormerkung nach Art. 619quinquies aZGB gilt) und weder Bestand noch Höhe der Forderung glaubhaft gemacht werden mussten. Deshalb sollte die Grundbucheintragung nichts daran ändern, dass die Klägerrolle grundsätzlich den Gewinnanspruchsberechtigten zukomme (Meyer begründet dies auch unter Berufung auf Stähelin mit einer Wahrscheinlichkeitsprognose über den Bestand des dinglichen Rechts, siehe Daniel

Stähelin, Die Aufnahme in das Lastenverzeichnis und die Parteirollenverteilung für den Lastenbereinigungsverfahren, in Angst/Cometta/Gasser, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, 2000, 294). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sich die Gewinnanspruchsberechtigten auf einen Eintrag berufen, dessen Vormerkungsdauer am 23. Januar 2001 ablief. Auch aus diesem Grund ist die Klägerrolle entgegen dem Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 VZG den Gewinnanspruchsberechtigten zuzuweisen.

e) Bei der nochmaligen Auflage des Lastenverzeichnisses kann die erst am 15. Dezember 2004 erfolgte Vormerkung der vorläufigen Eintragung der Pfandrechts zur Sicherung des Gewinnanspruchs der Miterben im Grundbuch im Sinne von Art. 34 BGG (act. 13) nicht mehr berücksichtigt werden, da die Vormerkung nach Ablauf der Frist gemäss Art. 138 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG erfolgte (Art. 36 Abs. 1 VZG; Ingrid Jent-Sörensen, Grundstückgewinnsteuern und Gewinnanteilsrecht in der Zwangsverwertung von Grundstücken, in: BISchK 1998 S. 146; Franco Lorandi, Freihandverkauf, S. 170).

4. Demzufolge ist Ziffer 20 der Steigerungsbedingungen aufzuheben. Das Betreibungsamt ist anzuweisen, das Lastenverzeichnis unter Vermerk der Aufhebung von Ziffer 20 der Steigerungsbedingungen neu aufzulegen, um damit den Beteiligten die Bestreitung der Vormerkung gemäss Art. 619quinquies aZGB innert einer anzusetzenden Frist von 10 Tagen zu ermöglichen (Art. 37 Abs. 2 VZG). Im Falle der Bestreitung ist den Miterben, die ein Gewinnanteilsrecht geltend machen, eine Frist von 20 Tagen anzusetzen, innert der sie gegen die Bestreitenden auf Feststellung ihres Anspruchs im beschleunigten Verfahren klagen können (Art. 107 Abs. 5 SchKG, § 13 Ziffer 3 EVzSchKG; zum Gerichtsstand: Art. 109 Abs. 3 SchKG). Sofern die Steigerungsbedingungen gleichzeitig mit der Auflage des Lastenverzeichnisses aufgelegt werden, ist darin (als Mindestinhalt) festzuhalten, dass – vorbehältlich einer anderweitigen gerichtlichen Entscheidung im Lastenbereinigungsverfahren – der Gewinnanspruch der Miterben gemäss Vormerkung vom 23. Januar 1976 an den Erwerber nicht überbunden wird und dieser vorab aus dem Verwertungserlös zu befriedigen ist (siehe oben Erw. 3.d.bb).

5. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Frage, wie das Betreibungsamt nach der erfolgten Versteigerung weiter zu verfahren hat, wenn die Vormerkung mangels Bestreitung bzw. einer anderweitigen Entscheidung im Lastenbereinigungsverfahren aufrecht bleiben sollte. In Rechtsprechung und Lehre werden hierzu verschiedene Vorgehensweisen beschrieben, nachdem es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

A 6.6

mangelt (siehe EGV 2003 Nr. 6.8 Erw. 3; Meyer, a.a.O., Rz 1461; Schwager, a.a.O., S. 311). Unpräjudiziell erscheint dabei der Vorschlag von Meyer dem Kantonsgericht als sachgerechteste Lösung. Danach ermittelt das Betreibungsamt im Verteilungsverfahren im Rahmen des Kollokationsplanes und der Verteilungsliste die Höhe des Gewinnanspruchs. Damit wird eine Bestreitung und allenfalls gerichtliche Beurteilung der Berechnung und der Höhe des Gewinnanspruchs in analoger Anwendung von Art. 140 Abs. 2 und Art. 106 ff. SchKG ermöglicht. Nach der definitiven Feststellung des Gewinnanspruchs der Miterben sind diese wie erwähnt aus dem Erlös vorab zu befriedigen. Ebenso ist ein Doppelaufzugsverfahren entbehrlich, da der Gewinnanspruch nicht überbunden, sondern vorab befriedigt wird und auch nachgehende Pfandrechte den Wert des Grundstücks nicht beeinträchtigen (Meyer, a.a.O., Rz 1458 ff.; Schwager, a.a.O., S. 311).

(Beschluss vom 14. März 2005, RK2 2004 108).

6.6 Zwangsversteigerung nach Beschlagnahme

- *Vorrang der strafprozessualen Beschlagnahme vor einer Zwangsversteigerung, Art. 44 SchKG (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

1. Im Strafverfahren gegen G. erliess das kantonale Verhöramt am 8. April 1997 eine Grundbuchsperrung über das Grundstück X. (...). Die Beschlagnahme erfolgte (...) im Hinblick auf eine spätere richterliche Einziehung und zur Durchsetzung einer allfälligen Ersatzforderung gemäss Art. 59 Ziff. 2 StGB sowie zur Sicherung der Strafverfahrenskosten (§ 35 Abs. 2 StPO). In der Folge merkte das Grundbuchamt die Grundbuchsperrung auf dem Grundstück X. (...) an.

2. (...). In Guttheissung der Beschwerde [des Schuldners] hob die untere Aufsichtsbehörde die Steigerungsanzeige (...) auf. Zur Begründung wird festgehalten, dass das Verwertungsobjekt (...) mit einer Grundbuchsperrung im Sinne von § 35 Abs. 2 StPO belegt sei und demzufolge (noch) nicht veräussert werden könne.

3. (...).

4. Eine Löschung der auf GB X. (...) angemerkten Grundbuchsperrung gemäss der Beschlagnahmeverfügung des Verhörortes vom 8. April 1997 erfolgte bisher nicht. (...).

5. Nach Art. 44 SchKG geschieht die Verwertung von Gegenständen, welche auf Grund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze mit Beschlag belegt sind, nach den zutreffenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzesbestimmungen. Durch diese Bestimmung erleidet der Grundsatz, dass auch öffentlich-rechtliche Forderungen nach dem SchKG zu vollstrecken sind, eine wesentliche Einschränkung. Nach der Lehre und Rechtsprechung steht fest, dass entgegen dem zu engen Wortlaut nicht nur die Verwertung, sondern auch die Beschlagnahme nicht nach dem SchKG geschieht (Acocella, BSK, Art. 44 Rz 1 ff. mit Hinweisen; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 1, Zürich 1984, § 10 Rz 34; Amonn/Walther, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7. Aufl., Bern 2004, § 7 Rz 18). In BGE 126 IV 97 ff. hat sich das Bundesgericht eingehend mit dem Verhältnis von Art. 44 SchKG zum revidierten Art. 59 StGB unter Hinweis auf frühere Entscheide auseinandergesetzt (insb. Erw. 2.d). Es bejahte die Anwendung von Art. 44 SchKG für die Beschlagnahme von Originalwerten als auch für unechte oder echte Surrogate im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Dagegen verneinte das Bundesgericht ein Vorzugsrecht bei der Zwangsvollstreckung (und damit die Anwendung von Art. 44 SchKG), wenn in einem Strafverfahren zur Sicherung einer Ersatzforderung Vermögenswerte beschlagnahmt werden sollen, die sich nicht als durch die Straftat erworbene Originalwerte oder Surrogate bestimmen liessen (Beschlagnahme nach Art. 59 Ziff. 2 Abs. 3 Satz 2 StGB). Das Bundesgericht hat sich mit dieser Entscheidung der Mehrheitsmeinung in der Lehre angeschlossen und bestätigt, dass gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB namentlich auch echte Surrogate (also beispielsweise das mit deliktischen Mitteln gekaufte oder instand gestellte Haus) einzuziehen sind; auch für diese Werte gelangt deshalb Art. 44 SchKG zur Anwendung (Baumann, BSK StGB I, N 15 und 40 zu Art. 59 StGB). Eine Beschlagnahme nach Massgabe von Art. 44 SchKG ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst dann noch möglich, wenn die betreffenden Gegenstände schon vorher in eine Pfändung einbezogen oder mit Konkursbeschlag belegt worden sind (BGE 115 III 1 ff. Erw. 3.a; 126 I 97 ff., Erw. 2.d.dd; im zu beurteilenden Fall erfolgte die strafrechtliche Beschlagnahme jedoch vor der Verfügungsbeschränkung durch das Betreibungsamt ...).

a) Zuständig für den Entscheid über Zulässigkeit und Wirkungen einer Beschlagnahme aufgrund der nach Art. 44 SchKG vorbehaltenen straf-

A 6.6

rechtlichen und fiskalischen Gesetze sind die nach diesen Gesetzen zuständigen Straf- und Fiskalbehörden. Grundsätzlich haben deshalb die Betreibungsbehörden nicht zu beurteilen, ob eine strafrechtliche Beschlagnahme Art. 44 SchKG entspricht oder über den Rahmen dieser Bestimmung hinausgeht (Pra 57 Nr. 30). Das Betreibungsamt darf einer solchen Beschlagnahme nicht eine eigene gegenteilige Verfügung entgegensetzen, die dann der betreibungsrechtlichen Beschwerde unterliegen würde. Vorbehalten bleiben allerdings die Fälle, in denen die Beschlagnahmen nach den betreffenden Gesetzen offensichtlich unzulässig sind und von den Betreibungs- und Konkursbehörden daher als nichtig betrachtet werden dürfen (Acocella, a.a.O., N 7 zu Art. 44 SchKG mit Hinweisen). (...).

b) Nach der älteren Lehre geschieht die Verwertung bzw. die Beschlagnahme auf Grund strafrechtlicher Gesetze unter Ausschluss der Betreuung (vgl. Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreuung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 44 N 5). Danach können strafrechtlich beschlagnahmte Gegenstände nicht mehr gepfändet oder verarrestiert werden (Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreuungsrechts, Bern 1911, S. 140; Jaeger/Daeniker, Schuldbetreuungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911 - 1945, Zürich 1947, Bd. 1, Art. 271 N 6 lit. c). Schon in älteren Entscheiden hat das Bundesgericht diese Auffassung als zu absolut befunden und der strafrechtlichen Beschlagnahme nur im Konfliktfalle den Vorrang einräumen wollen (BGE 93 III 89 = Pra 57 Nr. 30). Die Pfändung sowie die Admassierung gilt als ausgeschlossen, „wenn sie mit dem Zeck der öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme in Widerspruch geraten würde“ (BGE 78 I 221).

Art. 44 SchKG schliesst somit Betreuungshandlungen nicht a priori und grundsätzlich aus. Die öffentlich rechtlichen Beschlagsrechte haben aber regelmässig ohne Rücksicht auf die zeitliche Priorität (des Beschlags) gegenüber der Zwangsvollstreckung den Vorrang und das Betreibungsorgan darf einer derartigen Beschlagnahme wie erwähnt nicht eine Verfügung entgegensetzen, die sich mit dessen Zweck nicht verträgt oder zu vereinbaren ist.

aa) Im Falle der Grundpfandbetreuung erübrigt sich ein eigentlicher Pfändungsbeschlagnahme, da das Vollstreckungssubstrat, nämlich der Pfandgegenstand, bereits gegeben ist und nicht noch durch Beschlagnahme beschafft werden muss. Infolgedessen schliesst sich in der Betreuung auf Pfandverwertung dem Einleitungsverfahren unmittelbar die Verwertung an (Art. 154 SchKG), da einzig die Realisierung der bereits bestehenden Pfandsicherheit bezweckt ist (Amonn/Walther, a.a.O., § 32 N 2 f.). Bei der vom Betreibungsamt veranlassten grundbuchlichen Verfügungsbe-

schränkung (vgl. Art. 90 und 97 VZG) handelt es sich nicht um eine Betreuungshandlung, die mit dem strafrechtlichen Beschlag in Widerspruch steht. Diesbezüglich liegt somit kein Konfliktfall vor und von einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten ist deshalb abzusehen.

bb) Nicht zu vereinbaren mit der strafrechtlichen Beschlagnahme ist dagegen die Versteigerung eines Grundstückes im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Die strafrechtliche Beschlagnahme erfolgte vorliegend (auch) im Hinblick auf eine mögliche Einziehung durch den Strafrichter. Dabei handelt es sich um eine staatliche Anordnung, welche das Verfügungsrecht über die Sache dem Staat zuspricht und dem zivilrechtlichen Verfügungs- oder Nutzungsberechtigten seine Berechtigung an der Sache entzieht (Stratenwerth, StGB, Allgemeiner Teil, Band II, S. 488, Anm. 5; Schmid, Kommentar zur Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band I, § 58 Rz 66 und Anm. 285 mit Hinweisen). Eine zwangsvollstreckungsrechtliche Versteigerung eines strafrechtlich beschlagnahmten Grundstückes kann deshalb nicht vorgenommen werden, solange eine Einziehung durch den Strafrichter in Betracht fällt. Hierfür schliesst Art. 44 SchKG die Verwertung nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz ausdrücklich aus. Es kommt hinzu, dass vorliegend die strafrechtliche Beschlagnahme im Grundbuch angemerkt ist, womit sich auch ein Dritterwerber nicht mit Erfolg der Einziehung durch den Staat widersetzen könnte (siehe Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Ebenso wenig könnte der ersteigernde Dritte ein Vorzugsrecht geltend machen, wenn der Richter über die Frage der Verwendung des eingezogenen Grundstückes zu entscheiden hat. Es liegt demzufolge ein Konfliktfall im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn bei einem strafrechtlich beschlagnahmten Grundstück zur Zwangsversteigerung geschritten wird.

cc) Das Vorbringen in der Beschwerde, die durch den Untersuchungsrichter im Grundbuch veranlasste kantonale Grundbuchsperrung (auch Kanzleisperrung genannt) richte sich einzig an den Eigentümer und habe keine dingliche Wirkung wie eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 ZGB, geht an der Sache vorbei. Vorliegend geht es nicht um die Frage der grundbuchlichen Wirkung der durch eine Behörde veranlassten Grundbucheintragung, sondern um die Frage der Vollstreckung eines von den Strafbehörden beschlagnahmten Objektes. Die betreibungsrechtliche Zwangsversteigerung des Grundstückes verträgt sich nach dem Ausgeführten nicht mit der strafprozessual angeordneten Beschlagnahme.

c) Anzumerken ist, dass die Durchführung einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Versteigerung auch nicht im Interesse der Betreibungsparteien

A 6.7

liegen kann, solange der strafrechtliche Beschlag andauert. Schuldner sowie die Grundpfandgläubigerin, die mit ihrer Zinsforderung nur teilweise pfandrechlich abgesichert ist, sind daran interessiert, dass bei einer Verwertung ein möglichst hoher Preis erzielt werden kann. Angesichts der gegebenen Unsicherheit infolge des strafrechtlichen Beschlags wäre im Falle einer Zwangsversteigerung die Chance der Erzielung eines realistischen, marktgerechten Preises nicht als hoch einzuschätzen. Es ist davon auszugehen, dass die nach wie vor bestehende Möglichkeit einer strafrechtlichen Einziehung und deren Folgen potentielle Ersteigerer von einer Mitwirkung bei der Steigerung abhalten würde.

(Beschluss vom 9. Juni 2005, RK2 2004 64. Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde in BGer 7B.106/2005 vom 30. September 2005 abgewiesen).

6.7 Steigerungszuschlag

- *Haftung nach Art. 143 Abs. 2 SchKG; Verwendung einer geleisteten Anzahlung für eine neue Versteigerung (Erw. 3 - 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 143 Abs. 2 SchKG haftet der in Zahlungsverzug geratene vormalige Ersteigerer für den dem Gläubiger in der Folge entstehenden Forderungsausfall und weiteren Schaden (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1997, N 12/13 zu Art. 137 SchKG; Häusermann/Stöckli/Feuz, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 21/26 zu Art. 143 SchKG). Die Steigerungsbehörde ist berechtigt (und verpflichtet), die vom säumigen Ersteigerer geleistete Anzahlung im Hinblick auf die Schlussabrechnung zurückzubehalten (RK2 2002 39 vom 27. Dezember 2004, Erw. 2 i.f., Erw. 4) und eine Zahlungsofferte mittels Abtretung der hinterlegten Summe im Rahmen einer Ersatzsteigerung unberücksichtigt zu lassen, solange eine Ausfallhaftung, über die allenfalls im Zivilprozess zu befinden ist (Häusermann/Stöckli/Feuz, a.a.O., N 27 zu Art. 143 SchKG), im Raum steht und der Hinterleger nicht über ein unstrittiges Guthaben verfügt. Dies ergibt sich nicht nur aus Art. 72 Abs. 2 VZG, wonach zur Erfüllung der Steigerungsbedingungen bestellte Sicherheiten mit der Ausfallforderung zu verwerten sind, sondern auch daraus, dass vom Ersteigerer erbrachte Anzahlungen direkt in Rechnung zu stellen bzw. der Ausfallforderung gutzuschreiben sind (Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 1999, in BISchKG

64/2000 S. 92 ff./94; Häusermann/Stöckli/Feuz, a.a.O., N 22 und 26 zu Art. 143 SchKG, und Stähelin, a.a.O., Erg.Bd., N 22 zu Art. 143 SchKG), d.h. dem Zweitsteigerungserlös zuzurechnen sind. Im vorliegenden Fall war die in Ziffer 10 der nicht angefochtenen Steigerungsbedingungen enthaltene Baranzahlung überdies als Sicherheit ausdrücklich vorgesehen (vgl. Klausel in BB 2 AB 05 15: "neben der ... zu leistenden Barzahlung noch Sicherheit für ..."). Damit sind auch die gesetzlichen Grundlagen für die Anzahlungsverwendung entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin erstellt.

Im Zeitpunkt des Gebots der Beschwerdeführerin von Fr. 1.21 Mio. betrug der Ausfall im Vergleich zum Ergebnis der ersten Steigerung Fr. 110'000.00 (bzw. Fr. 120'000.00 gemessen am massgeblichen Gebot der Bank S. jeweils exkl. Zinsverlust im Sinne von Art. 143 Abs. 2 SchKG), die geschätzten Kosten einer erneuten Steigerung betragen rund Fr. 7'000.00 (Kosten der Erststeigerung Fr. 8'767.95). Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Abtretungserklärung für den unter dem Ausfall liegenden Betrag von Fr. 100'000.00 sowie die Barofferte von Fr. 7'000.00 genügten als Anzahlung daher nicht (vgl. auch Erw. 2 der angef. Verfügung, § 136 GO). Aufgrund der wahrscheinlichen Ausfallhaftung hat die Steigerungsbehörde daher korrekt gehandelt, als sie die fragliche Anzahlungsofferte im Lichte der Steigerungsbedingungen als nicht ausreichend erachtete.

Ohne Belang ist dabei der von der Beschwerdeführerin genannte Umstand, dass die Abtretung vor der Zweitsteigerung stattgefunden habe, zum einen, weil der Zahlungsverzug des nachmaligen Zedenten als Haftungsursache auf einen Zeitpunkt vor der ins Feld geführten Abtretung fällt, zum andern, weil der Zedent nach dem Gesagten über die hinterlegte Summe nicht mehr liquid verfügt hat bzw. absehbar war, dass keine liquide Rückforderung baranzahlungsstatt verbleiben würde.

4. Der Zuschlag an die Bank S. war somit rechtens. Die Frage, was bei einer allfälligen Überdeckung der Betreuungsforderung zu gelten hätte, stellt sich dabei nicht, zumal das Steigerungsergebnis zur Deckung der Forderung von Fr. 1'415'000.00 nebst Zins und Kosten gemäss insoweit rechtskräftigem Zahlungsbefehl vorliegend nicht ausreicht (Betreibungsprotokoll act. 5, wobei die [vollständigen] Betreibungsakten im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren beizuziehen gewesen wären, vgl. Rückweisungsbeschluss vom 12. Juli 2005, Erw. 4). Offen bleiben kann, ob die handschriftliche, auf der Rückseite einer Menükarte angebrachte "Abtretungserklärung" (in der nur ein ungefährer Betrag und das Betreibungsamt als Zessionsschuldner lediglich indirekt genannt wird) auch den zessionsrechtlichen Formvorschriften sowie Sinn und Zweck der in Ziffer 10 der Steigerungsbedingungen vorgesehenen Baranzahlung –

A 6.8

nebst Sicherstellung von Kosten und Forderungsausfall bei Zahlungsverzug Nachweis der Ernsthaftigkeit des Steigerungsgebots und Garantie der ordnungsgemässen und unterbrechungsfreien (Art. 61 Abs. 1 VZG) Durchführung der Versteigerung – genügt. Unabhängig davon erweist sich die Beschwerde jedenfalls nach dem Gesagten als unbegründet.

(Beschluss vom 13. Dezember 2005, RK2 2005 133. Auf eine Beschwerde wurde in BGer 7B.243/2005 vom 7. Februar 2006 nicht eingetreten).

6.8 Befristung von Konkursbegehren

- *Wirkungen der Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG.*

Aus den Erwägungen:

- dass die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Abweisung ihrer Anträge bzw. die Nichtzulassung eines Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. (...) der P. AG mit Beschwerde vom 3. November 2005 dem Kantonsgericht beantragt, Betreuung und Zahlungsbefehl aufzuheben, eventuell das Betreibungsamt anzuweisen, den Rechtsvorschlag auf dem Zahlungsbefehl vorzumerken,

- dass der Beschwerde weder vorinstanzlich noch im vorliegenden Verfahren aufschiebende Wirkung beigelegt wurde und die Beschwerdeführerin mit nachträglicher Eingabe zutreffend auf Art. 166 Abs. 2 SchKG hinweist, wonach das Recht auf Stellung des Konkursbegehrens 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls verwirkt, allerdings nur, wenn wie hier einer betreibungsrechtlichen Beschwerde kein Suspensiveffekt gewährt wurde und die Frist nicht infolge eines Gerichtsverfahrens stillgestanden hat (vgl. SchKG-Nordmann, N. 11 und 15 zu Art. 166 SchKG),

- dass damit das vorliegende Betreibungsverfahren nicht mehr zu einer Konkurseröffnung führen kann, nachdem der Zahlungsbefehl am 9. Januar 2004 zugestellt und das Fortsetzungsbegehren am 30. Januar 2004 zwar gestellt, das Verfahren jedoch nicht fortgesetzt wurde, womit die Frist gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG am 10. April 2005 abgelaufen war und ein späteres Konkursbegehren abgewiesen werden muss (SchKG-Nordmann, a.a.O., N. 13),

- dass damit auch das Interesse der Schuldnerin an der aufsichtsrechtlichen Feststellung, ob Rechtsvorschlag gültig erhoben wurde, dahin gefallen ist und ein solches auch nicht an der Aufhebung der vorinstanzlichen

Abweisungsverfügung bzw. Ersetzung durch eine Verfahrensabschreibung bestünde, was zudem nicht beantragt ist,

- dass im vorliegenden, allein die Gültigkeit des Rechtsvorschlags betreffenden Verfahren nicht über eine formelle „Aufhebung“ der Betreuung befunden werden kann, womit es in casu beim Nichteintreten auf die nach Ablauf der Konkursantragsfrist erhobene und damit unzulässige Beschwerde (§ 29 GO) sein Bewenden haben muss und offen bleiben kann, ob zur hauptfrageweisen Prüfung (allein) der Konkursrichter zuständig ist (vgl. SchKG-Nordmann, a.a.O.) oder schon die Ausstellung der Konkursandrohung zu verweigern wäre, weil nahe liegt, Lücken füllend davon auszugehen, dass die Betreuung in einem solchen Fall von Gesetzes wegen erlischt (Art. 121 SchKG und per analogiam, Code „E“ gemäss Art. 10 VFRR; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1991 III Nr. 27 S. 109).

(Verfügung vom 15. November 2005, RK2 2005 142).

6.9 Konkursbegehren ohne vorgängige Betreuung

- *Anforderungen an ein Konkursbegehren nach Art. 194 Abs. 1 SchKG, Anfechtbarkeit der Konkursöffnung (Erw. 5 - 6).*
- *Kein Ausschluss durch Art. 43 SchKG (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

5. Gemäss Art. 194 Abs. 1 SchKG ist unter anderem die Bestimmung über die Weiterziehung von Konkursentscheiden gemäss Art. 174 SchKG auch auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkursbegehren anwendbar. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung können dabei uneingeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (sog. unechte Noven). Das unbestritten gebliebene Vorbringen des Beklagten, er habe in den letzten 15 Monaten Abzahlungen an das Betreibungsamt geleistet, ist deshalb zu würdigen, ebenso wie die Ausführungen der Klägerin in der Rekursantwort über das Zahlungsverhalten des Beklagten hinsichtlich der Mehrwertsteuer.

6. Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung die Konkursöffnung gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, verlangen. Zahlungseinstellung bedeutet nach der Praxis nicht, dass der Schuldner sämtliche Zahlungen einstellt. Es genügt nach Lehre und

A 6.9

Rechtsprechung, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil seiner geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger bzw. eine bestimmte Gläubigerkategorie (beispielsweise öffentlichrechtliche Forderungen) nicht befriedigt. Das Bundesgericht lässt es für die Bejahung dieses speziellen Konkursgrundes genügen (jeweils im Rahmen der Prüfung von staatsrechtlichen Beschwerden), wenn während längerer Zeit ein erheblicher Anteil der laufenden und unbestrittenen Schulden nicht beglichen worden ist. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten reichen jedoch nicht aus (5P.66/2004 vom 23. März 2004, Erw. 2; 5P.312/2003 vom 13. Februar 2003, Erw. 3.3, je mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. A., § 38 Rz 13; Brunner, Kommentar zum SchKG, N 11 zu Art. 190 SchKG). Die Konkursbetreibung ohne vorgängige Betreibung ist ein Ausnahmefall zum ordentlichen Betreibungsweg, was grundsätzlich dafür spricht, die Voraussetzungen streng zu prüfen und den Konkurs nur auszusprechen, wenn Gründe des Schutzes von Gläubigerinteressen dies rechtfertigen (vgl. auch Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 190 SchKG; zum grossen Ermessensspielraum der kantonalen Instanzen: 5P.312/2002 vom 13. Februar 2003, Erw. 3.3).

a) Die Klägerin [ESTV] erwirkte gegen den Beklagten für die Steuerperioden ab 1999 drei Verlustscheine im Betrag von gesamthaft Fr. 4'711.60 und es sind Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 13'782.10 offen. Den Angaben in der Rekursantwort ist allerdings zu entnehmen, dass ein grosser Teil der Mehrwertsteuern der letzten Jahre eingefordert werden konnte, auch wenn teilweise betreibungsrechtliche Schritte nötig waren. Ohne Betreibung erhältlich waren die Steuern der zweiten Hälfte 2002 sowie des ersten Semesters 2003. Hängig sind dagegen Betreibungen für die Steuern der zweiten Hälfte 2003 und der ersten Hälfte 2004. Zudem sind die Steuern für die zweite Hälfte 2004 von Fr. 2'672.55 und für das erste Semester 2005 (ohne Angabe der Höhe) bereits fällig, aber noch nicht bezahlt. Für die früheren Mehrwertsteuern ab 2000 musste ebenfalls die Betreibung eingeleitet werden, wobei diesbezüglich die Klägerin nur teilweise zu Verlust kam. Letztlich vollständig eingefordert werden konnten die Steuern des zweiten Semesters 2000 sowie jeweils der ersten Semester der Jahre 2001 und 2002. Mithin hat die Klägerin einen erheblichen Teil ihrer Mehrwertsteuerguthaben der letzten Jahre, auch wenn meist erst nach Einleitung betreibungsrechtlicher Schritte, einfordern können. Nach der Darstellung in der Rekursantwort wurden, bezogen auf die Jahre 2000 – 2004, die Steuern von immerhin fünf (von zehn) Jahreshälften vollständig getilgt.

b) Für einen zunehmenden Liquiditätsengpass des Beklagten spricht zwar die Tatsache, dass er seit der zweiten Hälfte 2003 die Mehrwertsteuerschulden nicht mehr beglichen hat (mit Ausnahme von Zahlungen über das Betreibungsamt, vgl. unten). Auf der anderen Seite ist nicht festzustellen, dass sich die Anzahl der Beteiligungen ab diesem Zeitpunkt gegenüber früher merklich erhöht hätte. Auch erlaubt die teilweise Zahlungsverweigerung gegenüber der Klägerin nicht den generellen Schluss, der Beklagte begleiche einen wesentlichen Teil seiner Geschäftsschulden nicht mehr oder es hätten sich in letzter Zeit unbezahlte öffentlichrechtliche Schulden gehäuft.

c) Der Beklagte verweist zudem auf seine regelmässigen monatlichen Abzahlungen von Fr. 1'000.00 an das Betreibungsamt. Seitens der Klägerin wird denn auch in der Rekursantwort zugestanden, dass das Betreibungsamt (...) die Überweisung eines Betrages von Fr. 3'000.00 an die Eidgenössische Steuerverwaltung angekündigt hat. Ob dieser Umstand für sich allein genommen ausreicht, den Konkursgrund von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu verneinen, kann dahingestellt bleiben. Eine grundsätzliche Zahlungsverweigerung, sei es gegenüber der Klägerin, sei es gegenüber einer Gläubigergruppe oder gar generell, ist nach den vorgelegten Akten nicht ausgewiesen. Der Gläubiger, der den speziellen Konkursgrund der Zahlungseinstellung anruft, hat den Nachweis dafür zu erbringen, dass ein kaufmännisch geführtes Unternehmen seine Zahlungen „eingestellt“ hat (Brunner, a.a.O., N 15). Dieser Nachweis ist nicht erbracht, auch wenn man im Sinne der eher grosszügigen und gläubigerfreundlichen Auslegung von Lehre und Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Zahlungsverweigerung nicht umfassend sein muss, ja sich auf einen Hauptgläubiger oder eine Gläubigergruppe beschränken kann. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte, wenn auch zögerlich und teilweise erst im Laufe der Beteiligungen, einen erheblichen Teil der Forderungen der Klägerin in den letzten Jahren erfüllt. Zudem ist nicht nachgewiesen worden, dass er den wesentlichen Teil der Geschäftsschulden nicht bezahlt oder sonst wie seine Zahlungsverweigerung ausdrücklich oder konkludent manifestiert hätte (KG 4/95 RK 2 vom 2. März 1995, Erw 1). Der Konkursgrund der Zahlungseinstellung ist deshalb zu verneinen. In Gutheissung des Rekurses ist die ausgesprochene Konkursöffnung aufzuheben.

7. Der Beklagte bringt vor, Art. 43 SchKG, welche Bestimmung die Konkursbetreibung für bestimmte Gläubiger ausschliesst, stehe der Konkursöffnung der Zahlungseinstellung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG entgegen.

A 6.10

In dem von der Klägerin erstinstanzlich vorgelegten Entscheid vom 11. Februar 1991 hat das Bundesgericht diese Frage eingehend geprüft (mithin unter Anwendung alten SchKG-Rechts) und kam zum Schluss, dass sich auch öffentlichrechtliche Gläubiger auf den speziellen Konkursgrund der Zahlungseinstellung berufen können (5P.378/1990). War im alten Art. 43 davon die Rede, dass die Betreuung für einzeln aufgezählte Forderungen auf dem Wege der Pfändung oder Pfandverwertung zu erfolgen habe, schliesst der geltende Art. 43 für derartige Forderungen die Konkursbetreuung in jedem Fall aus. Zum einen ist damit nach dem Wortlaut die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Zum andern sprechen auch die übrigen vom Bundesgericht angeführten Gründe (insbesondere der Zweck von Art. 43 SchKG und der Schutz der Gläubiger von öffentlichrechtlichen Forderungen) für die Auslegung nach bisherigem Recht (vgl. auch Brunner, a.a.O., N 19 zu Art. 190 SchKG). Die Frage ist jedoch nicht abschliessend zu beurteilen, da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nach dem Gesagten ohnehin nicht vorliegen und das Konkursbegehren abgewiesen werden muss. (...).

(Beschluss vom 13. September 2005, RK2 2005 92).

6.10 Verwertung von Gemeinschaftsanteilen

- *Zuständigkeitsdelegation nach Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 VVAG.*

Erwägungen

1. Aufgrund einzelner Verfahren zur Verwertung von Gemeinschaftsanteilen (vgl. Art. 132 SchKG und Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, VVAG) wurde festgestellt, dass die Zuständigkeit für die Durchführung der Einigungsverhandlungen nach Art. 9 und überdies auch die Verfahren nach Art. 10 VVAG (weitere Verhandlungen und Bestimmung des Verwertungsmodus) kantonal nicht geregelt ist, so dass die 2. Rekurskammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde im Einzelfall nach Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 leg.cit. darüber entscheiden kann bzw. allenfalls muss, ob sie anstelle des Betreibungsamtes die Einigungsverhandlung durchführen oder die untere Aufsichtsbehörde damit betrauen will und wer für die Verfügungen nach Art. 10 VVAG zuständig ist (SchKG-Rutz, N. 8 und 19 zu Art. 132; vgl. KG 474/96 RK2 vom 20.12.1996).

2. An der kantonalen Gerichtspräsidentenkonferenz vom 24. Oktober 2005 wurde es für zweckmässig erachtet, eine generelle Regelung durch Beschluss der 2. Rekurskammer herbeizuführen. Es erscheint zweckmässig, wenn die Zuständigkeit zur Einigungsverhandlung grundsätzlich beim Betreibungsamt verbleibt, die untere Aufsichtsbehörde diese Befugnis jedoch im Einzelfall an sich ziehen kann, unabhängig davon, ob bei Bedarf nach Massgabe von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 VVAG weitere Verhandlungen angesetzt werden sollen. Zur Vereinfachung der Abläufe sind den Bezirksgerichtspräsidenten gleichzeitig die Verfügungsbefugnisse nach Art. 10 VVAG zu delegieren.

3. Damit ist inskünftig nebst dem Betreibungsamt auch die untere Aufsichtsbehörde direkt für Einigungsverhandlungen gemäss Art. 9 VVAG sowie im Weiteren erstinstanzlich abschliessend für die Verfahren nach Art. 10 VVAG zuständig. Insbesondere zur statistischen Information sind Einigungen und Verwertungsanordnungen dem Kantonsgericht zur Kenntnis zu bringen.

(Delegation der Zuständigkeit zur Vornahme von Einigungsverhandlungen an die Bezirksgerichtspräsidenten nebst solchen der Betreibungsämter; Beschluss vom 15. Dezember 2005, RK2 2005 150).

6.11 Schuldbrief als Rechtsöffnungstitel

- *Urkundlicher Nachweis der Schuldnerstellung nach einer Veräusserung des belasteten Grundstückes.*
- *Abrechnungspflicht des Gläubigers nach erklärtem Selbsteintritt.*

Aus den Erwägungen:

2.a) (...).

b) Schuldner der Forderung aus dem Schuldbrief ist nur die als solche auf dem Schuldbrief vermerkte Person. Ist auf dem Schuldbrief kein Schuldner vermerkt, bildet er für sich alleine keinen Rechtsöffnungstitel. Der Kläger hat diesfalls die Schuldnerstellung des Betriebenen durch eine weitere öffentliche Urkunde oder eine private Schuldanerkennung zu beweisen (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 381).

Der Schuldbrief wurde vorliegend am 19. Mai 1989 mit folgendem Inhalt ausgestellt:

A 6.11

„Herr und Frau X-Y - Solidarschuldner und Gesamteigentümer inf. einf. Gesellschaft des Pfandgrundstückes - bekennen hiermit, dem jeweiligen Inhaber dieses Schuldbriefes die Summe von [dreihunderttausend] schuldig zu sein.“

aa) Im Schuldbrief wird regelmässig der Schuldner "zur Zeit der Errichtung" genannt, vorliegend Herr und Frau X-Y. Als belastetes Grundstück wurde das Grundstück A in der Gemeinde C angegeben. Bei einem Schuldnerwechsel, wie er insbesondere bei der Veräusserung des Grundstückes häufig vorkommt, ist die Schuldübernahme durch Urkunde zu beweisen (Stücheli, a.a.O.).

bb) Aus dem Grundbuchauszug ergibt sich, dass das Eigentum am Grundstück A in der Gemeinde C von Herrn und Frau X-Y auf Herrn und Frau Q-Z und hernach auf den Beklagten und seine Ehefrau übertragen wurde. Gemäss Art. 846 ZGB gelten für die Folgen der Veräusserung und der Zerstückelung des Grundstückes die Bestimmungen über die Grundpfandverschreibung. Art. 832 Abs. 1 ZGB besagt, sollte das mit einer Grundpfandverschreibung belastete Grundstück veräussert werden, so bleibt die Haftung des Grundpfandes und des Schuldners, wenn nicht anders verabredet, unverändert. In Verbindung mit Art. 846 ZGB gilt dies auch für ein mit einem Schuldbrief belasteten Grundstück. Der Verkauf des Grundstückes bewirkt somit nicht automatisch einen Wechsel des Schuldners der durch das Grundpfand gesicherten Schuld. Vielmehr bleibt das Pfandrecht bestehen und nimmt den Charakter eines Drittpfandes an (vgl. BGE 101 II 329; 121 III 256 = Pra 1996, 318, 319). Der nicht persönlich haftende neue Eigentümer ist dabei nicht zur Zahlung der Pfandforderung verpflichtet (BSK ZGB II-Trauffer, Art. 832 N 4). Hat aber der neue Eigentümer die Schuldpflicht für die Pfandforderung übernommen, so wird der frühere Schuldner frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832 Abs. 2 ZGB).

cc) Wer einem Schuldner verspricht, seine Schuld zu übernehmen, verpflichtet sich, ihn von der Schuld zu befreien, sei es durch Befriedigung des Gläubigers oder dadurch, dass er sich an seiner Statt mit der Zustimmung des Gläubigers zu dessen Schuldner macht (Art. 175 Abs. 1 OR). Der Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners erfolgt durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger (Art. 176 Abs. 1 OR). Wird die Schuldpflicht vom neuen Eigentümer gemäss Art. 832 ZGB übernommen, sind zwei Verträge abzuschliessen, nämlich einerseits eine Verpflichtung des neuen Schuldners, den früheren zu befreien (Art. 175 OR; interne Schuldübernahme) und andererseits eine Verabredung zwi-

schen dem Übernehmer und dem Grundpfandgläubiger, wonach letzterer den neuen Schuldner akzeptiert (Art. 176 OR; externe Schuldübernahme) (BGE 121 III 256 = Pra 1996, 318, 319; Deillon-Schegg, recht, 1998, 31 f.).

dd) In casu wurde der Schuldbrief nachweislich nicht auf den Beklagten ausgestellt, sondern auf die damaligen Eigentümer. Auf dem Schuldbrieftitel wurde weder der Eigentümerwechsels noch eine Schuldübernahme vermerkt. Mit dem Schuldbrief kann der Beweis einer Schuldübernahme durch den Beklagten folglich nicht erbracht werden. Der Kaufvertrag zwischen Herrn und Frau Q-Z und dem Beklagten und seiner Ehefrau vom 5. Mai 1994 verweist unter den Dienstbarkeiten und Grundlasten auf ein Grundpfandrecht, welches durch den Schuldbrief über Fr. 500'000.00 errichtet worden ist. Über den Schuldner der Schuldbriefforderung lässt sich aus dem blossen Grundstücksbeschrieb nichts entnehmen. Unter dem Kaufpreis findet sich folgende Bestimmung:

„Fr. 456'750.00 übernimmt die Käuferschaft die Hypothek, sichergestellt durch den vorgenannten Schuldbrief, bei der V-Bank, mit Zinspflicht ab 1. Mai 1994 auf eigene Rechnung gemäss den der Käuferschaft bekannten Zins- und Zahlungsbestimmungen.“

Auch aus dieser vertraglichen Bestimmung ergibt sich keine Schuldübernahme der Schuldbriefforderung, bezieht sie sich doch ausschliesslich auf die Darlehensforderung. Die Übertragung der gesicherten Grundforderung bewirkt jedoch nicht den Übergang der Schuldbriefforderung (BK-Zobl, N 1371 zum syst. Teil). Es fehlt damit an einer schriftlich erklärten Schuldübernahme durch den Beklagten. Mangels unterschriftlicher Schuldanerkennung des Beklagten kann gegen diesen keine Rechtsöffnung erteilt werden. Diesen Mangel hätte die Klägerin beispielsweise durch Aufnahme einer vertraglichen Bestimmung, worin der Schuldner seine persönliche Schuldpflicht aus den der Bank verpfändeten Schuldbriefen anerkennt und die Bank ihrerseits allfällige frühere Schuldbriefschuldner aus ihrer Schuldpflicht entlässt, vermeiden können.

3. Mit Bezug auf die Einwendungen des Beklagten bleibt anzumerken, dass durch den Selbsteintritt die Grundforderung in der Höhe der Schuldbriefforderung samt Zinsen unter geht; für einen allfälligen ungedeckt bleibenden Betrag haftet der Schuldner weiterhin persönlich. Mit der Erklärung des Selbsteintrittes hört der Zinsenlauf der Grundforderung auf (BGE 119 II 328 lit. d), die Schuldbriefzinsen laufen jedoch weiter (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 855 N 21).

A 6.11

Die Klägerin macht die Schuldbriefforderung zuzüglich drei verfallener und dem laufenden Jahreszins geltend. Die volle Schuldbriefforderung kann der Gläubiger jedoch erst in Betreuung setzen, wenn er dem Schuldner einen allfälligen Überschuss ausbezahlt hat. In allen anderen Fällen ist der Gläubiger voll abrechnungs- und anrechnungspflichtig und darf nicht mehr fordern als das, was der Schuldner aus der Grundforderung schulden würde, würde sie fortbestehen und weiterhin Zinsen tragen (vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 855 N 21). Vorliegend hat die Klägerin dem Beklagten zwar eine Abrechnung und Anrechnung nach der Grundpfandverwertung angekündigt. Voraussetzung für eine aufgeschobene Abrechnung wäre allerdings eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger vom Schuldner zu einer solchen berechtigt würde (vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 855 N 21 mit dortigen Verweisen; insb. auf BK-Zobl, Art. 891 N 62). Eine solche Vereinbarung liegt nicht vor und ergibt sich auch nicht aus dem generellen Pfandvertrag. Die Klägerin darf daher auch nach dem Selbsteintritt die Schuldbriefforderung nur bis zu der Höhe geltend machen, in der die gesicherte Forderung aus dem Grundverhältnis besteht. Der diesbezügliche Einwand des Beklagten ist somit berechtigt und die Rechtsöffnung wäre nur in der Höhe der noch offenen Forderung aus dem Darlehensvertrag zu erteilen.

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Schwyz vom 4. Mai 2005, KB 2005 112).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Gerichtsferien in den Bereichen Unfall- und Arbeitslosen-, Kranken- und Militärversicherung sowie Ergänzungsleistungen

- *In den Bereichen Unfallversicherung, Arbeitslosenversicherung, Ergänzungsleistungen, Krankenversicherung sowie Militärversicherung richten sich die Gerichtsferien gestützt auf die Übergangsregelung von Art. 82 Abs. 2 ATSG derzeit nach kantonalem Recht (keine Sommergerichtsferien).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) in Kraft getreten. Dieses Gesetz koordiniert das Sozialversicherungsrecht des Bundes, indem es unter anderem ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt und die Rechtspflege regelt (Art. 1 Ingress und lit. b ATSG). Die allgemeinen Verfahrensbestimmungen finden sich im 4. Kapitel. Dessen 2. Abschnitt (Art. 34 ff. ATSG) regelt das Sozialversicherungsverfahren und enthält in Art. 38 die Vorschriften über die Berechnung und den Stillstand der Fristen. Nach Abs. 4 dieser Norm stehen gesetzliche und behördliche Fristen, die nach Tagen oder Monaten bestimmt sind, u.a. vom 15. Juli bis und mit dem 15. August still (vgl. Art. 38 Abs.4 lit. b ATSG). Im 3. Abschnitt des 4. Kapitels finden sich die Bestimmungen zum Rechtspflegeverfahren, wozu auch Art. 60 ATSG gehört. Danach ist die Beschwerde innerhalb von dreissig Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheides einzureichen (vgl. Art. 60 Abs. 1 ATSG), wobei die Artikel 38 bis 41 ATSG sinngemäss anwendbar sind (vgl. Art. 60 Abs. 2 ATSG).

1.2 Nach Art. 1 Abs. 1 UVG in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung sind die Bestimmungen des ATSG auf die Unfallversicherung anwendbar, soweit das vorliegende Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Sie finden keine Anwendung in den in Absatz 2 dieser Vorschriften genannten, hier nicht einschlägigen Bereichen. Art. 106 UVG in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung ordnet die

B 1.1

"Besondere Beschwerdefrist" wie folgt: "In Abweichung von Artikel 60 ATSG beträgt die Beschwerdefrist bei Einspracheentscheiden über Versicherungsleistungen drei Monate."

1.3 Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensvorschriften vorbehältlich anders lautender Übergangsbestimmungen in der Regel mit dem Tag des In-Kraft-Tretens sofort und in vollem Umfang anwendbar (vgl. EVGE U 308/03 vom 26. August 2005 in Sachen M. c. SUVA, Erw. 2.3 mit Verweis auf BGE 129 V 115 Erw. 2.2). Art. 82 Abs. 2 ATSG enthält eine hier einschlägige übergangsrechtliche Regelung formeller Natur: Gemäss dieser Norm haben die Kantone ihre Bestimmungen über die Rechtspflege diesem Gesetz innerhalb von fünf Jahren nach seinem In-Kraft-Treten anzupassen; bis dahin gelten die bisherigen kantonalen Vorschriften (vgl. zit. EVGE U 308/03 vom 26. August 2005, Erw. 2.3 in fine; vgl. auch EVGE U 181/04 vom 7. Okt. 2005, Erw. 4.2).

1.4 Im Kanton Schwyz ist das Verwaltungsgericht das kantonale Versicherungsgericht im Sinne der Bundesgesetzgebung (vgl. § 35 Abs. 2 der kantonalen Gerichtsordnung, GO, SRSZ 231.110). Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht bestimmt sich grundsätzlich nach kantonalem Recht (vgl. Art. 61 Satz 1 ATSG). Hinsichtlich der Gerichtsferien bestimmt das kantonale Verfahrensrecht, dass im Verfahren vor Verwaltungsgericht keine Sommergerichtsferien zur Anwendung kommen (vgl. § 4 Abs. 1 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP, SRSZ 234.110, i.V.m. § 94 Abs. 1 und 2 GO).

2.1 Im vorliegenden Fall anerkennt der Beschwerdeführer ausdrücklich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Juni 2005 am 30. Juni 2005 bei seinem Rechtsvertreter per Post eingegangen ist. Dieser Einspracheentscheid enthielt eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung, wonach dieser Entscheid innert 3 Monaten seit Zustellung beim zuständigen kantonalen Versicherungsgericht angefochten werden kann. Die Beschwerdefrist ist somit am 30. September 2005 abgelaufen. Die vorliegende Beschwerde wurde indessen erst am 29. Oktober 2005 per Post dem Verwaltungsgericht eingereicht, was auch durch den postalischen Vermerk auf dem Couvert der Beschwerdeeingabe untermauert wird. Somit ist erstellt, dass die Beschwerde erst nach Ablauf der 3-monatigen Rechtsmittelfrist erhoben worden ist.

2.2 Soweit der Beschwerdeführer die Einhaltung der Beschwerdefrist mit dem Verweis auf die in Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG (i.V.m. Art. 60 Abs. 2 ATSG) enthaltenen Sommergerichtsferien begründet, übersieht er einerseits die Tragweite der übergangsrechtlichen Bestimmung von

Art. 82 Abs. 2 ATSG und andererseits, dass der Kanton Schwyz eine von Art. 38 Abs. 4 ATSG abweichende gesetzliche Regelung des Fristenstillstandes kennt (vgl. oben, Erw. 1.4). Das Eidg. Versicherungsgericht hat in ähnlichen Fällen entschieden, die primäre Bedeutung des Art. 82 Abs. 2 ATSG liege darin, dass die bisherigen kantonalrechtlichen Verfahrensvorschriften über den 1. Januar 2003 hinaus Geltung beanspruchen dürfen und *dass sich das Beschwerdeverfahren bis zur Änderung der kantonalen Gerichtsorganisation, spätestens bis zum 31. Dezember 2007, nach bisherigem kantonalen Verfahrensrecht richtet*. Das Eidg. Versicherungsgericht erwog u.a., mit der verfahrensrechtlichen Übergangsbestimmung des Art. 82 Abs. 2 ATSG habe sich der Gesetzgeber für eine kantonal unterschiedliche Verfahrensordnung während längerer Zeit entschieden, auch wenn u.a. die Kantone zur Anpassung ihrer entsprechenden Gesetze hinsichtlich Fristenstillstand kaum fünf Jahre brauchen werden. Insbesondere habe der Gesetzgeber in Kauf genommen, dass der Fristenstillstand in der Sozialversicherungsrechtspflege - zumindest während der Übergangsfrist - je nach kantonomer Verfahrensordnung unterschiedlich ausfalle. Das ATSG sei zwar darauf angelegt, dass formelle Bestimmungen (z.B. für das Verwaltungsverfahren) grundsätzlich sofort in Kraft treten, jedoch bestehe eine Ausnahme in Art. 82 Abs. 2 ATSG, welche für das Rechtspflegeverfahren verbindlich sei, auch wenn damit während der Übergangsfrist das angestrebte Ziel der Rechtseinheit noch nicht erreicht werde (vgl. EVGE U 181/04 vom 7. Oktober 2005, Erw. 4.2, und Urteil U 268/03 vom 26. August 2005 i.Sa. Z., Erw. 5.1).

2.3 In den soeben erwähnten Präjudizien U 268/03 und U 181/04 ging es im Wesentlichen darum, dass weder der Kanton Basel-Landschaft, noch der Kanton St.Gallen für das Verfahren vor Versicherungsgericht Sommergerichtsferien kennen. Das Eidg. Versicherungsgericht führte dazu aus, da der Kanton St. Gallen (bzw. Basel-Landschaft) keine Gerichtsferien vorsehe - mithin eine negative Regelung aufweise - und ihm von Gesetzes wegen fünf Jahre zustehen, um den in Art. 60 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 38 Abs. 4 ATSG vorgesehenen Fristenstillstand einzuführen, gelte diese (negative) Regelung spätestens bis Ende Dezember 2007. Indem das kantonale Gericht bereits vor Ablauf der Übergangszeit des Art. 82 Abs. 2 ATSG direkt auf den Fristenstillstand des ATSG abstelle, wende es fälschlicherweise Bundesrecht statt kantonales Recht an, was eine Verletzung von Bundesrecht darstelle (vgl. zit. Urteil U 181/04, Erw. 4.2 in fine, und Urteil U 268/03 vom 26. August 2005 i.Sa.Z., Erw. 5.3).

Im Lichte dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die vorliegende Streitfrage, ob sich der Beschwerdeführer auf die Sommergerichtsfe-

B 1.2

rien nach Art. 38 Abs.4 lit. b ATSG berufen kann, dahingehend zu beantworten, dass die abweichende (negative) Regelung des kantonalen Verfahrensrechts Vorrang hat und dementsprechend hier keine Sommergerichtsferien gelten. Nach der dargelegten Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, sich hinsichtlich des Fristenstillstands während der Übergangsfrist an das abweichende kantonale Verfahrensrecht zu halten, andernfalls Bundesrecht verletzt würde.

3. Kommen nach dem Gesagten im konkreten Fall keine Sommergerichtsferien zur Anwendung, ist die vorliegende Beschwerde klar verspätet eingereicht worden. Auf die erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereichte Beschwerde ist somit nicht einzutreten (vgl. § 27 Abs. 1 lit. f VRP i.V.m § 27 Abs. 2 VRP).

(VGE 381/05 vom 6. Dezember 2005).

1.2 Gerichtsferien in den Bereichen Alters- und Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie Erwerbsersatz

- *In den Bereichen Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung sowie Erwerbsersatz (für Dienstleistende und bei Mutterschaft) richten sich die Gerichtsferien ungeachtet der Übergangsregelung von Art. 82 Abs. 2 ATSG nach Art. 38 ATSG (i.V.m. Art. 60 Abs. 2 ATSG).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), welches seit dem 1. Januar 2003 in Kraft ist, sind auf die Invalidenversicherung anwendbar, soweit das IVG (SR 831.20) nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (vgl. Art. 1 IVG).

1.2 Das ATSG regelt im 4. Kapitel (Allgemeine Verfahrensbestimmungen) im 3. Abschnitt das Rechtspflegeverfahren (Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht: Art. 56 – 61 ATSG und Verweis auf die Weiterziehbarkeit von Entscheidungen des kantonalen Versicherungsgerichts ans Eidgenössische Versicherungsgericht in Art. 62 ATSG). Im Kanton Schwyz ist das Verwaltungsgericht das kantonale Versicherungsgericht im Sinne der Bundesgesetzgebung (§ 35 Abs. 2 Gerichtsordnung, GO, SRSZ 231.110).

1.3 Gegen Einspracheentscheide der IV-Stelle kann beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden, wobei die Beschwerde innert 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheides einzureichen ist (vgl. Art. 56 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 ATSG und § 20 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zu den Bundesgesetzen über die AHV und über die IV, EGzAHVG/IVG, SRSZ 362.100).

1.4 Vorliegend ist fraglich, ob die 30-tägige Rechtsmittelfrist gewahrt worden ist. Bei der Wahrung dieser gesetzlichen Frist geht es um eine Prozessvoraussetzung, deren Einhaltung vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist.

...

1.5 Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht (Verwaltungsgericht) bestimmt sich unter Vorbehalt von Artikel 1 Abs. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) *nach kantonalem Recht* (Art. 61 Ingress ATSG). Die Auswirkungen von Art. 1 Abs. 3 VwVG beziehen sich auf die Artikel 34 bis 38 und Art. 61 Absätze 2 und 3 über die Eröffnung von Verfügungen, sowie Artikel 55 Absätze 2 und 4 über den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Vorbehalten bleibt Artikel 97 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen der Ausgleichskassen (vgl. U. Kieser, ATSG Kommentar, N. 16 ff. zu Art. 61). Nicht anwendbar ist mithin Art. 22a VwVG, welcher den Fristenstillstand regelt. Diesbezüglich hat sich mit der Inkraftsetzung des ATSG eine wesentliche Änderung ergeben. Vor Inkrafttreten des ATSG bestimmte Art. 96 AHVG (der auch für den Bereich des IVG galt), dass auch im Rechtspflegeverfahren die Art. 20 – 24 des VwVG gelten, weshalb bis zum 31. Dezember 2002 hinsichtlich des Fristenstillstandes (Gerichtsferien) Art. 22a VwVG anwendbar war mit der Konsequenz, dass gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 15. Juli bis und mit 15. August still standen (Art. 22a lit. b VwVG). Art. 96 AHVG ist mit der Inkraftsetzung des ATSG aufgehoben worden.

Der dargelegte Fristenstillstand vom 15. Juli bis und mit 15. August ist mit dem Inkrafttreten des ATSG nicht dahingefallen, vielmehr schreibt Art. 60 Abs. 2 ATSG vor, dass die Artikel 38 bis 41 des ATSG sinngemäss anwendbar sind. Damit sieht das ATSG für das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht weiterhin auch Sommergerichtsferien vor (vgl. Art. 60 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG). Allerdings bestimmt das ATSG in Art. 82 Abs. 2 ATSG, dass die Kantone ihre Bestimmungen über die Rechtspflege dem ATSG innerhalb von fünf Jahren nach seinem Inkrafttreten anzupassen haben und bis dahin die

B 1.2

bisherigen kantonalen Vorschriften gelten. Das Eidg. Versicherungsgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung zu den Übergangsbestimmungen von Art. 82 Abs. 2 ATSG entschieden, dass die bisherigen kantonalrechtlichen Verfahrensvorschriften über den 1. Januar 2003 hinaus Geltung beanspruchen dürfen und dass sich das Beschwerdeverfahren bis zur Änderung der kantonalen Gerichtsorganisation, spätestens bis zum 31. Dezember 2007, nach bisherigem kantonalen Verfahrensrecht richtet (vgl. u.a. EVGE U 181/04 vom 7. Okt. 2005 und U 268/03 vom 26. August 2005, Erw. 5.1; vgl. auch VGE 381/05 vom 6. Dez. 2005, Erw. 2.2). Diese angeführten Entscheide beziehen sich indessen auf die Unfallversicherung, mithin ein Rechtsgebiet, in welchem sich gemäss bisherigem Recht (d.h. vor Inkrafttreten des ATSG) die Gerichtsferien (im kantonalen Beschwerdeverfahren) nach kantonalem Verfahrensrecht bestimmten. Auch in weiteren Rechtsgebieten, so im AVIG-, im ELG-, im KVG- und im MVG-Bereich kamen im kantonalen Beschwerdeverfahren vor dem Inkrafttreten des ATSG in der Gerichtsferienfrage kantonalrechtliche Verfahrensbestimmungen zur Anwendung (vgl. auch Jürg Senn, Gerichtsferien im Sozialversicherungsrecht, in: AJP 3/96, S. 311 ff.). In diesen vorgenannten Rechtsgebieten macht die dargelegte Auslegung des Bundesgerichts zu Art. 82 Abs. 2 Satz 2 ATSG Sinn, wonach die bisherigen kantonalrechtlichen Verfahrensvorschriften über den 1. Januar 2003 hinaus Geltung beanspruchen dürfen (bis zur Änderungen des kantonalen Verfahrensrechts, längstens bis 31. Dezember 2007).

Demgegenüber geht es hier um ein Rechtsgebiet (IVG), in welchem vor Inkrafttreten des ATSG sich die Gerichtsferien im Verfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten einheitlich nach Bundesrecht bestimmten (Art. 81 aIVG i.V.m. Art. 96 aAHVG und Art. 22a VwVG, vgl. Senn, a.a.O., S. 311 unten). Mithin kam vor dem Inkrafttreten des ATSG hinsichtlich der Frage, ob in einem IVG-rechtlichen Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Verwaltungsgericht Sommergerichtsferien Anwendung finden, nur Bundesrecht, nicht aber abweichendes kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung (analoges gilt auch für den AHVG- und EOG-Bereich, dies im Gegensatz zum UVG-, AVIG-, ELG-, KVG- und MVG-Bereich).

In Anbetracht dieser Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ATSG (mit einheitlichen bundesrechtlichen Gerichtsferien in IVG-rechtlichen, aber auch AHVG-rechtlichen und EOG-rechtlichen Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten) ist die Übergangsbestimmung von Art. 82 Abs. 2 Satz 2 ATSG nicht so zu verstehen, dass während der Übergangsfrist (bis zur Anpassung der entsprechenden kantonalen Verfahrensbestimmungen, längstens bis 31. Dezember 2007) die Frage der Anwendung von Gerichtsferien für IVG-/AHVG-/EOG-rechtliche Beschwerdeverfahren *neu* (d.h. abweichend von der bis 1.1.2003 gelten-

den Rechtslage) *und vorübergehend* (bis längstens 31. Dezember 2007) nach jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht zu beantworten wäre. Denn in diesem Zusammenhang würde die vom EVG hervorgehobene Überlegung, wonach die bisherigen kantonalen Verfahrensvorschriften über den 1. Januar 2003 hinaus Geltung beanspruchen dürfen (bis zur Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts), keinen Sinn machen, weil diesbezüglich vor dem 1. Januar 2003 gar kein kantonales Verfahrensrecht anwendbar war, sondern vielmehr eine einheitliche Bundesregelung galt. Mit anderen Worten kann nicht angenommen werden, dass der Bundesgesetzgeber mit der Übergangsbestimmung von Art. 82 Abs. 2 Satz 2 ATSG eine bisher geltende einheitliche Bundesregelung vorübergehend bis längstens 31. Dezember 2007 durch unterschiedliche kantonale Verfahrensbestimmungen ersetzen wollte, welche dann in absehbarer Zeit (spätestens per 1. Januar 2008) wieder durch eine einheitliche Bundesregelung abgelöst wird.

Im Lichte dieser Ausführungen ergibt sich zusammenfassend, dass die in den genannten Präjudizien des EVG (betr. UVG-Bereich) enthaltene, übergangsrechtliche Weitergeltung von bisherigen kantonalechtlichen Verfahrensbestimmungen über den 1. Januar 2003 hinaus für den IVG-/AHVG- und EOG-Bereich (welcher schon vor dem 1. Januar 2003 eine einheitliche Bundesregelung kannte) keine Anwendung findet, weshalb im vorliegenden Fall der Fristenstillstand vom 15. Juli bis zum 15. August gestützt auf Art. 60 Abs. 2 ATSG i.V.m. Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG anwendbar ist. Unter Berücksichtigung dieser für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht im IVG-Bereich geltenden Sommergerichtsferien ist die vorliegende, am 29. August 2005 eingereichte Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 29. Juni 2005 rechtzeitig erfolgt. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

(VGE 71/05 vom 6. Dezember 2005).

1.3 Wiederherstellung einer Frist

- *Bedeutung der Einwilligung der Vorinstanz zur Wiederherstellung einer versäumten Frist (§ 129 GO).*

Aus den Erwägungen:

3.2 Nach § 129 der Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110) in Verbindung mit § 4 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen, eine Verhandlung neu ansetzen und einen End-

B 1.3

entscheid aufheben, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei (§ 129 Abs. 1 GO). § 129 GO ist als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet und stellt es dem Gericht vom Wortlaut her frei, ob ein Fristwiederherstellungsgesuch im Rahmen pflichtgemässer Ermessensausübung gutgeheissen oder abgelehnt wird. Es entspricht jedoch einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, *unverschuldet* versäumte Verwirkungsfristen wiederherzustellen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., § 12 Rz 13; BGE 114 V 125 m.H.). Des Weiteren wird zumindest für den Bereich der zivilrechtlichen Streitigkeiten die Auffassung vertreten, dass der Richter bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 129 Abs. 1 in fine GO (Einwilligung der Gegenpartei) die Wiederherstellung erteilen muss (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum Zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 199 N 9 m.H.). Soweit jedoch öffentliche Interessen mitspielen - was im verwaltungsrechtlichen Verfahren in der Regel der Fall ist - kann diese Auffassung nicht übernommen werden und dem Richter ist in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut von § 129 GO die Kompetenz zuzuerkennen, nach seinem Ermessen zu entscheiden (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., § 199 N 8; VGE 1038/02 vom 30. Oktober 2002 i. Sa. B.). Somit besteht keine Bindung des Gerichts an die Stellungnahme der Vorinstanz, was bedeutet, dass auch mit Einwilligung der Vorinstanz zur Fristwiederherstellung die Wiederherstellung verweigert werden kann oder umgekehrt.

Die Praxis des Verwaltungsgerichts betreffend Wiederherstellung einer Frist ist seit jeher streng. Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn die Partei eine Sorgfaltspflicht verletzt, deren Beachtung unter den gegebenen Umständen auch dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten ist. Eine grobe Nachlässigkeit ist um so eher anzunehmen, je höher die Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers zu veranschlagen ist (EGV-SZ 1999 Nr. 2; VGE 525/86 vom 28. April 1987; VGE 509 und 510/89 vom 16. August 1989; Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, S. 768). Andererseits setzt § 129 Abs. 1 GO nicht voraus, dass einer Partei oder ihrem Vertreter schlechthin kein Verschulden zum Vorwurf gemacht werden kann (anders Art. 24 VwVG, Art. 35 OG, § 11 Abs. 2 Gesetz über die Prämienverbilligung). Eine geringfügige Unachtsamkeit steht damit einer Fristwiederherstellung nicht entgegen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 12 Rz 14; VGE 1038/02 Erw. 1 b; 831/05 vom 28.4.05 E. 1.2). Es ist durchaus glaubhaft, dass der Beschwerdeführer der deutschen Amtssprache, welcher er sich bei einer Beschwerdeführung zu bedienen hat (§ 85 Abs. 1 GO), nicht im gleichem Masse mächtig ist, wie dies bei Personen mit deutscher Muttersprache der Fall ist. Indessen vermag dies die Versäumnis der Rechtsmittelfrist keinesfalls zu entschuldigen und eine Fristwiederherstellung nicht zu begrün-

den. Vielmehr wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, rechtzeitig eine die deutsche Sprache beherrschende Person oder allenfalls einen Vertreter beizuziehen. Eine Fristwiederherstellung ist umso weniger gerechtfertigt, als dem Beschwerdeführer dank des Fristenstillstands vor und nach Ostern 14 zusätzliche Tage zur Verfügung standen, um rechtzeitig Beschwerde erheben zu können.

Das Begehren um Wiederherstellung der Frist ist daher abzuweisen. (VGE 850/05 vom 4. Mai 2005).

1.4 Aufschiebende Wirkung bei zeitlicher Dringlichkeit

- *Arbeitsvergebung: Zeitliche Dringlichkeit.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Wegen der behaupteten zeitlichen Dringlichkeit lässt sich die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung nicht rechtfertigen. Die Erstellung von Naturgefahrenkarten ist offenkundig nicht erst seit dem Jahr 2004 eine kantonale Vollzugsaufgabe. Das belegen schon allein die Erlassdaten der verschiedenen Empfehlungen und Richtlinien, die der fraglichen Arbeitsvergabe zu Grunde liegen (siehe Bf-act. 2d: Integrale Naturgefahrenkarte .../ Pflichtenheft; siehe auch Art. 1 Abs. 2 lit a/b, 3 Abs. 3 lit. b RPG, SR 700; Art. 6 Abs. 1 lit. b WBG v. 21.6.1991, SR 721.100, Art. 20 lit. b, 21, 27 Abs. 1 lit. c WBV v. 2.11.1994, SR 721.100.1, § 13b VVzWRG Stand per 1.7.2001, SRSZ 451.111; Art. 1 Abs. 2, 19, 36 WAG v. 4.10.1991, SR 921.0, Art. 15 Abs. 1, 42 Abs. 1 lit. a, 43 WAV v. 30.11.1992, SR 921.01). So waren denn auch gemäss einer im Jahr 2004 publizierten Studie in einigen wenigen Kantonen die Arbeiten bereits sehr weit fortgeschritten, andere dagegen haben noch kaum begonnen (Rolf Lüthi, Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Gefahrenkarte, S. 30, www.planat.ch), wozu offenbar auch der Kanton Schwyz gehört. Dass deswegen im konkreten Fall in planerischer oder finanzieller Hinsicht nicht verantwortbare Verzögerungen entstehen, wenn der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird, ist weder nachgewiesen noch sonst wie erkennbar. Auch der Hinweis auf die vor Wintereinbruch anstehenden Feldarbeiten vermag nicht zu verfangen. Wer am 13. Mai 2005 die Arbeiten öffentlich ausschreibt, in der zweiten Juliwoche die Arbeitsvergabe vornehmen will und die Startsituation auf den 8. August 2005 vorsieht, hat die Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens in seine zeitliche Planung nicht ansatzweise miteinbezogen. Wenn der Durchführung der Feldarbeiten vor

B 1.6

dem Wintereinbruch eine derart entscheidende Rolle zukommt, dann wäre es angezeigt gewesen, die Arbeit bereits anfangs Jahr auszuschreiben. Dass solches wegen äusseren, objektiven Umständen nicht möglich gewesen wäre, wird nicht geltend gemacht.

(VGE 1024/05Z vom 30. Juni 2005).

1.5 Aufschiebende Wirkung

- *Arbeitsvergebung: Zeitliche Dringlichkeit.*
- *Zu erwarten ist eine hinreichende Zeitplanung vor dem Beschwerdeverfahren sowie ein beförderliches Verhalten der Vorinstanz auch während des Beschwerdeverfahrens.*

Aus den Erwägungen:

2. Nachdem die Beschwerde bzw. die Sachurteilsvoraussetzungen nachfolgend beurteilt werden, wird der Antrag auf Entzug der einstweilen bis auf Widerruf erteilten aufschiebenden Wirkung gegenstandslos (zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung siehe EGV-SZ 2003, B. 1.1). Hinsichtlich der geltend gemachten zeitlichen Dringlichkeit wäre, sofern ihr eine entscheidende Bedeutung zugekommen worden wäre, indes nicht nur vor dem Beschwerdeverfahren eine hinreichende Zeitplanung erforderlich gewesen. Es hätte in diesem Falle von der Vorinstanz auch die Einreichung der rechtsgenügenden Vernehmlassung samt den vorinstanzlichen Akten innert der ersten Fristansetzung, allenfalls einer nur geringfügig erstreckten Frist, erwartet werden dürfen.

(VGE 1055/05 vom 9. Dezember 2005).

1.6 Prozessvoraussetzung

- *Eine erst spät, aber vor der Beurteilung bemerkte fehlende Prozessvoraussetzung (hier nicht rechtzeitige Beschwerdeeinreichung) bleibt beachtlich und muss zu einem Nichteintretensentscheid führen (siehe EGV-SZ 2005, B 8.5).*

1.7 Rechtsmittelbefugnis

- *Zur Einsprachebefugnis im Zusammenhang mit zu erwartenden Verkehrsimmissionen (bei Gestaltungsplanänderung) (siehe EGV-SZ 2005, B 8.3).*
- *Beschwerdebefugnis von Anstössern bei geplanten Parkfeldern (siehe EGV-SZ 2005, B 12.3).*
- *Keine Beschwerdebefugnis der Vormundschaftsbehörde (siehe EGV-SZ 2005, B 16.4).*
- *Zur Stellung einer Arbeitslosenkasse als Nebenpartei in einem Klageverfahren (siehe EGV-SZ 2005, B 3.2).*

1.8 Rechtliches Gehör

- *Rechtliches Gehör bei Sicherungsentzug (SVG) (siehe EGV-SZ 2005, B 12.1).*

1.9 Anfechtungsobjekt

- *Nichtanfechtbarkeit der freihändigen Arbeitsvergabe, Ausnahmen (siehe EGV-SZ 2005, B 11.1).*
- *Grundsätzliche Nichtanfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen, Ausnahmefall (siehe EGV-SZ 2005, B 11.2).*
- *Keine Anfechtbarkeit eines Begutachtungsauftrages im Rahmen von Kinderschutzmassnahmen (siehe EGV-SZ 2005, B 16.5).*

1.10 Eröffnung einer Verfügung

- *Nicht eröffnete Arbeitsvergebung bleibt rechtsunwirksam (vgl. EGV-SZ 2005, B 11.5).*

B 1.12

1.11 Widerruf

- *Arbeitsvergebung, Widerruf nach § 34 Abs. 1 VRP (siehe EGV-SZ 2005, B 11.3).*

1.12 Verfahrenskosten und Parteientschädigung bei Gegenstandslosigkeit

- *Anspruch auf Parteientschädigung bei Gegenstandslosigkeit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sozialversicherungsrecht durch nachträglichen Sachentscheid der Vorinstanz.*

Aus den Erwägungen:

2. Ein beim Gericht anhängig gemachtes Rechtsverzögerungsbeschwerdeverfahren ist infolge Wegfalls des aktuellen Rechtsschutzinteresses abzuschreiben, sofern die ausstehende Verfügung oder der ausstehende Einspracheentscheid vor dem Entscheid über die Rechtsverzögerung ergeht (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum VRG-Zürich, N 51 Vorbem. zu §§ 19-28; BGE 104 Ib 314; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Komm. zum VRG-Bern, N 74 zu Art. 49).

Vorliegend hat die Vorinstanz am 20. April 2005, während der erstreckten Vernehmlassungsfrist zur Rechtsverzögerungsbeschwerde, den ausstehenden Einspracheentscheid gefällt und zugestellt. Somit kann nach dem Vorgesagten das Rechtsverzögerungsbeschwerdeverfahren durch den verfahrensleitenden Richter (§ 28 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP, SRSZ 234.110) abgeschrieben werden.

3.1 Nach Art. 61 Bst. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Bei Gutheissung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde besteht nach vielen kantonalen Verfahrensrechten und auch nach dem VwVG kein Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N. 23 zu § 17; Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, N. 114, 121; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 17 zu Art. 101; I 103/01 Urteil EVG vom 21. Juli 2003, Erw. 2.2 - 2.4).

Anders verhält es sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerden im Sozialversicherungsrecht, welche vor den kantonalen Versicherungsgerichten oder dem Eidgenössischen Versicherungsgericht geführt werden. Das EVG hat entschieden, dass die Rechtsprechung zum Anspruch auf Par-

teientschädigung, welche besagt, dass eine solche auch bei Gegenstandslosigkeit einer Beschwerde zuzusprechen ist, wenn es die Prozessaussichten rechtfertigen (RKUV 2001 Nr. U 411 S. 77 Erw. 4a), auch in Verfahren betr. Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung Anwendung findet (I 103/01 Urteil EVG vom 21. Juli 2003, Erw. 2.4). Das EVG bejahte diesen Anspruch u.a. gestützt auf Art. 85 Abs. 2 lit. f Satz 2 AHVG in der bis Ende 2002 gültig gewesenen Fassung. Diese Bestimmung betr. Anspruch der obsiegenden beschwerdeführenden Partei auf Ersatz der Kosten der Prozessführung ist materiell in Art. 61 lit. g ATSG in jedenfalls nicht einschränkender Weise übernommen worden, weshalb die im Urteil I 103/01 vom 21. Juli 2003, Erw. 2.4 dargelegte Rechtsprechung auch bei Anwendung von Art. 61 lit. g ATSG zu beachten ist.

3.2 Zu prüfen ist somit, ob die Prozessaussichten vorliegend die Zuspreehung einer Parteientschädigung rechtfertigen, wobei die Prozessaussichten massgeblich sind, wie sie sich vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit bzw. bei Erhebung der Rechtsverzögerungsbeschwerde darboten (RKUV 2001 Nr. U 411 S. 77 Erw. 4a; BGE 110 V 57). Ob eine Frist zwischen Einspracheerhebung und Einspracheentscheid noch als tolerierbar oder als rechtsverzögerlich einzustufen ist, beurteilt sich nach den Schwierigkeiten und dem Umfang der abzuklärenden Fragen sowie dem Verhalten der versicherten, einspracheführenden Person (BGE 125 V 191 ff.; U. Kieser, Kommentar ATSG, Rz. 13 zu Art. 56). Zu beachten ist auch, dass das Gesetz vorschreibt, Einspracheentscheide seien "inert angemessener Frist zu erlassen" (Art. 52 Abs. 2 ATSG). Auch wenn das Gesetz keine Zeitspanne für die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs "angemessene Frist" nennt, ist bei der Auslegung zu beachten, dass der Gesetzgeber im Bereich der Sozialversicherung besonders hohe Anforderungen an einen fristgerechten Rechtsschutz stellt (vgl. z.B. Art. 61 lit. a ATSG "rasches Verfahren"), weshalb die Frage nach dem Vorliegen einer Rechtsverzögerung strenger zu beurteilen ist, als dies in anderen Rechtsgebieten der Fall ist (vgl. U. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, 1999, Rz. 510). Ein beförderliches Verfahren drängt sich in der Invalidenversicherung von der Sache her namentlich aus zwei Gründen auf: einerseits ist der Versicherte häufig aus existenziellen Gründen darauf angewiesen, rasch Klarheit über seine Ansprüche zu erhalten; andererseits gebietet es der Grundsatz "Eingliederung vor Rente" und das anerkannte und unbestrittene Wissen darum, dass die Eingliederung umso schwieriger und mit umso weniger Aussicht auf Erfolg betrieben werden kann, je länger ein Arbeitsunterbruch gedauert hat (Dekonditionierung, Abbau des beruflichen Könnens; Wegfall strukturierter Tages- und Arbeitsabläufe usw.), dass auf die rasche Verfahrenserledigung ein besonderes Augenmerk gerichtet wird. ...

B 1.13

(VGE 26/05 vom 21. April 2005).

1.13 Kosten- und Entschädigungspflicht trotz Obsiegens

- *Rechtswidriges Verhalten der obsiegenden Partei rechtfertigt Abweichung vom Unterliegerprinzip (siehe EGV-SZ 2004, B. 1.12). Bei bloss formeller Baurechtswidrigkeit jedoch nur hälftige Kostenaufgabe und hälftige Reduzierung der Parteientschädigung.*

Aus den Erwägungen:

6. 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 (§ 72 Abs. 3 VRP); die Zusprechung einer Parteientschädigung entfällt (vgl. statt vieler: VGE 612/96 vom 17.1.97, Erw. 6 mit zahlreichen Hinweisen; VGE 1065/03 vom 16.4.04, Erw. 5; hinsichtlich der Parteientschädigung vgl. auch VGE 1026/03 vom 20.11.03, Erw. 5 mit Hinweis). Wenn sich die obsiegende Partei pflichtwidrig verhalten hat, steht der unterliegenden Partei aber deswegen kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zu (§ 74 VRP; VGE 612/96 vom 17.1.97, Erw. 6 in fine).

Der Gemeinderat stellte in seinem Beschluss vom 6. September 2004 fest, dass die Beschwerdegegnerin das erweiterte Schwimmbad ohne die notwendige Projektänderung erstellte, sich so ins Unrecht setzte und formelle Bauvorschriften verletzte. Es ist mithin von einem rechtswidrigen Verhalten auszugehen. Da indes nur eine formelle Baurechtswidrigkeit vorliegt, ist es angezeigt, die Kosten nicht vollumfänglich zu Lasten des pflichtwidrigen Bauherrn zu verlegen und nicht gänzlich von einer Parteientschädigung abzusehen, sondern nur je zur Hälfte. Anders wäre es, wenn die Beschwerdegegnerin auch materielles Baurecht verletzt hätte, aber wegen des bei den Wiederherstellungsmassnahmen zu beachtenden Verhältnismässigkeitsgrundsatzes die rechtswidrige Baute nicht oder nur teilweise beseitigen müsste. In einem solchen Fall sind die Kosten grundsätzlich weiterhin gänzlich dem Bauherrn aufzuerlegen und es ist von der Zuspriechung einer Parteientschädigung abzusehen.

(VGE 1028/05 vom 31. August 2005).

1.14 Unentgeltliche Rechtspflege und Parteientschädigung

- *Eine Kombination von Parteientschädigung und teilweise Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung für die gleiche Partei kommt nur dann in Frage, wenn diese Partei nur teilweise obsiegt und teilweise unterliegt.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 74 Abs. 1 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) hat die unterliegende der obsiegenden Partei im Rechtsmittelverfahren und in verwaltungsgerichtlichen Klagenfällen eine dem Aufwand angemessene Entschädigung, welche von der Behörde festgesetzt wird, auszurichten.

1.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im Verwaltungsbeschwerdeverfahren vollumfänglich obsiegt hat, indem die Beschwerde gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Fürsorgebehörde aufgehoben wurde. ...

1.3 Der Regierungsrat hat die Gemeinde ... verpflichtet, der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. ... zu bezahlen (vgl. Dispositiv-Ziffer ...). Gleichzeitig hiess er das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtsverteidigung gut und sprach der obsiegenden Beschwerdeführerin im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsverteidigung einen Betrag von Fr. ... zu (vgl. Dispositiv-Ziffer 4 des zit. RRB).

Mit dieser Vorgehensweise wich der Regierungsrat von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ab, welche bei einem vollständigen Obsiegen der beschwerdeführenden beanwalteten Partei grundsätzlich nur eine Parteientschädigung zuspricht, ohne noch zusätzlich eine unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren (vgl. dazu VGE 22/05 vom 11. Juli 2005, Erw. 3; VGE 87/04 vom 11. Februar 2005, Erw. 3). Diese verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung steht im Einklang mit der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts (vgl. dazu Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Rz. 92 in fine zu Art. 61 ATSG, mit Verweis auf BGE 117 V 404 f.).

Die vom Regierungsrat im angefochtenen Beschluss zur Anwendung gebrachte Kombination von Parteientschädigung und teilweiser unentgeltlicher Rechtsverteidigung für die gleiche Partei kommt nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis nur dann in Frage, wenn diese Partei nur teilweise obsiegt und teilweise unterliegt. In einem solchen Fall steht

B 1.14

dieser Partei im Umfange des Obsiegens eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung zu, während im Umfange des Unterliegens die unentgeltliche Rechtsverteiständung gewährt wird, sofern die Voraussetzungen von § 75 VRP erfüllt sind (vgl. VGE 92/04 vom 9. März 2005, Erw. 6.3; VGE 311/03 vom 16. Juli 2003, Erw. 7b). Bei der Abgeltung des Honorars für eine unentgeltliche Rechtsverteiständung ist zu beachten, dass nach § 5 des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebT, SRSZ 280.411) dann, wenn der unentgeltliche Rechtsverteistand von der öffentlichen Hand zu entschädigen ist, ihm 80 % des ordentlichen Honorars nebst den Auslagen vergütet werden.

Gegen die vom Regierungsrat gewählte Vorgehensweise, auch bei vollständigem Obsiegen eine Kombination von Parteientschädigung und unentgeltlicher Rechtsverteiständung zur Anwendung zu bringen (mithin nur eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen sowie den Rest via unentgeltliche Rechtsverteiständung abzugelten) sprechen namentlich auch die folgenden Aspekte. Zum einen wird dadurch - soweit § 5 GebT zur Anwendung gelangt - das Honorar für den Rechtsverteistand der obsiegenden Partei um 20 % geschmälert, ohne dass dazu hinreichend Anlass bestünde, weil bei einem Anspruch auf Parteientschädigung keine derartige Kürzung in Frage kommt. Zum andern überzeugt bei vollständigem Obsiegen die Anwendung einer teilweisen unentgeltlichen Rechtsverteiständung insbesondere deshalb nicht, weil nach § 75 Abs. 3 VRP während zehn Jahren eine Rückzahlungspflicht besteht, wenn die Partei, welcher die unentgeltliche Rechtsverteiständung gewährt wurde, die Entschädigung zu decken vermag. In diesem Sinne müsste die obsiegende Beschwerdeführerin - obwohl sie vor Regierungsrat vollumfänglich obsiegt hat - damit rechnen, dass sie den in Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen RRB zugesprochenen Betrag von Fr. ... zurückzahlen müsste, sobald sie dazu in der Lage ist. Umgekehrt würde die (vollumfänglich) unterliegende Partei zu Unrecht profitieren, weil sie (nach Massgabe des vorinstanzlichen Vorgehens) nur zur Zahlung einer reduzierten Parteientschädigung verpflichtet würde.

1.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vor Regierungsrat vollumfänglich obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf eine angemessene (ungekürzte) Parteientschädigung hat, ohne dass ein Restbetrag über die Gewährung einer teilweisen unentgeltlichen Rechtsverteiständung abzugelten wäre.

(VGE 860/05 vom 21. Juli 2005).

1.15 Erläuterungsbegehren

- *Wann sind Erläuterungsbegehren unzulässig?*
- *Umgang mit querulatorischen Eingaben.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach § 141 Abs. 1 der kantonalen Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110) in Verbindung mit § 4 der kantonalen Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) wird ein *Entscheid, welcher unklar ist oder Widersprüche enthält*, vom Gericht, das ihn gefällt hat, auf Antrag oder von Amtes wegen erläutert.

Das Erläuterungsgesuch ist schriftlich einzureichen. Die beanstandeten Stellen und die verlangte Fassung sind wörtlich anzugeben (vgl. § 141 Abs. 2 GO).

Das Gesuch wird der Gegenpartei zur freigestellten Beantwortung mitgeteilt (§ 141 Abs. 3 GO). Wird ein Entscheid auf das Erläuterungsbegehren hin anders gefasst, so werden die Rechtsmittelfristen den Parteien neu eröffnet (§ 141 Abs. 4 GO).

1.2 Die sinngemässe Rüge, es liege eine falsche Rechtsanwendung vor, kann nicht Gegenstand eines Erläuterungsbegehrens sein. Mit diesem Begehren kann nur geltend gemacht werden, das *Dispositiv* des Entscheids sei *unklar, unvollständig, zweideutig oder widersprüchlich* (vgl. VGE 613a/01 vom 31. Januar 2002, Erw. 2d, Prot. S. 125 mit Hinweisen auf Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Rz. 8.32; Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, S. 142 f.; Alfred Kölz/Jürg Bosshard/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 2.A., Vorbem. zu §§ 19-28, N. 21 mit weiteren Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Art. 100 N. 6). *Unzulässig sind Erläuterungsgesuche, die auf eine inhaltliche Änderung des Entscheids abzielen oder eine allgemeine Diskussion über den Entscheid einleiten wollen* (vgl. zit. VGE 613a/01 vom 31. Januar 2002, Erw. 2d mit Verweisen auf BGE 110 V 222; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 100 N. 6). Die Erläuterung dient dazu, Abhilfe zu schaffen, wenn die Entscheidformel (Dispositiv) unklar ist; sie kann sich dagegen nicht auf die Entscheidungsgründe beziehen. Die Erwägungen unterliegen der Erläuterung nur, wenn und insoweit der Sinn des Dispositivs erst durch den Beizug der Entscheidungsgründe ermittelt werden kann. Vom Urteilsinhalt ist der Erläuterung nur zugänglich, was den Charakter einer Anordnung aufweist. Nicht dazu gehören namentlich Fragen, die vom

B 1.15

Gericht nicht zu prüfen waren und über die es deshalb nicht entschieden hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.86/2004 vom 7. Juli 2004 in Sachen L. Erw. 1.1 mit weiteren Hinweisen).

1.3 Nachdem im vorliegenden Erläuterungsbegehren zahlreiche Fragen aufgeworfen werden, welche an das Verwaltungsgericht gerichtet sind, und zudem das Erläuterungsgesuch, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, ohnehin abzuweisen ist (vgl. nachfolgend), wurde davon abgesehen, den weiteren Parteien des Verfahrens 809/05 vorgängig Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben.

...

2.2 Der Beschwerdeführer brachte nicht substantiiert vor, dass das Dispositiv (bzw. die Entscheidungsformel) des Verwaltungsgerichtsentscheides 809/05 unklar oder widersprüchlich sei. Weder erwähnte er, welche konkrete Passage des Dispositivs er beanstandete, noch führte er aus, wie die betreffende Passage des Dispositivs nach seiner Meinung korrekt lauten sollte.

Abgesehen davon ist ein Widerspruch oder eine Unklarheit im erwähnten Dispositiv nicht ersichtlich. Diesbezüglich gibt es nichts zu erläutern, denn das Verwaltungsgericht hat in der Entscheidungsformel klar zum Ausdruck gebracht, dass die Beschwerde 809/05 abgewiesen wird (soweit auf die in der Beschwerde 809/05 enthaltenen Rügen und Vorbringen überhaupt eingetreten werden konnte). Bei dieser Sachlage ist auf das vorliegende Erläuterungsbegehren grundsätzlich nicht einzutreten (was auch der Zürcher Praxis entspricht, wenn der Gesuchsteller die beanstandeten Stellen nicht genau bezeichnet und es unterlässt, die verlangte Neufassung des Dispositivs wörtlich anzugeben, vgl. dazu Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., Vorbem. zu §§ 19-28 N. 21).

2.3 Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen, an welchen festgehalten wird, dennoch auf das Erläuterungsbegehren an sich einzutreten wäre (worauf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Urteil I 665/03 vom 31. März 2004, Erw. 3.3 hindeutet), müsste es jedenfalls mangels eines stichhaltigen Erläuterungsgrundes abgewiesen werden. Denn im vorliegenden Erläuterungsbegehren kommt zum einen unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Gesuchsteller generell unzufrieden ist mit dem Entscheid 809/05. Zum andern ist den Vorbringen des Gesuchstellers zu entnehmen, dass er eine allgemeine Diskussion über den erwähnten Entscheid einleiten möchte. Ein derartiges Erläuterungsbegehren ist nach Massgabe der in Erwägung 1.2 dargelegten Rechtslage offensichtlich unzulässig.

2.4 Anzufügen ist, dass der Beschwerdeführer, soweit er mit dem Ergebnis des Verwaltungsgerichtsentscheides 809/05 vom 25. Mai 2005 nicht einverstanden war, sich dagegen beim Bundesgericht hätte beschweren können. Dass er von der Möglichkeit, eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen Verwaltungsgerichtsentscheid (betreffend Verweigerung eines Vormundwechsels etc.) erheben zu können, Kenntnis hatte, ergibt sich aus dem vom gleichen Beschwerdeführer veranlassten staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren 5P.271/2003 (welches damals mit einem Rückzug der staatsrechtlichen Beschwerde durch den Beschwerdeführer endete, weil das Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit nicht gewährt hatte, vgl. Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten vom 25. August 2003 im Verfahren 5P.271/2003 i.Sa. ...). Daraus, dass der Beschwerdeführer/Gesuchsteller darauf verzichtet hat, den VGE 809/05 vom 25. Mai 2005 beim Bundesgericht anzufechten, kann er nicht ableiten, er habe einen Anspruch darauf, dass seine Kritik am VGE vom Verwaltungsgericht im Rahmen eines Erläuterungsbegehrens zu behandeln sei. Vielmehr verhält es sich grundsätzlich so, dass der getroffene Gerichtsentscheid nicht nur für die Parteien, sondern auch für das entsprechende Gericht verbindlich ist. Mit anderen Worten ist auch das Verwaltungsgericht an den rechtskräftigen Entscheid VGE 809/05 vom 25. Mai 2005 gebunden.

Diese dargelegte Bindungswirkung hat zur Folge, dass allfällige weitere Eingaben des Beschwerdeführers/Gesuchstellers zur Vormundschaftssache seiner Schwester - soweit sich die Eingaben nicht auf ein neues Anfechtungsobjekt beziehen - ohne Korrespondenz (d.h. ohne Beantwortung) direkt zu den Akten gelegt werden (vgl. auch das analoge Vorgehen des Bundesgerichts in Fällen querulatorischer, mutwilliger, trölerischer oder sonst wie rechtsmissbräuchlicher Prozessführung, beispielsweise in BGE P 21/03 vom 12. April 2005 i. Sa. T. Erw. 4 mit Hinweis).

(VGE 926/05 vom 21. Dezember 2005).

1.16 Klageverfahren

- *Arbeitslosenkasse als Nebenpartei im Klageverfahren (siehe EGV-SZ 2005, B 3.2).*

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 AHV/IV (Verfahrensrecht)

- *Im AHV-/IVG-/EOG-Bereich richten sich die Gerichtsferien nach Art. 38 ATSG (siehe EGV-SZ 2005, B 1.2).*

2.2 Invalidenversicherung

- *Wann sind Nebeneinkünfte zum Valideneinkommen zu zählen?*

Aus den Erwägungen:

4.2 Das Valideneinkommen ist dasjenige, das die Beschwerdeführerin im Jahre 2001 im hypothetischen Gesundheitsfall auf Grund der beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verdienen würde. Die Einkommensermittlung hat so konkret wie möglich zu geschehen, wobei in der Regel vom letzten Lohn, welchen die Versicherte vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt hat, auszugehen ist (vgl. EVGE I 109/02 vom 28. August 2003, Erw. 3.2.1 mit Hinweisen).

4.3 Was die Frage anbelangt, ob zum Valideneinkommen auch Nebeneinkünfte gehören, sind der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterschiedliche Standpunkte zu entnehmen. In einem Urteil I 539/00 vom 8. August 2001 hielt das Eidg. Versicherungsgericht ausdrücklich fest, praxisgemäss seien in die Vergleichsrechnung nur Einkommen einzubeziehen, die im Rahmen eines normalen Arbeitspensums zu erzielen sind, weshalb der im betreffenden Verfahren geltend gemachte Nebenerwerb unberücksichtigt zu bleiben hatte (vgl. zit. EVGE I 539/00 vom 8. August 2001, Erw. 3a in fine, mit Verweis auf Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 207 mit Hinweisen).

Im Urteil I 109/02 vom 28. August 2003 hingegen kritisierte das EVG, dass das kantonale Gericht den Nebenverdienst nicht einbezogen habe u.a. mit den Ausführungen, es lasse sich nicht damit begründen, dass in die Vergleichsrechnung nur Einkünfte gehören würden, die mit einem normalen Arbeitspensum zu erzielen seien. Es gelte der Grundsatz, wo-

nach beim Valideneinkommen ein Nebenerwerbseinkommen zu berücksichtigen sei, sofern es im Gesundheitsfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin erzielt worden wäre, ohne Rücksicht auf den hierfür erforderlichen zeitlichen oder leistungsmässigen Aufwand (vgl. EVGE I 109/02 vom 28. August 2003, Erw. 3.2.2 mit Hinweisen auf RKUV 2003 Nr. U 476 S. 108, 2000 Nr. U 400 S. 381, 1989 Nr. U 69 S. 181 Erw. 2c; ZAK 1980 S. 593 Erw. 2a). Auffallend ist in diesem Kontext, dass das EVG in seinem Urteil I 109/02 vom 28. August 2003 auf seine im Entscheid I 539/00 vom 8. August 2001 festgehaltene, abweichende Rechtsprechung nicht näher eingegangen ist und nirgends von einer Praxisänderung gesprochen hat.

In einem weiteren Urteil U 66/02 vom 2. November 2004 hielt das EVG daran fest, dass im Rahmen des Einkommensvergleichs ein Nebenerwerb als Valideneinkommen zu berücksichtigen ist, sofern er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin realisiert worden wäre, wenn der bzw. die Versicherte gesund geblieben wäre; dies gelte ohne Rücksicht auf den hierfür erforderlichen zeitlichen oder leistungsmässigen Aufwand (vgl. zit. Urteil U 66/02, Erw. 4.1.1, wobei das EVG auch in diesem Urteil auf seine abweichende Praxis gemäss EVGE I 539/00 vom 8. August 2001 nicht Bezug genommen hat).

4.4 Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts sind bei der Ermittlung des massgebenden Valideneinkommens nicht in jedem Fall sämtliche erzielten Einkommensbestandteile (Haupteinkommen und Neben-/Zusatzeinkommen) anzurechnen. Namentlich dann, wenn eine versicherte Person ein Arbeitspensum geleistet hat, welches weit über dem eines Normalpensums liegt, kommt es grundsätzlich dann nicht in Frage, von einer Invalidität im Sinne der IV-Gesetzgebung auszugehen, wenn der Versicherte beispielsweise aufgrund von Überlastungs-/Erschöpfungsproblemen nurmehr in der Lage ist, ein normales 100%-Pensum zu bewältigen (vgl. dazu die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im Kontext mit der Doppelbelastung von erwerbstätigen Müttern mit umfangreichen Kindererziehungs-/Haushaltspflichten, welche nicht mehr eine volle Erwerbstätigkeit auszuüben vermögen: vgl. VGE 78/93 vom 21. Juli 1993 i. Sa. K., Prot. S. 675 mit Hinweisen auf ZAK 1988, S. 477; VGE 54/87 vom 28. Dezember 1987; VGE 21/89 vom 28. August 1989, Erw. 1d; vgl. auch VGE 10/90 vom 23. April 1990, Erw. 5; VGE 79/89 vom 23. April 1990, Erw. 3c, Prot. S. 249 f., wonach es grundsätzlich nicht Sache der IV sein kann, finanzielle Einbussen auszugleichen, welche durch eine Verminderung der beruflichen Erwerbstätigkeit entstünden, wenn die Kräfte einer Versicherten nicht mehr für zwei Berufe, sondern nur aber immerhin für eine Betätigung von 100% ausreichen).

B 3.2

Allerdings geht es im vorliegenden Fall nicht um eine Reduktion von zwei Berufen auf einen (von denen jeder für sich ganz oder annähernd einem 100%-Normalpensum entspricht), sondern es ist das Einsatzvermögen der Versicherten weit mehr eingeschränkt, indem nur noch eine zumutbare Arbeitsfähigkeit von 50% besteht. Im Lichte der dargelegten, jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im konkreten Fall die Einkünfte aus der nebenberuflichen Tätigkeit für Meinungsforschungsinstitutionen beim Valideneinkommen hinzuzuzählen. Dafür spricht, dass ein solcher Nebenerwerb regelmässig mindestens seit 1998 ausgeübt wurde und nach den Umständen weiterhin realisiert worden wäre, wenn die Versicherte gesund geblieben wäre, zumal es sich um eine Tätigkeit handelt, welche ein bescheidenes Ausmass erreicht und vor allem abends oder allenfalls an Samstagen ausgeübt wird. Demgegenüber kann der Nebenerwerb, welchen die Versicherte früher bei der Gemeinde ... erzielte, hier nicht mitberücksichtigt werden, weil er noch im Jahre 1999 und mithin unabhängig vom Unfall vom 7. September 2000 aufgegeben wurde.

(VGE 13/05 vom 23. Juni 2005).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung / Kranken- und Unfallversicherung (Verfahrensrecht)

- *Im UVG-/AVIG-/ELG-/KVG-/MVG-Bereich richten sich die Gerichtsferien gestützt auf die Übergangsregelung von Art. 82 Abs. 2 ATSG derzeit nach kantonalem Recht (keine Sommergerichtsferien; siehe EGV-SZ 2005, B 1.1).*

3.2 Arbeitslosenversicherung

- *Arbeitslosenkasse als Nebenpartei im Klageverfahren.*

Aus dem Sachverhalt:

Nach der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses mit der Gemeinde Z. erhob A. verwaltungsgerichtliche Klage über eine Lohnforderung (Betrag X). Die Arbeitslosenkasse erhob ihrerseits Subrogationsklage für eine Forderung (Betrag Y).

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG; SR 837.0) gehen mit der Zahlung von Arbeitslosenentschädigungen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 230 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889; SchKG SR 281.1). Von der Legalzession werden auch die verfahrensmässigen Rechte und die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts nach Art. 343 OR erfasst (Nussbaumer in SBVR Rz. 369). Da Art. 29 Abs. 2 AVIG eine vorbehaltlose gesetzliche Subrogation der arbeitsvertraglichen Ansprüche des Versicherten auf die Kasse vorsieht, spielt es keine Rolle, ob ein Prozess gegen den Arbeitgeber vom Arbeitnehmer selbst oder von der Arbeitslosenkasse geführt wird (Urteil C 91/00 EVG vom 15. Januar 2001 i. Sa. R., Erw. 5b/cc). Ob die Kasse einen bereits vom Versicherten eingeleiteten Arbeitsgerichtsprozess als Partei weiterführen oder diesem als Nebenpartei beitreten kann, beurteilt sich nach dem anwendbaren kantonalen Prozessrecht (Nussbaumer, a.a.O.).

1.2 Gemäss § 49 Abs. 1 der Personal- und Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen an der Volksschule vom 27. Juni 2002 (PBVLVS; SRSZ 612.110) entscheidet das Verwaltungsgericht im Klageverfahren über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Schulträger und Lehrperson. Mithin kommt dem Verwaltungsgericht für diesen Bereich die Funktion eines Arbeitsgerichts zu.

Für das Verfahren sind gemäss § 70 der Verwaltungsrechtspflegeverordnung vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) neben den §§ 9 - 16, 18 - 33 sowie 60 VRP auch die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar. Die VRP kennt als (Neben-)Parteien u.a. die Streitgenossenschaft (§ 13) und die Beiladung (§ 14).

B 3.2

§ 13 VRP erklärt die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Streitgenossenschaft für das Verfahren vor Verwaltungsbehörden für sinngemäss anwendbar. Mehrere Personen können gemeinsam als Kläger auftreten, wenn für die Ansprüche die Zuständigkeit des Gerichts gegeben und die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist, und wenn sich die Ansprüche überdies im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Jeder Streitgenosse kann den Prozess unabhängig von den andern führen. Getrennt eingereichte Klagen können vereinigt werden (§ 37 Abs. 1 - 3 der Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974; ZPO SR 232.110). Das Gericht kann auf Begehren die Aufteilung des Anspruches oder der Verpflichtung unter den Streitgenossen feststellen (§ 38 ZPO).

Das dem verwaltungsrechtlichen Verfahren vorbehaltene Rechtsinstitut der Beiladung (§ 14 Abs. 1 VRP) sieht vor, dass ein Dritter auf Gesuch hin oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbezogen werden kann, wenn er durch einen Entscheid voraussichtlich in schützenswerten Interessen betroffen ist. Im Verfahren kann er Parteirechte ausüben; Anträge kann er indes nur zu Gunsten oder zu Lasten der Hauptparteien stellen (Abs. 2). Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen wirksam (Abs. 3).

1.3 Die Bezüge der Subrogationsklage zur (zivilprozessualen) Streitgenossenschaft sind im Gegensatz zur verwaltungsrechtlichen Beiladung vielfältiger. Gegen eine Qualifizierung als Beiladung spricht insbesondere der Umstand, dass dieses Rechtsinstitut nur Anträge zu Gunsten oder Lasten der Hauptpartei zulässt. Demgegenüber ermöglicht die Streitgenossenschaft nicht nur eine von anderen Parteien unabhängige Prozessführung, sondern auch eine Aufteilung des Anspruches. Eine Aufteilung des Anspruches ist vorliegend vorzunehmen, falls der Kläger mit seiner Forderung (ganz oder teilweise) durchdringt. Diesbezüglich wird gegebenenfalls zu prüfen sein, in wieweit die Abfindung und die Entschädigung gleich bzw. eben ungleich zu behandeln ist.

Entscheidend ist indes unabhängig der verfahrensrechtlichen Qualifizierung der Subrogationsklägerin, dass das kantonale Verfahrensrecht den Beitritt einer Arbeitslosenkasse ins Verfahren nicht ausschliesst. Ob ein solcher Ausschluss mit der gesetzlichen Pflicht der Arbeitslosenkassen, ihre Ansprüche geltend zu machen, zu vereinbaren wäre, ist zudem fraglich. Jedenfalls würde ein Ausschluss auch dem Gebot der Prozessökonomie widersprechen, da eine Arbeitslosenkasse u.U. gehalten wäre, ihren Anspruch gegen den Versicherten in einem weiteren Gerichtsverfahren durchzusetzen.

(VGE 869 + 892/04 vom 20. Januar 2005).

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer

4.1 Handänderungssteuer

- *Firmenwechsel bewirkt noch keine Handänderung von Grundstücken.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach § 1 des kantonalen Gesetzes über die Erhebung der Handänderungssteuer (HStG, SRSZ 172.500) erheben die politischen Gemeinden nach Massgabe dieses Gesetzes eine Handänderungssteuer. Steuerpflichtig ist der Erwerber des Grundstückes (§ 2 Abs. 1 HStG). Die Handänderungssteuer beträgt ein Prozent des Handänderungswertes (§ 7 HStG).

1.2 Handänderungen von Grundstücken im Sinne des HStG sind:

- der zivilrechtliche Erwerb von Grundstücken (vgl. § 4 lit. a HStG);
- jede Übertragung eines Kauf- oder Kaufvorvertrages sowie eines Kauf- oder Rückkaufrechts, sofern der Eigentumsübergang im Grundbuch vollzogen wird (vgl. § 4 lit. b HStG);
- der Erwerb von Anteilsrechten einer Immobiliengesellschaft oder Immobiliengenossenschaft, sobald der Erwerber die Mehrheitsbeteiligung erworben hat (vgl. § 4 lit. c HStG);
- Änderungen im Personenstand einer Gesamthandgemeinschaft oder die wesentliche Veränderung von Beteiligungsrechten an solchen Gemeinschaften ohne Wechsel der Mitglieder (vgl. § 4 lit. d HStG);
- die Errichtung und Übertragung von in § 3 Abs. 1 Buchstaben b und e erwähnten Rechten [es handelt sich dabei um Bau-, Quellen- und Ausbeutungsrechte], sofern dadurch die Bewirtschaftung oder Veräusserung des belasteten Grundstückes wesentlich beeinträchtigt wird (vgl. § 4 lit. e HStG).

Dem Gesetz lässt sich die Unterscheidung in *zivilrechtliche* Handänderungen gemäss § 4 lit. a HStG und den übrigen Handänderungen gemäss § 4 lit. b bis e HStG entnehmen; letztere fallen unter den Sammelbegriff der *wirtschaftlichen* Handänderungen (vgl. Friedrich Huwyler, Die Handänderungssteuer im Kanton Schwyz, publ. in EGV-SZ 1993, S. 203 ff., S. 207, wobei gemäss Fussnote 12 diese Terminologie schon beim alten Gesetz verwendet wurde).

B 4.1

In den §§ 5 und 6 des HStG werden die Steuerbefreiungsgründe (Ausnahmen von der subjektiven und von der objektiven Steuerpflicht) aufgelistet. Aus dieser Gesetzssystematik ergibt sich unmissverständlich, dass sämtliche zivilrechtlichen und ihnen gleichgestellten Handänderungen im Sinne von § 4 HStG der Handänderungssteuerpflicht unterliegen, es sei denn, es kommt einer der Steuerbefreiungsgründe von § 5 oder § 6 HStG zur Anwendung (vgl. auch VGE 726/01 vom 31. Jan. 2002, Erw. 3c, wonach jeder Eigentumsübergang zu besteuern ist, es sei denn, ein Steuerbefreiungsgrund liege vor; vgl. auch VGE 719/99 vom 5. April 2000, Erw.2b, wonach die abschliessende Aufzählung der Steuerbefreiungsgründe als Korrelat zur abschliessenden Aufzählung wirtschaftlicher Handänderungen anzusehen ist). Umgekehrt gilt, dass ein Vorgang, welcher von § 4 HStG nicht erfasst wird, keine Handänderungssteuerpflicht auszulösen vermag. Denn das Legalitätsprinzip im Abgaberecht bestimmt, dass öffentliche Abgaben (Steuern) nur gestützt auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage erhoben werden dürfen (vgl. dazu Peter Locher, Legalitätsprinzip im Steuerrecht, publ. in ASA 60, S. 1 ff.; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., N. 871 ff.; Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 5. A., S. 11).

