

Rechtsprechung

kantons**schwyz** 

Entscheide 2006
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2006

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Gerichtsordnung	1.1 – 1.2
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.9
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.3
4.	Strafrecht	4.1 – 4.3
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.8
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.7
7.	Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 117
1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.3
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	4.1
5.	Kausalabgaben	5.1 – 5.2
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.2
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.4
9.	Enteignungsrecht	9.1
10.	Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.3
12.	Strassenverkehrsrecht	12.1
13.	Sozialhilfe	13.1
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	18.1 – 18.3

C	Regierungsrat	Seite 215
1.	Gemeindewesen	1.1
2.	Baurecht	2.1 – 2.3
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Vormundschaftsrecht	6.1 – 6.2
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Erziehungswesen	–
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	–
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1 – 17.2
18.	Ausländerrecht	18.1
19.	Verschiedenes	–

Sachregister

Seite 275

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 895/05 vom 26. Januar 2006, EGV-SZ 2006, B 7.1). 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 Entscheidungsbegründungsbegehren
- 1.2 Einsicht in Archivakten

2. Zivilrecht

- 2.1 Ehescheidung mit internationalem Bezug
- 2.2 Werkmangel
- 2.3 Verzugszins auf Parteientschädigung
- 2.4 Vermögensverwaltung
- 2.5 Versicherungsvertrag
- 2.6 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
- 2.7 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit
- 2.8 Einspruch gegen Handelsregistereintragung
- 2.9 Baueinsprache

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Baueinsprache
- 3.2 Rechtshängigkeit
- 3.3 Exequatur

4. Strafrecht

- 4.1 Einziehung
- 4.2 Mord
- 4.3 Betäubungsmittel

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Strafantragsberechtigung
- 5.2 Haftregime
- 5.3 Beschlagnahme
- 5.4 Zeugnisverweigerung
- 5.5 Anklageanfechtung
- 5.6 Anklageanfechtung
- 5.7 Anklagerückweisung
- 5.8 Verfahrenseröffnungskosten

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Tilgung von Betreibungsschulden

- 6.2 Rechtsvorschlag
 - 6.3 Rechtsöffnungskognition
 - 6.4 Kleines Rechtsöffnungsverfahren
 - 6.5 Verlustschein
 - 6.6 Neues Vermögen
 - 6.7 Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum
- 7. Beurkundung und Beglaubigung**
- 7.1 Titelführung als Notar

B Verwaltungsgerecht

Seite 117

1. Verfahren

- 1.1 Ausstandsbegehren gegen Gesamtgemeinderat
- 1.2 Ausstand und Vorbefassung im Beschaffungsrecht
- 1.3 Ausstand bei Einsprache an Gesamtbehörde
- 1.4 Ausstand: Befangenheit eines Gutachters
- 1.5 Zuständigkeit: Forderung aus Einzel-Unfallversicherung
- 1.6 Rechtsmittelbefugnis
- 1.7 Befugnis zur Anfechtung eines Initiativbegehrens

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

- 3.1 Unfallversicherung: Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (VVG)
- 3.2 Unfallversicherung: Voreingenommenheit eines Gutachters
- 3.3 Unfallversicherung: Unfallbegriff (ärztlicher Eingriff)

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer

- 4.1 Zustellung der Steuererklärung

5. Kausalabgaben

- 5.1 Vorteilsabgabe nach Strassenverordnung bei Zufahrten
- 5.2 Vorteilsabgabe nach Strassenverordnung bei Unterschreitung des Strassenabstands

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Initiativrecht – Zulässigkeit eines Initiativbegehrens
- 7.2 Demonstrationsfreiheit

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

- 8.1 Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis
- 8.2 Gebäudehöhe
- 8.3 Ortsbildschutz
- 8.4 Strassenabstand

9. Enteignungsrecht

- 9.1 Enteignung und Nutzungsplanung

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Ungewöhnlich niedriges Angebot
- 11.2 Schwerwiegende Rechtsmängel, Verfahrenswahl, Ausstand
- 11.3 Wiederholung der Ausschreibung

12. Strassenverkehrsrecht

- 12.1 Führerausweisentzug

13. Sozialhilfe

- 13.1 Wirtschaftliche Hilfe während der Lehre

18. Verschiedenes

- 18.1 Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (VVG)
- 18.2 Opferhilfe und unentgeltliche Rechtspflege
- 18.3 Kosten für Polizeieinsatz

C Regierungsrat

Seite 215

1. Gemeindegewesen

- 1.1 Antrag des Gemeinderates an die Gemeindeversammlung

2. Baurecht

- 2.1 Nebenbestimmungen zu einer Baubewilligung
- 2.2 Bewilligung eines Weidezaunes für die Pferdehaltung
- 2.3 Umnutzung einer im Wald gelegenen Militärbaracke

3. Umweltschutz

- 3.1 Bauten und Anlagen in einer Grundwasserschutzzone

6. Vormundschaftsrecht

- 6.1 Anfechtung der Wahl einer Beiständin

6.2 Mediation zur Regelung des Besuchsrechts

7. Sozialwesen

7.1 Aufklärungspflicht über den Bezug einer Lebensversicherungsrente

7.2 Wohnungskosten bei einem Konkubinatsverhältnis

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Zuteilung eines Wunschkontrollschildes

17.2 Fahrverbot für Waldstrassen

18. Ausländerrecht

18.1 Familiennachzug für Ausländer mit Niederlassungsbewilligung

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Gerichtsordnung

1.1 Entscheidbegründungsbegehren

- *Rechtsnatur eines Begründungsbegehrens (Erw. 2).*
- *Rechtzeitigkeit, Fristberechnung bei Absendung im Ausland (Erw. 3).*
- *Wiederherstellung (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Urteilsdispositiv erkannte die Zivilkammer des Kantonsgerichtes Schwyz auf Abweisung der Berufung; dem Urteilsdispositiv war eine Kurzbegründung beigefügt. Den Parteien wurde gemäss § 135 Abs. 1 GO angezeigt, dass sie innert nicht erstreckbarer Frist von 20 Tagen seit Zustellung eine Entscheidbegründung verlangen können, andernfalls das vorliegende Dispositiv ohne weitere Mitteilung in Rechtskraft erwächst und ein Rechtsmittel dagegen ausgeschlossen ist. Das klägerische Begründungsersuchen ging am 6. März 2006 beim Kantonsgericht ein; es wurde am 2. März 2006 in Deutschland postalisch aufgegeben. Mit Schreiben vom 10. März 2006 beantragte der Kläger vorsorglich die Wiederherstellung der Frist zur Stellung des Begründungsersuchens.

Aus den Erwägungen:

2. (...). a) Gemäss § 29 GO kann der Präsident über verspätete oder unzulässige Rechtsmittel entscheiden. In diesen Fällen besteht die Verpflichtung zur formellen Entscheidung und es ergeht ein – unter Umständen präsidialer - Nichteintretens- und somit Endentscheid. Vorliegend geht es indessen nicht darum, über die verspätete Einlegung eines Rechtsmittels zu befinden. Auch für den vorliegenden Fall geht der Kläger des ordentlichen Rechtsmittels verlustig, falls sein Begründungsersuchen als verspätet aus dem Recht gewiesen und dem Wiederherstellungsantrag nicht stattgegeben wird; insoweit besteht hinsichtlich der ihn treffenden Rechtsfolgen Kongruenz mit einem Nichteintretensent-

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

A 1.1

scheid gemäss § 29 GO. Wird der Anspruch des Klägers auf Ausfertigung eines Begründungsbegehrens infolge Fristablaufes abgewiesen, wird implizit dessen Anspruch auf Weiterzug des begründeten Urteils verneint; dies führt zur Rechtskraft des bestehenden Dispositivs, stellt daher unzweifelhaft einen Endentscheid in der fraglichen Sache dar und kann somit schwerlich als prozessleitende Entscheidung klassifiziert werden (so ohne weitere Begründung: Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 159 N 8; vgl. auch ZR 77 Nr. 80). (...).

b) (...). Gemäss § 129 Abs. 1 GO kann das Gericht auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen. Die Formulierung Gericht weist nach Ansicht der Kammer auf diejenige Instanz hin, welche über die Rechtzeitigkeit der versäumten Prozesshandlung zu befinden hatte (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., § 199 N 95), was in casu sowohl den präsidialen Entscheid als auch die Zuweisung an die Kammer als zulässig erscheinen lässt. Da vorliegend neben dem Beweis der Rechtzeitigkeit des Begründungsersuchens und für die Frage der Wiederherstellung zudem die Frage nach dem Grad des Verschuldens zu beantworten ist, hierbei durchaus ein Beurteilungsspielraum besteht und die aufgeworfenen Fragen somit nicht nur rein formeller Natur sind, erscheint (...) eine Entscheidung durch die Zivilkammer des Kantonsgerichtes angezeigt.

3. (...). Der Empfang der Gerichtsurkunde wurde durch den Kläger am 10. Februar 2006 bestätigt. Gemäss § 123 Abs. 1 GO begann die Frist, innert derer eine Entscheidungsbegründung verlangt werden kann, am 11. Februar 2006 zu laufen und endete am 2. März 2006.

a) Eine Handlung gilt dann als rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird. Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder für sie der Schweizerischen Post übergeben sein (§ 124 Abs.1 GO). In jedem Fall hat die entsprechende Frist als versäumt zu gelten, wenn die entsprechende Handlung nach Ablauf der Frist vorgenommen worden ist; hierfür ist unerheblich, ob es durch die verspätete Handlung tatsächlich zu einer Verzögerung gekommen ist. Daher ist unerheblich, ob der entsprechende Brief bei Postaufgabe im Inland zur gleichen Zeit bei Gericht eingegangen wäre (was im Übrigen bezweifelt werden muss). (...).

Das Ersuchen des Klägers um Entscheidungsbegründung wurde ausweislich des Briefcouverts unter Verwendung der schweizerischen Wohnsitzadresse am 2. März 2006 der Deutschen Post übergeben. Bei Benützung einer ausländischen Post muss die Sendung entweder am letzten Tag der Frist beim Gericht eingehen oder vor Fristablauf von der Schweizerischen

Post in Empfang genommen werden (Hauser/Schweri, a.a.O., § 193 N 7, BGE 125 V 65 E. 1). Da es sich nicht um einen eingeschriebenen Brief handelt, ist nicht ersichtlich, ob die Voraussetzungen des § 124 GO erfüllt worden sind. Der Beweis der Rechtzeitigkeit obliegt jedoch dem Absender; wenn der Poststempel keine Klarheit schafft, so trägt diejenige Prozesspartei, welche die Prozesshandlung innert Frist vornehmen muss, die Beweislast dafür, dass ihre schriftliche Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist in den Besitz der Schweizerischen Post gelangt ist (BGE 92 II 215f.). (...).

c) Tatsache ist, dass die klägerische Eingabe vom 1. März 2006 beim Gericht am 6. März 2006 einging und diesbezüglich verspätet erfolgte. Da die Eingabe jedoch auf dem postalischen Wege befördert wurde, genügt es, wenn diese vor Fristablauf von der Schweizerischen Post in Empfang genommen worden ist (§ 124 Abs. 1 GO). Ausweislich des Poststempels wurde die Eingabe am 2. März 2006 der Deutschen Post übergeben. Wie bereits ausgeführt, trifft den Kläger die Beweislast dafür, dass seine Briefsendung spätestens am letzten Tag der Frist in den Besitz der Schweizerischen Post gelangt ist. Der Kläger führt hierzu am 10. März 2006 aus, dass sein Schreiben am 2. März 2006 der Schweizerischen Post in Basel übergeben worden sei, da es einen Tag später, am 3. März 2006, im Gerichtspostfach eingegangen sei. Mit Schreiben vom 26. März 2006 erklärt er, dass ihm mündlich bestätigt worden sei, dass die Briefpost für die Schweiz stets am gleichen Tag der Aufgabe des Briefes auf direktem Wege vom Bahnhof B. nach Basel/Schweiz überstellt werde und die Eingabe folglich noch am gleichen Tag der Schweizer Post übergeben worden sei. Mit Schreiben vom 27. April 2006 wiederholt der Kläger nochmals die entsprechenden Ausführungen vom 26. März 2006 und fügt hinzu, dass er diese Auskunft mehrfach mündlich erhalten habe und diese auf Erfahrungswerten basiere, welche die Deutsche Post eingeholt habe. Im Übrigen führt er wiederholend aus, dass die entsprechende Eingabe schon am 3. März 2006 bei Gericht eingegangen sei und nur wegen des Wochenendes den gerichtlichen Eingangstempel vom 6. März 2006 erhalten habe.

(...). Ob diese [die Eingabe] schon früher, nämlich wie vom Kläger behauptet am 3. März 2006, beim Postamt in Schwyz eingegangen ist, ist im vorliegenden Falle unerheblich (...). Im Übrigen ist nicht erstellt, dass selbst für den Fall, dass das entsprechende Schreiben im Laufe des 3. März 2006 beim Postamt in Schwyz eingegangen wäre, dieses noch am 2. März 2006 der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Einzig hierauf kommt es jedoch an. Hierzu vermag der Kläger jedoch nichts vorzubringen, was geeignet wäre, den entsprechenden Beweis zu erbringen. Lediglich behauptete mündliche Bestätigungen der Deutschen Post,

A 1.1

basierend auf angeblichen Erfahrungswerten, sind nicht geeignet, den Beweis der rechtzeitigen Übergabe an die Schweizerische Post zu führen, weshalb im Ergebnis der Beweis für die rechtzeitige Übergabe durch den Kläger nicht erbracht worden ist. (...). Die Folgen dieser Beweislosigkeit treffen in casu den Kläger, weshalb dessen Eingabe vom 1. März 2006 (Stempel der Deutschen Post vom 2. März 2006) als verspätet aus dem Recht zu weisen ist.

4. Mit Schreiben vom 10. März 2006 begehrt der Kläger die Wiederherstellung der Frist, innert welcher die Ausfertigung der Entscheidbegründung verlangt werden kann. Er begründet sein Wiederherstellungsgesuch mit der Tatsache, dass seine Schwiegermutter in Deutschland plötzlich verstorben und er daher genötigt gewesen sei, am 28. Februar 2006 nach Deutschland abzureisen. Den Antrag auf Entscheidbegründung habe er am 2. März anlässlich der geplanten Rückreise bei der Poststelle in Basel der Schweizerischen Post zur Weiterbeförderung übergeben wollen. Diese Rückreise habe er jedoch wegen starker Schneestürme und dadurch ausgelöster Staus auf der Autobahn nicht angetreten, weshalb er den Brief am Morgen des 2. März 2006 der Deutschen Post in B. übergeben habe. Zudem habe er nicht gewusst, dass nur die Übergabe an die Schweizerische Post als fristwährend im Sinne von § 124 GO angesehen werde, da er juristischer Laie betreffend die Schweizer Gesetzgebung sei. (...). Hätte er den Brief am 2. März 2006 bei einem Schweizer Postamt aufgegeben, wäre er vermutlich auch nicht eher in den Besitz des Gerichtes gelangt, weshalb im Ergebnis kein Unterschied bestehe, ob das Schreiben in Deutschland oder aber der Schweiz aufgegeben worden sei.

a) Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen (vgl. § 129 GO). Eine Fristwiederherstellung ist abzulehnen, wenn keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestehen und auch nicht weiter belegt ist, dass der Rechtssuchende nicht imstande gewesen wäre, trotz der Behinderung fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen (BGE 112 V 255 f. mit weiteren Hinweisen). Bei der Versäumung einer richterlichen Frist werden in der Regel hinsichtlich der Sorgfaltspflichten einer Partei geringere Anforderungen gestellt, als wenn eine gesetzliche Frist versäumt worden ist (Hauser/Schweri, a.a.O., § 199 N 14). (...).

b) Laut Auskunft der Gemeindeverwaltung H. verstarb die Schwiegermutter des Klägers am 25. Februar 2006. Der Kläger führt aus, dass er

am 28. Februar 2006 die Fahrt nach H. angetreten habe. Die Eingabe habe er am 1. März 2006 dort verfasst und geplant, diese anlässlich der geplanten Rückreise am 2. März 2006 der Schweizerischen Post zu übergeben.

Am Tag seiner Abreise nach Deutschland hatte der Kläger schon 18 Tage Kenntnis von der Möglichkeit, eine Entscheidungsbegründung zu verlangen. Zudem ist davon auszugehen, dass ihm seit dem 25. Februar bekannt war, dass seine Schwiegermutter verstorben und seine Anwesenheit in Deutschland erforderlich war. Das Gesuch um Ausfertigung einer Entscheidungsbegründung bedarf eines geschätzten Arbeitsaufwandes von ca. 5 Minuten, weshalb nicht nachvollziehbar ist, dass der Kläger nicht imstande gewesen sein soll, trotz der bevorstehenden Abwesenheit fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit seiner Interessenwahrung zu beauftragen. Es ist ihm unter diesen Umständen das Verschulden anzulasten, nicht rechtzeitig das Begründungsgesuch angefertigt und der Schweizerischen Post übergeben zu haben.

Auch angesichts der genaueren Umstände ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger nicht imstande gewesen sein soll, (...) nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen. Vielmehr, und dies deckt sich auch mit den eigenen Ausführungen des Klägers, ist in casu davon auszugehen, dass der Kläger in angeblicher Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen die Frist versäumt hat, stellte er ein entsprechendes Gesuch um Fristwiederherstellung doch erst, nachdem er auf das Fristversäumnis und nochmals auf die entsprechenden Vorschriften aufmerksam gemacht und ihm der Nachweis der Rechtzeitigkeit der Handlung auferlegt worden ist. Die Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen und der damit einhergehende Rechtsirrtum steht jedoch in keinem Zusammenhang mit dem Tod der Schwiegermutter oder der vermeintlichen Unmöglichkeit der rechtzeitigen Rückreise in die Schweiz, sondern liegt ausschliesslich in der Person des Klägers begründet. Da die Formvorschrift zudem klar aus dem Gesetz hervorgeht und der Kläger sogar ausdrücklich auf die Vorschrift des § 124 GO hingewiesen worden ist, ist sein Verschulden als schwer zu klassifizieren und das Wiederherstellungsgesuch abzuweisen.

(Beschluss vom 12. Juni 2006, ZK 2005 39).

1.2 Einsicht in Archivakten

- *Öffnung von gesperrten Archivakten zu Forschungszwecken (Erw. 2 - 3).*

A 2.1

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 7 Abs. 3 der ArchV (SRSZ 140.611) gilt für das Archivgut der Gerichte ab 1848 eine generelle Sperrfrist. Ausnahmen können das zuständige Gericht und das Kantonsgericht bewilligen. § 108 Abs. 2 GO erklärt die Gerichtspräsidenten für zuständig. Demnach fällt der Entscheid über das vorliegende Gesuch in die Kompetenz des Kantonsgerichtspräsidenten, weshalb darauf einzutreten ist. Ausgenommen sind indes Polizeiakten, die allein durch das Polizeikommando verwahrt werden und für die eine Gesuchstellung an das Militär- und Polizeidepartement erforderlich wäre; allerdings ist davon auszugehen, dass bei allen angesprochenen Tötungsdelikten Untersuchungsakten bestehen und archiviert wurden.

3. Die gesetzlich vorgesehene generelle Sperrfrist dient dem Persönlichkeitsschutz. Dagegen sind die Interessen von Autoren und Forschern gestützt auf die Informations- (Art. 16 Abs. 3 BV) und die Forschungsfreiheit (Art. 20 BV) abzuwägen. Beide Freiheiten gewähren dabei keinen unbedingten Anspruch auf Einsichtnahme in Akten abgeschlossener Gerichtsverfahren (vgl. Verfügungen GP 2006 43 vom 12.11.2006 und KG 517/01 GP vom 5.3.2002).

Vorliegend ist die Anonymisierung der verwendeten Daten von Beginn weg vorgesehen, sodass der Bewilligung keine Gründe entgegenstehen, zumal die mit der Datenerhebung beauftragten Personen in Bezug auf ihre Wahrnehmungen der Schweigepflicht unterliegen (vgl. § 8 Abs. 1 ArchV). Das Nationalfondsprojekt verdient auch seitens der Justizbehörden die gebührende Unterstützung, nachdem die Forschungsergebnisse im öffentlichen Interesse, insbesondere auch der Justiz, liegen.

(Verfügung vom 10. November 2006, GP 2006 46).

2. Zivilrecht

2.1 Ehescheidung mit internationalem Bezug

- *Internationale Zustellungen und Pflicht zur Bezeichnung eines inländischen Zustelldomizils (Erw. 2).*
- *Säumnis und zulässige neue Vorbringen im Rahmen der Officialmaxime (Erw. 3).*
- *Kinderanhörung; Besuchsrecht nach ausländischem Statut (Erw. 3 - 4).*

- *Unterhaltsstatut nach UStÜ und Unterhaltsbemessung in concreto (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

1. Die örtliche Zuständigkeit der schwyzerischen Gerichte für die vorliegende Scheidungsklage zwischen dem Kläger und der in Österreich wohnhaften Beklagten ist nicht bestritten. (...).

2. (...).

a) Eine Partei, an die im Inland keine Zustellungen erfolgen können, kann verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen. Wenn sie der gerichtlichen Aufforderung nicht nachkommt, können die Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder unterbleiben (§ 29 ZPO). Eine analoge Regelung findet sich im Bundesrechtspflegegesetz (§ 29 Abs. 4 OG; SR173.110): Danach haben Parteien, die im Ausland wohnen, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu verzeigen. Wird dieser Auflage nicht Folge geleistet, können die Zustellungen unterbleiben oder auf dem Ediktalweg erfolgen.

b) Die Beklagte hat den Erhalt der Verfügung vom 11. Juli 2005 betr. Bezeichnung eines inländischen Zustellungsempfängers am 1. August 2005 unterschriftlich anerkannt. Die Zustellung erfolgte mittels postalischem Rückschein direkt an die Beklagte, was den Zustellungsanforderungen von gerichtlichen Schriftstücken zwischen der Schweiz und Österreich genügt (vgl. Rechtshilfeführer der Abteilung Internationale Rechtshilfe des Bundesamtes für Justiz www.rhf.admin.ch/rhf/d/service/recht/index.htm, insbesondere unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 des Vertrages zwischen Österreich und der Schweiz zur Ergänzung des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betr. Zivilprozessrecht, SR 0.274.181.631). Der Wortlaut von § 29 ZPO mit der Androhung, im Falle der Unterlassung der Bezeichnung eines Zustellungsempfängers könnten die Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder unterbleiben, wurde der Beklagten demnach rechtmässig zur Kenntnis gebracht. Innert Frist hat sie kein schweizerisches Zustellungsdomizil bezeichnet.

c) Die Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz beschleunigt das Verfahren und vermeidet regelmässig aufwändige Zustellungen über gerichtliche Behörden an eine Partei im Ausland. Es besteht deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Einhaltung dieser Prozess-

A 2.1

norm. Die Anwendung von § 29 ZPO verstösst weder gegen das Verbot des überspitzten Formalismus noch gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. so ausdrücklich zu § 29 SZ-ZPO der Entscheid des Bundesgerichts: BGer 5.P.73/2004 Erw. 2.2-2.3 vom 4. Mai 2004). Hat eine Partei von den entsprechenden Säumnisfolgen Kenntnis und unterlässt sie in der Folge die Bezeichnung eines Zustellungsempfängers, so wird ihr dies praxismässig als grobes Verschulden angelastet (RK2 2005 51 vom 20. Juni 2005 Erw. 4.d; KG 289/03 RK 1 vom 25. August 2003 Erw. 3.a und b; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 2 ff. zu § 30).

Zum vorneherein unbegründet ist der beklagtsche Einwand, die Säumnisandrohung durch die Vorinstanz, wonach im Unterlassungsfall Zustellungen nur unterbleiben können, aber nicht müssen, sei ungenügend. Die Androhung entsprach vorliegend dem Wortlaut von § 29 ZPO und war eindeutig und klar. Wem angedroht wird, dass im Falle einer Unterlassung „Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder unterbleiben können“, weiss um die Konsequenz seiner Unterlassung oder muss darum wissen: Er muss damit rechnen, dass das Gericht überhaupt auf die Zustellung von gerichtlichen Akten oder Entscheiden an ihn verzichten kann.

d) Die Beklagte lässt vorbringen, sie wohne im Nachbarstaat Österreich und dort im grenznahen Feldkirch, womit postalische Zustellungen ohne weiteres möglich seien und keine nennenswerten zusätzlichen Umtriebe gegenüber einer Zustellung in der Schweiz mit sich bringen würden. Bezeichnenderweise habe denn auch im konkreten Fall die Fristansetzung zur Klageantwort bzw. Zustellungsdomizilbezeichnung problemlos auf dem Postweg zugestellt werden können. Sinngemäss rügt sie damit, im konkreten Fall führe die Anwendung von § 29 ZPO zu einer nicht gerechtfertigten prozessualen Formstrenge, die keinem schutzwürdigen Interesse diene.

Dass die postalische Auslandzustellung auch in das grenznahe Österreich gegenüber Inlandzustellungen zu erheblichen Verzögerungen führen kann, hat sich gerade im vorliegenden Verfahren gezeigt. Der (zweite) Versand der Fristansetzung zur Klagebeantwortung erfolgte am 11. Juli 2005, die postalische Zustellung an die Beklagte aber erst am 1. August 2005 und die Retournierung des Rückscheins an das Bezirksgericht March am 3. August 2005. Die Vorinstanz bekam damit erst 23 Tage nach Versand Kenntnis vom Empfang der gerichtlichen Sendung. Im Gegensatz dazu erhält der Absender bei inländischer Postzustellung in aller Regel spätestens nach rund 10 Tagen von der erfolgten oder nicht erfolgten Zustellung an den Empfänger Kenntnis (spätestens nach Ablauf der siebentägigen postalischen Abholfrist und der Retournierung des

Rückscheins oder der nicht zugestellten Sendung). Die Gefahr von verzögerten und mehr Aufwand erfordernden Zustellungen von gerichtlichen Urkunden besteht somit auch bei Zustellungen ins grenznahe Ausland. Auch aus diesem Grund kann das schutzwürdige Interesse, zeitraubende Verfahren zu verhindern, für den vorliegenden Fall nicht verneint werden.

e) Unbegründet ist sodann die Rüge, die besagte Verfügung hätte dem Anwalt der Beklagten in Österreich zugestellt werden müssen, nachdem Vorinstanz und Kläger um die entsprechende Vertretung gewusst hätten. Die Beklagte leitet die angebliche Kenntnis der Vorinstanz über dieses Vertretungsverhältnis aus einem der Berufungsbegründung beigelegten (nicht datierten) Zustellersuchen des Bezirksgerichts Feldkirch sowie weiteren Unterlagen aus dem Rechtshilfeverfahren AV (...) beim Bezirksgericht March ab. Aus den vorgelegten Urkunden geht jedoch nicht hervor, in welchem Zeitpunkt die Vorinstanz von der beim Bezirksgericht Feldkirch hängigen Scheidungsklage und der dortigen Prozessvertretung der Beklagten durch Rechtsanwalt B. Kenntnis erhielt. Diesen Unterlagen kann nur entnommen werden, dass die rechtshilfweise Zustellung an den Kläger am 25. Juli 2005 erfolgt war und die entsprechende Überweisungsverfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March an die um Rechtshilfe ersuchende Behörde vom 27. Juli 2005 datiert. Damit steht nicht fest, dass die Vorinstanz als Rechtshilfebehörde im Zeitpunkt des (zweiten) Versuchs um Zustellung der Klageschrift vom 11. Juli 2005 von der Vollmachterteilung an Rechtsanwalt B. in jenem Verfahren bereits wusste. Selbst wenn aber die Vorinstanz um das Vertretungsverhältnis im österreichischen Verfahren gewusst hätte, wäre sie nicht zwingend gehalten gewesen, die Zustellung der Klageschrift mit den entsprechenden Fristansetzungen an diesen zu tätigen, nachdem von Seiten der Beklagten für das schweizerische Verfahren noch keine Bevollmächtigung vorlag (§ 113 Abs. 1 GO) und auch nicht zwingend davon ausgegangen werden musste, die Beklagte würde Rechtsanwalt B. auch für das in der Schweiz rechtshängig gemachte Scheidungsverfahren Vollmacht erteilen.

f) Die Beklagte lässt schliesslich vorbringen, durch das Vorgehen der Vorinstanz sei sie schlechter gestellt worden als eine in der Schweiz wohnhafte beklagte Partei, der gemäss § 112 Abs. 3 ZPO im Falle der Säumnis eine Nachfrist mit Androhung der Folgen erneuter Säumnis angesetzt worden wäre. Es hätte der Beklagten deshalb eine Nachfrist zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers sowie zur Einreichung der Klageantwort eingeräumt werden müssen. Die einmalige Fristansetzung ohne Nachfrist verletze das Gleichbehandlungsgebot und den Anspruch auf rechtliches Gehör.

A 2.1

§ 29 ZPO sieht im Gegensatz zur Fristansetzung gemäss § 112 Abs. 3 ZPO (Frist zu Klageantwort im ordentlichen und beschleunigten Verfahren) keine Nachfrist im Falle einer ersten Säumnis vor. Der Eintritt der Säumnisfolgen bei erstmaliger Säumnis zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers im Inland ist vom Gesetzgeber gewollt. Ein bundesrechtlicher oder grundrechtlicher Anspruch auf eine Nachfristansetzung besteht nicht, womit auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes zwischen in der Schweiz oder im Ausland wohnenden Personen anzunehmen ist. Bezeichnet eine im Ausland wohnende Partei im Sinne der Aufforderung ein inländisches Zustellungsdomizil, gewärtigt sie gegenüber einer im Inland wohnenden Partei keinen prozessualen Nachteil. Im Übrigen ist eine unterschiedliche Behandlung von Domizilbezeichnung und Klagebeantwortung sachlich durchaus gerechtfertigt, indem für die erstgenannte Handlung in der Regel nur ein bescheidener Aufwand von Nöten ist (erst recht im grenznahen Raum).

g) Aus den genannten Gründen kommt eine Rückweisung der Sache zur Neuansetzung der Klageantwortfrist nicht in Frage. Eine Gehörsverweigerung liegt in dieser Hinsicht nicht vor (vgl. aber zur Pflicht der Anhörung der Eltern bei Kinderbelangen, Art. 144 Abs. 1 ZGB und Erw. 3.b nachfolgend).

3. Neben dem Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und –vertretung beschränkt sich die Beklagte in ihren Eventualanträgen auf solche, welche Kinderbelange betreffen (Unterhalt und Besuchsrecht). Diesbezüglich gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Offizialmaxime. Unabhängig von den Anträgen der Parteien und einer allfälligen Säumnis hat das Gericht bei Kinderbelangen den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 145 Abs. 1 ZGB). Sodann bestimmt das Gesetz, dass das Gericht die Eltern persönlich anhört, wenn Anordnungen über Kinder zu treffen sind (Art. 144 Abs. 1 ZGB). Die Kinder selbst werden in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 144 Abs. 2 ZGB).

a) Über die Kinderbelange hinausgehende Anträge stellt die Beklagte nicht. Inwieweit sie trotz erstinstanzlicher Säumnis gestützt auf Art. 138 ZGB mit neuen Rechtsbegehren sowie neuen Tatsachen und Beweismitteln auch hinsichtlich von weiteren Nebenfolgen der Scheidung (Ehegattenunterhalt und Güterrecht) zu hören wäre, muss demnach nicht beantwortet werden (vgl. dazu EGV 2003 D, S. 250 ff., Marcel Leuenber-

ger, FamKommentar, N 1 ff. zu Art. 138 ZGB; Christoph Leuenberger, Basler Kommentar, 2. A., N 4 zu Art. 138 ZGB).

b) Die Beklagte rügt zu Recht die Verletzung von Art. 144 ZGB, wonach bei Anordnungen über Kinder die Eltern persönlich und allenfalls auch die Kinder anzuhören sind. Die Anhörung der Eltern ist ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht und dient der Sachverhaltsfeststellung. Der Umstand, dass die Beklagte einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen unterliess, entband die Vorinstanz nicht von ihren Anhörungs- und Abklärungspflichten. Diese wäre unter den gegebenen Umständen verpflichtet gewesen, die Anhörungen (zumindest diejenige der Eltern) durchzuführen und soweit nötig weitere Abklärungen zu den Kinderbelangen zu treffen (vgl. Art. 145 Abs. 2 ZGB). Dazu bestand erst recht Anlass, nachdem der Vorinstanz nur die Darlegungen des Klägers bekannt waren, nicht dagegen der Standpunkt der Beklagten. Die fehlende Domizilangabe einer im Ausland wohnenden Partei befreit in diesem Sinne den Scheidungsrichter von den notwendigen (zumutbaren) Abklärungen im Hinblick auf die Festlegung von Anordnungen über die Kinder nicht. Gerade auch der Umstand, dass die erstinstanzliche Passivität der Beklagten aller Wahrscheinlichkeit nach darauf zurückzuführen war, dass sie die Zuständigkeit für das Scheidungsverfahren beim durch sie angerufenen Bezirksgericht Feldkirch vermutete (wovon die Vorinstanz aufgrund des Rechtshilfersuchens Kenntnis hatte) hätte Anlass sein müssen, die notwendigen Abklärungen gemäss Art. 144 und 145 ZGB zu treffen.

c) Die Parteien wurden zur Berufungsverhandlung mit der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen vorgeladen. Die vorgesehene Anhörung der Parteien konnte jedoch nicht durchgeführt werden, nachdem die Beklagte auf Replik und damit auf Durchführung der Verhandlung verzichtete. Unter den gegebenen Umständen kann im konkreten Fall auf die Anhörung der Eltern sowie der Kinder gemäss Art. 144 ZGB verzichtet werden. Zum einen hat die Beklagte infolge Replikverzichts konkludent auf ihre Anhörung verzichtet; ebenso hat der Kläger keinen Antrag auf persönliche Anhörung gestellt. Zum andern drängt sich im heutigen Zeitpunkt auch aus materiellrechtlichen Überlegungen weder eine Anhörung der Eltern noch eine solche der Kinder auf. Nachdem die Zuweisung der elterlichen Sorge an die Beklagte nicht in Frage steht, können die noch strittigen Fragen (bisher kaum ausgeübtes Besuchsrecht und erst recht der Unterhaltsbeitrag für die Kinder) aufgrund der Vorbringen der Parteien und der Aktenlage ohne Benachteiligung des Kindeswohls beurteilt werden (vgl. nachfolgend Erw. 4 und 5).

A 2.1

4. Die Beklagte begründet die beantragte Reduktion des von der Vorinstanz festgesetzten Besuchsrechts auf maximal ein Wochenende pro Monat damit, der Kläger habe die Kinder in den vergangenen Jahren nicht besucht oder zu sich in die Ferien genommen (was dieser allerdings bestreiten lässt). Das Besuchsrecht sei deshalb nach der Anhörung der Kinder neu festzulegen.

a) Aufgrund des Vorbehalts von Art. 63 Abs. 2 IPRG ergibt sich, dass für die Regelung des Sorge- und Besuchsrechts jeweils das Recht der persönlichen Kindeswirkungen (Art. 82 IPRG) und nicht das Scheidungsstatut (Art. 61 Abs. 1, erster Satz IPRG) massgebend ist. Gemäss Art. 82 Abs. 1 IPRG unterstehen die Beziehungen zwischen Eltern und Kind dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (Regel; vgl. die Ausnahme in Abs. 2). Nachdem im vorliegenden Fall die Mutter der gemeinsamen Kinder und damit wenigstens ein Elternteil den Wohnsitz am gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder hat, gilt für die Besuchregelung österreichisches Recht (vgl. dazu: Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, N 51 ff. zu Art. 63).

b) § 148 Abs. 1 und 2 ABGB lauten wie folgt: Lebt ein Elternteil mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, so haben das Kind und dieser Elternteil das Recht, miteinander persönlich zu verkehren. Die Ausübung dieses Rechtes sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils die Ausübung dieses Rechtes unter Bedachtnahme auf die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes in einer dem Wohl des Kindes gemässen Weise zu regeln (Abs. 1). Das Gericht hat nötigenfalls, insbesondere wenn der berechtigte Elternteil seine Verpflichtung aus § 145b nicht erfüllt, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr einzuschränken oder zu untersagen (Abs. 2). In § 145b ABGB ist geregelt, dass bei Ausübung der elterlichen Rechte und Erfüllung der entsprechenden Pflichten zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen ist, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von deren Aufgaben erschwert.

c) Bezüglich des Ausmasses des Besuchsrechts im österreichischen Recht gibt es wie in der Schweiz keine gesetzliche Regelung. Es richtet sich nach den jeweiligen Verhältnissen, nach der Beziehung des Kindes zum jeweiligen Elternteil und dem Alter des Kindes. In der Praxis haben sich Richtwerte herausgebildet. Das Recht besteht im Allgemeinen zweimal monatlich, wobei die Besuchsdauer mit zunehmendem Alter des

Kindes steigt. Bei schulpflichtigen Kindern gilt in der Regel ein zweiwöchiges Ferienbesuchsrecht (vgl. www.bmsg.gv.at [Bundesministerium für soziale Sicherheit zu Fragen des Besuchsrechts]; www.welt-der-frau.at [Welt der Frau: Wie umfangreich ist das Besuchsrecht, Ausgabe 9/2003]).

d) Die Regelung der Vorinstanz, dem Kläger allmonatlich ein Besuchsrecht an zwei Wochenenden sowie ein zweiwöchiges Ferienbesuchsrecht zu gewähren, liegt demnach im Rahmen der Richtwerte, wie sie in Österreich gelten. Auch wenn das Wochenendbesuchsrecht von Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend 19.00 eher als zu grosszügig bemessen erscheint, drängt sich eine Korrektur nicht auf. Die beiden Kinder sind 10 bzw. 11 Jahre alt und damit in einem Alter, bei dem die Gewährung eines längeren Wochenendbesuchsrechts (im Gegensatz zu Kleinkindern) in der Regel dem Kindeswohl nicht nachteilig ist. Gerade im vorpubertären Alter kann zudem der Kontakt mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteil für die weitere Entwicklung des Kindes wichtig sein. Indizien dafür, dass die Gewährung des Besuchsrechts in diesem Ausmass den Kindern konkret schaden könnte, werden von der Beklagten nicht aufgezeigt. Wenn der Kläger in der letzten Zeit die Kinder nicht mehr besucht haben sollte, so kann dies für sich genommen noch kein Grund sein, das Besuchsrecht einzuschränken. (...).

5. Die Vorinstanz hat ausgehend von einem Nettoeinkommen des Klägers von monatlich Fr. 5'800.00 diesen verpflichtet, an den Unterhalt der Kinder monatlich im Voraus je Fr. 550.00 nebst allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen zu bezahlen. Eine Indexierung der Unterhaltsbeiträge hat die Vorinstanz nicht verfügt. Die Beklagte beantragt eine Erhöhung der monatlichen Unterhaltsbeiträge auf mindestens je Fr. 900.00 zuzüglich allfällige Kinderzulagen; zudem wird die praxisgemässe Indexierung beantragt. Sie lässt vorbringen, der Kinderunterhalt richte sich nach dem Unterhaltsstatut. Das Bezirksgericht Feldkirch habe mit einstweiliger Verfügung vom 4. August 2005 den Unterhalt inkl. Kinderzulagen für S. auf € 747 und für N. auf € 629 festgesetzt. Auch im Falle der Anwendung schweizerischen Rechts seien die gesprochenen Unterhaltsbeiträge angesichts des klägerischen Einkommens zu tief bemessen worden. Sie verweist auf die Richtlinien des Jugendamtes Zürich, wonach der Barbedarf für Kinder im Alter zwischen 9 bis 10 Jahren je Fr. 1'180.00 (mit Indexstand November 1999) betrage.

a) Für die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kind gilt das Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichtigen anzuwendende Recht, UStÜ (Art. 83 Abs. 1 IPRG). Danach gilt für die

A 2.1

Unterhaltspflicht das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht (Art. 4 UStÜ, SR 0.211.213.01). Obwohl Österreich dem besagten Übereinkommen nicht beigetreten ist, gilt das vom Übereinkommen bestimmte Recht auch im Verhältnis zu den Staaten, die dem Abkommen nicht beigetreten sind (Art. 3 UStÜ; Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, N 1 zu Art. 83). Allerdings sieht der von der Schweiz angebrachte Vorbehalt vor, dass Schweizer Recht angewendet werden kann, wenn die Eltern Schweizer Bürger sind und der Unterhaltspflichtige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (was hier zutrifft, zumal die Beklagte Doppelbürgerin beider Staaten ist). Beide Rechte führen hier zum selben Ergebnis, wie nachfolgend im Sinne einer doppelten Begründung aufgezeigt wird.

b) Ausgangspunkt bildet die Regelung gemäss Art. 133 Abs. 1 i.V.m. Art. 276 ZGB sowie § 140 ABGB. Danach haben die Eltern für den Unterhalt einschliesslich Kosten der Erziehung und Ausbildung bzw. zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet dadurch seinen Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre (so § 140 Abs. 2 ABGB). Der Anspruch auf Unterhalt mindert sich insoweit, als das Kind eigene Einkünfte hat oder unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse selbsterhaltungsfähig ist (§ 140 Abs. 3 ABGB).

c) Massgebend für die Unterhaltsbemessung bildet zum einen der Bedarf der Unterhaltsberechtigten und zum andern die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Der nicht sorgeberechtigte Kläger hat seinen Unterhalt durch finanzielle Leistungen zu erbringen. In der Praxis haben sich für die Unterhaltsbemessung Berechnungsschemata herausgebildet. Nach beiden Rechten kann der Unterhalt entweder nach der Prozentmethode (ausgehend vom Nettoeinkommen des Unterhaltsverpflichteten sowie Abstufung nach Alter des Unterhaltsberechtigten) oder nach dem Regelbedarf des Berechtigten festgesetzt werden. Das Bezirksgericht Feldkirch ist bei der Festsetzung der Unterhaltshöhe für die Zeit des Scheidungsverfahrens von einem Anspruch (inkl. Kinderzulagen) von 19% für das ältere Kind und von einem solchen von 16% für das jüngere Kind ausgegangen (vgl. einstweilige Verfügung vom 4. August 2005). Die Regelbedarfsätze ab 1. Juli 2006 betragen bei einem Alter bis 10 Jahre € 275 bis 550 (Luxusgrenze: € 687.50; vgl. dazu Informationen unter:

www.tews.at sowie www.oeh.ac.at [Österreichische HochschülerInnen-schaft]). Die in der Schweiz üblicherweise separat zu leistenden Kinderzulagen sind bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen.

d) Im Jahre 2004 verdiente der Kläger netto Fr. 74'848.00 (inkl. 4'080.00 KZ und Fr. 3'800.00 Dienstaltersgeschenk, was monatlich Fr. 6'237.35 ergibt). Gemäss Lohnausweis vom Juni 2005 betrug der Bruttolohn Fr. 5'820.00 und die Kinderzulagen Fr. 340.00; in Berücksichtigung eines 13. Monatslohnes ergibt dies für das Jahr 2005 ein Nettolohn von Fr. 5'810.60 inkl. Kinderzulagen und Fr. 5'470.60 ohne Kinderzulagen im Monatsdurchschnitt.

e) Die Zivilkammer erachtet es in Berücksichtigung aller Umstände für angemessen, den Kläger zu Unterhaltsleistungen von je Fr. 650.00 nebst Kinderzulagen (aktuell Fr. 170.00 je Kind) zu verpflichten. Die Kinder liegen altersmässig nur ein Jahr auseinander, so dass es sich nicht rechtfertigt, die Unterhaltsansätze zwischen den Kindern abzustufen (damit ist auch dem im schweizerischen Recht geltenden Prinzip Rechnung getragen, wonach die Unterhaltsbeiträge für die Kinder in demselben Alter in der Regel gleich hoch anzusetzen sind). Damit bekommt die Beklagte an den Unterhalt der Kinder im Monat Fr. 1'640.00 (inkl. die aktuellen Kinderzulagen) ausbezahlt, was in etwa € 1'050 entspricht. Sie erhält damit gesamthaft einen Unterhaltsbeitrag zur Verfügung, der in der Nähe der Obergrenze des Regelbedarfsatzes für zwei Kinder im Alter bis 10 Jahre liegt (vgl. oben Erw. 5.c). Auch in Anwendung der Prozentsatzregel erscheint der festgesetzte Unterhaltsbeitrag angemessen, auch wenn die nach österreichischem Recht üblichen Prozentsätze nicht ganz erreicht werden: Auch das in der Schweiz gegenüber Österreich höhere Lebenshaltungskostenniveau (gemäss Berufungsantwort Ziff. 7 mindestens 10%) rechtfertigt die Anwendung von etwas tieferen Prozentsätzen gegenüber den in Österreich üblichen; dies jedenfalls dann, wenn wie hier die Unterhaltsbeiträge den Regelbedarf der Unterhaltsberechtigten klarerweise decken (vgl. auch Spycher/Bähler, Kind und Scheidung, S. 213 mit Hinweis auf eine üblichen Ansatz von 25-27% des Nettoeinkommens exkl. KZ für zwei Kinder).

f) Auch wenn nach österreichischem Recht eine Inflationsklausel nicht üblich ist, rechtfertigt sich eine solche nach der in der Schweiz geltenden Praxis (vgl. Art. 286 Abs. 1 ZGB) die Unterhaltsbeiträge mit einer Teuerungsklausel zu versehen. Die Indexklausel trägt den zukünftig aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden Veränderungen des Bedarfs der Berechtigten und der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen Rechnung. Vorbehalten bleiben selbstverständlich Anpassungen an veränderte Verhält-

A 2.2

nisse nach dem Recht am Aufenthaltsort der Kinder (vgl. dazu für die Schweiz Art. 286 Abs. 2 und 3 ZGB). (...).

(Urteil vom 22. August 2006, ZK 2006 14).

2.2 Werkmangel

- *Werkmangel bei einer Wassertiefe von 1.50 m im öffentlichen Schwimmbad trotz Warnschild bejaht, wenn die Startsockel für den Publikumsbetrieb nicht entfernt werden (Erw. 2.a).*
- *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch Selbstverschulden („Seemannsköpfler“; Erw. 2.b).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 58 Abs. 1 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes den Schaden zu ersetzen, den das Werk infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder infolge mangelhaften Unterhalts verursacht. Vorausgesetzt ist weiter, dass zwischen Werkmangel und Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht und die Schädigung widerrechtlich erfolgt (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, N 94/95a zu § 19; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz 1033/1035). Nicht erforderlich ist ein Verschulden (Oftinger/Stark, a.a.O., N 1 zu § 19; Rey, a.a.O., Rz 1059; Brehm, Berner Kommentar, N 55/56 zu Art. 58 OR). Die Frage der Verjährung (Art. 60 Abs. 1 OR) stellt sich dabei vorliegend nicht (Art. 142 OR). Im Übrigen ist seitens der Parteien unbestritten geblieben, dass das fragliche Hallenbad als Werk zu qualifizieren ist, ferner, dass die Beklagten im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR Werkeigentümer sind. Die Beklagten stellen jedoch das Vorliegen eines Werkmangels in Abrede, ausserdem sei das Verhalten des Klägers als kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden zu werten; ferner fehle es am Schaden.

a) Ein Werkmangel liegt vor, wenn eine sichere Funktion des Werks nicht gewährleistet ist ("neminem laedere"). Dabei gilt: Je grösser der Benutzerkreis, desto strenger die Anforderungen (Rey, a.a.O., Rz 1060; Brehm, a.a.O., N 62 zu Art. 58 OR). Massgebend ist grundsätzlich der bestimmungsgemässe Gebrauch; für eine zweckwidrige Nutzung haftet der Eigentümer im Normalfall nicht. Sofern eine zweckwidrige Nutzung jedoch absehbar ist, muss der Werkeigentümer im Rahmen der Verhältnismässigkeit entweder den zweckwidrigen Gebrauch unterbinden oder

dafür sorgen, dass keine ernsthafte Gefährdung davon ausgeht (Rey, a.a.O., Rz 1075 ff.; Brehm, a.a.O., N 65/66 zu Art. 58 OR; BGE 116 II 427, "Plauschbad"; 130 III 739).

Der Kläger rügt sowohl die Wassertiefe im Startsockelbereich wie auch die Rettungsaktion nach dem Unfall. Mit Bezug auf die Wassertiefe hat sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf die im Recht liegenden Sicherheitsempfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) für Planung, Bau und Betrieb von Hallen- und Freibädern abgestützt (Bern 1999), ferner auf das Reglement des Schweizerischen Schwimmverbands (SSchV) zu Anforderungen an Wettkampfanlagen (7.2.2 d). In den bfu-Richtlinien wird unterschieden zwischen fest montierten und demontierbaren Startsockeln. Bei einer Wassertiefe von weniger als 140 cm dürfen nur demontierbare Sockel verwendet werden, die bei Publikumsbetrieb zu entfernen sind. Diese Empfehlung entspricht Ziffer 2.7.6. SSchV-Reglement. Die Vorinstanz zieht daraus den Schluss, e contrario müssten Sockel bei einer Wassertiefe von mehr als 140 cm nicht entfernt werden. Dazu im Widerspruch steht jedoch, dass gemäss bfu-Empfehlungen fest montierte Sockel erst bei einer Tiefe von mehr als 180 cm verwendet werden dürfen, woraus folgt, dass bei einer Tiefe von weniger als 180 cm nur demontierbare Sockel verwendet werden dürfen, die bei Publikumsbetrieb auch effektiv zu entfernen sind; letzteres folgt nicht nur aus den Empfehlungen selbst, sondern auch aus dem Umstand, dass eine Verwendung demontierbarer, aber nicht zu entfernender Sockel sicherheitstechnisch keinen Sinn ergäbe.

Für das Spektrum zwischen 140 und 180 cm scheint damit eine "Empfehlungslücke" zu bestehen, die exakt den vorliegend relevanten Bereich betrifft, da im Hallenbad U. in Sockelnähe eine Wassertiefe von rund 150 cm gemessen wurde (während die Sockelhöhe den Standardnormen gemäss Wettkampfvorgaben des Schweizerischen Schwimmverbands entsprach). Ob allerdings angesichts einer Verschraubung mit vier Gewindestangen und Hutmuttern noch im praktischen Sinn von "Demontierbarkeit" des Sockels gesprochen werden kann, erscheint fraglich, mag aber offen bleiben, da der Sockel jedenfalls trotz unbestrittenermassen herrschendem Publikumsbetrieb nicht entfernt worden war und insofern gemäss vorstehenden Ausführungen einem fest montierten Startsockel gleichzusetzen ist.

Zu beachten ist, dass die Beurteilung eines Werks durch den Richter grundsätzlich gestützt auf Art. 58 Abs. 1 OR zu erfolgen hat, Empfehlungen, Richtlinien und Satzungen von Branchenverbänden und anderen mit der Materie vertrauten Organisationen aber zu berücksichtigen sind (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., N 76/77 zu § 19; Brehm, a.a.O., N 58 ff. zu Art. 58 OR). Dabei kommt den Empfehlungen der auf Sicherheitsfragen spezialisierten Beratungsstelle für Unfallverhütung eine besondere Be-

A 2.2

deutung zu, während es sich beim Reglement des Schweizerischen Schwimmverbands vorliegend um Vorgaben handelt, die zumindest primär der Normierung von Wettkampfanlagen und der gefahrlosen Durchführung von Sportanlässen dienen. Ausschliesslich dem Schutz der Öffentlichkeit verpflichtet wiederum sind die vom Kläger erstinstanzlich ins Recht gelegten deutschen Sicherheitsregeln für Bäder, die bei Startsockeln generell eine Wassertiefe von 180 cm vorschreiben. Zwar ist ein Werkeigentümer in der Schweiz nicht unmittelbar an ausländische Sicherheitsvorschriften gebunden, doch kann es sich als sinnvoll erweisen, solche Normen bei der Beurteilung der Funktionstauglichkeit eines Werkes im Lichte schweizerischen Rechts hilfsweise bzw. ergänzend beizuziehen. Auch die vom Bundesamt für Sport neu herausgegebene Norm 301 für Hallen- und Freibäder verbietet fest montierte Startsockel bei einer Wassertiefe von weniger als 180 cm. Auch daraus ist zu folgern, dass bei einer Tiefe von weniger als 180 cm nur demontierbare Sockel verwendet werden dürfen, die bei Publikumsbetrieb auch effektiv zu entfernen sind. Die Empfehlung ist jüngerer Datums als das Schadensereignis, liefert aber einen weitem Hinweis darauf, dass eine Wassertiefe von rund 150 cm in einem öffentlichen Bad bei fest montiertem bzw. trotz Publikumsbetrieb nicht entferntem Startsockel nicht ausreicht. Dessen scheinen sich auch die Beklagten selber bewusst gewesen zu sein, liessen sie doch am Holzbogen auf der Seite des Startblockes Warnschilder anbringen: "Vorsicht beim Einspringen – Tiefe 1.50".

Den objektiven Mangel unzureichender Wassertiefe vermag dieser Hinweis nicht zu heilen, selbst wenn der Kläger, unabhängig von der Frage der Lichtverhältnisse im Unfallzeitpunkt, die Situation aufgrund früherer Besuche zugeständenermassen gekannt hat; Kenntnis des Mangels durch den Benutzer entlastet den Werkeigentümer nicht, sondern ist allenfalls beim Selbstverschulden zu berücksichtigen (Schnyder, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 15 zu Art. 58 OR; Brehm, a.a.O., N 56 zu Art. 58 OR). Von der Kausalhaftung als solche, für die gemäss Art. 58 OR kein Verschulden erforderlich ist, befreit die fragliche Ausschilderung schon deshalb nicht, weil der Sprungbereich vorliegend gerade dazu bestimmt war, Badegästen ausserhalb des Wettkampfbetriebs Kopfsprünge zu ermöglichen. Keinen direkten Bezug zum Unfallgeschehen hatten zudem jene Tafeln, welche das seitliche Einspringen unter Verbot stellten bzw. auf die Badeordnung hinwiesen; die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz zielen daher an der Sache vorbei.

Auch der Einwand, der Kläger habe das Werk nicht bestimmungsgemäss benutzt, verfährt nicht. Zum einen stellt sich die Frage, ob bei einem Sprung mit an den Körper gelegten Armen, wie ihn der Kläger nach Behauptung der Beklagten ausgeführt haben soll, im Rahmen nor-

malen Publikumsbetriebs in einem öffentlichen Schwimmbad überhaupt von zweckwidriger Nutzung gesprochen werden kann, zumal der Startblock vorliegend zu einem eigentlichen Startsprung nur beschränkt taugte, da er in der einzigen Bahn angebracht war, welche wegen der Abschränkung des Kinderschwimbeckens nicht vollständig durchschwommen werden konnte. Kopfsprünge vom Startsockel waren zudem nicht untersagt (ebenso wenig wie andere Sprünge, z.B. Saltos). Zum anderen gilt der Grundsatz, wonach der Werkeigentümer nur für den bestimmungsgemässen Gebrauch haftet, gemäss der einleitend zitierten Bundesgerichtspraxis dann nicht, wenn mit zweckfremder Nutzung gerechnet werden muss (BGE 116 II 424, "Plauschbad"; 130 III 743 ff.). Im Rahmen normalen Publikumsbetriebs in einem öffentlichen Schwimmbad muss mit Sprüngen vom Startsockel gerechnet werden, die einen steileren Eintauchwinkel zur Folge haben als ein auf grösstmögliche Weite angelegter wettkampfmässiger Startsprung, ebenso mit Sprüngen, bei denen der Kopf nicht oder schlecht geschützt ist. Nicht umsonst unterscheiden die Beratungsstelle für Unfallverhütung und der Schweizerische Schwimmverband ausdrücklich zwischen Wettkampf- und normalem Publikumsbetrieb. Bei letzterem ist mit Leichtsinnigkeit, Fehleinschätzungen und Ungeschicklichkeiten zu rechnen (wobei mangels Kausalität vorliegend ausser Betracht bleiben kann, dass angesichts der relativ unauffälligen, deutsch geschriebenen und nicht mit Piktogrammen versehenen Schilder auch die Möglichkeit schlichten Übersehens oder Nichtverstehens der Schilder hätte in Betracht gezogen werden müssen). Mit dem blossen Warnhinweis auf die Wassertiefe sind die Verantwortlichen den Gefahren jedenfalls nicht wirksam begegnet.

Dabei wäre Abhilfe ohne weiteres möglich gewesen, z.B. durch Entfernen oder Sperren des Startsockels, zumal Absprünge ab Beckenhöhe regelmässig eine geringere Eintauchtiefe zur Folge haben. Stattdessen haben die Betreiber zum Zwecke der Attraktivitätssteigerung des Bades mit der Sprungelegenheit eine Gefahrenquelle geschaffen, für die sie in der Folge einzustehen haben; der Werkmangel ist zu bejahen.

Nicht mehr geprüft werden muss vor diesem Hintergrund, ob darüber hinaus auch die Rettungsmassnahmen nach dem Unfall im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR ungenügend waren, wie dies der Kläger behauptet, wobei die erst im Berufungsverfahren erfolgte teilweise Substanziierung insbesondere zur Kausalität der bemängelten Hilfeleistung auch in novenrechtlicher Hinsicht nicht ausreichend erscheint (§§ 102, 198 ZPO).

b) Angesichts der Mangelhaftigkeit des Werkes sind die übrigen Haftungsvoraussetzungen nach Art. 58 Abs. 1 OR zu prüfen. Die Beklagten bestreiten das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs sowie eines Schadens.

A 2.2

Grundsätzlich ist ein Werkmangel dann für den Schadenseintritt adäquat kausal, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung als Ursache des Schadensereignisses anzusehen ist (Rey, a.a.O., Rz 532 ff./1034). Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage des Selbstverschuldens. Die Beklagten machen geltend, der Unfall habe sich nur wegen des unangemessenen Verhaltens des Klägers ereignet. Die Vorinstanz ist dieser Auffassung gefolgt und hat festgehalten, selbst wenn ein Werkmangel vorliege, käme es aufgrund des Selbstverschuldens des Klägers, der einen "Seemannsköpfler" ausgeführt habe, zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen Werkmangel und Schadenseintritt und damit zu einem gänzlichen Ausschluss der Haftung der Werkeigentümer.

Einzige Augenzeugin des entscheidenden Sprungs war die Lebenspartnerin des Klägers, die, wie die weiteren befragten Personen, widersprüchliche Angaben zum Unfallhergang macht. Gemäss einer Gesprächsnotiz vom 3. August 2000 hat der Kläger anlässlich einer Besprechung in der Klinik Balgrist geäussert, einen "Seemannsköpfler" ausgeführt zu haben. Der Kläger bestätigt diese Aussage im Berufungsverfahren, macht jedoch geltend, darunter nicht einen Sprung mit an den Körper gelegten Armen, sondern einen solchen mit spitzem Eintauchwinkel verstanden zu haben. Im einen wie im andern Fall jedoch ist im Verhalten des Klägers ein Selbstverschulden zu erblicken, da aufgrund der gesamten Umstände und der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, beide Faktoren seien für den Unfall ausschlaggebend gewesen; das Gegenteil hat der Kläger, der die Gefahrenlage zugestandenermassen gekannt und als Geschädigter den Kausalzusammenhang mit dem Werkmangel zu beweisen hat (vgl. Rey, a.a.O., Rz 655, mit weitem Verweisen), weder behauptet noch belegt. Auf die von ihm beantragte erneute Zeugeneinvernahme zum Unfallgeschehen kann vor diesem Hintergrund verzichtet werden.

Zum vollständigen Haftungsausschluss führt ein Selbstverschulden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nur, wenn dieses bei wertender Betrachtung als derart intensiv erscheint, dass es den Werkmangel als Schadensursache geradezu verdrängt (BGE 116 II 524; 4C.72/2004 v. 03.06.2005, Erw. 3.3; ebenso: Schmid, Kausalität im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, S. 193; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, 5. Aufl., Bern 1990, S. 50 ff.; kritisch: Brehm, a.a.O., N 139/139a zu Art. 41 OR). Dies ist im Allgemeinen nur selten der Fall (so ausdrücklich BGE 112 II 141; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, N 158 zu § 3). Auch wenn neben eine erste Ursache andere treten, bleibt die Erstursache nach den Worten des Bundesgerichts adäquat kausal, "solange nicht eine Zusatz-

ursache derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war" (BGE 102 II 366). Dies trifft vorliegend, wie ausgeführt, nicht zu, musste doch in einem für die Öffentlichkeit zugänglichen Bad mit Sprüngen wie demjenigen des Klägers gerechnet werden (s.o., Erw. 2 a). Das Verhalten des Klägers ist zwar als unvorsichtig, nicht aber als völlig ausserhalb dessen zu beurteilen, was in einem Hallenbad mit Publikumsbetrieb in Betracht zu ziehen ist. Sein Selbstverschulden ist damit als erheblich zu werten, den Kausalzusammenhang zwischen Werkmangel und Schadenseintritt unterbricht es jedoch nicht.

Zu bestimmen ist der Umfang des Selbstverschuldens bzw. der Haftung im Einzelnen jedoch erst, wenn sich ergibt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Letzteres haben die Beklagten erstinstanzlich bestritten; Gleiches gilt für die vom Kläger unter Berufung auf § 56 ZPO anlässlich der vorinstanzlichen Referentenaudienz bzw. mit der vorinstanzlichen Replik (eventualiter) geltend gemachten Genugtuungsansprüche. Die Vorinstanz hat sich aufgrund der Verneinung von Werkmangel und Kausalzusammenhang dazu nicht geäussert. In teilweiser Gutheissung der Berufung ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird sich über das Vorliegen eines Schadens bzw. der Genugtuungsvoraussetzungen auszusprechen haben. Bejahendenfalls werden Umfang der Haftung und Höhe der klägerischen Ansprüche zu bestimmen sein, unter Berücksichtigung einer Selbstverschuldensquote, die sich unter Vorbehalt der konkreten Würdigung im Bereich zwischen 40 und 60 % bewegen dürfte. Durch die klägerischerseits beantragte Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils ist die Rückweisung in der vorliegenden Verfahrenskonstellation gedeckt.

(Beschluss vom 4. April 2006, ZK 2005 56).

2.3 Verzugszins auf Parteientschädigung

- *Wann wird eine Parteientschädigung verzugszinspflichtig (Erw. 3)?*

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat in ihrer Kurzbegründung unter Hinweis auf SchKG-Staehelin (Art. 80 N 49) festgehalten, dass der Schuldner gemäss ihrer ständigen Praxis für Forderungen jedenfalls mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils in Verzug gerate. Ob diese Auffassung zutreffend ist, erscheint für Parteientschädigungen, die erst mit gerichtlicher Zu-

A 2.3

sprechung entstehen, fraglich. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin braucht indes nicht weiter vertieft zu werden. Denn die Beschwerdeführerin macht als weiteren Nichtigkeitsgrund zu Recht geltend, sie habe nicht in Verzug geraten können, solange die Gläubiger nicht die ihnen obliegenden Begleithandlungen zur Erfüllung der (Bring)schuld erbracht hätten. Entsprechend den bereits vorinstanzlich vorgetragenen Darlegungen hat es der klägerische Rechtsvertreter als Inkassobeauftragter in der Tat unterlassen, sich rechtzeitig vor Betreuungseinleitung durch neue Vollmachten auszuweisen, obwohl die Beklagte solche ausdrücklich und unter Hinweis darauf verlangt hat, dass jener am 20. Mai 2005 erklärt hatte, das Mandat (und nicht etwa nur die Prozessvertretung) nicht mehr weiterzuführen. Die Nichtvorlage der Vollmachten führte gemäss übereinstimmender Lehre zum Annahmeverzug der Gläubiger, was klares Recht darstellt (BK-Weber, N. 154 zu Art. 91 OR; ZK-Schraner, N. 124 zu Art. 91 OR). Damit konnte die Beschwerdeführerin solange nicht in Verzug geraten (Art. 74 und 91 f. OR, BK-Weber, N. 25 zu Art. 92 OR und BSK-Bernet, N.7 zu Vorb. Art. 91-96 OR, je mit Hinweisen), als sie nicht sicher sein konnte, dass die ihr angegebene Zahlungsadresse korrekt war (wobei die Angabe einer bargeldlosen Zahlungsadresse für Prozessentschädigungen einer Usanz entspricht; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, OR AT, N. 2357). Die Einwendungen der Beschwerdegegner vermögen daran nichts zu ändern. Insbesondere brauchte die Beklagte auf Mahnungen vor Eintritt der Rechtskraft nicht eingehen, und danach ist keine Zahlungseinladung mit Adressangabe belegt, auf die die Beklagte nicht oder zu spät reagiert hätte. Die vorzeitige Betreuungseinleitung versties nach den aktenkundigen Umständen vielmehr gegen Treu und Glauben.

Befanden sich die Kläger bis zur Vorlage der neuen Vollmachten in Annahmeverzug, konnten keine Verzugszinsen zulasten der Beklagten laufen. Die angefochtene Verfügung ist gestützt auf § 213 Ziff. 3 ZPO aufzuheben. Die weiter geltend gemachten Nichtigkeitsgründe brauchen damit nicht mehr geprüft zu werden. Immerhin ist beizufügen, dass in der Rechtsöffnungsklage ein Zins geltend gemacht wurde, die Vorinstanz jedoch entgegen dem Grundsatz von § 50 Abs. 2 ZPO einen Kapitalbetrag zugesprochen hat, obschon Art. 85 Abs. 1 OR dispositiver Natur ist und auch bundesrechtlich nicht von Amtes wegen anzuwenden wäre.

(Beschluss vom 27. Dezember 2006, RK2 2006 122).

2.4 Vermögensverwaltung

- Freizeichnung für Leichtfahrlässigkeit von Bankinstituten (Erw. 1)?
- Verlustbegrenzungsstrategie bei Börsenanlagen; keine generelle Verlustlimitenpflicht (Erw. 2).
- Methode zur Schadensberechnung anhand von Referenzwerten (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Unbestritten ist, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag zustande gekommen ist. Für die Vermögensverwaltung gelten grundsätzlich die Bestimmungen des Auftragsrechts (BGE 115 II 62; Gutzwiller, *Unsorgfältige Vermögensverwaltung*, AJP 1/2000, S. 57; Thalmann, *Sorgfaltspflicht der Banken im Privatrecht*, ZSR 1994 II, S. 191). Der Beauftragte hat sich an die Weisungen des Auftraggebers zu halten (Art. 397 OR) und haftet dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrags (Art. 398 Abs. 2 OR). Geschuldet ist nicht ein bestimmter Erfolg, sondern sorgfältiges Tätigwerden (Gutzwiller, a.a.O., S. 57/58; Fellmann, *Berner Kommentar*, N 342 zu Art. 398 OR). Dabei hat der Beauftragte grundsätzlich für jegliches Verschulden einzustehen (Fellmann, a.a.O., N 504 zu Art. 398 OR; der Verweis auf die Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers in Art. 398 Abs. 1 OR ist von untergeordneter Bedeutung, vgl. Weber, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 22/23 zu Art. 398 OR; Fellmann, a.a.O., N 480 ff. zu Art. 398 OR).

Die Beklagte beruft sich auf die vertraglich vereinbarte Beschränkung der Haftung auf grobfahrlässiges Handeln. Vom Kläger ist die Gültigkeit dieser Freizeichnungsklausel bestritten worden. Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist ein zum voraus vereinbarter Ausschluss der Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nichtig; ein zum Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende im Dienst des andern steht oder wenn die Verantwortlichkeit den Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes betrifft (Art. 100 Abs. 2 OR). Ob daraus folgt, in allen andern Fällen sei eine Wegbedingung der Haftung möglich, ist, entgegen der Darstellung der Vorinstanz, in der Lehre umstritten (vgl. Gutzwiller, a.a.O., S. 59 ff./61 ff.; offen gelassen in BGE 124 III 165). Zum einen werden dogmatische Gründe angeführt: Werde das sorgfältige Tätigwerden in dem von Treue- und Sorgfaltspflichten geprägten Auftragsrecht als eigentlicher Vertragsinhalt aufgefasst, bleibe für darüber hinausgehende Verschuldensmomente bzw. Exkulpationsmöglichkeiten in Abweichung von der allgemeinen Regel von Art. 97

A 2.4

Abs. 1 OR kein Raum (so Gutzwiller, a.a.O., S. 59 ff./61 ff., mit weitem Verweisen; ebenso: Gautschi, Berner Kommentar, N 22a ff./23a ff./25a ff. zu Art. 398 OR; kritisch: Fellmann, a.a.O., N 19 ff./352 ff./514 ff. zu Art. 398 OR; Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979, S. 96; differenziert: Walter, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Koller [Hrsg.], Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1980, S. 68 ff.; offen gelassen in BGE 124 III 165). Zum andern wird auf die wirtschaftliche Praxis verwiesen: Bei der Vermögensverwaltung handle es sich um weitgehend standardisierte Dienstleistungen, bei welchen eigentliche Entlastungsgründe nur schwer vorstellbar seien (Gutzwiller, a.a.O., S. 60/62).

Die Frage der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im Vermögensverwaltungsrecht kann an dieser Stelle jedoch offen bleiben, da die Beklagte als lizenziertes Bankinstitut im Sinne von Art. 3 BankG jedenfalls der Freizeichnungsbeschränkung von Art. 100 Abs. 2 OR unterliegt. Der Einwand der Beklagten, ihre Tätigkeit als Vermögensverwalterin sei für sich genommen nicht konzessionspflichtig, verfängt nicht, da eine Bank, die in mehreren eng verbundenen Geschäftsfeldern tätig ist und dabei in sämtlichen Bereichen von der Vertrauenswirkung ihrer obrigkeitlichen Konzessionierung profitiert, zum Schutz des Publikums auch im Rahmen nicht konzessionspflichtiger Tätigkeiten den Sorgfalts- und Haftungsstandards des Bankgeschäfts unterworfen ist (vgl. Barbara Ziegler, Haftung der Bank bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, Diss., Basel 1980, S. 130 ff., mit weitem Verweisen; BGE 112 II 454 ff.; zustimmend: Weber, a.a.O., N 11 zu Art. 100 OR). Angesichts des Umstands, dass die Beklagte den Titel "Bank" bereits in ihrem Namen führt, liegt klägerischerseits auch keine novenrechtlich unzulässige Berufung auf neue Tatsachen vor. Es ist daher im Folgenden von einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszugehen.

2. Die Sorgfaltspflichtwidrigkeit der Beklagten wird vom Kläger darin erblickt, dass die Beklagte die Inhaberaktien der SWISSMETAL sowie die Namenaktien der Georg Fischer AG nicht rechtzeitig veräussert bzw. keine Verlustbegrenzungsstrategie verfolgt habe und trotz stetig fallender Kurse untätig geblieben sei. Spätestens bei einem Verlust von 20% hätten die Titel verkauft werden müssen; dazu sei die Beklagte als Vermögensverwalterin verpflichtet gewesen. Die Verletzung spezifischer Vereinbarungen der Parteien rügt der Kläger hingegen nicht; der vorinstanzlich erhobene Vorwurf unsorgfältiger Titelauswahl wird im Berufungsverfahren nicht erneuert.

a) Eine eigenständige Pflicht zum Verkauf börsenkotierter Anlagen beim Überschreiten einer bestimmten Verlustlimite als allgemeiner Bestandteil der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht wird in Lehre und Rechtsprechung entgegen der Auffassung des Klägers nicht postuliert (vgl. Thalmann, a.a.O., S. 197 ff.; nicht geprüft in ZR 102/2003, Nr. 65, S. 299 ff.). Sog. stop loss-orders können zwar vertraglich vereinbart werden, vorliegend ist dies jedoch nicht geschehen. Allerdings umfasst die unbestrittenermassen bestehende Pflicht zur Überwachung der Anlagen (vgl. Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen, Ziff. 8) grundsätzlich auch die Pflicht zum Handeln bei drohenden Verlusten (Thalmann, a.a.O., S. 192; Bertschinger, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss., St. Gallen 1991, in: Schweizer Schriften zum Bankenrecht, S. 226). Der Entscheid für oder gegen die Realisierung von Buchverlusten durch Verkauf von unter den Einstandspreis gesunkenen Beteiligungspapieren ist dabei stets in Abhängigkeit von der Einschätzung des Kurserholungspotenzials der Titel, der Risikobereitschaft des Anlegers, dem Anteil der fraglichen Position am Wert des Gesamtportfolios sowie dem zeitlichen Anlagehorizont des Verwaltungsauftrags zu treffen. Dabei ist dem Vermögensverwalter ein Ermessensspielraum zuzugestehen, auf welchen vorliegend in der schriftlichen Grundvereinbarung der Parteien ausdrücklich verwiesen wird. Vorbehalten sind gemäss Vereinbarung der Parteien die Anlage-Richtlinien, die in der Fassung vom 19. April 2000 aber gerade keine generelle Verlustlimite enthalten; stattdessen wird durch Wahl eines erhöhten Optionen-Anteils eine gewisse Risikobereitschaft dokumentiert.

b) Vor diesem Hintergrund erscheint der Verzicht der Beklagten auf einen Verkauf der Aktien der Georg Fischer AG trotz massivem Wertverlust angesichts der im damaligen Zeitpunkt generell sinkenden Börsenkurse als vertretbar, zumal der Aktienkurs der fraglichen Titel sich zwischenzeitlich wieder erholte und heute gemäss den im Internet publizierten Daten im Bereich des ursprünglichen Kaufpreises liegt (vgl. www.georgfischer.com). Angesichts dieser Kurserholung kann nicht von einer pflichtwidrigen Unsorgfalt gesprochen werden; den Zeitpunkt des Anlageausstiegs jedenfalls hat der Kläger selbst zu verantworten. Im Übrigen kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 136 GO). Auch eine leichte Fahrlässigkeit ist im Halten der Titel nicht zu erblicken.

c) Anders hingegen ist das Vorgehen der Beklagten bezüglich der Aktien der SWISSMETAL zu beurteilen. Die in den Akten liegenden Marktanalysen lassen den Entscheid, trotz massiven Zerfalls des Buchwertes

A 2.4

an den fraglichen Titeln festzuhalten, spätestens ab Ende April 2002 als zu riskant erscheinen. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beteiligung, die mit 8.71% Wertanteil am Gesamtportfolio (gemessen am Einstandspreis) entgegen der Darstellung der Beklagten nicht als vernachlässigbare Grösse anzusehen ist, über einen längeren Zeitraum bereits kontinuierlich an Wert verloren, während die Berichterstattung zunehmend negativ ausfiel. Angesichts des fortschreitenden Wertverlusts und des sich nach dem ersten Quartal 2002 immer ausgeprägter unter dem SPI entwickelnden Handelskurses sowie angesichts der fraglichen Gewinnaussichten des Unternehmens hätte es daher zur Sorgfaltspflicht der Beklagten als Vermögensverwalterin gehört, vertiefte Analysen und gezielte Massnahmen zur Vermeidung von weiteren Verlusten wenigstens nach Massgabe des SPI-Referenzwertes zu treffen; nichts dergleichen weist die Beklagte nach. Der blosse Verweis auf den Umstand, dass der Appellant regelmässig über die Entwicklung seines Vermögens informiert worden sei, vermag die Beklagte nicht zu entlasten (vgl. BGE 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 sowie die Bemerkungen von Pachmann/von der Crone in SZW 2005/3, S. 147 ff.). Vielmehr hätte sie spezifische Instruktionen einholen oder von sich aus tätig werden müssen. Das von der Beklagten zu ihrer Entlastung angeführte Gespräch zwischen dem Kläger und einem Mitglied der Geschäftsleitung soll am 2. Dezember 2002 stattgefunden haben, zwei Wochen vor Vertragsauflösung, d.h. zu einem für den Schadenseintritt kaum mehr relevanten Zeitpunkt und ist inhaltlich wenig bestimmt. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Beklagte entsprechend der "Know your Customer"-Regel (Gutzwiller, a.a.O., S. 58) den zeitlichen Anlagehorizont ihres Kunden genügend abgeklärt hat; die Frage kann offen bleiben, da eine Sorgfaltspflichtverletzung aufgrund der Gesamtumstände jedenfalls vorliegt. Dass das verwaltete Vermögen sich zwar insgesamt negativ, jedoch über dem SPI entwickelt hat, bleibt dabei ohne Belang, da sich die Sorgfaltspflicht auf sämtliche Vermögenspositionen erstreckt, unabhängig von der Gesamtentwicklung des Portfolios (Gutzwiller, a.a.O., S. 64). Die Haftung der Beklagten ist daher zu bejahen, zumal sie sich nicht wirksam von ihrer Verantwortlichkeit für leichte und mittlere Fahrlässigkeit frei gezeichnet hat (oben, Erw. 1).

3. Aus den Unterlassungen der Beklagten ist dem Kläger indessen nur insoweit ein Schaden entstanden, als die Marktentwicklung gegen Ende April 2002 bis zur Vertragsauflösung nicht ohnehin zu einer Einbusse nach Massgabe des SPI geführt hätte. Der Geschädigte kann sich nämlich auch dann nicht auf das negative Interesse berufen, wenn dieses höher ausfällt als das positive (Gutzwiller, a.a.O., S. 64). Dies ist vorliegend von Bedeutung, da aufgrund der allgemeinen Marktlage der Appellant auch im Falle des von ihm geforderten vorzeitigen Verkaufs der strit-

tigen Titel und einer anschliessenden Investition der Mittel in neue Anlagen mit weiteren Kursverlusten hätte rechnen müssen. Gemessen am Referenzwert des SPI hätte dieser Verlust im fraglichen Zeitraum von Ende April bis Anfang Dezember bei 20 bis 30% gelegen. Die Berufung des Appellanten auf das vertraglich eingeräumte Recht der Vermögensverwalterin, nicht sämtliche anvertrauten Geldmittel anzulegen, erscheint demgegenüber widersprüchlich, nachdem er selber den Auftrag zur Geldanlage gegeben hatte.

Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu schätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Dabei fallen die am 5. Dezember 2002 erworbenen und am 16. Dezember 2002 über dem Einstandspreis weiterveräusserten hundert Inhaberaktien der SWISSMETAL ausser Betracht. Wird den verbleibenden vierhundert Aktien der SWISSMETAL, die früher gekauft und mit Verlust veräussert worden waren, per Ende April 2002 ein gerundeter Verkaufspreis von Fr. 80.00 pro Titel zugrunde gelegt und auf dem solchermassen errechneten Erlös (400 x Fr. 80.00 = Fr. 32'000.00) gestützt auf die Entwicklung des SPI eine Verlustmarge von 25% in Anschlag gebracht (= Fr. 24'000.00), verbleibt nach Abzug des per 16. Dezember 2002 erzielten kommissionsbereinigten Verkaufserlöses von Fr. 13'440.00 (400 x Fr. 33.60) ein Restbetrag von Fr. 10'560.00. Auf diese Summe reduziert sich der klägerische Ersatzanspruch. Der Schadenszins läuft ab 16. Dezember 2002 (vgl. BGE 122 III 53 ff.). Der Verweis der Vorinstanz auf die klägerische Substanziierungslast hingegen erscheint überspitzt, zumal die richterliche Fragepflicht (§ 51 ZPO) erstinstanzlich äusserst zurückhaltend gehandhabt worden war und der Kläger zwar von einer rechtlich unzutreffenden Schadensberechnung ausgegangen ist, gestützt darauf den Schaden aber beziffert und eine korrigierte Berechnung anhand publizierter Quellen ohne weiteres möglich war (vgl. Frank/ Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 14 zu § 113 ZPO).