2. Im vorliegenden Fall ist gemäss Grundbucheintrag vom ... 2005 nicht mehr die X-AG, sondern die Y-AG Eigentümerin des Grundstücks KTN ... Dieser Vorgang beruht unmittelbar auf einer Namens- bzw. Firmenänderung, denn gemäss Tagebucheintrag im Handelsregister vom ... 2005 hat die X-AG ihren Namen auf Y-AG abgeändert.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Beschluss nicht dargelegt, inwiefern eine solche Namensänderung gestützt auf welchen Buchstaben von § 4 HStG der Handänderungssteuer unterliegen soll. Zur Begründung der Steuerpflicht wurde einzig auf die Steuerbefreiungsbestimmungen § 5 und § 6 HStG Bezug genommen und zwar wie folgt:

"Am ... 2005 übernahm die X-AG die Aktiven und die Passiven der Y-AG mittels Fusion. Im Anschluss an dieses Rechtsgeschäft wurde die X-AG in Y-AG umbenannt. Dieses Vorgehen stellt trotz allem eine Fusion dar, weil die Liegenschaft KTN ..., tatsächlich die Hand von der X-AG zur Y-AG geändert hat. Im präjudiziellen Entscheid VGE 717/99 vom 14. Januar 2000 hat das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz festgehalten, dass der kantonale Gesetzgeber mit § 6 lit. f HStG die Fusion von Gesellschaften nicht von der Handänderungssteuer befreit hat (vgl. EGV-SZ 2000, Nr. 25). Zudem erfolgte auch eine wesentliche Änderung der Anteilsrechte (vgl. § 6 lit. f HStG). Zudem führen §§ 5 und 6 HStG die Steuerbefreiungsgründe abschliessend auf. Aus den aufgeführten Gründen ist daher für den Eigentumsübergang der Liegenschaft KTN ... eine Handänderungssteuer zu erheben."

3. Dieser Argumentation des Gemeinderates kann aus den nachfolgend dargelegten Gründen nicht beigespflichtet werden.

3.1 Zunächst ist zu betonen, dass ein blosser Namens- bzw. Firmenwechsel noch keine Handänderungen an Grundstücken bewirkt. Mit dem Namenswechsel als solchem ist noch kein Rechtsgeschäft verbunden, gemäss welchem ein Grundstück von der (natürlichen oder juristischen) Person A zur Person B übertragen wird; Eigentümerin des betreffenden Grundstückes ist immer noch die gleiche Person, nur heisst sie nach dem Namenswechsel nicht mehr A, sondern B. Im Übrigen entspricht es auch der Praxis in anderen Kantonen, einen Namenswechsel nicht als Handänderung an Grundstücken zu qualifizieren (vgl. beispielsweise Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Züricher Steuergesetz, N 220 zu § 216, mit Verweis auf ZR 76 Nr. 121). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Namenswechsel von der X-AG zur Y-AG keine Handänderungssteuerpflicht auszulösen vermag.

3.2 Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass vor dem dargelegten Namenswechsel eine Umstrukturierung der beiden bisherigen Firmen (X-AG und Y-AG) stattgefunden hat.

Unternehmensumstrukturierungen können zwar häufig zu zivilrechtlichen Handänderungen führen, sie müssen es aber nicht zwingend enthalten (vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 218 zu § 216). Wenn im *Beispiel 1* die juristische Person bzw. Aktiengesellschaft A (nachfolgend A-AG, welche Eigentümerin einer Betriebsliegenschaft V ist) eine andere juristische Person B (B-AG) übernimmt, welche bis anhin Eigentümerin des Grundstücks Z war, liegt im Zusammenhang mit einer solchen Umstrukturierung insofern eine zivilrechtliche Handänderung vor, als mit der Geschäftsübernahme die A-AG neu auch Eigentümerin der Liegenschaft Z wird (hinsichtlich der Liegenschaft V findet keine Handänderung statt, da die A-AG vor und nach der Geschäftsübernahme Eigentümerin der Liegenschaft V war bzw. ist).

Wenn hingegen im *Beispiel 2* die A-AG (mit dem Grundstück V) die B-AG (welche im Beispiel 2 kein Grundstück aufweist) übernimmt, findet keine Handänderung statt; in diesem Beispiel 2 verbleibt die A-AG auch nach der Übernahme der B-AG weiterhin Eigentümerin des Grundstücks V. Im Beispiel 2 gibt es mithin keine zivilrechtliche Handänderung.

Analog würde es sich wohl auch verhalten, wenn mit der Umstrukturierung der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft einhergehen würde, was gemäss § 4 lit.c HStG eine wirtschaftliche Handänderung darstellen würde. Auf das Beispiel 1 bezogen wäre die Handänderungssteuerpflicht dann gegeben, wenn die B-AG anstelle der Liegenschaft Z in den Aktiven eine Mehrheitsbeteiligung an einer

B 4.1

Immobilien-gesellschaft aufweisen würde (zur Thematik, wann vom Vorliegen einer Immobilien-gesellschaft auszugehen ist, vgl. VGE 733/04 vom 21. Oktober 2004). Wie es sich im Einzelnen damit verhält, kann hier aber offen bleiben, da vorliegend nicht die Übernahme einer solchen Mehrheitsbeteiligung an einer Immobilien-gesellschaft zur Diskussion steht.

3.3 Nach den vorliegenden Akten deckt sich der konkrete Fall mit dem Beispiel 2. Die (ursprüngliche) X-AG, welche Eigentümerin der Betriebsli-genschaft KTN ... war, hat mit Fusionsvertrag vom ... 2005 die dama-lige Y-AG übernommen, welche indessen gar kein Grundstück besass. Somit hat mit dieser Umstrukturierung gar kein Grundstück die Hand geändert, denn die übernehmende Gesellschaft war bereits vor Abschluss des Fusionsvertrages Eigentümerin von KTN ... und hat mit dem Abschluss dieses Vertrages kein zusätzliches Grundstück übernommen. Mit anderen Worten stellt sich dann, wenn eine Aktiengesellschaft eine andere mit Aktiven und Passiven übernimmt, die Frage einer zivilrechtli-chen Handänderung nur dann, wenn die übernommene Gesellschaft über Grundstücke (im Sinne von § 3 HStG) verfügt hat. Dies trifft im konkre-ten Fall nicht zu, was unbestritten ist. Demnach fällt es ausser Betracht, die vorliegende Umstrukturierung (X-AG übernimmt Y-AG, welche im Übernahmezeitpunkt keine Grundstücke hat) als handänderungssteuer-pflichtiger Vorgang zu qualifizieren.

3.4 Auch wenn im konkreten Fall zwei handänderungssteuerfreie Vor-gänge nacheinander folgten (vgl. oben, Erw. 3.2 und 3.3 "Übernahme einer Gesellschaft ohne Grundstück" und Erw. 3.1 Namenswechsel), kann aus einer solchen Abfolge keine steuerpflichtige Handänderung im Sinne von § 4 HStG abgeleitet werden.

3.5 Am vorliegenden Ergebnis, wonach die vorliegende Unterneh-mensumstrukturierung (Übernahme einer Gesellschaft ohne Grundstück) mit anschliessender Namensänderung, nicht der Handänderungssteuer unterliegt, vermögen die weiteren Vorbringen der Vorinstanz nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich der sinn-gemässe Einwand, das Ver-waltungsgericht habe im Präjudiz 717/99 vom 14. Januar 2000 ent-schieden, der kantonale Gesetzgeber habe mit § 6 lit. f HStG die Fusion von Gesellschaften nicht von der Handänderungssteuer befreit. Die Vorinstanz übersieht, dass sich diese Rechtsprechung auf Fusionen bezieht, bei welchen mit dem Fusionsvertrag auch Grundstücke übernommen wurden, mithin gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss auch eine Hand-änderung (im Sinne von § 4 lit.a HStG) von der jur. Person X zur jur. Person Y erfolgte. Mit anderen Worten bezieht sich diese Rechtspre-

chung nicht auf Fusionen ohne Übernahme von Grundstücken. Indem das Verwaltungsgericht in der von der Vorinstanz angesprochenen Rechtsprechung die Tragweite des Steuerbefreiungsgrundes von § 6 lit. f HStG präziserte, änderte es nichts daran, dass die Handänderungssteuerpflicht nur dann gegeben ist, wenn eine Handänderung im Sinne von § 4 HStG vorliegt. Eine Fusion muss nicht zwingend den Erwerb von Grundstücken beinhalten, weshalb der Abschluss eines Fusionsvertrages noch nicht genügt, um von einer Handänderung im Sinne von § 4 HStG auszugehen. Ein Steuerbefreiungsgrund bzw. die dazugehörige Rechtsprechung vermag keine Ausdehnung der Steuerpflicht zu begründen.

Im Übrigen kann daraus, dass eine steuerpflichtige Person ihre Verhältnisse so gestaltet, dass möglichst wenig Steuern anfallen, nicht als unzulässige Steuerumgehung betrachtet werden, zumal die eingesetzten Mittel erlaubt sind und die von der Beschwerdeführerin gewählte Rechtsgestaltung nicht als derart ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich erscheint, dass von einer missbräuchlichen Vorgehensweise auszugehen wäre (vgl. dazu Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 29).

(VGE 708/05 vom 13. Dezember 2005).

5. Kausalabgaben

5.1 Abwasser

- *Betriebsgebühr für Abwasserentsorgung:*
 - *Die im kommunalen Reglement vorgesehene Betriebsgebühr pro Einwohnergleichwert widerspricht dem Verursacherprinzip gemäss Art. 3a und 60a Abs. 1 GSchG (SR 814.20) und § 34 KVzGSchG (SRSZ 712.110) (Erw. 1.1 - 1.3, 2.1).*
 - *Nichtanwendung der rechtswidrigen kommunalen Regelung. Zwischenzeitliche Akontozahlungen. Rückwirkende Neuverfügung aufgrund der ausstehenden Reglementsrevision (Erw. 2.2 - 2.6).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Im Kanalisationsreglement der Gemeinde ... vom 12. März 2000 (vom Regierungsrat genehmigt mit RRB Nr. 574 vom 18. April 2000 / kurz: KR) ist in Art. 20 Abs. 1 lit. c vorgesehen, dass die Liegenschaftseigentümer, deren Liegenschaften direkt oder über eine private Leitung an die öffentliche Kanalisation angeschlossen sind oder werden, für den

B 5.1

Bau und Betrieb der öffentlichen Abwasseranlagen u.a. wiederkehrende Betriebsgebühren entrichten. Durch die jährliche Betriebsgebühr sind die Kosten der Gemeinde für Betrieb und Unterhalt der öffentlichen Abwasseranlagen (inkl. Beiträge an den Abwasserverband, ...') zu decken. Sie wird durch den Gemeinderat unter Berücksichtigung des Kostendeckungsprinzipes angepasst, wobei von der Grundgebühr gemäss Art. 24 Abs. 2 KR um nicht mehr als 50% abgewichen werden darf. Die Gebührenanpassungen sind zu veröffentlichen. Die Gebühren verstehen sich ohne Mehrwertsteuer (Art. 20 Abs. 5 KR). Die jährliche Betriebsgebühr wird nach Einwohnergleichwerten (EG) berechnet; sie wurde beim Reglementserlass auf Fr. 60.-- pro Einwohnergleichwert festgelegt (Art. 24). In der Rechnungsstellung bzw. der hier angefochtenen Verfügung für das Jahr 2004 hat der Gemeinderat Fr. 44.--/ EG in Rechnung gestellt.

1.2 Seit dem 1. November 1997 verlangt das eidgenössische Gewässerschutzgesetz (GSchG; SR 814.20), dass derjenige die Kosten trägt, welcher Massnahmen nach dem Gewässerschutzgesetz verursacht (Art. 3a GSchG). Die Kantone sorgen dafür, dass die Kosten für Bau, Betrieb, Unterhalt, Sanierung und Ersatz der Abwasseranlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, mit Gebühren oder anderen Abgaben den Verursachern überbunden werden. Bei der Ausgestaltung der Abgaben werden insbesondere berücksichtigt (Art. 60a Abs. 1 GSchG):

- a) die Art und die Menge des erzeugten Abwassers;
- b) die zur Substanzerhaltung der Anlagen erforderlichen Abschreibungen;
- c) die Zinsen;
- d) der geplante Investitionsbedarf für Unterhalt, Sanierung und Ersatz, für Anpassungen an gesetzliche Anforderungen sowie für betriebliche Optimierungen.

1.3 Der Kantonsrat erliess am 19. April 2000 (in Kraft seit 1. Januar 2001) in Ersetzung der bisherigen Vollzugsverordnung vom 24. Oktober 1973 (GS 16-347) die kantonale Verordnung zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (KVzGSchG, SRSZ 712.110). Gemäss dieser Verordnung erlässt die Gemeindeversammlung ein Reglement über die Siedlungsentwässerung, welches u.a. die Grundsätze der Finanzierung der Abwasseranlagen und der Abwasserbeseitigung enthalten muss (§ 9 Abs. 1 und 2 KVzGSchG). In den §§ 31 - 38 KVzGSchG werden die Finanzierungsmöglichkeiten umschrieben. § 31 KVzGSchG verweist auf das Verursacherprinzip. Als Finanzierungsmittel kommen Anschlussgebühren, Benutzungsgebühren sowie Abgeltungen und Beiträge von Bund und Kanton in Frage (§ 31 Abs. 1 KVzGSchG). Die Gemeinde kann zu-

sätzlich Erschliessungsbeiträge vorsehen (§ 31 Abs. 2 KVzGSchG). Die Benutzungsgebühr (§ 34 KVzGSchG) wird jährlich für die Benutzung der Abwasseranlagen erhoben und deckt insbesondere die Aufwendungen für den Betrieb und den Unterhalt dieser Anlagen. Sie besteht aus einer konstanten Grundgebühr und einer variablen Mengengebühr. Für besondere Fälle kann das Abwasserreglement Pauschalgebühren vorsehen. Die Grundgebühr bestimmt sich einzeln oder kombiniert nach Wohneinheiten, Einwohnergleichwerten, versiegelter Fläche oder der massgebenden Nutzfläche. Für die Festsetzung der Mengengebühr sind einzeln oder kombiniert zu berücksichtigen:

- a) die verbrauchten Frischwassermenge,
- b) die abgeführte Abwassermenge,
- c) die gemessene Abwasserfracht.

Wird die Mengengebühr gemäss § 34 KVzGSchG nach der verbrauchten Frischwassermenge bemessen, so sind die Wasserversorgungsunternehmen verpflichtet, der Gemeinde Auskünfte über die Wasserlieferungen zu geben (§ 44 Abs. 2 KVzGSchG). Abwasserreglemente, die Bestimmungen der KVzGSchG, insbesondere dem Verursacherprinzip, widersprechen, sind innert drei Jahren seit Inkrafttreten der KVzGSchG (1. Januar 2001) anzupassen. Bis dahin gehen Gemeindevorschriften, welche dem KVzGSchG widersprechen, vor (§ 52 KVzGSchG).

2.1 Das im vorliegenden Fall angewandte kommunale Kanalisationsreglement widerspricht klarerweise übergeordnetem Recht. Die Betriebsgebühr respektiert das Verursacherprinzip nicht oder zumindest nur ungenügend (Art. 3a GSchG). Die Menge des Abwassers wird nicht berücksichtigt (Art. 60a GSchG). Es ist keine Kombination einer konstanten Grundgebühr mit einer variablen Mengengebühr vorgesehen (§ 34 KVzGSchG). Die verursachergerechte Bemessung der Benutzungsgebühr fehlt (vgl. hierzu Peter Karlen, Die Erhebung von Abwasserabgaben aus rechtlicher Sicht, in URP 1999, S. 556 ff.). Schliesslich hat die Gemeinde die vom kantonalen Gesetzgeber eingeräumte Übergangsfrist gemäss § 52 KVzGSchG verstreichen lassen, ohne das kommunale Reglement dem erwähnten übergeordneten Recht anzupassen. Gestützt auf § 26 VRP kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren das dem übergeordneten Recht widersprechende kommunale Recht nicht mehr angewendet werden. Der angefochtene Gemeinderatsbeschluss erweist sich somit als rechtswidrig. Es stellt sich des Weiteren die Frage, welche Konsequenzen aus dieser Erkenntnis zu ziehen sind.

2.2 Der Gemeinderat vertritt die Ansicht, dass das Gleichbehandlungsprinzip dem Verursacherprinzip vorgehe (Vernehmlassung vom 25.11.04, S. 2). Es könne nicht angehen, dass einige die Gebühren

B 5.1

nach dem Verursacherprinzip entrichten würden, andere nach der bisherigen Regelung. Solange in der Gemeinde die Voraussetzungen nicht geschaffen seien, damit bei allen angeschlossenen Häusern die Abwassergebühren nach Menge erhoben werden können, müsse die bisherige Regelung angewendet werden. Im Gegensatz zu ... würden in ... (welche Ortschaft ebenfalls auf dem Gebiet der Gemeinde liegt) nur zwei Wohnhäuser über eine Wasseruhr verfügen. Aus praktischen Gründen stehe die Frischwassermenge als Bemessungskriterium zur Diskussion (angef. Entscheid S. 2). Vernehmlassend spricht der Gemeinderat von ca. 490 Kanalisationsanschlüssen ‚mit Wasseruhren‘ und ca. 130 Anschlüssen ‚ohne Wasseruhren‘. Pauschalgebühren gemäss § 34 KVZGSchG sollten eher die Ausnahme als die Regel sein. Wenn bei 21% der Verfügungsadressaten mit Pauschalgebühren abgerechnet werden müsse, könne man nicht mehr von ein paar Ausnahmen sprechen.

2.3 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass sich bei wiederkehrenden Massenverfügungen nur vereinzelte Adressaten gegen eine rechtswidrige Gebührenerhebung wehren, rechtfertigt nicht, weiterhin eine gesetzeswidrige Rechtsanwendung zu dulden. Vielmehr hat der rechtsuchende Bürger grundsätzlich Anspruch darauf, dass eine rechtswidrige Gebührenerhebung nicht nur festgestellt, sondern auch korrigiert wird. Einen blossen sog. „Appellentscheid“ zu erlassen (Feststellen der Rechtswidrigkeit ohne Rechtsfolgen bzw. Korrektur im konkreten Beschwerdefall), wie dies der Gemeinderat sinngemäss vertritt, ist nur in sehr engen Schranken möglich. So hat das Bundesgericht in Zusammenhang mit der rechtsungleichen Eigenmietwertbesteuerung im Kanton Schwyz festgehalten, der Richter könne von der Aufhebung eines auf verfassungswidriger rechtlicher Grundlage beruhenden Entscheides dann absehen, wenn durch die unverzügliche Nichtanwendung der dem Entscheid zugrunde liegenden Normen nicht bloss ein verhältnismässig unbedeutendes Regelungsdefizit entstünde, sondern ein eigentlich rechtsfreier Raum geschaffen würde. Die einstweilige Weiteranwendung trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit könne ausnahmsweise dann gerechtfertigt oder sogar geboten sein, wenn andernfalls dem Gemeinwesen oder den Betroffenen ein unverhältnismässiger Nachteil entstünde, indem zum Beispiel ein ganzes Regelungssystem aus den Angeln gehoben würde, oder eine wichtige öffentliche Aufgabe bis auf weiteres nicht mehr oder nicht mehr zufrieden stellend erfüllt werden könnte. Ebenfalls als Ausnahmegrund wird die Situation erwähnt, in der der Richter nicht in der Lage oder berufen ist, die mangelhafte Norm durch eine eigene, bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers geltende Anordnung zu ersetzen (BGE 2P.279/1999 vom 3. November 2000 Erw. 3c).

2.4 Auf den vorliegenden Fall der festgestellten gesetzeswidrigen Gebührenenerhebung bezogen führt die Nichtanwendung der kommunalen Norm über die Benutzungsgebühren (bzw. Betriebsgebühr) weder zu einem rechtsfreien Raum noch zu einem unverhältnismässigen Nachteil der Gemeinde. Die Beschwerdeführer anerkennen zu Recht, dass eine Benutzungsgebühr in jedem Falle auch für das Jahr 2004 geschuldet ist. Es geht mithin nur mehr darum, wie und wann diese Benutzungsgebühr festzulegen ist. Nachdem angenommen werden darf, dass die ausstehende Reglementsrevision prioritär behandelt sowie raschmöglichst erlassen und vom Regierungsrat genehmigt werden wird (der Gemeinderat spricht von einem Abstimmungstermin im Jahre 2005), liegt es auf der Hand, dass nicht der Richter für diesen Einzelfall eine definitive materielle Regelung treffen, sondern der Gemeinderat die Benutzungsgebühr nach Erlass des revidierten Reglements auf der Basis des neuen kommunalen Rechts rückwirkend für das Jahr 2004 neu verfügen sollte.

Da die Gemeinde auch für die Beschwerdeführer die Abwasserentsorgung weiterhin vorzunehmen hat, ist ihr dabei bis zur Inkraftsetzung des zu revidierenden Reglements das Recht, Akontozahlungen einzufordern, zuzugestehen. Nachdem die Beschwerdeführer bis anhin keine Zahlungen leisteten (gemäss ihrer unbestritten gebliebener Darstellung haben sie dem Gemeinderat erfolglos eine Akontozahlung angeboten), ein Reglementsentwurf in Arbeit ist (angefochtener Entscheid, S. 1) und der Frischwasserverbrauch der fraglichen Liegenschaften eruiert werden kann (Beschwerdeschrift, S. 3), ist die Akontozahlung auf der Basis des zur Zeit aktuellen Reglementsentwurfes zu ermitteln. Vorbehalten bleiben allfällige anderslautende aufsichtsrechtliche Anweisungen des Regierungsrates (siehe unten Erw. 2.6).

2.5 Am vorliegenden Beschwerdeergebnis vermag der Umstand nichts zu ändern, dass ca. 20% der angeschlossenen Liegenschaften zurzeit über keine Wasseruhr verfügen. Die Wasserversorgungsunternehmen sind verpflichtet, der Gemeinde Auskünfte über ihre Wasserlieferungen zu geben (§ 44 Abs. 2 KVzGSchG). Seit nunmehr vier Jahren ist diese Verpflichtung explizit bekannt, so dass es eigentlich hätte möglich sein müssen, zwischenzeitlich die meisten Liegenschaften mit Wasseruhren auszustatten. Weshalb dies in der Gemeinde ... dennoch nicht realisiert wurde, ergibt sich aus den Akten nicht. Selbst wenn die Gemeinde alles unternommen haben sollte, um die Ausstattung mit Wasseruhren rechtzeitig zu gewährleisten, vermöchte die heutige Situation eine Weiteranwendung des gesetzeswidrigen kommunalen Rechts nicht zu rechtfertigen. Eine Pauschalierung des Frischwasserbezuges, so wie dies im Musterreglement über die Siedlungsentwässerung vom kantonalen Amt für Umweltschutz auch vorgesehen ist (Art. 28 Abs. 2), stellt zwar keine

B 8.1

optimale Lösung dar, ist jedoch im Lichte des Verursacherprinzips ausnahmsweise, insbesondere bei nur vorübergehender Anwendung zu akzeptieren. Dies im Gegensatz zur bisherigen Betriebsgebühr, welche keinen Bezug auf die Abwassermenge nimmt.

Auch die Tatsache, dass es sich um jährlich wiederkehrende Massenv Verfügungen bzw. -rechnungen handelt, erlaubt eine blosser Anpassung pro futuro (EGV-SZ 1997, Nr. 14) nicht. Seit der gesetzlichen Verankerung des Verursacherprinzips sind sieben Jahre verstrichen und der kantonale Gesetzgeber ist den Gemeinden mit einer dreijährigen Übergangsregelung genügend entgegengekommen (§ 52 KVzGSchG).

2.6 Es wird Sache des Regierungsrates als Aufsichtsinstanz sein, zu prüfen, ob und wie der Gemeinderat die nicht angefochtenen Verfügungen zu korrigieren und wie der Gemeinderat bis zum rechtskräftigen Erlass der überfälligen Reglementsrevision im Übrigen vorzugehen hat. (VGE 736/04 vom 24. Januar 2005).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Korporationsrecht (siehe EGV-SZ 2005, B 16.1 - 16.3).

7.2 Lohnstreitigkeit

- *Arbeitslosenkasse als Nebenpartei im Klageverfahren (siehe EGV-SZ 2005, B 3.2).*

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

8.1 Erschliessung

- *Erschliessungsplan: Kostenanteil des Bezirks bei Groberschliessungsstrasse.*

Aus den Erwägungen:

8.1 Als nächstes ist der umstrittene Kostenanteil des Bezirks zu prüfen. Im angefochtenen RRB wurde zutreffend dargelegt,

- dass nach Art. 6 Abs. 1 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes (WEG, SR 843) die nach kantonalem Recht zuständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften von den Grundeigentümern angemessene Beiträge an die Kosten der Groberschliessung erheben,
- dass dieser Grundsatz im kantonalen Recht in § 44 Abs. 1 PBG übernommen worden ist,
- dass nach § 44 Abs. 2 Satz 1 PBG die Gemeinde sich in dem Mass an den Kosten beteiligt, als die Anlagen dem Gemeingebrauch dienen,
- und dass gemäss § 4 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über die Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen (GrundeigentümerbeitragsVO, SRSZ 400.220) der Kostenanteil der Gemeinde sich nach der Bedeutung der Verkehrsanlage für die Allgemeinheit bemisst und mindestens 10 Prozent beträgt, höchstens jedoch 70 Prozent der Kosten gemäss § 4 Abs. 3 GrundeigentümerbeitragsVO.

8.2 Die soeben genannte Bestimmung umfasst eine Bandbreite des Kostenanteils des Bezirkes von mindestens 10 % und maximal 70%, ohne dass zu den in Frage kommenden Abstufungen innerhalb dieser Bandbreite etwas ausgesagt wird. Nachdem es in diesem Zusammenhang um eine schematische Beurteilung der Bedeutung der Verkehrsanlage für die Allgemeinheit geht, drängt sich grundsätzlich eine "Abstufung in 10%-Schritten" auf, ohne dass im Regelfall noch weitergehende Feinabstufungen (mit Differenzen von weniger als 10%) vorzunehmen sind. Mithin stehen für den Gemeindeanteil sieben Einstufungen zur Verfügung: 10%; 20%; 30%; 40%; 50%; 60% und 70%. Der Mittelwert in der Bandbreite von 10% bis 70% beträgt 40%. Abgesehen von diesem Mittelwert kommen drei Stufen darüber und drei Stufen darunter in Frage.

Der Bezirksrat hat in Art. 12 des Reglements zum Erschliessungsplan den Kostenanteil des Bezirks Einsiedeln für die hier zu beurteilende Strassenverbindung (Grotzenmühle-/Allmeindstrasse) auf 50% festgelegt und damit die erste Einstufung über dem Mittelwert gewählt. Damit hat er konkludent anerkannt, dass die Bedeutung der Verkehrsanlage für die Allgemeinheit über dem Durchschnitt liegt. Nachdem die zu beurteilende Strassenverbindung eine nicht unwesentliche Basiserschliessungskomponente aufweist (vgl. dazu den anlässlich der Augenscheinsverhandlung eingereichten Artikel im Einsiedler Anzeiger vom 1. Febr. 2005, S. 5) und auch die Aspekte Sport, Freizeit, Naherholung, für deren Abwicklung die Grotzenmühle-/Allmeindstrasse als Zielverkehrszubringer eine erheb-

B 8.2

liche Bedeutung für die Allgemeinheit hat und insofern von öffentlichem Interesse ist, rechtfertigt es sich zusammenfassend, den prozentualen Kostenanteil der Gemeinde auf 60% zu erhöhen. Gegen die Anwendung des Maximalansatzes von 70% spricht, dass die gleiche Strassenverbindung auch eine massgebliche Groberschliessungsfunktion für bereits überbaute Gebiete und namentlich für die einer Erschliessung harrenden rund 40'000 m² Bauland aufweist. Im Übrigen vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführer keinen höheren Kostenanteil des Bezirks zu begründen. Unbehelflich ist namentlich der Verweis auf die Austrasse, da diesbezüglich keine vergleichbaren Verhältnisse bestehen. Abgesehen davon ist der vom Bezirksrat festgelegte Kostenanteil für die Austrasse insofern differenziert ausgestaltet worden, als für den Ausbau der Fahrbahn lediglich ein Anteil von 20% und nur für die geplante Fussgänger-sicherung ein Anteil von 70% vorgesehen ist.

(VGE 921 + 926/04 vom 24. März 2005).

8.2 Auflage von Gestaltungsplänen

- *Soweit eine Änderung des aufgelegten Gestaltungsplanes als "Minus" zu qualifizieren ist, braucht das Auflageverfahren nicht wiederholt zu werden.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Beschwerdeführer bringt sinngemäss vor, der Gestaltungsplan sei nach der öffentlichen Auflage abgeändert worden, indem die Baubegrenzungslinie im nördlichen Bereich um 58 cm zurückgenommen worden sei. Für diese Änderung sei keine öffentliche Auflage erfolgt, obwohl dies nach der in EGV-SZ 1998 (Nr. 50, S. 155) publizierten Rechtsprechung nötig gewesen wäre.

3.2 Es trifft zu, dass der Regierungsrat sich in seinem Beschluss in EGV-SZ 1998 (Nr. 50) publizierten Beschluss Nr. 626 vom 21. April 1998 zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein bereits aufgelegter, jedoch noch nicht definitiv genehmigter Gestaltungsplan wegen Änderungen desselben ein zweites Mal aufgelegt werden muss, folgende Regelung als massgebend erklärt hat:

"Ergeben sich in einem Auflageverfahren zu einem Gestaltungsplan Änderungen, so ist dieser zum einen nur dann nochmals aufzulegen, wenn die Änderungen den verbindlichen Planinhalt wie den Gestaltungsplanperimeter oder die Baubegrenzungslinien zum

Gegenstand haben. Andere Änderungen führen nur dann zu einer zweiten Auflage, wenn sie derart einschneidende Auswirkungen auf den orientierenden Planinhalt haben, dass einer oder mehrere mit dem Gestaltungsplan verbundene Vorteile entfallen oder zumindest beeinträchtigt werden."

Allerdings hat der Regierungsrat diese dargelegte Rechtsprechung in einem weiteren Entscheid vom 22. Mai 2002 (RRB Nr. 674/2002) dahingehend präzisiert, dass bei Änderungen, die ein "Minus" darstellen und keinerlei Auswirkungen auf Dritte zeitigen (z.B. Verkleinerung eines Baubereiches), eine nochmalige Publikation entbehrlich sei (vgl. EGV-SZ 2002, Nr. C.10.1, S. 210).

Um ein solches "Minus" geht es auch im vorliegenden Fall, indem gestützt auf die Einsprache ... die nördliche Baubegrenzungslinie gegenüber dem Grundstück KTN ... etwas zurückgenommen wurde, sodass ein Mindestabstand von 3.00 m (statt 2.42 m) resultiert. Mithin werden die Eigentümer von an das Gestaltungsplanperimetergebiet anstossenden Grundstücken durch die vorliegende Änderung nicht stärker, sondern in geringerem Ausmass tangiert, weshalb nicht ersichtlich ist, dass durch den Verzicht auf eine zweite öffentliche Auflage einspracheberechtigte Dritte benachteiligt worden wären. Abgesehen davon ist die Eigentümerin vom angrenzenden Grundstück KTN ... mit der Änderung einverstanden, bzw. basiert die Änderung nachgerade auf einer entsprechenden Intervention dieser Grundeigentümerin im Einspracheverfahren.

Bei dieser Sachlage ist es zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen von einer öffentlichen Auflage der dargelegten (als "Minus" zu qualifizierenden) Änderung des Gestaltungsplans abgesehen haben. Dies gilt erst recht, als im Nutzungsplanerlassverfahren bei wesentlichen Änderungen des Entwurfs nach dem Willen des kantonalen Gesetzgebers das Auflage- und Einspracheverfahren stets zu wiederholen ist (vgl. § 26 Abs. 3 PBG), derweil bei den Verfahrensbestimmungen zum Erlass des Gestaltungsplanes keine vergleichbare Wiederholung des Auflage- und Einspracheverfahrens statuiert wird (vgl. § 30/31 PBG).

(VGE 1020/05 vom 18. Juli 2005).

8.3 Einsprachebefugnis (Gestaltungsplanänderung)

- *Gestaltungsplanänderung: Zur Einsprachebefugnis im Zusammenhang mit zu erwartenden Verkehrsimmissionen.*

B 8.3

Aus den Erwägungen:

2. Verfahrensgegenstand bildet im Wesentlichen die Frage, ob der Gemeinderat in seinem Beschluss vom 9. Januar 2004 und auch der Regierungsrat in seinem Beschluss vom 16. November 2004 zu Recht zum Ergebnis gelangten, dass den Beschwerdeführern hinsichtlich der von der Beschwerdegegnerin beantragten Änderungen an zwei rechtskräftigen Gestaltungsplänen keine Einsprachebefugnis zukommt, bzw. ob der Gemeinderat zu Recht auf die einzelnen Einsprachen der Beschwerdeführer nicht eingetreten ist. Auf diese (formelle) Thematik ist in den Erwägungen 4.1 ff. zurückzukommen.

Nicht zum Gegenstand des vorliegenden, vereinigten Verfahrens gehört die (materielle) Fragestellung, ob der Gemeinderat die beantragten Gestaltungsplanänderungen zu Recht bewilligt hat. ...

4.1 Zur Einsprache ist befugt, wer ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartut (§ 65 VRP). Im Zusammenhang mit dem Gestaltungsplan wird in § 30 Abs. 3 PBG zudem explizit erwähnt, dass zur Einsprache befugt ist, wer durch den Plan oder die Sonderbauvorschriften berührt ist und an deren Aufhebung oder Änderung ein schützwürdiges Interesse hat. Das im Einspracheverfahren geforderte Rechtsschutzinteresse deckt sich mit demjenigen im Beschwerdeverfahren (§ 37 lit. a VRP). Im letzteren Fall bedarf es zusätzlich der vorinstanzlichen Beteiligung, welche in casu jedoch unbestrittenermassen ausgewiesen ist. Die Beschwerdebefugnis ist im Übrigen bei Nutzungsplanverfahren sowie bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 103 lit. a OG) zu gewährleisten (Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG; Art. 98a Abs. 3 OG).

4.2 Nach Art. 103 lit. a OG ist zur Beschwerdeführung berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schützwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Dabei wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid mehr als jedermann betroffen ist und in einer besonderen beachtenswerten nahen Beziehung zum Streitgegenstand steht. Ein schützwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 1A.240/2002 vom 13. Mai 2003, Erw. 1.1).

4.3 Im vorliegenden Fall ist vor allem umstritten, ob die wegen der Gestaltungsplanänderung zu erwartenden Verkehrsimmissionen mit Bezug auf die Beschwerdeführer noch eine eigene, schützwürdige Betrof-

fenheit zu begründen vermögen, oder ob sich deren rechtliche Interventionen bereits als unzulässige Populärbeschwerden erweisen.

Zu dieser heiklen Abgrenzungsfrage hat das Bundesgericht in BGE 112 Ib 159, Erw. 3, festgehalten, weder der Mehrverkehr, der durch die künftigen Bewohner eines Quartierplangebietes ausgelöst würden, noch die Quartierzugehörigkeit allein vermöge ein schutzwürdiges Interesse zu begründen (siehe auch Vger-ZH in VB.2003.00304 vom 4.12.2003, Erw. 2.3). Andererseits werde aber die Beschwerdebefugnis dann weit gezogen, wenn die (mutmasslichen) Auswirkungen eines Werkes deutlich als wahrnehmbar und ohne technisch aufwendige und kostspielige Abklärungen festgestellt und von den allgemeinen Immissionen geschieden werden können. Das Bundesgericht weist speziell auf den Schiess- und Flugplatzlärm hin (BGE 110 Ib 100 Erw. 1c, bzw. BGE 104 Ib 318 E.3b).

4.4 Das Verwaltungsgericht Zürich hat mit Bezugnahme auf diese Rechtsprechung in VB.2002.00214 vom 23. Januar 2003, Erw. 2b, kasuistisch folgende Hinweise angebracht: Bejaht wurde die Beschwerdebefugnis bei zusätzlichem Lastwagenverkehr aus durchschnittlich 120 Fahrten pro Tag auf einer bis anhin nicht stark befahrenen Durchgangsstrasse (BGE 113 Ib 225 Erw. 1c) oder bei einer allgemeinen Verkehrszunahme von 23% (URP 1996, S. 342 Nr. 16). Das Gericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Erhöhung des Verkehrslärmpegels um 1dB (A), die einer Zunahme des Strassenverkehrs um 25% entspricht, wahrnehmbar stärkere Verkehrslärmimmissionen im Sinne von Art. 9 lit. LRV verursacht. Als nicht vom allgemeinen Strassenverkehr unterscheidbar und daher nicht deutlich wahrnehmbar hat die Praxis hingegen den zusätzlichen Verkehr auf einer Kantonsstrasse infolge Baus einer Autobahn und eines Halbanschlusses in 1 km Entfernung (BGE 111 Ib 290 Erw. 1b) oder den aus einer ca. 900 m entfernten Deponie resultierenden Lastwagenverkehr auf einer bereits stark befahrenen Strasse (BGE 112 Ib 154 Erw. 3) bzw. eine allgemeine Verkehrszunahme von 5-10% (RB 1985 Nr. 9 = BEZ 1985 Nr. 47) erachtet. Voraussetzung der hinreichenden Betroffenheit durch Mehrverkehr bildet jedoch stets, dass der Betroffene mit seinem Grundstück direkt an die belastete Strasse anstösst (VB.2003.00304 vom 4.12.2003, Erw. 2.2).

4.5 Stehen grossflächige Immissionen in Frage, hat das Bundesgericht erkannt, dass ein sehr weiter Kreis Betroffener zur Beschwerdeführung legitimiert sein kann, so zum Beispiel die Anwohner des Flughafens einschliesslich jener, die in der Verlängerung der Flugplatzpiste, d.h. im Bereich der An- und Abflugschneisen, wohnen. In dicht besiedelten Ge-

B 8.3

bieten kann somit grundsätzlich sehr vielen Personen die Beschwerdelegitimation zukommen, ohne dass bereits von einer Populärbeschwerde gesprochen werden müsste (BGE 1A.240/2002 vom 13. Mai 2003, Erw. 1.1 mit weiteren Zitaten).

4.6 Zu ergänzen ist, dass die nähere Erfassung noch nicht existierender, erst zukünftiger Immissionen nicht eine reine Rechtsfrage, sondern wesentlich eine Frage der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes ist (BGE 112 Ib 157, Erw. 2).

5.1 Der Regierungsrat stützt sich im angefochtenen Entscheid auf den Ergänzungsbericht vom 30. Januar 2003 zur Hauptuntersuchung (Umweltverträglichkeitsprüfung VP)(Tabelle auf S. 14, S. 18, 23), den Umweltverträglichkeitsbericht vom 18. Januar 2002 (S. 36, 65), die dargelegte Rechtsprechung und den Erfahrungssatz, dass eine Verkehrszunahme von weniger als 25% einer Zunahme des Verkehrslärms von weniger als 1 dB(A) entspricht und nicht wahrnehmbar ist (siehe auch EGV-SZ 2003, Nr. 8.7, S. 127). Er folgert daraus, dass die tägliche Zunahme an Fahrten zwischen etwa 2 und 7% liege und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei keinem der Einsprecher eine deutlich wahrnehmbare Verkehrszunahme zu erwarten sei. Es stehe fest, dass das umstrittene Vorhaben keine relevanten Auswirkungen auf die Umweltbereiche Luft und Lärm mit sich bringe. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass sich kein einziger der Einsprecher auch nur annähernd im Bereich der südlichen Zufahrt des geplanten Einkaufszentrums befinde, wo sich mehrere Erschliessungsträger bündelten.

5.2 Der Beschwerdeführer Ziff. I macht geltend, die Verkehrszunahme auf der künftigen Kernentlastungsstrasse würde bei seinem Grundstück „sicher über 10%“ liegen. Nach der UVP sei eine Zunahme von 596 Fahrzeugen (6.7%) ausgewiesen. Tatsächlich seien es aber mehr als 1000 Fahrten.

Die Beschwerdeführer Ziff. II rügen, dass der durchschnittliche Tagesverkehr des geplanten Einkaufszentrums falsch vorhergesagt werde. Es sei kaum zu erwarten, dass nur 4 Fahrzeuge am Tag einen Parkplatz des Centers benützen würden. Eine realistische Berechnung ergebe, dass der vom Obersee-Center herrührende Verkehr doppelt so gross sei wie im Ergänzungsbericht zur UVP prognostiziert werde. Die Schwelle von 10% Verkehrszunahme, welche nach Ansicht des Regierungsrates die Beschwerdebefugnis begründe, würde überschritten. Es dürfe nicht sein, dass die Bauherrschaft mit einer bestrittenen UVP auch die Beschwerdebefugnis der Einsprecher bestimmen könne.

Die Beschwerdeführerin Ziff. III wendet ein, die Verkehrszahlen, aufgrund derer der Regierungsrat die Beschwerdebefugnis verneint habe, sei willkürlich zu tief berechnet worden. Insbesondere würden im Gestaltungsplan objektiv zu wenig Parkplätze vorgesehen und das durchschnittliche tägliche Verkehrsaufkommen (DTV) werde mit einem objektiv zu tiefen spezifischen Verkehrspotential pro Kundenparkplatz der Verkaufsnutzung berechnet. Insgesamt betrage das DTV bei korrekter Berechnung das Doppelte bis Dreifache des im Ergänzungsbericht angegebenen Wertes von 2'385 Fahrten pro Tag. Das auf das Gestaltungsplanprojekt zurückzuführende durchschnittliche tägliche Verkehrsaufkommen betrage damit bei korrekter Berechnung mindestens 5'100 bis 6'600 zusätzliche Fahrten. Sie sei durch diese verkehrlichen Auswirkungen des projektierten Einkaufszentrums mehr als irgendein Dritter betroffen. Auf ihren beiden Liegenschaften werde sie durch eine deutlich wahrnehmbare und ohne technisch aufwändige und kostspielige Abklärung feststellbare Zunahme des Verkehrsaufkommens betroffen. Hinsichtlich der Kernentlastungsstrasse, welche unmittelbar an ihrer Liegenschaft vorbeiführe, weise schon der Ergänzungsbericht eine Verkehrszunahme von 13.9% aus. Bei einer korrekten Berechnung des zusätzlichen Verkehrsaufkommens betrage die durch das Obersee Center verursachte Verkehrszunahme auf der Kernentlastungsstrasse sogar 27.8% bis 41.7%.

Die Beschwerdeführerin Ziff. IV bemängelt, dass der Ergänzungsbericht vom 30. Januar 2003 dem ständig steigenden Verkehrsaufkommen keine Rechnung trage. Die vorgesehenen Parkplätze würden nicht ausreichen. Das Parkhaus des Centers werde chronisch überlastet sein und der dadurch ausgelöste Suchverkehr auf den 70 m entfernten öffentlichen Parkplatz neben ihrer Liegenschaft ausweichen, was zu einer erheblichen Mehrbelastung an Lärm- und Abgasimmissionen führen werde.

6.1 Die Beurteilung der ursprünglichen, nunmehr rechtskräftigen Gestaltungspläne "MLS 2 Obersee Center" und "MSL 2 Obersee Wohnen" durch das kantonale Amt für Umweltschutz (AFU) vom 14. Juni 2002 auf der Basis des Umweltverträglichkeitsberichtes vom 18. Januar 2002 ergab, dass das Projekt umweltverträglich ist, sofern bestimmte Vorgaben umgesetzt werden. Für die hier umstrittene Änderung der beiden Gestaltungspläne hat der Gemeinderat nach Anhörung des AFU aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Durchführung eines neuen UVP-Verfahrens abgesehen und es bei dem Ergänzungsbericht zur Hauptuntersuchung vom 30. Januar 2003 (kurz: Ergänzungsbericht) belassen.

6.2 Die Gestaltungsplanänderung hat im Wesentlichen eine Erweiterung der Ladenflächen (von ca. 5'525 m² auf ca. 9'600 m², diese und nachfolgende Klammerhinweise stammen aus dem angef. GRB vom

B 8.3

9.1.2004, S.3), der Wohnflächen (von ca. 3'744 m² auf 6'300 m² bzw. von 23 auf 39 Wohneinheiten) sowie eine Reduzierung der Büro-, Gewerbe- und Lagerflächen (von ca. 7'038 m² auf ca. ca. 3'760 m²) zur Folge, dies verbunden mit einer Erhöhung der Anzahl Parkplätze (von ca. 286 auf ca. 339). Wird im Umweltverträglichkeitsbericht vom 18. Februar 2002 das tägliche Verkehrsaufkommen (DTV) auf 2000 Fahrten angesetzt, so erhöht es sich mit der Gestaltungsplanänderung auf 2'385 Fahrten (Ergänzungsbericht, S. 13).

6.3 Das AFU hat am 21. März 2003 beantragt, die Zahl der zusätzliche Parkplätze sei auf 60 zu beschränken, bzw. auf die 20 vorgesehenen Reserveparkplätze sei zu verzichten. Ausführungen zum im Ergänzungsbericht angenommenen Verkehrsaufkommen sind in diesem Schreiben nicht enthalten.

6.4 Der Gemeinderat hat in der Folge ein Planungsbüro mit einer neutralen Beurteilung insbesondere der Aussagen im Ergänzungsbericht und der Auswirkungen auf den Verkehr beauftragt. In dieser Beurteilung vom 29. April 2003 wird u.a. festgehalten, man habe die angenommene Verkehrserzeugung mittels des Gebietsentwicklungsmodells überprüft und man beurteile die verwendeten Zahlen als plausibel. Das Parkplatzangebot wird als hoch eingeschätzt. Es werden Einsparungen vorgeschlagen oder als Alternative die Reduzierung von oberirdischen Parkplätzen im Ortszentrum oder am Rande (z.Bsp. See). Die Parkplätze im Oberseecenter sollen zudem der Öffentlichkeit zu jeder Zeit verfügbar sein und evtl. in ein vorgesehenes Parkleitsystem integriert werden. Andererseits weist die Beurteilung aber auch auf die Bedeutung der motorisierten Kunden hin. Das Obersee-Center wird als „neuer Typ der Konzentration von Grossverteilern mit weiteren Fachgeschäften, Dienstleistern und Wohnen an einer zentralörtlichen Lage in direkter Nähe zum historischen Ortszentrum“ dargestellt. Es werde die bisher abfliessende Kaufkraft an die mit dem motorisierten Individualverkehr gut erschlossenen Standorte (Seedamm-Center) zum Teil zurückholen. Auch aus der Region könnten vermehrt Kaufkraftzuflüsse erwartet werden. Unter dem Titel Empfehlungen wird das generierte Verkehrsvolumen als abwickelbar bezeichnet. Weitere Investitionen im engeren Umfeld des Obersee Centers und des Ortskerns müssten hinsichtlich Verkehrserzeugung kritisch geprüft werden. Es wird im Übrigen die Prüfung einer Bushaltestelle in der Nähe des Obersee-Centers vorgeschlagen. Die Kosten wären dem Investor zu überbinden.

Dasselbe Planungsbüro hatte in Kenntnis der eingegangenen Einsprache in einem weiteren vom Gemeinderat beauftragten Bericht vom 21. Oktober 2003 Mobilitätslösungen bzw. Massnahmen zur Steuerung

des Verkehrsaufkommens des Obersee Centers aufzuzeigen, Massnahmen also, die im Falle einer Überschreitung der prognostizierten Verkehrsmenge angewendet werden können. Es wurden nur Massnahmen vorgeschlagen, die ohne Änderung am Bauprojekt und der Erschliessung auch nach Inbetriebnahme eingeführt werden können.

6.5 Der Gemeinderat hat im hier angefochtenen Beschluss vom 9. Januar 2004 zunächst die bereits rechtskräftigen Auflagen des AFU wiederholt (z.Bsp. fixe Zählstellen für Fahrterfassung während ca. einem Jahr, Ermittlung des Modalsplits und der Herkunft der Kundschaft, Optimierung des Modalsplits durch Parkraumbewirtschaftung, Vorbehalt weitere Auflagen [z.Bsp. im Zusammenhang mit dem Massnahmeplan Luft], Anbindung des Öffentlichen Verkehrs [Typus C gemäss SSV Norm] und des Langsamverkehrs [gedeckte und abschliessbare Fahrradparkplätze]). Alsdann hat er zur Verhinderung einer Überschreitung des prognostizierten motorisierten Individualverkehrs seinen Beschluss „mit weiteren, teilweise präzisierenden Nebenbestimmungen versehen, wobei eine detaillierte Ausgestaltung im späteren Baubewilligungsverfahren zu erfolgen hat“ (S. 12, 30). Diese Grundzüge des „Massnahmesets“ betreffen die Bewirtschaftung der Kundenparkplätze, die Prüfung des Fahrtenmodells (Festlegung einer maximal zulässigen Fahrtenzahl), die Parkplatzbenützungsgebühr für Mitarbeiter, die Rechenschaftsablegung über die eingenommenen Parkplatzbenützungsgebühren, eine allfällige Teilverwendung dieses Gebührenertrages für den Betrieb des öffentlichen Verkehrs, die Erstellung einer Bushaltestelle zu Lasten des Gesuchstellers, gedeckte und gesicherte Veloabstellplätze, Anzeigtafeln mit den Abfahrtszeiten der öffentlichen Verkehrsmittel, und Verkehrsregelung in Spitzenzeiten (S. 12 f., 29 f.).

6.6 In den Gemeinden Lachen und Altendorf läuft ein Baulinienplanverfahren für eine Kernentlastungsstrasse Lachen (vgl. VGE 1071/04 vom 11. April 2005). Die Kernentlastungsstrasse Lachen ist im gemeinsamen Richtplan der Gemeinden Lachen und Altendorf vorgesehen und dient vor allem der Aufwertung des Dorfkerns durch Verkehrsentlastung. Sie wird eine Länge von ca. 1,7 km aufweisen und zur Hauptsache nördlich entlang der Bahnlinie geführt. Im Umweltverträglichkeitsbericht und Ergänzungsbericht wird die Kernentlastungsstrasse nicht als *conditio sine qua non* für die Realisierung des Einkaufszentrums qualifiziert. Die Beschwerdegegnerin räumt aber ein, dass eine Realisierung dieser Strasse die Zugänglichkeit des Einkaufszentrums fördern wird. In der Beurteilung vom 29. April 2003 des vom Gemeinderat beigezogenen Planungsbüros (siehe oben Erw. 6.4) wird ausgeführt, der Knoten Rütli (südlich Gestaltungsplanareal / Oberdorfstrasse / Bahnlinie) werde ohne Kernent-

B 8.3

lastung in der Spitzenstunde stark ausgelastet, mit Kernentlastung sehr stark. Eine weitere Verkehrszunahme im motorisierten Verkehr werde zu einer Überlastung führen.

7.1 Wenn - wie im vorliegenden Fall - das prognostizierte Verkehrsaufkommen für die Beurteilung der Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis herangezogen werden muss, diese Prognose selbst aber von den Einsprechern mit Nachdruck in Zweifel gezogen wird, so entsteht für die Rechtsanwendung ein Zielkonflikt: Die Frage des Verkehrsaufkommens und der Auswirkungen auf die Umwelt ist Sache der materiellen und nicht der formellen Beurteilung. Über die Rechtsmittelbefugnis, die im konkreten Fall auf diese Prognose abzustellen hat, ist aber vor der materiellen Beurteilung zu befinden. Wie ist das Problem zu lösen? Das Bundesgericht gibt als Leitfaden vor, dass die Auswirkungen deutlich als wahrnehmbar und ohne technisch aufwendige kostspielige Abklärungen festgestellt und von den allgemeinen Immissionen geschieden werden können. Es verlangt mithin richtigerweise nicht, dass die materielle Beurteilung vorweggenommen wird. Ausgehend von den eingereichten Unterlagen ist vielmehr das mutmassliche Verkehrsaufkommen abzuschätzen. Enthält der Umweltverträglichkeitsbericht hierüber unbestrittene Angaben, so kann ohne weiteres darauf abgestellt werden (vgl. URP 1996, S. 346). Werden diese Angaben bestritten, ist summarisch zu prüfen, ob die bestrittenen Angaben plausibel sind oder ob sie unter dem alleinigen Aspekt der Beschwerdebefugnis und ohne Vorwegnahme einer materiellen Beurteilung zu korrigieren sind.

7.2 Zugunsten der Angaben im Ergänzungsbericht spricht, dass das vom Gemeinderat beigezogene Planungsbüro die verwendeten Zahlen für plausibel hält. Allerdings fehlt zu dieser Aussage eine detaillierte Begründung, was insbesondere deshalb von besonderem Interesse wäre, weil bei den beiden rechtskräftigen Gestaltungsplänen bei erheblich kleinerer Verkaufsfläche ein nur geringfügig kleineres Verkehrsaufkommen prognostiziert war. Da keine neue Umweltverträglichkeitsprüfung verlangt wurde, fehlt im Übrigen auch eine ausführliche Beurteilung durch das AFU. Es liegt indessen auf der Hand, dass bei einem innerörtlich integrierten Einkaufszentrum ein erhebliches Reduktionspotential hinsichtlich des motorisierten Verkehrsaufkommens besteht, welches mittels Nebenbestimmungen sicherzustellen sein wird. Der Umstand allein, dass allenfalls Nebenbestimmungen die Bewilligungsfähigkeit ermöglichen, begründet dabei noch keine Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 21 N 35), es sei denn, die Nebenbestimmungen würden sich für den Nachbarn nachteilig auswirken. Für

den Zeitpunkt der Beurteilung der Einsprachebefugnis bestand und besteht jedoch zweifelsohne eine erhebliche Unsicherheit, ob und in welchem Ausmass mögliche Nebenbestimmungen bzw. Massnahmen greifen werden und ob sich das umweltschutzrechtlich ambitionöse Ziel (grosses, attraktives Verkaufsangebot bei stark reduziertem motorisiertem Individualverkehr) damit auch rechtlich und tatsächlich umsetzen lässt. Es ist gerichtsnotorisch, dass Kunden von Einkaufszentren wegen ihres aktuellen Einkaufsverhaltens (nicht tägliche, dafür grössere Einkäufe) nach wie vor und grossmehrheitlich den motorisierten Individualverkehr bevorzugen. Das heisst auf den vorliegenden Fall bezogen, dass trotz der innerörtlichen Integration des Einkaufszentrums und trotz der glaubhaften kommunalen Bemühungen, das Reduktionspotential optimal auszuschöpfen, bei im Vergleich zur Verkaufsfläche eher geringerer Anzahl von Parkplätzen deren Frequentierung (SVP = spezifisches Verkehrspotential) tendenziell eher etwas höher sein wird. Zudem steigt das Risiko von voll besetzten Parkfeldern mit entsprechendem Suchverkehr als Folgeerscheinung. So gesehen ist der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf die Mittelwerte aus dem VSS-Forschungsauftrag 7/95 „Verkehrskennwerte von Einkaufszentren“ (nachfolgend „Verkehrskennwerte EZ“) betreffend Einfahrten pro Parkplatz und Stunde nur teilweise vergleichbar. Die dort erwähnten Einkaufszentren haben gemäss denselben Forschungsergebnissen eine höhere Anzahl von Parkplätzen verfügbar (4.8 bis 8.8 pro 100m², statt nur 2.32 im vorliegenden Fall gemäss Darstellung der Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung vom 23. Februar 2005, S. 9). Zudem stützt sich die Berechnung der Beschwerdegegnerin nicht auf den sog. massgebenden Tag ab (vgl. dazu auch zit. Verkehrskennwerte EZ, Ziff. 6.2, S. 27 ff.).

Aus all diesen Gründen erachtet es das Gericht für angemessen, das tägliche Verkehrsaufkommen (DTV) bei 3000 statt nur 2'385 Fahrten anzusetzen, was im Vergleich zum prognostizierten DTV der beiden rechtskräftigen Gestaltungspläne eine Erhöhung von 50% statt bloss 20% bedeutet (siehe oben Erw. 6.2). Eine weitergehende Erhöhung ist im vorliegenden Zusammenhang mehr spekulativ denn sachlich begründbar, zumal die Begrenzung des motorisierten Individualverkehrs bei Einkaufszentren heute mehr denn je verlangt wird (vgl. BGE 1A.144/2003 vom 4. Januar 2005 i.Sa. Gestaltungsplan Seedamm-Center Pfäffikon, Erw. 3.2.1 ff.).

7.3 Bei dieser Ausgangslage ergeben sich auf der Basis der Berechnungen im Ergänzungsbericht (S. 14, Ziff. 3.2.3 Umlegung des Verkehrsaufkommens) folgende mutmasslichen Verkehrsaufkommen (ohne Kernentlastungsstrasse):

- *St. Gallerstrasse Ost a (...)*

B 8.3

Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) erhöht sich das Verkehrsaufkommen um 357 Fahrten bzw. 7.2%. Bei einem DTV von 3000 Fahrten entspricht dies 450 Fahrten bzw. 9.1%. Ein schutzwürdiges Interesse ist hier klar zu verneinen, zumal die fragliche Liegenschaft ca. 40 m von der St. Gallerstrasse entfernt ist (siehe oben Erw. 4.4 in fine).

- *St. Gallerstrasse West a (...)*

Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) erhöht sich das Verkehrsaufkommen um 95 Fahrten bzw. 1.9%. Bei einem DTV von 3000 Fahrten entspricht dies insgesamt 120 bzw. 2.5%. Ein schutzwürdiges Interesse ist hier klar zu verneinen.

- *Seidenstrasse (...)*

Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) erhöht sich das Verkehrsaufkommen um 72 Fahrten bzw. 2%. Bei einem DTV von 3000 Fahrten entspricht dies 91 Fahrten bzw. 2.6%. Ein schutzwürdiges Interesse ist hier klar zu verneinen, zumal die fragliche Liegenschaft knapp 20 m von der Seidenstrasse entfernt ist (siehe oben Erw. 4.4 in fine).

- *Marktstrasse Nord (...)*

Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) erhöht sich das Verkehrsaufkommen um 263 Fahrten bzw. 7.1%. Bei einem DTV von 3000 Fahrten entspricht dies 331 Fahrten bzw. 8.9%. Ein schutzwürdiges Interesse ist hier zu verneinen.

- *Zürcherstrasse a (...)*

Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) erhöht sich das Verkehrsaufkommen um 621 Fahrten bzw. 5.8%. Bei einem DTV von 3000 Fahrten entspricht dies 781 Fahrten bzw. 7.3%. Ein schutzwürdiges Interesse ist hier zu verneinen, zumal die fragliche Liegenschaft nicht ganz 30 m von der Zürcherstrasse entfernt ist (siehe oben Erw. 4.4 in fine).

- Die *Liegenschaft des Beschwerdeführers Ziff. II.1* befindet sich unbestrittenermassen an keiner Zufahrtsachse zum Einkaufscenter. Sie liegt ca. 60 m vom ... entfernt, welcher Strassenbereich, wie oben dargelegt keinen Mehrverkehr über 10% aufweist.

Anzufügen ist, dass mit den oben berücksichtigten Parametern (DTV 3000) nach Massgabe der Berechnungsweise gemäss S. 13 des Ergänzungsberichts zur Hauptuntersuchung mindestens 10 Fahrten pro Parkplatz und Tag (bzw. 5 Ein- und 5 Ausfahrten pro PP, welche gewerblichen Zwecken bzw. dem Nichtwohnbereich dienen) abgedeckt werden. Was den sinngemässen Einwand anbelangt, wonach im Gestaltungsplanänderungsvorhaben mit einer zu niedrigen Anzahl Kundenparkplätze gerechnet worden sei, ist zum einen zu berücksichtigen, dass das Amt für Umweltschutz empfohlen hat, auf 20 Reserveparkplätze zu verzichten und die zusätzliche Anzahl auf 60 Parkplätze zu beschränken (vgl.

Mitbericht AFU vom 20. Febr. 2003). Zum ändern hat die Beschwerdegegnerin im Einspracheverfahren einen Vergleich abgeschlossen, gemäss welchem sich die Bauherrschaft bereit erklärt hat, auf 20 Reserveparkplätze zu verzichten, so dass die Parkplatzzahl im Zusammenhang mit der Gestaltungsplanänderung statt um 80 nur um 60 Plätze erhöht wird (vgl. GRB vom 9. Jan. 2004, S.15). Diese Festlegung auf 60 Zusatzplätze und der darin enthaltene Verzicht auf zusätzliche Abstellplätze ist im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (betreffend Seedammcenter Pfäffikon, vgl. oben) als Faktum (bzw. als oberer Grenzwert) hinzunehmen. Dabei wird es grundsätzlich nicht in Frage kommen, die für das Gestaltungsplanänderungsvorhaben als Obergrenze geltenden 60 Zusatzplätze im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zu erhöhen.

7.4 Nach diesen Ausführungen ist davon auszugehen, dass aufgrund des prognostizierten Mehrverkehrs auf dem bestehenden Strassennetz keine der beschwerdeführenden Parteien einsprachebefugt ist. Dies umso mehr, als hinsichtlich der Lärmimmissionen sogar erst bei einer Strassenverkehrszunahme von 25 % von einer wahrnehmbaren Erhöhung des Strassenlärms auszugehen ist (siehe oben Erw. 4.4/ 5.1).

8. In der Folge ist zu prüfen, ob die Beschwerdebefugnis aus anderen Gründen zu bejahen ist.

8.1.1 Die Beschwerdeführer Ziff. I und III berufen sich auf die vorgesehene Kernentlastungsstrasse Lachen, welche ihre Liegenschaften tangieren würde. Beim Beschwerdeführer Ziff. I ist es indes nicht in erster Linie GB ..., sondern das ebenfalls ihm gehörende Gewerbeareal GB ... und GB ... (...). Bei der Beschwerdeführerin Ziff. III wäre die Baurechtsliegenschaft GB ... betroffen.

8.1.2 Gemäss Ergänzungsbericht (DTV 2385) würde sich beim Beschwerdeführer Ziff. I das Verkehrsaufkommen wegen des Einkaufszentrums um 596 Fahrten bzw. 6.8% erhöhen (vgl. zit. Ergänzungsbericht, S.14, Angaben aus Zeile Kernentlastung West abgeleitet). Bei einem DTV von 3000 Fahrten (siehe oben Erw. 7.2) entspräche dies 750 Fahrten bzw. 8.5%. Bei der Beschwerdeführerin Ziff. III wären es statt 358 Fahrten bzw. 13.9 % 450 Fahrten bzw. 17.5% (vgl. zit. Ergänzungsbericht, S.14, Angaben aus Zeile Kernentlastung Ost abgeleitet). Aufgrund dieser Berechnung müsste deshalb das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers Ziff. I verneint, dasjenige der Beschwerdeführerin Ziff. III bejaht werden.

B 8.3

8.1.3 Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich indes die Frage, ob eine sich allenfalls später einstellende Situation überhaupt ein Rechtsschutzinteresse zu begründen vermag. In casu kann man nämlich höchstens von einer in der Zukunft liegenden und bloss möglichen Beziehungsnähe sprechen. Ob und wann die Kernentlastungsstrasse realisiert wird, kann im heutigen Zeitpunkt nicht gesagt werden. Dies genügt zur Begründung eines schutzwürdigen aktuellen Interesses jedoch nicht. Die Ausgangslage ist ähnlich wie beim nicht beschwerdebefugten Vorkaufsberechtigten (BEZ 2002 Nr. 48 = VGer ZH VB.2002.00049 vom 19. Juni 2002). Die Beschwerdeführer haben hingegen die Möglichkeit, ihre Interessen in den die Kernentlastungsstrasse betreffenden Verfahren zu wahren. Der Umstand, dass der aus dem projektierten Einkaufszentrum entstehende Mehrverkehr in jenen Verfahren nur indirekt im Zusammenhang mit der Umweltverträglichkeit des Strassenprojektes (und nicht auf das Einkaufszentrum fokussiert) zu beurteilen sein wird, ändert vorliegend nichts.

8.2.1 Die Beschwerdeführer Ziff. II begründen ihre Einsprachebefugnis auch aus der Konkurrenzsituation heraus. Der Beschwerdeführer Ziff. II.1 besitzt eine ..., der Beschwerdeführer Ziff. II.2 ist Eigentümer und Verpächter einer Beide Geschäfte befinden sich im Dorfkern von Lachen. Das blosse Konkurrenzverhältnis vermag indes die Rechtsmittelbefugnis nicht zu begründen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 42 zu § 21).

8.2.2 Die Beschwerdeführer Ziff. II verweisen zusätzlich auf Art. 14 Abs. 2 des kommunalen Planungs- und Baureglementes (PBR), welche Bestimmung nach ihrer Ansicht durch die Änderung des Gestaltungsplanes missachtet werde, weil einem der beiden vorgesehenen Grossverteiler eine Verkaufsfläche von über 2'000 m² zur Verfügung gestellt werde. Diese fragliche Bestimmung bezieht sich auf Arealüberbauungen (= zusammenhängende Überbauungen von mehr als 3'000 m² anrechenbarer Landfläche), wobei für Grossverteiler und Warenhäuser vorgesehene, zusammenhängende Verkaufsflächen 2'000 m² nicht überschreiten dürfen.

8.2.3 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es für die Zulässigkeit einer Konkurrentenbeschwerde einer spezifischen, qualifizierten Beziehungsnähe etwa durch eine spezielle wirtschaftsverwaltungsrechtliche Zulassungs- oder Kontingentierungsordnung, welcher die Konkurrenten gemeinsam unterworfen sind (BGE 123 II 382, Erw. 5 b/aa).

8.2.4 Die Beschwerdeführer Ziff. II machen geltend, der Hauptzweck der Norm sei, dass kleinere und mittlere Verkaufsgeschäfte nicht von einem Grossverteiler erdrückt werden und so die „Kleinräumigkeit“ des örtlichen Gewerbes bewahrt werde. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin Ziff. III in ihren materiellen Ausführungen auf den Standpunkt, dass die fragliche Bestimmung „nicht im geringsten einen gewerbepolitischen Hintergrund“ habe. Es sei vielmehr um planerische Absichten gegangen.

8.2.5 Im jetzigen Stadium des Gestaltungsplanverfahrens wird nicht verbindlich festgestellt, in welchem Ausmass einzelne Grossverteiler Ladenflächen nutzen werden. Dies wird Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens sein. In den Sondervorschriften ist zudem keine Ausnahme von Art. 14 Abs. 2 PBR stipuliert (Art. 11 Sonderbauvorschriften), wobei zu erwähnen ist, dass eine solche Ausnahmemöglichkeit in Art. 28 PBR nicht vorgesehen ist. Auch dieser Umstand hat mithin zur Folge, dass die Anwendung der fraglichen Vorschrift uneingeschränkt im Baubewilligungsverfahren zu prüfen sein wird. Ist somit Art. 14 Abs. 2 PBR nicht Gegenstand des Gestaltungsplanverfahrens, fehlt es zum vornherein an der erforderlichen spezifischen Beziehungsnähe. Ob sie überhaupt im Lichte von Art. 14 Abs. 2 PBR gegeben wäre, kann somit im jetzigen Zeitpunkt offen bleiben.

8.3 Auch die weiteren Einwände vermögen keine Einsprachebefugnis zu begründen. So insbesondere auch die mögliche Verkehrsüberlastung in Spitzenzeiten beim Kreisel Rütli nicht. Die beschwerdeführerischen Liegenschaften liegen ca. 200 m bis über 600 m (Luftlinie) vom Kreisel entfernt und sind von allfälligen Verkehrsüberlastungen nicht unmittelbar als Anstösser betroffen. Der Umstand, dass allenfalls Nebenbestimmungen zur Reduktion und/oder Lenkung des motorisierten Verkehrs erforderlich sein werden, lässt nicht auf ein Rechtsschutzinteresse schliessen (siehe oben Erw. 7.2). Die von der Beschwerdeführerin Ziff. III behauptete erschwerte Zugänglichkeit ihrer Liegenschaften rechtfertigt die Rechtsmittelbefugnis ebenfalls nicht. Die blossе Strassenbenützung vermag noch keine besonders nahe Beziehung zum Streitgegenstand zu schaffen (VGer ZH VB.2003.00304 vom 4.12.2003, Erw. 2.3). Unbehelplich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin Ziff. IV auf die Auswirkungen in der Bauphase (Verkehr, Lärm, Luft). Zum einen handelt es sich nur um vorübergehende Belastungen, womit ein Vergleich mit dauernden oder langjährigen Auswirkungen nicht statthaft ist. Zum anderen ist die Liegenschaft zwar in der Luftlinie nur 60 m und mehr vom Gestaltungsplanareal entfernt. Dazwischen liegt jedoch überbautes Gebiet. Zudem ist die Seidenstrasse, an der sich die Liegenschaft ca. 20 m

B 8.3

zurückversetzt befindet, von der Linienführung und Situierung her für den Bauverkehr offensichtlich nicht erste Wahl. Abgesehen davon, wird es Sache der Bewilligungsbehörde sein, mittels Nebenbestimmungen eine ordnungsgemässe und rechtsgenügende Bauabwicklung zu gewährleisten. Aufgrund der Grundstückssituierung ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführerin Ziff. IV hinsichtlich Einordnung und Aussicht eine besondere Beziehungsnähe zukommen sollte, zumal sich das vorliegende Gestaltungsplanvorhaben hinsichtlich Höhe und Volumen im Vergleich zu den beiden bereits genehmigten, rechtskräftigen Gestaltungsplänen nur unwesentlich verändert.

Was schliesslich die Frequentierung des öffentlichen Parkplatzes Seidenstrasse durch Besucher des Einkaufszentrums anbelangt, so gilt zu berücksichtigen, dass die Verkehrszunahme mit 91 Fahrten bzw. 2.6% auf der Seidenstrasse sehr tief ist (siehe oben Erw. 7.3). Selbst wenn deshalb mit Blick auf diesen öffentlichen Parkplatz eine höhere Verkehrszunahme anzunehmen wäre, so würde sie immer noch weniger als 10% ausmachen (z. Bsp. bei 300 Fahrten [= mehr als das Dreifache] = 8.6 %). Analoges gilt schliesslich auch für den sinngemässen Einwand in der Beschwerde 1068/04, wonach die Erstellung von zu wenig Parkplätzen zu weiteren verkehrlichen Auswirkungen im Zentrum von Lachen im Sinne von Parkplatzsuchverkehr bzw. zu einer erschwerten Zugänglichkeit der eigenen Liegenschaft (an der ...) führen würde. Auch diesbezüglich ist zu beachten, dass die veranschlagte Verkehrszunahme mit 120 Fahrten bzw. 2.5% im betreffenden Abschnitt der St. Gallerstrasse verhältnismässig tief ist (vgl. oben Erw. 7.3). Selbst wenn eine höhere Verkehrszunahme anzunehmen wäre, ist auch hier davon auszugehen, dass sie weniger als 10 % ausmachen wird.

9. Aus all diesen Gründen ist die regierungsrätliche Feststellung im angefochtenen RRB, wonach der Gemeinderat die Einsprachebefugnis der vorliegend Beschwerde führenden Grundeigentümer zu Recht verneint hat und folgerichtig auf deren Einsprachen nicht eingetreten ist, zusammenfassend nicht zu beanstanden.

(VGE 1066 - 1069/04 vom 28. April 2005. Die gegen diesen Entscheid erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerden hat das Bundesgericht mit Urteil 1A.148/2005, 1A.152/2005, 1A.154.2005 und 1A.156/2005 vom 20. Dezember 2005 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

8.4 Baulinienplan

- *Baulinienplan „Kernentlastungsstrasse Lachen“*
- *Zuständigkeit (Erw. 2/3).*
- *Umweltverträglichkeitsprüfung: Projektgenehmigungsverfahren als massgebendes Verfahren. Prima-facie-Prüfung bei der Beurteilung des Baulinienplanes (Erw. 4).*
- *Kein unzulässiges Bauverbot (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Kantonale und kommunale Strassen sind im Nutzungsplanverfahren zu planen (§ 13 Strassenverordnung, StrV, SRSZ 442.110), wobei Hauptstrassen der Planungshoheit des Kantons und die restlichen Strassen der Planungshoheit der Gemeinde unterstehen (§ 12 StrV).

Der Strassenabstand mit Baulinien wird ebenfalls im Nutzungsplanverfahren nach PBG oder subsidiär im Projektgenehmigungsverfahren festgelegt (§ 40 StrV). Der Regierungsrat hält zutreffend fest, dass Baulinien sich als Bauverbote auswirken und sie nur zulässig sind, wenn eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes öffentliches Interesse gegeben sind und das Verhältnismässigkeitsgebot eingehalten wird. Bestehende Bauten und Anlagen innerhalb der Strassenabstände oder besonderer Baulinien dürfen unterhalten und zeitgemäss erneuert werden (§ 45 Abs. 1 StrV).

Das Projektgenehmigungsverfahren ersetzt das Baubewilligungsverfahren nach PBG und ist das für die Umweltverträglichkeitsprüfung massgebliche Verfahren. Alle für das Bauprojekt erforderlichen Bewilligungen sind in diesem Verfahren einzuholen (§ 15 StrV).

3. Die Beschwerdeführerin, deren Baurechtsliegenschaft KTN ... am östlichen Teil der geplanten Kernentlastungsstrasse liegt, bemängelt, dass die Baulinie des Abschnittes Churerstrasse Altendorf bis Kreisel Rütli (westlicher Teil der Kernentlastungsstrasse) nicht vom Kanton festgesetzt werde. Der Gemeinderat Lachen gehe davon aus, dass der westliche Teil eine Kantonsstrasse werde. Die Hauptstrassen würden jedoch der Planungshoheit des Kantons mithin der kantonalen Nutzungsplanung unterstehen.

3.1 Der Regierungsrat räumte in seinem Entscheid ein, dass der Kanton grundsätzlich die Hauptstrassen zu planen habe. Vorliegend sei jedoch aus Praktikabilitätsgründen ein anderes Vorgehen gewählt worden, welches ebenfalls rechtmässig sei. Er führte dann wörtlich aus:

B 8.4

"Gemäss Richtplan der Gemeinde Lachen und Altendorf sollen die Zürcherstrasse und die Herrengasse sowie Teile der Marktstrasse und der Oberdorfstrasse von Haupt- zu Sammelstrassen abklassiert werden. Hingegen ist die Kernentlastungsstrasse als neue Hauptverbindungsstrasse vorgesehen. Die neue Strasse soll der-einst als Hauptstrasse dem Kanton abgetreten werden, andererseits übernehmen die Gemeinden die Abschnitte der bisherigen Hauptstrasse Nr. 3 innerhalb der Kernentlastungsstrasse (vgl. Anhang 2 des Erläuterungsberichts zum Richtplan, S. 2). Demnach beabsichtigen die Gemeinde Lachen und Altendorf, eine Kernentlastungsstrasse zu erstellen, die eine Minderbelastung der heutigen Hauptachse zur Folge haben wird. Die neue Kernentlastungsstrasse wird dadurch an Stelle der bisherigen Hauptstrasse zur massgeblichen Strasse mit Durchgangsfunktion von kantonaler bzw. interkantonalen Bedeutung gemäss § 5 Abs. 1 StrV. Der Kanton plant diese neue Hauptstrasse jedoch nicht selber; vielmehr ist nach Erstellung der Strasse eine Änderung der Trägerschaft gemäss § 9 StrV vorgesehen. Ein solches Vorgehen ist vertretbar angesichts des Koordinationsbedarfs, der bei Projekten wie dem vorliegenden entsteht."

3.2 Vorab ist festzuhalten, dass im kantonalen Richtplan, welcher vom Regierungsrat am 11. Juni 2002 und 30. April 2003 verabschiedet, vom Kantonsrat am 28. Mai 2003 zur Kenntnis genommen und vom Bundesrat am 20. Oktober 2004 unter Vorbehalten genehmigt wurde, eine teilweise Verlegung der Kantonsstrasse auf die vom Gemeinderat Lachen angestrebte Kernentlastungsstrasse kartographisch nicht vorgesehen ist. Dieses Vorhaben wird auch in den Grundsätzen, Beschlüssen und Grundlagen des kantonalen Richtplanes nicht explizit erwähnt. Es wird jedoch im Sinne einer „Festsetzung“ unter Ziffer A-1.2 (Allgemeines, Vorgesehene Schwerpunkte) für den Raum Ausserschwyz (inkl. Region Einsiedeln) generell beschlossen, dass - da die Siedlungsentwicklung zunehmend von Problemen des überörtlichen Verkehrs beeinträchtigt wird - die vom Kanton und den Gemeinwesen angestrebten Einzelmassnahmen (Ortsumfahrungen, Luftreinhaltung, Lärmschutz) gesamthaft zu überprüfen sind, um die Standortvoraussetzungen und die Kosten der weiteren Siedlungsentwicklung konkurrenzfähig zu halten. Im Weiteren wurde im Sinne einer „Vororientierung“ in den Richtplan aufgenommen, dass verschiedene Gemeinden im Rahmen des behördlichen Mitwirkungsverfahrens Begehren um Autobahnanschlüsse und Ortsumfahrungen stellten (V-3), welche im Rahmen des Schwerpunktprogrammes (A-1.2) einer gesamthaften Überprüfung zu unterziehen sind. Das weitere Vorgehen ist alsdann in Zusammenarbeit mit den betroffenen Gemeinden im Richtplan festzulegen (V- 3.3). Als der hier umstrittene Baulinienplan von der Erstinstanz aufgelegt wurde (Februar 2003), waren mithin die richtpla-

nerischen Vorgaben des Kantons noch wenig verbindlich und insbesondere nicht objekt- bzw. projektbezogen. Ob zwischenzeitlich die gesamthafte Überprüfung im Rahmen des Schwerpunktprogrammes stattgefunden hat, ergibt sich aus den Akten nicht.

3.3 Die Gemeinderäte von Lachen und Altendorf haben am 21. Februar bzw. 7. März 2003, also praktisch gleichzeitig mit der öffentlichen Auflage des hier umstrittenen Baulinienplanes, einen gemeinsamen kommunalen Richtplan erlassen. Der Regierungsrat hat den Richtplan mit RRB Nr. 1384 vom 21. Oktober 2003 genehmigt.

3.3.1 Dem Erläuterungsbericht zu diesem Richtplan ist zu entnehmen, dass

- auf den damaligen Entwurf des zu überarbeitenden kantonalen Richtplanes (1999) Bezug genommen wird (S. 13 ff.),
- beide Gemeinden den Kanton ersuchten, im kantonalen Richtplan die „Kernentlastung Lachen“ und die „Verkehrsverbindung Spreitenbach“ mit Linienführung, Beschreibung, Verfahrensstand, Kosten und voraussichtlichen Terminen als Zwischenergebnis in den Richtplan aufzunehmen (S. 16), welchem Ansinnen der Regierungsrat in der gewünschten Form indes nicht nachkam (siehe oben Erw. 3.2),
- als Zielsetzung u.a. die Planung und Realisierung von Infrastrukturanlagen aufeinander abgestimmt und nach Möglichkeit gemeinsam angegangen werden, sowie das schutzwürdige Ortsbild von Lachen erhalten, erneuert und vom Verkehr entlastet werden soll (S. 17),
- beim Verkehr die Neuordnung des übergeordneten Strassennetzes mit u.a. der Kernentlastung Lachen im Vordergrund steht (S. 19),
- der Dorfkern von Lachen von der Hauptstrasse Nr. 3 (Pfäffikon-Näfels) und der Hauptstrasse Lachen-Tuggen durchfahren und mit starkem Verkehr belastet wird, was zusehends zu einem Attraktivitätsverlust des Dorfkerns von Lachen als Einkaufs- und Wohnort führt (S. 20),
- für die Aufwertung des Dorfkerns u.a. die Kernentlastungsstrasse Lachen (neue Verbindung St.Gallerstrasse - Oberdorfstrasse - Bahnhofareal - Sagenriet - Sägerei Risi - Zürcherstrasse / Objektblatt 3.01) vorgesehen ist,
- gemäss diesem Objektblatt Nr. 3.01
 - unter Hinweis auf § 13 Abs. 2 StrV der Gemeinderat Lachen federführend ist,
 - unter Mitbeteiligung des Regierungsrates im Rahmen des Kantonalen Richtplanes, des kantonalen Baudepartementes (Strassenbauprogramm) und des Gemeinderates Altendorf,
 - bei im Jahr 2001 geschätzten Kosten von Fr. 24 Mio (+ Fr. 7 Mio für die Unterführungen Sagenriet, Bahnhof, Oberdorfstrasse),

B 8.4

- bei einer Kostenteilung zwischen dem Kanton Schwyz und der Gemeinde Lachen und demzufolge einer Mittelbeschaffung durch Verpflichtungskredite des Kantonsrates und der Gemeinde Lachen,
- einer vollständig oberirdischen Strassenführung.

3.3.2 Im kommunalen Richtplan wird alsdann das Richtplanobjekt Nr. 3.01 (Kernentlastungsstrasse Lachen) kartographisch festgehalten.

3.3.3 Im Rahmen des Informations- und Mitwirkungsverfahrens zum gemeinsamen kommunalen Richtplan und zum Baulinienplan Kernentlastungsstrasse Lachen wurde der Bevölkerung der Gemeinden Lachen und Altendorf eine Broschüre zugestellt (Oktober 2001)(Anhang 2 zum Erläuterungsbericht), worin u.a. ausgeführt wird, dass

- die Kernentlastungsstrasse dereinst dem Kanton abgetreten werden solle, während die Gemeinden die bisherigen Hauptstrassen innerhalb der Kernentlastungsstrasse (Zürcherstrasse, Marktstrasse, St. Gallerstrasse und Oberdorfstrasse) übernehmen (S. 2),
- die Modellberechnungen des beigezogenen Planungsbüros folgende Verkehrsbelastungen aufzeigen (S. 9):
 - die Kernentlastungsstrasse wird den Dorfkern von Lachen deutlich entlasten,
 - die Kernentlastungsstrasse wird im Bereich des Bahnhofs mit ca. 8000 Fz/Tag belastet sein,
 - die Belastung Oberdorfstrasse bis Anschluss St. Gallerstrasse wird ca. 2'500 Fz/Tag betragen,
 - mit der Kernentlastung wird die Oberdorfstrasse (Bereich Vordere Bahnhofstrasse) um ca. 45% und die Zürcherstrasse (Bereich Weberwiese) um ca. 80% entlastet,
- das generelle Projekt eine oberirdische Linienführung mit einer Länge von ca. 1.7 km umfasst und so ausgearbeitet ist, dass die Machbarkeit und die Auswirkung geprüft werden könne (S. 10 f. mit planerischer Darstellung des generellen Projekts),
- die Lärmimmissionen deutlich kleiner sein werden als bei der heutigen Strassenführung; in weiten Bereichen die neue Kernentlastungsstrasse entlang der SBB-Gleise verläuft, womit zwei Lärmverursacher zusammengefasst werden können und zudem sich entlang der Kernentlastungsstrasse deutlich weniger lärmempfindliche Räume befinden (S. 11),
- die wesentlichen Vorteile der Kernentlastungsstrasse sind (S. 11):
 - die Verkehrsentslastung des Dorfkerns Lachen,
 - die Zusammenfassung von zwei Verkehrsträgern/Lärmquellen (Bahn und Strasse),
 - die Reduktion der Umweltbelastung,

- die Reduktion von Schleichverkehr in Wohngebieten (Neuheim, Breiten, Steinegg).

3.3.4 Dem Bericht der beiden Gemeinderäte vom 4. bzw. 12. Juli 2002 zu den Einwendungen im Rahmen des Informations- und Mitwirkungsverfahrens kann man u.a. entnehmen, dass

- mit dem Baudepartement Verhandlungen laufen und eine Vereinbarung mit dem Regierungsrat angestrebt wird, in der Ablauf, Planungsverantwortlichkeiten und Kostenteiler festgelegt werden (S. 5),
- es sich bei der Kernentlastungsstrasse um eine künftige Kantonsstrasse handelt (S. 10),
- die Idee einer Kernentlastungsstrasse respektive einer Umfahrungsstrasse von Lachen schon alt ist und es sich im Moment um ein Vorprojekt (Gesamtidee) handelt (S. 12),
- mit einer weitergehenden Dorfumfahrung die Zielsetzung der Dorfkernentlastung nicht erreicht wird (S. 3),
- eine erweiterte Variante der Linienführung Kernentlastung Ost entlang der Bahnlinie bis St. Gallerstrasse sowie einen neuen Autobahnanschluss im Bereich Türstenhof/Feldmoos östlich A3 aus Kostengründen und aufgrund der geringen Verkehrsbelastung nicht weiter verfolgt wurde,
- im Bereich Ost verschiedene alternative Linienführungen („Alternative Ost“ und „alternative Glärnischstrasse“) vorgeschlagen wurden, welche durch das Planungsbüro in das Verkehrsmodell eingegeben und überprüft wurden mit dem Fazit, dass es sich aus der Sicht der Verkehrsmengen um Alternativen handelt, die „Alternative Ost“ mit der Untertunnelung der Bahnlinie jedoch relativ grosse Kosten verursacht und bei der „Alternative Glärnischstrasse“ sich insbesondere die Frage nach der technischen Machbarkeit des Knotens Oberdorfstrasse-Glärnischstrasse“ stellt (S. 13),
- drei Einwendungen anstelle der Neugestaltung des Autobahnanschlusses an die A3, der Kernentlastungsstrasse Lachen und der Verkehrsverbindung Spreitenbach eine Dorfumfahrung mit der Linienführung Hirschen - Brüggli - neue Unterführung A3 - Breitenstrasse - Spreitenbach - neuer Anschluss A3 im Gebiet Türstenhof verlangten, wozu die Gutachter was folgt festhielten (S. 20):

"Durch die weiter ausserhalb des Zentrums verlaufende Umfahrungsstrasse wird weniger Ziel-/Quellverkehr aufgenommen. Somit sind sowohl die Belastungen der Umfahrung als auch die Entlastungswirkung im Zentrum geringer gegenüber den Varianten mit einer Kernentlastung. Zudem bewirkt die Verlagerung der Ausfahrt aus Richtung Zürich, dass zusätzlicher Verkehr von der Autobahn auf die Kantonsstrasse verlagert wird.

B 8.4

Die Entlastung des Zentrums ist wesentlich geringer als bei den Varianten mit Kernentlastung. Die Entlastung auf der Zürcherstrasse liegt bei 42 % gegenüber dem Ist-Zustand (Kernentlastungsvarianten: mehr als 80%), auf der Oberdorfstrasse im Dorfzentrum bei 31% (Kernentlastungsvariante: mehr als 40%)."

- im Rahmen der Verkehrserhebung 2000 auch der Ziel-, Quell- und Binnenverkehr (d.h. hausgemachter Verkehr) ausgewertet wurde und diese Anteile beachtlich sind (S. 20),
- das Verkehrskonzept vorsieht, dass neben dem Durchgangsverkehr auch ein grosser Anteil an Ziel-, Quell- und Binnenverkehr auf die Kernentlastungsstrasse umgelagert wird (S. 21),
- der Verkehr aus Richtung Wangen werde durch die Kernentlastungsstrasse Ost, welche ausschliesslich durch Gewerbe- und Industriegebiet verläuft, aufgenommen und am Kern vorbeigeführt (S. 14).

3.3.5 Den Ausführungen im angefochtenen Gemeinderatsbeschluss vom 12. Dezember 2003 ist zu entnehmen, dass die Grundlagenarbeiten bis in die späten 80er Jahre zurück reichen. Ursprünglich war eine Untertunnelung im Bereich Bahnhofplatz in Betracht gezogen worden, welche man aber aus Kostengründen fallen liess. Mitte der 90er Jahre wurde die heutige oberirdische Linienführung entlang der Bahnlinie konzipiert, welche nach Darstellung des Gemeinderates baulich und finanziell realisierbar ist. Ferner weist der Gemeinderat auf die vorgesehenen flankierenden Massnahmen zur Aufwertung des schützenswerten, im ISOS-Inventar enthaltenen Dorfkerns hin und betont, dass die Kernentlastungsstrasse eine Alternative zur heutigen Ortsdurchfahrt darstellt.

3.3.6 In den gemeinderätlichen Beschwerdevernehmlassungen wird darauf hingewiesen, dass eine neue Umfahrungsstrasse Autobahnanschluss Lachen zur Industriezone in Altendorf nicht den gleichen Zweck wie die Kernentlastungsstrasse verfolge (Umfahrung von Lachen statt Entlastung des Dorfkerns Lachen).

3.4 Aufgrund dieser Vorgeschichte ist davon auszugehen, dass der Kanton bzw. der Regierungsrat seine Position in Sachen Kernentlastungsstrasse Lachen noch nicht festgelegt hat. Grundsätzliche Einwände gegen dieses Vorhaben, die auf eine wahrscheinliche Nichtrealisierung schliessen lassen, sind indes nicht auszumachen. Bei dieser Ausgangslage ist es deshalb sinnvoll und rechtlich vertretbar, wenn in Analogie zur Richtplanung die Gemeinderäte von Lachen und Altendorf für die Festlegung der Baulinien im Rahmen der kommunalen Nutzungsplanung federführend sind. Dies umso mehr, als mit der Kernentlastungsstrasse nicht nur die Verlegung des Durchgangsverkehrs (§ 5 Abs. 1 StrV), sondern

auch des erheblichen „hausgemachten“ Verkehrs (Ziel- und Quellverkehr) angestrebt wird. Es handelt sich mithin nicht um eine eigentliche Ortsumfahrung. Allein von der Linienführung her wäre die Realisierung auch ohne kantonale Beteiligung vorstellbar, wenngleich eine Kernentlastung ohne (teilweise) Abklassierung der bisherigen Kantonsstrasse keinen Sinn macht. Das gewählte auf die Gemeindeebene beschränkte Verfahren erlaubt ferner ein ökonomisches und koordiniertes Vorgehen. Darin ist keine Gesetzesumgehung zu erblicken. Die Verfahrens- und demokratischen Rechte der tangierten Grundeigentümer und Anstösser sowie der Bevölkerung sind gewährleistet (§ 25 ff. PBG). Der Kanton wiederum kann über das Genehmigungs- und Aufsichtsrecht einschreiten, falls die Koordination mit den kantonalen Anliegen nicht optimal verlaufen sollte (§ 28 PBG; § 53 KV).

...

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, im vorliegenden Verfahren hätte zumindest teilweise eine Umweltverträglichkeitsprüfung stattfinden müssen. Soweit die Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz (SRSZ 711.111, USG-VV) Gegenteiliges zulasse, sei diese bundesrechtswidrig. Auch seien die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht erfüllt und ungeprüft geblieben. Ferner sei die Koordinationspflicht (Art. 25a RPG) nicht eingehalten worden.

4.1 Bevor eine Behörde über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen entscheidet, welche die Umwelt erheblich belasten können, prüft sie möglichst frühzeitig die Umweltverträglichkeit (Art. 9 Abs. 1 USG). Die Prüfung wird von der Behörde durchgeführt, die im Rahmen eines Bewilligungs-, Genehmigungs- oder Konzessionsverfahrens über das Projekt entscheidet (Art. 5 Abs. 1 UVPV). Das für die Prüfung massgebliche Verfahren wird im Anhang zur UVPV oder im kantonalen Recht bestimmt (Art. 5 Abs. 2 und 3 UVPV). Das massgebliche Verfahren für Hauptstrassen, die mit Bundeshilfe ausgebaut werden sowie andere Hochleistungs- und Hauptverkehrsstrassen (HLS und HVS) werden gemäss Anhang zur UVPV nach kantonalem Recht bestimmt (Ziff. 11.2 und 11.3). Die Kantone wählen dasjenige Verfahren, das eine frühzeitige und umfassende Prüfung ermöglicht. Sehen die Kantone für bestimmte Anlagen eine Sondernutzungsplanung (Detailnutzungsplanung) vor, gilt diese als massgebliches Verfahren, wenn sie eine umfassende Prüfung ermöglicht (Art. 5 Abs. 3 UVPV). Sieht der Anhang oder das kantonale Recht eine mehrstufige Prüfung in verschiedenen Verfahrensschritten vor, so wird die Prüfung bei jedem Verfahrensschritt so weit durchge-

B 8.4

führt, als die Auswirkungen des Projektes auf die Umwelt für den jeweiligen Entscheid bekannt sein müssen (Art. 6 UVPV).

In der Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz (USG-VV) wird in § 45 Abs. 1 unter Vorbehalt der Absätze 2 und 3 das massgebliche Verfahren im Anhang bestimmt. Das massgebliche Verfahren für Hauptstrassen (StrV) und Verbindungsstrassen (StrV) ist das Projektgenehmigungsverfahren mit dem Regierungsrat bzw. dem Gemeinde-/Bezirksrat als zuständige Behörde. Wird jedoch für die Errichtung oder Änderung einer Anlage ein kantonaler Nutzungsplan, eine projektbezogene Einzonung oder ein Gestaltungsplan erlassen, so gilt das entsprechende Erlassverfahren als massgebliches Verfahren, soweit es eine umfassende Überprüfung ermöglicht. Davon ausgenommen ist das Planungsverfahren für öffentliche Strassen gemäss der Strassenverordnung (§ 45 Abs. 2 USG-VV). Letzterer Vorbehalt hängt damit zusammen, dass in § 15 Abs. 1 StrV ausdrücklich das Projektgenehmigungsverfahren als das für das UVP-Verfahren massgebende bezeichnet wird und diese Spezialvorschrift auch als höherrangiges Recht (kantonsrätliche Verordnung) der USG-VV vorgeht (RRB Nr. 852/2001 vom 3. Juli 2001 betr. Erlass USG-VV, S.6, Ziff. V). Es steht somit fest, dass aufgrund des kantonalen Vollzugsrechts vorliegend das Projektgenehmigungsverfahren und nicht das Nutzungsplanverfahren das für die Umweltverträglichkeitsprüfung massgebende Verfahren ist. Es ist auch kein zwei- oder mehrstufiges Verfahren im Sinne von Art. 6 UVPV vorgesehen.

4.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst eine einstufige Umweltverträglichkeitsprüfung nicht aus, dass bei der rechtsverbindlichen Linienfestsetzung, welche das Ausführungsprojekt in erheblichem Masse vorbestimmt, geprüft werden muss, ob dieses der Umweltschutzgesetzgebung, insbesondere den Geboten der Lärmschutz und der Luftreinhalte-Verordnung Rechnung tragen können (BGE 118 Ia 372).

In einem neueren Entscheid hält das Bundesgericht fest, wenn die Wirkung des Baulinienplanes sich im Wesentlichen in der Einschränkung des Baurechts für die betroffenen Eigentümer erschöpfen würde, beschränke sich - unter Berücksichtigung der allgemeinen Anforderungen der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit - die Zulässigkeit der Prüfung eines solchen Planes hauptsächlich auf diese Wirkungen. Aus dem Blickwinkel des öffentlichen Interesses müsse der Linienplan auf einer konkreten Vorstellung beruhen, mindestens aber in Form eines generellen Projekts. Darzulegen sei, dass ein aktuelles Bedürfnis bestehe. Ein solches liege vor, wenn der Bau der Strasse mehr oder weniger langfristig notwendig erscheine. Der Linienplan als einfache Reservationsmassnahme für die wahrscheinliche,

aber in verhältnismässig ferner Zukunft liegende Realisierung eines Bauvorhabens erlaube nur beschränkt verlässliche Prognosen in Bezug auf die Einhaltung der Umweltschutzbestimmungen. Dies bedeute nicht, dass diese Bestimmungen in diesem Stadium ausser Acht gelassen werden müssten: Ein Liniplan sei unzulässig, wenn klar sei, dass die Realisierung des Projekts in Anbetracht der Anforderungen ausgeschlossen scheine. Gemäss den Anforderungen des öffentlichen Interesses müssten andere Lösungen erwogen werden, die weniger einschneidend seien und zwar nicht nur in Bezug auf die Eigentumsrechte, sondern auch in Bezug auf die Umwelt. Sie müssten derart offensichtliche Vorteile erbringen, dass der Bau der Strasse ausgeschlossen werden könne. Bei dieser Beurteilung handle es sich jedoch nicht um einen Bedürfnisnachweis gemäss Art. 9 Abs. 4 USG. Die Prüfung des Liniplanes könne nur eine prima facie - Prüfung sein (BGE 129 II 276 Erw. 3.4/3.5 = Pra 93 Nr. 156).

4.3.1 Die im Zusammenhang mit der kommunalen Richtplanung und dem Baulinienplan gemachten Ausführungen sind grundsätzlich nachvollziehbar und weisen auf eine durchdachte und sinnvolle Planung hin. Die angestrebte Entlastung des schützenswerten Dorfkernes mittels Verlagerung des Durchgangs- und „hausgemachten“ Verkehrs auf eine oberirdische entlang der Bahnlinie konzentrierte neue Linienführung macht raumplanerisch und umweltschutzrechtlich Sinn. Der Baulinienplan liegt zweifelsohne im öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig. Aus finanziellen Gründen nicht tragbare Varianten wurden fallengelassen (Untertunnelung) oder sind gar nicht in Betracht gezogen worden („Alternative Ost“). Eine gänzliche Umfahrung des Dorfes Lachen würde die angestrebte Kernentlastung nur in reduziertem Masse (Durchgangsverkehr) ermöglichen. Der „hausgemachte“ Verkehr bliebe dem Dorfkern grösstenteils erhalten. Die Kernentlastungsstrasse tangiert auf der nördlichen Seite vornehmlich Gewerbe- und Industriezonen (Lärmempfindlichkeitsstufen III oder IV). Südlich grenzt die geplante Strasse an die Bahnlinie (Doppelspur) bzw. den Bahnhof Lachen. Südlich der Bahnlinie befinden sich nebst Industrie- und Mischzonen (Lärmempfindlichkeitsstufe III) Wohnzonen W2 und W3 (Lärmempfindlichkeitsstufe II), wobei es sich bei unterschiedlicher Ausdehnung um lärmvorbelastete Gebiete handelt mit einem Zuschlag von einer Empfindlichkeitsstufe (siehe Legende Zonenplan; Art. 43 Abs. 2 LSV).

4.3.2 Die Planungs- und Immissionsgrenzwerte in den Empfindlichkeitsstufen (ES) II-IV sind wie folgt angesetzt (Anhang 3 Ziffer 2 der Lärmschutzverordnung, LSV):

B 8.4

ES	Planungswert in dB(A)		Immissionsgrenzwert in dB(A)	
	Tag	Nacht	Tag	Nacht
II	55	45	60	50
III	60	50	65	55
IV	65	55	70	60

Ortsfeste Anlagen dürfen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten. Die Bewilligungsbehörde kann eine Lärmprognose verlangen (Art. 25 Abs. 1 USG). Besteht ein überwiegendes, namentlich auch raumplanerisches Interesse an der Anlage und würde die Einhaltung der Planungswerte zu einer unverhältnismässigen Belastung für das Projekt führen, so können Erleichterungen gewährt werden. Dabei dürfen jedoch unter Vorbehalt von Absatz 3 von Art. 25 USG die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden (Art. 25 Abs. 2 USG). Können bei der Errichtung von Strassen, Flughäfen, Eisenbahnanlagen oder anderen öffentlichen oder konzessionierten ortsfesten Anlagen durch Massnahmen bei der Quelle die Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden, müssen auf Kosten des Eigentümers der Anlage die vom Lärm betroffenen Gebäude durch Schallfenster oder ähnliche bauliche Massnahmen geschützt werden.

4.3.3 Anhang 2 des Erläuterungsberichts zum Richtplan ist zu entnehmen, dass auf der Kernentlastungsstrasse mit einer täglichen Verkehrsbelastung von 6'700 Fahrzeugen im westlichen Bereich, von 8'000 Fahrzeugen im Bahnhofbereich und von 2'500 Fahrzeugen im östlichen Bereich zu rechnen ist (S. 9). Im gleichen Anhang wird festgehalten, dass die Lärmimmissionen deutlich kleiner sein würden als bei der heutigen Strassenführung. Letztere Feststellung wird indes nicht weiter begründet.

4.3.4 Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Verkehrs- bzw. Lärmbelastung auf der Kernentlastungsstrasse erheblich sein wird. Sollten deswegen die Planungswerte oder gar Immissionsgrenzwerte überschritten werden, scheint aufgrund einer prima facie - Beurteilung deswegen aber die Realisierung des Vorhabens in Anbetracht der Erleichterungsmöglichkeiten gemäss Art. 25 USG nicht ausgeschlossen.

4.4 Nicht nachvollziehbar ist, inwiefern eine Verletzung des Koordinationsgebotes vorliegen soll.

5. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, Baulinien gemäss § 40 StrV würden den Strassenabstand festlegen. Sie seien für die Sicherung der Strassenplanung nicht zulässig, weil es sich um zeitlich unbefristete Bauverbote handle, wofür die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen fehlten. Für den vorliegenden Fall gebe es zeitlich befristete Planungszonen (§§ 12 und 14 PBG).

Wenn der Strassenabstand mit Baulinien im Nutzungsplanverfahren nach PBG oder subsidiär im Projektgenehmigungsverfahren festgelegt werden kann (§ 40 StrV), so handelt es sich primär um eine Planungsmassnahme für neue oder auszubauende Strassen. Sie dient mithin der Freihaltung des erforderlichen Landes (EGV-SZ 1999, Nr. 10 Erw. 8b). Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit als Voraussetzungen sind aufgrund der vorstehenden Ausführungen zweifelsohne erfüllt. Sollte nachträglich auf die Realisierung verzichtet werden, kann die Nutzungsplanung ohne weiteres entsprechend angepasst werden (§ 15 Abs. 2 PBG).

(VGE 1071/04 vom 11. April 2005).

8.5 Geltungsdauer der Baubewilligung

- *Eine erst spät, aber vor der Beurteilung bemerkte fehlende Prozessvoraussetzung (hier nicht rechtzeitige Beschwerdeeinreichung) bleibt beachtlich und muss zu einem Nichteintretensentscheid führen (Erw. 1).*
- *Geltungsdauer der Baubewilligung. Friststillstand (§ 86 Abs. 2 PBG). Andere Umstände als ein Zivilprozess, welcher der Konsumation der erteilten Baubewilligung entgegensteht, hindern den Lauf der Baubewilligungsdauer nicht (Erw. 2).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Bauherrschaft ist in der Nachbarschaft zu einer SBB-Linie rechtskräftig eine Baubewilligung erteilt worden. Nachdem die Bewilligung bereits um ein Jahr verlängert wurde, ersuchte die Bauherrschaft um eine weitere Verlängerung, weil mit den SBB im Zusammenhang mit dem Lärmschutz weiterhin Verhandlungen liefen und ungewiss sei, ob und in welcher Form eine Lärmschutzwand erstellt werde. Die Baubewilligungsbehörde lehnte das Verlängerungsgesuch ab, während der Regierungsrat auf eine verspätet eingereichte Beschwerde nicht eintrat.

B 8.5

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Regierungsrat gelangt im angefochtenen Entscheid zur Erkenntnis, dass die Verwaltungsbeschwerde verspätet eingereicht wurde, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne. Des Weiteren hält er aber fest, da die diesbezüglichen Abklärungen erst spät erfolgten, sei eine materielle Beurteilung der Beschwerde gerechtfertigt.

1.2 Vom Beschwerdeführer wird die Feststellung der verspäteten Beschwerdeeinreichung nicht in Frage gestellt. Zu Recht. Aktenkundig ist, dass der Bezirksrat seinen Beschluss vom 18. August 2004 am 19. August 2004 versandte und dieser am 21. August 2004 dem Beschwerdeführer zugestellt wurde (Abholung bei der Post nach Anvisierung), sodass die Beschwerdefrist am 22. August 2004 zu laufen begann und am 10. September 2004 endete. Die Verwaltungsbeschwerde wurde jedoch erst am 13. September 2004 der Post zum Versand an den Regierungsrat übergeben.

1.3 Die Frage der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung betrifft eine Prozessvoraussetzung, die von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Nichterfüllung einen Nichteintretensentscheid zur Folge hat (§ 27 Abs. 1 lit. f, Abs. 2 VRP; Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 21). Der Umstand, dass die Nichterfüllung der Prozessvoraussetzung erst längere Zeit nach der Rechtshängigkeit der Beschwerde, aber vor deren Beurteilung bemerkt wurde, ändert daran nichts. Deswegen wird der Mangel nicht geheilt. Wenn der Regierungsrat diesen Umstand zum Anlass nahm, dennoch eine materielle Beurteilung durchzuführen, kann dies nur im Sinne einer „Selbst wenn“ bzw. Eventualbegründung oder eines obiter dictum verstanden werden. Soweit der angefochtene Beschwerdeentscheid darüber hinaus gehen sollte, hat er die zwingende Einhaltung der Prozessvoraussetzung missachtet, was nicht zur Folge haben darf, dass die nachfolgende Instanz an diese falsche Erkenntnis gebunden ist und die Sache deshalb ebenfalls materiell beurteilen müsste (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 13 zu Art. 51; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Rz. 412; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Vorbem. zu §§ 19-28 N 96). In diesem Sinne ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Selbst wenn auf die Sache materiell einzutreten wäre, müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

2.1 Der Regierungsrat erwägt zutreffend,

- dass nach § 86 Abs. 1 PBG die Baubewilligung vom Eintritt der Rechtskraft an gerechnet während zwei Jahren gültig ist und auf begründetes Gesuch um ein weiteres Jahr verlängert werden kann (eine gleichlautende Bestimmung ohne eigenständige Bedeutung kennt auch das kommunale Baureglement in Art. 131);
- dass diese Frist eine Verwirkungsfrist ist (siehe auch Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. A., Ziff. 21.4.5.2), die nur unterbrochen, gehemmt oder erstreckt werden kann, wenn dies das Gesetz vorsieht; ein Ermessensspielraum besteht nicht;
- dass die Baubewilligung zeitlich befristet ist, um im öffentlichen wie auch im privaten (nachbarlichen) Interesse klare Verhältnisse zu schaffen (siehe auch Fritzsche/Bösch, a.a.O., Ziff. 21.4.5.1);
- dass die gesetzlich bloss einmalig mögliche Fristerstreckung für ein weiteres Jahr erteilt und konsumiert wurde und die Baubewilligung mithin Ende Juli 2004 abgelaufen ist;
- dass die Frist nur während der Dauer eines Zivilprozesses stillsteht (§ 86 Abs. 2 PBG), womit vor allem das privatrechtliche Einspracheverfahren gemeint ist;
- dass ein hemmender Zivilprozess eng mit der objektiven Realisierbarkeit des bewilligten Bauprojektes zusammenhängen muss;
- und dass das Plangenehmigungsverfahren für die Lärmsanierung entlang der SBB-Linie ein öffentlichrechtliches Verwaltungsverfahren darstellt.