(Urteil vom 17. Januar 2006, ZK 2005 18; Berufung und Anschlussberufung wurden mit BGer 4C.158/2006 am 10. November 2006 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.5 Versicherungsvertrag

- *Beweis des versicherten Ereignisses, Beweislast und Gegenbeweis im Zusammenhang mit dem Versicherungsfall (Erw. 3).*

A 2.5

Aus den Erwägungen:

3. Besteht für den mutmasslichen Diebstahl des Volvo grundsätzlich ein Versicherungsschutz, ist zu prüfen, ob die Klägerin ihre Behauptung zu beweisen vermag, wonach das Leasingfahrzeug am 29. Juni 2000 gestohlen worden sei.

a) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren. Deshalb hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruchs" zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs, vgl. Art. 40 VVG). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323).

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls geht die Rechtsprechung davon aus, dass – namentlich bei der

Diebstahlversicherung – in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 f.). Das Beweismass ist für den Eintritt des Versicherungsfalls auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325).

Dem Versicherer steht ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Er hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Thema des Gegenbeweises ist die Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Anspruchsberechtigten. Dazu gehört auch dessen Glaubwürdigkeit: Da sich der Eintritt des Versicherungsfalls in der Regel nicht direkt, sondern bloss mit mehr oder weniger schlüssigen Indizien beweisen lässt, kann eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit geeignet sein, auch die Überzeugungskraft der Sachdarstellung zu erschüttern. Es steht dem Versicherer zudem frei, eine – von derjenigen des Anspruchsberechtigten – abweichende Sachdarstellung aufzuzeigen, die neben der behaupteten Version ebenso ernsthaft in Frage kommt oder sogar näher liegt. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen – d.h. als überwiegend wahrscheinlich gemacht – anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326).

b) Die Klägerin erstattete am 29. Juni 2000 bei der Polizeidirektion M. eine Verlustanzeige, wonach ihr Personenwagen Volvo C70 gleichentags an der N.-strasse in M. gestohlen worden sei. Mangels Ermittlung der Täterschaft wurde das bei der Staatsanwaltschaft M. eröffnete Ermittlungsverfahren eingestellt. Das Fahrzeug wurde nicht mehr aufgefunden. Damit erscheint der Diebstahl des Volvo überwiegend wahrscheinlich i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Beklagte erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der klägerischen Sachbehauptungen zu wecken vermag bzw. den Hauptbeweis der Klägerin erschüttern kann, so dass deren Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Dies ist zu verneinen, wenn die Klägerin glaubwürdig und deren Darstellung glaubhaft erscheinen (vgl. Niquille-Eberle, Beweiserleichterungen im Versicherungsrecht, in Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, S. 240). Wie es sich darum verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

A 2.5

c) Der Versicherer muss die Indizien, die erhebliche Zweifel an der Diebstahlsvariante wecken können, im Sinne des Regelbeweismasses nachweisen. Ist der Versicherungsnehmer bei einem vorgetäuschten Diebstahl an einem Weiterverkauf seines Fahrzeugs beteiligt, wird sein Fahrzeug in der Regel nicht mehr auffindbar sein, weshalb es spurenkundlich nicht ausgewertet werden kann. Diesfalls können sich objektive Anhaltspunkte vor allem noch aus den Schlüsselverhältnissen ergeben. Der Versicherungsnehmer, der einen Diebstahl vortäuscht, wird dem Abnehmer des Fahrzeugs zumindest einen Schlüssel zuhalten wollen, sei es ein Original- oder ein Nachschlüssel. Wird die Herstellung eines Nachschlüssels bewiesen, nachdem der Versicherungsnehmer zuvor behauptet hat, er habe keine Nachschlüssel machen lassen, ist dies ein gewichtiges Indiz für das Vortäuschen des Diebstahls. Allerdings genügt die bewiesene Nachschlüsselherstellung für sich allein nicht, um erhebliche Zweifel an der Diebstahlsvariante zu begründen. Die Tatsache kann aber dann ausschlaggebendes Gewicht gewinnen, wenn ausserdem konkrete Anhaltspunkte zumindest für die Unredlichkeit des Versicherungsnehmers bewiesen worden sind (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 242 f.).

Die Glaubwürdigkeit des Versicherungsnehmers ist entscheidend, wenn dieser keine objektiven Beweise anbieten kann. Die dem Versicherungsnehmer gewährte Beweiserleichterung (überwiegende Wahrscheinlichkeit) kommt einer Glaubwürdigkeitsvermutung gleich, d.h. den Angaben des Versicherungsnehmers wird – falls seine Schilderung im Übrigen glaubhaft erscheint und vorbehaltlich des Gegenbeweises des Versicherers – hinreichender Beweiswert zuerkannt. Wurde der Hauptbeweis mit Hilfe der Glaubwürdigkeitsvermutung geführt, so muss der Gegenbeweis gelingen, wenn der Versicherer die Glaubwürdigkeit des Versicherungsnehmers erschüttern kann. Dabei sind nicht nur Tatsachen zu beachten, die im direkten Zusammenhang mit dem behaupteten Diebstahlsgeschehen stehen, sondern auch Tatsachen mit lediglich mittelbarem Bezug zum umstrittenen Versicherungsfall (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 244 f.). Allenfalls kann ein einzelnes besonders gewichtiges Indiz genügen. Es können aber auch mehrere für sich allein weniger starke Anhaltspunkte im Zusammenhang dazu führen, dass die Glaubwürdigkeit nicht mehr anzunehmen ist. Ernsthafte Zweifel können berechtigt sein, wenn der Versicherungsnehmer im Rechtsverkehr, insbesondere in Versicherungsangelegenheiten, zur Durchsetzung seiner Vermögensinteressen wiederholt unrichtige Angaben gemacht hat. Dabei ist bei der Berücksichtigung von früherem Verhalten das Gewicht und die Zeitnähe dieser Verfehlungen von Bedeutung (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 246 f.). Der Beweis der Unglaubwürdigkeit des Versicherungsnehmers muss sich ebenfalls auf bewiesene Tatsachen abstützen; blosse Zweifel und Ungereimtheiten genügen nicht. Indessen müssen solche Tatsachen die Unglaubwürdig-

keit nicht strikte beweisen; vielmehr genügt auch hier angesichts des für den Gegenbeweis des Versicherers geltenden Beweismasses, dass sich aus diesen bewiesenen Tatsachen erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit ergeben. Konkrete Tatsachen sind auch Indiztatsachen (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 247).

d) aa) Die finanzielle Situation ist bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit zu berücksichtigen, wobei eine schlechte finanzielle Situation allein nicht ausreichend ist für die Verneinung der Glaubwürdigkeit. Schlechte finanzielle Verhältnisse können aber zusammen mit anderen Indizien eine Ablehnung des Versicherungsanspruchs begründen (Niquille-Eberle, a.a.O., S. 248 f.). (...).

ee) Zusammenfassend steht Folgendes fest: Die Klägerin war im Zeitpunkt des mutmasslichen Diebstahls massiv überschuldet. Gemäss Urteil des Amtsgerichts M., das am 6. Dezember 2000 in Rechtskraft erwachsen ist, wurde sie des Betrugs schuldig gesprochen und hiefür mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bestraft. Im Weiteren hat die Klägerin im Jahre 1996 gegenüber der X-Versicherungen einen Diebstahl gemeldet, der mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht stattgefunden hat. Damit hat die Klägerin im Rechtsverkehr zur Durchsetzung ihrer Vermögensinteressen wiederholt unrichtige Angaben gemacht. Darüber hinaus hat sie rund elf Monate vor dem mutmasslichen Diebstahl des Volvo einen Nachschlüssel für dieses Fahrzeug bezogen, wobei der Grund für den Bezug des Nachschlüssels nicht abgeklärt wurde. Aufgrund dieser Umstände gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass es der Beklagten gelingt, die Glaubwürdigkeit der Klägerin zu erschüttern. Da an der Glaubwürdigkeit der Klägerin erhebliche Zweifel bestehen, ist deren Hauptbeweis als gescheitert zu betrachten. Die Behauptung der Klägerin, wonach der Volvo gestohlen worden sei, kann nicht als bewiesen bzw. als überwiegend wahrscheinlich gemacht anerkannt werden. Die Beklagte hat deshalb weder für den versicherten Wert des Volvo noch für die Gegenstände, die sich nach den Angaben der Klägerin im Fahrzeug befunden haben sollen, Leistungen zu erbringen.

(Urteil vom 23. Mai 2006, ZK 2005 4).

2.6 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

- *Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Erw. 2).*
- *Pflichtverletzung (Erw. 3).*
- *Darlegung und Berechnung des relevanten Schadens; direkter und indirekter Schaden („Raschein-Praxis“); Bedeutung der Kollokation für*

A 2.6

die Berechnung der Gesellschaftspassiven; Substanziierungslast gesondert nach Pflichtverletzungen (Erw. 4).

- *Haftungsreduktion (Erw. 5)?*

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 Abs. 2 OR). Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens der Gesellschaft an die Gesellschaft zu verlangen, sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet oder diese nach Art. 260 SchKG abtritt (Art. 757 Abs. 2 und 3 OR). Voraussetzung ist dabei gemäss Lehre und Rechtsprechung nebst der – vorliegend unbestrittenen – Organstellung grundsätzlich ein durch schuldhafte Pflichtverletzung adäquat kausal verursachter Schaden (statt vieler: Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, N 359 ff. zu § 18, m.w.V.).

3. Eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 OR ist gegeben bei der Verletzung statutarischer oder gesetzlicher Pflichten zum Schutze der Aktionäre bzw. Gläubiger (vgl. BGE 122 III 190, Böckli, a.a.O., N 377 ff./299 ff. zu § 18; Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001, S. 285 ff.), insbesondere bei einer Verletzung der Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflichten (Art. 717 Abs. 1 OR) sowie von Pflichten aus den unentziehbaren und unübertragbaren Hauptaufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 OR). Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen einer Pflichtverletzung zeitlich zwei Phasen unterschieden, eine erste Phase für den Zeitraum von 1989 bis Ende 1996, eine zweite Phase für den Zeitraum ab 1997, in welchem Alleinaktionär H. als geschäftsleitender Direktor mit Einzelunterschrift fungierte; für die erste Phase hat die Vorinstanz ein pflichtwidriges Verhalten verneint, für die zweite Phase bejaht. (...). Ein pflichtwidriges Verhalten in der Zeit ab 1997 ist jedenfalls zu bejahen.

4. Der Beklagte wendet ferner ein, es fehle am relevanten Schaden. Er begründet dies zum einen damit, dass die Forderungen der Kläger vor

dem Zeitraum entstanden seien, in welchem vorinstanzlich ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten festgestellt worden sei, zum andern damit, dass die für den fraglichen Zeitraum behaupteten Verbindlichkeiten der Gesellschaft weder im Kollokationsplan zu finden noch von den Klägern ausreichend belegt worden seien.

a) Soweit der Beklagte geltend macht, die Forderungen der Kläger seien vor dem für die Pflichtverletzung massgeblichen Zeitraum entstanden, vermischt er in unzulässiger Weise die Frage der Aktivlegitimation der Kläger mit jener der Schadenskausalität bzw. des Verschuldens des Beklagten. Die Kläger fordern im Berufungsverfahren ausdrücklich (nur) den Ersatz des sog. indirekten Schadens, d.h. des Schadens der Gesellschaft. Dabei kommt es, entgegen der Auffassung des Beklagten, nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt die klagenden Abtretungsgläubiger selber geschädigt wurden, da sie den einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit auf Ersatz des gesamten Gesellschaftsschadens geltend machen (vgl. BGE 117 II 432, "Raschein-Praxis"; Böckli, a.a.O., N 287 ff. zu § 18; Bärtschi, a.a.O., S. 155 ff.). Der jeweilige Entstehungszeitpunkt der klägerischen Forderungen ist insofern ohne Belang. Anders verhielte es sich bei Geltendmachung eines direkten Schadens, wo relevant wäre, dass dem Beklagten ein pflichtwidriges Verhalten erst nach Ende 1996 vorgeworfen werden kann, aber davon auszugehen ist, dass der Schaden der Kläger bereits vor diesem Zeitpunkt entstanden ist. Den Ersatz eines solchen direkten Schadens fordern die Kläger aber, wie ausgeführt, nicht (mehr). Ohnehin wäre bei einer Klage aus direkter Schädigung zu beachten, dass gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung der direkte Schaden im Konkurs der Gesellschaft nur beschränkt einklagbar ist (BGE 122 III 190; vgl. Böckli, a.a.O., N 299 ff. zu § 18; Bärtschi, a.a.O., S. 211 ff.).

b) Der Beklagte macht weiter geltend, keiner der angeblich geprellten Anleger aus dem Zeitraum nach Ende 1996 habe seine Forderung im Konkurs der R. Treuhand AG eingegeben. Tatsächlich findet sich keine der Forderungen im Kollokationsplan der konkursiten Gesellschaft. Die im Recht liegenden Verträge lassen keine Rückschlüsse auf verspätete Eingaben im Konkurs zu; gleiches gilt für die von Anlegern im deutschen Strafverfahren zu Protokoll gegebenen Forderungen. Sofern allfällige Ansprüche von Anlegern im Konkurs nicht geltend gemacht werden, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaft überhaupt ein Schaden entstanden ist. Zwar hat eine Kollokation gemäss Bundesgerichtspraxis grundsätzlich keine materiellrechtlichen Wirkungen (BGE 122 II 195; BGer 4C.275/2000 vom 24.04.2001 und 4C.312/2005 vom 10.01.2006), ein Verzicht auf Geltendmachung im Konkurs hat aber zur

A 2.6

Folge, dass nach Abschluss des Konkurses eine Anspruchsdurchsetzung nicht mehr möglich ist (Art. 251 Abs. 1 SchKG). Daraus ergibt sich, dass die Kollokation von Gläubigerforderungen (d.h. Gesellschaftsschulden) zwar für einen Verantwortlichkeitsschaden nicht hinreichend ist, wie das Bundesgericht dies in der zitierten Praxis festgehalten hat, dass aber ohne Geltendmachung bzw. Kollokation einer Gläubigerforderung auch nicht von einem entsprechenden Schaden und Schadennachweis ausgegangen werden kann, d.h. dass die Kollokation zumindest im Regelfall eine notwendige (nicht aber hinreichende) Bedingung für einen Gesellschafts- und Verantwortlichkeitsschaden ist. Vorliegend kommt hinzu, dass am Bestand einzelner Forderungen gegenüber der R. Treuhand AG Zweifel bestehen; so ist bei den im Recht liegenden Verträgen (wie die Kläger einräumen) teilweise unklar, ob sie im Namen der R. Treuhand AG, der R.-Invest, S.à.r.l. Luxemburg oder des C. Institute, Inc. New York abgeschlossen bzw. von einer dazu ermächtigten Person oder lediglich von einem sog. "Vermittler" ausgehandelt bzw. unterzeichnet wurden. Selbst wenn also davon ausgegangen würde, bereits die Entstehung einer Verbindlichkeit ohne Gegenwert stelle unabhängig von der Realisierung der Schuld einen Schaden der Gesellschaft dar, wäre letzterer von den Klägern substantiiert darzulegen und zu beweisen. Darauf ist nachstehend einzugehen.

c) Der Gesellschaftsschaden besteht in der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Gesellschaftsvermögens und dem Stand, den das Vermögen der Gesellschaft ohne die in Frage stehende Pflichtwidrigkeit haben würde (statt vieler: Böckli, a.a.O., N 360 ff. zu § 18). Grundsätzlich ist für jede einzelne Pflichtverletzung der dadurch verursachte Schaden gesondert darzutun und zu beweisen (vgl. Böckli, a.a.O., N 365 ff. zu § 18, m.w.V.). Bezüglich der dem Beklagten vorgeworfenen Untätigkeit ist weiter zu beachten, dass der konkursiten Gesellschaft nur ein Schaden entstanden ist im Falle einer Erhöhung der Passiven ohne gleichzeitige Erhöhung der Aktiven sowie im Falle einer Verminderung der Aktiven ohne gleichzeitige Verminderung der Passiven. Beides haben die Kläger substantiiert darzulegen und zu beweisen (Art. 42 OR, Art. 8 ZGB, §§ 50 und 102 ZPO; Böckli, a.a.O., N 371 ff. zu § 18; Bärtschi, a.a.O., S. 209 ff.). Eine rechtserhebliche Tatsache ist dann genügend dargetan, wenn sie nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar dargelegt worden ist, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 108 II 341; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006, N 55 zu Kap. 10; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 5 zu § 113 ZPO). Der Schaden muss konkret berechnet und beziffert werden (Schnyder, in: Basler Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Basel/Genf/München

2003, N 2 ff. zu Art. 42 OR). Nur wenn der strikte Nachweis des Schadens unmöglich oder unzumutbar ist, sieht Art. 42 Abs. 2 OR im Sinne einer Beweiserleichterung die Schätzung vor (BGE 122 III 221; Schnyder, a.a.O., N 10 zu Art. 42 OR). Die Beweise würdigt das Gericht nach freier Überzeugung (§ 124 ZPO). Vorliegend ist es an den Klägern aufzuzeigen, dass aufgrund der Untätigkeit des Beklagten entweder Verpflichtungen ohne Gegenwert zulasten der R. Treuhand AG eingegangen wurden oder dass Auszahlungen ab Konten dieser Firma erfolgten, ohne dass damit Schulden der Gesellschaft getilgt worden wären.

Solches wird seitens der Kläger nicht, jedenfalls nicht in substantiierter Weise dargetan. Aus den Rechtsschriften geht auch nicht klar hervor, wie sich die eingeklagte Forderung von Fr. 620'000.00 zusammensetzt. Offenbar handelt es sich dabei um die Summe aller kollozierten Forderungen, abzüglich jener von L., die aus einer Zeit datiert, in welcher der Beklagte noch nicht Verwaltungsrat der R. Treuhand AG war. Diese Forderungen sind aber bei der Berechnung des vom Beklagten verursachten Schadens nicht zu berücksichtigen, da sie vor Ende 1996 entstanden sind. Im Übrigen wird der Schaden von den Klägern nicht näher umschrieben bzw. so berechnet, wie wenn es sich um den direkten Schaden der Anleger selber handeln würde. Zu Recht rügt der Beklagte, der blosser Pauschalverweis auf eine nicht rechtsverbindliche Geschädigtenaufstellung im Rahmen eines ausländischen Strafverfahrens sowie auf einzelne in den Akten befindliche Anlageverträge reiche als Beweis für nach 1996 entstandene Verbindlichkeiten nicht aus, zumal in der Zustimmung des Beklagten zum Beizug der fraglichen Akten keine prozessuale Anerkennung einzelner Schadenspositionen zu erkennen ist (...).

Unabhängig davon machen die Kläger geltend, noch im Jahr 2000 seien Rückzahlungen an einzelne Anleger erfolgt, Vermögen sei zu diesem Zeitpunkt also noch vorhanden gewesen; mithin sei "nicht ausgeschlossen, dass der Berufungskläger bei rechtzeitigem Handeln" die Rückzahlung von Anlagen "hätte bewirken können". Aus dem blossen Unterlassen von Rückzahlungen ist der Gesellschaft indes ebenso wenig ein Schaden entstanden wie aus der Tilgung bestehender Schulden (wobei es sich bei den fraglichen Transaktionen z.T. nachweislich nicht um Zahlungen ab Konten der R. Treuhand AG handelte). Im Übrigen ist über die Vermögenslage der R. Treuhand AG nach 1996 nichts bekannt. Die Einlagen aus den Vertragsschlüssen von H. sind, soweit ersichtlich, bar an diesen selbst oder als Überweisungen auf schweizerische und deutsche Bank- bzw. Postkonten erfolgt, an welchen die R. Treuhand AG nicht wirtschaftlich berechtigt war (...). Wie gross das Vermögen der R. Treuhand AG Ende 1996 effektiv war, lässt sich aufgrund der Akten jedenfalls nicht sagen. Zwar weisen die Kläger im Berufungsverfahren darauf hin, dass dieser Umstand nicht zuletzt eine Folge der Verletzung

A 2.6

von Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflichten des Beklagten selbst sei, weshalb ihn eine entsprechende Beweislast treffe; die mangelhafte Schadenssubstanziierung sowie das Versäumen von Beweisanträgen zur Schadensbeifferung lassen sich jedoch mit diesem im Berufungsverfahren neu erhobenen Hinweis nicht heilen (§ 198 ZPO).

Nicht substantiiert worden seitens der Kläger ist auch der sog. Konkursverschleppungsschaden, d.h. der Schaden der Gesellschaft infolge unterbliebener Überschuldungsanzeige. Die Kläger machen zwar (wenn auch nicht in substantiierter Weise) geltend, der Beklagte habe die Benachrichtigung des Richters unterlassen und damit gegen Art. 725 und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR verstossen, doch wird in der Folge der daraus entstandene Schaden weder näher umschrieben noch belegt. Ein Vergleich der nach Liquidationswerten erstellten Konkursbilanz mit der Bilanz in dem für die Pflichtverletzung massgebenden – und von den Klägern zu benennenden – Zeitpunkt ist jedenfalls mangels erforderlicher Angaben in den Akten bzw. entsprechender Beweisanträge nicht möglich.

5. Zusammenfassend fehlt es vorliegend am adäquat kausalen Schaden bzw. an dessen Nachweis. Das vorinstanzliche Urteil ist daher ohne Prüfung der übrigen Haftungsvoraussetzungen in den angefochtenen Teilen aufzuheben. Aufgrund dieses Ergebnisses ist auch der Frage des Selbstverschuldens nicht weiter nachzugehen (Art. 44 Abs. 1 OR). Immerhin ist anzumerken, dass die vorinstanzliche Ablehnung einer Haftungsreduktion nicht überzeugt. Zwar gilt im Rahmen der Doktrin des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit ein Ausschluss von Einreden aus dem Verhältnis zum klagenden Gesellschaftsgläubiger sowie zur Gesellschaft (vgl. BGE 117 II 432, "Raschein-Praxis"; Böckli, a.a.O., N 287 ff. zu § 18; Bärtschi, a.a.O., S. 155 ff.), doch wäre vorliegend wohl zu prüfen, ob angesichts des durchwegs leichtsinnigen Verhaltens der Gesamtheit der Gläubiger (Auszahlung grösserer Geldbeträge auf blosser mündliche Zusicherungen eines "Vermittlers" hin gegen Vorlage eines auftragnehmerseitig blanko unterzeichneten, mit unleserlicher Unterschrift versehenen und keinem Verpflichteten klar zuzuordnenden Vertrages) nicht der Ausnahmefall eines auch im Rahmen des Einheitsanspruchs zu berücksichtigenden Selbstverschuldens vorläge.

(Urteil vom 25. Juli 2006, ZK 2005 42; eine staatsrechtliche Beschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, während auf die konnexe Berufung nicht eingetreten wurde, vgl. BGer 4P.272/2006 bzw. 4C.362/2006 vom 2. März 2007).

2.7 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

- *Rechtliches Gehör im zweiten Rechtsgang; Umfang der Verrechnungseinredeprüfung (Erw. 1).*
- *Die Kollokation von Forderungen ist für den Nachweis von Gesellschaftspassiven notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung; Abstellung auf Verteilliste in concreto (Erw. 5.d).*
- *Haftungsreduktion (Erw. 5.g).*
- *Verrechnung einer kollozierten Gegenforderung (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

1. Im Rückweisungsverfahren haben die Parteien grundsätzlich keinen Anspruch auf erneute, zusätzliche Anhörung. Laut Urteil des Bundesgerichts [BGer 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006] hat das Kantonsgericht nunmehr die Feststellungen zum Schaden zu treffen, die der konkursiten Gesellschaft durch allfällige schuldhaft und pflichtwidrige Handlungen der Beklagten entstanden sind. Sofern ein Schaden und Pflichtverletzungen seitens der (oder einzelner) Beklagten zu bejahen sind, wird nebst den anderen Voraussetzungen (adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden) der Schadenersatz zu bestimmen und anschliessend wird zu prüfen sein, ob der Eventualeinwand der Verrechnung des Erstbeklagten zu schützen ist. Ebenfalls nicht Prozessthema ist die Stellung der Drittbeklagten im Kollokationsverfahren im Konkurs der M. AG, nachdem das Bundesgericht für das Kantonsgericht verbindlich festgestellt hat, die formelle Gläubigerstellung der Klägerin im Konkurs genüge für deren Aktivlegitimation im Verantwortlichkeitsprozess und verleihe ihr den Anspruch, sich aus einem allfälligen Prozessgewinn als zusätzliches Konkursaktivum vorab zu befriedigen. Auch wenn die Drittbeklagte im Rahmen des Kollokationsverfahrens keine Möglichkeit hatte, die Gläubigerstellung der Klägerin anzufechten, ändert dies gemäss den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts an der Aktivlegitimation der Klägerin und der Bejahung ihres Rechtsschutzinteresses im Verantwortlichkeitsprozess auch im Verhältnis zur Drittbeklagten nichts.

Keine neuerliche Anhörung der Parteien bedarf es zur Frage der Verrechnung, nachdem der Erstbeklagte seine kollozierte Darlehensforderung bereits in der Klageantwort zur Verrechnung gestellt hat bis zu dem Betrag, in welchem das Gericht einen Verantwortlichkeitsanspruch der Klägerin dem Grundsatz nach bejahen würde. Die Klägerin hatte Gelegenheit, sich zur rechtzeitig erhobenen (Eventual-)Verrechnungseinrede sowie den diesbezüglichen Rechtserörterungen des Erstbeklagten zu äussern, was sie auch tat, indem sie grundsätzlich die Verrechnungsmög-

A 2.7

lichkeit bestritt. Unbegründet ist ihr Vorbringen, aufgrund der (früheren) Praxis des Bundesgerichts hätte sie davon ausgehen können, die Frage der Verrechnung sei entscheidenerheblich und es sei ihr deswegen erneut das rechtliche Gehör einzuräumen. Die Klägerin musste jederzeit damit rechnen, dass das Sachgericht im Falle der Schadensbejahung die Verrechnung entgegen der nicht gefestigten Praxis des Bundesgerichts, aber in Übereinstimmung mit Stimmen aus der Lehre (vgl. Hinweise in BGE 132 III 351 E. 4.4) grundsätzlich zulassen würde. Die Klägerin kann nicht für sich in Anspruch nehmen, mit der Verrechnungsmöglichkeit hätte sie vernünftigerweise nicht rechnen müssen. Kommt hinzu, dass der Erstbeklagte bereits in der Klageantwort die Verrechnungszulassung durch Hinweis auf diverse Literaturstellen begründet hat. Umso mehr hätte die Klägerin Anlass gehabt, sich damit eingehender auseinanderzusetzen und allfällige „Gegeneinreden“ zu erheben. Damit ist sie heute mit ihrer unaufgeforderten Eingabe verspätet und es ist ihr hierzu, entgegen ihrem Antrag, auch nicht erneut Frist anzusetzen.

Fragen könnte man sich, inwieweit die Verantwortlichkeitsklage überhaupt geprüft werden muss, nachdem sich, wie aufzuzeigen sein wird (vgl. unten Erw. 7), die vom Erstbeklagten (eventuell) zur Verrechnung erklärte Darlehensforderung im Bestand begründet und die Verrechnungserklärung (auch gegenüber allfälligen Solidarschuldnern) wirksam ist. Die sogenannte Klageabweisungstheorie besagt nämlich, dass der Richter die eingeklagte Forderung ohne weiteres abweisen kann, soweit er den Bestand der behaupteten Verrechnungsforderung und eine gültig herbeigeführte Verrechnungswirkung annimmt. Diese Theorie, die allerdings nur vereinzelt vertreten wird, hätte zur Folge, dass die Frage der Verantwortlichkeit nur soweit geprüft werden müsste, als eine Haftung das Ausmass der kollozierten Darlehensforderung des Beklagten 1 von Fr. 3'706'717.00 übersteigt. Überwiegend wird in Lehre und Rechtsprechung jedoch die Auffassung vertreten, dass der Richter die gegen die erhobene Klage erfolgten Einwendungen vorab prüfen und den Verrechnungseinwand erst an letzter Stelle beurteilen darf, da die beklagte Partei die Klageabweisung in erster Linie ohne Preisgabe einer eigenen Forderung erreichen will und umgekehrt wohl auch der Kläger beschwert wäre, wenn der Bestand seiner Forderung verneint statt wegen Verrechnung mit einer Gegenforderung abgewiesen wird (sog. Beweiserhebungstheorie, vgl. Aepli, Zürcher Kommentar, N 136 Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR mit Hinweisen, Leuch/Marbach/Kellerhals, Zivilprozessordnung des Kts. Bern, N 3a zu Art. 333; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 14a zu § 51). Auch wenn im konkreten Fall mangels weiterer Konkursaktiven eine Beschwer der Parteien im Falle der Anwendung der Klageabweisungstheorie zu verneinen ist, wird nachfolgend die Frage der

aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Beklagten umfassend (und nicht nur im die kollozierte Darlehensforderung allenfalls überschüssenden Umfang) beurteilt.

5. (...). d) Die neuen Vorbringen der Klägerin hinsichtlich Höhe des Gesamtausfalls und Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung wären allerdings, selbst wenn sie prozessual zulässig wären, auch materiell nicht begründet. Darauf ist noch kurz einzutreten, bevor nachfolgend die einzelnen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen sind (vgl. nachfolgend Erw. 5.e-g).

aa) Die Klägerin geht bei der Berechnung des Fortführungsschadens vor Kantonsgericht in ihrem Hauptstandpunkt nicht vom kollozierten Gesamtverlust aus, sondern will bei der Schadensberechnung auch Forderungen gegen die M. AG berücksichtigt wissen, die im Konkurs nicht angemeldet und deshalb auch nicht kolloziert wurden. Die Beklagten bestreiten neben der Zulässigkeit dieser Schadensberechnungsweise auch den Bestand jener Forderungen an sich; die Vorinstanz hat dazu festgestellt, dass eine Berücksichtigung von nicht kollozierten Forderungen ausser Betracht falle, da der Bestand solcher Forderungen völlig unsicher sei (Urteil S. 57).

bb) Werden allfällige Ansprüche im Konkurs nicht geltend gemacht, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaft überhaupt ein Schaden entstanden ist. Zwar hat eine Kollokation grundsätzlich keine materiellrechtlichen Wirkungen (BGE 122 II 195; BGer 4C.275/2000 vom 24.04.2001 und 4C.312/2005 vom 10.01.2006), ein Verzicht auf Geltendmachung im Konkurs hat aber zur Folge, dass nach Abschluss des Konkurses eine Anspruchsdurchsetzung nicht mehr möglich ist (Art. 251 Abs. 1 SchKG). Daraus ergibt sich, dass die Kollokation von Gläubigerforderungen (d.h. Gesellschaftsschulden) zwar für einen Verantwortlichkeitsschaden nicht hinreichend ist, wie das Bundesgericht dies in der zitierten Praxis festgehalten hat, dass aber ohne Geltendmachung bzw. Kollokation einer Gläubigerforderung auch nicht von einem entsprechenden Schaden und Schadennachweis ausgegangen werden kann, d.h. dass die Kollokation zumindest im Regelfall eine notwendige (nicht aber hinreichende) Bedingung für einen Gesellschafts- und Verantwortlichkeitsschaden ist (vgl. so auch ZK 2005 42, Urteil vom 25. Juli 2006 Erw. 4.b). Demnach kommt eine Berücksichtigung von nicht kollozierten Forderungen bei der Schadensberechnung von vornherein nicht in Betracht.

A 2.7

cc) In diesem Zusammenhang wird von Seiten des Erst- und Zweitbeklagten auf den Nichtbestand der klägerischen Forderung von Fr. 750'000.00 hingewiesen und geltend gemacht, diese dürfe bei der Schadensberechnung nicht berücksichtigt werden. Die Zivilkammer hat im (aufgehobenen) Beschluss vom 12. April 2005 aufgezeigt, dass der Klägerin infolge der Lieferung einer nicht vertragsgemässen Anlage sowie ihrer Weigerung zur Nachbesserung kein Anspruch auf den restlichen Kaufpreis zusteht (vgl. dort Erw. 5 und oben Erw. 4.b-e). Da jedoch die klägerischerseits geltend gemachte Forderung nicht bei den zusätzlichen Passiven ab 1. Juli 1992 figuriert, hat sie auf die vom Experten berechnete Schadenshöhe auch keinen Einfluss.

dd) Bei der Höhe der effektiven Konkursverluste ist auf die Angabe gemäss Verteilliste abzustellen. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf den Gutachter festgestellt, dass der Widerspruch zwischen dem Verlust gemäss Kollokationsplan vom 18. November 1994 (Fr. 7'497'919.40) und gemäss Verteilliste vom 4. April 1995 (Fr. 6'869'351.55) nicht lösbar sei und ging deshalb für die Schadensberechnung vom Wert gemäss Verteilliste aus (Urteil S. 56 f.). Die Zivilkammer schliesst sich dieser Beurteilung an (§ 136 GO), zumal die Klägerin nicht behauptet, dass der Wert gemäss Verteilliste erfolgreich angefochten wurde und auch nicht aufzeigt, dass es sich beim Wert gemäss Verteilliste nur um einen Verschrieb oder einen offenkundigen Rechnungsfehler handelt. Das Abstellen auf den Wert gemäss Verteilliste ist somit nicht nur in prozessualer Hinsicht, sondern auch aus materieller Sicht richtig. (...).

g) Die Bemessung des Schadenersatzes unterliegt den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts. Der Richter kann somit den Ersatzbetrag, den der Ersatzpflichtige für den von ihm verschuldeten Schaden zu leisten hat, aus den in Art. 43 und 44 OR festgelegten Gründen herabsetzen, so insbesondere wegen nur leichter Fahrlässigkeit, bei Selbstverschulden des Geschädigten oder wegen besonderen Umständen in der haftpflichtigen Person. Auch im Ausssverhältnis und bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen sind die Grundsätze von Art. 43 und 44 OR anzuwenden (Widmer/Banz, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 51 zu Art. 754 und N 4 zu Art. 759 OR; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N 447 ff.; Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001, S. 309 ff.; Bertschinger, Handkommentar, N 3 zu Art. 759; BGE 127 III 458 f.; umfassende Darstellung der Gründe und des Ausmasses einer Herabsetzung bei Roland Brehm, Berner Kommentar, 2006, Art. 43 und 44 OR). Die folgenden Umstände rechtfertigen sowohl beim Erst- als auch beim Zweitbeklagten eine Herabsetzung des Ersatzbetrages (... [um rund 1/3]). (...).

7. Das Bundesgericht hat im Rückweisungsurteil vom 10. Januar 2006 die Zulässigkeit der Verrechnung der Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen den Erstbeklagten mit seiner kollozierten Forderung im Grundsatz bejaht (vgl. dort Erw. 4). Danach hat die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gesamtheit der Gläubiger nicht grundsätzlich den Ausschluss der Einreden zur Folge, welche sich gegen die Gesellschaft richten. Der Ausschluss gilt nicht für die Einrede der Verrechnung mit Forderungen, mit welchen das haftpflichtige Organ schon vor der Konkursöffnung gegenüber der Gesellschaft hätte verrechnen können. Der Gläubiger, der mit seiner Forderung gegenüber der Konkursitin rechtskräftig kolloziert worden ist, kann gegenüber gleichartigen Gegenforderungen der Konkursitin die Verrechnung erklären. Das Bundesgericht bejahte das Erfordernis der Gegenseitigkeit, welches mit der Ablösung des eigenen Anspruchs der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit im Konkurs nicht beseitigt wird. Die Befugnis der Verrechnung gehört danach zu denjenigen bereits vor der Konkursöffnung entstandenen Einreden, die den verantwortlichen Organen unter Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung im Konkurs der Gesellschaft gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger erhalten bleiben. Soweit im nicht amtlich publizierten Urteil 4C.262/2000 vom 15. Dezember 2000, E. 2c, eine andere Auffassung vertreten worden sei, könne – so das Bundesgericht – daran nicht festgehalten werden (Erw. 4.4). Im konkreten Fall stehe der kollozierten Forderung jedoch nicht der eingeklagte Betrag verrechenbar gegenüber, sondern der durch schuldhafte und pflichtwidrige Handlungen des Organs der Gesellschaft verursachte Schaden. Da der gesamte Schaden Klagefundament bilde, sei der Forderung des kollozierten Gläubigers die gesamte Schadenersatzforderung der konkursiten Gesellschaft gegenüber zu stellen (Erw. 4.5). Das Bundesgericht hat ausdrücklich und für das Kantonsgericht bindend festgestellt (Art. 66 Abs. 1 OG), dass „die Forderung des kollozierten Gläubigers der gesamten Schadenersatzforderung der konkursiten Gesellschaft gegenüber zu stellen ist“ und die Verrechnungserklärung „daher die eingeklagte Teilforderung insoweit zum Untergang bringt, als ein allenfalls verbleibender Saldo die Differenz der eingeklagten Teilforderung zum Gesamtschaden übersteigt“ (Erw. 4.5). (...).

b) Die (verspäteten) Einwände der Klägerin sind nicht begründet. Das Bundesgericht hat zwar in seinem Rückweisungsentscheid beim Hinweis auf die Meinungen in der Lehre zur Verrechnungsmöglichkeit des verantwortlichen Organs in genereller Weise den „Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung“ erwähnt (Erw. 4.4). Böckli, auf den das Bundesgericht verweist, spricht im Zusammenhang mit den Einreden der Organmitglieder bloss vom Vorbehalt der Pauliana (a.a.O., § 18 Rz 277). Bärtschi

A 2.7

seinerseits unterstreicht, dass sich mit dem Eintritt des Konkurses nichts an der materiellen Rechtslage ändere, womit dem Verantwortlichen die Einreden gegen die Gesellschaft (dagegen nicht die persönlichen Einreden gegen den Kläger) erhalten bleiben (a.a.O., S. 187). Ausserhalb des Konkurses stehe das Verrechnungsrecht des zur Verantwortung gezogenen Organs gegenüber der Gesellschaft ausser Zweifel (ebd. S. 326 f.).

Wird ein (ehemaliges) Verwaltungsratsmitglied von der Gesellschaft (vor einem Konkurs) aus Organhaftung belangt, kann er dieser Forderung eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung verrechnungsweise entgegenstellen. Nicht einzusehen ist, weshalb dies nach Eröffnung des Konkurses anders sein soll, wenn der Anspruch der Gesellschaft durch denjenigen der Gläubigergesamtheit abgelöst wird. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgehalten, dass nicht ersichtlich sei, weshalb die Gläubiger mit dem Konkurs gegenüber dem verantwortlichen Organ über mehr Rechte verfügen sollten als zuvor die unmittelbare Gesellschaft hatte (a.a.O., Erw. 4.4).

Das Gesetz sieht die Möglichkeit der Verrechnung im Konkurs von Forderungen des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, mit solchen des Gemeinschuldners ausdrücklich vor (Art. 123 Abs. 1 OR, Art. 213 Abs. 1 SchKG). Eine Gläubigerbenachteiligung, wie sie die Klägerin zu konstruieren versucht, liegt deshalb im Falle der Verrechnungserklärung durch das haftpflichtige Organ grundsätzlich nicht vor. Auch ein anderer Schuldner der Gesellschaft kann im Konkurs seine Forderung mit einer Forderung der Gesellschaft verrechnen. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb einem Organ kein Verrechnungsrecht im Konkurs zustehen soll, wogegen einem anderen Schuldner der Gesellschaft, der beispielsweise durch eine Vertragsverletzung oder eine unerlaubte Handlung der Gesellschaft einen finanziellen Schaden zugefügt hat, dieses Recht gegeben ist (z.T. a.M. Glasl, Bratschi Emch, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in Jusletter 23. Oktober 2006, dessen Kritik allerdings das Verrechnungsrecht im Konkurs insgesamt und zudem nicht die Konstellation im vorliegenden Fall avisiert). Eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubigergesamtheit liegt somit nicht vor, nachdem das Gesetz das Verrechnungsrecht ausdrücklich vorsieht und auch nicht ersichtlich ist, dass ein einzelner oder mehrere Konkursgläubiger durch die Ausübung der Verrechnung gegenüber den anderen Konkursgläubigern bevorzugt (im Sinne eines paulianischen Anfechtungstatbestandes) worden wären.

c) Besondere Umstände, welche die erfolgte Verrechnung als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, liegen nicht vor (ebenso wenig ein gesetzlicher Ausschlussgrund gemäss Art. 125 OR). Das Bundesgericht hat für den Fall der Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

die Verrechnung ohne Hinweis auf einen möglichen Rechtsmissbrauch bejaht. Allein der Umstand, dass die Hauptforderung auf organschaftlicher Pflichtverletzung und damit auf einer Rechtswidrigkeit gegenüber der konkursiten Gesellschaft beruht, kann nicht zum Verrechnungsausschluss gestützt auf Art. 2 Abs. 2 OR führen (vgl. dazu die zu Missverständnis Anlass gebende Bemerkung in V. Aepli, a.a.O., N 88 Vorb. zu Art. 120-126 OR). Zahlreiche Forderungen liegen in einem rechtswidrigen Handeln des Schuldners begründet, sei es im Rahmen eines Vertragsverhältnisses (Nichterfüllung einer Vertragsobligations, Schlechterfüllung) oder bei ausservertraglicher Haftung. Auch mit solchen Forderungen kann verrechnet werden und generell müssen besondere Umstände vorliegen, welche die Verrechnung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB hindern können (vgl. die Beispiele bei Aepli, a.a.O., N 89 ff.). Solche besonderen Umstände sind in casu nicht gegeben.

d) Die Darlehensforderung des Erstbeklagten im Ausmass von Fr. 3'706'717.00 wurde vorbehaltlos (in der 5. Klasse) kolloziert. Eine Differenzierung im Sinne der Anmeldung, dass die Forderung im Umfange von Fr. 1'540'000.00 nachrangig sei, erfolgte im Kollokationsplan nicht, womit die ganze Darlehensforderung zur Verrechnung gestellt werden kann. Nur wenn die Nachrangigkeit eines Teils der angemeldeten Darlehensforderung vermerkt (oder allenfalls separat verfügt) worden wäre, wäre die Verrechenbarkeit auf die nichtnachrangige Darlehensforderung beschränkt (D. Hierholzer, SchKG-Kommentar, Bd. III, N 30 zu Art. 247 SchKG). Die unangefochtene Aufnahme der eingegebenen Forderungen in den Kollokationsplan hat demnach gerade auch für den Abtretungsgläubiger volle Wirkung. Der klagende Abtretungsgläubiger muss sich entgegenhalten lassen, er hätte die zur Verrechnung gestellte, in den Kollokationsplan aufgenommene Forderung – durch den Verzicht auf Anfechtung des Planes – selbst anerkannt (BGE 103 III 46). Abgesehen davon hat sich die Klägerin im vorliegenden Prozess ohnehin auf den Standpunkt gestellt, es lägen keine rechtsverbindlichen Rangrücktrittserklärungen seitens des Erstbeklagten vor, worauf sie zu behaften wäre.

e) Der Erstbeklagte hat in seiner Klageantwort vom 9. Dezember 1996 für den Fall, dass die Klage ganz oder teilweise gutgeheissen werden sollte, in entsprechendem Umfang die Verrechnung mit seinen Darlehensforderungen erklärt (zur Zulässigkeit der Verrechnungseinrede im Prozess und als Eventualeinrede: Wolfgang Peter, Basler Kommentar, N 2 und 3 zu Art. 124 OR; Flavio Cometta, OR-Handkommentar, N 3 zu Art. 124 OR; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, S. 205 f.). Der Konkurs der M. AG hat die

A 2.8

Fälligkeit der beklagten Darlehensforderungen bewirkt (Art. 123 Abs. 1 OR und Art. 213 Abs. 1 SchKG). Spätestens mit Verrechnungserklärung trat die Tilgungswirkung ein (Art. 124 Abs. 1 und 2 OR). Damit steht fest, dass infolge Verrechnung mit einem Teil der kollozierten Darlehensforderung von Fr. 3'706'717.00 die (von Fr. 2'326'752.55 auf Fr. 1'500'000.00 zu reduzierenden) Schadenersatzforderung vollständig getilgt ist. Die Verrechnung hat die Wirkung, dass die beiden Forderungen, soweit sie sich ausgleichen, untergehen. Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, sind auch die übrigen befreit (Art. 147 Abs. 1 OR). Auf die eingetretene Verrechnungswirkung können sich somit auch Dritte berufen, mithin auch die weiteren Beklagten, soweit sie als Solidarschuldner beklagt sind (vgl. V. Aepli, a.a.O., N 106 zu Art. 124 OR).

f) Die Verrechnungswirkung wäre im Übrigen auch eingetreten, wenn entgegen obigen Ausführungen anzunehmen wäre, die kollozierte Darlehensforderung als ordentliche Forderung in der 5. Klasse ohne Rangrücktritt sei im angemeldeten Umfang von nur Fr. 2'166'717.00 rechtswirksam. Auch in diesem Fall würde die Darlehensforderung die (reduzierte) Schadenersatzforderung aus Organhaftung masslich übersteigen und die Verrechnung hätte damit den Untergang der Schadenersatzforderung zur Folge. Die Berufung ist daher im Klagepunkt unbegründet und abzuweisen.

(Urteil vom 13. Juni 2006, ZK 2006 23; staatsrechtliche Beschwerde und Berufung wurden abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, vgl. BGer 4P.338/2006 bzw. 4C.436/2006 vom 18. April 2007).

2.8 Einspruch gegen Handelsregistereintragung

- *Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn andere Gesellschaften des gleichen Konzerns (wiederholt) Einspruch beim Handelsregisterführer im Sinne von Art. 32 Abs. 2 HRegV erheben, um einen beantragten Eintrag ins Handelsregister zu verhindern (sog. Kettensperre).*

Aus den Erwägungen:

2. Wie bereits ausgeführt, kann gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV beim Handelsregisterführer Einspruch erhoben werden. Dieser Einspruch ist an keine Form gebunden und kann auch mündlich erfolgen. Der Einspruch muss nicht begründet werden und der Handelsregisterführer ist - abgesehen von unzweideuti-

gen Fällen von Rechtswidrigkeit und Rechtsmissbrauch - nicht berechtigt, die Legitimation des Einsprechers zu prüfen (Ursula Hubschmied, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, S. 258 N 30; Max Küng, Berner Kommentar, N 179 f. zu Art. 929 OR). Der Handelsregisterführer hat auch nicht zu prüfen, ob die Rechte des Einsprechers verletzt sind oder nicht. Zur Prüfung dieser Frage muss er gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV den Einsprecher vielmehr an den Richter verweisen (M. Küng, Berner Kommentar, N 193 zu Art. 929 OR).

Lässt der Einsprecher die angesetzte Frist unbenützt verstreichen, so kann er seine Einsprache nicht mehr erneuern (sogenannter revolvierender Einspruch). Sein Rechtsschutzinteresse ist verwirkt. Dagegen können weitere Personen eine Einsprache beim Handelsregister erheben. Deshalb können sich z.B. mehrere Aktionäre absprechen und jeweils knapp vor Ablauf der angesetzten Frist zur Erwirkung einer richterlichen Verfügung nacheinander je eine weitere Einsprache erheben. Der Handelsregisterführer ist in diesem Fall gezwungen, jedes Mal eine 10 bis 14-tägige Frist anzusetzen, sofern kein Rechtsmissbrauch vorliegt (M. Küng, Berner Kommentar, N 196 ff. zu Art. 929 OR).

Diese gesetzliche Regelung birgt ein hohes Missbrauchspotenzial. Durch koordiniertes Vorgehen können nicht beteiligte Dritte mit geringstem Aufwand eine Eintragung auf längere Zeit verhindern, ohne dass der Richter je über die Berechtigung des Einspruchs entscheiden kann. Die so erwirkte Registersperre stellt einen schweren Eingriff zu Lasten der Gesellschaft dar. Auch in der Lehre ist anerkannt worden, dass das Mittel des privatrechtlichen Einspruchs in letzter Zeit vereinzelt missbraucht worden ist, um einen „nuisance-value“ zu schaffen und die Gesellschaft zu ungerechtfertigten Leistungen zu zwingen, um den Rückzug des Einspruchs zu „erkaufen“. Dem sollte durch eine strenge Gerichtspraxis bei der Gewährung vorsorglicher richterlicher Verfügungen Grenzen gesetzt werden (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 258, N 77 zu § 25; vgl. auch M. Küng, a.a.O., N 180 und 198 zu Art. 929 OR; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 1962 f.).

a) Vorliegend haben die Beklagten Ziff. 1 und 3 nach dem beim Handelsregister eingereichten Einspruch darauf verzichtet, innert der gesetzten Frist den Richter anzurufen. Der von der Beklagten Ziff. 2 angerufene Einzelrichter am Handelsgericht Zürich hat eine Eintragungssperre mangels Zuständigkeit rechtskräftig abgelehnt. Das Rechtsschutzinteresse der Beklagten Ziff. 1-3 ist somit verwirkt.

In der Folge haben jedoch weitere Tochtergesellschaften der Beklagten Ziff. 1 privatrechtlichen Einspruch beim Handelsregister des Kantons Schwyz erhoben, wobei zur Zeit nur noch der Einspruch der Gesellschaft

A 2.8

X hängig ist, deren Frist für die Erwirkung einer richterlichen Eintragungssperre am 11. September 2006 abläuft. Es ist somit zu prüfen, ob infolge dieses Einspruchs der von der Klägerin beantragte Registereintrag weiterhin zu unterbleiben hat oder ob auch das Einspruchsrecht der Gesellschaft X verwirkt ist.

b) Nach der Praxis des Bger bestimmt das Bundesrecht über die materielle Rechtskraft, das heisst die Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse, soweit der zu beurteilende Anspruch auf Bundesrecht beruht. Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (Bundesgerichtsentscheid vom 17. Juni 1998, Nr. 4P.91/1998, zitiert gemäss sic! 1999, S. 440, mit weiteren Verweisen). Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass der Einwand der fehlenden Parteiidentität als Rechtskraftvoraussetzung bei Rechtsmissbrauch unbeachtlich sei. Es führte im Wesentlichen aus, dass missbräuchliches Verhalten der gleichen natürlichen Personen, die Organe mehrerer juristischer Personen sind, diesen juristischen Personen zugerechnet werden könne. Es gehe dabei um einen Zurechnungsdurchgriff auf die hinter den juristischen Personen stehenden natürlichen Personen, wie er im Zusammenhang mit der Umgehung von gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen in Lehre und Rechtsprechung seit Jahrzehnten als zulässig betrachtet werde (vgl. sic! 1999, S. 443). Dieser Entscheidung des Bundesgerichts ist zwar im Zusammenhang mit zwei Patentnichtigkeitsklagen erfolgt, lässt sich aber ohne weiteres auf den folgenden Fall übertragen, in welchem es darum geht, ob einer Gesellschaft, welche einen Einspruch im Sinne von Art. 32 HRegV erhoben hat, entgegengehalten werden kann, dass andere Gesellschaften des gleichen Konzerns ihr Einspruchsrecht bereits verwirkt hätten.

Das konzertierte Vorgehen der Beklagten und weiterer zu den Beklagten gehörender Konzerngesellschaften ist offenkundig. Die Beklagte Ziff. 1 und ihre Konzerngesellschaften haben insgesamt sechs Einsprüche erhoben, wobei fünf Gesellschaften darauf verzichtet haben, den Richter anzurufen, und der Einspruch der Beklagten Ziff. 2 durch den Einzelrichter des Zürcher Handelsgerichts mangels Zuständigkeit rechtskräftig abgelehnt worden ist. Sämtliche Einsprecher sind durch die gleichen Rechtsanwälte vertreten worden. Es ist unbestritten, dass alle Einsprecher zum Konzern der Beklagten Ziff. 1 gehören. Offenkundig ist zudem, dass die Einsprachen der Tochtergesellschaften der Beklagten Ziff. 1 lediglich erhoben worden sind, um die Wirkungen zu umgehen, welche sich daraus ergeben haben, dass die Beklagte Ziff. 1 darauf ver-

zichtet hat, den Richter anzurufen. Dieses Verhalten der Beklagten und der weiteren Konzerngesellschaften der Beklagten Ziff. 1 ist als rechtsmissbräuchlich anzusehen.

c) Nachdem der Rechtsmissbrauch der Beklagten und weiterer Konzerngesellschaften der Beklagten Ziff. 1 feststeht, ist das Handelsregister des Kantons Schwyz anzuweisen, weiteren Einsprüchen von Gesellschaften, welche zum Konzern der Beklagten Ziff. 1 gehören oder von Personen, welche diesen nahe stehen, nicht mehr stattzugeben. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch Einsprüche weiterer, unbeteiligter Dritter denkbar sind, denen das Recht nicht zum vorneherein abgesprochen werden kann.

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes Schwyz vom 4. September 2006, SV 2006 94).

2.9 Baueinsprache

- *Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichem Baurecht und privatrechtlichem Immissionsschutz.*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, sich bei der Ausübung seines Grundeigentums aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung (Abs. 2). Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger, d.h. übermässiger Immission ist die Intensität der Einwirkungen massgebend. Diese beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Der Richter hat eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid bleibt stets zu beachten, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Sowohl bei der Beurteilung der Frage, ob die von ihm festgestellten Einwirkungen angesichts der gegebenen örtlichen Verhältnisse als im Sinne der genannten Bestimmung übermässig und damit unzulässig sind, als auch bei der Anordnung der von ihm als gebo-

A 2.9

ten erachteten Vorkehren steht dem Sachrichter ein Ermessen zu (BGE 132 III 50).

a) Nach Art. 686 Abs. 2 ZGB sind die Kantone befugt, weitere Bauvorschriften aufzustellen. Bei Art. 686 ZGB handelt es sich um einen echten Vorbehalt, der die Kantone zur Ordnung des gesamten privaten Baurechts befugt. Heute steht dem Bundeszivilrecht indessen in den meisten Fällen nicht mehr gestützt auf Art. 686 ZGB erlassenes kantonales Privatrecht, sondern öffentliches Recht der Kantone und des Bundes gegenüber (BGE 132 III 51).

Zunächst ist vorliegend das Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichem Baurecht und privatrechtlichem Immissionsschutz zu klären. (...) Lehre und Rechtsprechung haben während Jahren die Unabhängigkeit der beiden Rechtsgebiete des privatrechtlichen Immissionsschutzes (durch privatrechtliche nachbarrechtliche Vorschriften in Art. 679/684 ZGB) und des öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzes (durch öffentlich-rechtliche Bauvorschriften wie Abstandsvorschriften) betont und zwar nicht nur was das Verfahren, sondern auch was den Inhalt des Schutzes anbelangt (vgl. Niccolò Raselli, *Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes*, in: URP 1997/4, S. 271 ff.). In neuerer Zeit ist allerdings erkannt worden, dass die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht eigentlich verbietet. Immer häufiger ist deshalb - insbesondere im Bereich von Lärmimmissionen - von einer Harmonisierung von privatem und öffentlichem Immissionsschutz die Rede (vgl. ebenfalls Raselli, a.a.O., S. 278). Indessen ist zu beachten, dass gerade im Bereich des Lärms klare Grenzwerte zur Verfügung stehen, welche als primäres Ziel die Verhinderung von Lärmimmissionen auf die Umgebung haben.

Im vorliegenden Fall stehen Abstandsvorschriften im Zentrum. Sie verfolgen primär Interessen im Bereich der Nutzungsintensität, der Feuer- und Gesundheitspolizei, der guten Gestaltung der Siedlung und der Ästhetik. Die Milderung der Einflüsse auf Nachbargrundstücke spielt dabei ebenfalls eine Rolle, aber nicht die wichtigste (BGE 119 Ia 117). Insofern ist in diesem Bereich die im erwähnten Aufsatz von Raselli postulierte Harmonisierung von privatem und öffentlichem Immissionsschutz etwas differenzierter zu betrachten.

Das Bundesgericht hat sich in neueren Entscheiden zum Verhältnis zwischen privatem Nachbarrecht und kantonalem öffentlichem Recht geäußert. In Entscheid 126 III 452 hielt es für den Bereich des Pflanzenrechtes fest, dass dem bundesrechtliche Immissionsschutz von Art. 684 ZGB die Bedeutung einer Mindestgarantie zuzuerkennen sei, wenn der kantonale Immissionsschutz trotz Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften versage, weil der Beseitigungsanspruch beispiels-

weise verjährt sei. Im gleichen Entscheid hielt es für den Bereich der von Bauten ausgehenden Immissionen in einem obiter dictum was folgt fest (BGE 126 III 452/460):

„Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass diese Erwägungen, die sich auf das Verhältnis zwischen dem kantonalen Pflanzenrecht und dem bundesrechtlichen Immissionsschutz beziehen, nicht ohne Weiteres auf negative Immissionen übertragen werden können, die von Bauten verursacht werden. Im Unterschied zum kantonalen Pflanzenrecht stellt heute das kantonale Baurecht in der Regel ein umfassendes Regelwerk dar, so dass für die Anwendung der Art. 679/684 ZGB kaum mehr Raum bestehen dürfte. Dem berechtigten Immissionsschutz der Nachbarn wird im Baubewilligungsverfahren Rechnung getragen. Ohnehin wäre kaum denkbar, dass bei einer rechtmässig erstellten Baute Immissionen, die durch deren blosses Vorhandensein verursacht werden, derart schwer wiegen, dass sich ein bundesrechtlicher Beseitigungsanspruch rechtfertigen würde.“

Im Entscheid 129 III 161/165 und 132 III 49/51 präzisierte das Bundesgericht bezüglich seines obiter dictums in BGE 126 III 452/460 was folgt:

„Wird das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB mit dem Argument verneint, das Bauvorhaben entspreche den massgebenden öffentlich-rechtlichen (Bauabstands-) Normen, und handelt es sich dabei um Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen worden sind, bedeutet das in aller Regel keine Vereitelung von Bundesrecht.“

Damit hat das Bundesgericht klar gestellt, dass ein Vorgehen gemäss Art. 679/684 ZGB dann ausgeschlossen ist, wenn das betroffene Bauvorhaben diejenigen Baumasse einhält, welche in einem mit dem Raumplanungsrecht im Einklang stehenden Baugesetz vorgeschrieben sind.

b) Die Beklagte hat in ihrer Klageantwort anerkannt, dass ihr Bauvorhaben den Gebäudeabstand gegenüber den beiden Nachbargrundstücken KTN 1117 und 1125 nicht einhält und dass hierfür eine öffentlich-rechtliche Ausnahmegewilligung nötig ist. Damit wird klar, dass das Bauvorhaben diejenigen "Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen worden sind" (vgl. BGE 129 III 161/165), nicht einhält. Gemäss der oben zitierten bundesgerichtli-

A 2.9

chen Rechtsprechung besteht damit für die Kläger (zusätzlich) Raum für ein Vorgehen nach Art. 679/684 ZGB. Nicht von Bedeutung ist in diesem Fall, dass das Bauvorhaben die öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften gegenüber dem klägerischen Grundstück KTN 1118 unbestrittenermassen einhält. Die unbestrittene Abstandsunterschreitung gegenüber den zwei andern Nachbargrundstücken KTN 1117 und KTN 1125 hat zur Folge, dass die Beklagte insgesamt ein grösseres und voluminöseres Gebäude erstellen kann, was die Kläger in ihren nachbarrechtlichen Interessen grundsätzlich tangiert.

Sodann bringt die Beklagte vor, auch die Erteilung einer Ausnahmebewilligung erfolge in Nachachtung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften. Letztere würden beim Vorliegen entsprechender Voraussetzungen die Möglichkeit der Ausnahmebewilligung geradewegs vorsehen. Überdies werde den Immissionsschutz der Nachbarn im Rahmen der Erteilung der Ausnahmebewilligung genügend Rechnung getragen, nachdem § 73 Abs. 2 des Bau- und Planungsgesetzes (PBG) ausdrücklich vorschreibe, dass eine Ausnahmebewilligung keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen dürfe. Zu diesem Argument der Beklagten ist festzuhalten, dass eine Ausnahmebewilligung stets besondere Verhältnisse und damit eine Einzelfallprüfung voraussetzt. Unter Ausnahmesituationen sind solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewendet werden müssen, obschon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Ausnahmesituationen führen bei strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu harten und unbilligen Lösungen, weshalb diesfalls eine abweichende Lösung ermöglicht werden soll, die sich mit dem Gesetzeszweck vereinbaren lässt oder materiell besser erscheint (so auch EGV-SZ 1996, Nr. 60). Damit wird klar, dass eine solche Ausnahmesituation bzw. eine gestützt darauf erlassene Ausnahmebewilligung die bundesgerichtlichen Anforderungen an "Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen worden sind" (BGE 129 III 161/165), nicht erfüllt. Dies gilt auch dann, wenn gemäss § 73 Abs. 2 PBG die Wahrung von "wesentlichen Interessen der Nachbarn" für die Ausnahmebewilligung vorausgesetzt wird. Im Übrigen ist vorliegend zu beachten, dass eine ganz besondere Ausnahmesituation vorhanden ist, da der Beklagten geltend beim bestehenden Gebäude mit einer Ausnahmebewilligung Abweichungen von den Bauvorschriften bewilligt wurden. Zwar besteht hier das sog. Recht der alten Baustelle, wonach ein Gebäude im bisherigen Umfang wieder aufgebaut werden darf (§ 72 PBG). Jedoch bedarf es in diesem Fall besonders wichtiger Gründe, falls das geplante Bauvorhaben über das hinausgeht, was das Bestandesprivileg zugesteht (EGV-SZ 1981 Nr. 43).

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend eine Prüfung der nachbarrechtlichen Interessen der Kläger im Sinn von Art. 679/684 ZGB, m.a.W. eine Prüfung der Immissionen auf ihre Übermässigkeit durch den Zivilrichter möglich ist. In diesem Sinn ist auf die privatrechtliche Einsprache einzutreten.

(Urteil des Einzelrichters des Bezirks Schwyz vom 6. April 2006, EB 05 73).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Baueinsprache

- *Streitwert im Bauinhibitionsprozess (Erw. 4.c).*
- *Rückzug des Baugesuches, Rechtsfolge (Erw. 5.a).*
- *Kosten, Prozessverursachung, Prognose über Prozessausgang (Erw. 5.b).*
- *Begründung, keine unnützen Kosten i.S.v. § 145 Abs. 1 GO (Erw. 6).*
- *Parteientschädigung (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Beklagte publizierte ein Bauvorhaben betreffend die Erstellung eines Wohn- und Geschäftshauses. Die Kläger erhoben privatrechtliche Baueinsprache, die Beklagte zog das Baugesuch zurück. Hierauf verfügte der Vorderrichter am 15. September 2005 im Dispositiv die Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit und auferlegte die Verfahrenskosten den Parteien je zur Hälfte, die ausserrechtlichen Kosten der Parteien wurden wettgeschlagen. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2004 verlangte der Kläger 2 die Begründung des Entscheides hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen:

4. c) Für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln bestimmt sich der Streitwert nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des angefochtenen Entscheids (§ 18 Abs. 2 ZPO). Massgeblich sind die bis zur Fällung des Urteils abgegebenen Parteierklärungen, also nicht die Rechtsmittelanträ-

A 3.1

ge, die Begründung des angefochtenen Entscheids oder die während des Rechtsmittelverfahrens abgegebenen Erklärungen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N 3 zu § 18). Der Streitwert im Bauinhibitionsprozess bemisst sich nach der Höhe des klägerischen Interesses an der Nichterstellung oder dem Abbruch der Baute bzw. des strittigen Bauteils. Abzustellen ist mithin primär auf das Interesse des Klägers (§ 18 Abs. 1 ZPO; BGE 95 II 17). Nicht zutreffend hingegen ist nach Ansicht der Rekurskammer die Auffassung, dass sich der Streitwert bei Abschreibung des Baueinspracheverfahrens infolge Gegenstandslosigkeit auf Null reduziert (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 18 unter Verweis auf ZR 79 Nr. 38) und nur dann wieder auflebt, wenn mit dem entsprechenden Rechtsmittel die Abschreibung als solche beanstandet wird. Dies würde nämlich dazu führen, dass jeder Rechtsmittelkläger, welchem nach Ansicht der Beklagten bei unzureichendem Streitwert für die Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nur die Nichtigkeitsbeschwerde zur Verfügung stünde, durch zusätzliche Anfechtung der Erledigung als solcher in den Genuss des ordentlichen Rechtsmittels käme und somit allein durch die Wahl des Anfechtungsgegenstandes die Kognition der Rechtsmittelinstanz beeinflussen könnte. Gestützt wird diese Auffassung ebenfalls durch die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Kosten- und Entschädigungsregelung selbstständig oder aber unselbstständig mit der Hauptsache angefochten werden kann und der Rechtsweg grundsätzlich der Hauptsache folge (BGE 5P.65/2003; vgl. auch ZR 79/1980 Nr. 140 S. 304 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 272; vgl. ebenfalls Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung Ergänzungsband, N 5 zu § 18). Mit dem in der Hauptsache zulässigen Rekurs kann somit auch der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungspflicht selbstständig angefochten werden.

Auf den Rekurs ist daher einzutreten.

5. (...). a) Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe nach Rechtshängigkeit der Baueinsprache das Baugesuch zurückgezogen und die Abschreibung des Bauinhibitionsprozesses beantragt, weshalb die Voraussetzungen der Klageanerkennung gegeben seien und die Kostenfolge gemäss § 59 Abs. 2 ZPO eintrete. Die Beklagte widerspricht dieser Rechtsauffassung und vertritt die Ansicht, dass der Rückzug des Baugesuches im Bauinhibitionsprozess die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens herbeiführe und nicht als Klageanerkennung zu werten sei.

Klageanerkennung ist die einseitige Erklärung des Beklagten gegenüber dem Gericht, dass er sich dem Rechtsbegehren des Klägers anschliesst, das Rechtsbegehren als begründet bezeichnet oder den eingeklagten Anspruch als begründet anerkennt (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 399 f.) Dafür, dass die Beklagte keine solche Erklärung abgegeben hat, spricht schon ihr Antrag hinsichtlich der Prozesskosten. Zudem hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt erklärt, sie schliesse sich der Rechtsauffassung der Kläger an oder halte den Anspruch für begründet, sondern sie hat der Vorinstanz lediglich mitgeteilt, dass sie ihr Baugesuch zurückgezogen habe. Die Argumentation der Kläger hinsichtlich der Vergleichbarkeit mit der Klageanerkennung unter Verweis auf Vogel/Spühler (Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage 2006, N 100c zu § 37) vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, weil die privatrechtliche Baueinsprache nicht direkt vergleichbar mit dem von den Klägern angeführten Klageverfahren ist. Initiator des Bauinhibitionsprozesses ist faktisch der Baugesuchsteller, welcher mit der Publikation seines Baugesuches die Baueinsprache als Instrument der Abwehr provoziert (daher auch der teilweise verwendete Begriff der Abwehrklage). Der Rückzug des Baugesuchs ist auch daher nicht mit der Anerkennung der Klagegründe zu vergleichen. (...).

b) Wird der Prozess gegenstandslos oder entfällt das rechtliche Interesse an der Klage, so entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 60 Abs. 1 ZPO). Dabei ist in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO). (...).

Hinsichtlich der Verursachung hat der Vorderrichter festgehalten, dass bei Bauuntersagungsprozessen, denen das Ausschreibungsverfahren als eine Art Provokationsverfahren vorausgehe, grundsätzlich der Bauherr als Veranlasser des Prozesses zu gelten habe. Dieser Aussage bleibt, unter Verweis auf die konstante Praxis im Kanton Schwyz (vgl. hierzu KG 376/95 ZK, Verfügung vom 3. April 1997, KG 73/83 ZK, Verfügung vom 24.6.1983; mit Verweis auf ZR 55 Nr. 65, 57 Nr. 67 und 81 Nr. 129) nichts hinzuzufügen.

Fraglich erscheint jedoch, ob und in welchem Umfang auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen ist. Zwar kann grundsätzlich auch den Prozessaussichten Rechnung getragen werden, doch darf nie allein auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt werden (Felix Addor, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Diss., Bern 1997, S. 230). Das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs kann unter der Voraussetzung, dass die Aktenlage oder der Stand des Verfahrens eine verlässliche Prognose auch tatsächlich zulassen, Berücksichtigung

A 3.1

finden, da es bei Rückzug des Baugesuches und darauffolgender Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit nicht angezeigt erscheint, den Prozess im Rahmen der Frage der Kostentragung anhand des mutmasslichen Prozessausganges materiell und mittels summarischer Prüfung zu entscheiden. Zusammenfassend gilt, dass bei Rückzug des Baugesuchs der Bauherr die Kosten des Bauinhibitionsprozesses trägt, sofern die Baueinsprache nicht offensichtlich aussichtslos war (vgl. hierzu auch KG 450/94 RK1; ZR 55 Nr. 65; ZR 57 Nr. 67; ZR 81 Nr. 129; GVP SG 1884 Nr. 48; GVP AR 1995 S. 47ff.; RBUR 1986 S. 50; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65; Brunner, Der Bauverbotsprozess unter Berücksichtigung der privatrechtlichen Baueinsprache, Dissertation St. Gallen, S. 87). (...).

6. Die Vorinstanz hat die Kosten für die Redaktion, die Ausfertigung und den Versand eines begründeten Urteils vollumfänglich dem Kläger 2 auferlegt, da nur er um Begründung nachgesucht habe. Eine weitere Begründung liefert die Vorinstanz für die von der Hauptsache abweichende Kostenverteilung nicht. Allenfalls liesse sich noch darauf schliessen, dass die Vorinstanz die Begründungskosten als unnötige Kosten im Sinne von § 145 Abs. 1 GO angesehen haben könnte. Gemäss § 135 Abs. 1 GO haben die Parteien indessen das Recht, eine Begründung in den Fällen zu verlangen, in denen das Urteil lediglich im Dispositiv mitgeteilt worden ist. Allein deshalb können die Kosten für die Redaktion, die Ausfertigung und den Versand eines begründeten Urteils keine unnützen Kosten im Sinne von § 145 Abs. 1 GO darstellen, weshalb eine Abweichung vom Grundsatz des § 59 Abs. 2 ZPO nicht angezeigt ist und die Kosten für die Redaktion, die Ausfertigung und den Versand eines begründeten Urteils gleich wie die übrigen Gerichtskosten den Parteien im Verhältnis nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen sind, unabhängig davon, welche Partei die Begründung verlangt hat. Da der Kläger 2 durch den Entscheid sogar beschwert war, erübrigen sich Überlegungen hinsichtlich der Kostentragungspflicht infolge einer möglichen rechtsmissbräuchlich begehrten Urteilsbegründung. (...).

7. Die Kläger beantragen, ihnen für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Gemäss § 8 Abs. 2 GebTRA betrage das Grundhonorar 1 – 3.5% des Streitwertes, dieser entspreche den ungefähren Baukosten in Höhe von Fr. 2.6 Mio, woraus sich ein Grundhonorar in Höhe von mindestens Fr. 26'000.00 zuzüglich Auslagen in Höhe von Fr. 603.00 ergebe.

Der Streitwert im Bauinhibitionsprozess bemisst sich nach der Höhe des klägerischen Interesses an der Nichterstellung oder dem Abbruch der Baute bzw. des strittigen Bauteils. Ob an der von den Klägern zitierten

Praxis, wonach der Streitwert in Bauuntersagungsprozessen tatsächlich mit den ungefähren Baukosten gleichzusetzen ist, festzuhalten ist, kann für das vorliegende Verfahren jedenfalls aus nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

Der Vor- und auch der Rechtsmittelinstanz lag resp. liegt keine Honorarnote des klägerischen Parteivertreters vor. Daher hat eine Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen zu erfolgen (§ 6 Abs. 1 GebTRA). Gemäss § 8 Abs. 2 GebTRA beläuft sich das Honorar im Zivilverfahren zwar auf 1-3.5% des Streitwertes, § 16 GebTRA gestattet jedoch eine Unterschreitung dieses Tarifs, sofern zwischen dem Streitwert und dem Interesse der Partei am Verfahren oder zwischen dem nach diesem Tarif anwendbaren Honorarsatz und der vom Anwalt tatsächlich geleisteten Arbeit ein offenes Missverhältnis besteht. In der Tat erscheint eine Parteientschädigung (...) in Höhe von mindestens Fr. 26'000.00 übersetzt und entspricht nicht dem Aufwand, der angesichts der Bedeutung der Streitsache und des hierfür gebotenen Zeitaufwandes nachvollziehbar erscheint. Die Einsprache weist fünf Seiten, die Replik acht Seiten auf. Darüber hinaus war die Teilnahme an einer Vergleichsverhandlung erforderlich. Angesichts der nicht übermässigen Komplexität der Streitsache, des Umfangs der eigenen sowie der gegnerischen Ausführungen sowie des Umfangs des vorinstanzlichen Verfahrens erscheint im Ergebnis eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) angemessen, welche gemäss § 16 Abs. 2 GebTRA den notwendigen Aufwand nicht bloss tarifmässig, sondern auch fallspezifisch abdecken sollte.

(Beschluss vom 20. November 2006, RK1 2005 84).

3.2 Rechtshängigkeit

- *Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im internationalen Bezug (Erw. 2.c - d).*
- *Res iudicata (Erw. 3.).*

Aus den Erwägungen:

2. c) Mit dem Ziel, sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, sieht Art. 21 LugÜ im internationalen Verhältnis vor, dass das später angerufene Gericht, anstatt sich von Amtes wegen für unzuständig zu erklären, das Verfahren auszusetzen hat, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, hat das später angerufene Gericht sich zugunsten dieses Gerichts für unzuständig zu erklären. Massgebend ist

A 3.2

nach dieser Zuständigkeitsregelung somit die zeitliche Priorität. Die Prioritätenregelung findet Anwendung auf Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien (BGE 123 III 418). (...). Die Parteien streiten sich jedoch, wann die Klage in der Schweiz rechtshängig geworden ist. Der schweizerische Gesetzgeber hat in Art. 9 Abs. 2 IPRG für internationale Verhältnisse eine einheitliche Regelung kodifiziert. Nach Art. 9 Abs. 2 IPRG gilt unbeschrieben der Ausgestaltung des kantonalen Verfahrens der Zeitpunkt der ersten, für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung als massgebend zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 123 III 427 f.), auf welche sich auch die Beklagte in ihrer Begründung stützt, ist jedoch Art. 9 Abs. 2 IPRG für die Bestimmung des Zeitpunktes der Rechtshängigkeit nach Art. 21 LugÜ nicht massgebend. Die Rechtshängigkeit setzt eine minimale Bindung des Klägers an den Prozess voraus, die nur auf Grund der konkreten Ausgestaltung des innerstaatlichen – und das heisst in der Schweiz des kantonalen – Verfahrens erschlossen werden kann. Der Zeitpunkt, von dem an Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 LugÜ besteht, ist deshalb nicht nach Art. 9 Abs. 2 IPRG, sondern auf Grund der Ausgestaltung des Verfahrens im kantonalen Prozessrecht zu bestimmen. Bereits die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass in casu mangels zweier rechtshängiger Verfahren Art. 21 LugÜ und Art. 9 IPRG nicht zur Anwendung gelangen. Dem ist zuzustimmen. Im vorliegenden Fall wurde die in gleicher Angelegenheit in Deutschland eingeleitete Klage bereits mit Eingabe vom 4.12.2002 im Sinne von § 269 der deutschen Zivilprozessordnung zurückgenommen und ist demzufolge nicht mehr rechtshängig. Die Klagerücknahme stellt den nicht endgültigen Verzicht auf gerichtlichen Rechtsschutz dar, ist also öffentlich-rechtlich wirkende Prozesshandlung des Klägers. Den materiell-rechtlichen Klageanspruch lässt die Klagerücknahme völlig unberührt. Die Erklärung der Rücknahme ist Prozesshandlung, daher bedingungsfeindlich und ist ab Eingang beim Gericht grundsätzlich unwiderruflich. Die Wirkung der Klagerücknahme ist, dass die Rechtshängigkeit rückwirkend entfällt (vgl. Zöller, Zivilprozessordnung, 25. A., Köln, N 1, 12, 17 zu § 269 der deutschen ZPO).

d) Selbst bei gleichzeitiger Litispendenz beurteilt sich gemäss den obigen Ausführungen zu Art. 21 LugÜ die Frage, wann der vorliegende Fall in der Schweiz rechtshängig wurde – wie die Vorinstanz richtig festhält und seitens der Beklagten auch nicht substantiiert in Abrede gestellt wird – nach kantonalem, d.h. in casu nach schwyzerischem Prozessrecht, insofern kann den Ausführungen der Beklagten nicht zugestimmt werden. Nicht gefolgt werden kann demnach der Beklagten, als sie die zür-

cherische Regelung der Rechtshängigkeit zitiert. Massgebend ist in casu alleine die schwyzerische Regelung. In den Fällen von §§ 92-94 ZPO bedarf es zur Rechtshängigkeit des Rechtsstreites ausnahmsweise keiner Einreichung der Weisung. So sieht § 94 ZPO vor, dass der Kläger in dringenden Fällen den Rechtsstreit ohne Sühneversuch beim Gericht rechtshängig machen kann. Das Gericht entscheidet diesfalls nach freiem Ermessen, ob das Sühneverfahren nachzuholen ist. § 94 ZPO sieht dabei vor, dass die Streitsache ohne Weisung rechtshängig gemacht werden kann. Hierbei stellt die schwyzerische Regelung in § 94 ZPO eine Besonderheit dar, wonach in dringenden Fällen der Kläger den Rechtsstreit ohne Sühneversuch beim Gericht rechtshängig machen kann. Eine entsprechende Regelung fehlt in der zürcherischen Zivilprozessordnung, auf welche die Beklagte Bezug nimmt. Hierzu nimmt die Beklagte keinerlei Stellung, weshalb die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz, dass eine Dringlichkeit auf Grund des drohenden Eintritts der Verjährung als gegeben erscheint, als anerkannt gelten. (...).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Lehrmeinung Schwander, dass sich aus dem anwendbaren Recht ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis auch im Falle ausländischer Rechtshängigkeit ergeben kann, z.B. wenn nur so ein der Verjährung oder Verwirkung unterliegendes Recht unter dem Gesichtspunkt aller möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen gewahrt werden kann (Ivo Schwander, Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, in Festschrift für Oskar Vogel, Fribourg 1991, S. 399). (...).

3. a) Weiter lässt die Beklagte in ihrer Begründung ausführen, unbesehen von der Verjährung gelte, dass auf Grund des Klagerückzuges bzw. des Abschreibungsbeschlusses am 8.1.2003 in Deutschland materielle Rechtskraft eingetreten sei, weshalb das Verfahren nicht nochmals an die Hand genommen hätte werden dürfen.

b) Gemäss Volken muss die Frage, ob die verlangte Rechtskraft bzw. die Endgültigkeit des fremden Urteils in concreto tatsächlich gegeben ist, dem Recht des Urteilsstaates entnommen werden (Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 25 N 44). (...).

c) (...). Der Vorinstanz kann demnach zugestimmt werden, wenn sie ausführt, die vom Kläger (...) vor Landgericht O. eingereichte Klage vom 15.8.2002 sei hinsichtlich einer allfälligen materiellen Rechtskraft für den vorliegenden Prozess unbeachtlich, mithin liege keine *res iudicata* vor.