2.2 Die Einwände des Beschwerdeführers vermögen daran nichts zu ändern. Es kann weder mit Analogieschluss auf einen Zivilprozess im Sinne von § 86 Abs. 2 PBG geschlossen werden, noch liegt eine Gesetzeslücke vor. Die ratio von § 86 Abs. 2 PBG geht davon aus, dass zivilrechtliche Hindernisse, die in einem hängigen Prozessverfahren erst noch beurteilt werden müssen, der Konsumation der erteilten Baubewilligung entgegenstehen (siehe auch Fritzsche/Bösch, a.a.O., Ziffer 21.4.5.1). Dies ist bzw. war vorliegend nicht der Fall. Es wäre dem Beschwerdeführer unbenommen gewesen, das bewilligte Bauvorhaben zu realisieren. Mit Rechtskraft der Baubewilligung stand fest, dass kein öffentlich-rechtliches Hindernis besteht. Dass privatrechtliche Einwände vor dem Zivilrichter erhoben bzw. noch nicht rechtskräftig erledigt wurden, wird nicht geltend gemacht. Auch die SBB reichten gegen das Bauvorhaben offenkundig keine Rechtsbehelfe ein. Andere Umstände, die aus Sicht der Bauherrschaft (vorläufig) gegen eine Realisierung sprechen, werden durch § 86 Abs. 2 PBG nicht abgedeckt. Darin ist keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zu erkennen, welche durch

B 8.7

Lückenfüllung behoben werden müsste. Es gibt viele Gründe, die gegen oder zumindest vorläufig gegen eine Realisierung eines rechtskräftig bewilligten und auch zivilrechtlich zulässigen Bauvorhabens sprechen können. So kann es Probleme bei der Finanzierung geben, oder die Bedürfnisfrage stellt sich anders, oder - wie offenbar im vorliegenden Fall - in der unmittelbaren Umgebung zeichnen sich Änderungen ab, die die Baurealisierung als fragwürdig erscheinen lassen. Wenn solche Umstände zu einem Stillstand der Baubeginnsfrist führten, würde dies die im öffentlichen und privaten Interesse liegende Befristung der Baubewilligung in unzulässiger Weise unterlaufen.

(VGE 1023/05 vom 30. Juni 2005).

8.6 Beschwerdebefugnis bei Verkehrsanordnungen

- *Verkehrsordnung / geplante Parkfelder im Bereich einer Groberschliessungsstrasse: Beschwerdebefugnis von Anstössern (siehe EGV-SZ 2005, B 12.3).*

8.7 Bewilligungspflicht und Nutzungsverbot

- *Bewilligungspflicht für fahrbaren Weideunterstand (Erw. 1./2).*
- *Nutzungsverbot während nachträglichem Baubewilligungsverfahren. Zuständigkeit (Erw. 3.2 - 3.4).*

Aus den Erwägungen:

1. Dem vorliegenden Beschwerdeverfahren liegt folgende Ausgangslage zugrunde. Der Beschwerdeführer hat auf seinem ausserhalb der Bauzone gelegenen Grundstück KTN ..., welches als Pferdeweide genutzt wird, einen Weideunterstand errichtet. Im Kernpunkt ist streitig, ob ein solcher Weideunterstand der Baubewilligungspflicht unterliegt. Während die Vorinstanzen übereinstimmend davon ausgehen, dass ein solcher Weideunterstand baubewilligungspflichtig ist, argumentiert der Beschwerdeführer sinngemäss, der Weideunterstand, welcher fahrbar sei, stelle keine auf Dauer angelegte Einrichtung dar und unterliege deswegen nicht der Baubewilligungspflicht.

In der Folge ist zunächst zur Frage der Baubewilligungspflicht für einen solchen Unterstand Stellung zu nehmen. Denn sollte die dargelegte Argumentation des Beschwerdeführers zutreffend sein, würde es sich

erübrigen, die weiteren Streitfragen (im Kontext mit dem Nutzungsverbot bzw. mit vorsorglichen Massnahmen) materiell zu behandeln.

2.1 Gemäss Art. 22 bzw. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700.0) dürfen Bauten und Anlagen inner- und ausserhalb der Bauzonen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Das kantonale Recht darf den Kreis der nach diesen Bestimmungen bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen nicht einschränken. Der bundesrechtliche Begriff «Bauten und Anlagen» ist vom Bundesgesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Im kantonalen Recht wird der Begriff der Anlage in § 75 Abs. 3 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG, SRSZ 400.100) dahingehend umschrieben, dass namentlich Verkehrseinrichtungen wie Strassen und Plätze, soweit diese nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erhebliche Geländeänderungen, Silos, offene Materiallagerplätze und ortsfeste Krananlagen dazugehören. Nach der Rechtsprechung gelten als «Bauten und Anlagen» jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (vgl. VGE 1037/03 vom 25. Juni 2004, Erw. 6.2; BGE 119 Ib 226 f.; 118 Ib 9 f.; 113 Ib 315 f.). Neben den eigentlichen baulichen Vorrichtungen nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Bewilligungspflicht auch für blosser Geländeänderungen an, wenn diese erheblich sind. Eine Baubewilligung ist daher in der Regel erforderlich für die Betreibung einer Kies- oder Lehmgrube, für die Anlage eines Golfplatzes oder für die Aufschüttung für einen Autoabstellplatz (BGE 114 Ib 313 f.). Ausschlaggebend für die Bejahung der Bewilligungspflicht ist dabei nicht allein die Veränderung des Terrains durch Abtragung, Auffüllung oder andere Massnahmen. Es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (vgl. BGE 119 Ib 226 f.; BGE 120 Ib 384). Dabei ist es möglich, dass gewisse Vorhaben weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr wegen deren Betrieb baubewilligungs-

B 8.7

pflichtig sind (vgl. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. A., S. 288 oben).

Im Einzelnen ist nach der Rechtsprechung die Bewilligungspflicht u.a. bei Fahrnisbauten zu bejahen, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden, wie z.B. Wohnwagen, Buden und Baracken, Beton-Aufbereitungsanlagen, ein zwei Meter hoher Drahtgitterzaun, ein Holzfass für Jugendliche, 8 m² Sonnenkollektoren, Scheinwerfer zur Beleuchtung des Pilatus, oder eine Sammelstelle für Bauschutt (vgl. Hänni, a.a.O., S. 288 mit Hinweisen). Analog hat das Verwaltungsgericht mit Entscheid 540/92 vom 22. Dezember 1992 die Bewilligungspflicht für die Stationierung eines Lastwagens in einer reinen Wohnzone bejaht und im Entscheid 1037/03 vom 25. Juni 2004 (Erw. 6.2) bestätigt, dass ein Rotwild-Gehege bewilligungspflichtig ist, auch wenn sich im Zeitpunkt des Augenscheins keine Unterstände und Futterstellen mehr in den Gehegen befanden. Dabei wurde u.a. mitberücksichtigt, dass Unterstände für die Haltung von Hirschen von der Tierschutzgesetzgebung her zwingend vorgeschrieben sind (vgl. Anhang zur Tierschutzverordnung, SR 455.1).

2.2 Im vorliegenden Fall geht es um einen an sich fahrbaren Unterstand, welcher grundsätzlich während des ganzen Jahres auf dem landwirtschaftlichen Grundstück KTN ... des Beschwerdeführers als Weideunterstand für Pferde dient (vgl. Eingabe des Beschwerdeführers vom 26. August 2004 an Bauamt ...: mobiler Weideanhänger ohne Boden, welcher als Einachser seit dem Oktober 2003 auf dem Grundstück entsprechend der Bodenbeschaffenheit bzw. dem Futterbedarf verstellt wird; vgl. Stellungnahme der kommunalen Baukommission vom 14. September 2004, wonach dieser Weideunterstand mit witterungsfestem Dach auf drei Seiten vollständig geschlossen ist und circa folgende Aussenmasse aufweist: Länge 4 m, Breite 2 m, Höhe 2 m; gemäss RRB, Erw. 3.3 betragen die Aussenmasse 6 m x 2.5 m x ca. 2 m). Aus einer aktenkundigen Fotozusammenstellung, welche die Liegenschaft des Beschwerdeführers mit dem Weideanhänger in einem ausgeprägt morastigen Umfeld zeigt, ist zu entnehmen, dass zum einen beim aufgestellten Weideanhänger die Räder nicht montiert sind (vgl. im Gegensatz dazu die Fotos im Anhang zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 5. November 2004 an das Justizdepartement), und zum andern der Weideanhänger offenbar längere Zeit am gleichen Standort belassen wurde, andernfalls nicht ein derart ausgeprägtes Morastfeld um den Weideanhänger herum entstanden wäre.

2.3 Nachdem

- erstens die vorgenannte Fotozusammenstellung aufzeigt, welche räumlichen Folgen mit der (ganzjährigen) Platzierung des Weideanhängers verbunden sind, indem dadurch in Verbindung mit der Weidenutzung ein Morastfeld entstehen kann, welches weitere Fragen aufwerfen kann (beispielsweise im Hinblick auf gewässerschutzrechtliche Aspekte),
- zweitens in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (S. 12) vorgebracht wurde, dass der Unterstand für die auf KTN ... gehaltenen Pferde als Witterungsschutz überlebensnotwendig sei,
- und drittens der Beschwerdeführer selber auf die Tierschutzbestimmungen hinwies, welche einen künstlichen Witterungsschutz bei Kälte und grosser Hitze sowie insbesondere in Nässeperioden verlangen, besteht im Lichte der in Erwägung 2.1 dargelegten Rechtsprechung offenkundig ein hinreichendes Interesse der Öffentlichkeit an einer vorgängigen Kontrolle von solchen Vorhaben, welche während des ganzen Jahres für unbestimmte Zeit geplant sind, wobei diese Kontrolle im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens durchzuführen ist. Auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass gewisse Standorte (z.B. in Mulden, mit Tendenz zu Wasserstaubildung) zum vornherein ausgeschlossen werden bzw. nötigenfalls geprüft werden kann, mit welchen Auflagen allfällige (unerwünschte) Auswirkungen vermieden oder minimalisiert werden können (u.a. im Hinblick auf allfällige gewässerschutzrechtliche Aspekte, oder zur Einhaltung von Tierschutzbestimmungen, d.h. für eine artgerechte Tierhaltung etc.).

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem BGE 1A.196/2003 vom 10. Februar 2004, in welchem das Bundesgericht hinsichtlich einer Kleinbaute für das Lagern von Werkzeugen in der Landwirtschaftszone (welche während rund 8 Monaten pro Jahr auf dem Grundstück steht) festgehalten hat, diese Zeitdauer sei nicht mehr so unbedeutend, dass auf ein Baubewilligungsverfahren verzichtet werden könnte (vgl. Raumplanung und Umweltschutz - die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004, herausgegeben vom VLP-ASPAN, Ausgabe März 2005, S. 15).

2.4 Aus all diesen Gründen ist den Ausführungen im angefochtenen RRB beizupflichten und festzuhalten, dass der Regierungsrat die Bewilligungspflicht des Weideanhängers zu Recht bejaht hat. An diesem Ergebnis vermögen die Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich der Einwand, es könne keine Rede davon sein, dass der Weideanhänger über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werde. Nicht zu hören ist auch der Einwand, dass die Nutzung des landwirtschaftlichen Grundstücks KTN ... als Pferdeweide baubewilligungspflichtig sein solle, sei willkürlich und verletze Art. 9 BV.

B 8.7

Diesbezüglich wurde in der vorinstanzlichen Stellungnahme vom 18. Februar 2005 zutreffend ausgeführt, weder Regierungsrat noch Justizdepartement haben je behauptet, die Nutzung von KTN ... als Pferdeweide sei bewilligungspflichtig. Bewilligungspflichtig ist vielmehr der Weideunterstand, weil er zu einer Intensivierung der Pferdehaltung mit möglichen Auswirkungen auf die Umwelt führt. Im Übrigen ist auch der vom Beschwerdeführer als Beweis offerierte Augenschein nicht durchzuführen. Was das Grundstück des Beschwerdeführers anbelangt, sind die Verhältnisse durch die aktenkundigen Fotos hinreichend dokumentiert. Soweit der Beschwerdeführer auf andere Weideunterstände Bezug nehmen will, ist festzuhalten, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Rechtsgleichheitsprinzip in der Regel vorgeht. Hat eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen, so gibt dies dem Bürger, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (vgl. BGE 2A.449/2003 vom 12. März 2004 i. Sa. T., Erw. 5.2). Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzuheben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit. Eine solche Ausnahme liegt hier nicht vor, da die kommunale Baubewilligungsbehörde im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren in ihrer Vernehmlassung vom 10. November 2004 glaubhaft dargelegt hat, dass ein anderer Weideanhänger "bei der ... Kapelle westlich der Kantonsstrasse" zwischenzeitlich entfernt worden ist und in einem weiteren Fall (betreffend Baustellenanhänger für Schafhaltung) Sachverhaltsabklärungen beim Grundeigentümer aufgenommen wurden.

...

3.2 Die kommunale Baubewilligungsbehörde hat verfügt, dass bis zur rechtskräftigen Erledigung des anstehenden bzw. erforderlichen Baubewilligungsverfahrens per sofort ein Nutzungsverbot für die nicht bewilligte Baute gelte. Sofern der Unterstand von aussen zugänglich sei, sei er behelfmässig zu verriegeln, damit dem Nutzungsverbot Folge geleistet werde. Einer allfälligen Beschwerde gegen das Nutzungsverbot werde die aufschiebende Wirkung entzogen.

In der Folge ist zu prüfen, ob die kommunale Baubewilligungsbehörde befugt war, eine solche Regelung bis zum Abschluss des (nachträglichen) Baubewilligungsverfahrens zu treffen. Dabei ist zunächst auf die Frage einzugehen, welche Behörde für den Erlass eines (befristeten) Nutzungsverbots zuständig ist und wie es sich verhält, wenn die Kompetenz zur Erteilung einer (Raumplanungs)Bewilligung einer kantonalen Amtsstelle zugeordnet ist.

3.3 Im angefochtenen Entscheid wurde zutreffend ausgeführt, dass Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen einer Raumplanungsbewilligung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes bedürfen. Die Bewilligungsbehörde der Gemeinde beurteilt solche Bauvorhaben auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (vgl. § 76 Abs. 2 PBG). Nach § 44 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum PBG (VVzPBG, SRSZ 400.111) beurteilt das kantonale Meliorationsamt landwirtschaftliche Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen.

3.4 Nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis verhält es sich dann, wenn es um Raumplanungsbewilligungen im Sinne von § 76 Abs. 2 PBG geht, grundsätzlich so, dass es in erster Linie in der Kompetenz der zuständigen kantonalen Behörde liegt, das nachträgliche Baubewilligungsverfahren einzuleiten und über die Bewilligungspflicht zu verfügen. Im Sinne einer effizienten Durchsetzung des materiellen Baurechts kann jedoch ausnahmsweise auch die kommunale Baubehörde als Koordinationsbehörde im Ausnahmewilligungsverfahren (vgl. § 77 Abs. 1 und 3 PBG) das Verfahren einleiten, sofern sie die Stellungnahme des zuständigen kantonalen Amtes eingeholt hat und aus dieser ausdrücklich hervorgeht, dass im Zusammenhang mit Art. 24 RPG eine Bewilligungspflicht besteht und ein Verfahren von der Gemeinde eingeleitet werden kann (vgl. VGE 1036/97 vom 24. Oktober 1997, Erw. 1c). Soweit nun eine Gemeinde auch ohne vorgängige Rücksprache mit der kantonalen Amtsstelle ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet und gleichzeitig ein Nutzungsverbot bis zum Abschluss dieses Verfahrens erlassen hat, kommt folgende Rechtsprechung zur Anwendung: Das Bundesgericht hat den Grundsatz betont, wonach bloss Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit eintritt, wenn der sachlich zwar nicht zuständigen Behörde auf dem fraglichen Gebiet wenigstens "allgemeine Entscheidungsgewalt" zukommt (vgl. BGE 1A.169/1993 vom 3. August 1994, ebenfalls betreffend ...). Gestützt darauf ging das Verwaltungsgericht im Entscheid VGE 601/95 vom 23. August 1995 (ebenfalls betreffend ...) davon aus, dass jedenfalls dann keine qualifizierte Unzuständigkeit der verfügenden Behörde vorliegt, wenn dieser Behörde (Bezirksrat) im Baupolizeirecht allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt (vgl. Prot. S. 1018, mit Verweis auf § 76 PBG). Analog ist der vom Bezirksrat am 22. September 2004 getroffene Beschluss - auch wenn er ohne vorgängige Absprache mit dem kantonalen Meliorationsamt erfolgt sein sollte (vgl. aber die bezirksrätliche Vernehmlassung vom 26. Januar 2005) - nicht als nichtig, sondern nur als anfechtbar zu betrachten. Nachdem die nach § 76 Abs. 2 PBG zuständige kantonale Amtsstelle nachträglich dem Vorgehen der kommunalen Baubewilligungsbehörde zugestimmt hat (vgl. Vernehmlassung des Meliorationsamtes vom 8. November 2004 im vor-

B 8.8

instanzlichen Beschwerdeverfahren), ist der Regierungsrat zu Recht nicht von einer nichtigen Verfügung ausgegangen, sondern hat zutreffend den allfälligen Mangel (betreffend vorgängige Absprache mit der kantonalen Amtsstelle) als geheilt betrachtet. Dieses Ergebnis steht schliesslich im Einklang mit dem Entscheid VGE 1006/04 vom 16. April 2004, in welchem u.a. in Erwägung 2.4 ausgeführt wurde, dass die kommunale Baubewilligungsbehörde nach kantonalem Recht bei Bauten ausserhalb der Bauzonen für die Beurteilung baupolizeilicher Fragen und insbesondere dafür zuständig ist, ob ein Bauvorhaben dem Einordnungsgebot entspricht. Zusammenfassend ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers der Bezirksratsbeschluss vom 22. September 2004 nicht als nichtig zu qualifizieren.

(VGE 1073/04 und 1007/05 vom 24. März 2005).

8.8 Grenz- und Gebäudeabstand eines Schwimmbeckens

- *Ein Schwimmbad im Freien braucht keinen Grenz- und Gebäudeabstand einzuhalten.*

Aus den Erwägungen:

2. Zur Hauptsache umstritten ist, ob die Schwimmbadanlage mit Technikraum einen Grenzabstand einzuhalten hat.

2.1 Der Regierungsrat geht zu Recht davon aus, dass Schwimmbäder im Freien nicht als Bauten, sondern als Anlagen zu betrachten sind, auf welche die Grenz- und Gebäudeabstandsbestimmungen nicht anzuwenden sind (VGE 1054/97 vom 8.4.1998, Erw. 2.aa; VGE 1002/00 vom 26.5.2000, Erw. 2a/b).

2.2. Die Beschwerdeführer machen vor Verwaltungsgericht geltend, es handle sich beim strittigen Schwimmbad um ein Bauwerk, welches den kommunalen Grenzabstand von 4 m einzuhalten habe, soweit es das gewachsene Terrain um mehr als 1 m überschreite.

Sie verweisen zunächst auf den 5 m langen und 1.25 m breiten Technikraum, welcher am nördlichen Bassinrand gegen das Grundstück der Beschwerdeführer vorgesehen sei. Er diene als Behälter für die Schwimmbadüberdachung, welche nach Bedarf ausgefahren werden könne. Die Überdachung schütze das Innere des Bassins vor Abnutzung bzw. das im Bassin befindliche Wasser vor Verunreinigungen. Es handle

sich somit um ein Gebäude, welches den Grenzabstand ohne Privilegierung einzuhalten habe.

Selbst wenn von einer Anlage auszugehen sei, liege eine „fassadenähnliche Wirkung“ vor bzw. es trete eine „gebäudeähnliche Wand“ in Erscheinung. Das Terrain sei im Grenzbereich auf der gesamten Beckenbreite bis zu einer Tiefe von 1.5 m abgegraben und eine rund 2.5 m hohe Betonwand erstellt worden, welche einen minimalen Abstand von 3.16 m aufweise. Der Bauherr beabsichtige, das Becken ebenerdig mit Betonplatten zu umranden und die derzeit noch freiliegende Fassade des Schwimmbades gegen die Parzelle der Beschwerdeführer hin durch eine steile Böschung zu kaschieren. Des Weiteren sei davon auszugehen, dass über dem Schwimmbecken gegen das Grundstück der Beschwerdeführer hin aus Sicherheitsgründen zusätzlich noch ein Geländer angebracht werde, was die Konstruktion noch höher und damit noch störender erscheinen lasse.

...

2.3 Der sog. Technikraum ist unbesehen davon, ob er als Behälter der Schwimmbadüberdachung oder/ und als Auffangbecken bzw. Hohlraum dient, Bestandteil der Schwimmbadanlage. Es kommt ihm offenkundig kein Gebäudecharakter zu, weshalb auch keine Grenz- und Gebäudeabstände einzuhalten sind. Wegen der Abdeckungsmöglichkeit des Schwimmbades wird im Übrigen die Anlage nicht zu einem Gebäude.

2.4 Von einer fassadenähnlichen Wirkung der Schwimmbadanlage kann ebenfalls nicht gesprochen werden. Das Schwimmbad wird ebenerdig mit Bodenplatten umrandet und es sind - wie der Regierungsrat zutreffend festhält - erhebliche Geländeänderungen erforderlich: im nördlichen bzw. nordöstlichen Bereich in Form von Aufschüttungen (also gegenüber den Beschwerdeführern), in südlicher bzw. südwestlicher Richtung dagegen in Form von Abgrabungen. Entlang der Ostgrenze sind es mehrheitlich Abgrabungen, weshalb dort eine Fassadenwirkung der Schwimmbadanlage grösstenteils a priori nicht entstehen kann. Gegenüber der Liegenschaft der Beschwerdeführer liegen in der Mitte der Bassinkurzseite Bassinrand und Umrandung 1.34 m über der Grenzmauer der Beschwerdeführer bzw. ca. 1.5 m über dem dort befindlichen gewachsenen Terrain (Längenprofil 1:100 v. 22.7.04, Situationsplan 1:200 vom 23.7.04). Der nordöstliche Bassinecken ragt ca. 30 cm weniger, der nordwestliche Bassinecken dagegen ca. 20 cm mehr über das gewachsene Terrain (leichtes Ost-Westgefälle; siehe Querprofil 1:100). Gemäss dem Umgebungsplan vom 27.7.04 wird entlang der Nordgrenze auf einer Breite von 50 cm das gewachsene Terrain belassen. Die Anböschung zur ca. 1.5 m höheren Bassinumrandung erfolgt dann auf der

B 8.9

restlichen Distanz von ca. 2.25 m. Eine solche Anböschung ist bei Bauliegenschaften mit Gefälle gegen eine Nachbarliegenschaft hin nichts Aussergewöhnliches, ebenso eine allfällige Einfriedung auf der Böschung. Die Umgebung wird in solchen Fällen regelmässig auch ohne Errichtung eines Schwimmbades angeschüttet, damit eine horizontale, besser nutzbare Gartenfläche entsteht. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Geländeänderungen im Grenzbereich bestimmt sich nach dem zivilrechtlichen Nachbarrecht (§§ 52 EGzZGB, SRSZ 210.100). Sie ist nicht Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Baueinspracheverfahrens. Für den vorliegenden Fall ist einzig festzuhalten, dass der Schwimmbadanlage bei der vorgesehenen sowie bei allen anderen zulässigen Böschungsgestaltungen (allenfalls verbunden mit einer Einfriedung oder einem Sicherheitsgeländer) keine fassadenähnliche Wirkung zugeordnet werden kann.

(VGE 1028/05 vom 31. August 2005).

8.9 Ermittlung des massgebenden Terrainverlaufs

- *Begriff des gewachsenen Terrains (§ 60 Abs. 2 PBG).*
- *Verhältnis zwischen ursprünglichem und bestehendem (verändertem) Terrainverlauf. Die Kriterien der Eruiierbarkeit des ursprünglichen Terrainverlaufs einerseits und der Angepasstheit des veränderten Terrainverlaufs an die Umgebung andererseits verlieren mit fortschreitender Zeit an Bedeutung. In diesem Fall rechtfertigt sich ein Abstellen auf den eruiierbaren ursprünglichen Terrainverlauf nur, wo kumulativ die Abweichung offensichtlich ist und ein Abstellen auf den aktuellen bestehenden Geländeverlauf zu baupolizeilich unhaltbaren Ergebnissen führt.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Gemeinderat geht in seinem Bewilligungs- und Einspracheentscheid davon aus, dass der heute bestehende Terrainverlauf als gewachsenes Terrain zu gelten habe. Ob der ursprüngliche im Zusammenhang mit dem Bau des bestehenden Wohnhauses im Jahre 1973 mittels Aufschüttungen veränderte Terrainverlauf sich noch genau eruiieren lasse, brauche nicht geprüft zu werden. Die 30-jährige Verjährungsfrist bei widerrechtlich erstellten Bauten sei hier analog anzuwenden.

2.2 Der Regierungsrat kam bei seiner Beurteilung in Kenntnis und in Verweisung auf VGE 1074/04 vom 28. April 2005 zum gleichen Ergeb-

nis, wandte sich aber dagegen, dass in Analogie zur ausserordentlichen Ersitzung gemäss Art. 662 ZGB von einer 30-jährigen Frist auszugehen sei, nach deren Ablauf die Frage der Eruiierbarkeit bedeutungslos werde. Nach einer Zeitdauer von über 30 Jahren komme der Möglichkeit einer Eruiierbarkeit des ursprünglichen Terrains aber in jedem Falle nur noch marginale Bedeutung zu. Der Auffassung der Vorinstanz sei insoweit zu folgen, als die Anwohner nach dieser langen Zeitdauer das aufgeschüttete Gelände tatsächlich als das gewachsene Terrain annehmen durften, zumal dieses der Umgebung angepasst sei. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer seine Wohnung erst nach der Geländegestaltung erstellte und demnach seine Liegenschaft dem umliegenden künstlichen Geländeverlauf angleichen konnte. Aus diesen Ausführungen gehe hervor, dass in diesem Fall das gestaltete Terrain als das gewachsene betrachtet werden könne und das in den Plänen eingetragene gewachsene Terrain nicht zu beanstanden sei.

2.3 Der Beschwerdeführer nimmt ebenfalls Bezug auf VGE 1074/04 vom 28. April 2005 und macht im Wesentlichen geltend, das gewachsene Terrain sei allemal rekonstruierbar und es handle sich beim gestalteten Terrain um eine offensichtliche Abweichung vom gewachsenen Terrain. Die damalige Aufschüttung habe bis zu 2.50 m betragen und könne bei einem Böschungswinkel von über 50 Grad wahrlich nicht als Anpassung an das umliegende Gelände bezeichnet werden, sondern es handle sich um eine deutlich sichtbare Aufschüttung. Es treffe nicht zu, dass seine Liegenschaft dem künstlich geschaffenen Geländeverlauf der Bauliegenschaft angeglichen worden sei. Sein Grundstück liege Richtung Süden niveaumässig deutlich und zunehmend tiefer als die Bauliegenschaft. Die zur Verfügung gestellten Bilder zeigten nicht nur die Aufschüttung, sondern auch den natürlichen Verlauf des Geländes. Schliesslich würde das Abstellen auf das gestaltete Terrain zu einem für ihn baupolizeilich unhaltbaren Ergebnis führen. Wenn auf das gewachsene (gemeint ist ursprüngliche) abgestellt werde, werde die Gebäudehöhe an der Ostfassade um rund 1m und an der Südfassade gar um rund 2 m überschritten mit entsprechenden Grenzabstandsverletzungen. Ein Abstellen auf das geschaffene Terrain führe für ihn zu einem baupolizeilich unhaltbaren Ergebnis

3. Im mehrfach erwähnten VGE 1074/04 vom 28. April 2005 hat das Verwaltungsgericht u.a. ausgeführt (Erw. 3.1):

3.1 Masse und Ermittlung von Gebäudehöhen werden in § 60 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) geregelt. Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten

B 8.9

gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (Abs. 2).

3.2 Der Begriff des "ausgemittelten gewachsenen Bodens" ist im Gesetz nicht näher umschrieben; es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auslegungsbedürftig ist. Klar ist, dass grundsätzlich pro Fassade eine Gebäudehöhe zu ermitteln, mithin pro Fassade jeweils das gewachsene Terrain auszumitteln ist (EGV-SZ 1990 Nr. 16 Erw. 4b).

Liegt eine Geländeänderung (Aufschüttung / Abtragung) unter freiem Himmel schon längere Zeit zurück (d.h. ca. 10 Jahre oder länger; so schon F. Huwylser, Die materiellen Bestimmungen des Baugesetzes, in: EGV-SZ 1971, S. 130 - 150, S. 138) und ist sie dem umgebenden (benachbarten) Geländeverlauf angepasst, dann kann sie als gewachsenes Terrain gelten, weil nach einer solch langen Periode der ursprüngliche Verlauf kaum mehr im Detail eruiert werden kann. Aus dieser Definition geht klar hervor, dass im Einzelfall nicht starr auf die 10-Jahres-Frist abzustellen ist, sondern dass in der Regel erst dann angepasstes Terrain als gewachsenes zu qualifizieren ist, wenn der ursprüngliche Verlauf nicht mehr im Detail eruiert werden kann (EGV-SZ 2002 Nr. C.10.1 Erw. 3.3; EGV-SZ 1999 Nr. 44 Erw. 3.2 = BR 2001 S. 26). Es ist also jeweils zu versuchen, den ursprünglichen Verlauf aufgrund der unmittelbaren Umgebung ausfindig zu machen, wobei auch allfällige planerische und/ oder geometrische Daten herangezogen werden dürfen. Ist der ursprüngliche Verlauf rekonstruierbar, genügt somit eine Zeitdauer von 10 Jahren sowie die Angepasstheit einer Aufschüttung an die benachbarte Umgebung für die Annahme eines gewachsenen Terrains nicht ohne weiteres (EGV-SZ 1999 Nr. 44 Erw. 3.2 mit Hinweis auf (EGV-SZ Nr. 12 Erw. 3f sowie EGV-SZ 1987 Erw. 3b). Mitzuberücksichtigen ist vielmehr im Einzelfall, in welchem baurechtlichen Zusammenhang die Verwendung des gewachsenen Terrains steht, welchen Zweck die anzuwendende Bauvorschrift verfolgt und welche Festlegung des gewachsenen Terrains diesem Zweck eher gerecht wird. Auch drängt sich u.U. im konkreten Fall auf, die erheblich längere Zeitdauer als 10 Jahre seit der Geländeänderung mit in Betracht zu ziehen. Zum vornherein eher auf das geschaffene Terrain abzustellen ist dort, wo beispielsweise im Rahmen einer Landmelioration kleinere Unebenheiten beseitigt wurden, der Vorzustand aber anhand von Unterlagen rekonstruiert werden könnte (EGV-SZ 1987 Nr. 9 Erw. 3b; EGV-SZ 1999 Nr. 44 Erw. 3.2).

3.3 An dieser Rechtsprechung ist grundsätzlich festzuhalten. Indes ist zu beachten, dass es angesichts der technischen Entwicklung (vorliegend bes. planerischer, geometrischer und photographischer sowie photo-

grammetrischer Art) sowie der planerischen Pflichten (vgl. z.B. zur Eintragung des gewachsenen Terrains in Gestaltungsplänen EGV-SZ 2002 Nr. C.10.1 Erw. 3.2) in Verbindung mit modernen Archivierungsmöglichkeiten und -gepflogenheiten zunehmend leichter sein wird, den Nachweis eines ursprünglichen Terrainverlaufes noch während langer Zeit bzw. auf unabsehbare Zeit zu erbringen. Mithin wird die Frage, ob nach Ablauf von zehn Jahren oder einer anderen Richtdauer der ursprüngliche Geländeverlauf noch eruierbar ist, zwangsläufig zunehmend an Bedeutung verlieren. Diese Nachweismöglichkeit darf nun nicht dazu führen, dass ein "gewachsenes Terrain" baurechtlich auf unabsehbare Zeit auf diesen eruierbaren Verlauf fixiert bleibt. Ein auf einen nicht absehbaren Zeithorizont hinaus andauerndes Auseinanderklaffen von tatsächlichem Terrainverlauf und rechtlich massgebendem "gewachsenen Terrain" widerspricht nicht nur der Realität der durch planerische und bauliche Massnahmen mitgestalteten Umwelt, zumal der Begriff des "gewachsenen Terrains" nicht auf die natürlich gewachsene Topographie beschränkt ist, sondern birgt auch die Gefahr der Blockierung einer raumplanerischen und baulichen Weiterentwicklung in sich.

Das Kriterium der (Nicht-)Eruierbarkeit hat folglich mit fortschreitender Zeit unabhängig von der technischen Möglichkeit in den Hintergrund zu treten. Gleiches gilt mit fortschreitender Zeit auch für das Kriterium der Angepasstheit einer Aufschüttung (oder Abgrabung) ans umgebende Gelände. In diesem Fall drängt sich ein Abweichen vom jeweils aktuellen Gelände als "gewachsenem Terrain" vom (an und für sich leicht) eruierbaren ursprünglichen Geländeverlauf nur dort auf, wo kumulativ die Abweichung offensichtlich ist und ein Abstellen auf den aktuellen Geländeverlauf zu baupolizeilich unhaltbaren Ergebnissen führt. Entsprechend ist den Kriterien des baurechtlichen Zusammenhanges, in welchem ein gewachsenes Terrain Verwendung findet sowie der Zweckbestimmung einer anzuwendenden Bauvorschrift erhöhtes Gewicht beizumessen.

3.4 Was die Festlegung des "gewachsenen Terrains" anbelangt, besteht weder Anlass, von einer Richtdauer von zehn Jahren oder länger abzuweichen, noch eine bestimmte Zeitdauer festzusetzen, nach deren Ablauf die Frage der Eruierbarkeit und Angepasstheit bedeutungslos wird. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen verliert die Frage der Eruierbarkeit sowie der Angepasstheit einer Aufschüttung oder Abgrabung ans umgebende Gelände mit fortschreitender Zeitdauer an Bedeutung; vorbehalten bleibt, dass die Abweichung des geschaffenen (bestehenden) Terrains als "gewachsenem Terrain" vom ursprünglichen Geländeverlauf nicht offensichtlich ist und ein Abstellen auf das geschaffene Terrain nicht zu einem baupolizeilich unhaltbaren Ergebnis führt.

B 8.9

4.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass auf der Bauliegenschaft vor 32 Jahren Aufschüttungen vorgenommen wurden. Dieser Umstand hat auf Grund der dargelegten Rechtsprechung zur Folge, dass den Kriterien der (Nicht-)Eruierbarkeit und der Angepasstheit in Anbetracht des langen Zeitraumes nurmehr eine marginale Bedeutung zukommt. Ein Abstellen auf das ursprüngliche Terrain würde sich nur *ausnahmsweise* aufdrängen, sofern - wie bereits dargelegt - die Abweichung vom ursprünglichen Gelände offensichtlich ist und ein baupolizeilich unhaltbares Ergebnis die Folge wäre.

Letzteres ist nicht leichthin anzunehmen, wie sich aufgrund der Wortwahl („unhaltbares Ergebnis“) unschwer erkennen lässt. Im Vordergrund steht die Erkenntnis, dass nach einem gewissen Zeitablauf der tatsächliche Terrainverlauf und das rechtlich massgebende gewachsene Terrain nicht mehr auseinanderklaffen sollten (siehe oben Erw. 3.3). Ein Auseinanderklaffen lässt sich nur ausnahmsweise und insofern rechtfertigen, wenn die beiden erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Als baupolizeilich unhaltbar müssten danach vor allem solche Bauvorhaben bezeichnet werden, die wegen des Abstellens auf das vor Jahren gestaltete Terrain die nachbarlichen Interessen massiv beeinträchtigen würden. In einem solchen Fall müsste das Zusammenfügen des tatsächlichen Zustandes mit dem rechtlichen hinten anstehen. Gleich zu verfahren wäre auch bei massiver durch das Abstellen auf das gestaltete Terrain verursachter Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes.

4.2. Das vom Beschwerdeführer geltend gemachte baupolizeilich unhaltbare Ergebnis („Überschreitung“ der Gebäudehöhe von rund 1 m [Ostfassade] bzw. 2 m [Südfassade] und entsprechende Grenzabstandsverletzungen, siehe oben Erw. 2.2) erfüllt die hiefür dargelegten Vorgaben nicht. Dies ergibt sich auch aus den vielen aktenkundigen aktuellen und alten Fotos. Die Liegenschaft des Beschwerdeführers grenzt im Westen an die Bauliegenschaft und wird unmittelbar mit der Ostfassade des mit einem Pultdach versehenen An- und Neubaus des Einfamilienhauses konfrontiert. Weder die geltend gemachte „Mehrhöhe“ von rund einem Meter bei der Ostfassade noch diejenige von rund 2 m bei der Südfassade und die damit bedingte „Unterschreitung“ des Grenzabstandes beeinträchtigen den Beschwerdeführer in rechtserheblicher Weise. Die fragliche Überbauung ist vielmehr - auch hinsichtlich der Einordnung - Ausdruck der aktuellen Bauordnung und Zonenplanung der Gemeinde ... vom 10. August 1990. Die Vorinstanzen haben deshalb zu Recht das tatsächliche als das gewachsene Terrain qualifiziert. Dass bei dieser Sachlage Grenz- und Gebäudeabstand verletzt sind, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

(VGE 1047/05 vom 27. Oktober 2005).

8.10 Selbstbedienungs-Autowaschanlage in einer WG3-Zone

- *Ausführungen zu den zonenbedingten Immissionsvorschriften und den Betriebszeiten.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Regierungsrat führt in seinem Beschwerdeentscheid im Wesentlichen aus,

- die Öffnungs- bzw. Betriebszeiten seien in der Baubewilligung nicht genau und verbindlich festgelegt worden;
- dies habe zur Folge, dass die Autowaschanlage nur so betrieben werden könne, dass sie in der WG 3 zonenkonform sei;
- in der Wohn- und Gewerbezone seien höchstens mässig störende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe zugelassen (Art. 33 Abs. 1 BauR) mit Auswirkungen im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe sowie beschränkt auf die üblichen Arbeitszeiten und von bloss vorübergehender Natur (Art. 15 Abs. 4 BauR);
- grundsätzlich zähle auch eine Autowaschanlage zu den mässig störenden und damit in der WG 3 zonenkonformen Betrieben, sofern sich ihre Auswirkungen auf die üblichen Arbeitszeiten während des Tages beschränken und nur vorübergehend auftreten;
- die Selbstbedienungsautowaschanlage sei mit Ausnahme der hohen Feiertage täglich, auch samstags- und sonntags, von 06.00 bis 22.00 Uhr geöffnet;
- die Auswirkungen würden sich deshalb nicht auf die üblichen Arbeitszeiten beschränken und sie treten nicht bloss vorübergehend auf, weshalb es sich nicht mehr um einen bloss mässig störenden Betrieb handle;
- eine Autowaschanlage mit diesen Öffnungszeiten gehöre als stark störender Betrieb in die reine Gewerbe- oder Industriezone;
- in einer gemischten Wohn- und Gewerbezone sei eine Autowaschanlage nur dann zonenkonform, wenn sie mit anderen herkömmlichen Gewerbebetrieben vergleichbare Öffnungszeiten habe (06.00 bis 19.00 Uhr, samstags bis 17.00 Uhr, sonntags und an Feiertagen geschlossen);
- wenn Autowaschanlagen in der Ruhetagsverordnung nur an hohen Feiertagen ausdrücklich untersagt seien, heisse das nicht, ausser an hohen Feiertagen könne eine Autowaschanlage an einem beliebigen Ort betrieben werden;
- im dargelegten Sinne sei die Baubewilligung vom 30. August 1999 zu interpretieren;

B 8.10

- die Öffnungszeiten gingen über das bewilligte Ausmass hinaus;
- diesbezüglich sei ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen und zu prüfen, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt werden könne, ebenso seien die lärmschutzrechtlichen Fragen und Aspekte zu prüfen;
- umweltschutzrechtlich handle es sich um eine neue Anlage, welche die Planungswerte einzuhalten habe (ES III: 60 dB(A) am Tag und 50 dB(A) in der Nacht);
- das Nichteinfordern einer Lärmprognose vor der Bewilligungserteilung sei im heutigen Zeitpunkt ohne Bedeutung;
- hingegen müssten die Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen ermittelt werden, wenn man Grund zur Annahme habe, die massgebenden Belastungsgrenzwerte würden überschritten (Art. 36 Abs. 1 LSV);
- es sei nicht auszuschliessen, dass die Autowaschanlage zu einer Überschreitung der Planungswerte führe, weshalb die Aussenlärmimmissionen hätten ermittelt werden müssen;
- fraglich sei noch, welche Behörde hierfür zuständig sei (KIGA oder Gemeinderat, je nachdem ob Betrieb dem Arbeitsgesetz unterstellt ist oder nicht);
- zusammenfassend: soweit die aktuellen Öffnungszeiten über das in der Bewilligung vom 30. August 1999 Erlaubte hinausgingen, müsse die Vorinstanz ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchführen und im Rahmen dieses Verfahrens müsse die zuständige Behörde gleichzeitig eine Ermittlung der Aussenlärmimmissionen anordnen oder veranlassen.

1.2 Die Beschwerdeführerin trägt vor Verwaltungsgericht u.a. vor:

- der Gemeinderat habe in der rechtskräftigen Baubewilligung keine Beschränkung der Öffnungszeiten auferlegt;
- der Gemeinderat beschränke sich auf die Vorgaben des KIGA gemäss Verfügung vom 2.8.1999 (Planungswerte ES III = > 24- Stunden-Betrieb bei Einhaltung der Planungswerte);
- nicht zutreffend sei die Behauptung, im Baugesuch seien keine Angaben zu den Öffnungszeiten enthalten (12 Std. pro Tag / 3 Std. pro Nacht / werktags / Sonntage waren damals nach der Ruhetagsverordnung noch nicht erlaubt);
- der Verzicht des Gemeinderates auf weitergehende Einschränkungen sei vertretbar;
- der materielle Gehalt decke sich mit dem Bundesrecht, es sei nicht nachvollziehbar, was daran rechtswidrig sein soll;
- in der Gemeinde ... befinde sich ebenfalls eine Autowaschanlage in der Wohn- und Gewerbezone mit einer Öffnungszeiten von 06.30 Uhr bis 22.00 Uhr;

- der Gemeinderat ... habe unlängst in der Nachbarschaft eine Coop-Tankstelle im 24-Stunden-Betrieb sowie ein Ladengeschäft mit einer Öffnungszeit bis 22.00 Uhr an sieben Tagen in der Woche bewilligt;
- die Hintanstellung des Bundesumweltschutzrechts erweise sich als fragwürdig;
- es müsste Nichtigkeit der Baubewilligung vorliegen, um die rechtskräftige Bewilligung in einem für die Beschwerdeführer entscheidenden Punkt zu verändern, entweder sei die Baubewilligung des Gemeinderates nichtig und zu widerrufen, oder sie bleibe rechtskräftig;
- für die Beschwerdeführer wäre für den Kauf der Liegenschaft die liberale Regelung der Öffnungs- und Betriebszeiten ausschlaggebend gewesen;
- eine neues Baubewilligungsverfahren mit einem von der Vorinstanz de facto vorgegebenem Ergebnis hätte für die Beschwerdeführer einen grossen finanziellen Schaden zur Folge und würde deren berechtigtes Vertrauen auf eine rechtskräftige behördliche Bewilligung verletzen;
- bei der Interpretation einer Baubewilligung sei die Auffassung des Gemeinderates und nicht jene von Dritten (Vorinstanz) massgebend;
- die umstrittenen Öffnungszeiten seien für den Gemeinderat zonenkonform;
- die selbst zu bedienende Autowaschanlage bestehe aus zwei verschiedenen Waschanlagen (Indooranlage mit automatischem Waschvorgang, praktisch keine Immissionen; Aussenplätze, wo Kunden selber reinigen und staubsaugen können, keine über Gebühr störende Immissionen);
- vorgängig sei auf der Liegenschaft eine Betonanlage betrieben worden;
- der Beschwerdegegner habe in Kenntnis der Autowaschanlage und der damit verbundenen Immissionen in der Wohn- und Gewerbezone Wohneigentum erworben;
- selbst zu bedienende Autowaschanlagen würden durch die Kundschaft hauptsächlich ausserhalb der Arbeitszeiten und an freien Tagen aufgesucht.

2.1 Zonenbedingte (planungsrechtliche) Immissionsvorschriften haben durch die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes an Bedeutung verloren. Sie haben jedoch ihre selbständige Bedeutung behalten, wo sie die bundesrechtlichen Bestimmungen ergänzen oder - soweit erlaubt - verschärfen (BGE 114 Ib 220 f.). So auch bei den Vorschriften der funktionalen Zonenkonformität wie den Art. 33 Abs. 1 und 15 Abs. 4 des Baureglementes der Gemeinde Arth, also Zonenvorschriften, die auf eine geordnete Nutzungsordnung hinlenken und bestimmte Betriebe aus raumplanerischen Gründen erlauben bzw. zum vornherein ausschliessen (siehe auch Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, Ziff. 11.2.1). Soweit die Beschwerdeführer mit dem Hinweis auf die

B 8.10

bundesrechtlichen Lärmvorschriften sinngemäss Gegenteiliges behaupten wollen, trifft dies nicht zu.

2.2 Umstritten ist in erster Linie der Inhalt der am 30. August 1999 erteilten Baubewilligung.

2.2.1 In der Baubewilligung wird im Zusammenhang mit der funktionalen Zonenkonformität einzig erwähnt, dass die „zonenmässige Integrierung“ gegeben sei. Von welchen Betriebszeiten man bei dieser Beurteilung ausgegangen ist, wird nicht festgehalten. Daraus ist zunächst zu folgern, dass der Gemeinderat selbst zu bedienende Autowaschanlagen in der WG3 grundsätzlich als zulässig erachtet. Diese kommunale Rechtsanwendung wird vor Verwaltungsgericht nicht in Frage gestellt. Regierungsrat und Beschwerdegegner rügen indes die praktizierten und vom Gemeinderat mit Beschluss vom Dezember 2003 akzeptierten Betriebszeiten ...

2.2.2 Dass der Regierungsrat bei der Interpretation der rechtskräftigen Baubewilligung die Zonenkonformität heranzieht und sinngemäss davon ausgeht, dass eine Baubewilligungsbehörde pflichtgemäss eine formell *und* materiell rechtmässige Bewilligung erteilt, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allerdings sind hier zwei gewichtige Vorbehalte anzubringen. Zum einen lässt sich nicht ohne weiteres sagen, welche Betriebszeiten für eine selbst zu bedienende Autowaschanlage in der Wohn- und Gewerbezone zonenkonform sind, zumal der Bewilligungsbehörde ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen ist (siehe auch nachfolgend Erw. 2.2.5). Zum anderen kann es in vereinzelt Fällen vorkommen, dass die Baubewilligung formell zwar rechtmässig, materiell aber rechtswidrig ist. Materiell rechtswidrige und konsumierte Baubewilligungen können jedoch nicht durch eine reglementskonforme Auslegung nachträglich abgeändert werden, hierfür müssen vielmehr die Voraussetzungen des Widerrufs erfüllt sein (§ 34 VRP; Beeler, Die widerrechtliche Baute, S. 47 ff.; Ruoss-Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, 169 ff.). Im Zusammenhang mit dem zweiten Vorbehalt sind die Vorstellungen der Bauherrschaft, soweit sie Eingang in die Baugesuchsunterlagen gefunden haben (siehe nachfolgend Erw. 2.2.3), mit zu berücksichtigen. Sie liefern u.U. aber auch Anhaltspunkte für den Bewilligungsinhalt.

2.2.3 Wie im Ingress lit. A wiedergegeben, hat die Bauherrschaft im Rahmen der Emissionserklärung gewisse, wenn auch nicht umfassende Angaben über die von ihr beabsichtigten Betriebszeiten gemacht. Klar ist danach, dass man an üblichen Werktagen (Montag bis Freitag) zwischen 07.00 und 19.00 Uhr (akustische Tageszeit) den Betrieb offen halten

wollte sowie zusätzlich während drei weiteren nicht näher definierten Stunden ausserhalb dieses Zeitblockes. Es kann ohne Weiteres angenommen werden, dass diese drei Stunden direkt an den erwähnten Zeitblock anschliessen sollten, entweder von 06.00 bis 07.00 Uhr und 19.00 bis 21.00 Uhr oder dann von 19.00 bis 22.00 Uhr (akustische Nachtzeit). Ob mit dem Begriff Werkstage auch Samstage gemeint waren, insbesondere im angegebenen Zeitrahmen, kann anhand der Emissionserklärung nicht schlüssig beantwortet werden, dies im Gegensatz zu den Sonn- und Feiertagen, an welchen gemäss der damaligen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung gültigen Rechtslage das Autowaschen in Selbstbedienungsanlagen gegen die Ruhetagsverordnung verstossen hätte und deshalb davon auszugehen ist, dass für sie keine Betriebsöffnung vorgesehen war (VGE 576/85 vom 17. September 1985, Erw. 4; GS 17-301; siehe auch beschwerdeführerische Darstellung oben Erw. 1.2). Seit 1. Januar 2002 gilt die Verordnung über die öffentlichen Ruhetage vom 21. November 2001 (kurz: Ruhetagsverordnung, SRSZ 545.110), in welcher § 4 Ziffer 5 an hohen Feiertagen den Betrieb von Autowaschanlagen untersagt, womit sich e contrario die Zulässigkeit an normalen Sonn- und Feiertagen ergibt, sofern an diesen Tagen nicht die angemessene Ruhe und Würde ernstlich gestört wird (§ 3 Abs. 1 Ruhetagsverordnung).

2.2.4 Aufgrund dieser Sach- und Rechtslage ergibt sich als Zwischenergebnis, dass mit der rechtskräftigen Baubewilligung vom 30. August 1999 keine 24-Stunden Betriebsbewilligung und insbesondere keine Bewilligung für Sonn- und Feiertage erteilt wurde. Wenn heute dennoch an Sonn- und Feiertagen der Betrieb geöffnet ist, wird damit das bewilligte Ausmass überschritten. Der Regierungsrat verlangt für diesen Fall zutreffend die Durchführung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens.

Geht man ferner davon aus, dass sich die Bewilligung für Montag bis Freitag sicher über die Zeit von 07.00 bis 19.00 Uhr erstreckt, so bleibt noch zu prüfen, ob dies auch für die Zeit zwischen 06.00 und 07.00 und 19.00 bis 22.00 gilt und wie es sich an Samstagen verhält (nachfolgend Erw. 2.2.5).

2.2.5 Gemäss kommunalem Baureglement haben sich die Auswirkungen auf die üblichen Arbeitszeiten während des Tages zu beschränken und dürfen nur vorübergehend auftreten (Art. 16 Abs. 3 BauR).

Das Verwaltungsgericht hatte sich in VGE 1008/03 vom 16. September 2003 zu einer im Wortlaut identischen Zonenvorschrift in einer anderen Gemeinde zu äussern. Es ging dabei um die Umnutzung eines in der WG3 befindlichen Ladenlokals in eine Imbisslokalität (15 Sitzplätze)

B 8.10

mit einer Öffnungszeit von mittags 12.00 Uhr bis abends 24.00 Uhr (ein Tag in der Woche geschlossen). Das Verwaltungsgericht führte aus, unter „Handwerks- und Gewerbebetriebe“ fielen einerseits Betriebe, deren Tätigkeit vorwiegend vom Morgen bis in die Abendstunden stattfindet (z.B. Verkaufslokale), andererseits aber auch Gewerbebetriebe, deren immissionsträchtige Tätigkeiten schwerpunktmässig in den frühen Morgenstunden erfolge (z.B. Bäckerei, Anlieferung vor Ladenöffnungszeiten), oder von denen in den Abendstunden Immissionen ausgehen (z.B. Gastgewerbebetriebe). Würden letztere Gewerbebetriebe aufgrund ihrer Arbeitszeit nicht mehr als mässig störend qualifiziert werden, könnten sie nur mehr in der Industriezone erstellt werden. Unter Berücksichtigung der Auslegungspraxis der Baubewilligungsbehörde wolle das kommunale Baureglement Betriebe, deren Öffnungszeiten bis 24.00 Uhr dauern, in der vorliegend massgebenden Zone WG3 nicht verhindern. Demzufolge könne sich die fragliche Bestimmung nicht allein auf Betriebe beziehen, deren Arbeitszeiten sich einzig von den Morgen- bis zu den Abendstunden beschränkten.

Es ist einzuräumen, dass von der funktionalen Bedeutung her zwischen Gastgewerbebetrieben und selbst zu bedienende Autowaschanlagen ein erheblicher Unterschied besteht. Gastgewerbebetriebe dienen der Wohnbevölkerung als Treffpunkt und sind vornehmlich dort anzusiedeln, wo die Bevölkerung auch wohnt, also in den Kern-, reinen Wohn- sowie in den gemischten Zonen. Selbst zu bedienende Autowaschanlagen decken dagegen ein ganz anders geartetes Bedürfnis ab, dem - wenn es wie bei solchen Anlagen in gehäufte Form vorkommt - vorzugsweise nicht oder nur in wenig bewohnten Gebieten nachgegangen werden sollte. Die Zonenkonformität in der WG3 wird mit anderen Worten zwar bejaht, sie wird indes optimaler erfüllt, wenn solche Anlagen in reinen Gewerbe- und Industriezonen angesiedelt werden. Dieser Umstand erlaubt und bietet es, hinsichtlich Betriebszeiten zwischen Autowaschanlagen in den gemischten Zonen und solchen in den Gewerbe- und Industriezonen zu differenzieren.

Der zitierte Verwaltungsgerichtsentscheid macht aber vor allem deutlich, dass sich „die üblichen Arbeitszeiten während des Tages“ nicht - wie dies im angefochtenen Beschwerdeentscheid angenommen wird - zwingend auf die Zeit von frühestens 06.00 bis spätestens 19.00 Uhr beschränken. Massgeblich ist vielmehr die funktionelle Bedeutung des als zonenkonform erklärten Betriebes. Eine selbst zu bedienende Autowaschanlage ermöglicht den Autobesitzerinnen und -besitzer, statt zu Hause oder in einer bedienten Anlage hier sein Fahrzeug zu reinigen (waschen, staubsaugen). Solche Arbeiten werden regelmässig in der Freizeit verrichtet, also aus Sicht der meisten Kundinnen und Kunden am Abend oder am Wochenende. Daraus ergibt sich, dass die morgendli-

che Beschränkung auf 06.00 Uhr richtig ist, die abendliche auf 19.00 Uhr aber den ausgewiesenen Bedürfnissen nicht gerecht wird. Wenn die Zonenkonformität in der WG3 nun grundsätzlich bejaht wird, so muss deshalb auch eine länger in den Abend hinein reichende Öffnungszeit akzeptiert werden. Nachdem in der Baubewilligung die Betriebszeiten nicht explizit festgelegt wurden und auch aus der Emissionserklärung für die Morgen- und Abendstunden keine zwingenden Rückschlüsse zu ziehen sind, ist von einer ergänzungsbedürftigen Lücke auszugehen, welche der Gemeinderat im hier angefochtenen Beschluss unter Hinweis auf den Ortsgebrauch (siehe diesbezüglich auch Vernehmlassung der Anlagebetreiber vom 18. Februar 2004 im regierungsrätlichen Beschwerdeverfahren) und die Zonenordnung ausfüllte und die täglichen Betriebszeiten auf die Stunden von 06.00 bis 22.00 Uhr beschränkte. Diese Zeitansetzung liegt für die Werktage von Montag bis Freitag im Rahmen des kommunalen Beurteilungsspielraumes und verletzt die Zonenvorschriften nicht (siehe auch BVR 2003, S. 401 ff., v.a. 404, 406 f.). Vorbehalten bleibt selbstverständlich die Einhaltung des Umweltschutzrechtes (siehe nachfolgend Erw. 3). Die gleiche Regelung ist in Anbetracht der Kundenbedürfnisse aber auch an den Samstagen rechtlich vertretbar.

Was das Erfordernis der nur vorübergehend auftretenden Auswirkungen betrifft, so will man damit insbesondere andauernde Auswirkungen unterbinden. Die abstrakt-typologisch als mässig störend qualifizierten Betriebe, welche Qualifikation hier grundsätzlich unbestritten ist, weisen in der Regel recht lebhaften Motorfahrzeugverkehr auf und aus den Betrieben selber sind sehr oft Immissionen hör- oder riechbar (Fritzsche/Bösch, a.a.O., 11.2.2.2). Solche Auswirkungen sind als zonenkonform zu betrachten, auch wenn die Betriebszeiten von den üblichen abweichen (Gastwirtschaft, Bäckerei, Autowaschanlage). Auch hier ist aber für den konkreten Einzelfall auf den repressiven Immissionsschutz hinzuweisen (siehe nachfolgend Erw. 3).

Offenbleiben kann, welche Betriebszeiten einer selbst zu bedienenden Autowaschanlage in den Gewerbe- und Industriezonen im Lichte der immissionsrechtlichen Zonenvorschriften einzuräumen wären.

2.2.6 Was die Zonenkonformität anbetrifft steht somit fest, dass ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren nur für die Sonn- und Feiertage durchzuführen ist. Die hohen Feiertage fallen zum vornherein weg. Sie werden von den Beschwerdeführern als Betriebstage auch nicht beansprucht. Nebst dem Einbezug des repressiven Immissionsschutzes (siehe nachfolgend Erw. 3) ist auch die Koordination mit der Ruhetagsverordnung zu gewährleisten, indem der Regierungsrat bzw. das zuständige Departement in das Verfahren miteinbezogen wird (§ 6 Ruhetagsverord-

B 8.10

nung). Hier wird sich - nachdem in der fraglichen Zone auch das Wohnen zonenkonform ist - insbesondere die Frage stellen, ob die angemessene Sonn- und Feiertagsruhe ernstlich gestört wird (§ 3 Abs. 1 Ruhetagsverordnung).

Soweit im angefochtenen Regierungsratsbeschluss ein weiterreichendes nachträgliches Baubewilligungsverfahren verlangt wird, erweist sich die Beschwerde als begründet.

3.1 Gemäss § 55 Abs. 1 PBG sind Bauten und Anlagen so auszuführen, anzupassen und zu unterhalten, dass sie sowenig Lärm, Rauch, Dünste, Gerüche, Erschütterungen und andere Emissionen erzeugen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dieser sog. repressive Immissionsschutz wird heute weitgehend durch die Anwendung und Umsetzung des übergeordneten bundesrechtlichen Umweltschutzrechtes gewährleistet.

3.2 Im Umweltschutzrecht, welches u.a. Menschen und deren Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen soll (Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz, USG, SR 814.01), ist zunächst das Vorsorgeprinzip zu beachten: Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen werden durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen) (Art. 11 Abs. 1 USG). Unabhängig von der bestehenden Umweltschutzbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Auf diese Rechtslage hat das kantonale Arbeitsinspektorat in der Verfügung vom 2. August 1999 hingewiesen.

Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastungen schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Emissionsbegrenzungen können u.a. durch den Erlass von Bau- und Ausrüstungsvorschriften sowie Verkehrs- oder Betriebsvorschriften erreicht werden (Art. 12 USG). Mit Betriebsvorschriften sind beispielsweise Beschränkungen der Betriebszeiten möglich (Kommentar USG N 29 zu Art. 12).

Ob von schädlichen oder lästigen Einwirkungen auszugehen ist, bestimmt sich nach den Immissionsgrenzwerten (Art. 13 Abs. 1 USG). Die Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG). Der Bundesrat hat in der Lärmschutz-Verordnung (LSV, SR 814.01) - soweit möglich - die Belastungsgrenzwerte festgelegt, worunter nebst den Immissionsgrenzwerten auch

die Planungswerte und Alarmgrenzwerte fallen (betr. Industrie- und Gewerbelärm siehe Anhang 6 LSV). Die Lärmemissionen einer neuen ortsfesten Anlage dürfen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten (Art. 25 Abs. 1 USG; Art. 7 Abs. 1 LSV). Die Bewilligungsbehörde kann dabei eine Lärmprognose verlangen (Art. 25 Abs. 1 USG).

Die Vollzugsbehörde ermittelt die Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen oder ordnet deren Ermittlung an, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die massgebenden Belastungsgrenzwerte überschritten sind oder ihre Überschreitung zu erwarten ist (Art. 36 Abs. 1 LSV). Der Anlage wird der Lärm zugerechnet, der mit ihrem Betrieb unmittelbar verbunden ist, ebenso sind ihr die Sekundärimmissionen anzurechnen (USG-Kommentar N 34 f. zu Art. 25 USG). Die Emissionen sind so zu begrenzen, dass die resultierenden Immissionen überall, wo der Lärm auf lärmempfindliche Gebiete oder Gebäude trifft, die am betreffenden Ort geltenden Planungswerte einhalten (USG-Kommentar N 56 zu Art. 25).

3.3 Die umstrittene selbst zu bedienende Autowaschanlage liegt wie die ... Reihen-Einfamilienhäuser auf der Nachbarparzelle ... in der Zone WG3, die gemäss Art. 30 BauR der Empfindlichkeitsstufe III zugewiesen wird. Es liegt eine neue ortsfeste Anlage vor (USG-Kommentar N 39 zu Art. 25), so dass in der Umgebung der Anlage die Planungswerte einzuhalten sind (gemäss Anhang 6 zur LSV: 60dB(A) am Tag und 50 dB(A) in der Nacht). Im Zeitpunkt des Baubewilligungsverfahrens wurde keine Lärmprognose eingeholt.

Der Regierungsrat geht zutreffend davon aus, dass aufgrund der Reklamationen aus der Nachbarschaft nicht auszuschliessen ist, dass der Betrieb der Anlage zu einer Überschreitung der Planungswerte führt. Es drängt sich somit insbesondere für die akustische Nachtzeit (06.00 bis 07.00 Uhr und 19.00 Uhr bis 22.00 Uhr) eine Ermittlung der Aussenlärmimmissionen auf, dies umso mehr, als die Baubewilligung sich nicht auf die Ergebnisse einer Lärmprognose abstützen konnte. Hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage wird auf die Ausführungen im angefochtenen Beschwerdeentscheid verwiesen.

3.4 Die Beschwerdeführer verlangen die Aufhebung des angefochtenen Beschwerdeentscheides und damit sinngemäss auch die Aufhebung der Anordnung der Ermittlung der Aussenlärmimmissionen. Substantielles wird gegen diese lärmschutzrechtliche Anordnung indes nichts vorgetragen. Die Behauptung, die Immissionen würden von den Nachbarn „zünftig dramatisiert“, vermag die Immissionsermittlung jedenfalls nicht zu verhindern.

(VGE 1019/05 vom 30. Juni 2005).

B 8.11

8.11 Bau- und gewässerschutzrechtliche Bestandesgarantie

- *Keine akzessorische Überprüfung von Planungsgrundlagen im konkreten Anwendungsfall (Erw. 1).*
- *Bestandesgarantie als wichtiger Grund für eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung; Verhältnis von baurechtlicher und gewässerschutzrechtlicher Bestandesgarantie (Erw. 2.2 - 3).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin verlangt einen grundlegenden Entscheid, ob die Bauzonen oder die Schutzzonen Bestand haben. Sie vertritt die Ansicht, dass die aktuelle Gesetzgebung inkl. die vom Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) herausgegebene Wegleitung „Grundwasserschutz“ (Bern, 2004) unweigerlich zur Aufhebung der Fassung ... führen und damit die Baute unter Auflagen zu bewilligen sei (Replik, siehe Anhang Augenscheinprotokoll).

Vorab ist festzuhalten, dass sowohl der kommunale Nutzungsplan wie auch die Grundwasserschutzzone rechtsbeständig sind ("Zonenplan Siedlung" beinhaltend u.a. auch die Grundwasserschutzzonen, genehmigt vom Regierungsrat mit RRB Nr. 346/2001 vom 13. März). Eine akzessorische Überprüfung dieser Planungsgrundlagen ist im konkreten Anwendungsfall grundsätzlich nicht zulässig (BGE 1P.761.2004 vom 20. April 2005, E. 3.3.2; BGE 116 Ia 207 sowie BGE 1P.539/2003 vom 22. April 2004, E.1.2; vgl. auch Aemisegger/Haag, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Rz. 63 ff. zu Art. 33 RPG). Ausnahmegründe, die ein Abweichen von diesem Grundsatz gebieten, sind hier nicht ersichtlich. Nichtigkeit der Planungsgrundlagen wird nicht geltend gemacht. Den veränderten Verhältnissen wird mit der zur Zeit laufenden und öffentlich aufgelegten Revision der Schutzzonenplanung ... Rechnung getragen (ABI Schwyz 200., ...), in welchem Verfahren auch die Beschwerdeführerin ihre Rechte wahren kann. Die Grundwasserfassungen ... bzw. die von ihnen überlagerten Bauzonen stehen mithin als solche im vorliegenden Verfahren nicht zur Disposition, zumal bei einem derart ausgeweiteten Streitgegenstand weitere Grundeigentümer direkt betroffen wären, die nicht Verfahrenspartei sind. Vorliegend geht es allein um das von der Beschwerdeführerin eingereichte Baugesuch. Es ist dabei unbestritten, dass die derogative Kraft des aktuellen übergeordneten Rechts zu beachten ist, sodass eine allfällige Baubewilligung Sinn und Zweck der Grundwasserschutzzone nicht vereiteln kann (Art. 6 Schutzzonenreglement; Art. 49 Abs. 1 BV; siehe auch BGE

1A.198/2001 und 1P.770/2001 vom 27. August 2002, E 2.2 in fine, 2.3).

...

2.2 Anhang 4 Ziffer 12 GSchV unterscheidet bei den Grundwasserschutzzonen den Fassungsbereich (Zone S1; Ziff. 122), die engere Schutzzone (Zone S2, Ziff. 123) und die weitere Schutzzone (Zone S3, Ziff. 124). Diese Grundwasserschutzzonen gewährleisten hauptsächlich den Schutz des Trinkwassers vor bakteriellen Verunreinigungen (Bose, *Ausgewählte Probleme zum Schutz des Grundwassers*, URP 1996, Heft 2, S. 195 f.). Rechtskräftig ausgeschiedene Grundwasserschutzzonen stellen deshalb für das Planungsgebiet eine besondere Nutzungsordnung auf. Sie bildet praktisch einen Bestandteil der Nutzungsplanung der Gemeinde. Als Sonderordnung geht sie den Nutzungsvorschriften der bau- und planungsrechtlichen Grundordnung der Gemeinde, dem Baureglement und dem Zonenplan (Nutzungsplan) vor, soweit sie abweichende Vorschriften enthält (Kilchenmann, *Grundwasserschutzzonen nach eidgenössischem und bernischem Recht*, BVR 1982, S. 367; VGE 1003/97 vom 24. März 1997, E. 2b u. 2.d; vgl. auch VGE 556/92 vom 10. Juli 1992, E. 2a, cc). Die Ausnahmebestimmungen eines Schutzzonelements sind aufgrund des regelmässig grösseren Interesses der Öffentlichkeit an der Sicherung der Trinkwasserversorgung gegenüber dem privaten Interesse an der ungehinderten Ausnutzung des Grundstückseigentümers grundsätzlich restriktiv auszulegen (VGE 1014/02 vom 27. September 2002 Erw. 3.a; VGE 1003/97 vom 24. März 1997, E. 2.c).

In der Zone S1 sind nur bauliche Eingriffe zulässig, welche der Trinkwasserversorgung dienen (vgl. S. Lagger, *Überblick über das neue Gewässerschutzrecht*, in: URP 1999 S. 470 - 491, S. 489 f.). Die Zone S3 hat eine Pufferzonenfunktion. Es sind lediglich Anlagen und Tätigkeiten nicht zulässig, von denen eine erhöhte Gefahr für die Gewässer ausgeht (S. Lagger, a.a.O., S. 490).

Die Schutzzone S2 soll gemäss Anhang 4 Ziff. 123 Abs. 1 verhindern, dass Keime und Viren in die Grundwasserfassung oder –anreicherungsanlage gelangen (lit. a), das Grundwasser durch Grabungen und unterirdische Arbeiten verunreinigt wird (lit. b) und der Grundwasserzufluss durch unterirdische Anlagen behindert wird (lit. c). Für die engere Schutzzone S2 gelten die gleichen Anforderungen wie für die weitere Schutzzone S3 (Ziff. 222 Abs. 1 i.v. Ziff. 221). Unzulässig sind u.a.

- industrielle und gewerbliche Betriebe, von denen eine Gefahr für das Grundwasser ausgeht (Ziff. 221 lit. a),
- Einbauten, die das Speichervolumen oder den Durchflussquerschnitt des Grundwasserleiters verringern (Ziff. 221 lit. b);

B 8.11

- die Versickerung von Abwasser, ausgenommen die Versickerung von nicht verschmutztem Abwasser von Dachflächen über eine bewachsene Bodenschicht (Ziff. 221 lit. c) und
- die wesentliche Verminderung der schützenden Deckschicht (Ziff. 221 lit. d).

Über diese auch für die Schutzzone S3 geltenden Anforderungen hinaus sind in der Schutzzone S2 des Weiteren unzulässig

- das Erstellen von Anlagen, wobei die Behörde aus wichtigen Gründen Ausnahmen gestatten kann, wenn eine Gefährdung der Trinkwassernutzung ausgeschlossen werden kann (Ziff. 222 Abs. 1 lit. a).
- Grabungen, welche die schützende Deckschicht nachteilig verändern (lit. b)
- Versickerung von Abwasser (lit. c),
- andere Tätigkeiten, die das Trinkwasser quantitativ und qualitativ beeinträchtigen können (lit. d).

...

2.5 In der Gemeinde ... gilt für die vorliegend relevante Grundwasserfassung ... ein Schutzzonenreglement, das gestützt auf die §§ 24 - 27 der Kantonalen Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Oktober 1973 (GS 475) erlassen und vom Regierungsrat mit RRB Nr. 1325 vom 27. August 1985 genehmigt wurde. Gemäss Art. 2 Schutzzonenreglement sind die Schutzzonen in die drei Teilzonen S I (Fassungsbereich), S IIa und S IIb (engere Schutzzone) sowie S III (Weitere Schutzzone) gegliedert.

...

In Art. 3.3 Schutzzonenreglement werden die baulichen Anlagen nach "Neubauanlagen" (Art. 3.3.1) und "Bestehende Bauten und Anlagen" (Art. 3.3.2) unterschieden. In der Schutzzone IIa sind (mit Genehmigung des AfU) als Neubauten nur Hochbauten ohne Schmutzwasseranfall erlaubt (Art. 3.3.1 lit. b erstes Alinea); in der Schutzzone IIb sind hingegen (mit Genehmigung des AfU) auch Hochbauten mit Schmutzwasseranfall zulässig (Art. 3.3.1 lit. b zweites Alinea).

Art. 3.3.2 trifft bezüglich bestehender Bauten und Anlagen folgende Regelung:

"Bauten in der Zone S 1 sind abzubauen (exkl. Bauten die für die Zwecke der Wasserversorgung benutzt werden).

Bauten in der Zone S IIa und S IIb dürfen weiter bestehen bleiben. Um- oder Neubauten innerhalb der bestehenden Grundmauern und damit verbundene Erweiterungen der Nutzfläche um höchstens einen Viertel sind vom Gewässerschutz her erlaubt. Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen sind zulässig,

sofern dadurch der Gefährdungsgrad für das Grundwasser nicht erhöht wird. Gewerbe, die bereits bestehen, dürfen weiter betrieben werden, soweit sie nicht in Konflikt mit den Gewässerschutzgesetzen und den entsprechenden Verordnungen stehen."

Ausnahmen von diesen Vorschriften in Art. 3 können nach vorheriger Anhörung der ... vom kantonalen Amt für Umweltschutz bzw. nunmehr der Gewässerschutzfachstelle zugelassen werden (Art. 4 Schutzzonenreglement). Der Schutzzonenplan und das Schutzzonenreglement gelten auf unbestimmte Zeit. Künftige gesetzliche Bestimmungen des Bundes oder des Kantons bleiben vorbehalten (derogatorische Kraft übergeordneten Rechts; Art. 6 Schutzzonenreglement).

...

3. Vorliegend ist nicht die blosse Frage der gewässerschutzrechtlichen Zulässigkeit des Weiterbestandes zweier Bauten in der Zone S2 zu beurteilen, sondern die Frage der Zulässigkeit des (Teil-)Abbruches und Wiederaufbaues bzw. Neubaus zweier Bauten im einen Fall innerhalb der bestehenden Grundmauern ... , im andern Fall über die bestehenden Grundmauern hinaus ...

3.1 Die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 4 Schutzzonenreglements bezieht sich aufgrund der Systematik des Schutzzonenreglements gleichermaßen auf "Neubauanlagen" nach Art. 3.3.1 wie auch auf "Bestehende Bauten und Anlagen" nach Art. 3.3.2. Im einen wie im andern Fall stellt sich die Frage nach den Kriterien, unter welchen eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Das Schutzzonenreglement äussert sich hierzu nicht. Wie dargelegt müssen aufgrund des zu beachtenden übergeordneten Rechts im Sinne von Anhang 4 Ziff. 222 Abs. 1 lit. a GSchV wichtige Gründe für die Erteilung von Ausnahmen neben der Voraussetzung der Nichtgefährdung der Trinkwassernutzung auch im Geltungsbereich des Schutzzonenreglements gegeben sein.

3.2 Was unter den wichtigen Gründen zu verstehen ist, wird in der Wegleitung Grundwasserschutz wie folgt skizziert (S. 59):

"Es soll ein begründbarer und nachvollziehbarer Sachzwang für die Errichtung oder Beibehaltung der Anlage bestehen, welcher stärker gewichtet wird als die Anliegen des Grundwasserschutzes und der Trinkwasserversorgung.

Das Bundesrecht gewichtet allerdings die Anliegen des Grundwasserschutzes sehr stark. Eigentlich erfüllen die genannten Bedingungen nur unverzichtbare Anlagen oder Teile von Anlagen, wel-

B 8.11

che aufgrund geologischer oder topographischer Standorteigenschaften oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit (beispielsweise standortgebundene Lawinenverbauungen) zwingend in der Schutzzone liegen müssen. Wirtschaftliche Gründe oder Nutzungsinteressen rechtfertigen Ausnahmen nicht".

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, diese Wegleitung stelle nur eine Auslegehilfe dar und es komme ihr keine eigenständige Bedeutung zu, ist vorab festzuhalten, dass einerseits der Regierungsrat die Wegleitung auch nur in diesem Sinne verwendet hat, und andererseits das Schutzzonenreglement in Art. 3 Abs. 2 explizit auf die Richtlinien und Empfehlungen der Eidgenössischen Fachinstanzen verweist (vorstehend Erw. 2.5). Der "wichtige Grund" neben der Nichtgefährdung der Trinkwassernutzung als Voraussetzung für die Erteilung einer Neubaute wird indes, wie dargelegt, von der Gewässerschutzverordnung verlangt (vgl. vorstehend Erw. 2.). Ob das Baugesuch vor oder nach Erlass der Wegleitung eingereicht wurde, hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin folglich keine Bedeutung, da die Gültigkeit eines Gesetzes nicht durch die Auslegungsinstrumente und -hilfsmittel beeinflusst wird.

Die Besitzstandsgarantie wird in der Wegleitung nicht ausdrücklich als wichtiger Grund genannt. Indes stellt Art. 31 Abs. 2 GSchV sicher, dass die Besitzstandsgarantie auch im Bereich der Grundwasserschutzgesetzgebung Gültigkeit hat, soweit und solange der Anspruch auf Besitzstandsgarantie nicht mit den Zielsetzungen des Grundwasserschutzes kollidiert, was zu Sanierungsmassnahmen führen bzw. u.U. sogar einen Abbruch eines Gebäudes erfordern könnte. Im Entscheid VGE 1014/02 vom 27. September 2002 (Erw. 4.c/aa) hat das Verwaltungsgericht zudem festgehalten, dem Wesen der verfassungsrechtlich geschützten Eigentums-/Besitzstandsgarantie entsprechend komme dem Anspruch auf Wiederaufbau eines Gebäudes die Qualität eines wichtigen Grundes im Sinne von Anhang 4 Ziff. 222 GSchV zu (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht, Diss, Zürich 2003., S. 157), was damit begründet wurde, dass die gegenteilige Annahme zu einer Ungleichbehandlung desjenigen Eigentümers führen würde, dessen Eigentum durch höhere Gewalt zerstört wurde.

3.3 Ob ein Neubauvorhaben einen zulässigen Wiederaufbau, der sich auf die Besitzstandsgarantie berufen kann, darstellt, ist gemäss dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung an und für sich in gewässerschutzrechtlicher und baurechtlicher Hinsicht gleich zu beurteilen. Es macht jedenfalls keinen Sinn, das gleiche Neubauvorhaben in gewässerschutzrechtlicher Hinsicht als zulässige Wiederaufbaute zu qualifizieren, um dann in baurechtlicher Hinsicht zu argumentieren, dass hier das gleiche Projekt infolge mangelnder Wesens-

gleichheit nicht als Wiederaufbaubaute gelten könne. Auch wenn Baurecht und Grundwasserschutz unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen, ändert dies nichts daran, dass die gewässerschutzrechtliche Wiederaufbaute nicht ohne Not anders zu beurteilen ist als die baurechtliche Wiederaufbaute. Vorbehalten bleiben hinreichende Gründe, welche eine unterschiedliche Betrachtungsweise gebieten (EGV-SZ 1995 Nr. 8 Erw. 3c). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu § 72 Abs. 3 Satz 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (SRSZ 400.100) verlangt die Beanspruchung des Wiederaufbaurechts für ein abzubrechendes Gebäude nicht ein sklavisches Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen. Indessen hat praxisgemäss der frühere Umfang als Richtschnur des Wiederaufbaus zu gelten. Ausserdem muss auch die nutzungsmässige Wesensgleichheit gewährleistet sein (VGE 1014/02 vom 27. September 2002 Erw. 4c/dd). Diese Voraussetzungen entsprechen der bundesgerichtlichen, zu Art. 24 RPG entwickelten Rechtsprechung, wonach eine Wiederaufbaute dem alten Bauwerk in Grösse und Nutzungsart ungefähr entsprechen muss (EGV-SZ 1995 Nr. 8 Erw. 3e mit zahlreichen Hinweisen; vgl. M. Joos, Raumplanungsgesetz, Zürich 2002 S. 219 ff mit Hinweisen; Gisler, a.a.O. S. 56 ff.).

Diese im Bereich des Planungs- und Baurechts entwickelten Kriterien zur Prüfung der Frage, ob ein Wiederaufbau noch unter die Bestandesgarantie fallen kann, erfährt durch die gewässerschutzrechtlich geschützte Bestandesgarantie indes in zwei Richtungen eine Erweiterung. Zum einen ist eine Erweiterung der Baute gemäss dem Schutzzonenreglement innerhalb der bestehenden Grundmauern um höchstens einen Viertel erlaubt, d.h. in einem Ausmass, dass von der baurechtlichen Bestandesgarantie regelmässig - auch ohne sklavisches Festhalten an bisherigen Gebäudeformen - nicht mehr gedeckt ist. Zum andern sind auch Zweckänderungen zulässig unter dem Vorbehalt, dass keine Erhöhung des Gefährdungsgrades für das Grundwasser resultiert. Insofern ist die gewässerschutzrechtliche Bestandesgarantie grundsätzlich weiter gefasst als die baurechtliche. Diese differenzierte Betrachtungsweise zeitigt dort ihre Auswirkungen, wo aus planungs- und baurechtlicher Sicht grundsätzlich ohne weiteres eine weit grössere oder anders situierte Baute möglich wäre, diese planerische Freiheit indes an gewässerschutzrechtliche Schranken stösst.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass in den Fällen bei Bauten in Grundwasserschutz-zonen, in welchen keine baurechtliche Bestandesgarantie zu beachten ist, allein die gewässerschutzrechtliche Betrachtungsweise massgebend ist, d.h. dass in diesen Fällen ein Wiederaufbau/Neubau einer bestehenden Anlage auf den Grundriss der bestehenden Grundmauern limitiert wird, und dass die aus gewässerschutzrechtlicher Sicht zulässige Erweiterung der Nutzfläche auf höchstens einen Viertel

B 10.1

sowie eine allfällige Zweckänderung aus gewässerschutzrechtlicher Sicht voraussetzen, dass aus einer allfälligen Erweiterung bis zu diesem Höchstwert bzw. aus einer Zweckänderung keine erhöhte Gefährdung des Grundwassers resultiert.

Ist hingegen neben der gewässerschutzrechtlichen auch eine baurechtliche Bestandesgarantie beachtlich, ist ebenso zu prüfen, ob der Wiederaufbau/ Neubau trotz Erweiterung der Nutzfläche um höchstens einen Viertel auch baurechtlich dem alten Bauwerk in Grösse und Nutzungsart ungefähr entspricht (was bei einer Erweiterung der Nutzfläche im gewässerschutzrechtlich maximal zulässigen Umfang kaum der Fall sein wird) bzw. ob er auch die übrigen baupolizeilichen Vorschriften wahrt. Führt diese Prüfung zu einem negativen Ergebnis, bleibt die Gewährung einer baurechtlichen Ausnahmegewilligung (§ 73 PBG) vorbehalten.

(VGE 1000/05 vom 30. Juni 2005).

8.12 Kostenaufgabe und Parteientschädigung

- *Rechtswidriges Verhalten der obsiegenden Partei rechtfertigt Abweichung vom Unterliegerprinzip (siehe EGV-SZ 2004, B. 1.12). Bei bloss formeller Baurechtswidrigkeit jedoch nur hälftige Kostenaufgabe und hälftige Reduzierung der Parteientschädigung (siehe EGV-SZ 2005, B 1.13).*

10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft

10.1 Schultransport

- *Zumutbarkeit eines Schulweges.*

Aus den Erwägungen:

2.1 § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 (VSV; SRSZ 611.210) verpflichtet die Schulträger, auf eigene Kosten für eine angemessene Fahrgelegenheit zu sorgen, wo den Schülern der Schulweg wegen zu weiter Entfernung nicht zugemutet werden kann. Gemäss § 59 Abs. 2 VSV i.V.m. § 4 Abs. 2 lit. i der Weisungen für

die Schulräte der Volksschulen vom 18. Februar 1976 (SRSZ 611.213) obliegt dem Schulrat u.a. die Organisation und Betreuung der Schülertransporte. Zum Erlass von Weisungen über die Schülertransporte nach Anhörung der Schulträger ist gemäss § 6 des Regierungsratsbeschlusses betreffend den Vollzug der Verordnung über die Volksschulen (Volksschul-Statut) vom 18. Februar 1974 (SRSZ 611.211) der Erziehungsrat ermächtigt. Mit ERB Nr. 63 vom 11. Mai 1976 bzw. ERB Nr. 44 vom 21. Juni 1982 hat der Erziehungsrat "Empfehlungen und Hinweise betreffend die Organisation und Durchführung der Schülertransporte und der Mittagsverpflegung" erlassen.

Ziff. A.2 dieser Weisungen trägt die Marginalie "Zumutbarkeit des Schulweges" und lautet wie folgt:

"2. Zumutbarkeit des Schulweges

Über die Zumutbarkeit eines Schulweges entscheidet im Rahmen der Schulverordnung und dieser Empfehlungen der Schulträger.

Schülern der Oberstufe kann die Benützung von Fahrrädern grundsätzlich zugemutet werden. Dabei ist die Verkehrssicherheit zu berücksichtigen.

Als Richtwert für die obere Grenze eines zumutbaren Schulweges (Hin- oder Rückweg) gilt eine Gehzeit von 45 Minuten und eine Fahrzeit (Fahrrad) von 15 Minuten.

Für die Benützung von Fahrrädern sowie bei der Berechnung der Gehzeit sind die klimatischen und topographischen Verhältnisse angemessen zu berücksichtigen."

Die genannten, für die Zumutbarkeit massgeblichen Kriterien der Länge des Schulweges inkl. zu überwindender Höhendifferenz und Beschaffenheit des Weges, sowie der Verkehrssicherheit entsprechen der vom Bundesrat entwickelten Praxis, wonach bei einem Schulweg von übermässiger Länge oder grosser Gefährlichkeit die Anforderungen eines verfassungskonformen genügenden Grundschulunterrichts auf Dauer nur durch einen vom Staat zu bezahlenden, für die Eltern kostenfreien Schultransport sicher gestellt werden können (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5.A., Zürich 2001, S. 79 f., 259-61; VPB 64 (2000) Nr. 1 S. 18, Nr. 56 S. 677-82, VPB 63 (1999) Nr. 59 S. 573-75).

Neben den genannten Kriterien ist auch den besonderen Umständen in weitläufigen Gemeinden im Berggebiet angemessen Rechnung zu tragen (VPB 48.38 S. 263). Massgebend ist auch eine durchschnittliche Gesundheit und normale Konstitution wie auch das Alter der betroffenen

B 10.1

Kinder. Ein Schulweg ist nicht schon deshalb ungenügend, weil die Kinder wegen der Schnee- oder Witterungsverhältnisse ein paarmal pro Jahr nicht zur Schule gehen können. Zu beurteilen ist hier der Schulweg über den Zeitraum eines ganzen Jahres (VPB 64 [2000] Nr. 56 Erw. 5.2).

2.2 Absatz 1 der zitierten erziehungsrätlichen Weisung räumt ausdrücklich dem Schulträger die Kompetenz ein, "im Rahmen ... dieser Empfehlungen" über die Zumutbarkeit des Schulweges zu entscheiden. Damit wird den rechtsanwendenden Behörden bzw. Schulträgern der Gemeinden und Bezirke immer noch ein gewisser Ermessensspielraum im Sinne einer Teilautonomie zugebilligt. Diesen Ermessensspielraum, der einem Gemeinwesen bzw. einem Schulträger auch innerhalb des verfassungsmässigen Anspruches auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 und 62 BV) und der kantonrechtlichen Bestimmungen über den Primarschulunterricht in organisatorischer Hinsicht zusteht, hat auch eine Rechtsmittelinstanz, welche grundsätzlich über eine uneingeschränkte Ermessensüberprüfung verfügt, zu respektieren (vgl. Jaag, Rechtsfragen der Volksschule, insbesondere im Kanton Zürich, ZBI 1997 S. 559).

...

2.3 ... Der vorliegend relevante Terminus der "Zumutbarkeit" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar und beinhaltet offenkundig - und wie ausgeführt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - auch einen gewissen Beurteilungsspielraum. Bei der Überprüfung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe hält sich das Gericht praxisgemäss dann zurück, wenn Fachwissen eine Rolle spielt, welches bei der Verwaltungsbehörde ausgeprägter vorhanden ist als beim Verwaltungsgericht (vgl. VGE 841/02 vom 19. April 2002 Erw. 3d; VGE 1033/98 vom 18. September 1998 Erw. 2b; VGE 1060/98 vom 21. Mai 1999, Erw. 1).

3.1 Der Schulweg der Tochter der Beschwerdeführer besteht aus folgenden drei Teilstrecken:

- a) ..., 1,2 km (mit Abkürzungsmöglichkeit von 200 – 300 m), 90 m Gefälle bzw. Steigung, benötigte Gehzeit: 20 Minuten,
- b) ..., 1,6 km, geringe Höhendifferenz, Gehzeit: 20 Minuten, Fahrzeit mit Fahrrad: 10 Minuten,
- c) ..., 8 Minuten Fahrzeit mit Bahn.

...

3.2 Für die Bemessung der Weglänge ist der Weg vom Wohnhaus der Eltern bis zum Schulhaus massgeblich, d.h. die ganze Strecke, die effek-

tiv zurück zu legen ist (H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. A., Bern 2003, S. 227 mit Hinweisen). In zeitlicher Hinsicht sind allfällige Wartezeiten infolge Umsteigens / Wechsel öffentlicher Verkehrsmittel mitzuberücksichtigen, nicht jedoch eine Ankunft / Abfahrt eines öffentlichen Verkehrsmittels am Schulort, die nicht mit dem Schulanfang / Schulende koordiniert ist. Dies verdeutlicht die Bestimmung A.10 der erziehungsrätlichen Weisungen betr. Schülertransporte, wonach für den Fall unterrichtsfreier Wartezeiten über 30 Minuten ein zweckmässiger Aufenthaltsraum zur Verfügung zu stellen ist. (...). Als reine Gehzeit haben die Beschwerdeführer für den Hinweg 43 Minuten ... und für den Rückweg 42 Minuten ... berechnet. Diese - grosszügig bemessene - Gehzeit hält sich im Bereich des Richtwertes gemäss den erziehungsrätlichen Weisungen. ...

Insgesamt ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen die Zumutbarkeit des Schulweges in zeitlicher wie auch distanzlicher Hinsicht bejahen. Dies gilt auch bzgl. der topographischen Ausgestaltung des Schulweges. Nachdem Distanzen bis zu 2,5 km (ohne bedeutende Höhenunterschiede) auch für Kinder im Kindergartenalter als zumutbar erachtet und Höhendifferenzen von rund 200 m noch nicht als übermässig taxiert werden (vgl. Plotke, a.a.O., S. 227 mit Hinweisen), ist der Tochter der Beschwerdeführer als Oberstufenschülerin eine zu Fuss oder auch mit Fahrrad zu bewältigende Distanz von 2,8 km mit einer Höhendifferenz von rund 100 m (nur Rückweg) zuzumuten, auch wenn der Schulweg, wie die Vorinstanz anerkennt, an der oberen Grenze liegt und von der Schülerin (in physischer Hinsicht) einiges abverlangt (angefochtener Entscheid Erw. 5.2). Im Sinne der dargelegten Rechtsprechung (vorstehend Erw. 2.1 i.f.) bedeutet dies umgekehrt, dass der Schulträger verpflichtet ist, in Ausnahmefällen (starker Schneefall, Eisregen o.ä.) ein witterungsbedingtes verspätetes Erscheinen der Schülerin zu tolerieren, wobei in diesem Fall die Beschwerdeführer im Sinne der in § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 (VSV; SRSZ 611.210; vgl. auch § 36 Abs. 1) postulierten Zusammenarbeit zwischen Eltern und Volksschulen gehalten sind, Schulleitung und/oder Lehrerschaft nach Möglichkeiten hierüber telephonisch zu informieren.

4. Zu prüfen ist als nächstes die Frage der Zumutbarkeit des Schulweges hinsichtlich des damit verbundenen Gefahrenpotentials. Dabei sind zwei Abschnitte zu unterscheiden (vgl. RR-act. III/10 = Protokoll des Augenscheins vom 23. August 2004) ...

4.3. Die Beschwerdeführer stützen sich auf ein Privatgutachten ab, welches zu anderen Schlüssen kommt als der Regierungsrat. ...

B 10.1

4.4 ... Abweichende Auffassungen bestehen betr. Verkehrsaufkommen. ... Das Privatgutachten äussert sich mit keinem Wort zum Verkehrsaufkommen. Die genaue Zahl der Fahrzeuge ist indes aus folgendem Grunde von untergeordneter Bedeutung. Der von den Beschwerdeführern eingereichten Studie "Kinder im Strassenverkehr" ist zu entnehmen, dass fast 30 Prozent der Fahrten der Altersgruppe von Zweitklässlern auch auf die verkehrsreichsten Strassen führten; bei den Achtklässlern betrage dieser Anteil 66 Prozent, bei zielgerichteten Fahrten, wozu der Schulweg zu zählen ist, noch 35 Prozent. Bewegt sich indes statistisch erhärtet rund ein Drittel einer Altersgruppe auf den verkehrsreichsten Strassen, zu welchen weder die V.-Strasse noch die U.-Strasse zu zählen ist, kann allein ein eher hohes Verkehrsaufkommen grundsätzlich noch keine besondere Gefährlichkeit begründen.

Strassencharakter und Strassenbeschaffenheit werden durch die erwähnten Photodokumentationen gut illustriert. Dies betrifft auch die Befahrbarkeit des Schulweges bei unterschiedlichen äusseren Bedingungen, da die Photos des Augenscheins bei gutem, diejenigen des Privatgutachtens bei schlechten Witterungsverhältnissen aufgenommen wurden. Aufgrund der Photoaufnahmen kann nicht gesagt werden, der Strassenabschnitt von der Bahnüberführung bis ... mit einem Mittelstreifen und Randmarkierungen zeichne sich im Vergleich zu anderen, den Schülern innerhalb (und ausserhalb) des Kantons Schwyz zugemuteten Schulwegen durch eine besondere Gefährlichkeit aus. Verschieden präsentiert sich die Situation auf dem Abschnitt ... mit einer Breite von rund 5,5 m und ohne Mittelstreifen, jedoch mit Randmarkierungen, welche gerade bei Nacht und Nebel dank der wegleitenden Funktion einen nicht unwichtigen Faktor der Verkehrssicherheit darstellen. Zudem muss sie von der Schülerin auf einer Länge von rund 600 Metern (gemäss LK 1:25'000, bis zur Einmündung in die ...) befahren bzw. begangen werden, was bei einem Marschtempo von ca. 4,5 km/h acht Minuten ausmacht und bei einer Fahrgeschwindigkeit von 15 km/h weniger als 2½ Minuten. Es ist dem Bezirksschulrat beizupflichten, dass auf solchen Strassen alle Verkehrsteilnehmer gezwungen sind, aufeinander Rücksicht zu nehmen und bei sich nahendem Gegenverkehr, insbesondere wenn sich noch Verkehrsteilnehmer auf zweirädrigen Fahrzeugen auf der Strasse befinden, die Geschwindigkeit zu drosseln. Dieses Gebot ergibt sich bereits aus der Verkehrsgrundregel gemäss Art. 26 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01), wonach sich jedermann im Verkehr so verhalten muss, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet; dabei ist besondere Vorsicht gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten geboten. Hinsichtlich der Geschwindigkeit im Speziellen gilt das Gebot, dass sie stets den Umständen anzupassen ist, namentlich den

Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen (Art. 32 Abs. 1 SVG). Bereits aufgrund dieser Verkehrsregel ist der vom Regierungsrat gezogene Schluss zulässig, dass auf Strassen wie der ... die zulässige Höchstgeschwindigkeit häufig nicht ausgeschöpft wird (bzw. teilweise infolge der Kurven gar nicht ausgeschöpft werden kann).

Die zwei neuralgischen Punkte der Einmündung von der ... und von der ... in die ... bieten auf dem Hinweg für eine einigermaßen geübte und instruierte Velofahrerin, wie es bei einer durchschnittlichen Oberstufenschülerin erwartet werden kann, keine nennenswerten Schwierigkeiten. ... Für den Rückweg bedeuten die zwei Abzweigungen, dass zweimal eine Gegenfahrbahn überquert werden muss. Bei der Abzweigung von der ... in die ... befindet sich zwar keine separierte Einspurstrecke, die Abzweigung ist jedoch, wie den Photos zu entnehmen ist, mit grossen Pfeilen auf der rechten Fahrbahn, die sich bis rund zur doppelten Breite ausweitet, markiert. Es steht eine ausreichende Distanz zur Verfügung, um den übrigen Verkehrsteilnehmern durch deutliches Handzeichen die Einspurabsicht kundzutun und das Einspuren vorzubereiten. Eine besondere Schwierigkeit ist hier nicht ersichtlich. ...

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass durch die geeignete Ausrüstung des Velos mit Beleuchtung sowie durch Tragen von reflektierenden Schulsäcken und Kleidungsstücken, Taschenlampen, Stirnlampen, wie sie z.T. auch von Joggern getragen werden, etc., wenn der Schulweg zu Fuss bestritten wird, die Sicherheit auch für die dunklen Tageszeiten und schlechte Witterungsverhältnisse gewährleistet werden kann. Dies gilt indes für alle (schwächeren) Verkehrsteilnehmer gleichermaßen unbeschadet ihrer Schul- und Arbeitswege.

Zusammenfassend ist somit nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen die Zumutbarkeit des Schulweges sowohl hinsichtlich seiner Länge / Zeitbedarfes wie auch seiner Gefährlichkeit bejaht haben.

4.5 Für die Aufzählung von Oberstufenschülern mit vergleichbaren Schulwegen besteht hinsichtlich der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Schulweges im individuellen Fall kein Anlass. ...

Die grosse Zahl von Streu- und Hofsiedlungen im Gebiet des Kantons Schwyz bringt es vielmehr unweigerlich mit sich, dass mancherorts Kinder einen längeren Schulweg unter die Füsse zu nehmen haben als in Agglomerationsgebieten. Insofern darf bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Schulweges, insbesondere im Lichte der Verhältnismässigkeit und der Interessenabwägung, auch dem öffentlichen Interesse, das vorliegend im schonenden und effizienten Einsatz der öffentlichen finanziellen Ressourcen besteht, Rechnung getragen werden.

Gleichzeitig teilt die Tochter der Beschwerdeführer aufgrund ihrer Wohnlage auch insofern das Schicksal vieler Kinder mit vergleichbarer

B 10.1

Wohnlage, als sie den Schulweg allein oder allenfalls mit Geschwistern absolvieren muss. Wie auch bereits betont, stellt der Schulweg einerseits an die Schülerin unbestreitbar gewisse Anforderungen in zeitlicher und körperlicher wie - möglicherweise - auch psychischer Sicht. Allein die Befürchtung einer möglichen Überforderung begründet jedoch keine Unzumutbarkeit. Die in der Beschwerde genannten Ausnahmesituationen (Beschwerde Ziff. 15 S. 14) können auf eine Vielzahl kürzerer oder längerer Schulwege Anwendung finden und rechtfertigen keinen Transportdienst.

(VGE 1061/04 vom 17. Februar 2005).

Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 2P.101/2005 vom 25. Juli 2005 bestätigt. Aus dessen Erwägungen:

5.2.2 Insbesondere unter Berücksichtigung der wesentlichen Verkürzung des Schulweges bei Benützung des Fahrrades, die während eines grossen Teils des Jahres - sogar nach Darstellung der Beschwerdeführer während mehr als zwei Dritteln des Jahres - möglich ist, durfte das Verwaltungsgericht ohne Verletzung von Art. 19 BV annehmen, der hier in Frage stehende Schulweg sei für eine 13-jährige Oberstufenschülerin in zeitlicher Hinsicht zumutbar, zumal sogar für Kinder im Kindergartenalter ein halbstündiger Fussmarsch als zumutbar gilt (vgl. dazu Urteil 2P.101/2004 vom 14. Oktober 2004, E. 4: Schulweg für Kinder von 13 bis 16 Jahren von 40 Minuten bei einer Wegstrecke von 8 km und einem Höhenunterschied von 100 m; vgl. auch Urteil 2P.23/2003 vom 28. Mai 2003 E. 3.3, mit Hinweisen auf frühere Entscheides des Bundesrates).

5.3.1 In Bezug auf die Gefährlichkeit des Schulweges hat das Verwaltungsgericht - insbesondere gestützt auf das Ergebnis des Augenscheins sowie der aussagekräftigen Photodokumentation sowohl des Augenscheins (bei gutem Wetter) als auch des Privatgutachtens des Beschwerdeführers (bei schlechten Witterungsbedingungen), die die Strassenverhältnisse gut illustrieren - in sorgfältiger und ausführlicher Würdigung der örtlichen Verhältnisse dargelegt, weshalb der zu Fuss bzw. mit dem Fahrrad zurückzulegende Teil des Schulweges einer Oberstufenschülerin im Alter von 13 Jahren auch unter diesem Gesichtspunkt zugemutet werden kann.

5.3.2 Soweit die Beschwerdeführer mit ihrer Beschwerde im Zusammenhang mit dem Vorwurf willkürlicher Beweiswürdigung erstmals Photos einreichen, die die Strassenverhältnisse bei Schneefall zeigen, sind diese neu und daher unbeachtlich (vgl. BGE 129 I 49 E. 3 S. 57). Diesem Umstand kommt indessen ohnehin nicht besondere Bedeutung zu,

nachdem das Verwaltungsgericht starken Schneefall ausdrücklich als Grund bezeichnet hat, welcher ein witterungsbedingtes verspätetes Erscheinen der Schülerin zu rechtfertigen vermöge. Es hat damit offensichtlich auch winterliche Verhältnisse berücksichtigt.

5.3.3 ... Inwiefern ihre Tochter mit dem in Frage stehenden Schulweg, indem sie diesen allein und zu Fuss oder mit dem Fahrrad zu bewältigen hat, "klar überfordert" würde, ist nicht ersichtlich.

5.3.4 Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint der angefochtene Entscheid hinsichtlich der Gefährlichkeit insbesondere zur Winterzeit zwar eher als streng; er hält sich jedoch noch - insbesondere auch angesichts der vorliegenden speziellen Verhältnisse in einem ländlichen Gebiet mit zahlreichen Hof- und Streusiedlungen sowie der ebenfalls zu berücksichtigenden Schonung der öffentlichen Finanzen (vgl. BGE 129 I 12 E. 6.3 S. 20) - im Rahmen des den Kantonen in solchen Fragen zustehenden Spielraumes. Es kann daher weder von einer Verletzung des Willkürverbotes noch von einer Missachtung von Art. 19 BV gesprochen werden.

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Freihändiges Verfahren

- *Freihändiges Verfahren im unterschweligen Bereich (Anhang 2 zu IVöB) (Erw. 3).*
- *Nichtanfechtbarkeit der freihändigen Arbeitsvergabe (Erw. 4). Ausnahmen (Erw. 4.2).*

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist im vorliegenden Verfahren, ob von allem Anfang an ein freihändiges Verfahren durchgeführt worden oder ob es später zu einem unzulässigen Verfahrenswechsel gekommen ist. Des Weiteren wird zu prüfen sein, ob das freihändige Verfahren zulässig ist und inwieweit es vor Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Nachdem die Beschwerdeführerin selbst eine Offerte eingereicht und gegen das mitgeteilte, ohne Rechtsmittelbelehrung versehene Vergabeergebnis nunmehr Beschwerde eingereicht hat, bedarf es vorgängig aus verfahrensökonomi-

B 11.1

schen Gründen keiner förmlichen anfechtbaren Feststellungsverfügung (siehe hiezu aber auch die regierungsrätlichen Weisungen gegenüber der kantonalen Verwaltung in RRB Nr. 852/2005 vom 28. Juni 2005, Ziff. 3.2). Ob und unter welchen Voraussetzungen ein solches förmliches Feststellungsverfahren vor der Beschwerdeerhebung gegen ein freihändiges Vergabeergebnis überhaupt erforderlich wäre, kann hier offen bleiben.

3.1 Art. 12 Abs. 1 IVöB unterscheidet folgende Verfahrensarten:

- das offene Verfahren, bei dem die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den geplanten Auftrag öffentlich ausschreibt und alle Anbieterinnen und Anbieter ein Angebot einreichen können (lit. a);
- das selektive (zweistufige Verfahren) Verfahren, bei dem die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den geplanten Auftrag öffentlich ausschreibt und auf Grund von Eignungskriterien die Teilnehmer der Offertstellung bestimmt (lit. b erster Satz);
- das Einladungsverfahren, bei dem die Auftraggeberin oder der Auftraggeber bestimmt, welche Anbieterinnen oder Anbieter ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber muss wenn möglich mindestens drei Angebote einholen (lit. b^{bis});
- das freihändige Verfahren, bei dem die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (lit. b).

3.2 Die den angefragten Fachfirmen zugegangenen Unterlagen für die Preisanfrage nehmen auf das öffentliche Beschaffungsrecht keinen relevanten Bezug. Einzig auf Seite 6 der Preisanfrage wird festgehalten, dass der Anbieter mit seiner Unterschrift u.a. die geltende „Submissionsordnung“ „persönlich kennt“. Zudem wird auf Seite 7 auf das Vorprojekt als Grundlage hingewiesen (welches offenbar die Beschwerdeführerin verfasste) und festgehalten, „dass das für das Vorprojekt beauftragte Büro gemäss kant. Ausschreibungspraxis auch für die Submission des Loses Projekt und Realisation zugelassen“ werde (betr. unzulässiger Vorbefassung siehe aber auch EGV-SZ 2003, B. 1.4).

Es ist der Vorinstanz zwar dringend zu empfehlen, bei freihändigen Verfahren inskünftig von allem Anfang klar darauf hinzuweisen, dass man sich in einem freihändigen Verfahren befindet und grundsätzlich keine Rechtsmittelmöglichkeit besteht (siehe auch die regierungsrätlichen Weisungen gegenüber der kantonalen Verwaltung in RRB Nr. 852/2005 vom 28. Juni 2005, Ziff. 3.2; VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 4.2). Wegen dieser Unterlassung kann jedoch im vorliegenden Fall nicht gefolgert werden, die Vorinstanz habe sich nicht schon zu Beginn auf ein freihändiges, sondern auf ein Einladungsverfah-

ren festgelegt, und dies den Anbietern so kommuniziert. Vielmehr lässt der Inhalt der zugestellten Unterlagen der „Preis-anfrage“ vernünftigerweise nur den Schluss zu, dass kein formalisiertes Zuschlagsverfahren mit Anfechtungsmöglichkeit anvisiert war und durchgeführt wurde.

3.3 Diese Beurteilung wird auch durch den Auftragswert bekräftigt. Im hier anzuwendenden von den Staatsverträgen nicht erfassten Bereich liegt der Schwellenwert bei Dienstleistungen (siehe Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 163) für das freihändige Verfahren unter Fr. 150'000.-- und für das Einladungsverfahren unter Fr. 250'000.-- (Anhang 2 zur IVöB). Im Kostenvoranschlag war ein Betrag von Fr. 42'000.-- (inkl. MwSt) vorgesehen, während der Zuschlagspreis mit Fr. 40'000.-- (inkl. MwSt) geringfügig darunter lag. Wenn bei dieser Sachlage ein freihändiges Vergabeverfahren durchgeführt wurde, so war dies klarerweise zulässig. Daran vermögen die beschwerdeführerischen Einwände nichts zu ändern.

3.4 Es trifft zwar zu, dass eine Vergabebehörde unbesehen des tiefen Auftragswertes im unterschweligen Bereich statt eines freihändigen ein Einladungsverfahren festlegen könnte und in der Folge denn auch daran gebunden wäre (VGE 1048/00 vom 30. März 2001, Erw. 5a; VGE 1017/05 vom 28. April 2005, Erw. 3; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 141, 154). Für die Annahme, dass im vorliegenden Verfahren dies der Fall ist, liegen jedoch keine überzeugenden Anhaltspunkte vor. Es wird insbesondere auf die Erwägungen in Ziffer 3.2 verwiesen.

Aber auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Indizien für ein Einladungsverfahren (verschlossenes Eingabecouvert, Offertöffnung, Vergabekriterien, Einholung von fünf Konkurrenzofferten, verlangte Unterlagen) vermögen deren Rechtsstandpunkt nicht zu begründen. Auch im freihändigen Verfahren sind nämlich die öffentlichen finanziellen Mittel haushälterisch einzusetzen, weshalb die Einholung von Konkurrenzofferten angezeigt ist. Gemäss den bereits erwähnten Weisungen für die kantonale Verwaltung (RRB Nr. 852/2005) sieht der Regierungsrat in Ziff. 3.1 für Dienstleistungen unter Fr. 50'000.-- Konkurrenzofferten nach Bedarf vor (z.B. wenn man den Wettbewerb und Markt nutzen will), während bei solchen zwischen Fr. 50'000.-- bis Fr. 150'000.-- es in der Regel mindestens drei Konkurrenzofferten sein sollten. Wenn nun die Vorinstanz bei einem Kostenvoranschlag von Fr. 42'000.-- fünf Konkurrenzofferten einholte, so hatte sie den ihr zustehenden Spielraum im Rahmen des freihändigen Verfahrens nicht überschritten und sich nicht den Vorschriften eines höherstufigen Verfahrens verpflichtet (VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 3.4.1), zumal immer damit zu rechnen ist, dass nicht alle angeschriebenen Anbieter tatsächlich auch

B 11.1

eine Offerte einreichen werden (im vorliegenden Fall haben von fünf angeschriebenen Firmen vier eine Offerte eingereicht).

Des Weiteren sind im freihändigen Verfahren auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts zu beachten (vor allem Willkürverbot, Gebot des fairen Verhaltens und des fairen Wettbewerbs) (zit. RRB Nr. 852/2005). Dies gebietet aber, dass zumindest intern Vergaberichtlinien definiert sind um sachgerechte, willkürfreie Arbeitsvergaben zu gewährleisten (VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 3.4.2; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 189). Wenn nun diese Vergaberichtlinien ganz oder teilweise den Anbietern kommuniziert werden, so wird damit die Vorinstanz wiederum nicht den Vorschriften des höherstufigen Einladungsverfahrens verpflichtet. Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für die weiteren geltend gemachten Vergabeformalien, wobei hinsichtlich der Offertöffnung zu erwähnen ist, dass kein Offertöffnungszeitpunkt bekannt gegeben wurde und folgerichtig auch nicht von einer öffentlichen Offertöffnung gesprochen wurde.

4.1 Das Verwaltungsgericht hat in VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 4, in Beachtung des bundesgerichtlichen Präjudizes 2P.189/2004 vom 11. Februar 2005 entschieden, dass freihändige Vergaben grundsätzlich nicht anfechtbar sind. Die Annahme eines formalisierten Vergabezuschlages steht im Widerspruch zum Begriff einer freihändigen Vergabe. Letzteres zeichnet sich gerade dadurch aus, dass eine Vergabe direkt, d.h. nicht nur ohne Ausschreibung, sondern auch ohne Einladung erfolgen kann (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB; vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 134; BR 2000 S. 124). Eine freihändige Vergabe kann folglich insbesondere auch nicht auf die Anwendung von Zuschlagskriterien, die in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen (§ 12 VIVöB) enthalten sein müssen, überprüft werden (vgl. SGGVP 1999 Nr. 36 Erw. d). In diesem Sinne wird in den mehrfach erwähnten regierungsrätlichen Weisungen (RRB Nr. 852/2005 vom 28. Juni 2005) zutreffend ausgeführt (Ziff. 3.2), dass das freihändige Verfahren nicht an strenge formelle Voraussetzungen gebunden ist und die Vergabe nicht mittels einer Verfügung erfolgt. Die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens würde dem Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe (formloses und rasches Verfahren) widersprechen. Neben der Förderung des wirksamen Wettbewerbes, der Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und der Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (Art. 1 Abs. 3 lit. a-c IVöB) soll mit den Bestimmungen der IVöB über das öffentliche Beschaffungswesen auch die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB) sichergestellt werden (vgl. Art. 1 lit. c BöB). Bei Bagatellaufträgen, welche durch die Schwellenwerte betraglich definiert sind, würde ein streng formali-

sierter Vergabeprozess - wozu auch ein Rechtsmittelverfahren zu rechnen ist - wie er sich im überschwelligen Bereich beim offenen und selektiven Verfahren zur Erreichung der Zielsetzungen von Art. 1 Abs. 3 lit. a-c IVöB rechtfertigt, infolge einer ungünstigen Relation von Verfahrenskosten zu Auftragswert zu einem unerwünschten Effizienzverlust führen (vgl. G. Ganz, Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen, in: PBG aktuell 2001, S. 5 - 23, S. 19).

4.2 Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass ein Bewerber beschwerdeweise allenfalls die Verfahrenswahl an sich (d.h. die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens) in Frage stellt oder geltend macht, eine zulässigerweise freihändig erfolgte Vergabe beruhe auf gegen das Binnenmarktgesetz verstossenden Vorschriften oder Weisungen, welche auf den Ausschluss ortsfremder Anbieter ausgerichtet sind, oder wenn sich der Vergabeentscheid erklärermassen auf eine dahingehende behördliche Praxis stützt (VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 3.4.2).

4.3 Mithin ist vorliegend von der Nichtanfechtbarkeit des im freihändigen Verfahren erteilten Auftrages auszugehen. Im Übrigen ist die gewählte Verfahrensart zulässig (Erw. 3.3). Anhaltspunkte, dass das Binnenmarktgesetz verletzt sein könnte, bzw. dass die vorliegend freihändig erfolgte Auftragsvergabe auf gegen die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes (freier Marktzugang, Diskriminierungsverbot) verstossenden Normen bzw. Weisungen oder einer entsprechenden behördlichen Praxis beruhe, sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

(VGE 1055/05 vom 9. Dezember 2005).

11.2 Ausschreibungsunterlagen

- *Grundsätzliche Nichtanfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen. Ausnahmefall (Erw. 2).*
- *Zulässigkeit von anbieter- und schlüsselpersonenbezogenen Eignungskriterien (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Ebenfalls bereits im Zwischenbescheid dargelegt wurde, dass das Verwaltungsgericht u.a. Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggebern beurteilt, die gestützt auf die IVöB Aufträge vergeben (§ 3 lit. a des

B 11.2

Kantonsratsbeschlusses vom 17. Dezember 2003 über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [KRB, SRSZ 430.120]). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt u.a. die Ausschreibung des Auftrags (Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB). Es ist unbestritten, dass die Ausschreibung im kantonalen Amtsblatt (...) nicht angefochten wurde und wird, sondern vielmehr die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Präzisierung. Somit stellt sich die Frage, ob Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar sind. Ist diese Frage zu verneinen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

2.2 In § 12 Abs. 1 VIVöB wird der Mindestinhalt einer Ausschreibung festgehalten. Dazu gehören auch die Eignungskriterien und die zu erbringenden Nachweise, insbesondere die verlangten finanziellen Garantien und Angaben (lit. h). § 12 Abs. 2 VIVöB erlaubt, dass gewisse Angaben, so die in Abs. 1 lit. h verlangten, auch erst in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen werden können. Dies war in casu teilweise der Fall.

Der Umstand, wonach es im Ermessen des Auftraggebers liegt, den Mindestinhalt einer Ausschreibung teilweise erst in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen, weist darauf hin, dass es sich bei solchen Angaben an sich um Bestandteile der Ausschreibung handelt (siehe auch BGE 125 I 203 Erw. 3a). Daraus könnte man folgern, dass auch die Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar sein müssen, zumal damit u.U. auch eine effizientere Abwicklung des Vergabeverfahrens ermöglicht wird (wobei dieser Argumentation entgegengehalten wird, eine blossе Beanstandungspflicht in Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben sei zumeist zweckmässiger als eine Beschwerdeführung). Gegen eine solche Schlussfolgerung werden jedoch in Lehre und Praxis gewichtige Einwände vorgetragen (siehe hiezu Robert Wolf, die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBI 104 [2003], S. 5 ff.). Insbesondere gilt es zu bedenken, dass Ausschreibungsunterlagen vielfach sehr umfangreich sind, so dass es schwierig ist festzulegen, was davon überhaupt Anfechtungsobjekt sein könnte. Hinzu kommt, dass Zustellung und Bekanntgabe der Ausschreibungsunterlagen nicht in Form einer anfechtbaren Verfügung zu ergehen haben (§ 12 Abs. 1 lit. i, § 14 VIVöB). Es ist deshalb grundsätzlich davon auszugehen, dass Ausschreibungsunterlagen in der Regel nicht selbständig anfechtbar sind. Dies deckt sich auch mit der Rechtsprechung des Bündner Verwaltungsgerichts, welches entschieden hat, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht selbständig angefochten werden können (vgl. PVG 2004, Nr. 26, S. 132 f., Erw. 1).

2.3 Dennoch gibt es Fälle, in welchen ausnahmsweise die Anfechtbarkeit zu bejahen ist, wie nachfolgend darzulegen ist. Dabei handelt es sich um solche Fälle, in welchen es nicht generell darum geht, ob ein Teil der Ausschreibungsunterlagen rechtlich zulässig ist (z.B. ob ein Kriterium mehr oder weniger zu gewichten ist), sondern zumindest *faktisch* darum, ob die Beschwerdeführerin sich überhaupt am Wettbewerb beteiligen darf oder nicht (anzufügen ist, dass in diesem Zusammenhang von einem sogenannten "Killer"-Kriterium gesprochen wird, d.h. dass dann, wenn eines von mehreren Kriterien nicht erfüllt wird, es an sich nicht nötig wäre, die weiteren Kriterien zu überprüfen, vgl. dazu auch BGE 2P.214/2003 vom 25. Febr. 2004, Erw. 2.1 und VGE 1006/99 vom 21. Mai 1999, Erw. 3a-d, Prot. S. 544 ff. betreffend "Killer"-Entscheid).

Im vorliegenden Fall bringt die Beschwerdeführerin unter anderem vor, dass sie die in Ziffer 6.1.1 der Ausschreibungsunterlagen formulierten Anforderungen an den Nachweis der Fachkompetenz, deren Nichteinhaltung den Anbieter von der Wettbewerbsteilnahme ausschliessen (Ziffer 6.1.3 lit. a), nicht erbringen könne, obwohl sie mit der Problematik der Naturgefahren im ... wie kein anderes Büro vertraut und fachlich, finanziell, wirtschaftlich, technisch und organisatorisch problemlos in der Lage sei, die Arbeiten auszuführen. Den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungsnachweis könne sie jedoch nicht erbringen. Sie verfüge über diverse Mitarbeiter, welche die erforderlichen beruflichen Qualifikationen mitbrächten. Sie habe in den vergangenen Jahren verschiedene Gefahrenkarten (Rutschungskarten, Steinschlagkarten etc.) erarbeitet. Als Unternehmung, welche eine breitere Palette geologischer Dienstleistungen anbieten wolle, könne sie trotz ausgewiesener Leistungsfähigkeit den geforderten Nachweis, in den vergangenen acht Jahren mindestens fünf integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard mit bestimmten Bezugsgrössen ausgearbeitet zu haben, nicht erbringen, selbst wenn sie sich mit anderen Spezialisten zu einer Bietergemeinschaft zusammenschliesse. An anderer Stelle führt die Beschwerdeführerin aus, die Ausarbeitung einer seriösen und vollständigen Offerte sei mit einigem Aufwand verbunden. Besprochen und geregelt werden müsste insbesondere auch die Zusammenarbeit in einer Bietergemeinschaft, so zum Beispiel mit Spezialisten im Bereich Hochwassergefahren. Diesen Aufwand im heutigen Zeitpunkt zu betreiben, könne der Beschwerdeführerin nicht zugemutet werden. Insbesondere liessen sich angesichts der strittigen Eignungskriterien im heutigen Zeitpunkt kaum mehr Partner finden, welche bereit seien, sich in einer Bietergemeinschaft zu engagieren.

Es geht mithin vorliegend wie erwähnt darum, ob die Beschwerdeführerin sich überhaupt am Wettbewerb beteiligen darf oder nicht. Die Be-

B 11.2

schwerdeführerin könnte zwar - nachdem das offene und nicht das selektive Verfahren gewählt wurde - einfach eine Offerte einreichen und in Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben einstweilen die Eignungskriterien beanstanden, um dann allenfalls später das Zuschlagsergebnis mit Beschwerde anfechten zu können (welches Vorgehen sie auf eigenes Risiko hin nicht beschritten hat). Dies macht indes im konkreten Fall wenig Sinn, denn zum einen weist die Beschwerdeführerin glaubhaft auf den erheblichen Aufwand für die Offertstellung sowie auf die Schwierigkeiten hin, bei der konkreten Ausgangslage Partner für eine Bietergemeinschaft zu finden. Zum anderen bezwecken Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen auch im offenen Verfahren unter anderem, dass nur geeignete Anbieter eine Offerte einreichen, welche die zwingenden Vorgaben gemäss den Ausschreibungsunterlagen auch erfüllen. Bei dieser Konstellation erweist sich deshalb die selbständige Anfechtung der beanstandeten Ausschreibungsunterlagen ausnahmsweise als zulässig, zumal der (förmliche) Ausschluss aus dem Verfahren explizit eine selbständig anfechtbare Verfügung darstellt (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. d IVöB). Dieses Vorgehen liegt auch im Sinne der Verfahrensökonomie.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass mit der in spezifischen Fällen zugestandenen selbständigen Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen sich dann die Frage stellt, ob der Verzicht auf eine selbständige Anfechtung automatisch die Verwirkung des Beschwerderechts im Zusammenhang mit dem Vergabeentscheid zur Folge hätte. Das Luzerner Verwaltungsgericht tendiert mit nachvollziehbarer Begründung dazu dies zu verneinen, weil die Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich vorgesehen sei, sondern sinngemäss abgeleitet werden müsse. Auch bezüglich der Anfechtungsfrist würden sich erhebliche Unklarheiten und Schwierigkeiten ergeben. Es sei daher fraglich, ob die Nichtanfechtung der Ausschreibungsunterlagen auch die Unzulässigkeit zur Folge hätte, solche Rügen erst bei der Anfechtung der Zuschlagsverfügung vorzubringen. Immerhin könne unter Umständen aufgrund von Treu und Glauben eine Pflicht zur sofortigen Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen mit Verwirkungsfolge im Unterlassungsfall bestehen (LGVE 2000 II Nr. 13, S. 211 f.).

2.4 Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Ergebnis, dass Ausschreibungsunterlagen in der Regel nicht selbständig anfechtbar sind. Eine Ausnahme kommt indessen vor allem dann zur Anwendung, wenn wie im vorliegenden Fall gerügt wird, in den Ausschreibungsunterlagen sei ein unzulässiges "Killer"-Kriterium enthalten, welches die beschwerdeführende Partei zum vornherein vom Wettbewerb ausschliesse, und eine Offerteinreichung glaubhaft unzumutbar und aus verfahrens-

ökonomischer Sicht wenig sinnvoll ist. In einem solchen Fall ist ausnahmsweise die separate Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen zu bejahen.

2.5 Richtet sich die Beschwerde gegen die Ausschreibungsunterlagen, so beginnt die 10-tägige Rechtsmittelfrist mit der Zustellung derselben zu laufen (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 626). Die Unterlagen wurden am 24. Mai 2005 versandt, so dass die Beschwerdeerhebung mit Eingabe vom 3. Juni 2005 offenkundig fristgerecht erfolgte.

...

4.1 Die in den Ausschreibungsunterlagen bemängelten Eignungskriterien lauten wie folgt:

"6.1 Eignungskriterien

Die Eignungskriterien dienen dem Nachweis der Fachkompetenz der Anbieter. Dabei werden nicht die Angebote, sondern die sich bewerbenden bzw. anbietenden Firmen, einschliesslich allfälliger Subplaner beurteilt. Erfüllt ein Anbieter¹ die Kriterien nicht, scheidet sein Angebot aus dem weiteren Verfahren aus. Es wird nicht weiter bewertet.

6.1.1 Kriterium Fachkompetenz

Beurteilt werden sowohl die Erfahrungen und Referenzen des Anbieters, als auch jene des eingesetzten Personals (Projektleiter, Projektleiter-Stv, Hauptsachbearbeiter) hinsichtlich der Erstellung von Naturgefahrenkarten und Kenntnissen des integralen Naturgefahrenmanagements.

Bei Arbeitsgemeinschaften werden die Erfahrungen und Referenzen aller Partner bewertet. Subakkordanten unterliegen nicht den obigen Bestimmungen, sofern sie lediglich Zulieferer von Grundlagendaten sind oder Arbeiten ausführen, welche nicht direkt mit der Beurteilung und Bewertung von Naturgefahren zu tun haben.

Es geltend folgende Bestimmungen:

- Anbieter haben in den letzten 8 Jahren in der Schweiz mindestens 5 integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard² ausgearbeitet. Bezugsgrösse: Zu beurteilendes Gebiet (z.B. Gemeinde) von mindestens 7 km² Fläche, wovon für eine Fläche von mindestens 3 km² eine Gefahrenkarte mit den Gefahrenstufen rot, blau, gelb, gelb-weiss ausgedacht wurde (restliches Gebiet: Gefahrenhinweisbereich, bei Bächen schadenpotenzialrelevantes Einzugsgebiet). Bei grösseren Losen, die mehrere Gemeinden einschliessen, können auch die Anzahl Gemeinden geltend gemacht werden, welche das vorgehend erwähnte Krite-

B 11.2

rium erfüllen. Bei Gefahrenkarten für Infrastrukturen (Bahn, Strasse) gilt als Bezugsgrösse eine untersuchte Streckenlänge von mindestens 3 km und einem schadenpotenzialrelevanten Einzugsgebiet von mindestens 6 km² Fläche.

- Nachweis: Für 5 integrale Naturgefahrenkarten ist der Nachweis anhand von Kopien der LK25 (Gebiete < ca. 20 km² oder LK50 > ca. 20 km²) zu erbringen. Darin sind der Untersuchungsperimeter und die Abgrenzung zwischen dem Perimeter Gefahrenkarte/Gefahrenhinweiskarte einzuzeichnen.
- Ein Einzelanbieter muss diese Referenzen sowohl für die Hochwasser- als auch die Massenbewegungsgefahren abdecken. Bei Arbeitsgemeinschaften kann ein Partner die Hochwassergefahren, ein anderer die Massenbewegungsgefahren abdecken. Bei Arbeitsgemeinschaften mit mehr als zwei Partnern kann maximal 1 Teilnehmer diese Vorgaben nicht erfüllen.
- Der Projektleiter muss in den letzten 8 Jahren mindestens an 3 integralen Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard als Leiter oder als Sachbearbeiter einer Hauptgefahrenart mitgearbeitet haben. Diese Mitarbeit kann auch bei einem anderen Arbeitgeber erfolgt sein. Der Projektleiter muss über einen Hochschulabschluss oder gleichwertigen Abschluss in Geo/Erd/Umweltwissenschaften oder Ingenieurwesen (Forst-, Kultur-, Bauingenieur) verfügen.
- Der Projektleiter-Stv und der/die Hauptsachbearbeiter müssen in den letzten 8 Jahren mindestens an 2 integralen Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard als Sachbearbeiter von mindestens einer Hauptgefahrenart mitgearbeitet haben. Diese Mitarbeit kann auch bei einem anderen Arbeitgeber erfolgt sein. Projektleiter-Stv und die Hauptsachbearbeiter müssen über einen Hochschulabschluss oder gleichwertigen Abschluss in Geo-/Erd-/Umweltwissenschaften oder Ingenieurwesen (Forst-, Kultur-, Bauingenieur) verfügen.
- Der Nachweis dieser Kriterien ist in den Formularen der Anhänge B und C wahrheitsgetreu zu erbringen.

6.1.2 Kriterium Selbstdeklaration

Die Angaben sind im Formular von Anhang A zu liefern.
(...)

6.1.3 Ausschlussgründe

Ein Anbieter wird von der Teilnahme ausgeschlossen, wenn

- a) die Eignungskriterien gemäss 6.1 nicht erfüllt sind;
- b) andere Gründe gemäss VIVöB § 26 wirksam werden.

1 ...
2 "

4.2 Die Beschwerdeführerin bemängelt an diesen Eignungskriterien konkret, dass Büros, welche sich in den vergangenen acht Jahren nicht auf integrale Gefahrenkarten spezialisiert hätten, ungeachtet ihres Know-hows ausgeschlossen würden. Die spezifischen Erfahrungen bei der Erarbeitung integraler Naturgefahrenkarten würden einen Stellenwert erhalten, welcher diesem Kriterium nicht zukommen dürfe. Der geforderte Erfahrungsnachweis sei letztlich wenig aussagekräftig, um die Eignung eines Anbieters zu beurteilen.

4.3 Dass die Auftragsbehörde hohe Anforderungen an die Erfahrungen und Fachkompetenz (bzw. das Know-how) der in Frage kommenden Anbieter stellt, gibt keinen Anlass zur Beanstandung. Denn es ist einsichtig, dass die Qualität der ausgeschriebenen Arbeiten bzw. der gewünschten Leistung (d.h. die Erarbeitung von Naturgefahrenkarten) davon abhängt, wie zuverlässig die möglichen Gefahren erkannt und beurteilt werden. Mit anderen Worten ist von folgender Korrelation auszugehen: Je mehr Erfahrung und Fachkompetenz ein potentieller Anbieter im Bereich Evaluierung und Beurteilung von komplexen Naturgefahren hat, umso aussagekräftiger und zuverlässiger wird grundsätzlich die zu erarbeitende Naturgefahrenkarte ausfallen. Dies gilt erst recht, als eine solche integrale Naturgefahrenkarte auch Prognosen und Schätzgrössen beinhaltet (wie Szenarienbildung für Ereignisgrössen, unterschiedliche Wiederkehrperioden, Zuordnung zu Gefahrenstufen, Restgefährdung etc.), bei welchen naturgemäss bisherige Erfahrungen äusserst wertvoll sein können. Bei dieser Sachlage erweist sich die beantragte ersatzlose Aufhebung der gesamten Eignungskriterien Ziffer 6.1, 6.1.1, 6.1.2 und 6.1.3 lit. a als offenkundig unbegründet.

4.4 Eine andere Frage ist, inwieweit das gewünschte Know-how generell beim in Frage kommenden Anbieter und/oder inwieweit es bei den Schlüsselpersonen des Anbieters vorhanden sein muss. In den Ausschreibungsunterlagen wird - kurz zusammengefasst - hinsichtlich der Eignung eine doppelte Anknüpfung vorgenommen. Auf der einen Seite (nachfolgend "Anforderungsprofil I für Anbieter" genannt) wird verlangt, dass der Anbieter in den letzten 8 Jahren in der Schweiz mindestens 5 integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard ausgearbeitet haben muss (mit einem zu beurteilenden Gebiet von mindestens 7 km²). Auf der anderen Seite (nachfolgend "Anforderungsprofil II für Personen" genannt) wird hinsichtlich der Schlüsselpersonen verlangt, dass der Projektleiter in den letzten 8 Jahren mindestens an 3 integralen Naturgefah-

B 11.2

renkarten gemäss Bundesstandard als Leiter oder als Sachbearbeiter einer Hauptgefahrenart mitgearbeitet haben muss, während der Projektleiter-Stv und der/die Hauptsachbearbeiter in den letzten Jahren mindestens an 2 integralen Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard als Sachbearbeiter von mindestens einer Hauptgefahrenart mitgearbeitet haben müssen.

4.5 Es erweist sich grundsätzlich als sachgerecht, hinsichtlich des dargelegten Anforderungsprofils II für die Schlüsselpersonen eine bestimmte Erfahrung und Mitwirkung bei der Erarbeitung von integralen Naturgefahrenkarten zu verlangen, da es sich dabei zum einen offenkundig um eine komplexe Angelegenheit handelt (vgl. dazu die Ausführungen der Vorinstanz in der Eingabe vom 8. Juli 2005, wonach folgende Naturgefahren zu beurteilen sind: Hochwasser, Rutschungen, Stein- und Blockschlag, Felssturz, Murgang, Lawinen und Gleitschnee). Zum andern legte die Vorinstanz glaubhaft dar, dass eine frühere Mitarbeit bei Gefahrenkarten Gewähr dafür bietet, dass die betreffenden Personen mit der Fachkenntnis und Methodik des zeitgemässen und sich schnell entwickelnden Naturgefahrenmanagements sowie der konkreten Umsetzung in raumplanerische und bauliche Massnahmen vertraut sind. Diese besonderen Erfahrungen haben schliesslich Auswirkungen auf die Arbeit der Verwaltung, welche die Gefahrenkarten am Schluss bestmöglich zu kontrollieren und die Plausibilität zu überprüfen hat, indem dieser Überprüfungsaufwand der Verwaltung bei einem erfahrenen Verfasser/Ersteller von Naturgefahrenkarten grundsätzlich weniger hoch anzusetzen ist als bei einem unerfahrenen Verfasser/Ersteller von Naturgefahrenkarten (vgl. zit. Eingabe vom 8. Juli 2005). Im Übrigen ist es nachvollziehbar, dass unerfahrene Ersteller von Naturgefahrenkarten eher als erfahrene Ersteller von Naturgefahrenkarten Risiken über- oder unterschätzen können, was erhebliche, auch finanzielle Konsequenzen für die öffentliche Hand zur Folge haben kann. Was sodann den vorinstanzlichen Einwand in der Eingabe vom 8. Juli 2005 anbelangt, wonach sinngemäss der Auftrag zur Erstellung einer Naturgefahrenkarte nicht an Personen, sondern an ein Büro oder an eine Bietergemeinschaft erfolgt, und beim Abstellen auf einzelne Personen zu berücksichtigen wäre, dass diese Person zu einem anderen Auftraggeber wechseln und ihr Fachwissen mitnehmen kann, ist darauf hinzuweisen, dass die Eignung des Anbieters bis zur vorgesehenen Ausführung des Auftrags gegeben sein muss. Verhält es sich so, dass ein Anbieter (z.B. durch Kündigung der Schlüsselpersonen) den Eignungskriterien nicht mehr zu genügen vermag, hat die Vergabebehörde grundsätzlich die Möglichkeit, einen Anbieter vom Verfahren auszuschliessen (vgl. § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB) oder den Widerruf des Zuschlags zu verfügen (vgl. § 34 i.V.m. § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB; vgl. auch

André Moser, Rechtsprechung: Entschiedenes und Unentschiedenes, in Baurecht 2004, Sonderheft Vergaberecht 2004, August 2004, S. 77).

Ferner erweist sich die geforderte Anzahl von Mitwirkungen an der Erarbeitung von integralen Naturgefahrenkarten nach Bundesstandard (3 für den Projektleiter, 2 für den Projektleiter-Stv und Hauptsachbearbeiter) als vertretbar, zumal dieser Bundesstandard seit rund 8 Jahren bekannt und für die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an die Kantone (zur Erarbeitung von Gefahrenkarten) von Bedeutung ist (vgl. auch vorinstanzliche Eingabe vom 8. Juli 2005, S. 3, lit. d).

Die Einwände gegen die personenbezogenen Eignungskriterien sind mithin ebenfalls unbegründet.

4.6 Problematischer ist indessen das Anforderungsprofil I bzw. die vorinstanzliche Vorgabe, wonach von den offerierenden Firmen verlangt wird, dass sie in den letzten 8 Jahren mindestens 5 integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard ausgearbeitet haben müssen, um am Wettbewerb teilnehmen zu können. Diese hohen Anforderungen auf der Anbieterseite können, selbst wenn im Rahmen einer gemäss Ausschreibungsunterlagen zulässigen Arbeitsgemeinschaft einer von zwei oder mehreren Partnern nicht alle Vorgaben zu erfüllen hat, letztlich diskriminierende Auswirkungen zur Folge haben, indem nur bestehende Firmen mit mindestens 5 genau definierten Referenzarbeiten in der Erstellung von integralen Naturgefahrenkarten als Anbieter in Frage kommen können, während andere Firmen mit weniger als 5 solchen Referenzarbeiten bzw. mit anderen, aber unter Umständen vergleichbaren oder gleichwertigen Referenzarbeiten als Anbieter ausgeschlossen werden können. Eine solche Vorgehensweise der Vorinstanz, welche auf eine Abschottung des Marktes zu Gunsten bestehender Firmen bzw. darauf hinausliefere, den Marktzugang von neuen Anbietern praktisch zu verunmöglichen und zwar ungeachtet dessen, wie hoch die Fachkompetenz der Schlüsselpersonen (Anforderungsprofil II) von neuen Anbietern zu veranschlagen wäre, könnte kaum mit den allgemeinen Grundsätzen von Art. 11 lit. a und b IVöB (Nichtdiskriminierung / Gleichbehandlung sowie wirksamer Wettbewerb) in Einklang gebracht werden. Die angesprochene Problematik wird anhand der folgenden Beispiele illustriert:

Beispiel 1:

Der Anbieter A hat in den letzten 8 Jahren 5 integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesinventar ausgearbeitet (Anforderungsprofil I), während der als Projektleiter vorgesehene Mitarbeiter an 3 sowie sein Stellvertreter und der Hauptsachbearbeiter an 2 integralen Naturgefahrenkarten mitgearbeitet haben (Anforderungsprofil II). Damit erfüllt im Beispiel I der Anbieter A grundsätzlich die vorinstanzlichen Eignungskrite-

B 11.2

rien (Anforderungsprofile I und II, wobei hier die weiteren Aspekte / Kriterien ausgeklammert bleiben).

Beispiel 2:

Der Anbieter B hat in den letzten 8 Jahren nicht mindestens 5 integrale Naturgefahrenkarten gemäss Bundesinventar ausgearbeitet (Anforderungsprofil I nicht erfüllt), indessen hat der als Projektleiter vorgesehene Mitarbeiter bereits 6 solche Projekte geleitet (wovon beispielsweise 4 Projekte im Rahmen einer früheren Anstellung bei einer anderen Firma), während sein Stellvertreter und der Hauptsachbearbeiter (beispielsweise) schon an 3 integralen Naturgefahrenkarten massgeblich mitgearbeitet haben.

Im Beispiel 2 verhielte es sich so, dass die Schlüsselpersonen des Anbieters B eindeutig mehr Erfahrung als die Schlüsselpersonen des Anbieters A aufweisen, indessen dürfte nach der vorinstanzlichen Argumentation lediglich der Anbieter A am Wettbewerb teilnehmen. Eine analoge Diskrepanz würde auch dann resultieren, wenn in einem dritten Beispiel der Anbieter A die 5 geforderten integralen Naturgefahrenkarten ausschliesslich (z.B.) in hügeligen Mittellandregionen erstellt hätte, während der Anbieter B an sich nur 3 integrale Naturgefahrenkarten erstellt hätte, diese indessen voralpine Regionen betreffen würden, welche mit dem ... vergleichbar wären. Auch im Beispiel 3 käme nach der vorinstanzlichen Argumentation nur der Anbieter A in Frage, obwohl der Anbieter B für die geforderte Leistung wahrscheinlich die besseren Erfahrungen mitbrächte (vgl. dazu auch den Einwand in der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. Juli 2005, wonach ein Anbieter mit Erfahrungen und Kenntnissen hinsichtlich der lokalen Gegebenheiten und Geologie des ... mindestens gleich gut, wenn nicht sogar besser gerüstet ist für die Erarbeitung von Naturgefahrenkarten in diesem Tal, als ein Mitbewerber, welcher in anderen Landesgegenden 5 integrale Naturgefahrenkarten erarbeitet hat).

Diese Beispiele zeigen, dass die vorinstanzliche Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen betreffend das Anforderungsprofil I nicht vollumfänglich zu überzeugen vermögen. Deswegen empfiehlt es sich, das Anforderungsprofil I im Rahmen einer inskünftigen Ausschreibung von Naturgefahrenkarten neu zu überdenken.

4.7 Für den vorliegenden Fall fallen indessen folgende Umstände zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ins Gewicht. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin im Zwischenbescheid aufgefordert, substantiiert darzulegen, wie viele ihrer angestellten Mitarbeiter die personenbezogenen Fachkompetenzen erfüllen. Dazu hat die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 11. Juli 2005 sechs Mitarbeiter und deren Erfahrun-

gen im Bereich Naturgefahren aufgelistet. Aus dieser Auflistung ist zu entnehmen, dass der dipl. Geologe ... an mehreren Gefahrenkarten mitgearbeitet hat, was notabene auch in der vorinstanzlichen Eingabe vom 18. Juli 2005 anerkannt wurde (unter Hinweis auf die frühere Anstellung bei der Firma ...). Es geht allerdings aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht zwingend hervor, ob und in welchem Ausmass es sich um integrale Naturgefahrenkarten nach Bundesstandard handelte. Dass ein zweiter Geologe der Beschwerdeführerin an der Erarbeitung von mindestens 2 integralen Naturgefahrenkarten gemäss Bundesstandard als Sachbearbeiter von mindestens einer Hauptgefahrenart mitgearbeitet hat, wird in der erwähnten Eingabe vom 11. Juli 2005 der Beschwerdeführerin nicht dargelegt. Daraus ist abzuleiten, dass die Beschwerdeführerin die dargelegten personenbezogenen Fachkompetenzen der Schlüsselpersonen nicht vollumfänglich erfüllt, was in der Eingabe vom 11. Juli 2005 auch vorbehaltlos eingeräumt wird. Daran vermag der Umstand, wonach der Geologe ... Mitglied der Arbeitsgruppe Naturgefahren AGN der Schweiz. Fachgruppe für Ingenieurgeologen gewesen war und diesbezüglich bei der Erarbeitung von Richtlinien mitwirkte (was in der vorinstanzlichen Eingabe vom 18. Juli 2005 in Frage gestellt wird), grundsätzlich nichts zu ändern. Dass im Übrigen als Erfahrungsnachweis eine Mindestmitwirkung der Schlüsselpersonen bei der Erarbeitung von integralen Naturgefahrenkarten nach Bundesstandard von der Vergabeinstanz verlangt werden kann, wurde bereits dargelegt (vgl. oben, Erwägung 4.5, in fine).

4.8 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin auch dann, wenn hinsichtlich des Anforderungsprofils I die Eignungsanforderungen etwas zu hoch angesetzt wären bzw. die erforderliche Eignung der Anbieterin auch durch andere Referenzarbeiten/-objekte hinreichend nachgewiesen werden könnte (was hier nicht abschliessend zu beurteilen ist, vgl. oben, Erw. 4.6), nach den vorliegenden Akten die rechtlich zulässigen Eignungskriterien hinsichtlich der Schlüsselpersonen (Anforderungsprofil II; Erw. 4.4/4.5) nicht zu erfüllen vermag. Bei dieser Sachlage ist, nachdem im Submissionsrecht die Beschwerdebefugnis rügenbezogen beurteilt wird (vgl. oben, Erwägung 3.1 sowie EGV-SZ 2003, B. 1.2), die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführerin für die abschliessende Beurteilung der Eignungskriterien der Anbieter nicht mehr gegeben und es ist auf die vorliegende Beschwerde nicht weiter einzutreten.

(VGE 1024/05 vom 21. Juli 2005).

B 11.3

11.3 Widerruf

- *Widerruf nach § 34 Abs. 1 VRP unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses an einer materiell richtigen Arbeitsvergabe und der rechtskonformen Durchführung des Submissionsverfahrens.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Rahmen einer Submissionsbeschwerde verlangte der Beschwerdeführer die Überprüfung der Einhaltung der Brandschutzzertifizierung. Die Auftraggeberin widerrief darauf die Arbeitsvergabe und beauftragte den Bauausschuss, die Ausschreibungsunterlagen zu korrigieren und die Arbeitsausschreibung korrekt zu wiederholen. Der Beschwerdeführer erhob dagegen wiederum Beschwerde und verlangte, die Arbeit sei aufgrund der ersten Submission an jenen Anbieter zu vergeben, welcher nachweislich die richtigen und den Vorschriften entsprechenden Elemente offeriert habe.

Aus den Erwägungen:

2. ...

Angefochten und Verfahrensgegenstand ist hingegen die vorinstanzliche Anordnung, die Arbeitsausschreibung neu durchzuführen bzw. zu wiederholen, und der damit verbundene Verzicht, aufgrund des ersten Einladungsverfahrens die Arbeit neu zu vergeben. Es handelt sich richtigerweise und unbestrittenermassen jedoch nicht um die Wiederholung einer Ausschreibung, sondern einer Einladung

...

4.1 Der in § 34 VIVöB vorgesehene Widerruf bezieht sich auf Sachverhalte, die in der Person des Bewerbers liegen (siehe Verweis auf § 26 VIVöB). Im vorliegenden Fall hat jedoch die Vorinstanz den Widerruf verfügt, weil sie selber für einen mangelhaften Offertbescriben hat. § 34 VIVöB kommt deshalb nicht zum Tragen. Nachdem die Arbeitsvergabe bereits vorgenommen wurde, kann auch nicht § 35 VIVöB herangezogen werden, welche Bestimmung den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens regelt.

Somit verbleibt die allgemeine Widerrufsregelung in § 34 Abs. 1 VRP. Verfügungen können danach auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen von der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde ausserhalb eines Revisionsverfahrens abgeändert oder aufgehoben werden,

wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird (siehe auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., N 680 f.).

4.2 Der angefochtene Beschluss vom 16. August 2005 setzt sich mit den Widerrufsvoraussetzungen nicht ausdrücklich auseinander. Er wird wie folgt begründet:

".... In seiner Beschwerde äusserte der Beschwerdeführer den Verdacht, dass nicht alle vom günstigsten Anbieter offerierten Artikel die notwendigen Brandschutzzertifizierungen vorweisen können.

Der Bezirksammann zieht in Erwägung

1. Die vom Architekten inzwischen durchgeführten Abklärungen haben ergeben, dass der vom Beschwerdeführer geäusserte Verdacht zutreffend ist. Für die ausgeschriebene Variante für die Korridorabschlüsse liegt entgegen den ursprünglichen Ausführungen des Herstellers keine gültige Brandschutzzertifizierung vor. Dies hat zur Folge, dass dieses System nicht verbaut werden kann.
2. In der Ausschreibung wurde ausdrücklich ein System des Herstellers „....“ verlangt, weshalb die Mehrzahl der Offerenten ein nicht zulässiges System offeriert hat. Nachdem das Verschulden für die fehlerhafte Ausschreibung beim Bauherrn liegt, ist es im Interesse eines fairen Wettbewerbs angebracht, die Arbeitsgattung neu auszuschreiben, zumal auch der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde lediglich die Prüfung der Brandschutz-Konformität fordert und nicht explizit eine Neuvergabe des Auftrages fordert.
3. Bei der Neuausschreibung sind alle Positionen neu zu offerieren, da die fehlerhafte Ausschreibung die Möglichkeit einer Vergabe von einzelnen Losen nicht vorsah."

4.3 Der Beschwerdeführer wendet in seiner Beschwerdeschrift vom 25. August 2005 dagegen ein:

"In der Submission wurden Bauteile namentlich von einer Firma ausgeschrieben, die nicht den Anforderungen des Brandschutzes nach VKF oder E i Vorschriften entsprachen. Dadurch haben Offerenten, vermutlich durch Unkenntnis, diese Produkte der Bauherrschaft angeboten, die demzufolge offerierten Türelemente sind von der Bauherrschaft, respektive deren Vertreter weder auf Zulassung noch auf die Anwendungstauglichkeit geprüft worden. (Art. 27 Abs. 1 + 3). Obwohl wir im Brief vom 4. Juli 2005 nach Angebotsöffnung die Bauherrschaft auf diese Problematik und die daraus erfolgte Preisdifferenz aufmerksam gemacht haben (Art. 30). Für die Ausführung und die Anwendung dieser Elemente gibt es ganz klare Anweisungen die zwingend eingehalten werden müssen, z.B. unter Fachleuten versteht man logischerweise,

B 11.3

dass sich ein Prüfzertifikat eines Türelementes über die gesamte Öffnung und nicht nur über die Teile davon erstrecken muss, namentlich in der Pos. 341.002 Korridorabschlüsse oder Brandabschlüsse (die massgebende Position) von Wand zu Wand und von Boden bis Decke. ... Es darf nicht sein, dass eine Submission auf Grund fehlender fachlicher Kontrolle wiederholt werden muss (Art. 27) nachdem die Eingabesummen veröffentlicht wurden. Angebote die in der ersten Submission nicht den Vorschriften entsprachen sind auszuschneiden (Art. 27 Abs. 3)."

4.4 In der Beschwerdevernehmlassung wiederholt die Vorinstanz praktisch wörtlich die im angefochtenen Beschluss wiedergegebene Sachdarlegung. Eine detaillierte und nachvollziehbare Begründung unter Bezugnahme auf die eingereichten Akten fehlt leider. Mit Hilfe der vom Beschwerdeführer konkret erwähnten Positionen im Schreiben vom 4. Juli 2005 an den Architekten (inkl. Anhang) sowie in der Beschwerdeschrift vom 25. August 2005 kann indes der Sachverhalt in den für die Beschwerdebeurteilung massgebenden Punkten rechtsgenügend nachvollzogen werden.

...

4.5.3 Es wurde somit im ersten Einladungsverfahren ein Produkt bzw. eine Marke vorgeschrieben, womit nach den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien (siehe oben Erw. 4.2/4.3) bei den Korridorabschlüssen den Anforderungen des Brandschutzes nicht oder allenfalls nicht zwingend (weil auf die konkreten Brandschutzanforderungen nicht ausdrücklich und rechtsgenügend hingewiesen wurde) hatte nachgelebt werden können. Das erste Einladungsverfahren hat deshalb an einem gewichtigen materiellen Mangel gelitten, der bei Bejahung der Sachurteilsvoraussetzungen zur Gutheissung der Beschwerde 1041/05 geführt hätte.

4.5.4 Daran vermag der sinngemässe Einwand des Beschwerdeführers, fachkundige Offerenten (nach seiner Darstellung drei von fünf) hätten den mangelhaften Offertbeschreibung bemerken und brandschutzgerecht offerieren müssen, nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass im Einladungsverfahren regelmässig nur fachlich geeignete Bewerber angeschrieben werden und keine Anhaltspunkte bestehen, dass dies hier nicht der Fall war, haben sich die Bewerber grundsätzlich an die Offertunterlagen zu halten. Tauchen Unklarheiten auf, so hier im Zusammenhang mit den Vorgaben in der Offerte und den notwendigen Brandschutzanforderungen, kann beim Auftraggeber nachgefragt werden, wobei dann die Auskunft aus Gründen der Gleichbehandlung gleichzeitig auch allen andern Anbietern mitgeteilt werden muss (§ 16 VIVöB; RRB Nr. 1323/2004

vom 22. September 2004: VIVöB, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 8; § 7 Abs. 4 aSubmV). Hat auf diesem Wege keine Korrektur oder Klarstellung stattgefunden (der Beschwerdeführer meldete sich erst nach der Offertöffnung mit Schreiben vom 4. Juli 2005, worin er aufgrund der grossen Preisdifferenzen vermutete, dass die Brandschutzanforderungen nicht eingehalten sein könnten), so kann einem Anbieter nicht vorgehalten werden, er hätte zwar den Offertvorgaben entsprechend, aber nicht brandschutzkonform, ein Angebot unterbreitet. Dies würde dem Gebot der Fairness und Transparenz widersprechen.

4.5.5 Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die auf ein einzelnes Produkt bzw. Firma bezogene technische Spezifikation grundsätzlich unzulässig ist (§ 15 Abs. 1 VIVöB).

4.6 Aufgrund dieser Sachlage ist erstellt, dass das öffentliche Interesse an einer materiell richtigen Arbeitsvergabe (Brandschutz) sowie an der rechtskonformen Durchführung des Submissionsverfahrens (klarer Offertbeschreibung/ Einhaltung des Gleichheits- und Transparenzgebotes) den Widerruf sowohl der Arbeitsvergabe (was unangefochten geblieben ist) wie auch des ersten Einladungsverfahrens rechtfertigt. Eine Verletzung von Treu und Glauben ist nicht zu erkennen. Zum einen wird im angefochtenen Entscheid nicht angeordnet, dass einer der fünf Bewerber beim zweiten Einladungsverfahren nicht mehr anzuschreiben ist. Zum anderen hat das Verwaltungsgericht bereits früher festgehalten, dass die Kenntnis der Preise aus einem widerrufenen oder auf Beschwerde hin aufgehobenen Submissionsverfahren als systemimmanent hinzunehmen ist (EGV-SZ 2002, B. 11.1 Erw. 5). Ist das Einladungsverfahren neu durchzuführen, so ermöglicht dies grundsätzlich zudem auch, weitere Änderungen in den Offertunterlagen vorzunehmen, so insbesondere natürlich die Korrektur weiterer Mängel.

(VGE 1044/05 vom 13. September 2005).

11.4 Arbeitsvergebung (Verfahren)

- *Aufschiebende Wirkung: zeitliche Dringlichkeit (siehe EGV-SZ 2005, B 1.4 und B 1.5).*

11.5 Eröffnung der Vergabe

- *Nicht eröffnete Arbeitsvergebung bleibt rechtsunwirksam.*

B 11.5

Aus den Erwägungen:

2.1 Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass der Gemeinderat an seiner Sitzung vom 13. Januar 2005 erwogen hat, die am 29. Oktober 2004 ausgeschriebenen Arbeiten der Beschwerdeführerin zu vergeben, allerdings wurde der an sich geplante Gemeinderatsbeschluss den Adressaten nie eröffnet, d.h. der Gemeinderat hat den betreffenden Vergabebeschluss vom 13. Januar 2005 zurückgenommen, bevor er eröffnet wurde.

2.2 In der vorliegenden Beschwerde wird u.a. sinngemäss argumentiert, nach § 36 Abs. 4 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG, SRSZ 152.100) sei auf einen gefassten Beschluss zurückzukommen, wenn die Mehrheit der Mitglieder es beschliesse. Aus dem Gemeinderatsbeschluss (vom 27. Januar 2005, mit welchem der ursprüngliche Beschluss vom 13. Januar 2005 widerrufen wurde) ergebe sich nicht, ob die Mehrheit der Mitglieder dem Rückkommensantrag zugestimmt habe. Da die Beschwerdeführerin bis anhin keinen Einblick in das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 27. Januar 2005 gehabt habe, müsse weiterhin mit Nichtwissen bestritten werden, dass der Rückkommensantrag rechtmässig zustande gekommen sei. Rückkommensanträge stünden unter dem Vorbehalt des Vorliegens eines sachlichen Grundes und des Rechtsmissbrauchs. Dabei seien höhere Anforderungen zu stellen, wenn es um Entscheide gehe, die ausschliesslich nach rechtlichen Kriterien zu beurteilen seien. Gemäss angefochtenem RRB sei der ursprüngliche Vergabebeschluss in Wiedererwägung gezogen worden, um den Auftrag einem Unternehmen aus der näheren Umgebung vergeben zu können. Die Absicht, ortsansässige Unternehmungen zu bevorzugen, stelle keinen sachlichen Grund für eine Wiedererwägung dar und diese Absicht sei durch das anwendbare Submissionsrecht nicht geschützt. Der Rückkommensbeschluss sei deshalb auch materiell rechtswidrig.

2.3 Die Eröffnung (förmliche Bekanntgabe) eines Verwaltungsaktes ist Voraussetzung für dessen Rechtswirksamkeit; ein nicht eröffneter Verwaltungsakt gilt als nicht existent (vgl. Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Rz. 1 zu Art. 44, mit Verweis auf BGE 122 I 97; vgl. auch Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Rz. 3 zu § 10, wonach die Eröffnung bzw. förmliche Bekanntgabe des Inhalts eines Verwaltungsaktes die Voraussetzung dafür bildet, dass dieser Verwaltungsakt überhaupt rechtswirksam wird; ZBI 1982, S. 470; Arnold Marti, Die

Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, S. 194 unten; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, und Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband 1990, je Nr. 84. B. VI; vgl. ferner auch Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2.A., S. 243 unten). Dies bedeutet grundsätzlich, dass - solange ein Verwaltungsakt nicht eröffnet worden ist - die betreffende Behörde den in Betracht gezogenen Verwaltungsakt ohne weiteres zurücknehmen kann, ohne dass (beispielsweise) die Voraussetzungen für einen Widerruf oder für eine Wiedererwägung (einer Verfügung oder eines Beschlusses) erfüllt sein müssen.

Im Übrigen ist die Rechtsunwirksamkeit eines nicht eröffneten Verwaltungsaktes nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (vgl. BGE 122 I 97 Regeste in fine; BGE 115 Ia 4 mit Hinweisen).

2.4 In der vorliegenden Beschwerde wird ausdrücklich anerkannt, dass der "Gemeinderatsbeschluss" vom 13. Januar 2005 *nicht eröffnet* worden ist, weshalb er nach Massgabe der in Erwägung 2.3 dargelegten Rechtslage als nicht existent gilt. Somit ist im konkreten Fall davon auszugehen, dass kein gemeinderätlicher Vergabebeschluss vom 13. Januar 2005 existiert. Nachdem die Behörden die Unwirksamkeit des (nicht eröffneten) Gemeinderatsbeschlusses vom 13. Januar 2005 von Amtes wegen zu beachten haben (vgl. BGE 122 I 97), sind sämtliche Einwände der Beschwerdeführerin nicht zu hören, welche sich gegen folgende, nach der massgebenden Rechtsprechung nicht existierenden Verwaltungsakte beziehen:

- Einwände gegen den "Gemeinderatsbeschluss" vom 13. Januar 2005,
- Einwände gegen den vom Gemeinderat irrtümlich als nötig erachteten "Aufhebungsbeschluss" vom 27. Januar 2005 (welcher ebenfalls nicht eröffnet wurde und deswegen als nicht existent gilt),
- und Einwände gegen die vom Vizepräsidenten des Gemeinderates irrtümlich als nötig erachtete "Präsidialverfügung" vom 11. Februar 2005 (welche ebenfalls nicht eröffnet wurde und deswegen als nicht existent gilt).

Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, es sei der Sachverhalt unzureichend abgeklärt worden, weil die einschlägigen Gemeinderatsprotokolle nicht eingeholt worden seien, weshalb sich nach wie vor nicht hinreichend beurteilen lasse, ob die Rückkommensbeschlüsse rechtmässig zustande gekommen seien, übersieht sie die dargelegte Rechtslage, wonach - solange der "Gemeinderatsbeschluss" vom 13. Januar 2005 nicht eröffnet war und deswegen noch nicht existierte - kein formeller Aufhebungsbeschluss nötig war. Damit braucht es für die

B 12.1

Beurteilung der rechtlichen Konsequenzen des nie eröffneten "Gemeinderatsbeschlusses" vom 13. Januar 2005 keine Gemeinderatprotokolle, welche sich mit den irrtümlich als nötig erachteten Aufhebungshandlungen befassen. Mit anderen Worten braucht es für die hier massgebende Qualifikation eines nie eröffneten "Gemeinderatsbeschlusses" als rechtsunwirksam keinen Einblick in nachfolgende, wirkungslose Aufhebungsakte, weshalb sich diesbezüglich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet erweist.

(VGE 1039/05 vom 31. August 2005).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Führerausweisentzug (Sicherungsentzug)

- *Sicherungsentzug und rechtliches Gehör.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Entgegen EGV 2001, S. 133, könne dieser Mangel im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden, denn das Verwaltungsgericht Schwyz könne sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Verkehrsamtes setzen; das Verwaltungsgericht habe insbesondere kein Auswahlermessen.

Die Vorinstanz anerkennt, dass die angefochtene Verfügung ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs ergangen ist. Sie begründet dies damit, dass das Wissen des Beschwerdeführers um seine Pflicht zur Alkoholtotalabstinenz den Verzicht auf das rechtliche Gehör rechtfertige. Mit Verfügung vom 21. Juli 2004 sowie 1. Februar 2005 sei ihm unmissverständlich mitgeteilt worden, dass der Führerausweis bei einer Nichtbeachtung der Auflagen sofort entzogen werden müsse.

3.2 In VGE 901/01 vom 21. Dezember 2001 (= EVG-SZ 2001 Nr. B. 12.1, Erw. 1.c u. d) hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, bei den Bestimmungen in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 SVG und 35 Abs. 1 altVZV betr. Gewährung des rechtlichen Gehörs handle es sich um keine Kannvorschriften, deren Anwendung im Ermessen der Entzugsbehörde liege, zumal der Anspruch auf rechtliches Gehör ein von der Bundesverfassung ausdrücklich gewährleistetes Grundrecht sei (Art. 29 Ziff. 2 BV). Der

Umfang des Anspruches auf rechtliches Gehör hänge grundsätzlich von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab. Je grösser die Gefahr einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen sei und je bedeutsamer diese seien, desto umfassender sei das rechtliche Gehör zu gewähren. Werde ein Führerausweisentzug, insbesondere ein unbefristeter Sicherungsentzug mit einer mindestens einjährigen Probezeit, ausgesprochen, sei die Betroffenheit des Verfügungsadressaten gross; dementsprechend bedeutungsvoll sei die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Allerdings gebe es Fälle, wo infolge Dringlichkeit oder fehlender Handlungsfähigkeit das rechtliche Gehör nicht sofort gewährt werden könne. Diesfalls könne eine sofortige vorsorgliche Massnahme angeordnet und die Gehörgewährung im Rahmen des ordentlichen Verfahrens nachgeholt werden (vgl. § 23 Abs. 2 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [SR 234.110]).

Sei durch eine untergeordnete Instanz der Gehörsanspruch verletzt worden, so könne dieser Mangel geheilt werden, sofern die obere Instanz die Partei anhöre. Dies gelte allerdings nur, sofern der oberen Instanz freie Prüfung zustehe, d.h. wenn diese den Sachverhalt in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht frei prüfen könne.

Im konkreten Fall komme dem Verwaltungsgericht umfassende Kognition, inklusive der Prüfung der richtigen Handhabung des Ermessens zu (vgl. § 55 Abs. 2 VRP), der Vertreter der Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung über die fraglichen Urkunden verfügt und es sei ihm unter Zustellung der vorinstanzlichen Akten das Replikrecht eingeräumt worden. Damit sei der Mangel der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt worden.

3.3.1 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt das in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Gehörsrecht u.a. ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Verfahrensbeteiligten dar (vgl. EGV-SZ 2002 B. 5.1 Erw. 3.d mit Hinweisen). Das Mitwirkungsrecht verleiht dem Betroffenen insbesondere den Anspruch, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden, und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 126 I 7 E. 2b; 126 I 97 E. 2; 118 Ia 17 E.1c je mit Hinweisen; vgl. § 21 VRP). Der Wahrung des rechtlichen Gehörs dient auch die Beachtens- und Begründungspflicht (vgl. René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III, Bern 1995, Rz. 2717 ff; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 10 N 37; zur Begründungspflicht

B 12.1

schriftlicher Verfügung vgl. § 30 VRP; Kölz u.a., a.a.O., § 10 N 40; Schaffhauser, a.a.O., Rz. 2720). Ein erhöhter Begründungsbedarf besteht bei Sicherungsentzügen sowie bei Warnungsentzügen mit Entzugsdauern, welche das gesetzliche Minimum erheblich überschreiten (Schaffhauser, a.a.O., Rz. 2719).

3.3.2 Das Recht angehört zu werden ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Beschwerde selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 125 I 118). Eine "Heilung" der Verletzung der im Anspruch auf rechtliches Gehör wurzelnden Parteirechte soll entsprechend die Ausnahme bleiben, und dem Rechtsuchenden darf daraus kein konkreter Nachteil erwachsen (BGE 126 I 86 Erw. 2; 126 II 111 Erw. 6b/cc; BGE 124 V 180 Erw. 4a je mit Hinweisen; vgl. auch Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung. Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten "Heilung", ZBl 99/1998 S. 97 ff.).

3.4 Im vorliegenden Fall wurde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, weil

- bereits ein Sicherungsentzug eine massive Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen darstellt. Umso mehr hat dies zu gelten, wenn wie vorliegend ein Sicherungsentzug für mindestens fünf Jahre, d.h. "für immer" (vgl. Weissenberger, a.a.O., S. 113; vgl. Art. 23 Abs. 3 SVG) ausgesprochen wird;
- der vorliegende Fall nicht mit dem Sachverhalt, welcher dem Entscheid EGV-SZ 2001 S. 133 zugrunde lag, verglichen werden kann. In jenem Verfahren konnte aufgrund verschiedener Arztberichte bzw. IRM-Begutachtungen die (alkoholsucht-bedingte) Fahreignung der betroffenen Person nicht schlüssig verneint werden, weshalb nach einem weiteren IRM-Gutachten der Sicherungsentzug verfügt wurde, ohne dass sich der Betroffene zu diesem Gutachten noch vernehmen konnte. Demgegenüber wurde vorliegend dem Beschwerdeführer sechzehn Jahre nach dem Sicherungsentzug im Jahre 1988 mit Verfügung vom 21. Juli 2004 der Führer- bzw. Lernfahrausweis gestützt auf ein Gutachten des IRM vom 22. Juni 2004 wieder erteilt, vom Gutachter Dr. med. B. Liniger, Oberarzt, Facharzt für Rechtsmedizin, ein günstiger Verlauf "nicht nur bezüglich Alkoholabstinenz, sondern auch betreffend seiner prognostisch zu wertenden Einstellungsänderung bzw. der Einsicht in sein früheres Fehlverhalten und den dadurch voll-

- zogenen Lebensveränderungen" attestiert und mittlerweile die Entlassung aus der Kontrolle per Ende 2005 in Aussicht gestellt;
- die Verfügung eines definitiven Sicherungsentzuges eine umfassende Prüfung der Fahreignung des Betroffenen voraussetzt (vorstehend Erw. 3). Das der Administrativbehörde eingeräumte pflichtgemässe Ermessen betrifft nur die Frage, ob ein Gutachten erforderlich ist, entbindet sie im Übrigen jedoch nicht von einer genauen Abklärung;
 - der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es gebietet, vor der Verfügung eines definitiven Sicherungsentzuges (für fünf Jahre) die Möglichkeit einer mildereren Massnahme, insbesondere eines vorsorglichen Sicherungsentzuges zu prüfen, zumal dem Beschwerdeführer auf Jahresfrist ohnehin ein ärztlicher Verlaufsbericht auferlegt worden war.

Zusammenfassend handelt es sich vorliegend um eine erhebliche Gehörsverletzung. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wahrung des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers und neuer Entscheidung ist indessen ausnahmsweise abzusehen, weil die angefochtene Verfügung aus einem anderen Grunde aufzuheben ist (vgl. nachstehend Erw. 4).

(VGE 906/05 vom 27. Oktober 2005).

12.2 Führerausweisentzug (Warnungsentzug)

- *Zulässigkeit der Verbindung eines Warnungsentzugs mit Nebenbestimmungen?*

Aus dem Sachverhalt:

Nach einer verkehrspsychologischen Abklärung am Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM-ZH) erliess das Verkehrsamt gegenüber A. nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zwei separate Verfügungen:

- In einer ersten Verfügung wurde A. der Führerausweis wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand in Anwendung von Art. 16 Abs. 3 Bst. a und 17 Abs. 1 Bst. d SVG für die Dauer von 18 Monaten entzogen (Warnungsentzug).
- In einer zweiten Verfügung wurde die Wiederaushändigung des Führerausweises nach Ablauf des Warnungsentzuges in Aussicht gestellt, sofern A. verschiedene Auflagen einhalte.

B 12.2

Aus den Erwägungen:

6.1 Bevor auf die Zulässigkeit der "Auflagen Drogenproblematik" eingegangen wird, ist generell zur Frage der Zulässigkeit der Verbindung eines Warnungsentzuges mit Nebenbestimmungen Stellung zu nehmen.

Mit Urteil vom 11. November 2003 (BGE 130 II 25; 6A.52/2003) hat das Bundesgericht entschieden, die Wiederaushändigung des zu Warnungszwecken entzogenen Führerausweises nach Ablauf der Massnahme dürfe nicht mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden. Diesem Urteil lag ein Sachverhalt zu Grunde bei welchem ein Fahrzeuglenker in alkoholisiertem Zustand zu einem Nachtclub fuhr und dort einen Schuss abgab. Beim fehlbaren Lenker war anamnestisch auch Kokainkonsum erstellt und er litt unter Herz- und Kreislaufproblemen. Das verkehrspsychologische Gutachten kam zum Schluss, dass der Lenker sicherlich alkohol- und drogengefährdet sei. Die Fahreignung könne derzeit medizinisch und verkehrspsychologisch befürwortet werden, sofern die Wiederaushändigung des Führerausweises mit flankierenden Auflagen verbunden werde. Das verkehrsmedizinische Gutachten (IRM-ZH) kam zu keinem eindeutigen Schluss über die Fahreignung. Indessen empfahl das IRM, den Probanden zu ärztlich kontrollierter Alkohol- und Drogenabstinenz sowie zur Kontrolle und Behandlung des Herz- Kreislaufsystems und zur Einreichung eines Verlaufsberichts nach drei Monaten anzuhalten, damit es dann auf Grund der zusätzlichen Erkenntnisse erneut zur Fahreignung Stellung nehmen könne. Statt einen vorsorglichen Sicherungsentzug anzuordnen und die Frage eines definitiven Sicherungsentzuges weiter zu explorieren folgte das Verkehrsamt dem verkehrspsychologischen Gutachten, verfügte einen Warnungsentzug von drei Monaten und ordnete als Nebenbestimmung eine ärztlich kontrollierte Alkohol- und Drogenabstinenz sowie die Einreichung eines Verlaufsberichts nach drei Monaten an. Das Verwaltungsgericht Schwyz setzte die Entzugsdauer auf zwei Monate herab und schützte die Kombination "Warnungsentzug mit Nebenbestimmungen".

6.2 Das Bundesgerichtsurteil, welches diese Kombination beim Warnungsentzug als nicht zulässig erachtet, stiess in Fachkreisen auf Unverständnis und Widerspruch.

Es gibt immer wieder Fälle, in denen das verkehrsmedizinische Gutachten hinsichtlich der Fahreignung zu keinen eindeutigen Schlüssen kommt, jedoch angesichts konkreter Anhaltspunkte für eine verkehrsrelevante Suchtgefährdung Vorbehalte bestehen, dem Betroffenen den Führerausweis ohne flankierende Massnahmen nach Ablauf der Warnungsentzugsmassnahme wiederum zu überlassen. Oder anders formuliert gibt es immer wieder Fälle, bei denen eine gewisse Suchtproblematik im

Sinne einer ernsthaften Suchtgefährdung besteht und bei denen daher eine Wiederaushändigung des Führerausweises nach Ablauf des Warnungsentzuges nur verantwortet werden kann, sofern mit flankierenden Massnahmen in Form von Nebenbestimmungen das Risiko, dass der fragliche Lenker unkontrolliert in die Sucht abgleitet in engem, überblick- und verantwortbarem Rahmen gehalten werden kann (vgl. Dr. B. Liniger, FMH f. Rechtsmedizin, Fahreignungsbegutachtung und Auflagen, in: Schaffhauser, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004, S. 81 ff., besonders S. 99 ff.). Mit dem erwähnten Bundesgerichtsurteil müsste nun auf die flankierenden Massnahmen, so sinnvoll und wichtig diese aus der bedeutsamen Optik der öffentlichen Verkehrssicherheit auch sind, in diesen Fällen verzichtet werden. Diese Konsequenz ist nicht verantwortbar, zumal die Meinung des Bundesgerichts, es sei weiter abzuklären, bis die Behörde in der Lage sei, einen zuverlässigen Entscheid zu treffen, unbehelflich ist. Diese Auffassung übersieht, dass auch eine mit der nötigen Sorgfalt durchgeführte Begutachtung zum relativ sicheren Schluss (im Bereich der Beurteilung einer Suchtproblematik gibt es naturgemäss häufig keine absolut sicheren Erkenntnisse) gelangt, eine Verkehrseignung könne nur bejaht werden, falls sich der Betroffene strikte an gewisse Auflagen (z.B. Alkoholtotalabstinenz) halte. Wollte man dieses durchaus nachvollziehbare Begutachtungsergebnis als rechtlich unzulässig negieren, so bliebe nur der Ausweg, die Fahreignung in solchen Fällen zu verneinen und den Kreis der Sicherungsentzüge dementsprechend weiter zu ziehen (vgl. auch Ph. Weissenberger, Administrativrechtliche Massnahmen gegenüber Motorfahrzeuglenkern bei Alkohol- und Drogengefährdung, Gedanken aus Anlass von BGE 130 II 25, in R. Schaffhauser, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004, 105 ff. bes. S. 129). Dieses Ergebnis widerspräche indes dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Weissenberger kommt in seinem sorgfältig und überzeugend begründeten Aufsatz zum Schluss, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgegeben werden sollte (Weissenberger, a.a.O., S. 132 ff.).

Für Auflagen – verstanden als die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen – gilt auch das Gesetzmässigkeitsprinzip. Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen wie Auflagen braucht jedoch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein. Wo eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt, kann die Zulässigkeit der Nebenbestimmungen aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Unzulässig sind hingegen alle Nebenbestimmungen, die sachfremd sind. Eine Bewilligung kann insbesondere dann mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, wenn sie auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen über-

B 12.3

haupt verweigert werden könnte. Den Bewilligungsbehörden steht bei der Beurteilung der Frage, ob und welche Nebenbestimmungen mit einer Bewilligung verknüpft werden sollen, ein Entscheidungsspielraum zu (Häfelin/Haller, Allg. Verwaltungsrecht, 4. A., Rz. 918). Wie in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999 zutreffend ausgeführt wird ergibt sich die Möglichkeit, die Ausweise aus besonderen Gründen mit Auflagen zu verbinden aus den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts (BBl. 1999, V, S. 4482; Weissenberger, a.a.O., S. 132 ff.).

Der Führerausweisentzug und in besonderem Masse der befristete Warnungsentzug bei Lenkern mit Alkohol-Gefährdung ist – wie sich aus dem Vorgesagten ergibt - geradezu ein Schulbeispiel, bei dem die Kombination der Hauptanordnung mit sachbezogenen Auflagen dem vom Gesetz verfolgten Zweck (Besserung des Führers, Bekämpfung von Rückfällen, Erhöhung der Verkehrssicherheit) entspricht. Zu ergänzen ist auch, dass dieses Vorgehen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz in allen seinen Teilbereichen gerecht wird; während die Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Ausdehnung des unbefristeten Sicherungsentzuges auf alle Schattierungen von Alkohol-Gefährdeten) mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nur schwer in Einklang zu bringen wäre.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass eine Kombination des SVG-Warnungsentzuges mit sachbezogenen Nebenbestimmungen (Auflagen bzw. Bedingungen) bei Alkohol-Gefährdung und analog auch bei anderer verkehrsrelevanter Sucht-Gefährdung gesetzmässig ist. An der gegenteiligen Auffassung, welche in VGE 925/04 v. 10. Dezember 2004 E. 2 unter dem Eindruck von BGE 130 II 25 vertreten wurde, kann nicht festgehalten werden.

(VGE 806 + 807/05 vom 24. März 2005).

12.3 Verkehrsanordnung

- *Geplante Parkfelder im Bereich einer Groberschliessungsstrasse: Beschwerdebefugnis von Anstössern.*

Aus den Erwägungen:

1. Ist die Vorinstanz auf eine Beschwerde nicht eingetreten, so hat das Verwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung nur zu prüfen, ob der Nichteintretensentscheid zu Unrecht erfolgt ist. Bejaht es diese Frage, so hebt es den Nichteintretensentscheid auf und weist die Akten an

die Vorinstanz zurück, damit diese hinsichtlich der Beschwerde einen Sachentscheid trifft. Erweist sich hingegen das Vorgehen der Vorinstanz als rechtsbeständig, ist die Beschwerde abzuweisen (vgl. VGE 880/00 vom 28. Oktober 2000 mit Hinweisen, u.a. auf VGE 1052/99 vom 16. März 2000; vgl. auch VGE 1015/02 vom 28. Juni 2002, Erw.1).

2. Die Beschwerdeführerin hat gegen die im Ingress lit. A dargelegte Verkehrsordnung, welche die ...strasse in ... im Abschnitt ... betrifft, am 8. Februar 2005 eine Verwaltungsbeschwerde eingereicht. Auf diese Beschwerde ist der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss nicht eingetreten mit der sinngemässen Begründung, die Beschwerdeführerin habe kein hinreichendes schutzwürdiges Interesse, die publizierte Verkehrsordnung anzufechten.

3.1 Nach § 37 Abs. 1 der kantonalen Strassenverordnung (StrV, SRSZ 442.110) bedürfen Verkehrsordnungen von Gemeinden und Bezirken der Genehmigung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes. Der Genehmigungsbeschluss wird während 20 Tagen öffentlich aufgelegt; während der Auflagefrist kann beim Regierungsrat Beschwerde erhoben werden (vgl. § 37 Abs. 2 StrV).

Nach § 37 lit. a der kantonalen Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) sind Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun, zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt.

3.2 Im angefochtenen Beschluss legte der Regierungsrat in Erwägung 1.3.1 zutreffend dar, dass grundsätzlich jedes aktuelle Rechtsschutzinteresse die Beschwerdelegitimation zu begründen vermag. Ein solches Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, oder in der Abwendung eines Nachteils, den die angefochtene Verfügung für den Beschwerdeführer zur Folge hätte. Wie der Regierungsrat richtig ausführt, braucht es kein rechtlich geschütztes Interesse zu sein; ein tatsächliches, beispielsweise wirtschaftliches, ideelles oder materielles Interesse genügt. Es wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann (bzw. beliebige Dritte oder die Allgemeinheit) betroffen ist und in einer besonderen, achtenswerten und nahen Beziehung zur Streitsache steht. Diese Anforderungen sollen die Popularbeschwerde ausschliessen (vgl. die zutreffenden Ausführungen in Erw. 1.3.1 des angefochtenen RRB, sowie beispielsweise VGE 1020/03 vom 26. Juni 2003, Erw. 1c, Prot. S. 951 mit Hinweisen, u.a. auf Alfred Kölz/Jürg

B 12.3

Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., N 20 ff. zu § 21; vgl. auch Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, S. 211 ff.).

3.3 Beizupflichten ist dem Regierungsrat auch, dass bei Verkehrsordnungen das Recht zur Beschwerde grundsätzlich den Anwohnern der von der Anordnung betroffenen Strasse zusteht wie auch den Anwohnern anderer Strassen, die beispielsweise wegen Verkehrsverlagerungen Nachteile erleiden könnten. Zu Recht hat der Regierungsrat auch hervor gehoben, dass die Tatsache allein, ob jemand an einer mit einer Verkehrsbeschränkung belegten Strasse wohnt oder dort eine Liegenschaft besitzt, nicht ohne Weiteres die Beschwerdebefugnis begründet. Vielmehr genügt eine solche Tatsache nach Massgabe der in Erwägung 3.2 dargelegten Praxis nur dann, wenn die umstrittene Verkehrsanordnung für die betreffende Person einen Nachteil darstellt, an dessen Aufhebung oder Abänderung sie ein tatsächliches oder rechtliches Interesse hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Zufahrt erschwert wird (z.B. durch eine Einbahnregelung), wenn eine Geschwindigkeitsbeschränkung angeordnet wird, wenn Parkplätze, die mehr oder weniger regelmässig benützt werden, aufgehoben werden, oder wenn durch eine Verkehrsmassnahme vermehrt Immissionen zu befürchten sind (vgl. angefochtener RRB, Erw. 1.3.2 mit Verweis auf René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. A., Bern 2002, N 140 sowie Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB, 1997/61.22).

Zu ergänzen ist, dass für den Nachweis der hinreichenden Betroffenheit es grundsätzlich genügt, entsprechende Nachteile glaubhaft zu machen. Allerdings müssen die geltend gemachten Beeinträchtigungen nach objektivierter Betrachtungsweise vorliegen, eine rein subjektive Empfindlichkeit ist nicht zu berücksichtigen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 33 in fine i.V.m. N 21 zu § 21 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 123 II 379). Die Frage hingegen, ob solche (objektivierbare) Nachteile derart schwer wiegen, dass sich gegebenenfalls eine Aufhebung oder Abänderung der Verkehrsanordnung rechtfertigen kann, ist nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern korrekterweise erst bei der materiellen Beurteilung der Beschwerde zu behandeln.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, Landeigentümerin ... zu sein, welche strassenmässig durch die ...strasse in das übergeordnete Strassennetz (...) erschlossen werden. ...

Diese Sachdarstellung der Beschwerdeführerin wird von den Vorinstanzen auch nicht ansatzweise in Frage gestellt. Mithin ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin über (bereits überbautes) Bauland verfügt, welches direkt an den betreffenden Abschnitt der ...strasse an-

stösst. Mit anderen Worten ist die Beschwerdeführerin als Anstösserin des fraglichen Strassenabschnittes zu behandeln ...

4.2 Die umstrittene Verkehrsanordnung beinhaltet unter anderem die Schaffung von neuen Parkfeldern auf der ...strasse mit beschränkter Parkierungsdauer ("blaue Zone"), und zwar auf bestimmten Strassenarealflächen (entlang des Trottoirs), welche bis anhin dem rollenden Verkehr dienten (vgl. die vorinstanzlichen Planunterlagen). Als Nachteil dieser geplanten Anordnung sieht die Beschwerdeführerin hauptsächlich, dass der "Verkehrsfluss auf der stark frequentierten ...strasse gegenüber dem heutigen Zustand verringert" wird ... Eine solche Beeinträchtigung des Verkehrsflusses wirft nach ihrer Auffassung die Frage auf, ob die ...strasse mit diesen Massnahmen auch inskünftig noch als ausreichende Groberschliessungsstrasse taxiert werden könne. Diese Gefahr bestehe umso mehr, als die geplante Massnahme dem Gemeinderat die Möglichkeit eröffne, die Anzahl und Lage der Parkplätze jederzeit zu ändern. Dieser Freipass verstärke zusätzlich die Erschliessungsproblematik.

4.3 Diese Vorbringen in der Beschwerdeschrift vermögen eine hinreichende Betroffenheit der Beschwerdeführerin zu begründen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist eine besondere, beachtenswerte und nahe Beziehung der Beschwerdeführerin zur Streitsache (Verkehrsanordnung auf dem erwähnten Abschnitt der ...strasse) zu bejahen, zumal die Vorinstanzen nicht bestreiten, dass mit den geplanten Parkfeldern auf bisherigem Strassenareal der Verkehrsfluss verringert wird. Eine solche Verringerung des Verkehrsflusses ist denn auch offensichtlich, wenn man sich die vorinstanzlichen Planunterlagen vor Augen hält. Die Frage hingegen, ob eine solche Beeinträchtigung des Verkehrsflusses unter Abwägung der involvierten Interessen vertretbar ist (bzw. aus verkehrsberuhigender Sicht sogar allenfalls erwünscht), ist nicht bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation, sondern im Rahmen der materiellen Beurteilung der Beschwerde zu beantworten.

(VGE 918/05 vom 21. Dezember 2005).

13. Sozialhilfe

13.1 Bevorschussung

- *Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (für Leistungen einer Tagesmutter).*

B 13.1

Aus den Erwägungen:

1.2 Die zweite Frage dreht sich darum, ob die Gemeinde verpflichtet ist, die von der Beschwerdeführerin als Tagesmutter erbrachten Leistungen zu bevorschussen. ...

2.1 Das öffentliche Recht regelt die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt des Kindes, wenn die Eltern ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommen (Art. 293 Abs. 2 ZGB). Die bei einer Pflegemutter verbrachte Zeit eines primarschulpflichtigen Kindes mit Einnahme von Mittagessen und Zvieri bei der Pflegemutter sowie Hüte- und Wartedienst durch die Pflegemutter ist Teil des einem Kinde zustehenden Unterhalts (vgl. P. Breitschmied, BSK, N 20 ff. zu Art. 276 ZGB; EGV-SZ 1986, Nr. 36, 1981 Nr. 47). Nach § 6 des Gesetzes über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (SRSZ 380.200) obliegt die Pflicht zur Bevorschussung der Gemeinde am zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes, wobei die Fürsorgebehörde die Höhe und Dauer des Vorschusses festlegt.

2.2 Im häufigsten Fall erbringen die Gemeinden die Bevorschussung anstelle eines pflichtigen Elternteils an denjenigen Elternteil, welcher die elterliche Obhut ausübt. Ein Bevorschussungsanspruch gegenüber der Gemeinde besteht nach § 2 des Gesetzes, wenn der zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtete Elternteil seiner Unterhaltspflicht *trotz angemessener Inkassoversuche* nicht rechtzeitig nachkommt. Die Bestimmung, wonach das unmündige Kind bzw. dessen gesetzlicher Vertreter angemessene Inkassoversuche muss nachweisen können, bevor die Bevorschussung durch die Gemeinde Platz greift, ist im Normalfall, bei dem es um die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegenüber einem biologischen Elternteil geht, durchaus sachgerecht. Anders verhält es sich vorliegend, wo keine biologische, naturgesetzliche Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Erbringung von Unterhalt gegenüber dem Kind besteht. Zur Illustration des Vorganges ist nochmals der Sachverhalt zur rekapitulieren, wie er glaubwürdig und unbestritten in der Beschwerde wie folgt dargelegt wird:

...

Dieser Sachverhalt ist wie folgt zu würdigen:

- In einer akuten Notsituation, bei der rasches Handeln gefragt war, haben drei hilfsbereite Frauen (...) den beiden Kindern A und B in einer für sie und ihre Familie schwierigen Situation als Tagesmütter wertvolle und sachgerechte Betreuung und Fürsorge erbracht.
- Durch dieses Vorgehen wurde es ermöglicht, dass die beiden Kinder nicht mitten im Schuljahr ... verlassen mussten, sondern in ihrer Klas-

se das begonnene Schuljahr geordnet beenden konnten. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche dagegen sprechen, die getroffene Lösung als dem Kindeswohl angemessen zu bezeichnen.

- Die drei Tagesmütter erbrachten ihre Leistungen zu einer moderaten Entschädigung ..., die nur einen Bruchteil derjenigen Kosten verursachte, die bei einer Fremdplatzierung (SOS-Familie oder Heimplatzierung) angefallen wären.
- Den drei Frauen gebührt für ihre Leistungen und ihren Einsatz ein grosser Dank.
- Die getroffene Lösung wurde an der Sitzung vom 9. November 2004 durch namhafte Vertreter der Gemeindebehörden (Präsident der Vormundschaftsbehörde und Gemeindeschreiber) gebilligt. Es wurde dabei auch eine gewisse Vertrauenssituation geschaffen, dass die Abgeltung des Tagesmuttereinsatzes problemlos sollte abgewickelt werden können.

Faktum ist sodann, dass die Beschwerdeführerin am 18. Februar 2005, als sie die Fürsorgebehörde um Kostengutsprache/Bevorschussung ersuchte, noch keinerlei Entschädigung für ihren Tagesmuttereinsatz erhalten hatte, obwohl sie diesen Einsatz dannzumal schon seit mehr als vier Monaten geleistet hatte.

2.3 Bei dieser konkreten Sachlage ist festzuhalten, dass es Aufgabe der Fürsorgebehörde gewesen wäre, die Kosten für den Tagesmuttereinsatz zu Lasten der Gemeinde zu bevorschussen, wobei es dann Sache der Gemeinde gewesen wäre, die bevorschussten Unterhaltsbeiträge bei den pflichtigen Elternteilen wiederum zurückzufordern (vgl. § 7 Abs. 1 Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen). Es war bei dieser Sachlage nicht zumutbar, den Tagesmüttern den Inkassoaufwand gegenüber den Eltern und das Verlustrisiko aufzubürden. Die hier postulierte Vorgehensweise liegt nicht zuletzt auch im Interesse der Gemeinde und dies nicht nur in Bezug auf den konkreten Hilfseinsatz, sondern besonders auch im Hinblick auf künftige analoge Fälle; denn es ist wichtig, dass die spontane und tatkräftige Hilfsbereitschaft in solchen Fällen gefördert wird und aktuelle und künftige Tagesmütter nicht von Hilfeleistung abgeschreckt werden durch die Aussicht, anschliessend ein administratives Spiessrutenlaufen durchstehen zu müssen, um (eventuell) zu ihrem Entgelt zu gelangen.

Selbstverständlich wird (und soll) die hier getroffene Lösung nicht dazu führen, dass überall dort, wo eine Mutter aus gesundheitlichen Gründen ausfällt und eine Fremdbetreuung für die Kinder organisiert werden muss, die Fürsorgebehörde Vorschuss oder wirtschaftliche Sozialhilfe zu leisten haben wird. In der Regel wird die Familie (Ehemann, erweiterte

B 13.2

Familie) in der Lage sein, diese Hilfe selber zu organisieren und ordnungsgemäss und zeitgerecht zu finanzieren. Wo dies aber – wie vorliegend - nicht der Fall ist (geschiedene, alleinerziehende Mutter in desolater Finanzlage), ist die subsidiäre Hilfestellung durch die Fürsorgebehörde, je nach den Umständen via wirtschaftliche Sozialhilfe oder über Alimentenbevorschussung, gefordert.

(VGE 887/05 vom 28. September 2005).

13.2 Wirtschaftliche Hilfe

- *Anrechnung eines Beitrages für die Haushaltsführung - Differenzierung nach stabilem und instabilem Konkubinats sowie Wohn-(Zweck-)gemeinschaft (Erw. 4.2).*
- *Nichtberücksichtigung einer Entschädigung, welche zu Lasten des betreibungsrechtlichen Existenzminimums geht (Erw. 5 und 6).*

Aus dem Sachverhalt:

A., welche rund ein Jahr bei B. wohnte, wurde mit Beschluss der Fürsorgebehörde Z. vom 20. Oktober 2004 ab Dezember 2004 wirtschaftliche Hilfe zugesprochen. Als Einkommen wurden ihr dabei Fr. 550.-- für die Haushaltsführung z.L. von B. angerechnet. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Auf ein Wiedererwägungsgesuch von A. hin hielt die Fürsorgebehörde an ihrer Beschlussfassung vom 20. Oktober 2004 fest. Gegen diese Verfügung erhoben A. und B. Beschwerde beim Regierungsrat und beantragten sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 17. Januar 2005 und die Ausrichtung der wirtschaftlichen Hilfe ohne Anrechnung einer Entschädigung für die Haushaltsführung. Der Regierungsrat hiess die Beschwerde teilweise gut und legte die im Unterstützungsbudget zu berücksichtigende Entschädigung für die Haushaltsführung auf Fr. 400.-- fest, wodurch sich der monatliche Unterstützungsbeitrag entsprechend um Fr. 150.-- erhöhte. A. und B. erhoben gegen diesen Regierungsratsbeschluss im April 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Bereits per Ende März 2005 hatte B. zwischenzeitlich das Wohnverhältnis mit A. aufgekündigt.

Aus den Erwägungen:

4. Als nächstes ist die Frage der Rechtmässigkeit des angerechneten und vorliegend strittigen Haushaltführungsbeitrages von Fr. 400.-- zu prüfen.

4.1 Gemäss § 15 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) haben Personen, welche für ihren Lebensunterhalt nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen können, Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe. Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich gemäss § 5 der Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum ShG (ShV; SRSZ 380.111) nach den Vorschriften des Gesetzes und der Verordnung sowie nach den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet (Abs. 1). Für die Bemessung der Hilfe haben die Empfehlungen und Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge wegleitenden Charakter (Abs. 2; SKOS-Richtlinien).

Per 1. April 2005 traten die SKOS-Richtlinien in 4. überarbeiteter Ausgabe in Kraft. Die angefochtene Verfügung und der zu beurteilende Sachverhalt datieren vor Inkrafttreten der revidierten SKOS-Richtlinien, weshalb die bis Ende März 2005 geltenden SKOS-Richtlinien zu beachten sind (vgl. angefochtener Entscheid Erw. 4).

4.2.1 Die SKOS-Richtlinien regeln unter lit. F die finanziellen Ansprüche gegenüber Dritten. Es gilt der Grundsatz, dass die öffentliche Sozialhilfe gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität (§ 2 ShG) grundsätzlich alle zulässigen finanziellen Ansprüche gegenüber Dritten geltend macht (F.1). Hierzu zählen insbesondere bevorschusste Leistungen Dritter (F.2), eheliche und elterliche Unterhaltspflicht (F.3) sowie die familienrechtliche Unterstützungspflicht (Verwandtenunterstützung; F.4).

Unter lit. F.5 werden die Ansprüche bei Wohn- und Lebensgemeinschaften geregelt. Unter diesen Begriff fallen Paare oder Gruppen, die die Haushaltfunktionen (Wohnen, Essen, Waschen, Reinigen, Telefonieren usw.) gemeinsam ausüben und finanzieren, ohne ein Ehepaar oder eine Familie zu bilden. In der Regel dürfen die in einer familienähnlichen Gemeinschaft zusammenlebenden Personen nicht als Unterstützungseinheit erfasst werden. Konkubinatspaare, bei denen beide Partner unterstützt werden, sind materiell allerdings nicht besser zu stellen als ein unterstütztes Ehepaar (F.5.1).

4.2.2 Unter lit. F.5.2 wird die Entschädigung für die Haushaltführung geregelt. Eine Person, die den Haushalt für eine oder mehrere Personen,

B 13.2

die nicht unterstützt werden, führt, hat einen Anspruch auf eine Entschädigung für die Haushaltsführung. Diese Entschädigung ist der unterstützten Person als Einkommen anzurechnen. Die Entschädigung richtet sich nach der Zeit, die für die Haushaltsführung (z.B. Einkaufen, Kochen, Waschen, Bügeln, Reinigung/Unterhalt der Wohnung, Betreuung von Kindern der nicht unterstützten Person) aufgewendet werden muss. Besorgt die unterstützte Person sämtliche Hausarbeiten allein, so darf bei einem kinderlosen Haushalt eine pauschale Arbeitszeitentschädigung verlangt werden. Die empfohlene Entschädigung beträgt bei einem Haushalt mit zwei Personen ohne Kinderbetreuung zwischen Fr. 550.-- und Fr. 990.--. Der Sozialbehörde steht bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung für die Haushaltsführung ein Ermessensspielraum zu. Die Höhe bemisst sich im Einzelfall nach der spezifischen Gewichtung der für die Haushaltsführung und Kindererziehung aufgewendeten Arbeitsanteile (vgl. Praxisbeispiel "Entschädigung für die haushaltführende Person" in ZeSo 12/98, publ. auch unter www.skos.ch/deutsch/wissenswertes).

4.2.3 Leben Partner in einem stabilen Konkubinat, was namentlich bei einer Dauer des Konkubinats von fünf Jahren oder beim Zusammenleben mit Partner und einem gemeinsamen Kind der Fall ist, dürfen Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners angemessen mitberücksichtigt werden. Ein Konkubinat führt zwar nicht von vornherein zu rechtlichen Unterhalts- und Beistandsansprüchen zwischen den Partnern (BGE 129 I Erw. 3.2.4). Bei der Beurteilung einer "stabilen" Konkubinatsbeziehung können indessen zur Verhinderung einer unzulässigen Privilegierung des Konkubinats gegenüber der Ehe - wie beim Entscheid über die Alimentenbevorschussung für das gemeinsame Kind - die finanziellen Verhältnisse des Konkubinatspartners mitberücksichtigt werden (Urteil 2P.218/2003 vom 12. Januar 2004 Erw. 3.2; vgl. P. Stadler, Unterstützung von Konkubinatspartnern, in: ZeSo 1999 S. 29 - 32, S. 31 f.).

Bei einem (noch) nicht stabilen Konkubinat liegt ein Addieren der Einkommen beider Partner nicht auf der Hand. Es rechtfertigt sich aber auch in diesem Fall ohne Weiteres, mit der Entschädigung für die Haushaltsführung, auf welche grundsätzlich nicht verzichtet werden darf, einen gewissen Ausgleich zu schaffen. Denn die für den Konkubinats- bzw. Haushaltspartner erbrachten Dienstleistungen wie Einkauf, Kochen, Waschen, Bügeln, Reinigen und Unterhalt der Wohnung sind für den nicht unterstützten Partner - der dadurch vermutungsweise bei der Haushaltsführung entlastet wird - geldwerte Vorteile, die nach den für Mehrpersonenhaushalte heranzuziehenden Vorschriften über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) grundsätzlich abzugelten sind (Urteil

2P.48/2004 des Bundesgerichts vom 26. Februar 2004 Erw. 2.4 mit Hinweisen). Gemäss diesem Bundesgerichtsurteil muss der entschädigungspflichtige Partner hierzu ausserdem aufgrund seiner finanziellen Situation in der Lage und ihm die Ausrichtung einer Entschädigung auch zumutbar sein.

4.3 Die Vorinstanzen sind im Falle der Beschwerdeführer zu Recht nicht von einem (stabilen) Konkubinatsausgang ausgegangen.

Die Beschwerdeführer bestreiten auch, in einer konkubinatsähnlichen Beziehung bzw. einem noch nicht stabilen Konkubinatsausgang zusammen zu leben. Der Beschwerdeführer und die Beschwerdeführerin, welche zuvor allein eine 2-Zimmer-Wohnung gemietet hatte, teilen seit dem 15. Oktober 2003, d.h. seit rund 1³/₄ Jahren eine gemeinsame Wohnung, verfügen indes über ihre eigenen Zimmer. Die Beschwerdeführerin geht keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Der Beschwerdeführer weist im Gegensatz zur Beschwerdeführerin einen ausgefüllten Tagesablauf aus, der ihm nur nach 18.00 Uhr und jeweils am Samstag Zeit um beispielsweise einzukaufen lässt. Diese aktenkundigen Fakten lassen keinen Rückschluss auf eine konkubinatsähnliche Beziehung der Beschwerdeführer zu. Indes kann diese Frage aufgrund der nachstehenden Erwägungen offen bleiben.

5.1 Beim Rahmen von Fr. 550.-- bis Fr. 900.-- als Entschädigung für Haushaltführung gemäss lit. F.5.2 der SKOS-Richtlinien handelt es sich um eine Empfehlung. Miteinzubeziehen sind bei der Festsetzung der Abgeltung wie gesagt auch die finanziellen Verhältnisse der Person, die erwerbstätig ist und von den Haushaltsdiensten der Partnerin oder des Partners profitiert. Diese Abgeltung bemisst sich unter Berücksichtigung allfälliger anderer Verpflichtungen nach der Leistungsfähigkeit des Hausgenossen (EGV-SZ 1990 Nr. 61 Erw. 3.a). Wer wenig verdient, kann sich Leistungen einer anderen Person im Haushalt nur in bescheidenem Ausmass oder zu bescheidenem Ansatz leisten (vgl. BVR 1996 S. 321 mit Hinweis auf BGE 116 V 177 ff.). Diesem Umstand hat der Regierungsrat insofern Rechnung getragen, als er unter Hinweis auf Felix Wolfers (Grundriss des Sozialhilferechts, 2. A., S. 160 FN 161), wonach ein Abweichen von den SKOS-Richtlinien vertretbar ist, um den Umständen des Einzelfalls genügend Rechnung zu tragen, die Höhe der Entschädigung nach dem Einkommen des nicht unterstützten Beschwerdeführers und dessen Mitarbeit im Haushalt bemessen hat. ... In Berücksichtigung dieser Umstände schien dem Regierungsrat eine Entschädigung von Fr. 400.-- als angemessen.

B 13.2

5.2 Die Berechnung des Regierungsrates ist indes weitgehend intransparent. ...

5.3 In methodischer Hinsicht ist vom Grundsatz auszugehen, dass bei einer Hausgemeinschaft die nichtunterstützte Person der unterstützten Person zum Vornherein keine Haushaltentschädigung zu entrichten hat, die zu Lasten ihres eigenen betriebsrechtlichen Existenzminimums geht. Dieser Schluss ergibt sich nicht nur aus dem auch von der Vorinstanz zitierten BGE 116 V 177, wonach bei der Bestimmung des AHV-beitragspflichtigen Naturallohnes des Konkubinatspartners das betriebsrechtliche Existenzminimum des anderen zu respektieren ist. Hierfür sprechen auch betriebsrechtliche Überlegungen. Nach der Rechtsprechung darf beim (stabilen) Konkubinatsverhältnis der Beitrag, der zu Lasten des Lebenspartners an die Kosten des gemeinsamen Haushaltes berücksichtigt wird, deren Hälfte unbeschleunigt der unterschiedlichen Einkommen der beiden Partner nicht übersteigen, da sich sonst die Gläubiger aus dem Gut einer anderen Person befriedigen könnten, ohne dass der Schuldner dieser gegenüber einen Anspruch auf Unterhalt hat (vgl. BGE 130 III 765 Erw. 2.2). Analog ginge ein Eingriff ins betriebsrechtliche Existenzminimum der sozialhilferechtlich nichtunterstützten Person zu Lasten von allfälligen (potentiellen) Gläubigern. Im Falle des Beschwerdeführers war/ist diese Gefahr virulent, nachdem ihm die Alimente für seine Tochter offensichtlich noch im Januar 2005 bevorzusst werden mussten (vgl. Akten der Fürsorgebehörde). Schliesslich ist es auch in faktischer Hinsicht unwahrscheinlich, dass sich eine Person zu Lasten des (betriebsrechtlichen) Existenzminimums eine Haushalthilfe leisten würde.

Mithin ist zu prüfen, ob die vom Regierungsrat berechneten monatlichen Auslagen von Fr. 2'800.-- auch vor einer Berechnung nach dem betriebsrechtlichen Existenzminimum standhalten.

...

Angesichts eines Überschusses von knapp Fr. 500.-- gegenüber vom Regierungsrat berechneten Fr. 1'500.-- und in Berücksichtigung der Tatsache, dass auch der Beschwerdeführer gemäss der Darstellung der Vorinstanz seinen hälftigen Beitrag an die Haushaltführung leistet, verbietet sich im vorliegenden Fall die Festsetzung einer Entschädigung für die Haushaltführung z.G. der Beschwerdeführerin und z.L. des Beschwerdeführers.

6.1 Dieses Ergebnis rechtfertigt sich im konkreten Fall auch durch grundsätzliche sozialhilferechtliche Überlegungen.

Gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität ist in erster Linie die private Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Sozialhilfe greift dort, wo die private

Hilfe nicht ausreicht (§ 2 ShG). Getreu dem verfassungsmässigen Appell an die Wahrnehmung der Eigenverantwortung gemäss Art. 6 BV (vgl. R. Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 2410 - 2412) hat folglich auch eine in wirtschaftliche Not geratene Person oder die in Not zu geraten droht, alles zu unternehmen, dieser Not zu entkommen. Eine wichtige Stellung kommt im Bereich der Sozialhilfe konsequenterweise auch der Prävention und Ursachenbekämpfung zu (§ 3 ShG). Eine drohende Notlage soll abgewendet und Rückfälle vermieden werden.

Es ist eine Tatsache, dass der wirtschaftliche Strukturwandel der letzten Jahre nicht nur mehr und mehr Personen in die Arbeitslosigkeit gedrängt hat, sondern dass in den letzten Jahren in der Schweiz auch das Risiko deutlich angestiegen ist, trotz Arbeit nur über ein ungenügendes Einkommen zu verfügen, um den Lebensunterhalt für sich und ihre Familien zu sichern (working poors; vgl. C. Knöpfel u. A.M. Ferroni, Braucht die Schweiz eine neue Sozialhilfe, in ZeSo 1999 S. 65 - 70). Es ist deshalb im Sinne der Subsidiarität und Prävention gerade aus sozialhilferechtlicher Sicht zu begrüessen, wenn sich Personen, die von der Armutsfalle betroffen oder bedroht sind, zu Wirtschaftseinheiten zusammenschliessen und durch die gewonnenen Synergieeffekte nicht nur ihre knappen Ressourcen effizienter verwerten können, sondern dazu im Endeffekt auch zu einer Reduktion der benötigten Sozialhilfeleistungen beitragen können. Es drängt sich mithin der Vergleich mit den gemäss den revidierten SKOS-Richtlinien zu fördernden finanziellen Anreizen zur sozialen und beruflichen Integration von Hilfesuchenden auf (vgl. lit. D.2 rev.SKOS).

Die Anwendung der Bestimmung F.5.2 erheischt mithin unter Ausschöpfung des den Fürsorgebehörden zustehenden Ermessensspielraumes (vorstehend Erw. 4.2.2) eine sorgfältige und differenzierte Betrachtungsweise unter Einbezug sämtlicher relevanter Aspekte. Vorbehalten bleiben eindeutige Fälle wie z.B. eines stabilen Konkubinats, wobei hierfür die zu beachtenden Kriterien von der Rechtsprechung definiert wurden (vgl. vorstehend Erw. 4.2.3) oder einer hinreichend grossen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des nicht unterstützten Hausgenossen, der andernfalls die Haushaltführung/-arbeiten so oder so weitgehend durch eine entlohnte Haushalthilfe erledigen liesse.

6.2 Im konkreten Fall verfügt der Beschwerdeführer mit über Fr. 4'300.-- pro Monat über ein Salär, das allgemein ein Auskommen sichern sollte, gemäss vorstehender Berechnung noch recht deutlich über dem Existenzminimum liegt und ihm einen gewissen Spielraum ermöglicht. Der Umstand, dass er auf Alimentenbevorschussung angewiesen war / ist, ist indes klares Indiz für eine finanziell angespannte

B 16.1

Lage auch des Beschwerdeführers und macht die Angabe des Beschwerdeführers, er habe die Beschwerdeführerin als Untermieterin u.a. deshalb aufgenommen, weil der Mietzins für ihn zu hoch geworden wäre, glaubhaft (Akten Fürsorgebehörde, Schreiben des Beschwerdeführers an das Justizdepartement vom 14. März 2005). Dies wird ebenfalls durch die vorstehende Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums bestätigt. Als Einpersonenhaushalt ist ihm ein Grundbetrag von Fr. 1'100.-- und insbesondere der gesamte Mietzins anzurechnen, womit ein Ausgabenüberschuss von um die Fr. 400.-- resultiert.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits bewohnte zuvor allein eine 2-Zimmer-Wohnung zu einem Mietpreis von monatlich Fr. 890.--, welche somit Fr. 140.-- mehr als die Untermiete beim Beschwerdeführer kostet. Aus sozialhilferechtlicher Sicht bestand für sie kein Anlass zu einem Wohnungswechsel, weil dieser Mietzins von der Fürsorgebehörde als überhöht erachtet worden wäre; jedenfalls finden sich hierfür keine Anhaltspunkte in den Akten. Für ihren Sozialhilfeanspruch vor dem Umzug in die Wohnung des Beschwerdeführers musste ihr weiter der Grundbedarf I in der Höhe eines 1-Personen-Haushaltes angerechnet werden, d.h. Fr. 1'040.-- (vgl. act. B.01 Aktendossier Berechnungsblatt für den Monat Mai 2003). Der hälftige Grundbedarf I eines Zweipersonenhaushaltes beträgt demgegenüber nunmehr nur noch Fr. 788.--, d.h. Fr. 252.-- weniger als zuvor. Mithin resultierte aufgrund des Wohnungswechsels der Beschwerdeführerin mit gleichzeitiger Bildung einer Wirtschaftseinheit, welche im Übrigen als solche von den Beschwerdeführern mit Bezug auf den Grundbedarf I zu Recht nicht bestritten wurde, eine Kostenersparnis von Fr. 392.--, die vorliegend ziemlich genau dem vorherigen Ausgabenüberschuss des Beschwerdeführers entspricht.

Auf Seiten des Beschwerdeführers resultierte dadurch insgesamt zwar eine wesentlich höhere Kostenersparnis, die ihm jedoch nach wie vor keine "grossen Sprünge" ermöglicht, sondern ihn in seiner angespannten finanziellen Situation nur vor der Armutsfalle bewahren kann/konnte.

(VGE 842 + 843/05 vom 30. Juni 2005).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Zugehörigkeit zu einer Genossame

- *Die Zugehörigkeit zur einer Genossame darf nicht von einem bestimmten Namen oder einem bestimmten Gemeindebürgerrecht abhängig*

gemacht werden. Verstoss der entsprechenden statutarischen Bestimmungen gegen die Bundesverfassung.

Aus dem Sachverhalt:

A. entstammt der Ehe einer Genossenbürgerin der Genossame Lachen mit einem Nicht-Genossenmitglied. A. trägt den Namen und das Bürgerrecht ihres Vaters. Das Gesuch von A. um Aufnahme in der Genossame wurde vom Genossenrat abgewiesen. Hiergegen erhob A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2. In den Statuten wird die Zugehörigkeit zur Genossame Lachen wie folgt geregelt:

- "§ 4 Der Genossame Lachen gehören Bürgerinnen und Bürger der Gemeinde Lachen, Altendorf und Galgenen als Genossenbürger an, die infolge Geburt, Abstammung oder Adoption einen nachbezeichneten Familiennamen tragen und gleichzeitig Mitglieder oder Nachkommen der bisher im Genossenregister eingetragenen Familien sind.
Die Familiennamen sind Schwiter (Schwyter), Stählin, Marty, Hegner, Rauchenstein, Spieser, Schwander, Kessler und Gruber.
- § 5 Der Verlust des angestammten Gemeindebürgerrechts von Lachen, Altendorf oder Galgenen hat den Verlust der Zugehörigkeit zur Genossame zur Folge.
Ausgenommen hiervon sind die von Genossenbürgern abstammenden Töchter, welche infolge Heirat vor dem 1.1.1988 das Bürgerrecht der Gemeinde Lachen, Altendorf oder Galgenen verloren und dieses nicht wiedererlangt haben.
- § 6 Genossenbürger behalten das Genossenbürgerrecht, auch wenn sie durch Heirat oder Namenswahl (Art. 30 und Art. 160 Abs. 2 ZGB) nicht mehr Träger eines Genossengeschlechtes sind.
- § 7 Eine Weitergabe des Genossenbürgerrechts durch verheiratete Genossenbürgerinnen ist ausgeschlossen."

B 16.1

Nach § 26 in Verbindung mit § 18 der Statuten ist der Genossenrat zuständig, über ein Gesuch um Aufnahme in die Genossame zu entscheiden.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt u.a. sinngemäss vor, die Statuten der öffentlichrechtlichen Genossame Lachen würden Art. 8 der Bundesverfassung (BV) verletzen, indem sie die Bundesrechtsregelungen über das Bürgerrecht und Namensrecht der Ehegatten und Kinder dazu "missbrauchen" würden, Frauen und Männer bezüglich der Weitergabe des Genossenbürgerrechts ungleich zu behandeln. Namentlich widerspreche § 7 der Statuten dem Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV. Aus einer solchen Verletzung der Bundesverfassung leitet die Beschwerdeführerin konkludent ab, dass sie (als Tochter einer Genossenbürgerin) in die Genossame Lachen aufgenommen werden müsse.

3.2 Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Beschluss zunächst fest, dass die regierungsrätliche Genehmigung der Statuten nicht zur Heilung allfälliger, der Bundesverfassung widersprechender Bestimmungen führt. Die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung könne im Anwendungsfall immer noch überprüft werden, wie vorliegend im Zusammenhang mit einem konkreten Aufnahmegesuch. Darum prüfte der Regierungsrat in der Folge, ob das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 30. Dezember 2003 um Aufnahme in die Genossame vom Genossenrat zu Unrecht abgewiesen worden ist. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit der konstanten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu beispielsweise schon EVG-SZ 1980, S. 29, wonach die regierungsrätliche Genehmigung von Bestimmungen eine nachträgliche Rechtskontrolle im Zusammenhang mit einem Vollzugsakt durch die Genehmigungsinstanz oder durch den Richter nicht ausschliesst; vgl. auch J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 123, mit weiteren Hinweisen).