A 3.3

d) Auch bei Anwendung des schweizerischen Rechts wäre Folgendes zu berücksichtigen: Ein Rückzug der Klage ohne Rechtskraftwirkung wird nur wegen fehlerhafter Einleitung derselben zum Zwecke ihrer Verbesserung gestattet. Es muss sich um einen prozessualen Mangel handeln. Dieser ist vom Kläger zu nennen und vom Gericht zu überprüfen. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist stark eingeschränkt. Ein Rückzug der Klage zwecks Wiedereinbringung wird hauptsächlich bei nicht heilbarem Mangel einer Prozessvoraussetzung in Frage kommen, z.B. wenn die Klage vor ein ausländisches Gericht gehört (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 19, 21 zu § 107 ZPO ZH). Der Kläger hat sich bereits erstinstanzlich darauf berufen, in Deutschland sei die Klagerücknahme auf Grund des unmissverständlichen Hinweises des Landgerichts O. erfolgt, dass das Landgericht unzuständig sei. Vorliegend sei in Deutschland die örtliche Zuständigkeit offensichtlich nicht gegeben und die dortige Klageeinleitung fehlerhaft gewesen. Das Motiv der Klagerücknahme im Sinne der deutschen ZPO sei somit unmissverständlich die örtliche Unzuständigkeit gewesen. Wenn gemäss der ZPO SZ sogar der formelle Klagerückzug mit dem Motiv der fehlerhaften Klageeinleitung möglich sei, umso weniger könne eine Rücknahme gemäss deutscher Zivilprozessordnung materielle Rechtswirkung entfalten. Auch in Anwendung von Schweizer Recht wäre demnach von einem Rückzug der Klage ohne Rechtskraftwirkung auszugehen und das Vorliegen einer *res iudicata* zu verneinen.

(Urteil vom 21. November 2006, ZK 2005 44).

3.3 Exequatur

- *Ist noch kein Betreibungsverfahren angehoben worden, so ist gestützt auf § 12 Abs. 2 EVzSchKG der Einzelrichter im summarischen Verfahren für den separaten Exequaturentscheid zuständig.*
- *Als Sicherungsmassnahme im Sinne von Art. 39 LugÜ ist Arrest zu legen. Zuständig dazu ist gemäss Art. 272 SchKG der (Einzel-)Richter am Arrestort in einem separaten Verfahren.*

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin hat zwei Anträge gestellt. Einerseits verlangt sie die Vollstreckbarerklärung des Urteils des Landgerichts Offenburg (BRD) vom 19. Januar 2005 und dessen Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 4. und 20. Februar 2006. Andererseits verlangt sie als Sicherungsmass-

nahme die provisorische Pfändung von Vermögenswerten, eventualiter einen Arrest und subeventualiter die Aufnahme eines betreibungsrechtlichen Güterverzeichnisses. Vorab ist zu klären, wer für die Beurteilung diese Anträge zuständig ist und in welchem Verfahren sie zu erfolgen haben.

a) Die Frage, inwieweit ein Urteil eines deutschen Gerichts in der Schweiz vollstreckt werden kann, richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Handelssachen vom 16. September 1988 (nachfolgend: Lugano-Übereinkommen, bzw. LugÜ). Gemäss Art. 32 LugÜ ist der Antrag für die Vollstreckung eines ausländischen Entscheides, welcher zu einer Geldzahlung verpflichtet, in der Schweiz an den Rechtsöffnungsrichter im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens nach den Artikeln 80 und 81 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu richten. Diese Formulierung ist auf den Fall zugeschnitten, dass vorgängig eine Betreibung im Sinne des SchKG angehoben worden ist und dass der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hat. Liegt wie im vorliegenden Falle jedoch noch keine Betreibung und demzufolge auch kein Rechtsvorschlag vor, so kann keine Rechtsöffnung verlangt und somit der Rechtsöffnungsrichter auch nicht tätig werden. Andererseits ist heute anerkannt, dass die Schweiz aufgrund des LugÜ verpflichtet ist, neben dem Rechtsöffnungsverfahren ein spezielles Exequaturverfahren entsprechend den Anforderungen des LugÜ zur Verfügung zu stellen (Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl., S. 451). Es ist deshalb zu prüfen, wer für die Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Entscheides zuständig ist, wenn noch kein Betreibungsverfahren angehoben worden ist.

Richard Gassmann (Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürcher Dissertation, 1998, S. 119 f) plädiert dafür, dass der separate Exequaturentscheid dem (ordentlichen) kantonalen Vollstreckungsrichter vorzulegen ist. Gemäss § 12 Abs. 2 Einführungsverordnung zum SchKG (SRSZ 270.110) entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren über die einseitige Vollstreckbarerklärung im Sinne von Art. 31 ff. LugÜ, sofern diese ausserhalb des Betreibungsverfahrens beantragt wird, wobei der Rekurs vorbehalten bleibt. § 230 Abs. 2 ZPO bestimmt zudem, dass auf Begehren einer Partei über die Frage der Vollstreckbarkeit im Befehlsverfahren ein besonderer Entscheid getroffen wird. Nachdem vorliegend noch kein Verfahren auf Zahlung im Sinne des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes angehoben worden ist, muss davon ausgegangen werden, dass sich diese Bestimmung auch auf den in § 12 Abs. 2 EVSchKG genannten Fall bezieht. Gestützt darauf hat der Einzelrichter bereits im grundlegenden Entscheid SV 2000 145 vom 11. August

A 3.3

2000 festgestellt, dass - wenn noch kein Betreibungsverfahren anhängig ist - für die Vollstreckbarkeitserklärung der Einzelrichter im (summarischen) Befehlsverfahren zuständig ist. Daran ist festzuhalten.

b) Die örtliche Zuständigkeit für die Vollstreckbarkeitserklärung wird durch den Wohnsitz des Schuldners bestimmt (Ivo Schwander, das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, S. 149). Der Beklagte hat ihren Sitz in Unteriberg und damit innerhalb des Gerichtssprengels des Bezirksgerichts Schwyz. Der Einzelrichter des Bezirkes Schwyz ist somit für die Vollstreckbarkeitserklärung örtlich zuständig.

c) Die Klägerin verlangt im Sinne einer Vollstreckungsmassnahme nach Art. 39 LugÜ primär die provisorische Pfändung, sekundär den Erlass eines Arrestbefehls und subeventualiter die Aufnahme eines betriebsrechtlichen Güterverzeichnisses. Die Praxis, welche dieser Massnahmen zu ergreifen ist, ist uneinheitlich. Auch die Lehrmeinungen sind geteilt. In den Kantonen Zürich, Luzern und bei den erstinstanzlichen Gerichten in Genf werden zur Sicherung Arreste erlassen, während z.B. der Präsident des Bezirksgerichts Kreuzlingen sich für die provisorische Pfändung entschieden hat. Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht definitiv entschieden, immerhin aber einerseits festgehalten, dass die Ablehnung eines Arrestes nicht willkürlich sei, andererseits aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass eine provisorische Pfändung ohne vorgängige Betreibung einen weit grösseren Einbruch in das geltende schweizerische Vollstreckungsrecht darstelle als ein Arrest (BGE 126 III 442; vgl. auch die Übersicht bei Walter, a.a.O., S. 461 ff.).

Der Einzelrichter des Bezirkes Schwyz hat sich gestützt auf die Lehrmeinung von Gassmann (a.a.O., S. 189 ff.) der Zürcher Praxis angeschlossen und das ordentliche Arrestverfahren für anwendbar erklärt. Gründe, um von dieser Praxis abzusehen, sind keine ersichtlich. Nebst der oben zitierten Feststellung des Bundesgerichts spricht für diese Lösung auch, dass ausländische Kläger in der Zwangsvollstreckung nicht besser gestellt werden sollen als inländische. Ausländische Kläger besser zu stellen als schweizerische würde das Gleichheitsgebot und das Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise strapazieren.

Die Frage, ob der Exequaturentscheid und der Arrestbefehl im gleichen Verfahren und durch den gleichen Richter entschieden werden kann, ist zu verneinen. Zwar wäre es durchaus wünschenswert, wenn die Kompetenz zur Anordnung entsprechender Arreste dem Exequaturrichter im Sinne von Art. 32 LugÜ übertragen werden könnte. Indessen enthält das geltende Recht in Art. 272 SchKG eine abweichende Lösung, wonach der Arrest vom Richter des Ortes bewilligt wird, wo die Vermögensgegenstände sich befinden. Diese Zuständigkeitsordnung gemäss Art. 272

SchKG verstösst weder gegen die Vorgaben des LugÜ noch kann sie als unzumutbare Härte betrachtet werden. Da somit keine zwingende Veranlassung besteht, mittels Richterrecht korrigierend einzugreifen, muss es somit auch in diesem Fall bei der Zuständigkeitsordnung von Art. 272 SchKG bleiben, so dass der Gläubiger seinen auf Art. 39 LugÜ gestützten Arrest jeweils beim zuständigen Richter am Lageort des betreffenden Arrestobjekts zu erwirken hat. Diese Regelung wird den Gesuchsteller im Übrigen schon deshalb nicht übermässig belasten, weil auf Grund der in Art. 32 Abs. 2 LugÜ und im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht verwendeten Anknüpfungspunkte in der Praxis häufig personelle Identität zwischen Arrest- und Exequatur-Richter besteht (Gassmann, a.a.O., S. 202).

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass - wenn wie vorliegend noch kein Betreibungsverfahren angehoben worden ist - der Einzelrichter im summarischen Befehlsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 2 EVSchKG und § 230 Abs. 2 ZPO für die Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheides zuständig ist. Örtlich zuständig ist der Einzelrichter am (Wohn-)Sitz des Schuldners. Für die Erwirkung des Arrestes ist dagegen der Richter am Ort der gelegenen Sache in einem separaten Verfahren zuständig. Nachdem die Gesuchstellerin das Gesuch um Vollstreckbarerklärung und eventuelle Arrestlegung in einer einzigen Eingabe eingereicht hat, ist die Frage der Vollstreckbarerklärung von der Frage des Arrestes zu trennen und erstere von Amtes wegen dem Einzelrichter im summarischen (Befehls-)Verfahren und die zweite dem zuständigen Arrestrichter zuzuweisen.

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirks Schwyz vom 28. März 2006, SV 06 52; ein Rekurs wurde am 26. Februar 2007 abgewiesen, RK1 2006 30; das Kantonsgericht hat sich zum Verfahren nicht geäussert).

4. Strafrecht

4.1 Einziehung

- *Der separate Einziehungsentscheid ist ein endgültiges, materiellrechtliches Urteil (Erw. 1.a).*
- *Die Konkursmasse des Verurteilten ist nicht Partei (Strafklägerin) im separaten Einziehungsverfahren (Erw. 1.b).*
- *Die Angehörigen des Verurteilten als Drittansprecher der beschlagnahmten Vermögenswerte sind beschwerdebefugt (Erw. 1.c).*

A 4.1

- *Keine Beschwer, soweit der Verurteilte die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte an Dritte verlangt (Erw. 1.d).*
- *Einziehungsvoraussetzungen (Erw. 3).*
- *Wird bei Konkursdelikten zu Gunsten des Konkursbeschlages auf die Einziehung verzichtet, fallen die beschlagnahmten Vermögenswerte ex lege in die Konkursmasse. Eine Aushändigung nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist nicht erforderlich (Erw. 4).*
- *Umfang des Konkursbeschlags: Einziehung von Vermögenswerten, auf welche die Konkursmasse verzichtet hat (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 30. November 2000 beschlagnahmte das Verhöramt des Kantons Schwyz in der gegen A. wegen Verdachts auf Konkursdelikte und Urkundenfälschung geführten Strafuntersuchung verschiedene Gegenstände, Dokumente und Vermögenswerte. Diese hatte A. bei der Bank L. in Liechtenstein deponiert und durch seinen amtlichen Verteidiger dem Verhöramt aushändigen lassen. Darunter befanden sich 35 Sammlermünzen, 50 Aktien der O. AG sowie bei der Bank L. unter den Namen J. AG und W. angelegte Geldbeträge von Fr. 500'000.00 bzw. Fr. 138'940.00 (Tranchen 1 und 2, urspr. bei Bank B.) und Fr. 224'893.25 (Tranche 3, urspr. SBG-Depot).

Das kantonale Strafgericht verurteilte A. mit Urteil vom 22. Mai 2004 der mehrfachen Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 StGB, des mehrfachen betrügerischen Konkurses nach altem und revidiertem Art. 163 StGB sowie der Geldwäscherei nach Art. 305bis StGB und bestrafte ihn mit 16 Monaten Gefängnis bedingt. Des Weiteren hiess das Strafgericht im Strafurteil Schadenersatzforderungen der als Straflägerin am Verfahren beteiligten Konkursmasse A. in der Höhe von Fr. 572'950.05 (Tranche 1 und 2 im Betrag von Fr. 396'824.95 plus 5 % Zins vom 5. Juli 1995 bis 22. Mai 2004) und Fr. 267'275.65 (Tranche 3 im Betrag von Fr. 185'115.00 plus 5% Zins vom 5. Juli 1995 bis 22. Mai 2004) gut und verwies weitergehende Forderungen auf den Zivilweg. Abgesehen von der Herausgabe eines beschlagnahmten Inhaberschuldbriefs in der Höhe von Fr. 100'000.00 und der Rückgabe sichergestellter bzw. beschlagnahmter Unterlagen wurde „das Verfahren betreffend die übrigen beschlagnahmten Vermögenswerte“ abgetrennt.

[Das kantonale Strafgericht „beschloss“ am 27. Oktober 2005 die beschlagnahmten Vermögenswerte der Straflägerin gestützt auf Art. 59

Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB, nach Abzug der Saldierungskosten, unter Anrechnung an ihre gutgeheissenen Zivilforderungen in der Höhe von Fr. 572'950.05 und Fr. 267'275.65, herauszugeben. Es stellte zudem fest, dass die Zivilforderungen der Strafklägerin sich entsprechend reduzieren bzw. getilgt sind. Gegen diesen Entscheid haben W., die Ehefrau des A., und deren drei Kinder X., Y. und Z. Beschwerde erhoben und dem Kantonsgericht die unbeschwerzte Herausgabe der beschlagnahmten Vermögenswerte an die Familie bzw. die einzelnen berechtigten Familienmitgliedern beantragt. Ausserdem erhob A. Berufung und beantragte, die beschlagnahmten Vermögenswerte nicht der Konkursmasse, sondern den sie ansprechenden W., X., Y. und Z. unbeschwert herauszugeben.]

Aus den Erwägungen:

1. Das Strafgericht hat (...) der Konkursmasse [des Verurteilten A.] als „Strafklägerin mit Zivilforderung“ Parteistellung eingeräumt. Die Ehefrau und Kinder des Verurteilten, die behaupten, die vorliegend umstrittenen Vermögenswerte schenkungshalber erworben zu haben, haben sich erst nach Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils vom 22. Mai 2004 am abgetrennten Einziehungsverfahren beteiligen können.

a) Der gestützt auf Art. 58 ff. StGB ergangene Einziehungsentscheid ist eine endgültige, materiellrechtliche Anordnung, dem nach der Praxis Urteilscharakter zukommt und dessen Anfechtung nicht auf dem administrativen Beschwerdeweg, sondern auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg über den Sachrichter zu erfolgen hat (KG 302/02 SK vom 4. November 2003; EGV-SZ 1994 Nr. 37; Baumann, BSK, Art. 59 StGB N 73). Dies gilt sinngemäss auch für die vorliegend angefochtene, streitige Vermögenszuweisung nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satzteil 2 StGB (BGE 1P.80/2002 vom 27.5.2002). Sie erfolgte in einem Strafverfahren, in welchem ein rechtskräftiger Schuldspruch für Delikte nach Art. 164 bzw. 165 StGB ergangen ist. Mithin wäre grundsätzlich die Berufung gegeben (§ 143 StPO). Richtigerweise hätte deshalb das Strafgericht den angefochtenen Entscheid in die Form eines berufungsfähigen Urteils und nicht eines beschwerdefähigen Beschlusses kleiden sollen. Zur Parteistellung und Rechtsmittellegitimation sind allerdings noch nachfolgende Aspekte zu beachten.

b) Die Konkursmasse ist ein Sondervermögen, an dessen Werten der Schuldner zwar zivilrechtlich berechtigt bleibt, die Verfügungs- und Verwaltungsrechte darüber aber an die Konkursverwaltung übergegangen

A 4.1

sind (ZR 2005 Nr. 71 E. 5.2 mit Hinweisen). Die Konkursverwaltung vertritt die Konkursmasse und damit insoweit den Schuldner vor Gericht (Art. 240 SchKG), nicht jedoch die Gläubigergesamtheit, weshalb sich Konkursmasse und Schuldner zivilprozessual nicht gegenüberstehen können (ZBJV 2000 S. 361 f.; vgl. auch SchKG-Russenberger, BSK, Art. 240 N 4 und 10 ff.). Die Konkursmasse ist deshalb bei Konkursdelikten des Gemeinschuldners strafprozessual nicht als Geschädigte anzusehen (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 504 FN 125). Sie ist vorliegend auch nicht Rechtsnachfolgerin einer andern durch eine Straftat geschädigten Partei und damit an sich weder Verletzte im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, welche Restitution verlangen könnte, noch Geschädigte im Sinne von Art. 60 StGB. Im abgetrennten Einziehungs- und im vorliegenden Rechtsmittelverfahren war sie indes als Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners, dessen Rechte sie von Gesetzes wegen zu vertreten hat, anzuhören.

c) Die Abtrennung des Einziehungsverfahrens sollte ausdrücklich dazu dienen, den bisher nicht am Verfahren mitwirkenden Familienangehörigen das rechtliche Gehör zu gewähren, ihnen also die Gelegenheit einzuräumen, ihre Ansprüche auf Aushändigung angeblich schenkungshalber erworbener Vermögenswerte geltend zu machen (vgl. auch Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998, Art. 59 StGB Rz 156). Durch den angefochtenen Entscheid sind sie deshalb mit Ausnahme von Z., die nicht geltend macht, einen der fraglichen Vermögenswerte erworben zu haben, als Drittanprecher unmittelbar betroffen. Allerdings steht die Berufung allein Parteien des Strafverfahrens zu (§§ 17 und 135 Abs. 1 StPO), während für Drittbetroffene gemäss ausdrücklicher Normierung in § 135 Abs. 2 StPO nur die Beschwerde offen steht, obwohl das Anfechtungsobjekt ein Sachurteil ist. (...).

d) Anders verhält es sich beim Rechtsmittel, das dem Verurteilten zur Verfügung steht. Die Berufung ist allerdings nur insoweit gegeben, als der Appellant durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Geprüft werden können noch die Fragen der Restitution bzw. Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte, nicht jedoch die Schuldfrage (vgl. BGE 6S.68 und 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 6.2 und 11.2). Da der Verurteilte nicht verlangt, dass die Vermögenswerte ihm anstatt, wie durch das Strafgericht angeordnet, der Konkursmasse auszuhändigen wären, sondern eine Zuweisung an Dritte beantragt, ist er zur Anfechtung nicht legitimiert. Er bringt auch nicht vor, diesen Dritten gegenüber ersatzpflichtig zu werden, wenn die Vermögenswerte ihnen nicht herausgegeben würden. (...). Die Kostenaufgabe hat der Verurteilte nur mit der

Hauptsache angefochten und nicht weiter begründet. Auf seine Berufung ist mithin mangels Beschwer nicht einzutreten. (...).

3. Gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verfügt der Richter die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, den Täter zu einer strafbaren Handlung zu veranlassen oder dafür zu belohnen, unabhängig davon, ob dieser verfolgt oder überhaupt identifiziert werden kann (Ausgleichseinziehung). Voraussetzung für die Einziehung ist das Vorliegen einer strafbaren Handlung. Dabei genügt ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten. Strafrechtliche Schuld ist nicht erforderlich (BGE 6P.119/2004 vom 9.8.2005 mit Hinweisen). Die Einziehung ist indes einerseits subsidiär zur Herausgabe an den Verletzten zwecks Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satzteil 2 StGB). Andererseits ist sie ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Als Gegenleistung fällt vorab eine solche in Betracht, die im Rahmen synallagmatischer Verträge erbracht und daher rechtlich geschuldet war (Schmid, a.a.O., Art. 59 StGB Rz 87). Die Leistung des Dritten muss sodann mit der Gegenleistung deliktischen Ursprungs wirtschaftlich gleichwertig sein. Falls der Dritte einen geringeren Gegenwert leistete, ist lediglich die darüber hinausgehende Zuwendung einziehungsfähig. Allerdings kann aus der Tatsache, dass eine sehr geringe Gegenleistung erbracht wurde, auf Bösgläubigkeit des Dritten bezüglich des gesamten Vermögenswertes geschlossen werden (Schmid, a.a.O., Art. 59 StGB Rz 91).

Das Strafgericht hat mit dem Strafurteil die Herausgabe eines beschlagnahmten Inhaberschuldbriefes und diverser Unterlagen verfügt, betreffend die übrigen Vermögenswerte das Verfahren abgetrennt. Dabei handelt es sich nicht um ein selbständiges Verfahren über eine vorzeitige Herausgabe bei liquiden Verhältnissen (vgl. etwa BGE 6S.68 und 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 5.2; BGE 128 I 133), sondern um die Prüfung der Restitution im Rahmen eines Einziehungsentscheides durch das Strafgericht, welches den inzwischen in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch ausgefällt und damit festgestellt hat, dass die beschlagnahmten Vermögenswerte Gegenstand von Konkursdelikten waren (...).

4. Die Vorinstanz hat im Strafurteil die direkte Herausgabe der Vermögenswerte an die Konkursmasse des Verurteilten noch mit der Begründung abgelehnt, dass der entsprechende Anspruch nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB auf dingliche Ansprüche beschränkt sei und hat der Kon-

A 4.1

kursmasse die Tranchen 1 bis 3 nebst Zins als Schadenersatzforderungen zugesprochen. Darauf konnte die Vorinstanz nicht ohne weiteres zurückkommen, weil das Urteil unanfechtbar geblieben ist und die Herausgabe an die Konkursmasse nicht mangels Liquidität der Streitsache, sondern zufolge fehlender absoluter Rechte abgelehnt wurde, was bei der Bestimmung des Gegenstandes des rechtskräftigen Urteils zu berücksichtigen ist. Indes ist zu prüfen, inwiefern die Konkursmasse die Werte dennoch beanspruchen kann, wenn auf eine Einziehung verzichtet wird (Schmid, a.a.O., Art. 59 StGB Rz 148 in fine), abzusehen davon, dass eine Aushändigung auch nach rechtskräftiger Einziehung noch zulässig sein kann (BGE 122 IV 365 = Pra 86 Nr. 45, 112 IV 74 = Pra 76 Nr. 55; Schmid, Art. 59 StGB Rz 74). Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Urteil des Strafgerichtes, das der Konkursmasse ohne weiteres eine Verletzten- bzw. Geschädigtenstellung einräumte, insoweit an einem grundlegenden Mangel leidet (nachfolgend lit. a; vgl. oben E. 1. b) und für Konkursdelikte besondere Rechtsfolgen zu beachten sind (unten lit. b).

a) Einziehbar ist in der Regel ein dem Straftäter oder einem Dritten durch das Delikt zugekommener Vermögensvorteil. Bei Konkursdelikten besteht dieser jedoch im deliktischen Verhindern, dass ein Vermögenswert entsprechend Art. 197 ff. SchKG in die Konkursmasse fällt, über welche der Schuldner nicht mehr verfügen kann. Es wird ein Vermögensabfluss an die Gläubiger mit der Folge unterbunden, dass die beim Verurteilten verbliebenen Vermögenswerte kontaminiert werden. Solche dem Zugriff der Gläubiger entzogene Werte werden ohne weiteres als einziehbar erachtet (BGE 1A.38/2005 vom 18.5.2005 E. 3.2) bzw. wären dem Konkursamt, bei dem noch ein Verfahren anhängig ist, herauszugeben, soweit Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 Satzteil 2 StGB anwendbar ist (Schmid, a.a.O., Art. 59 StGB Rz 71; ders., in Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte, Zürich 1999, S. 24 f. mit Hinweis auf einen Entscheid des Präsidenten des kantonalen Strafgerichtes Tessin). Der eben zitierte Kommentator setzt sich indes nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes auseinander, wonach bei einer direkten Herausgabe der Empfänger eine Verletzten- oder Geschädigtenstellung innehaben muss, was bei der Konkursmasse nicht der Fall ist (vgl. oben E. 1. b). Auch können der Konkursmasse als Vertreterin und Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners wie gesagt keine Schadenersatzforderungen gegen diesen selbst zustehen. Die Gutheissung von Zivilforderungen der Konkursmasse im Strafurteil und die Anrechnung der (...) restituierten Vermögenswerte an die gutgeheissenen Zivilforderung erweisen sich von daher wenn nicht als nichtig, so doch zumindest als nicht vollstreckbar.

b) Art. 163 ff. StGB schützen den Anspruch der Gläubiger auf Befriedigung aus dem restlichen Vermögen des Schuldners. Der Schuldner, der in Vermögensverfall geraten ist oder dem der Verfall droht, soll seinen Gläubigern das noch vorhandene Vermögen erhalten. In der Verletzung dieser Pflicht liegt das Wesen der Betreibungs- und Konkursdelikte (Trechsel, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 163 StGB N 1 unter Hinweis auf BGE 74 IV 37). Während Art. 163 StGB die bloss vorgetäuschte Verringerung des Vermögens zum Gegenstand hat, übernimmt Art. 164 StGB aus den früheren Art. 163 und 164 aStGB die Tatvariante, bei welcher der Schuldner sein Vermögen zum Schaden der Gläubiger tatsächlich vermindert hat. Es geht im Wesentlichen um die strafrechtliche Ahndung des Verhaltens, für welches das SchKG die actio pauliana (Art. 285 ff. SchKG) vorsieht (EGV-SZ 1998 Nr. 39 E. 3. d mit Hinweis auf Trechsel, a.a.O., Art. 164 StGB N 1). Nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, braucht indes strafbar zu sein (BGE 131 IV 54).

Vorliegend stand die Strafuntersuchung vor ihrem Abschluss, als der Angeschuldigte dem Untersuchungsrichter durch seinen amtlichen Verteidiger im Jahr 1999 die damals bei der Bank L. in Liechtenstein deponierten Vermögenswerte aushändigen liess. Im Unterschied zu den anderen gestützt auf § 42 Abs. 1 StPO als Beweismittel unter Beschlag genommenen Gegenständen und Dokumenten sperrte das Verhöramt die Vermögenswerte gestützt auf Art. 59 Ziff. 1 StGB, weil sie von der Konkursmasse beansprucht wurden, wobei ausdrücklich vorbehalten wurde, dass der Richter über das weitere Verfahren entscheiden müsse. Es handelt sich eigentlich um eine sich direkt auf Bundesrecht stützende Restitutionsbeschlagnahme (Schmid, Wiedererlangung, a.a.O., S. 22 f.). Da im Unterschied zu Delikten, die gegen das Vermögen eines bestimmten Gläubigers gerichtet sind, bei Konkursdelikten alle Gläubiger deliktisch (wenn auch nur mittelbar) betroffen sind, muss zu Gunsten des Konkursbeschlages auf die Einziehung der strafrechtlich beschlagnahmten Vermögenswerte verzichtet werden können, soweit solche nach Art. 197 ff. SchKG zur Masse gehören. Denn es wäre den Gläubigern gegenüber im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB unverhältnismässig, wenn der Staat unter strafrechtlichen Titeln Vermögenswerte konfiszieren, damit die Zwangsvollstreckung unterlaufen und die durch die Konkursdelikte gerade zu schützenden Zugriffsrechte der Konkursgläubiger wieder zunichte machen würde. Dem steht nicht entgegen, dass Konkursgläubigern bei Konkursdelikten keine Geschädigtenstellung zukommt (KG 168/00 RK 2 vom 3.7.2000 E. 3. b) und sie auch nicht Drittsprecher im Sinne Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB sind. Der Konkursbeschlag ist subsidiär zur strafprozessualen Beschlagnahme und wird ex lege wirksam, sobald diese infolge Verzichts auf Einziehung dahinfällt;

A 4.1

einer Aushändigung nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (unter weiter Auslegung des Verletztenbegriffs) bedarf es nicht.

5. Bei einer Restitutionsbeschlagnahme darf der Untersuchungsrichter über die Verwendung nur bei klaren Verhältnissen entscheiden. Der Strafrichter hat indes auch über allenfalls streitige Vorfragen, wie insbesondere die Freigabe an den Geschädigten oder einen besser berechtigten Dritten zu befinden (Baumann, BSK, Art. 59 N 71; Schmid, Kommentar, a.a.O., Art. 59 StGB Rz 83 und 148; a.M. Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 753 FN 227 i.V. mit N 750 FN 218 mit Verweisen auf die Zürcher Praxis, wonach bei unklaren Verhältnissen der Strafrichter an die Besitzesvermutung von Art. 930 ZGB gebunden ist und den Entscheid über strittige Verhältnisse dem Zivilrichter überlassen müsste).

a) Alle fraglichen Vermögenswerte wurden erst nach Konkurseröffnung vom 5. Juli 1995 auf im Jahre 1996 bzw. 1997 eröffnete Konti, Depots und einen Safe (...) bei der Bank L. in Liechtenstein transferiert. Es wird seitens der Beschwerdeführer an sich nicht bestritten, dass diese Vermögenswerte restituierbare Originalwerte (35 Sammlermünzen, Aktien) oder unechte Surrogate (Tranchen 1-3) sind. Sie behaupten aber, dass die Vermögenswerte ihnen schenkungshalber vor dem Konkurs rechtsgültig zugewendet worden bzw. dass die Konkursmasse auf ihre Ansprüche darauf verzichtet und die Vermögenswerte ausgeschieden hätte. Diesen Einwänden kann nach dem Gesagten nicht schon mit dem Argument begegnet werden, dass gestützt auf das Strafurteil liquide Verhältnisse vorlägen, weil ansonsten das zur Gewährung des rechtlichen Gehörs abgetrennte Einziehungsverfahren zur Farce verkommen würde. Zudem wäre die Strafbarkeit auch bei erfolgten tatsächlichen Zuwendungen nicht ausgeschlossen, wenn diese durch einen Schuldner, dem der Vermögensverfall drohte, erfolgten (vgl. oben E. 4. b).

b) (...) die Regeln von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB [sind] nicht ohne weiteres anwendbar, wenn gegen die direkte Herausgabe zivilrechtlich nach Art. 930 ff. ZGB geschützte Titel geltend gemacht werden (vgl. Schmid, Wiedererlangung, S. 29). In der vorliegenden Konstellation ist nach dem Gesagten aber nicht in erster Linie die zivilrechtliche Berechtigung, sondern die Frage zu prüfen, ob die strittigen Werte durch den Konkursbeschluss erfasst werden.

c) In Bezug auf die behaupteten Schenkungen ist zunächst klarzustellen, dass blosses Schenkungsversprechen durch eine Konkurseröffnung ex lege aufgehoben werden (Art. 250 Abs. 2 OR), mithin davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführer sich nur auf vor der Konkurseröffnung

vollzogene Schenkungen berufen könnten (vgl. auch Art. 204 SchKG). [Das traf wenn überhaupt nur auf Tranche 3 und die Aktien der O.-AG zu. Auf diese Ansprüche hatte die Konkursmasse verzichtet. Ihre Anfechtungsklagen schrieb der Richter in der Folge als gegenstandslos geworden ab. Die Konkursverwaltung erklärte die Vereinbarung zufolge Täuschung und Grundlagenirrtums für unverbindlich.]

d) (...). Dass die Unverbindlichkeitserklärung auch noch in Form eines Revisionsgesuches hätte durchgesetzt werden müssen, hält sie [die Konkursverwaltung] aus zivilprozessualen Gründen für abwegig. Entgegen ihrer Auffassung handelt es sich vorliegend jedoch nicht um eine aussergerichtliche Vereinbarung. Die Vereinbarung wurde zum gerichtlichen Vergleich, weil sie dem Richter eingereicht worden ist (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. Bern 2001, § 42 N 53) und zum Gegenstand der die Anfechtungsklagen der Konkursmasse betreffende Abschreibungsverfügung vom 11. Februar 1998 derart erhoben wurde, dass sie den Richter die Gegenstandslosigkeit des Prozesses feststellen liess. Die Prozessordnung des Kantons Schwyz legt dem gerichtlichen Vergleich nicht prozessuale Wirkung in dem Sinne bei, dass der Abschluss eines solchen Vergleiches ipso iure die Beendigung des Prozesses zur Folge hat. Dies tritt erst durch einen gerichtlichen Entscheid ein, der aufgrund des Vergleiches auszufällen ist. Dieser Entscheid ergeht in der Form eines Abschreibungsbeschlusses bzw. einer Abschreibungsverfügung. Materiell gesehen handelt es sich jedoch um ein auf Parteierklärung beruhendes Sachurteil (Vogel/Spühler, a.a.O. § 42 N 63 ff.). Der Abschreibungsbeschluss bzw. die Abschreibungsverfügung erwächst denn auch in gleiche Rechtskraft wie Sachurteile (§ 164 Abs. 2 ZPO). Wegen der Rechtskraftwirkung des Erledigungsentscheides kann der gerichtliche Vergleich aber nur mit jenen Mitteln angefochten werden, welche die Zivilprozessordnung zur Beseitigung der Rechtskraft zur Verfügung stellt, und genügt eine private Willenserklärung (Art. 23 OR) oder selbständige Klage, mit welcher die irrende Partei auf Feststellung der Ungültigkeit des Vergleiches klagt, nicht. Für die Geltendmachung eines Willensmangels nach Erlass des Abschreibungsbeschlusses steht, sofern der Rekurs nach § 203 ff. ZPO nicht oder nicht mehr möglich ist, die Revision gemäss § 222 ff. ZPO zur Verfügung. Wird im Revisionsverfahren tatsächlich ein Willensmangel bejaht, so verliert der gerichtliche Vergleich seine zivilrechtliche Verbindlichkeit, und das Gericht hebt den angefochtenen Abschreibungsbeschluss auf. Die Rechtshängigkeit der ursprünglich eingeleiteten Klage wird damit wiederhergestellt (KG 355/92 RK 1 vom 19.8.1996). Eine solche Revision ist vorliegend nicht erfolgt, so dass nach wie vor von der Rechtsgültigkeit der Vereinbarung und der daraufhin ergangenen Abschreibungsverfügung auszugehen ist.

A 4.1

Die Aktien der O.-AG und die Tranche 3 können deshalb entgegen vorinstanzlichem Entscheid mangels Konkursbeschlagnahme nicht der Konkursmasse überlassen werden. Eine Herausgabe an Y. bzw. W. scheidet jedoch schon daran, dass es sich um Vermögenswerte handelt, die als eingebrachte Sacheinlagen der J. AG gehörten und aus Konkursdelikten stammen (BGE 1A.38/2005 vom 18.5.2005 E. 3.2), die der Verurteilte bei drohendem Vermögensverfall begangen hat. Sie sind deshalb einzuziehen. Weder die Konkursmasse (vgl. oben E. 1. b), die gegenüber den Familienangehörigen auf die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche verzichtet hat, noch die Konkursgläubiger (vgl. oben E. 4. b) sind eigentliche Geschädigte, weshalb nicht der Fall vorliegt, dass ein durch die Straftat direkt in seinem Vermögen Geschädigter ausdrücklich auf Schadenersatz bzw. Restitution verzichtet hat (abweichend für den vorliegenden Fall noch EGV-SZ 1998 Nr. 39 E. 3 lit. b [mit Hinweis auf Schmid, Kommentar, Art. 59 StGB Rz 67 FN 308], wo die Konkursmasse noch ohne nähere Prüfung als Geschädigte angesehen wurde). Die Einziehung erweist sich (...) gegenüber den Beschwerdeführern weder als unbillige Härte noch als unverhältnismässig, wie das Strafergericht zutreffend erwoogen hat. Darauf kann verwiesen werden (§ 136 GO), zumal die Beschwerdeführer diese Erwägungen nicht substantiiert bestritten haben. Hingegen sind aus Gründen der Verhältnismässigkeit und der Einbringlichkeit gegenüber dem Verurteilten vorab die aufgelaufenen Verfahrenskosten aus den beschlagnahmten Werten zu decken (vgl. hierzu Schmid, Kommentar, Art. 59 FN 751 mit Hinweis und Art. 60 Rz 45). Soweit die Beschlagnahme vom 30. November 2000 dies nicht ausdrücklich vorsah (vgl. § 35 Abs. 1 StPO), ist eine entsprechende Ausscheidung im richterlichen Endentscheid möglich (ebd. Art. 59 Rz 144). (...).

Eine amtliche Bekanntmachung der Einziehung nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB kann unterbleiben, [da] die J. AG gestützt auf Art. 89 HRegV mangels Aktiven gelöscht wurde und Rechte anderer Drittpersonen nicht erkennbar sind. Im Übrigen bleibt die Geltendmachung besser, hier nicht geprüfter Rechte innert fünf Jahren vorbehalten.

e) [Die Tranchen 1 und 2 sowie die Münzsammlung sind nach der Konkurseröffnung ungültig nach Liechtenstein transferiert worden. Die Beschwerdeführer haben die Vermögenswerte vorher nicht im Sinne von Art. 930 ZGB oder als Forderungsberechtigte besessen.]

(Beschluss vom 18. April 2006, SK 2005 25 und 26; im Ergebnis wurde die Herausgabe der Tranchen 1 und 2 sowie der Münzsammlung an die Konkursmasse bestätigt, dagegen wurden die Tranche 3 und die 50 Aktien der O. AG nach Deckung der Kosten des Straf- und Einziehungsverfahrens eingezogen).

4.2 Mord

- *Indizienkette (Erw. I/4).*
- *Mordqualifikation (Erw. I/5).*
- *Strafzumessung, Höchststrafe und Verbot der Doppelverwertung (Erw. III/1).*

Aus den Erwägungen:

I.

4. (...). Bereits widerlegt wurden die Ausführungen der Verteidigung zu den Aussagen der Zeugen und Tatbeteiligten, zur Tatwaffe, zu den Geschossabriebspuren sowie zu den abweichenden (und in nicht auflösbarem Widerspruch zur Bezichtigung von M. stehenden) Todeszeitberechnungen; es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden. Im Übrigen sind Beweislücken stets in Abhängigkeit bereits vorhandener Indizien zu beurteilen; einzelne unterlassene Beweiserhebungen bleiben vorliegend ohne Einfluss auf die Engmaschigkeit der gesamten Indizienkette, deren Aussagekraft weitere Untersuchungshandlungen heute weder notwendig noch sinnvoll erscheinen lässt. Bei einer Gesamtbetrachtung bleiben keine vernünftigen Zweifel an der Schuld des Angeklagten. Von einem regelrechten "Komplott" zu sprechen, wonach S. und M. als Hauptschuldige sich gegen den Angeklagten zusammengeschlossen hätten, worauf sie von der Staatsanwaltschaft aus prozesstaktischen Gründen für ihre Kooperationsbereitschaft mit einer Aburteilung im Strafbefehlsverfahren "belohnt" worden seien, wäre verfehlt (auch wenn an sich nichts dagegen gesprochen hätte, den Prozess gegen sämtliche drei Beteiligte zu führen, vgl. auch Erw. 3.b i.f.). Die Aussagen der beiden Mitbeteiligten werden durch Aussagen Dritter sowie zahlreiche unabhängige Indizien gestützt; auch ist ein Motiv für eine Täterschaft der beiden Mitbeteiligten nicht erkennbar. Der Angeklagte ist im Sinne der Anklage zu verurteilen.

5. Die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat erfüllt unbestrittenermassen den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB. Zu prüfen ist, ob darüber hinaus auch der qualifizierte Tatbestand des Mordes gemäss Art. 112 StGB erfüllt ist. Art. 112 StGB nennt als qualifizierendes Tatbestandselement ein besonders skrupelloses Handeln, namentlich im Falle besonderer Verwerflichkeit des Beweggrunds oder Zwecks der Tat oder der Art der Ausführung. Die Anklageschrift erblickt die besondere Skrupellosigkeit des Angeklagten im Tatmotiv, in

A 4.2

der Tatplanung, in der Art der Ausführung sowie im Nachtatverhalten. Die Vorinstanz qualifizierte die Tat des Angeklagten ebenfalls als Mord, allerdings ausschliesslich unter Berufung auf die in der Anklageschrift genannten äusseren Tatmerkmale, da das Motiv des Angeklagten mangels Geständnis nicht bekannt sei (angef. Urteil, S. 59 ff., 66 ff.). Die Verteidigung hat sich zur rechtlichen Qualifizierung der Tat nicht substantiiert geäussert.

Auch bei Berücksichtigung lediglich äusserer Tatmerkmale ist die in der Anklageschrift umschriebene besondere Skrupellosigkeit im Sinne von Art. 112 StGB zu bejahen: Der Tatentschluss war nicht spontan, vielmehr bemühte sich der Angeklagte während Wochen wiederholt und intensiv um eine Tatwaffe. Er nützte das Vertrauen und die Arglosigkeit der Freundin aus, um mit der Waffe in die Wohnung zu gelangen. Dort erschoss er das Opfer trotz Kenntnis um die Anwesenheit der Kinder in der Wohnung (§ 136 GO). Besonders schwer wiegt ferner die Tatausführung: Zwar ist die in der Anklageschrift umschriebene Erschiessung nach Art einer Hinrichtung durch die Akten nicht genügend ausgewiesen, doch erfolgte die tödliche Schussabgabe jedenfalls von hinten in den Kopf. Seine Entschlossenheit und Skrupellosigkeit stellte der Angeklagte sodann unter Beweis, als er nach erfolgter Schussabgabe an den Tatort zurückkehrte, um den Tod des offenbar noch zuckenden, gemäss gerichtsmmedizinischem Gutachten jedenfalls noch lebenden Opfers durch Ersticken mit einem Kissen zu beschleunigen. Völlige Gefühllosigkeit bewies der Angeklagte schliesslich beim alleinigen Zurücklassen der Kinder in der Wohnung mit der toten Mutter.

Der vorinstanzliche Schuldspruch wegen Mordes im Sinne von Art. 112 StGB ist daher zu bestätigen, die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. (...).

III.

1. Aufgrund der Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs in sämtlichen Punkten der Anklageschrift ist der Angeklagte wegen mehrerer Straftaten zu verurteilen. Nach Art. 68 Ziff. 1 StGB verurteilt ihn der Richter zur Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Im Übrigen ist die Strafe gemäss Art. 63 StGB nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben des Täters, dessen Beweggründe und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind.

a) Die Staatsanwaltschaft beantragte im erstinstanzlichen Verfahren die Bestrafung des Angeklagten mit "mindestens 19 Jahren Zuchthaus". Die Vorinstanz hat den Angeklagten zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt. Im Berufungsverfahren verzichtete die Staatsanwaltschaft auf einen eindeutigen Antrag zum Strafmass; die Verteidigung verlangte einen

Freispruch von Schuld und Strafe, machte im Eventualstandpunkt jedoch die Reduktion des Strafmasses geltend.

b) Das Verschulden des Angeklagten ist als äusserst schwer zu beurteilen: Der Tatentschluss erfolgte nicht spontan, sondern der Angeklagte bemühte sich während Wochen wiederholt und intensiv um eine Tatwaffe. Er nützte das Vertrauen und die Arglosigkeit der Freundin aus, um mit der Waffe in die Wohnung zu gelangen. Dort erschoss er das Opfer im Wissen um die Anwesenheit der Kinder. Die tödliche Schussabgabe erfolgte von hinten in den Kopf des wehrlosen Opfers. Nach erfolgter Schussabgabe kehrte der Angeklagte an den Tatort zurück, um den Tod des offenbar noch zuckenden und gemäss medizinischem Gutachten noch lebenden Opfers durch Ersticken mit einem Kissen zu beschleunigen. Die Kinder der Getöteten liess der Angeklagte bei der toten Mutter in der Wohnung zurück. All dies wurde im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Tat als Mord ausgeführt (Erw. 5). Zu beachten ist, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung im Rahmen des sog. Doppelverwertungsverbots Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens bei der Strafzumessung nicht erneut zu berücksichtigen sind, dem Ausmass eines qualifizierenden oder privilegierenden Tatumstands bei der Strafzumessung jedoch Rechnung zu tragen ist (BGE 118 IV 347 f.; 120 IV 72; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, Ziff. 22 zu Kap. 6; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 17 zu Art. 63 StGB; zu eng: Schwarzenegger, Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, Basel/Genf/München 2003, N 28, 6 f. zu Art. 112 StGB). Angesichts des äusserst schweren Verschuldens des Angeklagten ist vorliegend von Tatumständen auszugehen, die weit über die blosse Mordqualifizierung hinausgehend und straf erhöhend zu berücksichtigen sind.

Die Vorinstanz hat zudem auch das Verhalten des Angeklagten im Strafverfahren selber als fehlende Reue ausgelegt und straf erhöhend gewertet. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf aus hartnäckigem Bestreiten einer Schuld auf fehlende Reue und Einsicht geschlossen und dieser Umstand straf erhöhend berücksichtigt werden (BGE 113 IV 56); inwieweit sich dies im Einzelnen mit den aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK hergeleiteten Verfahrensrechten des Angeklagten verträgt, wozu unter anderem auch das Recht zu leugnen gehört, kann letztlich offen bleiben. Die fehlende Reue des Angeklagten ergibt sich jedenfalls unabhängig davon aus dessen aktenkundiger postumer Beschimpfung der Getöteten anlässlich eines Haftbesuchs der Eltern als "huere Schlampe", deretwegen man ein "huere Theater" veranstalte. Kommt hinzu, dass auch im Zusammenhang mit der falschen Anschuldigung

A 4.3

durch den Angeklagten von einem schweren Verschulden auszugehen ist: M. D. hatte nicht nur den Verlust der ermordeten Schwester hinzunehmen, sondern sah sich aufgrund der Falschbezeichnung des Angeklagten auch dem Vorwurf ausgesetzt, mit dem Tötungsdelikt in Zusammenhang zu stehen; in der Folge verbrachte sie fast einen Monat in Untersuchungshaft, ohne dass sich der Anfangsverdacht hätte bestätigen lassen. Auch dies ist im Hinblick auf das für die strafscharfende Tatmehrheit zu bestimmende Gesamtverschulden straf erhöhend zu berücksichtigen.

Der von der Verteidigung gegen die Höhe des Strafmasses angeführte Fall aus der Bundesgerichtspraxis (BGE 6S.106/2006 vom 16. Oktober 2006) ist demgegenüber mit dem vorliegenden nicht direkt vergleichbar; zwar lag dem Entscheid des Bundesgerichts ebenfalls ein Sachverhalt mit Tatmehrheit zugrunde – der mit 18 Jahren Zuchthaus bestrafte Täter hatte seine frühere Geliebte vor einer Diskothek aus nächster Nähe erschossen und den flüchtenden Nebenbuhler verletzt –, doch kann angesichts der besonderen Umstände im vorliegenden Fall – Ausnützen des Vertrauens des Opfers, Rückkehr an den Tatort, Zurücklassen der Kinder – auch im Vergleich mit der Praxis der Bundesgerichts nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe ihr Ermessen falsch gehandhabt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des jugendlichen Alters des Angeklagten (der im Tatzeitpunkt erst 20 Jahre alt war) sowie des Drucks, dem der Angeklagte seitens seiner Familie offenbar ausgesetzt war; der Vorinstanz sind diese strafmindernden Umstände, auf die auch die Staatsanwaltschaft verweist, nicht entgangen, auch wenn sie nur zum Teil darauf abgestellt hat. Grundsätzlich ist dieser Umstand nicht zu beanstanden; vielmehr kann auch beim Vorliegen strafmindernder Gründe auf die Höchststrafe erkannt werden, wenn gleichzeitig schwerwiegende straf erhöhende Gründe gegeben sind (Stern, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 2. Aufl., Heidelberg 2005, S. 157, Rz 479). Im Übrigen beanstandet die Verteidigung das Strafmass nicht im Einzelnen. Die von der Vorinstanz verhängte lebenslängliche Zuchthausstrafe ist zu bestätigen; für Näheres kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (§ 136 GO).

(Urteil vom 29. November 2006, SK 2006 20; staatsrechtliche und Nichtigkeitsbeschwerde wurden mit BGer 6P.47/2007 und 6S.106/2007 vom 29. Juni 2007 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

4.3 Betäubungsmittel

- *Strafbarkeit nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG setzt objektiv den Nachweis der ungesetzlichen Verwendung als Betäubungsmittel voraus (Erw. 2).*

- *Indiziennachweis, dass der vom Angeklagten verkaufte Hanf als Betäubungsmittel konsumiert wurde (Erw. 3).*
- *Subjektiv genügt Eventualvorsatz. Konkret bestand indes auch Absicht (Erw. 4).*
- *Die Professionalität des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der Täter wird mit dem Qualifikationsmerkmal der Gewerbmässigkeit besser erfasst als durch dasjenige der Bandenmässigkeit (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 9 BetmG wird mit Gefängnis oder Busse, in schweren Fällen mit Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft, wer vorsätzlich unbefugt Betäubungsmittel verkauft. Die Vorinstanz hat erwogen, dass die (...) sichergestellten Hanfpflanzen einen THC-Gehalt von 6 bis 12% (...bzw.) 10% aufwiesen. Die vom Angeklagten durch den Verkauf im Hanfladen in Verkehr gebrachten Hanfwaren seien somit gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eindeutig als Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren, womit der objektive Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfüllt sei.

a) Nach Art. 1 Abs. 1 BetmG sind Betäubungsmittel abhängigkeits erzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain, Cannabis. Zu den Betäubungsmitteln in diesem Sinne gehört nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 BetmG auch das Hanfkraut. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a der BetmV-Swissmedic (Betäubungsmittelverordnung Swissmedic, SR 812.121.2) gilt indes nur Cannabis zur Betäubungsmittelgewinnung als Betäubungsmittel (Anhang a leg.cit.; Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, Zürich 2002, S. 301) und damit als verbotener Stoff (Anhang d; ebd. S. 323). Cannabis wird gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b und c des Einheit-Übereinkommens (SR 0.812.121.0) als Produkt beschrieben, nämlich als Blüten- und Fruchtsände der Hanfkrautpflanze jeder Gattung Cannabis (ausgenommen die Samen und die nicht mit solchen Ständen vermengten Blätter), denen das Harz nicht entzogen worden ist, gleichgültig, wofür sie verwendet werden (Fingerhuth/Tschurr, S. 65 f. und S. 599).

b) Der Verkauf von Betäubungsmitteln ist nur strafbar, wenn er unbefugt erfolgt. Unbefugt ist objektives Tatbestandselement und meint jede Form des Umgangs mit Betäubungsmitteln im Sinne des Gesetzes, der entweder ohne die notwendige behördliche Bewilligung erfolgt oder schlechthin verboten ist. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG sind der Anbau und das Inverkehrbringen des Betäubungsmittels Hanfkraut nicht bewil-

A 4.3

ligungspflichtig und nicht verboten, wenn sie nicht zur Betäubungsmittelgewinnung erfolgen (Fingerhuth/Tschurr, S. 107 f.). Entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts Zürich (vgl. Urteil vom 16.10.1998 in SJZ 1998 S. 541 ff., 544) ist das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung mithin Tatbestandselement. In der Doktrin wird überdies argumentiert, dass es sich – analog zum Straftatbestand des Hanfanbaus nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 BetmG – nicht um ein objektives Tatbestandselement, sondern um ein finales Element (Handlungsziel) oder den Eventualvorsatz ausschliessendes subjektives Tatbestandselement im Sinne einer Absicht handle (Albrecht, Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, Art. 19 BetmG Rz 92 f.; ders. in SJZ 1999 S. 496 ff. und AJP 5/2001 S. 599 ff.; Fingerhuth/Tschurr, S. 108).

c) Gewinnung ist die mechanische Trennung oder die chemische Analyse von Naturprodukten (Fingerhuth/Tschurr, S. 108). Das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung kann nicht schon mit dem Ernten, Isolieren oder Trennen von Pflanzenteilen als erfüllt betrachtet werden, da bereits das Hanfkraut bzw. Cannabis als Betäubungsmittel gelten (vgl. oben lit. a) und dazu nicht gewonnen zu werden brauchen (Urteil des BG Zürich vom 16.10.1998, SJZ 94 S. 543). Bei der Suche nach zusätzlichen, diesen Widerspruch im Gesetz ausräumenden und die Bedeutung des Erfordernisses erhellenden Kriterien mag es semantisch naheliegen, den Bereich des objektiven Tatbestandes zu verlassen und zu folgern, das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung sei subjektives Handlungsziel, das wie in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 BetmG wörtlich das Ziel bzw. den Zweck einer Tätigkeit ausdrücken und damit der genaueren Umschreibung des tatbestandstypischen Unrechts dienen soll (vgl. Jenny, BSK, Art. 18 StGB N 59). Da jedoch das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung Merkmal des objektiven Tatbestandselementes „unbefugt“ ist, kann es nicht als Willen, einen ausserhalb des objektiven Tatbestandes liegenden Sachverhalt zu verwirklichen, verstanden werden. Die Praxis hat denn auch die Strafbarkeit des Verkaufs von Hanfpflanzen und -produkten vom Nachweis der Eignung bzw. des Charakters (so BGE 126 IV 198 ff., dazu unten lit. d), des rauchbaren Zustandes (so BG Zürich), des Einsatzes (zu BGE 126 IV 198 ff. Weissenberger, recht 2000 S. 235) oder schliesslich der ungesetzlichen Verwendung als Betäubungsmittel (BGE 130 IV 83 ff. = Pra 2005 Nr. 11, unten lit. e) abhängig gemacht, auch wenn die objektive und subjektive Seite des Tatbestandes nicht stets klar auseinandergehalten wurden.

d) Die Eignung von Hanfkraut als Betäubungsmittel hängt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wesentlich vom Gehalt der psychoaktiven Substanz THC ab. Das Betäubungsmittelgesetz enthalte keine

Vorschrift betreffend den zulässigen THC-Gehalt. In verschiedenen Erlassen betreffend die Lebensmittel und die Landwirtschaft, welche in bestimmten Fällen den Anbau und den Verkauf von Hanf gestatten, würden gewisse Grenzwerte betreffend den THC-Gehalt festgelegt. So müsse beispielsweise gemäss Anhang 4 zur Sortenkatalog-Verordnung (SR 916.151.6) der THC-Gehalt bei den dort genannten Hanfsorten unter 0.3% liegen, was als Massstab dafür dienen sollte, ob ein Hanfprodukt als Betäubungsmittel gelten müsse und nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht mehr in Verkehr gebracht werden dürfe (BGE 6P.59/2003 vom 8.9.2003 mit Hinweis auf 126 IV 198 E. 1). Das Bundesgericht hat den objektiven Tatbestand des Verkaufs von Betäubungsmittel deshalb wie im vorliegenden Fall das Strafgericht zunächst als erfüllt betrachtet, wenn Hanfprodukte vertrieben werden, deren Gehalt an THC den zulässigen Grenzwert von 0.3% THC überschreiten (BGE 126 IV 201). Es hat so im Ergebnis den Ausdruck „zur Betäubungsmittelgewinnung“ der Eignung als Betäubungsmittel gleichgesetzt.

e) Weder beim Hanfkraut noch beim Cannabis, mit einem über dem Grenzwert der Lebensmittel- bzw. Landwirtschaftsgesetzgebung liegenden THC-Gehalt, ist jedoch im Betäubungsmittelgesetz klar geregelt, dass deren Gebrauch generell verboten ist. Folgerichtig hat das Bundesgericht denn auch in einem neueren Entscheid festgehalten, dass nicht ausschliesslich auf den THC-Gehalt abzustellen sei. Vielmehr sei darüber hinaus die ungesetzliche Verwendung der aus Hanfsetzlingen gezogenen THC-reichen Pflanzen nachzuweisen, selbst wenn dies nicht ohne Schwierigkeiten verbunden wäre (vgl. BGE 130 IV 83 ff. = Pra 2005 Nr. 11; offen gelassen in BGE 6P.59/2003 vom 8.9.2003; vgl. auch BGE 6S.15/2001 vom 14.6.2001 E. 2d: „Le chanvre est ainsi une plante à double usage...“). Dass als Beispiel eines legalen Verwendungszwecks ausdrücklich der Besitz einer Hanfpflanze zu Dekorationszwecken erwähnt wird, kommt besondere Bedeutung zu, nachdem seit 1. Juni 2002 nach Art. 1 Abs. 1 lit. c der Saatgut-Verordnung (SR 916.151) der Sortenkatalog auch für Zierpflanzen gilt. Damit hat das Bundesgericht einen legalen Verwendungszweck selbst im Sortenkatalog nicht aufgeführter Hanfpflanzen nicht mehr von vornherein ausschliessen wollen (a.M. noch ohne Begründung zu BGE 126 IV 198 ff.; Weissenberger, a.a.O., S. 236).

f) Umso mehr setzen die Tathandlungen von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 2 bis 5 BetmG den Nachweis der ungesetzlichen Verwendung als Betäubungsmittel voraus. Bei ihnen ist das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung nämlich nur im objektiven Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ enthalten. Dieses Erfordernis ist anders als bei der im Zusammenhang

A 4.3

mit der Anbautätigkeit stehenden Umschreibung „zur Gewinnung von Betäubungsmitteln“ (vgl. dazu Pra 2005 Nr. 11 E. 1.2.4) ein den Nachweis eines Verstosses gegen Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG voraussetzendes Element des Begriffes des verbotenen Hanfkrautes. Als Merkmal eines verwaltungsrechtlichen Verbotes bezieht es sich nicht auf den Verwirklichungswillen eines Straftäters, so dass insoweit die typisch strafrechtlichen subjektiven Unrechtselemente nicht zur Diskussion stehen. Zuzufolge der widersprüchlichen gesetzlichen Regelung in Bezug auf die Betäubungsmittelleignung von Hanf (vgl. oben lit. c) kann ein Verstoß gegen diese Vorschrift deshalb nur bei erwiesener ungesetzlicher Verwendung als Betäubungsmittel angenommen werden. Deutet man das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung des verwaltungsrechtlichen Verbotes strafrechtlich in ein subjektives Unrechtselement um oder lässt objektiv einen nicht im Betäubungsmittelgesetz definiertes Eignungsmerkmal genügen, droht eine gesetzlich nicht verankerte, die verwaltungsrechtliche Verbotsmaterie überschreitende, allenfalls in unzulässiger Weise der Durchsetzung der Landwirtschafts- oder Lebensmittelgesetzgebung dienende Kriminalisierung.

g) Wie selbst die Staatsanwaltschaft ausführt, gilt es mithin unabhängig von der Eignung bzw. Rauchbarkeit des Stoffes als legal, Säckchen mit Cannabis von über 0.3% THC zu verkaufen, wenn diese nur unters Kopfkissen gelegt und nicht zum Konsum als Betäubungsmittel verwendet würden. In diesem Sinne geht die Anklage denn auch nicht nur davon aus, dass die verkauften Säckchen mit Hanf sich zum Betäubungsmittelkonsum eigneten, sondern hierzu tatsächlich verwendet wurden (...). [Dieser Nachweis] kann gleichwertig auch indirekt anhand der Gesamtheit von Indizien geführt werden (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, § 59 N 12 ff.), darf aber im Zweifelsfall in dubio pro reo nicht als erbracht gelten.

3. Neben dem hohen THC-Gehalt des sichergestellten und untersuchten Hanfes sprechen vorliegend verschiedene Indizien für die Überzeugung des Kantonsgerichts, dass der vom Angeklagten verkaufte Hanf als Betäubungsmittel konsumiert wurde. (...).

a) Ein grosser Teil der Blüten des von der A. GmbH angebauten Hanfs wurde angeblich zu medizinischen Zwecken in Hanfkissen verschiedenster Grössen abgefüllt und im firmeneigenen Laden in S. verkauft. Entgegen der Anklageschrift war der Angeklagte dort jedoch nur bis Mai 1999 tätig. Strafverfügungen gegen Personen, welche den konsumierten Cannabis zugegebenermassen im Hanfladen S. bezogen, liegen erst ab August 1999 vor. Aufgrund dieser Strafverfügungen kann deshalb der Be-

weis nicht direkt erbracht werden, dass der Inhalt im Hanfladen S. vom Angeklagten verkaufter Duft- bzw. Therapiesäckchen als Betäubungsmittel konsumiert worden ist. Dennoch bilden diese Strafverfügungen ein bedeutsames Indiz dafür, dass im Hanfladen gekaufte Pflanzen oder Säckchen zum Betäubungsmittelkonsum verwendet worden sind, da sich die Produktions- und Handelsformen der A. GmbH nach dem Ausscheiden des Angeklagten zwar noch intensiviert, aber nicht verändert haben.

b) Ebenso verhält es sich mit den THC-Analysen, welche erst nach Ausscheiden des Angeklagten (...) vorgenommen wurden. Es ist abwegig anzunehmen, die vom Angeklagten verkauften Säckchen hätten einen THC-Gehalt von unter 0.3% aufgewiesen, zumal der Geschäftsführer einen darüber liegenden Gehalt zugegeben hat und der Angeklagte selbst davon ausging, dass man den von ihnen angepflanzten Hanf nicht für den Konsum verwenden durfte.

c) Für die Annahme, die verkauften Pflanzen und Säckchen seien als Betäubungsmittel konsumiert worden, spricht weiter die Auswertung der von den Käufern ausgefüllten Fragebogen, wonach 70% den Hanf inhalieren, also die Stoffe über die Atmungsorgane aufnehmen. Der Mitangeklagte Y. hat zugegeben, dass Inhalieren zu therapeutischen Zwecken auch Rauchen bedeuten könne. Dies ist auch anzunehmen, weil sich THC im siedenden Wasser nicht löst und deshalb nicht zur Aufnahme über Wasserdampf eignet. Entscheidender ist indes, dass 88% der Kunden den Hanf seit Jahren, zum weitaus grössten Teil, zum Abschalten von Alltagsstress und nicht zur gezielten Therapie von Schmerzen oder konkreten Krankheiten verwendeten, sodass es ihnen auf die psychotropen, das Verhalten und die Stimmung beeinflussenden Wirkungen als Betäubungsmittel und nicht auf die medizinischen Wirkungen als Heil- bzw. Schmerzmittel ankam.

d) Zutreffend verweist die Vorinstanz im Weiteren auf den Ermittlungsbericht der Kantonspolizei Schwyz, wonach im Hanfladen der grösste Ertrag mit dem Verkauf von Therapie- bzw. Duftsäckchen und Hanfpflanzen erwirtschaftet wurde. (...). Solche Umsätze lassen sich realistisch betrachtet nur deshalb erreichen, weil die Kunden im Laden Hanf zum Konsum als Betäubungsmittel kaufen wollten. Wie im Berufungsverfahren unbestritten geblieben ist, waren sie dafür bereit, betäubungsmittelmarktkonforme Preise von um die Fr. 10.00/Gramm zu bezahlen. Die Warenvorräte wurden auch zu solchen Preisen bewertet (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 68; Hansjakob in Kriminalistik 4/99).

A 4.3

e) Dass die verkauften Säckchen als Therapeutika verwendet worden seien, entpuppt sich im Übrigen schon deshalb als blosser Schutzbehauptung, weil die Annahme abwegig ist, dass in S. so grosse Mengen Säckchen zu so hohen Preisen zu medizinischen Zwecken abgesetzt werden könnten, zumal weder der Geschäftsführer noch die Angestellten befugt und in der Lage waren, ihre Kunden in therapeutischer Hinsicht adäquat zu beraten. Dass die Bezeichnung als Therapiesäckchen ein blosses Deckmäntelchen zur Kaschierung der Abgabe von Betäubungsmittel in für den Einzelkonsum geeigneter Form und Portionen war, zeigt auch der Umstand, dass bis 1998, notabene bis zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich betreffend die Strafbarkeit des Verkaufs von Duftsäckchen, noch die Rede von Duftsäckchen war („DS“).

Es bestehen mithin keine Zweifel, dass die vom Angeklagten verkauften Säckchen mit Hanf ungesetzlich als Betäubungsmittel verwendet worden sind. Damit ist der Verkauf im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG unbefugt und der objektive Tatbestand erfüllt.

4. Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus, wobei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *dolus eventualis* genügt (Fingerhuth/Tschurr S. 113, BGE 6S.66/2002 vom 14.5.2002, BGE 6P.100/2005 vom 13.1.2006). Begreift man das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung als objektives Tatbestandselement, das nicht ausschliesslich durch das Überschreiten eines Gehaltes von 0.3% THC sondern durch den Nachweis der ungesetzlichen Verwendung als erfüllt betrachtet wird (oben E. 2 und 3), besteht keine Gefahr der Überdehnung des Anwendungsbereiches (vgl. BGE 126 IV 200 ff. E. 2 zur Kritik von Albrecht) und damit kein Grund, *Eventualvorsatz* nicht genügen zu lassen.

a) Der Angeklagte hat Pflanzenteile und Säckchen mit Hanf zu auf dem Betäubungsmittelmarkt üblichen Preisen verkauft. Er wusste, dass der angepflanzte und von ihm verkaufte Hanf einen so hohen THC-Gehalt aufwies, dass er als Betäubungsmittel konsumiert und damit ungesetzlich verwendet werden konnte. Als Verkäufer im Laden musste ihm klar sein, dass der Umsatz der Firma in erheblichem Masse aus diesen als Betäubungsmittel konsumierten Produkten generiert wurde. Es wurden so grosse Mengen von Cannabis zu so hohen Preisen abgesetzt, dass er nicht mehr ernsthaft annehmen konnte, es diene nur zu therapeutischen Zwecken, zumal aufgrund der Fragebogen klar war, dass ein Grossteil der Kunden den Hanf zur Inhalation bzw. zum Rauchen erhitzten, ohne die dabei freigesetzten psychotropen Stoffe zur Therapie einer konkreten Krankheit zu benötigen. Dies hat er akzeptiert und nicht aus Unvorsicht

für nicht möglich gehalten. Damit hat die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend zumindest den Eventualvorsatz als gegeben betrachtet.

b) Würde man das Erfordernis der Betäubungsmittelgewinnung entgegen dem Gesagten als nicht durch den objektiven Tatbestand erfassten innern Tatumstand verstehen, der selbst nicht verwirklicht, sondern nur als selbständiges Absichtsmerkmal erfüllt sein muss, änderte sich vorliegend am Beweisergebnis nichts. Der Angeklagte war sich im Klaren darüber, dass der Inhalt der verkauften Säckchen als Betäubungsmittel verwendet werden konnte, weshalb sich schon angesichts der nachgewiesenen ungesetzlichen Verwendung als Betäubungsmittel (vgl. oben E. 3) der Schluss auf ein absichtliches Vorgehen aufdrängt. (...).

5. (Sachverhalts- und Rechtsirrtum verneint).

6. Bei der Strafzumessung ist zunächst zu klären, ob es sich um einen schweren, nämlich banden- oder gewerbsmässigen Fall nach Art. 19 Ziff. 2 BetmG handelt. Ist einer der beiden Fälle gegeben, muss das Vorliegen eines weiteren Qualifikationsgrundes nicht mehr geprüft werden (Fingerhuth/Tschurr, S. 141; BGer 6S.190/2000 vom 11. Juli 2001 E. 4). Deshalb durfte die Vorinstanz auf Bandenmässigkeit abstellen, ohne die ebenfalls angeklagte Gewerbsmässigkeit zu prüfen. Das Kantonsgericht hält es indessen für problematisch, das Vorgehen der Täter konkret als ein besonders gefährliches, bandenmässiges Zusammenwirken anzusehen. Es war zwar organisiert und liess weitere Straftaten in unbestimmter Anzahl sowie mit grossen Mengen von Hanf voraussehen. Es ist aber nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die Intensität dieses Zusammenwirkens den Grad einer konkreten Gefahr erreicht hätte, zumal die Rechtsprechung das Vorliegen eines schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG verneint, da Cannabis auch in grossen Mengen nicht die Gesundheit vieler Menschen in eine nahe liegende und ernstliche Gefahr bringen kann (BGE 117 IV 314 ff., 120 IV 256 ff.). Die Professionalität des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der Täter wird mit der Gewerbsmässigkeit besser erfasst. Diese ist beim Angeklagten, der zu einem regelmässigen, wesentlichen Bestandteil seines damaligen Einkommens bildenden Monatslohn von der für regelmässige Lohnzahlungen hinreichenden Umsatz mit Betäubungsmittel (vgl. oben E. 3 lit. d) generierenden A. GmbH angestellt war, ohne weiteres zu bejahen. Dass er keine Einsicht in den vom Geschäftsführer kontrollierten Geschäftsgang und die erzielten Gewinne in der Firma insgesamt hatte, ist unter diesen Umständen nicht mehr erheblich. (...).

A 5.1

(Urteil vom 29. August 2006, SK 2006 12. Eine Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Bundesgericht am 1. Februar 2007 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, BGer 6S.516/2006).

5. Strafrecht

5.1 Strafantragsberechtigung

- *Strafantragsberechtigung des Mieters oder Berechtigten (Erw. 1.c).*
- *Anforderungen an die Vollmacht (Erw. 1.c bb).*

Aus den Erwägungen:

1. b) Zur Strafantragsberechtigung brachte der Vertreter der Straf- und Zivilkläger vor, M. sei als spiritueller Führer und auch Stiftungsrat der K. Stiftung zur Stellung eines Strafantrages berechtigt. M. habe sich klar als Bevollmächtigter zu erkennen gegeben. Zudem genüge eine generelle Vollmacht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche zumindest mündlich bereits im Zeitpunkt der Sachbeschädigung vorgelegen habe und nun auch in schriftlicher Form vorliege. Zudem hätte er als Oberhaupt und geistiger Führer der K. Organisation zweifelsohne eine besondere Verantwortung für die Erhaltung des Gegenstandes nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung inne.

c) aa) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat das Bundesgericht die Antragsberechtigung in diesem Sinne auch auf den Mieter bzw. jeden Berechtigten, der die Sache nicht mehr gebrauchen kann, ausgedehnt. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Mieter und andere Berechtigte unmittelbar auf den Gebrauchswert der Sache angewiesen und deshalb von deren Ausfall stärker betroffen sein können, als jener, der den entsprechenden Sachwert verloren hat (BGE 117 IV 437 mit Hinweis; 118 IV 212). Die Ausführung der Vorinstanz, die angezeigte Sachbeschädigung mache die Pflanzen nicht unbrauchbar, sondern diese seien allenfalls in ihrem Aussehen beeinträchtigt worden, wird seitens der Straf- und Zivilkläger nicht bestritten. Darauf hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass ohnehin lediglich die Beeinträchtigung des Aussehens angeklagt ist. Insofern kann (...) aus diesem Grunde die Frage, ob M. Mieter oder Berechtigter sei, offen gelassen werden. Ihm kommt so-

mit kein selbständiges Antragsrecht zu. Die Rüge der Straf- und Zivilkläger ist demnach unbegründet.

bb) (...). Zuzustimmen ist der Vorinstanz, dass M. nicht als Bevollmächtigter der beiden Eigentümer den Strafantrag eingereicht hat. Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung; die Vertretungswirkung tritt grundsätzlich nur dann ein, wenn der Vertreter in fremden Namen, nämlich im Namen des Vertretenen, handelt (Christof Riedo, Der Strafantrag, S. 374 f.). M. hat den Strafantrag in eigenem Namen eingereicht, d.h. weder im Namen der Stiftung noch von U. Bereits aus diesem Grund erweist sich die Rüge der Straf- und Zivilkläger als unbegründet.

Nichtsdestotrotz ist darauf hinzuweisen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 122 IV 208, mit Hinweisen) das Recht, Strafantrag zu stellen, grundsätzlich höchstpersönlicher Natur und unübertragbar ist. Aus der höchstpersönlichen Natur des Antragsrechts folgt aber nicht, dass dieses nicht auch von einem Vertreter ausgeübt werden kann (Vertretung in der Erklärung). Dabei genügt auch die Erteilung einer generellen Vollmacht. Es kann somit einem bevollmächtigten Vertreter die Befugnis eingeräumt werden, die Willenserklärung abzugeben. Fraglich ist, ob eine Vollmacht genügt, die dem Vertreter die Entscheidung überlässt, ob er Strafantrag erheben will (Vertretung im Willen). (...). Einer speziellen, auf den konkreten Fall zugeschnittenen ausdrücklichen oder konkludenten Ermächtigung bedarf der Bevollmächtigte nur bei Verletzung höchstpersönlicher immaterieller Rechtsgüter, welche dem Berechtigten naturgemäss innewohnen oder von ihrem Status herrühren (Leib und Leben, Ehre, persönliche Freiheit sowie Eheschliessung, Kindesverhältnis). Dementsprechend ist wegen der nahen Beziehung des Verletzten auch bei den relativen Antragsdelikten eine Ermächtigung für den gegebenen Fall erforderlich.

(Urteil vom 5. September 2006, SK 2006 4 und 5).

5.2 Haftregime

- *Für das Haftregime ist allein die haftverantwortliche Behörde zuständig; Ersatzmassnahmen sind insoweit unzulässig (Erw. 3).*
- *Mögliche Massnahmen zur Beseitigung von Kollusionsgefahr in einem Drittverfahren (Erw. 4).*

A 5.2

Aus den Erwägungen:

3. Praxisgemäss kann gegen die Anordnung von Ersatzmassnahmen nach § 26a StPO Beschwerde bei der Staatsanwaltschaft erhoben (KG 221/02 GP vom 29.8.2002) und der Beschwerdeentscheid beim Kantonsgericht angefochten werden (KG 358/02 RK 2 vom 16.9.2002). Indes liegt hier, wie auch die Staatsanwaltschaft anmerkt, eine besondere Konstellation vor.

a) Im Kanton Schwyz kann der Präsident des erstinstanzlichen Strafgerichts nach Erlass eines Urteils Sicherheitshaft anordnen, wenn das Urteil auf eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe lautet und zu befürchten ist, dass sich der Verurteilte dem Strafvollzug entzieht (§ 97 Abs. 1 StPO). Zutreffend ist die Staatsanwaltschaft der Auffassung, dass die vom Strafgerichtspräsidenten verfügte Sicherheitshaft und die durch das Verhöramt als Ersatzmassnahmen angeordneten Beschränkungen in zwei verschiedenen Prozeduren ergingen. Sie übersieht indes, dass die vorliegend unter dem Titel von § 26a StPO durch das Verhöramt angeordneten Massnahmen inhaltlich Beschränkungen der normalen Bedingungen der Sicherheitshaft und damit eine Einmischung in ein Haftregime darstellen, welches nicht in seine Zuständigkeit fällt, sondern in denjenigen des Richters, welcher Sicherheitshaft angeordnet hat. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn man sich den Fall vor Augen führt, in welchem der Angeklagte sich in einer von einem ausserkantonalen Richter verfügten Sicherheitshaft befände.

b) Mit dieser Betrachtungsweise wird die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters zur Anordnung von Ersatzmassnahmen nach § 26a StPO nicht eingeschränkt. Diese Bestimmung umfasst Ersatzmittel, die an die Stelle von Haft treten können, nicht hingegen die Art und Weise der Durchführung einer anderweitig angeordneten Haft beschränken. Zwar wären die verfügten Beschränkungen in der Sicherheitshaft gegenüber einer Rückführung in die Untersuchungshaft, wie der Untersuchungsrichter in seiner Stellungnahme zu Recht anmerkt, als mildere Mittel anzusehen. Dieser Umstand begründet aber keine Zuständigkeit des Untersuchungsrichters, in ein anderes Haftregime einzugreifen und die dortigen Bedingungen der Haft zu bestimmen.

4. Aus diesen Gründen erweist sich die Kontrollverfügung [betr. Brief- und Telefonverkehr] des Verhöramts als nichtig und damit unwirksam.

a) Grundsätzlich sind zwei Varianten denkbar, mit deren Hilfe der Untersuchungsrichter der von ihm angenommenen Kollusionsgefahr begeg-

nen könnte. Er kann die von ihm verfügbaren Anordnungen bei der für die Sicherheitshaft zuständigen Behörde beantragen bzw. konkurrierend Untersuchungshaft (nach Massgabe der Weisungen über das Haftverfahren vom 2. März 2006, www.kgsz.ch/downloads) beantragen und um Rückführung des Inhaftierten aus der Sicherheits- in die Untersuchungshaft ersuchen (Haftabtretung). Ob dabei der für die Sicherheitshaft zuständige Richter zufolge Kollusionsgefahr in einer anderen Strafuntersuchung den Verkehr des Inhaftierten zur Aussenwelt einschränken kann, braucht vorliegend nicht abschliessend zu behandelt werden.

b) Nach Eingang der Berufungserklärung beim Kantonsgericht ist der Kantonsgerichtspräsident als Präsident der Strafkammer für die Aufrechterhaltung und Durchführung der Sicherheitshaft zuständig. Nachdem die Zeugen untersuchungsrichterlich befragt worden sind und die Untersuchung nach Durchführung der Schlusseinvernahme sich im Endstadium befindet, sind sie nur noch als beschränkt beeinflussbar anzusehen. Entsprechend vermochten die beiden aktenkundigen Versuche, Kontakt aufzunehmen, die Zeugen nicht zu beeinflussen, sondern sind durch die kontaktierten Personen gegenüber den Untersuchungsbehörden aufgedeckt worden. Aus diesen Gründen besteht in der Sache kein Anlass, die als unwirksam betrachtete Verfügung und die Stellungnahme des Verhöramtes als Antrag auf Anordnung einschränkender Sicherheitshaftbedingungen bzw. Überführung in die Untersuchungshaft entgegenzunehmen. Der Angeklagte ist indes darauf hinzuweisen, dass sein Verhalten bei weiteren Beeinflussungsversuchen durchaus zu einschlägigen Massnahmen führen könnte. Indes rechtfertigen die vorgetragenen Gründe entgegen der Auffassung des Verhöramtes derzeit keine weiteren Haftrestriktionen, wobei eine Anordnung von Untersuchungshaft auf das durch die Weisungen präzierte Haftverfahren beschränkt ist und für das Berufungsverfahren mangels gesetzlicher Grundlagen ausser Betracht fällt (vgl. abschliessende Regelung in § 97 StPO).

(Verfügung vom 4. April 2006, SK 2006 8 und GP 2006 19).

5.3 Beschlagnahme

- *Beschlagnahme von kollektiven BVG-Stiftungsmitteln nur hinsichtlich Freizügigkeits- und Auszahlungsansprüchen (Erw. 3. b - 4).*
- *Vorbehalt der unverhältnismässigen Härte (Erw. 5).*
- *Sicherung des Vollzugs (Erw. 6).*

A 5.3

Aus den Erwägungen:

3. b) (...). Die Guthaben der Angeschuldigten stehen nicht im Vermögen der Beschwerdeführerin. Wie die Vorinstanz an sich richtig darlegt, können [BVG-]Freizügigkeits- und Auszahlungsansprüche von angeschuldigten Versicherten durchaus der Beschlagnahme unterliegen, wenn diese Mittel aus deliktischer Quelle gespiesen wurden. Dies sogar unabhängig davon, ob sie schon beziffert sind (Schmid in: Schmid [Hrsg], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I 1998, StGB 59 N 173 FN 722). Demgemäss können Vermögenswerte der Angeschuldigten grundsätzlich auch bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmt werden.

Bei den kollektiven Stiftungsmitteln sieht dies hingegen anders aus. Da erbringt die Beschwerdeführerin eine gleichwertige Gegenleistung und die Vermögenswerte stehen unbestrittenermassen in ihrem Eigentum. Es muss davon ausgegangen werden, dass kollektive Stiftungsmittel im Verfahren gegen Versicherte grundsätzlich nicht im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 StGB beschlagnahmt werden können (Schmid, a.a.O., StGB 59 N 173).