3.3 Aus § 4 der Statuten leitete die Vorinstanz ab, dass für die Aufnahme in die Genossame Lachen zwei Kriterien verlangt werden, einerseits das Vorliegen des Gemeindebürgerrechts von Lachen, Altendorf oder Galgenen, und andererseits das Tragen eines der genannten Genossennamen. Diese beiden Kriterien werden von der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht erfüllt, da sie den Namen N. trägt und das Bürgerrecht der Gemeinde Schübelbach aufweist. Mit anderen Worten hat die Beschwerdeführerin ihren Namen und das Bürgerrecht von ihrem Vater erhalten, welcher nicht Mitglied der Genossame Lachen ist.

Des Weiteren führte die Vorinstanz aus,

- dass die nach Ansicht der Beschwerdeführerin rechtsungleiche Behandlung in erster Linie auf der nach wie vor geltenden und massgeblichen Bundesrechtsregelung über das Bürgerrecht und Namensrecht der Ehegatten und Kinder beruht,
- dass diese Bundesrechtsregelung sich seit der Anpassung der Statuten der Genossamen und Korporationen an die Gleichstellung der Geschlechter vor rund zehn Jahren nicht verändert hat (mit Verweis auf EVG-SZ 1992, Nr. 14, S. 34 f.),
- dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die zivilgesetzlichen Bestimmungen über den Bürgerrechtserwerb durch Heirat und kraft Abstammung (Art. 161 und Art. 271 ZGB) an sich dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter widersprechen, dennoch aber diese Regelung gestützt auf Art. 191 BV für die Verwaltungsbehörden und Gerichte massgebend ist (vgl. BGE 125 III 209),
- dass Analoges für das Namensrecht (Art. 160 und Art. 270 ZGB) gilt;
- dass die Eidgenössischen Räte eine entsprechende Revision des ZGB, mit welcher beabsichtigt war, das Namensrecht (und auch Bürgerrecht) im Sinne einer möglichst weitgehenden Gleichstellung der Geschlechter zu ändern, in der Schlussabstimmung vom 22. Juni 2001 abgelehnt haben (im Rahmen dieser Revision hätten u.a. die Brautleute dann, wenn sie einen gemeinsamen Familiennamen wählen wollten, die Wahl haben sollen, den Namen der Braut oder den Namen des Bräutigams zu tragen, wobei die Kinder das Bürgerrecht jenes Elternteils erhalten hätten, dessen Namen sie tragen, vgl. dazu BBl 1999 V 4940 ff.),
- sowie dass zwischenzeitlich im Nationalrat ein weiterer Vorstoss zur Gleichstellung im Bereich Name und Bürgerrecht erfolgte (parlamentarische Initiative von Susanne Leutenegger Oberholzer "Name und Bürgerrecht der Ehegatten. Gleichstellung"), und diesbezüglich der Nationalrat im Rahmen der Herbstsession an seiner Sitzung vom 7. Oktober 2004 beschlossen hat, der Initiative Folge zu geben (vgl. Amtliches Bulletin - Nationalrat, 16. Sitzung vom 7.10.2004), indessen eine konkrete Rechtsänderung bis anhin aber noch nicht in Kraft getreten ist, weshalb die bisherige Regelung auch für das vorliegende Verfahren massgebend ist.

4.1 Vorweg ist unbestritten, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin um eine öffentlichrechtliche Körperschaft handelt (§ 18 EGZGB, SRSZ 210.100; § 13 Abs. 1 der Kantonsverfassung, KV, SRSZ 100.000; EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 4 m.H.), welche - wie alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts - an die Grundrechte gebunden ist (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5.A., Rz 272 ff.; EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 4). Das Bundesgericht hat in BGE 117 Ia 107 ff. Erw.

B 16.1

5c (betr. Korporation Zug) dennoch die Frage gestellt, ob ein Kanton eine juristische Person öffentlichrechtlich ausgestalten kann, wenn sie ausschliesslich private Aufgaben hat. In Berücksichtigung des Umstandes, dass die Zuger Kantonsverfassung die Erhaltung des Korporationsgutes als unteilbares Gut vorschreibt und eine Verwendung für private Zwecke verbietet sowie unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich beim Korporationsgut der Korporation Zug um Gemeindevermögen handelt, welches im Laufe des 19. Jh. verselbständigt und vom politischen Gemeindehaushalt abgetrennt wurde, zog das Bundesgericht den Schluss, dass die Korporation Zug eine Art verselbständigtetes Gemeindevermögen darstelle, dessen Verwaltung zu den öffentlichen Aufgaben zu rechnen sei. Auch vom Zweck her lasse sich die Zuordnung zum öffentlichen Recht somit rechtfertigen.

Auch die Korporationen im Kanton Schwyz unterliegen gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts sowie gemäss Literatur dem Veräusserungsverbot, welches aus Art. 13 Abs. 1 der Kantonsverfassung hergeleitet wird (VGE 565 + 583/88 vom 20.9.1988, Prot. 724 Erw. 4a m.H.; BGE I 328; V. Schwander, Veräusserungsverbot für das schwyzerische Genossenvermögen, ZSR 59, S. 277 ff. m.H.). Die Pflicht zur Erhaltung des Vermögens wird auch in den Statuten der Genossame Lachen ausdrücklich festgehalten. Nur die Erträge können den Genossenbürgern ausbezahlt und für öffentliche, gemeinnützige und wohltätige Vorhaben verwendet werden (vgl. § 2). Zweck der schwyzerischen Korporationen und Genossamen ist die gemeinsame Verwaltung und Nutzung des Vermögens durch die berechtigten Genossenbürger. Sie waren ursprünglich so konzipiert, dass jede Familie ein Eigengelände besass (Haus und Hof, Umgelände), die Liegenschaften ausserhalb dieser Eigengelände jedoch als „Allmende“ im Eigentum der Genossen zur gemeinsamen Nutzung blieben, da nur die Genossame diese Werte zu erhalten vermochte und dem Einzelnen die erforderlichen Mittel dazu fehlten (vgl. Gutzwiller, Zürcher Kommentar, Band V/6/1, Vorbem. Rz 2 m.H.; Schwander, a.a.O., S. 277; Jagmetti, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, S. 265). Die Genossame Lachen beschreibt ihre ursprüngliche Zweckbestimmung sinngemäss, wobei sie darauf hinweist, dass im Zeitpunkt ihrer Gründung die Gemeinde Lachen noch nicht existierte. Der seit Anfang des 15. Jh. existierenden Genossame kam das Recht zu, ohne obrigkeitliche Einschränkungen selbständig Geschäfte zu tätigen und Liegenschaften zu kaufen (vgl. www.genossame.ch). Neben der gemeinsamen Bodenbewirtschaftung ging es somit auch um die autonome Selbstverwaltung der Gemeinschaft, mithin um typische Aufgaben öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Wie die politische Gemeinde unterstehen die Genossamen und Korporationen im Kanton Schwyz als

öffentlich-rechtliche Körperschaften denn auch der Aufsicht des Regierungsrates (§ 19 Abs. 2 EGzZGB, § 21 EGzZGB i.V.m. § 88 ff. GOG) und das Gemeindeorganisationsgesetz (GOG) ist auf sie sinngemäss anwendbar. Aus historischer Warte und unter Berücksichtigung der Einbindung der Korporationen und Genossamen ins Gemeinwesen ist im Sinne der vorstehend dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Zuordnung zum öffentlichen Recht gerechtfertigt. Die Beschwerdeführerin kann somit geltend machen, die Nichtaufnahme in die Korporation stelle eine Grundrechtsverletzung dar.

4.2 Wie bereits erwähnt, macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau geltend. Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Die Gleichstellung der Geschlechter in dieser Verfassungsbestimmung besagt, dass Mann und Frau ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhältnisse und Vorstellungen grundsätzlich in allen Bereichen gleich zu behandeln sind. Die Verfassung schliesst die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus. Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen (BGE 126 I 3 Erw. 2a; 125 I 21 E. 3a S. 24; 123 I 56 E. 2b S. 58; 117 Ia 270 E. 2a S. 272; 116 Ia 359 E. 6b S. 369 f.; 116 V 198 E. II.2a/bb S. 208 f.; 108 Ia 22 E. 5a S. 29). Das Kriterium des *funktionalen Unterschieds* spielt dabei jedoch praktisch kaum eine Rolle und darf jedenfalls nicht dazu dienen, überlebte Ungleichheiten, die auf traditionellen Rollenvorstellungen beruhen, beizubehalten. Auch *biologische Unterschiede* sind nur relevant, wenn sie dem Gesetzgeber vernünftigerweise keine andere Wahl lassen, als nach dem Geschlecht zu differenzieren (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Rz 780 m.H.).

Die statutarische Bestimmung von § 7 der Statuten, welche die Weitergabe des Genossenbürgerrechts durch verheiratete Genossenbürgerinnen ausschliesst, verletzt offenkundig den Grundsatz der Gleichberechtigung von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV. Es sind keinerlei biologische oder funktionale Unterschiede ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, verheiratete Frauen von der Weitergabe der Mitgliedschaft an einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft auszuschliessen bzw. die Nachkommen von verheirateten Genossenbürgerinnen anders als die Nachkommen von (verheirateten) Genossenbürgern zu behandeln. § 7 der Statuten stellt grundsätzlich aber nur eine Verdeutlichung der statutarischen Voraussetzungen der Mitgliedschaft dar. Der Umstand, dass die verheirateten weiblichen Mitglieder die Mitgliedschaft im Unterschied zu den männlichen Mitgliedern ihren Nachkommen nicht weitergeben können, basiert

B 16.1

auf § 4 der Statuten. In dieser Bestimmung wird die Mitgliedschaft zur Genossame zusammengefasst von folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht:

- Mitglied oder Nachkomme einer bisher im Genossenregister eingetragenen Familie (Erfordernis der Abstammung),
- Bürger der Gemeinden Lachen, Altendorf oder Galgenen,
- Träger eines bestimmten, abschliessend aufgezählten Familiennamens.

Die Voraussetzung der Zugehörigkeit zu einer bisher im Genossenregister eingetragenen Familie (Abstammung) ist geschlechtsneutral. Die beiden weiteren Voraussetzungen führen jedoch dazu, dass Frauen die Mitgliedschaft in der Regel nicht an ihre Nachkommen weitergeben können. Die beiden weiteren Voraussetzungen stellen daher zumindest eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung dar. Eine solche liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung unterschiedliche Auswirkungen auf beide Geschlechter hat. Ergibt ein Gruppenvergleich, dass die Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre, so liegt eine indirekte Diskriminierung vor. Es genügt allerdings nicht, zur Rechtfertigung irgendeinen sachlichen Grund vorzubringen, vielmehr ist eine Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit vorzunehmen (Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, § 41 Rz 34).

Die Voraussetzung des Bürgerrechts stellt insofern eine indirekte Diskriminierung dar, als dass gemäss Art. 271 Abs. 1 ZGB das Kind verheirateter (Schweizer-)Eltern das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Vaters erhält. Die Mutter kann ihr Bürgerrecht nur dann an das Kind weitergeben, wenn sie a) nicht verheiratet ist oder b) sie mit einem Ausländer verheiratet ist (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 4 Abs. 1 BÜG, SR 141.00). Der überwiegende Teil der Kinder lebt bei verheirateten Eltern und nur ein geringer Teil der Kinder verheirateter Eltern bekommt das Bürgerrecht der Mutter (vgl. Familienbericht 2004 des Eidg. Departementes des Innern, S. 26, 27 und 34, wonach mehr als 4/5 der Kinder bei verheirateten Eltern leben und binationale Ehen bei insgesamt 3,1 Mio. Haushalten einen Anteil von 114'000 ausmachen). Die ehelichen Nachkommen von Genossenbürgerinnen werden somit durch die Statutenbestimmungen gegenüber den ehelichen Nachkommen von Genossenbürgern klar diskriminiert und zwar deshalb, weil sie von einem weiblichen Genossenmitglied abstammen.

Auch die Voraussetzung, einen bestimmten Familiennamen zu tragen, stellt eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung dar. Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZGB ist der Name des Ehemannes der Familienname, welchen

das Kind erhält (Art. 270 Abs. 1 ZGB). Die Führung des Namens der Ehefrau als Familienname ist zwar möglich, die Brautleute müssen jedoch ein Gesuch an den Regierungsrat stellen und sie müssen achtenswerte Gründe für die Wahl des Namens der Frau als Familienname darlegen (Art. 30 Abs. 2 ZGB). Um den Namen der Frau an die Kinder weitergeben zu können, muss die Ehefrau damit das Einverständnis des Ehemannes haben und sie muss zusammen mit dem Ehemann ein Gesuch beim Regierungsrat einreichen, was im Gegensatz zur formlosen Führung des Namens des Ehemannes als Familienname eine klare Ungleichbehandlung der Frau darstellt. Die ehelich geborenen Nachkommen von Genossenbürgerinnen werden somit durch die Voraussetzung, einen bestimmten Familiennamen zu tragen, gegenüber den ehelich geborenen Nachkommen männlicher Genossenbürger diskriminiert, da die ehelichen Nachkommen weiblicher Genossenbürger nur in ganz seltenen Fällen den Namen der Mutter erhalten werden. Will eine Genossenbürgerin sicher sein, dass sie ihren Namen an ihre Kinder weitergeben kann, darf sie keine Ehe eingehen und muss ihre Kinder ausserehelich gebären (Art. 270 Abs. 2 ZGB), mit allen finanziellen Folgen, welche dieses Vorgehen für sie und ihre Kinder mit sich bringt.

In diesem Sinn verletzen § 4 und § 7 der Statuten auch das Verfassungsrecht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV). Die Verfassung gewährleistet die Ehe als Institut des Privatrechts und schützt die Ehe in ihrem Bestand gegen Eingriffe staatlicher Organe und Privater. Aus dieser Institutsgarantie fliesst auch die Pflicht des Gesetzgebers, die Ehe besonders zu schützen. Diese Schutzpflicht besteht nicht nur gegenüber staatlichen, sondern auch gegenüber privaten Eingriffen (Reusser, St. Galler-Kommentar zu Art. 14 BV, Rz 17 f.). In diesem Sinn kann eine staatliche Regelung, die Ehegatten gegenüber Konkubinatspaaren benachteiligt, gegen die Ehefreiheit verstossen, weil sie geeignet ist, vorausschauende Eheinteressenten von einem Eheschluss abzuhalten (BGE 110 Ia 24 Erw. 5).

Die Mitgliedschaft in einer Genossame oder Korporation stellt weitgehend ein Vermögensrecht dar (EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 8). Wenn nun die Statuten einer Genossame ausdrücklich oder faktisch die Nachkommen verheirateter Genossenbürgerinnen gegenüber den Nachkommen unverheirateter Genossenbürgerinnen benachteiligen indem sie die Nachkommen verheirateter Genossenbürgerinnen von der Mitgliedschaft und damit der Teilhabe an den Vermögens- und Verwaltungsrechten ausschliessen, bewirkt die Ehe bei den Nachkommen verheirateter Genossenbürgerinnen einen vermögensrechtlichen Nachteil, was nach dem Gesagten gegen Art. 14 BV verstösst.

B 16.1

4.3 Die Voraussetzung des Bürgerrechts und die Voraussetzung des Familiennamens führen jedoch nicht nur zu einer Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern, sondern auch zu einer Ungleichbehandlung unter den männlichen Mitgliedern einerseits und den weiblichen Mitgliedern andererseits. Ein unverheiratetes männliches Genossenmitglied kann weder sein Bürgerrecht noch seinen Namen an seine Nachkommen weitergeben, weshalb die unehelichen Nachkommen männlicher Genossenmitglieder gegenüber den ehelichen Nachkommen männlicher Genossenmitglieder diskriminiert werden. Andererseits werden - wie bereits dargelegt - die Nachkommen verheirateter Genossenbürgerinnen gegenüber den Nachkommen unverheirateter Genossenbürgerinnen diskriminiert. Darüberhinaus werden auch die unehelichen Kinder von männlichen Genossenbürgern gegenüber den unehelichen Kindern von weiblichen Genossenbürgern diskriminiert. Auch zwischen den unehelich geborenen Nachkommen von Genossenbürgern findet somit eine Ungleichbehandlung statt, welche einzig auf dem Kriterium des Geschlechts beruht, wobei in diesem Fall die Nachkommen weiblicher Mitglieder gegenüber den Nachkommen männlicher Mitglieder bevorzugt werden.

Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Ein Erlass verletzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger oder sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist (BGE 125 I 178). Da die Ansichten über die Gerechtigkeit auseinander gehen, fragt es sich, welcher Wertmassstab gelten soll. Das Bundesgericht bezieht sich auf die herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnisse, d.h. auf die im Urteilszeitpunkt in der Schweiz herrschenden Wertanschauungen (BGE 125 I 178). Da der Massstab der herrschenden Wertanschauungen wandelbar ist, kann die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden (BGE 125 I 178 Erw. 6b).

Der Umstand, ob eine Genossenbürgerin oder ein Genossenbürger verheiratet ist bzw. ob ein Nachkomme eines Genossenbürgers oder einer Genossenbürgerin ehelich oder unehelich geboren wurde, stellt keine rechtliche Unterscheidung dar, für welche ein vernünftiger oder sachlicher Grund ersichtlich wäre. Die Zeiten, in welchen eine rechtliche Ungleichbehandlung zwischen ehelich und unehelich geborenen Kindern noch gesellschaftlich anerkannt war, sind längst vorbei und auch Praktikabilitätsgründe oder historische Besonderheiten vermögen eine Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Nachkommen nicht als vertretbar erscheinen lassen. Auch für eine Ungleichbehandlung inner-

halb der Gruppe der unehelich geborenen Kinder ist kein vernünftiger oder sachlicher Grund ersichtlich. Wieso die unehelichen Nachkommen von männlichen Mitgliedern anders als die unehelichen Nachkommen von weiblichen Mitgliedern ein Vermögensrecht - wie es die Mitgliedschaft in einer Allmendgenossenschaft darstellt - nicht erhalten sollen, ist sachlich nicht begründbar.

4.4 Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass im Bundesrecht das Bürgerrecht und das Namensrecht nach wie vor nicht geschlechtsneutral ausgestaltet sind. Der Versuch, Bürgerrecht und Namensrecht ohne Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes zu gestalten, scheiterte im Bundesparlament im Jahre 2001. An der Herbstsession 2004 wurde von der zuständigen nationalrätlichen Kommission beantragt, einer parlamentarischen Initiative von Susanne Leutenegger Oberholzer zur verfassungsgemässen Neuregelung des Namensrechts und Bürgerrechts Folge zu geben. Daraus ist ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber bezüglich der verfassungsgemässen Neuregelung von Bürger- und Namensrecht nicht untätig ist, eine verfassungskonforme Regelung fehlt zur Zeit aber noch. Dies heisst jedoch nicht, dass der untergeordnete Gesetzgeber auf kantonaler oder kommunaler Stufe sowie der Satzungsgeber anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften ebenfalls verfassungswidrig legislieren kann oder gar muss. Das Bundesrecht ist nicht so gestaltet, dass es den Korporationen eine rechts- und geschlechtsgleiche Regelung nicht gestatten würde. Das Bundesgericht hat zwar dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung widersprechende kantonale Regelungen geschützt, jedoch nur wenn sie in einem *besonders engen Konnex* mit einer bundesgesetzlichen, für die Gerichte verbindlichen Regelung standen. Wo jedoch kein zwingender Konnex mit einer für das Bundesgericht massgebenden bundesgesetzlichen Regelung vorliegt, besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Grund, in der Sanktionierung kantonaler Verfassungswidrigkeiten Zurückhaltung zu üben (BGE 126 I 5 f. Erw. 2f m.H.). Gleiches muss auch gelten, wenn die Verfassungswidrigkeit nicht auf kantonaler Stufe, sondern auf Statutenebene einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gemäss kantonalem Recht passiert. Ein zwingender Konnex zwischen der bundesrechtlichen Bürgerrechts- und Namensregelung und den Voraussetzungen der Mitgliedschaft in einer Genossame - welche wie bereits erwähnt weitgehend ein Vermögensrecht darstellt - ist nicht ersichtlich. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht enthalten Vorschriften über die Mitgliedschaft in Genossamen. Die bundesrechtlichen Regelungen über Bürgerrecht und Namen entbinden die öffentlich-rechtlichen Körperschaften nicht davon, die verfassungsrechtlichen Schranken in der Ausgestaltung ihrer Statuten zu achten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus

B 16.1

Art. 191 BV. Danach sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Art. 191 BV hindert die Gerichte aber nicht daran, analoge Bestimmungen in kantonalen oder kommunalen Erlassen zu kassieren oder nicht anzuwenden. Im Falle von Verfassungswidrigkeit ist kantonalen und kommunalen Erlassen jeder Art die Anwendung zu versagen (vgl. Hantgartner, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz 7; Kälin: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht in der Schweiz, § 74 Rz 9 m.H.). Zwar hat das Bundesgericht in BGE 125 III 209 ausgeführt, dass die Korporationen in der Ausgestaltung ihrer Satzungen an sich frei sind, aber gewisse verfassungsrechtliche Schranken zu beachten und *wohl auch den grundsätzlichen Wertentscheidungen und den Leitvorstellungen des Bürgerrechtsgesetzgebers Rechnung zu tragen* haben. Diese vom Bundesgericht aufgestellte Vermutung wird jedoch nicht weiter begründet. Die verfassungsgemässe Ausgestaltung der Statuten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach Art. 59 Abs. 3 ZGB war denn auch nicht Gegenstand des fraglichen Entscheides. Anfechtungsobjekt war vielmehr eine verweigerte Eintragung im Familienregister. Aus dem zitierten Entscheid kann deshalb nicht abgeleitet werden, die Genossame könne die Verfassungswidrigkeit ihrer Statuten mit den verfassungswidrigen Bestimmungen im ZGB über Bürger- und Namensrecht rechtfertigen.

4.5 Die Beschwerdegegnerin beruft sich des Weiteren auf BGE 117 Ia 107 ff. und VGE 684/91 u.w. vom 15. Sept. 1992 (EGV-SZ 1992 Nr. 14), wonach es zulässig sei, die Mitgliedschaft zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft vom Vorhandensein eines bestimmten *Bürgerrechts* abhängig zu machen.

Das Bundesgericht hat in BGE 117 Ia 107 ff. die Verknüpfung der Mitgliedschaft zur Korporation mit einem bestimmten Bürgerrecht als zulässig erachtet mit der Begründung, die enge Verbindung der Korporation mit einer Gemeinde könne es rechtfertigen, den Kreis der Mitglieder auf Personen zu beschränken, die mit der Gemeinde durch das Bürgerrecht verbunden sind. Das Verwaltungsgericht hat in EGV-SZ 1992 Nr. 14 Erw. 7d unter Hinweis auf BGE 117 Ia 107 ff. und unter Hinweis auf die verfassungswidrige Bürgerrechtsregelung im ZGB die Verknüpfung der Mitgliedschaft zu einer Korporation mit einem bestimmten Bürgerrecht ebenfalls als zulässig qualifiziert.

Dieser Rechtsprechung kann nicht mehr gefolgt werden. Dass die bundesrechtlichen Bestimmungen über Bürgerrecht und Namensrecht in keinem zwingenden und engen Konnex mit den statutarischen Bestimmungen über die Mitgliedschaft zu einer Genossame oder Korporation stehen und deshalb nicht als Rechtfertigung für eine verfassungswidrige

Ausgestaltung der Mitgliedschaft herangezogen werden können, wurde bereits in Erw. 4.4 dargelegt.

Was das Argument der engen Verbindung der Korporation mit einer Gemeinde anbelangt, ist festzuhalten, dass eine solche enge Verbindung auch durch eine nicht geschlechtsdiskriminierende und rechtsgleiche Ausgestaltung der Mitgliedsrechte hergestellt werden kann, z.B. durch das Anknüpfen an den Wohnsitz in einer bestimmten Gemeinde. Der Wohnsitz stellt zudem regelmässig eine viel engere Beziehung zu einer Gemeinde dar als das Bürgerrecht, welches auch Familien ausweisen, die bereits seit Generationen nicht mehr im Gebiet der Genossame leben. Das Gemeindebürgerrecht ist nicht mehr Ausdruck der tatsächlichen sozialen Ordnung.

Ob die Korporationen und Genossamen ein bestimmtes Gemeindebürgerrecht als Voraussetzung für die Mitgliedschaft bei einer verfassungskonformen Umsetzung der Bürgerrechtsregelung durch den Bundesgesetzgeber wieder einführen können, kann vorliegend offen bleiben.

Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, ob allenfalls das Schweizer Bürgerrecht als Voraussetzung für die Mitgliedschaft in einer Genossame oder Korporation zulässig wäre. Nachdem die Statuten der Genossame Lachen keine entsprechende Vorschrift enthalten und die Beschwerdeführerin im Übrigen unstreitig das Schweizer Bürgerrecht besitzt, stellt sich diese Frage vorliegend nicht.

4.6.1 Das Verwaltungsgericht hat im oberwähnten Entscheid VGE 684/91 u.w. vom 15. Sept. 1992 (EGV-SZ 1992 Nr. 14) in Erw. 8 auch den *Namen* als Voraussetzung für die Korporationszugehörigkeit als zulässig erachtet und dies insbesondere wie folgt begründet:

1. Wenn nur noch die Abstammung als Zugehörigkeitskriterium zulässig sei, dann würde die Mitgliedschaft in der Korporation völlig aufgesplittert mit der Konsequenz, dass die Korporationen in einigen Jahrzehnten ein Vielfaches des heutigen Bestandes aufweisen würden und sie dann den inneren Zusammenhalt verlieren würden. Eine unbeschränkte Vervielfachung würde es der Korporation auf die Länge zudem verunmöglichen, ihre wirtschaftlichen und kulturellen Zwecke zu verfolgen. Auch würden die historischen Besonderheiten der Korporation mit der Zeit verloren gehen.
2. Der Korporation werde in § 13 KV ein erhebliches Mass an Autonomie garantiert, welche nicht verletzt werden dürfe.
3. Bundeszivilrecht und Bürgerrechtsgesetz des Bundes würden ebenfalls keine restlos geschlechtsneutrale Regelung kennen.

Das Bundesgericht hat in BGE 117 Ia 107 ff. wie bereits erwähnt die Verknüpfung der Mitgliedschaft zur Korporation mit einem bestimmten

B 16.1

Bürgerrecht als zulässig erklärt, die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Tragen eines bestimmten Namens jedoch beanstandet. Es hat darauf verwiesen, dass zwar das Bundesrecht bezüglich Namensführung im Zusammenhang mit der Eheschliessung die Geschlechter nicht gleich behandle, diese Ungleichbehandlung jedoch ihre Rechtfertigung im öffentlichen Interesse an einem einheitlichen Namen in der Familie und dessen Ordnungsfunktion habe. Es sei jedoch nicht einzusehen, welche Bedeutung dieses Interesse im Zusammenhang mit der Korporationszugehörigkeit haben solle.

Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss das Abstellen auf einen im Stammregister eingetragenen Namen unter Hinweis auf die bisherige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zwar geschützt, jedoch auch darauf hingewiesen, dass er diesbezüglich anderer Ansicht war. In RRB Nr. 1966 v. 26. November 1991 hat sich der Regierungsrat mit dem statutarischen Erfordernis, einen bestimmten Namen zu tragen, kritisch auseinandergesetzt und er ist zum Schluss gelangt, dass der Name als Kriterium für die Mitgliedschaft in einer Korporation nicht weiter haltbar sei. Zur Begründung führte er aus:

- Längst nicht alle Träger eines bestimmten Namens seien auch Mitglieder einer entsprechenden Korporation, was zeige, dass nicht in erster Linie der Name, sondern die Abstammung das ausschlaggebende Kriterium sei.
- Ursprünglich sei dem Namen eine bedeutende Rolle als Beweismittel für die Abstammung zugekommen. Diese Funktion sei mit den gesellschaftlichen Veränderungen zunehmend in den Hintergrund getreten.
- Ein Festhalten am Namen als Kriterium schaffe auch unter den Frauen selbst unbegründete Ungleichheiten.
- Die Preisgabe der Fixierung auf die traditionellen Familiennamen wiege für die Korporationen und Genossamen deutlich weniger schwer als Einschränkungen der Frauen bei Festhalten am Namenskriterium.
- Die Aufgabe der herkömmlichen Ordnungsfunktion des Namens könne durch die Führung eines zweckmässigen Registers durchaus kompensiert werden.

4.6.2 Den Argumenten des Regierungsrates kann gefolgt werden. Insbesondere ist anzuerkennen, dass die Abstammung in der Regel als massgebendes Kriterium für die Mitgliedschaft zu gelten hat und historisch bedingt Namen und Bürgerrecht für den Beweis der Nachkommenchaft verlangt wurden. Die moderne Führung der Zivilstandsregister ermöglicht den Beweis der Abstammung jedoch unabhängig von Bürgerrecht und Namen.

Zu den oberwähnten Argumenten in VGE 684/91 u.w. vom 15. Sept. 1992 (EGV-SZ 1992 Nr. 14) ist zunächst festzuhalten, dass die nicht

geschlechtsneutrale und rechtsungleiche Regelung des Namens und des Bürgerrechts keine Rechtfertigung für die diskriminierende und rechtsungleiche Ausgestaltung der Mitgliedschaft in Genossamen und Korporationen sein kann, wie bereits wiederholt dargelegt. Auch die Berufung auf § 13 KV vermag die verfassungswidrige Verknüpfung der Mitgliedschaft mit einem bestimmten Namen (und einem bestimmten Bürgerrecht) nicht zu rechtfertigen. Gemäss § 13 KV gewährleistet die Verfassung die Unverletzlichkeit des Eigentums. Jedem Bezirk, jeder Gemeinde, sowie jeder geistlichen und weltlichen Korporation bleibt auch die Verwaltung und die Befugnis, die Art und Weise der Benutzung und der Verwaltung ihrer selbst zu bestimmen, gesichert. § 13 KV berechtigt die Korporationen jedoch nicht, gegen verfassungsmässige Rechte zu verstossen. Die Autonomie der Korporationen ist nicht absolut und sie wird sowohl durch übergeordnetes kantonales wie auch durch Bundesrecht beschränkt.

Was das Argument der Gefahr einer allzu grossen Zersplitterung der Anteilsrechte anbelangt, ist anzuerkennen, dass die Beschränkung der Zulassungskriterien allein auf die Abstammung wohl zu einer Vergrösserung der Mitgliederzahl führen wird. Es sind aber durchaus nichtgeschlechtsspezifische und verfassungskonforme Differenzierungen denkbar, die einer allzu grossen Zersplitterung entgegenwirken: Zu denken ist etwa an die Verknüpfung der Mitwirkungs- und Nutzungsberechtigung mit der Wohnsitznahme im Gebiet der Genossame oder an das Verbot, Mitglied in mehreren Genossamen zu sein (vgl. R. Schweizer, Bürgerrecht und Korporation, Zeitschrift für Zivilstandswesen, ZZW, 1989, S. 334). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Vergrösserung der Mitgliederzahl es der Genossame verunmöglichen sollte, ihre wirtschaftlichen und kulturellen Zwecke zu verfolgen. Die agrarische Struktur, durch welche früher die Genossamen und Korporationen gekennzeichnet waren, mag unter den damaligen Sitten, Gebräuchen und Anschauungen einen Ausschluss von Frauen und ihrer aus einer Ehe mit einem Nicht-Korporationsbürger stammenden Kinder nachvollziehbar gemacht haben. Heute ist dies jedoch nicht mehr der Fall (vgl. VGE 634/90 vom 24. Juli 1991 in EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 5b; Huber, Gleiche Rechte für Mann und Frau, ZBJV 1982, S. 173). Wie bereits erwähnt waren die Allmendgenossenschaften ursprünglich so konzipiert, dass jede Familie ein Eigengelande besass, die Liegenschaften ausserhalb jedoch als „Allmende“ im Eigentum der Genossen zur gemeinsamen Nutzung blieb, da nur die Allmendgenossenschaft diese Werte zu erhalten vermochte; dem Einzelnen fehlten dazu die erforderlichen Mittel (vgl. Erw. 4.1). Die Allmendgenossenschaften stellten damit eigentliche Überlebensgemeinschaften dar, die den angehörnden Familien Lebensgrundlage boten, weshalb auch die Beschränkung der Mitgliedschaft insofern

B 16.1

Sinn machte, als eine zu grosse Anzahl Mitglieder die Funktion der Allmendgenossenschaft als Überlebensgemeinschaft einschränkte. Die agrarische Struktur der Allmendgenossenschaften ist heute einerseits bezüglich der Zusammensetzung der Mitglieder (nur mehr der kleinste Teil der Mitglieder ist in der Landwirtschaft tätig), andererseits zumindest bei einem Teil der Allmendgenossenschaften auch bezüglich ihres Betätigungsfeldes von stark untergeordneter Bedeutung. Auch die Beschwerdegegnerin erwirtschaftet ihren Ertrag wohl überwiegend aus der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen. Die Land- und Forstwirtschaft wird zumindest bezüglich des Gewinns - wie bei sämtlichen Allmendgenossenschaften im Kanton - nur einen verschwindend kleinen Teil ausmachen (VGE 634/90 vom 24. Juli 1991 in EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 5b), sofern mit der Land- und Forstwirtschaft ein Gewinn überhaupt erzielt werden kann. Der Nutzen des einzelnen Genossenbürgers besteht einzig mehr in der finanziellen Gewinnbeteiligung. Diese wird sich durch die Erhöhung der Mitgliederzahl verringern, für die Existenz der Korporation an sich ist dies jedoch ohne Belang.

Die Erhöhung der Mitgliederzahl wird eine Erhöhung des Verwaltungsaufwandes mit sich bringen, was aber kein genügender Grund für eine rechtsungleiche Behandlung der Mitglieder bzw. ihrer Nachkommen sein kann.

Letztendlich kann auch der Hinweis auf die historischen Besonderheiten der Genossamen keine genügende Rechtfertigung dafür sein, die Nachkommen von verheirateten Genossenbürgerinnen und von unverheirateten Genossenbürgern von der Mitgliedschaft auszuschliessen und nur die Nachkommen verheirateter Genossenbürger (und unverheirateter Genossenbürgerinnen) in die Genossame aufzunehmen. Den Wandel, welchen zumindest die finanzstarken Allmendgenossenschaften im Kanton Schwyz in den letzten Jahren durchgemacht haben (Wandel von der landwirtschaftlichen Genossenschaft zur professionell geführten Immobiliengesellschaft), rechtfertigt es gerade nicht, historische Besonderheiten als Begründung für eine rechtsungleiche Behandlung anzuerkennen.

Auch in diesem Zusammenhang kann vorliegend offen bleiben, ob die Korporationen und Genossamen einen bestimmten Namen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft bei einer verfassungskonformen Umsetzung des Namensrechts durch den Bundesgesetzgeber wieder einführen können (vgl. Erw. 4.5 in fine).

Zusammenfassend ist damit die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Regierungsratsbeschluss wird aufgehoben und den verfassungswidrigen Statutenbestimmungen ist - soweit sie über die Abstammung hinaus das Tragen eines bestimmten Namens und ein bestimmtes Bürgerrecht für die Aufnahme in die Genossame voraussetzen - die Anwendung im konkreten Einzelfall zu versagen. Die Beschwerdeführerin,

welche unstreitig von einer Genossensbürgerin abstammt, ist als Mitglied mit den entsprechenden Verwaltungs- und Nutzungsrechten in die Genossenschaft aufzunehmen. Bezüglich des Zeitpunkts der Aufnahme ist auf § 11 der Statuten hinzuweisen. Danach hat sich der Genossensbürger, der die Mitverwaltungs- und Nutzungsrechte neu ausüben will, bis zum 31. Dezember des dem Eintritt ins Mitverwaltungs- und Nutzungsrecht vorangehenden Jahres schriftlich beim Genossenpräsidenten anzumelden. Die Beschwerdeführerin hat am 30. Dezember 2003 das Gesuch um Aufnahme gestellt (Eingang 31. Dezember 2003). Wäre ihr Antrag verfassungskonform behandelt worden, so wäre sie ab 2004 verwaltungs- und nutzungsrechtlich gewesen. Es sind ihr deshalb die Nutzungsrechte ab 2004 einzuräumen. Anders verhält es sich mit den Mitverwaltungsrechten. Es ist faktisch nicht möglich, diese rückwirkend einzuräumen. Für die Mitverwaltungsrechte entfaltet der Entscheid seine Wirkung deshalb vom Zeitpunkt der Eröffnung an (vgl. VGE 634/90 vom 24. Juli 1991, EGV-SZ 1991 Nr. 16 Erw. 7d).

Die Genossenschaft wird nicht umhinkommen, ihre Statuten, entsprechend dem Ausgang dieses Verfahrens, anzupassen.

(VGE 938/04 vom 10. August 2005. Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 5P.352/2005 vom 3. Februar 2006 abgewiesen).

16.2 Aufhebung eines Abstimmungsergebnisses

- *Ein knappes Abstimmungsergebnis für sich allein rechtfertigt noch keine Aufhebung des Beschlusses der Genossenschaft zur Nachzählung (Erw. 3.5).*
- *Wenn hingegen bei knappem Abstimmungsergebnis zusätzlich Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Stimmen durch die Stimmenzähler falsch ausgezählt wurden und zudem zumindest eine Person ohne Stimmrecht an der Versammlung teilgenommen hat, ist der Beschluss aufzuheben (Erw. 3.6 - 3.8).*

Aus den Erwägungen:

3.5 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, aufgrund des knappen Ergebnisses hätte eine Nachzählung durchgeführt werden müssen, ist ihnen entgegen zu halten, dass diese Rüge ebenfalls verspätet ist. Das Unterlassen einer Nachzählung stellt eine Rüge dar, welche ihrer Natur nach besonders geeignet ist, sofort geltend zu machen (Markus Müller, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999,

B 16.2

Art. 98 Rz 3 m.H.). Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführer anlässlich der Versammlung selber die fraglichen Rügen nicht vorgebracht haben. Sie begründen dies damit, dass angesichts des überraschenden Ergebnisses und einer im ersten Moment entstandenen Lähmung sowie der unverzüglichen Fortsetzung bzw. der kurz darauf erfolgten Beendigung der Versammlung durch den Genossenpräsidenten keine Zeit blieb für eine rechtzeitige Reaktion. Immerhin sei aber von verschiedener Seite „halblaut“ eine Nachzählung verlangt worden.

Im Protokoll der Genossame wird festgehalten, dass sich der Vorsitzende nach Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses zweimal erkundigt habe, ob die Gemeinde dieses Ergebnis akzeptieren könne. Ein entsprechendes Begehren sei nicht gestellt worden. Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass der Präsident nach Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses zweimal an die Versammlung die Frage gerichtet hat, ob das Ergebnis akzeptiert werden könne. Sie machen jedoch geltend, es habe sich dabei um eine „Farce“ gehandelt und die entsprechende Äusserung sei nicht „ernsthaft als Frage formuliert“ gewesen. Dieser Einwand ist nicht nachvollziehbar. Der Versammlungsleiter hat an die Versammlung die einfache und verständliche Frage gerichtet, ob das Ergebnis akzeptiert werden könne; wenn die Beschwerdeführer darauf nicht reagiert haben, können sie dies nicht mit einer nicht nachvollziehbaren Interpretation des Gedankenganges des Versammlungsleiters rechtfertigen. Im Übrigen hat die Zeugenbefragung ergeben, dass nach der Bekanntgabe des Ergebnisses zwar ein Raunen durch den Saal ging, dass eine bestimmte Person einen formellen Antrag zur Nachzählung gestellt haben soll, konnte jedoch keiner der Zeugen bestätigen.

Im Übrigen bedeutet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch ein knappes Abstimmungsergebnis kein Anspruch auf Nachzählung. Grundlage hierfür ist indessen, dass das Abstimmungsergebnis ordnungsgemäss zustande gekommen ist (vgl. BGE 98 Ia 85; 1P.316/2005 vom 7. Sept. 2005 Erw. 3.3). Es ist der Versammlungsleiter auch verwehrt, nach Belieben auf ein verkündetes Abstimmungsergebnis zurückzukommen und eine Wiederholung der Abstimmung anzuordnen (BGE 104 Ia 432; VGE 546/550/83 vom 8. Juli 1983). In diesem Sinn hat der Versammlungsleiter korrekt gehandelt, als er nach Verkündung des knappen Abstimmungsergebnisses die Versammlung gefragt hat, ob das Ergebnis akzeptiert werden könne und nach Ausbleiben von Protestmeldungen keine Nachzählung angeordnet hat.

3.6 Soweit die Beschwerdeführer die Auszählung des Ergebnisses durch die Stimmzähler beanstanden, ist auf ihre Rüge demgegenüber einzutreten. Ob die Auszählung der Stimmen durch die Stimmzähler ordnungsgemäss vor sich ging, ist für die Versammlungsteilnehmer nicht

auf jeden Fall sofort ersichtlich. Die Beschwerdeführer konnten anlässlich der Genossengemeinde feststellen, dass im Versammlungslokal aufgrund des Grundrisses des Saals und aufgrund der grossen Zahl an Teilnehmern unübersichtliche Verhältnisse bestanden. Dieser Umstand wurde denn auch durch verschiedene Zeugen bestätigt. Nicht ersichtlich war aber für den Sammlungsteilnehmer, ob die Stimmzähler sich an die Anweisungen des Sammlungsleiters hielten und ob für sie Unsicherheiten bei der Auszählung auftraten, denn keiner der drei Stimmzähler hat solches dem Sammlungsleiter gemeldet. Die Zeugenbefragung hat ergeben, dass zwei der drei Stimmzähler nicht genau wussten, wo die Grenze ihres zu zählenden Sektors verlief. Einer der Stimmzähler gab an, er habe nicht genau gewusst, wo die Grenzen seines Sektors verliefen. Ein zweiter Stimmzähler hielt fest, ihm sei gar kein Sektor zugeteilt worden, er habe einfach angenommen, der Bereich rechts vom Eingang sei von ihm auszuzählen. Bei dieser Sachlage erscheint es zumindest möglich, dass die Stimme verschiedener Sammlungsteilnehmer zweimal oder gar nicht gezählt wurde, dabei kann offen bleiben, weshalb es für zwei der drei Stimmzähler unklar war, welchen Sektor sie auszuzählen hatten. Ein Grund wird sicher gewesen sein, dass die Platzverhältnisse im Saal sehr knapp waren und eine genaue Abgrenzung von Sektoren schwierig war.

3.7 Soweit die Beschwerdeführer in allgemeiner Form beanstanden, es sei unklar, ob sämtliche Anwesenden auch stimmberechtigt gewesen seien weil entsprechende Kontrollen nicht durchgeführt worden seien, ist die Rüge grundsätzlich als verspätet zu werten. Im Übrigen schreiben weder das EGzZGB, noch die Statuten, noch das GOG der Genossame vor, Zulassungskontrollen durchzuführen oder eine Ausweispflicht vorzusehen. Fehlende Zulassungskontrollen oder fehlende Ausweispflicht vermögen daher für sich allein die Aufhebung einer Abstimmung nicht zu rechtfertigen. Zu Recht weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass entsprechende Kontrollen auch an Gemeinde- und Bezirksversammlungen nicht durchgeführt werden und im Übrigen bei den noch überschaubaren Verhältnissen in der Genossame X eine zwar nicht zwingend abschliessende doch zumindest zulängliche Kontrolle durch die Genossenräte (und auch durch die Stimmzähler) durchgeführt werden könne. Zu Recht verweisen sie auch auf die gegenseitige Kontrolle durch die Sammlungsteilnehmer selber.

Soweit die Beschwerdeführer demgegenüber konkret die Anwesenheit bzw. die Mitwirkung von Nichtstimmberechtigten beanstanden, ist auf ihre Rüge einzutreten. Die Anwesenheit von Nichtstimmberechtigten ist häufig erst nachträglich erkennbar bzw. erst nach weiteren Nachforschungen klar ersichtlich und die Äusserung blosser Vermutungen über

B 16.2

die Stimmberechtigung einzelner Anwesender direkt an der Versammlung kann von den Versammlungsteilnehmern nicht erwartet werden.

Die Anwesenheit eines Nicht-Stimmberechtigten an der Versammlung ist unbestritten und wurde auch anlässlich der Zeugeneinvernahme bestätigt. Gemäss § 12 der Statuten der Genossame besteht die Genossengemeinde aus den „der Genossame angehörigen nutzungsberechtigten Genossenbürgern (innen), welche bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen stimmberechtigt sind“. Nutzungsberechtigt sind nur Personen, welche im Bezirk V. Wohnsitz (...) oder zumindest im Kanton Schwyz Wohnsitz haben (...). Einer der Anwesenden (N.) hat gemäss den zwischenzeitlichen Abklärungen der Genossame und gemäss seinen eigenen Angaben anlässlich der Zeugeneinvernahme Wohnsitz in Zürich und war daher nicht stimmberechtigt. Ob er an der Abstimmung teilgenommen hat, konnte auch anlässlich der Zeugeneinvernahme nicht mehr eindeutig eruiert werden. Aus dem Protokoll ergibt sich aber, dass er sich anlässlich der Beratung für den Kauf des Gebäudes eingesetzt hat. Dies wurde auch anlässlich der Zeugeneinvernahme bestätigt. Die Zeugeneinvernahme ergab des Weiteren, dass N. davon ausging, stimmberechtigt zu sein, dass er zum Rückweisungsantrag zu Traktandum 5 seine Stimme abgegeben hat und dass er für das Kreditgesuch war. Es erscheint daher als zumindest wahrscheinlich, dass er zum streitigen Geschäft eine Ja-Stimme abgegeben hat.

Für die Teilnahme weiterer nicht stimmberechtigter Personen an der fraglichen Abstimmung liegen keine Anhaltspunkte vor. Streitig ist jedoch im Weiteren die Stimmrechtsausübung des Vorsitzenden (Genossenpräsident). Er ist unstreitig Genossenbürger mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Bezirk V. und daher grundsätzlich auch stimmberechtigt. Die Beschwerdeführer machen jedoch unter Hinweis auf § 28 GOG geltend, der Genossenpräsident sei nicht stimmberechtigt. Gemäss § 28 GOG stimmt der Gemeindepräsident in der offenen Abstimmung nur bei Stimmengleichheit.

Die Abstimmung ist in den Statuten der Genossame X. nur sehr rudimentär geregelt. In § 17 wird dazu festgehalten, dass bei allen Gemeinden das absolute Mehr der Stimmenden durch offene Abstimmung entscheidet. Es fehlen Regelungen über die Reihenfolge der Abstimmung bei Vorliegen von Anträgen, über die Feststellung des Ergebnisses sowie über die Stimmabgabe des Präsidenten. Die entsprechenden Regelungen finden sich im GOG, welche - wie bereits erwähnt - gestützt auf § 21 EGzZGB sinngemäss auch für die Genossamen gelten. § 28 gelangt somit - bei fehlender statutarischer Regelung - auch bei Abstimmungen in den Genossamen zur Anwendung, weshalb die Beschwerdeführer zu Recht darauf hinweisen, dass der Präsident nur bei Stimmengleichheit hätte abstimmen dürfen.

3.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass einerseits konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung der Stimmen durch die Stimmzähler bestehen - wobei die Fehlerhaftigkeit wohl lediglich wenige einzelne Stimmen betrifft - und andererseits feststeht, dass zumindest eine Person ohne Stimmrecht an der Versammlung teilgenommen und wahrscheinlich auch mit zustimmender Stimme an der Abstimmung mitgewirkt hat. In Berücksichtigung des äusserst geringen Stimmenunterschiedes reichen diese Unregelmässigkeiten aus, um eine Beeinflussung des Ergebnisses als möglich erscheinen zu lassen. Die Beschwerde ist deshalb insofern gutzuheissen, als dass der Beschluss der Genossengemeinde vom ... aufgehoben wird.

(VGE 840/05 vom 17. November 2005).

16.3 Antragsrecht

- *Unzulässigkeit des Antrags auf blosse Abwahl der gesamten Verwaltung.*

Aus dem Sachverhalt:

Eine mitverwaltungs- und nutzungsberechtigte Korporationsbürgerin unterbreitete der Korporation ... folgende Anträge:

1. Ordnungsantrag auf provisorische, befristete Wahl
Der Präsident, die Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsprüfungskommission der Korporation ... seien am 6. März 2005 nur befristet und provisorisch zu wählen. Die Wahlbestätigung oder Abwahl solle erst an einer noch einzuuberufenden ausserordentlichen Korporationsgemeinde erfolgen, nachdem alle hängigen Fragen über Amtsmissbrauch / Pflichtverletzung geklärt wurden.
2. Ordnungsantrag auf Einsetzung einer korporationsinternen Untersuchungskommission
Es sei eine unabhängige, aus 6 Personen bestehende Kommission zur korporationsinternen Untersuchung aller aktenkundigen Amtsmissbrauchs- und / oder Pflichtverletzungsvorfälle einzusetzen.
Die Untersuchungsergebnisse und Wahl- oder Abwahlempfehlung der Untersuchungskommission seien allen Korporationsbürgerinnen und -bürgern in schriftlicher Form bis spätestens 1. November 2005 auszuhändigen.
Sämtliche Mitglieder der Kommission müssen nachweislich vom Präsidenten, der Verwaltung und der GPK wirtschaftlich,

B 16.3

juristisch und persönlich unabhängige Fachleute sein, davon mindestens 3 korporationsexterne. Der Stichtagszeitpunkt liege bei einem korporationsexternen Mitglied.

Die Einberufung der Untersuchungskommission habe durch die amtierende Verwaltung bis spätestens Ende April 2005 zu erfolgen.

Die Untersuchungskommission sei mit folgenden Rechten auszustatten:

Generalvollmacht, unbeschränktes Akteneinsichtsrecht, auch betreffend Banken- und Steuerunterlagen, das Recht, Urkundspersonen zu befragen und das Recht, von Amtsstellen, Behördenmitgliedern, Personen aus der Verwaltung und der Geschäftsprüfungskommission mündlich oder schriftlich Auskünfte einzuziehen und Sachverständige beizuziehen.

Für die Untersuchungskommission sei das Verwaltungsgeheimnis aufzuheben, die Mitglieder der Untersuchungskommission seien aber zur Geheimhaltung gegenüber Dritten zu verpflichten.

3. Ordnungsantrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Korporationsversammlung

Spätestens 90 Tage nach Vorliegen des Untersuchungsberichts sei eine ausserordentliche Korporationsversammlung durchzuführen mit dem Ziel, Beschlüsse zu fassen betreffend Wahlbestätigung oder Abwahl des Präsidenten, der Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsprüfungskommission der Korporation

4. Eventualantrag

Für den Fall der Abweisung der Anträge 1, 2 und 3 seien der Präsident und die Mitglieder der Verwaltung sowie die Geschäftsprüfungskommission der Korporation ... nicht wieder zu wählen."

Darauf erliess die Engere Verwaltung der Korporation ... folgende Verfügung:

"Aufgrund dieser Erwägungen verfügt die zuständige Engere Verwaltung der Korporation ..., dass

1. der von Ihnen mit Eingabe vom 28. Januar 2005 beantragte Ordnungsantrag Ziffer 1 (Ordnungsantrag auf provisorische, befristete Wahl)
2. und der von Ihnen mit Eingabe vom 28. Januar 2005 beantragte Eventualantrag (Nichtwiederwahl des Präsidenten, der Mitglieder der Verwaltung sowie der Geschäftsprüfungskommission im Falle der Abweisung der Anträge 1, 2 und 3)

offensichtlich statutenwidrig sind beziehungsweise gegen höherrangiges Recht verstossen und dass dieselben als solche an der kommenden Korporationsgemeinde vom 6. März 2005 der Versammlung nicht zur Abstimmung unterbreitet werden.

..."

Aus den Erwägungen:

3.1 Wie bereits festgestellt ist die Verwaltung im Rahmen der Vorbereitung der Korporationsgemeinde verpflichtet, in sinngemässer Anwendung von § 8 Abs.1 GOG eingegangene Anträge (Traktandenvorschläge) zu prüfen (vgl. P. Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, ZBl. 1990, S. 402). Dabei tritt die Verwaltung auf Anträge (Traktandenvorschläge) nicht ein (bzw. verweigert, diese zur Abstimmung an der Versammlung zuzulassen):

- wenn sich der Traktandenvorschlag (Antrag) auf einen Gegenstand bezieht, zu dessen Behandlung die Korporationsgemeinde nicht zuständig ist;
- wenn der Traktandenvorschlag den Grundsatz der Einheit der Materie nicht wahr;
- wenn der Traktandenvorschlag (Antrag) den Korporationsstatuten, dem Bundes- oder kantonalen Recht widerspricht;
- wenn der Traktandenvorschlag (Antrag) einen unmöglichen Inhalt aufweist.

3.2 Vorliegend verweigerte die Verwaltung die Überweisung des Antrags Ziff. 4 an die Korporationsgemeinde mit der Begründung, dieser Antrag sei statutenwidrig und widerspreche dem kantonalen Recht. Die Korporation sei verpflichtet, ihre statutarischen Organe ordnungsgemäss zu bestellen (Art. 17 Abs. 1 Bst. b und c der Korporationsstatuten und sinngemäss auch § 19 EGZGB). Die Korporation dürfe keinesfalls durch eine blosser Nichtwiederwahl aller Chargierten die Organe verwaist lassen. Zudem sei dieser Antrag auch insoweit unhaltbar und verstosse praxisgemäss gegen höherrangiges Recht, als er alle Chargierten generell von der Wiederwahl ausschliesse, womit das den Chargierten zustehende passive Wahlrecht krass verletzt wäre.

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, wenn es zulässig sei, einen Wahlantrag ohne Gegenkandidatur zu stellen (was bei der Korporation ... Usanz sei), so müsse auch ein Antrag auf Nichtwiederwahl zulässig sein, ohne dass eine alternative Nomination portiert werde. Die Rechtsauffassung der Verwaltung sei nicht vertretbar und überschreite die im Rahmen der Autonomie zulässige Auslegung. Die Verfügung sei

B 16.3

in Verletzung von § 8 Abs. 1 GOG ergangen und bewirke eine unzulässige Beschränkung des Initiativrechts der Beschwerdeführerin. Es liege daher auch eine Verletzung von Art. 34 BV (Bundesverfassung) vor.

3.4 Der Korporationsgemeinde (Gemeinde) stehen u.a. Wahlbefugnisse zu. So wählt die Gemeinde die Verwaltung (Engere Verwaltung 5 Mitglieder + erweiterte Verwaltung zusätzlich 6 Mitglieder; Art. 12b, 13 Statuten) und die Geschäftsprüfungskommission (3 Mitglieder, Art. 12c Statuten) auf eine Amtszeit von zwei Jahren, wobei die Statuten ausdrücklich auch die Kompetenz zur Abberufung vorsehen und diese ebenfalls der Gemeinde übertragen (Art. 17 Ziff. 1 Bst. b und c Statuten).

Art. 19 der Statuten regelt das Abstimmungs- und Wahlverfahren. Danach

- erfolgen Abstimmungen und Wahlen durch Handerheben (Ziff.1);
- die Mehrheit der Stimmenden kann geheime Wahlen und Abstimmungen verlangen (Ziff. 5);
- Bei Sachabstimmungen und Wahlen entscheidet das absolute Mehr der *Stimmenden*. Bei Statutenrevisionen ist ein qualifiziertes Mehr erforderlich (Ziff. 2 i.V.m. Art. 35);
- Der Vorsitzende stimmt nicht mit. Bei Abstimmungen mit Stimmengleichheit gibt er den Stichentscheid; bei Wahlen entscheidet das Los (Ziff. 3)
- Sind bei einer Wahl mehr als zwei Kandidaten vorgeschlagen, so fällt bei jedem Wahlgang derjenige aus der Wahl, der die wenigsten Stimmen auf sich vereinigt (Ziff. 4).
- Das in den Statuten geregelte Wahlverfahren stimmt inhaltlich mit dem Wahlverfahren in den politischen Gemeinden und Bezirken überein (vgl. §§ 27 – 29 GOG).

Das Wahlrecht der Korporationsgemeinde hat eine doppelte Natur; einerseits ist es ein demokratisches Recht ("Befugnis" nach Art. 17 Ziff. 1 Ingress der Statuten); andererseits ist die Korporationsgemeinde auch ein Organ der Korporation. Als Organ der Korporation trägt die Korporationsgemeinde eine Verantwortlichkeit. Sie ist grundsätzlich verpflichtet, ihre Organfunktion zu erfüllen (vgl. Häfelin/Haller, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 4. A., Rz. 593). Diese Verpflichtung zur Erfüllung der Organfunktion kommt auch im Marginale zu Art. 17 "Obliegenheiten" treffend und unmissverständlich zum Ausdruck. Ausformuliert auf die Wahlbefugnisse der Korporation bedeutet dies, dass die Korporationsgemeinde einerseits das Recht hat die Verwaltung und die Geschäftsprüfungskommission zu wählen. Andererseits aber hat sie auch die Pflicht, diese Organe zu wählen. Eine Verweigerungshaltung im Sinne einer traktandierten Nichtwahl der Organe verstösst gegen Art. 17 der Statuten und § 19 EGZGB.

Der institutionalisierten Verhinderung einer Nichterfüllung dieser Organfunktion dient auch die sowohl in den Korporationsstatuten (Art. 19 Ziff.2) wie auch im GOG (§ 27 Abs. 1) festgehaltene Bestimmung, wonach die Nicht-Stimmenden (Stimmenthaltungen) für die Ermittlung des absoluten Mehrs nicht in Betracht fallen. Durch diese Bestimmung soll eine Nicht-Wahl, zumindest für den Fall, in welchem zumindest ein Kandidat zur Wahl steht, ausgeschlossen werden. Würde ein Antrag auf Nichtwiederwahl zugelassen und jene Stimmen, welche auf diesen Antrag entfallen bei der Ermittlung des absoluten Mehrs gezählt, so würde die Bestimmung, wonach "Nicht-Stimmende" für die Ermittlung des absoluten Mehrs unberücksichtigt bleiben müssen, ausgehebelt. Auch diese Argumentation führt zum Schluss, dass der Antrag Ziff. 4 der Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdeantrag Ziff. 1 im Widerspruch zu den Statuten und dem übergeordneten Recht steht, weshalb die engere Verwaltung diesen Antrag zu Recht als unzulässig erklärt hat. Dieses Ergebnis ergibt sich unbeschadet davon, ob die Organe bei den Wahlen gesamthaft oder jeder zur Wahl vorgeschlagene je einzeln dem von der Beschwerdeführerin gestellten "Nichtwahl-Antrag" ausgesetzt werden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3.5 Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend noch zu einigen weiteren Einwänden der Beschwerdeführerin Stellung genommen:

- Unbehelflich ist der Einwand der Beschwerdeführerin, mit ihrem Antrag sei ja die Wiederwahl nicht ausgeschlossen. Die Versammlung könne dem Antrag nicht folgen und die Chargierten wieder wählen. Ein Antrag wird natürlich nicht deswegen rechtmässig und zulässig, weil er keine Folgen hat, sofern er bei der Wahl durch die Korporationsgemeinde in die Minderheit versetzt wird. Vielmehr gebietet es die rechtmässige Erfüllung der Aufgaben, dass grundsätzlich nur solche Anträge der Korporationsgemeinde zur Beschlussfassung unterbreitet werden, deren Annahme auch rechtmässig ist.
- Fehl geht auch der Hinweis auf § 33 GOG. Nach dieser Bestimmung sind während der Amtsdauer freiwerdende Gemeinderatssitze innert drei Monaten neu zu besetzen. Diese Bestimmung ist auf Einzelvakanz aus gerichtet, welche während der Amtsdauer durch Rücktritte, Ortswechsel, Todesfälle etc. entstehen können, erlaubt es aber nicht, einen Antrag, welcher die Verwaisung der Organe per ordentlichem Wahltag zur Folge hat, als zulässig zu betrachten.
- Ebenso unbehelflich ist der Beschwerdehinweis, die Korporationsstatuten verpflichteten nicht dazu, einen Gegenkandidaten aufzustellen. Eine solche Verpflichtung besteht natürlich nicht und ist im gesamten öffentlichen Recht absolut unüblich und kaum irgendwo vorgeschrieben. Weshalb aus der fehlenden Verpflichtung zur Aufstellung von Ge-

B 16.3

- genkandidaten die Zulässigkeit soll abgeleitet werden können einen Antrag zu stellen, der auf die Nichterfüllung der Organpflicht zielt, ist nicht nachvollziehbar.
- Ebenso unverständlich ist der Hinweis, die Beschwerdeführerin sei "aufgrund des Entscheides des Regierungsrates kurz vor Ablauf der 30-tägigen Antragsfrist gemäss Art. 16 Ziff. 2 der Statuten faktisch gar nicht in der Lage, Gegenkandidaten zu den bisherigen Mandatsinhabern aufzustellen." Erstens wurde die Kontroverse und die Opposition der Beschwerdeführerin gegen die bisherigen Mandatsträger entfacht durch die Traktanden 4.2 und 5 der Rechnungsgemeinde der Korporation ... vom 7. März 2004. Mithin stand der Beschwerdeführerin ein Jahr Zeit zur Verfügung, um Gegenkandidaten zu nominieren. Und zweitens kennen die Korporationsstatuten ... keine Bestimmung, welche es ausschliesst, noch an der Versammlung neue Kandidaten bzw. Gegenkandidaten zu den offiziell vorgeschlagenen, zu nominieren. Der in der Beschwerde angeführte Art. 16 Ziff. 2 der Statuten bezieht sich auf neue Traktandenvorschläge. Das Traktandum Wahlen ist hingegen ein statutarisch vorgegebenes Geschäft der Rechnungsgemeinde vom 6. März 2005.

3.6 Die ordnungsgemässe Bestellung der Organe ist für die Handlungsfähigkeit der Korporation von zentraler Bedeutung. Insbesondere die Verwaltung als das vollziehende Organ der Korporation, der auch (analog dem Gemeinderat im Schwyzerischen Gemeinderecht) die Kompetenz-Kompetenz zufällt, ist für die Handlungsfähigkeit der Korporation von ausschlaggebender Bedeutung. Würde der fragliche Antrag Ziff. 4, der ausdrücklich dahingehend zu verstehen ist, dass keine Gegenkandidaten zu den bisherigen bzw. von der Verwaltung vorgeschlagenen Mandatsträgern nominiert werden (vgl. auch den Beschwerdeantrag Ziff. 1) zugelassen und würde ihm die Versammlung zustimmen, so stünde die Korporation ... am Schluss der Rechnungsgemeinde vom 6. März 2005 ohne Verwaltung und ohne Geschäftsprüfungskommission da und es müsste wohl der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Genossamen und Korporationen einen Beauftragten oder Beistand (analog zu Art. 393 Ziff. 4 ZGB) ernennen, der die Geschäfte der Genossame führen müsste, bis die Organe wieder ordnungsgemäss bestellt sind. Ein solches Vorgehen ist aber für ausserordentliche Lagen (z.B. Flugzeugabsturz Dürrenäsch vom 4.9.1963, mit Tod u.a. des gesamten Gemeinderates von Humlikon-ZH, was als Sofortmassnahme u.a. zur Einsetzung eines Beauftragten durch den Regierungsrat für die Weiterführung der Gemeindegeschäfte führte, vgl. www.humlikon.net/geschichte/caravelle.htm; H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädens-

wil 2000, S. 442) nicht aber für einen gewillkürten Verlust der Organe vorgesehen.

3.7 Zu erwähnen ist, dass es bei der Wiederwahl auch nicht darum gehen kann, die Organe abzurufen. Die Abberufung ist ein Institut, um bei schwerwiegenden (administrativrechtlichen, disziplinarischen oder strafrechtlichen) Gründen einen Mandatsträger aus dem Amt zu nehmen. Die Abberufung ist – im Gegensatz zur Nichtwiederwahl infolge der Wahl eines Gegenkandidaten/in – auch begründungspflichtig. Die Abberufung zielt indessen bei Ablauf einer Amtsperiode ins Leere. Will man bei Ablauf einer Amtsperiode einen Wiederkandidierenden nicht mehr wählen, so hat man ihm einen (oder mehrere) Gegenkandidaten oder –Kandidatinnen entgegensetzen. Dies steht der Beschwerdeführerin – wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt wird – frei.

3.8 Ob die Beschwerdeführerin durch die ergangene Verfügung gar nicht mehr beschwert ist und deswegen auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre, wie die Beschwerdegegnerin vernehmlassend ausführt, kann beim vorliegenden Verfahrensausgang offen bleiben.

Ebenso kann offen bleiben, ob ein Antrag auf Nichtwiederwahl, ohne dass von irgendeiner Seite (nominationsberechtigt ist jeder mitverwaltungsberechtigte Korporationsbürger bzw. jede mitverwaltungsberechtigte Korporationsbürgerin) ein(e) Gegenkandidat(in) aufgestellt wird, das passive Wahlrecht verletzen würde.

(VGE 816/05 vom 1. März 2005).

16.4 Vormundschaftsrecht

- *Keine Beschwerdebefugnis der Vormundschaftsbehörde.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Vormundschaftsbehörde A. stellte B. unter Vormundschaft. Eine von B. gegen diese Bevormundung erhobene Beschwerde wurde vom Regierungsrat gutgeheissen und die Bevormundung aufgehoben. Dagegen erhob die Vormundschaftsbehörde A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

B 16.4

Aus den Erwägungen:

2. ...

Gemäss § 37 VRP sind zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt:

- Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (lit. a);
- Behörden und andere Organisationen, wenn sie dazu durch einen Rechtssatz ermächtigt sind (lit. b).

3.1 Ein Rechtssatz im Sinne von Art. 37 lit. b VRP, welcher die Beschwerdeführerin zur Einreichung eines Rechtsmittels legitimieren würde, ist vorliegend nicht ersichtlich. Folglich ist nachstehend zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin nach § 37 lit. a VRP zur Beschwerde befugt ist.

3.2 Gemäss der Praxis des Verwaltungsgerichts sind auch öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten zur Beschwerde berechtigt, wenn die Anforderungen von § 37 lit. a VRP sinngemäss erfüllt werden, d.h. wenn sie durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich betroffen werden wie eine Privatperson und in dieser Weise ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse haben (vgl. VGE 861/99 vom 25. August 1999, Erw. 1b). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Finanz- oder Vermögen berührt wird (vgl. VGE 1025 + 1026/99 vom 15. Juli 1999, Erw. 2a mit Hinweisen, u.a. auf J.Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 52 f.; VGE 574/95 vom 11. Mai 1995, Erw. 2a; Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, 1991, S. 239 f. mit Verweisen). Wenn der Regierungsrat mit seinem Beschluss in die vermögensrechtlichen Interessen eines Gemeinwesens eingreift, vermag dieses jeweils ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse im Sinne von § 37 lit. a VRP darzutun und das Verwaltungsgericht bejaht praxisgemäss die Beschwerdebefugnis (vgl. VGE 885/00 vom 24. Nov. 2000, Erw. 1a mit Hinweisen). Ferner haben öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten auch dann ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides, wenn eine Autonomieverletzung geltend gemacht wird.

4.1 In casu richtet sich die Beschwerde gegen den Beschluss des Regierungsrates, mit welchem die von der Vormundschaftsbehörde verfügte Entmündigung des Beschwerdegegners aufgehoben wurde. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch in keiner Art und

Weise dargelegt, inwiefern die Beschwerdeführerin an der Entmündigung des Beschwerdegegners ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse haben soll. Weder bedeutet der Entscheid des Regierungsrates eine Autonomieverletzung noch ist die Beschwerdeführerin vom angefochtenen Entscheid wie eine Privatperson in ihren Interessen betroffen. Auch daraus, dass die Beschwerdeführerin im Entscheid des Regierungsrates mit Kosten belastet worden ist, kann nicht geschlossen werden, dass sie ein schutzwürdiges Interesse in der Sache selbst hat (vgl. dazu BGE 99 Ib 214).

(VGE 815/05 vom 28. April 2005).

16.5 Kinderschutzmassnahmen

- *Keine Anfechtbarkeit eines Begutachtungsauftrages im Rahmen von Kinderschutzmassnahmen.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Ehe von A. und B. war geschieden und die beiden Söhne unter die elterliche Sorge der Mutter B. gestellt worden. Für die Söhne war eine Erziehungsbeistandschaft eingerichtet worden. Infolge einer langjährigen Alkohol- und Medikamentensucht, die auch durch einen Klinikaufenthalt nicht gänzlich behoben werden konnte, war die Mutter B. nicht in der Lage, ihre Erziehungsaufgabe adäquat auszuüben. Im Hinblick auf die Vorkehr allfälliger weitergehender Kinderschutzmassnahmen sowie auch mit Blick auf den Antrag der geschiedenen Eltern, eine gemeinsame elterliche Sorge einzurichten, ordnete die Vormundschaftsbehörde Z. eine psychiatrische Begutachtung der Mutter B. und ihrer beiden Kinder an. Hiergegen erhob die Mutter B. Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. Der Regierungsrat hat seinen Nichteintretensentscheid damit begründet, dass der Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 28. April 2005 keine anfechtbare Verfügung darstelle, da er weder Rechte noch Pflichten der Beschwerdeführerin begründe, abändere oder aufhebe. Die Vormundschaftsbehörde habe lediglich beschlossen, für weitere Abklärungen Fachleute beizuziehen.

Selbst wenn der Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 28. April 2005 als Verfügung zu qualifizieren wäre, müsste von einer Zwischenver-

B 16.5

fügung ausgegangen werden. Als solche sei sie ebenfalls nicht anfechtbar, wobei auf § 36 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110; VRP) verwiesen wurde (Erw. 2).

...

2.1 Ist die Vorinstanz auf eine Beschwerde nicht eingetreten, so hat das Verwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nur zu prüfen, ob der Nichteintretensentscheid zu Unrecht erfolgt ist. ...

2.2 Gemäss § 27 Abs. 1 VRP hat die Behörde vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Sachverfügung oder einen Sachentscheid erfüllt sind. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, so trifft die Behörde eine Nichteintretensverfügung oder einen Nichteintretensentscheid (Abs. 2).

Zu diesen Voraussetzungen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gehört u.a. die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. e VRP). Rechtsmittel sind einerseits zulässig gegen Verfügungen und Entscheide, womit ein Verfahren durch eine Sach- oder Nichteintretensverfügung oder einen entsprechenden Entscheid abgeschlossen wird (§ 36 Abs. 1 lit. a VRP), andererseits gegen die in § 36 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 - 6 VRP genannten Zwischenbescheide. Andere Zwischenbescheide können nur mit der Hauptsache angefochten werden (§ 36 Abs. 2 VRP).

3.1.1 Das System des Kindesschutzes umfasst vier nach ihrer Schwere abgestufte Eingriffe in die elterliche Sorge: die geeigneten Massnahmen (Art. 307 ZGB); die Beistandschaft (Art. 308/9 ZGB); die Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 ZGB) und die Entziehung der elterlichen Sorge (Art. 311/12 ZGB).

Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes.

3.1.2 Ebenfalls bei der Vormundschaftsbehörde liegt die Zuständigkeit für die Neuregelung der elterlichen Sorge bei geschiedenen Eltern, sofern sich die Eltern diesbezüglich einig sind (Art. 134 Abs. 3 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde und Gerichte haben, bevor sie die gemeinsame elterliche Sorge einrichten bzw. belassen, zu klären, ob diese mit dem Kindeswohl vereinbar ist (vgl. E. Langenegger, Die gemeinsame elterliche Sorge, in: ZVW 2000 S. 223 - 34, S. 232).

3.1.3 Das Verfahren in Kindesschutzsachen richtet sich nach den Regeln über das Verfahren vor den vormundschaftlichen Behörden und wird im Einzelnen durch das kantonale Recht geordnet (Art. 314 ZGB; vgl. Hegnauer, Kindesrecht, 5. A., Bern 1999, Rz. 27.63). Wie bei allen Kinderbelangen kommen auch bei der Zuteilung der elterlichen Sorge die Offizial- und Untersuchungsmaxime zur Anwendung (FamKomm Scheidung/Wirz, Art. 133 ZGB N 12 und Schweighauser, Art. 145 ZGB N 2). Mithin hat die Vormundschaftsbehörde vor Erlass von Kindesschutzmassnahmen sowie der Einrichtung einer gemeinsamen elterlichen Sorge im Sinne von § 18 VRP von Amtes wegen den für die Beschlussfassung erheblichen Sachverhalt zu ermitteln und die erforderlichen Beweise zu erheben. Als Beweismittel stehen gemäss des kantonalen Verfahrensrechts im Allgemeinen u.a. insbesondere Auskunftsberichte anderer Behörden und Amtsstellen, Auskünfte der Parteien und von Drittpersonen sowie Gutachten von Sachverständigen zur Verfügung (§ 24 Abs. 1 lit. a, b und e VRP). Die Parteien sind ihrerseits verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist (§ 19 VRP).

Vor Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im Besonderen steht i.d. Regel das Gespräch der Behörde mit den Eltern und dem Kind. Gegebenfalls sind Sachverständige, Vorakten (z.B. des Scheidungsverfahrens) etc. beizuziehen. Unter Umständen kann sich auch ein (psychologisch/psychiatrisches) Gutachten aufdrängen (vgl. ZGB-Breitschmid, Art. 307 N 15 f; FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh.Psych N 186 ff. und Wirz, Art. 133 N 12; Hegnauer, a.a.O., Rz. 27.63).

3.2 Die Vormundschaftsbehörde war einerseits angesichts der persönlichen und familiären Situation der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Söhne (vgl. Ingress lit. A) von Amtes (vgl. § 25 des kantonalen Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 [SRSZ 210.100; EGZGB]) wegen angehalten, die geeigneten Kindesschutzmassnahmen ins Auge zu fassen. Andererseits hat die Beschwerdeführerin gemeinsam mit ihrem geschiedenen Ehemann den Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge für die beiden Söhne gestellt, was im konkreten Fall gleichermaßen die Klärung der Frage einer allfälligen Gefährdung des Kindeswohls wie auch der Eignung der Eltern auf Einrichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge erforderlich machte.

Im Beschluss vom 28. April 2005 hat die Vormundschaftsbehörde u.a. folgende Erwägungen getroffen:

"b. ...

B 16.5

- c. Zur Entscheidungsfindung über geeignete Massnahmen zum Schutze des Kindes sind Fachleute beizuziehen und wenn nötig Gutachten einzuholen. Bei B. ist die Frage, ob sie in der Lage ist, auf Grund ihrer gesundheitlichen Situation einen Haushalt als alleinerziehende Mutter mit zwei Knaben im Alter von 13 und 16 Jahren in Bezug auf das Kindeswohl zu führen, durch Fachleute zu beantworten. Ebenso müssten für die Fragen nach den geeigneten Massnahmen Empfehlungen eingeholt werden.
- d. Den Wunsch von B. zur Neuregelung einer gemeinsamen elterlichen Sorge hat die Vormundschaft ernsthaft zu überprüfen. Ihr Verhalten und ihre Aussagen gegenüber diesem Thema sind Grund genug, auch hier fachliche Abklärungen in die Wege zu leiten. Vor allem muss aufgezeigt werden, ob sie in der Lage ist, das Problem zu verstehen oder ob sie abhängig ist von äusseren Beeinflussungen."

Die Anordnung der Begutachtung ist somit klarerweise als Beweismittel zu qualifizieren und stellt weder eine Verfügung im Sinne von § 6 VRP dar noch wird durch diese Anordnung ein Verfahren im Sinne von § 36 Abs. 1 VRP abgeschlossen.

4.1 Es stellt sich als nächstes die Frage, ob diese Anordnung einen anfechtbaren Zwischenbescheid darstellt. Zwischenbescheide sind verfahrensleitende Verfügungen, die das Verfahren nicht abschliessen, sondern es im Rahmen der Prozessinstruktion von der Rechtsanhängigkeit zum Endentscheid führen (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 19 N 46). Die meisten Zwischenbescheide sind nur mit der Hauptsache anfechtbar. Es können nur die in § 36 VRP abschliessend aufgezählten Zwischenbescheide (Abs. 1 lit. b Ziff. 1 Zuständigkeit, Ziff. 2 Ausschliessungs- oder Ablehnungsgründe, Ziff. 3 Ablehnung von Beiladungsbegehren, Ziff. 4 vorsorgliche Massnahmen, Ziff. 5 Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, Ziff. 6 Anordnungen, die für eine Partei einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken) selbständig angefochten werden.

Zu prüfen ist vorliegend, ob es sich bei der fraglichen Anordnung einer medizinischen (physischen und psychischen) Begutachtung um eine Anordnung handelt, die für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (§ 36 Abs. 1 lit. b VRP) bewirkt. Unter einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil wird ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung verstanden. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung ist bereits gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Es genügt

auch ein wirtschaftliches Interesse, beispielsweise hohe Kosten verlangter Abklärungen. Die Möglichkeit eines nicht wieder gut zumachenden Nachteils muss von der Person, die gegen eine Zwischenverfügung opponiert, in jedem Fall nachgewiesen werden. Als Beweis genügt das Glaubhaftmachen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 61 Rz. 4 f; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 19 Rz. 48).

4.2.1 Das Obergericht des Kantons Zürich tritt auf entsprechende Beschwerden, obwohl sie lediglich gegen einen Zwischenentscheid gerichtet sind, gemäss ständiger Rechtsprechung ein wegen der relativen Schwere des Eingriffs in das Recht der persönlichen Freiheit und Integrität (vgl. ZVW 1998 S. 111 ff. Erw. II.1). Im luzernischen Recht ist die selbständige Anfechtbarkeit eines Zwischenentscheides über die Pflicht zur medizinischen Begutachtung ausdrücklich vorgesehen (LGVE 1994 III Nr. 2 Erw. 3.a [§ 128 Abs. 3f VRG-LU]). Mit Urteil 4P.72/2002 vom 1. Juli 2002 i.Sa. A. hat das Bundesgericht festgehalten, die blossige Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Art genüge (BGE 126 I 97 Erw. 1b). Die Anfechtbarkeit der Anordnung einer mit Beweisentscheid angeordneten medizinischen Begutachtung (im Hinblick auf die Beurteilung der Begründetheit einer Schadenersatzforderung aus Unfallschaden) wurde im konkreten Fall bei einer Person bejaht, weil bei ihr eine psychische und physische Destabilisierung durch die Begutachtung zu befürchten war, welche durch einen für sie günstigen Endentscheid nicht mehr hätte behoben werden können; bei der anderen Person wurde sie indes verneint mit der Begründung, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil sei für sie weder zu sehen noch geltend gemacht worden. Im Verfahren 1P.662/2004 vom 3. Februar 2005 i.Sa. X. hatte das Bundesgericht die Veranlassung eines fachärztlichen psychiatrischen Gutachtens zur Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Vormundschaft gestützt auf Art. 370 ZGB auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen. Das Bundesgericht führte aus, diese Anordnung stütze sich nicht auf das kantonale Prozessrecht (Art. 199a ZPO-AI "Duldung von Untersuchungen und Blutentnahmen") ab, sondern "auf eine sinngemässe Anwendung von Art. 374 Abs. 2 ZGB". Ebenso ist im Weiteren ein Gutachten darüber einzuholen, ob ein zu Verberatender mangels genügendem Intellekts oder Willens ausserstande ist, seine wirtschaftlichen Interessen zu wahren, wenn eine kombinierte Beiratschaft in Frage steht und Zweifel hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der zu verberatenden Person bestehen (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO-ZH § 171 N 4 mit Hinweis auf BGE 113 II 228 Erw. 7).

B 16.5

4.2.2 Kindeswohl meint das körperliche, geistig-seelische, soziale, materielle, finanzielle und rechtliche Wohlergehen des einzelnen Kindes (FamKomm Schreiner, Anh. Psych. N 53). Das Wohl des Kindes kann u.a. dann gefährdet sein, wenn die Eltern nicht in der Lage sind, ihre elterliche Sorge gebührend auszuüben. Die elterliche Sorge ist auf das Wohl der Kinder gerichtet (Hegnauer, a.a.O., Rz. 36.04). Sie beinhaltet im Allgemeinen die Leitung der Pflege und Erziehung des Kindes im Blick auf dessen Wohl sowie das Treffen der nötigen Entscheidungen (Art. 301 Art. 1 ZGB). Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Körperliche und geistige Verfassung der Eltern sind von wesentlicher Bedeutung für die regelkonforme Ausübung ihrer elterlichen Sorge. Der Maxime des Kindeswohles wohnt in hohem Masse eine sozialpsychische Komponente inne (vgl. Hegnauer, a.a.O., Rz. 26.04b). Die Frage, ob das Kindeswohl gefährdet ist, wie hoch die Gefährdung ist und mit welchen Massnahmen der Gefährdung zu begegnen ist, kann umfangreiche Abklärungen erfordern. Das körperliche und psychische Wohlergehen als bedeutende Aspekte des Kindeswohls und das überdies in besonderer Interaktion mit dem sorgeberechtigten Elternteil steht, kann u.U. auch eine körperliche und/oder psychische Begutachtung des Kindes wie auch weiterer Familienangehöriger erfordern. Insofern ist davon auszugehen, dass auch eine Begutachtung der Familienangehörigen und hierbei namentlich der Eltern implizit durch den Zweck der Kindeswohlbestimmungen gedeckt ist bzw. sich direkt mit dem Kindeswohl rechtfertigen lässt. Von einer solchen Begutachtung abzusehen, rechtfertigt sich nur, wenn für die zu Begutachtenden ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (was der seltene Ausnahmefall sein dürfte). Diese Folgerung drängt sich auch aus der Beziehungsnähe der Kindesschutzmassnahmen zum Vormundschaftsrecht auf: Klarheit über die physische und psychische Situation der Betroffenen ist unabdingbare Voraussetzung, um sowohl fallgerechte vormundschaftliche als auch Kindesschutz-Massnahmen vorsehen zu können. Auf jeden Fall darf die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen sowohl aus der Optik der Eltern wie des Kindes nicht leichthin, d.h. ohne eine vorgängige umfassende, nachvollziehbare und überzeugende Sachverhaltserstellung erfolgen. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass die Anordnung einer Begutachtung im Zusammenhang mit Kindesschutzmassnahmen nur anfechtbar ist, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht wird.

4.2.3 Vorliegend macht die Beschwerdeführerin nichts geltend (vgl. Ingress lit. D), was auf einen für sie nicht wieder gutzumachenden Nachteil infolge der angeordneten Gutachten hindeutet. Vielmehr liegt das

Gutachten in ihrem eigenen sowie ihrer Kinder Interesse und dient der umfassenden Prüfung des von ihr gestellten Antrages auf Einrichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Mit ihren Vorbringen kann die Beschwerdeführerin im Lichte ihrer und ihrer Kinder Lebensgeschichte, insbesondere der rund acht Jahre seit ihrer Scheidung, eine Begutachtung auch nicht als unnötig und unzumutbar erscheinen lassen, was sie von ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. § 19 Abs. 1 VRP) entbinden könnte. Der Mitwirkungspflicht kommt, wie vorliegend, dann ein besonderes Gewicht zu, wenn der zu Verpflichtende in besonderem Masse oder ausschliesslich in der Lage ist, zur Ermittlung des Sachverhaltes beizutragen (vgl. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999 Rz. 228).

Insoweit drängt sich der Vergleich mit der Mitwirkungspflicht der Versicherten im Bereich des Sozialversicherungsrechts auf. Gemäss Art. 43 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) hat sich die versicherte Person im Sinne einer Mitwirkungspflicht den ärztlichen oder fachärztlichen Untersuchungen zu unterziehen, soweit diese für Beurteilung notwendig und zumutbar sind. Zur Mitwirkung kann eine Partei nicht gezwungen werden. Eine Weigerung kann die Behörde aber bei der Beweiswürdigung (zuungunsten der nicht kooperativen Person) berücksichtigen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 20 N 3). Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht kann u.U. analog zu § 19 Abs. 2 VRP zu einem Nichteintreten auf ein Begehren des Versicherten führen. Eine Beschwerde gegen die Anordnung einer Begutachtung (Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 ATSG) steht auch in diesem Fall nur zur Verfügung, wenn andernfalls ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 56 N 9).

4.2.4 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist somit entgegen der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich auf Beschwerden gegen die Anordnungen von Begutachtungen im Zusammenhang mit Kindesschutzmassnahmen, die als Zwischenentscheide zu qualifizieren sind, nur einzutreten, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht bzw. glaubhaft gemacht wird. Ein generelles Eintreten auf die Anordnung einer Begutachtung mit der Begründung "der relativen Schwere des Eingriffs in das Recht der persönlichen Freiheit und Integrität" und unbesehen eines glaubhaft gemachten nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist im Zusammenhang mit Fragen des Kindesschutzes und des Kindeswohles insbesondere aus zwei Gründen problematisch. Einerseits stellt ein gefährdetes Kindeswohl eine u.U. bereits versehrte körperliche und/oder psychische Integrität eines heranwachsenden jungen Menschen dar; der Schutz dieses gefährdeten Kindeswohls ist höher zu

B 16.6

gewichten als ein bloss möglicher Eingriff (von "relativer Schwere") in die Integrität eines Dritten, insbesondere wenn gewichtige Anhaltspunkte bestehen, dass die Gefährdung des Kindeswohls wesentlich im Wesen des Dritten begründet liegt. Andererseits ist in solchen Fällen ein umgekehrtes Handeln zum Schutze des Kindeswohls geboten und eine eventuelle Verfahrensverschleppung entsprechend tunlichst zu vermeiden; der Faktor Zeit spielt in solchen Fällen eine zentrale Rolle (FamKomm Schreiner, Anh. Psych N 190 u. 5). Die Anordnung der Begutachtung kann zudem immer noch mit der Hauptsache angefochten werden (§ 35 Abs. 2 VRP). Was die "relative Schwere des Eingriffs" anbelangt, ist schliesslich festzuhalten, dass nach der Praxis des Bundesgerichtes die Verpflichtung, sich für eine psychiatrische Begutachtung zur Verfügung zu halten, grundsätzlich keinen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt (BGE 124 I 40 Erw. 3.c), d.h. das Grundrecht der persönlichen Freiheit und Integrität bleibt in seinem Kern unangetastet. Es drängt sich ausserdem im Sinne der vorstehenden Ausführungen auch eine Differenzierung zwischen denjenigen Fällen auf, in welchen eine ärztliche Begutachtung, wie im Entmündigungsverfahren oder bei medizinischen Zwangsbehandlungen, nötigenfalls auch gegen den Willen der Betroffenen erfolgen kann, vom vorliegenden, in welchem bei einer Verletzung der Mitwirkungspflicht keine zwangsweise Begutachtung droht, sondern ein Betroffener allenfalls einen für ihn ungünstigen Aktenentscheid in Kauf nehmen muss.

5.1 Wären die Eintretensvoraussetzungen vorliegend gegeben, müsste die Beschwerde materiell abgewiesen werden. Dabei ist zu beachten, dass die Anordnung eines Gutachtens - im Gegensatz zu einer Therapie - nicht Massnahme, sondern Untersuchungshandlung ist und daher grundsätzlich nur beschränkter Überprüfung im Rechtsmittelweg unterliegt (vgl. ZGB-Breitschmid, N 15 f zu Art. 307).

(VGE 903/05 vom 28. September 2005).

16.6 Selbstbewirtschafter im Bäuerlichen Bodenrecht

- *Begriff des Selbstbewirtschafters nach Art. 9 BGG (Erw. 3 und 4.1).*
- *Beweislast für die Eignung als Selbstbewirtschafters (Erw. 4.2).*
- *Der für die Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Grundstückes erforderliche Arbeitsaufwand ist nach objektiven Gesichtspunkten und nicht nach subjektiven Bewirtschaftungsplänen zu bemessen (Erw. 5.1).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGGB ist Selbstbewirtschafter, wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet und, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, dieses zudem persönlich leitet. Geeignet für die Selbstbewirtschaftung ist, wer die Fähigkeiten besitzt, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sind, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe zu leiten (Art. 9 Abs. 2 BGGB).

4.1 Der Selbstbewirtschafter steht als Prinzip ganz und gar im Zentrum der materiellen Regelung des BGGB (P. Richli, Landwirtschaftliches Gewerbe und Selbstbewirtschaftung, in: AJP 1993 S. 1063 - 69, S. 1066). Entsprechend werden auch an die Selbstbewirtschaftung einzelner Grundstücke hohe Anforderungen gestellt. Richli vertritt die Auffassung, dass an Hobby-Landwirte eher höhere Anforderungen mit Bezug auf die eigene Bewirtschaftung gestellt werden dürfen als an Selbstbewirtschafter ganzer Betriebe (Richli, a.a.O., S. 1070). Der Erwerber eines landwirtschaftlichen Grundstücks muss sich verpflichten, den Boden selber zu bearbeiten. Dabei denkt man an Bodenbearbeitung, Saat, Kulturpflege und Ernte. Ebenfalls dazu gehören selbstverständlich alle Arbeiten in der Tierhaltung, insbesondere die Stallarbeiten. Des Weiteren zählt dazu die Verwertung der eigenen Produktion, soweit diese landesüblich oder durch betriebliche Einrichtungen vorgegeben ist. Der Erwerber muss somit praktisch alle auf dem Grundstück anfallenden Arbeiten selber erledigen, soweit diese bei landesüblicher Bewirtschaftung auch auf einem landwirtschaftlichen Gewerbe durch eigene Arbeitskräfte erledigt werden (Eduard Hofer, Das bäuerliche Bodenrecht, Brugg 1995, Art. 9 N 17, 26, 29).

Die Eignung zur Selbstbewirtschaftung definiert sich über die Fähigkeiten, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sein müssen, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten (Art. 9 Abs. 2 erster Teil BGGB). Für den Erwerb eines einzelnen Grundstücks genügen die minimalen landwirtschaftlichen Kenntnisse, die für dessen Bewirtschaftung notwendig sind. Bei Hobby-Landwirten wird man nicht als Regel eine volle landwirtschaftliche Ausbildung verlangen; hingegen darf erwartet werden, dass sie für die Bewirtschaftung der jeweiligen Grundstücke hinreichend qualifiziert sind (Richli, a.a.O., S. 1068). Besonders hohe Forderungen sind hier an den Willen zur Selbstbewirtschaftung und an deren tatsächliche Ausführung zu stellen (Hofer, a.a.O., Art. 9 N 42). Bei einzelnen Grundstücken ist die Gefahr, dass die Selbstbewirtschaftung nach nicht allzu langer Zeit aufgegeben wird, grösser als bei Gewerben. Die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung sind deshalb hier

B 16.6

besonders hoch. Der Erwerber wird in der Regel darlegen müssen, dass er eine entsprechende landwirtschaftliche Tätigkeit schon bisher nebenbei ausgeübt hat, oder dass er sich zumindest intensiv darauf vorbereitet hat (Hofer, a.a.O., Art. 9 N 46).

4.2 Das Bundesgericht hat – wenn auch unter altem Recht – für den Fall eines Vorkaufsberechtigten ausgeführt, dass dieser alle jene Tatsachen nachzuweisen hat, aus deren Gesamtwürdigung der Richter die Überzeugung gewinnen kann, es sei wahrscheinlich, dass sich der Vorkaufsberechtigte angesichts der konkreten Übernahmebedingungen auf dem Heimwesen behaupten und den Betrieb sachgemäss führen könne (BGE 110 II 488 ff.). Im gleichen Entscheid hielt das Bundesgericht weiter fest, es müsse nicht absolut sicher und undiskutabel, sondern bloss wahrscheinlich sein, dass sich eine Person als Bewirtschafterin eines landwirtschaftlichen Betriebes bewähren werde. Es genüge ein Durchschnittsmass derjenigen beruflichen, persönlich/moralischen und physischen Fähigkeiten, die nach den orts- und landesüblichen Vorstellungen notwendig sind, um ein landwirtschaftliches Gut von der konkreten Grösse und Beschaffenheit sachgemäss zu bewirtschaften (BGE 110 II 488 ff.).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin daher alle jene Tatsachen nachzuweisen, deren Gesamtwürdigung als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass sie in der Lage ist, die Grundstücke ... sachgemäss zu bewirtschaften. Die Anforderungen an die Beschwerdeführerin sind dabei an jenen Fähigkeiten zu messen, welche nach landesüblicher Vorstellung erforderlich sind, um Grundstücke der Beschaffenheit und des Ausmasses der beiden Grundstücke ... zu bewirtschaften.

5.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet insbesondere die Richtigkeit des von der Vorinstanz berechneten Arbeitsaufwandes von rund einer Standardarbeitskraft (SAK). Sie macht unter Verweis auf ihre Gesuchseingabe geltend, sie wolle nicht mehr als eine Grossvieheinheit pro Hektare halten, was mit der Weidewirtschaft von Hochlandrindern, d.h. mit extensiver Bewirtschaftung, ohne weiteres möglich sei. Insgesamt falle somit ein gesamter Bewirtschaftungsaufwand von knapp 0,50 SAK an.

Vernehmlassend weist die Vorinstanz zutreffend daraufhin, dass die Berechnung der Standardarbeitskräfte nicht auf den konkreten Nutzungsvorstellungen des Erwerbes basieren könne, sondern dass diese Berechnung nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen habe. In der betreffenden Gegend herrschten aufgrund der natürlichen Gegebenheiten Graswirtschaftsbetriebe mit Milchviehhaltung teilweise ergänzt mit Schweinehaltung sowie etwas Acker- und Obstbau vor. Auch ohne Be-

rücksichtigung von Spezialkulturen und dem Wald auf GBN 2632 würde rund 1 SAK benötigt.

Dieser Argumentation ist beizupflichten. Die Beschwerdeführerin beschloss ihre Gesucheingabe ... mit folgenden Worten:

„ Die Gesuchstellerin will das vormalige landwirtschaftliche Gewerbe ... als mustergültigen landwirtschaftlichen Betrieb ausbauen mit schottischen Hochlandrindern, Zuchtpferden, Legehennen etc.“

Dieser geplante "mustergültige landwirtschaftliche Betrieb" und der hierfür erforderliche Arbeitsaufwand ist im Sinne der vernehmlassenden Ausführungen der Vorinstanz nach dem objektiven Massstab eines für die Region typischen Landwirtschaftsbetriebes zu beurteilen. Es kann folgerichtig nicht einem Bewirtschafter anheimgestellt werden, durch die Wahl von Bewirtschaftungsweise und zu haltenden Tieren die Anforderungen an bzw. die Auslegung der (objektiven) Rechtsbegriffe des Selbstbewirtschafters und der Eignung zur Selbstbewirtschaftung zu seinen Gunsten subjektiv zu färben. Damit ist klargelegt, dass sich diese Zielsetzung allein mit den für die Gegend atypischen schottischen Hochlandrindern nicht erreichen lässt. Die Wahl der Hochlandrinder wird von der Beschwerdeführerin indes mit dem "sehr bescheidenen" Arbeitsaufwand begründet, was auf diese Subjektivierung des Selbstbewirtschafterbegriffes hinausläuft und im Übrigen der selber geäußerten Absicht der Realisierung eines "mustergültigen landwirtschaftlichen Betriebes" zuwiderläuft. Diese Zielsetzung ist bei einer Fläche von rund 10ha nicht hobbymässig, d.h. mit einem nebenberuflichen Pensum zu erreichen.

(VGE 936/04 vom 28. April 2004).

16.7 Höchstpreis eines landwirtschaftlichen Betriebs

- *Bemessungsgrundlagen für die Festsetzung des Höchstpreises.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Das Gesetz schreibt zwingend vor, dass die zu bewilligenden Preise mit denjenigen, die in den letzten fünf Jahren bezahlt wurden, zu vergleichen sind. Grundsätzlich kann nur Gleiches mit Gleichem verglichen werden. Nur Preise aus Freihandverkäufen dürfen für Preisvergleiche herangezogen werden, denn bei Handänderungen innerhalb der Familie kommt die Preisgrenze nicht zur Anwendung. Diese Handänderun-

B 16.7

gen stellen den grössten Teil der Eigentumsübertragungen dar (Hans Rudolf Hotz, im Kommentar BGGB, N 9 zu Art. 66 BGGB). Zur Ermittlung der Vergleichspreise kommen insbesondere Grundbuchämter und Schätzungskommissionen in Frage. Diese Amtsstellen sind nach Kantonen und Bezirken, z.T. auch Gemeinden, eingeteilt. Diese politischen Abgrenzungen können aber nicht die betreffende Gegend darstellen. Hotz (a.a.O.) nennt als Beispiel die Gemeinde Tuggen in der Linthebene, wo die Bodenpreise nicht mit denjenigen des Wägital in der Bergzone IV verglichen werden können und ein Vergleich eher mit den Nachbargemeinden in den Kantonen St. Gallen und Glarus denkbar sei. Für Preisvergleiche müsse es möglich sein, die Preise aus verschiedenen Kantonen zu erhalten.

Mit Bezug auf die Bestimmung des zulässigen Höchstpreises eines landwirtschaftlichen Betriebes hat das Bundesgericht mit Urteil 5A.22/2001 vom 8. Januar 2002 festgehalten, die Grösse der Gegend, auf die zu Vergleichszwecken abzustellen ist, richte sich nach topographischen und geographischen Gesichtspunkten. Je grösser der zu veräussernde Bauernbetrieb und je spezieller dessen landwirtschaftliche Nutzungsweise sei, umso grösser müsse die für den Vergleich massgebliche Gegend sein. Erkennbaren Unterschieden bezüglich einzelner Vergleichsparameter könne mit Preiszuschlägen oder -abzügen Rechnung getragen werden. Je weniger Vergleichsobjekte zur Verfügung stünden, umso sorgfältiger müssten die Preise verglichen werden. Die für die Ermittlung des übersetzten Preises erforderlichen Vergleichsfaktoren könnten entweder mit hinreichend aufgeschlüsselten Statistiken verfügbar gemacht werden oder seien im Einzelfall zu ermitteln (Erw. 2.b). Ähnlich hat die landwirtschaftliche Rekurskommission des Kantons Aargau mit Entscheid vom 31. Mai 2002 i.Sa. H. (AGVE 2002 S. 468-488) unter Hinweis auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 21. Dezember 1995 (publ. in: Blätter für Agrarrecht 1997/Heft 1 S. 9) erwogen, das Vergleichsgebiet, d.h. die "betreffende Gegend" im Sinne von Art. 66 BGGB, bestimme sich nicht anhand politischer Grenzen (Gemeinde, Bezirk, Kanton), sondern aufgrund der Ausdehnung übereinstimmender geographischer und klimatischer Bedingungen. Die Dimension der "betreffenden Gegend" hänge im Einzelfall auch davon ab, wie viele im fraglichen Zeitraum abgewickelte Handänderungen grundsätzlich für einen Vergleich in Frage kämen; je weniger Vergleichsobjekte vorlägen, desto grösser müsse das einbezogene Gebiet sein (Erw. 4.2.1).

Einen wesentlichen Einfluss auf den Preis kann im Weiteren auch die Grösse der Parzelle haben. Pro Flächeneinheit wird für Einzelgrundstücke mehr bezahlt als für ganze Gewerbe; für kleinere Grundstücke werden oft höhere Preise pro m² bezahlt als für grössere Flächen (Hotz, a.a.O., N. 9 u. 12 zu Art. 66 BGGB).

2.2 Die Vorinstanz hat bei ihrer Berechnung des Bodenpreises (vorstehend Erw. 1.2.2) offensichtlich auf folgende Handänderungen abgestellt (vgl. ...):

...

2.3.2 Entscheidend ist indes im Sinne der dargelegten Lehre und Rechtsprechung, dass ein Abstellen auf die Werte des gesamten Kantons insofern problematisch sein kann, als die geographische, topographische und klimatische Struktur des inneren und äusseren Teiles des Kantons Schwyz unterschiedlicher Art ist. Verschieden ist auch die Bodenpreisstruktur, was der Vergleich der von der Vorinstanz erhobenen Zahlen für den Vergleichszeitraum belegt.

...

2.4.1 Bei dieser dürftigen statistischen Vergleichsbasis und insbesondere aufgrund der Irrelevanz von Gemeinde-, Bezirks- und Kantonsgrenzen für die Beurteilung des zulässigen Höchstpreises ist im vorliegenden Fall auch auf vergleichbare Handänderungen im angrenzenden Kanton Zürich abzustellen, zumal die fraglichen Grundstücke keinen Kilometer von der Kantonsgrenze entfernt liegen.

(VGE 942/03 vom 28. September 2005).

C Regierungsrat

1. Gemeinwesen

1.1 Verschleuderungsverbot für Korporationen und Genossamen

- *Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Massnahmen (Erw. 1).*
- *Rechtsnatur der Korporation Pfäffikon, deren Wandel und die daraus resultierenden Folgen für die rechtliche Beurteilung (Erw. 2).*
- *Verschleuderungs- und Veräusserungsverbot als Ausprägung einer nachhaltigen Bewirtschaftung und Nutzung der Korporations- und Genossengüter (Erw. 3).*
- *Ausprägung des Verschleuderungs- und Veräusserungsverbots (Erw. 4).*
- *Mit der beschlossenen Ausschüttung eines ausserordentlichen Nutzens von Fr. 40 000.-- an jedes nutzungsberechtigte Mitglied wird das Verschleuderungsverbot gemäss § 13 Abs. 1 KV nicht verletzt (Erw. 5/6).*
- *Folgen der Ausschüttung des Sondernutzens für die Beschlussfassung über die Einräumung eines Kaufrechts für das Baurecht am Steinfabrikareal (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

1. Die Verwaltung der Korporation Pfäffikon hatte zuhanden der ordentlichen Rechnungsgemeinde vom 7. März 2004 (u.a.) folgende Anträge gestellt:

- zu Traktandum 4.2
Beschlussfassung über die Verwendung des verfügbaren Überschusses und die Aufnahme eines Kredites zwecks Auszahlung des Sondernutzens:
„1. die auf Seite 9 unten der Jahresrechnung aufgeführten Auszahlungen von Jahresnutzen zu genehmigen und dabei namentlich den ordentlichen Jahresnutzen von bisher Fr. 11 500.- um Fr. 500.-- auf neu Fr. 12 000.-- zu erhöhen, ferner einen einmaligen Sondernutzen pro berechtigtes Mitglied von Fr. 40 000.-- auszuzahlen.
2. die Engere Verwaltung sei zu ermächtigen, zur Auszahlung des Sondernutzens einen zusätzlichen Kredit von Fr. 21 000 000.-- aufzunehmen.“

- zu Traktandum 5
Antrag und Begründung eines Kaufrechtes für das Baurechtsgrundstück KTN 581, Steinfabrik Areal, 8808 Pfäffikon
"Es sei dem Ulrich Feusi-Thür, ..., persönlich (Kaufrechtsberechtigter) ein vererbbares und veräusserbares Kaufrecht für die zunächst als Baurechtsgrundstück auszugestaltende Parzelle KTN 581 (Areal ehemalige Steinfabrik, in Pfäffikon,) zu den nachfolgenden Rahmenbedingungen einzuräumen: ..."

Dem Bericht zu diesen Traktanden konnte im Wesentlichen Folgendes entnommen werden:

- Mit den Gewinnreserven von 22 Mio. Franken und dem Jahresüberschuss würden der ordentlichen Rechnungsgemeinde rund Fr. 30 390 000.-- zur Verfügung stehen. Die Gewinnreserven, die aus nicht ausbezahlten Überschüssen der letzten zehn Jahre entstanden seien, sollen den Korporationsbürgerinnen und -bürgern zur Verfügung gestellt werden, da betriebswirtschaftlich nicht notwendiges Eigenkapital aus verschiedenen Gründen nicht weiter zu generieren sei.
- Der Antragsteller Ulrich Feusi-Thür biete persönlich, fachlich und zeitlich Gewähr dafür, dass das Steinfabrikareal einer zweckmässigen baulichen Nutzung zugeführt werde, die die Korporation mit dem seinerzeitigen Kauf dieser Liegenschaft beabsichtigt habe. Auf der andern Seite verfüge die Korporation selbst nicht über die personellen und fachlichen Mittel und Beziehungen, um selbst eine solche Überbauung zu realisieren. Der vorgeschlagene Weg (6-jährige Planungs- und Vorbereitungsphase mit Übernahme sämtlicher Kosten durch den Antragsteller, Option zum Abschluss eines Baurechtsvertrages zu bereits festgelegten Bedingungen) biete der Korporation wesentliche Vorteile (keine Erschliessungskosten, jährliche Einnahmen von Fr. 500 000.-- für das Kaufsrecht während 6 Jahren, Baurechtszins von Fr. 30.-- pro Jahr und m² für die gesamte Fläche von 51 576 m²).

2. Die Korporationsgemeinde stimmte nach ausgiebiger Diskussion dem Antrag der Verwaltung zu Traktandum 4.2 mit 356 Stimmen zu. Auf den Gegenantrag der Korporationsbürgerin Irene Herzog-Feusi, die Beschlussfassung über die Auszahlung eines allfälligen Sondernutzens sei nach Durchführung einer Bürgerbefragung zur künftigen Vermögenspolitik durch eine Arbeitsgruppe auf die Rechnungsgemeinde 2005 zu verschieben, entfielen 41 Stimmen. Auch zu Traktandum 5 wurden Verschiebungsanträge gestellt und abgelehnt. In der Schlussabstimmung obsiegte der Antrag der Verwaltung zu Gunsten von Ulrich Feusi-Thür mit 237 Stimmen gegenüber dem Gegenantrag zu Gunsten von Herbert Feusi (damaliger Ratsschreiber), der an der Versammlung ein finanziell hö-

C 1.1

heres Angebot unterbreitet hatte, mit 90 Stimmen. Dieser Beschluss wurde beim Verwaltungsgericht angefochten.