4. Die Beschwerdeführerin rügt denn auch in ihrer Beschwerdeschrift, es könnten, wenn überhaupt, einzig die nach der Beschlussfassung über den Verteilplan auf die angeschuldigten G., D., N. und allenfalls weitere Angeschuldigte entfallenden Anteile beschlagnahmt werden. Dies sei jedoch nur dann möglich, wenn nach dem rechtskräftigen Verteilplan überhaupt solche auf Angeschuldigte entfallenden Anteile ausgeschieden werden, was mangels Beschlussfassung keinesfalls schon heute feststehe.

a) Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 17. Juli 2006, es seien die Mittel der Angeschuldigten von Fr. 12'580.55 in Beschlag zu nehmen und die Mittel der nicht angeschuldigten Personen im Betrage von Fr. 9'224.60 freizugeben. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Liste per 1. November 2005 weise definitiven Charakter auf, habe sie diese doch dem Konkursliquidator zur Genehmigung vorgelegt.

b) Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Die Beschwerdeführerin hat zwar mit ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2006 eine neue Verteilliste eingereicht, in der alle Beträge der Angeschuldigten tiefer angelegt sind als in der ersten Fassung. Es wird von der Beschwerdeführerin allerdings nicht dargelegt, was den neuen Verteilschlüssel zum Definitiven erhebt. Ebenso wenig kann der Ansicht der Vorinstanz, die eingereichte Liste vom

1. November 2005 (recte 21. März 2006) weise durchaus definitiven Charakter auf, gefolgt werden, zumal auch diese Liste nicht unterzeichnet ist und selbst im Antrag zur Beschwerdeantwort noch als „provisorisch“ bezeichnet wird. Es ist Sache der Beschwerdeführerin, einen korrekten und definitiven Verteilungsplan festzulegen. Nach dem Gesagten (Erw. 3. b) können allfällige Freizügigkeits- und Auszahlungsansprüche der Angeschuldigten indes ohne konkrete Bezifferung beschlagnahmt werden, was dazu führt, dass solche erst bei Fälligkeit an eine von der Untersuchungsbehörde bezeichnete Adresse zu überweisen sind. Nachdem ein anderes Beschlagnahmesubstrat gegeben ist, müsste die Beschlagnahme demzufolge an sich aufgehoben und die Sache zu neuer Verfügung an das Verhöramt zurückgewiesen werden. Hievon kann vorliegend abgesehen werden, weil sich die Parteien zu diesem Punkt bereits äussern konnten und die vorgezeichnete Beschlagnahme bis zum Entscheid der Erstinstanz ohnehin noch vorsorglich vorgesehen werden müsste; die Vermögenssperre kann deshalb ausnahmsweise direkt im reformatorischen Sinn angeordnet werden, was zur entsprechenden Abänderung der angefochtenen Verfügungen führt. An die definitive Verteilung wird die Strafbehörde insoweit nicht gebunden sein, als sie deren Korrektheit vorfrageweise nachprüfen kann. Um als Versicherer der Gefahr einer Doppelzahlung zu begegnen, steht es der Beschwerdeführerin frei, vorgängig zur Auszahlung oder Überweisung von Freizügigkeitsguthaben die Zustimmung der Untersuchungsbehörde einzuholen.

5. Zu prüfen ist im vorliegenden Fall noch, ob die Beschlagnahme der Mittel bei der Beschwerdeführerin eine unverhältnismässige Härte im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB darstellt. Dies muss in casu verneint werden. Denn die Massnahme bzw. Beschlagnahme ist im Hinblick auf den angestrebten Zweck geeignet und es besteht auch ein vernünftiges Verhältnis zwischen den zu beschlagnahmenden Mitteln und den Eigentumsverhältnissen. Zudem hat sich die Beschwerdeführerin nicht auf einen solchen Einwand berufen (vgl. Baumann, Basler Kommentar, StGB I 2003, N 50 zu Art. 59 StGB).

6. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass allein allfällige Freizügigkeits- und Auszahlungsansprüche der Angeschuldigten G., N., R. und D. aus Vertrag G ... (BVG-Sondermassnahmen) gestützt auf Art. 59 StGB und § 35 Abs. 1 StPO zu beschlagnahmen sind. Die Beschwerdeführerin wird der Untersuchungsbehörde die Ansprüche mit dem definitiven Verteilungsplan zu melden und ihre Leistungspflicht nur durch Überweisung an die Behörde erfüllen können, wobei es ihr freigestellt ist, vorgängig die Zustimmung der Untersuchungsbehörde zur Verteilung einzuholen. Nach Rechtskraft des Verteilungsplans wird das Verhöramt, unter Wah-

A 5.4

zung der Rechte der Angeschuldigten, neu über die Beschlagnahme zu verfügen haben; der Einziehungs- oder Verwendungsentscheid des Strafrichters bleibt dabei vorbehalten.

(Beschluss vom 10. Oktober 2006, RK2 2006 69).

5.4 Zeugnisverweigerung

- *Zeugnisverweigerungsrecht, wenn eine Strafverfolgung im Ausland befürchtet wird (Erw. 4.a)?*
- *Unmittelbarer Nachteil (Erw. 4.b).*
- *Der geltend gemachte Nachteil darf nicht bereits bestanden haben (Erw. 4.c).*
- *Folgen unberechtigter Aussageverweigerung (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Das Bundesamt für Sport erstattete (...) Strafanzeige gegen die unbekannte Drittperson, von welcher der Rennfahrer X. das Dopingmittel zugegebenermassen erhalten hat. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2005 „sistierte“ das Bezirksamt A. das Strafverfahren gegen Unbekannt in Anwendung von § 64 StPO, weil (...) X. den Namen derjenigen Person, die ihm das Doping besorgte, nicht verriet und sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berief. (...).

3. Jedermann ist verpflichtet, der gerichtlichen Polizei, den Untersuchungsbehörden und dem Gericht Auskunft zu erteilen (§ 47 Abs. 1 StPO). Nach § 47 Abs. 2 StPO sind im Strafverfahren die Bestimmungen über die Zeugen und das Zeugnisverweigerungsrecht der Zivilprozessordnung anwendbar. Danach können Aussagen verweigert werden, die zur Schande oder zum unmittelbaren Nachteil des Zeugen oder ihm nahe stehender Personen gemacht werden müssten (§ 132 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO). Nach der Praxis muss die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur erfolgen, wenn eine strafrechtliche Verfolgung, sondern beispielsweise auch der Eintritt eines vermögensrechtlichen Nachteils zu befürchten ist (EGV-SZ 1990 Nr. 51). In dieser Entscheidung hatte das Kantonsgericht allerdings nur die Voraussetzungen bzw. die Folgen einer zu Unrecht unterbliebenen Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht zu prüfen. In der vorliegenden Strafuntersuchung geht es hingegen darum, ob die für ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemachten Gründe für eine Befreiung von der Zeugnispflicht genügen. (...).

4. Die Staatsanwaltschaft geht in ihrer Vernehmlassung vom 9. Februar 2006 davon aus, dass das Strafverfahren im Sinne von § 70 StPO rechtskräftig eingestellt bzw. die Einstellung binnen zehn Tagen durch die Staatsanwalt nicht aufgehoben worden sei. Dies trifft nicht zu. Der Untersuchungsrichter hat zwar mit der Verfügung vom 2. Dezember 2005 dafür gehalten, die Untersuchung gegen Unbekannt soweit als möglich im Sinne von § 64 StPO durchgeführt zu haben, das Strafverfahren aber bloss „sistiert“. Laut Mitteilungsvermerk wurde diese Verfügung denn auch nur dem Bundesamt für Sport zugestellt, nicht aber der Staatsanwaltschaft unter Auslösung der zehntägigen Aufhebungsfrist von § 70 Abs. 2 StPO eröffnet. Die Strafuntersuchung gegen Unbekannt hat mithin nicht im Sinne von § 70 StPO als eingestellt, sondern nur als einstweilig sistiert zu gelten. Der Entscheid über Einstellung oder Anklageerhebung steht damit noch aus und ein Zurückkommen auf die Zulässigkeit der Aussageverweigerung ist nicht ausgeschlossen. Im Hinblick darauf ist vorliegend auf Folgendes hinzuweisen.

a) Die blosse Vermutung oder Befürchtung, es könnte eine Straftat vorliegen, rechtfertigt eine Zeugnisverweigerung nicht (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 62 Rz 21). In seiner Stellungnahme vom 21. September 2005 kommt das Bundesamt für Justiz zum Schluss, dass X. im Ausland nicht durch das Doppelverfolgungsverbot (*ne bis in idem*) geschützt, demzufolge verhaftet und zwar nicht von der Schweiz, aber von einem ausländischen Staat ausgeliefert werden könnte. Diese Gefahr der Strafverfolgung im Ausland besteht jedoch schon aufgrund des bereits bekannten zugestanden EPO-Konsums, wofür X. in der Schweiz im Unterschied zu andern Ländern, namentlich Italien, nicht der staatlichen Strafverfolgung ausgesetzt und durch die Sportorganisation abgeurteilt worden ist. Von Konstellationen, die einen Verdacht auf andere bzw. weitergehende Dopingmissbräuche begründete, wird in der Stellungnahme des Bundesamtes nicht ausgegangen. Der Verdacht, dass das in der Schweiz konsumierte EPO von einem Ausländer geliefert oder gar im Ausland übergeben worden sein und damit X. möglicherweise gegen Dopingstrafbestimmungen anderer Staaten verstossen haben könnte, besteht bei dem an internationalen Wettkämpfen teilnehmenden Zeugen bereits aufgrund der öffentlich gemachten Zugaben. Die Gefahr, dass der in der Schweiz EPO konsumierende X. in einer Strafverfolgung eines ausländischen Staates belangt wird, droht deshalb unabhängig von den in der laufenden Strafuntersuchung gegen Unbekannt verlangten Auskünften über die Identität derjenigen Person, die ihm das EPO abgegeben hat. (...).

A 5.4

b) Abgesehen davon wäre die Strafverfolgung im Ausland zusätzlich von einem Auslandsaufenthalt des Zeugen abhängig und damit nicht ein unmittelbarer Nachteil im Sinne des Gesetzes. Blosser Schwierigkeiten bezüglich künftigen Auslandsaufenthalten aufgrund der Tatsache, dass ein Zeuge aussagt, rechtfertigen ein Zeugnisverweigerungsrecht indes nicht (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 62 Rz 22). Auch die allenfalls in Betracht zu ziehende Möglichkeit, dass der bisher unbekannte Dopinglieferant den Zeugen zusätzlich belasten könnte, wäre in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit der Aussageverweigerung unbeachtlich, da sich eine solche Gefahr nicht selbst aus der Zeugenaussage ergibt (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O. § 62 Rz 22).

c) Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Preisgabe der Identität des Dopinglieferanten dem Zeugen andere unmittelbare Nachteile, namentlich einen direkten, konkreten finanziellen Nachteil bescheren sollte. Die entfernte ungewisse Möglichkeit der Beeinträchtigung seiner beruflichen Aussichten im Radsportbereich rechtfertigt eine Befreiung von der Zeugnisspflicht zu Lasten der materiellen Wahrheitsfindung nicht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, ZPO-ZH, § 159 Rz 3). Offensichtlich ist auch, dass die verlangten Aussagen dem Zeugen nicht zur Schande reichen können, nachdem die Tatsache seines Dopingkonsums bereits in aller Öffentlichkeit bekannt gemacht worden ist.

5. Im Ergebnis besteht aufgrund des Umstands, dass das Strafverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, kein Bedarf zu einer förmlichen aufsichtsrechtlichen Entscheidungsaufhebung. Indes wird der Untersuchungsrichter sich mit den für das geltend gemachte Zeugnisverweigerungsrecht angeführten Gründen nochmals auseinanderzusetzen haben, weil sie nach dem Gesagten kaum eine Befreiung von der Zeugnispflicht rechtfertigen. Der Zeugnispflicht ist wenn nötig mit geeigneten Zwangsmitteln Nachachtung zu verschaffen (§ 135 Abs. 2 ZPO und vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 62 Rz 5 ff.). Die Staatsanwaltschaft ist als Aufsichtsbehörde einzuladen, die Fortsetzung der Untersuchung zu veranlassen. (...).

(Beschluss vom 13. Juli 2006 PR 05 20. Das Kantonsgericht hat in RK2 2007 19 vom 7. Mai 2007 eine Beschwerde gegen eine in der Folge wegen Aussageverweigerung ausgesprochene Ordnungsbusse von Fr. 500.00 abgewiesen; das Bundesgericht ist am 19. Juli 2007 auf eine Beschwerde in Strafsachen nicht eingetreten, BGer 1B_108/2007).

5.5 Anklageanfechtung

- *Zulässige Beschwerdegründe gegen eine Anklageschrift (§ 75 StPO).*

Aus den Erwägungen:

3. 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) (...). Die Anklagereife und die materielle Rechtskraft sind indes nicht Fragen der Zuständigkeit des angerufenen Richters. Mithin ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Wegen Mängeln der Anklage bzw. der Untersuchung kann der Einzelrichter die Sache zur Änderung und Vervollständigung an die Anklagebehörde zurückweisen (§ 79 StPO). Über Beweisanträge, wie die von den Beschwerdeführern verlangte Einvernahme einer in der Untersuchung noch nicht einvernommenen Zeugin, sowie die Anordnung von Beweismassnahmen hat der Sachrichter zu entscheiden (§§ 80 f. und 90 StPO). Auch über die aufgeworfene Problematik der materiellen Rechtskraft hat der Sachrichter und nicht das Kantonsgericht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach § 75 StPO zu befinden. (...).

(Verfügung vom 16. Februar 2006, RK2 2005 159; vgl. auch A 5.6).

5.6 Anklageanfechtung

- *Mit Beschwerde nach § 75 StPO kann gerügt werden, wegen Ungültigkeit des Strafbefehls sei der angerufene Einzelrichter nicht zuständig (Erw. 7a).*
- *Zweifel am Sachverhaltseingeständnis sind auszuräumen (Erw. 7b).*
- *Liegt kein Eingeständnis des Sachverhaltes vor, erweisen sich das Strafbefehlsverfahren und die Anklage an den Einzelrichter als unzulässig (Erw. 7c).*

A 5.7

Aus den Erwägungen:

7. (...). a) In der Beschwerde wird geltend gemacht, die Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls seien nicht vorhanden gewesen, da der Angeschuldigte den Sachverhalt nicht (vorbehaltlos) unterschriftlich eingestanden habe. Die Gültigkeit des Strafbefehls wirkt sich auf die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts aus: Bei erfolgter Einsprache auf einen Strafbefehl hin ist der Einzelrichter am jeweiligen Bezirksgericht in der Sache zuständig (§ 102 Abs. 4 StPO). Gesteht der Angeschuldigte den Sachverhalt nicht ein, ist Anklage beim Bezirksgericht zu erheben (§ 20 GO). Mittels der Beschwerde nach § 75 StPO kann deshalb gerügt werden, wegen Ungültigkeit des Strafbefehls sei die angerufene Gerichtsstanz sachlich nicht zuständig.

b) (...). Auf Grund dieser Vermerke und Anfügungen ist nicht auszuschliessen, dass der fremdsprachige Beschwerdeführer die Bedeutung des Dokumentes, eventuell auch einzelne Wörter, nicht genau verstanden hat oder dass er der Darstellung des Untersuchungsrichters nicht uneingeschränkt zustimmte. Es kann deshalb nicht von einem vorbehaltlosen Eingeständnis des Sachverhalts gemäss § 102 Abs. 1 StPO ausgegangen werden. Bevor der Untersuchungsrichter den Strafbefehl erliess, hätte er den Beschwerdeführer nach der Bedeutung seiner Anmerkungen befragen müssen, um Zweifel am Sachverhaltseingeständnis auszuräumen.

c) Ein Eingeständnis des Sachverhalts als Voraussetzung des Erlasses eines Strafbefehls kann unter diesen Umständen nicht angenommen werden, zumal der Beschwerdeführer nicht erst nach erfolgter Anklageerhebung, sondern bereits in seiner Einsprache gegen den Strafbefehl geltend machen liess, dass er den Sachverhalt nicht vorbehaltlos eingestanden hat. Infolge Unzulässigkeit des Strafbefehlverfahrens ist deshalb die Anklage vom 10. April 2006 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die sachliche Zuständigkeitsregelung ist zwingend zu beachten, auch wenn der Einzelrichter als Sachrichter nicht nur in der rechtlichen Prüfung, sondern auch in der Würdigung eines angeblichen Sachverhaltseingeständnisses frei wäre. (...).

(Beschluss vom 30. Juni 2006, RK2 2006 34; vgl. auch A 5.5).

5.7 Anklagerückweisung

- *Das Gericht hat den Angeklagten grundsätzlich freizusprechen oder zu verurteilen (Erw. 4.a).*

- *In casu keine prozessrechtlichen Ausnahmegründe, um von diesem Grundsatz abzuweichen (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

4. Nach Ansicht des Vorderrichters rechtfertigt die Zurückweisung der Anklage zur Ergänzung der Beweisführung, das durch die Anklage hängig gemachte Gerichtsverfahren am Geschäftsprotokoll abzuschreiben. (...).

a) Die Schwyzer Strafprozessordnung sieht, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend geltend macht und auch die Vorinstanz in ihren Gegenbemerkungen einräumt, die Möglichkeit, einen angeklagten Straffall am Protokoll abzuschreiben, nicht vor, auch nicht unter dem Vorbehalt, eine all-fällige erneute Anklage unter neuer Prozedur aufzunehmen. Das Gericht hat den Angeklagten grundsätzlich freizusprechen 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. Angesichts des Grundsatzes, dass wer vor Gericht gestellt wird, freigesprochen oder verurteilt werden muss, ist selbst diese Möglichkeit jedoch restriktiv auszulegen (RK2 2005 91 vom 29.9.2005, nicht in EGV-SZ 2005 A. Nr. 5.5 publizierte E. 2.b; EGV-SZ 1990 Nr. 50 mit Hinweisen). Um solche, eine Einstellung rechtfertigende prozessrechtliche Gründe geht es vorliegend indes nicht.

b) Der Gerichtspräsident ist ermächtigt, ein Verfahren abzuschreiben, wenn es durch Rückzug, Anerkennung, Vergleich oder aus anderen Gründen gegenstandslos geworden ist (§ 78 Abs. 3 GO). Gegenstandslos wird ein Verfahren, wenn im Nachhinein der Streitgegenstand entfällt. Solche Fälle sind grundsätzlich auch im Strafprozess denkbar (vgl. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N 1462), wenn die Anklage gegenstandslos wird, wobei offen bleiben kann, wann diesfalls eine Verfahrenseinstellung erfolgt (vgl. RK2 2004 135 vom 31.3.2005 E. 3). Anders als im Zivilprozess kann im Strafverfahren eine Anklage jedenfalls nicht durch Anerkennung oder Vergleich erledigt werden. Das Recht, die Anklage zurückzuziehen, steht dem Staatsanwalt bis zum Schluss des Beweisverfahrens zu (§ 93 Abs. 1 StPO). Um einen solchen Fall geht es vorliegend ebenso wenig wie um den Rückzug einer gegen einen Strafbefehl oder eine Strafverfügung erhobenen Einsprache, der auch bis zum Abschluss des Beweisverfahrens möglich wäre (§§ 102 Abs. 8 und 9 bzw. 112 Abs. 4 StPO) und die Anklage hinfällig machen würde. Es bleibt zu prüfen, ob § 79 StPO die Abschreibung bzw. An-

A 5.7

nahme der Gegenstandslosigkeit des durch die Anklage hängig gemachten Gerichtsverfahrens aus anderen Gründen rechtfertigt.
(...).

bb) Ob mit der Rückweisung der Anklage gestützt auf § 79 StPO das Verfahren beim Gericht hängig bleibt, ist dem Gesetz nicht ausdrücklich zu entnehmen. Zu Recht macht die Staatsanwaltschaft aber geltend, dass eine Abschreibung Sinn und Zweck von § 79 StPO widerspricht. Die Rückweisung im Sinne von § 79 Abs. 1 StPO ist eine prozessleitende Handlung, die der Gerichtspräsident während der Vorbereitung der Hauptverhandlung trifft, das Gerichtsverfahren aber nicht erledigt. Inwiefern sich die Abschreibungsverfügung auch auf § 149 StPO betreffend Beweisaufnahmen im Berufungsverfahren abstützen lassen soll, ist nicht ersichtlich.

Die Wirksamkeit der so genannten Rückweisung im Sinne § 79 StPO ist nicht mit derjenigen einer Rückweisung im Rechtsmittelverfahren zu vergleichen. Das Gerichtsverfahren bleibt bei derselben Instanz pendent, weil die Rückweisungsmöglichkeit mit einer Fristansetzung verknüpft ist, deren Versäumung durch die Anklagebehörde als Verzicht gewertet wird (§ 79 Abs. 3 StPO). Nach der Anklageerhebung ist und bleibt das Gericht für den Straffall funktionell zuständig. Die Abschreibungsverfügung unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung einer erneuten Anklage ließe die funktionelle Zuständigkeit dagegen an die Anklage- und Untersuchungsbehörden zurückfallen. Das würde voraussetzen, dass es § 79 StPO dem Gerichtspräsidenten erlaubte, den formellen, ihm die Verfahrensherrschaft einräumenden Anklageerhebungsakt aufzuheben, was nicht der Fall ist. Der tiefere Sinn dieser Regelung liegt vielmehr darin, dass die Ansicht des Strafrichters, die Anklage sei mangelhaft, aufgrund der im Anklagegrundsatz verankerten prinzipiellen Trennung zwischen dem Untersuchungs- und Anklageverfahren einerseits und dem Gerichtsverfahren andererseits für die Anklagebehörde nicht verbindlich ist. Nichts desto trotz sind die Anklage- und Untersuchungsbehörden nach § 79 StPO grundsätzlich verpflichtet, die Anklage im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten zu ändern bzw. die Untersuchung zu vervollständigen, wenn dies erforderlich erscheint.

Aus diesen Gründen kann die Rückweisung nach § 79 StPO keinen Grund für eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit im Sinne von § 78 Abs. 3 GO darstellen. Das Gerichtsverfahren, in welchem eine Anklage nach § 79 StPO zurückgewiesen wird, durch eine Abschreibungsverfügung zu erledigen, ist damit nicht zulässig. Das muss vorliegend umso mehr gelten, als der Vorderrichter nicht eigentlich eine Anklageergänzung oder –berichtigung, sondern eine Beweisergänzung verlangte,

welche das Bezirksamt aus rechtlichen Gründen im Strafpunkt als nicht erforderlich erachtet hat.

cc) Statistische Überlegungen schliesslich vermögen nicht vorgesehene, gegen die gesetzliche Zuständigkeitsordnung verstossende Entscheidungsformen nicht zu rechtfertigen (wobei eine ungleiche Handhabung durch die Bezirksgerichte auch statistisch unerwünscht ist). Immerhin erscheint das Anliegen der Vorinstanz nahe liegend, dass Säumnisse von Untersuchungsbehörden sich nicht negativ auf die Geschäftslast der Gerichte auswirken dürfen. Zu diesem Zweck sieht aber § 79 Abs. 1 [StPO] ausdrücklich eine Fristansetzung vor, die in casu unterblieben ist, was nachzuholen ist. Aus prozessökonomischen Gründen ist diese Frist direkt anzusetzen, wobei eine allenfalls notwendige Erstreckung im Ermessen der erstinstanzlichen Gerichtsleitung liegen wird. Will die Untersuchungsbehörde darauf verzichten (§ 79 Abs. 3 StPO), ist sie gehalten, dies dem Gericht zur Verfahrensbeschleunigung tunlichst ohne Verzug mitzuteilen. Offen bleibt dabei § 93 Abs. 4 StPO.

(Beschluss vom 11. Dezember 2006, RK2 2006 112).

5.8 Verfahrenseröffnungskosten

- Grundsätzlich keine definitive Auflage von Eröffnungskosten im Beschwerdeverfahren (Erw. 4).
- Entschädigungszusprechung an Geschädigte hängt vom Ausgang des Adhäsionsverfahrens ab (Erw. 5).

Aus den Erwägungen:

4. Wird ein Angeklagter verurteilt, werden ihm die Kosten auferlegt, wird er freigesprochen, trägt sie der Staat (§§ 50 Abs. 1 und 51 Abs. 1 StPO). Im Rechtsmittelverfahren werden die Kosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (§ 59 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 1 Abs. 2 StPO).

Vorliegend gilt es zu beachten, dass das Verhöramt zunächst die Nichteröffnung und erst die Vorinstanz auf Beschwerde des Strafklägers hin die Einleitung des Strafverfahrens verfügt hat; welchen Ausgang das Verfahren für die Beschwerdeführerin nehmen wird, ist noch offen. Es ist daher in aller Regel nicht angebracht, einen Angeschuldigten mit Kosten zu belasten, wenn eine Untersuchungseröffnung erst zweitinstanzlich angeordnet wird. Vielmehr erscheint es sachgerecht, solche Kosten entweder zu den Strafverfahrenskosten gemäss § 49 StPO zu schlagen oder,

A 5.8

wenn besondere Umstände dies rechtfertigen, sie auf die Staatskasse zu nehmen. Grundsätzlich haben Verfahrenseröffnungskosten somit der Hauptsache zu folgen, was dazu führt, dass sie erst im Falle eines Freispruches vom Staat übernommen werden (§ 51 Abs 1 StPO). Daran ändert nichts, dass Kosten von Beschwerdeverfahren, die sich gegen die Untersuchungsführung richten, jedenfalls im Abweisungsfall zumeist nach dem Verfahrensausgang verlegt werden.

5. Was die Parteikosten anbelangt, hat der Angeklagte einem Opfer oder Geschädigten solche auf Verlangen nur zu ersetzen, wenn der privatrechtliche Anspruch des Geschädigten oder des Opfers ganz oder teilweise gutgeheissen wird (§ 56 Abs. 1 StPO). Nach der schwyzerischen Strafprozessordnung wird dem Strafkkläger im Falle des Obsiegens mithin nicht bereits aufgrund des Umstandes, dass er als Strafkkläger auftritt, eine Entschädigung zugesprochen; die Parteientschädigung ist abhängig vom geltend gemachten privatrechtlichen Anspruch, den er als Geschädigter oder Opfer adhäsionsweise einbringen kann. Etwas anderes lässt sich § 56 StPO nicht entnehmen (vgl. auch KG 125/84 RK2 vom 11. Februar 1985 und KG 509/01 SK vom 15. Oktober 2002). So hat das Kantonsgericht im Jahre 1986 ausdrücklich festgehalten, dass ein Entscheid des Strafrichters über eine Entschädigung an die geschädigte Partei nur dann in Betracht falle, wenn der adhäsionsweise geltend gemachte privatrechtliche Anspruch ganz oder teilweise gutgeheissen werden könne (EGV-SZ 1986 Nr. 26 S. 27). Die Zusprechung einer Parteientschädigung hängt nach kantonalem Recht also nicht bloss davon ab, ob der Angeschuldigte verurteilt wird, sondern ist darüber hinaus vom prozessualen Erfolg des geltend gemachten Zivilanspruchs abhängig. Bleibt anzufügen, dass es sich bei § 56 Abs. 1 StPO um eine "Kann-Vorschrift" handelt, womit selbst dem Sachrichter ein Ermessensspielraum zusteht. Vorliegend hat der Beschwerdegegner – als obsiegende Partei im vorinstanzlichen Verfahren und als Geschädigter im Sinne von § 17b StPO – in seinem Strafantrag vom 21. Februar 2004 noch keine Zivilforderung geltend gemacht und insbesondere Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche nur vorbehalten. Eine Parteientschädigung zulasten der Angeschuldigten war daher aus vorinstanzlicher Sicht nicht zu sprechen.

(Beschluss vom 26. Juni 2006, RK2 2006 42).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Tilgung von Betreibungsschulden

- *Ausser im Fall von Verlustscheinen kann das Betreibungsamt ausseramtliche Zahlungen nicht überprüfen (Erw. lem. 3).*

in Erwägung:

- (...),
- dass ausseramtliche, d.h. nicht an das zuständige Betreibungsamt (Art. 12 SchKG) gerichtete Zahlungen nicht auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden können (SchKG-Emmel, Art. 12 N. 22; betreffend Zahlungen nach Verlustscheinausstellung vgl. hingegen Art. 149a Abs. 2 SchKG, BGE 117 III 3, BBl 1991 III 104 f. und SchKG-Huber, Art. 150 N. 6 mit Hinweisen), sondern hierfür die Aufhebungs- oder die Feststellungsklage nach Art. 85 f. SchKG zur Verfügung steht, wobei die Beschwerdeführerin die Tilgungseinrede vorliegend schon im Rechtsöffnungsverfahren hätte vorbringen können, wie die Vorinstanz im Übrigen zutreffend festhält, (...).
(Verfügung vom 18. September 2006, RK2 2006 77; auf eine Beschwerde ist das Bundesgericht am 30. November 2006 nicht eingetreten, BGer 7B.179/2006).

6.2 Rechtsvorschlag

- *Beurkundung des Rechtsvorschlags und Anfechtung (Erw. lem. 5 - 6).*

in Erwägung:

- (...),
- dass die gegen das Betreibungsamt gerichtete Rüge betreffend ungenügender Verurkundung des Rechtsvorschlags ohnehin nicht im Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 82 SchKG vorgetragen werden kann, ebenso wenig wie das tatsächliche Fehlen neuen Vermögens selbst (Art. 265a Abs. 1 SchKG),

A 6.3

- dass das Betreibungsamt durch beschwerdefähige Verfügung zu prüfen haben wird, ob ihm bezüglich Art des Rechtsvorschlages ein Irrtum in der Verurkundung unterlaufen ist, wie der Betreibungsschuldner geltend macht, und ob ein solcher gegebenenfalls noch berichtigt werden kann (unter Beachtung des Verfahrens nach Art. 265a Abs. 1 Satz 1 SchKG).
(Verfügung vom 17. Juli 2006, RK2 2006 60).

6.3 Rechtsöffnungskognition

- *Nichtigkeitsfälle, die der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu prüfen hat (Erw. 3.a).*
- *Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels in concreto aufgrund schwerwiegender Mängel im Einschätzungsverfahren (Erw. 3.c).*
- *Fehlen einer materiellrechtlichen Grundlage für die gewählte Einschätzungsmethode (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Rekurrentin bestreitet grundsätzlich nicht die Titelqualität der der Betreuung zugrunde liegenden Veranlagungsverfügung des Gemeinderates und macht auch nicht geltend, die veranlagten Kurtaxen seien inzwischen gestundet, getilgt oder verjährt (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sie wehrt sich wie bereits an der erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverhandlung gegen die Rechtsöffnung, weil der Veranlagungsbescheid nichtig und daher nicht vollstreckbar sei.

a) Der Rechtsöffnungsrichter hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die der betriebenen Forderung zugrunde liegende Verfügung nicht nichtig ist (Staelin, BSK, Art. 80 SchKG N 128 u.a. mit Hinweis auf EGV-SZ 1981 Nr. 32). Der Rechtssicherheit wegen ist ein mangelhafter Behördenentscheid in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar und entfaltet wie vorliegend mangels Anfechtung seine Rechtswirksamkeit. Von Nichtigkeit ist nur auszugehen, wenn der Mangel leicht erkennbar und derart gravierend ist, dass es dem Betroffenen nicht zuzumuten war, sich überhaupt dagegen zu wehren, oder wenn er gerade wegen des Mangels gar keine Gelegenheit dazu hatte (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 214; Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 306; Staelin, ebd.). In diesem Sinne liegt praxisgemäss bei sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit der verfügenden Behörde, aber auch bei schwerwiegenden Form- und Verfahrensfehlern Nichtigkeit vor. Gehörverletzungen sind an sich heilbar und führen in der Regel zur Anfecht-

barkeit des fehlerhaften Entscheides. Handelt es sich jedoch um einen besonders schwerwiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, so haben auch Verletzungen des Anspruches auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge (BGE 129 I 361 ff.), etwa dann, wenn ein Entscheid ergangen ist, ohne dem Betroffenen vor der Ausfällung oder wenigstens durch eine Rechtsmittelmöglichkeit Gelegenheit zu geben, sich rechtliches Gehör zu verschaffen (Stücheli, ebd.). In Ausnahmefällen können auch ausserordentlich schwerwiegende inhaltliche Mängel zur Nichtigkeit der Verfügung führen. Als nichtig wäre namentlich eine Verfügung anzusehen, die einen unmöglichen Inhalt hat und bei der die Fehlerhaftigkeit an ihr selbst zum Ausdruck kommt. Ferner wäre Nichtigkeit bei tatsächlicher Unmöglichkeit des Vollzugs sowie bei einer unklaren oder unbestimmten Verfügung gegeben (BGer 5P.178/2003 vom 2. Juni 2003 mit Hinweisen).

b) [Der Gemeinderat hat die auf einem Vergleich mit Belegungszahlen anderer Hotels beruhenden Kurtaxenschätzungen des Verkehrsvereins übernommen, die von der Rekurrentin effektiv bezahlten Kurtaxen davon in Abzug gebracht und 50% der Differenz veranlagt].

c) Dieses Vorgehen weist schwerwiegende Verfahrensmängel auf. Es widerspricht offensichtlich dem im Kurtaxenreglement festgelegten Einschätzungsverfahren (...) und verletzt den Anspruch des Steuerpflichtigen auf rechtliches Gehör (..).

aa) (...). Vorliegend kann zwar angenommen werden, dass der Verkehrsverein, nachdem die Rekurrentin den Aufforderungen und Mahnungen, den aufgrund der rein arithmetisch angestellten Kalkulationen des Verkehrsvereins geforderten Kurtaxenbetrag zu bezahlen, nicht nachgekommen war, zur Kontrolle der reglementarisch vorgesehenen Selbstveranlagung die vom Gemeinderat gewählte Kommission angerufen hat; denn ein Gemeinderat und zwei Mitglieder des Verkehrsvereins haben das Problem mit der Rekurrentin am 25. Oktober 2004 besprochen. Unregelmässigkeiten in der Selbstveranlagung der Rekurrentin sind gemäss dem Protokoll der Sitzung vom 25. Oktober 2004 jedoch nicht festgestellt worden, ja die Berechnungsgrundlagen der Selbstveranlagung sind von der Kommission nicht einmal kontrolliert, sondern nur vom Gemeinderatsmitglied einer Stichkontrolle mit unbekanntem Ergebnis unterzogen worden. Der Verkehrsverein hat eine Überprüfung der entsprechenden Berechnungsgrundlagen und allfällige Nachforderungen mit Schreiben vom 18. Januar 2005 an die Rekurrentin erst noch in Aussicht gestellt. Dass die Rekurrentin die Einsicht in die entsprechenden Geschäftsunterlagen verweigert hätte, wird zwar an der Rechtsöffnungs-

A 6.3

verhandlung behauptet, dass dem zuständigen Kontrollorgan, das reglementarisch zur Inanspruchnahme von polizeilicher Hilfe befugt wäre (Art. 5 KtR), die Durchführung einer Untersuchung tatsächlich verwehrt gewesen und deshalb eine ermessensweise Einschätzung notwendig geworden wäre, wird im Gemeinderatsbeschluss indes nicht zum Ausdruck gebracht. Hat aber die reglementarisch vorgesehene Untersuchung durch das zuständige, dreiköpfige (!) Kontrollorgan überhaupt nicht stattgefunden, lag noch gar kein Streitfall vor, den der Gemeinderat mit einer Veranlagungsverfügung zu erledigen ermächtigt war.

bb) Der Gemeinderat erliess den Veranlagungsbescheid, ohne die Rekurrentin über das Gesuch des Verkehrsvereins vom 11. März 2005 in Kenntnis zu setzen und dazu Stellung nehmen zu lassen, nach Anhörung eines Vorstandsmitgliedes des Vereins durch den Gemeindeschreiber sowie allenfalls nach Konsultation des aus seinen eigenen Reihen bestellten Mitgliedes der Kontrollkommission. Dadurch hat er das Recht der Rekurrentin auf kontradiktorische Teilnahme am Veranlagungsverfahren, namentlich deren Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. dazu Blumenstein/Locher, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 401), verletzt. (...).

d) Schon aufgrund dieser schwerwiegenden Verfahrensmängel erweist sich der Gemeinderatsbeschluss als nichtig.

Abgesehen davon trifft es in materieller Hinsicht offensichtlich zu, dass eine direkte Ermessensveranlagung ohne Kontrollverfahren keine Grundlage im Kurtaxenreglement hat. Das Reglement sieht sie so nicht vor. Nach dem Gesagten sowie dem Umstand, dass die Kurtaxen nicht aufgrund einer Steuererklärung bemessen, sondern in Selbstveranlagung erhoben werden, fehlt es an den Voraussetzungen für eine § 149 Abs. 2 StG analoge Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen. Es ist unhaltbar, eine nicht konkret durch die reglementarisch vorgeschriebene Untersuchung der Kommission, sondern bloss durch Vergleichszahlen anderer Betriebe ähnlicher Grössenordnung belegte Mutmassung unrichtiger Selbstveranlagung in impliziter Beweislastumkehr als Deklarationsversäumung zu deuten und der Rekurrentin anzulasten. Damit wird nicht nur das Reglement verletzt, sondern der Rekurrentin ein gesetzeswidriges Verhalten (Nichteinreichung der „Steuererklärung“) vorgehalten, zu welchem sie durch das Reglement gar nicht verpflichtet ist. Daran ändert nichts, dass dieses Vorgehen, ohne dies näher auszuführen, mit unvollständigen oder unglaublichen Angaben über die abgabepflichtigen Beherbergungen gerechtfertigt werden soll; denn gerade für diesen Fall sieht das Reglement eine Untersuchung der Kommission vor, welche nicht durch irgendwelche Vergleiche mit Beherbergungen anderer steu-

erpflichtiger Betriebe ersetzt werden kann. Sollte die Kommission entgegen dem, was aus den Akten ersichtlich ist, die Selbstveranlagung kontrolliert haben, rechtfertigt der Gemeinderat die Ermessenstaxation jedenfalls nicht mit dabei aufgedeckten Fehlern und Unzuverlässigkeiten der verfügbaren Berechnungsgrundlagen, die eine einwandfreie Ermittlung der Steuerfaktoren (Beherbergungen) verhinderten. Da der Gemeinderatsbeschluss vom 5. April 2005, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht nur mit diesen inhaltlichen Mängeln behaftet, sondern wie gesagt auch mit schwerwiegenden Verfahrensfehlern verbunden ist, ist er als unwirksam und nicht vollstreckbar anzusehen.

(Beschluss vom 11. Dezember 2006, RK2 2006 103).

6.4 Kleines Rechtsöffnungsverfahren

- *Unabdingbare Fristansetzung nach Art. 79 Abs. 2 SchKG, wenn eine Krankenkasse ausserhalb der Kantons mit der Verfügung über die Zahlungspflicht den Rechtsvorschlag beseitigt (Erw. 3.a).*
- *Nichtigkeitsfolge, wenn das sog. kleine Rechtsöffnungsverfahren nicht durchgeführt wurde (Erw. 3.b-c).*

Aus den Erwägungen:

3. (...). a) Die mit der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts 1997 ins Gesetz aufgenommene, auf das Kreisschreiben Nr. 26 des Bundesgerichts aus dem Jahre 1910 (BBI 1911 IV S. 48 f.) zurückgehende Verfahrensvorschrift [Art. 79 Abs. 2 SchKG] soll dem Schuldner die Einwendungen von Art. 81 Abs. 2 SchKG, er sei nicht richtig vorgeladen worden oder gesetzlich vertreten gewesen, ermöglichen. Diese Vorschrift will mithin sicherstellen, dass vor einer Vollstreckung die Einhaltung elementarer Parteirechte im ausserkantonalen Anerkennungsverfahren überprüft wird. Die Unterlassung der insofern im öffentlichen Interesse liegenden Fristansetzung nach Art. 79 Abs. 2 SchKG hat Nichtigkeit zur Folge (vgl. BGE 73 I 356 und 32 I 196), weil sonst dem Schuldner die gesetzliche Möglichkeit des quasi nachträglichen Rechtsvorschlages genommen würde.

b) Konkret ist nicht ersichtlich, dass dem Schuldner unabhängig von einer Fristansetzung durch das Betreibungsamt bekannt war, Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG erheben zu können. Deshalb darf ihm nicht angelastet werden, die betreibungsamtliche Unterlassung nicht mit Beschwerde gegen die Konkursandrohung angefochten zu haben, mit der

A 6.5

Folge, dass diese beim Entscheid über die Konkursöffnung nicht mehr beachtlich wäre (so Staehelin, BSK, Erg.Bd., Art. 79 ad N 40 ff. mit Hinweis auf OGer AG, BISchK 2000, 187 f., wonach der Schuldner im Zeitpunkt der Konkursandrohung aber im Unterschied zum vorliegenden Fall tatsächliche Kenntnis von der Unterlassung der Fristansetzung hatte).

c) Von der Unwirksamkeit der Konkursandrohung ist schliesslich unabhängig davon auszugehen, ob der Schuldner in der Sache eine begründete Einwendung überhaupt vorzubringen vermöchte. Das Betreibungsamt entscheidet einzig darüber, ob die Äusserung des Schuldners formell als Einwendung im Sinne von Art. 81 Abs. 2 SchKG zulässig, nicht aber, ob sie materiell begründet ist. Dieser Entscheid obliegt auf Verlangen des Gläubigers dem Rechtsöffnungsrichter am Betreibungsort (Art. 79 Abs. 2 SchKG; BGE 128 III 249; Pra 2003 Nr. 31). (...).

(Beschluss vom 20. Dezember 2006, RK2 2006 123).

6.5 Verlustschein

- *Rechtsgültigkeit der Zustellung einer Betreibungsurkunde an ein aus dem Verwaltungsrat ausgeschiedenes, im Handelsregister aber noch eingetragenes Mitglied.*

Aus den Erwägungen:

8. Die Rechtmässigkeit des Verlustscheins bildet nach dem Gesagten nicht Beschwerdegegenstand. Dennoch ist hierzu was folgt auszuführen: Unabhängig von der Frage, welche der beiden angegangenen Aufsichtsbehörden (Aufsichtsbehörde am Betreibungsort oder Aufsichtsbehörde des die Zustellung vollziehenden Amtes) zuständig war, die Zustellungsakte zu prüfen, ist nach Auffassung des Kantonsgerichts die Rechtslage eindeutig. Die Zustellung einer Betreibungsurkunde an ein aus dem Verwaltungsrat ausgeschiedenes, aber im Handelsregister noch eingetragenes Mitglied ist rechtsgültig, auch wenn die Demission dem Betreibungsamt bekannt gegeben wurde. Das Betreibungsamt nämlich gilt nicht als eine am Privatrechtsverkehr teilnehmende Drittperson im Sinne von Art. 933 Abs. 2 OR (BGE 59 III 178 ff., ZR 72/1973 Nr. 61 sowie P. Angst, BS-Kommentar, N 6 zu Art. 65 SchKG). (...).

(Beschluss vom 10. Juli 2006, RK2 2006 41; auf eine Beschwerde ist das Bundesgericht am 25. September 2006 nicht eingetreten, BGer 7B.137/2006).

6.6 Neues Vermögen

- *Parteirollen und Kostenvorschusspflicht (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. In der Sache kann beigefügt werden, dass es im Bewilligungsprozess nach Art. 265a Abs. 1 SchKG zutreffend erscheint, den Schuldner als Kläger und damit als vorschusspflichtige Partei im Sinne von Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG anzusehen (vgl. Verfügung RK2 2005 90 vom 15. November 2005; a.M. SchKG-Huber, N. 21 zu Art. 265a). Ob diesfalls allerdings auch der Gläubiger als Beklagter zum Vorschuss angehalten werden kann, erscheint zweifelhaft, braucht hier aber nicht entschieden zu werden. Nach dem Gesagten ergibt sich unabhängig von der unzureichenden Anfechtung, dass die Vorinstanz durch die Vorschussaufgabe dem Beschwerdeführer gegenüber keine Nichtigkeitsgründe gesetzt und insbesondere kein klares Recht im Sinne von § 213 Ziff. 3 ZPO verletzt hat. Von einer Einladung zur Verbesserung der Rechtschrift innert noch laufender Frist konnte deshalb abgesehen werden, unabhängig davon, dass die Eingabe offensichtlich nicht von einer rechtsunkundigen Person abgefasst wurde.

(Verfügung vom 14. März 2006, RK2 2006 15).

6.7 Richtlinien zum betreibungsrechtlichen Existenzminimum

- *Änderung der Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 7. Dezember 2006.*

Erwägungen:

1. Das Kantonsgericht hat mit Beschluss vom 9. Januar 2001 letztmals die Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums erlassen (KG 1/01 RK 2; EGV 2000 Nr. 40). Dabei hat es im Unterschied zum Vorschlag der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz den monatlichen Grundbetrag für ein Ehepaar oder zwei andere, eine dauernde Hausgemeinschaft bildende erwachsene Personen auf Fr. 1'900.00 (statt Fr. 1'550.00) festgesetzt. Eine Änderung der Ansätze ist erst bei Überschreitung eines Indexstandes (ohne Teilfaktoren Miete, Heizöl und Fernwärme) von 110 Punkten (Basis Mai

A 6.7

2000 = 100 Punkte) vorgesehen, was derzeit noch nicht der Fall ist (vgl. Gesamtindexstand von 105.9 Punkten Ende November 2006, Basis Mai 2000).

2. Die Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz schlägt vor, im Hinblick auf das Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare per 1. Januar 2007 (PartG; SR 211.231) Ziffer IV./1. der Sonderbestimmungen über das dem Schuldner anrechenbare Einkommen entsprechend wie folgt anzupassen (vorgeschlagene Ergänzung in Kursivschrift):

1. Beiträge gemäss Art. 163 ZGB

Verfügt der Ehegatte *oder der eingetragene Partner* des Schuldners über ein eigenes Einkommen, so ist das gemeinsame Existenzminimum von beiden Ehegatten *oder eingetragenen Partnern* (ohne Beiträge gemäss Art. 164 ZGB) im Verhältnis ihrer Nettoeinkommen zu tragen. Entsprechend verringert sich das dem Schuldner anrechenbare Existenzminimum (BGE 114 III 12 ff.).

3. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Partnerschaftsgesetzes ist Ziffer IV./1. der Richtlinien entsprechend anzupassen. Ergänzend zum Vorschlag der Konferenz ist in der Überschrift auch die Gesetzesbestimmung, auf der die Unterhaltspflicht eingetragener Partner basiert, anzufügen (Art. 13 Abs. 1 PartG). Bei eingetragener Partnerschaft ist demgemäss wie bei einem Ehepaar vom gemeinsamen Existenzminimum von Fr. 1'900.00 auszugehen, welches von den Partnern im Verhältnis ihrer Nettoeinkommen zu tragen ist.

4. Erstmals in den letzten, am 24. November 2000 von der Konferenz vorgeschlagenen Richtlinien war eine Regelung für dauernde Hausgemeinschaften (insb. Konkubinate) enthalten (Ziff. I./3.; vgl. hierzu Bühler, Aktuelle Probleme bei der Existenzminimumberechnung, SJZ 100/2004 25 ff.), die je nach besonderen Verhältnissen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen konnte. Einem in einer festen Gemeinschaft (Konkubinats) lebenden Schuldner wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts mindestens der hälftige Anteil am gemeinsamen Grundnotbedarf (und an der Miete) angerechnet (BGE 128 III 159, vollständig publ. in BISchKG 2002 126 ff. mit Anmerkung; BGE 109 III 101; SchKG-Staehelin, Erg.Bd., ad N 24 zu Art. 93 SchKG). Dabei ist die Regelanrechnung eines bloss hälftigen Grundbetrags für Gemeinschaften bei besonderen Verhältnissen nicht sachgerecht, namentlich wenn der andere Konkubinatspartner nicht erwerbstätig ist oder gar für (gemeinsame oder nicht gemeinsame) Kinder sorgt (vgl. SJZ a.a.O. 27); umge-

kehrt ist auch dafür zu sorgen, dass ein noch getrennt lebender Ehegatte nicht durch ein Konkubinatsverhältnis im Unterhalt benachteiligt wird. Zur Klarstellung ist deshalb zu Ziffer I/3 ein präzisierender Aufteilungsvorbehalt (für Grundbetrag und weitere Haushaltskosten) in die Richtlinien aufzunehmen, wobei stets den konkreten Umständen Rechnung zu tragen ist. Gestützt auf Ziffer VII. der Richtlinien sind ohnehin Abweichungen geboten, die im Einzelfall als angemessen erscheinen.

Beschluss:

Mit Wirkung ab 1. Januar 2007 werden die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 1. März 2001 in nachstehenden Ziffern wie folgt geändert:

I./3. für ein Ehepaar; für zwei eine dauernde Hausgemeinschaft bildende Personen vorbehaltlich besonderer Haushaltskostenaufteilung

IV./1. Beiträge gemäss Art. 163 ZGB und Art. 12 PartG

Verfügt der Ehegatte oder der eingetragene Partner des Schuldners über ein eigenes Einkommen, so ist das gemeinsame Existenzminimum von beiden Ehegatten oder eingetragenen Partnern (ohne Beiträge gemäss Art. 164 ZGB) im Verhältnis ihrer Nettoeinkommen zu tragen. Entsprechend verringert sich das dem Schuldner anrechenbare Existenzminimum (BGE 114 III 12 ff.).

(Beschluss vom 29. Dezember 2006, RK2 2006 127; vgl. zuvor EGV 2000 Nr. 40).

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Titelführung als Notar

- *Die Titelführung „Notar“ und „Notarstellvertreter“ ist gewählten Notaren bzw. Notarstellvertretern nur im Rahmen ihrer amtlichen Funktion gestattet. Ausgenommen bleibt die Titelführung durch vormalige Notare im ausschliesslich privaten Gebrauch oder für nebenamtliche Grundbuchgeschäfte.*

A 7.1

- *Freiberuflich tätige Urkundspersonen können der deutschen Bezeichnung „Urkundsperson“ die Übersetzung in der entsprechenden Fremdsprache beifügen (Erw. 4 in fine).*
- *Übergangsfrist (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

1. Nach Einführung des sog. kleinen Notariates (Revision des EGzZGB vom 26. Oktober 1994, in Kraft ab 1. Januar 1996; SRSZ 210.100) sind in Einzelfällen Unsicherheiten über die Titelführung „Notar“ aufgetreten. Zur Unsicherheit beigetragen hat, dass im Rahmen der erwähnten Revision neben dem Notar und der beim Kantonsgericht registrierten Urkundsperson neu der Begriff „Amtsnotar“ erwähnt wurde (§ 10 lit. a EGzZGB sowie §§ 2 und 17 der Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung vom 24. Mai 2000, SRSZ 210.210). Dazu kommt, dass in den letzten Jahren schwyzerische Rechtsanwälte und Urkundspersonen ihre Berufsbezeichnung im Geschäftsverkehr vermehrt in mehreren Sprachen aufführen und sich mangels differenzierten Übersetzungsmöglichkeiten als „Notary public“ (englisch), „Notaire“ (französisch) oder „Notaio“ (italienisch) bezeichnen.

2. Das Kantonsgericht ist befugt, im Falle unrechtmässiger Titelführung aufgrund seiner Aufsichtsbefugnisse über Urkundspersonen und Notare (vgl. § 13 Abs. 1 und § 86 Abs. 1 EGzZGB) einzuschreiten, ohne dass die Frage der Titelführung unter strafrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten im Detail geprüft werden muss (vgl. dazu immerhin § 25 Abs. 2 KStR, SRSZ 220.100 und Art. 3 lit. c UWG). Die Ernennung zur Urkundsperson ist rechtlich nämlich als Verleihung öffentlichrechtlicher, kantonaler Amtsgewalt zu qualifizieren, was gleichzeitig bedeutet, dass die Urkundsperson (als Notar oder Urkundsperson i.e.S.) in einer Pflichtenstellung gegenüber dem Staat steht. Die Beurkundungsbefugnis hat den Charakter einer hoheitlichen Funktion. Es handelt sich nicht um eine gewerbepolizeiliche Bewilligung zu einem freien Beruf. Die Urkundsperson kann sich deshalb nicht (auch nicht im Zusammenhang mit der Titelführung) auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz 181, 485 f., 3554 und 3470).

3. (...).

4. Mit der heutigen gesetzlichen Regelung lässt sich jedoch trotz Fehlens einer eindeutigen Legaldefinition nicht vereinbaren, wenn sich frei-

beruflich tätige Urkundspersonen gemäss § 10 lit. b EGzZGB, sei es als Inhaber des schwyzerischen Rechtsanwaltpatentes oder als Inhaber des Fähigkeitsausweises für Notare (vgl. § 82 Abs. 1 und 2 EGzZGB sowie Prüfungsregelement für Notare vom 29. Oktober 1980; SRSZ 213.511), im Geschäftsverkehr als „Notar“ bezeichnen (in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die gewählten Notare über die Beurkundungstätigkeit hinaus zahlreiche weitere hoheitliche Funktionen ausüben; sie sind gleichzeitig Grundbuchführer und Konkursverwalter und in weiteren Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig; vgl. § 42 ff. EGzZGB, § 8 f. VVzOR). Ebenso ist ausgehend von der heutigen gesetzlichen Regelung aus Rechtssicherheitsgründen und wettbewerbsrechtlichen Überlegungen geboten, dass ein amtlicher Notar (oder ein Notarstellvertreter), der auch als Rechtsanwalt tätig ist, im freiberuflichen Verkehr als Anwalt nicht gleichzeitig den Titel „Notar“ verwendet. In der Öffentlichkeit kann namentlich ein falscher oder zumindest täuschender Eindruck erweckt werden, wenn ein gewählter Notar in einem anderen Notariatskreis als freiberuflicher Rechtsanwalt auftritt und sich dort als „Rechtsanwalt und Notar“ bezeichnet. Erforderlich ist eine klare Kennzeichnung der jeweiligen Funktion, die der Urkundsperson obliegt. Die amtliche Tätigkeit als Notar einerseits und die freierwerbliche Tätigkeit als Rechtsanwalt (und Urkundsperson) andererseits sind klar voneinander zu trennen. Der Titel „Notar“ bzw. „Notarstellvertreter“ muss deshalb unter den jetzigen gesetzlichen Vorgaben für den vom jeweiligen Bezirksrat eingesetzten, amtlichen Notar und dessen Stellvertreter im Rahmen ihrer amtlichen Funktion vorbehalten bleiben. Ausgenommen bleibt die Titelverwendung ehemaliger Notare im ausschliesslich privaten Gebrauch oder im Rahmen von nebenamtlichen Grundbuchtätigkeiten (wie der Grundbuchbereinigung).

Mangels Übersetzungsmöglichkeit der Bezeichnung „Urkundsperson“ (namentlich ins Englische, Französische und Italienische) ist jedoch nichts dagegen einzuwenden, wenn eine freiberufliche Urkundsperson im Geschäftsverkehr die jeweilige fremdsprachige Übersetzung von „Notar“ verwendet, zumal eine unzulässige Präntion eines Titels aufgrund der gleichzeitig zu verwendenden deutschsprachigen Bezeichnung „Urkundsperson“ (auf Geschäftspapier, Stempel etc.) vermieden wird.

5. Urkundspersonen gemäss § 10 lit. b EGzZGB gegenüber, die sich im Geschäftsverkehr (beispielsweise aufgrund ihrer früheren Tätigkeit) aufgrund einer längeren Praxis als „Notar“ bezeichnen, wird bei einer Weiterführung des Titels im Geschäftsverkehr (Geschäftspapier, Stempel etc.) allerdings während einer Übergangsfrist bis Ende 2008 aufsichtsrechtlich nicht einzuschreiten sein. Dasselbe gilt für Notare und Notarstellvertreter, die neben ihrer Amtstätigkeit als freiberufliche Rechtsan-

A 7.1

wälte tätig sind und die Bezeichnung „Rechtsanwalt und Notar“ praktiziert haben, wobei Notarstellvertreter allerdings stets auf die stellvertretende Funktion hinweisen müssen. (...).

(Beschluss vom 31. August 2006, PR 05 6).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Ausstand

- *Ausstandsbegehren gegen Gesamtgemeinderat abgelehnt (§ 52 ff. GO, SRSZ 231.110).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Beschwerdeführer verlangen den Ausstand des gesamten Gemeinderates, weil dieser befangen sei. Sie machen dabei keinen bestimmten Ausschluss- oder Ablehnungstatbestand geltend, meinen aber sinngemäss wohl § 53 lit. d GO (andere Umstände, die jemanden als befangen erscheinen lassen). Sie argumentieren im Wesentlichen mit einem amtlichen in der Lokalpresse publizierten Bericht vom 25. November 2005, welcher (sinngemäss) die Voreingenommenheit des Gemeinderates erkennen lasse, zudem mit der Nichtbeachtung der Argumente der Einsprecher sowie mit dem Dulden der rechtswidrigen Betriebsöffnung an Sonn- und Feiertagen. In Kenntnis der fehlenden Betriebsbewilligung habe der Gemeinderat das rechtswidrige Vorgehen des Gemeindepräsidenten und dessen Sohnes toleriert. Diese Vorgeschichte mache deutlich, dass der gesamte Gemeinderat in dieser Angelegenheit befangen und nicht in der Lage sei, einen objektiven Beschluss zu treffen. Zumindest treffe dies auf den Vorsteher des Ressorts Bau zu, der als Verantwortlicher nichts unternommen habe.

Vorab ist festzuhalten, dass der Gemeindepräsident beim hier zu beurteilenden Verfahren unbestrittenermassen im Ausstand war. Wenn nun ein Behördemitglied Parteistellung einnimmt, sind deswegen die anderen Mitglieder grundsätzlich nicht befangen.

Alsdann gilt zu beachten,

- dass die Ablehnung gegen den gesamten Gemeinderat bzw. einzelne Gemeinderäte umgehend hätte beantragt werden müssen, nachdem der amtliche Bericht publiziert und die Nichtbeachtung der fehlenden Betriebsbewilligung erkennbar wurde. Die Ablehnung wirkt nämlich erst von der Stellung des Begehrens an (§ 59 Abs. 1 GO), sofern der Ablehnungsanspruch durch Untätigbleiben oder Einlassung in das Ver-

B 1.3

fahren nicht sogar verwirkt worden ist (VGE 1020/06 v. 24. Mai 2006, Erw. 5.1; BGE 126 III 254 Erw. 3c, 4);

- und dass unbesehen davon nicht leichthin gesamte kommunale Behörden oder einzelne Behördemitglieder, die sich mit einer Sache schon befasst haben und dabei allenfalls fehlerhaft vorgegangen sind, deswegen in den Ausstand geschickt werden können. Wenn dies schon auf Gerichtsstufe in der Regel keinen Ablehnungsgrund darstellt (Hauser/Schweri, GVG, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N 40 ff. zu § 96), so muss dies umso mehr bei der kommunalen Exekutive gelten, andernfalls das Milizsystem in seiner Effizienz und in seinem Geschäftsgang stark beeinträchtigt würde (Hauser/Schweri, a.a.O., N 31 zu § 96). Vielmehr ist in solchen Situationen mittels Anordnungen im Beschwerdeverfahren und/oder aufsichtsrechtlich dafür zu sorgen, dass die Verfahren formell und materiell richtig durchgeführt werden (...).

In casu ist mithin nicht von einer Verletzung der Ausstandsvorschriften auszugehen. ...

(VGE 1030/06 vom 28. Juni 2006).

1.2 Ausstand

- *Ausstandsregeln und Vorbefassung im öffentlichen Beschaffungsrecht (siehe EGV-SZ 2006, B 11.2).*

1.3 Ausstand

- *Der Ausschlussgrund gemäss § 52 Abs.1 lit. d GO (Gerichtsordnung, SRSZ 231.110) findet für ein nicht devolutives Rechtsmittel, wie es in casu die Einsprache im Sinne von § 47 Abs.2 GOG (Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke, SRSZ 142.100) darstellt, keine Anwendung.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Am Schluss der Beschwerde wird bemängelt, dass die Verfügung des Ressorts Infrastruktur durch die Bezirksrätin ... unterzeichnet worden sei, welche ebenfalls beim angefochtenen Bezirksratsbeschluss mitgewirkt habe; ob dies im Beschwerdeverfahren zulässig sei, bleibe zu prüfen.

Mit diesen Ausführungen spricht der Beschwerdeführer folgende Regelung in der Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110) an, welche grundsätzlich gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den selbständigen Rekursbehörden gilt. Nach § 52 Abs. 1 lit. d GO hat ein Behördenmitglied namentlich dann in den Ausstand zu treten, wenn es in der Sache an einem Entscheid unterer Instanzen mitgewirkt oder als Schiedsrichter teilgenommen hat, sowie wenn es als Bevollmächtigter gehandelt oder zu gerichtlichen Handlungen Auftrag gegeben hat (vgl. auch VGE 1058/03 vom 18. Dezember 2003, Erw. 2, Prot. S. 1828 mit Verweis auf EGV-SZ 1979, S. 3 ff.).

1.2 Art. 28 des kommunalen Kanalisationsreglements (KR) bestimmt, dass gegen die an eine behördliche Kommission delegierten Verfügungen innert 20 Tagen ab Zustellung beim Bezirksrat Beschwerde erhoben werden kann. Gegen bezirksrätliche Beschwerdeentscheide kann innert 20 Tagen beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben werden. Gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 2 KR kann der Bezirksrat die Vorbereitung und den Vollzug der Geschäfte (im Abwasserbereich) und die Überwachung der Anlagen einer behördlichen Kommission delegieren und zur Begutachtung Fachleute beziehen. Gestützt auf diese Delegationskompetenz hat der Bezirksrat mit Beschluss Nr. 428 vom 4. Juli 2002 u.a. folgende Regelung genehmigt und rückwirkend mit der Neukonstituierung des Bezirkrates per 18. April 2002 in Kraft gesetzt:

„2. Die durch das Tiefbauamt vorbereiteten und bisher in der Baubehörde verabschiedeten Geschäfte sind inskünftig durch die Infrastrukturkommission zu entscheiden oder dem Bezirksrat als Antrag zum abschliessenden Entscheid zu unterbreiten. Die nachfolgenden Geschäfte sind davon betroffen:

a. Art. 16, Art. 17 Abs. 4 und Abs. 9 KR

(...)

b. Art. 22-24 KR

Verfügung des Erschliessungsbeitrages für neueingezonte Landflächen sowie überbaute Landflächen ausserhalb der Bauzone, die in den Kanalisationsanschlussbereich fallen;

Die definitive Verfügung der Anschlussgebühr von angeschlossenen Neu- oder Altbauten sofern diese nicht bereits in einem Baubewilligungsverfahren erfasst werden.

(...)“

1.3 Im kantonalen Recht äussert sich das Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG, SRSZ 152.100) zur Frage einer Beschwerde bzw. einer Einsprache auf Gemeindeebene wie folgt: Nach § 97 Abs. 1 GOG können - soweit Verfassung, Gesetz oder Verordnung nichts

B 1.3

anderes vorschreiben - Beschlüsse und Verfügungen von Kommissionen und Beamten der Gemeinde beim Gemeinderat als erster Beschwerdeinstanz und sämtliche Beschlüsse des Gemeinderates beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss § 47 Abs. 2 GOG kann Verfügungen in einer Vielzahl gleichartiger Fälle der Gemeinderat oder in seinem Auftrag eine Kommission erlassen. Dagegen kann Einsprache beim Gemeinderat erhoben werden.

1.4 Ein wichtiger Aspekt für die Abgrenzung zwischen Einsprache und Beschwerde bildet der so genannte Devolutiveffekt. Der Devolutiveffekt eines Rechtsmittels bewirkt, dass die Streitsache an die Rechtsmittelinstanz übergeht. Mit der Einlegung eines devolutiven Rechtsmittels geht die Streitsache an die funktionell übergeordnete Rechtsmittelinstanz über; die obere Instanz wird damit zuständig, sich mit der Angelegenheit zu befassen, derweil auf der anderen Seite die Vorinstanz mit der Überwälzung der Zuständigkeit die Befugnis verliert, sich der Sache als Rechtspflegeinstanz anzunehmen, beispielsweise ihren Entscheid unter Mitberücksichtigung der Rechtsmittelvorbringen zu ändern (vgl. VGE 359/94 vom 30. Mai 1995 i.Sa. C., Erw. 1c, Prot. S. 241; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Rz. 398; Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, S. 366; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., S. 189; Josef Hensler, *Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz*, S. 145; Arnold Marti, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen*, S. 201; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Art. 60, Rz. 7 f.).

Bei nichtdevolutiven Rechtsmitteln wie beispielsweise der Einsprache ist diejenige Instanz, von der die Verfügung ausgegangen ist, zugleich Rechtsmittel- bzw. Einspracheinstanz (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. A., Vorbem. zu §§ 19-28, Rz. 9). Anzuführen ist, dass die Terminologie hinsichtlich Rechtsmittel und Einsprache nicht einheitlich ist. Während im vorerwähnten Zürcher Kommentar die Einsprache als Rechtsmittel im verwaltungsinternen Verfahren bezeichnet wird (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., Vorbem. zu §§ 19-28, Rz. 6), zählt die schwyzerische VRP in § 35 die Einsprache nicht zu den Rechtsmitteln im engeren Sinne, sondern umschreibt sie in § 64 VRP als in einem Rechtssatz vorgesehener Behelf. Nach § 66 VRP gilt, dass - soweit der die Einsprache vorsehende Erlass keine abweichende Regelung trifft - die §§ 9 bis 43 VRP sinngemäss auch für die Einsprache anwendbar sind. Zu diesen Bestimmungen gehören auch die allgemeinen Vorschriften von § 35 VRP bis § 43 VRP, welche im Abschnitt "III. Rechtsmittel-

verfahren" enthalten sind. Mithin lehnt sich die in der VRP umschriebene Einsprache inhaltlich an die Rechtsmittel an. In der Folge ist davon auszugehen, dass zumindest die in § 64 lit. c VRP enthaltene Einsprache(möglichkeit) gegen eine erlassene Verfügung zum Zwecke der Wiederprüfung den Charakter eines nichtdevolutiven Rechtsmittels aufweist.

In der sozialversicherungsrechtlichen Praxis hat sich teilweise eingebürgert, dass für die Behandlung von Einsprachen eigene versicherungsinterne Stellen geschaffen werden, wobei diese nicht nur hierarchisch, sondern auch örtlich von der verfügenden Stelle getrennt sind. Damit wird eine für das Einspracheverfahren untypische Zuständigkeitsordnung geschaffen; die Einsprache soll es nämlich der verfügenden Stelle selbst erlauben, den von ihr gefällten Entscheid erneut zu überprüfen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 52, Rz. 8, 2. Abs.). Ungeachtet einer solchen allfälligen organisatorischen Trennung zwischen verfügender Stelle einerseits und der Stelle andererseits, welche die Einsprache behandelt (eine solche Trennung ist wie erwähnt v.a. im Sozialversicherungsrecht anzutreffen), geht es grundsätzlich immer noch um die gleiche Instanz, welche lediglich organisatorisch in verschiedene Einheiten gegliedert ist (vgl. auch EVGE U 318/05 vom 20. Januar 2006, Erw. 1.1).

Bezogen auf den konkreten Fall ist festzuhalten, dass Verfügungen über Kanalisationsanschlussgebühren im Sinne von Art. 24 KR grundsätzlich zu denjenigen gehören, welche "in einer Vielzahl gleichartiger Fälle" anfallen und dementsprechend gestützt auf § 47 Abs. 2 GOG vom Gemeinderat oder in seinem Auftrag von einer Kommission erlassen werden können, wobei im letzteren Fall Einsprache beim Gemeinderat erhoben werden kann. Mit anderen Worten bezieht sich § 47 Abs. 2 GOG namentlich auch auf Verfügungen im Bereich der Kausalabgaben. Indem § 47 Abs. 2 GOG die Einsprachemöglichkeit (anstelle einer Beschwerdemöglichkeit) vorsieht, hat der kantonale Gesetzgeber konkludent zum Ausdruck gebracht, dass die gleiche Stelle oder einzelne Personen hievon, welche die Verfügung erlassen, im Falle der Anfechtung dieser Verfügung beim Gemeinderat an der Überprüfung der angefochtenen Verfügung mitwirken können. Für ein Mitwirken der verfügenden Stelle (bzw. einzelner Personen hievon) bei der erstmaligen Überprüfung der angefochtenen Verfügung spricht aber namentlich auch die Fachkompetenz und Erfahrung, welche dieser Stelle (bzw. Person) durch eine Vielzahl solcher Geschäfte zukommt, wobei ohne weiteres einleuchtet, dass ein Gemeinderat im Milizsystem auf eine solche Fachkompetenz der mit der Grundaufgabe betrauten Stelle angewiesen ist.

Im Einklang mit dem Gesagten steht auch, dass in § 64 lit. c VRP die Einsprache als Behelf umschrieben wird, mit welchem der Einsprecher Einwendungen erhebt "gegen eine erlassene Verfügung zum Zwecke der

B 1.3

Wiederprüfung". Eine solche Wiederprüfung schliesst es wesensgemäss mit ein, dass die verfügende Stelle bei der Überprüfung der angefochtenen Verfügung federführend mitwirken kann. Konkret wird es sich angesichts der konkreten Strukturen der schwyzerischen Gemeinden so verhalten, dass die Instruktion und Vorbereitung für den vom Gemeinderat zu treffenden Einspracheentscheid massgeblich durch die mit Fachwissen ausgestattete Stelle erfolgt, welche bereits für die erste Verfügung verantwortlich war.

Demgegenüber ist die mit devolutivem Charakter ausgestattete Beschwerde dadurch gekennzeichnet, dass die Instruktion und Vorbereitung des Beschwerdeentscheides nicht durch die verfügende Stelle, sondern durch eine von ihr unabhängige Stelle erfolgt. Eine solche Trennung zwischen verfügender Stelle einerseits und der Stelle andererseits, welche für die Instruktion und Vorbereitung des Rechtsmittelentscheides zuständig ist, macht indessen auf der Gemeindestufe in den meisten Fällen wenig Sinn, da dies letztlich auf doppelte Strukturen und damit auf eine Aufblähung bzw. Verteuerung des kommunalen Verwaltungsapparates hinauslaufen würde, was von der Sache her nicht gerechtfertigt wäre. Dies gilt erst recht, als nach der Überprüfung der angefochtenen Verfügung durch den Gemeinderat eine Beschwerdemöglichkeit mit Devolutiveffekt gegen den entsprechenden Gemeinderatsbeschluss gegeben ist.

1.5 Im Lichte der vorgenannten Ausführungen und namentlich gestützt auf die in § 47 Abs. 2 GOG vom kantonalen Gesetzgeber vorgesehene Einsprachemöglichkeit ist das in Art. 28 Satz 1 KR enthaltene Rechtsmittel (i.w.S.) als Einsprache zu qualifizieren, auch wenn die Terminologie von Art. 28 Satz 1 KR von einer "Beschwerde" spricht. Handelt es sich nach dem Gesagten beim vom Verfügungsadressaten angestregten Verfahren zur Überprüfung der vom Ressort Infrastruktur erlassenen, Kausalabgaben betreffenden Verfügung um ein Einspracheverfahren (im Sinne von § 47 Abs. 2 GOG), ist im Umstand, wonach die für das Ressort Infrastruktur zuständige Gemeinderätin (bzw. hier: Bezirksrätin) sowohl beim Erlass der Verfügung als auch bei der Überprüfung der Verfügung im Einspracheverfahren und mithin im instanzabschliessenden Gemeinde- bzw. Bezirkratsbeschluss mitgewirkt hat, kein Ausschlussgrund im Sinne von § 52 Abs. 1 lit. d GO zu erblicken. Vielmehr ist - ungeachtet einer Delegation der Verfügungskompetenz an eine Kommission im Sinne von § 47 Abs. 2 GOG - auf der Gemeindestufe von einer einzigen Instanz auszugehen, welche lediglich in organisatorischer Hinsicht verschiedene Einheiten umfassen kann, weshalb die Mitwirkung in zwei solchen Einheiten (beim Verfügungserlass und beim Erlass des Einspracheentscheides) nicht als Ausschlussgrund gilt. Dafür spricht insbesondere auch, dass es auf der Gemeindestufe unverständlich wäre,

bei der vom Verfügungsadressaten beantragten Überprüfung der umstrittenen Kausalabgabenverfügung dasjenige Gemeinderatsmitglied nicht mitwirken zu lassen, welches für dieses Ressort zuständig ist und als verantwortliche Person für dieses Ressort grundsätzlich am besten geeignet ist, bei der Beschlussfassung über die Einsprache die konkreten Umstände dieser umstrittenen Verfügungen sowie allfällige Auswirkungen und weitere Zusammenhänge zu erörtern. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass dem Verfügungsadressaten bzw. Einsprecher gegen den kommunalen Beschluss zur Einsprache noch ein ordentliches Rechtsmittel mit Devolutiveffekt zur Verfügung steht, wobei im instanzübergreifenden Verhältnis gewährleistet ist, dass kein Mitglied der Beschwerdeinstanz am Entscheid der unterer Instanzen mitgewirkt hat. Schliesslich drängen sich de lege ferenda folgende Bemerkungen auf. Es wird Sache des kantonalen und des kommunalen Gesetzgebers sein, bei anfallenden Gesetzes- bzw. Reglementsrevisionen die Terminologie von Rechtsmitteln (i.w.S.) so zu wählen, dass klar zum Ausdruck kommt, ob ein Rechtsmittel mit oder ohne Devolutiveffekt beabsichtigt ist.

1.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ausschlussgrund gemäss § 52 Abs. 1 lit. d GO (i.V.m. § 4 Abs. 1 VRP) für ein nichtdevolutives Rechtsmittel, wie es hier die Einsprache (im Sinne von § 47 Abs. 2 GOG) gegen eine Kausalabgabenverfügung darstellt, keine Anwendung findet. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss beantragt, der angefochtene Beschluss sei (gestützt auf § 52 Abs. 1 lit. d GO) aufzuheben, weil die für das Ressort Infrastruktur zuständige Bezirksrätin ... sowohl beim Erlass der Verfügung, als auch bei der bezirksrätlichen Beschlussfassung über die Einsprache des Verfügungsadressaten mitgewirkt habe, ist dieses Begehren nach dem Gesagten abzuweisen.

(VGE 711/05 vom 16. Februar 2006).

1.4 Ausstand

- *Befangenheit eines Gutachters? (siehe EGV-SZ 2006, B 3.2).*

1.5 Zuständigkeit

- *Zuständigkeit zur Beurteilung von Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (siehe EGV-SZ 2006, B 18.1).*

B 3.2

1.6 Rechtsmittelbefugnis

- *Ausführungen zur Einsprachebefugnis bzw. Nachbarbeschwerde in Bausachen (im Kontext mit Meteorwasser, siehe EGV-SZ 2006, B 8.1).*

1.7 Befugnis zur Anfechtung eines Initiativbegehrens

- *Legitimation zur Anfechtung eines Initiativbegehrens (siehe EGV-SZ 2006, B 7.1).*

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Unfallversicherung: Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (VVG)

- *Das Verwaltungsgericht ist nicht zuständig zur Beurteilung von Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (siehe EGV-SZ 2006, B 18.1).*

3.2 Unfallversicherung

- *Keine Voreingenommenheit eines Gutachters, welcher für Explorand unvorteilhafte Untersuchungsergebnisse klar ausspricht.*

Aus den Erwägungen:

2.3 Vorab ist festzuhalten, dass es einem Gutachter grundsätzlich möglich sein muss, ein für den Exploranden unvorteilhaftes Untersuchungsergebnis klar und deutlich auszusprechen und seine Sicht der Dinge darzulegen, ohne dass deshalb auf eine Voreingenommenheit geschlossen werden darf (vgl. EVGE I 38/98 vom 6. September 1999 i.Sa. M., Erw.3b in fine). In diesem Sinne reicht ein für den Versicherten negatives Untersuchungsergebnis nicht aus, um auf Befangenheit des Gutachters schliessen zu können. Vielmehr müssen zusätzlich hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Dabei kann

nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden, sondern muss ein objektiver Massstab Anwendung finden. Mit anderen Worten muss das allfällige Misstrauen in einen bestimmten Experten in objektiver Weise als begründet erscheinen (vgl. EVGE U 15/05 vom 23. Mai 2005, Erw.1.2, wonach es besonderer Umstände bedarf, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen; vgl. auch VGE 1033/04 vom 25. Juni 2004, Erw. 3.2 mit Hinweisen).

(VGE 375/05 vom 8. Februar 2006).

3.3 Unfallversicherung

- *Unfallbegriff: Voraussetzungen, unter denen ein ärztlicher Eingriff das Begriffsmerkmal des ungewöhnlichen (äusseren) Faktors erfüllt (Erw. 1.2 und 1.3).*
- *Massgeblichkeit objektivierbarer medizinischer Kriterien (Erw. 3.1).*

Aus dem Sachverhalt:

Eine Versicherte erlitt im Rahmen der Geburt ihres mittels Kaiserschnitt zur Welt gebrachten Kindes einen ischämischen Insult (Hirnschlag) mit Gesichtsfeldausfall und weiteren Defektzuständen. Zu prüfen war, ob dieses tragische Ereignis als Unfall zu qualifizieren ist, wobei die Frage im Vordergrund stand, ob der Hirnschlag auf einen ungewöhnlichen (äusseren) Faktor zurückzuführen war.

Aus den Erwägungen:

1.2 Gemäss ständiger Rechtsprechung bezieht sich der Begriff der Ungewöhnlichkeit eines Unfallereignisses auf das Einwirken des äusseren Faktors und nicht auf dessen Auswirkungen. Für das Vorliegen eines Unfalls genügt es demgemäss nicht, dass ein Ereignis schwerwiegende, ungewöhnliche Folgen nach sich zieht. Vielmehr muss das Ereignis selber ungewöhnlich sein (BGE 118 V 284 E. 2a; Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 4 Rz. 17).

Diese Grundsätze zum Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit gelten auch, wenn zu beurteilen ist, ob ein ärztlicher Eingriff den gesetzlichen Unfallbegriff erfüllt. Die Frage, ob eine ärztliche Vorkehr als mehr oder weniger ungewöhnlicher äusserer Faktor zu betrachten ist, ist aufgrund objektiver medizinischer Kriterien zu beantworten. Sie ist nur dann zu

B 3.3

bejahen, wenn die ärztliche Vorkehr als solche den Charakter des ungewöhnlichen äusseren Faktors aufweist; denn das Merkmal der Aussergewöhnlichkeit bezieht sich nach der Definition des Unfallbegriffes nicht auf die Wirkungen des äusseren Faktors, sondern allein auf diesen selber. Nach der Praxis ist es mit dem Erfordernis der Aussergewöhnlichkeit streng zu nehmen, wenn eine medizinische Massnahme in Frage steht. Damit ein ärztlicher Eingriff als ungewöhnlicher äusserer Faktor qualifiziert werden kann, muss seine Vornahme unter den jeweils gegebenen Umständen vom medizinisch Üblichen ganz erheblich abweichen und zudem, objektiv betrachtet, entsprechend grosse Risiken in sich schliessen. Im Rahmen einer Krankheitsbehandlung, für welche der Unfallversicherer nicht leistungspflichtig ist, kann ein Behandlungsfehler ausnahmsweise den Unfallbegriff erfüllen. Nämlich wenn es sich um grobe und ausserordentliche Verwechslungen und Ungeschicklichkeiten oder sogar um absichtliche Schädigung handelt, mit denen niemand rechnet oder noch zu rechnen braucht. Es wird regelmässig ein Kunstfehler vorliegen, der auch eine zivilrechtliche Haftung des Medizinalpersonals begründen kann (BGE 118 V 284 E. 2b). Die Voraussetzungen des Unfallbegriffes sind aber unabhängig von der zivilrechtlichen Haftung zu beurteilen und nicht jeder Kunstfehler braucht einen Unfall darzustellen (Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 180 ff.). Entsprechend kommt auch der Frage, ob eine bestimmte Behandlung überhaupt indiziert war, keine zentrale Bedeutung zu. Erweist sich die Indikation für einen im Rahmen der Krankheitsbehandlung erfolgten Eingriff im Nachhinein als falsch, liegt eine blosser Fehlbehandlung vor. Hiefür hat der Unfallversicherer nicht aufzukommen, es sei denn, die (nicht indizierte) Vorkehr selber überschreite die Schwelle der Aussergewöhnlichkeit (SVR 1999 UV Nr. 9 Erw. 4.a; BGE 119 II 368 E. 5.b; BGE 118 V 283 ff. E. 3b).

1.3.1 In der Rechtsprechung wurde das Vorliegen eines ungewöhnlichen äusseren Faktors in folgenden Fällen bejaht (vgl. SVR 1999 UV Nr. 9 Erw. 4.b = RKUV 1999 U 333 S. 195 ff.; vgl. G. Brusa, Wird der ärztliche Eingriff zum *Accident médical*? In: SZS 2000 S. 181 ff.; A. Largier, Schädigende medizinische Behandlung als Unfall, Zürich 2002 S. 99 ff.; Franz J. Fischer, Ärztliche Behandlung und Behandlungsfehler im Rahmen des UVG; Vortrag am PKU-Seminar für UVG-Verantwortliche 13./14. Oktober 1997 in Brunnen):

- Transfusion gruppenungleichen Blutes infolge einer unentschuldbaren Verwechslung (EVGE 1961 S. 201);
- Einspritzung eines falschen Kontrastmittels in zu starker Dosis bei einer Myelographie (BGE 85 II 344);

- Anhäufung von Fehlleistungen im Falle einer nicht indizierten Katheterangiographie, bei welcher eine Dissektion der Halsschlagader eintrat (BGE 118 V 283). Die Fehlleistungen bestanden in nicht richtiger Durchführung der Durchleuchtungskontrolle, falscher Lage der Katheterspitze und Nichterkennen der Schlängelung des Katheters, unterlassenes Zurückziehen des Katheters, Übersehen der Streckung des Katheters zufolge Injektionsdruck.
- Intravenöse Injektion einer zu hohen Dosis des Anästhesiemittels bei zu hoher Durchlaufgeschwindigkeit (RKUV 1993 Nr. U 176 S. 204).
- Zurücklassen einer 19 cm langen (!!) Katheterspitze in der Blase (U 56/01 vom 18. Juli 2003; vgl. Erw. 3.2: "weil mit einem derart krassen Verstoss gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht nicht gerechnet werden muss").

1.3.2 Verneint wurde der aussergewöhnliche Faktor in folgenden Fällen:

- Einspritzung von Irgapyrin und Butazolidin, welche medizinisch gesehen im Rahmen des Üblichen lag (EVGE 1966 S. 139 Erw. 3);
- Kunstgerecht verabreichte Einspritzung (EVGE 1966 S. 138 Erw. 2);
- Unzureichende postoperative Überwachung nach indiziertem und als solchem lege artis durchgeführten Eingriff (Claoué-Operation bei chronischer Kieferhöhlenentzündung (U 14/87 vom 14. Oktober 1987);
- Bronchoskopie, die sowohl von der Indikation wie auch von der gewählten Operationstechnik zumindest diskutabel war, mit Perforation der arteria pulmonalis, da die schädigende Einwirkung nicht derart weit ausserhalb der Risiken liege, welche medizinischen oder chirurgischen Massnahmen normalerweise innewohnen, dass niemand im Voraus ernsthaft damit zu rechnen braucht (RKUV 1988 Nr. U 36 S. 42);
- Schädigung von Nerven an der Hand anlässlich einer äusserst schwierigen und heiklen Operation an einem Narbengewebe (BGE 121 V 35; mit kritischer Besprechung durch Prof. J.-L. Duc, in: AJP 1996 S. 760 f).

Verneint wurde die Aussergewöhnlichkeit auch beim Steckenbleiben eines Fleischstückes in der Speiseröhre wie auch die Verletzung der Speiseröhre anlässlich der ärztlich vorgenommenen Fremdkörperextraktion und die fehlerhafte postoperative Behandlung (RKUV 2000 U 368 S. 99 ff. Erw. 3). In diesem Entscheid wurde u.a. ausgeführt, "analog einer falschen Indikation könne die Fehlbeurteilung der Schmerzen und Symptome nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden" (Erw. 3.c). Der Umstand, dass der Assistenzarzt den Oberarzt "nicht über die ungewöhnlichen Schmerzen informierte und dass andererseits dieser den Patienten das ganze Wochenende nicht selber kontrollierte", worin der

B 3.3

Versicherte eine Vernachlässigung der gebotenen ärztlichen Sorgfalt erkannte, wurden nicht als "im unfallversicherungsrechtlichen Sinne grobe und aussergewöhnliche Ungeschicklichkeiten" qualifiziert. Die irreversible und dauernde gesundheitliche Schädigung wurde als Wirkung des äusseren Faktors für Ungewöhnlichkeit nicht massgebend bezeichnet (Erw. 3.d).

In einem Entscheid vom 22. September 2000 (RKUV 2000 U 407 S. 404 ff.) hielt das EVG in Bestätigung seiner Rechtsprechung u.a. auch fest, dass zur Vermeidung, dass die Nichtberufsunfallversicherung die Funktion einer Haftpflichtversicherung für medizinische Leistungserbringer übernehme, der den Unfallbegriff erfüllende medizinische Fehler nicht auf jedes Versehen eines Arztes ausgedehnt werden dürfe.

(2. medizinischer Sachverhalt.)

3.1 Die Frage, ob ein medizinischer Eingriff als ungewöhnlicher Faktor im Sinne von Art. 6 ATSG zu qualifizieren ist, ist aufgrund objektiver medizinischer Kriterien zu beantworten (vorstehend Erw. 1.2). Die Rüge der Beschwerdeführerin, nicht persönlich zum Geburtsvorgang befragt worden zu sein trotz eines entsprechenden Antrags am 24. August 2004, womit die Vorinstanz die Officialmaxime verletzt habe, ist deshalb unbegründet. Die subjektive Sicht der Beschwerdeführerin ist nicht massgebend.

(3.2 ff. Verneinung der Ungewöhnlichkeit).
(VGE 359/05 vom 18. Januar 2006).

Dieser Entscheid wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil U 135/06 vom 15. Dezember 2006 bestätigt. Aus dessen Erwägungen:

2.1 Die Versicherte bringt zunächst vor, die Strenge der geltenden Praxis zum aussergewöhnlichen Faktor als Wesensmerkmal des Unfallbegriffs bewirke bei einem natürlichen Vorgang wie der Niederkunft einer gesunden Frau eine unangemessene Einschränkung der UVG-Deckung und verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot, weil das Risiko einer gesunden Frau bei der Niederkunft nicht vergleichbar sei mit jenem bei der Operation eines kranken Menschen. Die angewandte Praxis beziehe sich regelmässig auf die Abgrenzung von Krankheit und Unfall, nie aber auf die Behandlungsrisiken bei Geburten, welche das Risikoprofil von UVG-versicherten Frauen nicht unwesentlich mitprägten.

2.2 Jede Geburt ist mit Gefahren verbunden. Die Versicherte weist zutreffend darauf hin, dass eine gesunde Frau aber nicht damit rechnen muss, nach der Entbindung an einem schweren, bleibenden Gesundheitsschaden zu leiden. Bei der Beurteilung, ob eine medizinische Behandlung den Unfallbegriff erfüllt, ist indessen die mit dem ärztlichen Eingriff objektiv verbundene Gefahr massgeblich. Geburtshilfliche Massnahmen an gesunden Frauen sind in aller Regel mit geringeren Risiken verbunden als medizinische Eingriffe an kranken Patienten, weshalb der Unfallbegriff in Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung bei normalen Geburten (zu den sogenannten Risikogeburten vgl. Erw. 2.3 hienach) nur mit besonders grosser Zurückhaltung zu bejahen ist. Es besteht daher keine Veranlassung, an das Erfordernis der Aussergewöhnlichkeit bei Geburten generell weniger strenge Anforderungen zu stellen als an die übrigen medizinischen Massnahmen. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass nicht jeder Behandlungsfehler als Heilbehandlungsunfall zu qualifizieren ist (vgl. Franz J. Fischer, Ärztliche Behandlung und Behandlungsfehler im Rahmen des UVG, Vortrag gehalten am PKU-Seminar für UVG-Verantwortliche vom 13./14. Oktober 1997).

2.3 Der Sorgfaltsmassstab bei einer als normal zu erwartenden Spontangeburt ist - worauf die Versicherte an sich zu Recht hinweist - ein anderer als bei einer (voraussehbaren) Risikoentbindung. Entgegen ihren Ausführungen bedeutet aber die Belastung der Anamnese einzig mit einer vorangegangenen Schnittentbindung bei einer ansonsten gesunden Frau jedenfalls bei Abwesenheit zusätzlicher Risikofaktoren für die Mutter (oder das Kind) nicht ohne weiteres das Vorliegen besonderer Risiken, welche sich bei der Prüfung des Unfallbegriffes auswirken. Dass in der medizinischen Fachliteratur der Begriff "Risikoschwangerschaft" sowie folglich auch derjenige der "Risikogeburt" sehr weit gehandhabt (hiezue Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Auflage, Stuttgart/New York 2004, S. 1590) und gemeinhin - unbesehen der konkreten Umstände - jede Geburt nach einer Schnittentbindung als risikoreich eingestuft wird, führt zu keinem anderen Schluss. Denn die Ungewöhnlichkeit als wesentliches Begriffsmerkmal des Unfalles ist mit Blick auf die konkreten Umstände im Einzelfall in Verbindung mit den objektiven Risiken einer medizinischen Massnahme zu beurteilen und kann nicht nach einer schematischen Einteilung erfolgen. Dass sich bei einer normalen Ausgangslage, welche einen problemlosen Geburtsvorgang annehmen lässt, die generelle Annahme eines besonderen Risikos verbietet, bedeutet keine Ungleichbehandlung.

(Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 135/06 vom 15. Dezember 2006).

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer

4.1 Zustellung der Steuererklärung

- *Zustellung von Steuererklärungen und Steuerrechnungen an den vertraglich bestellten Vertreter der Steuerpflichtigen.*

Aus den Erwägungen:

2.1 In § 16 Abs. 3 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110), welche für das Verwaltungsgericht und auch alle Verwaltungsbehörden der Gemeinden, Bezirke und des Kantons gilt (§ 1 VRP), ist normiert, dass ein bevollmächtigter Vertreter als Empfänger aller behördlichen Zustellungen gilt. Die VRP ist indessen nicht anwendbar auf Verfügungen und Entscheide, für welche das Bundesrecht oder das kantonale Recht abweichende Verfahrensvorschriften vorsieht (§ 3 lit. e VRP).

2.2 § 136 StG regelt die Vertretung wie folgt:

„¹ Die steuerpflichtige Person kann sich vor den mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden vertraglich vertreten lassen, soweit ihre persönliche Mitwirkung nicht notwendig ist.

² Steuerpflichtige mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben eine Vertretung oder eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen.

³ Verfügungen und Entscheide sind der Vertretung, Steuererklärungen und -rechnungen der steuerpflichtigen Person zuzustellen.“

Art. 117 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) regelt die vertragliche Vertretung folgendermassen:

„¹ Der Steuerpflichtige kann sich vor den mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden vertraglich vertreten lassen, soweit seine persönliche Mitwirkung nicht notwendig ist.

² Als Vertreter wird zugelassen, wer handlungsfähig ist und in bürgerlichen Ehren und Rechten steht. Die Behörde kann den Vertreter auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen.

³ Haben Ehegatten, welche in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, keinen gemeinsamen Vertreter oder Zustel-

lungsberechtigten bestellt, so ergehen sämtliche Zustellungen an die Ehegatten gemeinsam.“

2.3 Der Vertreter der Beschwerdeführer führt zur Begründung seiner Beschwerde aus, seine betagten Eltern möchten sich nicht mehr direkt mit ihrer Steuererklärung und insbesondere mit der interkantonalen Steuerauscheidung mit den Kantonen Baselland, Baselstadt, Solothurn, Graubünden und mit der internationalen Steuerauscheidung mit Deutschland befassen. Jedoch möchten und würden sie auch weiterhin diese Steuerklärungen selber unterschreiben. Deshalb sei die generelle Vollmacht eingereicht worden. Dieser sei in allen betroffenen Kantonen, ausser Schwyz, entsprochen worden.

3. Die sonderbare Regelung in § 136 Abs. 3 StG, welche von der allgemeinen Verfahrensregel des § 16 Abs. 3 VRP abweicht, hat folgende Entstehungsgeschichte. In der regierungsrätlichen Vorlage zur Totalrevision des Steuergesetzes zu Handen des Kantonsrates war § 136 Abs. 3 wie folgt formuliert:

„Verfügungen und Entscheide sind in der Regel der Vertretung, Steuerklärungen und -rechnungen der steuerpflichtigen Person zuzustellen.“ (RRB 1083/1999 v. 29. Juni 1999, S. 159).

Im erläuternden Bericht wurde hiezu vermerkt, die Grundsatzbestimmung in Abs. 3, wonach Verfügungen und Entscheide in der Regel der Vertretung, Steuerklärungen und -rechnungen der steuerpflichtigen Person zuzustellen seien, entspreche der bisherigen Praxis, bedürfe aber der Konkretisierung in der Vollzugsverordnung (RRB 1083/1999 v. 29. Juni 1999, S. 78).

Anlässlich der 3. Sitzung der vorberatenden kantonsrätlichen Kommission vom 13. September 1999 stellte KR Dr. M. Ziegler den Antrag, § 136 sei zu streichen. Er führte zur Begründung laut Protokoll aus:

„Der Grund sei der gleiche, wie vorne bei § 129 vorgebracht. Insbesondere störe das 'in der Regel' in Abs. 3. Wenn ein Vertreter vorhanden sei, müsse die Post diesem zugestellt werden; da gebe es kein freies Ermessen. Die VRP enthalte eine klare Regelung. Die Bestimmung im DBG habe eine andere Perspektive, weil das Bundesrecht teilweise andere Vertretungsregeln kenne. Ein Steuerpflichtiger dürfe sich darauf verlassen können, dass amtliche Sendungen seinem Vertreter zugestellt würden. Allenfalls sei es möglich, zusätzlich den Steuerpflichtigen zu orientieren. KR Ziegler beantragt, den gesamten § 136 zu streichen.“

B 4.1

Nach einer ausgiebigen Diskussion, welche sich insbesondere auch auf § 136 Abs. 1 des Entwurfs bezog, sprach sich die Kommission einstimmig für die Streichung der Worte "in der Regel" in Abs. 3 aus. Ansonsten blieb § 136 unverändert (vgl. Protokoll der Sitzung vom 13.9.1999, S. 19 – 21). In der Folge blieb § 136 des Entwurfs unverändert und wurde zum Gesetz. Die Rechtsabteilung der Steuerverwaltung folgert in ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2006, durch die Streichung der Worte "in der Regel" aus dem Entwurf lasse der klare Wortlaut des Gesetzes eine Ausnahme von der Regel, wonach Steuererklärungen und Rechnungen nicht dem Vertreter, sondern den Steuerpflichtigen persönlich zustellen sei, nicht zu. Dieser Schlussfolgerung kann aus folgenden Gründen nicht beigeplichtet werden:

- Die Stossrichtung des Antrags Ziegler zielte darauf, dass bei einer Vertretung integral alle Zustellungen an den Vertreter erfolgen sollen und dass der Verwaltung kein Ermessensbereich zustehen solle, die Zustellungen bei einer Vertretung allenfalls auch nur an die steuerpflichtige Person vornehmen zu können. Dass mit der Streichung der Worte "in der Regel" eine Zustellung von Verfügungen und Entscheiden immer an den Vertreter zu erfolgen hat, entsprach dem gesetzgeberischen Willen. Dass hingegen, wenn man allein auf den Wortlaut abstellt, Steuererklärungen (Formulare) und -rechnungen nicht an den Vertreter zugestellt werden dürfen und zwar selbst dann, wenn dieser Zustellungsmodus dem expliziten Willen der Steuerpflichtigen entspricht, ist die Folge einer unsorgfältigen Gesetzesredaktion. Keiner der Votanten sprach sich dahingehend aus, dass diese Zustellungen, unbesehen um die konkreten Umstände und die Ausgestaltung der Vollmacht, ausnahmslos an den Steuerpflichtigen selber erfolgen müssen.
- Eine rigide Handhabung des zweiten Teiles von § 136 Abs. 3 im Sinne des "verunglückten" Gesetzeswortlauts ist auch keineswegs praktikabel, ja geradezu unzulässig. Insbesondere müssen bei gesetzlichen Vertretungen (Inhaber der elterlichen Obhut, Vormund, Willensvollstrecker etc.) auch diese Dokumente dem gesetzlichen Vertreter und nicht der steuerpflichtigen Person zugestellt werden. Auch bei Steuerpflichtigen mit Wohnsitz im Ausland ist es widersprüchlich, einerseits in § 136 Abs. 2 (richtiger- und begründeterweise) eine Vertretung oder eine Zustelladresse in der Schweiz zu verlangen, um dann in Abs. 3 gleich wieder von der Regel des § 136 Abs. 2 StG abzuweichen.
- Im geltenden Zivilrecht genießt die familiäre Hilfe und Unterstützung Priorität vor behördlichen Massnahmen. Nach geltendem Recht gehö-

ren bekanntlich dazu die eheliche Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB), die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB) und die familienrechtliche Beistands- und Unterstützungspflicht (Art. 272 und 328 f. ZGB). Darüber hinaus kann nach geltendem Recht sowohl an Familienangehörige als auch an Dritte ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR) oder eine Vertretungsvollmacht (Art. 32 ff. OR) erteilt werden. Schliesslich besteht die – wenn auch risikobehaftete – Möglichkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 ff. OR (vgl. Kurt Affolter, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 9/2006, S. 1061 Ziff. 4.2). Hervorzuheben ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere Art. 272 ZGB. Danach sind Eltern und Kinder einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert. Auch wenn diese Bestimmung auf das Eltern-Kindesverhältnis abzielt, wie es in der Gemeinschaft zwischen Eltern und unmündigen Kindern bestehen soll, ist es aus ethischer und gesellschaftlicher Sicht sehr erwünscht, dass gerade dann, wenn die Eltern alt und gebrechlich werden und durch gewisse Anforderungen des Lebens, nicht zuletzt durch die administrativen Verpflichtungen (bzw. den Rechtsverkehr), welche der Staat seinen Bürgern auferlegt, überfordert werden, auf den Beistand ihrer Kinder (oder anderer Personen aus dem verwandtschaftlichen Umfeld oder Freundeskreis) zählen können, die ihnen Beistand bieten. Mithin widerspricht es dem Bundesrecht, wenn keine Ausnahmen von der Regel, wonach Steuererklärungen und Steuerrechnungen der steuerpflichtigen Person zuzustellen sind, zugelassen werden. Das Verwaltungsgericht ist aber an kantonale Erlasse, welche dem Bundesrecht widersprechen, nicht gebunden (§ 26 Abs. 2 VRP).

- Unsere Rechtskultur ist geprägt vom Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung die Vielfalt in der Einheit zu leben, allen zu ermöglichen, ihre individuelle und kollektive Freiheit zu gebrauchen, und am Wohl der Schwachen die Stärke der Nation zu messen (Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung). Zur Wahrung der individuellen Freiheit gehört es aber, dass das Individuum berechtigt ist, überall dort, wo es nicht um die Wahrung höchstpersönlicher Rechte und Pflichten geht, darüber zu entscheiden, ob es persönlich (selber) administrative Verpflichtungen wahrnehmen will oder ob es hierfür einen Vertreter bestimmen will. In Beachtung dieser Rechtskultur ist beispielsweise im Rahmen der gegenwärtig laufenden Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (neu Erwachsenenschutzrecht anstelle des bisherigen Vormundschaftsrechts) geplant, das neue Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrages zu schaffen. Damit soll eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person bezeichnen kön-

B 5.1

nen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die Personenvorsorge oder die Vermögensvorsorge übernehmen oder sie im Rechtsverkehr vertreten soll (Bundesblatt Nr. 36 vom 12. September 2006, S. 7001 ff.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die historische, die teleologische und die gesetzeskonforme Auslegung (Übereinstimmung mit dem Bundesrecht) zum Ergebnis führen, wonach § 136 Abs. 3 2. Satzteil StG, abweichend vom Wortlaut, so auszulegen ist, dass es dem Steuerpflichtigen gestattet ist, mit einer umfassenden Vollmacht auch für die Entgegennahme der Steuererklärungen und Steuerrechnungen einen Vertreter zu bezeichnen, und dass bei gesetzlicher Vertretung diese Dokumente ohnehin dem gesetzlichen Vertreter zuzustellen sind. (VGE 612/06 vom 7. November 2006).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe nach Strassenverordnung bei Zufahrten

- *Wann besteht eine Vorteilsabgabepflicht bei Zufahrten in Grob- oder Feinerschliessungsstrassen?*

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend ist zu prüfen, ob tatsächlich eine Einfahrtsbewilligungspflicht besteht und ob eine direkte Zufahrt im Sinne der Rechtsprechung vorliegt. Diese beiden Aspekte sind im konkreten Fall eng mit der Frage verbunden, ob es sich bei der ...strasse bzw. der ...strasse um eine Strasse handelt, die der Öffentlichkeit gewidmet ist.

3.1 Die kantonale Strassenverordnung (StrV) regelt unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung, der kantonalen Spezialregelungen und des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG) die Planung, den Bau, die Benutzung den Unterhalt und die Finanzierung der öffentlichen Strassen (§ 2 StrV).

3.1.1 Öffentliche Strassen stehen gleichzeitig grundsätzlich allen Benutzungswilligen offen. Dieser Gemeingebrauch einer Strasse ist im Rahmen der Widmung (= Öffentlicherklärung) und der geltenden Rechtsordnung unbeschränkt zulässig (§ 27 StrV). Zufahrten und Zugänge wer-

den u.a. verweigert, wenn der Gemeingebrauch erheblich behindert wird (§ 48 Abs. 1 StrV).

3.1.2 Der Strassenträger (§§ 4 ff. StrV) trägt die Kosten für den Bau und Unterhalt seiner Strassen. Die Kostenbeteiligung Privater aufgrund des PBG bleibt vorbehalten (§ 49 StrV).

3.1.3 Unter dem Abschnitt „VII. Kosten und Finanzierung“ (§§ 49 - 62) regelt § 58 StrV die hier umstrittene Vorteilsabgabe. Im Zusammenhang mit der Einführung dieser Vorteilsabgabe hat der kantonale Gesetzgeber als abgeltungspflichtigen Sondervorteil sinngemäss den Umstand bezeichnet, dass derjenige mit einer privaten Zufahrt bzw. mit einem Direktzugang zur öffentlichen Strasse ohne die Abgeltung insofern bevorteilt wäre, als er keine Beteiligung an Erschliessungskosten leisten müsste (vgl. dazu VGE 625/01 vom 16. November 2001, Erw. 2b, publ. in: EGV-SZ 2001, Nr. B.5.2, S. 88 ff.). Die innere Rechtfertigung für die Vorteilsabgabe ist somit darin zu erblicken, dass - falls keine Vorteilsabgabe eingeführt worden wäre - der betreffende Grundeigentümer mit einem direkten Zugang zur Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse sich an keinen Erschliessungskosten beteiligen müsste (vgl. auch VGE 622/01 vom 16. November 2001, Erw. 5b in fine).

3.2 Das kantonale Planungs- und Baugesetz (PBG) regelt die Erschliessungspflicht von Bauland und differenziert zwischen Fein- und Groberschliessung (§§ 38 - 43 PBG).

3.2.1 Die Feinerschliessung obliegt grundsätzlich den Grundeigentümern (§ 40 PBG) und ist von diesen zu finanzieren. Feinerschliessungsstrassen sind in der Regel nicht im Eigentum des Gemeinwesens.

3.2.2 Dies im Gegensatz zu Groberschliessungsstrassen (§ 39 Abs. 3 dritter Satz PBG). Die Gemeinden sind für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich (§ 38 Abs. 1 PBG). Sie führen die Groberschliessung in Zusammenarbeit mit andern Erschliessungsträgern nach Ausbauprogramm und baulicher Entwicklung durch (§ 39 Abs. 1 PBG). Die Gemeinde erhebt nun von den Eigentümern der Grundstücke, denen durch die Erstellung oder den Ausbau von Groberschliessungsstrassen ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst, angemessene Beiträge, und die Gemeinde beteiligt sich in dem Mass an den Kosten, als die Anlagen dem Gemeingebrauch dienen (§ 44 PBG).

3.2.3 Soweit nun eine Bauliegenschaft an eine private Feinerschliessungsstrasse oder an eine öffentliche (oder ausnahmsweise private)

B 5.1

Groberschliessungsstrasse mit Strassenerschliessungsbeitragspflicht angeschlossen wird, entfällt die Vorteilsabgabepflicht, weil es an der erwähnten inneren Rechtfertigung (oben Erw. 3.1.3) fehlt. Insofern erweist sich die Behauptung, dass die Vorteilsabgabepflicht beim direkten Anschluss an eine weiterführende Basiserschliessung gelte, als richtig. Dass dies jedoch ausschliesslich so sein soll und die direkten Anschlüsse an Fein- oder Groberschliessungsstrassen immer von der Vorteilsabgabepflicht befreit sind, ist unzutreffend wie nachfolgend unter Erwägung 3.3 darzulegen ist.

...

3.3.1 Wenn nun eine Bauliegenschaft an eine bestehende Feinerschliessungsstrasse, die abweichend vom im PBG vorgesehenen Konzept dem Gemeinwesen gehört und dem Gemeindegebrauch für den motorisierten und nicht motorisierten Verkehr (inkl. Fussgänger) gewidmet ist, oder an eine bestehende öffentliche und ebenfalls dem Gemeindegebrauch gewidmete Groberschliessungsstrasse ohne Strassenerschliessungsbeitragspflicht (mangels aktueller/m oder bevorstehender/m Erstellung oder Ausbau) angeschlossen wird, so besteht kein Anlass, von der Vorteilsabgabepflicht abzusehen, da ansonsten entgegen der gesetzgeberischen Absicht überhaupt keine Beiträge an die Erschliessungskosten geleistet werden müssten. Dass die Vorteilsabgabe verfassungskonform ist und Art. 82 Abs. 3 BV („Die Benützung öffentlicher Strassen ist gebührenfrei“) nicht widerspricht, hat das Verwaltungsgericht im Übrigen bereits in VGE 630/00 v. 26.6.2001, Erw. 3, festgestellt (= EGV-SZ 2001, B. 5.1).

3.3.2 Ob eine dem Gemeinwesen gehörende Strasse der Öffentlichkeit gewidmet ist, kann zwar nicht in jedem Falle zwingend, aber doch regelmässig bejaht werden, zumal auch die formlose Widmung möglich ist (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Rz. 2349). Würde kein Gemeindegebrauch vorliegen, müsste analog wie bei Anschlüssen an private Erschliessungsanlagen vorgegangen werden, d.h. es dürfte keine Vorteilsabgabe erhoben werden, zumal auch kein direkter Anschluss an eine öffentliche Strasse gegeben wäre und eine entsprechende Bewilligungspflicht nach § 47 StrV entfallen würde.

3.3.3 Ob im konkreten Fall entgegen der allgemeinen Vermutung ausnahmsweise kein Gemeindegebrauch vorliegt, hat der Strassenträger unter Mitwirkung des Abgabepflichtigen abzuklären. Indizien für den fehlenden Gemeindegebrauch können u.a. sein: die fehlende förmliche Widmung verbunden mit der Einräumung von entgeltlichen Wegrechten, privat-

rechtliche Benutzungsverbote oder/und weiteren entstehungsgeschichtlichen Tatsachen.

3.3.4 Könnte der Abgabepflichtige wider Erwarten sogar nachweisen, dass er oder sein Rechtsvorgänger vor der Öffentlicherklärung einer bestehenden Strasse deren Erstellung oder Ausbau massgeblich mitfinanziert hat, so müsste dieser Umstand in Beachtung der dargelegten Rechtsprechung zusätzlich beurteilt und gewürdigt werden.

3.3.5 Ob bei einem späteren Ausbau einer bestehenden Groberschliessungsstrasse mit Beitragspflicht (§ 44 Abs. 1 PBG) eine bereits entrichtete Vorteilsabgabe angerechnet werden dürfte, kann hier offen bleiben und müsste bei Eintritt einer solchen Konstellation beurteilt werden.

(VGE 712/05 vom 16. Februar 2006).

5.2 Vorteilsabgabe nach Strassenverordnung bei Unterschreitung des Strassenabstands

- *Unterschreiten des kommunalen Strassenabstandes als Abgabebetstand (Erw. 2).*
- *Eine vor dem Inkrafttreten der Abgabepflicht bestehende Unterschreitung des Strassenabstandes ist bei der Ermittlung der Vorteilsabgeltung in Abzug zu bringen (Erw. 3).*
- *Der zusätzlichen vom Gemeinderat festgelegten Entschädigung für das Näherbaurecht fehlt die gesetzliche Grundlage (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach § 58 Abs. 1 der kantonalen Strassenverordnung (StrV, SRSZ 442.110) erhebt der Strassenträger für das Unterschreiten des Strassenabstandes (§ 42 StrV) und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen (§§ 47 f. StrV) eine Vorteilsabgabe. Die Abgabepflicht entsteht beim Unterschreiten des Strassenabstandes im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung (vgl. § 58 Abs. 2 lit. a StrV). Die Vorteilsabgabe beträgt höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes der wie folgt bestimmten Fläche: Beim Unterschreiten des Strassenabstandes nach der innerhalb des Bauabstandes je Geschoss beanspruchten Fläche (vgl. § 58 Abs. 3 lit. a StrV). Nach § 28 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung (VVzStrV, SRSZ 442.111) beträgt die Vorteilsabgabe beim Unterschreiten des Abstandes zu Hauptstrassen 5 Prozent. Gemäss

B 5.2

§ 28 Abs. 3 VVzStrV legt der Bezirks- bzw. Gemeinderat die Höhe der Vorteilsabgaben für Bewilligungen an den anderen Strassen fest.

Der Gemeinderat ... hat mit Beschluss vom 13. Dezember 2004 die Strassen-Vorteilsabgaben gemäss § 58 StrV für die Gemeinde ... per 1. Januar 2005 eingeführt (Disp.-Ziff. 1). Mit Dispositiv-Ziffer 2 des gleichen Beschlusses hat er die Vorteilsabgabe für das Unterschreiten des Strassenabstandes auf 5 % des Verkehrswertes der nach der innerhalb des Bauabstandes je Geschoss beanspruchten Fläche festgelegt (...).

2.2 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst hauptsächlich, mit dem Beschluss vom 8. Dez. 2004 (recte: 13. Dez. 2004, nachfolgend GRB) habe der Gemeinderat die Vorteilsabgabe gemäss § 58 StrV für Gemeindestrassen per 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt. Bezüglich der Vorteilsabgabe für Näherbaurechte gehe aus den Erwägungen des GRB hervor, dass die Vorteilsabgabepflicht nur dann gegeben sei, wenn der Strassenabstand gemäss § 41 StrV unterschritten werde. Aus diesen Erwägungen gehe aber nicht hervor, dass die Vorteilsabgabepflicht auch in Abhängigkeit zu Art. 20 BauR zu betrachten wäre. Vielmehr werde im GRB überhaupt kein Bezug auf Art. 20 BauR genommen. Sowohl nach GRB, wie auch gemäss § 58 StrV sei die Bemessung des Strassenabstandes bzw. dessen Unterschreitung einzig und allein nach § 41 StrV vorzunehmen. Bei der ...strasse handle es sich weder um eine Haupt-, noch um eine Verbindungsstrasse, auch sei sich nicht im Verzeichnis der Groberschliessungsstrassen der Gemeinde aufgeführt. Folglich handle es sich um eine Nebenstrasse, womit für die Bemessung der Vorteilsabgabe von einem Strassenabstand von 3.0 m (nach § 41 Abs. 1 lit. a StrV) auszugehen sei.

2.3 Dieser Argumentation kann aus den folgenden Gründen nicht beigepflichtet werden.

2.3.1 Die Beschwerdeführerin übersieht, dass nach den Gesetzesmaterialien der kantonale Gesetzgeber mit der Regelung der Vorteilsabgeltung in der neuen Strassenverordnung die gesetzliche Grundlage schaffen wollte, um spezielle Vorteile Einzelner abgelten zu können (vgl. RRB Nr. 2225/1998 vom 15. Dez. 1998 = Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, Ziff. 1, 3. Abs. und S. 27, 1. Abs. zu § 57 Vorteilsabgabe; vgl. auch schon den Bericht vom 15. Nov. 1995 zur Strassenverordnung: S. 3: Revisionsziele des Regierungsrates: "gesetzliche Grundlage für Vorteilsausgleichszahlungen"; S. 31: "§ 57 Vorteilsabgeltung: Diese Bestimmung schafft die notwendige Rechtsgrundlage für die Abgeltung von Sonder Vorteilen aus Näherbaubewilligungen oder Bewilligungen für Strassenzu-

fahrten."). Begründet wurde diese neue gesetzliche Grundlage zur Vorteilsabgeltung u.a. damit, es wäre tatsächlich ungerecht, wenn Sonder Vorteile für Einzelne (Näherbaubewilligung, Bewilligung von privaten Zugängen und Zufahrten) nicht abgegolten werden müssten (vgl. den zit. RRB Nr. 2225/1998, S. 27, § 57, 2. Abs. 1, 1. Satz). Was die Höhe der Abgeltung anbelangt, wurde in der Vorlage an den Kantonsrat ausgeführt, die Gebühr richte sich nach dem wirtschaftlichen Sondervorteil; dieser werde anhand der massgebenden Nutzfläche bestimmt (vgl. zit. RRB Nr. 2225/1998, S. 27, 2. letzter Absatz). Analog wurde auch nach Auswertung der Kommissionsberatungen im RRB Nr. 951/1999 vom 15. Juni 1999 u.a. festgehalten,

- dass die Höhe der Abgabe dem Vorteil entsprechen soll, der entsteht, weil ein Bauwilliger näher an die Strasse bauen kann,
- und dass im Rahmen von konkreten Beispielen untersucht wurde, welcher Prozentsatz des Verkehrswertes "der innerhalb des Strassenabstandes bebauten Fläche dem Vorteil für das Näherbaurecht" Rechnung trägt (vgl. zit. RRB Nr. 951/1999, S. 7, unter Ziffer 3.8.2).

Dieser Berechnungsmodus, wonach zur Ermittlung der Vorteilsabgeltung für das Unterschreiten des Strassenabstandes von den innerhalb des Abstandes je Geschoss beanspruchten Flächen auszugehen ist, fand dann auch unverändert Eingang in § 58 Abs. 3 lit. a StrV (für den genauen Wortlaut siehe oben, Erw. 2.1).

Im Regierungsratsbeschluss Nr. 70/2000 vom 18. Januar 2000 ging es u.a. darum, zur Anwendung der neuen Strassenverordnung die erforderlichen Vollzugsregelungen zu erlassen und einzelne Bestimmungen für den Vollzug zu präzisieren. Zu § 28 VVzStrV führte der Regierungsrat u.a. aus, der Kantonsrat habe mit dem maximalen Prozentsatz eine Abstufung der Vorteilsabgabe eingeführt. Diesem Anliegen werde in zweifacher Weise Rechnung getragen. Zum einen ergebe sich eine Abstufung bereits aus der Strassenverordnung selber, indem die Abgabe sich nach der bebauten Fläche orientiere. Im Anschluss daran betonte der Regierungsrat (Kursivdruck nicht im Original):

„Bei Näherbaubewilligungen werden die gesamten Flächen herangezogen, *die innerhalb des Strassenabstandes liegen*; bei Zufahrten und Zugängen (...). Der Vorteil des einzelnen Bewilligungsnehmers ist in der Tat grösser, wenn die definierte Fläche grösser ist und dadurch mehr Raum für die wirtschaftliche Nutzung im weitesten Sinn zur Verfügung steht. (...)

Der Vollzugsverordnung liegt die Überlegung zu Grunde, dass beim Näherbaurecht die bessere Ausnutzung eines Grundstückes im Vordergrund steht. *Diese drückt sich ausschliesslich durch die grössere, nutzbare Fläche aus, die innerhalb der Strassenabstände*

B 5.2

liegt. Die unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung der Nutzung wird sich im Verkehrswert der Liegenschaft widerspiegeln (...).“

2.3.2 Aus all diesen Gesetzesmaterialien ergibt sich unmissverständlich, dass die Höhe der Abgeltung für eine Strassenabstandsunterschreitung jeweils daran anzuknüpfen hat, welche Gebäudeflächen *innerhalb des Strassenabstandes* liegen. Die ratio legis ist darin zu erblicken, dass beim Näherbaurecht eine bessere Ausnützung eines Grundstückes ermöglicht wird, indem auch Gebäudeflächen innerhalb der Strassenabstände entstehen, welche in der Folge abzugelten sind. Mit anderen Worten entspricht es dem Willen des kantonalen Gesetzgebers, zur Bemessung der Vorteilsabgeltung bei Näherbaubewilligungen zwingend von den Gebäudeflächen innerhalb des Strassenabstandes auszugehen. Nicht nur die Pflicht zur Erhebung einer Vorteilsabgabe (vgl. § 58 Abs. 1 StrV), sondern auch der dargelegte Berechnungsmodus bei Näherbaubewilligungen (und auch der maximale Prozentsatz in § 58 Abs. 3 1. Satzteil StrV) sind als verbindliche Vorgaben des kantonalen Gesetzgebers zu qualifizieren, welche vom kommunalen Gesetzgeber zu beachten sind. Der Entscheidungsspielraum des kommunalen Gesetzgebers beschränkt sich darauf, innerhalb des vom Kantonsrat eingeführten maximalen Prozentsatzes von 5 % die jeweilige Abstufung vorzunehmen (vgl. auch § 28 Abs. 3 VVzStrV).

2.3.3 Bei dieser Sachlage hatte sich der kommunale Gesetzgeber bei der Einführung der Strassen-Vorteilsabgabenregelung für seine eigenen Strassen nicht mit der Frage zu befassen, welcher Strassenabstand massgebend ist, sondern vielmehr (u.a.) damit, welcher Prozentsatz des Verkehrswertes der innerhalb des Strassenabstandes liegenden Gebäudeflächen bei Näherbaubewilligungen massgebend sein soll. In diesem Sinne kann die Beschwerdeführerin daraus, dass der kommunale Gesetzgeber im erwähnten Erlass vom 13. Dezember 2004 nicht auf Art. 20 BauR Bezug genommen hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

2.3.4 Was die Frage des massgebenden Strassenabstandes anbelangt, besteht folgende Ausgangslage: Nach Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BauR ist gegenüber Strassen ein Mindestabstand ab Fassade zum Strassen- bzw. Trottoirrand von 4 m einzuhalten, derweil § 41 Abs. 1 lit. a StrV gegenüber Nebenstrassen lediglich einen Abstand von 3 m verlangt. Diese unterschiedliche Abstandsregelung ist – wie der Gemeinderat zutreffend darauf hingewiesen hat - nach Massgabe von § 68 Abs. 3 PBG zu lösen. Darnach geht unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften jene vor, die den grössten Abstand vorsieht. Mithin ist im konkreten Fall ein Strassenabstand von 4 m massgebend.

3.1 In einem Eventualstandpunkt macht die Beschwerdeführerin geltend, selbst wenn die Vorteilsabgabe wider Erwarten auf der Basis eines Strassenabstandes von 4 m (nach Art. 20 BauR) zu bemessen wäre, müsste zusätzlich berücksichtigt werden, dass das bisher bestehende, rechtmässig erstellte Wohnhaus den Strassenabstand von Art. 20 BauR ebenfalls unterschritten hatte. Die Vorteilsabgabe dürfe bei Neubauten, die anstelle eines abgebrochenen und vor dem 1. Januar 2000 bestanden Gebäudes erstellt würden, nur die zusätzliche Nutzfläche zur Bemessung heranziehen. Bringe man die Flächen und Volumen für das bestehende Gebäude vom Volumen und der Fläche des Neubaus in Abzug, reduziere sich der massgebliche Vermögenssteuerwert auf Fr. 341'500.--, womit für das (zusätzliche) Näherbaurecht eine Vorteilsabgabe von lediglich Fr. 17'075.-- (statt Fr. 23'000.--) resultiere.

3.2 Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit Fällen, welche Vorteilsabgaben für die Erstellung von Zufahrten betrafen, festgehalten, dass die Vorteilsabgabe nicht rückwirkend gilt (vgl. VGE 718/04 vom 27. Febr. 2004, Erw. 2.3, publ. in EGV-SZ 2004, B.5.1; VGE 721/02 v. 9.1.03, Erw. 3b). Vorteile, die bereits vor Inkrafttreten der Abgabepflicht am 1. Januar 2000 bestanden haben, seien nicht abgabepflichtig. Für vor dem 1. Januar 2000 überbaute Grundstücke könne mithin eine Abgabepflicht im Zusammenhang mit direkten Zufahrten und Zugängen erst ausgelöst werden, wenn eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche bewilligt werde. Bewilligungspflichtige Änderungen bestehender Bauten, die bereits vor dem 1. Januar 2000 bestanden hätten, seien ohne bauliche Erweiterung der Nutzfläche (Renovationen, Umbauten innerhalb bestehender Kubaturen oder reine Nutzungsänderungen) nicht abgabepflichtig. Allfällige Verschiebungen der Nutzflächen innerhalb einer Liegenschaft seien unerheblich (VGE 722/03 v. 6.2.04, Erw. 3.4). Des Weiteren wurde im zit. VGE 717/04 ausgeführt:

„Würde man eine Rückwirkung mit der Begründung zulassen, die Vorteile des direkten Strassenanschlusses würden auch für bereits überbaute Liegenschaften über den 1. Januar 2000 hinaus pro futuro andauern, müssten aus Gründen der Rechtsgleichheit sämtliche Grundeigentümer von bereits überbauten und direkt an eine Basisstrasse angeschlossenen Liegenschaften per Inkrafttreten der Abgabepflicht dieser unterstellt werden. Indem die Abgabepflicht aber nur mit der Bewilligungserteilung für eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche ausgelöst wird (und sofern eine Bewilligungspflicht für eine direkte Zufahrt gemäss § 47 StraV überhaupt besteht, vgl. oben Erw. 2.2), hat der Gesetzgeber keine solche generelle Unterstellung der überbauten Liegenschaften ange-

B 5.2

strebt. Er macht die Abgabepflicht auch nicht von konkreten Strassenneubauten, -ausbauten und -sanierungen abhängig (vgl. dagegen Anschlussgebührenpflicht von Altbauten an ARA).

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

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

3.3 Im Lichte dieser Rechtsprechung und aus Gründen einer kohärenten Rechtsordnung ist nicht einzusehen, weshalb die dargelegte Anrechnung von bereits früher überbauten Flächen nur bei der Vorteilsabgeltung für die Erstellung von Zufahrten/Zugängen, nicht aber bei der Vorteilsabgeltung bei Näherbaubewilligungen anwendbar sein sollte. Der Gemeinderat bringt denn auch diesbezüglich nichts vor. Dementsprechend gilt grundsätzlich (nachdem das bisher auf dem Baugrundstück bestehende Gebäude noch nicht seit fünf Jahren abgerissen ist, wie der vorliegenden Verkehrswertschätzung vom 24. Mai 2005 zu entnehmen ist), dass – soweit schon Gebäudeflächen des bisher bestehenden Hauses in den Strassenabstand hineinragten – diese schon vor dem Inkrafttreten der Abgabepflicht bestehenden Unterschreitungen des Strassenabstandes

bei der Ermittlung der geschuldeten Vorteilsabgeltung nicht zu berücksichtigen bzw. in Abzug zu bringen sind. ...

4.1 Als nächstes ist das Begehren der Beschwerdeführerin zu prüfen, dass die zusätzlich vom Gemeinderat festgelegte Entschädigung von Fr. 6'440.-- für das Näherbaurecht (gegenüber dem Strassengrundstück) ersatzlos aufzuheben sei.

4.2 Der Gemeinderat begründet diese Entschädigung sinngemäss damit, dass er nach Ziffer 8 des kommunalen Gebührentarifs für das Bauwesen befugt sei, für die Einräumung eines Näherbau- bzw. Grenzbau-rechtes eine Entschädigung festzulegen, welche dem Vorteil des Geschwärtlers bzw. dem Nachteil des Gemeindegundstückes zu entsprechen habe, mindestens aber die Hälfte des Verkehrswertes des beanspruchten Bodens betrage. Er übersieht allerdings, dass dieser kommunale Gebührentarif einzig auf Art. 48 BauR abgestützt ist. Diese Bestimmung ermächtigt den Gemeinderat lediglich, für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen, die Baukontrolle und den Entscheid über Einsprachen Gebühren zu erheben. Art. 48 BauR stellt aber keine hinreichende gesetzliche Grundlage dar zur Erhebung von Abgaben für die Abgeltung von Näherbaurechten. Entgegen der Auffassung des Gemeinderates handelt es sich bei der Abgeltung für Näherbaurechte nicht um Behandlungsgebühren im Sinne von Art. 48 BauR.

4.3 Zusammenfassend besteht vorliegend keine hinreichende gesetzliche Grundlage, um die Baugesuchstellerin zu verpflichten, zusätzlich zur oben behandelten Vorteilsabgeltung nach § 58 StrV noch eine aus Ziffer 8 des kommunalen Gebührentarifs für das Bauwesen in Verbindung mit Art. 48 BauR hergeleitete Entschädigung für ein Näherbaurecht zu bezahlen. Ob es überhaupt zulässig wäre, nebst der erwähnten Vorteilsabgeltung nach § 58 StrV (zur Unterschreitung des Strassenabstandes) noch eine separate Entschädigung für Näherbaurechte zu erheben, ist fraglich (vgl. dazu die Entstehungsgeschichte der Vorteilsabgeltung im Rahmen der neuen Strassenverordnung, namentlich oben Erw. 2.3, wonach damit der kantonale Gesetzgeber die gesetzliche Grundlage für Vorteilsausgleichszahlungen schaffen wollte), kann hier aber offen bleiben, da jedenfalls zurzeit keine hinreichende gesetzliche Grundlage für diese vom Gemeinderat verfügte zusätzliche Entschädigungspflicht vorliegt. Nach dem Gesagten ist in Gutheissung des Beschwerdeantrages Ziffer 2 die vom Gemeinderat festgelegte Entschädigung für das Näherbaurecht von Fr. 6'440.-- ersatzlos aufzuheben.

(VGE 1053/06 vom 7. Dezember 2006).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Initiativrecht - Zulässigkeit eines Initiativbegehrens

- *Legitimation zur Anfechtung eines Initiativbegehrens (Erw. 2).*
- *Materielle Anforderungen an eine Initiative (Erw. 3).*
- *Zulässigkeit des (teilweisen) Rückzugs einer Initiative (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Verfassung räumt in § 73 KV jedem Stimmberechtigten die Befugnis ein, beim Bezirksrat oder Gemeinderat ein schriftliches Initiativbegehren einzureichen, welches sich auf einen Gegenstand bezieht, der in die Zuständigkeit der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung fällt (Abs. 1). ...

§ 8 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (GOG; SRSZ 152.100) normiert das Initiativrecht. Initiativbegehren sind dem Gemeinderat schriftlich einzureichen. Der Gemeinderat tritt auf ein Initiativbegehren nicht ein, wenn es sich nicht auf einen Gegenstand bezieht, zu dessen Behandlung die Gemeindeversammlung zuständig ist, der Grundsatz der Einheit der Materie nicht gewahrt ist, dem Bundes- oder kantonalen Recht widerspricht oder einen unmöglichen Inhalt aufweist (§ 8 Abs. 1 GOG). Der Gemeinderat kann auch Initiativbegehren als unzulässig erklären, wenn sie sich als Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes darstellen und keine neuen Tatsachen vorliegen, die eine nochmalige Behandlung rechtfertigen (§ 8 Abs. 2 GOG). Verfügungen über die Zulässigkeit von Initiativbegehren sind den Initianten mitzuteilen; der Entscheidungspruch ist zusammen mit dem Begehren im Amtsblatt zu veröffentlichen. Sie können innert zehn Tagen mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 8 Abs. 3 GOG).

2.2 § 8 Abs. 3 GOG sagt nichts über die Beschwerdebefugnis aus. Indessen ist allein aufgrund des Umstandes, wonach § 8 Abs. 3 GOG neben der individuellen Mitteilung des Gemeinderatsbeschlusses zur Zulässigkeit einer Initiative auch eine öffentliche Publikation dieses Beschlusses im Amtsblatt vorschreibt, ersichtlich, dass das Beschwerde-recht sich nicht auf die Initianten bzw. auf die zur Initiative Befugten beschränkt. Vielmehr sind zumindest alle Stimmberechtigten der Ge-

meinde befugt, vom Beschwerderecht gemäss § 8 Abs. 3 GOG Gebrauch zu machen (VGE 892/02 vom 30. Oktober 2002 Erw. 1 [= nicht publ. Erw. 1 von EGV 2002 B.7.1] mit Hinweis auf P. Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, ZBI 1990, S. 402; vgl. J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 45).

2.3.1 Gemäss § 95 Abs. 1 GOG kann jede Person, die ein Interesse nachweist, gegen rechtswidrige Beschlüsse und Wahlen des Volkes Beschwerde erheben.

2.3.2 Die Verfügung über die Zulässigkeit eines Initiativbegehrens ist als anfechtbare Vorbereitungshandlung zu qualifizieren (vgl. P. Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. überarb. Auflage 2001, Rz. 82 mit FN 242 u. Hinweis auf F. Huwyler, Das Recht der Volksinitiative in den Bezirken und Gemeinden des Kantons Schwyz, in: EGV-SZ 1986, S. 157 ff., S. 177). Für die Anfechtung von Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung oder Durchführung von Volkswahlen in den Bezirken und Gemeinden und von Sachabstimmungen des Volkes verlangt § 53a Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 15. Oktober 1970 (WAG SRSZ 120.110) ein schützenswertes Interesse. Mit der Einführung dieser Bestimmung wurde gemäss den Materialien (vgl. Bericht und Vorlage an den Kantonsrat betr. Änderung des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen [RRB Nr. 1552/1992] vom 8. September 1992 S. 15) die Erweiterung des Rechtsschutzes bei Wahlen und Abstimmungen auf kantonaler Ebene anvisiert. U.a. wurde auch darauf hingewiesen, dass es gegen Handlungen und Anordnungen bei der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen kein Rechtsmittel gebe.

2.3.3 Sowohl § 95 GOG wie auch § 53a WAG setzen somit ein Rechtsschutzinteresse (Interessennachweis bzw. schützenswertes Interesse) voraus. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass sich dieses Rechtsschutzinteresse ähnlich der Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 OG ans Bundesgericht im Schutz der politischen Rechte des Bürgers, welche ihm die Mitwirkung an der Staatstätigkeit ermöglichen sollen, erschöpfen will. Das schützenswerte Interesse bzw. die Legitimation zur Stimmrechtsbeschwerde gemäss § 53 Abs. 1 lit. b WAG ergibt sich - wie auch bei § 95 GOG - grundsätzlich bereits aus der Eigenschaft als Stimmberechtigter des betreffenden Gemeinwesens (vgl. Schönbächler, a.a.O., Rz. 86).

Das Rechtsschutzinteresse kann auch über die Teilnahme als Stimmberechtigter am politischen Willensprozess hinausgehen. Es sind ohne weiteres auch Fälle denkbar, in welchen ein Nichtstimmberechtigter

B 7.1

einen Interessennachweis beibringen bzw. ein schützenswertes Interesse geltend machen kann (beispielsweise kann ein Eigentümer, der in einer Gemeinde ein Grundstück besitzt, ohne dort stimmberechtigt zu sein, durch einen Entscheid in seiner Stellung als Eigentümer betroffen sein und daher eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Eigentumsgarantie, nicht aber der politischen Rechte erheben; vgl. BGE 119 Ia 167 Erw. 1.d).

Soweit ein Nichtstimmberechtigter Vorbereitungs- und Verfahrensmängel oder die Rechtswidrigkeit eines Gemeindeversammlungsbeschlusses oder Teilen davon rügt, rechtfertigt sich allerdings eine strengere Handhabung der Beschwerdelegitimation, welche sich an der allgemeinen Regelung gemäss § 37 lit. a VRP zu orientieren hat, wonach "ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse" darzutun ist (vgl. Schönbächler, a.a.O., Rz. 87).

Die Rechtsmittelbefugnis nach kantonalem Recht gemäss § 37 lit. a VRP entspricht weitgehend auch dem Inhalt der bundesrechtlichen Regelung (Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG; vgl. EGV-SZ 1983 Nr. 43 Erw. 2). Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Betroffenen verschaffen würde, oder - anders ausgedrückt - im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materiel-ler oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen (VGE 1000/03 vom 27. März 2003 Erw. 2.a/aa mit Hinweisen; vgl. H. Rausch, Öffentliches Prozessrecht auf der Basis der Justizreform, Zürich 2005 S. 18; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht, Basel 1994, Rz. 1013 - 1015). Nach konstanter Legitimation ist auch ein Gemeinwesen bzw. eine öffentlichrechtliche Körperschaft beschwerdebefugt, wenn es entweder "gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen ist" oder "durch die angefochtene Verfügung in seinen hoheitlichen Befugnissen berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse" an deren Aufhebung oder Änderung hat (BGE 124 II 409 Erw. 1e mit zahlreichen Hinweisen).

2.4 Gegenstand der vorliegenden strittigen Einzelinitiative ist einzig und allein die Umzonung eines der Beschwerdeführerin Ziff. 1 gehörigen Grundstückes, die für den Fall einer Annahme der Initiative insbesondere in ihrer vermögens- bzw. eigentumsrechtlichen Position durch die Initiative tangiert wird. ...

Die Korporationsbürger haben am 29. Mai 2005 der Gewährung eines Kaufrechts für das streitbetroffene Grundstück an den Beschwerdeführer Ziff. 2 zugestimmt. ... Mithin ist durch die Initiative einerseits die vermögensrechtliche Dispositionsfreiheit der Korporation als Ganzes wie infolge der Anteilhabe am Korporationsgut auch die individuelle vermögensrechtliche Position einer Mehrzahl ihrer Bürger, anderseits der korporationsinterne Meinungs- und Entscheidungsprozess der Korporation betroffen.

Das schützenswerte Interesse der Korporation an der Überprüfung der Rechtmässigkeit bzw. Zulässigkeit der Initiative ist bei dieser Sachlage zu bejahen.

3.1 Eine Initiative hat den materiellen Anforderungen von § 8 Abs. 1 GOG zu genügen (vorstehend Erw. 2.1). Der Gemeinderat tritt auf eine Initiative nicht ein, d.h. er erklärt sie für unzulässig, wenn

- sie sich auf einen Gegenstand bezieht, zu dessen Behandlung die Gemeindeversammlung nicht zuständig ist, der Grundsatz der Einheit der Materie nicht gewahrt ist,
- sie dem Bundes- oder kantonalem Recht widerspricht, sie einen unmöglichen Inhalt aufweist,
- sie sich als Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes darstellen und keine neuen Tatsachen vorliegen, die eine nochmalige Behandlung rechtfertigen (§ 8 Abs. 2 GOG).

3.2 Gegenstand einer Initiative kann nur sein, was gemäss §§ 83 und 88 KV sowie § 7 GOG in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung fällt. Ausgeschlossen ist die Initiative dort, wo eine abschliessende Kompetenz einer anderen Behörde gegeben ist. Denkbar sind Fälle, in denen ein Teil der Initiative ungültig ist, weil die Zuständigkeit einer Behörde nicht gegeben ist, so z.B. wenn mit der Änderung eines Zonenplanes auch die Ungültigerklärung einer gestützt auf den bestehenden Zonenplan erteilten Baubewilligung verlangt wird (Huwyler, a.a.O., S. 160 u. 166; H. R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A., Wädenswil 2000, § 50 Rz. 3.2 mit Beispielen).

3.3.1 Das Gebot der Einheit der Form stellt sich auf kommunaler Ebene für die Unterscheidung zwischen Rechtssetzungs- und Verwaltungsinitiative, wobei für beides die Gemeindeversammlung zuständig ist (Huwyler, a.a.O., S. 166). Rechtssetzungsinitiativen (Initiative auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer Gemeindeverordnung) sind gemäss § 73 Abs. 2 KV nur als allgemeine Anregung zulässig (Gander, a.a.O., S. 398 mit diesbezoglicher Kritik). Die Initiative in der Form der allgemeinen

B 7.1

Anregung beinhaltet eine verbindliche Anweisung an den Gemeinderat, eine Vorlage zu beschliessen, die den Wünschen und Absichten der Initianten entspricht. Dabei umschreibt diese Form der Initiative die zu beachtenden Gesichtspunkte und Richtlinien möglichst klar, so dass der von ihr verfolgte Zweck und die zu deren Erreichung erforderlichen Mittel offenbar werden. Sie soll den Gemeinderat in die Lage versetzen, die Vorlage ohne Verfälschung des Willens der Initianten auszuarbeiten (vgl. A. Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 3. A., Zürich 2005, S. 203). Wer trotzdem einen ausgearbeiteten Entwurf einreicht, muss sich nebst weitreichenden formellen Überarbeitungen auch inhaltlich gefallen lassen, dass Lücken gefüllt, Widersprüche beseitigt und Anpassungen an geltendes Recht vorgenommen werden. Die Ungültigkeit einer Initiative wird daher nur dann angenommen werden können, wenn der eingereichte Text keine solche Überarbeitung mehr zulässt (Huwyler, a.a.O., S. 159 ff., S. 161).

3.3.2 Auch Initiativen auf Erlass oder Änderung von Nutzungsplänen sind als Rechtssetzungsinitiativen zu betrachten und deshalb nur als allgemeine Anregungen möglich (Gander, a.a.O., S. 401). In diesen Fällen liegt es indes im Wesen der Sache, dass auch eine Initiative in der Form einer allgemeinen Anregung einer gewissen Konkretisierung namentlich hinsichtlich des zu ändernden Planbereiches bedarf. Insoweit empfiehlt sich eine zurückhaltende Anwendung des sogenannten Mischform-Verbots (vgl. Peter Friedli, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Art. 16 N 8).

3.4 Der Grundsatz der Einheit der Materie ist im kantonalen Recht nicht näher umschrieben. Er besagt, dass verschiedene Materialien nicht zu einer Abstimmungsfrage verbunden werden dürfen. Bei sachlichem Zusammenhang zwischen den verschiedenen Gegenständen eines Geschäftes ist der Grundsatz gewahrt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ihm Genüge getan, wenn zwischen mehreren Vorschlägen einer Initiative namentlich in Hinsicht auf das verfolgte Ziel ein gewisser Zusammenhang besteht, der es objektiv rechtfertigt, diese Vorschläge in einem Begehren und in einer Abstimmungsfrage zusammenzufassen (Gander, a.a.O., S. 384).

Die Lehre hat zum Erfordernis des inneren sachlichen Zusammenhangs Fallgruppen unterschiedlicher Konstellationen herausgearbeitet und die Einhaltung des Grundsatzes der Einheit der Materie etwa an folgenden Kriterien gemessen: Beschränkung auf einen einzigen Zweck, Verbindung eines Zwecks mit der dafür erforderlichen Finanzierung, Verbindung einer Regel mit einer Übergangsbestimmung, Verbindung verschiedener Forderungen mit logischem oder sachlichem Zusammenhang, Verbin-

derung der Forderung nach Aufhebung einer Regelung mit einem Ersatzvorschlag (vgl. BGE 129 I 366 Erw. 2.3 mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre; vgl. Baumann, a.a.O., S. 181 ff. mit ausführlicher Darlegung der Lehre). Diese Umschreibungen der Anforderungen an die Einheit der Materie belegen, dass der Begriff schwer zu fassen ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betont daher, dass der Grundsatz von relativer Natur und vor dem Hintergrund der konkreten Verhältnisse zu betrachten ist (vgl. BGE 129 I 366 Erw. 2.2; BGE 128 I 190 Erw. 3.2; 125 I 227 Erw. 3b; 123 I 63 Erw. 4d u.a.). Insgesamt handhabt die Praxis den Grundsatz large und grosszügig (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz. 1389 u. 1790 mit Hinweisen). Auf der kommunalen Stufe spielt dieser Grundsatz überdies deshalb eine untergeordnete Rolle, weil die beratende Gemeindeversammlung die Möglichkeit hat, ein Geschäft zu trennen (VGE 680/94 vom 22. Dezember 1994, Prot. 1429, Erw. 3.c; EGV-SZ 1990 Nr. 12 Erw. 4 mit Hinweisen u. Nr. 11 Erw. 6.a-c).

3.5.1 Rechtlich möglich ist eine Initiative nur, wenn sie nicht gegen übergeordnetes Recht und dessen Sinn und Geist verstösst (Huwyler, a.a.O., S. 163; Gander, a.a.O., S. 400). Ebenso ist die Gemeindeordnung zu respektieren, sofern die Initiative nicht deren Änderung verlangt (Thalmann, a.a.O., § 50 Rz. 3.3). Mit VGE 507/96 vom 22. März 1996 (Prot. S. 364 ff.) wurde eine Initiative betr. Einbürgerungsstopp auf Gemeindeebene für ungültig erklärt infolge Verstosses gegen übergeordnetes Recht, da bei Wiedereinbürgerung resp. bei der erleichterten Einbürgerung Kantons- und Gemeindebürgerrecht gemäss Bundesrecht direkt vergeben werden, während die ordentliche Einbürgerung der Gemeindeversammlung durch das kantonale Recht übertragen wird. Im Entscheid EGV-SZ 1994 Nr. 13 Erw. 3 (mit Hinweisen) wurde allerdings festgehalten, dass die Prüfung der materiellen Gültigkeit (Vereinbarung mit übergeordnetem Recht) einer Initiative durch den Gemeinderat nur als grobmaschiges Sieb wirken soll, das lediglich jene Initiativen von der Volksabstimmung ausnehme, die eindeutig unzulässig seien. In Zweifelsfällen sei es nicht Sache der Exekutive, über die Zulässigkeit von Volksbegehren zu entscheiden; sie müssten dem zuständigen Organ (Gemeindeversammlung) zur Behandlung zugewiesen werden. Es gelte der Grundsatz "in dubio pro populo".

Eine Initiative ist mithin nicht rechtswidrig und ungültig, wenn eine gesetzeskonforme Auslegung möglich ist. Falls möglich, sollte die Initiative im Sinne des höheren Rechts interpretiert und auf diese Weise vor ihrer Ungültigkeit bewahrt werden. Formulierte Initiativen werden strenger beurteilt als allgemeine Anregungen (Baumann, a.a.O., S. 185; BGE 123 I 63 Erw. 4.b). Ist die Initiative aber klar rechtswidrig, muss sie

B 7.1

ungültig erklärt werden, auch wenn sie einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des übergeordneten Rechts enthält (Thalmann, a.a.O., § 50 Rz. 3.3; BGE 117 Ia 147 ff., bes. Erw. 6.).

In VGE 651 + 654/92 vom 24. November 1992 (Prot. 1281, Erw. 3.a) wurde weiter als Argument dafür, dass Initiativbegehren, bei welchen gewisse Zweifel über deren inhaltliche Rechtmässigkeit bestehen können, dennoch nicht dem Entscheid des Bürgers entzogen werden sollen, u.a. angeführt, dass eine lückenlose Garantie, dass keine rechtswidrigen Normen erlassen werden, auch im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren auf kommunaler oder kantonaler Ebene nicht bestehe.

3.5.2 Eine Initiative darf auch nicht einen durch Kündigung nicht auflösbaren Widerspruch zu Zweckverbandsstatuten aufweisen oder den im Rahmen eines Konzessionsverhältnisses eingegangenen Verpflichtungen der Gemeinde zuwiderlaufen (Gander, a.a.O., S. 400).

3.5.3 Unzulässig sind auch Initiativen, die gegen verfassungsmässige Grundrechte, wie Handels- und Gewerbefreiheit, Eigentumsgarantie und Prinzipien wie das Rechtsgleichheitsgebot oder den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Als Beispiele werden genannt eine Initiative, die ihrem Wortlaut nach die Förderung einer privaten Institution mit öffentlichen Mitteln verspricht, unbestrittenermassen aber das Gegenteil bezweckt, eine unbegründete unterschiedliche Behandlung von Frau und Mann mit sich bringt oder eine Rückwirkung von Initiativen, ohne dass die hierfür erforderlichen Voraussetzungen (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 329 ff.) gegeben sind (Beispiele bei Thalmann, a.a.O., § 50 Rz. 3.3).

3.6 Faktisch unmöglich erscheint eine Initiative, deren angestrebtes Ziel nicht (mehr) erreichbar ist, oder wo die gemäss Initiative zur Verfügung gestellten Mittel das Ziel als unerreichbar erscheinen lassen (Huwyler, a.a.O., S. 164 f.). Ungültigkeit ist nur bei offensichtlicher Undurchführbarkeit anzunehmen (Thalmann, a.a.O., § 50 Rz. 3.5).

4.1 Die Beschwerdeführer machen replizierend geltend, durch den Rückzug der Absätze 2-4 des Initiativtextes und den alleinigen Verbleib von Absatz 1 sei das Initiativbegehren völlig geändert worden (vgl. Ingress lit. A. u. E.). Die Vorinstanz habe es unterlassen, über das geänderte Initiativbegehren Beschluss zu fassen. Der angefochtene Beschluss vom 7. Juli 2005 sei damit hinfällig resp. gegenstandslos geworden, was zur Beschwerdeguthetung führen müsse, sofern der angefochtene Beschluss nicht von der Vorinstanz widerrufen werde.

4.2.1 Die Frage des Rückzuges einer Initiative als Ganzes wie auch namentlich eines Teilrückzuges ist im GOG nicht geregelt. Kölz (Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: ZBI 1982 S. 1 ff.) vertritt gestützt auf BGE 105 Ia 362 Erw. 9 die Auffassung (S. 26 f.), dass ein im Initiativtext verankertes Recht auf Teilrückzug der Initiative durch das Komitee im Sinne eines minus gegenüber dem gänzlichen Rückzug zulässig sei, da das Initiativverfahren zumindest im ersten Stadium - d.h. bis zum Ansetzen der Volksabstimmung (vgl. Art. 73 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976, BPR; SR 161.1) - von der Dispositionsmaxime beherrscht werde. Indessen trage bei einem Teilrückzug das rückzugsberechtigte Initiativkomitee das Risiko einer allfälligen Ungültigerklärung der Initiative, wenn die zuständige Behörde zum Schluss kommt, dass der verbliebene Teil die notwendigen Unterschriften nicht erzielt hätte (vgl. auch Friedli, a.a.O., Art. 18 N 6). Für die Möglichkeit des Rückzuges einer Initiative spätestens bis zur Schlussabstimmung der Gemeindeversammlung spricht sich auch Huwyler aus (a.a.O., S. 173 f.).

4.2.2 Vorliegend handelt es sich um eine Einzelinitiative, womit sich eine Rückzugsklausel im Initiativtext erübrigt. Der Rückzug steht somit allein und ohne weiteres der Initiantin zu (Thalmann, a.a.O., § 96-97 Rz. 8.2). Es ist auch nichts ersichtlich, was gegen die Zulässigkeit eines Teilrückzuges des Initiativbegehrens spricht. Für die Zulässigkeit auch eines Teilrückzuges können hingegen verschiedene Gründe ins Feld geführt werden.

Einerseits hat der Urheber eines Initiativbegehrens auch bei einer Zulässigkeit der Initiative aufgrund der Beratungspflicht und des Antragsrechts jedes Stimmberechtigten auf Gemeindeebene (§ 12 Abs. 1 u. 2 und § 26 GOG) keine Gewähr und keinen Anspruch darauf, dass exakt über sein Begehren Beschluss gefasst wird. Vielmehr ist es möglich, dass ein modifiziertes Begehren zur Abstimmung kommt (EGV-SZ 1991 Nr. 14 Erw. 4; Gander, A.a.O., S. 397). Das Initiativ-Geschäft kann entsprechend auch getrennt werden (vgl. vorstehend Erw. 3.4).

Andererseits ist im Sinne der Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine blosser Teilungültigkeit statt einer Totalungültigkeit einer nur teilweise rechtswidrigen Initiative auszusprechen, sofern anzunehmen ist, dass der verbleibende Teil der Initiative als wichtig anzusehen ist und objektiv angenommen werden kann, dass die Initiative auch im reduzierten Umfang unterzeichnet worden wäre (BGE 111 Ia 292, 119 Ia 165; VGE 651+654/92 vom 24. November 1992 Prot. 1281, Erw. 3.a; Friedli, a.a.O., Art. 17 N 10; Baumann, a.a.O., S. 185 mit FN 19), was

B 7.2

im Falle des Rückzuges einer Einzelinitiative selbstredend zu bejahen ist.

Anzufügen bleibt im Übrigen, dass vorliegend die Mitunterzeichner ihr Einverständnis zum Teilrückzug der Beschwerde erklärt haben.

4.3 Der Teilrückzug der Initiative erweist sich mithin als zulässig. Die reduzierte Initiative bedurfte weder eines erneuten Beschlusses durch den Gemeinderat noch einer erneuten Publikation, zumal nur das (Haupt-)Begehren Ziff. 1, das nach dem Rückzug der Begehren Ziff. 2-4 noch allein Gegenstand der Initiative darstellt, publiziert worden war (vgl. Ingress lit. B; Vi-act. 10) im Sinne der Stellungnahme des Rechts- und Beschwerdedienstes vom 20. Juni 2005, wonach im Zentrum der Initiative klar das Anliegen steht, das Steinfabrikareal einer anderen Nutzungsart zuzuführen.

(5.2 hinreichende Bestimmtheit und Klarheit der Initiative bejaht.)

(6. Verletzung raumplanungsrechtlicher Grundsätze durch das Initiativbegehren verneint.)

(VGE 895/05 vom 26. Januar 2006).

7.2 Demonstrationsfreiheit

- *Voraussetzungen für die Verweigerung einer Demonstration (Erw. 3.4 - 3.6).*
- *Anwendung auf den konkreten Fall (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Dem Gesuch des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" zur "Durchführung einer antifaschistischen Platzkundgebung mit multikulturellem Strassenfest am 1. August 2006" gab der Gemeinderat Ingenbohl mit Beschluss vom 30. Januar 2006 nicht statt. Eine dagegen erhobene Beschwerde, welche vom Regierungsrat als Sprungbeschwerde überwiesen wurde, ist vom Verwaltungsgericht abgewiesen worden.

Aus den Erwägungen:

3.4 Die Durchführung einer Kundgebung auf öffentlichem Grund stellt einen gesteigerten Gemeindegebrauch dar (BGE 124 I 267 Erw. 3.a;

BGE 107 Ia 64 Erw. 2a). Da durch den gesteigerten Gemeingebrauch öffentlichen Grundes dessen gleichartige Benützung durch unbeteiligte Dritte lokal und temporär eingeschränkt wird, ist einerseits eine Prioritätenordnung unter den verschiedenen Benutzern vorzunehmen und rechtfertigt sich andererseits die Bewilligungspflicht von Kundgebungen (BGE 127 I 164 Erw. 3b; Hangartner/Kley, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in: ZBI 96/1995 S. 105; BGE 100 Ia 392 Erw. 5). Ein Verbot einer Kundgebung kann sich u.U. mit der Zweckbindung einer Örtlichkeit rechtfertigen lassen; in BGE 124 I 267 (Erw. 3.c) wurde ein Kundgebungsverbot für den Klosterplatz Einsiedeln mit dessen Funktion und Stellenwert begründet (zur Bedeutung der Funktion des Rütli als historische Gedenkstätte, als "Denkmal unserer Freiheit" bei der Beurteilung der Zulassung öffentlicher Kundgebungen auf dem Rütli vgl. VPB 58 [1994] Nr. 52). ...

3.5 Die Verweigerung der Bewilligung für eine Manifestation auf öffentlichem Grund stellt eine Einschränkung von Grundrechten dar. Sie ist nur zulässig, wenn sie wie bei jedem anderen Grundrechtseingriff auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt bzw. dem Schutz von Grundrechten Dritter dient und verhältnismässig ist (Art. 36 BV; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz. 542; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 2413; Stefan Leutert, Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen, Zürich 2005, S. 40).

3.5.1 Aus der Optik des öffentlichen Interesses bedingt der Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der Privaten nicht nur ein Abwägen zwischen öffentlichen und privaten Interessen, sondern es hat gleichzeitig eine Gewichtung verschiedener öffentlicher Interessen stattzufinden, da der Schutz der Grundrechte auch im öffentlichen Interesse liegt (Häfelin/ Müller, a.a.O., Rz. 568).

Beim Entscheid über die Bewilligung einer Demonstration darf die Behörde, welcher die Aufsicht und die Verfügung über den öffentlichen Boden zusteht, in erster Linie die dagegen sprechenden polizeilichen Gründe berücksichtigen. Dazu zählen solche des öffentlichen und privaten Verkehrs, der Vermeidung von übermässigen Immissionen, der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Abwendung unmittelbarer Gefahren von Ausschreitungen, Krawallen und Gewalttätigkeiten sowie Übergriffen und Straftaten jeglicher Art. Die öffentliche Ordnung lässt keinen Raum für Meinungskundgebungen, die mit rechtswidrigen Handlungen verbunden sind. Dabei ist das Gewaltisiko nicht nur abstrakt, sondern anhand konkreter Umstände objektiv zu würdigen. Wie das Bundesgericht schon früher festgestellt hat (BGE 111 Ia 322 Erw. 6a mit Hinwei-

B 7.2

sen), genügt die blossе Möglichkeit, dass es bei einer Veranstaltung zu rechtswidrigen Handlungen kommen könnte, nicht, um ein Verbot auszusprechen. Ein solches ist nur zulässig, wenn eine konkrete Gefahr für die öffentliche Ordnung besteht, d. h. wenn bei einer Kundgebung Ausschreitungen der erwähnten Art nach den Umständen «mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit vorauszusehen» sind.

Weitere zu beachtende öffentliche Interessen betreffen die zweckmässige Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner; in diesem Sinne können die Besonderheiten oder speziellen Zweckbestimmungen gewisser Örtlichkeiten gegen die Benützung für Manifestationen sprechen. Ferner ist die durch die Kundgebung und den gesteigerten Gemeingebrauch verursachte Beeinträchtigung von Freiheitsrechten unbeteiligter Dritter im Bewilligungsverfahren in die Beurteilung mit einzubeziehen; zu denken ist etwa an die Auswirkungen auf die persönliche Freiheit, die Wirtschaftsfreiheit oder die Eigentumsгарantie (vgl. BGE 127 I 164 Erw. 3b mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Im Vordergrund steht dabei letztlich immer die Gewährleistung der öffentlichen Ruhe und des öffentlichen Friedens (vgl. VGE 866/97 vom 24. Oktober 1997 S. 13 Erw. 2.b).

3.5.2 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit setzt voraus, dass die Verwaltungsmassnahme geeignet (i) sein muss, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, dass sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht erforderlich (ii) ist und eine mildere Massnahme zur Verwirklichung des erstrebten Erfolges nicht ausreicht, und dass ein vernünftiges Verhältnis (iii) zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den die Verwaltungsmassnahme für den Privaten hat, gewahrt wird (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 586 ff.). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

3.6 Der Behörde kommt im Bewilligungsverfahren Ermessen zu. Sie ist indessen nicht nur an das Willkürverbot und das Gleichheitsgebot gebunden, sondern hat vielmehr dem ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, Rechnung zu tragen. (Politische) Demonstrationen als besondere Form der Meinungsäusserung und Versammlung sind nicht etwa wegen der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund und wegen der Bewilligungspflicht dem Schutzbereich von Art. 16 und Art. 22 BV entzogen. Ob und allenfalls unter welchen Auflagen einem Gesuch um Durchführung einer Demonstration zu entsprechen ist, steht demnach nicht im freien Belieben der Behörde. Diese hat die verschiedenen Interessen nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen. Insbesondere die Möglichkeit der Anordnung von Auflagen und

Bedingungen erlaubt eine dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügende Gestaltung. Sie kann umgekehrt eine Mitwirkungspflicht der Veranstalter erfordern. Ob die von den Demonstranten vertretenen Auffassungen und Anliegen der zuständigen Behörde mehr oder weniger wertvoll erscheinen, darf für den Entscheid über eine nachgesuchte Bewilligung einer Manifestation nicht massgebend sein; die Behörde ist vielmehr zu einer neutralen, sachlichen Haltung verpflichtet (vgl. BGE 127 I 164 Erw. 3b mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre).

4.1 Am Nationalfeiertag gedenken breite Bevölkerungskreise in zahlreichen Gemeinden und Orten des Geburtstages des Landes retrospektiv und prospektiv in teils besinnlichen Feiern, teils in Form von Volksfesten.

In Brunnen wird neben der traditionellen Feier auch alljährlich ein grosses Feuerwerk gezündet, das nebst Tausenden von Besuchern vom Lande aus auch die Passagiere der Schifffahrtsflotte des Vierwaldstättersees mitverfolgen. Hinzu kommen die Besucher der traditionellen Rütlifeier vom 1. August, welche auf der Anmarschroute bzw. dem Heimweg grösstenteils Brunnen durchqueren, um via Schiff auf das Rütli zu gelangen. Die Anwesenheit dieser Vielzahl von Besuchern in Brunnen am Nationalfeiertag steht in besonderem Masse im Zeichen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit mit dem ideellen Zweck, gemeinsam das Bestehen des schweizerischen Bundesstaates zu feiern und dem gemeinsamen Einstehen für die positiven Werte und Errungenschaften der Schweizerischen Eidgenossenschaft in friedlich-festlichem Beisammensein Ausdruck zu geben.

In Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen all dieser Dritten sowie in Mitberücksichtigung der zweckmässigen Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen (vgl. vorstehend Erw. 3.5.1) im Interesse der Vielzahl der erwähnten (Fest-)Besucher, welche einerseits die traditionellen 1. Augustfeiern auf dem Rütli und in Brunnen und andererseits das am Abend in Brunnen stattfindende Feuerwerk besuchen wollen, wie auch im Interesse der ortsansässigen Bevölkerung als Organisatoren wie auch als Teilnehmer der örtlichen 1. Augustfeierlichkeiten besteht kein Anspruch von Dritten, die - anders als mit der Bezeichnung "Bündnis für ein buntes Brunnen" zwangsläufig Glauben gemacht wird - keinen persönlichen Bezug zu Brunnen haben, an diesem Tag eine Demonstration in Brunnen durchzuführen.