3. Der Vorsteher des Justizdepartementes forderte im Auftrag des Regierungsrates mit Schreiben vom 23. März 2004 die Verwaltung der Korporation Pfäffikon auf, diverse Unterlagen einzureichen sowie die Ausschüttung des ausserordentlichen Jahresnutzens im Umfange von Fr. 40 000.-- zu begründen und begründet darzutun, dass damit das Verschleuderungsverbot gemäss § 13 der Kantonsverfassung nicht verletzt werde.

Aus den Erwägungen:

1.1 Im Nachgang zur Rechnungsgemeinde der Korporation Pfäffikon vom 7. März 2004 sind - neben dem vorliegenden aufsichtsrechtlichen - von verschiedenen Seiten zahlreiche Verfahren beim Verwaltungsgericht und auch beim Regierungsrat eingeleitet worden. Beschlüsse und Entscheide liegen ebenfalls mehrere vor. Vorweg ist daher zu klären, welche Aspekte bereits beurteilt worden sind und für welche noch eine Entscheidung aussteht.

1.2 In nachfolgenden Beschlüssen und Entscheiden waren Gegenstand einer Beurteilung:

1.2.1 In RRB Nr. 861 vom 28. Juni 2005 verzichtete der Regierungsrat auf eine Aufsichtsbeschwerde hin auf die Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen. Insbesondere wurde den Anträgen von Irene Herzog-Feusi vom 8. April 2005 auf Amtsenthebung des Präsidenten Ueli Feusi, Untersuchung der Amtsführung und Tätigkeit der Verwaltung und der Geschäftsprüfungskommission der Korporation Pfäffikon keine Folge geleistet.

1.2.2 In einem Urteil vom 24. März 2005 (VGE 835/04 und 837/04) hat das Verwaltungsgericht Beschwerden gutgeheissen und den Beschluss der Korporationsgemeinde vom 7. März 2004 betreffend Einräumung eines Kaufsrechts am Baurechtsgrundstück Steinfabrikareal an den Präsidenten Ueli Feusi aufgehoben. Begründet hat das Gericht den Entscheid im Wesentlichen damit, dass die statutarischen Traktandierungsvorschriften missachtet worden seien. Nicht weiter eingegangen ist das Verwaltungsgericht auf eine geltend gemachte Verbindung zwischen der Einräumung des Kaufsrechts und der Ausschüttung des Korporationsnutzens.

1.2.3 In einem weiteren Urteil vom 1. März 2005 (VGE 816/05) hat das Verwaltungsgericht eine Beschwerde gegen die Nichttraktandierung durch die Engere Verwaltung der Korporation Pfäffikon von eingereichten Anträgen von Irene Herzog-Feusi zuhanden der Frühlingsgemeinde vom 6. März 2005 abgewiesen.

1.2.4 Die Verwaltung lud auf den 29. Mai 2005 zu einer ausserordentlichen Korporationsgemeinde mit demselben Traktandum „Gewährung eines Kaufrechts für das Baurechtsgrundstück Steinfabrikareal“ ein. Gegen diese Ansetzung erhoben drei Genossenbürger, darunter auch Irene Herzog-Feusi, erneut Beschwerde beim Verwaltungsgericht und verlangten die Absetzung dieses Versammlungstermins. Das Verwaltungsgericht sah mit Zwischenbescheid davon ab, worauf die Versammlung am 29. Mai 2005 durchgeführt wurde. Die Korporationsgemeinde, mit 357 teilnehmenden Bürgerinnen und Bürger, stimmte dem modifizierten Antrag Ulrich K. Feusi-Thür mit 257 zu 33 Stimmen zu, wobei der Antrag Herbert Feusi-Gstöhl zurückgezogen worden war. Gegen diesen Versammlungsbeschluss wurden erneut zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden erhoben. Diese Beschwerden sind noch hängig. Das Verwaltungsgericht wies hingegen mit Entscheid vom 31. August 2005 (VGE 863/05) die Beschwerde gegen die Ansetzung der ausserordentlichen Korporationsgemeinde ab.

1.2.5 Schliesslich hat der Regierungsrat in einem Beschluss vom 28. Juni 2005 (RRB Nr. 861/2005) eine weitere Aufsichtsbeschwerde von Irene Herzog-Feusi beurteilt. Darin hat er eine Amtsenthebung des Präsidenten Ueli Feusi sowie weitere aufsichtsrechtliche Untersuchungen in der Amtsführung und Tätigkeit der Verwaltung und der Geschäftsprüfungskommission der Korporation Pfäffikon abgelehnt.

1.2.6 Der Gemeinderat Freienbach hat eine Einzelinitiative als gültig erklärt, die auf die Umzonung des Steinfabrikareals abzielt. Gegen den Beschluss des Gemeinderates hat die Korporation Pfäffikon beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben.

1.3 Die bislang getroffenen Abklärungen des Regierungsrates und die punktuell vorgenommenen Feststellungen des Verwaltungsgerichtes zu Einzelaspekten der Geschäftsführung des Präsidenten und der Verwaltung der Korporation Pfäffikon förderten keine Mängel zutage, die ein Einschreiten des Regierungsrates nötig machen würden. Die krassen Vorwürfe gegen den Präsidenten beruhen zum Teil auf Eigeninteressen, die durchaus auch auf Seiten seiner Kritiker vorhanden sind. Der Präsident der Korporation Pfäffikon ist bekannt für sein entschlossenes, mit-

C 1.1

unter gar forsches Vorgehen. Widerrechtlich oder den Interessen der Korporation Pfäffikon zuwider ist seine Geschäftsführung damit noch nicht. Nicht vergessen werden darf dabei, dass die Bürgerinnen und Bürger der Korporation Pfäffikon ihren Präsidenten und die übrigen Mitglieder des Vorstandes mit eindrücklichen Ergebnissen gewählt - und in Kenntnis von deren Tätigkeiten und der erhobenen Vorwürfe - wieder gewählt haben. Die Überprüfung kann sich daher auf die Einhaltung des Verschleuderungsverbotes und die Korrektheit der Abstimmung über das Traktandum zur Einräumung des Kaufsrechts für das Baurechtsgrundstück Steinfabrikareal beschränken.

2. Die Korporation Pfäffikon gehört unbestrittenermassen zu den Genossenschaften des kantonalen öffentlichen Rechts im Sinne der §§ 18 ff. des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.110/EGZGB). Diese Form der Körperschaften geht auf die frühen genossenschaftlichen Strukturen einer gemeinwirtschaftlichen Nutzung von Agrarland, Allmenden, Weidland und Wald zurück (s. dazu Marco Jagmetti, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel/Stuttgart 1969, S. 265 ff.; Andreas Kley-Struller, Kantonales Privatrecht, Eine systematische Darstellung der kantonalen Einführungsgesetzgebung zum Bundesprivatrecht am Beispiel des Kantons St. Gallen und weiterer Kantone, St. Gallen 1992, S. 103 ff.; VGE 838/05 sowie 938/04 vom 10. August 2005). Die Korporationen und Genossamen haben somit ihre Grundlage in der mittelalterlichen Agrar- und Grundverfassung, wie sie in der Schweiz und namentlich im alpinen und voralpinen Raum zu jener Zeit weit verbreitet war. Diese altrechtlichen Einrichtungen sind von den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen mit dem Aufkommen von modernen Flächenstaaten mit einer konsolidierten Staatsmacht und einer arbeitsteiligen Wirtschaft nicht unberührt geblieben, haben aber wesentliche Charakterzüge beibehalten. Dies trifft vor allem für jene Körperschaften zu, die heute noch grösstenteils in der Land- und Forstwirtschaft Aktivitäten entfalten. Aber auch bei diesen Korporationen und Genossamen bilden die Gemeinschaftsgüter seit langem nicht mehr eine wesentliche Basis der ökonomischen Existenz für den Grossteil der Bevölkerung in einem Verband. Erst recht sichtbar wird dieser Wandel bei Körperschaften wie der Korporation Pfäffikon, deren Aktivitäten zu wesentlichen Teilen einer modernen Immobiliengesellschaft entsprechen (Art. 3 der Statuten der Korporation Pfäffikon vom 7. März 1993 lässt dies mit der weiten Zweckumschreibung zu). Auf diesen starken Wandel im Charakter gerade auch der Korporation Pfäffikon, mit nutzungs- und mitverwaltungsberechtigten Bürgerinnen und Bürgern über die gesamte Schweiz verstreut, hat auch das Verwaltungsgericht in seinem neuesten

Urteil zum Korporationsrecht verwiesen und damit insbesondere eine vergangenheitsbezogene Auslegung des kantonalen und des Statutarrechts abgelehnt (VGE 938/05 sowie 838/04 vom 10. August 2005).

3.1 Die Korporation Pfäffikon untersteht als Körperschaft im Sinne der §§ 18 ff. EGzZGB der Aufsicht des Regierungsrates (BGE I 328 ff.). In dieser Funktion hat der Regierungsrat dafür zu sorgen, dass die Korporationen und Genossamen ihre Güter nur im Rahmen ihrer Autonomie verwalten und nutzen, diese jedoch nicht veräussern oder verschleudern (§ 13 Abs. 1 KV). Ausgenommen ist nach diesem Konzept namentlich eine Selbstaufgabe oder Liquidation und damit eine Verteilung des Korporations- oder Genossengutes an die lebenden Genossenschaftsmitglieder. In dieser Hinsicht verrät das Schwyzer Verfassungsrecht für die Korporationen und Genossamen durchaus einen modernen Ansatz und weist Parallelen mit dem Nachhaltigkeitsprinzip in Art. 73 BV auf. Auch der Nachhaltigkeitsgrundsatz zielt auf eine intergenerationelle Gerechtigkeit ab. Auch künftige Generationen sollen die Schönheiten der Welt genießen dürfen und darin die Existenzgrundlage für ihr Leben finden können (Alain Griffel, Grundprinzipien des Umweltrechts, in: Walter Haller [Hrsg.], Umweltrecht, Zürich 2004, Rz. 14 ff.). Gleichermassen - so der Grundgedanke - soll nach dem Veräusserungs- oder Verschleuderungsgebot die Substanz des Genossenvermögens in der Weise erhalten bleiben, dass auch fortan der daraus fliessende Nutzen für die Korporationsbürgerinnen und -bürger erhalten bleibt.

3.2 Das Veräusserungsverbot hat seinem Kerngehalt entsprechend nicht die Bedeutung, dass die Güter einer Korporation oder Genossame nicht genutzt, gebraucht oder verändert werden dürften. Nur der Gebrauch dieser Güter bietet Nutzen für die Gemeinschaft und damit auch den Einzelnen (nur, wer seine Talente auch gebraucht, kann Nutzen daraus ziehen: Matthäus, 25, 14). Davon geht an sich auch die ältere, noch stark vom Halten eines (konkreten) Stammgutes geprägte Praxis aus (Nachweise bei Vital Schwander, Veräusserungsverbot für das schwyzerische Genossenvermögen, ZSR 59, S. 276 ff., 282 ff.). Der Grundlagentext zur Totalrevision der Kantonsverfassung (S. 137 f.) fasst dazu die neuere Auffassung wie folgt zusammen:

„Die Praxis hat indessen stets angenommen, dass das Veräusserungsverbot nicht absolut gilt. Als Ausfluss der Verwaltungsautonomie wurde angesehen, dass eine Veräusserung mit entsprechender Gegenleistung zulässig sei. Nicht zu beanstanden sei zudem die Ausrichtung eines Genossennutzens an Mitglieder, soweit die Vermögenssubstanz nicht geschmälert wird. Ebenso wurde die Landabgabe für die Erstellung eines Wohnhauses an Genossen-

C 1.1

bürger mit einem geringfügig unter dem Verkehrswert liegenden Verkaufswert als zulässig betrachtet. Mit dem Veräußerungsverbot für vereinbar gehalten wurden ausserdem auch Zuwendungen zu kulturellen, gemeinnützigen und karitativen Zwecken. Angenommen wurde schliesslich, dass eine schenkungsweise Abgabe von Korporationsgütern an Gemeinden nicht gegen das verfassungsrechtliche Veräußerungsverbot verstossen würde.“

3.3 Nach Art. 3 der Statuten der Korporation Pfäffikon vom 7. März 1993 besteht der Zweck derselben darin, das Korporationsgut zu erhalten und im Interesse der Korporationsbürger zu nutzen und zu mehren. Das Korporationsgut selbst setzt sich aus Liegenschaften, Wertschriften, Guthaben, Rechten und anderen Vermögenswerten, abzüglich des Fremdkapital zusammen. Nicht anzunehmen ist, dass keinerlei Veräußerung zulässig ist. Trotz des Vermehrungsgebots in Art. 2 ist die Ausrichtung eines Korporationsnutzens in Art. 8 Abs. 3 der Statuten vorgesehen. Auch die Genossengemeinde hat die Statutenbestimmungen in langer und konstanter Praxis in der Weise gehandhabt, dass ein namhafter, mitunter auch ein ausserordentlicher Nutzen ausgerichtet werden darf (s. auch das von der Korporationsgemeinde am 7. März 1993 erlassene Reglement über die Verwendung des Überschusses).

4. Wie die Verweise bei Schwander, a.a.O., S. 282 ff., belegen, tat sich die Praxis seit alters her nicht leicht mit der Konkretisierung des Veräußerungs- oder Verschleuderungsverbots. Mit den einschneidenden Veränderungen der Sozial- und Wirtschaftsstruktur in der Schweiz ist die Handhabung des erwähnten Prinzips erst recht schwierig geworden. Es gelingt daher kaum, den Inhalt des Verschleuderungsverbots mit einer einfachen und griffigen Kurzformel einzufangen. Erfolgsversprechender ist es, wenn einzelne Begründungs- und Entwicklungslinien im Sinne einer topischen Argumentation (vgl. dazu René A. Rhinow, Rechtssetzung und Methodik, Basel/ Stuttgart 1979, S. 149 ff.) zusammengefasst werden:

4.1 In der ursprünglichen Form der Korporationen und Genossamen waren diese im Wesentlichen ausgerichtet auf bestimmte Grundstücke, das Nutzen bestimmter land- und forstwirtschaftlich nutzbarer Flächen. Dieses reale Substrat war geeignet, die verhältnismässig schwachen wirtschaftlichen Strukturen zu stützen. Dabei konnten Güter rein räumlich nicht irgendwo sein. Das Geld als Zahlungsmittel spielte für das wirtschaftliche Überleben der Menschen eine deutlich geringere Rolle. Unter diesen sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen kam dem Halten von Grundeigentum eine zentrale Bedeutung zu. Nicht im Zentrum stand die Erwirtschaftung eines besonders grossen Ertrages. Wichtiger war die

Kontinuität in der Nutzung von realen Gütern zur Ergänzung der eigenen wirtschaftlichen Basis. Auf diesem Hintergrund gebietet das Veräußerungs- und Verschleuderungsverbot, dass die Liegenschaften real mit ihrer Ertragskraft erhalten bleiben. Dieser ursprünglichen Zielsetzung entsprechend kann das Halten einer seit langem im Eigentum der Korporation oder Genossame stehenden Liegenschaft nicht leichthin als Verschleuderung angesehen werden, selbst wenn eine Veräußerung letztlich zu einer ertragsreicheren Nutzung des Korporations- oder Genossengutes führen würde. Im Sinne dieser ursprünglichen Zielsetzung des verfassungsrechtlichen Gebotes kann es unter gewandelten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zulässig sein, wenn die Körperschaften Baurechte abgeben und mit dem Baurechtszins einen kontinuierlichen Ertrag erwirtschaften.

4.2 In einer modernen, arbeitsteiligen Wirtschaftswelt kommt dem Halten von bestimmten Gütern eine geringere Bedeutung zu. Der wirtschaftliche Wert wird wesentlich durch das Vermögen einer Unternehmung bestimmt, Ertrag zu erwirtschaften. Vermag ein Unternehmen diesen Ertrag stetig und in der Tendenz eher steigend zu erwirtschaften, so darf deren Tätigkeit als nachhaltig bezeichnet werden. Da bei Korporationen und Genossamen Interessen einer grösseren Gemeinschaft und somit keine Partikularinteressen, nicht einmal jene einer aktiven Generation zu befriedigen sind, ist jedoch ein stabiler, sicherer und nicht spekulativer Einsatz von Genossenmitteln zu fordern. Verwehrt ist es bei dieser Betrachtungsweise einer Korporation und Genossame, ihre Mittel spekulativ einzusetzen oder risikoreiche Investitionen zu tätigen. Auf diesem Hintergrund ist eine Veräußerung von Liegenschaften durchaus hinzunehmen.

4.3 Eine Veräußerung im Sinne einer Mittelabführung aus dem Vermögen einer Korporation oder Genossame ist zum einen dann möglich, wenn damit die legitimen Nutzungsrechte der Mitglieder befriedigt werden. In diesem Sinne hat die Praxis angenommen, dass die Abgabe von Bauland an die Genossenbürgerinnen und -bürger zu einem unter dem Marktwert liegenden Preisniveau zulässig ist. Nicht mehr mit dem Prinzip der Nachhaltigkeit zu vereinbaren wäre es allerdings, wenn solche Landabgaben an die Bürgerinnen und Bürger einer Korporation oder Genossame beliebig vorgenommen werden. Entscheidend ist, dass mit dieser Vergabe die Korporation und Genossame einen Beitrag an die persönliche Existenzsicherung ihrer Mitglieder leisten kann, indem ihnen die Grundlage für eigenen Wohnraum geschaffen wird. Bei der Ausrichtung eines Austeilgeldes darf der Güterverzehr im mehrjährigen Mittel die Substanz des Vermögens nicht vermindern. Die Nachhaltigkeit muss

C 1.1

erhalten bleiben. Über mehrere Jahre betrachtet dürfen somit nur erwirtschaftete Güter, auf alle Fälle keine Mittel vergeben werden, die für einen einigermassen gleich bleibenden Fruchtgenuss erforderlich sind.

4.4 Da Vergaben an staatliche, wohltätige und karitative Organisation einem breiteren Kreis zugute kommen, lässt sie die Praxis relativ grosszügig zu.

5. Anstoss für die in Gang gekommene Diskussion um das Austeilgeld der Korporation Pfäffikon gemäss Beschluss vom 7. März 2004 ist zweifellos dessen Höhe. Selbst für die Korporation Pfäffikon erreichen die Fr. 52 000.-- pro Mitglied ein Niveau, das alle bisherigen Werte um ein Mehrfaches übertrifft. Fragen um die Einhaltung des Verschleuderungsverbotes ergeben sich auch aus dem Umstand, dass die Korporation Pfäffikon für die Ausrichtung des Austeilgeldes auf dem Darlehensweg liquide Mittel im Umfange von rund Fr. 21 000 000.-- beschaffen musste. Im Folgenden wird es darum gehen, diese Ausschüttung im Lichte der Kriterien gemäss E. 4 zu prüfen. Selbstverständlich kann es dabei nicht darum gehen, eine frankenmässig genaue Limite für die Ausschüttung zu eruieren. Zu berücksichtigen ist ausserdem die Verwaltungs- und Nutzungsautonomie der Korporation Pfäffikon.

6.1 Die in der Rechnung für die der Ausschüttung vorausgehenden Jahre ausgewiesenen Reserven sind zu einem wesentlichen Teil aus ausserordentlichen Erträgen im Zusammenhang mit der Veräusserung von Wohnungen (Stockwerkeigentum im Baurecht) bei den Hochhäusern realisiert worden. Ein Teil der Erträge ist dem Stammkapital zugeschrieben worden, das von rund 12 Mio. Franken im Jahre 1995 auf rund 19 Mio. Franken im Jahre 2004 angehoben worden ist. Der erwartete Baurechtszins beträgt pro Jahr Fr. 412 000.--. Eine auf die Vermögenswerte in Grundstücken und Realwerten ausgerichtete Sichtweise führt zum Schluss, dass bei der Veräusserung der Baurechte das Grundeigentum erhalten bleibt und daraus Erträge erwirtschaftet werden können. Aus dieser Optik kann von einer Verschleuderung nicht gesprochen werden.

6.2 Mit der Ausrichtung des ausserordentlichen Genossennutzens im März 2004 wurde auch die Ertragskraft der Korporation Pfäffikon nicht in Frage gestellt. Sie ist – wie die Rechnung für das Jahr 2004 zeigt – ohne weiteres in der Lage, weiterhin einen gleich bleibenden hohen Jahresnutzen von Fr. 12 000.-- auszurichten. Die Erträge aus dem Wasserwerk, aus der Bewirtschaftung der Liegenschaften und aus den Bootshäusern und Bootsplätzen werden auch in den nächsten Jahren kontinu-

ierlich auf hohem Niveau fliessen. Aus dieser Sicht ist die Nachhaltigkeit durchaus gewahrt.

6.3 Die Revisionsstelle KPMG Fides bestätigt in ihrem Revisionsbericht vom 4. Februar 2005, dass nach ihrem Verständnis das Verschleuderungsverbot auch unter Berücksichtigung des ausgeschütteten Sondernutzens nicht verletzt worden ist (siehe auch ausführlicher Bericht der KPMG Fides an den Regierungsrat über die Einhaltung des Verschleuderungsverbots gemäss § 13 Abs. 1 der Kantonsverfassung des Kantons Schwyz und Ziff. 3 lit. a der Weisungen des Regierungsrates über die Schwyzer Korporationen und Genossamen vom 8. Januar 2001).

6.4 Der Ausschüttung eines Genossennutzens steht das Vermehrungsgebot in Art. 3 der Statuten nicht entgegen. Das Gesamtvermögen der Korporation Pfäffikon konnte über die Jahre hinweg wesentlich gesteigert werden. Die verlangte Vermehrung schliesst es nicht aus, dass ein Genossennutzen ausgerichtet wird. Das Gebot ist daher offen und unterliegt damit als autonomes Satzungsrecht wesentlich der Bewertung durch die Korporationsgemeinde. Deren Handhabung ist auf jeden Fall nicht offensichtlich unhaltbar.

6.5 Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die von der Korporationsgemeinde am 7. März 2004 beschlossene Ausschüttung eines ausserordentlichen Nutzens von Fr. 40 000.-- mit dem Verschleuderungsverbot gemäss § 13 Abs. 1 KV und dem Vermehrungsgebot in Art. 3 der Statuten vereinbar ist.

7. Nach Art. 34 Abs. 2 BV schützt die Garantie der politischen Rechte die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Geltend gemacht worden ist auch vor Verwaltungsgericht, dass diese freie Willensbildung und Stimmabgabe bei der Beschlussfassung über die Einräumung des Kaufsrechts am Steinfabrikareal durch die Ausrichtung eines aussergewöhnlich hohen Austeilgeldes beeinträchtigt worden sei. Vorgeworfen wird dem Präsidenten, dass er durch diese Ausschüttungspolitik gewissermassen die Stimmberechtigten für sein Anliegen „gekauft“ habe. Das Verwaltungsgericht hat sich mit dieser Fragestellung nicht eingehend auseinandergesetzt, weil es den angefochtenen Beschluss der Korporationsgemeinde vom 7. März 2004 aus anderen Gründen aufgehoben hat. Vor dem Regierungsrat kann eine Überprüfung dieser Fragestellung letztlich ebenfalls unterbleiben. Zum einen ist der fragliche Beschluss über die Einräumung des Kaufsrechts vom Verwaltungsgericht bereits einmal aufgehoben worden. Zudem haben die Stimmberechtigten - zwischenzeitlich in Kenntnis der ganzen Auseinanderset-

C 2.1

zung - der Veräusserung des Kaufsrechts auch in einem zweiten Durchgang an der ausserordentlichen Korporationsgemeinde vom 29. Mai 2005 mit einem sehr hohen Ja-Stimmenüberschuss zugestimmt (s. vorstehend E. 1.2.4; die Beschwerden gegen jene Beschlussfassung sind nach wie vor beim Verwaltungsgericht hängig). Unter diesen Umständen kann wohl kaum mehr angenommen werden, dass die Stimmberechtigten sich nicht mit der notwendigen Unvoreingenommenheit mit der Angelegenheit befassen konnten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ausrichtung des Sondernutzens ohne weiteres auch früher oder später hätte erfolgen können.

(RRB Nr. 1172 vom 13. September 2005).

2. Baurecht

2.1 Einordnung eines Wohn- und Geschäftshauses

- *Rechtliche Wirkungen des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) und des kantonalen Inventars geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) (Erw. 4.3).*
- *Der Grundeigentümer hat grundsätzlich Anspruch darauf, sein Bauland im Rahmen der jeweils geltenden Zonenordnung und Bauvorschriften auszunützen (Erw. 4.6.1).*
- *Die Reduktion eines an sich zulässigen Bauvolumens allein aufgrund des Eingliederungsgebots ist ausnahmsweise möglich, wenn dies im Baureglement ausdrücklich vorgesehen ist (Erw. 4.6.1).*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Die Beschwerdeführer begründen ihren Antrag auf Abweisung des in Frage stehenden Baugesuches zunächst im Wesentlichen damit, dass der geplante Neubau die gewachsene Quartierstruktur in einem unakzeptablen Ausmass störe. Gemäss Art. 30 des Planungs- und Baureglementes der Gemeinde Lachen vom 29. September 1995 (PBR) seien Neubauten nur statthaft, wenn sie das Ortsbild unter Berücksichtigung der historischen Vorgaben wahrten. Diese beständen in einer weitgehend geschlossenen Bauweise, wobei die einzelnen Baukörper deutlich gegliedert seien. Ausserhalb der geschlossenen Bauweise seien kleine bis mittlere Baukörper meist ebenfalls mit zahlreichen Anbauten gegliedert. Diese bestehenden, historischen Architekturelemente übernehme das

Bauvorhaben in keiner Weise, weder in Bezug auf dessen Höhe, Masse und Form noch die Gliederung und die architektonische Vielfalt des Baukörpers. Vielmehr wirke dieses auf Grund seiner monotonen Fassadengestaltung und des klotzartigen Volumens wie ein Fremdkörper in der Umgebung, zumal diese wegen der umliegenden historischen Gebäude ein sensibles Gebiet darstelle. Der genannte Eindruck werde durch die die einzelnen Stockwerke umgebenden Balkongeländer noch verstärkt. Art. 16 Abs. 2 PBR schreibe zwingend vor, dass in der Kernzone 1 Steildachformen zu wahren seien. Dies gelte nicht nur für jene Bauten, die direkt an einen historischen Strassenzug angrenzten, sondern für alle in der Kernzone 1 gelegenen, müsse diese doch als historische Einheit betrachtet werden. Zudem müssten Dächer und Dachaufbauten gemäss Art. 30 Abs. 3 PBR quartierüblich gestaltet werden. Das geplante Flachdach widerspreche somit klar dem Willen des Gesetzgebers und dürfe daher nicht zugelassen werden; insoweit komme der Vorinstanz gar kein Ermessen zu. Auch eine Ausnahmegewilligung könne nicht in Betracht gezogen werden.

4.1.2 Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin haben im Wesentlichen übereinstimmend ausgeführt, dass sich das Bauvorhaben ihrer Ansicht nach gut in die Umgebung einordne, ohne diese in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen oder zu dominieren. Die Tatsache, dass das Baugrundstück in der Kernzone 1 liege, bedeute nicht, dass es Bestandteil des besonders geschützten alten Dorfteiles sei; vielmehr grenze es an diesen an, ohne selbst dazu zu gehören. Gleiches gelte auch etwa für das Pfarreiheim Gerbi. Der alte Dorfteil könne somit nicht mit der Kernzone 1 gleichgesetzt werden. Derselbe umfasse denn auch nur die Gebäude an den historischen Strassenzügen wie etwa der Z-gasse, welche zudem eine klare Abgrenzung des historischen Dorfteils darstellten. Diesen künstlich auf weitere Gebiete zu erweitern, sei nicht die Absicht des kommunalen Gesetzgebers gewesen. Vielmehr gehe es darum, den gewachsenen, aus vorigen Jahrhunderten stammenden Teil des Dorfes zu erhalten und von neueren Quartieren unterscheidbar zu machen. Das Bauvorhaben habe sich daher mehr an den Vorgaben seiner Nachbargebäude zu orientieren, welche ebenfalls in einem moderneren Baustil errichtet worden seien. Das für die Neubaute abzubrechende Objekt erfülle auch keine andere besondere Funktion, die es bei der Gestaltung einer Ersatzbaute wiederum einzubeziehen gälte. Auch liege die Bauliegenschaft nicht im Perimeter des geschützten Ortskerns gemäss Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS). In Bezug auf die Gestaltung der Dächer habe die Vorinstanz eine gefestigte Praxis entwickelt. Danach werde auf Steildachformen dort Wert gelegt, wo im historischen Dorfkern Ersatzbauten geplant seien, ausserhalb desselben kom-

C 2.1

me Art. 16 Abs. 2 PBR gar nicht zur Anwendung. Generell nicht anwendbar sei diese Bestimmung, wenn schon das bestehende (abzubrechende) Objekt über kein Steildach verfüge; was nicht sei, könne auch nicht gewahrt werden. In Lachen seien alle Gebäude, die in den letzten Jahren neu errichtet wurden und zuvor über kein Steildach verfügten, in moderner Bauweise ausgeführt worden. In Fragen des Ortsbildschutzes komme den Schwyzer Gemeinden bzw. deren zuständigen Behörden gemäss konstanter Rechtsprechung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Auf Grund dieser Autonomie sei die Gemeindebehörde im Rahmen ihres Ermessensspielraums in der Bewertung eines Bauprojektes hinsichtlich Einordnung frei. Daher könne die Beschwerdeinstanz nur im Falle eines Ermessensmissbrauchs eingreifen. Ein solcher sei, wie sich aus den gemachten Ausführungen ergebe, vorliegend aber nicht im Ansatz gegeben.

4.2.1 Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (§ 56 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz bleiben dabei vorbehalten (§ 56 Abs. 2 PBG). Die Gemeinden können bezüglich der Einordnung Vorschriften erlassen, welche über § 56 PBG hinausgehen (§ 52 Abs. 2 PBG). Die Gemeinde Lachen hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und in verschiedenen Bestimmungen des kommunalen Baureglementes weiter gehende Anforderungen normiert. So sieht Art. 30 Abs. 1 PBR vor, dass die grundlegenden Regeln der Architektur und die Anforderungen an die Einfügung in die gewachsenen Ortsstrukturen (wie Körnung, Gestaltung und Farbgebung) einzuhalten sind und bestehenden Inventaren Rechnung zu tragen ist. Erhöhte Anforderungen gelten für die Kernzonen und exponierte Standorte, weiter stehen gewisse Objekte und ihre Sichtbereiche unter besonderem Schutz (Art. 30 Abs. 2 PBR). Überdies müssen gemäss Art. 30 Abs. 3 PBR Dächer und Dachaufbauten quartierüblich gestaltet werden. Schliesslich ist vorliegend auf Art. 16 PBR betreffend die Kernzone 1 hinzuweisen. Danach ist der alte Dorfteil in seiner städtebaulichen Ausprägung geschützt. Umbau und Renovationen sind die Regel; Neubauten sind statthaft, wenn sie das Ortsbild unter Berücksichtigung der historischen Vorgaben wahren (Abs. 1). Die Steildachformen sind zu wahren (Abs. 2).

4.2.2 Die Gemeinde Lachen figuriert im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (vgl. Anhang der Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [VISOS, SR 451.12]). Durch die Aufnahme eines

Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargestellt, dass es in besonderem Mass die ungeschmälernte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz [NHG, SR 451]). Für den Kanton und die Gemeinden oder für private Vorhaben hat das Inventar zwar keine direkte rechtliche Wirkung. Jedoch soll es als Grundlage für die Planungen auf den verschiedenen Ebenen dienen und für Denkmal- oder Ortsbildpflege Entscheide über den Erhalt von Siedlungsteilen erleichtern (vgl. Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [ISOS], Ortsbilder von nationaler Bedeutung Kanton Schwyz, Bern 1990, S. 5).

In der näheren Umgebung der Bauliegenschaft befinden sich im Weiteren mehrere Objekte, welche ins kantonale Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) aufgenommen wurden (insbesondere die Inventar-Nrn. 17.023, 17.024 und 17.041). Gemäss § 6 Abs. 1 der Verordnung vom 29. November 1927 betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (NHV, SRSZ 720.110) ist es untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen. Diese Bestimmung gilt insbesondere auch für die KIGBO-Objekte, was wiederum bedeutet, dass auch die Erstellung oder Veränderung an Bauten und Anlagen in der näheren Umgebung eines solchen Objektes, welche zu einer übermässigen Beeinträchtigung desselben führen würden, zu unterlassen sind.

Schliesslich formuliert auch das Ortsbildinventar Lachen, in dessen Perimeter das in Frage stehende Grundstück liegt, für denselben gewisse denkmalpflegerische Zielsetzungen.

4.2.3 Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild im Einklang steht, muss in erster Linie von der zuständigen örtlichen Behörde (Gemeinde- bzw. Bezirksrat) beurteilt werden. Sie verfügt über die besten Ortskenntnisse und ihr obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG, SR 700]; §§ 17 ff. und 56 PBG; Art. 15 ff. und 30 PBR; EGV-SZ 1983, Nr. 2). Gemäss konstanter Rechtsprechung von Regierungsrat und Verwaltungsgericht sind die Gemeinden in Bezug auf den Ortsbildschutz autonom. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb bei der Beurteilung solcher Fragen, bei der es wie beim Einordnungsgebot um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geht, eine gewisse Zurück-

C 2.1

haltung. Er hat jedoch dann einzuschreiten, wenn die zuständige Behörde ihren Ermessensspielraum verlässt (EGV-SZ 1994, Nr. 5; RRB Nr. 409 vom 23. März 2004, E. 4.2). Der Regierungsrat schreitet aber auch dann ein, wenn der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen etwa für den Schutz von KIGBO-Objekten unterlässt (§ 6 Abs. 2 NHV in Verbindung mit § 3 NHV).

4.3 Den zuvor erwähnten Inventaren ist im Wesentlichen gemeinsam, dass sie im Sinne einer Zielvorgabe die möglichst ungeschmälerte Erhaltung der entsprechenden Objekte bewirken wollen. Der Sache nach beinhalten sie somit negative ästhetische Generalklauseln, welche zum Schutz des Orts-, Quartier- und Strassenbildes sowie geschichtsträchtiger Einzelobjekte beitragen sollen (ähnlich schon § 2 Abs. 1 NHV in Verbindung mit § 1 Abs. 2 lit. c NHV). Unmittelbare Rechtswirkungen, insbesondere für private Vorhaben, zeitigt aber weder das ISOS noch das kommunale Ortsbildinventar. Jedoch sind dieselben von den zuständigen Behörden zunächst als Grundlage bei der Raum-/Zonenplanung bzw. dem Erlass der entsprechenden (Schutz-)Vorschriften und alsdann im konkreten Einzelfall - etwa im Baubewilligungsverfahren - bei der Ermessensbetätigung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe heranzuziehen und mitzuberücksichtigen (vgl. auch Art. 30 Abs. 1, 2. Satz PBR). Der hinsichtlich der gestalterischen Anforderungen des Bauvorhabens einschlägige Art. 30 PBR geht, jedenfalls sofern es sich nicht um die Veränderung eines geschützten Einzelobjektes an sich handelt, über die in den genannten Inventaren bzw. den diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen statuierten Beeinträchtigungsverbote hinaus. Im Sinne einer positiven ästhetischen Generalklausel schreibt er vor, dass sich das Bauprojekt in die gewachsenen Ortsstrukturen einzufügen hat (Abs. 1, 1. Satz). Zudem sind Dächer und Dachaufbauten quartierüblich zu gestalten (Art. 30 Abs. 3 PBR). Als Ergebnis der integralen Beachtung der erwähnten Inventare und einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ist das Bauvorhaben im Ergebnis somit dahin gehend zu beurteilen, ob es sich generell in seine Umgebung und deren gewachsenen Strukturen einfügt und darüber hinaus auch den Schutzanliegen in Bezug auf das historische Ortsbild sowie spezifisch bezeichnete Einzelobjekte gebührend Rechnung trägt. Weiter reichende Anforderungen resultieren vorliegend auch aus den erwähnten Inventaren nicht, da es sich bei den abzubrechenden Objekten unbestrittenermassen nicht um in irgendeiner Form geschützte Bauten handelt und Art. 16 Abs. 1 PBR auch im historischen Dorfteil Neubauten zulässt. Demzufolge spielt es auch keine entscheidende Rolle, welchem der verschiedenen Schutzgebiete, welche vom ISOS für die Gemeinde Lachen definiert werden, die Bauliegenschaft zugeordnet wird.

4.4 Der gerade angesprochene Art. 16 Abs. 1 PBR hält fest, dass der alte Dorfteil in seiner städtebaulichen Ausprägung geschützt ist (1. Satz). Umbau und Renovationen sind die Regel; Neubauten sind statthaft, wenn sie das Ortsbild unter Berücksichtigung der historischen Vorgaben wahren (2. Satz). Damit hält diese Bestimmung spezifisch für den alten Dorfteil auch explizit das allgemeine Einordnungsgebot von Art. 30 PBR fest.

Gemäss Art. 16 Abs. 2 PBR sind die Steildachformen zu wahren. Dass sich diese Bestimmung (nur) auf den gerade erwähnten alten Dorfteil bezieht, ergibt sich nicht nur bereits aus deren systematischen Stellung innerhalb von Art. 16 PBR, sondern insbesondere aus dem Sinn und Zweck dieser Anordnung. Sie ist ein konkretes und verbindliches Element im Rahmen des für den alten Dorfteil statuierten Schutzes seiner städtebaulichen Ausprägung. Andere Gebiete als der alte Dorfteil werden schon nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 PBR nicht erfasst und bedürfen daher insbesondere auch nicht des besonderen Schutzes von Art. 16 Abs. 2 PBR. Damit ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin auch gesagt, dass der „alte Dorfteil“, dessen konkrete Ausdehnung sich anhand der für diesen festgehaltenen Schutzwürdigkeit seines Erscheinungsbildes bestimmen lässt, nicht mit der Kernzone 1 gleichzusetzen ist. Innerhalb von Art. 16 PBR, der mit „Kernzone 1“ ingressiert ist, wird somit weiter differenziert nach dem „alten Dorfteil“, für welchen die Absätze 1 bis 4 zu berücksichtigen sind, und dem übrigen Gebiet der Kernzone 1, für welches nur die Absätze 3 und 4 von Art. 16 PBR einschlägig sind. Zu diesem Ergebnis gelangt man, wie bereits angetönt, nicht nur auf Grund einer (teleo-)logischen Zuordnung der in den einzelnen Absätzen von Art. 16 PBR festgehaltenen Vorschriften auf die erwähnten Gebiete, sondern überdies schon bei Beachtung der räumlichen Ausdehnung der Kernzone 1. Daraus geht klar hervor, dass dieselbe auch Gebiete umfasst, die nicht mehr zum alten Dorfteil mit seinem zu schützenden städtebaulichen Charakter gehören.

4.5 Nach dem gerade Gesagten bleibt zu klären, ob die in der Kernzone 1 gelegene Bauliegenschaft auch zum alten Dorfteil gehört und daher die für diesen speziell geltenden Bauvorschriften zu beachten sind. Ausgehend vom Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 PBR ist diese Bestimmung, wie oben dargelegt, nur auf jene Gebiete der Kernzone 1 anwendbar, welche auf Grund ihrer städtebaulichen Ausprägung schützenswert sind. Dies trifft sicher auf den Bereich zwischen Herrengasse und Marktstrasse zu, ebenso auf jene rund um den Kirch-, Kreuz- und Rathausplatz. In diesem Gebiet befinden sich denn auch die meisten KIGBO-Objekte von

C 2.1

Lachen. Dafür, die Herrengasse als Abschluss des alten Dorfteils zu betrachten und die südlich von dieser gelegenen Liegenschaften einzig den übrigen Bestimmungen der Kernzone 1 zu unterwerfen, wie dies nach Ansicht der Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz gemacht werden sollte, bestehen tatsächlich gute Gründe. Schon ein grober Überblick über das genannte Gebiet zeigt, dass es sich bei diesem nicht mehr um ein solches handelt, das wegen seines historischen und städtebaulichen Charakters eines besonderen Schutzes bedürfte, welcher durch die Zuordnung zum „alten Dorfteil“ erfolgen würde. Bei einer genaueren Betrachtung zeigt sich denn auch, dass dieses Gebiet Gebäude unterschiedlichster Baustile aufweist und insbesondere auch zahlreiche (moderne) Bauten mit Flachdach vorhanden sind. Von einem einheitlichen (historischen) Erscheinungsbild mit entsprechender Schutzwürdigkeit kann somit nicht gesprochen werden. Es zeigt sich vielmehr, dass sich dieser Bereich der Kernzone 1 im Umbruch befindet und mithin einen Übergang zu den darum liegenden Zonen, welche ihrerseits älter und moderner erscheinende Gebäudeformen aufweisen, darstellt. Sogar die Bauten an der Herrengasse selbst weisen im Übrigen nicht durchwegs einen einheitlichen und deren ursprünglichen Charakter währenden Baustil auf.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass sich die Haltung der Vorinstanz, die Bauliegenschaft nicht dem alten Dorfteil mit den einschlägigen Schutzbestimmungen zuzuordnen, auf sachliche und nachvollziehbare Überlegungen stützt. Jedenfalls sieht der Regierungsrat keine Veranlassung, dagegen einzuschreiten, zumal sich in diesem Zusammenhang selbst der kantonale Denkmalpfleger nicht eindeutig festlegen konnte. Demzufolge gelangt, wie oben ausgeführt, Art. 16 Abs. 2 PBR vorliegend mindestens nicht zwingend bzw. unmittelbar zur Anwendung. Noch nicht geklärt ist damit jedoch die Frage, ob sich das Bauvorhaben (trotzdem) ausreichend in seine Umgebung eingliedert und den Schutzanliegen des umliegenden alten Dorfteils nicht zuwiderläuft.

4.6.1 Gemäss geltender Rechtsprechung ist für die Beurteilung der Einordnung eines Bauvorhabens primär die geltende Zonenordnung und nicht die bestehende, allenfalls kleinräumige Siedlungsstruktur massgebend. Der Grundeigentümer hat grundsätzlich Anspruch darauf, sein Bauland im Rahmen der jeweils geltenden Zonenordnung und Bauvorschriften auszunützen. Die Reduktion eines an sich zulässigen Bauvolumens allein auf Grund eines Eingliederungsgebotes ist ausnahmsweise möglich, wenn dies im Baureglement ausdrücklich vorgesehen ist (wie z.B. in Art. 30 Abs. 2 PBR, der für Bauten in den Kernzonen erhöhte Anforderungen normiert; EGV-SZ 1994, Nr. 5).

4.6.2 Wie bereits erwähnt, vermittelt ausserhalb des alten Dorfteils schon die Kernzone 1 von der Bebauung her kein einheitliches Erscheinungsbild. Noch verstärkt trifft diese Aussage auf die nahe an der Bau- liegenschaft beginnende Kernrandzone zu. Nicht nur weisen zahlreiche Bauten in der näheren Umgebung ein flaches oder ähnlich wirkendes Dach auf. Auch bezüglich seiner Ausmasse und seines Volumens lässt sich das Bauvorhaben durchaus mit umliegenden Objekten vergleichen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Pfarreiheim Gerbi auf dem Nachbargrundstück hinzuweisen. Der Aussage der Beschwerdeführer, wonach diese Baute einen Planungsfehler darstelle, ist entgegenzuhalten, dass dieselbe rechtmässig erstellt wurde, insoweit nicht mehr zur Diskussion steht und das Ortsbild in diesem Gebiet de facto erheblich mitprägt. Aber auch das rechtskräftig bewilligte Vorhaben auf den Nachbargrundstücken sowie den Grundstücken, Z-gasse 8 – 12, wird mit seiner beträchtlichen Länge von insgesamt mehr als 50 m sowie einer Firsthöhe von rund 16 m massiv und dominierend wirken. Überdies wird es die Einsichtsmöglichkeit auf das vorliegend in Frage stehende Bauprojekt von der Z-gasse aus grossmehrheitlich vereiteln. Dessen zwar ebenfalls erhebliches Volumen wird in seiner Wirkung überdies dadurch abgeschwächt, dass das dritte und vierte (Attika-)Geschoss um jeweils je rund 1.40 m zurückversetzt sind. Gleiches gilt im Weiteren auch auf Grund des „L-förmigen“ Grundrisses. Insgesamt ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin festzuhalten, dass sich das Bauvorhaben auf Grund der gewachsenen Strukturen in seiner relevanten Umgebung trotz des vorgesehenen Flachdaches ausreichend in das Ortsbild eingliedert. Demzufolge ist jedenfalls eine qualifiziert unrichtige Handhabung des Einordnungsgebotes bzw. ein Ermessensmissbrauch durch die Vorinstanz, welche den Regierungsrat zu korrigierendem Eingreifen veranlassen würden, nicht ersichtlich. Daran vermögen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer auch die Fenster- und Balkongeländer auf den einzelnen Stockwerken der geplanten Baute nichts zu ändern, zumal genau solche auch am bewilligten Bauprojekt an der Z-gasse 8 – 12 vorgesehen sind.

Auf Grund des Gesagten erhellt weiter, dass das Bauvorhaben auch den Zielvorgaben des kommunalen Ortsbildinventars sowie des ISOS nicht zuwiderläuft. Insbesondere ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass das geplante Gebäude an der Z-gasse, welches seinerseits die für den alten Dorfteil geltenden Vorschriften einhält, denselben klar von der übrigen Kernzone 1 abgrenzen wird. Das vorliegend in Frage stehende Bauvorhaben wird sich daher kaum auf den historischen Dorfteil bzw. dessen Erscheinungsbild auswirken. Darüber hinaus ist aber auch nicht ersichtlich, inwieweit es sich negativ auf die in der Nähe liegenden KIG-BO-Objekte auswirken wird. In diesem Sinn hat denn anlässlich des

C 2.2

Augenscheins auch der kantonale Denkmalpfleger darauf hingewiesen, dass das Gebiet in der näheren Umgebung der Bauliegenschaft für ihn aus denkmalpflegerischer Sicht nicht mehr interessant sei, auch wenn dies vorab auf den Planungsfehler beim Pfarreiheim Gerbi zurückzuführen sei.

(RRB Nr. 976/2005 vom 9. August 2005. Das Verwaltungsgericht hat diesen Beschluss des Regierungsrates mit Entscheid VGE 1045/05 vom 15. Februar 2006 bestätigt).

2.2 Gartenteich

- *Ein Gartenteich mit Zierfischen ist in der Wohnzone zonenkonform (Erw. 4).*
- *Die Teichanlage ist so zu gestalten, dass von dieser keine störenden Emissionen ausgehen. Die Bewilligungsbehörde muss die für die Beurteilung der Lärmimmissionen sowie allfällige Begrenzungsmöglichkeiten notwendigen Abklärungen vornehmen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass es sich beim Gartenteich um eine gross dimensionierte technische Wasseranlage handle. Es werde mittels Pumpen ein Wasserkreislauf durch verschiedene Becken auf verschiedenen Ebenen in Bewegung gehalten. Das Wasser werde zudem wasserfallartig, plätschernd und rauschend über der Wasseroberfläche eingeleitet. Wegen den Geräuschimmissionen entspreche der vom Beschwerdegegner erstellte Gartenteich nicht dem Zweck einer Wohnzone und sei daher nicht bewilligungsfähig. Die am Wohnhausanbau vorgenommene Projektänderung sei hingegen nur insoweit zu beanstanden, als darin die Geräte für den Betrieb der Umwälzpumpe und ein Aquariumpfänger eingebaut worden seien.

4. Voraussetzung einer Baubewilligung ist unter anderem, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in welcher sie sich befinden, entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700, RPG). Somit ist als Erstes auf die Frage der Zonenkonformität der Teichanlage einzugehen.

4.1 Die Frage, ob und inwieweit Immissionen unzulässig sind, wird heute in erster Linie in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes geregelt. Mit deren Inkrafttreten hat das kantonale Recht seine selbstständi-

ge Bedeutung verloren, soweit sich sein materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses. Das kantonale Recht behält seine Eigenständigkeit jedoch dort, wo es die bundesrechtlichen Bestimmungen ergänzt oder - soweit erlaubt - verschärft (Art. 65 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01, USG). Soweit Bau- und Zonenvorschriften zudem festlegen, ob aus raumplanerischen Gründen eine bestimmte Nutzung bzw. ein bestimmtes Bauvorhaben in einer gewissen Zone zulässig ist, haben das kantonale und kommunale Recht weiterhin ihre selbstständige Bedeutung. So hat das Bundesgericht festgestellt, dass die für den Charakter eines Quartiers wesentlichen Vorschriften bezüglich Nutzungsart und -intensität weiterhin auf Stufe Kanton und Gemeinden erlassen werden können, wobei diese mittelbar ebenfalls dem Schutze der Nachbarschaft vor Übelständen verschiedenster Art dienen (BGE 118 Ia 112; EGV-SZ 2002, Nr. C.2.5, E. 4; RRB Nr. 1498 vom 17. Oktober 2000, E. 2.5).

4.2.1 Das Baugrundstück befindet sich in der Wohnzone W3. Gemäss Art. 64 des Baureglements des Bezirks Einsiedeln vom 10. Juni 2001 (BauR) sollen in den Wohnzonen ruhige Verhältnisse gewährleistet sein. Die Wohnnutzung besteht in erster Linie aus Erholung, Schlafen, Essen, Freizeitgestaltung usw. und bedingt eine Umgebung, die möglichst frei ist von Lärm, Gerüchen und anderen, das übliche, durch das Wohnen selbst bedingte Mass übersteigenden Immissionen. Diese Anforderungen bestehen vor allem ausserhalb, in etwas vermindertem Umfang aber auch während der Arbeitszeit (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, S. 306).

4.2.2 Bei der Teichanlage handelt es sich um ein Objekt der Gartengestaltung, welches nach Ansicht des Beschwerdegegners eine ökologische Aufwertung der Umgebung darstellen soll. Die Anlage wird vom Beschwerdegegner in erster Linie für die Freizeitgestaltung genutzt und steht daher im Zusammenhang mit der Wohnnutzung. Tierhaltung gilt in der Wohnzone solange als zonengerecht, als von den Tieren keine störenden Immissionen verursacht werden (EGV-SZ 2002, Nr. C.2.5, E. 5.2). Solange sich der Beschwerdegegner auf die Haltung von Zierfischen beschränkt und nicht gewerbsmässig eine Fischzucht betreibt, werden keine derartigen Immissionen verursacht. Das bedeutet, dass die Teichanlage in planungs- und baurechtlicher Hinsicht zonenkonform ist.

5. Eine weitere Frage ist hingegen, ob der Gartenteich mit den polizeilich motivierten Immissionsvorschriften der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes vereinbar ist.

C 2.2

5.1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 USG bezweckt die Umweltschutzgesetzgebung den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und ihrer Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen. Um solche Einwirkungen kann es sich beispielsweise bei Lärm handeln (Art. 7 Abs. 1 USG). Einwirkungen, die schädlich oder lästig sein könnten, müssen durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt werden (Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 USG). Die Gemeinden haben die entsprechenden Kontrollen vor allem im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vorzunehmen (§ 20 Abs. 3 lit. a der kantonalen Verordnung vom 24. Mai 2000 zum Bundesgesetz über den Umweltschutz, SRSZ 711.110, KVzUSG; § 36 Abs. 2 lit. f der Vollzugsverordnung vom 3. Juli 2001 zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz, SRSZ 711.111, USG-VV).

5.1.2 Bauten und Anlagen sind so auszuführen, anzupassen und zu unterhalten, dass sie so wenig Lärm, Dünste, Gerüche, Erschütterungen und andere Emissionen erzeugen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG; Art. 7 Abs. 1 lit. a der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41, LSV; § 55 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100, PBG; Art. 29 BauR). Die Baubewilligung ist zu verweigern, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zur Folge hätte (§ 55 Abs. 2 PBG; Art. 30 BauR).

5.2 Das Lärmschutzrecht knüpft für die Beurteilung des Lärms an Belastungsgrenzwerte (Planungs-, Immissions- und Alarmwert) an. Die in Anhang 6 zur Lärmschutz-Verordnung festgelegten Grenzwerte beziehen sich in erster Linie auf Verkehrs-, Industrie- und Schiesslärm. Soweit es sich um Lärm von Anlagen handelt, der nicht einer dieser Lärmarten zugeordnet werden kann und somit Belastungsgrenzwerte fehlen, beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV). Nach Art. 15 USG sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Da auf das Wohlbefinden der Bevölkerung abzustellen ist, können nur allgemeine Erfahrungswerte und nicht bloss Meinungen Einzelner als Massstab herangezogen werden. Das heisst, dass auch bei der Beurteilung von Lärmimmissionen direkt gestützt auf Art. 15 USG objektivierte Kriterien anzuwenden sind. Bei der Beurteilung, ob eine unzumutbare Störung vorliegt, sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen (BGE 123 II 325, E. 4.d).

5.3.1 Die Wohnzone W3 ist der Lärmempfindlichkeitsstufe II zugeordnet (Art. 61 BauR). Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV sind keine störenden Betriebe zugelassen.

Aus den in den Akten vorhandenen Fotografien ist ersichtlich, dass das Wasser über Stufen in verschiedene Becken fliesst. Wasserkreisläufe, welche mittels einer Umwälzpumpe in Bewegung gehalten werden, erzeugen erfahrungsgemäss Geräusche. Auf dem Foto Nr. 1, welches von den Beschwerdeführern mit der Baueinsprache vom 19. September 2004 eingereicht wurde, erfolgt die Wassereinspeisung aus einem freiliegenden Schlauch oberhalb des Beckens. Auf den Fotografien vom Augenschein hingegen befindet sich der Schlauch unterhalb der Wasseroberfläche. Es ist somit unklar, auf welche Art und Weise die Wassereinspeisung nach Fertigstellung des Bauwerks dauerhaft erfolgen soll. Zum jetzigen Zeitpunkt kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass auch durch die Wassereinspeisung ein Plätschern oder Rauschen erzeugt wird. Ob es sich bei diesen Geräuschen um störende Emissionen bzw. Immissionen handelt, ist ungewiss.

5.3.2 Am Augenschein vom 23. August 2004 sah die Vorinstanz anscheinend von der Abfassung eines Protokolls ab. Jedenfalls liegt dem Regierungsrat kein solches vor. Aus dem vom Beschwerdegegner erstellten Protokoll geht hervor, dass die Beschwerdeführer die Vorinstanz ausdrücklich aufforderten, die auf ihre Liegenschaft einwirkenden Geräuschimmissionen zu beurteilen. Die Vorinstanz hat jedoch weder am Augenschein noch zu einem späteren Zeitpunkt die Lärmbelastung sowie allfällige Begrenzungsmöglichkeiten eruiert. Sie ist mithin ihrer Verpflichtung, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, nur ungenügend nachgekommen (§ 18 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, SRSZ 234.110, VRP). Solche Versäumnisse sind nicht vom Regierungsrat nachzuholen.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Sache wird zur Vornahme der erforderlichen Abklärungen betreffend Lärmimmissionen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. (RRB Nr. 1649/2005 vom 13. Dezember 2005).

C 2.3

2.3 Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

- *Die Verpflichtung zur Durchführung einer Wiederherstellungsmassnahme (Entfernung einer widerrechtlich erstellten Heizung) kann dem Bauherrn als Verhaltensstörer auferlegt werden, auch wenn dieser zwischenzeitlich nicht mehr Eigentümer der Wohnbaute ist (Erw. 6.1).*
- *Bei Wiederherstellungsverfügungen empfiehlt es sich, neben dem Bauherrn auch die Eigentümer ins Recht zu fassen, wenn der Bauherr nicht zugleich Eigentümer ist (Erw. 6.2).*

Aus den Erwägungen:

6. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, er sei nicht Störer und werde deshalb zu Unrecht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet. Dazu ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer (gemäss eigenen Angaben seit dem Jahr 2000) nicht mehr Eigentümer der Liegenschaften X und Y ist, sondern seitdem als Bauherr auftrat bzw. auftritt. Der angefochtene Beschluss wurde den Beigeladenen als heutigen Grundeigentümern zwar ebenfalls eröffnet. Die Verpflichtung zur Entfernung der Bodenheizungen in den Wintergärten wurde in Dispositivziffer 2 jedoch dem Beschwerdeführer auferlegt.

6.1 Nach übereinstimmender Lehre und Praxis sind polizeiliche Massnahmen gegen den Störer der öffentlichen Ordnung zu richten. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Störer, wer durch eigenes Verhalten oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung verursacht (Verhaltens- oder Handlungsstörer), aber auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer). Als Störer der bau- und planungsrechtlichen Ordnung durch widerrechtliche Bauarbeiten bzw. eine rechtswidrige Baute oder Anlage und damit als Adressaten einer Abbruchverfügung kommen in der Regel der ausführende Architekt, der Bauherr und der Eigentümer – sofern er nicht mit dem Bauherrn identisch ist – in Frage. Der ausführende Architekt wird im Normalfall als Verhaltensstörer polizeipflichtig, der Bauherr, der zugleich auch Eigentümer ist, sowohl als Verhaltens- wie Zustandsstörer (sogenannter Doppelstörer) und der blosser Eigentümer als Zustandsstörer. In erster Linie ist durch die Abbruchverfügung ein sogenannter Doppelstörer ins Recht zu fassen, denn dieser ist sowohl Verursacher der Ordnungswidrigkeit wie auch Gewalthaber über die widerrechtliche Baute. Sind sowohl Verhaltens- wie auch Zustandsstörer vorhanden, hat sich die Baupolizeibehörde zuerst an die Verhaltensstörer

und dann erst an die reinen Zustandsstörer zu halten. Diese Rangfolge kommt auch in § 87 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) bzw. Art. 103 Abs. 2 des Baureglements des Bezirks Einsiedeln vom 10. Juni 2001 bzw. 20. November 2001 (BauR) zum Ausdruck, wonach die Bewilligungsbehörde auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen verfügt, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist (vgl. Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 89 f.; VGE 885/03 vom 20. August 2003, E. 3d/aa).

Die Vorinstanz hat somit grundsätzlich zu Recht den Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Bauherr (und somit Verhaltensstörer) zur Durchführung der Wiederherstellungsmassnahme aufgefordert.

6.2 Die Eigentümer der Liegenschaften X und Y, welche als Zustandsstörer zu betrachten sind, wurden ins Verfahren beigelegt. Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge zu Gunsten oder zu Lasten der Hauptparteien stellen (§ 14 Abs. 2 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Davon haben die Beigeladenen am 20. Juli 2004 Gebrauch gemacht und sinngemäss Antrag auf Gutheissung der Beschwerde gestellt.

Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (vgl. § 14 Abs. 3 VRP). Der vorliegende Beschluss hat den beigelegten Grundeigentümern gegenüber demzufolge die Wirkung einer Duldungsverfügung. In diesem Zusammenhang ist die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass es im Allgemeinen sinnvoll ist, bei Wiederherstellungsverfügungen nebst dem Bauherrn (gemäss § 87 Abs. 2 PBG) auch die Eigentümer ins Recht zu fassen, wenn der Bauherr nicht zugleich Eigentümer ist. Wird lediglich der Bauherr zur Wiederherstellung verpflichtet, mangelt es der Wiederherstellungsverfügung unter Umständen an der Vollstreckbarkeit: Da der zur Wiederherstellung verpflichtete Bauherr keine Verfügungsmacht mehr über die betroffene Baute hat, kann er die Wiederherstellungsmassnahme nicht ausführen, wenn die Eigentümer dies nicht zulassen. Die Baubehörde hat diesfalls den Grundeigentümern gegenüber eine Beseitigungs- oder Duldungsverfügung zu erlassen, welche diese wiederum anfechten können. Derartige vollstreckungsrechtliche Probleme können zum Vornherein verhindert werden, wenn sowohl Bauherr wie auch Grundeigentümer zur Wiederherstellung bzw. Duldung der Wiederherstellung verpflichtet werden.

(RRB Nr. 57/2005 vom 18. Januar 2005).

C 6.1

2.4 Ausnahmebewilligungen ausserhalb der Bauzonen

- Leitsätze zu Rechtsmittelentscheiden, in welchen Ausnahmebewilligungen nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung für Bauvorhaben im Kanton Schwyz beurteilt worden sind: *Standortgebundenheit (Ziff. 1); teilweise Änderung (Ziff. 1/2/3); Wiederherstellung (Ziff. 1).*

1. Die Vergrösserung eines in der Bauzone gelegenen Gartens mittels Mauer und Terrainauffüllung – ins Landwirtschaftsgebiet hinein – stellt keine teilweise Änderung dar. Auch als Neubau kann das Vorhaben mangels Standortgebundenheit nicht bewilligt werden. Die Anordnung der Wiederherstellung ist verhältnismässig (RRB Nr. 1415 vom 2. November 2005).

2. Die Verglasung von Lauben bei einem ursprünglich landwirtschaftlich genutzten Wohnhaus führt zu zusätzlicher anrechenbarer Bruttogeschossfläche. Damit wird vorliegend das Mass einer zulässigen teilweisen Änderung gesprengt (RRB Nr. 1347 vom 18. Oktober 2005; VGE 1061/05 vom 21. Dezember 2005; BGE 1A.42/2006 vom 6. Juni 2006).

3. Die Erweiterung einer Gewerbebaute ausserhalb der Bauzone (Fahrzeugeinstellhalle) um 100 % bzw. um über 400 m² sprengt das zulässige Mass für eine teilweise Änderung (RRB Nr. 910 vom 5. Juli 2005).

6. Vormundschaftsrecht

6.1 Zuständigkeit für die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen

- *Mit Erlöschen der elterlichen Sorge begründet ein Kind einen neuen Wohnsitz an seinem Aufenthaltsort. Zur Anordnung der Vormundschaft ist deshalb die Behörde am Aufenthaltsort des Kindes zuständig (Erw. 2).*
- *Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die elterliche Sorge entzogen, so überträgt die Vormundschaftsbehörde die elterliche Sorge dem Vater oder bestellt dem Kind einen Vormund, je nachdem, was das Wohl des Kindes erfordert. Elterliche Sorge und*

Vormundschaft schliessen einander aus. Dabei hat die elterliche Sorge Vorrang (Erw. 3.1).

- *Die Vormundschaftsbehörde hat deshalb, bevor sie einen Vormund einsetzt, zu prüfen, ob eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater angezeigt ist. In der Zwischenzeit kann sie, um vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen, die erforderlichen Massregeln von sich aus treffen (Erw. 3.2).*
- *Wahl des Vormundes (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

A. M.S. wurde am 13. September 1997 als Sohn von A.S.-R. und B.S. geboren. Seit der Scheidung der Eltern am 22. Juni 1998 stand M.S. unter der alleinigen elterlichen Sorge von A.S.-R. Diese heiratete am 4. Juni 1999 den türkischen Staatsangehörigen E.K. Der Vater von M.S., B.S., wohnt in Österreich und hat kaum Kontakt zu seinem Sohn. Infolge einer schweren Erkrankung von A.S.-R. bzw. eines Autounfalls wurde M.S. seit April 2004 von seiner Grossmutter S.R. in Lachen betreut.

B. Am 2. Dezember 2004 verstarb A.S.-R. Die Vormundschaftsbehörde Galgenen beschloss daraufhin mit Verfügung vom 20. Dezember 2004:

- „1. Für M.S., geb. 13. September 1997, von Innerthal SZ, mit gesetzlichem Wohnsitz in Galgenen und Aufenthalt bei der Grossmutter S.R. in Lachen SZ, wird eine Vormundschaft gemäss Art. 368 ZGB errichtet.
2. Als Vormund wird gewählt: ...
3. - 7. ...“

C. (Wiedererwägungsverfahren).

Aus den Erwägungen:

2. Vorweg ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung bzw. zur Anordnung der Vormundschaft und zur Ernennung eines Vormundes zuständig war.

2.1 Gemäss Art. 368 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210; ZGB) gehört jede unmündige Person, die sich nicht unter der elterlichen Sorge befindet, unter Vormundschaft. Die Bevormundung erfolgt am Wohnsitz der zu bevormundenden Person (Art. 376 Abs. 1 ZGB). Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem

C 6.1

Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge gilt der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 ZGB).

2.2 M.S. stand unter der alleinigen elterlichen Sorge seiner Mutter. Deshalb hatte er seinen Wohnsitz bis zu ihrem Tod in Galgenen. Mit Erlöschen der elterlichen Sorge begründete M.S. einen neuen Wohnsitz an seinem Aufenthaltsort in Lachen. Da M.S. mit dem Tod seiner Mutter seinen Wohnsitz nicht mehr in der Gemeinde Galgenen hatte, war die Vorinstanz zur Anordnung der Vormundschaft und der Ernennung des Vormundes gar nicht zuständig. Vielmehr hätte die Vormundschaftsbehörde Lachen die Vormundschaft über M.S. anordnen und einen Vormund ernennen müssen. Der angefochtene Entscheid leidet somit an einem wesentlichen Mangel.

2.3 Die örtliche Unzuständigkeit der Vorinstanz bewirkt jedoch weder die Nichtigkeit des angefochtenen Entscheides noch des „Wiedererwägungsentscheides“. Der mangelhafte Entscheid der Vorinstanz vom 20. Dezember 2004 wurde indessen fristgerecht angefochten und ist für ungültig zu erklären. Die Vormundschaft und sämtliche damit verbundenen Auflagen bleiben jedoch gültig, bis die getroffenen Anordnungen von der zuständigen Behörde aufgehoben bzw. durch eine neue Verfügung ersetzt werden (vgl. Thomas Geiser, Basler Kommentar zum schweiz. Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N 10 zu Art. 376 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde Lachen wird den Entscheid der Vorinstanz somit innert nützlicher Frist durch eine neue Verfügung ersetzen müssen. Bis dahin werden die von der Vorinstanz getroffenen Anordnungen als sichere Massnahmen aufrechterhalten. Die Vormundschaftsbehörde Lachen wird indessen vor derselben Fragestellung stehen wie die Vorinstanz. Deshalb wird nachstehend erläutert, welche Voraussetzungen und Aspekte bei der Anordnung einer Vormundschaft nach Art. 368 ZGB zu beachten sind.

3.1 Im Kanton Schwyz ist die Vormundschaftsbehörde im Eltern- und Kindesrecht sowie in Vormundschaftssachen zuständig (vgl. §§ 24 ff. und 27 ff. des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978; SRSZ 210.100; EGzZGB). Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die elterliche Sorge entzogen, so überträgt die Vormundschaftsbehörde die elterliche Sorge dem Vater oder bestellt dem Kind einen Vormund, je nachdem, was das

Wohl des Kindes erfordert (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Elterliche Sorge und Vormundschaft schliessen einander aus. Dabei hat die elterliche Sorge Vorrang (Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum schweiz. Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N 3 f. zu Art. 368 ZGB).

3.2 Die Vormundschaftsbehörde hat deshalb, bevor sie einen Vormund einsetzt, zu prüfen, ob eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater angezeigt ist. In der Zwischenzeit kann sie, um vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen, die erforderlichen Massregeln von sich aus treffen (Art. 386 ZGB). Diese Bestimmung ist nicht nur im Erwachsenenvormundschaftsbereich anwendbar (vgl. Langenegger, a.a.O., N 9 zu Art. 368 mit Hinweisen). Gestützt darauf kann die Vormundschaftsbehörde unter Umständen auch einen Amtsvormund beauftragen, spezielle Fragen abzuklären und vorläufig gewisse vormundschaftliche Aufgaben wahrzunehmen. In diesem Sinne war es gerechtfertigt, dass die Vorinstanz der Amtsvormundin den Auftrag erteilt hat, die Frage der Rückübertragung der elterlichen Sorge an den Vater abzuklären. Indes hätte die Vorinstanz mit der Anordnung der Vormundschaft zuwarten können, bis Klarheit besteht, ob eine Übertragung der elterlichen Sorge in Frage kommt.

4. Die Vormundschaftsbehörde hat mit aller Beförderung den Vormund zu bestellen (Art. 385 Abs. 1 ZGB). Der Gewählte kann binnen zehn Tagen nach Mitteilung der Wahl einen Ablehnungsgrund geltend machen. Ausserdem kann jedermann, der ein Interesse hat, die Wahl binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, als gesetzwidrig anfechten. Wird von der Vormundschaftsbehörde die Ablehnung oder Anfechtung als begründet anerkannt, so trifft sie eine neue Wahl, andernfalls unterbreitet sie die Angelegenheit mit ihrem Bericht der Aufsichtsbehörde zur Entscheidung (Art. 388 ZGB). Der Gewählte ist trotz der Ablehnung oder Anfechtung bei seiner Verantwortlichkeit verpflichtet, die Vormundschaft zu führen, bis er des Amtes enthoben wird (Art. 389 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde muss somit eine fristgerecht erklärte Anfechtung prüfen. Vorliegend ist die Vorinstanz zu Recht auf das als „Wiedererwägungsgesuch“ betitelte Rechtsmittel eingetreten und hat es materiell geprüft. Dass sie im Dispositiv irrtümlicherweise von „nicht eintreten“ spricht, spielt dabei keine Rolle.

5. Die Vormundschaftsbehörde Lachen muss nun ohne Verzögerung prüfen, ob sie die elterliche Sorge dem Vater übertragen will. Andernfalls muss sie M.S. einen Vormund bestellen.

C 6.1

5.1 Als Vormund hat die Vormundschaftsbehörde eine mündige Person zu wählen, die zu diesem Amte geeignet erscheint (Art. 379 Abs. 1 ZGB). Sprechen keine wichtigen Gründe dagegen, so hat die Behörde einem tauglichen nahen Verwandten oder dem Ehegatten des zu Bevormundenden bei der Wahl den Vorzug zu geben, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes (Art. 380 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde ist verpflichtet, nahe Verwandte im Auswahlverfahren angemessen zu berücksichtigen. Bei ungefähr gleicher Eignung unter mehreren Bewerbern oder Bewerberinnen verdienen sie den Vorrang. Dennoch haben sie keinen Rechtsanspruch darauf, ernannt zu werden (Christoph Häfeli, Basler Kommentar zum schweiz. Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N 3 zu Art. 380/381). Hat die zu bevormundende Person oder deren Vater oder Mutter jemand als den Vormund ihres Vertrauens bezeichnet, so soll dieser Bezeichnung, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen, Folge geleistet werden (Art. 381 ZGB).

5.2 Zum Amte als Vormund ist wählbar, wer allgemein und betreffend der zu betreuenden Person geeignet ist und gegen den keine Ausschliessungsgründe gemäss Art. 384 ZGB vorliegen. Zu den Personen, welchen es grundsätzlich an der Eignung fehlt, gehören Personen, denen es an der charakterlichen Reife fehlt und solche, die in körperlicher, psychischer oder zeitlicher Hinsicht nicht belastbar sind. Unter besonderer Eignung versteht man jene Fähigkeiten, die erforderlich sind, ein bestimmtes Mandat für eine bestimmte Person zu führen. Es braucht je andere Voraussetzungen und Fähigkeiten, je nachdem ob es um die persönliche Betreuung eines Kindes, einer suchtkranken oder geistig behinderten Person geht oder um die Verwaltung eines grossen Vermögens. Auch die persönliche Beziehung zwischen Mandatsträger und betreuter Person ist bei der Beurteilung der besonderen Eignung von Bedeutung (vgl. Häfeli, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 379 mit Hinweisen).

5.3.1 Als Ausschlussgrund ist insbesondere eine mögliche Interessenkollision von Bedeutung. Nach Art. 384 Ziff. 3 ZGB ist als Vormund nicht wählbar, wer Interessen hat, die in erheblicher Weise denjenigen des Mündels widerstreiten. Eine Interessenkollision im Sinne der erwähnten Bestimmung liegt vor, wenn der Vormund in die Lage kommt, in einer Angelegenheit entweder den Interessen der zu bevormundenden Person oder seinen eigenen (nicht hingegen jener Dritter) den Vorzug zu geben. Damit dieser Interessengegensatz als Ausschliessungsgrund erheblich ist, muss er eine gewisse Schwere haben und von Dauer sein. Der Auslegung jener Bestimmung entsprechend genügt auch eine erhebliche abstrakte Gefahr der Interessenkollision zur Anwendung von

Art. 384 Ziff. 3 ZGB. Die Interessenkollision wird beispielsweise bejaht, wenn zwischen Vormund und Mündel ein Rechtsstreit besteht, hingegen verneint, wenn unter den Kindern, nicht aber zwischen dem Sohn und der zu verberatenden Mutter ein Zerwürfnis besteht (Bernhard Schnyder/Erwin Murer, Berner Kommentar zum schweiz. Privatrecht, Bern 1984, N 22 zu Art. 384 ZGB).

5.3.2 Die Vormundschaftsbehörde Lachen wird prüfen müssen, ob die Beschwerdeführerin als Vormund für M.S. geeignet ist. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann nicht gesagt werden, dass durch das bestehende Pflegeverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und M.S. bei der Ernennung der Beschwerdeführerin zum Vormund eine Interessenkollision entstehen würde. Zum einen ist zu beachten, dass mit dem Tod der Mutter entweder der Vater oder ein Vormund an Stelle der Mutter für die persönliche Fürsorge von M.S. zuständig werden und ihn diese in ihre eigene Hausgemeinschaft aufnehmen oder in einer Pflegefamilie oder einem Heim unterbringen können (Kurt Affolter, Basler Kommentar zum schweiz. Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N 55 zu Art. 405 ZGB). Würde die Beschwerdeführerin zum Vormund ihres Enkels ernannt, würde dieser nicht mehr auf Grund des Pflegeverhältnisses in ihrer Obhut stehen, sondern auf Grund der Vormundschaft. Entgeltet würde sie fortan nicht mehr gestützt auf das Pflegeverhältnis (Art. 294 ZGB), sondern auf Grund der Vormundschaft, denn der Vormund hat Anspruch auf eine Entschädigung, die von der Vormundschaftsbehörde festgesetzt wird (Art. 416 ZGB; § 30 EGzZGB). Zum anderen gehört zur persönlichen Fürsorge, als Aufgabe des Vormundes, neben der Erziehung indessen auch der Unterhalt. Den Vormund persönlich trifft zwar keine Unterhaltspflicht, er hat jedoch dafür zu sorgen, dass der Vater seiner Unterhaltspflicht nachkommt (Affolter, a.a.O., N 4 sowie N 26 zu Art. 405 ZGB). Zu prüfen bzw. einzufordern hat der Vormund zudem begründete Ansprüche des Mündels auf Leistungen der Sozialversicherungen. Inwiefern die Beschwerdeführerin diesbezüglich in einen Konflikt geraten soll, ist jedoch nicht ersichtlich.

5.3.3 Auch betreffend die Tante von M.S. ist nicht ersichtlich, inwiefern diese auf Grund des Verwandtschaftsverhältnisses per se als Vormund ausgeschlossen sein soll. Insbesondere schlägt die Beschwerdeführerin selber ihre Tochter als Vormund vor. Dies würde sie kaum machen, wenn sie nicht gewillt wäre, von ihr vormundschaftliche Entscheidungen zu akzeptieren.

C 6.2

5.4 Interessenkollision sowie andere Ausschlussgründe sind somit auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Diese müssen von der zuständigen Behörde jedoch noch eingehender geprüft werden.

(RRB Nr. 482 vom 12. April 2005).

6.2 Anzehung des Kindesvermögens

- *Die Eltern haben das Kindesvermögen nach den Grundsätzen getreuer und sorgfältiger Geschäftsführung zu verwalten, es in ihrem Bestand zu erhalten und, soweit dies im Rahmen ordentlicher Bewirtschaftung und vernünftiger Risikoverteilung möglich ist, zu mehren (Erw. 2.1).*
- *Die Eltern dürfen die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden (Erw. 2.2).*
- *Die Vormundschaftsbehörde kann den Eltern gestatten, das Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen, wenn dies für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung notwendig ist. Bei der Entscheidung würdigt die Vormundschaftsbehörde die Grösse des Kindesvermögens, die Unterhaltskosten des Unmündigen sowie die Mittel der Eltern (Erw. 2.3).*
- *Die Behörde muss abklären, ob die Einnahmen der Eltern die gesamten (notwendigen) Ausgaben übersteigen (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Erbteilungsvertrag vom 10. Februar 2004 erhielt N.L. (geboren 22. Juni 1991) Fr. 79 970.95 (inkl. Zins) aus dem Nachlass seiner Mutter. Sein Vater, M.L., verwaltet das Kindesvermögen und kommt für den Unterhalt von N.L. auf. Mit Schreiben vom 20. August 2004 beantragte M.L., das Schulgeld für die Privatschule, welche N.L. besuche, aus dessen Erbschaft bezahlen zu dürfen.

B. Die Vormundschaftsbehörde entschied am 31. August 2004 (Versand am 13. Oktober 2004) wie folgt:

- „1. Das Gesuch von M.L., das Schulgeld für die Privatschule seines Sohnes vom Kindesvermögen zu bezahlen, wird abgelehnt.
2. M.L. ist jedoch berechtigt, die Erträge aus dem Kindesvermögen für die Privatschule zu verwenden. Dies betrifft den Zins des Darlehens gegenüber der X AG seit 1. No-

- vember 2000 bis 22. April 2004, von Fr. 7 354.-- sowie die Zinsen vom Sparkonto ab dem Jahr 2000.
3. M.L. hat am 8. März 2004 Fr. 780.-- vom Konto seines Sohnes bezogen. Der Zinsertrag des Sparkontos betrug in den Jahren 2000 bis 2003 jedoch lediglich Fr. 293.35. Die zu viel bezogenen Fr. 486.65 sind anfangs 2005 vom Zinsertrag 2004 abzuziehen.
 - 4.-6. (Rechtsmittel; Eröffnung; Versand).“

C. Dagegen erhob M.L. am 22. Oktober 2004 (Postaufgabe am 25. Oktober 2004) Beschwerde beim Regierungsrat.

Aus den Erwägungen:

2.1 Das Kindesvermögen umfasst alle dem Kind zustehenden Vermögenswerte. Es bildet sich aus Schenkungen, Erbgang, Arbeitserwerb, Unterhalts-, Schadenersatz- und Versicherungsleistungen, Erträgen. Die Eltern haben das Kindesvermögen nach den Grundsätzen getreuer und sorgfältiger Geschäftsführung zu verwalten. Die Verwaltung hat vorab dem Wohl des Kindes selbst und, soweit damit vereinbar, dem Wohl der Gemeinschaft von Eltern und Kind zu dienen. Es gilt der Grundsatz „Kindesgut ist eisern Gut“. Die Eltern haben es in ihrem Bestand zu erhalten und, soweit dies im Rahmen ordentlicher Bewirtschaftung und vernünftiger Risikoverteilung möglich ist, zu mehren. Der Verbrauch ist nur gemäss Art. 320 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210; ZGB) zulässig (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 28.02 ff.).

2.2 Die Eltern dürfen die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden. Ein Überschuss fällt ins Kindesvermögen (Art. 319 ZGB). Die Eltern dürfen Erträge des Kindesvermögens nicht verbrauchen, wenn es dem Kind mit dieser ausdrücklichen Auflage oder unter der Bestimmung zinstragender Anlage oder als Spargeld zugewendet worden ist (Art. 321 Abs. 1 ZGB).

2.3.1 Die Voraussetzungen und Schranken der Anzehung des Kindesvermögens hängen eng mit der ursprünglichen Bestimmung davon betroffener Vermögensteile zusammen. Der Grundsatz, wonach die Vermögenssubstanz nicht angegriffen werden soll, gilt für Werte nicht, die ihrer Natur nach als Beitrag an den Kindesunterhalt bestimmt sind (Martin Stettler, Kindesrecht, in: Schweizerisches Privatrecht III/2, Basel 1992, S. 428). Abfindungen, Schadenersatz und ähnliche Leistungen dürfen in

C 6.2

Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden (Art. 320 Abs. 1 ZGB). Dazu gehören vorliegend insbesondere die Waisenrente und die Kinderzulagen, nicht aber die Erbschaft.

2.3.2 Erweist es sich für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern gestatten, auch das übrige Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen (Art. 320 Abs. 2 ZGB). Es ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Eltern allein für den gesamten Unterhalt des Kindes aufkommen müssen. Wird das Vermögen ohne die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde angezehrt, so ist darin eine Verletzung von Pflichten zu sehen. Die Einwilligung unterliegt zwei Bedingungen, wovon die eine die Notwendigkeit und die andere den Zweck der Anzeherung betrifft: „Zwingende Voraussetzung einer solchen Zustimmung ist einerseits, dass aus dem Kindesvermögen Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung bestritten werden sollen, und dass andererseits für eine Anzeherung des Kindesvermögens eine Notwendigkeit besteht“. Bei der Entscheidung würdigt die Vormundschaftsbehörde die Grösse des Kindesvermögens, die Unterhaltskosten des Unmündigen sowie die Mittel der Eltern (Stettler, a.a.O., S. 429 mit Hinweisen).

3.1 Der Beschwerdeführer versteht die Ablehnung der Vormundschaftsbehörde nicht. Per 1. Januar 2005 habe er die Möglichkeit, mit einer neuen Arbeit zu beginnen. Dies bedeute aber, dass er neu mit einem Gehalt von Fr. 5 000.-- auskommen müsse. Mit der Ablehnung seines Gesuches könne er die neue Stelle nicht annehmen und müsse sich weiter vom Staat bezahlen lassen oder seinen Sohn von der Privatschule nehmen. Dies wäre jedoch schlecht für diesen, denn, wie auch die Behörde wisse, habe er seit dem Tod seiner Mutter in der öffentlichen Schule grosse Probleme. Er sei der Meinung, dass es seinem Sohn jetzt mehr diene, wenn er die Schule aus seinem Erbe bezahle, als wenn er mit 18 Jahren das Geld für Autos usw. ausbebe.

3.2 Die Vorinstanz ihrerseits erklärt, der Beschwerdeführer erhalte netto Fr. 6 138.95 Arbeitslosenunterstützung. Zudem werde ihm eine Witwerrente von Fr. 1 217.-- und eine Waisenrente von Fr. 609.-- ausbezahlt. Gemäss Art. 319 ZGB dürften die Eltern lediglich die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung verwenden. Der Beschwerdeführer sollte in der Lage sein, auch bei einem reduzierten Einkommen, zusammen mit dem Ertrag aus dem Kindesvermögen das monatliche Schulgeld zu bezahlen.

3.3 Aus den eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass das monatliche Schulgeld Fr. 1 440.-- beträgt. Dazu kommt eine Quartalsrechnung für das auswärtige Essen im Betrag von Fr. 350.-- sowie ein jährliches Zug-Abonnement von Fr. 657.--. Pro Monat entstehen somit für die Ausbildung von N.L. ausserordentliche Kosten von zirka Fr. 1 612.--. Diesem Betrag standen bis Ende 2004 Einnahmen von Fr. 7 964.95 netto (Arbeitslosengeld + Renten) gegenüber. Ab dem 1. Januar 2005 verdient der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben Fr. 5 000.--. Die Witwer- und die Waisenrente in der Höhe von insgesamt Fr. 1 826.-- scheinen unverändert geblieben zu sein. Das Kindesvermögen beträgt Fr. 85 780.--. Wie viel die ordentlichen Unterhaltskosten ausmachen, ist nicht bekannt.

4.1 Die Erbschaft des Sohnes des Beschwerdeführers bildet den Hauptteil des Kindesvermögens. Diese darf im Gegensatz zu den Erträgen des Kindesvermögens jedoch nur angezehrt werden, wenn der Zweck dies rechtfertigt und eine Notwendigkeit dafür besteht. Der vom Beschwerdeführer angegebene Zweck, das Kindesvermögen für die Ausbildung des Sohnes zu verwenden, könnte die Anzehung rechtfertigen. Es ist jedoch fraglich, ob eine Notwendigkeit dafür besteht, auf dieses Vermögen zu greifen. Um dies abzuklären, sind die Einnahmen des Beschwerdeführers den gesamten (notwendigen) Ausgaben gegenüber zu stellen.

4.2 Die Behörde ermittelt von Amtes wegen den für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachverhalt und erhebt die erforderlichen Beweise. Sie kann die Parteien veranlassen, ihre Anträge zu verdeutlichen oder zu ergänzen (§ 18 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110; Untersuchungsgrundsatz). Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist. Verweigert eine Partei diese Mitwirkung, so ist die Behörde nicht verpflichtet, auf ihre Begehren oder Anträge einzutreten (§ 19 Abs. 1 und 2 VRP).

4.3.1 Aus den Akten ist nicht ersichtlich, wie hoch die gesamten ordentlichen Ausgaben für den Lebensunterhalt des Beschwerdeführers und seines Sohnes sind. Vorliegend können für die ungefähre Berechnung der monatlichen Ausgaben jedoch hilfsweise die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) beigezogen werden. Gemäss diesen Richtlinien beträgt für einen 2 Personen-Haushalt der Grundbedarf I Fr. 1 576.-- und der Grundbedarf II maximal Fr. 244.-- (SKOS-Richtlinien B.2.2 und B.2.4). Zusammen mit den Kosten für die Privatschule des Sohnes von Fr. 1 612.-- ergibt dies einen

C 6.2

Betrag von Fr. 3 432.--. Bis Ende 2004 standen diesen Ausgaben Einnahmen von Fr. 7 964.95 netto gegenüber. Mit der Differenz von Fr. 4 533.-- war der Beschwerdeführer zweifellos in der Lage, die übrigen Kosten wie Wohnungskosten und Kosten für die medizinische Grundversorgung zu decken. Die Notwendigkeit, auf das Kindesvermögen zu greifen, um die Privatschule bezahlen zu können, ist deshalb zumindest für den Zeitraum bis Ende 2004 zu verneinen. Auf eine genauere Abklärung der Ausgaben durfte die Vorinstanz in diesem Fall verzichten.

4.3.2 Anders sieht es hingegen für die Zeitdauer ab dem 1. Januar 2005 aus. Nachdem der Beschwerdeführer finanzielle Schwierigkeiten andeutet (vgl. oben Ziff. 3.1) und die Vorinstanz weder die Ausgaben noch die Einnahmen genau kennt, hätte sie sich genauer erkundigen müssen. Insbesondere liegt kein offensichtlicher Überschuss der Einnahmen mehr vor. Eine pauschale Verneinung der Notwendigkeit, das Kindesvermögen anzuzehren, genügt dem Untersuchungsgrundsatz nicht.

4.4 Die Vorinstanz hat folglich zu prüfen, wie viel der Beschwerdeführer nun genau verdient (Fr. 5 000.-- brutto oder netto?) und wie hoch seine gesamten (angemessenen) Ausgaben sind. Dabei hat ihr der Beschwerdeführer behilflich zu sein. Ansonsten verwirkt er seinen Anspruch, dass die Behörde sein Begehren prüft. Um die Notwendigkeit der Anzehrung des Kindesvermögens schliesslich zu beurteilen, wird die Vorinstanz die Grösse des Kindesvermögens, die Unterhaltskosten des Unmündigen sowie die Mittel des Vaters würdigen müssen.

4.5 Im Weiteren ist noch darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer den Zinsertrag der Erbschaft für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung seines Sohnes brauchen darf. Der Zinsertrag des Sparkontos des Sohnes hingegen ist, entgegen der Meinung der Vorinstanz, dem Sohn des Beschwerdeführers zu belassen (vgl. oben Ziff. 2.2; Art. 321 Abs. 1 ZGB).

(RRB Nr. 375 vom 22. März 2005).

7. Sozialwesen

7.1 Kostengutsprache für Internatsaufenthalt

- *Die Fürsorgebehörde ist für die Regelung der Finanzierung der (freiwilligen) Unterbringung der Tochter der Beschwerdeführerin in einer Privatschule nicht zuständig (Erw. 2.2).*
- *Wird ein minderjähriges (nicht sonderschulbedürftiges) Kind aus erzieherischen und familiären Gründen freiwillig in einem Internat untergebracht, liegt keine Sonderschulmassnahme vor (Erw. 3.1 - 3.5).*
- *Der Aufenthalt im Internat ist als Kindesschutzmassnahme zu interpretieren. Ist das Kind mittellos, sind grundsätzlich die unterhaltspflichtigen Eltern mit den Kosten zu belasten. Sind keine Unterhaltsleistungen erhältlich bzw. sind die Unterhaltspflichtigen nicht ausreichend leistungsfähig, hat die Gemeinde die (verbleibenden) Kosten des Unterhalts nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Sozialhilferechts zu tragen (Erw. 3.6).*

Aus dem Sachverhalt:

A. A.B., geboren 14. August 1991, steht unter der elterlichen Sorge der Mutter C.B. (ebenso deren Sohn F.B., geboren 26. April 1989). Der Unterhaltsbeitrag des Vaters R.S. für A.B. (Fr. 648.--) wird von der Gemeinde bevorschusst. Die Vormundschaftsbehörde ernannte auf Ersuchen der Mutter für A.B. eine Erziehungsbeiständin im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210/ZGB). Seit dem 14. Februar 2005 hält sich A.B. in der Privatschule K. auf. Grund für diese (freiwillige) Massnahme waren erzieherische und soziale Probleme zu Hause und in der öffentlichen Schule. Die Beiständin ersuchte am 10. Februar 2005 die Fürsorgebehörde um Kostengutsprache für die Finanzierung der Unterbringung von A.B. in der Privatschule K. im Betrag von Fr. 12 750.-- pro Quartal (monatlich Fr. 4 250.--), da die Mutter diese Kosten nicht vollumfänglich übernehmen könne.

B. An der Sitzung vom 21. März 2005 fasste die Fürsorgebehörde folgenden Beschluss:

- „1. Für A.B., geb. 14. August 1991, ..., mit Aufenthalt in der Privatschule K. wird auf Grund des Begehrens der Regionalen

C 7.1

Amtsvormundschaft Höfe, Pfäffikon, von der Gemeinde Y folgendes zugesichert:

Fr. 12'750.-- Kostengutsprache bzw. Finanzierung der Platzierung in der Privatschule K, rückwirkend ab 14. Februar 2005, abzüglich Kostenbeteiligung der Mutter.

2. Die Mutter C.B. hat die Kosten für die Internats-Verpflegung von Fr. 1'800.-- pro Quartal und Internats-Unterkunft von Fr. 1'950.-- pro Quartal, insgesamt Fr. 3'750.-- pro Quartal, bzw. Fr. 1'250.-- pro Monat, zu übernehmen.
3. Die Finanzierung durch die Mutter ist nach Möglichkeit mit der Kinderalimentenbevorschussung zu verrechnen.
4. Das Gemeindekassieramt wird beauftragt, die monatlichen Unterhaltskosten von Fr. 1'250.-- bei C.B. einzufordern, wobei die Forderung nach Möglichkeit mit der auszurichtenden Kinderalimentenbevorschussung von zur Zeit Fr. 1'278.-- pro Monat zu verrechnen ist.

..."

C. Gegen diese Verfügung erhob C.B. rechtzeitig Beschwerde beim Regierungsrat, sinngemäss mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung in Bezug auf ihre Kostenbeteiligung zumindest teilweise aufzuheben, auf die Alimente für ihren Sohn F.B. sei sie unbedingt angewiesen. Mit Vernehmlassung vom 9. Mai 2005 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Der Rechts- und Beschwerdedienst des mit der Beschwerdeinstruktion beauftragten Justizdepartementes stellte am 17. Mai 2005 der Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Stellungnahme zu. Diese äusserte sich hiezu und teilte mit Schreiben vom 23. Mai 2005 mit:

"... Auf Grund der Sachlage verzichte ich auf einen Weiterzug, denn Anwaltskosten kann ich mir wirklich nicht leisten."

D. Die Vormundschaftsbehörde hat in der Zwischenzeit im Einverständnis von Mutter und Tochter mit Verfügung vom 21. April 2005 der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 310 Abs. 2 ZGB die elterliche Obhut über A.B. entzogen. Gleichzeitig beauftragte sie die Beiständin, das Mädchen weiterhin die Privatschule K. besuchen zu lassen und für den Aufenthalt während den Wochenenden und den Ferien einen Pflegeplatz zu suchen. Im Weiteren hielt die Vormundschaftsbehörde unter Ziff. 3 fest:

"Die Unterhaltspflicht obliegt gemäss Art. 276 ZGB weiterhin der Mutter bzw. den Eltern. Kinderschutzmassnahmen werden im Gesetz ausdrücklich als Bestandteil der Unterhaltspflicht genannt."

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Beschwerdeführerin hat mit Schreiben vom 23. Mai 2005 ihre Beschwerde vom 26. März 2005 sinngemäss zurückgezogen, so dass das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 28 lit. a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110, VRP) als gegenstandslos abgeschrieben werden kann.

1.2 ...

2.1 Der Regierungsrat ist Aufsichtsbehörde über die Gemeinden und Bezirke (§ 53 der Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1898, SRSZ 100.000, KV; §§ 88 ff. des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, SRSZ 152.100, GOG). Im Weiteren übt er die Oberaufsicht über die öffentliche Sozialhilfe aus (§ 9 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, SRSZ 380.100, ShG; vgl. EGV-SZ 2002 C.7.1, E. 1.1) und ist vormundschaftliche Aufsichtsbehörde gemäss Art. 361 ZGB und § 7 des Einföhrungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100, EGZGB).

Als Aufsichtsbehörde schreitet der Regierungsrat regelmässig dann ein, wenn ein Verhalten einer ihm unterstehenden Behörde qualifiziert rechtswidrig ist. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind. Nach § 34 Abs. 1 VRP können Verfügungen auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen von der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde ausserhalb eines Revisionsverfahrens abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird. Die hier angesprochenen öffentlichen Interessen können namentlich in der Beseitigung eines qualifizierten Rechtsmangels liegen (EGV-SZ 2002 C.7.1, E. 1.2.1; EGV-SZ 1986 Nr. 32, S. 112 f.).

2.2 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz für die Regelung der Finanzierung der (freiwilligen) Unterbringung der Tochter der Beschwerdeführerin in einer Privatschule überhaupt zuständig ist. Nach Lehre und Rechtsprechung hat die sachliche (oder funktionelle) Unzuständigkeit einer Behörde regelmässig die Nichtigkeit des Entscheides zur Folge, wobei jedoch immer eine Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Interessenslage vorzunehmen ist. Die Zuständigkeitsregelung im öffentlichen Recht ist zwingend und deshalb von Amtes wegen zu beachten. Sie ist denn auch eine Sachentscheidsvor-

C 7.1

aussetzung (§ 27 Abs. 1 lit. a VRP). Nichtigte Entscheide sind im Rechtsmittelverfahren oder aufsichtsrechtlich aufzuheben (Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 184 ff.; Alfrede Kölz/Jörg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 5 NN 2 f., NN 28 ff.; RRB Nr. 722 vom 4. Juni 2002, E. 2.2).

3.1 Im Vordergrund steht vorliegend die Finanzierung des Aufenthaltes der minderjährigen Tochter der Beschwerdeführerin in einem privaten Schulinternat. Dabei stellt sich vorab die Frage, wer auf Grund welcher Rechtsgrundlage diese Kosten zu tragen bzw. mitzutragen hat. Die Vorinstanz geht offenbar von einer Sonderschulmassnahme aus, indem sie eine Finanzierungspflicht der Gemeinde sowie die Elternbeitragspflicht aus den §§ 4 und 5 der Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung vom 21. April 1998 (SRSZ 611.411, SonderschulkostenV) ableitet. Diese Subsumtion ist jedoch offensichtlich falsch, denn es geht hier nicht um die Deckung von Sonderschulkosten.

3.2 Die Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung regelt die Beteiligung des Kantons, der Wohnsitzgemeinde und der Eltern an den Kosten der Schulung IV-berechtigter und nicht IV-berechtigter sonderschulbedürftiger Kinder (§§ 1 und 2 SonderschulkostenV). Wenn es vorliegend um die Finanzierung von Sonderschulmassnahmen ginge, müsste in erster Linie der Kanton, der Träger der Sonderschulen ist (§ 16 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973, SRSZ 611.210, VSV), den gesetzlich vorgesehenen finanziellen Beitrag von Fr. 12 000.-- (worin der Gemeindebeitrag inbegriffen ist) leisten und zusätzlich ein allfälliges Defizit übernehmen (§ 3 SonderschulkostenV), denn auch ein Sonderschüler hat Anspruch auf einen unentgeltlichen und ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, SR 101, BV). Der Gemeinde- und Elternbeitrag wird zudem betragsmässig in den §§ 4 und 5 SonderschulkostenV festgelegt. Die Vorinstanz stützt sich jedoch bei der Bemessung der Kostengutsprache und der Festlegung des Elternbeitrages in der angefochtenen Verfügung nicht auf diese gesetzlichen Vorgaben ab. So würde der Elternbeitrag gemäss § 5 Abs. 1 SonderschulkostenV bei einer internen Schulung pro Jahr (lediglich) Fr. 2 700.-- betragen. Die Vorinstanz verlangt von der Beschwerdeführerin hingegen einen monatlichen Beitrag von Fr. 1 250.--. Auch der Gemeindebeitrag nach § 4 SonderschulkostenV dürfte die Summe, für die sie Kostengutsprache geleistet hat (monatlich Fr. 4 250.-- minus Elternbeitrag), nicht erreichen.

3.3 Sonderschulmassnahmen hätten zudem von den Schulbehörden beurteilt und allenfalls angeordnet werden müssen. Über die Einweisung in eine Sonderschule entscheidet nach Begutachtung durch den schulpsychologischen Beratungsdienst und nach Anhören der Eltern und des Lehrers der Schulrat (§ 27 Abs. 1 VSV; § 8 Abs. 1 der Weisungen für die Schulräte der Volksschulen vom 18. Februar 1976, SRSZ 611.213). Koordinationsstelle ist das Amt für Schuldienste, das die Einweisung in eine Sonderschule oder in ein Heim in Zusammenarbeit mit den Eltern und der Schulbehörde vorbereitet (§ 7 SonderschulkostenV; EGV-SZ 2002 B.13.1). Die zuständigen Schulbehörden waren jedoch vorliegend gar nicht involviert.

3.4 Die Tochter der Beschwerdeführerin erfüllt zwar in der Privatschule K. ihre Schulpflicht. Ihr freiwilliger Eintritt erfolgte jedoch vor allem aus erzieherischen und familiären Gründen, da die Beschwerdeführerin mit der Erziehung ihrer Tochter überfordert ist, was sich auch auf das Verhalten in der öffentlichen Schule ausgewirkt hatte. Der Übertritt ins Internat erfolgte jedoch ohne schulische Abklärungen. Schulische Probleme standen deshalb für den Wechsel in ein Internat nicht im Vordergrund. Es gibt denn auch keine Anhaltspunkte dafür, dass A.B. auf Grund ihrer intellektuellen Fähigkeiten an der öffentlichen Volksschule nicht bestehen könnte, jedenfalls ist nicht bekannt, dass sie auf Grund von Behinderungen oder Verhaltensstörungen einer speziellen schulischen Förderung an einer Sonderschule bedarf (Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., 2003, S. 466 f.). Die Privatschule K. ist im Übrigen keine Schulstätte für Sonderschüler (vgl. Beschrieb in den vorinstanzlichen Akten; ...).

3.5 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Unterbringung der Tochter der Beschwerdeführerin in einem Schulinternat keine Sonderschulmassnahme darstellt. Die Vorinstanz stützt sich demnach für die Regelung der Aufenthaltsfinanzierung auf falsche Rechtsgrundlagen. Zudem ist sie sachlich nicht zuständig, über Sonderschulfragen zu entscheiden. Die angefochtene Verfügung leidet demnach an einem qualifizierten Rechtsmangel und ist insoweit aufsichtsrechtlich aufzuheben.

3.6.1 Nachdem der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit auch die elterliche Obhut über ihre Tochter entzogen wurde (s. vorstehend lit. D), sind der Aufenthalt im Internat wie auch die geplante Fremdplatzierung von A.B. für die schulfreien Wochenenden als Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 310 ZGB zu betrachten. Bei unmündigen Kindern gehören die Kosten für Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB zum Unterhalt, für den die Eltern aufzukommen haben, was

C 7.1

die Vormundschaftsbehörde in ihrer Verfügung denn auch ausdrücklich festhält. Zur Bestreitung solcher Unterhaltskosten dürfen aber auch all-fällige Erträge des Kindesvermögens verwendet werden (Art. 319 Abs. 1 ZGB). Unter der Voraussetzung von Art. 320 Abs. 2 ZGB könnte mit Einwilligung der Vormundschaftsbehörde sogar das Kindesvermögen in bestimmten Beträgen angezehrt werden. Ebenso könnten Einkünfte des Kindes, die für die Bestreitung des Unterhaltes des Kindes bestimmt sind, herangezogen werden. Ist das Kind aber mittellos, sind grundsätzlich die unterhaltspflichtigen Eltern mit den Kosten zu belasten (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, 2002, [kurz Basler Kommentar], N 22 zu Art. 276, N 13 zu Art. 307, N 16 zu Art. 310 ZGB; RRB Nr. 1980 vom 14. November 1995, S. 33 f. mit Hinweisen; vgl. auch RRB Nr. 375 vom 22. März 2005).

3.6.2 Wie die angeordneten Kindesschutzmassnahmen im vorliegenden Fall zu finanzieren sind, hat sich deshalb vorab die Vormundschaftsbehörde zu überlegen, denn bei einer behördlichen Fremdplatzierung gilt das Gemeinwesen gegenüber der Pflegefamilie oder dem Heim als Auftraggeber, welches jedoch auf Grund von 289 Abs. 2 ZGB die Unterhaltskosten zurückfordern kann (Basler Kommentar, NN 9 ff. zu Art. 289, N 16 zu Art. 310 ZGB). Da der Anspruch auf Unterhalt jedoch dem Kind zusteht (Art. 289 Abs. 1 ZGB) und sich dieser Anspruch in erster Linie gegen Mutter und Vater richtet, wäre es wohl zweckmässig, wenn die Vormundschaftsbehörde zusätzlich der Beiständin im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB die Vertretung des unmündigen Kindes A.B. zur Wahrung ihres Unterhaltsanspruches übertragen würde. In der Folge müsste abgeklärt werden, ob die unterhaltspflichtigen Eltern einen Beitrag leisten könnten und ob allenfalls auch Erträge oder freies Kindesvermögen zur Deckung von Unterhaltskosten zur Verfügung stünden (Basler Kommentar, NN 8 ff. zu Art. 276, N 4 zu Art. 289, NN 8 f. zu Art. 308 ZGB). Wenn keine Unterhaltsleistungen erhältlich sind bzw. keine ausreichende Leistungsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen feststeht, hat die Gemeinde die (verbleibenden) Kosten des Unterhalts nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Sozialhilferechts zu tragen (Art. 293 ZGB; Basler Kommentar, N 15 zu Art. 276 ZGB).

3.6.3 Man kann die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sinngemäss auch als sozialhilferechtlich motivierten Entscheid betrachten, da er die Beurteilung eines Gesuches um Kostengutsprache beinhaltet, wie sie in § 17 ShG vorgesehen ist. In diesem Fall ist die Verfügung jedoch nach wie vor falsch und unzureichend begründet, weil sie auf nicht einschlägigen Rechtsgrundlagen beruht, was Folge einer unzureichenden

Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes ist. Die angefochtene Verfügung ist deshalb auch aus diesem Grunde zumindest teilweise aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 18 Abs. 1 und § 46 lit. a VRP).

Zwar kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass die Vorinstanz für den Internatsaufenthalt im Sinne von § 17 Abs. 1 und 2 ShG Kostengutsprache geleistet hat und damit die freiwillige Unterbringung der Tochter der Beschwerdeführerin für notwendig und zweckmässig erachtet. Insofern kann die angefochtene Verfügung als gültig betrachtet werden. Bei dieser Kostengutsprache handelt es sich jedoch um eine sog. subsidiäre Zusicherung wirtschaftlicher Hilfe, falls nicht andere Leistungspflichten zum Zuge kommen (EGV-SZ 1992 Nr. 45, E. 4a). Die Vorinstanz wird deshalb nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen abzuklären haben, inwieweit eine Bedürftigkeit besteht (§ 16 ShG, § 5 der Vollziehungsverordnung zum ShG vom 30. Oktober 1984 [SRSZ 380.111/ShV]), ob eigene Mittel vorhanden sind und insbesondere familienrechtliche Unterhaltspflichten geltend gemacht werden können (§ 24 ShG, § 6 ShV; EGV-SZ 1992 Nr. 45, E. 4b).

4. Da die angefochtene Verfügung der Vorinstanz somit an erheblichen rechtlichen Mängel leidet, liegt es im öffentlichen Interesse, dass diese beseitigt werden. Die Verfügung ist deshalb aufsichtsrechtlich aufzuheben, zumal keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass dadurch der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt wird (s. vorstehend E. 2.1). Von diesem Widerruf ist allerdings die Kostengutsprache für den Internatsaufenthalt der Tochter der Beschwerdeführerin auszunehmen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht mehr überprüft werden kann, ob diese Unterbringung adäquat und zweckmässig ist (es sei denn, es handle sich um eine von der Vormundschaftsbehörde angeordnete Fremdplatzierung im Sinne von Art. 310 ZGB). Die Vorinstanz ist zudem anzuweisen, die Finanzierung des Internatsaufenthaltes nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen abzuklären und zu regeln. Schliesslich ist die Vormundschaftsbehörde einzuladen zu prüfen, ob der Beiständin zusätzlich die Vertretung der unmündigen A.B. zur Wahrung ihres Unterhaltsanspruches übertragen werden soll.

(RRB Nr. 707 vom 7. Juni 2005).