4.2.1 Das kantonale Militär- und Polizeidepartement hat mit einer ersten Lagebeurteilung vom 14. November 2005 für den Fall eines gleichzeitigen rechten Aufmarsches und einer linken Demonstration in Brunnen Auseinandersetzungen mit hohem Gewaltpotential als "sehr

B 7.2

wahrscheinlich" beurteilt. Diese Beurteilung wurde mit der Lagebeurteilung Nr. 2 des Kommandanten der Kantonspolizei vom 15. März 2006 wiederholt. Diese Lagebeurteilungen beruhen auf den Erkenntnissen des Bundes (Dienst für Analyse und Prävention) und der kantonalen Staatsschutzorgane (je ohne weitere Quellenangabe). Eine ähnliche Einschätzung der allgemeinen Situation lässt sich auch dem Extremismusbericht des Bundesrats vom 25. August 2004 (BBI S. 5011 ff.) entnehmen. Gemäss der Zusammenfassung gefährdeten einerseits "rechtsextrem motivierte Aktivitäten [gefährden] teils punktuell, teils lokal erheblich die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit", andererseits gehe "eine erhebliche Gefahr [geht] zurzeit von linksextremen Exponenten aus" (vgl. "Übersicht", S. 5013).

(4.2.2 Vorbringen des Beschwerdeführers.)

4.2.3 Diese Angaben des Beschwerdeführers sind nicht anders zu lesen, als dass es ihm weniger darum geht, auf dem Wege der zur Bewilligung beantragten Kundgebung einem weiteren Publikum eine positive (rechtsstaatliche) Botschaft zu vermitteln, als vielmehr einem angeblichen Versagen des Staates in seiner Funktion als Ordnungshüter zu begegnen und eine allfällige nicht bewilligte Demonstration rechtsextremer Kreise zu verhindern. Ob eine solche Zielsetzung durch das ungeschriebene Grundrecht der Demonstrationsfreiheit noch abgedeckt ist, kann offen bleiben, da sie auf jeden Fall kein öffentliches Interesse an einer Demonstration begründen kann. Das vom Beschwerdeführer offensichtlich ins Kreuzfeuer seiner Kritik genommene Verhalten der Polizei war Gegenstand einer kantonsrätlichen Interpellation, welche vom Regierungsrat mit Beschluss Nr. 1547/2005 vom 29. November 2005 beantwortet wurde, worin der Regierungsrat festhielt, die Einsatzweise der Sicherheitskräfte sei "unter den gegebenen Umständen auftragskonform und vertretbar gewesen." Mit dem gewählten Vorgehen hätte Schaden an Menschen und Sachen weitgehend vermieden werden können (Erw. 2.2.2).

4.2.4 ... Diese Art der Mobilisierung bringt es mit sich, dass Ort, Zeit und Ausrichtung der Demonstration frühzeitig öffentlich bekannt wären und wie der Bär vom Bienenstock auch die Rechtsextremen, die reichlich Zeit hätten sich zu organisieren und ihre Vorgehensstrategien zu planen und abzusprechen, von der stationären Demonstration angezogen würden. Diese Gefahr ist umso grösser, als die Mitglieder und Sympathisanten rechtsextremistischer Gruppen seit einigen Jahren und von Jahr zu Jahr zunehmend am 1. August das Rütli aufsuchen, die dortige Bundesfeier stören, jeglichen Respekt selbst vor den höchsten Bundesmagistra-

ten vermissen lassen und sich dort sowie auf der Rückkehr vom Rütli beim Durchmarsch durch Brunnen provokativ verhalten und teilweise auch Übergriffe gegenüber Dritten begangen haben. ...

4.2.5 Zur Standortfrage erklärte der Beschwerdeführer, er anerkenne, dass die Quaianlage nicht geeignet und der Auslandschweizerplatz belegt sei. In Frage kämen hingegen die Schiffflände, der Kronenplatz, der Gemeindeparkplatz sowie der Ochsenplatz und der Parkplatz vor der Sparkasse. Der Standort müsse zentral sein. Der Bahnhofplatz komme unter diesem Gesichtspunkt nicht in Frage. Alle vom Beschwerdeführer genannten Plätze für die Durchführung der stationären Demonstration liegen direkt oder in allernächster Nähe (Ruf- und Sichtdistanz) zur Route Schiffflände – Bahnhofstrasse – Bahnhof, der meistfrequentierten Achse durch Brunnen. Nach Meinungsäußerung des Beschwerdeführers würden die Teilnehmer der Demonstration "Buntes Brunnen" bei einem allfälligen Durchmarsch der Rechtsextremen auf der Bahnhofstrasse "sicher verbal aktiv werden. Einen Polizeikordon würden sie aber nicht durchbrechen".

4.2.6 ...

4.2.7 Aus der gesamten Übungsanlage ergibt sich somit unschwer, dass ein Zusammentreffen der beiden Pole gewollt ist und gesucht wird. ... Dass von den Ausschreitungen auch unbeteiligte Dritte betroffen wären und Sachbeschädigungen im Umfeld des Demonstrationsplatzes zu befürchten wären, ist naheliegend. Diese Dritten haben indes nicht nur einen prioritären Anspruch auf eine friedliche und würdige 1. Augustfeier inkl. unbehelligte Benützung der öffentlichen Plätze und Anlagen, sondern sie haben in ebenso hohem Masse einen Anspruch darauf, die Feier ungestört und ungefährdet miterleben zu können.

Insgesamt zeigt sich die Gefahr von Ausschreitungen gegenüber unbeteiligten Dritten und Sicherheitskräften nicht nur abstrakt, sondern ganz konkret.

...

4.4 Die vom Beschwerdeführer verschiedentlich ins Felde geführte Appellwirkung (vgl. vorstehend Erw. 4.2.3) einer Demonstration des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" kann das einer Bewilligung entgegenstehende vorstehend dargelegte überwiegende öffentliche Interesse und grundrechtlich geschützte Interesse Dritter nicht aufwiegen. U.a. vom Beschwerdeführer (mit-)organisierte antifaschistische Demonstrationen werden nicht nur an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten durchgeführt, sondern teils auch ohne gleichzeitige - bewilligte

B 7.2

oder unbewilligte - Demonstrationen rechtsextremer Kreise. ... Mithin ist zu folgern, dass die anvisierte Appellwirkung nicht auf ein Forum angewiesen ist, dass in zeitlicher und örtlicher Hinsicht mit einer allfälligen (unbewilligten) Demonstration rechtsextremer Kreise zusammenfällt.

(Gesamtgerichtsentscheid VGE 818/06 vom 24. Mai 2006).

Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 1P.396/2006 vom 4. September 2006 (BGE 132 I 256) bestätigt. Aus dessen Erwägungen:

3. Das Bundesgericht hat die Grundzüge der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hinsichtlich Kundgebungen auf öffentlichem Grund in BGE 127 I 164 E. 5 zusammengefasst. ...

4. Es steht ausser Frage, dass sich der Beschwerdeführer für die "Durchführung einer antifaschistischen Platzkundgebung mit multikulturellem Strassenfest am 1. August 2006" auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit im dargelegten Sinne berufen kann. Aus der dargelegten Rechtsprechung ergibt sich umgekehrt auch, dass kein absoluter Anspruch auf eine Bewilligung für die Benützung öffentlichen Grundes besteht und Kundgebungen gemäss den Kriterien von Art. 36 BV verweigert werden können. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden aufgrund einer umfassenden Beurteilung zu prüfen, ob die Verweigerung der Bewilligung für die Kundgebung am 1. August 2006 vor der Verfassung standhält.

4.1 Entgegen einer Anmerkung im angefochtenen Entscheid (E. 4.1 a. E.) kann für die Verweigerung der angebehrten Bewilligung nicht darauf abgestellt werden, ob der Beschwerdeführer eine spezifische Beziehung zu Brunnen aufweise oder aber als Auswärtiger in Brunnen Auffassungen und Anliegen kundtun möchte. Der Anspruch auf Durchführung einer Kundgebung ist nicht Einheimischen reserviert. Die Freiheit der Meinungsäusserung kann es mit der damit verbundenen Appellwirkung geradezu erfordern, an einem spezifischen Ort eine Kundgebung durchzuführen. Dies trifft auch auf das Vorhaben des Beschwerdeführers zu, welches an ein Auftreten von rechtsextremen Kreisen in Brunnen anknüpft.

Im Grundsatz kann auch eine Kundgebung am 1. August - anders als vom Verwaltungsgericht angenommen (E. 5.3) - nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die dem Beschwerdeführer zustehende Wahl dieses Datums hat lediglich zur Folge, dass angesichts des Nationalfeiertages in besonderem Ausmasse eine Prioritätenordnung für die Benützung öffentlichen Grundes zu erfolgen hat und das - gleichermassen

grundrechtlich geschützte - Interesse Dritter an der Begehung des Nationalfeiertages als besondere Form der Meinungsäußerung und die damit verbundene Benützung öffentlichen Grundes in die Güterabwägung einzubeziehen ist. ...

4.3 ... Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit bedeutet indes nicht, dass die Abhaltung einer Kundgebung und die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges in absoluter Weise zu garantieren sei bzw. in absoluter Weise garantiert werden könne. Die Mittel für die Gewährung eines entsprechenden Schutzes sind vielmehr begrenzt und deren effizienter Einsatz ist im Einzelfall von einer Vielzahl von konkreten Umständen abhängig.

Bei der Beurteilung, welche Mittel (vernünftiger- und verhältnismässigerweise) eingesetzt werden können und was rein tatsächlich in einer gegebenen Situation (noch) garantiert werden kann, kommt den Behörden ein weiter Spielraum zu (Urteil i.S. Plattform, a.a.O., Ziff. 34). Wie es sich mit einem Polizeieinsatz im konkreten Einzelfall verhält, beurteilt sich unter Beachtung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit aufgrund der allgemeinen Lagebeurteilung und der Gesamtheit der konkreten Umstände und Verhältnisse (vgl. Urteil i.S. Plattform, a.a.O., Ziff. 36 ff.).

4.4 Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Fall zu prüfen, wie es sich mit einem Polizeieinsatz verhält und was daraus für die Durchführung bzw. Bewilligung des "antifaschistischen Strassenfestes" zu folgern ist. Dabei sind unterschiedliche Elemente heranzuziehen.

...

4.4.2 Ausgehend von dieser allgemeinen Lagebeurteilung und vor dem Hintergrund der Erfahrungen insbesondere des letzten Jahres durfte im konkreten Fall davon ausgegangen werden, dass rechtsextreme Kreise dieses Jahr erneut in Brunnen auftreten und in allgemeiner Weise wiederum gewalttätig werden würden. Weiter konnte angenommen werden, dass diese sich durch die in Aussicht genommene antifaschistische Kundgebung des Beschwerdeführers zusätzlich provoziert fühlen und daher mit grossem Gewaltpotenzial gegen die Kundgebung vorgehen könnten. Ein entsprechendes Zusammenprallen rechter und linker Gruppierungen lässt ernsthaft gewaltsame Auseinandersetzungen befürchten und solche lassen es für die Polizeikräfte von vornherein als schwierig erscheinen, die Polizeigüter im Allgemeinen zu schützen und im Speziellen den Teilnehmern an der Kundgebung des "Bündnisses" einen ruhigen Verlauf und Schutz vor Angriffen rechtsextremer Kräfte zu bieten.

...

B 8.1

4.4.4 Diese Einschätzung erscheint zudem vor dem Hintergrund der örtlichen Verhältnisse in einem besondern Lichte. Das Zentrum von Brunnen weist sehr enge Örtlichkeiten und keine klar trennbaren Räume auf und verfügt nur über ganz wenige für einen Polizeieinsatz geeignete Hauptachsen. Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen lokalen Gegebenheiten nicht näher auseinander; er macht insbesondere nicht geltend, dass für ihn in Betracht fallende Plätze die Durchführung einer Kundgebung - unter Beachtung der befürchteten Auseinandersetzungen und Ausschreitungen, des erforderlichen Polizeieinsatzes und der Aufrechterhaltung von öffentlicher Ordnung und Sicherheit - tatsächlich erlauben würden.

4.4.5 Darüber hinaus gestaltet sich der erforderliche Einsatz von Polizeikräften wegen der Besonderheiten des 1. August als äusserst problematisch. ...

4.6 In Anbetracht der gesamten Verhältnisse, welche im Rahmen des überhaupt Möglichen einen effizienten Polizeieinsatz erschweren oder gar verunmöglichen, sowie der ernsthaften konkreten Gefahren für die Polizeigüter hält es vor der verfassungsmässigen Meinungs- und Versammlungsfreiheit stand, die vom Beschwerdeführer ersuchte Bewilligung für eine Kundgebung zu verweigern. Eine solche Verweigerung erscheint als einzige Möglichkeit, um die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten, und erweist sich als verhältnismässig. ...

(Urteil des Bundesgerichts 1P.396/2006 vom 4. September 2006).

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

8.1 Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis

- *Ausführungen zur Einsprachebefugnis bzw. Nachbarbeschwerde in Bausachen (im Kontext mit Meteorwasser).*

Aus den Erwägungen:

1.1 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, Prot. S. 768; VGE 918/05 vom 21. Dezember 2005, Erw. 1).

1.2 War jemand zu Unrecht Partei im vorinstanzlichen Verfahren, so ist er nicht beschwerdebefugt (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, N 27 zu § 21; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, § 38 N 146). Wurde ein materieller Entscheid trotz Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung gefällt, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 96 zu Vorbem. zu §§ 19-28; Merker, a.a.O., Vorbem. zu § 38 N 4; VGE 1040/05 v. 17. November 2005, Erw. 1.3).

Hat die untere Rechtsmittelinstanz die Prozessvoraussetzungen zu Recht bejaht, kann dennoch bei einem Weiterzug in besonderen Fällen die Rechtsmittelbefugnis entfallen, so namentlich beim nachträglichen Wegfall des Rechtsschutzinteresses (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 97 zu Vorbem. zu §§ 19-28). Fällt während der Rechtshängigkeit das Rechtsschutzinteresse weg, ist das Verfahren als gegenstandslos am Protokoll abzuschreiben (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 95 zu Vorbem. zu §§ 19-28; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 11 zu Art. 51).

1.3 Zur Einreichung einer öffentlich-rechtlichen (Bau-)Einsprache ist gemäss § 80 Abs. 2 PBG i.V. mit § 65 VRP befugt, wer ein "eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse" dartut. Abgesehen von der Beteiligung am vorinstanzlichen Verfahren stimmt diese Entscheidungsvoraussetzung mit der für die Rechtsmittelverfahren geltenden Rechtsmittelbefugnis gemäss § 37 lit. a VRP überein. Diese Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis entspricht weitgehend auch dem Inhalt der bundesrechtlichen Regelung von Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG (vgl. EGV-SZ 1983 Nr. 43 Erw. 2; VGE 1042/99 vom 16. März 2000, Prot. 189 Erw. 1.a). Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Einsprache bzw. Beschwerde den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde, oder, anders gesagt, in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils, den das Bauvorhaben bzw.

B 8.1

die angefochtene Verfügung für jene zur Folge hätte. Es ist dabei unwesentlich, ob das tatsächliche Interesse auch rechtlich geschützt wird. Zur Vermeidung der Popularbeschwerde wird die Regel aufgestellt, dass derjenige, der sich zur Wehr setzen will, mehr als die Allgemeinheit berührt sein muss; erforderlich ist eine beachtenswerte, nahe Beziehung der Beschwerdeführer zur Streitsache, die diese besonders und unmittelbar betroffen macht. Die Legitimation hängt nicht von der Übereinstimmung zwischen privaten Interessen der Einsprecher bzw. Beschwerdeführer und der Schutzrichtung der angerufenen Norm ab, d.h. das geltend gemachte Interesse muss von der angeblich verletzten Bestimmung des öffentlichen Rechts nicht erfasst werden (EGV-SZ 1983 Nr. 43 Erw. 3 mit Hinweis auf Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 37 ff.; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1979, S. 113 ff.; EGV-SZ 1975 S. 3 ff. und weitere).

1.4 Nachbarbeschwerden gegen Baubewilligungen zählen zu den typischen Tatbeständen von Drittbeschwerden, auf welche grundsätzlich einzutreten ist (BGE 112 Ib 170 Erw. 5b; BGE 112 Ib 409 Erw. 2d; BVR 2006, S. 263 f.). Benachbart ist jedes Grundstück, das mit der Bauparzelle derart in einer räumlichen Beziehung steht, dass eine Beeinträchtigung durch das Bauvorhaben oder die damit verbundene Nutzung möglich ist. Diese Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügt, um die Einsprachebefugnis zu begründen. Ob tatsächlich eine Beeinträchtigung besteht, ist dann im Sachentscheid zu beurteilen (VGE 562+574+575/87 vom 7. September 1987, Prot. 633, Erw. 6c mit Hinweis auf Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. A., S. 42 u. 48). Die Legitimation ergibt sich demgemäss nicht schon allein aus der blossen räumlichen Nähe, sondern erst aus einer daraus herrührenden besonderen Betroffenheit (Urteil 1P.164/2004 des Bundesgerichts vom 17. Juni 2004 Erw. 2.5 mit Hinweisen; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 21 N 34 ff.; Haller/Karlen, Rechtsschutz im Raumplanungs- und Baurecht, 2. A., N 984 ff.), z.B. wenn von einer Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Immissionen ausgehen und die Beschwerdeführer durch diese betroffen sind (Aemisegger/Haag, Kommentar RPG, Art. 33 Rz. 39; z.B. Lärm, Staub, Gerüche, Erschütterungs-, Licht- oder andere Einwirkungen).

Ein schutzwürdiges Interesse ist mithin anzunehmen, wenn der Ausgang des Verfahrens die Interessensphäre des Nachbarn zu beeinflussen vermag (BEZ 2004 N. 69 Erw. 2). Es ist vorauszusetzen, dass die Auswirkungen auf seine Liegenschaft nach Art und Intensität so beschaffen sind, dass sie auch bei objektiver Betrachtungsweise als Nachteil empfunden werden müssen, wohingegen eine besondere (subjektive) Empfindlichkeit der Betroffenen keinen Rechtsschutz verdient (Haller/Karlen,

a.a.O., N 986 mit Hinweis auf RB 1980 Nr. 7, RB 1985 Nr. 8, RB 1995 Nr. 9). Wird beispielsweise eine ideelle Beeinträchtigung wie die Veränderung des Landschaftsbildes gerügt, so muss der damit verbundene Eingriff in der Regel ein ungleich stärkeres Ausmass annehmen als so genannte materielle Beeinträchtigungen wie Lärm oder Gerüche, damit die Legitimation bejaht werden kann (BEZ 2004 N. 69 Erw. 2 mit Hinweisen). Keine typische Nachbarbeschwerde ist anzunehmen, wenn die Legitimation allein von den Eigentumsverhältnissen an einer nicht nutzbaren Liegenschaft (wie zum Beispiel einer Strassenparzelle) abgeleitet wird (VGE 645/86 vom 26. Mai 1987, Prot. 388, Erw. 2 i.f.).

2.1 Die damals noch nicht beanwaltete Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe vom 8. September 2004 öffentlich-rechtliche Einsprache mit folgender Begründung:

„Als Eigentümer der Parzelle Kat. Nr. ... können wir dem obengenannten Bauprojekt nicht zustimmen, da der Abfluss von Meteorwasser bei Gewittern nicht gewährleistet ist. Im Weiteren verweisen wir auf Art. 54 PBG.“

Art. 54 PBG schreibt unter der Marginalie „Sicherheit und Gesundheit“ u.a. vor, dass Bauten und Anlagen so zu erstellen und zu unterhalten sind, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden.

Die Erstinstanz hat die Einsprachebefugnis bejaht, dies unter Hinweis auf die unmittelbare Nachbarschaft der beschwerdeführerischen Liegenschaften KTN ...

2.2 Die weiterhin nicht beanwaltete Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 7. Dezember 2005 gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 3. November 2005 Beschwerde beim Regierungsrat ein. Sie hält einleitend fest, es sei eine Feinerschliessung mit Neubau der Erschliessungsstrasse und den entsprechenden Werkleitungen geplant. Somit müsse auch „das Problem des Meteorwassers gelöst werden.“ Sie rügte im Wesentlichen eine rechtsungleiche Behandlung (...) sowie die momentane Unsicherheit, ob die offene Meteorwasserleitung überhaupt gebaut werde ...

2.3 Der Regierungsrat ist aus folgenden Gründen auf die Beschwerde nicht eingetreten:

- es sei unbestritten, dass die beiden Grundstücke der Beschwerdeführerin unmittelbar an das Baugebiet angrenzten;
- diese räumliche Nähe begründe jedoch noch kein schutzwürdiges Interesse;

B 8.1

- es sei nicht ersichtlich, welchen Nutzen eine Bauverweigerung der Beschwerdeführerin bringe, zumal ihre Grundstücke nicht an die geplante Erschliessungsstrasse grenze;
- die Beschwerdeführerin verfechte „primär rein öffentliche Interessen“, was kein eigenes schützwürdiges Interesse begründe;
- daran vermöge auch die unter Berufung dieser öffentlichen Interessen gerügte Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes nichts zu ändern;
- dies scheitere zunächst daran, dass die beiden Sachverhalte unterschiedlich seien (...);
- abgesehen davon hätte die Beschwerdeführerin für ihr Bauvorhaben das ordentliche Baubewilligungsverfahren durchlaufen und allfällige abschlägige Entscheide anfechten können;
- das Rechtsgleichheitsgebot könnte allenfalls angerufen werden, wenn der Beschwerdeführerin im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin (auch) künftig verwehrt würde, das Meteorwasser ihres Bauvorhabens einstweilen in die Kanalisation abzuleiten, eine solche Haltung der Vorinstanz stehe aber nicht zur Diskussion;
- insgesamt habe die Beschwerdeführerin kein schützwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses bzw. der damit erteilten Baubewilligung, weshalb gestützt auf § 27 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 VRP auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (fehlende Rechtsmittelbefugnis);
- es könne offen gelassen werden, ob die Vorinstanz zur Recht auf die Einsprache eingetreten sei.

2.4 Die nunmehr beanwaltete Beschwerdeführerin hält diesem Nicht-eintreten vor Verwaltungsgericht mit Beschwerdeschrift vom 7. März 2006 im Wesentlichen entgegen:

- nachdem der Gemeinderat die Einsprachebefugnis bejaht habe, hätte die Beschwerdeführerin als juristischer Laie keinen Anlass gehabt, zu dieser Frage in der Verwaltungsbeschwerde Stellung zu nehmen; sie habe annehmen dürfen, dass sie zur Beschwerde befugt sei;
- die Beschwerdegegnerin habe erst mit der Beschwerdeantwort vom 9. Januar 2006 die Beschwerdebefugnis in Abrede gestellt, hiezu sei ihr vom Regierungsrat das rechtliche Gehör nicht gewährt worden;
- entgegen der vorinstanzlichen Ansicht habe die Beschwerdeführerin einen praktischen Nachteil zu befürchten, der sie mehr als jeden anderen belaste, wenn das Projekt realisiert werde;
- es werde eine grosse Fläche asphaltiert, was grosse Auswirkungen auf das anfallende Meteorwasser habe;
- die Versickerungsmöglichkeiten seien problematisch;
- es werde bestritten, dass die Mischwasserleitung bei einem grösseren Regenereignis das Meteorwasser aufnehmen könne;

- dass die heutige Situation problematisch sei, zeige der Gefahrenkataster und der Umstand, dass der Erschliessungsplan ausdrücklich das Trennsystem vorsehe;
- aufgrund der örtlichen Verhältnisse könne zweifelsohne von einer beachtenswerten, nahen Beziehung der Beschwerdeführerin zur Streitsache gesprochen werden.

Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe nebst dem Neubau eines Wohn- und Geschäftshauses auch ein Baugesuch für den Neubau einer Feinerschliessungsstrasse inkl. Werkleitungen beantragt und für beide Gesuche sei vom Gemeinderat keine Baubewilligung in Aussicht gestellt worden. Aufgrund des Verhaltens des Gemeinderates habe sich die Beschwerdeführerin gezwungen gesehen, das Baugesuch (auch) für die Feinerschliessungsstrasse zurückzuziehen. Obwohl die gleichen Voraussetzungen vorgelegen hätten, habe der Gemeinderat das hier umstrittene Projekt bewilligt und einen provisorischen Anschluss an die Schmutzwasserleitung gewährt. Diese Sachdarlegung wird vom Gemeinderat bestritten.

Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht die Angelegenheit wider Erwarten nicht zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückweise, nimmt die Beschwerdeführerin auch zu den materiellen Fragen Stellung.

3.1 Vorab ist festzustellen, dass die erstinstanzliche Bejahung der Einsprachebefugnis einer rechtlichen Überprüfung standhält. Mit der unbestrittenen unmittelbaren Angrenzung der beschwerdeführerischen Liegenschaften an das fragliche Baugebiet ist die räumliche Nähe gegeben. Es handelt sich mithin um eine Nachbarbeschwerde, auf welche grundsätzlich und üblicherweise einzutreten ist. Zieht man des Weiteren in Betracht, dass der Abführung des Meteorwassers im fraglichen Gebiet offenkundig eine grosse Bedeutung zukommt, andernfalls wohl kaum ein erst genehmigter Erschliessungsplan bereits wieder teilrevidiert werden müsste (siehe ...), und dass die beschwerdeführerischen Liegenschaften aus Sicht der Fliessrichtung unterhalb der Bauliegenschaften situiert sind, machte die Beschwerdeführerin mit der Rüge, bei Gewittern sei der Abfluss des Meteorwassers nicht gewährleistet, und mit dem Hinweis auf Art. 54 PBG (siehe oben Erw. 2.1) zudem rechtsgenügend eine besondere, hinreichend intensive und die Popularbeschwerde ausschliessende Betroffenheit geltend. Sollten sich die beschwerdeführerischen Behauptungen bewahrheiten, würde sich die unmittelbare Betroffenheit in den eigenen schutzwürdigen Interessen klar manifestieren (siehe BVR 2006, S. 264; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 4 zu Art. 65). Ob die befürchtete Benachteiligung und die sich daraus ergebenden rechtlichen

B 8.2

Konsequenzen tatsächlich begründet sind, ist Sache der materiellen Beurteilung.

(VGE 1019/06 vom 29. August 2006).

8.2 Gebäudehöhe

- *Gebäudehöhe (§ 60 PBG, SRSZ 400.100). Messweise bei gemischten Dachformen.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Messweise der (kommunalen) Gebäudehöhe bestimmt sich nach kantonalem Recht (§ 31 PBV, SRSZ 400.111; EGV-SZ 1994, S. 13; VGE 1028/00 vom 24. Oktober 2000, Erw. 1). Diese kantonale Vorgabe wird im kommunalen Baureglement der Gemeinde ... nochmals ausdrücklich festgehalten (Art. 30 Abs. 1 BauR).

2.2 Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Terrain in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (§ 60 Abs. 2 PBG). Nicht berücksichtigt werden gemäss § 60 Abs. 3 PBG die Höhe des Giebeldreiecks bei Giebfassaden (a), Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als ein Drittel der Fassadenlänge einnehmen (b), und das Attikageschoss und die Dachbrüstung, sofern sie mindestens um das Mass ihrer Höhe von der Fassade zurückversetzt sind (c). Bei Dachneigungen über 45° wird das Mehrmass, das sich bei einem 45 Grad geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet (§ 60 Abs. 4 PBG).

3. (Ausführungen zum gewachsenen Terrain.)

4.1 Hinsichtlich des Schnittpunktes Fassade/Dachhaut kommt in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einerseits der in § 60 Abs. 3 lit. c und Abs. 4 PBG festgelegten 45°- Linie und andererseits der Festlegung des hauptsächlichen Fassadenverlaufes und der allfälligen Abgrenzung zu einer gestaffelten Bauweise mit selbständigen Gebäudeteilen massgebende Bedeutung zu (EGV-SZ 1994, Nr. 4; VGE 1028/00 vom 24. Oktober 2000 Erw. 4). Auszugehen ist von der projektierten Dachgestaltung, wobei es grundsätzlich belanglos ist, ob sich die Dachform klar unter ein Attikageschoss oder ein Schrägdach subsumieren lässt (siehe jedoch nachfolgende Ausführungen zur Giebfassade, unten

Erw. 4.2). Auch Mischformen oder sonst wie vom Üblichen abweichende Dachformen sind von der Anrechnung bei der Gebäudehöhenbemessung - sofern die vorgegebenen Voraussetzungen eingehalten werden - ausgenommen. Entscheidend ist, ob die geplante Dachform die 45°- Linie überschreitet oder nicht. Wird die 45°- Linie überschritten, ist diese nach oben bis zur Einhaltung des 45°- Winkels zu verschieben. Für die Gebäudehöhe ist alsdann der Schnittpunkt der 45°- Linie mit der Fassadenflucht massgebend (VGE 1028/00 vom 24. Oktober 2000, Erw. 4c). Der Schnittpunkt liegt also nicht zwingend innerhalb der projektierten Baute. Hiervon zu unterscheiden ist, dass gemäss bisheriger Rechtsprechung nicht mit einer hypothetischen Gebäudehülle und hypothetischen Hauptfassaden, die auf einer konkreten Bauliegenschaft unter Einhaltung der übrigen masslichen Vorgaben möglich wären, die Gebäudehöhe ermittelt werden darf. Es geht mit anderen Worten nicht an, dass mit einem hypothetisch erweitertem Grundriss eine Dachaufbaute nur deshalb nicht mehr zur Gebäudehöhenbemessung angerechnet werden soll, weil sie wegen des hypothetischen Fassadenverlaufes noch unter der 45°- Linie zu liegen käme.

4.2 Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen bei gemischten Dachformen eine Giebelfassade bzw. ein nicht anrechenbares Giebdreieck angenommen werden darf. Für eine restriktive Auslegung bzw. zurückhaltende Annahme einer Giebelfassade spricht der Umstand, dass ein Attikageschoss bei allen Fassaden die 45°- Linie einzuhalten hat. Eine grosszügige Bejahung des Giebelfassadencharakters könnte deshalb zu einer Benachteiligung der Attikageschosse führen (wobei aber zu beachten ist, dass die allseitige Rücksetzung des Attikageschosses vor allem auch aus ästhetischen Gründen angebracht ist, während bei gemischten Dachformen die ästhetischen Akzente anders gesetzt werden). Andererseits ist es eine Tatsache, dass heute eine grosse Vielfalt von Dachformen besteht, und dass die Rechtsprechung von der tatsächlich projektierten Dachgestaltung ausgeht. Dementsprechend muss folgerichtig aufgrund des konkreten Projektes eine sachgerechte Beurteilung erfolgen.

4.3 Die fragliche Ostfassade (Kurzfassade) des Hauses C widerspiegelt die zwei verschiedenen Gesichter der beiden Längsfassaden. Die nach Süden gerichtete (Vorder-)Fassade zeigt klar auf einen Flachdachbau mit Attikageschoss hin, während die nördliche, teils in den Hang gebaute rückseitige Fassade im Ansatz ein Schrägdachbau andeutet, indem in einer Breite von 4 m (Ostseite) bzw. knapp 5 m (Westseite) ein Kniestock (80 cm) mit anschliessenden Dachabschrägung (45°- Winkel, im Plan nicht eingemast) bis zum abschliessenden Flachdach vorgesehen

B 8.3

ist. Die gesamthaft 24 m lange Nordfassade ist des Weiteren in der Mitte in einer Breite von 6.3 m um ca. 4.3 m zurückversetzt, was die teilweisen Dachabschrägungen der beiden vorspringenden Eckgebäudeteile zusätzlich betont. Die Ostfassade steht im nördlichen (abgeschrägten) Bereich auf einer Länge von knapp 8.85 m gegenüber dem 6.65 m langen südöstlichen Fassadenbereich um 2 m vor. Der längere nordöstliche Bereich ist zwar als massgebliche Hauptfassade zu qualifizieren, die Staffelung der Ostfassade unterstreicht aber ebenfalls die Unterschiedlichkeit zwischen nördlichem und südlichem Bereich, zumal wenn die Rücksetzungen des Attika-/Dachgeschosses im südlichen Bereich noch mitberücksichtigt werden. Aus all diesen Gründen gelangt das Gericht deshalb zur Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Ostfassade als Giebelfassade qualifiziert werden darf und das Giebeldreieck bzw. -trapez bei der Gebäudehöhenberechnung ausser Betracht fällt. Dieses Beurteilungsergebnis drängt sich umso mehr auf, als der Giebelfassadencharakter mit einem zusätzlichen flachen Giebeldachaufbau zweifelsfrei hergestellt werden könnte, allerdings im Vergleich zum konkreten Projekt mit einer Mehrbeeinträchtigung der Umgebung (Höherbau). Es ergibt sich somit für die Ostfassade des Hauses C, dass mit der Nichtanrechnung des Giebeltrapezes die in der Wohnzone 2 erforderliche Gebäudehöhe von 8 m (Art. 45 BauR) klar eingehalten wird (mit dem Giebeltrapez würde die Gebäudehöhe um ca. 35 cm überschritten).

(VGE 1062/05 vom 15. Februar 2006).

8.3 Ortsbildschutz

- *Ortsbild- und Inventarobjektschutz. Bei Mobilfunkantennen ist eine umfassende Sachverhaltsabklärung erforderlich.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Zieht man in Betracht, dass sich mit dem Ortsbild- und Inventarobjektsschutz einerseits und den Vorgaben der Fernmeldedienstkonzession (Versorgungspflicht, Qualitäts- und Kapazitätsansprüche) und der Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK) andererseits gewichtige Interessen gegenüberstehen, so ist es in ausgeprägtem Masse angezeigt, aufgrund einer umfassenden Sachverhaltsabklärung in zulässiger Berücksichtigung des kommunalen Beurteilungsspielraumes diese Interessenabwägung zu treffen und die Entscheidung alsdann nachvollziehbar zu begründen. Diesen Anforderungen ist

das bisherige Verfahren nicht in allen Bereichen rechtsgenügend gerecht geworden.

3.2 Der Gemeinderat argumentierte in seinem Entscheid im Wesentlichen damit, dass:

- die geplante Mobilfunkantenne „in massiver Art und Weise das Ortsbild von ...“ störe,
- sich in unmittelbarer Nachbarschaft zur röm.-kath. Kirche, der reformierten Kirche und der historisch sehr wertvollen ...-Kapelle befinde,
- der Bausünde aus den siebziger Jahren (gemeint ist der sog. „...block“, auf welchem die Mobilfunkantenne errichtet werden soll) nicht noch die „Krone“ aufgesetzt werden soll,
- dieses Mehrfamilienhaus (sog. „...block“) 27 m hoch sei und die anderen Häuser in der Kernzone bei weitem überrage,
- und der Standort mitten im Dorfkern neben den drei Kirchen als markante Gebäude für die Antennenanlage völlig ungeeignet sei.

Des Weiteren hat der Gemeinderat auf die Stellungnahme des kantonalen Denkmalpflegers verwiesen, welcher am 1. Februar 2005 dem Gemeinderat schrieb:

„Sie haben uns das obengenannte Bauvorhaben zur Stellungnahme zukommen lassen, da sich das Haus ... einerseits in der Ortskernzone von ... und andererseits unmittelbar neben zwei Inventarobjekten (Pfarrkirche und Kapelle ...) befindet.

Wir teilen die Ansicht der Gemeindebehörden, dass das ohnehin zu grosse Volumen des Hauses ... nicht zusätzlich durch eine aufgesetzte Antennenanlage betont werden darf. Dadurch würden die beiden bedeutenden Inventarobjekte noch mehr beeinträchtigt.“

3.3 Bei dieser gemeinderätlichen Begründung fehlt nun eine detaillierte Auslegeordnung des massgebenden Sachverhaltes. Es wäre vor allem angebracht gewesen, zunächst die konkrete Schutzwürdigkeit und die raum- und umgebungsbezogene Bedeutung der erwähnten Inventarobjekte sowie der Kernzone darzulegen sowie deren Beeinträchtigung bzw. die Einordnung des fraglichen Bauvorhabens konkret zu beurteilen und alsdann das Beurteilungsergebnis nachvollziehbar zu begründen. Einzig in der kurzen Stellungnahme des kantonalen Denkmalpflegers, welche jedoch im gemeinderätlichen Beschluss nicht wörtlich zitiert und die der Bauherrschaft zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auch nicht zugestellt wurde, wird als konkreter Negativpunkt die zusätzliche Betonung „des ohnehin zu grosse(n) Volumen(s) des Hauses ...“ erwähnt, womit „die beiden bedeutenden Inventarobjekte noch mehr beeinträchtigt“ würden.

B 8.3

3.4 Diese in Erwägung 3.3 erwähnten Mängel hat der Regierungsrat in seinem Beschwerdeentscheid insofern teilweise behoben, als er ausdrücklich erwähnt, dass der Dorfteil ... im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder (ISOS) figuriere. Er hat zudem allgemein die rechtlichen Konsequenzen des ISOS, aber auch des Kantonalen Inventars geschützter Bauten und Objekte (KIGBO), worin mit der röm.-kath. Pfarrkirche und der Kapelle ... zwei Objekte in der unmittelbaren Umgebung der Bauliegenschaft aufgenommen sind, dargelegt. Eine Darstellung der konkreten Schutzwürdigkeit und der umgebungsbezogenen Bedeutung der Inventarobjekte findet sich jedoch auch im angefochtenen Beschwerdeentscheid nicht.

Etwas einlässlicher setzt sich der Regierungsrat dagegen mit der Bauliegenschaft und der geplanten Mobilfunkanlage auseinander. Er hält fest, dass dem „...block“ eine dominierende und weit herum wahrnehmbare Wirkung zukomme. Es sei der Vorinstanz darin beizupflichten, dass ein solches Gebäude in der Kernzone heute wohl nicht mehr bewilligungsfähig sei und weitere bauliche Vorkehrungen, welche die Situation insgesamt zusätzlich verschlechtern, verhindert werden müssten. Das Bauvorhaben weise insgesamt beträchtliche Ausmasse aus und tangiere das Orts- und Landschaftsbild bereits für sich allein nicht unwesentlich. Es würde zusammen mit der bereits prägenden Wirkung des „...blocks“ noch mehr zum Blickfang und dominierenden Objekt im Ortsbild von ... werden. Von einer befriedigenden Gesamtwirkung (Art. 5 Abs. 1 BauR) könne aufgrund der bereits beeinträchtigten Situation nicht gesprochen werden.

Soweit der Regierungsrat in der Folge dann auf den qualifizierten Ortsbild- und Inventarobjektschutz verweist (Art. 5 Abs. 3 lit. a und Art. 6 Abs. 1 BauR; ISOS; KIGBO) fehlt die vertiefte Auseinandersetzung mit der - wie bereits erwähnt - nicht dargelegten konkreten Schutzwürdigkeit und räumlichen Bedeutung der Inventarobjekte und der allfälligen Beeinträchtigung durch das umstrittene Bauvorhaben.

3.5 Bei der vorliegenden Ausgangslage wäre es, sowohl was die befriedigende Gesamtwirkung als auch den Inventarobjektschutz betrifft, im Rahmen des verwaltungsinternen Beschwerdeverfahrens angezeigt gewesen, unter Beizug des kantonalen Denkmalpflegers einen (von der Beschwerdeführerin beantragten) Augenschein durchzuführen. Indem der Regierungsrat dies unterliess, hat er das rechtliche Gehör verletzt. Zudem ist auch im Verwaltungsbeschwerdeentscheid die Begründung in den entscheidenden Punkten ungenügend ausgefallen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist deshalb der angefochtene RRB aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Augenscheines (unter Beizug des kantonalen Denkmalpflegers) und zur Neubeurteilung an den Regie-

rungsrat zurückzuweisen, welchem im Gegensatz zum Verwaltungsgericht eine umfassendere Überprüfungszuständigkeit zukommt (...).

3.6 An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass der Regierungsrat die örtlichen Verhältnisse in ... kannte und der Sachverhalt sogar aufgrund von Fotos dokumentiert war. Eigene Ortskenntnisse oder Amtsnotorietät können einen Augenschein überflüssig machen, wenn im zu überprüfenden Entscheid eine rechtsgenügli­che Auslegeordnung des relevanten augenfälligen Sachverhaltes vorgenommen und in den Akten dokumentiert wurde, so dass der Sachverhalt und die darauf basierende rechtliche Würdigung unter Berücksichtigung der eigenen Ortskenntnisse überprüft werden kann. Dies war indes in casu nicht möglich (siehe oben Erw. 3.3). Daran ändern auch die aktenkundigen Farbfotos nichts. ... Die Nah- und Fernwirkung des Bauvorhabens ist vielmehr vor Ort unter Einbezug der tangierten Inventarobjekte des ISOS und des KIGBO aus verschiedenen Blickwinkeln zu begutachten, wobei die Auswirkungen des geplanten Bauvorhabens anhand des Baugespannes und der Baupläne in Anwesenheit der Parteien sowie des kantonalen Denkmalpflegers zu eruieren sind.

Ein Augenschein durch die erste Beschwerdeinstanz drängt sich aber auch deshalb auf, weil die Beschwerdeführerin rügt, die Ästhetikfrage sei nur zur Begründung des Bauabschlages vorgeschoben worden. Es ist mithin durch den Regierungsrat sicherzustellen, dass eine Bauverweigerung nicht aus sachfremden Gründen beschlossen wurde bzw. wird. Von einer Rückweisung an die Erstinstanz ist deshalb abzusehen, zumal auch verfahrensökonomische Gründe dagegen sprechen. Dass damit die zurückhaltende Überprüfungszuständigkeit des Regierungsrates (...) unverändert bleibt, versteht sich ohne Weiteres.

(VGE 1063/05 vom 26. Januar 2006).

8.4 Strassenabstand

- *Es ist aus Gründen der Verkehrssicherheit zulässig, zwischen einer geschlossenen Garagenbaute und einem (offenen) Carport zu differenzieren und unterschiedliche Strassenabstände anzuwenden (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Es ist unbestritten, dass der fragliche Autounterstand/Garage als Nebenbaute im Sinne von § 61 Abs. 1 PBG und Art. 43 Abs. 1 BauR zu qualifizieren ist, für welche ein Grenzabstand von 2.5 m zu wahren ist.

B 8.4

Indes ist bei Grundstücken, welche an Strassen grenzen, auch ein Strassenabstand zu beachten. Der Abstand gegenüber öffentlichen Strassen richtet sich nach den Vorschriften der Strassengesetzgebung (65 Abs. 1 PBG). Bei Privatstrassen, die nicht dem Gemeindegebrauch gewidmet sind, ist zwischen Fassade und Fahrbahnrand ein Abstand von mindestens 3 m einzuhalten (65 Abs. 2 PBG). Ein Abstand von (mindestens) 3 m sehen § 41 Abs. 1 lit. a der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV; SRSZ 442.110) und der dieser Bestimmung nachgebildete Art. 47 (lit. c) BauR auch für Gebäude und ähnlich wirkende Anlagen gegenüber Nebenstrassen vor. Unter mehreren anwendbaren Abstandsvorschriften (d.h. Grenzabstände, Strassenabstände etc.) geht jene vor, die den grössten Abstand vorsieht (§ 68 Abs. 3 PBG; Art. 50 Abs. 2 BauR).

Die Bestimmungen der Strassenverordnung sind unter dem Vorbehalt der Gesetzgebung des Bundes sowie kantonaler Spezialregelungen und des Planungs- und Baugesetzes normiert (§ 2 Abs. 2 StrV). Die kantonalen Bauvorschriften gelten unter dem Vorbehalt abweichender kantonaler Bestimmungen als Mindestvorschriften in allen Gemeinden (§ 51 Abs. 1 PBG), wobei die Gemeinden für ihr Gebiet weitergehende Vorschriften erlassen können (§ 51 Abs. 2 PBG).

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BauR ist bei jeder Garage ein Vorplatz von mindestens 6 m Tiefe vorzusehen, ohne Trottoir- oder Fahrbahnfläche zu beanspruchen. Diese Bestimmung mit der Marginalie "Ein- und Ausfahrten, Garagenvorplätze" ist systematisch dem III. Titel "Bauvorschriften" lit. E "Verkehrssicherheit" zugeordnet. Durch die Systematik wird mithin verdeutlicht, dass die Mindesttiefe eines Garagenvorplatzes von 6 m analog den Strassenabstandsvorschriften der ungehinderten Abwicklung des Verkehrs, d.h. den Sicherheitsinteressen, dient. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes ist der Strassenabstand (im Sinne von § 65 Abs. 2 PBG) grundsätzlich einzuhalten, wenn die Privatstrasse eine Feinerschliessungsstrasse für mehrere Bauparzellen oder ein vergleichbares, nicht parzelliertes Baugrundstück darstellt (VGE 1059/98 vom 25. Juni 1999, Erw. 2b; VGE 1035/97 vom 24. Oktober 1997, Prot. 983; EGV 1991 S. 13 ff.). Sinn und Zweck gesetzlicher Mindesttiefen von Vorplätzen von Garagen im Besonderen bestehen darin, Raum für das (vorübergehende) Abstellen des Fahrzeuges zu schaffen, ohne dass beim Schliessen oder Öffnen der Garage der Fussgänger- oder der Fahrzeugverkehr auf dem Trottoir oder der Fahrbahn beeinträchtigt wird. Daher kann sich die Bestimmung dem Sinne nach nur auf mit Schliessvorrichtungen versehene Garagen, nicht jedoch auf Einstellräume ohne Tore oder sonstige Abschränkungen und erst recht jedoch nicht auf offene Carports beziehen. Als Schliessvorrichtung gilt auch eine automatische, vom Fahrzeug aus bedienbare Anlage; eine solche fordert

also ebenso die Einhaltung der gesetzlichen Vorplatztiefe (vgl. Fritzsche/Bösch: Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. A., Zürich 2003, 12-34 Ziff. 12.7.2.1).

4.2 Mit Art. 29 Abs. 3 BauR ist das Erfordernis der Gesetzesgrundlage gegeben. Der behauptete "Widerspruch zum übergeordneten Strassenabstand" besteht nicht, weil eine solche Überordnung nicht besteht. Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Die Schwyzer Gemeinden sind in weiten Bereichen der Raumplanung und des Bauwesens autonom (vgl. § 15 Abs. 3 PBG; § 64 Abs. 1 PBG). Die Gemeindeautonomie betrifft auch den erwähnten Erlass von Bauvorschriften unter der Voraussetzung, dass die kantonalen Bauvorschriften als Mindestvorschriften gewahrt sind (§ 52 Abs. 1 u. 2 PBG).

Das öffentliche Interesse an dieser Mindestvorschrift ist mit dem anvisierten Ziel der Verkehrssicherheit gegeben. Die betroffene (Privat-) Strasse ist als Nebenstrasse zu qualifizieren und im rechtskräftigen Erschliessungsplan des Bezirks als solche auch ausgewiesen. Nebst der Erschliessung weiterer Wohnliegenschaften innerhalb der Bauzone dient sie auch als Haupterschliessung für mehrere landwirtschaftliche Gehöfte. Die Differenzierung zwischen offenen Einstellhallen und geschlossenen Garagen ist mit den Gründen der Verkehrssicherheit ebenfalls sachlich begründet und nicht willkürlich. Mit einer gesetzlichen (Mindest-)Vorplatztiefe von 6 m ist im Regelfall auch die Verhältnismässigkeit gewahrt, zumal mit einer Regelung generell-abstrakter Art einer Vielzahl von Fällen, d.h. konkret den unterschiedlichen Fahrzeuglängen, Rechnung getragen werden muss. Sollte sich die Bestimmung im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen, steht als Korrektiv bei gegebenen Voraussetzungen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Verfügung. ... (VGE 1040/06 vom 30. November 2006).

9. Enteignungsrecht

9.1 Enteignung und Nutzungsplanung

- *Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Enteignung und das Enteignungsverfahren sind bereits bei der Überprüfung des Planfestsetzungsbeschlusses zu berücksichtigen (Erw. 5.1).*
- *Zusammenfassung der Rechtsprechung (Erw. 5.2).*

B 9.1

- *Begehren, die auf die Änderung eines (Nutzungs-)Planes abzielen, sind im Beschwerdeverfahren gegen die Enteignung unzulässig (Erw. 5.3).*

Aus den Erwägungen:

2.2.2 Bei einer formellen Enteignung werden von der Eigentumsгарantie geschützte Rechte im öffentlichen Interesse und gegen Entschädigung durch einen Hoheitsakt ganz oder teilweise entzogen und in der Regel auf den Enteigner übertragen. Zweck des Eingriffes ist es, dem Enteigner die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nötigen Rechte zu verschaffen (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz. 607; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 2069 ff.). In Frage kommt die formelle Enteignung vor allem zur Deckung des Landbedarfs des Gemeinwesens und zwar i.d.R. zur Erstellung öffentlicher Werke (Vallender, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz. 49; Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. A., Bern 2002, S. 574 f.). Beispielsweise sieht die kantonale Strassenverordnung vom 15. September 1999 (SRSZ 442.110), welche die Sicherstellung eines Netzes verkehrs- und umweltgerechter Strassen im Kanton Schwyz bezweckt (§ 1), den Erwerb der hierfür erforderlichen dinglichen Rechte freihändig oder im Enteignungsverfahren vor (§ 25).

...

2.3.1 Gemäss § 1 lit. a des kantonalen Expropriationsgesetzes des Kantons Schwyz vom 1. Dezember 1870 (ExpG; SRSZ 470.100) ist jeder Grundeigentümer pflichtig, dem Kanton, den Bezirken und den Gemeinden zur Anlegung neuer oder zur Korrektur und Verbreiterung schon bestehender Strassen und öffentlicher Wege den erforderlichen Grund und Boden sowie Gebäude und Bäume abzutreten.

2.3.2 Eine Abtretungspflicht und Eigentumsbeschränkung normiert explizit das Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100). Die Grundeigentümer sind verpflichtet, das in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmte Land dem zuständigen Gemeinwesen abzutreten und die erforderlichen dinglichen Rechte einzuräumen (§ 32 Abs. 1 PBG). Über das Instrument der Enteignung wird somit die Grundlage dafür geschaffen, dass die Gemeinden ihrer Groberschliessungspflicht im Sinne von § 38 Abs. 1 PBG nachkommen können. Anlagen der Groberschliessung sind gemäss § 27 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember

1997 in der Regel ins Eigentum der Gemeinde zu übernehmen (VvPBG; SRSZ 400.111).

...

5.1 Sieht das kantonale Recht vor, dass bereits mit der Genehmigung eines Nutzungsplanes dem zuständigen Gemeinwesen das Enteignungsrecht erteilt wird, müssen schon bei der Überprüfung des Planfestsetzungsbeschlusses die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Enteignung und das Enteignungsverfahren berücksichtigt werden (Hänni, a.a.O., S. 575 mit Hinweisen). Dies ist im schwyzerischen Recht der Fall.

Gemäss § 2 Abs. 3 ExpG sind im Beschwerdeverfahren gegen die Enteignung Begehren, welche die Änderung eines Planes bezwecken, der einem Auflage- und Einspracheverfahren unterzogen wurde, unzulässig. Diese Bestimmung wurde koordiniert mit dem geltenden PBG per 1. September 1988 in Kraft gesetzt.

5.2 Bereits mit Entscheid VGE 615/88 vom 18. April 1989 führte das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit einem Planauflageverfahren für einen Fuss- und Veloweg aus, unabhängig von der Gesetzesrevision sei davon auszugehen, dass die Frage der Eigentumsbeschränkung auch Gegenstand des Planauflageverfahrens sei. Dies gebe § 28 der Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strassen vom 2. April 1964 (aStrV; nGS 410) mittelbar zu verstehen, namentlich aus dem Umstand, dass im Detailprojekt enthaltene Baulinien überprüfbar seien. Wenn aber Eigentumsbeschränkungen aufgrund einer Planungsmassnahme zu beurteilen seien, so rechtfertige sich dies erst recht bei durch Strassenprojekte bedingten Eigentumseingriffen. Andererseits müsse es Zweck des Planauflageverfahrens sein, möglichst umfassend abzuklären, ob und wie ein Strassenprojekt realisiert werden könne. Hierzu gehöre auch die im Lichte der Eigentumsgarantie vorgenommene Beurteilung der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit. Dies gelte umso mehr, als im Kanton Schwyz regelmässig Enteignungsverfahren zeitlich nach dem Planauflageverfahren durchgeführt würden, da man in der Absicht auf Erzielung einer gültigen Regelung möglichst lange mit der Enteignung zuwarte (VGE 615/88 vom 18. April 1989, Prot. S. 312 f.; zitiert in: EGV-SZ 1992 Nr. 11 Erw. 5.b).

Im Jahre 1992 hat das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit einer Gewässerverbauung entschieden, dass vor dem Enteignungsverfahren das administrativ-polizeiliche Plangenehmigungsverfahren durchzuführen sei (EGV-SZ 1992, Nr. 12). Die Pflicht der Grundeigentümer, einem enteignungsberechtigten Gemeinwesen Grund und Boden sowie allenfalls Gebäude und Bäume abzutreten, bestehe nur und erst dann,

B 9.1

wenn feststehe, dass das entsprechende Werk verwirklicht werden könne (§ 1 EntG; Erw. 2.b/aa). Hiezu sei aber die Durchführung des administrativ-polizeilichen Plangenehmigungsverfahrens erforderlich. Das administrativ-polizeiliche Plangenehmigungsverfahren habe auch deshalb dem Enteignungsverfahren zeitlich voranzugehen, weil es nicht Aufgabe der im Enteignungsverfahren zuständigen Instanzen sein könne, die vielfältigen umweltschutz- und raumplanungsrechtlichen Fragen, welche spezifisches Fachwissen voraussetzten und Fachermessen zuliessen, mitzubeurteilen (Erw. 2.b/cc).

Bei der Beurteilung einer formellen Enteignung für ein Schulhaus mit Nebenanlagen hat das Verwaltungsgericht u.a. erwogen, beispielsweise sei bei der Neuerstellung einer Strasse der Kreis der betroffenen Landeigentümer jeweils von der in Frage kommenden Linienführung abhängig. Erfahre ein Strassenprojekt im Planauflageverfahren eine Änderung in der Linienführung, wirke sich dies konsequenterweise auf den entsprechenden konkreten Landbedarf aus. Von daher mache es i.d.R. wenig Sinn, bei Strassenbauvorhaben eine Landenteignung einzuleiten, bevor die Linienführung nicht definitiv bzw. das strassenrechtliche Planauflageverfahren abgeschlossen sei (EGV-SZ 1994 Nr. 11 Erw. 5.c).

5.3 Die Gemeinden haben gemäss § 13 Abs. 2 der geltenden Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV; SR 442.110) Strassen im Nutzungsplanverfahren nach den Bestimmungen des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) zu planen. Sie sind verpflichtet, Zonenpläne und Erschliessungspläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen. Der Erschliessungsplan legt die Groberschliessung der Bauzonen gesamthaft oder für Teile davon fest (§ 23 Abs. 1 PBG). Nach Bedarf enthält er namentlich auch die Linienführung der Groberschliessungsstrassen; hierfür können auch Baulinien festgelegt werden (§ 23 Abs. 2 lit. b PBG), deren Hauptfunktion in der Freihaltung von Land für Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse, namentlich von Verkehrsanlagen, besteht (Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Zürich 1999, Rz. 344). Der Strassenabstand wird gemäss § 40 StrV mit Baulinien entweder im Nutzungsplanverfahren nach PBG oder subsidiär im Projektgenehmigungsverfahren (nach § 14 ff. StrV) festgelegt.

Die Modalitäten des kommunalen Nutzungsplanverfahrens (Vorprüfung, Auflage- und Einspracheverfahren, Rechtsmittelverfahren, Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung, Genehmigung durch den Regierungsrat) sind in § 25ff. PBG normiert. In diesem Verfahren sind die eigentumsrechtlichen Einwendungen vorzubringen und zu beurteilen. Im Beschwerdeverfahren gegen die Enteignung sind die Begehren, welche die Änderung eines Planes bezwecken, der einem Auflage-

und Einspracheverfahren unterzogen wurde, unzulässig (vgl. VGE 1047/99 vom 23. Dezember 1999 Erw. 1). Die jeweiligen Grundeigentümer trifft die erwähnte Abtretungspflicht (vorstehend Erw. 2.3.2). (VGE 1012/06 vom 28. Juni 2006).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Ungewöhnlich niedriges Angebot

- *Ungewöhnlich niedriges Angebot (§ 30 VIVöB, SRSZ 430.130). Kein Ausschluss.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Vergabeverfahren um den Strassentransport von Abfällen für die Dauer von einem Jahr gingen bei drei Einladungen zwei Offerten ein. Die Vergabebehörde erteilte den Zuschlag jener Firma, welche preislich massiv günstiger offerierte als die Mitkonkurrentin.

Aus den Erwägungen:

2.3 Ist ein Angebot ungewöhnlich niedriger als andere, kann die Vergabebehörde bei der Anbieterin Erkundigungen einholen, um sich zu vergewissern, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können (§ 31 Abs. 1 VIVöB). Es kann die Leistung angemessener Sicherheiten verlangt werden; bei Leistungssäumnis kann das Angebot ausgeschlossen werden (§ 31 Abs. 2 VIVöB).

Im Gegensatz zum alten Submissionsrecht (§ 18 aSubmV) werden mithin Unterangebote in den Grenzen des lautereren Wettbewerbs toleriert: massgebend ist einzig, dass die Teilnahme- und Auftragsbedingungen eingehalten werden. Preisunterbietungen als solche sind beschaffungsrechtlich in der Regel irrelevant. Die Gründe für ein Unterangebot können vielfältig und durchaus lauter sein (z.B. Überbrückung von Überkapazitäten, Deckung von Fixkosten, Erhaltung von Arbeitsplätzen). Gemäss dem Luzerner Verwaltungsgericht können Preisunterbietungen widerrechtlich sein, wenn sie auf einem Missbrauch der Marktmacht oder unlauteren Mitteln beruhen. Unlauter handelt dabei jene Anbieterin, die

B 11.1

die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, z.B. durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen, Steuer- und Abgabehinterziehung, Missachtung von Sicherheitsvorschriften und Ähnlichem. Nicht unlauter sind hingegen jene Angebote, bei denen die Anbieterin zunächst ihre Leistung kalkuliert, danach den Preis senkt und die Differenz aus ihren finanziellen Reserven deckt. Fehlen Anhaltspunkte, dass mit einem kostengünstigen Angebot Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt werden, so ist die Vergabebehörde nicht zu Nachfragen verpflichtet. Ist eine Anbieterin nicht in der Lage, die Teilnahmebedingungen einzuhalten oder die Auftragsbedingungen zu erfüllen, so ist sie mangels Eignung - und nicht wegen des tiefen Angebots - auszuschliessen. Während das Aargauer Verwaltungsgericht es dem Ermessen der Vergabebehörde anheim stellt, zwecks Verhinderung eines ruinösen Preiskampfes auch Unterangebote auszuschliessen, welche die Teilnahme- und Auftragsbedingungen einhalten, nimmt das Zürcher Verwaltungsgericht eine gegenteilige Haltung ein. Ein Angebot, dessen Preis unter Kalkulation eines Verlustes zu Stande komme, könne aus der Sicht des Anbieters gerechtfertigt sein, um die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Diese Art von Preisbildung sei im Geschäftsverkehr unter Privaten weder ungewöhnlich noch gelte sie grundsätzlich als unzulässig; ein Verbot dieses Vorgehens würde den Anbietern das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren, was nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entspreche. Die Rechtsprechung der Kantone gehe überwiegend davon aus, dass Unterangebote, deren Preis die Gestehungskosten nicht deckt, zulässig sind, solange die Vergabekriterien erfüllt würden (BEZ 2003 N. 48 Erw. 3.d = VerwGer ZH Entscheid VB.2002.00384 vom 27. August 2003, mit Hinweisen, u.a. auf Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. 538 u. 543 mit dort zitierten Entscheidungen). Auch Gauch/Stöckli (Thesen zum Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999) bezeichnen einen Ausschluss als unzulässig, der nur mit dem ungewöhnlich tiefen Angebotspreis begründet oder der einzig dem Interesse an der Erhaltung einer leistungsfähigen Bauwirtschaft dienen würde (zur Frage des Unterangebotes: Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 538 ff. mit Hinweisen und Zitaten).

3.1 Hinsichtlich Eignungs- und Zuschlagskriterien ist den Ausschreibungsunterlagen was folgt zu entnehmen:

„6. Vollständigkeit

Folgende Angaben und Nachweise müssen vollständig eingereicht werden, damit ein Angebot berücksichtigt werden kann:

- Erfüllen der Grundanforderungen des Leistungsverzeichnisses und der Grundvoraussetzungen gemäss Rubrik 6 im Formular Eignung (Arbeitnehmerschutz, Steuern, etc.).
- Gültige Lizenz des Bundesamtes für Verkehr für Unternehmen im Strassentransport.
- Erfahrung auf dem Gebiet der ausgeschriebenen Leistung, dokumentiert mit Referenzaufträgen gemäss Formular Eignung.
- Auftragsbezogene wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gemäss Formular Eignung.

7. Zuschlagskriterien

- Preis
- Erfahrung in der Ausführung gleichartiger Aufträge anhand von Referenzen
- Ökologie“

Das „Formular Eignung“ ist ein Fragekatalog unterteilt in die Rubriken:

- „ 1. Hinweise
- 2. Allgemeine Angaben
- 3. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- 4. Finanzielle Leistungsfähigkeit
- 5. Fachlich-technische Leistungsfähigkeit
- 6. Arbeitnehmerschutz, Steuern, Versicherungen, weitere gesetzliche Vorgaben“

3.2 Aus dem Protokollauszug vom 30. (recte: 31.) August 2006 sind folgende Überlegungen, die zum hier angefochtenen Vergabebeschluss führten, zu entnehmen.

Zunächst wird festgestellt, dass der Offertpreis der Beschwerdegegnerin nur 58 % desjenigen der Beschwerdeführerin beträgt. Setzt man die tiefste Offerte mit 100 % ein (Fr.--), so beläuft sich mithin diejenige der Beschwerdeführerin (Fr. ...--) auf 172.6 %. Die Beschwerdeführerin ist bei dieser Sichtweise 72.6 % teurer als die Beschwerdegegnerin. Mit Bezug auf den Offertpreis der Beschwerdeführerin ist die Beschwerdegegnerin 42 % günstiger.

Alsdann nimmt die Vergabebehörde Bezug auf § 30 Abs. 1 VIVöB (siehe oben Erw. 2.3). Man habe von der Beschwerdegegnerin eine detaillierte Kalkulation verlangt, welcher Aufforderung letztere nicht nachgekommen sei. Sie habe jedoch mit Schreiben vom 9. August 2006 Stellung genommen. (...).

4.1 Vorab ist festzuhalten, dass im Submissionsverfahren in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar ist (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 682 f.). Eine Rechtsanwen-

B 11.1

derung von Amtes wegen drängt sich nur bei schwerwiegenden Rechtsmängeln auf (VGE 1020/06 v. 24.5.2006, Erw. 3.2 = EGV-SZ 2006, B 11.2).

4.2 Die offerierenden Parteien stellen sich gegenseitig die grundsätzliche Eignung für die Durchführung des fraglichen Auftrages nicht in Abrede. Dies deckt sich auch mit der vorinstanzlichen Offertauswertung, welche einerseits konkludent von der Einhaltung der Eignungskriterien ausgeht und andererseits bei beiden Submittenten die Kriterien Referenzen (8 Punkte), Ökologie (0 Punkte) und Bonus Partikelfilter (1 Punkt) gleich bewertete und nur im Preis eine unterschiedliche Punktezahl verteilte (10 Beschwerdeführerin gegenüber 36 Beschwerdegegnerin), womit sich die Vergabe mithin auf die Preisfrage reduzierte.

Umstritten ist hingegen die Zulässigkeit des von der Beschwerdegegnerin angebotenen tiefen Preises bzw. sinngemäss die Frage, ob bei einem derart tiefen Preisangebot die Teilnahme- und Auftragsbedingungen noch eingehalten werden.

5.1 Da nur zwei Offerten vorliegen, ist die Würdigung der Preiskalkulation zum vornherein nicht einfach. Wie bereits erwähnt gehen die Kalkulationen der LSVA- und Dieselkosten erheblich auseinander. (...).

(...) Zieht man des Weiteren in Betracht, dass die Beschwerdegegnerin in Missachtung ihrer Mitwirkungspflicht ihre der Vorinstanz mitgeteilten und in casu bestrittenen Aufwandzahlen dem Verwaltungsgericht nicht näher erläuterte und belegte, so muss hier davon ausgegangen werden, dass für die Beschwerdegegnerin die LSVA- und Dieselkosten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit bei ca. Fr. ...-- liegen. Die der Vorinstanz eingereichte (Teil)Kostenkalkulation erweist sich deshalb als ungenau und falsch und insofern unseriös. Welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, ist nachfolgend zu prüfen (siehe Erw. 5.4).

5.2 Unbesehen davon, dass die Beschwerdegegnerin die LSVA- und Dieselkosten in der nachgereichten (Teil)Kostenkalkulation teilweise ungenau berechnete, ist davon auszugehen, dass das beschwerdegegnerische Angebot in jedem Falle nicht kostendeckend ist. Vom Beschwerdegegner unbestritten geblieben ist, dass der Aufwand für Versicherung, Verkehrssteuer, Unterhalt/Reparaturen, Amortisation und Verzinsung sich auf ca. Fr. ./km beläuft. Hinzu kommen Personalkosten (...), so dass zu folgern ist, dass die Kostenunterdeckung nur zu einem kleineren Teil auf die eingereichte ungenaue Teilkalkulation (...) zurückgeführt werden kann (...). Die Gründe, weshalb mit einer derart erheblichen Kostenunterdeckung (deren genaues Ausmass hier nicht festgestellt werden kann und muss) ein Angebot eingereicht wurde, lässt die Beschwerdegegnerin

im Dunkeln. Es stellt sich somit die Frage, ob wegen dieser Kostenunterdeckung auf eine Nichteinhaltung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen geschlossen werden muss.

5.3 Die Beschwerdeführerin vermutet vor allem, dass die Beschwerdegegnerin dank „Quersubventionierung“ oder durch den „Griff in die Privatschatulle“ weit unter dem einfachen Kostendeckungsgrad offerieren könne. Deswegen kann aber noch nicht auf eine Nichteinhaltung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen geschlossen werden. Insbesondere besteht kein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Beschwerdegegnerin den arbeitsvertraglichen und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nicht nachkommen wird. Solches glaubt offenbar auch die Beschwerdeführerin nicht. Sie macht auch keine konkreten Vorkommnisse geltend, welche entsprechend Rückschlüsse erlauben oder zumindest begründete Verdachtsmomente aufkommen lassen könnten.

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Auftrag nicht ordnungsgemäss abgewickelt wird, indem zum Beispiel die verlangte Verfügbarkeit innert 4 Stunden ab Bestellung nicht eingehalten wird. Jedes etablierte Transportunternehmen weiss, wie schnell Unzuverlässigkeit seinem Image und damit seiner Konkurrenzfähigkeit schadet. Dieses Wissen wird wohl auch im vorliegenden Fall die Beschwerdegegnerin davon abhalten, den Auftrag nicht seriös zu erfüllen. Gegenteiliges führt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert ins Feld. Schliesslich spricht auch die im Vergleich zu anderen Arbeitsvergaben einfache Natur des Auftrages gegen eine Nichteinhaltung der beschaffungsrechtlichen Vorgaben.

5.4 An dieser Beurteilung vermag die Tatsache nichts zu ändern, dass die Beschwerdegegnerin nur teilweise ihren Mitwirkungspflichten nachkam und dabei eine fragwürdige (Teil)Kalkulation einreichte. Die kalkulatorische Ungenauigkeit lässt bei der vorliegenden Sachlage und der dargelegten einfachen Auftragsart prognostisch nicht auf eine fachlich ungenügende Auftragserledigung schliessen, die einen Wettbewerbsausschluss wegen mangelnder Eignung rechtfertigen könnte (§ 26 Abs. 1 lit. a VIVöB). Die mangelhafte beschwerdegegnerische Mitwirkung stellt auch keinen Ausschlussgrund nach § 26 Abs. 1 lit. g VIVöB dar. Das Angebot ist nicht unvollständig eingereicht worden und die mangelhafte Mitwirkung im Rahmen von § 30 Abs. 1 VIVöB stellt keine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses dar. Vielmehr ist dieser Umstand bei der Beurteilung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, mitzuberücksichtigen und dann allenfalls eine angemessene Sicherheit zu verlangen, wobei dann erst die nicht fristgerechte Leistung als ultima ratio zum Ausschluss führen kann (§ 30 Abs. 2 VIVöB). Dagegen geht es

B 11.1

nicht an, wegen ungenügender Mitwirkung einfach eine Umkehr der Beweislast anzunehmen und ohne Nachweis auf eine Verletzung der Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen oder ein unlauteres Angebot zu schliessen, dies jedenfalls solange als - wie im vorliegenden Fall - keine konkreten Anhaltspunkte für solche Rechtswidrigkeiten vorliegen. Im Lichte von § 30 Abs. 2 VIVöB lässt sich auch nicht leichthin - wenn überhaupt - ein Ausschlussgrund wegen falscher Auskünfte annehmen (§ 26 Abs. 1 lit b VIVöB), zumal die Kostenunterdeckung eines geeigneten Anbieters an sich zulässig ist und die Vergabebehörde bei fehlenden Anhaltspunkten von Verletzungen von Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen nicht zu Nachfragen verpflichtet ist (siehe Erw. 2.3).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bei Verdacht eines Ausschlussgrundes im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 VIVöB eine klar formulierte Mitwirkungspflicht der Anbieterin besteht, insbesondere im Zusammenhang mit der Eignung, der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen sowie der Erfüllung der Zahlungspflichten gegenüber Sozialinstituten und der öffentlichen Hand (§ 26 Abs. 3 VIVöB). Dass diese Mitwirkungspflicht bestanden hätte oder verletzt worden wäre, wird weder behauptet noch ist solches aktenkundig.

5.5 Liegt ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, so kann die Auftraggeberin die Leistung angemessener Sicherheiten verlangen (§ 30 Abs. 2 VIVöB). Hierbei handelt es sich um eine Kann-Vorschrift und es steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die in Frage kommenden Sicherheiten werden nicht näher definiert. In Beachtung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Vorranges der milderer Massnahme sowie des Ermessensspielraumes ist die von der Vorinstanz vorgesehene Vertragsklausel, wonach sie bei allfälligen Schwierigkeiten bei der nicht ordnungsgemässen Auftragsabwicklung durch die Beschwerdegegnerin vom Vertrag zurücktreten kann, nicht zu beanstanden.

5.6 Mithin verbleibt noch der Vorwurf des Dumpingpreises, mit welchem widerrechtlich die Marktbeherrschung angestrebt werden soll. Die Beschwerdeführerin macht konkret geltend, die Beschwerdegegnerin sei auf Kehrlichttransporte spezialisiert und könne durch nicht kostendeckende Preise „normale“ Anbieter ausschalten, so dass sie schliesslich noch alleinige Anbieterin auf dem Kehrlichttransportmarkt sei und alsdann die Preise wieder beliebig erhöhen könne. Auch dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Zum einen geht es um einen bloss einjährigen Auftrag. Dieser konkrete Auftrag allein ist nicht geeignet, lokal und regional etablierte Unternehmungen aus dem Transportmarkt zu verdrängen. Was den Kehrlichttransportmarkt im Besonderen betrifft, so geht es

in casu zudem nicht um einen kommunalen Kehrachtsammeldienst, wie ihn die Beschwerdegegnerin gemäss ihren Referenzen seit Jahren in den Gemeinden ... ausführt, sondern um das Transportieren von Containern mit Entsorgungsgut. Zum anderen ist weder ersichtlich noch wird von der Beschwerdeführerin substantiiert geltend gemacht, die Offerte der Beschwerdegegnerin sei Ausdruck und Gegenstand einer gezielten Strategie, welche eine widerrechtliche Marktbeherrschung bzw. einen widerrechtlichen Marktmissbrauch zum Ziele habe. Dass es sich bei der Beschwerdegegnerin um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG handelt, welche durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen will, kann abgesehen davon auf Grund der vorliegenden Akten nicht gesagt werden.

5.7 Soweit die Beschwerdeführerin auf eine Praxis bzw. eine Vorschrift im Kanton Bern verweist (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, 1996, Rz 329 mit Hinweis auf Art. 13 lit. c und d der Submissionsverordnung des Kantons Bern vom 23. Dezember 1980, Stand 1.1.1996, BSG 731.21), wonach ein Unterangebot auszuschliessen ist, wenn der offerierte "Preis aufgrund der Verhältnisse des Bewerbenden offensichtlich nicht vertretbar" ist, ist zu vermerken, dass in der aktuell gültigen Submissionsverordnung des Kantons Bern vom 16. Oktober 2002 (ÖBV, BSG 731.21) dieser Tatbestand nicht mehr unter den Ausschlussgründen aufgezählt wird (Art. 24 ÖVB). Für ungewöhnlich niedrige Angebote gilt eine § 30 Abs. 1 VIVöB entsprechende Regelung (Art. 28 ÖVB). Abgesehen davon ist vorliegend nicht das bernische Recht anwendbar. Zudem ist nicht erstellt, ob der offerierte Preis aufgrund der Verhältnisse des Bewerbenden offensichtlich nicht vertretbar ist.

5.8 Sollte die Beschwerdeführerin den „Lockvogeltatbestand“ als gegeben erachten, ist folgendes anzumerken. Nach der Vorschrift von Art. 3 lit. f UWG handelt unlauter, wer "ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht; Täuschung wird vermutet, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen liegt; weist der Beklagte den tatsächlichen Einstandspreis nach, so ist diese für die Beurteilung massgebend". Die Täuschung, welche die Unlauterkeit bei diesem Tatbestand begründet, liegt in der beim Kunden erzeugten irrigen Meinung, dass das ganze Sortiment des Anbieters dieselben

B 11.2

(Preis-)Vorteile biete (M. Pedrazzini/R. von Büren/E. Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N 907). Dies ist vorliegend nicht der Fall, soweit für die Anwendung der Elemente des Lockvogelbestand bei öffentlichen Beschaffungen, die im Rahmen geregelter Verfahren durchgeführt werden, überhaupt Raum bleiben sollte (vgl. BEZ 2003 N. 48 Erw. 3.g).

6. Es ergibt sich somit, dass im Ergebnis die Vergabe nicht rechtsfehlerhaft an die Beschwerdegegnerin erfolgte, weshalb die Beschwerde abgewiesen werden muss. Ob es allenfalls im Ermessen der Vergabebehörde gestanden hätte, im Sinne der aargauischen Rechtsprechung das Unterangebot zwecks Verhinderung eines ruinösen Preiskampfes auszuschliessen, kann hier offen bleiben. Der gegenteilige von der Lehre und den meisten Gerichten vertretene Standpunkt erscheint im Licht der normativen Vorgaben indes als der überzeugendere (siehe vorne Erw. 2.3).

(VGE 1061/06 vom 24. Oktober 2006).

11.2 Schwerwiegende Rechtsmängel, Verfahrenswahl, Ausstand

- *Rügeprinzip. Rechtsanwendung von Amtes wegen bei schwerwiegenden Rechtsmängeln (Erw. 3.2).*
- *Unterscheidung Bauhauptgewerbe/Baunebengewerbe. Auswirkungen auf Schwellenwerte und Verfahrenswahl (Erw. 3.6).*
- *Ausstandsregeln und Vorbefassung (Erw. 5 und 6).*

Aus den Erwägungen:

3.2 Im Submissionsverfahren ist in ausgeprägtem Masse das Rügeprinzip anwendbar (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 682 f.). Eine Rechtsanwendung von Amtes wegen drängt sich jedoch bei schwerwiegenden Rechtsmängeln auf.

Dem steht die grundsätzliche Bindung des Verwaltungsgerichts an die Parteianträge nicht entgegen (§ 58 VRP). Das Verwaltungsgericht ist im vorliegenden Fall einzige kantonale Beschwerdeinstanz, weshalb ihm an sich die Ermessensüberprüfung zusteht (§ 55 Abs. 2 lit. a VRP), womit nach schwyzerischem Verwaltungsprozessrecht eine Bindung an die Parteianträge entfällt (§ 59 i.V.m. § 49 VRP). Der Umstand, dass Art. 16 Abs. 2 IVöB spezialgesetzlich eine Ermessenskontrolle ausschliesst, vermag die Anwendung von § 49 i.V.m. § 59 VRP nicht a priori zu verhindern, zumal das öffentliche Beschaffungsrecht selbst keine Bindung an

die Parteibegehren verlangt (Art. 18 IVöB). Dies aus folgenden Gründen: Zum einen wird - sofern wie im vorliegenden Fall kein regierungsrätlicher Vergabeentscheid angefochten wird - mit der fehlenden Bindung an die Parteianträge die verfassungsmässige Stellung des Regierungsrates als oberste Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde des Kantons nicht in Frage gestellt. Diese verfassungsmässige Stellung ist in der schwyzerischen Verwaltungsrechtspflegeordnung der massgebliche Grund für die Kognitionsbeschränkung und der damit verbundenen Einschränkungen im Zusammenhang mit der Nichtbindung an die Parteianträge und dem Novenrecht (§§ 55 Abs. 2 lit. a, 57, 58 f. VRP). Zum anderen hat das aargauische Verwaltungsgericht nachvollziehbar entschieden, dass es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel handelt, der auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers. Nur so könne eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für grössere Beschaffungen wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden (AGVE 2001, S. 313 mit weiteren Zitaten). Im Gegensatz zum Kanton Schwyz ist aber im Kanton Aargau das Verwaltungsgericht stets an die Beschwerdebegehren gebunden (§ 43 Abs. 2 AG-VRPG). Dies führte dort in einem Verfahren, wo rechtswidrig anstelle des offenen oder selektiven Verfahrens ein Einladungsverfahren durchgeführt wurde und wo die Beschwerdeführerin - wie im vorliegenden Fall - lediglich die Aufhebung des Zuschlages und die Erteilung desselben an sich selbst verlangte, zu folgender Entscheidung: der Vergabeentscheid wurde aufgehoben und es wurde festgehalten, dass es Sache der Vergabestelle sein werde, das Submissionsverfahren als solches aufzuheben und die Submission in Beachtung der massgebenden Vorschriften des Submissionsdekrets und des übergeordneten Rechts korrekt zu wiederholen (AGVE 1997, S. 347). Im Ergebnis hat mithin das aargauische Verwaltungsgericht unbesehen seiner Bindung an die Parteianträge die Weichen für eine Wiederholung des gesamten Submissionsverfahrens gestellt. Aufgrund des schwyzerischen Prozessrechts bedarf es dieser komplizierten Entscheidungsfindung nicht, welche das Gericht zudem mit einer aufsichtsrechtlichen Anzeige an den Regierungsrat ergänzen müsste. Liegt mithin ein schwerwiegender Verfahrensmangel vor, der abweichend von den Parteibegehren die Wiederholung des Submissionsverfahrens gebietet, so liegt dies in der Zuständigkeit des Gerichtes.

3.6 Bauaufträge werden in Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe unterteilt. Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerkes. Die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe (§ 3 Abs. 1 VIVöB; vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O.,

B 11.2

Rz.107). Im Bauhauptgewerbe ist im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich (Binnenbereich) das Einladungsverfahren unter dem Schwellenwert von Fr. 500'000.--, im Baunebengewerbe unter dem Schwellenwert von Fr. 250'000.-- zulässig (...). Die hier umstrittene Wasseraufbereitung ist - entgegen der nicht näher begründeten Ansicht der Vorinstanz - keine Arbeit für die tragenden Elemente eines Bauwerkes, weshalb hier das Einladungsverfahren nur bis zu einem Auftragswert von Fr. 250'000.-- möglich gewesen wäre. Dem aktenkundigen Vergabeantrag vom 23. Februar 2006 ist zu entnehmen, dass der Kostenvoranschlag von Fr. 362'000.-- ausgeht. Die offerierten Preise ... liegen je nach Variante über dem Kostenvoranschlag oder etwas darunter. Es steht somit fest, dass der Schwellenwert klar überschritten wurde und das offene oder selektive Verfahren hätte gewählt werden müssen (Art. 12, 12bis IVöB). Dieser Verfahrensmangel ist schwerwiegend, vorliegend allenfalls deshalb als etwas geringfügiger einzustufen, weil bei einem spezialisierten und kleinen Beschaffungsmarkt der Wettbewerb objektiv auch durch ein Einladungsverfahren gewährt werden könnte, was hier jedoch sachverhältnismässig nicht erstellt ist und insbesondere die schwerwiegende Rechtsverletzung nicht zu rechtfertigen vermag. Zu ergänzen ist, dass es sich bei kleinen Märkten empfiehlt, nebst der minimal geforderten Ausschreibung im kantonalen Amtsblatt (§ 10 Abs. 1 VIVöB) diese auch in Fachpublikationen oder/und einer gemeinsamen elektronischen Plattform gemäss § 10 Abs. 2 VIVöB vorzunehmen. Dass dieser schwerwiegende Verfahrensmangel unbeschrieben der Beschwerdeanträge zu beachten ist, wurde bereits dargelegt (Erw. 3.2). Unbehelflich ist im Übrigen der Einwand, die Verfahrenswahl hätte vorgängig angefochten werden müssen. Zum einen enthielt das Einladungsschreiben keinerlei submissionsrechtliche Hinweise, geschweige denn eine Rechtsmittelbelehrung, und zum anderen hatten nicht eingeladene potentielle und beschwerdebefugte Mitbewerber gar keine Kenntnis vom Einladungsverfahren.

5.1 Zu den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens gehört die Beachtung der Ausstandsregeln (Art. 11 lit. d IVöB; § 4 Abs. 1 VRP i.V.mit §§ 52 GO). So darf im Vergabeverfahren nicht mitwirken, wer selber Anbieter ist oder im Falle einer juristischen Person deren Verwaltung angehört (§ 52 Abs. 1 lit. a und c GO). Abgelehnt werden kann im Vergabeverfahren eine Person u.a., wenn sie Rat gegeben oder Gutachten erstattet hat, wenn zwischen ihr und einem Anbieter Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (§ 53 lit. b-d GO). Ausstandspflichtig ist im Übrigen grundsätzlich nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungs-

verbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion. Es genügt dabei der Anschein der Befangenheit, ob tatsächlich eine Befangenheit vorliegt, ist nicht nachzuweisen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 523). Ein Ablehnungsgrund ist umgehend geltend zu machen, andernfalls ein Untätigbleiben oder eine Einlassung in ein Verfahren als Verzicht und Verwirkung des Ablehnungsanspruchs angenommen wird (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 528; BGE 126 III 254 E. 3c, 4).

5.2 Wenn externe Fachleute zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden, sind sie vorbefasst und grundsätzlich als Anbieter auszuschliessen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 516; VGE 1053-55/02 vom 17.4.03, Erw. 4a). In § 8 VIVöB wird dieser Tatbestand neuerdings explizit wie folgt geregelt: „Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen.“ Die Vorbefassung ist mit der Ausstandspflicht mithin eng verwandt (BR 2/03, S17, S. 65). Das Verwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid indes festgehalten, dass in einer Dienstleistungsbranche, die nur von wenigen Anbietern betrieben wird, eine rigorose Handhabung der Ausstandsvorschriften, die die Durchführung von Submissionsverfahren sehr stark behindern, wenn nicht gar verunmöglichen würde, nicht angebracht ist (VGE 1053-55/02 vom 17.4.03, Erw. 4b/d).

In der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird hervorgehoben, dass es genüge, wenn ein Wettbewerbsvorteil als möglich erscheine (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 517 [GR], 518 [AG]; BR 2/03 S17, S. 65). Andererseits führt nicht jede Vorbefassung bzw. jeder Wissensvorsprung zum Ausschluss eines Anbieters. Nebst der geringen Anzahl von Anbietern einer bestimmten Leistung vermag auch der geringe Grad einer Mitwirkung einen Verzicht auf Verfahrensausschluss zu rechtfertigen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 520 [LU]; Rz. 518 [AG]; weitere mögliche Ausnahmesituationen: bei Neuausschreibung eines Dauerauftrages, Wissensvorsprung des bisherigen Auftragsinhabers [Rz. 516]; siehe auch Rz. 521). Allerdings darf ein Unternehmer die Ausschreibung nicht zu seinen Gunsten beeinflussen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau verlangt, dass ein solches Mitwirken offen gelegt und ein allfälliger Wissensrückstand der übrigen Bewerber durch geeignete Ausgleichsmechanismen kompensiert wird (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 518). Ähnlich argumentiert das Verwaltungsgericht Luzern (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 520). Auch die Eidg. Rekurskommission verlangt die Offenle-

B 11.2

gung der Vorbefassung gegenüber den Mitkonkurrenten (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 514).

6.1 Aus Sicht der Beschwerdegegnerin stellt sich die Frage der Vorbefassung. Der Vorwurf, die Beschwerdegegnerin sei eine vorbefasste Anbieterin wäre dann gerechtfertigt, wenn der für die Gemeinde herangezogene Planungsberater bzw. Fachplaner Z im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeitsvergabe der Beschwerdegegnerin als Berater, Sachbearbeiter und/oder Mitinhaber zuzurechnen wäre, und die Möglichkeit besteht, dass die Beschwerdegegnerin dank dieser Konstellation zu einem die anderen Anbieter diskriminierenden Wissensvorsprung gekommen sein könnte. Aufgrund der vorliegenden Akten und den Ausführungen der Beschwerdegegnerin und des Fachplaners Z ist jedoch nicht von einer nachweisbaren Vorbefassung auszugehen. Insbesondere der Umstand, dass der Fachplaner Z Gründer und vormaliger Inhaber der Beschwerdegegnerin war und diese Firma vor mehr als zwei Jahren seinen Söhnen übertrug, erlaubt den Rückschluss auf einen Vorbefassungstatbestand nicht, ansonsten die Rechtsnachfolger ihrerseits diskriminiert würden. Mithin ist a priori auch nicht auf einen möglichen vorbefassungsbedingten Wettbewerbsvorteil zu schliessen. Es liegen zudem keine ernsthaften Anhaltspunkte vor, die in rechtsgenügendem Masse auf einen diesbezüglichen Missbrauch der verwandtschaftlichen Beziehungen hinweisen würden. Die Tatsache, dass den Mitbewerbern die Teilnahme bzw. die Einladung der Beschwerdegegnerin speziell mitgeteilt wurde (...) und die Beratung der Gemeinde durch Z bzw. die Y bekannt war, schaffte Transparenz. Gemäss allgemeiner Lebenserfahrung wirkt solche Transparenz präventiv. Sie ist ein probates Mittel gegen potentiellen Missbrauch, müssen die Betroffenen doch damit rechnen, dass ihr Handeln unter besonderer Beobachtung insbesondere durch die übrigen Anbieter steht.

6.2 Aus Sicht des Fachplaners Z stellt sich die Frage der Befangtheit.

6.2.1 Die Beschwerdeführerinnen haben mit Einreichung der Offerte, also vor der Arbeitsvergabe, nur gegen die Teilnahme der Beschwerdegegnerin als Mitbewerberin remonstriert, nicht aber explizit gegen die Beratung durch die Y (...). Auch vor Verwaltungsgericht wird primär die Vorbefassung der Beschwerdegegnerin gerügt und deren Ausschluss verlangt. Dieser Umstand gereicht ihnen jedoch nicht zum Nachteil. Abgesehen davon, dass zwischen Vorbefassung und Ausstandspflicht ein enger Konnex besteht und hier sinngemäss die Rüge der Vorbefassung auch die der Verletzung der Ausstandspflicht mit beinhaltet, hat der

beigezogene Fachplaner im Zeitpunkt der Einladung zur Offerteinreichung schon einen wesentlichen Teil seiner Arbeit verrichtet, so dass im Ablehnungsfalle zum vornherein nur mehr der Verfahrensausschluss der mitbetroffenen Anbieterin in Frage kommen konnte (siehe hinten Erw. 6.3). In den Ausschreibungsunterlagen wird im Übrigen die Person des Fachplaners überhaupt nicht erwähnt noch sinngemäss seine Tätigkeit hinterfragt. Nicht stichhaltig ist im Übrigen der Einwand, gegen die Teilnahme der Beschwerdegegnerin hätte selbständig Beschwerde geführt werden müssen (siehe oben Erw. 3.6 in fine).

6.2.2 Wie schon dargelegt (oben Erw. 5.2), darf bei einem kleinen Beschaffungsmarkt die Durchführung eines Submissionsverfahrens, welches den wirtschaftlichen Einsatz von öffentlichen Mittel zum Ziel hat, nicht durch zu rigorose Handhabung der Ausstandsvorschriften stark behindert oder gar verunmöglicht werden. Aufgrund der vorliegenden Akten und Rechtsmitteleingaben ist indes nicht davon auszugehen, dass der Verzicht auf den fraglichen Fachplaner oder auf die Beschwerdegegnerin als Anbieterin zu einer starken Behinderung oder gar Verhinderung des Submissionsverfahrens geführt hätte. Anbieter gibt es unbestritten mehrere. Des Weiteren ist es schwer vorstellbar, dass nur der konkret beigezogene Fachplaner, auch wenn er vor 30 Jahren am Bau des Schwimmbades schon beteiligt war und als einziger über die Pläne verfügte, die Voraussetzungen für das Beratungsmandat erfüllen konnte. Immerhin wird in der vorinstanzlichen Beschwerdevernehmlassung eine alternative externe Beratungsmöglichkeit ebenfalls nicht kategorisch ausgeschlossen, wenn ihr Fachplaner „als einer der einzigen Planer in der Schweiz“ bezeichnet wird. Auch die Beschwerdegegnerin führt repliando aus, auf dem Markte seien nur wenige Fachplaner (aber immerhin) tätig. Es besteht mithin kein Anlass, die Ausstandspflichten nicht oder nur zurückhaltend zu beachten.

6.2.3 Die konkrete unbestrittene verwandtschaftliche und firmengeschichtliche Beziehung zwischen dem beigezogenen Fachplaner und den Inhabern der Beschwerdegegnerin bewirkt im vorliegenden Fall klarerweise den Anschein der Befangenheit. Der Fachplaner hatte sowohl bei der Devisierung, bei der Wahl der zu offerierenden Leistungen und der einzuladenden Bewerber sowie bei der Vorbereitung des Vergabeantrages (gemeinsamer Vorschlag der Unternehmervariante) eine massgebliche Funktion ausgeübt. Andernfalls wäre sein Beizug auch nicht erforderlich gewesen. Es kann deshalb kein Zweifel darüber bestehen, dass der Fachplaner zu jenem Personenkreis gehörte, welcher die Ausstandspflichten zu beachten hatte. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Fachplaner gemäss der vorinstanzlichen Sachdarlegung keine Einsicht in

B 11.3

die einzelnen Offerten hatte (die Unternehmervarianten mussten ihm aber irgendwie zur Kenntnis gebracht worden sein, ansonsten er sich darüber gar nicht hätte äussern können) und somit von Seiten der Vergabebehörde einer allfälligen unsachgemässen Vergabe vorsorglich entgegengewirkt wurde. Die Möglichkeit einer unzulässigen Beeinflussung war damit aber nicht ausgeschlossen und der Anschein der Befangenheit, welcher hier genügt, muss bei der konkreten personellen Konstellation weiterhin bejaht werden. Indem also der Fachplaner tätig wurde, sind die Ausstandspflichten verletzt worden, weshalb der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben ist.

Anzumerken ist im Übrigen, dass sich die Beschwerdegegnerin zum Vorwurf der räumlichen Nähe zunächst überhaupt nicht äusserte (...), während sie duplicando es beim Hinweis bewenden liess, Z führe sein Unternehmen von ... aus (...). Eine klare Bestreitung des von den Beschwerdeführerinnen unmissverständlich vorgetragenen Sachverhaltes vermisst man.

6.3 Dieser Fall zeigt, dass der Beizug einer externen Fachkraft, die den Ausstandspflichten unterliegt, unmittelbare Auswirkungen auf die Teilnahme potentieller Bewerber haben kann. Es ist entweder auf den Beizug der Fachkraft, die im Verhältnis zu dem potentiellen Bewerber als befangen erscheint, zu verzichten, oder dann den fraglichen potentiellen Bewerber nicht zur Offerteinreichung einzuladen bzw. diesen für das offene oder selektive Verfahren zu einem Teilnahmeverzicht anzuhalten. Anders kann das Problem nicht gelöst werden. Liegt keine Vorbefassung vor, kann ein Bewerber nämlich nicht nachträglich aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Wenn die Vorinstanz hier in Kenntnis des beschwerdeführerischen Einspruches gegen die Teilnahme der Beschwerdegegnerin das Verfahren trotzdem weiterführte, hat sie - in Verbund mit den bereits abgehandelten weiteren schwerwiegenden Unzulänglichkeiten - die ihr aus dem vorliegenden Verfahrensausgang entstehenden Nachteile in Kauf genommen und selbst verschuldet.

(VGE 1020/06 vom 24. Mai 2006).

11.3 Wiederholung der Ausschreibung

- *Ein Verfahren kann abgebrochen oder wiederholt werden, wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (§ 35 Abs.1 lit.c VIVöB, SRSZ 430.130). Wiederholungspflicht in casu verneint.*

Aus den Erwägungen:

4. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, das Ausschreibungsverfahren sei im Sinne von § 35 Abs. 1 lit. c VIVöB zu wiederholen.

4.1 Ein Verfahren kann aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden, wenn unter anderem die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (§ 35 Abs. 1 lit. c VIVöB). Diese Bestimmung widerspiegelt eines der verschiedenen Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts, nämlich die Förderung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB). Weitere Ziele sind die Gewährleistung der Gleichbehandlung und einer unparteiischen Vergabe, die Sicherstellung der Transparenz und die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. b-d IVöB).

4.2 Dem angefochtenen RRB ist zu entnehmen, dass auf die öffentliche Ausschreibung hin 21 Ingenieurbüros die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben, davon 14 an der obligatorischen Begehung teilnahmen und schliesslich sechs ein Angebot einreichten. Des Weiteren wörtlich:

„Anlässlich von zwei Offertbesprechungen mit dem Fachspezialisten des ASTRA sowie dem externen Fachberater wurden die eingereichten Offerten nochmals gründlich überprüft. Dabei wurde festgestellt, dass in der Schweiz mehrere Elektroingenieurbüros existieren, welche die verlangten Erfahrungen und Referenzen vorweisen können. Anhand der eingereichten Angebote und der verschiedenen Rückmeldungen sind jedoch verschiedene potenzielle Anbieter derzeit so stark ausgelastet, dass sie infolge von Kapazitätsproblemen keine Angebote einreichen konnten. Bei den preislich günstigeren Angeboten, welche jedoch aus dem Wettbewerb ausgeschlossen werden mussten, mangelt es an den notwendigen Erfahrungen und Referenzen, weshalb ein Unterschätzen der komplexen Aufgabe angenommen werden kann.“

In der vorinstanzlichen Beschwerdevernehmlassung wird ergänzt, Kriterien und Leistungen seien in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Fachspezialisten des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) wohlüberlegt definiert, geprüft und in der Ausschreibung festgelegt worden. Gestützt auf einschlägige Erfahrungen des ASTRA bei ähnlichen Projekten sei es absolut zwingend, dass die Bewerber entsprechende Erfahrungen und Referenzen vorweisen könnten. Die Anforderungen seien aufgrund der Komplexität hoch, die Erfahrungen zeigten aber, dass der Markt dafür vorhanden sei, vor allem wenn Arbeits- und Bietergemeinschaften wie

B 12.1

vorliegend zulässig seien. Es existierten etliche Elektroingenieurbüros in der Schweiz, welche die verlangten Erfahrungen und Referenzen vorweisen könnten. Ob ein Verfahren nach § 35 Abs. 1 lit. c. VIVöB wiederholt werde, liege im Ermessen der Behörde (Kann-Norm). Ein wirksamer Wettbewerb sei zu jeder Zeit gewährleistet gewesen und für eine Wiederholung hätten keinerlei Gründe vorgelegen. Das Angebot der Beschwerdegegnerin liege zudem im marktüblichen Rahmen, die Vergabebehörde hätte den Preis eher noch höher eingeschätzt. Zu diesen Ausführungen nimmt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert Stellung. Insbesondere werden die glaubhaften und nachvollziehbaren Darlegungen zum Anforderungsprofil und zu den Marktverhältnissen weder ausdrücklich bestritten noch widerlegt.

4.3 Der von der Beschwerdeführerin angerufene § 35 Abs. 1 lit. c VIVöB hat seine Berechtigung in erster Linie bei (vermuteten) Preisabsprachen unter den Anbietern. Wenn wegen hohen Anforderungen und voller Auftragsbücher einerseits und ungenügenden Angeboten andererseits letztlich nur ein oder zwei Angebote zur Auswahl stehen, liegt es im weiten Ermessen der Behörde, ob sie das Verfahren wiederholen will oder nicht. Bei gleich bleibender Beschäftigungslage würde eine Wiederholung indes kaum mehr bringen als eine zeitliche Verzögerung.

Dieses Beurteilungsergebnis deckt sich mit § 35 Abs. 1 lit. a VIVöB, wonach das Verfahren abgebrochen oder wiederholt werden kann, wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt. Daraus ist e contrario zu schliessen, dass der Gesetzgeber nicht zwingend eine Wiederholung des Verfahrens verlangt, wenn nach dem Auswahlverfahren für nur ein Angebot der Zuschlag noch in Frage kommt.

(VGE 1056/06 vom 24. Oktober 2006).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Führerausweisentzug

- *Ungenügende Befreiung der Frontscheibe von einer Eisschicht.*

Aus den Erwägungen:

5. Die Vorinstanz hat den vorliegenden Fall als schwere Widerhandlung im Sinne von Art. 16c Abs. 1 Bst. a SVG qualifiziert. Sie führt aus: „Das Fahren mit vereisten Scheiben ist eine schwere Verkehrsgefährdung und zieht einen obligatorischen Entzug nach sich.“

5.1 Die Vereinigung der Strassenverkehrsämter (asa) hat im Hinblick auf das Inkrafttreten der SVG-Revision vom 14.12.2001 einen Schulungsordner geschaffen, der sich an die Mitarbeitenden der kantonalen Entzugsbehörden richtet (ASA-Kurs Nr. 275). Unter Ziff. 4.1.2.2 dieses Schulungsordners-asa, dem Richtliniencharakter zukommt und der ein geeignetes Instrument darstellt, um eine gewisse Einheitlichkeit der kantonalen Praxen zu erreichen, wird eine Stufeneinteilung bei allgemeinen Verkehrsregelverletzungen vorgenommen. Den einzelnen Verkehrswiderhandlungen wird der folgende Text vorangestellt:

„Praktisch alle nachfolgend angeführten Widerhandlungen können nicht schematisch als besonders leicht, leicht, mittelschwer oder schwer qualifiziert werden. Massgebend müssen die konkreten Umstände des Einzelfalles sein wie das Verschulden und, soweit verschuldensrelevant, die Schwere der Verkehrsgefährdung (BGE 125 II 561). Die nachfolgenden Ausführungen sind immer unter diesem Aspekt zu verstehen und können keine fixen Zuteilungen der einzelnen Widerhandlungen zu den verschiedenen Schweregraden liefern.“

Diesen Ausführungen, die inhaltlich weitgehend im Handbuch der Vorinstanz über die Administrativmassnahmen im Strassenverkehr, Ausgabe Januar 2005 (S. 4), wiederholt werden, ist beizupflichten. Sie liegen ganz auf der Linie von Rechtsprechung und Lehre, welche immer wieder auf die Bedeutung der konkreten Umstände hinweisen und einem starren Schematismus abhold sind.

Unter Ziffer 4.1.2.2 der asa-Richtlinien wird als 3. ausgeführt:

„Führen eines Fahrzeugs mit vereisten, angelaufenen und verschneiten Scheiben usw.
Die Normalfälle dürften sich am ehesten im Bereich der leichten/mittelschweren Widerhandlung bewegen. Es sind aber je nach den konkreten Umständen ebenso die übrigen Schweregrade denkbar. Insbesondere kann bei massiver Beeinträchtigung der Sicht die Qualifikation als schwere Widerhandlung durchaus angemessen sein.“

B 12.1

Im Handbuch der Vorinstanz werden "vereiste Scheiben" sowohl unter den mittelschweren Widerhandlungen gemäss Art. 16b SVG wie auch unter den schweren Widerhandlungen gemäss Art. 16c SVG aufgeführt.

5.2 Das Verwaltungsgericht hatte sich in jüngster Zeit in zwei Entscheiden mit Administrativmassnahmen zu befassen, welche Motorfahrzeuglenker betrafen, welche mit (teilweise) vereisten Scheiben fuhren.

- In VGE 831/04 vom 16.04.2004 (teilweise publiziert in EGV-SZ 2004, B 12.2) hatte das Verkehrsamt einen Führerausweisentzug für die Dauer eines Monats, gestützt auf Art. 16 Abs. 2 (alt) SVG verfügt. Das Verwaltungsgericht hat erwogen: Im konkreten Fall ist zu Gunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass einerseits nicht nur "ein kleines Guckloch", sondern eine Fläche von rund 40 cm x 40 cm freigemacht wurde, und andererseits aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer lediglich eine sehr kurze Strecke (von der -strasse zur -strasse) zu fahren beabsichtigte. Abgesehen davon erfolgte diese Fahrt zu einer verkehrssarmen Zeit (ca. 06.30 Uhr) an einem kantonalen Feiertag. Bei dieser konkreten Sachlage rechtfertigt es sich, anstelle des Führerausweisentzuges eine Verwarnung auszusprechen.
- In VGE 878/05 vom 28.09.2005, bei dem bereits die am 14.12.2001 revidierten und am 1. Januar 2005 in Kraft gesetzten neuen Art. 16 bzw. 16 a bis 16 d SVG zur Anwendung gelangten, hatte das Verkehrsamt Art.16c Abs. 1 Bst. a SVG als erfüllt erachtet und in Anwendung von Art. 16c Abs. 2 Bst. a SVG einen Entzug für drei Monate verfügt. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Entzugsdauer in Anwendung von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG auf einen Monat herabgesetzt. Es führte hiezu aus:

„Aus der strafrichterlichen Feststellung und den Akten ergibt sich, dass die vereiste Frontscheibe auf der Fahrerseite vor dem Fahrtantritt weitgehend freigekratzt worden war, die Frontscheibe auf der Beifahrerseite war im oberen und mittleren Bereich vollständig vereist. Im untersten Bereich war sie frei, wohl als Folge der Einwirkung von Heizung/Lüftung. Die vorderen Seitenscheiben "wiesen ebenfalls an diversen Stellen noch eine Eisschicht auf" (Polizeirapport S. 1). Der Beschwerdeführer erklärte gegenüber der Polizei, er habe zu seinem Arbeitsplatz fahren wollen und sei ein wenig zu spät gewesen, weshalb er pressiert habe. "Es ist nicht so schlau so zu fahren, ich sehe dies ein.“

Aufgrund der konkreten Umstände ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mehr als ein blosses Guckloch vom Eis befreit hatte und dass auch die Seitenscheiben eine beschränkte Sicht zuliessen. Dieses Fahren mit teilweise vereisten Scheiben wiegt objektiv und subjektiv

nicht derart schwer, dass es als schwere Widerhandlung im Sinne von Art. 16c Abs. 1 Bst. a SVG bezeichnet werden kann. In subjektiver Hinsicht hat der Beschwerdeführer wohl aus Bequemlichkeit und weil er in Eile war, die Scheiben nicht vollständig vom Eis befreit, ein rücksichtsloses Vorgehen kann ihm hingegen nicht vorgeworfen werden. Im Lichte der vorerwähnten asa-Richtlinien und des Handbuches der Vorinstanz ist daher die Widerhandlung nicht als schwere, wohl aber als mittelschwere Widerhandlung zu qualifizieren. Daran ändert auch die Subsumtion des Falles durch die Strafrichterin unter Art. 90 Ziff. 2 SVG, in Idealkonkurrenz mit Art. 93 Ziff. 2 Abs. 1 SVG nichts (vgl. Boll, Grobe Verkehrsregelverletzung, 1999, S. 106 mit Hinweisen; BGE 92 IV 144); denn eine Bindung der Administrativbehörden und des Verwaltungsgerichts an den Strafbefehl besteht nur in Bezug auf Sachverhaltsfragen, nicht aber in Bezug auf die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts (Schaffhauser, Grundriss des Schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, Rz. 2640 ff. mit Hinweisen)."

5.3 Für den vorliegenden Fall ergeben sich, anknüpfend an die vorstehenden Ausführungen, folgende Feststellungen und Folgerungen:

- Die Feststellung in der Beschwerde, wonach rund 60 % der Frontscheibe vor Antritt der kurzen Fahrt freigekratzt worden sind, trifft zu (vgl. Fotodokumentation; wobei die weggekratzten Eiskristalle allerdings nicht vollständig von der Scheibe weggeschabt wurden). Die Beschwerdeführerin hat mithin vor Antritt der Fahrt nicht bloss ein Guckloch (Bullauge), sondern deutlich mehr als die Hälfte der Frontscheibe vom Eis befreit.
- Richtig ist auch, dass die Beschwerdeführerin mit dem Auto mit der nicht vollständig freigekratzten Frontscheibe lediglich eine Distanz von rund 200 m zurücklegte, um es vom Parkplatz ... auf den Parkplatz bei ... umzuparkieren.
- Ebenso trifft zu, dass die Scheiben im Wageninnern anliefen, wobei dies auf die Temperatur- und Feuchtigkeitsunterschiede zwischen dem Wageninnern und -äussern nach Einstieg der Passagiere zurückzuführen ist. Dieses Phänomen tritt häufig erst kurze Zeit nach Fahrtantritt und namentlich in Fahrzeugen auf, die über keine Klimaanlage verfügen. Das Auftreten dieses Phänomens stellt nicht in jedem Fall eine schuldhafte Verkehrsregelverletzung dar. Hingegen ist der Fahrer, je nach Intensität der Beschlagung der Innenseite, gehalten, das Fahrzeug anzuhalten und die Scheiben mit einem Lappen abzureiben. Nachdem die Beschwerdeführerin nur eine Strecke von 200 m zurückzulegen beabsichtigte, kann ihr keine schwerwiegende Widerhandlung angelastet werden, wenn sie keinen Zwischenhalt einlegte, um das Innere der Scheiben abzureiben. ...

B 12.1

- Zu beachten ist auch, dass der Beschwerdeführerin im Strafbefehl vorgeworfen wird, "vor dem Wegfahren die vereiste Frontscheibe nicht vollständig ... von Eis befreit" zu haben. Der Vorwurf, die Sicht sei auch durch leicht vereiste Seitenscheiben behindert gewesen (vgl. Polizeirapport S. 2 oben) wird im Strafbefehl nicht erhoben.

Zusammenfassend ist der vorliegende Fall, im Einklang mit den asarichtlinien (vgl. Erw. 5.1 vorstehend), denen das Verwaltungsgericht beipflichtet, unter Berücksichtigung der gesamten konkreten Umstände als leichte Widerhandlung im Sinne von Art. 16a Abs. 1 Bst. a SVG, nicht aber als schwere Widerhandlung im Sinne von Art. 16c Abs. 1 Bst. a SVG zu qualifizieren.

Dass eine Qualifizierung als schwere Widerhandlung und damit eine Unterstellung unter Art. 16c SVG mit der Konsequenz, dass der Führerausweis für mindestens drei Monate zu entziehen wäre (Art. 16c Abs. 2 Bst. a) vorliegend klarerweise als unangemessen zu bezeichnen ist, ergibt auch eine Gegenüberstellung des Auffangtatbestandes von Art. 16c Abs. 1 Bst. a SVG mit den Spezialtatbeständen gemäss Art. 16c Abs. 1 Bst. b – f SVG. Danach begeht eine schwere Widerhandlung, wer:

- durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (a);
- in angetrunkenem Zustand mit einer qualifizierten Blutalkoholkonzentration (0.8 Promille oder mehr) ein Motorfahrzeug führt (b);
- wegen Betäubungs- oder Arzneimiteleinfluss oder aus andern Gründen fahruntfähig ist und in diesem Zustand ein Motorfahrzeug führt (c);
- sich vorsätzlich einer Blutprobe, einer Atemalkoholprobe oder einer anderen vom Bundesrat geregelten Voruntersuchung, die angeordnet wurde oder mit deren Anordnung gerechnet werden muss, oder einer zusätzlichen ärztlichen Untersuchung widersetzt oder entzieht oder den Zweck dieser Massnahmen vereitelt (d);
- nach Verletzung oder Tötung eines Menschen die Flucht ergreift (e);
- ein Motorfahrzeug trotz Ausweisentzug führt (f).

Es wäre nun klarerweise unangemessen und grotesk, den vorliegenden Sachverhalt unter Bst. a zu subsumieren und ihn damit auf die gleiche Stufe zu stellen wie die Spezialsachverhalte gemäss den Bst. b – f.

(VGE 814/06 vom 30. März 2006).

13. Sozialhilfe

13.1 Wirtschaftliche Hilfe während der Lehre

- *Bei Vorliegen eines Lehrverhältnisses ist anstelle eines Einkommensfreibetrages eine Integrationszulage zu gewähren.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss § 11 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird. Die Sozialhilfe der Gemeinden umfasst u.a. auch die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe. Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe haben Personen, welche für ihren Lebensunterhalt und den ihrer Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen können (§ 15 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 erster Satz ShG). In der Regel wird sie in Bargeld, ausnahmsweise durch Erteilen von Gutsprachen oder auf andere Weise gewährt (§ 17 Abs. 1 ShG).

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 pflichtgemässigem 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 revidierten SKOS-Richtlinien in Kraft.

2.2 Unter Ziffer C.2 der revidierten Richtlinien ist neu eine Integrationszulage (IZU) für Nicht-Erwerbstätige vorgesehen. Diese Zulage wird nicht erwerbstätigen Personen gewährt, die das 16. Lebensjahr vollendet haben und sich besonders um ihre soziale und/oder berufliche Integration sowie um diejenige von Menschen in ihrer Umgebung bemühen. Diese Zulage beträgt je nach der erbrachten Leistung und ihrer Bedeutung für den Integrationsprozess zwischen 100 und 300 Franken pro Person und Monat.

Ziffer E.1.2 der revidierten Richtlinien sieht Einkommens-Freibeträge (EFB) für Erwerbstätige vor. Auf Erwerbseinkommen aus dem ersten

B 13.1

Arbeitsmarkt von über 16-jährigen Unterstützten wird ein Freibetrag innerhalb der Bandbreite von 400 bis 700 Franken pro Monat gewährt. Mit dem Einkommens-Freibetrag wird primär das Ziel verfolgt, die Erwerbsaufnahme oder die Erhöhung des Arbeitspensums zu erleichtern und damit die Integrationschancen zu verbessern. Der Begriff "erster Arbeitsmarkt" wird in den SKOS-Richtlinien nicht definiert.

2.3 Hauptpunkt des regierungsrätlichen Wiedererwägungsverfahrens bildete die Frage, ob für das Lehrverhältnis der Tochter der Beschwerdeführerin eine Integrationszulage oder ein Einkommensfreibetrag zu gewähren ist.

2.4 Die Fürsorgebehörde berücksichtigte bei der Neuberechnung des Unterstützungsbudgets im Beschluss vom 17. August 2005 den Grundbedarf für den Lebensunterhalt für 2 Personen (Beschwerdeführerin und Tochter) von Fr. 1'469.--, die Wohnungsmiete von Fr. 1'200.-- sowie die Krankenkassenprämien von Fr. 254.--. Für das Lehrverhältnis der Tochter rechnete die Fürsorgebehörde hinsichtlich der Mehrkosten für auswärtige Verpflegung Fr. 176.-- (22 x Fr. 8.--) und für den Arbeitsweg Fr. 158.-- an. Zudem gewährte sie eine Integrationszulage für die Tochter von Fr. 100.--. Auf der Einkommensseite berücksichtigte die Fürsorgebehörde den Bruttolehrlingslohn von Fr. 650.--.

2.5 Im Beschwerdeentscheid Nr. 1681/2005 vom 20. Dezember 2005 kam der Regierungsrat zum Ergebnis, dass anstelle der Integrationszulage von Fr. 100.-- der Tochter ein angemessener Einkommensfreibetrag zu gewähren sei. Zudem hielt der Regierungsrat fest, dass anstelle des Bruttolohnes (von Fr. 650.--) der Lehrlingsnettolohn (von Fr. 630.50) einzusetzen sei.

2.6 In den revidierten SKOS-Richtlinien wird unter Ziffer C.2 (Integrationszulage) festgehalten, dass über die Integrationszulage berufliche Qualifizierung, Schulung und Ausbildung, gemeinnützige oder nachbarschaftliche Tätigkeit sowie die Pflege von Angehörigen finanziell honoriert und gefördert werden soll. Unter diese Tätigkeiten fallen gemäss diesen SKOS-Richtlinien ausdrücklich auch der Besuch einer Schule der Sekundarstufe II, einer Berufslehre, eines Berufspraktikums sowie die Teilnahme an Beschäftigungs-, Qualifikations- oder Integrationsprogrammen (sofern die entsprechende Leistung nicht mit einem eigentlichen Lohn abgegolten wird). Demgegenüber wird unter Ziffer E.1.2 (Einkommens-Freibeträge) der SKOS-Richtlinien festgehalten, dass Praktika oder die Teilnahme an Integrations- oder Beschäftigungsprogrammen nicht als Erwerbstätigkeit gelten im Sinne der Einkommensfreibeträge,

weshalb die entsprechenden Leistungen mit Integrationszulagen (C.2) honoriert werden. Was die Behandlung von Lehrlingslöhnen anbelangt, wird hier (unter E.1.2) festgehalten, dass diese besonders geregelt werden kann.

2.7 Der Regierungsrat hat für die Umsetzung der revidierten SKOS-Richtlinien mit Beschluss Nr. 747/2005 vom 14. Juni 2005 Empfehlungen an die Gemeinden abgegeben. Darin hat er unter anderem (unter Ziffer 2.1.2) folgende Freibeträge in Abhängigkeit vom Beschäftigungsumfang empfohlen:

Beschäftigungsumfang (100% = 180 oder mehr Stunden pro Monat)	Einkommensfreibetrag pro Person und Monat
bis 10 %	Fr. 120.--
20 %	Fr. 190.--
30 %	Fr. 260.--
40 %	Fr. 320.--
50 %	Fr. 380.--
60 %	Fr. 430.--
70 %	Fr. 480.--
80 %	Fr. 520.--
90%	Fr. 560.--
100 %	Fr. 600.--

Unter Ziffer 2.1.3 "Lehrlingslohn, Jugendlicher (unter 25 Jahren) in Ausbildung hat der Regierungsrat den Gemeinden folgende Regelung empfohlen:

„Der Lehrlingslohn wird nicht als Einkommen des ersten Arbeitsmarktes anerkannt und hat daher keinen Anspruch auf einen Einkommensfreibetrag. Bei der Absolvierung einer Berufslehre soll dagegen eine Integrationszulage gewährt werden. Die Integrationszulage für Personen in einer Berufsausbildung soll indessen im Gegensatz zu anderen Integrationszulagen nicht erst nach drei Monaten ausgerichtet werden, sondern analog dem Einkommensfreibetrag sofort nach Gewährung der Sozialhilfe. Die Integrationszulagen für Personen bis 25 Jahre, welche eine Vollzeitausbildung absolvieren (Sekundarstufe II, Berufslehre, andere Ausbildung oder Praktikum) beträgt in der Regel 50% des Maximums (d.h. Fr. 100.--); ist die betreffende Person über 25 Jahre alt, ist die maximale Integrationszulage am Platz (Fr. 200.--).“

B 18.1

2.8 Für den vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass die Fürsorgebehörde sich in ihrem Beschluss vom 17. August 2005 hinsichtlich des Lehrverhältnisses der Tochter genau an die regierungsrätlichen Empfehlungen gemäss RRB Nr. 747/2005 gehalten und anstelle eines Einkommensfreibetrages eine Integrationszulage im Umfange von 50% des Maximums, d.h. von Fr. 100.-- gewährt hat. Eine solche Regelung, wonach im Ausbildungsverhältnis eine Integrationszulage anstelle eines Einkommensfreibetrages gewährt wird, gibt grundsätzlich keinen Anlass zur Beanstandung. In den SKOS-Richtlinien wurde für die Behandlung der Lehrlingslöhne ausdrücklich von einer Empfehlung abgesehen, sodass in diesem Punkt ein uneingeschränkter Spielraum für den Kanton Schwyz besteht. Auch andere Kantone kennen eine vergleichbare Regelung, beispielsweise die Kantone Bern und Solothurn (vgl. dazu die Übersicht in der Zeitschrift für Sozialhilfe, 103. Jahrgang, Heft Nr.1 vom März 2006, S.18 f. "So wenden die Kantone die neuen SKOS-Richtlinien an"). Im Lichte dieser bei der Einführung der revidierten SKOS-Richtlinien durch den Regierungsrat abgegebenen Empfehlungen an die schwyzerischen Gemeinden erweist es sich als folgerichtig und korrekt, dass die im Beschwerdeentscheid Nr. 1681 übersehene Regelung für ein Lehrverhältnis im anschliessenden RRB Nr. 48/2006 wiedererwägungsweise korrigiert und dementsprechend anstelle eines Einkommensfreibetrages die von der Fürsorgebehörde gewährte monatliche Integrationszulage von Fr. 100.-- bestätigt wurde. Soweit die Beschwerdeführerin diese im Wiedererwägungsentscheid enthaltene Korrektur beanstandet, erweisen sich die Einwände als unbegründet und sind abzuweisen.

(VGE 809/06 vom 30. März 2006).

18. Verschiedenes

18.1 Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung (VVG)

- *Das Verwaltungsgericht ist nicht zuständig zur Beurteilung von Forderungen aus Einzel-Unfallversicherung.*

Aus den Erwägungen:

2.1 In VGE 4/01 vom 18. April 2001 (Teilurteil; publiziert in EGV-SZ 2001 Nr. 3.4 S. 66 ff.) hatte das Verwaltungsgericht die Frage der Zuständigkeit bei einer Streitigkeit betreffend Leistung von Krankentaggel-

dern nach VVG zu beurteilen. Das Verwaltungsgericht bejahte seine Zuständigkeit im Wesentlichen gestützt auf die folgenden Erwägungen.

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10; KVG) regelt die soziale Krankenversicherung, welche die obligatorische Kranken- und eine freiwillige Taggeldversicherung umfasst (Art. 1 Abs. 1 KVG). Das Versicherungsverhältnis untersteht dem öffentlichen Recht. Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, welche von den Krankenkassen angeboten werden können, unterstehen dem Privatrecht, womit auf sie das Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) anwendbar ist (Art. 12 Abs. 3 KVG). Von daher gelten diese Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen als privatrechtlich (vgl. BGE 124 III 46).

Gemäss Art. 47 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG, SR 961.01; neu = Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004) entscheidet der Richter privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungseinrichtungen oder zwischen solchen und den Versicherten. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG haben die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen, in dem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (Art. 47 Abs. 2 VAG bzw. neu Art. 85 Abs. 2 VAG). Bei Streitigkeiten im Sinne von Art. 47 Abs. 2 VAG dürfen den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegt werden; jedoch kann bei mutwilliger Prozessführung der Richter der fehlbaren Partei solche Kosten ganz oder teilweise auferlegen (Art. 47 Abs. 3 VAG bzw. neu Art. 85 Abs. 3 VAG).

Aus den Materialien (Erläuterungsbericht vom 7. Februar 1995 zur kantonalen Vernehmlassungsvorlage "Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung") ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht Streitigkeiten über Zusatzversicherungen beurteilen soll, was den Vorteil hat, dass bei Streitigkeiten im Grenzbereich zwischen der obligatorischen Versicherung und den Zusatzversicherungen die gleiche Behörde entscheidet.

In der Folge hat der kantonale Gesetzgeber in § 13 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PVG; SRSZ 361.100) bestimmt, dass das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht "auch für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach den Bestimmungen über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zuständig ist". Mit dieser Regelung ist der Schwyzer Gesetzgeber einer Anregung des ständerätlichen Berichterstatters (Ständerat Huber, AG) in den parlamentarischen Beratungen vom 15. Dezember 1993

B 18.1

gefolgt, wonach die Kantone das gleiche Gericht für die KVG- und die Zusatzversicherungen bestimmen sollten.

2.2 Es ist zu prüfen, ob diese Rechtsprechung auch für den vorliegenden Fall Geltung hat.

3.1.1 Gemäss § 13 Abs. 2 PVG ist das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht auch für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach den Bestimmungen über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zuständig.

3.1.2 Die vom Bundesgesetz über die Krankenversicherung geregelte soziale Krankenversicherung umfasst die obligatorische Krankenpflegeversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung (Art. 1a Abs. 1 KVG). Die soziale Krankenversicherung gewährt gemäss Art. 1a Abs. 2 lit. a - c KVG Leistungen bei Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG), soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt, und Mutterschaft (Art. 5 ATSG). Der Leistungskatalog von Art. 24 - 31 KVG ist abschliessend konzipiert; alle nicht im Gesetz und seinen Durchführungsbestimmungen aufgeführten Leistungen sind ausschliesslich Gegenstand von Zusatzversicherungen; diese können Sonderwünschen Rechnung tragen (vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1991 Bd. 1 S. 132 u. 140). Zusatzversicherungen zum KVG unterscheiden sich von Krankenversicherung zu Krankenversicherung. Unterschieden werden im Wesentlichen Zusatzversicherungen für ambulante Behandlung, Zusatzversicherungen zu halbprivatem oder privatem Spitalaufenthalt sowie weitere Zusatzversicherungen wie Reisezusatz- oder Taggeldversicherung (vgl. www.santesuisse.ch/publications/1x1/de/1/3_zusatzversicherung.thm).

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt bei Unfällen nach Art. 1 Abs. 2 lit. b KVG die Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit (Art. 28 KVG), d.h. die Leistungen gemäss Art. 25 KVG. Die freiwillige Taggeldversicherung ist im 3. Titel Art 67 - 77 KVG geregelt.

3.1.3 Als Krankenversicherer, die neben der sozialen Krankenversicherung nach KVG auch Zusatzversicherungen nach VVG anbieten dürfen, sind nur Krankenkassen zugelassen, welche vom Eidgenössischen Departement des Innern anerkannt sind (Art. 12 Abs. 1 KVG). Die Voraussetzungen für die Anerkennung als Krankenkasse sind in Art. 12 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102) normiert. Um die in Art. 12 Abs. 2 KVG vorgesehenen Zusatz-

versicherungen betreiben zu können, bedarf es einer (zusätzlichen) Bewilligung durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Art. 13 KVV).

3.2.1 Obligatorisch gegen die Folgen von Unfall versichert sind nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20) die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen (Art. 1a UVG). Die freiwillige Versicherung steht nach Art. 4 Abs. 1 UVG in der Schweiz wohnhaften Selbständigerwerbenden und ihren nicht obligatorisch versicherten mitarbeitenden Familienmitgliedern offen.

3.2.2 Als kantonales Versicherungsgericht im Sinne der Bundesgesetzgebung ist das Verwaltungsgericht auch zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich des Unfallversicherungsrechts zuständig (Art. 1 UVG i.V. mit Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG; SR830.1] i.V. mit § 35 Abs. 2 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 [GO; SRSZ 231.110])

3.2.3 Die kantonalen Versicherungsgerichte sind von Bundesrechts wegen nicht zuständig zur Beurteilung von Streitigkeiten, welche nicht Leistungen nach UVG, sondern Zusatzleistungen betreffen. Eine solche Zuständigkeit kann allenfalls das kantonale Verfahrensrecht vorsehen (A. Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. A., Zürich 2003 S. 440 mit Hinweis auf RKUV 1990 Nr. U 103 S. 266, in welchem Verfahren Komplementärleistungen eines Privatversicherers zum Taggeld nach UVG betroffen waren).

...

5.1 Bei der vorliegenden Einzel-Unfallversicherung handelt es sich um eine Unfallversicherung im Sinne von Art. 88 VVG.

5.1.1 Die Klägerin hat diese Einzel-Unfallversicherung - im Unterschied zum Sachverhalt, wie er dem vorerwähnten, in EGV-SZ 2001 Nr. 3.4 publizierten Verfahren (vgl. vorstehend Erw. 2.1) zu Grunde lag - mit einem Versicherer abgeschlossen, der nicht als Krankenversicherer zugelassen ist (vgl. Verzeichnis der zugelassenen Krankenversicherer des Bundesamtes für Gesundheit [BAG], Stand 1. Januar 2006, abrufbar unter www.bag.admin.ch). Diese Einzel-Unfallversicherung kann überdies auch inhaltlich nicht als Zusatzversicherung zum KVG qualifiziert

B 18.1

werden (vgl. vorstehend Erw. 3.1.2). Einer Anwendung von § 13 Abs. 2 PVG, wonach das Verwaltungsgericht neben seiner Funktion als kantonales Versicherungsgericht im Sinne von Art. 86 KVG auch für die Beurteilung von Entscheidungen von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zuständig erklärt wird, ist mithin mangels jeglicher Beziehungsnähe der vorliegenden Einzel-Unfallversicherung zum Bereich des KVG der Boden entzogen. Etwas anderes lässt sich auch den Materialien (vgl. vorstehend Erw. 2.1) nicht entnehmen.

5.1.2 In diesem Sinne hat auch das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 12. Mai 1997 i.S. Z. vs. Zürich Versicherungs-Gesellschaft festgehalten, dass sich die Verfahrenswege unterscheiden, je nachdem, ob eine Taggeldversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG von einer Krankenkasse oder einer über eine Bewilligung nach Art. 13 KVG verfügenden privaten Versicherungseinrichtung oder von einer privaten Versicherungseinrichtung ohne Bewilligung betrieben wird. Während in den ersten beiden Fällen im Kanton Zürich das Sozialversicherungsgericht zuständig sei (als Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 86 f. KVG gegen Einspracheentscheide nach Art. 85 KVG bzw. als Zivilgericht im Rahmen von [alt]Art. 47 Abs. 2 VAG), müsse bezüglich Taggeldversicherungsverträgen mit einer Versicherungseinrichtung, die über keine Bewilligung nach Art. 13 KVG verfüge, der Weg des ordentlichen Zivilprozesses eingeschlagen werden.

5.2 Im vorliegenden Fall der Einzel-Unfallversicherung besteht auch kein Koordinationsbedarf zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Regelung, wie dies im Bereich des Krankenversicherungsobligatoriums und der vom KVG dem Privatrecht unterstellten Zusatzversicherungen der Fall ist, wo (namentlich bei Spitalbehandlungen) auch Zusatzversicherte einen Anspruch auf Sockelbeiträge aus der Grundversicherung haben (vgl. RKUV 2004 Nr. KV 281 S. 211 Erw. 4.1; BGE 123 V 304 ERw. 6b/dd) und bei ambulanten Behandlungen teilweise eine Kostenaufteilung auf die Grund- bzw. die Zusatzversicherung erfolgt. Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall vom in EVG-SZ 2001 Nr. 3.4 publizierten Verfahren.

5.3 Die Klägerin untersteht im Weiteren auch nicht dem UVG-Obligatorium. Ebensowenig erfüllt sie die Voraussetzungen, um sich freiwillig nach UVG versichern zu lassen (vgl. vorstehend Erw. 3.2.1). Mithin besteht auch kein allfälliger Konnex ihrer Einzel-Unfallversicherung - im Sinne einer Zusatzversicherung - zu einer (Grund-)Versicherung nach UVG. Für eine Beurteilung von Streitigkeiten

aus dem vorliegend privatrechtlich geregelten Verhältnis durch das Sozialversicherungsgericht besteht kein Anlass. Abgesehen davon sieht das kantonale Verfahrensrecht für Zusatzversicherungen nach UVG nicht wie bei Zusatzversicherungen nach KVG einen Rechtsweg an das Verwaltungsgericht vor bzw. besteht hierfür keine kantonale verfahrensrechtliche Regelung (vgl. vorstehend Erw. 3.2.3).

5.4 Auch das vom Präsidenten des Bezirksgerichts Schwyz mit Stellungnahme vom 1. Mai 2006 vorgebrachte Argument, es bestehe die Gefahr, dass die sozialen Krankenversicherer (wobei es sich wie gesagt bei der Beklagten nicht um einen sozialen Krankenversicherer handelt) durch die Aufnahme neuer Versicherungsprodukte unter dem Titel von Zusatzversicherungen „den Zuständigkeitsbereich nach Belieben immer weiter von der zivilen Gerichtsbarkeit weg verschieben“ könnten, ist nicht unberechtigt.

Die Problematik der Rechtsweggabelung infolge des unterschiedlichen Rechtsweges im Sozialversicherungsrecht und im Privatversicherungsrecht wurde bisweilen vor allem im Zusammenhang mit den Zusatzversicherungen zu den Sozialversicherungen und namentlich zur Krankenversicherung kritisiert. Im Rahmen der Vernehmlassung zum Gesetzesentwurf betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG) wurden deshalb die Vernehmlassungsadressaten aufgefordert, sich zum Vorschlag zu äussern, die für das Sozialversicherungswesen zuständigen Versicherungsgerichte generell auch für die privatrechtlichen Versicherungsstreitigkeiten als zuständig zu erklären. Dieser Gedanke wurde nahezu einhellig abgelehnt (Bundesgerichte, fast alle antwortenden Kantone, Mehrheit der an der Vernehmlassung beteiligten Organisationen). Die spezialgesetzliche Regelung für einzelne Sachbereiche, wie es der Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht für die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung durch eine Vereinfachung der Verfahrensvorschriften getan hat (Art. 47 Abs. 2 und 3 altVAG bzw. Art. 85 Abs. 2 und 3 VAG), bleibt indes vorbehalten (vgl. Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über die Versicherungsnehmer [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag; BBI 2003 S. 3802 f.).

Folglich ist angesichts des gesetzgeberischen Willens eine restriktive Handhabung der Kompetenzattraktion der Gerichte selbst im Schnittstellenbereich von sozialer und privatrechtlicher Versicherung geboten. Dies muss erst recht dort gelten, wo eine Absicherung gegen die Folgen von Unfall und Erwerbsausfall - wie vorliegend - ausschliesslich privatrechtlich geregelt wird.

B 18.2

5.5 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen erklärt sich das Verwaltungsgericht daher als nicht zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Klage.

(VGE 18/06 vom 17. Mai 2006).

18.2 Opferhilfe und unentgeltliche Rechtspflege

- *Verhältnis zwischen unentgeltlicher Rechtspflege im Strafverfahren und juristischer Hilfe i.S.v. Art. 3 Abs. 4 OHG.*
- *In casu kein Anspruch auf weitergehende Leistungen nach OHG für juristische Verbeiständung, nachdem unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Wie bereits erwähnt, wurde der Beschwerdeführerin für das Untersuchungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege durch das Verhöramt gewährt. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführerin auch für das Verfahren vor Strafgericht, die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird. Das Strafgericht bestätigte denn auf mündliche Anfrage hin auch seine Praxis, bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Untersuchungsbehörden ohne weitere Prüfung die unentgeltliche Rechtspflege im Gerichtsverfahren zu gewähren. Läge nicht bereits eine Verfügung der Strafuntersuchungsbehörden über die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege vor, bestünde im Übrigen die Möglichkeit, vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens einen Entscheid über die Anspruchsberechtigung zu verlangen.

Obwohl somit unbestritten ist, dass der Beschwerdeführerin im Rahmen des Strafgerichtsverfahrens die unentgeltliche Rechtspflege und damit auch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt werden wird, macht die Beschwerdeführerin geltend, dass auch nach OHG ein Anspruch auf Kostengutsprache für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Strafgerichtsverfahren besteht. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass im Rahmen des Strafverfahrens nie der ganze Aufwand abgegolten werde. Die anwaltliche Entschädigung richte sich primär nach dem Aufwand zur Geltendmachung der Zivilansprüche. Hingegen bestehe kein Anspruch auf Ersatz des gesamten Aufwandes, welcher für die Vertretung des Opfers im Strafverfahren und zur Geltendmachung des Zivilanspruches vor Strafgericht anfallt. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach im Rahmen der Opferhilfe nicht nur Anspruch auf die

bloss notwendige finanzielle Hilfe im Sinne eines Notbedarfs besteht, sondern eine über die reine Notwendigkeit hinausgehende, grosszügigere Betrachtungsweise sowohl in bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen wie auch bezüglich des Umfangs anzuwenden ist. Die Beschwerdeführerin habe in Berücksichtigung der schweren Straftat, des Verhaltens des Angeschuldigten (Leugnung der Tat), ihrer schweren Betroffenheit und ihrer finanziellen Verhältnisse Anspruch auf Kostenvergütung der juristischen Vertretung des Zivilpunktes im Strafverfahren und auch im Strafverfahren selber.

3.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 OHG sorgen die Kantone für fachlich selbständige öffentliche oder private Beratungsstellen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a OHG leisten und vermitteln die Beratungsstellen dem Opfer insbesondere medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe. Die Leistungen der Beratungsstellen und die Soforthilfe Dritter sind unentgeltlich (Art. 3 Abs. 4 Satz 1 OHG). Gemäss Art. 3 Abs. 4 Satz 2 OHG übernehmen die Beratungsstellen weitere Kosten, wie Arzt-, Anwalts- und Verfahrenskosten, soweit dies aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist (längerfristige Hilfe).

Unabhängig vom OHG kann das Opfer, welches beabsichtigt, als Partei im Strafverfahren teilzunehmen, die unentgeltliche Rechtspflege - und insbesondere die unentgeltliche Rechtsverbeiständung - gemäss kantonalem Prozessrecht und unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Mindestgarantien gemäss Art. 29 Abs. 3 BV beantragen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfolgt die Opferhilfe subsidiär zur unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung. Falls dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, sind staatliche Leistungen gestützt auf Art. 3 Abs. 4 OHG nicht mehr gerechtfertigt. Das OHG erweitert den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht. Kommt das Opfer nach kantonalem Recht in den Genuss umfassender unentgeltlicher Rechtspflege, so beinhaltet diese die Übernahme der Anwalts- und der Verfahrenskosten; diesfalls besteht kein Anlass für die Beratungsstelle, gemäss Art. 3 Abs. 4 OHG einzugreifen. Umgekehrt schliesst die Verweigerung von Kostengutsprachen im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege eine Opferhilfe für „weitere“ Kosten gemäss Art. 3 Abs. 4 Satz 2 OHG nicht zum Vornherein aus. Es ist dabei der persönlichen Situation des Opfers (insbesondere dessen finanzieller Leistungsfähigkeit) Rechnung zu tragen, wobei nicht die restriktiven Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zur Anwendung gelangen, sondern eine über die reine Notwendigkeit hinausgehende, grosszügigere Betrachtungsweise sowohl in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen wie auch bezüglich des Umfangs (BGE 123 II

B 18.2

548 Erw. 2a; BGE 122 II 315 Erw. 4c; BGE 121 II 209 Erw. 1; 1A.207/2004 Erw. 2.3 m.H.; 1A.165/2001 Erw. 5).

Aus der dargestellten Rechtsprechung ergibt sich, dass gestützt auf das OHG bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht noch eine weitere bzw. weitergehende Kostengutsprache gewährt werden kann. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung, wonach bei der Übernahme von Kosten zur Rechtsverfolgung nicht auf die blosse Notwendigkeit einer finanziellen Hilfe im Sinne des Notbedarfs abzustellen ist, sondern eine grosszügigere Betrachtungsweise sowohl in bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen wie auch bezüglich des Umfangs anzuwenden ist (BGE 122 II 315 Erw. 4c), bezieht sich auf jene Fälle, in welchen die unentgeltlichen Rechtspflege nicht gewährt wurde. Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege sind mit den Voraussetzungen für die Gewährung weiterer Hilfe im Sinne von Art. 3 Abs. 4 OHG nicht identisch. Auch wenn die unentgeltliche Rechtspflege aufgrund der strengen Voraussetzungen bezüglich finanzieller Bedürftigkeit der Verbeiständung nicht gewährt werden kann, soll das Opfer einer Straftat juristische Unterstützung in Anspruch nehmen können, wenn es aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist (vgl. ZBl 1998 S. 32). Die zitierte Rechtsprechung verleiht jedoch keinen Anspruch darauf, dass in einem Gerichtsverfahren Anwaltskosten übernommen werden, welche über das hinausgehen, was gestützt auf die unentgeltliche Rechtspflege bereits gewährt wird.

3.3 Allerdings wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass eine Verweigerung der Anwaltskostenübernahme durch die Beratungsstelle mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Prozessführung nur dann tunlich ist, wenn ein solcher Anspruch klar gegeben und der Fall bereits prozessreif ist. Es wird zudem betont, dass die Leistungen nach OHG das Institut der unentgeltlichen Prozessführung nicht ersetzen, sondern es ergänzen (Zehntner, OHG-Kommentar, 2005, Art. 3 Rz 40).

Die unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich auf die Prozessführung. Zur Durchsetzung der Ansprüche des Opfers können jedoch auch ausser- und vorprozessuale anwaltliche Tätigkeiten erforderlich sein. Für solche Arbeiten des Anwalts kann ein Anspruch auf Vergütung nach Art. 3 Abs. 4 OHG trotz Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben sein. Vorliegend ist der Fall jedoch prozessreif. Die Anklage wurde bereits beim Strafgericht eingereicht. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wurde bereits von den Strafuntersuchungsbehörden bejaht und es wurde die unentgeltliche Rechtspflege durch das Verhöramt gewährt. Des Weiteren wurden dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin durch die Opferhilfe für ausser- und vorprozessuale Tätigkeiten insgesamt Fr. 1'200 ausbezahlt. Dass weitere ausser- und

vorprozessuale anwaltschaftliche Arbeiten im Interesse der Beschwerdeführerin erforderlich sind, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Es geht somit vorliegend einzig um im Rahmen des Strafprozesses anfallende anwaltliche Kosten, welche - wie bereits erwähnt - durch die unentgeltliche Rechtspflege abgedeckt sind.

3.4 Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss bemängelt, dass durch die unentgeltliche Rechtspflege vor Strafgericht lediglich die mit der Geltendmachung der Zivilansprüche zusammenhängenden anwaltlichen Aufwendungen abgegolten würden und weitergehende Aufwendungen nicht abgegolten würden, so kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Das Strafgericht hat sich bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an das kantonale Verfahrensrecht sowie an Art. 29 Abs. 3 BV zu halten.

Gemäss § 19 Abs. 2 StPO kann dem Geschädigten und dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden, soweit dies erforderlich ist. Im Übrigen gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung. In § 74 Abs. 1 ZPO wird festgehalten, dass Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, auf Gesuch hin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wird, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung vorhanden, kann das Gericht einer Partei einen unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellen (§ 77 ZPO). Die Bundesverfassung gewährleistet in Art. 29 Abs. 3 BV ausdrücklich, dass jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Auch bei direkt auf die Bundesverfassung gestützten Gesuchen um unentgeltliche Rechtsbeistand von mutmasslichen Opfern einer Straftat bzw. von Geschädigten verlangt das Bundesgericht grundsätzlich das Erfülltsein von drei kumulativen Voraussetzungen, nämlich der Bedürftigkeit des Gesuchstellers, der Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtspflege (insbesondere der anwaltlichen Verbeistandung) sowie der Nichtaussichtslosigkeit der verfolgten Rechtsansprüche. Was den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsbeistand betrifft, räumt das OHG dem unter den Opferbegriff von Art. 2 Abs. 1 OHG fallenden Geschädigten keine über die dargelegte bundesgerichtliche Praxis hinausgehenden Rechte ein (Urteil BGer 1P.418/2003 v. 4. Nov. 2003 Erw. 2.3 m.H.). Insbesondere ist es nicht so, dass gemäss OHG unbesehen von der Notwendigkeit sämtliche Anwaltskosten des Opfers zu übernehmen sind. Die

B 18.2

rein im Zusammenhang mit dem Strafpunkt getätigten Aufwendungen des Opferanwalts sind auch gemäss Art. 29 Abs. 3 BV in Berücksichtigung des im Strafverfahren geltenden Officialprinzips nur ausnahmsweise und bei besonderen Konstellationen vom Staat zu übernehmen. Denn was die Notwendigkeit der Rechtsverteidigung angeht, stellt das Strafuntersuchungsverfahren in der Regel eher bescheidene juristische Anforderungen an die Wahrung der Mitwirkungsrechte von Geschädigten. Es geht im Wesentlichen darum, allfällige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (relativ formlos) anzumelden sowie an Verhören von Angeschuldigten und allfälligen Zeugen teilzunehmen und eventuell Ergänzungsfragen zu stellen. Ein durchschnittlicher Bürger sollte in der Lage sein, seine Interessen als Geschädigter in einer Strafuntersuchung selbst wahrzunehmen (BGE 123 I 145 Erw. 2b/bb m.H.).

In diesem Zusammenhang berücksichtigt das Bundesgericht insbesondere das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung des Geschädigten sowie die Schwere und Komplexität des Falles (BGE 123 I 145 Erw. 2b/cc). Das Bundesgericht hat einen direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV fließenden Anspruch eines Geschädigten auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Strafuntersuchung namentlich bei minderjährigen Opfern von Sexualverbrechen in Strafprozessen gegen ihre Väter oder bei erwachsenen aber psychisch stark beeinträchtigten Vergewaltigungsopfern bejaht, sofern die Geschädigten nicht amtlich verteidigt bzw. nicht ausreichend juristisch beraten sind. Zugestanden wurde die unentgeltliche Rechtspflege auch einer nicht verteidigten und nur schlecht Deutsch sprechenden Türkin, welche von ihrem Ehemann mit dem Messer schwer verletzt worden war. Die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird vom Bundesgericht insbesondere dann verneint, wenn bereits eine ausreichende (z.B. fürsorgerechtliche) Verteidigung des Opfers gewährleistet ist (BGE 123 I 145 Erw. 2b/cc; 1P.418/2003 Erw. 2.4).

Bei der Frage nach der Notwendigkeit der Verteidigung eines bedürftigen Geschädigten muss im Übrigen ein sachgerechter Ausgleich zwischen dessen schutzwürdigen Rechtsverfolgungsinteressen und den (teilweise gegenläufigen) Interessen der Allgemeinheit an einem raschen und nicht übermässig teuren Funktionieren der Strafjustiz gesucht werden (BGE 123 I 145 Erw. 2b/cc m.H.).

Insgesamt ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht einzig die unmittelbar in Zusammenhang mit der Geltendmachung der Zivilansprüche anfallenden anwaltschaftlichen Aufwendungen abzugelten sind, sondern dass auch die Übernahme von Kosten in Frage kommt, welche den Strafpunkt (und

damit nur mittelbar die Zivilansprüche) betreffen; dies jedoch nur in den dargelegten speziellen Fällen. Ob im vorliegenden Fall die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auch Aufwendungen zu umfassen hat, welche nicht direkt in Zusammenhang mit den Zivilansprüchen stehen, ist fraglich. Die Frage kann jedoch vorliegend offen bleiben, da darüber das Strafgericht zu befinden hat. Massgebend ist, dass die Opferhilfe in casu keine weiteren Leistungen zur Abgeltung der Anwaltskosten zu erbringen hat als die im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege erbrachten bzw. zu erbringenden Leistungen.

(VGE 1027/06 vom 24. Mai 2006).

18.3 Kosten für Polizeieinsatz

- *Rechtliche Grundlage für die Erhebung von Gebühren für Polizeieinsätze (Erw. 3.2 und 3.3).*
- *Die Kostentragungspflicht umweltrechtlich motivierter Polizeieinsätze richtet sich nach dem Verursacherprinzip (Erw. 3.4).*

Aus dem Sachverhalt:

Infolge einer defekten Dieselleitung eines Motorschiffes floss eine unbekannte Menge Dieselöl in den Zürichsee. Zur Behebung dieser Gewässerverschmutzung rückten die Seepolizei, die Ölwehr sowie das Schiffsinspektorat aus. Die Kosten dieses behördlichen Einsatzes von total Fr. 440.-- wurden dem Schiffhalter auferlegt.

Aus den Erwägungen:

3.2 Unter dem fünften Titel der Verordnung über die Kantonspolizei mit der Marginalie "Finanzielles" wird die Finanzierung der Kantonspolizei (§ 24) sowie die Erhebung von Verwaltungsgebühren (§ 25) geregelt. Der Kanton finanziert die Kantonspolizei im Rahmen ihres Leistungsauftrages (§ 24 Abs. 1). Gemeinden und Bezirke können polizeiliche Hilfskräfte anstellen und besolden. Diese werden von der Kantonspolizei ausgewählt, ausgebildet und eingesetzt (§ 24 Abs. 2).

§ 25 lautet folgendermassen:

¹ Für Einsätze der Polizei werden Verwaltungsgebühren erhoben, wenn dieser oder ein anderer Erlass es ausdrücklich vorsieht.

B 18.3

² Sie werden verlangt:

- a) von Veranstaltern kommerzieller Anlässe wie Ausstellungen, Sportveranstaltungen oder kulturellen Veranstaltungen, die einen aufwendigen Ordnungs- oder Verkehrsdienst erforderlich machen;
- b) von Verursachern ausserordentlicher Aufwendungen, die bei einem anderen Polizeieinsatz entstehen, namentlich wenn er vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht worden ist oder wenn er in überwiegend privatem Interesse erfolgt ist;
- c) wenn gegen den Verursacher wegen einer strafbaren Handlung ermittelt wird.

³ Der Regierungsrat legt die Gebühren in einem Gebührentarif fest.

3.3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, § 24 der Verordnung über die Kantonspolizei halte ausdrücklich fest, dass der Kanton für die Finanzierung der Polizei aufkommen müsse. Die Einsätze der Polizei, für welche Verwaltungsgebühren erhoben werden könnten, seien in § 25 abschliessend aufgezählt. Gemäss § 25 Abs. 2 lit. b könnten einem Verursacher ausserordentliche Aufwendungen nur in Rechnung gestellt werden, wenn der Polizeieinsatz vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht worden oder wenn er in überwiegendem privatem Interesse erfolgt sei. Dies treffe in seinem Fall nicht zu, wobei "erwiesenermassen überhaupt keine ausserordentlichen Aufwendungen entstanden" seien.

3.3.2 Dieser Auffassung des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden.

Gemäss dem unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung von Absatz 1 werden Verwaltungsgebühren erhoben, wenn dies in der Verordnung über die Kantonspolizei (Fall i) wie auch in einem anderen Erlass (Fall ii) vorgesehen ist. In Abs. 2 werden dann drei Bereiche konkretisiert, für welche die Verordnung selber (Fall i) die Erhebung von Verwaltungsgebühren vorsieht. Wird die Erhebung von Verwaltungsgebühren in einem anderen Erlass vorgesehen, haben allein die dortigen Voraussetzungen erfüllt zu sein.

Die Berechtigung zur Erhebung von Verwaltungsgebühren ergibt sich in den Fällen, in welchen sie sich auf eine gesetzliche Grundlage abstützt, aus dieser selbst, ohne dass der Polizeieinsatz "ausserordentlich", d.h. ausserhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereichs liegt. Wenn folglich die Kantonspolizei u.a. zuständig zur Ergreifung von Massnahmen ist, um unmittelbar drohende Gefahren für die Umwelt abzuwehren bzw. Widerhandlungen gegen die Vorschriften betreffend die Gewässer und die Umwelt zu verfolgen, was bedeutet, dass dies grundsätzlich zu ihrem ordentlichen Tätigkeitsbereich gehört, lässt sich daraus nicht ableiten,

dass für die Bestreitung der mit dieser Aufgabenerfüllung verbundenen Kosten nicht Dritte herangezogen werden können, sofern hierfür eine gesetzliche Grundlage - sei es in der Polizeiverordnung selbst, sei es in einem anderen Erlass - besteht.

3.4.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid zur Frage der Berechtigung der Kostenaufgabe z.L. des Beschwerdeführers unter Zitierung der relevanten gesetzlichen Bestimmungen sowie unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung im Wesentlichen die folgenden Erwägungen getroffen (Erw. 4.1 ff.):

- Art. 3a und Art. 54 GSchG sowie § 31 KVzGSchG sähen vor, dass alle durch Massnahmen zum Schutz der Gewässer entstehenden Kosten in der Regel vom Verursacher zu tragen sind (Erw. 4.1).
- Zur Bezeichnung, wer polizeirechtlich verpflichtet sei, eine Gefahr oder Störung zu verhindern oder zu beseitigen, sei der Begriff des Störers entwickelt worden. An diesen Begriff werde auch angeknüpft, wenn zu bestimmen sei, wer die Kosten für Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu tragen habe. Diese Massnahmen umfassten neben denjenigen, welche vom Störer selber vorgekehrt oder veranlasst hätten werden können, auch Vorkehrungen, welche von vornherein technisch und rechtlich nur von den polizeilichen Organen und den ihnen beigeordneten Spezialdiensten vorgenommen oder angeordnet werden könnten (Erw. 4.2; M. Frick, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004, S. 57 f.; BGE 122 II 65 Erw. 6; BGE 114 Ib 44, Erw. 2a).
- Es werde unterschieden zwischen Verhaltens- und Zustandsstörer. Anknüpfungspunkt der Zustandsstörung sei die Verfügungsmacht, die es dem Gewalthaber über eine Sache erlaube, diese in ordnungsgemässen Zustand zu halten oder den Gefahrenherd zu beseitigen. Un erheblich sei, wodurch die Sache in den ordnungswidrigen Zustand versetzt worden sei: eine Zustandsstörung bestehe auch dann, wenn Handlungen Dritter, Naturereignisse, Zufall oder Fälle höherer Gewalt für die Gefahr oder Störung ursächlich seien (Erw. 4.3).
- Der Beschwerdeführer sei kraft seiner Stellung als Eigentümer des den Schaden verursachenden Motorbootes als Zustandsstörer für den Austritt des Öls und die damit verbundene Gewässerverschmutzung verantwortlich. Die Argumentation des Beschwerdeführers, er habe den Unfall nicht voraussehen können und den Dieselölaustritt weder fahrlässig noch absichtlich verursacht, vermöge daran nichts zu ändern. Die Kostenauflegung für den personellen Aufwand und das Polizeiboot sei zu Recht erfolgt (Erw. 4.4).

B 18.3

3.4.2 Dieser umfassenden und zutreffenden Argumentation des Regierungsrates ist vollumfänglich beizupflichten. Mit der Bestimmung Art. 54 GSchG, worin vorgesehen wird, dass die Kosten von Massnahmen, welche die Behörden zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr für die Gewässer sowie zur Feststellung und zur Behebung eines Schadens treffen, dem Verursacher überbunden werden, hat der Bundesgesetzgeber sich für das Verursacherprinzip entschieden.

Als Verursacher gelten nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Störer im polizeirechtlichen Sinne, nämlich die sog. Verhaltensstörer und die sog. Zustandsstörer. Zustandsstörer ist, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (wie Eigentümer, Mieter, Pächter, Verwalter, Beauftragte etc). Dabei ist unerheblich, wodurch der polizeiwidrige Zustand der Sache verursacht worden ist. Entscheidend ist allein die objektive Tatsache, dass eine Störung vorliegt und die Sache selbst unmittelbar die Gefahren- oder Schadensquelle gebildet hat (Urteil 1A.178/2003 vom 27. August 2004 Erw. 4). Neben die natürliche Kausalität als Voraussetzung, um die Verursachereigenschaft bzw. eine Kostenpflicht zu begründen, hat die Praxis zur Begrenzung der Kostenpflicht im Rahmen von Art. 59 USG bzw. Art. 54 GSchG das Erfordernis der Unmittelbarkeit aufgestellt (BGE 131 II 743 Erw. 3.2; 118 Ib 407 E. 4c S. 415; 114 Ib 44 E. 2a S. 48). Danach kommen als polizeirechtlich erhebliche Ursachen nur solche Handlungen in Betracht, die bereits selber die Grenze zur Gefahr überschritten haben; entferntere, lediglich mittelbare Verursachungen scheiden aus. Verhaltensstörer in diesem Sinn ist deshalb nur jemand, dessen Verhalten unmittelbar die Gefahr gesetzt hat. Beim Zustandsstörer muss dementsprechend die Sache selber unmittelbar die Gefahrenquelle gebildet haben (BGE 114 Ib 44 Erw. 2a). Die polizeiliche Verantwortlichkeit setzt weder beim Verhaltens- noch beim Zustandsstörer Schuldfähigkeit oder konkretes (privat- oder strafrechtliches) Verschulden voraus (Urteil 1A.178/2003 vom 27. August 2004 Erw. 4).

Diese Voraussetzungen sind beim Beschwerdeführer als unbestrittener Eigentümer des schadhaften Motorschiffes erfüllt. Entgegen seiner Meinung spielt die Verschuldensfrage keine Rolle. Wenn er sich auf § 25 Abs. 1 lit. b der Polizeiverordnung beruft, übersieht er, dass diese Bestimmung vorliegend weder allein noch in Kombination mit den relevanten gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen anwendbar ist. Massgebend sind allein die gewässerschutzrechtlichen Haftungsvoraussetzungen.

(VGE 713/06 vom 27. September 2006).

C Regierungsrat

1. Gemeindegewesen

1.1 Antrag des Gemeinderates an die Gemeindeversammlung

- *Der Antrag des Gemeinderates an die Gemeindeversammlung, ein Gesuch um Einbürgerung abzulehnen, stellt keine anfechtbare Verfügung dar. Auf die dagegen erhobene Beschwerde ist nicht einzutreten.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für eine Sachverfügung oder einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft insbesondere die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 Bst. e der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Erweist sich die Beschwerde als nicht zulässig, ist auf sie nicht einzutreten (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.2 Gegenstand einer Verwaltungsbeschwerde sind Verfügungen und Entscheide (§ 36 Abs. 1 Bst. a VRP; § 44 VRP). Verfügungen sind hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, mit welchen namentlich Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben werden (§ 6 Abs. 1 Bst. a VRP).

1.3 Die Verordnung vom 26. August 2003 über vorläufige Regelungen zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts (nachfolgend Verordnung, SRSZ 110.113) regelt Zuständigkeit und Verfahren für die Erteilung des Gemeindebürgerrechts. Der Gemeinderat oder eine gemeinderätliche Delegation ist verpflichtet, alle Bewerber persönlich anzuhören und die formellen und materiellen Voraussetzungen zu überprüfen, bevor er seine Stellungnahme zur Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung an den Kanton weiterleitet (§ 2 Verordnung). Die Gemeindeversammlung entscheidet in offener Abstimmung über die Erteilung des Gemeindebürgerrechts (§ 3 Abs. 1 Verordnung). Der Antrag des Gemeinderates zu einem Einbürgerungsgesuch gilt als angenommen, wenn aus der Versammlungsmitte nicht ein begründeter Gegenantrag gestellt wird (§ 3 Abs. 2 Verordnung).

C 2.1

1.4 Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz Ziff. 1 stellt keine anfechtbare Verfügung dar, da er weder Rechte noch Pflichten des Beschwerdeführers begründet, abändert oder aufhebt. Die Vorinstanz Ziff. 1 hat lediglich beschlossen, der Gemeindeversammlung den Antrag zu stellen, das Einbürgerungsgesuch des Beschwerdeführers abzulehnen. Der Entscheid jedoch, ob der Beschwerdeführer eingebürgert werden soll oder nicht, liegt bei der Gemeindeversammlung. Gegen diesen Entscheid besteht dann die Möglichkeit, Beschwerde beim Verwaltungsgericht (§ 51 lit. d VRP) einzureichen. Der Beschluss der Vorinstanz Ziff. 1 ist zu Recht mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen.

1.5 Stellt der angefochtene Entscheid der Vorinstanz keine Verfügung dar, so ist die Beschwerde nach den allgemeinen Regeln der Verwaltungsrechtspflege nicht zulässig. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

(RRB Nr. 1323 vom 26. September 2006).

2. Baurecht

2.1 Nebenbestimmungen zu einer Baubewilligung

- *Rechtsnatur einer Baubewilligung (Erw. 2.2).*
- *Baubewilligungen dürfen mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, wenn hiefür eine gesetzliche Grundlage besteht oder die Bewilligung ohne die Nebenbestimmung verweigert werden müsste (Erw. 2.3 – 2.5).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat Schübelbach erteilte die Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus. Mittels separatem Beschluss vom 5. Juli 2005 wurden der Bauherrschaft die Bedingungen und Auflagen zur Baubewilligung mitgeteilt. In einem wiederum separaten "Beiblatt zur Baubewilligung des Bauherrn" vom 5. Juli 2005 wurde der Bauherrschaft folgende zusätzliche Bedingung eröffnet:

"h) Bedingungen

1. Die Baubewilligung wird unter der Bedingung erteilt, dass die Bauherrschaft der Gemeinde Schübelbach, zur Ausübung durch

die Öffentlichkeit, auf der im Plan ad acta, welcher einen integrierenden Bestandteil dieser Bedingung bildet, rot eingezeichneten Wegfläche, ein unbeschränktes Fusswegrecht einräumt. Der Fussweg beginnt an der Nordringstrasse KTN 171, führt entlang der Westgrenze der KTN 946 und 173. Im Bereich der Glarnerstrasse schliesst der Weg an das durch den Kanton zu erstellende Trottoir, welches zur Bushaltestelle führt. Die Breite dieses Fussweges beträgt 1.80 m. Die Kosten für die Erstellung, Unterhalt sowie diejenigen einer allfälligen Erneuerung gehen vollumfänglich zu Lasten der Gemeinde Schübelbach.

Mit den Bauarbeiten darf erst begonnen werden, wenn die grundbuchamtliche Dienstbarkeit vollzogen ist. Eine Kopie der gefertigten Dienstbarkeit ist der Bauverwaltung Schübelbach zur Kontrolle und Baufreigabe zuzustellen."

Die gegen die Nebenbestimmung betreffend Einräumung eines Wegrechts erhobene Beschwerde wird vom Regierungsrat gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die angefochtene Bedingung (lit. h), wonach zu Gunsten der Öffentlichkeit ein unbeschränktes Fusswegrecht einzuräumen sei, stelle eine Nebenbestimmung dar, für die keine gesetzliche Grundlage bestehe und die weder im öffentlichen Interesse liege noch verhältnismässig sei. Es bestehe kein Zusammenhang zwischen dem Bauvorhaben und dem verlangten öffentlichen Fusswegrecht.

2.2 Die Baubewilligung ist die behördliche Erklärung, dass dem projektierten Bau, für den ein Baugesuch eingereicht wurde, keine Hindernisse aus dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Baurecht, entgegenstehen. Im Allgemeinen wird sie als Polizeibewilligung qualifiziert. Es besteht ein Anspruch auf Erteilung, wenn das Bauvorhaben den baurechtlichen Vorschriften entspricht. Allerdings müssen nicht nur die Normen des Baupolizeirechts, sondern auch die übrigen Rechtsnormen (z.B. des Planungs- und des Umweltschutzrechts) eingehalten werden. Andere als die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen dürfen bei der Erteilung demgegenüber keine Rolle spielen. Insbesondere darf nicht in Betracht gezogen werden, ob ein bauliches Vorhaben wirtschaftlich eine sinnvolle Investition darstellt und ob es nach der öffentlichen Meinung erwünscht ist oder nicht (vgl. Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, N 506 ff.).