C 7.2

7.2 Wirtschaftliche Hilfe

- *AHV-Mindestbeiträge gelten nicht als Sozialhilfeleistungen und unterliegen keiner Rückerstattungspflicht (Erw. 4.2).*
- *Wenn ein begründetes Gesuch vorliegt und eine vom Wohnsitzkanton bezeichnete Behörde angehört worden ist, kann der Mindestbeitrag, dessen Bezahlung für einen obligatorisch Versicherten eine grosse Härte bedeutet, erlassen werden, bzw. dieser Mindestbeitrag wird vom Kanton und den Gemeinden je zur Hälfte übernommen (Erw. 4.3).*
- *Soweit die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge die Mindestbeiträge übersteigen, ist die Vorinstanz nicht zur Schuldenübernahme verpflichtet (Erw. 4.4).*
- *Die Fürsorgebehörde ist nicht verpflichtet, Kostengutsprache für eine Beteiligung an einem Forschungsprojekt zu leisten (Erw. 6).*
- *Ist einer Person auf Grund einer Krankheit nicht jegliche verfügbare Wohnung zumutbar und kann die Fürsorgebehörde keine zumutbare Wohnung zur Verfügung stellen, muss sie grundsätzlich die effektiven Wohnkosten übernehmen (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer verlangt, dass die ausstehenden AHV-/IV-Beiträge im Betrag von Fr. 8 110.70 vollständig von der Vorinstanz zu übernehmen seien, was die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss abgelehnt hat.

4.1 Bei den Ausständen im Betrag von Fr. 8 110.70 handelt es sich um Sozialversicherungsbeiträge als Selbstständigerwerbender, da der Beschwerdeführer bis zum 31. Dezember 2003 bei der Ausgleichskasse Schwyz als selbstständig erwerbend erfasst war. Seit dem 1. Januar 2004 ist er als Nichterwerbstätiger registriert. Die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge hat grundsätzlich der Beschwerdeführer zu entrichten. Wirtschaftliche Hilfe wird in der Regel nur für die laufenden Bedürfnisse des Hilfsempfängers gewährt (§ 7 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe, Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111). Gemäss § 7 Abs. 2 ShV können Schulden, insbesondere für Mietzinsen und Krankenkassenprämien, ausnahmsweise übernommen werden, wenn dadurch eine bestehende oder drohende Notlage behoben werden kann.

4.2 AHV-Mindestbeiträge gelten nicht als Sozialhilfeleistungen und unterliegen keiner Rückerstattungspflicht. Auf Grund der Bundesgesetz-

gebung über die AHV/IV (Art. 11 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 [AHVG, SR 831.10] und Art. 3 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 [IVG, SR 831.20]) übernimmt das zuständige Gemeinwesen die AHV-Mindestbeiträge für bedürftige Personen (vgl. B.1-1 SKOS-Richtlinien).

4.3 Beiträge, deren Bezahlung einem obligatorisch Versicherten nicht zumutbar sind, können auf begründetes Gesuch hin für bestimmte oder unbestimmte Zeit angemessen herabgesetzt werden; sie dürfen jedoch nicht geringer sein als der Mindestbeitrag (Art. 11 Abs. 1 AHVG). Wenn ein begründetes Gesuch vorliegt und eine vom Wohnsitzkanton bezeichnete Behörde angehört worden ist, kann der Mindestbeitrag, dessen Bezahlung für einen obligatorisch Versicherten eine grosse Härte bedeutet, erlassen werden. Für diese Versicherten bezahlt der Wohnsitzkanton den Mindestbeitrag. Die Kantone können die Wohnsitzgemeinden zur Mittragung heranziehen (Art. 11 Abs. 2 AHVG).

Bei Beitragserslassgesuchen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AHVG ist die Fürsorgebehörde der Wohnsitzgemeinde des Gesuchstellers anzuhören (§ 16 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zu den Bundesgesetzen über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und über die Invalidenversicherung vom 24. März 1994, EGzAHVG/IVG, SRSZ 362.100). Die der Ausgleichskasse zu entrichtenden Beiträge werden gemäss § 16 Abs. 2 EGzAHVG/IVG vom Kanton und den Gemeinden je zur Hälfte übernommen. Für die Herabsetzung der Beiträge bzw. den Erlass der Mindestbeiträge ist der Ausgleichskasse ein schriftliches Gesuch einzureichen (vgl. Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHV, SR 831.101).

4.4 Bei Nichtbezahlung der Mindestbeiträge würde eine Beitragslücke entstehen, die für den Beschwerdeführer eine Reduktion seines Rentenanspruchs zur Folge hätte. Ihren Ausführungen zufolge ist die Vorinstanz deshalb bereit, im Sinne von § 16 Abs. 1 EGzAHVG/IVG einem rückwirkenden Erlass der Mindestbeiträge zuzustimmen. Unter der Voraussetzung, dass der Kanton sich ebenfalls damit einverstanden erklärt, werden die ausstehenden Mindestbeiträge diesfalls hälftig vom Kanton und der Gemeinde Schwyz bezahlt. Über den Erlass der Mindestbeiträge hat die Ausgleichskasse zu entscheiden. Es obliegt somit dem Beschwerdeführer, bei der Ausgleichskasse Schwyz ein Erlassgesuch im Sinne von § 11 Abs. 2 AHVG zu stellen.

Soweit die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge die Mindestbeiträge übersteigen, ist die Vorinstanz nicht zur Schuldenübernahme verpflichtet. Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit, ein Herabsetzungs-

C 7.2

gesuch einzureichen, worauf ihn die Ausgleichskasse mit Schreiben vom 7. Juli 2005 bereits aufmerksam gemacht hat. Auch wenn der Rentenanspruch des Beschwerdeführers dadurch geschmälert wird, hat dies keine drohende Notlage zur Folge. Wie die Vorinstanz vernehmlassend zu Recht ausführt, besteht die Möglichkeit zur Ausrichtung von Ergänzungsleistungen und im Übrigen subsidiär zur Ausrichtung von Sozialhilfe, wenn die AHV-/IV-Rente zur Existenzsicherung des Beschwerdeführers nicht ausreichen sollte.

5. ...

6. Der Beschwerdeführer fordert eine Kostengutsprache der Vorinstanz im Betrag von Fr. 20 000.-- im Sinne einer Beteiligung an einem MCS-Pionierprojekt, was die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss abgelehnt hat.

6.1 Die wirtschaftliche Hilfe wird in der Regel in Bargeld, ausnahmsweise durch Erteilen von Gutsprachen oder auf andere Weise, gewährt (§ 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100). Die Kostengutsprache dient dazu, Leistungen Dritter sicherzustellen. Die Behörde erklärt sich durch Erteilung einer Kostengutsprache beispielsweise bereit, die Kosten für den Aufenthalt einer unterstützten Person in einer stationären Therapieeinrichtung oder die Aufwendungen für eine ärztliche Behandlung zu übernehmen. Wird eine Leistung vom Grundrecht auf Existenzsicherung umfasst, beispielsweise die notfallmässige oder unerlässliche medizinische Betreuung, kann die Sozialhilfebehörde verpflichtet sein, eine Kostengutsprache zu erteilen (vgl. Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 131; § 17 Abs. 3 ShG).

6.2 Beim MCS-Pionierprojekt, das der Beschwerdeführer erwähnt, handelt es sich offenbar um ein Wohnprojekt (Bungalow, Türmchen), welches auf die Bedürfnisse von Personen abgestimmt ist, die von einem - bisher nicht als organische Krankheit anerkannten - „Multiple Chemical Sensitivity Syndrome“ (MCS) betroffen sind. Die Vorinstanz ist verpflichtet und befugt, den Beschwerdeführer im Rahmen der notwendigen wirtschaftlichen Hilfe zu unterstützen. Der Beschwerdeführer kann jedoch keine finanzielle Beteiligung der Vorinstanz an diesem Forschungsprojekt erwarten, da ein solcher Beitrag keinen Sozialhilfecharakter aufweisen würde. Falls er damit die Übernahme entsprechender Wohnkosten anstreben sollte, ist seine Beschwerde ebenfalls unbegründet. Die Vorinstanz hat zwar die Kosten für eine zumutbare Wohnung zu übernehmen. Den Ansprüchen von Sozialhilfebezüglern sind jedoch insofern Grenzen

gesetzt, als die Sozialhilfebehörde besonderen Bedürfnissen nur dann Rechnung zu tragen hat, wenn sich dies zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz als notwendig erweist (vgl. E. 7.3.1). Weder macht der Beschwerdeführer geltend noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass er aus medizinischen Gründen zwingend auf Wohnraum innerhalb des MCS-Projekts angewiesen wäre. Die Verweigerung der Kostengutsprache für das MCS-Projekt ist deshalb gerechtfertigt.

7.1 Der Beschwerdeführer wohnt seit dem 10. April 2005 im Hotel H in Brunnen, mit einem kurzen Unterbruch Ende Juli bzw. Anfang August 2005. Für das von ihm bewohnte Doppelzimmer hat er pro Tag Fr. 98.-- zu bezahlen. Die Vorinstanz richtet dem Beschwerdeführer einen Beitrag von Fr. 800.-- an seine Wohnkosten aus. Sie hat es im angefochtenen Beschluss abgelehnt, für den Ausstand von Fr. 4 305.-- per 24. Juli 2005 aufzukommen und eine Kostengutsprache von Fr. 5 390.-- für den Zeitraum vom 7. August bis 1. Oktober 2005 zu leisten sowie die Kosten von Fr. 98.-- pro Tag bis auf weiteres zu übernehmen. Der Beschwerdeführer fordert die vollständige Übernahme der bisherigen, aktuellen und künftigen Kosten für den Hotelaufenthalt im Sinne einer medizinisch-gesundheitslich notwendigen situationsbedingten Leistung.

7.2 Die Vorinstanz macht geltend, der Beschwerdeführer habe bei der Übergabe des Beitrags von Fr. 800.-- jeweils ein Dokument unterzeichnet, wonach er mit diesem Betrag einverstanden sei und es in seine Verantwortung falle, damit die anfallenden Hotelkosten zu decken. Sie ist der Ansicht, dass der Beschwerdeführer dadurch auf weiter gehende Ansprüche unter dem Titel „Wohnkosten“ verzichtet habe. Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, sei sie nicht bereit, die Wohnkosten im Hotel H von rund Fr. 2 940.-- monatlich zu übernehmen. Auf Grund der vorhandenen ärztlichen Atteste sei zwar davon auszugehen, dass beim Beschwerdeführer neben einer atopischen Dermatitis Krankheitssymptome im Umfeld einer MCS-Erkrankung vorhanden seien. Die Arztberichte würden sich jedoch nicht genügend klar darüber aussprechen, welchen Anforderungen ein Wohnraum entsprechen müsse. Nach Angaben des Beschwerdeführers müsse MCS-gerechter Wohnraum duftstofffrei und geruchsneutral sein, über einen separaten Hauseingang verfügen, dürfe keine Holzheizung und keine Laminatböden aufweisen usw. Die Wohnsituation des Beschwerdeführers seit der Ausweisung zeige jedoch auf, dass ihm erhebliche Einschränkungen gegenüber seinen Maximalforderungen zumutbar seien. So sei er einige Zeit, zum Teil sogar freiwillig, in der psychiatrischen Klinik Oberwil untergebracht gewesen, welche keineswegs den Anforderungen an einen MCS-gerechten Wohnraum entspreche. Zudem habe der Beschwerdeführer selber ausgeführt, dass er

C 7.2

eine MCS-konforme Wohnung zum Preis von Fr. 1 600.-- bzw. 1 800.-- habe mieten wollen, man ihn jedoch abgelehnt habe. Daraus könne geschlossen werden, dass zumindest in der weiteren Umgebung ohne weiteres zumutbarer Wohnraum zu einem weit tieferen Preis zu finden sei. Wegen der besonderen Erkrankung des Beschwerdeführers könne sich die Vorinstanz zwar die Bezahlung eines Beitrages von mehr als Fr. 800.-- an die Wohnkosten vorstellen, jedoch nicht in der exorbitanten Höhe, wie dies der Beschwerdeführer fordere.

7.3.1 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 der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Dieses absolute Existenzminimum entspricht in der Sozialhilfe der materiellen Grundsicherung, bestehend aus den anrechenbaren Wohnkosten, der medizinischen Grundversorgung und der Pauschale für den Lebensunterhalt (vgl. A.3-1 SKOS-Richtlinien). Die Wohnkosten sind in der Höhe anzurechnen, in der sie angemessen erscheinen. Starre Regeln über die Angemessenheit eines Mietzinses gibt es nicht, vielmehr ist auf die Verhältnisse im Einzelfall abzustellen (vgl. Wolffers, a.a.O., S. 142). Unter Umständen erfordert die besondere gesundheitliche Verfassung einer Person, dass an sich überdurchschnittliche Wohnkosten als angemessen zu betrachten sind.

7.3.2 Das Grundrecht auf Existenzsicherung ist als Garantie eines menschenwürdigen Daseins unantastbar; Schutzbereich und Kerngehalt fallen zusammen (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 178). Die „Vereinbarung“ der Vorinstanz mit dem Beschwerdeführer, wonach er sich mit einem Beitrag von Fr. 800.-- an seine Wohnkosten einverstanden erkläre, lässt seinen Anspruch auf Übernahme der Kosten für zumutbaren Wohnraum deshalb nicht untergehen. Nach eigenen Angaben hat sich der Beschwerdeführer jeweils zur Unterzeichnung der „Vereinbarung“ gezwungen gesehen, um zumindest einen gewissen Beitrag an die effektiven Wohnkosten zu erhalten. Diese Begründung ist nachvollziehbar, weshalb dem Beschwerdeführer auch kein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Dass er die „Vereinbarung“ bis im August jeweils monatlich unterzeichnet hat, steht der Verfolgung seines verfassungsmässigen Anspruchs auf Übernahme der Kosten für zumutbaren Wohnraum auf dem Rechtsmittelweg somit nicht entgegen.

7.4.1 Als Wohnkosten anzurechnen ist zunächst der Wohnungsmietzins (bei Wohneigentum der Hypothekarzins), soweit dieser im ortsübli-

chen Rahmen liegt. Ebenfalls anzurechnen sind die vertraglich vereinbarten Nebenkosten (bzw. bei erhaltenswertem Wohneigentum die offiziellen Gebühren sowie die absolut nötigen Reparaturkosten). Überhöhte Wohnkosten sind so lange zu übernehmen, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht. Die Sozialhilfeorgane haben die Aufgabe, die Sozialhilfebezügerinnen und -bezüger bei der Suche nach günstigem Wohnraum aktiv zu unterstützen. Weigern sich unterstützte Personen, eine günstigere Wohnung zu suchen oder in eine effektiv verfügbare und zumutbare günstigere Wohnung umzuziehen, dann können die anrechenbaren Wohnkosten auf jenen Betrag reduziert werden, der durch die günstigere Wohnung entstanden wäre. Dies bedeutet unter Umständen, dass die unterstützte Person den teureren Mietzins nicht mehr bezahlen kann und die Kündigung erhält. In diesem Fall ist das Gemeinwesen verpflichtet, eine Notunterkunft zur Verfügung zu stellen (vgl. B.3-1 und B.3-2 SKOS-Richtlinien).

7.4.2 Die Sozialhilfe richtet sich nach den Besonderheiten und Bedürfnissen des Einzelfalles (§ 4 Abs. 1 ShG). Das Ausmass der Hilfe soll dem individuellen Bedarf Rechnung tragen. Bei der materiellen Hilfe tritt der Individualisierungsgrundsatz deshalb regelmässig in ein Spannungsverhältnis zu den in der Praxis angewandten Unterstützungsrichtlinien mit weitgehend pauschalierten Leistungen. Der Individualisierungsgrundsatz verpflichtet die Behörde, im Einzelfall von den Richtlinien abzuweichen, wenn hierfür ausreichender Grund besteht (vgl. Wolffers, a.a.O., S. 73).

In gewissem Zusammenhang mit dem Individualisierungsgrundsatz stehen die situationsbedingten Leistungen. Situationsbedingte Leistungen haben ihre Ursache in der besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen und familiären Lage einer unterstützten Person. Die Aufwendungen für situationsbedingte Leistungen werden im individuellen Unterstützungsbudget berücksichtigt, sofern sie in einem sinnvollen Verhältnis zum erzielten Nutzen stehen. Massgebend ist, ob die Selbstständigkeit und soziale Einbettung einer unterstützten Person erhalten bzw. gefördert wird, oder ob grösserer Schaden abgewendet werden kann. Die Beurteilung dieser Hilfen erfordert entsprechende Fachkräfte und Situationskenntnisse. Die zuständige Behörde stützt sich dabei in der Regel auf begründete Anträge von Fachpersonen, die mit der Situation der Betroffenen und mit dem Verlauf des Hilfsprozesses vertraut sind (vgl. C.1-1 und C.1-2 SKOS-Richtlinien).

7.5.1 Der Beschwerdeführer hat dem Verwaltungsgericht im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens einzelne Arztberichte eingereicht. Zum einen umfasst seine Eingabe einen Bericht von Dr. S

C 7.2

vom 27. Mai 2005, der folgende Ausführungen gemacht hat (Wiedergabe des Zitats des Verwaltungsgerichts in VGE 880/05 vom 28. September 2005, E. 2.2):

„... Diagnose:

- Ausgeprägte langjährige atopische Dermatitis v. extrinsischem Typ bei hochgradiger Sensibilisierung auf kutane Hefepilze (*Pityrosporum orbiculare*) und Mangansuperoxiddismutase
 - mögliche Laktose-Intoleranz
 - diffuse Beschwerden (Kopfweh, neurovegetativ, rhinopathisch), am ehesten im Rahmen eines hochgradigen „multiple chemical sensitivity syndrom“
 - latente Sensibilisierung auf Eschen- und Gräserpollen
- ... Stark im Vordergrund stehen sicher die im Rahmen eines „multiple chemical sensitivity syndroms“ vorliegenden Beschwerden.
- ... Neben der bekannten atopischen Dermatitis mit entsprechenden beschriebenen IgE-vermittelten Allergien hat sich auf Grund der breiten Duftstoff-Intoleranz auch eine Symptomatik im Sinne eines „Multiple Chemical Syndroms“ entwickelt. Ich würde daher doch eine Abklärung in einer für MCS-ausgerichteten Klinik, z.B. Paracelsus-Klinik Lustmühle, empfehlen. ...“

Zum andern liegt eine „Ärztliche Stellungnahme und Zeugnis“ von Dr. J vom 21. Juni 2005 vor. Er hat darin ausgeführt, dass der Beschwerdeführer nebst bekannteren Krankheiten wie der atopischen Dermatitis sowie der Gräser- und Pollenallergie unter einer Empfindlichkeit auf Umweltchemikalien leide. Es sei notwendig, Menschen mit multipler chemischer Empfindlichkeit einen Wohnraum anzubieten, der den Erfordernissen einer chemikalienarmen oder -freien Umgebung voll entspreche (vgl. zit. VGE 880/05, E. 2.3).

7.5.2 Wie der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht bereits dargelegt haben, obliegt die Suche nach einer geeigneten Wohnung in erster Linie dem Beschwerdeführer, wobei ihn die Vorinstanz im Rahmen der persönlichen Hilfe zu unterstützen hat (vgl. § 11 Abs. 2 lit. b ShG). Unter der Prämisse, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Beurteilung keinerlei Nachweise für seine geltend gemachte Erkrankung beigebracht hatte, haben Regierungsrat und Verwaltungsgericht erwogen, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die erforderliche Unterstützung bei der Wohnungssuche geleistet und ihm mehrere zumutbare Wohnungen angeboten habe (vgl. RRB Nr. 686/2005 vom 31. Mai 2005, E. 4.3.1 ff.; VGE 880/05 vom 28. September 2005, E. 3.3). Inzwischen präsentiert sich die Sachlage jedoch insofern anders, als der Beschwerdeführer durch die Einreichung der Arztberichte von Dr. S und Dr. J

glaubhaft gemacht hat, dass er an einer atopischen Dermatitis leidet und auf gewisse Materialien und Stoffe allergisch reagiert.

7.6.1 Daraus ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer auf Grund seiner Krankheit nicht jegliche verfügbare Wohnung zumutbar ist, was nunmehr auch die Vorinstanz anerkennt. Es fragt sich jedoch, welche Anforderungen ein Wohnraum erfüllen muss, um dem Beschwerdeführer zumutbar zu sein. Der Beschwerdeführer verweist zur Erläuterung, was unter MCS-gerechtem Wohnraum zu verstehen sei, auf die Internetseite <http://www.csn-deutschland.de>. Dort wird in einem „Leitfaden zur Wohnungssuche für Allergiker, Chemikalien- und Elektrosensible“ eine Vielzahl von Faktoren und Ausschlusskriterien aufgeführt, die zu berücksichtigen seien. Es bestehen aber keinerlei gesicherte Anhaltspunkte dafür, welche dieser Kriterien erfüllt sein müssen, damit der Beschwerdeführer ein weitgehend beschwerdefreies Leben führen kann. So geht aus den Arztberichten nicht im Detail hervor, welche Materialien und Stoffe der Beschwerdeführer nicht verträgt. Diese Informationen sind indessen unabdingbar, um Klarheit darüber zu erlangen, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit eine Wohnung dem Beschwerdeführer zumutbar ist. Auch der erwähnte „Leitfaden“ streicht im Übrigen die Wichtigkeit einer vorgängigen gesundheitlichen Bedürfnisabklärung heraus. Wenn mehrere auslösende Faktoren vorhanden seien, empfehle es sich, eine Checkliste zu erstellen. Ein Mensch, der auf fast alles reagiere, müsse auf ganz andere Faktoren achten als ein Mensch, der ausschliesslich unter Pollenallergie leide (vgl. <http://www.csn-deutschland.de/lwohn.htm>, besucht am 22. November 2005).

7.6.2 Es gilt daher vorab die Frage zu klären, welche konkreten Kriterien eine Wohnung erfüllen muss, um den individuellen Bedürfnissen des Beschwerdeführers Rechnung zu tragen. Wie bereits ausgeführt, steht offenbar ein MEDAS-Gutachten in Aussicht, welches näheren Aufschluss über den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers geben wird. Falls dieses Gutachten eine detaillierte Abklärung der Hautkrankheit und der allergischen Reaktionen des Beschwerdeführers enthalten sollte, lässt sich gestützt darauf festlegen, welche Stoffe und Materialien in seiner künftigen Wohnung nicht vorhanden sein dürfen. Sollte sich die Erstellung des Gutachtens stark verzögern oder sollte eine Beurteilung der Wohnbedingungen gestützt auf das Gutachten nicht möglich sein, hat die Vorinstanz die Bedürfnisabklärung auf andere Art und Weise durchzuführen. Im Vordergrund steht dabei die Begutachtung des Beschwerdeführers durch eine medizinisch ausgebildete Fachperson mit Erfahrung im Bereich von Hauterkrankungen und Allergien, z.B. ein Facharzt in der von Dr. S genannten Paracelsus-Klinik Lustmühle. Zieht

C 7.2

die Vorinstanz einen Gutachter bei, hat sie ihn zu beauftragen, sich konkret zu den Anforderungen an einen zumutbaren Wohnraum zu äussern, wobei die unbedingt notwendigen Kriterien von den wünschbaren zu trennen sind. Der Beschwerdeführer ist auf Grund seiner Mitwirkungspflicht verpflichtet, sich einer solchen Begutachtung zu unterziehen (vgl. A.5-3 SKOS-Richtlinien; Wolffers, a.a.O., S. 106).

7.7.1 Da sich zum heutigen Zeitpunkt nicht feststellen lässt, welche Voraussetzungen eine Wohnung erfüllen muss, um dem Beschwerdeführer zumutbar zu sein, ist auch nicht klar, ob die Vorinstanz in der Lage ist, dem Beschwerdeführer eine zumutbare Wohnung zur Verfügung zu stellen. Wie bereits dargelegt wurde, sind durch die Sozialhilfebehörden grundsätzlich die effektiven Wohnkosten zu übernehmen. Nur wenn eine unterstützte Person selber keine günstigere Wohngelegenheit sucht oder konkrete Angebote für zumutbaren Wohnraum ablehnt, darf der Unterstützungsbeitrag um die Differenz zwischen der genutzten teureren Wohngelegenheit und der abgelehnten günstigeren Wohnung gekürzt werden. Bevor die Vorinstanz dem Beschwerdeführer entsprechende Angebote unterbreiten kann, hat sie zunächst Klarheit über die Anforderungen an eine zumutbare Wohnung zu erlangen. Bis eine seriöse Abklärung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Beschwerdeführers vorliegt, kommt die Vorinstanz daher nicht umhin, seine effektiven Wohnkosten zu übernehmen. Sobald die Anforderungen an einen für den Beschwerdeführer zumutbaren Wohnraum jedoch klar festgestellt worden sind, steht es der Vorinstanz frei, dem Beschwerdeführer valable Alternativen zum Aufenthalt im Hotel H anzubieten. In diesem Zusammenhang ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, allenfalls eine gemeindeeigene, für den Beschwerdeführer unzumutbare Wohnung durch bauliche Massnahmen zumutbar zu machen, sofern ein Umbau verhältnismässig ist (vgl. RRB Nr. 686 vom 31. Mai 2005, E. 4.3.2).

7.7.2 Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gewisse Einschränkungen in Kauf zu nehmen und auf wünschbare, aber nicht notwendige Einrichtungen zu verzichten hat. So verfügt etwa seine derzeitige Wohngelegenheit im Hotel H, die er selber als zumutbar erachtet, über keinen separaten Eingang. Der Beschwerdeführer darf grundsätzlich weder besser noch schlechter gestellt werden als andere Personen, die keine Sozialhilfeleistungen beziehen und ein vergleichbares Krankheitsbild aufweisen. Ebenfalls ist der Beschwerdeführer erneut nachdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass er grundsätzlich selber eine geeignete, günstigere Wohnung zu suchen hat.

7.8 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist zu prüfen, welche Konsequenzen sich daraus in Bezug auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Übernahme der bisherigen, aktuellen und künftigen Wohnkosten im Hotel H ergeben.

7.8.1 Der Beschwerdeführer wohnt seit dem 10. April 2005 im Hotel H. Er hat am 28. April 2005 erstmals die vollständige Kostenübernahme für seinen Hotelaufenthalt beantragt. Für Leistungen, die ein Hilfsempfänger von Dritten erwirkt (Ärzte, Spitäler, Wohnungsvermieter usw.) hat die Fürsorgebehörde nur einzustehen, soweit sie hierfür im Voraus oder rechtzeitig Gutsprache geleistet hat (§ 17 Abs. 2 ShG). In dringenden Fällen, namentlich bei plötzlich eintretenden Krankheiten oder bei Unglücksfällen, darf die Gutsprache nicht verweigert werden, wenn die Hilfeleistung nach den Umständen sofort gewährt werden musste und die Gutsprache verlangt wird, sobald feststeht, dass für die Hilfeleistung keine andere Kostendeckung erwartet werden kann (§ 17 Abs. 3 ShG).

Weder ist ersichtlich noch macht der Beschwerdeführer geltend, aus welchen Gründen es ihm nicht möglich und zumutbar gewesen wäre, vor seinem Einzug ins Hotel H von der Vorinstanz eine Kostengutsprache für den vorläufigen Hotelaufenthalt zu verlangen. Darüber hinaus handelt sich dabei nicht um eine sofort zu erbringende Hilfeleistung in einem dringenden Fall im Sinne von § 17 Abs. 3 ShG. Die Vorinstanz hat deshalb für die Wohnkosten des Beschwerdeführers im Zeitraum zwischen dem 10. April 2005 und dem 28. April 2005 nicht aufzukommen.

7.8.2 Seit dem 28. April 2005 war bei der Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Übernahme der Wohnkosten im Hotel H hängig. Wie bereits dargelegt, hatte und hat die Vorinstanz bis zum heutigen Zeitpunkt mangels genauer Kenntnis der Bedürfnisse des Beschwerdeführers keine Möglichkeit zu definieren, welche Kriterien ein zumutbarer Wohnraum zu erfüllen hat. Sie konnte und kann ihm daher bis zur Klärung seiner gesundheitsbedingten Ansprüche auch keinen zumutbaren Wohnraum anbieten. Dementsprechend hat sie die effektiven Wohnkosten zu übernehmen, die dem Beschwerdeführer seit dem 28. April 2005 entstanden sind. Dies gilt vorläufig auch hinsichtlich der Kosten für seinen weiteren Aufenthalt im Hotel H. Dabei ist der Vorinstanz nahe zu legen, Alternativen zu prüfen. Allenfalls stehen im Hotel H hinsichtlich MCS-Konformität gleichwertige, aber günstigere Zimmer zur Verfügung. Eventuell lässt sich auch mit den Geschäftsführern des Hotels H eine Pauschale für den künftigen Hotelaufenthalt des Beschwerdeführers zu vereinbaren, was sich gerade in Fällen, wo sich die Wohnungssuche schwierig gestaltet und deshalb mit einem längerfristigen Hotelaufent-

C 7.3

halt zu rechnen ist, als gangbarer Weg erweist (vgl. VGE 852/05 vom 30. Juni 2005).

Sollte keine derartige alternative Lösung möglich sein und hat die Vorinstanz die effektiven Wohnkosten zu übernehmen, ist vom Zimmerpreis von Fr. 98.-- pro Tag immerhin ein gewisser, von der Vorinstanz festzulegender Betrag abzuziehen. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, sind im Grundbetrag, den sie dem Beschwerdeführer ausrichtet, die Kosten für das Frühstück, den Energieverbrauch (Elektrizität) und die laufende Haushaltführung (Reinigung bzw. Instandhaltung der Wohnung inklusive Kehrrichtgebühren) enthalten. Ebenfalls zum Grundbedarf zählen die Konzessionsgebühren für Radio und Fernsehen, für die der Beschwerdeführer während seines Hotelaufenthalts wohl ebenfalls nicht separat aufzukommen hat (vgl. B.2-1 SKOS-Richtlinien). Diese Posten sind bei den Wohnkosten daher nicht mehr zu berücksichtigen.

(RRB Nr. 1568 vom 29. November 2005).

7.3 Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe

- *Beim Grundbedarf handelt es sich um eine Pauschale. Er wird nicht für jede unterstützungsbedürftige Person anhand der Ausgabenpositionen individuell zusammengestellt. Deshalb kann die unterstützte Person den Grundbedarf nach ihren Bedürfnissen und eigenem Gutdünken verwenden.*
- *Wird ein Teil der Unterstützungsleistungen für das Halten eines von der Fürsorgebehörde nicht in die Bedarfsrechnung einbezogenen Autos verwendet, stellt dies nicht ohne weiteres eine zweckwidrige Verwendung der Hilfe dar, sondern ist Ausfluss der (begrenzten) Dispositionsfreiheit des Hilfeempfängers.*

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen Dispositiv-Ziffer 6. Danach muss er die Kontrollschilder seines Fahrzeuges abgeben, ansonsten er mit einer Kürzung des Unterstützungsbeitrages zu rechnen hat. Die Vorinstanz begründet diesen Entscheid damit, dass im Grundbetrag keine Kosten für die Benützung eines privaten Fahrzeugs enthalten sind, weshalb die Verwendung von Geldern aus dem Grundbetrag für das Auto einen Missbrauch von öffentlichen Geldern darstelle. Indem der Beschwerdeführer einen Teil des Grundbetrages für sein Auto verwende, würden zusätzliche Sozialkosten entstehen, da der Unterstützungsberechtigte offensichtlich nicht auf den Grundbedarf gemäss den geltenden

Richtlinien angewiesen sei, sondern mit einer entsprechend geringeren Unterstützung seinen Lebensunterhalt bestreiten könne.

2.1 Nach § 11 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) haben die Gemeinden dafür zu sorgen, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird (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 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). Für die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe haben die Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegleitenden Charakter (§ 5 Abs. 2 Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe [Sozialhilfeverordnung]; ShV, SRSZ 380.111). Der Regierungsrat wendet diese Richtsätze bei der Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe konsequent an. Mit dem in § 5 Abs. 2 ShV enthaltenen Hinweis hat der Gesetzgeber dargelegt, wie das in § 16 Abs. 1 ShG für die wirtschaftliche Hilfe massgebende soziale Existenzminimum zu konkretisieren ist.

2.2 Die materielle Grundsicherung umfasst den Grundbedarf für den Lebensunterhalt (nach Grösse des Haushaltes abgestuft), die Wohnkosten und die Kosten für die medizinische Grundversorgung. Allen Bedürftigen, die in einem Privathaushalt leben und fähig sind, einen solchen zu führen, steht der Grundbedarf für den Lebensunterhalt zu. Der Pauschalbetrag für den Lebensunterhalt ermöglicht es unterstützten Personen, ihre verfügbaren Mittel selbst einzuteilen und die Verantwortung dafür zu übernehmen. Ist eine unterstützte Person dazu nicht im Stand, trifft die zuständige Stelle geeignete Massnahmen (Budgetberatung, Pro-Rata-Auszahlungen, direkte Begleichung von anfallenden Kosten).

2.3 Der Beschwerdeführer hält sich ein Auto. Er finanziert die Betriebskosten des Motorfahrzeuges dadurch, dass er einen Teil der zum Lebensunterhalt gewährten Mittel für das Auto abzweigt. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass der Beschwerdeführer durch dieses Vorgehen Sozialhilfegelder missbrauche, da im Grundbetrag Kosten für ein Auto nicht vorgesehen sind. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Weil der Grundbedarf aus einer Pauschale besteht und nicht für jede unterstützungsbedürftige Person anhand der Ausgabenpositionen individuell zusammengestellt wird, kann die unterstützte Person den Grundbedarf nach ihren Bedürfnissen und eigenem Gutdünken verwenden. Wird ein

C 8.1

Teil der Unterstützungsleistungen für das Halten eines von der Fürsorgebehörde nicht in die Bedarfsrechnung einbezogenen Autos verwendet, stellt dies nicht ohne weiteres eine zweckwidrige Verwendung der Hilfe dar, sondern ist Ausfluss der (begrenzten) Dispositionsfreiheit des Hilfeempfängers. Einen allgemeinen Grundsatz, wonach der Besitz eines von der Sozialhilfebehörde nicht bewilligten Motorfahrzeugs mit dem Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe unvereinbar sei, kennt das schweizerische Sozialhilferecht nicht.

2.4 Ein Einschreiten der Behörde rechtfertigt sich nur dann, wenn das Fahrzeug einen erheblichen Vermögenswert darstellt oder wenn durch dessen Betrieb die unterstützte Person nicht mehr genügend Mittel für ihren übrigen Lebensunterhalt hat. Unzulässig ist es jedoch, die Unterstützungsleistungen im Ausmass der vermuteten Betriebskosten für das Auto zu kürzen (vgl. Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 150). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen.

3. Anzufügen bleibt noch Folgendes: Gemäss § 9 Abs. 1 ShV ist es möglich, die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit Bedingungen zu verbinden, wenn dadurch die richtige Verwendung der Hilfe sichergestellt werden soll oder die Lage des Hilfeempfängers und seiner Angehörigen verbessert werden kann. Durch die Bedingung, der Beschwerdeführer habe die Kontrollschilder beim Verkehrsamt abzugeben, ansonsten er mit einer Kürzung zu rechnen habe, verbessert sich die Lage des Beschwerdeführers in keiner Weise. Die Leasingraten wären trotz Abgabe der Schilder nach wie vor geschuldet. Wenn schon eine Auflage gemacht werden könnte, müsste diese dahingehend lauten, dass der Beschwerdeführer den Leasingvertrag für sein Auto zu kündigen habe.

(RRB Nr. 1465 vom 16. November 2005).

8. Erziehungswesen

8.1 Schulausschluss

- *Zuständigkeit des Regierungsrates zur Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen der Rektoren und der Schulräte der kantonalen Mittelschulen (Erw.1).*
- *Ein Schüler, der in schwerer Weise die Rechtsordnung oder die Grundsätze der christlichen, demokratischen und sozialen Erziehung und*

Bildung missachtet, insbesondere z.B. gegen die Schul- oder Internatsdisziplin verstösst, kann ohne vorheriges Ultimatum von der Schule ausgeschlossen werden. Ist der Verstoss nicht derart schwerwiegend, muss dem Schüler der Ausschluss zuvor mittels Ultimatum angedroht werden (Erw. 3.).

Aus dem Sachverhalt:

Der Präsident der Seminarkommission des Lehrerinnen- und Lehrerseminars Rickenbach hat am 20. Juli 2005 folgende Verfügung erlassen:

- „1. S. wird aus dem Lehrerinnen- und Lehrerseminar Rickenbach ausgeschlossen.
2. Gegen diesen Entscheid kann schriftlich und begründet innert 20 Tagen beim Erziehungsdepartement Beschwerde erhoben werden.
3. Zustellung ...“

Dagegen hat S. am 23. Juli 2005 Beschwerde beim Erziehungsdepartement eingereicht und sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt.

Aus den Erwägungen:

1. In der ursprünglichen Fassung der Verordnung über die Mittelschulen vom 9. Mai 1973 (MittelschulV, SRSZ 623.110) war gemäss § 33 Abs. 3 das Erziehungsdepartement zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Rektoren und der Schulräte der kantonalen Mittelschulen zuständig (vgl. GS 16-280). Anlässlich der Revision vom 30. November 1983 wurde diese Bestimmung aufgehoben und generell der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen und Entscheide des Erziehungsrates, des Erziehungsdepartements und aller diesem unterstellten Instanzen eingesetzt (vgl. § 31 Abs. 3 MittelschulV). Demzufolge ist § 16 der Weisungen über die Rechte und Pflichten der Schüler an den kantonalen Mittelschulen vom 27. Juni 1983 (Schülerordnung, SRSZ 623.112), in dem unter Hinweis auf § 33 Abs. 3 MittelschulV das Erziehungsdepartement als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen und Entscheide des Schulrates genannt wird, nicht mehr anwendbar. Somit ist der Regierungsrat und nicht das Erziehungsdepartement zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

C 8.1

2. Die Vorinstanz bzw. deren Präsident stützt den Schulausschluss in erster Linie auf § 13 Schülerordnung. Die Beschwerdeführerin sei zu Beginn des Schuljahres 2004/2005 provisorisch in den damaligen 5. Kurs am Lehrerinnen- und Lehrerseminar Rickenbach (LSR) aufgenommen worden. Die provisorische Aufnahme sei aufgrund des vorherigen Ausschlusses aus dem Theresianum Ingenbohl primär aus disziplinarischen Gründen erfolgt und habe somit die Bedeutung eines Ultimatums gemäss § 12 Schülerordnung. Während des vergangenen Schuljahres habe sich die Beschwerdeführerin verschiedene schwerwiegende Verstösse gegen das Absenzenreglement zu Schulden kommen lassen (Überziehen der Selbstdispensation über die definierten Limiten hinaus und missbräuchliche Verwendung der Selbstdispensation; unentschuldigtes Fehlen an Prüfungen, Nachprüfungen und Spezialterminen) und sich deshalb im Ultimatum nicht bewährt. Erschwerend komme hinzu, dass sich die Beschwerdeführerin nicht selber um Informationsfluss bemüht habe, als sie selber die Vergehen bemerkt hatte. Die Voraussetzungen für eine Ausschlussverfügung gemäss § 13 Schülerordnung seien damit erfüllt.

3.1 Schüler, die gemäss den vom Erziehungsrat erlassenen Aufnahmebedingungen in eine kantonale Mittelschule aufgenommen worden sind, haben Anspruch auf Schulbesuch bis zum Abschluss des Schultyps, in den sie eingetreten sind. Vorbehalten bleiben die Promotionsvorschriften, die disziplinarische Entlassung und die Regelung bei den Hospitanten (§ 2 Abs. 1 Schülerordnung). Die Schüler haben den Unterricht und die obligatorischen Schulanlässe pünktlich zu besuchen. Absenzen sind zu entschuldigen oder zu begründen (§ 8 Abs. 1 Schülerordnung).

3.2 Gemäss § 12 Abs. 1 Schülerordnung (Ultimatum) kann der Rektor den Ausschluss aus der Schule oder dem Internat androhen, wenn ein Schüler in schwerer Weise die Rechtsordnung oder die Grundsätze der christlichen, demokratischen und sozialen Erziehung und Bildung missachtet, insbesondere z.B. gegen die Schul- oder Internatsdisziplin verstösst (lit. a). Das Ultimatum ist dem Schüler oder den Eltern nicht mündiger Schüler schriftlich zu eröffnen. Auf jeden Fall ist der Schüler mündlich zu orientieren (§ 12 Abs. 2 Schülerordnung). Bewährt sich der Schüler während der ihm im Ultimatum angesetzten Frist nicht, so kann ihn der Schulrat von Internat oder Schule oder beidem ausschliessen (§ 13 Abs. 1 Schülerordnung). Ist der Verstoss des Schülers derart schwerwiegend, dass der Schule dessen weitere Anwesenheit nicht zuzumuten ist, kann der Ausschluss ohne vorheriges Ultimatum verfügt werden. Der Rektor kann als vorsorgliche Massnahme eine Suspendierung verfügen (§ 13 Abs. 2 Schülerordnung).

3.3 Zwar hat die Beschwerdeführerin klar und in einer Vielzahl von Fällen gegen das Absenzenreglement verstossen. Darin ist aber kein Verhalten zu erblicken, welches einen Schulausschluss ohne vorheriges Ultimatum rechtfertigen würde. Die unzulässigen Absenzen der Beschwerdeführerin haben weder den Schulbetrieb am LSR (öffentliches Interesse an einem guten Unterricht) noch die Förderung ihrer Mitschüler (privates Interesse an einem guten Unterricht) beeinträchtigt (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 412). Die Ausschlussverfügung ist somit nur dann rechtmässig, wenn der Beschwerdeführerin der Ausschluss zuvor mittels Ultimatum angedroht worden ist.

3.4 Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass der provisorischen Aufnahme die Bedeutung eines Ultimatus im Sinne von § 12 Schülerordnung beizumessen sei. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Ultimatum stellt eine Sanktion bei pflicht- bzw. rechtswidrigem Verhalten dar. Zum Zeitpunkt des Eintritts der Beschwerdeführerin in das LSR konnte indessen noch kein sanktionsträchtiges Verhalten vorliegen, auch wenn sie zuvor aus disziplinarischen Gründen aus dem Thesesianum Ingenbohl ausgeschlossen wurde. Insbesondere lässt sich aus dem Schreiben des Abteilungsleiters LSR vom 2. September 2004 kein Ultimatum im Sinne von § 12 Schülerordnung ableiten. Vielmehr wurden darin die Bedingungen für eine provisorische Aufnahme detailliert festgelegt. Offenbar hat die Beschwerdeführerin diese Anforderungen erfüllt. Weitere konkrete Anordnungen, welche nicht erfüllt worden wären, sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig wurde ihr darin ein Ausschluss angedroht. Auch die mündlichen Ermahnungen durch den Abteilungsleiter des LSR im April 2005 und die schriftliche Information über den Antrag auf Schulausschluss vom 28. Juni 2005 stellen kein Ultimatum im Sinne von § 12 Schülerordnung dar. Vielmehr hätte der Beschwerdeführerin der Schulausschluss schriftlich und unter Ansetzung einer Bewährungsfrist angedroht werden müssen (vgl. § 12 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 Schülerordnung).

4.1 In der angefochtenen Verfügung wird der Schulausschluss zusätzlich mit § 12 Abs. 2 der Weisungen für die Aufnahme in die Primarlehrerseminare im Kanton Schwyz vom 13. November 1989 (Aufnahmeweisungen, SRSZ 625.312) begründet. Gemäss dieser Bestimmung kann die Aufnahme von Kandidaten auf Antrag der Schulleitung auch bei bestandener Aufnahmeprüfung abgelehnt werden, wenn schwere Bedenken wegen ihrer menschlichen, sozialen oder charakterlichen Eignung vorliegen.

C 10.1

4.2 Diese Bestimmung regelt die Aufnahme in die erste Klasse des Unterseminars und ist daher vorliegend nicht anwendbar. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin per 24. Januar 2005 in den 5. Kurs (Oberseminar) des LSR aufgenommen worden ist, nachdem sie die diesbezüglichen Auflagen erfüllt hat. Da die Vorinstanz bzw. deren Präsident ohnehin nicht über die Aufnahme, sondern über den Schulabschluss zu entscheiden hatte, kann offen gelassen werden, ob eine sinngemässe Anwendung von § 12 Abs. 2 Aufnahmeweisungen auf die Aufnahme ins Oberseminar gerechtfertigt wäre.

5.1 Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Diesem Verfahrensausgang entsprechend gehen die Kosten zu Lasten des Staates (vgl. § 72 Abs. 2 VRP).

(Präsidialverfügung vom 18. August 2005, genehmigt mit RRB Nr. 1071 vom 23. August 2005).

10. Raumplanung

10.1 Gestaltungsplan

- *Ausstand bei Vorprüfung und Beratung im Gestaltungsplanverfahren (Erw. 2).*
- *Soll ein öffentlicher Fussweg im Gestaltungsplangebiet verlegt werden, muss diese Wegverlegung in dem gemäss Wegrodelverordnung vorgeschriebenen Verfahren erfolgen (Erw. 8).*
- *Im Gegensatz zum Baubewilligungsverfahren sieht das Gestaltungsplanverfahren die Möglichkeit einer privatrechtlichen Einsprache nicht vor. Demzufolge können im Gestaltungsplanverfahren privatrechtliche Einwände betreffend Dienstbarkeiten und Wegrechten nicht geltend gemacht werden. Will der Einsprecher solche privatrechtlichen Ansprüche bereits auf der Stufe Gestaltungsplan überprüfen lassen, hat er den Weg über den ordentlichen Zivilprozess zu beschreiten (Erw. 9).*
- *Eine als Kinderspielplatz bezeichneten Fläche, auf der aber keine Geräte aufgestellt werden, braucht den Waldabstand nicht einzuhalten (Erw. 12).*
- *Lärmschutzwände brauchen den Strassenabstand nicht einzuhalten (Erw. 14).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, der angefochtene Erlass des Gestaltungsplanes sei unter Verletzung von Ausstandsvorschriften zustande gekommen. Ihrer Ansicht nach hätten all jene Bezirksräte, welche im Vorfeld der Gestaltungsplanaufgabe beratend tätig gewesen seien, anlässlich der Beratung und Beschlussfassung über den Gestaltungsplan und die Einsprachen zufolge Vorbefassung und Befangenheit in den Ausstand treten müssen, was jedoch nicht der Fall gewesen sei.

2.2 Eine Person kann u.a. dann abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen, wenn sie Rat gegeben hat oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (vgl. § 53 lit. b und d Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974, GO, SRSZ 231.110). Die Ausschluss- und Ablehnungsgründe gemäss §§ 52 und 53 GO beziehen sich auf Richter, Vermittler, Gerichtsschreiber, Untersuchungs- und Anklagebeamte oder Kanzleibeamte. Weiter gelten die Vorschriften der Gerichtsordnung über den Ausschluss und die Ablehnung von Behördenmitgliedern und Funktionären sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den selbstständigen Rekursbehörden (§ 4 Abs. 1 VRP). Gemäss Rechtsprechung bezieht sich die Ausstandspflicht nicht allein auf das Stadium der Beschlussfassung, sondern auch auf die Stadien der Vorbereitung und der Beratung einer Verfügung, weshalb beispielsweise auch die Gemeinodeschreiber (beratende Stimme und Antragsrecht) unter die Ausstandsregeln der Gerichtsordnung fallen (vgl. VGE 816/99 vom 25. Juni 1999).

2.3 Die Gemeinde berät auf Antrag den Gesuchsteller unverbindlich über die Anforderungen an ein Projekt und das zu beachtende Verfahren (§ 84 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Zur Abklärung wichtiger Planungsfragen kann dem Gemeinderat ein Gesuch um Vorentscheid zu einem Gestaltungsplan eingereicht werden (§ 23 Abs. 1 Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz, VVzPBG, SRSZ 400.111). Bereits diese gesetzlichen Vorgaben zeigen, dass sich die zuständigen Behörden zum Teil bereits vorgängig mit Baubewilligungs- und Gestaltungsplanprojekten befassen dürfen und auch müssen. So ist denn der informelle Verkehr mit Verwaltungsbehörden vor der förmlichen Anhängigmachung eines Verfahrens nichts Unübliches. Vielmehr wird dies vom Bürger sogar erwartet. In § 84 Abs. 1 PBG wird mit Bezug auf das Baubewilligungsverfahren ausdrücklich festgehalten, dass die Beratung "unverbindlich" ist, was analog auch für das Gestaltungsplanverfahren gelten muss. D.h.,

C 10.1

solche Auskünfte und Beratungen binden die später entscheidende Behörde nicht. Sodann wird auch in der Literatur davon ausgegangen, dass die Erteilung von Ratschlägen durch Behördemitglieder zulässig ist, sofern der Ratschlag genügend abstrakt formuliert ist und nicht einer abschliessenden Beurteilung gleichkommt (vgl. Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss., Zürich 2002, S. 136 f.). Im konkreten Fall wird nicht ansatzweise dargetan, dass vorgängig durch einzelne Behördemitglieder des Bezirkes Einsiedeln eine abschliessende Beurteilung über das zur Diskussion stehende Gestaltungsplanvorhaben vorgenommen wurde. Eine Verletzung von Ausstandsvorschriften ist nach dem Gesagten zu verneinen.

3. - 7. ...

8. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass über das Gestaltungsplanareal ein öffentlicher Weg führe, welcher auf Grund des Gestaltungsplanes in Richtung Nordwesten auf den Planbereich "Erschliessung Fussgänger" verlegt werden solle. Ein entsprechendes Verfahren um Wegverlegung sei jedoch nicht eingeleitet worden. Dies stelle einen Verstoss gegen das von Bundesrechts wegen vorgeschriebene Koordinationsgebot dar.

8.1 Die Widmung zum Gemeingebrauch wie auch deren Aufhebung (Entwidmung) bzw. Abberufung sowie Verlegung und Änderung eines öffentlichen Weges obliegen dem Gemeinderat bzw. Bezirksrat (§§ 3 und 13 Verordnung über die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht vom 26. Februar 1958, WegrodelV, SRSZ 443.110). Unter welchen Voraussetzungen eine Wegverlegung erfolgen darf, ist der Verordnung nicht zu entnehmen. § 6 Abs. 2 WegrodelV hält lediglich fest, dass auf eine Vereinfachung der Wege und Erleichterung der Belasteten Rücksicht zu nehmen ist und beim Zusammenlegen verschiedener Wege die Bequemlichkeit und die Interessen der Anstösser, welche auf die Wege angewiesen sind, billig zu berücksichtigen sind. Ob eine Verlegung verlangt werden kann, hängt von einer Abwägung der privaten und öffentlichen Interessen ab (vgl. EGV-SZ 1993, Nr. 64 mit Hinweisen; RRB Nr. 308 vom 8. März 2005).

8.2 Über das Grundstück KTN Y. führt unbestrittenermassen ein öffentlicher Weg (Weg Nr. 10, Bachweg, gemäss Auszug aus Wegrodel Einsiedeln). Dieser führt über das Gestaltungsplanareal KTN Y. und nordöstlich desselben weiter über KTN Z. in den öffentlichen Strandweg am Sihlsee. Der Weg tangiert den Baubereich A 1 sowie weitere Teilbereiche des Gestaltungsplanes (vgl. Gestaltungsplan, gestrichelt eingetra-

gene Verbindung zwischen Baubereich A 1 und nordöstlicher Ecke des Planareals). Aus diesem Grund soll er im Gestaltungsplan mittels verbindlicher Planfestlegung zwischen drei bis elf Meter Richtung Norden verlegt werden (vgl. Gestaltungsplan, gelber Bereich "Erschliessung, Fussgänger"; Art. 2 SBV).

8.3 Im konkreten Fall ist sowohl von der Distanz der Verlegung als auch von der Wegführung her klar von einer wesentlichen Wegverlegung auszugehen. Die Verschiebung um drei bis elf Meter Richtung Norden führt dazu, dass der neue Weg viel näher bei den Nachbargrundstücken liegen wird. Eine solche Wegverlegung kann aber nur im dafür vorgesehenen Verfahren (mit Publikation und Einsprachemöglichkeit) erfolgen. Die Vorinstanz wird deshalb das Verfahren nach § 13 WegrodelV nachzuholen haben (vgl. RRB Nr. 308 vom 8. März 2005). Die Beschwerde ist insoweit teilweise gutzuheissen.

9.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, im Rechtsmittelverfahren gegen Gestaltungspläne seien auch privatrechtliche Einwände von den urteilenden Instanzen zu würdigen. Verletzungen privatrechtlicher Normen mit Auswirkungen auf das öffentliche Baurecht dürften im Gestaltungsplanverfahren nicht einfach unbesehen übergangen und auf später verschoben werden. Konkret bemängeln sie, dass der Gestaltungsplan mit dem zu Gunsten ihres Grundstückes KTN Y. eingetragenen Fuss- und Fahrwegrechtes, welches u.a. durch den Baubereich A 1 führe, nicht vereinbar sei (vgl. Gestaltungsplan, gestrichelter Verlauf des Wegrechtes).

9.2 Der Gestaltungsplan ist ein Sondernutzungsplan, der dem öffentlichen Recht untersteht (vgl. §§ 24, 30 und 31 PBG). Konkretisiert wird er in den Baureglementen der Gemeinden und Bezirke. Wer durch einen Gestaltungsplan oder dessen Sonderbauvorschriften (SBV) berührt ist und an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat, kann während der Auflagefrist beim Gemeinderat Einsprache erheben (vgl. § 30 Abs. 3 PBG). Im Gegensatz zum Baubewilligungsverfahren (§ 80 Abs. 1 und 2 PBG) sieht das Gestaltungsplanverfahren die Möglichkeit einer privatrechtlichen Einsprache nicht vor. Daraus kann nun aber nicht gefolgert werden, dass im (durch das öffentliche Recht dominierten) Gestaltungsplanverfahren privatrechtliche Einwände betreffend Dienstbarkeiten und Wegrechten zulässig sind. Will der Einsprecher solche privatrechtlichen Ansprüche bereits auf der Stufe Gestaltungsplan überprüfen lassen, so hat er den Weg über den ordentlichen Zivilprozess zu beschreiten. Anderenfalls muss er bis zum Baubewilligungsverfahren zuwarten und dann beim zuständigen Einzelrichter privatrechtliche Ein-

C 10.1

sprache erheben. Dies macht auch Sinn, da in der Regel die Auswirkungen auf private Rechte erst dann wirklich beurteilt werden können, wenn das konkrete Bauprojekt aufliegt, zumal der Gestaltungsplan immer einen gewissen Gestaltungsspielraum, insbesondere betreffend Dimension und Situierung der Bauten, offen lassen muss (vgl. Mark Gisler, *Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz*, in ZBI 101/2000, S. 407).

9.3 Des Weiteren ist es gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht zulässig, Regelungen, die ihre Grundlage nicht im öffentlichen Recht haben (z.B. die Verpflichtung, bestimmte Dienstbarkeiten einzugehen), in einen Gestaltungsplan aufzunehmen (vgl. Gisler, a.a.O., S. 406, mit Hinweisen). D.h., es wäre vorliegend nicht zulässig, die Beschwerdeführerin zu verpflichten, das Fuss- und Fahrwegrecht der Beschwerdeführer zu verlegen, damit der Gestaltungsplan mit diesem entgegenstehenden privaten Recht vereinbar ist. Auch dies legt den Schluss nahe, dass über privatrechtliche Einwände nicht bereits im Gestaltungsplanverfahren entschieden werden soll. Es liegt grundsätzlich im Ermessen eines Gesuchstellers, ob er einen Gestaltungsplan bereits zur Genehmigung einreichen will, bevor privatrechtliche Angelegenheiten wie Dienstbarkeiten usw. geregelt sind. Das Risiko für mögliche Verzögerungen in einem allfälligen späteren privatrechtlichen Baueinspracheverfahren hat er selber zu tragen.

9.4 Dazu kommt, dass gemäss konstanter Rechtsprechung bei Gestaltungsplänen lediglich der Nachweis der tatsächlichen und rechtlichen Erschliessbarkeit verlangt wird. Es genügt demnach, dass die aufgezeigte Erschliessungsvariante (insbesondere rechtlich) realisierbar ist, ohne dass bereits im Detail feststeht, wie dieses Ziel schlussendlich erreicht wird. Die Baureife muss erst im Baubewilligungsverfahren tatsächlich wie rechtlich ausgewiesen werden (vgl. Gisler, a.a.O., S. 410 f.; EGV-SZ 1996, S. 128). Analog kann daraus mit Bezug auf den gegebenen Fall geschlossen werden, dass es nicht nötig ist, das vorhandene Fuss- und Fahrwegrecht der Beschwerdeführer bereits im Gestaltungsplanverfahren zu verlegen. In diesem Zusammenhang bleibt ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der umstrittene Gestaltungsplan für die Zufahrt zum Grundstück der Beschwerdeführer eine optimale Lösung vorsieht, sodass die Verlegung der privatrechtlichen Dienstbarkeit eher als Formsache erscheint (vgl. Gestaltungsplan).

9.5 Die obige Begründung ist sinngemäss auch auf die Einwände der Beschwerdeführer anzuwenden, wonach zu Lasten des Grundstücks KTN Y und zu Gunsten des Grundstücks der Beschwerdeführer ein im

Grundbuch eingetragenes Parkierungsrecht für die Benutzer des dem Gestaltungsplanareal gegenüberliegenden Skiliftbetriebes "Birchli" bestehe.

9.6 Auf Grund des Gesagten ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz im vorliegenden Gestaltungsplanverfahren mit den privatrechtlichen Einwänden der Beschwerdeführer und nicht befasst hat.

10. – 11. ...

12.1 Gemäss § 67 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) haben Bauten und Anlagen gegenüber Wäldern einen Mindestabstand von 15 m ab Waldgrenze einzuhalten. Ein Kinderspielplatz mit Spielgeräten ist dabei praxisgemäss als bewilligungspflichtige Anlage zu bezeichnen (vgl. RRB Nr. 1969 vom 2. November 1994).

Vorliegend wird nun aber in den Sonderbauvorschriften verbindlich vorgegeben, dass auf der nördlichen Kinderspielfläche, soweit sie innerhalb des Waldabstandes liegt, keinerlei Spielgeräte erstellt werden dürfen (vgl. Art. 15 SBV). Es stellt sich damit die Frage, ob diese Fläche überhaupt eine bewilligungspflichtige Anlage darstellt, welche die externen Abstände einzuhalten hat.

12.2 Der bundesrechtliche Begriff "Bauten und Anlagen" ist vom Gesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der Rechtsprechung gelten als "Bauten und Anlagen" jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Neben den eigentlichen baulichen Vorrichtungen nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Bewilligungspflicht auch für blosse Geländeänderungen an, wenn diese erheblich sind. Ausschlaggebend für die Bejahung der Bewilligungspflicht ist dabei nicht allein die Veränderung des Terrains durch Abtragung, Auffüllung oder andere Massnahmen. Es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass

C 10.1

ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 119 Ib 226 f. mit Hinweisen; RRB Nr. 697 vom 9. Mai 2000).

12.3 Unter den vorliegenden, speziellen Umständen ist der Anlagecharakter der umstrittenen, nördlichen Kinderspielfläche zu verneinen. Auf dieser dürfen gemäss Art. 15 SBV keinerlei Geräte erstellt werden, d.h., es handelt sich um eine reine Wiese ohne jegliche bauliche Veränderungen. Ein Unterschied zu den übrigen Grünflächen ist kaum auszumachen, ausser dass sich die Fläche - wegen der unmittelbaren Nähe zum teilweise ebenfalls zum Grundstück KTN Y. gehörenden Waldbereich - zum Spielen sehr eignet. Auch eine weitere räumliche Bedeutung der Fläche ist nicht ersichtlich. Diese tangiert weder öffentliche Interessen noch private Interessen von Nachbarn. Eine allfällige Störung von Nachbarn ist deshalb nicht zu erwarten, weil sich gegenüber der Fläche praktisch nur Waldgebiet befindet. Anders wäre mit Bezug auf den Anlagebegriff unter Umständen zu entscheiden, wenn sich eine grosse Spielwiese unmittelbar an der Grenze zu bebauten Nachbargrundstücken befinden würde. Die Einhaltung des Waldabstandes macht entsprechend keinen Sinn, zumal Kindern ohnehin nicht verboten werden kann, irgendwo im Gestaltungsplangebiet - sei dies auf der Quartierstrasse, auf den Grünflächen usw. - zu spielen. Fehlt es mithin an einer bewilligungspflichtigen Anlage, so ist auch kein Waldabstand einzuhalten.

13. ...

14. Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, durch die geplante Lärmschutzwand werde der erforderliche Strassenabstand von 6 m zur südwestlichen Kantonsstrasse massiv unterschritten. Auch dieser Einwand geht fehl. Nach § 3 der Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV, SRSZ 442.110) gehören unter anderem Anlagen zur Entwässerung und für den Immissionsschutz zum Strassenraum. Bei der geplanten Lärmschutzwand handelt es sich klarerweise um eine Anlage für den Immissionsschutz. Es liegt nun aber auf der Hand, dass zum Strassenraum gehörende Anlagen keinen Strassenabstand gemäss § 41 Abs. 1 lit. a StrV einhalten müssen. Dies macht auch Sinn, zumal Lärmschutzmassnahmen möglichst nahe an der Lärmquelle zu erstellen sind.

Selbst wenn der Strassenabstand einzuhalten wäre, was jedoch nicht der Fall ist, käme der privilegierte Tatbestand von § 41 Abs. 1 lit. d StrV zur Anwendung, da eine Lärmschutzwand mit "sonstigen Einfriedungen" bzw. "Abschlussmauern" vergleichbar ist. Bei solchen Anlagen genügt ein Abstand von 50 Prozent der Höhe oder mindestens 0.50 m. Alsdann

müsste auf Grund der besonderen Funktion einer Lärmschutzwand wohl auch eine Ausnahmesituation im Sinne von § 42 StrV angenommen werden.

(RRB Nr. 1678 vom 20. Dezember 2005).

18. Ausländerrecht

18.1 Nichtverlängerung der Jahresaufenthaltsbewilligung / Wegweisung

- *Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers kann keinen Aufenthalt in der Schweiz beanspruchen, wenn sich die Berufung auf die Ehe als rechtsmissbräuchlich erweist (Erw. 1.3.1).*
- *Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantieren den Schutz des Familienlebens. Darauf kann sich auch der Ausländer berufen, der nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz hat. Wird dem ausländischen Verwandten die Anwesenheit in der Schweiz untersagt, kann dies Art. 8 EMRK verletzen. Voraussetzung ist jedoch, dass die familiäre Beziehung tatsächlich existiert, gelebt wird und intakt ist, wofür auch ein regelmässiger Kontakt genügen kann (Erw. 3.1).*
- *Art. 8 EMRK ist anwendbar, wenn ein Ausländer eine intakte Beziehung zu seinem Kind darlegen kann, das über das Schweizer Bürgerrecht (oder über eine Niederlassungsbewilligung) verfügt, und zwar selbst dann, wenn das Kind vom Familienrecht her nicht unter seiner elterlichen Sorge oder Obhut steht (Erw. 3.2).*

Aus dem Sachverhalt:

A. G.F., geboren 18. August 1970, Staatsbürger von Ecuador, kam im Jahre 1995 für einen Studien- bzw. Sprachaufenthalt in die Schweiz. Während seines Aufenthaltes lernte er die Schweizer Bürgerin A.B., geboren 18. April 1982, kennen. Diese gebar am 12. Juni 1998 die gemeinsame Tochter J. G.F. kam deshalb am 25. April 1998 als Tourist erneut in die Schweiz und blieb in der Folge hier, ohne sich bei den Behörden anzumelden. Das Bezirksamt Küssnacht am Rigi verurteilte ihn deswegen mit Strafbefehl vom 27. März 2000 wegen Widerhandlungen gegen das Ausländerrecht zu einer Busse von Fr. 300.--.

C 18.1

Am 20. Januar 2000 heirateten G.F. und A.B. in Quito, Ecuador. Als Ehemann einer Schweizer Bürgerin erhielt er im Rahmen des Familiennachzugs eine Jahresaufenthaltsbewilligung, ab 3. Mai 2000 auch eine Arbeitsbewilligung (als Monteur bei der X AG). Sein Aufenthalt wurde letztmals bis am 19. März 2005 verlängert.

Am 1. Juli 2001 trennten sich die Eheleute bereits wieder. Der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Küsnacht am Rigi bewilligte ihnen am 8. Mai 2002 das zusammen beantragte Getrenntleben auf unbestimmte Zeit. Die gemeinsame Tochter J. wurde unter die elterliche Obhut der Mutter gestellt. Der Vater erhielt ein Besuchsrecht und wurde zu einer Unterhaltsleistung verpflichtet.

B. Die Fremdenpolizei des Kantons Schwyz sah von einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab und ordnete an, dass G.F. den Kanton Schwyz bis spätestens 30. April 2005 zu verlassen habe.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers hat gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20, ANAG) Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Dabei genügt es, dass die Ehe formell besteht; weitere Anspruchsvoraussetzungen, wie das Zusammenleben der Ehegatten, werden vom Gesetzgeber bewusst nicht (mehr) verlangt (im Gegensatz zur Ausländerhehe nach Art. 17 Abs. 2 ANAG; BGE 126 II 267 f., E. 2b; BGE 118 Ib 149 ff., E. 3; Praxis 85 Nr. 117, E. 2 mit Hinweisen). Des Weiteren hat der Ausländer nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG).

1.2 Kein Anspruch besteht indessen, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen (Art. 7 Abs. 2 ANAG). Erfasst wird davon die sog. Scheinehe bzw. Ausländerrechtsehe, bei der die Ehegatten zum Vornher ein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigen (BGE 127 II 55, E. 4a mit Hinweisen; Marc Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern 1999, S. 155 ff.; Bruno Zanga/Camillus Guhl, Familiennachzug ausländischer Personen in die Schweiz, in AJP 2001, S. 411 und 412; Peter Kottusch, Scheinehen aus fremdenpolizeilicher Sicht, in ZBI 1983, S. 426; RRB Nr. 1498 vom 12. November 2003, E. 2.1).

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer zu Recht nicht vor, er sei die Ehe mit der Schweizer Bürgerin A.B. nur zum Schein eingegangen, um sich ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu sichern. Der Hochzeit ging eine rund dreijährige Bekanntschaft voraus. Die Eheleute haben eine gemeinsame Tochter, die am 12. Juni 1998 geboren wurde. Die Heirat erfolgte erst am 20. Januar 2000, weil die Ehefrau noch nicht volljährig war. Diese bestätigt auch, dass sie aus Liebe und wegen des gemeinsamen Kindes geheiratet hätten, und zwar mit der festen Absicht, ein Ehe- und Familienleben zu führen. Allerdings habe sich bald einmal herausgestellt, dass sie für ein solches Leben noch zu jung war und sie sich deshalb eingeengt und überfordert fühlte. Den Eheleuten kann demnach nicht unterstellt werden, sie hätten im Zeitpunkt der Eheschliessung die Lebensgemeinschaft nicht wirklich gewollt.

1.3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers im Weiteren auch dann keinen Aufenthalt in der Schweiz beanspruchen, wenn sich die Berufung auf die Ehe anderweitig als rechtsmissbräuchlich erweist (Art. 7 Abs. 2 ANAG). Dies ist dann der Fall, wenn sich der Ausländer im fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell besteht oder aufrechterhalten wird mit dem alleinigen Ziel, ihm die Anwesenheitsberechtigung zu erhalten. So verhält es sich insbesondere dann, wenn der schweizerische Ehegatte des um Bewilligung ersuchenden Ausländers seit Jahren von diesem getrennt lebt und mit einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft offensichtlich nicht mehr zu rechnen ist, wobei es auf die Ursachen der Trennung der Ehegatten nicht ankommt. Die Berufung auf die Ehe läuft in einem solchen Fall darauf hinaus, dem Ausländer völlig losgelöst von der Aussicht auf ein irgendwie geartetes Zusammenleben mit dem schweizerischen Ehegatten den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen bzw. zu verlängern. Darauf ist Art. 7 ANAG jedoch nicht ausgerichtet (BGE 130 II 117, E. 4.2 = Praxis 93 Nr. 171, E. 4.2; BGE 128 151 f., E. 2 mit Hinweisen).

1.3.2 Ein Rechtsmissbrauch darf aber nicht leichthin angenommen werden, namentlich nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet haben. Gerade weil der ausländische Ehegatte nicht der Willkür des schweizerischen Ehegatten ausgeliefert sein soll, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom ehelichen Zusammenleben abhängig zu machen. Erforderlich sind konkrete Hinweise darauf, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist, sondern die Ehe nur aus fremdenpolizeilichen Überlegungen aufrechterhalten wird (BGE 128 II

C 18.1

151, E. 2.2 mit Hinweisen; RRB Nr. 1498/2003 vom 12. November 2003, E. 4.2).

1.3.3 Der Beschwerdeführer begründet seine Aufenthaltsberechtigung zwar in erster Linie mit der Beziehung zu seiner leiblichen Tochter J. Trotzdem beansprucht er zusätzlich gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, was zulässig ist, sofern er nicht vor Ablauf der geforderten Aufenthaltsdauer von fünf Jahren den Tatbestand des rechtsmissbräuchlichen Festhaltens an einer nur noch formell bestehenden Ehe erfüllt hat. Voraussetzung hierfür ist eine fünfjährige formelle Ehe- und nicht nur Aufenthaltsdauer (EJPD/ Bundesamt für Ausländerfragen bzw. Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES], seit 1. Januar 2005 Bundesamt für Migration [BFM], Weisungen und Erläuterungen, Einreise, Aufenthalt und Niederlassung [BFM-Weisungen], Ziff. 611.13 und Ziff. 612; Spescha, a.a.O., S. 154). Ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Niederlassung infolge Rechtsmissbrauchs erloschen ist, muss deshalb im Folgenden geprüft werden, bevor die Vater-Kind-Beziehung einer ausländerechtlichen Beurteilung unterzogen wird.

2.1 Dass die Ehe nur (noch) formell und ohne Aussicht auf Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft wie bei der Scheinehe nur durch Indizien zu erkennen. Feststellungen über das Bestehen von solchen Hinweisen können äussere Gegebenheiten, aber auch innere psychische Vorgänge betreffen (der Wille der Ehegatten, ein grosser Altersunterschied, ein gegen den ausländischen Ehegatten vorliegendes Einreiseverbot in die Schweiz, die Gefahr der Aus- oder Wegweisung des ausländischen Ehegatten, das gänzliche Fehlen oder die kurze Dauer des Zusammenlebens der Eheleute, Dauer und Umstände, die der Bekanntschaft vorausgingen, die Wohnverhältnisse, die Umstände des Zusammenlebens, finanzielle Leistungen, usw.). Das Vorliegen eines allfälligen Rechtsmissbrauchs muss deshalb nach den Umständen des Einzelfalls, aber auch mit Zurückhaltung beurteilt werden; denn nur der offensichtliche Rechtsmissbrauch ist zu berücksichtigen (BGE 128 II 152, E. 2.3; BGE 127 II 57; Praxis 85 Nr. 117, E. 4a; AGVE 2001, S. 504; BFM-Weisungen, Ziff. 611.12 und Ziff. 611.13; Spescha, a.a.O., S. 158 ff.).

2.2 Die Eheleute sind mittlerweile nach einer Dauer des ehelichen Zusammenlebens von lediglich knapp eineinhalb Jahren seit mehr als vier Jahren getrennt. Beide sind zwar offenbar nach wie vor freundschaftlich verbunden und nehmen ohne gegenseitige Probleme ihre Rechte und Pflichten als (getrennte) Eltern der gemeinsamen Tochter wahr.

Hingegen schliessen beide die Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft unmissverständlich aus. Wie der Beschwerdeführer erklärt, sei das Aufnehmen des gemeinsamen Ehelebens nicht mehr möglich (vgl. Stellungnahme vom 19. Januar 2005). Für die Ehefrau steht ein erneutes Zusammenleben ebenfalls nicht zur Diskussion. Irgendwann möchte sie auch die Scheidung einleiten, sie habe sich jedoch damit noch nicht auseinandergesetzt (vgl. Schreiben vom 23. Juni 2005).

Der Ehewille ist auf Seiten der Ehefrau offensichtlich erloschen. Der Beschwerdeführer selbst erachtet die Wiederaufnahme der Ehegemeinschaft gleichfalls für nicht mehr möglich. Da demzufolge mit der Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr gerechnet werden kann, muss davon ausgegangen werden, dass die Ehe definitiv gescheitert ist. Auch der Beschwerdeführer rechnet offensichtlich nicht mehr ernsthaft damit, dass die Ehe noch einmal ins Lot kommt und er das Eheleben nochmals aufnehmen kann. Nach einer Trennung von mehr als vier Jahren können somit bei objektiver Einschätzung der gesamten Umstände keine Zweifel mehr am definitiven Scheitern der Ehe bestehen. Diese besteht demnach nur noch formell. Dass der Beschwerdeführer sich weiterhin darauf beruft, lässt sich deshalb nur damit erklären, dass er den alleinigen Zweck verfolgt, die Niederlassungsbewilligung zu erhalten. Wer aber mit der Berufung auf eine inhaltsleere Ehe, die nur noch auf dem Papier besteht, seinen Aufenthalt in der Schweiz zu sichern versucht, stützt sich in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise auf Art. 7 ANAG, dessen vornehmlicher Zweck darin besteht, die Führung des Familienlebens in der Schweiz zu ermöglichen und abzusichern (BGE 128 II 154, E. 3.3). Diese Zielsetzung ist vorliegend illusorisch geworden. Dem Festhalten an einer Ehe, das ausschliesslich fremdenpolizeilich motiviert ist, will die gesetzliche Regelung keinen Vorschub leisten.

2.3.1 Dem Beschwerdeführer ist folglich vorzuwerfen, dass er sich nur deshalb auf die lediglich noch formell bestehende Ehe beruft, um sich einen aufenthaltsrechtlichen Vorteil zu verschaffen, nämlich die Geltendmachung des Rechtsanspruchs auf eine Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG, was, wie bereits erwähnt, eine fünfjährige formelle Ehedauer voraussetzt (s. vorstehend E. 1.3.3; BFM-Weisungen Ziff. 612.1; Spescha, a.a.O., S. 154). Da das Verhalten des Beschwerdeführers jedoch als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, erlöscht der Aufenthalts- bzw. Niederlassungsanspruch nach Art. 7 ANAG, sofern sich der Rechtsmissbrauch vor Ablauf der fünfjährigen Frist verwirklicht hat (BFM-Weisungen Ziff. 612.2). Diese Frist beginnt bei einem Ehepaar, das sich wie die Eheleute im Ausland verheiratet hat, mit dem Datum der Einreise in die Schweiz (BFM-Weisungen Ziff. 612.1). Gemäss Ausländerausweis des Beschwerdeführers war dies der 20. März 2000. Der

C 18.1

Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung nach Art. 7 Abs. 1 ANAG bestand somit erst ab dem 20. März 2005. Die Berufung auf die formell immer noch bestehende Ehe war aber bereits vor diesem Zeitpunkt rechtsmissbräuchlich.

2.3.2 Die Eheleute hatten sich schon im Juli 2001 getrennt. Am 8. Mai 2002 erfolgte die richterliche Erlaubnis für das von beiden Seiten beantragte Getrenntleben auf unbestimmte Zeit. Nachdem das eheliche Zusammenleben über längere Zeit nicht mehr aufgenommen wurde, warf die Vorinstanz dem Beschwerdeführer am 4. Januar 2005 im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs Rechtsmissbrauch vor. In seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2005 bestätigte dieser, dass die Wiederaufnahme des gemeinsamen Ehelebens nicht mehr möglich sei, trotzdem wolle er aber die Schweiz nicht verlassen. Gegen die angefochtene Wegweisungsverfügung vom 17. Februar 2005 erhob er am 10. März 2005 die vorliegende Verwaltungsbeschwerde. Darin beansprucht er u.a. die Erteilung der Niederlassungsbewilligung gestützt auf Art. 7 Abs. 1 ANAG. Sein rechtsmissbräuchliches Festhalten an der nur noch formell bestehenden Ehe mit A.B. hat sich demnach vor Ablauf der fünfjährigen Frist verwirklicht. Er kann demzufolge keinen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung mehr geltend machen. Der vorinstanzliche Entscheid kann deshalb in dieser Hinsicht nicht als willkürlich bezeichnet werden, wie der Beschwerdeführer geltend macht.

2.4 Als vorläufiges Ergebnis ist zusammenfassend festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 7 Abs. 1 ANAG weder eine Niederlassungsbewilligung noch eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden kann.

3.1 Der Beschwerdeführer beruft sich im Weiteren auf Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, EMRK) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101, BV). Diese Bestimmungen garantieren den Schutz des Familienlebens (BFM-Weisungen Ziff. 67). Darauf kann sich auch der Ausländer berufen, der nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz hat, um sich gegen eine allfällige Trennung von seiner Familie zu wehren und eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Wird dem ausländischen Verwandten die Anwesenheit in der Schweiz untersagt, kann dies Art. 8 EMRK verletzen. Voraussetzung ist jedoch, dass die familiäre Beziehung tatsächlich existiert, gelebt wird und intakt ist, wofür auch ein regelmässiger Kontakt genügen kann. Trifft dies zu, ist das der zuständigen Behörde durch Art. 4 ANAG grundsätzlich eingeräumte freie Ermessen eingeschränkt

(BGE 119 Ib 84; Praxis 84 Nr. 4, E. 1d mit Hinweisen; BVR 1992, S. 342; EGV-SZ 1998 Nr. 57, E. 2.2; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz 570 und Rz 572).

3.2 Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK umfasst in erster Linie (aber nicht nur) die eigentliche Kernfamilie, d.h. die Beziehungen zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und minderjährigen Kindern. Die Bestimmung ist deshalb anwendbar, wenn ein Ausländer eine intakte Beziehung zu seinem Kind darlegen kann, das über das Schweizer Bürgerrecht (oder über eine Niederlassungsbewilligung) verfügt, und zwar selbst dann, wenn das Kind vom Familienrecht her nicht unter seiner elterlichen Sorge oder Obhut steht. Auch wird kein Unterschied gemacht, ob das Kind ehelich oder ausserehelich geboren wurde (Praxis 84 Nr. 4, E. 1d mit Hinweisen; BVR 1992, S. 342 f.; Villiger, a.a.O., Rz 572; Spescha, a.a.O., S. 183; RRB Nr. 298 vom 21. Februar 1996, S. 8, E. 2d mit Hinweisen).

3.3 Der Beschwerdeführer ist Vater einer Tochter, die das Schweizer Bürgerrecht und damit ein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinne von Art. 8 EMRK besitzt. Er verfügt zwar nicht über das elterliche Sorgerecht, hat sich aber in der Trennungsvereinbarung vom 8. Mai 2002 verpflichtet, an den Unterhalt des Kindes einen Beitrag zu leisten (Fr. 740.-- plus Kinderzulagen). Gleichzeitig wurde ihm ein Besuchsrecht eingeräumt (am ersten und dritten Wochenende jeden Monats sowie zwei Wochen Ferien im Jahr). Der Beschwerdeführer kann sich demnach auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, wenn er sich als ausländischer Vater über eine intakte Beziehung zu seinem Kind ausweisen kann. Die EMRK garantiert zwar kein absolutes Recht auf Aufenthalt. Sofern jedoch die Weg- bzw. Ausweisung einer Person zur Trennung von Familienmitgliedern führen würde, kann dies das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen.

3.4 Die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner 7-jährigen Tochter J. kann als sehr eng und tatsächlich gelebt eingestuft werden. Sowohl Ehefrau als auch Schwiegermutter des Beschwerdeführers bzw. Mutter und Grossmutter des Kindes bestätigen dies übereinstimmend. Der Beschwerdeführer komme seiner Unterhaltspflicht zuverlässig und sehr grosszügig nach. Auch das Besuchsrecht nehme er regelmässig wahr, vielfach sogar über die vereinbarte Regelung hinaus. Er halte sich zudem an die Abmachungen. Jeden Samstag, wenn die Mutter arbeite, übernehme er das Kind und jedes zweite ganze Wochenende schaue er zu ihm. J. komme immer sehr zufrieden und aufgestellt nach Hause. Der

C 18.1

Vater bedeute dem Kind sehr viel. Es habe seit der Geburt eine gute und enge Beziehung zu ihm. Es freue sich immer auf die Besuchstage. Der Beschwerdeführer nehme seine Vaterpflichten sehr gut wahr, kümmere sich um das Wohlergehen seiner Tochter und nehme an ihrem Leben teil. Auch verbringe er die Freizeit mit ihr sinnvoll (Badibesuche, Picknicken, usw.). Der Beschwerdeführer pflege mit ihr aber auch während der Woche regelmässigen telefonischen Kontakt.

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer seit der Geburt seiner Tochter eine sehr enge Beziehung zu ihr aufgebaut hat, die nach wie vor intakt ist und auch gelebt wird. Durch die Weigerung der Vorinstanz, ihm die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern, was die Rückkehr in die Heimat Ecuador zur Folge hätte, würden direkte Kontakte zu seiner Tochter praktisch verunmöglicht oder wenigstens ausserordentlich erschwert. Denn es versteht sich von selbst, dass Besuche schon wegen der geographischen Entfernung, aber auch aus finanziellen Gründen (Reisekosten), wenn überhaupt nur sehr selten möglich wären. Auch wenn das Bundesgericht schon festgehalten hat, dass z.B. aus den nordafrikanischen Staaten eine Ausübung des Besuchsrechts noch ohne grössere Schwierigkeiten möglich sei (allerdings bezeichnete es auch die Besuchsrechtsausübung über die Distanz von Tunesien in die Schweiz als Beeinträchtigung des Familienlebens; vgl. Praxis 84 Nr. 4, E. 3a), so ist dies von Südamerika aus praktisch unrealisierbar (BVR 1992, S. 343). Da die angefochtene Wegweisung deshalb das Familienleben des Beschwerdeführers massiv beeinträchtigt, stellt sie einen Eingriff in das von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährleistete Recht auf Familienleben dar. Ob dieser nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt ist, ist im Folgenden zu prüfen.

3.5 Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind Eingriffe in das von Ziff. 1 geschützte Grundrecht nur statthaft, soweit ein solcher Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesundheit und der Moral sowie der Rechte und Freiheit anderer notwendig ist. Dabei müssen die öffentlichen Interessen (Schutz des inländischen Arbeitsmarktes, Überfremdungsabwehr) an der Fernhaltung des Ausländers die privaten Interessen an der Aufrechterhaltung der familiären Beziehung überwiegen (BGE 119 Ib 90 f.; Praxis 84 Nr. 4, E. 3b; BVR 1992, S. 344 f.; RRB Nr. 2028/1999 vom 21. Dezember 1999, E. 2.2 mit Hinweisen; BFM-Weisungen Ziff. 674.1 und Ziff. 674.2).

Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist im Folgenden zu prüfen, ob das Recht des Beschwerdeführers auf Aufrechterhaltung seiner engen

Beziehung zu seiner Tochter bzw. seines Familienlebens oder das Recht des Staates auf Begrenzung der Ausländerzahl in der Schweiz vorzuziehen hat.

3.6 Der Beschwerdeführer weilt seit zehn Jahren (mit Unterbrüchen) in der Schweiz. Obwohl er seine Arbeitsstelle bei der X AG verloren hat und anfangs dieses Jahres krankheitshalber arbeitsunfähig war, ist er gewillt zu arbeiten und seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten. Soweit aktenkundig ist, weist er keine Schulden auf. Der öffentlichen Sozialhilfe ist er anscheinend auch nicht zur Last gefallen. Seiner Unterhaltspflicht als Vater kommt er ebenfalls nach. Sein Verhalten insgesamt zeugt doch von einer gewissen Integration. Allerdings wurde er zweimal strafrechtlich gebüsst, weil er sich bei den Ausländerbehörden nicht angemeldet hatte und weil er in angetrunkenem Zustand ein Fahrzeug gelenkt hatte. Auch die Vorinstanz ist aber der Auffassung, dass allein diese beiden Verurteilungen, auch wenn sie nicht bagatellisiert werden dürfen, eine Wegweisung nicht rechtfertigen können.

Auf der familiären Ebene hat sich der Beschwerdeführer untadelig verhalten und seine Vaterpflichten ernst genommen. Er kümmert sich aktiv um seine Tochter, nicht nur finanziell, sondern auch affektiv (s. vorstehend E. 3.4). Im Weiteren kann der siebenjährigen Tochter nicht zugemutet werden, die Schweiz zu verlassen und mit dem Beschwerdeführer in dessen Heimatland zu übersiedeln. Die elterliche Sorge steht der Mutter zu. Bei einer Ausreise der Tochter würde zudem deren Beziehung zur Mutter in einem Masse beeinträchtigt, das nicht zu akzeptieren wäre. Die Vater-Tochter-Beziehung kann infolgedessen nur in der Schweiz gelebt werden (BFM-Weisungen Ziff. 674.3 und Ziff. 674.4; BVR 1992, S. 345).

Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass es auch für die künftige Entwicklung der Tochter wichtig ist, nicht nur einen Vater zu haben, sondern mit diesem eine lebendige und persönliche Beziehung pflegen zu können. Im Weiteren würde eine Rückkehr des Beschwerdeführers in seine Heimat wohl dazu führen, dass er seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Kind nicht mehr nachkommen könnte.

3.7 Daraus ergibt sich, dass im heutigen Zeitpunkt das private Interesse des Beschwerdeführers (und auch der Tochter) an der Aufrechterhaltung der familiären Beziehung gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Begrenzung der Ausländerzahl überwiegt. Dem Beschwerdeführer ist deshalb die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

(RRB Nr. 1154 vom 6. September 2005).

Aktive und passive Zugangsrechte zu behördlichen Informationen im Kanton Schwyz

Dr. iur. Patrick Sutter*, Rechtsanwalt, Schwyz/Merlischachen

Inhalt

1. Einleitung
2. Die Unterscheidung von aktiven und passiven Zugangsrechten
3. Eine Übersicht über passive und aktive Zugangsrechte in der schwyzerischen Rechtsprechung der letzten 20 Jahre
 - 3.1. Passive Zugangsrechte
 - 3.1.1. Im Strafverfahren
 - 3.1.2. Im Verwaltungsverfahren
 - 3.1.2.1. Allgemeines zum nicht-streitigen Verwaltungsverfahren
 - 3.1.2.2. Allgemeines zum streitigen Verwaltungsverfahren
 - 3.1.2.3. Insbesondere im Planungsrecht
 - 3.1.2.4. Insbesondere im Baubewilligungsverfahren
 - 3.1.3. Im Zivilrecht und Zivilverfahren
 - 3.1.3.1. Vormundschaftsrecht
 - 3.1.3.2. Kostenentscheid
 - 3.1.3.3. Im summarischen Verfahren
 - 3.1.4. Ordnungsbussen
 - 3.1.5. Kritik der Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör anhand der Strassburger Rechtsprechung
 - 3.1.6. Vertrauen in die Richtigkeit der behördlichen Informationen
 - 3.1.7. Rechtsfolgen der unterlassenen Information – Kritik der „Heilungspraxis“
 - 3.1.8. Die Weigerung einer Behörde, eine Verfügung zu erlassen

* Überarbeitete und aktualisierte Fassung eines Referats anlässlich der Weiterbildung des AVSZ vom 15. November 2005 im Rathaus Schwyz.

- 3.2. Aktive Zugangsrechte
 - 3.2.1. Verfahrensrechtliches Akteneinsichtsrecht
 - 3.2.1.1. Im Strafverfahren
 - 3.2.1.2. Im Verwaltungsverfahren
 - 3.2.1.3. Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens – insbesondere durch Drittpersonen
 - 3.2.1.4. Die Interessenabwägung
 - 3.2.2. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht
 - 3.2.3. Allgemeiner Zugang zu behördlichen Informationen
 - 3.2.4. Insbesondere die Öffentlichkeit des Grundbuches
- 4. Weitere spezifische Fragestellungen zu den aktiven Zugangsrechten
 - 4.1. Akteneinsichtsrecht
 - 4.2. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht
 - 4.3. Das anstehende Projekt eines Öffentlichkeitsgesetzes im Kanton Schwyz
- 5. Schlussbemerkungen

1. Einleitung

Es ist im Informationszeitalter eine Binsenwahrheit, dass Wissen Macht ist.¹ Im Bemühen um eine demokratische und rechtsstaatliche Verwaltung ist es deshalb von zentraler Bedeutung, Mechanismen zu schaffen, die verhindern, dass die staatlichen Verwaltungsbehörden Wissen monopolisieren können. Wo diese Ansprüche auf Transparenz nicht eingefordert werden können, wird die Macht der Verwaltung von den betroffenen Menschen als Willkür empfunden, was sich wiederum in einem Gefühl der Ohnmacht äussert.²

Zugleich realisieren auch die Behörden vermehrt, dass sie für die Gewährung von Informationszugangsrechten von den Menschen im Gegenzug Vertrauen erhalten und dass sie durch Transparenz ihren Entschei-

¹ Der Ausspruch „Wissen ist Macht“ wird herkömmlicherweise auf FRANCIS BACON zurückgeführt. BACON sagte jedoch nichts dergleichen, sondern sah im Wissen die Voraussetzung für die Bändigung der Natur: „Wissen und menschliches Können ergänzen sich insofern, als ja Unkenntnis der Ursache die Wirkung verfehlen lässt. Die Natur nämlich lässt sich nur durch Gehorsam bändigen; was bei der Betrachtung als Ursache erfasst ist, dient bei der Ausführung als Regel“ (Novum Organum, I 3). Diese Passage ist es, die – entstellend – als „Wissen ist Macht“ apostrophiert wird.

² Vgl. SUTTER 2002, S. 294.

den zu Akzeptanz verhelfen können.³ Die aus der Verfassung und dem Gesetzesrecht fliessenden Transparenzgebote werden herkömmlicherweise unterschieden in *aktive Informationspflichten* und *passive Zugangsrechte*. Bei passiven Zugangsrechten können die Einzelnen selbst entscheiden, welche Informationen sie zu welchem Zeitpunkt wünschen, wohingegen die aktive Information durch die Behörden verhaltenstlenkend wirkt.⁴

2. Die Unterscheidung von aktiven und passiven Zugangsrechten

Im Gegensatz zu dieser herkömmlichen Unterscheidung soll nachfolgend jedoch für einmal ausschliesslich die Perspektive der Personen interessieren, die *Ansprüche* auf behördliche Informationen haben.

Wir unterscheiden folglich *aktive* von *passiven* Zugangsrechten, indem wir auf das *Kriterium* abstellen, ob die anspruchsberechtigte Person bzw. ihre Rechtsvertretung aktiv werden muss, damit dieser Anspruch realisiert werden kann. D.h. *passive Zugangsrechte* entsprechen aktiven Informationspflichten der Behörden; die Informationen werden geliefert, ohne dass die anspruchsberechtigte Person aktiv werden muss. Sollte die Behörde ihren Informationspflichten nicht genügen, kann dieser Anspruch eingefordert werden. *Aktive Zugangsrechte* setzen dagegen in jedem Fall ein Tätigwerden der anspruchsberechtigten Person voraus. Die Behörde ist erst auf Antrag zur Information verpflichtet.

Unter den *passiven Zugangsrechten* steht im Vordergrund der *Anspruch auf Orientierung*, bevor eine Behörde über die Rechte und Pflichten einer Person entscheidet. Hierbei handelt sich um einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29 Abs. 2 BV).⁵ Diesem Anspruch kann je nachdem durch direkte Information der betroffenen Personen oder durch eine an die Allgemeinheit gerichtete öffentliche Bekanntmachung genügt werden. Wie die betroffene Person *nach* der Information durch die Behörde von ihrem Anhörungsrecht Gebrauch macht, interessiert hier nicht. Wichtig ist jedoch die Feststellung, dass die Information nicht nur Voraussetzung ist, damit die betroffenen Personen ihre Rechte wahren können, sondern dass diese Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung den Behörden auch zu sachgerechten Entscheiden verhilft.

Aus dem Recht auf Gehörgewährung ergibt sich zudem als weiteres passives Zugangsrecht der Anspruch auf *Begründung* eines Entscheids.

³ Vgl. SUTTER 2004b, S. 152 f.

⁴ Vgl. HÄNER 2004, S. 7 f.; SUTTER 2004b, S. 151.

⁵ Vgl. HOTZ 2002, Rz. 27.

Dies ermöglicht es den Parteien, den Entscheid zu überprüfen und allenfalls anzufechten. Durch diese Transparenz im Bezug auf die Motive der Behörde werden zudem tendenziell sachfremde Motive zurückgedrängt und eine rechtsgleiche Behandlung gefördert.⁶

Da wir nur diejenigen aktiven Informationsobliegenheiten der Behörden behandeln, denen ein Anspruch von Einzelpersonen auf Information entspricht, fällt mangels eines solchen Anspruchs insbesondere die *behördliche Information vor Sachabstimmungen* ausser Betracht.⁷

Die *aktiven Zugangsrechte* sind dagegen vielfältiger: Wir werden das *verfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht* (Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b EMRK; Art. 29 Abs. 2 BV), das *datenschutzrechtliche Auskunftsrecht* (Art. 8 EMRK; Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 8 DSGVO) und das *allgemeine Zugangsrecht zu Dokumenten* der Behörden (Art. 16 BV) noch näher behandeln.⁸ Letzteres ist vor allem im Zusammenhang mit der für 2006 geplanten Gesetzgebung über die Amtsöffentlichkeit im Kanton Schwyz von Bedeutung. Die aktive Durchsetzung eines passiven Zugangsrechts wird hingegen nicht unter die aktiven Zugangsrechte subsumiert.

Bevor wir uns aber vertieft den aktiven Zugangsrechten zuwenden, folgt zunächst ein Überblick über die schwyzerische Rechtsprechung der letzten 20 Jahre zu den passiven und aktiven Zugangsrechten.

3. Eine Übersicht über passive und aktive Zugangsrechte in der schwyzerischen Rechtsprechung der letzten 20 Jahre

Bei den nun folgenden Ausführungen handelt es sich um eine Rechtsprechungsübersicht. D.h. es geht nicht darum, das gesamte Recht des Kantons Schwyz im Bezug auf die Zugangsrechte darzustellen, sondern einzelne Gesichtspunkte, die in den letzten 20 Jahren (also seit 1986) Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen waren, hervorzuheben.

⁶ HOTZ 2002, Rz. 35.

⁷ Allerdings besteht ein Anspruch darauf, dass die behördliche Information *objektiv* erfolgt. Eine Verletzung dieses Anspruchs kann auf dem Rechtsweg geltend gemacht werden und hat je nachdem auch Rechtsfolgen (vgl. HANGARTNER/KLEY 2000, S. 1025 ff. und 1085 ff.). Zur Rechtslage im Kanton Schwyz vgl. EGV-SZ 2003, B.7.1., Erw. 3; EGV-SZ 1996, Nr. 10; EGV-SZ 1993, Nr. 20; SCHÖNBÄCHLER 1999, S. 199 ff.

⁸ Vgl. für eine systematische Übersicht über diese drei Zugangsrechte aus völker-, bundesverfassungs- und bundesrechtlicher Sicht SCHWEIZER/KRADOLFER/SUTTER 2002.

3.1. Passive Zugangsrechte

„Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beherrscht als verfassungsrechtliches Prinzip die *gesamte* Rechtsordnung, also auch jede Verfahrensordnung. Er gilt für alle Rechtsanwendungsverfahren in allen Rechtsbereichen“.⁹ Dies soll nachfolgend deutlich werden.

3.1.1. Im Strafverfahren

Die Eröffnung einer Strafuntersuchung (§ 59 StPO; SRSZ 233.110) bedarf keiner formellen Verfügung – im Unterschied zur Nichteröffnung (§ 60 Abs. 1 StPO). Dies gilt nicht nur für die Eröffnung der Strafuntersuchung durch den Untersuchungsrichter, sondern auch, wenn der Staatsanwalt aufsichtsrechtlich die Eröffnung der Verfügung gegen den Willen des Untersuchungsrichters anordnet. In beiden Fällen ist die Eröffnung somit nicht beschwerdefähig. Das Kantonsgericht ist jedoch im Rahmen seiner Aufsichtsgewalt befugt, „eine staatsanwaltliche Anordnung auf Eröffnung der Untersuchung von Amtes wegen aufzuheben, wenn die Strafbarkeit klar nicht gegeben wäre oder es an einer Prozessvoraussetzung fehlen würde.“¹⁰ Die angeschuldigte Person hat somit kein Recht, über die Eröffnung der Strafuntersuchung informiert zu werden; dies gilt allerdings nicht für die einzelnen Schritte der Untersuchung, in denen sie aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör immer wieder zu informieren und anzuhören ist.¹¹

Der Untersuchungsrichter hat den Parteien unabhängig von einem Gesuch *nach Abschluss seiner Untersuchung* Mitteilung zu machen, dass die Akten zur Einsicht aufliegen (§ 68 Abs. 1 StPO) und dass sie innert zehn Tagen eine Ergänzung der Untersuchung beantragen können (§ 67 Abs. 1 StPO). Der Parteistatus richtet sich nach § 17 StPO. Von dieser Informationspflicht, die sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt, dürfen weder der Untersuchungsrichter noch die Anklagebehörde abweichen.¹²

Die *Anklage* vermittelt „dem Angeklagten die für die Durchführung des Verfahrens und seine Verteidigung notwendigen Informationen“. Diese Informationsfunktion der Anklageschrift, die dem Angeklagten erst eine

⁹ EGV-SZ 2002, B. 5.1., Erw. 3.e.

¹⁰ EGV-SZ 1999, Nr. 36.

¹¹ Vgl. etwa § 23 Abs. 1 und 2, § 27 Abs. 1 und 2, § 32, § 32a Abs. 1, § 39 Abs. 2, § 45 Abs. 2 und § 66 Abs. 2 StPO. Zur formellen Eröffnung des Untersuchungsverfahrens und ihren rechtlichen Wirkungen vgl. MERZ 1992, S. 67 ff.

¹² EGV-SZ 2001, A. 5.2.

effektive Verteidigung ermöglicht, ergibt sich ebenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es ist infolgedessen nicht zulässig, „mit zusätzlichen oder neu verknüpften, erst im Urteil aufgeführten Tatumständen eine Verurteilung [...] zu begründen.“¹³ „Dabei hat sich das Gericht allerdings nicht etwa sklavisch an den Anklagewortlaut zu halten, sondern es genügt, wenn das Vorkommnis der Anklage in seinen wesentlichen Elementen den Mittelpunkt der zum Urteilsobjekt gemachten Tat darstellt.“¹⁴ Der Richter ist bezüglich des Sachverhalts – nicht aber in dessen rechtlicher Würdigung – an die Anklage gebunden (§ 96 Abs. 1 StPO).¹⁵

3.1.2. Im Verwaltungsverfahren

3.1.2.1. Allgemeines zum nicht-streitigen Verwaltungsverfahren

a) Abklärung des Sachverhalts

Gemäss § 21 Abs. 1 VRP (SRSZ 234.110) muss die Behörde den Parteien das Recht einräumen, „sich zu den für die Verfügung oder den Entscheid massgebenden Tatsachen zu äussern und an den Beweisabnahmen teilzunehmen.“

Im *Vergebungsverfahren* nach der Submissionsverordnung (SubmV; SRSZ 430.110), die mit dem Inkrafttreten des IVöB-Beitrittsbeschlusses am 1. März 2005 aufgehoben worden ist,¹⁶ musste die Vergebungsbehörde den Anbietern im Rahmen der Sachverhaltsabklärung mitteilen, dass sie bezüglich ihres Angebots Vorbehalte hatte, bevor sie den Entscheid fällte. Diese Pflicht erstreckte sich auf alle entscheiderelevanten Tatsachen. Daraufhin war dem betroffenen Anbieter Gelegenheit zu geben, zu diesen Vorbehalten Stellung zu nehmen. Die Säumnisfolgen waren dem Anbieter ausdrücklich anzudrohen. Wurden diese Informationspflichten nicht befolgt, war der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.¹⁷ Übertragen auf das nun geltende Recht der IVöB (SRSZ 430.120.1) bedeutet dies, dass das rechtliche Gehör z.B. gewährt werden muss, wenn die Auftraggeberin der Ansicht ist, dass die eingereich-

¹³ EGV-SZ 2003, A. 5.3.

¹⁴ EGV-SZ 1990, Nr. 49.

¹⁵ EGV-SZ 1990, Nr. 49; EGV-SZ 2003, A. 5.3.

¹⁶ Vgl. § 7 lit. b i.V.m. § 8 Abs. 3 Kantonsratsbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2003, SRSZ 430.120.

¹⁷ EGV-SZ 1988, Nr. 50; EGV-SZ 2003, C. 14.2.

ten Angebote aufeinander abgestimmt sind oder nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen – bevor sie den Auftrag dann allenfalls freihändig vergibt (§ 9 Abs. 1 lit. b VzIVöB; SRSZ 430.130). Ebenso wenn eine Anbieterin von den technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen abweicht, und die Auftraggeberin Zweifel bezüglich der Gleichwertigkeit hat (§ 15 Abs. 3 VzIVöB), oder wenn ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, bei welchem die Auftraggeberin den Verdacht hegt, die Teilnahme- und Auftragsbedingungen könnten nicht eingehalten werden (§ 30 VzIVöB).¹⁸

Das Gleiche gilt vor dem Erlass einer *Vorteilsabgabeverfügung* gemäss Strassenverordnung im Bezug auf die Berechnungsparameter. Zwar sieht § 21 Abs. 3 lit. c VRP vor, dass bei Veranlagungsverfügungen im öffentlichen Abgaberecht keine Anhörungspflicht besteht, doch ist dies nur auf den Regelfall zugeschnitten, dass der Veranlagungsverfügung eine Deklaration des Pflichtigen vorausgeht, in welcher er seinen Standpunkt einbringen kann.¹⁹

§ 21 Abs. 3 lit. e VRP sieht vor, dass zudem von der Gewährung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden kann, wenn dies aus Gründen der *Dringlichkeit* gerechtfertigt ist. Ein Anwendungsfall ist die sogenannte *antizipierte Ersatzvornahme*. Von einer antizipierten Ersatzvornahme spricht man, wenn die Anordnung der Ersatzvornahme mit dem sofortigen Vollzug verknüpft wird, weil Gefahr in Verzug ist oder weil zum vor herein feststeht, dass dem Pflichtigen die rechtlichen oder tatsächlichen Mittel fehlen, um der behördlichen Anordnung nachzukommen. Nur im ersten Fall kann sich die Verweigerung des rechtlichen Gehörs auf § 21 Abs. 2 lit. e VRP stützen. § 79 Abs. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 lit. b VRP ermächtigt die Behörden dementsprechend, von der Ansetzung einer Frist zur Erfüllung abzusehen, wenn Gefahr im Verzug ist. Ist die Dringlichkeit gegeben, wird die vom sofortigen Vollzug betroffene Person also vor vollendete Tatsachen gestellt. Sie kann höchstens durch ein Wiedererwägungsgesuch oder eine Aufsichtsbeschwerde Einfluss zu nehmen versuchen. Danach steht ausserdem der Weg eines Staatshaftungsprozess offen. Von dieser Dringlichkeit nicht mehr betroffen ist hingegen die Verfügung über die Kostentragungspflicht. Diese ist im ordentlichen Verfahren unter Einräumung des rechtlichen Gehörs zu erlassen. Die antizipierte Ersatzvornahme kann der betroffenen Person somit formlos und ohne Anfechtungsmöglichkeit mitgeteilt werden; es genügt der Hin-

¹⁸ Besteht der Verdacht eines Ausschlussgrundes, hat die Anbieterin bei der Sachverhaltsfeststellung sogar *mitzuwirken* oder die Auftraggeberin zur Nachprüfung zu bevollmächtigen (§ 26 Abs. 3 VzIVöB).

¹⁹ EGV-SZ 2002, B. 5.1, insbes. Erw. 3.f.

weis, dass das Verfahren betreffend Kostenaufgabe später erfolgen werde.²⁰

Ähnliches gilt im *Administrativverfahren* nach Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01). Die für den Führerausweisentzug zuständige Behörde hat kein Ermessen, ob sie das rechtliche Gehör gewähren will. Wenn Art. 23 Abs. 1 Satz 2 SVG davon spricht, dass „der Betroffene in der Regel anzuhören ist“, bedeutet das nur, dass infolge Dringlichkeit oder fehlender Handlungsfähigkeit der Ausweis – als vorsorgliche Massnahme – sofort entzogen werden kann und die Gehörsgewährung im ordentlichen Verfahren nachgeholt wird. Und zwar innert kurzer Frist (vgl. § 23 Abs. 2 VRP).²¹

b) Beiladung

Zu beachten ist auch, dass die Behörde eine Drittperson von Amtes wegen (aber auch auf Gesuch dieser Person oder einer Partei hin) als Nebenpartei einbeziehen kann, wenn deren *schützenswerte Interessen* durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich betroffen werden. Da die Verfügung oder der Entscheid auch gegenüber dieser *beigeladenen* Person rechtswirksam wird, ist es folgerichtig, dass sie im Verfahren Parteirechte ausüben kann – auch wenn sie Anträge nur zugunsten oder zu Lasten der Hauptparteien stellen kann (§ 14 VRP).²² Ein Dritter hat insbesondere dann *kein* schützenswertes Interesse, wenn er die Rechtsfrage, die er mit seinem Begehren um Beiladung geklärt haben möchte, in einem anderen Verfahren überprüfen lassen kann, zu welchem er zugelassen ist.²³

c) Eröffnung einer Verfügung²⁴

Zahlreiche verwaltungsrechtliche Erlasse verlangen von den Behörden den Erlass von Verfügungen. Diese schriftlichen Verfügungen sind den Parteien und den Beteiligten per Post oder durch einen damit beauftrag-

²⁰ EGV-SZ 1986, Nr. 12, Erw. 3; EGV-SZ 1991, Nr. 17, Erw. 2.f. TSCHANNEN/ZIMMERLI 2005, § 32 N 27 f., weisen darauf hin, dass dem Störer die Kosten der antizipierten Ersatzvornahme nur auf der Basis einer gesetzlichen Grundlage auferlegt werden können. Das Störerprinzip allein reicht dazu nicht. Im Kanton Schwyz kommt als Rechtsgrundlage allenfalls § 25 Abs. 2 lit. b Polizeiverordnung (SRSZ 520.110) in Frage.

²¹ EGV-SZ 2001, B. 12.1, Erw. 1.c.

²² EGV-SZ 1995, Nr. 1, Erw. 2.

²³ EGV-SZ 1995, Nr. 1, Erw. 3.

²⁴ Zum Begriff der Verfügung gemäss § 6 Abs. 1 VRP vgl. EGV-SZ 1998, Nr. 42.

ten Funktionär zuzustellen. Ist die Zustellung nicht möglich oder handelt es sich um eine Allgemeinverfügung, wird das Dispositiv im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht (§ 33 VRP; vgl. auch § 36 Abs. 1 VzIVöB). So werden beispielsweise Abbruch und Wiederholung eines Vergabeverfahrens den Anbietern mit Verfügung mitgeteilt sowie, wenn es sich um eine offenes oder selektives Verfahren handelt, nach den Vorschriften über die Ausschreibung publiziert (§ 35 Abs. 2 VzIVöB). Die Rechtsprechung anerkennt jedoch z.B. Ausnahmen von der Pflicht der AHV-Ausgleichskasse, die Verfügung über die Beitragsschuld von Arbeitnehmer und Arbeitgeber beiden zuzustellen; dies insbesondere im Fall, dass der von der Nachzahlungsverfügung mitbetroffene Arbeitnehmer Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer des arbeitgebenden Unternehmens ist.²⁵

Sofern ein Vertretungsverhältnis vorliegt, haben die Behörden gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG (SR 172.021) ausschliesslich mit dem Vertreter zu verkehren. Diese Bestimmung findet als allgemeiner Grundsatz des Bundesrechts auch auf das kantonale Verfahren Anwendung. Wird die Verfügung einer Partei in Missachtung dieser Bestimmung persönlich zugestellt, liegt eine mangelhafte Eröffnung vor, aus welcher dieser Partei kein Nachteil erwachsen darf. Trotzdem wird auch diese mangelhafte Eröffnung formell rechtskräftig, wenn die Rechtsmittelfrist vor der Zustellung an den Rechtsvertreter abläuft. Da auch die Berufung auf Formmängel ihre Grenze am Grundsatz von Treu und Glauben findet, muss nach den Umständen des konkreten Einzelfalls geprüft werden, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. So darf sich die Partei nicht darauf verlassen, dass ihr Rechtsvertreter von der Verfügung Kenntnis hat, wenn sie bis kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist von ihm noch nichts gehört hat. Insbesondere beginnen die abgelaufenen Rechtsmittelfristen nicht neu zu laufen und werden auch nicht wiederhergestellt, wenn die Verfügung dem Rechtsvertreter nachträglich noch einmal zugestellt wird, denn es handelt sich um Verwirkungsfristen. Anders ist es, wenn die zweite, richtige Zustellung noch vor Ablauf der Frist erfolgt; dann beginnt die Frist mit dem Empfang der zweiten Sendung neu.²⁶

Diese Rechtsprechung ist aus Sicht der anwaltlichen Praxis nicht unproblematisch: Die Parteien sind oft völlig überfordert, wenn es darum geht, behördliche Verfügungen und Entscheide zu verstehen. Deshalb legen sie diese sofort zur Seite und vertrauen darauf, dass sie von ihren

²⁵ EGV-SZ 2004, B. 2.2. m.w.H. auf frühere kantonale Entscheide mit anderen eine Ausnahme begründenden Konstellationen.

²⁶ EGV-SZ 2000, Nr. 2.

Rechtsvertretern zur gegebenen Zeit über die weiteren Schritte informiert werden. Dies kann insbesondere Folge des Analphabetismus im Erwachsenenalter sein, gilt aber auch für eine grosse Zahl von Menschen ausländischer Herkunft, die die jeweilige Amtssprache nicht gut beherrschen. Ein grosser Teil der Bevölkerung hat auch völlig falsche Vorstellungen bezüglich der Wirkung von Fristen. Es muss deshalb m.E. bei der Einzelfallprüfung zumindest berücksichtigt werden, wie der Informationsaustausch zwischen Partei und Rechtsvertreter normalerweise ablief. Wird der strenge Massstab der Rechtsprechung unterschiedslos angewendet, werden gerade Menschen benachteiligt, welche aufgrund ihrer schlechten Bildung oder sprachlicher Hindernisse im Verkehr mit Behörden auf anwaltliche Hilfe angewiesen sind.

Eine andere, nach den vorstehenden Ausführungen aber schon beantwortete Frage ist, ob sich die Partei die Zustellung an ihren Rechtsvertreter als Zeitpunkt für den Fristenlauf anrechnen lassen muss. Dies wird durch § 16 Abs. 3 VRP eindeutig bejaht. Es ist deshalb Sache der Anwältin oder des Anwalts die Sendung an die Partei weiterzuleiten bzw. sie über deren Inhalt zu unterrichten.²⁷

Ebenso muss der Adressat einer Verfügung den Posteingang so organisieren, dass eingehende Verfügungen rechtzeitig an die zuständige interne Stelle gelangen. Die Behörde ist nicht verpflichtet, Referenznummern des Verfügungsadressaten anzugeben, damit dessen Sachbearbeiter wissen, welche interne Stelle sachlich zuständig ist.²⁸

d) Pflicht zur Begründung von Verfügungen

Die Begründungspflicht für Verfügungen ergibt sich allgemein aus § 31 Abs. 1 lit. e VRP. Demnach ist die verfügende Behörde zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verpflichtet. Ihr Zweck ist, dass abgewiesene Bewerber durch den Verfügungsinhalt in die Lage versetzt werden, ihrerseits die Beschwerde gemäss § 38 Abs. 2 VRP hinreichend zu begründen.²⁹

So verlangte etwa § 20 SubmV, dass die Behörde sämtlichen Bewerbern den Vergebungsbeschluss eröffnet und diesen kurz begründet. Damit wurde die frühere Regelung von § 22 SubmV, die nur eine schriftliche Mitteilung vorsah, 1992 revidiert.³⁰ Im nun geltenden Vergaberecht

²⁷ EGV-SZ 1997, Nr. 2.

²⁸ EGV-SZ 1999, Nr. 3.

²⁹ EGV-SZ 1986, Nr. 41, Erw. 2; EGV-SZ 1992, Nr. 56; EGV-SZ 1993, Nr. 66, Erw. 1.a.

³⁰ EGV-SZ 1986, Nr. 41, Erw. 2 kam jedoch unter Bezugnahme auf § 32 VRP auch unter der alten Ordnung zum selben Ergebnis.

ergibt sich eine summarische Begründungspflicht aus § 36 Abs. 2 VZl-VöB.

3.1.2.2. Allgemeines zum streitigen Verwaltungsverfahren

a) Die Anforderungen an die *Abklärung des Sachverhalts*, bevor ein Entscheid gefällt wird, und an die *Begründung* des Entscheids entsprechen denjenigen bei der Verfügung (vgl. § 21 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 lit. e VRP). Es kann hierzu auf das vorstehende Kapitel verwiesen werden.

b) Aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er auch für das streitige Verwaltungsverfahren in § 21 Abs. 1 VRP festgehalten ist, ergibt sich zwar kein Anspruch auf die *Möglichkeit zur Replik*. Auch das Prinzip der Waffengleichheit gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK „beinhaltet lediglich den Grundsatz, dass den Parteien ausreichende, angemessene und gleiche Gelegenheit zur Stellungnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu geben ist, und dass die eine Partei nicht gegenüber der anderen benachteiligt wird“.³¹ Wenn die Rechtsmittelinstanz aber einen zweiten Schriftenwechsel anordnet (§ 41 VRP), hat sie „die Gegenseite über den Inhalt der Replik (und die neu eingereichten Unterlagen) zu informieren und ihr Gelegenheit zur Einreichung einer Duplik einzuräumen.“³² Ganz generell hat jede Partei das Recht, über Eingaben informiert zu werden und dazu Stellung zu nehmen, wenn darin *erhebliche neue Argumente* vorgebracht werden, auf welche die entscheidende Behörde abzustellen gedenkt. Aus diesen Überlegungen kann sich also durchaus ein Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel ergeben. Dies gilt dann nicht, wenn die beschwerdeführende Person Vorbringen nachholen will, die bereits in der Beschwerdeschrift hätten vorgebracht werden können.³³ Eine *Kritik dieser Rechtsprechung* erfolgt in Kap. 3.1.5.

c) Aufgrund dieser Beschränkung auf entscheidrelevante Akten besteht auch kein Anspruch auf rechtliches Gehör für Akten, die ausschliesslich der *verwaltungsisernen* Meinungsbildung dienen (sog. Hilfsakten). Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht bestätigt.³⁴ Zur Kritik sei ebenfalls auf Kap. 3.1.5. verwiesen.

³¹ EGV-SZ 1992, Nr. 36.

³² EGV-SZ 1997, Nr. 3, Erw. 2.c.

³³ EGV-SZ 1986, Nr. 18, Erw. 1; EGV-SZ 1997, Nr. 3, Erw. 2.b.

³⁴ EGV-SZ 2000, Nr. 10 (mit angehängtem Auszug aus dem Bundesgerichtsurteil 2P.157/1999 vom 18. Januar 2000).

3.1.2.3. Insbesondere im Planungsrecht

Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden sind zwar gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 RPG (SR 700) verpflichtet, die Bevölkerung schon *vor* dem eigentlichen Planaufgabeverfahren zu informieren und diese in geeigneter Form mitwirken zu lassen (vgl. auch § 2 Abs. 1 PBG, SRSZ 400.100); dabei handelt es sich jedoch nicht um einklagbare Ansprüche der Bevölkerung. Der *justiziable Informations- und Mitwirkungsanspruch* der Bevölkerung bei der Erarbeitung der kommunalen Nutzungspläne (Zonen-, Erschliessungs- und Gestaltungspläne) richtet sich vielmehr nach Art. 33 und 34 RPG und nach dem kantonalen Recht (§ 25-31 PBG).³⁵ In Analogie zum Nutzungsplanverfahren ist auch für die Ausscheidung von Grundwasserschutzzonen ein Auflage- und Einspracheverfahren gemäss § 25 ff. PBG durchzuführen (vgl. § 22 Abs. 3 KVzGschG, SRSZ 712.110) – nicht aber ein Mitwirkungsverfahren im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 RPG bzw. § 2 Abs. 1 PBG.³⁶ Und schliesslich muss auch der Aufnahme eines Biotops in eines der Bundesinventare für Biotope von nationaler Bedeutung (vgl. Art. 18a NHG, SR 451, sowie die dazugehörigen Verordnungen, SR 451.31-34) die Gewährung des rechtlichen Gehörs vorgehen.³⁷

„Die Planaufgabe ist Voraussetzung und Beginn des Rechtsschutzes im Planfestsetzungsverfahren und bildet auch Grundlage für die Gewährung des rechtlichen Gehörs im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren.“³⁸ Eine Abänderung des Planentwurfs kann von den Betroffenen nämlich nur durch Einsprache gegen den aufgelegten Planentwurf erwirkt werden. Abänderungsanträge sind an der Gemeindeversammlung nicht mehr zulässig (§ 27 Abs. 2 PBG). Das *individuelle* Rechtsschutzverfahren beginnt also mit der *Planaufgabe* – und nicht erst mit dem Einspracheentscheid, der mit Beschwerde an den Regierungsrat weiter gezogen werden kann.³⁹ Darin zeigt sich die Bedeutung des Planaufgabeverfahrens für die Gewährung des rechtlichen Gehörs.

Der Entwurf von *Gestaltungsplänen* ist im Amtsblatt und in den örtlichen Organen zu publizieren und während 30 Tagen öffentlich aufzulegen (§ 30 Abs. 2 PBG). Wird innert Auflagefrist Einsprache erhoben, und führt das Auflageverfahren zu Änderungen, so ist der Gestaltungsplan *noch einmal* neu zu publizieren und aufzulegen, sofern die Änderungen

³⁵ EGV-SZ 2000, Nr. 58, Erw. 4.

³⁶ EGV-SZ 1999, Nr. 53, Erw. 3.3 (dieser Entscheid erging noch zum alten kantonalen Gewässerschutzrecht, materiell hat sich diesbezüglich jedoch nichts geändert).

³⁷ EGV-SZ 1999, Nr. 54, Erw. 4.

³⁸ EGV-SZ 2000, Nr. 58, Erw. 4.6.

³⁹ EGV-SZ 2000, Nr. 58, Erw. 4.6.2. Vgl. auch EGV-SZ 1992, Nr. 55.

den *verbindlichen Planinhalt* (z.B. Gestaltungsplanperimeter oder Baubegrenzungslinien) zum Gegenstand haben *oder* wenn sie derart einschneidende Auswirkungen auf den *orientierenden Planinhalt* haben, dass einer oder mehrere mit dem Gestaltungsplan verbundene Vorteile entfallen oder beeinträchtigt werden.⁴⁰

3.1.2.4. Insbesondere im Baubewilligungsverfahren

Im Baubewilligungsverfahren kommt eine differenzierende Informationskaskade zur Anwendung: Im *ordentlichen* Verfahren ist das Gesuch während 20 Tagen aufzulegen und die Auflage im Amtsblatt und in ortsüblicher Weise zu publizieren. Zudem ist – abgesehen für Strassenbauten und Wasserverbauungen – ein Baugespann zu erstellen (§ 78 PBG). Das *vereinfachte* Verfahren kann für kleinere Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben angewendet werden, wenn nach Einschätzung der Baubewilligungsbehörde keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden. In diesem Fall erfolgt nur eine schriftliche Anzeige an die direkten Anstösser und an die zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks. Eine Auflage des Baugesuchs und eine Publikation der Auflage finden nicht statt (§ 79 PBG). In beiden Verfahrensarten ist die Information durch die Baubewilligungsbehörde Voraussetzung für die Möglichkeit, am Verfahren teilzunehmen (z.B. durch Einsprache gemäss § 80 PBG). Dadurch können *einerseits* die Parteien ihre eigenen Rechte wahren, *andererseits* wird es der Bewilligungsbehörde ermöglicht, einen sachgerechten Entscheid zu fällen. Ist die Ausschreibung fehlerhaft, muss deshalb die Publikation einer berichtigten Ausschreibung erfolgen, „wenn nicht zweifelsfrei feststeht, dass die Rechtsverfolgungsinteressen Dritter trotzdem gewahrt bleiben“.⁴¹

Die öffentliche Planaufgabe, die Publikation der Auflage und die Aussteckung erfüllen je unterschiedliche Aufgaben, verfolgen aber letztlich alle den Zweck der Information. Den betroffenen Personen kann zugemutet werden, dass sie sich aller dieser Informationen bedienen, um sich ein Bild über das Projekt zu verschaffen. Deshalb muss die Publikation der Auflage nicht alle Details eines Projektes enthalten, sondern es darf vorausgesetzt werden, dass sich betroffene Personen um Einblick in die aufgelegten Unterlagen bemühen und nötigenfalls auch das ausgesteckte Projekt aufsuchen.⁴²

⁴⁰ EGV-SZ 1998, Nr. 50, Erw. 4; EGV-SZ 2002, C. 10.1.

⁴¹ EGV-SZ 1993, Nr. 59, Erw. 1.a.

⁴² EGV-SZ 1993, Nr. 59, Erw. 1.c.

Im *Meldeverfahren* schliesslich, das für geringfügige Bauvorhaben vorgesehen ist, informiert die Bewilligungsbehörde weder die Öffentlichkeit noch die Anstösser, sondern leitet das Gesuch direkt an die kantonale Baukontrolle im Amt für Raumplanung weiter (§ 75 Abs. 6 PBG; § 39 Abs. 1 VVzPBG, SRSZ 400.111). Ist diese der Ansicht, dass das Bauvorhaben materielles Recht verletzt oder in ein anderes Verfahren zu verweisen ist, erhebt sie innert 20 Tagen Widerspruch (§ 75 Abs. 6 PBG; § 39 Abs. 3 VVzPBG).⁴³

Keine Gehörsverletzung stellt es dar, wenn im Baubewilligungs- bzw. Projektgenehmigungsverfahren auf Fragen, die bereits im Planerlassverfahren hätten gerügt werden müssen (und können), nicht mehr eingegangen wird.⁴⁴

3.1.3. Im Zivilrecht und Zivilverfahren

3.1.3.1. Vormundschaftsrecht

a) Art. 374 Abs. 1 ZGB verlangt, dass einer *Entmündigung* wegen Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels oder der Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung die Anhörung der zu entmündigenden Person vorangehen muss. Bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nach Art. 374 Abs. 2 ZGB ist die vorgängige Anhörung der betroffenen Person hingegen davon abhängig, dass sich das Gutachten des Sachverständigen für die Zulässigkeit einer vorgängigen Anhörung ausspricht. D.h. von einer Anhörung kann gemäss Abs. 2 aus medizinischen Gründen abgesehen werden. Der betroffenen Person ist bei der Anhörung nicht nur in allgemeiner Form von der in Aussicht genommenen vormundschaftlichen Massnahme Kenntnis zu geben, sondern ihr sind auch die Einzeltatsachen bekanntzugeben, auf die sich die zuständige Behörde bei ihrem Entscheid stützen will. Diese Anhörung muss durch die entscheidende Behörde erfolgen. Sie ist aufgrund der *Offizialmaxime* obligatorisch, d.h. die betroffene Person ist gestützt auf Art. 374 ZGB zwangsweise vorzuführen, wenn sie auch einer zweiten Vorladung nicht Folge leistet.⁴⁵

b) Art. 374 ZGB spricht nur vom Entmündigungsverfahren. Das Verfahren zur *Aufhebung der Entmündigung* ist dagegen gemäss Art. 434 Abs. 1 ZGB den Kantonen überlassen (vgl. auch Art. 52 SchIT ZGB). Im Kan-

⁴³ Vgl. zum Ganzen HAGENBUCH 1998, insbes. S. 184.

⁴⁴ EGV-SZ 2004, C. 10.1., Erw. 4.4.4.

⁴⁵ EGV-SZ 1993, Nr. 54.

ton Schwyz ist die Aufhebung der Vormundschaft Aufgabe der Vormundschaftsbehörden (§ 28 lit. d EGzZGB). Das Verfahren ist nicht gesondert geregelt. Gemäss kantonaler Rechtsprechung findet Art. 374 ZGB jedoch im Aufhebungsverfahren analog Anwendung.⁴⁶

3.1.3.2. Kostenentscheid

Erscheint eine vorgeladene Partei zu einer Verhandlung nicht innert einer halben Stunde nach dem festgesetzten Zeitpunkt, gilt sie als säumig (§ 127 GO; SRSZ 231.110). Der erschienenen Partei wird als Folge davon „sofort volle Entschädigung“ zugesprochen (§ 128 Abs. 1 GO). Dabei handelt es sich um eine Kausalhaftung der nicht erschienenen Partei für die nutzlosen Kosten der Gegenpartei. Die Entschädigung ist somit unabhängig vom Vorhandensein von Exkulpationsgründen zuzusprechen. Es erübrigt sich folglich die Einräumung des rechtlichen Gehörs, was bedeutet, dass die nicht erschienene Partei *kein passives Informationszugangsrecht* hat.

Dies ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich mit dem Wortlaut von § 128 Abs. 2 GO, welcher im Falle einer Ordnungsbusse (im Unterschied zur Parteientschädigung) der nicht erschienenen Partei ausdrücklich Gelegenheit zur Entschuldigung einräumt, was auf eine bewusste gesetzgeberische Differenzierung zwischen Ordnungsbusse und Parteientschädigung hinweist.⁴⁷

3.1.3.3. Im summarischen Verfahren

Auch im summarischen Verfahren ist das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Jede Partei hat somit z.B. im Rechtsöffnungsverfahren Anspruch, wesentliche neue Vorbringen zu veranlassen.⁴⁸ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Kap. 3.1.5. verwiesen werden – insbesondere was die Strassburger Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK betrifft.

Das Kantonsgericht empfiehlt deshalb, solche summarischen Verfahren mündlich durchzuführen, damit entsprechende Einwände direkt beantwortet werden können.⁴⁹ Auch dies ist aus anwaltlicher Sicht nicht immer unproblematisch, da die klageführende Partei in die Position gerückt

⁴⁶ EGV-SZ 1993, Nr. 53, Erw. 4.

⁴⁷ EGV-SZ 1995, Nr. 26.

⁴⁸ EGV-SZ 1993, Nr. 49.

⁴⁹ EGV-SZ 1993, Nr. 49, Erw. 4. Vgl. dazu EKMR, Bericht im Fall *Kaufmann gegen Belgien*, DR 50, S. 115 f.

wird, dass sie sich in ihrer Klage exponiert,⁵⁰ selbst aber erst vor Gericht die Einwände der Gegenpartei zu hören bekommt, und dann anschließend substantiiert Stellung nehmen sollte. Dabei sollte sie auch alle Urkundenbeweise an der Verhandlung verfügbar haben, um Behauptungen der beklagten Partei entkräften zu können. Um die Chancengleichheit der Parteien zu wahren, sollte das Gericht deshalb dem mündlichen Antrag einer Partei, den schriftlichen Weg zu beschreiten, in der Regel stattgeben.

3.1.4. Ordnungsbussen

§ 23 Abs. 3 VRP ermächtigt die Behörde, in der Verfahrensleitung Ordnungsbussen bis zu 1000 Franken aufzuerlegen. Dabei handelt es sich *nicht* um eine „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 EMRK.⁵¹ Somit richtet sich die Gewährung des rechtlichen Gehörs allein nach dem schweizerischen Verfassungsrecht. Ergibt sich der Disziplinarfehler aus dem im Verfahren aktenkundigen Verhalten der betroffenen Person selbst, erübrigt sich eine Anhörung, wenn davon auszugehen ist, dass sie den Sachverhalt nicht weiter zu erhellen vermag. Dies gilt zumal dann, wenn der Entscheid frei in Wiedererwägung gezogen werden kann bzw. ein Rechtsmittel gegeben ist, das die volle Überprüfung gestattet. Ersteres ist bei Entscheiden über die Ausfällung prozessualer Ordnungsbussen der Fall: Sie können grundsätzlich frei in Wiedererwägung gezogen werden. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs erübrigt sich somit.⁵² Es besteht deshalb *kein passives Informationszugangsrecht*.

3.1.5. Kritik der Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör anhand der Strassburger Rechtsprechung⁵³

Wie die Strassburger Rechtsprechung in den letzten Jahren deutlich machte, unterschätzen die schwyzerischen Gerichte mit der in Kap. 3.1.2.2. und 3.1.3.3. dargestellten Auslegung die Anforderungen

⁵⁰ Auch wenn § 166 Abs. 1 ZPO sich mit einer kurzen Begründung des klägerischen Begehrens begnügt.

⁵¹ EGV-SZ 1993, Nr. 9, Erw. 3. Das Kantonsgericht wandte die sog. *Engel*-Kriterien der Strassburger Rechtsprechung an; dazu jüngst ausführlich HERZOG/LOOSER 2005, S. 136 ff.; JUCHLI/PAGNONCINI 2005, insbes. S. 178 ff.

⁵² EGV-SZ 1993, Nr. 9, Erw. 2.

⁵³ Dieses Kapitel wurde bereits vorab in leicht geänderter Fassung publiziert (vgl. SUTTER 2006).

von Art. 6 EMRK: Im Fall *Nideröst-Huber gegen die Schweiz*⁵⁴ reichte das Kantonsgericht Schwyz in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit eine Stellungnahme zur Berufung beim Bundesgericht ein, die dem Berufungskläger nicht zugestellt wurde. Der Strassburger Gerichtshof entschied, dass nach Art. 6 EMRK alle Unterlagen – unabhängig von ihrem Einfluss auf das Urteil – allen Parteien zur Kenntnis gebracht werden müssen und dass ihnen Gelegenheit zur Antwort eingeräumt werden muss. Diese Rechtsprechung wiederholte er seither in weiteren Fällen, in welchen er eine Verletzung von Art. 6 EMRK aus folgenden Gründen feststellte: Im Fall *F.R. gegen die Schweiz*⁵⁵ leitete das Eidgenössische Versicherungsgericht die Eingabe der Vorinstanz an den Beschwerdeführer weiter, weigerte sich aber, seine anschliessende Stellungnahme zur Kenntnis zu nehmen. Im Fall *Ziegler gegen die Schweiz*⁵⁶ wurde einer Partei im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde vor Bundesgericht das Recht verwehrt, sich zu den Eingaben der Vorinstanz (Kantonsgericht Schwyz) und der Gegenpartei zu äussern. Dies wäre nur zulässig gewesen, wenn das Bundesgericht die entsprechenden Eingaben aus dem Recht gewiesen hätte. Es hatte in seinem Urteil jedoch sogar explizit darauf verwiesen. Im Fall *Spang gegen die Schweiz*⁵⁷ wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht dem Bundesamt für Sozialversicherung zur Stellungnahme vorgelegt. Das Bundesamt gab in seiner Eingabe zwei Dokumente ins Dossier und teilte dem Versicherungsgericht auch seine Einschätzung zum Inhalt dieser Dokumente mit. Die beschwerdeführende Partei wurde zu diesen Vorbringen nicht angehört. Der Gerichtshof machte klar, dass es nicht an den Behörden sei, festzustellen, ob ein Bestandteil des Dossiers entscheidungsrelevant sei. Den Parteien sei bezüglich des gesamten Dossiers Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben – sie entscheiden selbst, welche Akten für sie relevant sind.

Diese Rechtsprechung unterscheidet sich von der eher „paternalistischen“ Auffassung schweizerischer Gerichte, wonach den Parteien nur bezüglich *entscheidungsrelevanter* Tatsachen das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Eine (vermeintliche) Konsequenz der Strassburger Rechtsprechung formulierte das Bundesgericht kürzlich wie folgt: „Bestünde indessen tatsächlich ein unbedingter Anspruch jeder Verfahrenspartei, sich zu jeder Eingabe der Gegenpartei zu äussern, könnte ein Verfahren gar nie abgeschlossen werden, es sei denn, eine Partei würde – vielleicht nach dem x-ten Schriftenwechsel – auf ihr Recht, sich zur letzten Eingabe

⁵⁴ Urteil vom 18. Februar 1997, Reports 1997-I, S. 106 ff.

⁵⁵ Urteil vom 28. Juni 2001.

⁵⁶ Urteil vom 21. Februar 2002.

⁵⁷ Urteil vom 11. Oktober 2005.

be der Gegenpartei zu äussern, ausdrücklich verzichten.“ Das Bundesgericht zieht daraus folgenden Schluss: „Der Anspruch kann daher vernünftigerweise nur in Bezug auf Eingaben gelten, die geeignet sind, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen.“⁵⁸

Der Einwand des Bundesgerichts ist jedoch nicht richtig, weshalb auch die propagierte Lösung aus Lausanne ihre scheinbare Überzeugungskraft verliert: Die entscheidende Behörde macht grundsätzlich nichts falsch, wenn sie sich nach dem *kantonalen Prozessrecht* richtet. Dies bedeutet, dass *bis zum Abschluss* des Schriftenwechsels bzw. der Strafuntersuchung bzw. der verwaltungsbehördlichen Sachverhaltsabklärung zu *jeder* Eingabe, die *Eingang ins Dossier findet*, das rechtliche Gehör gewährt werden muss. Die Gerichte in Zivilrechtssachen etwa haben unzulässige Eingaben im Rahmen ihrer Prozessleitungsfunktion, die sie zur Überwachung der Einhaltung des Verfahrensrechts verpflichtet (§ 48 ZPO; SRSZ 232.110), konsequent aus dem Recht zu weisen. Somit sind nur diese aus dem Recht gewiesene Eingaben und Informationen den Parteien nicht vorzulegen. Die Verweigerung des Gehörs für verwaltungsinterne Hilfsakten (vgl. Kap. 3.1.2.2. c) verstösst deshalb gegen die EMRK, solange diese Akten im Dossier verbleiben. Über die *Erheblichkeit* entscheiden die Parteien nämlich selbst. Deshalb ist z.B. der Wortlaut von § 21 Abs. 1 VRP im Lichte der EMRK-Rechtsprechung nicht unproblematisch: Die Parteien haben gemäss Strassburg nicht nur das Recht, sich zu den für den Entscheid oder für die Verfügung *massgebenden* Tatsachen zu äussern, sondern zu *allen* im Dossier liegenden Tatsachen. Diese schwyzerische Bestimmung kann allenfalls EMRK-konform so verstanden werden, dass man es den Parteien überlässt, was massgebend ist. Allerdings bleibt ein vermutlich unvermeidlicher Problemrest, insofern die Behörden zur Führung eines Nebendossiers über die aus dem Recht gewiesenen Akten verpflichtet ist. Diese Verpflichtung besteht für den Fall, dass die Verfügung oder der Entscheid im Rechtsmittelverfahren überprüft wird.

Handelt es sich um einen Parteienstreit nach Massgabe der Eventualmaxime, wie er vor allem für den Zivilprozess typisch ist, und wird *mit dem letzten Vortrag* oder *mit Abschluss des Schriftenwechsels* noch Neues vorgebracht, so ist der Gegenpartei unter Beschränkung auf diese neuen Punkte noch einmal das rechtliche Gehör zu gewähren. Neue Vorbringen sind in dieser Stellungnahme aber nur noch unter den Bedingungen von § 104 ZPO zulässig. Im Zweifel darf auf ein Novum nicht mehr eingetreten werden.⁵⁹ Zu Noven in der Stellungnahme ist der Ge-

⁵⁸ Urteil 1P.720/2004 vom 11. Mai 2005, E. 2.1.

⁵⁹ FRANK/STRÄULI/MESSMER 1997, § 115 N 1.

genpartei wiederum Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.⁶⁰ Es ist kaum eine Konstellation denkbar, in welcher allfällige in dieser Stellungnahme der Gegenpartei vorgebrachte Noven nach § 104 ZPO noch zulässig wären. Dann ist der Schriftenwechsel, wie ihn das kantonale Prozessrecht vorsieht, abgeschlossen. Die Befürchtung des Bundesgerichts, dass ein unbedingter Anspruch auf rechtliches Gehör zu einem *endlosen* Hin und Her führen muss, ist zusammenfassend nicht berechtigt, wenn die verfahrensleitende Behörde ihre doppelte Filterfunktion (Zulässigkeit der Eingabe; Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Beschränkung auf zulässige Noven) wahrnimmt.

Genau genommen konnte aber seit einiger Zeit nicht mehr von *der* bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Rede sein: Sie galt eigentlich nur noch in der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung. Nachdem sich das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits 1999 der Strassburger Rechtsprechung angeschlossen hatte,⁶¹ folgte ihr 2003 auch die II. Zivilabteilung in einer inzwischen gefestigten Rechtsprechung.⁶² Mit Urteil vom 28. Dezember 2005 hat kürzlich auch die I. Öffentlichrechtliche Abteilung diesen Weg beschritten,⁶³ womit nun endlich von einer einheitlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die der Strassburger Rechtsprechung entspricht, die Rede sein kann. Bedauerlicherweise soll diese jahrelang beharrlich verweigerter Praxisänderung nicht in der Entscheidungssammlung veröffentlicht werden.⁶⁴

Weil Art. 6 EMRK nach Ansicht des Bundesgerichts weiter reicht als Art. 29 Abs. 2 BV, ist es für die Parteien unabdingbar, stets eine Verletzung beider Verfahrensrechtsnormen geltend zu machen.⁶⁵

Aus standesrechtlicher Sicht ist noch auf den neuen Art. 25 der Schweizerischen Standesregeln einzugehen, der besagt: „Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte stellen der Rechtsvertretung der Gegenpartei unaufgefordert Kopien ihrer Eingaben zu, soweit dies nicht durch das Gericht oder die Behörde, bei der die Angelegenheit hängig ist, geschieht oder soweit dadurch nicht der Zweck der Eingabe vereitelt oder gefährdet wird.“ Diese ohnehin umstrittene Bestimmung stellt im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör ein besonderes Problem: Darf eine Rechtsanwältin, die vom Vertreter der Gegenpartei eine Eingabe zugestellt er-

⁶⁰ FRANK/STRÄULI/MESSMER 1997, § 115 N 6.

⁶¹ Urteil H 213 1998 vom 1. Februar 1999, Erw. 1 a = SZIER 1999, S. 553.

⁶² Urteile 5P.446/2003 und 5P.18/2004 vom 2. März 2004, sowie 5P.312/2004 vom 1. November 2004 und 5P.18/2005 vom 15. März 2005.

⁶³ Urteil 1P.784/2005 vom 28. Dezember 2005, Erw. 4.1.

⁶⁴ Kritisch zur bundesgerichtlichen Veröffentlichungspraxis: FLÜHMANN/SUTTER 2003.

⁶⁵ Vgl. auch die Bemerkungen zum Urteil 5P.18/2005 von IVO SCHWANDER, ZZZ 2005, S. 126.

hält, warten, bis sie vom Gericht über den Eingang orientiert und zur Stellungnahme aufgefordert wird? Das Bundesgericht sagt, dass die Rechtsanwältin nicht untätig bleiben darf, wenn sie Kenntnis von der Eingabe hat. Nach Auffassung der Lausanner Richter gilt dies nicht nur für unaufgeforderte Eingaben, sondern auch für den regulären Schriftenwechsel. Beachtet die Rechtsanwältin diese prozessuale Sorgfaltspflicht nicht, liegt keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor.⁶⁶ Aus anwaltlicher Sicht ist es deshalb wichtig, in jedem Fall ein entsprechendes Gesuch zu stellen, wenn die Gegenpartei eine Eingabe zur Kenntnis bringt. Innert welcher Frist dieses Gesuch gestellt werden muss, hängt davon ab, in welchem Verfahren und Verfahrensstadium man sich bewegt. Befindet man sich in einem ordentlichen Verfahren und handelt es sich um eine Eingabe im Rahmen des Schriftenwechsels, kann man sicherlich zehn Tage zuwarten, bis man beim Gericht um Zustellung der Eingabe nachsucht. Handelt es sich hingegen um eine unaufgeforderte Eingabe nach Abschluss des Schriftenwechsels im summarischen Verfahren, ist eine sofortige Reaktion angezeigt.

3.1.6. Vertrauen in die Richtigkeit der behördlichen Informationen

a) Einer Partei, welche sich auf eine *fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung* verlässt und verlassen durfte, darf daraus kein Nachteil erwachsen. „Nur wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung kennt oder sie bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, darf sich nach Treu und Glauben nicht auf diese berufen“.⁶⁷ Ein juristischer Laie, der im Verfahren nicht beanwaltet war, kann die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht ohne weiteres erkennen, sofern auch nicht erstellt ist, dass er sich innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist anwaltlich beraten liess. Als Rechtsfolge ergibt sich in einem solchen Fall, dass auf die innert der in der Rechtsmittelbelehrung genannten Frist eingereichte Beschwerde einzutreten ist.⁶⁸

b) Befindet sich auf einer Verfügung kein Versanddatum, darf die beschwerdeführende Partei bei der *Fristenberechnung* auf die Richtigkeit der Absender- und Datumsangabe vertrauen. D.h. sie darf vom Datum der Verfügung ausgehend annehmen, dass die Verfügung an jenem Tag abgeschickt und somit am nächsten Werktag eingegangen ist, selbst

⁶⁶ Urteil 5P.431/2003 vom 13. Januar 2004, Erw. 1 f.

⁶⁷ EGV-SZ 1992, Nr. 1.

⁶⁸ EGV-SZ 1992, Nr. 1.

wenn das Datum der Verfügung eigentlich dasjenige der Zustellung meinte.⁶⁹

c) Grundsätzlich vermögen behördliche Auskünfte und Zusagen keine vom Gesetz abweichende Behandlung zu rechtfertigen. *Ausnahmsweise* ist das berechnigte Vertrauen aber zu schützen, was bedeutet, dass die *unrichtige Auskunft rechtlich bindend* ist. Es gelten hierfür die allgemeinen Voraussetzungen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung:⁷⁰

- Die Behörde handelte in einer konkreten Situation im Bezug auf eine bestimmte Person und war für die betreffende Auskunft zuständig oder durfte aus zureichenden Gründen für zuständig erachtet werden;⁷¹
- die Unrichtigkeit der Auskunft durfte nicht ohne weiteres erkennbar sein;
- die Person muss im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können;
- die gesetzliche Ordnung darf seit der Auskunfterteilung keine Änderungen erfahren haben (nicht davon erfasst ist die Änderung der Auslegung einer Norm).

Ein Grundeigentümer darf nicht darauf vertrauen, dass ein bestimmtes Grundstück dauernd in jener Bauzone verbleibt, in die es einmal eingewiesen worden ist. Der Vertrauensschutz kann insbesondere infolge Zeitablaufs verloren gehen. Dies bedeutet, dass eine Person, die 13 Jahre nach der behördlichen Zusage einer Ausnahmegewilligung (bezüglich Nichteinhaltung des gesetzlichen Waldabstandes) ein Baugesuch einreicht, nicht einfach Dispositionen treffen darf, ohne sich zuvor noch einmal jener Zusicherung zu vergewissern.⁷² Abgesehen davon steht jede Zusicherung im Bereich des öffentlichen Baurechts unter dem Vorbehalt eines nachfolgenden Baubewilligungsverfahrens und damit von abweichenden Einspracheentscheiden. Schon deshalb darf auf die Verbindlichkeit einer behördlichen Information nicht ohne weiteres vertraut werden.⁷³

⁶⁹ EGV-SZ 1991, Nr. 3, Erw. 2.

⁷⁰ EGV-SZ 1991, Nr. 47, Erw. 6.a.

⁷¹ Nicht erfüllt in: EGV-SZ 1994, Nr. 48, Erw. 5.

⁷² EGV-SZ 1991, Nr. 47, Erw. 7.

⁷³ EGV-SZ 1991, Nr. 47, Erw. 8.d.

3.1.7. Rechtsfolgen der unterlassenen Information – Kritik der „Heilungspraxis“

Für den Fall der Verletzung des rechtlichen Gehörs gibt es eine gefestigte kantonale Rechtsprechung, die sich an den in der Lehre äusserst umstrittenen bundesgerichtlichen Leitsätzen orientiert:

„Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheids veranlasst wird oder nicht (vgl. BGE 125 I 118). Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwer wiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines – allfälligen – Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 126 V 132, mit Hinweisen).“⁷⁴

Fehlt etwa einer Verfügung die Begründung,⁷⁵ war der Regierungsrat noch 1986 der Ansicht, dass dies ein Mangel ist, der im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann. Da die Verfügungsadressatin in diesem Fall die behördliche Begründung erst in der Klageantwort erhält, muss zwingend ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden. Insbesondere in Beschwerdeverfahren, die mit kurzen Fristen darauf angelegt sind (v.a. im Submissionsverfahren), rasch erledigt zu werden, führt dieser zweite Schriftenwechsel jedoch zu einem dem Gebot der Verfahrensökonomie widersprechenden Ergebnis. Dies nahm der Regierungsrat in einem ersten Entscheid noch hin.⁷⁶ 1993 erkannte er dann aber richtig, dass diese Nachsicht negative Folgen hat, weil dadurch „das Erheben von Rechtsmitteln geradezu provoziert wird“. Die Verfügung sei deshalb aufzuheben und durch die Vorinstanz ordentlich zu begründen.⁷⁷

Der Regelfall soll, das macht vorstehendes Zitat deutlich, die Aufhebung des Entscheids bzw. der Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz sein. So entschied der Regierungsrat des Kantons Schwyz in zwei Beschlüssen zum Vormundschaftsrecht.⁷⁸ Wurde der betroffenen

⁷⁴ EGV-SZ 2002, B. 5.1., Erw. 3.d. Vgl. auch EGV-SZ 2001, B. 12.1., Erw. 1.d.; EGV-SZ 1994, Nr. 3 (inkl. angehängtem Bundesgerichtsurteil).

⁷⁵ Vgl. Kap. 3.1.2.1. d).

⁷⁶ EGV-SZ 1986, Nr. 41, Erw. 2. Vgl. auch EGV-SZ 2001, B. 12.1., Erw. 1.d.

⁷⁷ EGV-SZ 1993, Nr. 66.

⁷⁸ Vgl. Kap. 3.1.3.1.

Person im Verfahren über die Aufhebung der Entmündigung das rechtliche Gehör nicht gewährt, liegt ein bedeutender Verfahrensmangel vor. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen, da es *nicht* Aufgabe des Regierungsrates ist, den Verstoss gegen formelles Verfahrensrecht zu heilen und erstinstanzlich eine Anhörung durchzuführen. Die Vorinstanz steht der Sache näher und ist mit den Verhältnissen besser vertraut.⁷⁹ Noch deutlicher äusserte sich der Regierungsrat kurze Zeit davor: Der Entmündigungsentscheid nach Art. 374 ZGB – einer Norm, die wie dargelegt auch im Aufhebungsverfahren analog Anwendung findet – ist *absolut nichtig*, wenn die Behörde zu Unrecht jegliche Anhörung unterlassen hat. Der Gehörsanspruch ist formeller Natur und deshalb vom Nachweis eines materiellen Interesses nicht abhängig. Der Entscheid ist somit auch dann nichtig, wenn eine Anhörung am Entscheid materiell nichts geändert hätte.⁸⁰

Während der Regierungsrat im erstgenannten Beschluss eine Heilung v.a. aufgrund der besseren Vertrautheit der Vorinstanz abzulehnen scheint, vertritt der zweite Beschluss eine strikte Auffassung im Bezug auf die Folgen einer Verletzung des Gehörsanspruchs. Allerdings ist der Regierungsrat in diesem zweiten Beschluss in seiner Wortwahl nicht eindeutig, wenn er einmal von *Nichtigkeit* spricht und ein anderes Mal sagt, der vorinstanzliche Entscheid sei *aufzuheben* (was bei Nichtigkeit ja nicht nötig wäre). Nach herrschender Lehre darf Nichtigkeit nur angenommen werden, wenn der Verfahrensmangel besonders gravierend ist. In der Regel ist deshalb von der Anfechtbarkeit eines fehlerhaft zustande gekommenen Entscheids auszugehen.⁸¹

Die *Zulässigkeit der Heilung* von formellen Fehlern durch die Rechtsmittelinstanz wird vom Bundesgericht mit verfahrensökonomischen Argumenten begründet. Selbst bei schwerwiegenden Mängeln lässt das Bundesgericht die Heilung zu, wenn die Rückweisung zu einem „formalistischen Leerlauf“ führen würde.⁸² Diese Rechtsprechung wird in der *Lehre* – mit ganz wenigen Ausnahmen – grösstenteils *abgelehnt*.⁸³ Das Bundesgericht reagierte darauf immerhin mit der von der schwyzerischen Rechtsprechung übernommenen Einschränkung, dass die Heilung die Ausnahme bleiben müsse.⁸⁴

⁷⁹ EGV-SZ 1993, Nr. 53, Erw. 4.c.

⁸⁰ EGV-SZ 1993, Nr. 54, Erw. 3.f.

⁸¹ SCHINDLER 2005, S. 173 f.

⁸² Vgl. SCHINDLER 2005, S. 174 f. m.w.H.

⁸³ Vgl. die Zusammenstellung der Lehrmeinungen bei SCHINDLER 2005, S. 175 f., Anm. 31.

⁸⁴ SCHINDLER 2005, S. 176.

BENJAMIN SCHINDLER zeigte jüngst deutlich, dass nicht einmal das verfahrensökonomische Argument für die Möglichkeit der Heilung spricht, weil die Disziplin der rechtsanwendenden Behörden und ihrer Adressaten darunter leidet.⁸⁵ Hinzu kommt, dass unser Rechtsverständnis darauf beruht, dass sich erst weist, wie zu entscheiden ist, wenn ein faires Verfahren durchgeführt worden ist. D.h. jeder mit einem Verfahrensfehler behaftete Schritt muss wiederholt werden.⁸⁶

Von dieser Regelfolge der Aufhebung und Rückweisung darf nur abgewichen werden, wenn die drei von SCHINDLER überzeugend hergeleiteten Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind. Demnach ist zu fragen:

- a) Stehen dem Interesse des Beschwerdeführers an einem korrekten Verfahren gleichwertige (meist grundrechtlich geschützte) Interessen des Beschwerdegegners an einem raschen Sachentscheid entgegen?
Wenn ja:
- b) Überwiegen die Interessen an einem raschen Sachentscheid im konkreten Fall die Interessen an einem korrekten Verfahren? *Wenn ja:*
- c) Kann ausgeschlossen werden, dass sich der Verfahrensfehler auf den Entscheid in der Sache ausgewirkt hat?

Nur wenn alle drei Fragen mit Ja beantwortet und mit *ausreichenden Begründungen* versehen werden können, kann von einer Aufhebung und Rückweisung abgesehen werden. Selbst dann aber hat die Rechtsmittelinstanz den Verfahrensfehler festzustellen.⁸⁷ Von einer „Heilung“ sollte selbst dann also nicht mehr die Rede sein. Die Feststellung der Verletzung von formellen Rechten ist nämlich insbesondere bei der Kosten- und Entschädigungsregelung zu berücksichtigen.⁸⁸

Zusammenfassend zeigt der Blick in die publizierte schwyzerische Rechtsprechung, dass die Heilung tatsächlich nur ausnahmsweise zugelassen wird. Allerdings bleibt immer noch der ganz grundsätzliche Vorbehalt gegen die Rede von der „Heilung“ bestehen. Das von SCHINDLER entworfene Prüfschema verdient den Vorzug und bietet gerade auch den Rechtsmittelinstanzen wegen seiner Klarheit einen verlässlichen Massstab.

⁸⁵ SCHINDLER 2005, S. 188 ff.

⁸⁶ SCHINDLER 2005, S. 188.

⁸⁷ SCHINDLER 2005, S. 195.

⁸⁸ SCHINDLER 2005, S. 193.

3.1.8. Die Weigerung der Behörde, eine Verfügung zu erlassen

Ein *Sonderfall unterlassener Information* ist die Weigerung der Behörde, eine Verfügung zu erlassen. Es sind zwei Fälle denkbar: a) Sie informiert die betroffene Person zwar, aber eben nicht in der geforderten Form; b) die Behörde ist für die Bearbeitung eines Gesuchs zuständig, behandelt dieses jedoch nicht, bzw. sie ist nicht zuständig und unterlässt es, den Gesuchsteller über die Unzuständigkeit zu informieren.⁸⁹

In beiden Fällen ist eine Rechtsverweigerungsbeschwerde im Sinne von § 36 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 6 Abs. 2 VRP zulässig, deren Einreichung an keine Frist gebunden ist (§ 47 Abs. 3 VRP).⁹⁰

Zu a) noch folgende Bemerkungen: Es geht hier um Anordnungen einer Behörde, die direkt in die Rechtsstellung einer Person eingreifen. Sie sind stets in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, damit der individuelle Rechtsschutz gewährleistet ist.⁹¹ Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist begründet, wenn das Beharren der betroffenen Person auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist.⁹² Die Rechtsverweigerungsbeschwerde bleibt zudem auch dann begründet, wenn in der Zwischenzeit ein materieller Entscheid in der Sache gefällt wurde, aber über die aufgeworfene Frage, ob die Einwendungen der betroffenen Personen berechtigt sind, noch gar nicht formell entschieden wurde.⁹³

3.2. Aktive Zugangsrechte

In der schwyzerischen Rechtsprechung steht unter den aktiven Zugangsrechten zu behördlichen Informationen ganz eindeutig das *verfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht* im Vordergrund, welches sich ebenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt. Im Weiteren spielen aber auch das *datenschutzrechtliche Auskunftsrecht* und der *allgemeine Zugang zu amtlichen Dokumenten* eine Rolle.

⁸⁹ In EGV-SZ 2003, C. 5.1., Erw. 4 ff. durfte die Behörde auf eine Behandlung der Eingabe verzichten, ohne den Beschwerdeführer über die mangelnde Entscheidbefugnis zu informieren, da ihm aufgrund der Umstände die Unzuständigkeit bekannt sein musste.

⁹⁰ EGV-SZ 2003, C. 5.1., Erw. 1.2.

⁹¹ EGV-SZ 1999, Nr. 7, Erw. 3.d.

⁹² EGV-SZ 1999, Nr. 7, Erw. 3.e.

⁹³ EGV-SZ 1999, Nr. 7, Erw. 3.e.

3.2.1. Verfahrensrechtliches Akteneinsichtsrecht

3.2.1.1. Im Strafverfahren

Nach der ersten untersuchungsrichterlichen Einvernahme und Teilnahme an einzelnen Untersuchungshandlungen ist den Parteien oder ihren Vertretern Akteneinsicht zu gewähren – es sei denn, die Untersuchung würde dadurch beeinträchtigt (§ 66 Abs. 2 StPO). Es ist nicht Aufgabe des Haftprüfungsrichters gemäss § 28 StPO, in die Untersuchungsführung einzugreifen und die Rechtmässigkeit einer Beschränkung der Akteneinsicht zu überprüfen. Gleichwohl hat eine beschränkte Akteneinsicht Konsequenzen für die *Haftprüfung*: Ob die Haft begründet erscheint, ist allein nach Massgabe der Akten zu entscheiden, die der Verteidigung zur Einsicht offen stehen. „Der Angeschuldigte und die Verteidigung haben nämlich einen Anspruch darauf, dass ihnen diejenigen Akten zur Kenntnis gebracht werden, die in bezug auf die Frage der Untersuchungshaft entscheidend sind und ihnen so erlauben die behördlichen Vorbringen mit dem notwendigen Wissen im Haftprüfungsverfahren zu bestreiten“.⁹⁴

Die *passiven* Informationszugangsrechte, die jede angeschuldigte Person im Bezug auf die Tatvorwürfe (§ 23 Abs. 1 StPO), die Haftgründe (§ 27 Abs. 1 StPO) und die Beschwerdemöglichkeit gegen die Anordnung der Untersuchungshaft (§ 27 Abs. 2 StPO) ohnehin hat, werden durch das Akteneinsichtsrecht mit einem *aktiven* Zugangsrecht ergänzt, welches sich über alle Tatsachen, Tatvorwürfe und Haftgründe erstreckt. Dass die Untersuchungsrichterin ihren sonstigen Informationspflichten gerecht wird, bildet gleichzeitig Grundlage für die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts, da die entsprechenden Informationen die Verteidigung meist erst zur Stellung eines Gesuchs um Akteneinsicht bewegen.⁹⁵

Beides zusammengenommen bedeutet, dass die Untersuchungshaft im Haftprüfungsverfahren aufzuheben ist, wenn die Untersuchungsrichterin dem Verteidiger weder konkrete Fakten für die Aufrechterhaltung der Haft nennt noch Akteneinsicht gewährt. Denn es gibt in diesem Fall keine Akten, nach deren Massgabe die Rechtmässigkeit der Haft überprüft werden könnte.⁹⁶

⁹⁴ EGV-SZ 1997, Nr. 39.

⁹⁵ EGV-SZ 2002, A. 5.1., Erw. 3.c.

⁹⁶ EGV-SZ 2002, A. 5.1., Erw. 3.c.

3.2.1.2. Im Verwaltungsverfahren

a) Auf die schwyzerische und bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Anspruch auf rechtliches Gehör für verwaltungsinterne Hilfsakten nicht besteht, auch wenn diese im Dossier liegen, wurde bereits in Kap. 3.1.2.2. c) hingewiesen. Die entsprechende Kritik an dieser Rechtsprechung im Lichte der EMRK wurde in Kap. 3.1.5. vorgetragen.

b) Wird die Anwältin oder der Anwalt von der Klientschaft erst innerhalb der Rechtsmittelfrist kontaktiert und reicht die Zeit bis zum Ablauf dieser Frist nicht aus, um bei der betreffenden Behörde Akteneinsicht zu nehmen bzw. sich die Akten zustellen zu lassen, dann genügt eine Eingabe nicht, die keine Begründung, sondern nur einen Antrag auf Aktenedition und Ansetzung einer Nachfrist für die Einreichung der Begründung enthält. Denn von der Anwältin oder vom Anwalt ist zu verlangen, dass sie oder er „in der fristgerechten Rechtsmitteleingabe nicht nur einen Antrag (ohne jegliche Begründung) stellt, sondern vielmehr noch eine Kurzbegründung anhand der Angaben [der Klientschaft] beifügt.“ Dann ist die Eingabe „genügend begründet“ im Sinne des Verfahrensrechts.⁹⁷

c) § 14 Abs. 1 SubmV versuchte einen *Ausgleich* zwischen dem *Akten-einsichtsrecht* und den berechtigten *Geheimhaltungsinteressen* der Mitbewerber zu finden: „Von einem Bewerber eingereichte Offertunterlagen dürfen ohne sein Einverständnis Mitbewerbern nicht zugänglich gemacht werden. In den Rechtsmittelverfahren darf auf die Bewerbungsunterlagen nur abgestellt werden, wenn vorher den Parteien vom wesentlichen Inhalt Kenntnis und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist.“ Bereits diese Beschränkung des Akteneinsichtsrechts war im Lichte von § 22 VRP und Art. 29 BV eng zu interpretieren. Ging das Geheimhaltungsinteresse vor, durfte die Behörde entweder das betreffende Aktenstück auch nicht beachten oder sie musste der Gegenpartei den wesentlichen Inhalt (z.B. unter Abdeckung der vertraulichen Passagen) bekannt geben. Dazu bedurfte es einer Kooperation zwischen dem Mitbewerber und der Behörde (§ 19 Abs. 1 VRP), indem der Mitbewerber die Geschäftsgeheimnisse qualifiziert und die Behörde die entsprechende Interessenabwägung vornimmt.⁹⁸ Eine analoge Regelung besteht für den Zivilprozess in § 121 ZPO (Schutzmassnahmen).

Nach der nun geltenden IVöB sind im *Vergabeverfahren* das Akteneinsichtsrecht und das Transparenzgebot von Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit der Informationen gemäss Art. 11

⁹⁷ EGV-SZ 1993, Nr. 40.

⁹⁸ Vgl. VGE 627/95 vom 17. November 1995, zit. in: EGV-SZ 1999, Nr. 17, Erw. 5.f.

lit. g IVöB in Einklang zu bringen (vgl. auch § 17 VzIVöB). Der Anwendungsbereich dieses Artikels erstreckt sich jedoch nicht auf das *Beschwerdeverfahren* nach dem Vergabeentscheid. Den Informationsinteressen der unterliegenden Mitbewerbern wird in diesem Fall zunächst durch *passive* Zugangsrechte Genüge getan: Die Vergabebehörde hat innert 72 Tagen den Zuschlag im kantonalen Amtsblatt, im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) oder auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen bekannt zu machen (§ 33 VzIVöB). Anschliessend haben die nicht berücksichtigten Anbieter jedoch ein *aktives* Informationsrecht: Auf ihr Gesuch hin sind ihnen umfangreiche Auskünfte zu erteilen (vgl. die Liste von § 36 Abs. 3 VzIVöB). Gestützt auf diese Informationen wird es den Anbietern möglich, zu entscheiden, ob sie Beschwerde führen wollen.⁹⁹ Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht findet aber in jedem Fall § 22 VRP Anwendung, was – wie vorstehend ausgeführt – zur Folge hat, dass auf ein (im privaten und öffentlichen Interesse) geheim gehaltenes Aktenstück nur zum Nachteil einer Partei abgestellt werden darf, wenn sie zuvor vom wesentlichen Inhalt Kenntnis nehmen konnte.¹⁰⁰ Was dies im Detail für das Vorgehen im Beschwerdeverfahren bedeutet, hat das Verwaltungsgericht ausführlich dargelegt.¹⁰¹

d) Die *Vereinigung* von zwei Verwaltungsbeschwerdeverfahren, die von den Beschwerdeführern separat angestrengt wurden, hat „nicht zur Folge, dass die einen Beschwerdeführer in alle Akten der anderen Beschwerdeführer Einblick nehmen könnten“.¹⁰²

e) Zur sehr spezifischen Frage, welcher Rechtsweg für Akteneinsichtsbegehren im Bereich der beruflichen Vorsorge zu beschreiten ist, kann auf die ausführliche Auslegeordnung des Verwaltungsgerichts verwiesen werden.¹⁰³

3.2.1.3. Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens – insbesondere durch Drittpersonen

⁹⁹ Vgl. zur abweichenden Regelung im alten IVöB-Vollzugserlass: EGV-SZ 1999, Nr. 17, Erw. 6.a.

¹⁰⁰ EGV-SZ 1999, Nr. 17, Erw. 6.b.

¹⁰¹ Vgl. EGV-SZ 1999, Nr. 17, Erw. 7, insbes. die Auslegung von § 22 Abs. 3 VRP für das Submissionsverfahren.

¹⁰² EGV-SZ 2004, B. 1.7., Erw. 1.

¹⁰³ EGV-SZ 2004, B. 3.2.

a) Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht gilt nicht nur in einem hängigen Verfahren, sondern auch *ausserhalb* eines formellen Verfahrens (BGE 113 Ia 1, 4). Eine umfassende Wahrung der Rechte kann es gebieten, dass auch die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens eingesehen werden können. Im Unterschied zur Akteneinsicht in einem hängigen Verfahren besteht der Anspruch aber nur, wenn ein *schutzwürdiges Interesse* glaubhaft gemacht werden kann. Dies gilt auch für Drittpersonen, die am abgeschlossenen Verfahren nicht beteiligt waren. Das glaubhaft gemachte Interesse an der nachträglichen Akteneinsicht ist ebenso wie der Anspruch auf Akteneinsicht im hängigen Verfahren mit entgegenstehenden öffentlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen abzuwägen.¹⁰⁴

b) Ein gemäss § 80 PBG i.V.m. § 65 VRP zur Einsprache befugter Nachbar, der nötigenfalls nachträglich Baueinsprache erheben (§ 80 Abs. 3 PBG) oder die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens verlangen möchte, muss prüfen können, ob die auf dem benachbarten Grundstück erstellte Baute den bewilligten Plänen entspricht. Darin besteht sein schützenswertes Interesse am Einblick in die Akten des abgeschlossenen Baubewilligungsverfahrens.¹⁰⁵ Auch für die Planung einer Baute auf der eigenen Parzelle kann die Kenntnis über die baulichen Verhältnisse auf dem Nachbargrundstück erforderlich sein, welche nur durch Einsichtnahme in die Akten des abgeschlossenen Baubewilligungsverfahrens erlangt werden kann.¹⁰⁶ Im Baubewilligungsverfahren kann in jedem Fall nur ein schützenswertes Interesse glaubhaft machen, wer gemäss § 65 VRP zur Einsprache befugt ist.¹⁰⁷

c) Diesen Grundsätzen entspricht auch die Regelung in der schwyzerischen Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110): Gemäss § 108 Abs. 1 GO sind Drittpersonen nicht berechtigt, in die Protokolle, die Gerichts- und die Untersuchungsakten Einsicht zu nehmen. Im Strafverfahren z.B. gilt als Drittperson, wer nicht Partei im Sinne von § 17 StPO ist.¹⁰⁸ Die Gerichtspräsidenten und die Untersuchungsrichter können jedoch – auf Gesuch einer Drittperson – Ausnahmen bewilligen (§ 108 Abs. 2 GO). In ihrem Gesuch muss die ersuchende Drittperson ein schutzwürdiges Inte-

¹⁰⁴ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 2.a. Wie das Bundesgericht jüngst festgehalten hat, muss dies erst Recht für die Einsicht in Akten aus dem früheren, *eigenen* Konkurs gelten (BGE 130 II 42). Allenfalls wäre in einem solchen Fall auch die Berufung auf das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht möglich (vgl. Kap. 3.2.2. und 4.2.).

¹⁰⁵ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 6.a.

¹⁰⁶ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 6.b.

¹⁰⁷ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 6.c.

¹⁰⁸ EGV-SZ 1999, Nr. 42, Erw. 3.2.

resse glaubhaft machen. Handelt es sich bei der Drittperson um eine Behörde, muss dieses Interesse zudem mit deren Amtsfunktion zusammenhängen.¹⁰⁹

d) *Nicht einschlägig* ist diese Rechtsprechung hingegen für das Begehren eines Nichterben bzw. eines bedingten Erben um *Einsicht in die Akten des Erbschaftsverwalters* gemäss Art. 554 f. ZGB. Der Erbschaftsverwalter als eingesetzter Vertreter ist nämlich Repräsentant eines *privaten* Vermögens. Es geht also nicht um das Verhältnis eines Privaten zum Staat. Es ist deshalb nur die generelle Interessenabwägung massgeblich, die das ZGB getroffen hat, weshalb die Akteneinsicht nur den eigentlichen Erben einzuräumen ist.¹¹⁰ Wer nicht Erbe ist und aus prozessualen Gründen Auskunft über den Nachlass möchte, kann einen Antrag beim Gericht stellen und eine prozessleitende Verfügung verlangen.¹¹¹

3.2.1.4. Die Interessenabwägung

Wie soeben erwähnt, ist das glaubhaft gemachte Interesse an der nachträglichen Akteneinsicht ebenso wie der Anspruch auf Akteneinsicht im hängigen Verfahren mit entgegenstehenden öffentlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen abzuwägen.

Wird dem Kantonstierarzt, der dem Amtsgeheimnis untersteht, in einem Schreiben durch eine Drittperson mitgeteilt, dass auf einem Bauernhof bedenkliche Zustände im Bezug auf den Tierschutz herrschen, so besteht ein *öffentliches* Interesse gegen die Einsichtnahme in dieses Schreiben im anschliessenden Strafverfahren. Dieses öffentliche Interesse besteht darin, dass die Aufsichtsbehörden darauf angewiesen sind, dass sie über mögliche Verstösse gegen die Tierschutzgesetzgebung informiert werden. Die Interessenabwägung könnte nur dann zugunsten der angeschuldigten Person ausfallen, wenn der schwerwiegende Verdacht besteht, die anzeigende Person habe aus niederen Motiven gehandelt. In allen anderen Fällen muss sich die angezeigte Person für allenfalls erlittenen Schaden an den Staat halten. Auch eine Mitteilung des wesentlichen Inhalts dieses Schreibens hat zu unterbleiben, wenn andernfalls Rückschlüsse auf die anzeigende Person möglich wären.¹¹² Dies bedeutet nach dem in Kap. 3.2.1.2. c) Ausgeführten aber, dass die Behörde bei ihrem Entscheid nicht auf dieses Schreiben abstellen darf. Da der Kan-

¹⁰⁹ EGV-SZ 1999, Nr. 42, Erw. 4.3.2.

¹¹⁰ EGV-SZ 1998, Nr. 43, Erw. 3.4.

¹¹¹ EGV-SZ 1998, Nr. 43, Erw. 3.2.

¹¹² EGV-SZ 1986, Nr. 3, Erw. 3.

tonstierarzt aufgrund eines solchen Schreibens aber ohnehin eigene Abklärungen anstellt, die dann zur Grundlage der Verfügung oder des Entscheids werden, bleibt dies in der Sache weitgehend folgenlos.

Private Geheimhaltungsinteressen ergeben sich aus dem durch Art. 28 Abs. 1 ZGB gewährleisteten Persönlichkeitsschutz. Zu nennen wären das Geschäfts-, Steuer-, Bank- und Stimmgeheimnis von Dritten und alle anderen Tatsachen, die zum Geheimbereich zu zählen sind. Ob sich die betroffene Drittperson gegen die Offenlegung der Akten ausspricht, spielt dagegen keine Rolle.¹¹³

3.2.2. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht

In einem Entscheid aus dem Jahre 1998 ging es um die Frage, ob die Einsicht in medizinische Akten, welche die gesuchstellende Person betreffen, vom Inhaber der Datensammlung davon abhängig gemacht werden darf, dass sie im Einvernehmen mit einem Arzt gewährt wird. Art. 8 Abs. 3 Datenschutzgesetz (DSG; SR 235.1) sieht diese Möglichkeit zum Schutz der betroffenen Person vor – sie soll von den Daten in einer Weise Kenntnis nehmen, die ihre eigene Gesundheit nicht gefährdet. Die um Auskunft ersuchende Person soll die Informationen von einer kompetenten Fachperson erläutert bekommen, die ihr bei der Einordnung der Neuigkeiten helfen kann. Um die Einsichtnahme von solchen Rahmenbedingungen abhängig machen zu können, müssen, wie das Verwaltungsgericht richtig festhält, Anhaltspunkte vorliegen, dass die Kenntnisnahme nachteilige Wirkungen auf die betroffene Person haben könnte.¹¹⁴

Allerdings wird aus den publizierten Erwägungen des Verwaltungsgerichts nicht genug deutlich, inwiefern es den Anspruch aus dem Akteneinsichtsrecht oder aus dem Datenschutzrecht ableitet. Auf dieses Verhältnis wird noch in Kap. 4.2. zurückzukommen sein.

Ohnehin gilt es jedoch festzustellen, dass das DSG nur gegenüber *privaten* Inhabern einer Datensammlung und gegenüber den öffentlichen Organen des Bundes Anwendung findet. Der Zugang zu Daten, deren Inhaber öffentliche Organe des Kantons Schwyz sind, richtet sich nach der *kantonalen* Verordnung über den Datenschutz (SRSZ 140.410), welche die Auskunft in § 13 f. regelt. D.h. das Verwaltungsgericht hätte statt auf Art. 8 Abs. 3 DSG auf § 14 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über den Datenschutz abstellen müssen.

¹¹³ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 7.a und b.

¹¹⁴ EGV-SZ 1998, Nr. 1, Erw. 2.d. Vgl. (wenn auch im Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts) das Urteil der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 26. Oktober 2004, in: plädoyer 5/2005, S. 67 f.

3.2.3. Allgemeiner Zugang zu behördlichen Informationen

Die Pläne nach dem RPG sind gemäss Art. 4 Abs. 3 RPG *öffentlich*. Dies bezieht sich auf die Richtpläne der Kantone (Art. 8 RPG), Sachpläne und Konzepte des Bundes (Art. 13 RPG) und grundeigentümergebundene Nutzungspläne von Kantonen und Gemeinden (Art. 14 RPG). D.h. jedermann kann sie „zu üblichen Zeiten ohne Nachweis eines besonderen Interesses einsehen“.¹¹⁵ Dies gilt auch für die Zeit nach der öffentlichen Auflage (also zeitlich unbefristet) und auch dann, wenn die ersuchende Person gegen den Plan keine Einsprache erhob.¹¹⁶

Selbstverständlich können aber auch unter diesem Titel berechnete Geheimhaltungsinteressen den Zugang einschränken.¹¹⁷

Ohne dass die kantonale Rechtsprechung dies anspricht, handelt es sich hierbei um einen grundrechtlich gesicherten Anspruch, sich aus allgemein zugänglichen Quellen aktiv zu unterrichten, wie ihn Art. 16 Abs. 3 BV (Informationsfreiheit) gewährleistet. Darauf wird in Kap. 4.3. noch zurückzukommen sein.

3.2.4. Insbesondere die Öffentlichkeit des Grundbuches

Das Grundbuch hat in Bezug auf die Öffentlichkeit eine Spezialstellung inne, die eine gesonderte Betrachtung rechtfertigt. Dabei ist neben Art. 970 und 970a ZGB auch Art. 106a der Grundbuchverordnung (GBV; 211.432.1) zu beachten. Diese Bestimmungen wurden per 1. Januar bzw. per 1. April 2005 zugunsten einer verbesserten Transparenz geändert. Zunächst einmal gestattet Art. 970a ZGB den Kantonen die Veröffentlichung des Eigentumserwerbs (mit Ausnahmen).

Allgemein öffentlich zugänglich sind die Bezeichnung des Grundstücks und die Grundstückbeschreibung, der Name und die Identifikation des Eigentümers, sowie die Eigentumsform und das Erwerbsdatum (Art. 970 Abs. 2 ZGB). Der Bundesrat wird zudem durch Art. 970 Abs. 3 ZGB ermächtigt, weitere Angaben allgemein öffentlich zugänglich zu erklären (und damit vom Nachweis eines besonderen Interesses zu befreien). Von dieser Kompetenz machte der Bundesrat in Art. 106a GBV Gebrauch: Allgemein öffentlich zugänglich sind die Dienstbarkeiten und Grundlasten, sowie die Anmerkungen (mit gewissen Ausnahmen). Diese aktiven Zugangsrechte sind also ein Anwendungsfall des allgemeinen Zugangs zu behördlichen Informationen gemäss Kap. 3.2.3.

¹¹⁵ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 5.a.

¹¹⁶ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 6.c.

¹¹⁷ EGV-SZ 1993, Nr. 52, Erw. 5.a.

Sodann wird jeder Person in das Grundbuch Einsicht gewährt, die *ein Interesse glaubhaft machen* kann (Art. 970 Abs. 1 ZGB). Handelt es sich um ein *rechtliches* Interesse, so ist eine Beziehung zum entsprechenden Grundstück vorausgesetzt – sei es ein dingliches Recht oder die Absicht, dieses zu erwerben. Ein *tatsächliches* Interesse kann wirtschaftlicher, wissenschaftlicher oder anderer Natur sein – es muss aber in jedem Fall mit Blick auf die Aufgabe des Grundbuches und auf die Ziele, die der Antragsteller verfolgt, schutzwürdig sein. Ob die Vorbereitung eines bevorstehenden Prozesses ein Einsichtsrecht rechtfertigt, ist umstritten und wurde vom Kantonsgericht bisher offengelassen.¹¹⁸ Hingegen ist mit Blick auf den Zweck des Grundbuches die Einsichtnahme nur soweit zulässig, als es um die Publizitätswirkung *dinglicher* Rechte geht. Belege, die *rein schuldrechtliche* Inhalte nachweisen, entfalten nur Wirkungen zwischen den Parteien, weshalb am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte sie nicht über Art. 970 Abs. 2 ZGB einsehen können. Interessieren solche Vertragsinhalte mit Blick auf einen zu führenden Prozess, so hat die Partei im ordentlichen Prozess entsprechende Beweisanträge zu stellen.¹¹⁹

4. Weitere spezifische Fragestellungen zu den aktiven Zugangsrechten

In diesem Kapitel kommen einerseits vereinzelte wichtige Aspekte zur Sprache, die in der schwyzerischen Rechtsprechung der letzten 20 Jahre zu keinen publizierten Entscheiden führten (Kap. 4.1. und 4.2.). Andererseits steht 2006 das Projekt „Amtsöffentlichkeit“ im Kanton Schwyz an, weshalb auf diese Thematik gesondert eingegangen wird (Kap. 4.3.).

4.1. Akteneinsichtsrecht¹²⁰

Eine der umstrittensten Fragen im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht ist, ob es genügt, wenn die Akten nur dem Anwalt bzw. der Anwältin zur Einsicht offen stehen.

¹¹⁸ EGV-SZ 1996, Nr. 29, Erw. 1.

¹¹⁹ EGV-SZ 1996, Nr. 29, Erw. 2. LEUTHARDT 2005, S. 28 ist der Ansicht, dass dieser Fall nach den neuen Bestimmungen des ZGB und der GBV eventuell anders entschieden werden könnte. Ich sehe allerdings weder im ZGB noch in der GBV eine Grundlage für diese Vermutung.

¹²⁰ Dieses Kapitel wurde bereits vorab in leicht geänderter Fassung publiziert (vgl. SUTTER 2006).

Im *Urteil Kamasinski gegen Österreich* hielt der Strassburger Gerichtshof die Akteneinsicht durch den Verteidiger für ausreichend.¹²¹ STEFAN TRECHSEL bezeichnet dieses Urteil zu Recht als „bedauerliche Fehlleistung“.¹²² Die Tendenz der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung, das Minimum, das die EMRK statuiert, zum Maximum im nationalen Recht zu erklären, führt aber dazu, dass sich die Schweizer Gerichte an dieser Entscheidung ausrichten. In einem fast schon unglaublichen Fehlurteil aus dem Jahre 2004 präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung.¹²³ Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Verteidiger kopierte in der Gerichtskanzlei die von der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Haftverlängerungsgesuchs eingereichten Akten und übergab diese im Anschluss an die Haftrichterverhandlung einem Polizeibeamten, der sie dem Angeschuldigten aushändigen sollte. Der Beamte übergab die Kopien jedoch der Verfahrensleitung, welche sich weigerte, sie dem Angeschuldigten auszuhändigen. Die Staatsanwaltschaft stützte sich dabei auf § 103 Abs. 2 und 3 StPO/BS, die da lauten: „(2) Die Staatsanwaltschaft gewährt den Verteidigerinnen und Verteidigern auf Antrag Akteneinsicht. Angeschuldigten ohne Verteidigerin oder Verteidiger wird auf Gesuch gestattet, die Akten unter Aufsicht einzusehen. (3) Die Akteneinsicht darf nur verweigert werden, wenn dadurch die Ermittlungstätigkeit ernsthaft verweigert würde.“ Nach der Argumentation der Staatsanwaltschaft hat eine angeschuldigte Person einzig die Wahl, ob sie sich verteidigen lassen will, womit nur noch der Verteidiger Akteneinsicht nehmen kann, oder ob sie auf die Bestellung eines Verteidigers verzichtet, um selbst Einsicht in die Akten nehmen zu können.

Das Bundesgericht stützte diese Argumentation mit folgenden Überlegungen: „Es würde, wie sich ohne Willkür annehmen lässt, zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen, wenn nicht nur dem Verteidiger, sondern auch noch dem Angeschuldigten persönlich Einsicht in die Akten gewährt werden müsste, und wenn Verfahrensakten an den Angeschuldigten herausgegeben werden müssten, bestünde – wie im angefochtenen Entscheid mit Grund festgehalten wurde – die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der Akten.“¹²⁴ Dies mag ja alles richtig sein, doch hat es mit dem vorliegenden Sachverhalt überhaupt nichts zu tun: Die Kopien hatte der Verteidiger schon gemacht – er wollte sie bloss noch dem Angeschuldigten aushändigen, weshalb kein zusätzlicher Aufwand durch die Akteneinsicht entstanden wäre; da es sich um Kopien

¹²¹ Urteil vom 19. Dezember 1989, Serie A 168, Ziff. 88.

¹²² TRECHSEL 2002, S. 997.

¹²³ Urteil 1P.193/2004 vom 8. November 2004.

¹²⁴ Erw. 2.3.2.

und nicht um die Originalakten handelte, bestand ausserdem auch keine Gefahr, dass die ausgehändigten Akten unvollständig und verändert an die Behörde zurückgegeben werden könnten. Letztere Befürchtung ist ja gerade der Grund, weshalb dem Angeschuldigten ohne Verteidiger die Akteneinsicht nur unter Aufsicht möglich ist.

Es geht aber noch weiter im Text: Das Bundesgericht beruft sich auf BGE 120 Ia 65, welcher besage, „es bedeute keine mit Art. 4 aBV unvereinbare Anwendung der einschlägigen kantonalen Bestimmung, wenn die Behörde den Angeklagten zwingt, über seinen Anwalt die Kopie eines Aktenstücks zu verlangen.“¹²⁵ Soweit so gut: Nichts anderes verlangte der Angeschuldigte im vorliegenden Fall. Erstaunlich ist dann aber, was das Bundesgericht daraus schliessen zu können glaubt: „Daraus ergibt sich, dass es nicht gegen die Garantien von Art. 29 Abs. 2 BV verstösst, wenn der durch einen Anwalt vertretene Angeschuldigte im Vorverfahren keinen Anspruch auf persönliche Akteneinsicht hat.“¹²⁶ Dies folgt daraus jedoch ganz sicher nicht. Stattdessen ist aus dem vorstehend genannten Entscheid zu folgern, dass eine angeschuldigte Person ein Recht auf persönliche Akteneinsicht hat, dass diesem Anspruch aber Genüge getan ist, wenn sie – anstelle der Originalakten – vom bzw. für den Anwalt erstellte Kopien einsehen kann. Genau dieses Vorgehen wählten der Verteidiger und der Angeschuldigte im zu beurteilenden Fall, weshalb das Bundesgericht zur Feststellung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs hätte gelangen müssen.

Warum in jedem Fall sowohl der angeschuldigten Person als auch ihrer Verteidigerin bzw. ihrem Verteidiger das Akteneinsichtsrecht zu gewähren ist, zeigt Trechsel mit den folgenden, überzeugenden Überlegungen: „*Akteneinsicht des Beschuldigten* ist notwendig, weil dem Verteidiger die Kenntnis der wirklichen Tatsachen abgeht. Es ist der Beschuldigte, der in der Regel weiss, was wirklich vorgefallen ist, und der deshalb die Aussagen von Zeugen und anderen Beweismitteln richtig einordnen kann. [...] *Akteneinsicht durch den Verteidiger* ist andererseits unerlässlich, weil er das Recht kennt und die Akten unter dem technischen Gesichtspunkt der Rechtsanwendung durchsehen muss.“¹²⁷ Ohne auf TRECHSEL Bezug zu nehmen, meinte das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil zur Akteneinsicht in eine abgeschlossene Administrativuntersuchung ganz ähnlich: „Nur der Beschwerdeführer selber ist als Kenner der damaligen Verhältnisse in der Lage, den Bericht und seine Folgerungen auf-

¹²⁵ Erw. 2.6.2.

¹²⁶ Erw. 2.6.2.

¹²⁷ TRECHSEL 2002, S. 996 f. Zu allfälligen Schranken – insbesondere zum Schutz des Angeklagten selbst – vgl. die beiden Urteile der Anklagekammer des Kantons St. Gallen, in: plädoyer 5/05, S. 67 ff.

grund der einzelnen Elemente zu würdigen. [...] Die lediglich indirekte und beschränkte Konsultation vermag die eigene Einsicht von Bericht und Materialien nicht zu ersetzen und steht einer erneuten Kenntnissnahme nicht entgegen.¹²⁸

Es ist zu hoffen, dass sich das Bundesgericht dieser Auffassung künftig in jedem Fall bedienen wird. Aufgrund von § 66 Abs. 3 und 4 StPO ist m.E. aber für den Kanton Schwyz klar, dass der Verteidiger bzw. die Verteidigerin das Recht hat, die Akten einzusehen und seine bzw. ihre Mandantschaft mit den Aktenkopien zu bedienen.

4.2. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht

Es wurde bereits festgehalten, dass das DSG nur gegenüber privaten Inhabern einer Datensammlung und gegenüber den öffentlichen Organen des Bundes Anwendung findet. Der Zugang zu Daten, deren Inhaber öffentliche Organe des Kantons Schwyz sind, richtet sich dagegen nach § 13 f. der kantonalen Verordnung über den Datenschutz.

Für allgemeine Ausführungen zu diesem Zugangsrecht sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.¹²⁹ An dieser Stelle soll nur das grosse, aber meist vernachlässigte Potential dieses Zugangsrechts in der anwaltlichen Praxis sichtbar gemacht werden.

Die *Vorteile* gegenüber dem Akteneinsichtsrecht und dem allgemeinen Zugangsrecht zu behördlichen Informationen liegen v.a. in folgenden Punkten:¹³⁰

1. Das Auskunftsrecht ist unbefristet, unverzichtbar und unverjährbar. Jede Behörde ist somit als Inhaberin unabhängig von Fristen zur Auskunft verpflichtet, solange sie die Akten führt (d.h. nicht vernichtet hat).¹³¹
2. Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht setzt im Gegensatz zur *Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens* kein schützenswertes Interesse voraus. Ohne Nachweis eines Interesses ist zwar auch der *allgemeine Zugang zu amtlichen Dokumenten* möglich; im Unterschied dazu gestattet das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht aber die Einsichtnahme in *nicht* allgemein zugängliche, die ersuchende Person selbst betreffende Daten.¹³²

¹²⁸ BGE 129 I 249, 258. Dazu SUTTER 2004a, S. 36.

¹²⁹ SCHWEIZER/KRADOLFER/SUTTER 2002; WERMELINGER 2005, S. 43 ff.

¹³⁰ Die nachfolgende Übersicht bezieht ihre Beispiele v.a. aus der Darstellung von WERMELINGER 2005, S. 45 f.

¹³¹ VPB 62.38; BGE 130 III 42.

¹³² VPB 64.72; BGE 129 I 249.

3. Jede betroffene Person hat Anspruch auf Zustellung von Kopien der Akten, die sie betreffen. Mit der Zustellung an den Rechtsvertreter ist der Anspruch nicht verwirkt.¹³³
4. Mit dem Auskunftsrecht verbunden sind auch ein Recht, die Berichtigung und Vervollständigung der Daten zu verlangen (§ 15 Abs. 1 lit. a der kantonalen Verordnung über den Datenschutz).

Vorausgesetzt ist jeweils einzig, dass es sich um personenbezogene Daten¹³⁴ handelt, die von der um Auskunft ersuchten Behörde bearbeitet werden.¹³⁵ Selbstverständlich gilt das Einsichtsrecht nur für Daten, die über die ersuchende Person selbst bearbeitet werden.¹³⁶

Keine Anwendung findet das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht in hängigen Verfahren der Rechtspflege.¹³⁷ Wann ein solches Verfahren hängig ist, beurteilt sich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht. Im vorprozessualen Stadium kann das Auskunftsrecht *e contrario* jederzeit geltend gemacht werden. Dazu gehört auch das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren; denn dabei handelt es sich nicht um Rechtspflege.¹³⁸

Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht unterliegt der *Einschränkung*, wenn wichtige öffentliche Interessen oder besonders schutzwürdige Interessen Dritter es erfordern (§ 14 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über den Datenschutz). Allerdings gilt auch im Bereich des Datenschutzes das *Verhältnismässigkeitsprinzip*, was bedeutet, dass mildere Massnahmen vor einer vollumfänglichen Verweigerung der Auskunft geprüft werden müssen. In den meisten Fällen sollte den entgegenstehenden Interessen durch die Anonymisierung und Abdeckung einzelner Passagen entsprochen werden können, so dass der ersuchenden Person die Einsicht ermöglicht wird.

¹³³ VPB 62.41.

¹³⁴ Zur Terminologie vgl. WERMELINGER 2005, S. 24 ff.

¹³⁵ Vgl. SCHWEIZER/KRADOLFER/SUTTER 2002, S. 242 f.

¹³⁶ Vgl. den Wortlaut von § 13 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über den Datenschutz.

¹³⁷ § 3 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über den Datenschutz spricht zwar nur von „Verfahren“ und nicht wie Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO von „hängigen“ Verfahren, doch ist dasselbe darunter zu verstehen.

¹³⁸ Vgl. auch WERMELINGER 2005, S. 40. Wie er zeigt, kann dies aber kantonal verschieden sein (so ist etwa im Kanton Luzern auch das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren davon ausgenommen, was als problematisch zu beurteilen ist).

4.3. Das anstehende Projekt eines Öffentlichkeitsgesetzes im Kanton Schwyz

Seit die Informationsfreiheit vom Bundesgericht 1978 erstmals als Bestandteil der Meinungs- und Pressefreiheit anerkannt wurde,¹³⁹ beschränkt sich der Anspruch auf behördliche Informationen auf die Unterrichtung aus „allgemein zugänglichen Quellen“. Wie bereits in Kap. 3.2.3. erwähnt, wurde diese Rechtsprechung mit der Totalrevision in Art. 16 Abs. 3 BV übernommen.¹⁴⁰ Auch aus dem Völkerrecht ergibt sich gemäss der herrschenden Auffassung kein weitergehender Anspruch.¹⁴¹ Dies bedeutet, dass es Sache des Bundes und der Kantone ist, durch Rechtssetzungsakte gewisse Dokumente als allgemein öffentlich zugänglich zu erklären. Es gilt das Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt.

Nachdem lange Zeit Schweden und später die USA relativ einsam die Öffentlichkeit der Verwaltung pflegten, hat sich auf internationaler Ebene in den letzten dreissig Jahren die Überzeugung durchgesetzt, dass eine transparente Verwaltungstätigkeit Voraussetzung und Bestandteil eines demokratischen Rechtsstaates ist. 2001 führte die EU ein Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten ein.¹⁴²

Pionier in der Schweiz war der Kanton Bern, der im Jahre 1993 das Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt einführte. Nachdem festgestellt werden konnte, dass der Staat ob soviel Transparenz nicht paralysiert wird, folgten ab 2001 eine ganze Reihe weiterer Kantone.¹⁴³ Auf Bundesebene existierten zwar schon seit Anfang der 1980er-Jahre entsprechende Projekte,¹⁴⁴ doch angenommen wurde das Öffentlichkeitsprinzip erst in der Schlussabstimmung von National- und Ständerat am 17. Dezember 2004.¹⁴⁵ Das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 152.3) trat am 1. Juli 2006 in Kraft.

Allerdings ist aufgrund des umfangreichen Ausnahmenkatalogs von Art. 7 BGÖ längst Ernüchterung eingetreten. Die Bestimmung lautet:

¹³⁹ BGE 104 Ia 88, 94 und 96 f.

¹⁴⁰ Zur Kritik an dieser tautologischen Rechtsprechung vgl. FLÜHMANN/SUTTER 2003, S. 1026 ff. m.w.H.

¹⁴¹ Dass man dies auch anders sehen kann, zeigen FLÜHMANN/SUTTER 2003, S. 1028 f.

¹⁴² Vgl. zum Ganzen (insbesondere zur Rechtslage in der EU) SUTTER 2002, S. 295 ff. sowie BUNDESRAT 2003, 1968 ff.

¹⁴³ Vgl. zum Ganzen SUTTER 2002, S. 297 f.; BUNDESRAT 2003, 1967; BRUNNER 2003, S. 36; SUTTER 2003, S. 480 ff.; HÄNER 2003, S. 282 ff.

¹⁴⁴ Vgl. HÄNER 2003, S. 281 f.

¹⁴⁵ BBI 2004 7269.

„(1) Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung:

a. die freie Meinungs- und Willensbildung einer diesem Gesetz unterstellten Behörde, eines anderen legislativen oder administrativen Organes oder einer gerichtlichen Instanz wesentlich beeinträchtigt werden kann;

b. die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde;

c. die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann;

d. die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können;

e. die Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen oder zwischen Kantonen beeinträchtigt werden können;

f. die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet werden können;

g. Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können;

h. Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat.

(2) Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.“

Ohnehin findet das BGÖ nur auf die Bundesverwaltung und weitere zum Erlass von Verfügungen berechnete Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, sowie auf die Parlamentsdienste Anwendung (Art. 2 BGÖ). *Nicht* dazu gehören hingegen der Bundesrat¹⁴⁶, das Parlament und die Gerichte des Bundes¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Welche Folgen dies zeitigen wird, tönt die NZZ vom 30. März 2006, S. 13 bereits an: „Die Entscheidungsfindung des Bundesrats, insbesondere Ämterkonsultationen und Mitberichte, bleiben geheim – die Medien werden hier also weiterhin auf Indiskretionen angewiesen sein.“

¹⁴⁷ Allerdings gilt das BGÖ „sinngemäss für das Bundesstrafgericht, soweit dieses administrative Aufgaben erfüllt“ (vgl. Art. 25a Strafgerichtsgesetz, SGG [SR 173.711]). Ana-

Faktisch hat sich deshalb seit dem 1. Juli 2006 nicht viel geändert, da *prima vista* kaum ein Dokument denkbar ist, das von einer der Ausnahmen nicht erfasst werden könnte. Gewisse Hoffnungen, dass der Grundgedanke der Transparenz in der Praxis wenigstens noch teilweise zum Tragen kommt, liegen auf den Ausführungsbestimmungen des Bundesrates und den verwaltungsinternen Weisungen.¹⁴⁸ Dabei werden allfällige Verheimlichungsstrategien der Verwaltung zur Untergrabung der Transparenzvorschriften durch Wachsamkeit zu verhindern sein.¹⁴⁹

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz hat nun im Regierungsprogramm 2005-2008 den Erlass eines Gesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung angekündigt; es steht auch im Gesetzgebungsprogramm 2005-2006. Wie z.B. der Kanton Solothurn 2001 beabsichtigt der Regierungsrat, die Datenschutzgesetzgebung in das Öffentlichkeitsgesetz zu integrieren (sog. Informations- und Datenschutzgesetz [InfoDG]). Dieses Projekt ist in jedem Fall sehr zu begrüßen. Allerdings sollten die Kantonsräte und das juristisch interessierte Publikum sehr sorgsam darüber wachen, dass am Ende nicht dasselbe mickrige Ergebnis wie auf Bundesebene resultiert.

5. Schlussbemerkungen

Der Flug über die aktiven und passiven Zugangsrechte wollte erstens zeigen, wie vielfältig die Möglichkeiten (insbesondere, aber nicht nur, für Anwältinnen und Anwälte) sind, zu behördlichen Informationen zu gelangen. Zweitens wurden die kantonale und die bundesgerichtliche Rechtsprechung kritisch unter die Lupe genommen und Korrekturbedarf aufgezeigt. Und drittens sollte für das im Kanton Schwyz anstehende Projekt eines Öffentlichkeitsgesetzes sensibilisiert werden.

loge Bestimmungen finden sich auch im Bundesgerichtsgesetz (BGG) und im Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG).

¹⁴⁸ Vgl. auch BRUNNER 2003, S. 53; LEUTHARDT 2005. Wenigstens wurden die Ausnahmen durch die Ausführungsverordnung vom 24. Mai 2006 (SR 152.31) nicht noch ausgedehnt.

¹⁴⁹ Vgl. zu diesem Phänomen PASQUIER/VILLENEUVE 2005.

Literaturverzeichnis

BRUNNER STEPHAN C. 2003

Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Patrick Sutter (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich, S. 31 ff.

BUNDESRAT 2003

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl, S. 1963 ff.

FLÜHMANN CAROLINE/SUTTER PATRICK 2003

Kritische Betrachtung der bundesgerichtlichen Veröffentlichungspraxis oder „Wünschbares ist machbar“, AJP, S. 1026 ff.

FRANK RICHARD/STRÄULI HEINZ/MESSMER GEORG 1997

Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich.

HAGENBUCH MICHAEL 1998

Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, EGV-SZ, S. 179 ff.

HÄNER ISABELLE 2003

Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuer Entwicklungen, ZBl 104, S. 281 ff.

HÄNER ISABELLE 2004

Aktive Information und passives Zugangsrecht, URp, S. 3 ff.

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS 2000

Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich.

HERZOG MANUELA/LOOSER MARTIN 2005

Der Einfluss der EMRK im öffentlich-rechtlichen Verfahrensrecht, Eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Patrick Sutter/Ulrich Zelger (Hrsg.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz, Bern, S. 131 ff.

HOTZ REINHOLD 2002

St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV.

JUCHLI PHILIPP/PAGNONCINI GION 2005

Einzelne Aspekte der EMRK-Verfahrensgarantien in der schweizerischen Finanzmarktaufsicht, in: Patrick Sutter/Ulrich Zelger (Hrsg.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz, Bern, S. 171 ff.

LEUTHARDT BEAT 2005

Öffentlichkeitsgesetz: Zu hohe Erwartungen, plädoyer, Heft 4, S. 26 ff.

MERZ ERWIN 1992

Grundzüge und Organisation des strafrechtlichen Untersuchungsverfahrens nach den Rechtspflegeerlassen des Kantons Schwyz, Diss., Zürich.

PASQUIER MARTIAL/VILLENEUVE JEAN-PATRICK 2005

Les stratégies des organisations publiques pour éviter l'accès à l'information, medalex, S. 206 ff.

SCHINDLER BENJAMIN 2005

Die „formelle Natur“ von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der „Heilung“, ZBl 106, S. 169 ff.

SCHÖNBÄCHLER PATRICK 1999

Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, EGV-SZ, S. 191 ff.

SCHWEIZER RAINER J./KRADOLFER DEAN/SUTTER PATRICK 2002

Das Verhältnis von datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsrechten, Verfahrensgerechtigkeit und Amtsöffentlichkeit, in: Bruno Baeriswyl/Beat Rudin (Hrsg.), Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik, Zürich/Baden-Baden/Wien, S. 235 ff.

SUTTER PATRICK 2002

Der Bundesbehörden bald letztes kafkaeskes Schloss: EU-Verordnung und Kantone bringen den Bund unter Zugzwang, AJP, S. 294 ff.

SUTTER PATRICK 2003

Informationszugang in der Schweiz, DuD 2003, S. 480 ff.

SUTTER PATRICK 2004a

Akteneinsicht in Administrativuntersuchungen: BGE 129 I 249 (Urteil 1A.225/2002 vom 27. Mai 2003), recht, S. 31 ff.

SUTTER PATRICK 2004b

Vertrauen durch Informationszugang: Von der Notwendigkeit eines umfassenden Rechts auf Zugang zu amtlichen Informationen, *digma*, S. 150 ff.

SUTTER PATRICK 2006

Aktuelle Bemerkungen zum rechtlichen Gehör aus anwaltlicher Sicht, *Anwaltsrevue*, S. 149 ff.

TRECHSEL STEFAN 2002

Akteneinsicht: Information als Grundlage des fairen Verfahrens, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich, S. 993 ff.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH 2005

Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern.

WERMELINGER AMÉDÉO 2005

Der Datenschutz, Skript zur Vorlesung an der Universität Luzern (Selbstverlag des Autors)

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abholfrist, siebentägige	A	1.1
Ablehnung einer Prorogation	A	3.4
Abstimmungsergebnis (Korporation), Nachzählung	B	16.2
Abwasser (siehe unter Kausalabgaben)		
AHV (Gerichtsferien)	B	1.2
AHV-Mindestbeiträge für Bedürftige	C	7.2
Anfechtungsobjekt		
- Anfechtbarkeit der freihändigen Arbeitsvergabe?	B	11.1
- Anfechtbarkeit eines Begutachtungsauftrages?	B	16.5
- Anfechtbarkeit von Ausschreibungsunterlagen?	B	11.2
Anklagerückzug zur Verfahrensabtretung	A	5.6
Anklageschrift, Beschwerdefähigkeit	A	5.1
Antrag auf Abwahl der Korporationsverwaltung	B	16.3
Anzahlung bei der Ersteigerung	A	6.7
Arbeitslosenversicherung		
- Arbeitslosenkasse als Nebenpartei im Klageverfahren	B	3.2
- Gerichtsferien	B	1.1
Arbeitsvergebung		
- Freihändiges Verfahren im unterschweligen Bereich (Anfechtbarkeit?)	B	11.1
- Nichtanfechtbarkeit von Ausschreibungsunterlagen (und Ausnahme)	B	11.2
- Nichteröffnete Verfügung bleibt rechtsunwirksam	B	11.5
- Widerruf (§ 34 Abs. 1 VRP)	B	11.3
- Zulässigkeit von anbieter-/schlüsselpersonenbezogenen Eignungskriterien	B	11.2
Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung	C	18.1
Aufsichtsrechtliches Handeln des Regierungsrates	C	7.1
Auslieferungshaft	A	5.2
Ausnahmebewilligung ausserhalb der Bauzonen	C	2.4
Ausstandsverfahren nach SchKG	A	6.1
Ausstandsvorschriften (Gestaltungsplanverfahren)	C	10.1

B

Bäuerliches Bodenrecht	
- Gewinnanteilsrecht in der Zwangsversteigerung	A 6.5
- Höchstpreis (Bemessungsgrundlagen für Festsetzung)	B 16.7
- Selbstbewirtschafter (Begriff / Beweislast / Ermittlung Arbeitsaufwand)	B 16.6
Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)	
Bedürftigkeitsrente, altrechtliche	A 2.1
Begutachtungsauftrag (keine Anfechtbarkeit)	B 16.5
Bemessung des amtlichen Honorars, Beschwerdefähigkeit	A 1.2
Beschlagnahme, strafprozessuale; Verhältnis zur Zwangsvollstreckung	A 6.6
Beschwerde gegen Verfügungen der Rektoren und Schulräte der kant. Mittelschulen (Zuständigkeit)	C 8.1
Beschwerdebefugnis (siehe Verfahren, Rechtsmittelbefugnis)	
Betriebungsort	A 6.3
Beweisergänzung	A 5.5
Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen	C 10.1
Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)	C 2.1

E

Eheschutzverfahren, mündliche Verhandlung und Protokollierung	A 2.3
Einschränkung des Rechts auf Familienleben	C 18.1
Einstellung des Strafverfahrens	A 5.5
Ergänzungsleistungen	A 2.1
Erläuterungsbegehren	B 1.15
Ersatzmittel zur Untersuchungshaft	A 5.4
Erschliessungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht)	

F

Familienleben (Anspruch auf Schutz)	C 18.1
Frist (siehe Verfahren)	
Frist zur Stellung des Konkursbegehrens	A 6.8
Führerausweisentzug (siehe Strassenverkehrsrecht)	

G

Gartenteich	C	2.2
Genossame	C	1.1
Gerichtsferien (siehe Verfahren)		
Gerichtsstandsvereinbarung	A	3.4
Gestaltungsplan (siehe Planungs- und Baurecht)		

H

Haftbefehl	A	5.2
Haftbeschwerde, Legitimation	A	5.3
Handänderungssteuer bei Firmenwechsel	B	4.1
Heilung eines Verfahrensmangels im Zivilverfahren	A	3.1
Hinterlegung, sicherheitshalber	A	2.4

I

Immissionsvorschriften	C	2.2
Invalidenversicherung		
- Gerichtsferien	B	1.2
- Valideneinkommen (Nebeneinkünfte)	B	2.2

K

Kantonales Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO)	C	2.1
Kausalabgaberecht		
- Betriebsgebühr für Abwasserentsorgung	B	5.1
- Nichtanwendung einer rechtswidrigen kommunalen Regelung	B	5.1
Kindesschutzmassnahmen (Begutachtungsauftrag ist nicht anfechtbar)	B	16.5
Kindesvermögen (Verwaltung und Verwendung)	C	6.2
Klageanhebung	A	2.2
Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung	A	6.9
Korporationsrecht		
- Antrag auf blasse Abwahl der gesamten Verwaltung ist unzulässig	B	16.3

- Veräußerungs- und Verschleuderungsverbot	C	1.1
- Verfahren bei knappem Abstimmungsergebnis (wann Nachzählung?)	B	16.2
- Zugehörigkeit darf nicht von Namen und Gemeindebürgerrecht abhängig gemacht werden	B	16.1
Kosten (siehe Verfahrensrecht)		
Kostengutsprache für Internatsaufenthalt	C	7.1
Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe	C	7.3

M

Mieterausweisung, Verfahrensart	A	3.2
Mietkaution	A	2.4

N

Nichtanwendung einer rechtswidrigen kommunalen Regelung	B	5.1
Nichtgenehmigung einer Präsidialverfügung, Rechtsfolge	A	4.1

P

Parteientschädigung (siehe Verfahrensrecht)		
Planungs- und Baurecht		
- Abstand (Schwimmbad im Freien braucht keine Abstände einzuhalten)	B	8.8
- Ausnahmegewilligung (gewässerschutzrechtliche)	B	8.11
- Autowaschanlage (Immissionsvorschriften / Betriebszeiten)	B	8.10
- Baulinienplan (Zuständigkeit / Umweltverträglichkeitsprüfung)	B	8.4
- Bestandesgarantie	B	8.11
- Bewilligungspflicht (fahrbarer Weideunterstand)	B	8.7
- Erschliessungsplan: Kostenanteil bei Groberschliessungsstrasse	B	8.1
- Geltungsdauer der Baubewilligung	B	8.5
- Gestaltungsplanänderung: Einsprachebefugnis in Zusammenhang mit Verkehrsimmissionen)	B	8.3
- Gestaltungsplanverfahren: Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche	C	10.1
- Gewachsenes Terrain	B	8.9
- Immissionsvorschriften (Autowaschanlage)	B	8.10

- Kosten- und Entschädigungsfolgen bei rechtswidrigem Verhalten der obsiegenden Partei (bei formeller Baurechtswidrigkeit)	B	8.12
- Nutzungsverbot während nachträglichem Baubewilligungsverfahren	B	8.7
- Planungsgrundlagen (keine akzessorische Überprüfung im konkreten Anwendungsfall)	B	8.11
- Verkehrsanordnung (Groberschliessungsstrasse), Beschwerdebefugnis	B	12.3
- Widerhandlungen, Verjährung der Strafverfolgung	A	4.2
Postlagerungsauftrag	A	1.1
Prozessrechtsverhältnis	A	1.1
	A	6.3

Q

Querulatorische Eingabe	B	1.15
-------------------------	---	------

R

Raschein-Praxis	A	2.5
Rechtliches Gehör	A	3.1
Rechtshängigkeit, Eintritt im Scheidungsverfahren	A	2.2
Rechtshilfe (internationale) in Strafsachen	A	5.7
Rechtsmittelbefugnis (siehe auch Verfahren)	B	1.7
Rechtsmittelfrist (siehe Verfahren)		
Rechtsöffnungsforum, Wohnsitzwechsel	A	6.3
Rechtsöffnungsverfahren, kleines	A	6.4
Rechtsvertretung, unentgeltliche	A	1.2

S

Scheinehe	C	18.1
SchKG-Beschwerdeentscheide, Anfechtbarkeit	A	6.2
Schriftenwechsel im Summarverfahren	A	3.1
Schulabschluss	C	8.1
Schulbrief als Rechtsöffnungstitel	A	6.11
Schultransport (Zumutbarkeit eines Schulweges)	B	10.1
Schutz des Orts- und Landschaftsbildes	C	2.1
Schutzschrift	A	3.3
SKOS-Richtlinien	C	7.3
Sonderschulmassnahmen	C	7.1

Sozialhilfe	
- Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen	B 13.1
- Haushaltsbeitrag bei Konkubinat/Wohngemeinschaft	B 13.2
- Kürzung	C 7.3
- Wohnkosten und situationsbedingte Leistungen	C 7.2
Störerprinzip	C 2.3
Strassenverkehrsrecht	
- Führerausweisentzug (Sicherungsentzug und rechtliches Gehör)	B 12.1
- Parkfelder bei Groberschliessungsstrasse (Beschwerdebefugnis)	B 12.3
- Warnungsentzug mit Nebenbestimmungen?	B 12.2
Streitwert im Ausweisungsverfahren	A 3.2
Strittiger Gerichtsstand im Strafverfahren	A 5.1
Submission (siehe Arbeitsvergebung)	

U

Unentgeltliche Rechtspflege (siehe auch Verfahren)	B 1.14
Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen	A 4.1
Unterhaltsanspruch, Verhältnis zu staatlichen EL	A 2.1

V

Verantwortlichkeit, aktienrechtliche	A 2.5
Veräusserungs- und Verschleuderungsverbot bei Korporationen	C 1.1
Verfahren	
- Anfechtbarkeit der freihändigen Arbeitsvergabe?	B 11.1
- Anfechtbarkeit eines Begutachtungsauftrages? (Kindesschutz)	B 16.5
- Anfechtbarkeit von Ausschreibungsunterlagen?	B 11.2
- Aufschiebende Wirkung (zeitliche Dringlichkeit / Arbeitsvergebung)	B 1.4
	B 1.5
- Erläuterungsbegehren	B 1.15
- Fehlende Prozessvoraussetzung (verspätete Beschwerde)	B 8.5
- Fristen im Sozialversicherungsrecht (unterschiedliche Gerichtsferien)	B 1.1
- Kosten- und Entschädigungsfolgen	
- bei Gegenstandslosigkeit einer Rechtsverzögerungs-Beschwerde	B 1.12

- bei rechtswidrigem Verhalten der obsiegenden Partei (formelle Baurechtswidrigkeit)	B	1.13
- Nebenpartei im Klageverfahren (Arbeitslosenkasse)	B	3.2
- Nichteröffnete Verfügung bleibt rechtsunwirksam	B	11.5
- Parteientschädigung		
- bei Gegenstandslosigkeit einer Rechtsverzögerungs-Beschwerde	B	1.12
- bei rechtswidrigem Verhalten der obsiegenden Partei	B	1.13
- Kombination mit Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung?	B	1.14
- Querulatorische Eingabe (Umgang damit)	B	1.15
- Rechtliches Gehör (Sicherungsentzug)	B	12.1
- Rechtsmittelbefugnis		
- im Zusammenhang mit Verkehrsimmissionen	B	8.3
- nicht bei einer Vormundschaftsbehörde	B	16.4
- von Anstössern bei geplanten Parkfeldern	B	12.3
- Wiederherstellung einer Frist (Bedeutung der Einwilligung der Vorinstanz)	B	1.3
Verjährung (aktienrechtliche Verantwortlichkeit)	A	2.5
Verjährung der Strafverfolgung gestützt auf das PBG	A	4.2
Verrechnung (Mietkaution)	A	2.4
Verwertung von Gemeinschaftsanteilen, Zuständigkeit für die Durchführung der Einigungsverhandlung	A	6.10
Vormundschaft und elterliche Sorge	C	6.1
Vormundschaftsbehörde (keine Beschwerdebefugnis)	B	16.4

W

Wahl des Vormundes	C	6.1
Wegverlegung innerhalb des Gestaltungsplanperimeters	C	10.1
Widerruf nach § 34 Abs.1 VRP (Arbeitsvergebung)	B	11.3
Wiederherstellungsverfügung (Adressat)	C	2.3
Wirtschaftliche Hilfe (Wohnkosten und situationsbedingte Leistungen)	C	7.2

Z

Zahlungseinstellung	A	6.9
Zuständigkeit zur Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen	C	6.1