C 2.1

2.3 Baubewilligungen mit Auflagen lassen sich dann rechtfertigen, wenn mittels dieser Auflagen Mängel des Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten beseitigt werden können, oder wenn sie dazu dienen, eine künftige Rechtswidrigkeit von vornherein auszuschliessen (vgl. Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., § 152 N 5 a). Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit der Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei der Suspensivbedingung im Speziellen tritt die Rechtswirkung der Verfügung erst dann ein, wenn die Bedingung erfüllt ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 907 f.).

Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen wie Bedingungen und Auflagen. Eine Bewilligung kann insbesondere dann mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, wenn sie auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte. Unzulässig sind auf jeden Fall Nebenbestimmungen, die sachfremd sind. Des Weiteren müssen Nebenbestimmungen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung erfüllen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 918).

2.4 Im konkreten Fall ist von einer Suspensivbedingung auszugehen. Die Beschwerdeführerin darf nämlich gemäss der umstrittenen Bedingung h) mit den Bauarbeiten erst beginnen, wenn das einzuräumende Fusswegrecht grundbuchamtlich vollzogen ist. Der verlangte Fussweg beginnt an der Nordringstrasse (KTN 171) und führt entlang der Westgrenze der Grundstücke KTN 946 und 173 Richtung Süden (vgl. ...). Die Breite des Fussweges soll 1.80 m betragen.

2.5.1 Weder der Baubewilligung noch dem Einspracheentscheid ist zu entnehmen, dass die Erschliessung des Bauvorhabens Mehrfamilienhaus "Neudörfli" mit Tiefgarage nicht genügend sein soll. Gemäss den Planunterlagen ist denn die tatsächliche Erschliessung (Einfahrt in die Glarnerstrasse, Zufahrt zu den Aussenparkplätzen und der Tiefgarage, Fussgänger Verbindung im Bereich Glarnerstrasse und zum Mehrfamilienhaus auf KTN 173) offensichtlich zureichend (vgl. ...). Auch bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass die rechtliche Erschliessung nicht gegeben sein soll. Im Weiteren geht aus den erwähnten Verfügungen nicht ansatzweise hervor, dass das Bauprojekt aus baupolizeilichen oder weiteren in direktem Zusammenhang mit dem Bauvorhaben stehenden Gründen nicht bewilligungsfähig ist, sofern das Fusswegrecht nicht gewährt wird. D.h.,

die Erteilung der Baubewilligung hängt nicht von der Einräumung der umstrittenen Dienstbarkeit ab.

2.5.2 Die Vorinstanz spricht in ihrer Vernehmlassung in sehr allgemeiner Weise davon, dass "im Interesse der Allgemeinheit entlang der Westgrenze der Liegenschaft ein öffentliches Fusswegrecht einbedungen werden soll." Sie begründet dies vorab damit, dass ursprünglich von einer Ringstrasse zum Nordringquartier ausgegangen worden sei, dass der fragliche Bereich seit Jahrzehnten als Fusswegverbindung vom Dorf Siebnen zum Nordringquartier genutzt werde, dass die Verbindung für Fussballer des SC Siebnen und Kinder der Montessorischule als direktere Verbindung (ohne Benutzung der Nordringstrasse) ideal wäre, und dass bereits ein Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten der Genossame Siebnen bestehe. Zwar ist nicht zu verkennen, dass das von der Vorinstanz angestrebte öffentliche Fusswegrecht faktisch Vorteile mit sich bringen würde. Diese bestehen insbesondere in einer direkteren und sichereren Verbindung vom Dorf Siebnen zum Nordringquartier, wobei aber festzuhalten ist, dass das Nordringquartier grundsätzlich über die Nordringstrasse erschlossen ist. Es geht nun aber nicht an, das angestrebte Ziel über eine Bedingung in einer Baubewilligung zu erreichen, zumal das vorliegende Vorhaben - wie bereits erwähnt - auch ohne Einräumung eines öffentlichen Fusswegrechtes bewilligungsfähig ist. Eine gesetzliche Grundlage für die umstrittene Bedingung ist nicht vorhanden. Auch ist das besagte Vorgehen der Vorinstanz nicht verhältnismässig, zumal die Bedingung in keinem Zusammenhang zum Bauvorhaben steht, auf der anderen Seite aber eine relativ starke Einschränkung für die Bauherrschaft darstellt. Die Vorinstanz kann ihr Ziel, im betreffenden Bereich ein öffentliches Wegrecht zu erhalten, auf andere Weise erreichen. So wäre es beispielsweise möglich, das angestrebte öffentliche Wegrecht mittels vertraglicher Vereinbarung und entsprechend gegen Entgelt erhältlich zu machen. Sollte der vertragliche Weg zu keinem Erfolg führen, könnte unter Umständen auch ein Enteignungsverfahren in Betracht gezogen werden.

2.5.3 Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Erlass von Gestaltungsplänen untermauert. Unzulässig sind danach Planinhalte und Sonderbauvorschriften, die nicht in den Regelungsbereich des Planungs- und Baurechts fallen (z.B. Signalisationsmassnahmen) und insbesondere jene, die ihre Grundlage nicht im öffentlichen Recht haben (z.B. die Verpflichtung, bestimmte Dienstbarkeiten einzugehen, oder Fragen der Finanzierung bzw. Abgeltung). So wurde beispielsweise eine Suspensivbedingung in einem Gemeinderatsbeschluss, wonach der Initiant eines Gestaltungsplanes im

C 2.2

Hinblick auf eine von der Gemeinde geplante Umfahrungsstrasse verpflichtet wurde, mit der Gemeinde einen Kaufrechtsvertrag zu schliessen, als unzulässig bezeichnet (vgl. Mark Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, in ZBI 101/2000, S. 406, mit Hinweisen).

2.5.4 Nach dem Gesagten ist die Bedingung h) rechtlich nicht haltbar und in Gutheissung der Beschwerde ersatzlos aufzuheben.
(RRB Nr. 141 vom 31. Januar 2006).

2.2 Bewilligung eines Weidezaunes für die Pferdehaltung

- *Stellt die Pferdehaltung nur Freizeitlandwirtschaft dar, so können Bauten und Anlagen dafür in der Landwirtschaftszone nicht als zonenkonform bewilligt werden (Erw. 6.1 - 6.3).*
- *Ein Lattenzaun, teilweise versehen mit einem Drahtgeflecht, für die Nutzung eines Grundstückes als Pferdeweide ist standortgebunden im Sinne von Art. 24 Bst. a RPG (Erw. 7).*
- *Anliegen des Schutzes besonders schöner Landschaften und Ortsbilder sowie des Lebensraumes wildlebender Tiere bilden vorliegend keine der Erteilung einer Ausnahmegewilligung entgegenstehende Interessen (Erw. 8).*

Aus den Erwägungen:

6.1 Das Baugrundstück KTN 3895 befindet sich ausserhalb der Bauzone in der Landwirtschaftszone. Für Bauten und Anlagen, welche auf diesem Grundstück errichtet werden sollen, ist somit eine Bewilligung gemäss Art. 22 bzw. Art. 24 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) erforderlich. Landwirtschaftliche Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bedürfen einer Raumplanungsbewilligung des Meliorationsamtes. Die Bewilligungsbehörde der Gemeinde beurteilt solche Bauvorhaben auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (§ 76 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100], § 44 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [VVzPBG, SRSZ 400.111]).

6.2 Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist u.a., dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der

Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). In der Landwirtschaftszone sind Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 RPG). Art. 34 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) umschreibt die allgemeine Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Nach Abs. 5 dieser Bestimmung gelten Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft nicht als zonenkonform.

6.3 Das Grundstück KTN 3895 dient den auf der angrenzenden Liegenschaft KTN 2634 gehaltenen Pferden als Weide bzw. Futterbasis. Die Tiere sind in einem gestützt auf Art. 24c RPG am 5. Februar 2004 von der Vorinstanz 2 als besitzstandsgeschützten bewilligten Pferdestall untergebracht. Zwar hat diese in der angefochtenen Raumplanungsbewilligung vom 15. März 2004 die Einzäunung der Pferdeweide noch als zonenkonform bezeichnet, was jedoch in Widerspruch zu der in der Zwischenzeit gewonnenen Ansicht steht, dass die Pferdehaltung als nicht zonenkonforme Freizeitlandwirtschaft einzustufen ist. Zu diesem Ergebnis ist die Vorinstanz in der von ihr erlassenen, mittlerweile rechtskräftig gewordenen Verfügung vom 12. August 2005 gekommen, mit der sie die nachgesuchte Bewilligung für den geplanten Pferdeunterstand, den Allwetterplatz und die Jauchegrube mit Mistplatte auf der Parzelle KTN 3895 verweigert hat. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden und offenbar auch unbestritten, zumal auch der Beschwerdeführer I die vorerwähnte Verfügung nicht angefochten hat (vgl. hiezu Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation/Bundesamt für Raumentwicklung [UVEK/ARE], Wegleitung „Pferd und Raumplanung“; BVR 2000, S. 258 ff.; RRB Nr. 1021 vom 12. August 2003, E. 4). Die zur Diskussion stehende Einzäunung, die der nicht zonenkonformen Pferdehaltung dient, bedarf somit einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG.

7. Gemäss Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

7.1 Die (positive) Standortgebundenheit darf nur bejaht werden, wenn eine Baute aus sachlichen wie technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist und sich nicht innerhalb der Bauzonen verwirklichen lässt. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen

C 2.2

nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. An diese Erfordernisse sind strenge Anforderungen zu stellen (EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, 1981, NN 12 ff. zu Art. 24; BGE 124 II 255 f. mit Hinweisen; AGVE 2003, S. 205; BVR 2000, S. 260 f.; RRB Nr. 1021 vom 12. August 2003, E. 6.1 mit Hinweisen).

7.2 Die Einzäunung der Pferdeweide (KTN 3895), die als Futterbasis für die zulässige Hobbytierhaltung auf dem Nachbarbetrieb in der Landwirtschaftszone dient, ist auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen, weil sich ihr Zweck nur dort und nicht in der Bauzone realisieren lässt (BGE 124 II 256, E. 4b). Ein Zaun ist denn auch aus sachlichen Gründen, insbesondere aus Sicherheitsgründen, für die Pferdehaltung notwendig. Denn die Tiere sollen auf der einen Seite am Verlassen der Weide gehindert werden, um Unfälle zu vermeiden. Auf der andern Seite soll die Umzäunung aber auch nach Aussen signalisieren, dass es sich um ein den Tieren vorbehaltenes Gebiet handelt, dessen Betreten unter Umständen für den Menschen gefährlich sein kann (BGE 131 III 117 f., E. 2.3). Im Weiteren soll der Zaun vorliegend mit einem Maschendrahtgeflecht den weidenden Pferden vor allem auch Schutz bieten vor dem Zutritt jagender Hunde.

7.3.1 Die Sorgfaltspflicht des Tierhalters nach Art. 56 Abs. 1 OR verlangt, dass ein Zaun erstellt wird, der die vorerwähnte Doppelfunktion erfüllt (BGE 131 III 117 f., E. 2.3; EGV-SZ 2004, A. 2.1, E. 2e). Die Einzäunung einer Pferdeweide muss höheren Ansprüchen genügen als die Einzäunung einer Rinderweide, insbesondere reichen dünne Drähte nicht aus, weil sie kaum sichtbar sind. Am besten eignen sich weisse Bänder oder Holzlatten. Zudem muss der Zaun mindestens 1.50 m hoch sein (vgl. Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft [BUL], Broschüre B 10 „Tierhaltung“; Bundesamt für Veterinärwesen [BVET], Richtlinie 800.106.06 [3], Ziff. 43; Schweizer Tierschutz [STS], Pferde, Leitfaden für die tiergerechte Haltung, S. 23).

7.3.2 Der vom Beschwerdeführer I errichtete Holzzaun erfüllt die Anforderungen einer funktionsgerechten Absperrung der Pferdeweide nach Aussen. Er ist robust und ausbruchsicher. Auf der andern Seite macht er den Menschen, insbesondere auch den Kindern gegenüber deutlich, dass diese Abgrenzung nicht überschritten werden darf. Dies ist vorliegend schon deshalb wichtig, weil die Meliorationsstrasse, die ins Naherholungsgebiet Allmig führt, von zahlreichen Spaziergängern und Freizeitsportlern frequentiert wird. Zwar könnte man auch mit den vom Be-

schwerdeführer II geforderten Elektrobändern oder -seilen in etwa den gleichen Effekt erzielen. Elektrozäune hingegen sind nicht völlig bedenkenlos, insbesondere können sie für Kleinkinder gefährlich werden, wenn diese gleichzeitig den Elektrozaun und Wasser oder Eisen berühren. Denn Nässe vermindert den elektrischen Widerstand zwischen dem Körper und der Erde (BUL-Broschüre „Weidezäune, sicher und zweckmässig“, s. unter www.bul.ch/d/information/weidezaeune.htm). Diesem Umstand ist deshalb entlang der Meliorationsstrasse ebenfalls Rechnung zu tragen, zumal der viel begangene Weg entlang des Waldes führt, wo es in der Regel nach einem Regenfall noch längere Zeit feucht bleiben kann.

7.3.3 Sachlich vertretbar ist ebenfalls die Anbringung eines Maschendrahtgeflechts entlang der Strasse (und noch etwas weiter; vgl. Augenscheinprotokoll ...). Dieses kann Kinder noch besser davon abhalten, die Weide zu betreten. Zwei Querlatten stellen zwar eine optische Abspernung wie auch ein Hindernis dar, trotzdem können Kinder immer noch relativ leicht durchschlüpfen, zumal ihre Neugierde oftmals unberechenbar ist. Vor allem zu beachten ist aber die Gefahr, die den Pferden von den freilaufenden und jagenden Hunden der hier ebenfalls zahlreich vorbei spazierenden Hundehaltern droht. Diese Gefahr wird vom Beschwerdeführer II verniedlicht, wenn man die diversen Vorkommnisse mit Hunden in der jüngsten Vergangenheit in Erinnerung ruft. Da bekanntlich jeder Hund mehr oder weniger unberechenbar ist, wenn er freigelassen wird, ist ein vorsorglicher Schutz für die weidenden Pferde durchaus gerechtfertigt. Auch wenn zwar eine gesetzliche Leinenpflicht besteht und Hundehalter ihre Tiere fremdes, nicht öffentlich zugängliches Eigentum ohne Einwilligung nicht betreten lassen dürfen (§ 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Juni 1983 über das Halten von Hunden [HundeG, SRSZ 546.100]), weiss man, dass diese Pflichten nach wie vor schlecht eingehalten werden und zudem nicht leicht durchgesetzt werden können. Es ist deshalb ein berechtigtes Anliegen des Pferdehalters, wenn er insbesondere entlang einer stark begangenen öffentlichen Strasse auch in dieser Hinsicht für Abhilfe sorgt und seine Pferde mit einer entsprechenden Abspernung schützt. Denn Pferde sind Fluchttiere und reagieren mit Abwehr auf unbekannte Gefahren, insbesondere wenn sie von hinten kommt (STS-Leitfaden, S. 6 f.; BUL-Broschüre B 10). Die Einholung eines Gutachtens (bei der Beratungsstelle Pferd des Nationalgestüts in Avenches) zur zweckgemässen Einzäunung, wie der Beschwerdeführer II beantragt, ist nicht erforderlich.

7.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Lattenzaun, teilweise versehen mit einem Drahtgeflecht, in der bereits erstellten Art und Dimension um das als Pferdeweide genutzte Grundstück KTN 3895 des Be-

C 2.2

schwerdeführers I als standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG bezeichnet werden kann. Ob überwiegende Interessen gemäss Art. 24 lit. b RPG gegen eine Bewilligung sprechen, ist im Folgenden zu beurteilen.

8.1 Der Beschwerdeführer II macht überwiegende öffentliche Interessen des Landschaftsschutzes geltend. Der Holzlattenzaun störe das Landschaftsbild und beeinträchtige insbesondere die Aussicht der Erholungsuchenden auf das Küssnachter Seebecken und in die Berge (angeblich bis zu den Berner Alpen) von den Ruhebänken am Waldrand, beim Weiher und bei dem auf seiner Liegenschaft KTN 2643 an der Meliorationsstrasse von seinen Eltern für die Öffentlichkeit erstellten Betstöckli aus (vgl. Augenscheinprotokoll ...). Im Weiteren würden die Interessen des Schutzes der Lebensräume für die Wildtiere wie auch des Tierschutzes einer Raumplanungsbewilligung entgegenstehen. Das Maschendrahtgeflecht störe den Wildwechsel und stelle für die Wildtiere eine tödliche Falle dar, weil sie sich darin verfangen und sich nicht mehr daraus befreien könnten.

8.2.1 Das Gebiet Bärgiswil-Allmig stellt unbestrittenermassen eine schöne Landschaft dar mit einer prachtvollen Aussicht auf den Vierwaldstättersee, insbesondere auf das Küssnachter Seebecken, und in die nähere und entferntere Bergwelt. Wie die Vorinstanzen aber zu Recht ausführen, tangiert der zur Diskussion stehende Holzzaun keine Natur- und Landschaftsschutzobjekte von nationaler Bedeutung oder kantonale Schutzgebiete und Einzelobjekte. Auch im kantonalen Richtplan sind keine diesbezüglichen Hinweise aufgeführt (der Bezirk Küssnacht selbst verfügt erst über einen Richtplanentwurf). Es gilt deshalb das allgemeine Einordnungsgebot nach § 56 Abs. 1 PBG, wonach Bauten und Anlagen sich so in die Umgebung einzugliedern haben, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (ebenso Art. 12 des Baureglementes Küssnacht [BauR]).

Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild in Einklang steht, muss in erster Linie von den zuständigen örtlichen Behörden (Gemeinde- bzw. Bezirksrat) beurteilt werden. Sie verfügen über die besten Ortskenntnisse und ihnen obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Orts- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG; §§ 17 ff., § 56 PBG; Art. 4 ff. und Art. 12 ff. BauR; EGV-SZ 1983, Nr. 2). Gemäss konstanter Rechtsprechung von Regierungsrat und Verwaltungsgericht sind die Gemeinden bzw. Bezirke in solchen Fragen autonom. Der Regierungsrat legt sich deshalb bei der Beurteilung wie auch bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, wozu auch das Einordnungsgebot gehört, eine gewisse Zurückhaltung auf. Er hat

jedoch dann einzuschreiten, wenn die zuständige örtliche Behörde ihren Ermessensspielraum verlässt (EGV-SZ 1994, Nr. 5; RRB Nr. 409 vom 23. März 2004, E. 4.2).

8.2.2 In diesem Sinne ist vorliegend keine störende Wirkung durch den Zaun auszumachen. Zäune sind in der Landwirtschaftszone nichts Ausserordentliches. Wo Tiere weiden, sind solche notwendig. Dass die Einzäunungen von Pferdeweiden massiver sein müssen, um die Hütefunktion erfüllen und die Ausbruchssicherheit gewährleisten zu können, wurde bereits dargelegt. Sie sind deshalb auch optisch auffälliger als Zäune von Rinder- oder Schafweiden. Im Weiteren wirkt das Material Holz, aus denen sowohl Pfosten wie die Querlatten bestehen, in der Landschaft keineswegs unpassend, und zwar insbesondere aus der Distanz. Das Gelände ist zudem weder offen noch exponiert, sondern nur leicht abfallend und teilweise von Wald begrenzt. Nicht zu bestreiten ist, dass der Hag aus der Sitzposition auf einem der Ruhebänke, wenige Meter vor den Augen, den Blickwinkel und damit die Aussicht einschränkt (beim Betstöckli wird die Sicht aber auch durch die Bäume beeinträchtigt). Von einer übermässigen Störung des Landschaftsbildes kann deshalb jedoch nicht die Rede sein. Der Zaun bzw. das Maschendrahtgeflecht ist überdies durchlässig. Sobald man steht und weiter wandert, ist das ganze Blickfeld wieder uneingeschränkt offen (vgl. Augenscheinprotokoll ...). Eingeschränkt ist die Aussicht demnach lediglich an drei Standorten, wo Sitzgelegenheiten bestehen. Beim Spaziergang auf der Strasse entlang des Zaunes kann man die Aussicht weiterhin vollumfänglich geniessen.

Hinzu kommt, dass mit den vom Beschwerdeführer II angeregten Elektrobändern kaum eine Verbesserung zu erzielen wäre. Als weisse Bänder, die drei- bis vierfach gezogen werden müssten, würden sie die Aussicht ebenso beeinträchtigen und in der eher dunkelfarbigem Landschaft optisch mindestens so auffällig wirken wie Holzlatten.

8.3.1 Der Beschwerdeführer II macht im Weiteren geltend, der Zaun mit dem Maschendrahtgeflecht (auch in reduzierter Form) beeinträchtigt den Lebensraum wildlebender Tiere, indem er den Hauptwildwechsel über die Pferdeweide unterbinde und die Tiere in eine gefährliche Wildfalle treibe, weil sie nicht mehr herausfinden und sich im Maschendrahtgeflecht verfangen könnten, was tödliche Folgen hätte. Der Zaun könne deshalb auch aus tierschützerischen Gründen nicht bewilligt werden.

Ursprünglich teilten die Vorinstanzen diese Auffassung, als die Einzäunung vollständig mit einem Maschendrahtgeflecht versehen war. Sie stützten sich dabei auf die Stellungnahme der (damaligen) Jagdverwaltung vom 12. Februar 2004, wonach der intensiv begangene Wildwech-

C 2.2

sel für Rehe, Füchse, Hasen, usw. unterbrochen würde, was eine Einschränkung ihres Lebensraumes zur Folge hätte. Der Zaun stehe deshalb in Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG, SR 922.0), wonach u.a. die Lebensräume der einheimischen und ziehenden wildlebenden Säugetiere und Vögel zu erhalten seien. Der Maschendrahtzaun stelle insbesondere für Rehe, aber auch für andere Wildtiere ein unüberwindbares Hindernis dar. Aus tierschützerischer Sicht stelle er vor allem für die gehörnten Tiere eine Gefahr dar, weil sie sich darin verfangen und als Folge davon eingehen könnten.

8.3.2 Der Beschwerdeführer I und Vertreter der Jagd wie auch die Beschwerdegegner I/2-3 verständigten sich im Laufe des Verfahrens auf eine Zwischenlösung. Das Maschendrahtgeflecht wurde weitgehend entfernt, ausser entlang der Meliorationsstrasse und ein Stück weit entlang des in östlicher Richtung abzweigenden Waldweges (sowie im Grenzbe- reich zur Liegenschaft KTN 2634; vgl. Augenscheinprotokoll ...). Für die kleineren Säugetiere wurden zudem in regelmässigen Abständen unter dem Zaun Durchgänge geschaffen (vgl. Augenscheinprotokoll ...). Diesem Kompromiss stimmte auch die Fischerei- und Jagdverwaltung zu. Die Vorinstanz 2 stellte für diese Projektänderung ebenfalls eine Bewilligung in Aussicht. Der Beschwerdeführer II hingegen setzt sich auch gegen diese Lösung zur Wehr und untermauert seinen Standpunkt mit einem Privatgutachten des ehemaligen Fischerei- und Jagdverwalters des Kantons Zürich. Dieser erachtet auch die Projektänderung für inakzeptabel und bezeichnet sie als eine noch grössere Gefahr für die Wildtiere als die ursprüngliche Lösung (Wildfalle). Die Vorinstanz 2 teilt diese Auffassung nicht und beruft sich dabei auf eine erneute Stellungnahme der Fischerei- und Jagdverwaltung (die Vorinstanz 1 verzichtete auf eine Stellungnahme).

Da der örtliche Wildhüter am Augenschein nicht teilgenommen hatte, holte das Justizdepartement beim (in der Zwischenzeit neu organisierten) Amt für Wald, Jagd und Fischerei, dessen Fachbereich Jagd und Fischerei neu geleitet wird, einen Fachbericht zu konkreten Fragen ein. Diese Stellungnahme vom 3. Oktober 2005 erging in der Folge unter Rück- sprache mit dem zuständigen Wildhüter. Es ist nicht einzusehen, wes- halb auf diese Fachmeinung nicht abgestellt werden kann, wie der Be- schwerdeführer II verlangt. Auf der einen Seite sind Auskunftsbereiche anderer Behörden und Amtsstellen als Beweismittel im Rahmen der Sachverhaltsabklärung ausdrücklich vorgesehen (§ 24 Abs. 1 lit. b der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Auf der andern Seite kommt der vom Beschwerdeführer II beigezogenen Fachperson nicht die Stellung eines unabhängigen

Sachverständigen zu (EGV-SZ 1999, Nr. 53, E. 5.2). Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die kantonale Fachinstanz zusammen mit dem örtlichen Wildhüter keine objektive Würdigung der Verhältnisse vorgenommen und die Interessen der Fauna im Gebiet Bärngiswil nicht wahrgenommen haben soll. Ihren örtlichen Kenntnissen über das Verhalten des Wildes ist Priorität einzuräumen. Aus diesem Grund sind auch keine weiteren Gutachten oder Stellungnahmen einzuholen, wie der Beschwerdeführer II beantragt.

8.3.3 Auf Grund des Fachberichtes des Amtes für Wald, Jagd und Fischerei ist deshalb von folgender massgeblichen aktuellen Situation auszugehen:

Die Rehwechsel verlaufen primär dort, wo das Drahtgeflecht bereits entfernt ist. Auch die eingerichteten Durchgänge für Dachse, Füchse und andere Kleinsäuger werden benutzt. Eine massive Beeinträchtigung der Fauna in Bezug auf ihre Wechseltätigkeit ist deshalb nicht auszumachen. Auch von einer „gefährlichen Wildfalle“ kann nicht gesprochen werden. Rehe kennen ihre Fluchtwege und benutzen sie bei einer Störung auch. Es müssten verschiedene Faktoren unglücklich zusammenkommen, dass sich ein äsendes Reh in die besagte Ecke beim Tor des Zaunes unmittelbar bei der Nachbarliegenschaft KTN 2634 treiben liesse. Auch ein Verfangen im Drahtgeflecht ist unwahrscheinlich, für vertraute Rehe sogar unmöglich. Das Drahtgeflecht ist vorliegend im Gegensatz zu einem losen Flexinetz, wie sie häufig für die Schafhaltung verwendet werden, straff gespannt (auch handelt es sich hier nicht um einen weitmaschigen und deshalb weniger festen Knotenzaun, wie er in der Fotodokumentation Beilage 4 zur Duplik I des Beschwerdeführers II vom 2. November 2004 gezeigt wird und in dem sich ein Tier verfangen hat; vgl. auch Augenscheinprotokoll ...). Elektrobänder, wie sie der Beschwerdeführer II verlangt, sind zwar für Wildtiere nicht lebensbedrohlich, jedoch durchaus wirkungsvoll und werden deshalb auch als Wildschadenpräventionsmassnahmen verwendet. Strombänder würden demnach den Wildwechsel weit mehr stören als der zur Diskussion stehende Holzzaun mit teilweisem Maschendrahtgeflecht, weil der elektrische Strom durch die ganze Umzäunung der Pferdeweide fliessen und folglich die Tiere davon abhalten würde, das Grundstück zu durchqueren.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass jede neue Struktur, jeder Zaun und jede Strasse grosse oder kleine Einflüsse auf den Lebensraum der Wildtiere und ihre Gewohnheiten hat. Unsere Landschaft ist sehr verinselt und an gewissen Orten von Zäunen geradezu durchzogen. Je nach Situation und Art der Zäune haben diese mehr oder weniger Einfluss auf die Verletzungsgefahren und auf die Vernetzung der Wildtierbestände. Es ist deshalb immer sinnvoll, auf unnötige Zäune zu ver-

C 2.3

zichten. Im vorliegenden Fall kann jedoch keine erhebliche Beeinträchtigung und Gefahr für die lokalen Wildtiere gesehen werden.

8.3.4 Der Beschwerdeführer II beanstandet diese heutige Sichtweise des Amtes für Wald, Jagd und Fischerei, ohne die früheren Wildwechselverhältnisse abgeklärt zu haben und mitzuberücksichtigen. Diese Kritik geht fehl. Unbestritten ist, dass der zur Diskussion stehende Zaun die früheren Wildwechselgewohnheiten beeinflusst hat, insbesondere von östlicher in westlicher Richtung. Der vom Beschwerdeführer II eingereichte Plan, der die verschiedenen Wildwechselrouten aufzeigt, macht aber deutlich, dass diese hauptsächlich von Süden nach Norden und von Südwesten nach Nordosten verlaufen. Diese Wechsel werden durch den Maschendrahtzaun nicht behindert, denn in jenem Bereich wurde das Drahtgeflecht entfernt. Die Wildwechselroute von Osten nach Westen dürfte schon früher nicht sehr stark benutzt worden sein (der Beschwerdeführer II spricht zwar von einer intensiven Benutzung, was allerdings nicht ausgewiesen ist), da sie in ein überbautes Gebiet führt, das von Wildtieren eher gemieden wird, zumal Ausweichmöglichkeiten bestehen. Auch dürfte aus diesem Grund die behauptete Wildfalle beim rechtwinkligen Verlauf des Zaunes zur Nachbarliegenschaft KTN 2634 von nicht allzu grosser praktischer Bedeutung sein (vgl. auch die Stellungnahme der Fischerei- und Jagdverwaltung vom 20. Mai 2005). Offenbar hat es denn auch während mehr als zwei Jahren, seit der Zaun besteht, keinen Wildtier-Unfall gegeben.

Selbst wenn der vom Beschwerdeführer II behauptete Wildwechsel über seine Liegenschaft intensiv gewesen wäre, kann insgesamt von keiner starken Beeinträchtigung des Lebensraumes der Wildtiere gesprochen werden. Andere bestehende Routen sind nicht tangiert. Die Tiere selbst haben offenbar ihre Gewohnheiten geändert und den Verhältnissen angepasst, ohne dass sie massive Einschränkungen in Kauf nehmen mussten.

8.4 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass der gegenwärtigen Umzäunung der Pferdeweide KTN 3895 keine überwiegenden Interessen im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. b RPG entgegenstehen.

(RRB Nr. 468 vom 4. April 2006).

2.3 Umnutzung einer im Wald gelegenen Militärbaracke

- *Das Waldareal wird durch die Forstgesetzgebung des Bundes umschrieben (Erw. 2.1).*

- Die Beanspruchung von Waldboden für forstliche Bauten und Anlagen gilt nicht als Rodung und kann daher grundsätzlich bewilligt werden. Zu den forstlichen Bauten und Anlagen gehören Einrichtungen, die für die Bewirtschaftung des Waldes notwendig sind (Erw. 2.2 – 2.3).
- Eine Änderung des Projekts und eine Ergänzung des Baugesuches können dazu führen, dass die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung vom Meliorationsamt auf das Amt für Raumplanung wechseln kann. Entscheidet in einem solchen Fall die unzuständige Behörde, so hat dies nicht zwangsläufig die Nichtigkeit der erlassenen Verfügung zur Folge (Erw. 3).
- Von einer forstlichen Nutzung kann nur gesprochen werden, wenn die Waldbewirtschaftung im Vordergrund steht. Schnitzel- und Hackholzaufbereitung gehören zur Holzverarbeitung und sind im Wald nicht zonenkonform (Erw. 4).
- Forstliche Bauten und Anlagen entsprechen nur dann der auf dem Waldareal geltenden Nutzungsordnung, wenn sie für die zweckmässige Bewirtschaftung des Waldes am vorgesehenen Standort notwendig sowie nicht überdimensioniert sind und ausserdem keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen ihre Einrichtung vorliegen (Erw. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Am 2. Januar 2006 hat A. den Gemeinderat Arth um die Bewilligung für den Umbau der bestehenden Militärbaracke auf einem Grundstück im Schutt, Goldau und ihre Umnutzung in einen Lagerraum für Holz und landwirtschaftliche Geräte ersucht. Am 22. Februar 2006 hat das Meliorationsamt A. mitgeteilt, dass ihm auf Grund der negativen Stellungnahme des Amtes für Wald, Jagd und Fischerei keine Bewilligung in Aussicht gestellt werden könne. Mit Schreiben vom 14. März 2006 hat A. dem Meliorationsamt bekannt gegeben, dass er die Baracke als Einstellhalle für Forstmaschinen, Geräte sowie Holz und damit für forstwirtschaftliche Zwecke nutzen wolle. Der Gemeinderat Arth hat am 8. Mai 2006 aufgrund einer Verfügung des Meliorationsamtes das Baugesuch abgelehnt. Der Regierungsrat hat die dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei gemäss seinem präzisierten Baugesuch nun nicht mehr eine teilweise landwirtschaftliche Nutzung, sondern eine rein forstwirtschaftliche Nutzung der ehemaligen

C 2.3

Militärbaracke vorgesehen. Deshalb sei die Umnutzung entgegen der Auffassung der Vorinstanzen zonenkonform. Ausserdem fordere er eine rechtsgleiche Behandlung. Einigen Korporationen sei die Erstellung grosser Werkhöfe, in denen unter anderem auch Holz gelagert und Schnitzel produziert werden, gestattet worden. Diese Bauten seien offenbar als zonenkonform erachtet worden, zumal sie ohne Rodungsbewilligung hätten erstellt werden dürfen.

2.1 Gemäss Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) ist das Waldareal durch die Forstgesetzgebung, insbesondere das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (WaG, SR 921.0) umschrieben und geschützt. Da die Ausdehnung des Waldes durch Art. 2 WaG bundesrechtlich definiert ist, geht der Wald auf Grund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts den kantonalen Nutzungszonen vor (vgl. Stefan M. Jaissle, *Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung*, Zürich 1994, S. 224 f.).

Die Parzelle KTN 2535 liegt gemäss dem Landwirtschafts-Zonenplan der Gemeinde Arth vom 8. Dezember 1991 bzw. 25. Oktober 1994 in der Landwirtschaftszone. Es ist unbestritten, dass das Grundstück als Waldareal im Sinne von Art. 18 Abs. 3 RPG gilt. Demnach ist grundsätzlich die Nutzungsordnung des Waldes massgeblich (vgl. Jaissle, a.a.O., S. 224 f.).

2.2 Die dauernde oder vorübergehende Zweckentfremdung von Waldboden gilt als Rodung (vgl. Art. 4 WaG). Rodungen sind grundsätzlich verboten (vgl. Art. 5 Abs. 1 WaG). Wenn wichtige Gründe für eine Rodung bestehen und weitere gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind, darf eine Ausnahmegewilligung (Rodungsbewilligung) erteilt werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 WaG).

Die Beanspruchung von Waldboden für forstliche Bauten und Anlagen sowie für nichtforstliche Kleinbauten und -anlagen gilt nicht als Rodung (vgl. Art. 4 lit. a der Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald [WaV, SR 921.01]). Solche Bauten können deshalb ohne Rodungsbewilligung errichtet werden.

2.3 Zu den forstlichen Bauten und Anlagen gehören diejenigen Einrichtungen, die für die Bewirtschaftung des Waldes notwendig sind. Forstwirtschaftliche Nutzungen und Anlagen sind namentlich Forststrassen, forstwirtschaftlich bedingte Kahlschläge und für die Holznutzung erforderliche Holztransport-, Holzlagerungs- und Entwässerungsanlagen sowie Geländeverbauungen und eigentliche Forsthütten. Sie alle hängen mit der Bewirtschaftung des Waldes zusammen und dienen schlussendlich seiner Erhaltung. Der Bedarf und die Ausgestaltung einer forstlichen

Baute oder Anlage im Wald bemessen sich ausschliesslich nach objektiven Massstäben und nicht nach persönlichen Gründen. Werden mit baulichen Vorkehrungen neben den forstlichen auch waldfremde Zwecke angestrebt, so entscheidet der überwiegende Zweck einer Anlage, ob noch von Zonenkonformität gesprochen werden kann (vgl. Jaisse, a.a.O., S. 117 f.).

3.1 Der Beschwerdeführer hat zunächst um die Bewilligung zur Umnutzung der Militärbaracke zu land- und forstwirtschaftlichen Zwecken ersucht. Nachdem ihm die Vorinstanz Ziffer 3 mitgeteilt hat, dass sie einer landwirtschaftlichen Nutzung nicht zustimmen könne, hat er sein Gesuch dahingehend präzisiert, dass er lediglich eine forstwirtschaftliche Nutzung anstrebe. Er will die bestehende Militärbaracke vor allem als Einstellhalle für die Maschinen und Geräte nutzen, welche er zur Waldbewirtschaftung und zur Schnitzelaufbereitung braucht. Nach eigenen Angaben umfasst sein Betrieb mittlerweile einen Forstraktor mit Frontlader, Holzrückezege und Seilwinde, zwei Häcksler, einen Schnitzeltransportwagen und diverse Kleingeräte. Ausserdem beabsichtigt der Beschwerdeführer, in der Baracke ein Holzschnitzellager einzurichten.

3.2 Die ursprünglich vorgesehene landwirtschaftliche Nutzung ist somit seit der Ergänzung des Baugesuchs bzw. der faktischen Projektänderung durch den Beschwerdeführer nicht mehr aktuell. Zur Beurteilung von Baugesuchen ausserhalb der Bauzonen ist die Vorinstanz Ziffer 2 nur dann zuständig, wenn es sich um landwirtschaftliche Bauvorhaben handelt (vgl. § 44 Abs. 2 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [VVzPBG, SRSZ 400.111]). Bei den übrigen Bauvorhaben (insbesondere bei forstwirtschaftlich genutzten Bauten und Anlagen) kommt diese Kompetenz dagegen dem Amt für Raumplanung zu (vgl. § 44 Abs. 3 VVzPBG). Folglich hätte die Vorinstanz Ziffer 2 das Baugesuch nach dessen Präzisierung bzw. der Änderung des Nutzungszwecks durch den Beschwerdeführer nicht selber beurteilen dürfen, sondern an das Amt für Raumplanung überweisen müssen.

3.3 Grundsätzlich hat die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 961). Vorliegend ist jedoch nicht von der Nichtigkeit der Verfügung der Vorinstanz Ziffer 2 sowie (auf Grund des einheitlichen Charakters der Baubewilligung) des Beschlusses der Vorinstanz Ziffer 1 auszugehen. Ursprünglich war eine teilweise landwirtschaftliche Umnutzung beabsichtigt. Zumindest in diesem Teilbereich steht der Vorinstanz Ziffer 2 gestützt auf § 44 Abs. 2 VVzPBG die Zuständigkeit zur Erteilung

C 2.3

von Raumplanungsbewilligungen und damit eine gewisse Entscheidungsgewalt bei Baugesuchen ausserhalb der Bauzonen zu. Zum andern wäre es nicht verfahrensökonomisch und damit nicht im Interesse des Beschwerdeführers, die Verfügung als nichtig zu betrachten. Die Vorinstanz Ziffer 2 hat die Raumplanungsbewilligung vorab auf Grund der mangelnden Zustimmung der Vorinstanz Ziffer 3 verweigert, welche auch das Amt für Raumplanung zu beachten hätte. Der Entscheid über die Erteilung der Raumplanungsbewilligung wäre deshalb nicht anders ausgefallen, wenn er durch das Amt für Raumplanung erfolgt wäre. Die Nichtigerklärung der Verfügung der Vorinstanz Ziffer 2 und die Rückweisung der Streitsache zur Neuurteilung an das Amt für Raumplanung hätten deshalb im Ergebnis wiederum die Abweisung des Baugesuchs zur Folge. Aus diesen Gründen besteht die Rechtsfolge der Unzuständigkeit nicht in der Nichtigkeit, sondern in der Anfechtbarkeit der Verfügung der Vorinstanz Ziffer 2 bzw. des Beschlusses der Vorinstanz Ziffer 1 (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 956). Die Vorinstanz Ziffer 2 ist jedoch aufzufordern, den Zuständigkeitsbestimmungen gemäss § 44 VVzPBG künftig auch bei Ergänzungen bzw. Änderungen von Baugesuchen während des Verfahrens Beachtung zu schenken.

4.1 Die Vorinstanzen Ziffern 2 und 3 anerkennen, dass die Umnutzung zumindest teilweise der Waldbewirtschaftung dienen soll und insoweit eine forstliche Baute vorliegt. Es ist ihnen allerdings zuzustimmen, dass es sich bei der Schnitzel- und Hackholzaufbereitung nicht um Forstwirtschaft, sondern um Holzverarbeitung handelt. Dies stellt denn auch der Beschwerdeführer nicht in Abrede. Zu Recht betrachten die Vorinstanzen Ziffer 2 und 3 die angestrebte Umnutzung der bestehenden Militärbaracke daher insoweit nicht als forstwirtschaftlich, als sie in Zusammenhang mit der Schnitzel- und Hackholzaufbereitung steht. Ob die Baracke überwiegend zur Waldbewirtschaftung oder zur Holzverarbeitung genutzt werden soll, ist unklar.

4.2 Falls der Hauptzweck der Nutzung in der Holzverarbeitung zu erblicken ist, kann nicht von einer forstlichen Baute ausgegangen werden, sodass der Beschwerdeführer ohnehin eine Rodungsbewilligung einzuholen hätte. Wenn man hingegen zu Gunsten des Beschwerdeführers annimmt, dass er die Baracke hauptsächlich zur Waldbewirtschaftung nutzen will und somit eine forstliche Baute vorliegt, ist zwar keine Rodungsbewilligung erforderlich. Dessen ungeachtet können forstliche Bauten und Anlagen im Wald jedoch nicht ohne raumplanerische Bewilligung errichtet werden (vgl. BGE 123 II 499, E. 2). Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Raumplanungsbewilligung sind indessen nicht erfüllt, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

5.1 Die Bewilligung gemäss Art. 22 RPG kann erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage dem Zweck des Waldes, also im Sinne dieser Bestimmung dem „Zweck der Nutzungszone“, entspricht (vgl. BGE 1A.277/1999 vom 25. Mai 2000, E. 4 mit Hinweisen). Die Frage der Übereinstimmung von im Wald geplanten Bauten und Anlagen mit der walddrechtlichen Nutzungsordnung weist gewisse Parallelen zur Frage der Zonenkonformität landwirtschaftlicher Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone auf (vgl. Art. 16 und 22 Abs. 2 lit. a RPG). Der im Waldareal geltenden Nutzungsordnung können forstliche Bauten und Anlagen demnach nur entsprechen, wenn sie für die zweckmässige Bewirtschaftung des Waldes am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind und ausserdem keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen ihre Errichtung vorliegen (vgl. BGE 123 II 499, E. 2; Jaissle, a.a.O., S. 118).

5.2 Die Vorinstanz Ziffer 3 führt aus, gemäss forstrechtlicher Praxis würden private Forsthütten für die Waldbewirtschaftung als zonenkonform betrachtet, sofern die zugehörige Waldfläche mindestens 5 ha betrage und die Hütten eine Grundfläche von 15 m², wovon 9 m² allseitig umschlossen, nicht überschreiten. Die Zustimmung zur Errichtung von grösseren forstlichen Bauten wie Werkhöfen werde nur Waldeigentümern mit eigenem Forstbetrieb erteilt. Merkmale solcher Betriebe seien grosse eigene Waldflächen (mehrere hundert Hektaren), eigenes Personal und eine eigene Infrastruktur.

Diese Praxis der Vorinstanz Ziffer 3, auf welche sich die Vorinstanz Ziffer 2 beim Entscheid über die Erteilung der Raumplanungsbewilligung gestützt hat, gibt zu keinen Beanstandungen Anlass. Sie steht mit den bundesrechtlichen Vorgaben im Einklang und berücksichtigt das Kriterium der Notwendigkeit einer Baute oder Anlage im Wald, indem ihrer Dimensionierung Grenzen gesetzt werden. Insofern geht auch der Vorwurf des Beschwerdeführers, es liege eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, ins Leere. Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 507 mit Hinweisen). Dass die Vorinstanz die Sachlage bei forstlichen Grossbetrieben anders beurteilt als bei kleinen Einzelunternehmen, ist vertretbar. Auch wenn die Waldbewirtschaftung und die Schnitzelaufbereitung für den Beschwerdeführer ein wichtiges Standbein darstellen, lassen sich seine betrieblichen Verhältnisse nicht mit denen eines eigentlichen Forstbetriebs vergleichen.

5.3 Die betreffende, mehrgeschossige Militärbaracke ist zirka 22.10 m lang und 9.60 m breit und weist somit eine Grundfläche von zirka

C 2.3

212 m² auf. Selbst wenn der Beschwerdeführer das Gebäude ausschliesslich zu forstwirtschaftlichen Zwecken nützen wollte, wäre das Bauvorhaben auf Grund seiner Überdimensionierung nicht zonenkonform. Zwar ist anzuerkennen, dass der Beschwerdeführer eine Waldfläche von 5.7 ha bzw. zusammen mit seinem Bruder eine solche von über 10 ha bewirtschaftet. Dennoch ist ein Betriebs- bzw. Lagergebäude mit den Ausmassen der bestehenden Militärbaracke in Berücksichtigung der üblichen maximalen Grundfläche von 15 m² bei weitem als überdimensioniert zu betrachten. Für die Bewirtschaftung der verfügbaren Waldfläche ist eine derart grosse Forsthütte nicht erforderlich. Demnach fehlt es am Nachweis, dass die Umnutzung der Baracke für die zweckmässige Bewirtschaftung des Waldes am vorgesehenen Standort betrieblich notwendig ist. Eine wesentliche Voraussetzung zur Bejahung der Nutzungsordnungskonformität des Projekts im Waldareal ist demnach zu verneinen. Dem Beschwerdeführer ist daher zu Recht keine Raumplanungsbeurteilung gemäss Art. 22 RPG erteilt worden. Da das Umnutzungsgesuch im beabsichtigten Umfang bereits mangels betriebswirtschaftlicher Notwendigkeit nicht bewilligt werden kann, kann offen bleiben, ob darüber hinaus überwiegende Interessen vorliegen, die gegen die Errichtung am vorgesehenen Standort sprechen (vgl. BGE 123 II 499, E. 2a/ee und E. 3b). Dass die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäss Art. 24 RPG erfüllt wären, macht der Beschwerdeführer im Übrigen nicht geltend.

5.4 Die Vorinstanz Ziffer 3 weist ausserdem darauf hin, dass dem Beschwerdeführer als Mitglied der Flurgenosenschaft Schutt-Röthen das Recht zur Mitbenützung einer in unmittelbarer Nähe (zirka 70 m) befindlichen Militärbaracke zustehe. Ob und inwieweit die Genossenschaftsmitglieder, insbesondere der Beschwerdeführer, tatsächlich einen Anspruch auf die Einstellung von eigenen Maschinen und Geräten geltend machen können, ist im vorliegenden Verfahren offen zu lassen. Auch wenn entgegen der Auffassung der Vorinstanz Ziffer 3 kein solches Recht bestehen sollte, ist die Umnutzung der Baracke - wie dargelegt - bereits auf Grund ihrer Dimensionen nicht notwendig und damit nicht zonenkonform. Die Frage der Nutzungsberechtigung wäre allenfalls im Rahmen eines neuen Umnutzungsgesuchs ... zu klären.

7. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen. Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. § 72 Abs. 2 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). (RRB Nr. 1201 vom 5. September 2006).

3. Umweltschutz

3.1 Bauten und Anlagen in einer Grundwasserschutzzone

- *Bundesrechtliche Anforderungen an den Inhalt und die Ausgestaltung von Grundwasserschutzzonen (Erw. 3.1).*
- *Einem Schutzzonenreglement ist die Anwendung dort zu versagen, wo es mit strengeren (neueren) Vorschriften des Gewässerschutzrechts des Bundes in Widerspruch steht. Dagegen ist eine Anwendung eines kommunalen Schutzzonenreglementes nicht ausgeschlossen, wenn es die bundesrechtlichen Vorgaben noch verstärkt (Erw. 3.2 – 3.5).*
- *In einer Schutzzone S2 ist das Erstellen von Bauten verboten. Ausnahmen können bewilligt werden, wenn eine Gefährdung des Grundwassers ausgeschlossen werden kann und wichtige Gründe vorliegen (Erw. 4.).*
- *Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn eine Baute oder Anlage auf den vorgesehenen Standort angewiesen ist (Erw. 5/5.1).*
- *Eine geübte Praxis, die mit dem Bundesrecht in Widerspruch steht, ist aufzugeben (Erw. 5.2).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG, SR 814.20) haben die Kantone zum Schutz der im öffentlichen Interesse liegenden Grundwasserfassungen und -anreicherungsanlagen Grundwasserschutzzonen auszuscheiden. Die Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201), welche am 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist, präzisiert diese Vorschriften zum planerischen Schutz der Gewässer (vgl. Art. 29 ff. GSchV und Anhang 4 zur GSchV). Die Grundwasserschutzzonen werden in den Fassungsbereich (Zone S1), die engere Schutzzone (Zone S2) und die weitere Schutzzone (Zone S3) unterteilt. Die Schutzzone S2 soll verhindern, dass Keime und Viren in die Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gelangen, das Grundwasser durch Grabungen und unterirdische Arbeiten verunreinigt oder die natürliche Filterwirkung des Bodens und des Untergrundes verringert wird, Schadstoffe rasch und in hoher Konzentration in die Fassung gelangen können und der Grundwasserzufluss durch unterirdische Anlagen behindert wird (vgl. Anhang 4 Ziffer 123 Abs. 1 GSchV). In der Zone S2 sind zum einen diejenigen Tätigkeiten untersagt, die auch in der Zone S3 unzulässig sind. Darüber

C 3.1

hinaus ist das Erstellen von Anlagen grundsätzlich verboten; die zuständige Behörde kann indessen aus wichtigen Gründen Ausnahmen gestatten, wenn eine Gefährdung der Trinkwasserversorgung ausgeschlossen werden kann. Auf jeden Fall unzulässig sind in der Schutzzone S2 Grabungen, welche die schützende Deckschicht nachteilig verändern, die Versickerung von Abwasser sowie andere Tätigkeiten, die das Trinkwasser quantitativ und qualitativ beeinträchtigen können (vgl. Anhang 4 Ziffer 222 Abs. 1 GSchV).

3.2 Zum Zeitpunkt der Genehmigung des Schutzzonenreglements für die Grundwasserfassung Seestatt (SZR) durch den Regierungsrat am 12. September 1995 war die eidgenössische Gewässerschutzverordnung noch nicht in Kraft. Gestützt auf die altrechtlichen Gewässerschutzvorschriften unterscheidet das Schutzzonenreglement in der engeren Schutzzone S II zwischen einer Schutzzone mit beschränkter Wirkung für den überbauten Teil (Zone S IIb) und einer Schutzzone für den unüberbauten Teil (Zone S IIa) (vgl. Art. 6 SZR). In der Schutzzone S IIa ist das Erstellen neuer Bauten und Anlagen verboten. Dagegen bedürfen das Erstellen neuer und das Erweitern bestehender Hoch- und Tiefbauten in der Schutzzone S IIb einer Bewilligung des Amtes für Umweltschutz. Die Bewilligung kann erteilt werden, wenn die zum Schutze des Grundwassers erforderlichen Massnahmen getroffen werden und gegenüber dem bestehenden Zustand keine zusätzliche Gefährdung der Fassung entsteht (vgl. Art. 6 lit. a SZR).

3.3 Dem vom Regierungsrat genehmigten Schutzzonenreglement kommt baurechtlich die Bedeutung einer besonderen Nutzungsordnung zu, deren Sondervorschriften dem kommunalen Baureglement und dem Zonenplan vorgehen. Aus dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) und aus dem zwingenden Charakter des Bundesgewässerschutzrechts folgt indessen, dass die zusätzlichen Einschränkungen der neueren Gewässerschutzgesetzgebung unabhängig von einer Anpassung der Vorschriften des Schutzzonenreglements anzuwenden sind (vgl. BGE 1A.150/2000 vom 23. Januar 2001, E. 2a). Andernfalls würde die noch nicht an die Hand genommene Anpassung des kommunalen Schutzzonenreglements zu einer Vereitelung des Bundesrechts führen. Die neue Gewässerschutzverordnung gilt somit für alle Schutzzone, auch für diejenigen, die vor dem 1. Januar 1999 (Inkraftsetzungsdatum der neuen Gewässerschutzverordnung) erlassen wurden.

Dem Vorrang der neueren Gewässerschutzbestimmungen stehen jene Vorschriften des Schutzzonenreglements nicht entgegen, welche die

Wirkung dieser bundesrechtlichen Bestimmungen noch verstärken (vgl. BGE 130 I 82; 91 I 17). Dem Schutzzonenreglement ist aber die Anwendung dort zu versagen, wo es mit den strengeren Gewässerschutznormen in Widerspruch steht. Ob ein solcher Konfliktfall vorliegt, ist im Rahmen der Auslegung im Einzelfall zu prüfen. Dabei gebietet die zentrale Bedeutung der Grundwasserschutzzone S2 für den Trinkwasserschutz eine restriktive Auslegung der entsprechenden Vorschriften des Schutzzonenreglements, insbesondere bei Ausnahmebestimmungen zu Gunsten einer möglichst ungehinderten Ausnützung des Grundeigentums (vgl. RRB Nr. 1750 vom 21. Dezember 2004, E. 3.3 mit Hinweisen; VGE 1000/05 vom 30. Juni 2005, E. 2.6 und 2.7).

3.4 Aus der Gegenüberstellung der neuen Anforderungen der eidgenössischen Gewässerschutzverordnung und dem Schutzzonenreglement für die Grundwasserfassung Seestatt ergibt sich zunächst, dass für das Erstellen von Neuanlagen in den Teilzonen S IIa und S IIb von Bundesrechts wegen ein grundsätzliches Bauverbot gilt. Eine Unterteilung der Schutzzone S2 in eine Teilzone S IIa und eine Teilzone S IIb hat insoweit keine Berechtigung mehr (vgl. VGE 1000/05 vom 30. Juni 2005, E. 2.7) Unter den beiden Voraussetzungen, dass eine Gefährdung der Trinkwasserversorgung ausgeschlossen werden kann und dass wichtige Gründe vorliegen, dürfen jedoch Ausnahmen gestatten werden (vgl. Anhang 4 Ziffer 222 Abs. 1 lit. a GSchV). Das bundesrechtliche Bauverbot gilt somit nicht absolut. Kann die Gefahr einer Gewässerverunreinigung nicht ausgeschlossen werden, kommt eine solche Ausnahme ungeachtet der Begründung für das Bauvorhaben aber nicht in Betracht (vgl. BGE 1A.150/2000 vom 23. Januar 2001, E. 2b und 2c).

Das Schutzzonenreglement für die Grundwasserfassung Seestatt ist somit insofern strenger als die bundesrechtliche Gewässerschutzverordnung, als es für die Zone S IIa keinerlei Ausnahmen vom Bauverbot vorsieht. In der Zone S IIb ist die Erstellung von Bauten und Anlagen hingegen unter der Voraussetzung erlaubt, dass sie gegenüber dem bestehenden Zustand keine zusätzliche Gefährdung der Fassung zur Folge haben und dass die zum Schutz des Grundwassers erforderlichen Massnahmen getroffen werden. Zudem werden gewisse Grundanforderungen an Bauten gestellt (vgl. Art. 6 lit. a SZR). Allerdings macht das Schutzzonenreglement die Bewilligungserteilung nicht vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig. Insofern sind die bundesrechtlichen Gewässerschutzbestimmungen restriktiver.

3.5 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers genügt die bundesrätliche Verordnung den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für eine Eigentumsbeschränkung. Die Bestimmungen der neuen Gewässer-

C 3.1

schutzverordnung schränken die Baumöglichkeiten in der bisherigen Schutzzone S IIb nun zwar noch in weiter gehendem Mass als das geltende Schutzzonereglement ein. Es handelt sich dabei jedoch nicht um einen schweren Eingriff im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Weder wird dem Beschwerdeführer sein Grundeigentum entzogen, noch bewirkt das grundsätzliche Bauverbot gegenüber der bisherigen Rechtslage eine grundlegende Verschlechterung. Für weniger schwere Eingriffe in die Eigentumsrechte ist indessen kein Gesetz im formellen Sinn erforderlich, sondern es genügt eine (kompetenzgemäss erlassene) Verordnung als Rechtsgrundlage (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 2055 mit Hinweis).

4.1 Der Beschwerdeführer plant, entlang der nördlichen Grenze seines Grundstücks KTN 1190 eine Doppelgarage zu erstellen. Während sich der südliche Teil seiner Parzelle in der Schutzzone S III befindet, liegt der nördliche Teil in der Schutzzone S IIb. Auf Grund der neuen Gewässerschutzverordnung gilt nunmehr auch in solchen „Schutzonen mit beschränkter Wirkung“, welche bislang das Bauen auf bestimmten Parzellen in der Schutzzone S2 zulassen, im Prinzip ein Bauverbot (vgl. Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL], Wegleitung Grundwasserschutz, Bern 2004, S. 95). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt es nicht in Frage, die Anforderungen der bundesrechtlichen Schutzzone S2 lediglich für die Schutzzone S IIa vollständig, für die Schutzzone S IIb hingegen nur selektiv zu übernehmen. Auf Grund des Vorrangs der Bundesgesetzgebung ist ein solches Vorgehen ausgeschlossen. Auch die Tatsache, dass der südliche Teil der Parzelle in der Schutzzone S3 liegt, ändert nichts daran, dass für den nördlichen Bereich die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Schutzzone S2 Geltung haben. Der nach wie vor geltende Schutzzonensplan sieht eine solche Aufteilung des Grundstücks KTN 1190 eindeutig vor. Eine vollständige Eingliederung der Parzelle in die eine oder andere Zone wäre – falls sachlich gerechtfertigt – nur im Rahmen einer Änderung des Schutzzonensplans möglich.

4.2 Die Erstellung der geplanten Doppelgarage ist demnach grundsätzlich verboten. Sie ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn eine Gefährdung des Grundwassers ausgeschlossen werden kann und wichtige Gründe vorliegen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

5. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn ein begründbarer und nachvollziehbarer Sachzwang für die ausnahmsweise Errichtung oder

Beibehaltung einer Anlage besteht, der stärker zu gewichten ist als die Anliegen des Grundwasserschutzes und der Trinkwasserversorgung. Das Bundesrecht gewichtet die Anliegen des Grundwasserschutzes allerdings sehr stark. Eine solche Ausnahmegewilligung fällt deshalb grundsätzlich nur bei unverzichtbaren Anlagen oder Teilen von Anlagen in Betracht, welche auf Grund geologischer oder topographischer Standorteigenschaften oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit zwingend in der Schutzzone liegen müssen. Wirtschaftliche Gründe oder Nutzungsinteressen rechtfertigen keine Ausnahme (vgl. Wegleitung Grundwasserschutz, S. 59).

5.1 Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung kommt demnach vorab bei der Angewiesenheit auf den vorgesehenen Standort in Frage. Es liegt nahe, in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur Standortgebundenheit gemäss Art. 24 RPG beizuziehen (vgl. VGE 1000/05 vom 30. Juni 2005, E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 1A.150/2000 vom 23. Januar 2001, E. 2d).

Weder macht der Beschwerdeführer geltend noch ist ersichtlich, warum die Doppelgarage als unverzichtbare und zwingend in der Schutzzone S2 zu erstellende Baute zu betrachten wäre. Das bestehende Wohnhaus auf der Parzelle KTN 1190 verfügt denn auch bereits über eine Doppelgarage (vgl. Pläne Nr. 209/1 und 209/2 vom 11. November 2005). Ein sachlicher Zwang zur Errichtung einer weiteren Garage besteht somit nicht. Deren Erstellung liegt einzig im privaten Interesse des Beschwerdeführers, was keinen wichtigen Grund im Sinne der bundesrechtlichen Gewässerschutzgesetzgebung darstellt. Ausserdem steht es dem Beschwerdeführer frei, ein Baugesuch für eine Doppelgarage auf dem in der Schutzzone S3 gelegenen Bereich seines Grundstücks zu stellen.

5.2 Der Beschwerdeführer erblickt in der Tatsache, dass die Vorinstanz Ziffer 2 bis anhin regelmässig Baubewilligungen für Neubauten in der Schutzzone S IIb erteilt habe, einen wichtigen Grund für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung.

5.2.1 Der eingelebten Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten kommt zwar ein grosses Gewicht zu. Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangen grundsätzlich, dass an einer Praxis festgehalten wird. Sie stehen aber einer Praxisänderung nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruht. Die Änderung einer bestehenden Praxis ist mit der Rechtsgleichheit vereinbar, wenn ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen, die Änderung grundsätzlich erfolgt, das Interesse an der richtigen Rechtsanwen-

C 3.1

zung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und die Praxisänderung keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., NN 509 ff.; RRB Nr. 924 vom 7. August 2001, E. 5.2).

5.2.2 Die Vorinstanz Ziffer 2 bestreitet nicht, dass sie bis vor kurzem, gestützt auf das Schutzzonenreglement, Neubauten in der Schutzzone S IIb bewilligt hat. Vernehmlassend weist sie darauf hin, dass das Verwaltungsgericht diese Praxis in seiner Entscheid 1000/05 vom 30. Juni 2005 jedoch nicht gestützt, sondern als unzulässig erachtet habe. Dass die Vorinstanz Ziffer 2 dieser verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung folgt, ist als sachlicher und gerechtfertigter Grund für eine Praxisänderung zu würdigen. Aus ihrer Stellungnahme ist zudem zu schliessen, dass es sich um eine grundlegende Praxisänderung handelt, welche seither auf sämtliche vergleichbaren Fälle Anwendung findet. Ausserdem besteht an einem wirksamen Grundwasserschutz ein grosses öffentliches Interesse. Die Vorinstanz Ziffer 2 hat der Durchsetzung der zu diesem Zweck erlassenen bundesrechtlichen Bestimmungen zu Recht den Vorrang vor dem Interesse an der Weiterführung der bisherigen Bewilligungspraxis eingeräumt. Schliesslich kann sich der Beschwerdeführer nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Die Vorinstanz Ziffer 2 hat ihn nämlich mit Schreiben vom 27. Dezember 2005 unter Hinweis auf das grundsätzliche Bauverbot in der Schutzzone S2 darüber informiert, dass keine Bewilligung für das Baugesuch in Aussicht gestellt werden könne.

Die Praxisänderung der Vorinstanz Ziffer 2 erweist sich somit als sachgerecht und angebracht. Soweit der Beschwerdeführer im Übrigen die Unterhaltsarbeiten an den Gleisanlagen beanstandet, ist darauf hinzuweisen, dass deren Regelung und Kontrolle den Bundesbehörden obliegt (vgl. Wegleitung Grundwasserschutz, S. 70).

5.3 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass kein wichtiger Grund für eine Ausnahmegewilligung zur Erstellung der Doppelgarage vorliegt. Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob die weitere Voraussetzung, dass eine Gefährdung des Grundwassers durch die Baute ausgeschlossen werden kann, erfüllt wäre. Die Vorinstanz Ziffer 2 hat die Bewilligung zur Erstellung der Doppelgarage demnach zu Recht verweigert.

(RRB Nr. 1045 vom 8. August 2006).

6. Vormundschaftsrecht

6.1 Anfechtung der Wahl einer Beiständin

- Die Wahl eines Beistandes ist bei der Vormundschaftsbehörde anzufragen. Gibt die Vormundschaftsbehörde zu erkennen, dass sie an der getroffenen Wahl festhalten und noch einmal die gleiche Person ernennen will, ist von einer Überweisung abzusehen und direkt von der angerufenen Aufsichtsbehörde ein Entscheid zu treffen (Erw. 1).
- Da die vorgeschlagene Person als Beistand nicht in Frage kommt und die ernannte Beiständin für die Aufgabe geeignet ist, ist deren Wahl zu bestätigen (Erw. 2/3).

Aus dem Sachverhalt:

X., Vater von K., hat gegen die Kindsmutter, bei der K. lebt, und eine Drittperson Strafanzeige eingereicht. Die zuständige Vormundschaftsbehörde hat für K. eine Beistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 2 ZGB für dessen Interessenwahrung im Strafverfahren errichtet. Zur Beiständin wird Rechtsanwältin Y. ernannt. Die dagegen erhobene Beschwerde wird – soweit darauf eingetreten wird – vom Regierungsrat abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

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

1.2 Im Vormundschaftsrecht richtet sich das Verfahren nach kantonalem Recht, insbesondere nach der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege und dem Einführungsgesetz vom 14. September 1978 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGzZGB, SRSZ 210.100), soweit nicht von Bundesrechts wegen bestimmte Verfahrensregeln zu beachten sind, wie z.B. Art. 420 oder Art. 388 ZGB. Der Regierungsrat ist vormundschaftliche Aufsichtsbehörde und beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide der Vormundschaftsbehörde (§ 7 Abs. 1 EGzZGB).

C 6.1

1.3 Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand da, wo das Gesetz es besonders vorsieht, sowie wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen (Art. 392 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Nach Art. 388 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 397 Abs. 1 ZGB kann jedermann, der ein Interesse hat, die Wahl des Beistandes binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, als gesetzwidrig anfechten. Namentlich sind demzufolge der Verbeiständete, der (vorläufig) Gewählte beziehungsweise die (zu Unrecht) Übergangenen sowie nahe stehende Personen, welche Mündelinteressen wahrnehmen, zur Geltendmachung von Anfechtungsgründen legitimiert. Eine Anfechtung kann gestützt werden auf das Vorliegen eines Ausschliessungsgrundes gemäss Art. 384 ZGB oder das Übergehen der Vorrechte der Verwandten und des Ehegatten oder von Wünschen der Verbeiständeten und der Eltern (Art. 380 beziehungsweise Art. 381 ZGB). Wird von der Vormundschaftsbehörde die Anfechtung als begründet anerkannt, so trifft sie eine neue Wahl, andernfalls unterbreitet sie die Angelegenheit mit ihrem Bericht der Aufsichtsbehörde zur Entscheidung (Art. 388 Abs. 3 ZGB).

1.4 Die Rechtsvorkehr (Ablehnung beziehungsweise Anfechtung) führt zu einer Wiedererwägung des Wahlentscheidendes unter Einbezug der neu vorgebrachten Aspekte, ohne dass diese auf dem Weg der Beschwerde (Art. 420 ZGB) geltend gemacht werden müssten. Die Vormundschaftsbehörde als erstinstanzliche Wahlbehörde hat sich damit ein zweites Mal – und da es um die Einigung zur Übernahme des Mandats geht, mit gleicher Kognition – über die Person des Mandatsträgers auszusprechen. Sie hat sich dabei mit den geltend gemachten Einwänden auseinanderzusetzen; in Betracht kommt namentlich, es habe die Behörde beim ursprünglichen Entscheid zu Unrecht den Massnahmebetroffenen beziehungsweise die ihm nahe stehenden Personen, gegebenenfalls auch den beabsichtigten Mandatsträger, nicht angehört beziehungsweise habe dessen Eignung nur unzulänglich geprüft oder das Ermessen nicht pflichtgemäss wahrgenommen; die Ermessensbetätigung dürfte namentlich dort umfassend zu überprüfen sein, wo Vorrechte beziehungsweise Wünsche nach Art. 380 f. ZGB hätten berücksichtigte werden sollen (Peter Breitschmid, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 388-91 N 6).

Die Behörde hat sich ein zweites Mal förmlich über die Wahl auszusprechen und dabei entweder eine neue Wahl zu treffen und mitzuteilen oder aber ihren ablehnenden Entscheid von sich aus (ohne dass eine Beschwerde zu erheben wäre) der Aufsichtsbehörde zu unterbreiten (Pe-

ter Breitschmid, a.a.O., Art. 388-391 N 7; Bernhard Schnyder/Erwin Murer, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1984, N 42 zu Art. 388).

1.5.1 Mit Beschluss vom 5. Dezember 2005 hat die Vorinstanz für K. eine Vertretungsbeistandschaft errichtet. Der Beschwerdeführer ist der Vater des Verbeiständeten. Er macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, dass die vorgeschlagene Vertretungsbeiständin nicht unparteiisch sei, weil sie die Aufträge nach Wunsch und Willen der Vorinstanz durchführe. Im Weiteren sei es nicht richtig, als Beiständin eine Frau vorzusehen, da diese mit ihren Entscheiden stets auf der Seite der Mutter des Kindes sei. In einem späteren Schreiben schlägt der Beschwerdeführer Rechtsanwalt Z. als Beistand vor.

1.5.2 Aus den vorhandenen Akten geht hervor, dass die Vorinstanz die Kindseltern nicht angefragt hat, ob sie einen Vorschlag für die Person des Vertretungsbeistandes ihres Sohnes machen möchten. Sie hat selber Rechtsanwältin Y. gesucht und als Beiständin gewählt.

1.5.3 Die Anfechtung ist binnen 10 Tagen nach Mitteilung beziehungsweise Kenntnis der Wahl gegenüber der Wahlbehörde geltend zu machen; es bedarf dies keiner besonderen Form und es hat die Behörde auch auf mündliche Einwendungen des Massnahmebetroffenen einzugehen; es bildet dies Teil des Zusammenwirkens zwischen Behörde und Schutzbedürftigen beziehungsweise dessen Umfeld, weshalb jedes nachvollziehbare Anliegen nach dem Untersuchungsgrundsatz zu prüfen ist. Sind Einwendungen zu Unrecht bei der Aufsichtsbehörde erhoben worden, hat diese die Sache zunächst an die Wahlbehörde zu weiterem Vorgehen im Sinne von Art. 388 Abs. 3 ZGB zu überweisen (Breitschmid, a.a.O., Art. 388-391, N 4; BGE 101 Ia 323 f.).

1.6 Aus diesen Erwägungen ist zu schliessen, dass für die vorliegende Beschwerde bzw. die Beurteilung der Anfechtung der Wahl der Beiständin nicht der Regierungsrat zuständig ist, sondern in erster Linie die Vorinstanz. Sie hat die beschwerdeführerischen Einwände gegen die Person der Beiständin zu prüfen und je nach Ergebnis eine neue Wahl zu treffen oder aber ihren begründeten ablehnenden Entscheid von sich aus der Aufsichtsbehörde, das heisst dem Regierungsrat, zu unterbreiten.

Im vorliegenden Fall würde eine Zurückweisung der Sache einem Verfahrensleerlauf gleichkommen. Insbesondere auch deshalb, weil der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, im Laufe des Verfahrens Personen für das Amt des Beistandes vorzuschlagen und die Vorinstanz wie auch die Beschwerdegegnerin dazu Stellung nehmen konnten. Im Übrigen hat die Vorinstanz in ihren Stellungnahmen zu verstehen gegeben,

C 6.1

dass sie an der getroffenen Wahl festhalten will, sodass sie die Angelegenheit gestützt auf Art. 388 Abs. 3 ZGB ohnehin dem Regierungsrat als Aufsichtsbehörde hätte unterbreiten müssen. Aus diesem Grunde wird auf die Beschwerde eingetreten.

2.1 Der Beschwerdeführer schlägt Rechtsanwalt Z. als Prozessbeistand für K. vor. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz opponieren gegen diesen Vorschlag. Einerseits wird von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, dass Rechtsanwalt Z. ihre Interessen in einer anderen Sache vertreten werde, sodass dieser durch die Übernahme des Amtes als Prozessbeistand für K. in einen Interessenkonflikt geraten könnte. Die Vorinstanz andererseits wendet ein, dass sie es nicht für gut befände, wenn der Beschwerdeführer auch noch den Prozessbeistand seines Sohnes bestimmen könne, nachdem er Strafanzeige eingereicht habe. Rechtsanwalt Z. selber lehnt die Übernahme des Amtes des Prozessbeistandes ab. Er begründet seine ablehnende Haltung damit, dass er einerseits in einen Interessenkonflikt geraten könnte, da er schon Mandate für den Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin geführt habe und andererseits auf Grund anderer Arbeiten keine Zeit habe, ein solches Amt zu übernehmen.

2.2 Angesichts dieser Umstände kommt Rechtsanwalt Z. als Prozessbeistand für K. nicht in Frage. Weitere Vorschläge für das Amt des Prozessbeistandes wurden seitens des Beschwerdeführers nicht gemacht.

3.1 Die Vorinstanz hat Rechtsanwältin Y. als Prozessbeistand ernannt. Der Beschwerdeführer befürchtet, dass die Beiständin nicht unparteiisch sei, da sie bereits für andere Mandate von der Vorinstanz eingesetzt worden sei. Den Bedenken des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden.

3.2 Die Errichtung der Prozessbeistandschaft wurde notwendig, da der Beschwerdeführer Strafanzeige gegen die Kindsmutter erstattet hat. Die Aufgabe des Prozessbeistandes wird es sein, die Interessen des Kindes und nur dessen Interessen im Strafverfahren zu vertreten. Es ist daher von Vorteil, wenn die Person, welche als Beistand in Frage kommt, über Prozessfahrung verfügt. Dies ist bei der ernannten Beiständin der Fall. Da Rechtsanwältin Y. bereits andere Prozessbeistandschaften im Kindesrecht geführt hat, kennt sie sich in den Verfahrensabläufen aus und kann auch abschätzen, welche Massnahmen zu treffen sind. Mit der Honorierung ihrer Arbeit durch die Vorinstanz ist die Beiständin noch lange nicht gekauf, zumal dies auch nicht im Interesse der Vorinstanz liegt. Ebenso ist die Befürchtung des Beschwerdeführers, die Beiständin stehe auf der

Seite der Mutter, da sie eine Frau sei, nicht zu hören. Als Anwältin ist sich die Beiständin bewusst, welches ihre Pflichten sind und welche Interessen sie wahrzunehmen hat, nämlich im vorliegenden Fall diejenigen des Kindes. Ob die Beiständin eine Frau oder ein Mann ist, spielt dabei keine Rolle.

(RRB Nr. 283 vom 21. Februar 2006).

6.2 Mediation zur Regelung des Besuchsrechts

- *Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. korrekterweise hätte sein sollen (Erw. 1).*
- *Die Anordnung einer Mediation zur Regelung des Besuchsrechts ist als Kindesschutzmassnahme unzulässig, wenn ohne weiteres absehbar ist, dass sie nicht zum Ziel führt (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u.a. insbesondere die Zuständigkeit sowie die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. a und e der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.2 Der Umfang der Tätigkeit der Rechtspflegebehörden wird durch den Streitgegenstand umrissen. Es kann nur das Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erste Instanz zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rechtsmittelbehörde, ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde eingegriffen würde (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19 – 28, N. 86). Zwecks Einhaltung der funktionellen Zuständigkeit sowie des Instanzenzugs werden Änderungen des Rechtsbegehrens im Beschwerdeverfahren, die inhaltlich eine substantielle Erweiterung der im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge zur Folge haben und somit auch eine Änderung des Streitgegenstandes bewirken, nicht zugelassen (Attilio R. Gadola, Das

C 6.2

verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 383 f.; RRB Nr. 1537 vom 3. Dezember 2002, E. 5.2).

1.3 In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz allein eine Zwangsmediation angeordnet. Daher ist eigentlich nur diese Zwangsmediation Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Über die Neuregelung des Besuchsrechts sowie die Bestellung eines Beistandes hat die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss gar nicht entschieden, obschon der Beschwerdeführer am 5. März 2006 einen entsprechenden Antrag gestellt bzw. sie selber in der Verfügung vom 16. März 2006 die Errichtung einer Beistandschaft in Betracht gezogen hat. Die vom Beschwerdeführer in den Anträgen Ziffern 3 und 4 der Beschwerde vom 17. Juli 2006 verlangte Neuregelung des Besuchsrechts sowie die Ernennung eines Beistandes können nur dann Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, wenn die Vorinstanz eigentlich über diese Anträge hätte entscheiden müssen. Dies hängt davon ab, ob die von der Vorinstanz angeordnete Zwangsmediation rechtens ist oder nicht. Da die Zwangsmediation, wie im Folgenden noch festzuhalten ist, nicht zulässig war, hätte die Vorinstanz über die Errichtung einer Beistandschaft und insbesondere auch über die vom Beschwerdeführer ausdrücklich verlangte Regelung des Besuchsrechts entscheiden müssen. Diese Fragen hätten Gegenstand der vorinstanzlichen Verfügung sein sollen, weshalb auf diese Anträge ebenfalls eingetreten werden kann.

2. Die Vormundschaftsbehörde ist sowohl für die Anordnung von Massnahmen des Kindesschutzes, für die Bestellung und Aufhebung einer Beistandschaft als auch zu Anordnungen über den persönlichen Verkehr zuständig (§ 24 Abs. 2 lit. c, f und g des Einführungsgesetzes vom 14. September 1978 zum schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGzZGB, SRSZ 210.100]). Zulässige kindesschutzrechtliche Massnahmen wären z.B. Beratung, Ermahnung, Weisungen, Aufsicht (Art. 307 Abs. 3 ZGB), Beistandschaft (Art. 308 ZGB), Obhutsentzug (Art. 310 ZGB) usw.

2.1 Im vorliegenden Fall ist bereits fraglich, ob die angeordnete Zwangsmediation überhaupt eine gesetzliche Grundlage hat und damit zulässig ist. Die Anordnung einer Zwangsmediation könnte höchstens als Kindesschutzmassnahme bzw. Weisung im Sinne von Art. 307 Abs. 3 oder Art. 273 Abs. 2 ZGB angesehen werden. Eine andere gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer solchen Massnahme ist nicht ersichtlich. Meist werden Weisungen nicht selbstständig, sondern als Begleitmassnahmen erlassen. Die in Art. 273 Abs. 2 ZGB vorgesehenen Weisungen setzen in der Regel wohl voraus, dass die Behörde eine Regelung des Besuchsrechts getroffen hat. Mit den Weisungen werden dann Ne-

benpunkte noch genauer geregelt (vgl. dazu auch Art. 308 Abs. 2 ZGB, der die Möglichkeit der Ernennung eines Beistandes zur Überwachung des persönlichen Verkehrs vorsieht).

2.2 Ausserdem wäre in diesem konkreten Fall eine Zwangsmediation, falls sie im Rahmen einer Weisung als Kindesschutzmassnahme angeordnet würde, auch nicht sinnvoll. Die Massnahmen des Kindesschutzes sind in einer Stufenfolge anzuordnen. Dabei ist dem Prinzip der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken. Das heisst, es ist die mildeste im Einzelfall Erfolg versprechende Massnahme zu treffen. Ist jedoch eine mildere Massnahme nicht mehr Erfolg versprechend, so soll eine härtere Massnahme angeordnet werden. Die Massnahmen sollen also so schwach als möglich, aber auch so stark als nötig sein (Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N 8 zu Art. 307).

2.3 Die Vorinstanz hat mit der Zwangsmediation eine Massnahme angeordnet, welche schon zum Vornherein nicht Erfolg versprechend war. Es hat sich bereits während den Abklärungen der Amtsvormundschaft und vor dem Entscheid der Vorinstanz gezeigt, dass die Anordnung von Beratungen und Gesprächen im Hinblick auf eine einvernehmliche Regelung des Besuchsrechts sinnlos ist, weil der Beschwerdeführer derartige Gespräche als wenig Erfolg versprechend abgelehnt hat. Wo absehbar ist, dass mit Anordnungen die erhoffte Wirkung nicht erreicht werden kann, sind entweder schärfere Massnahmen zu ergreifen oder auf die Massnahme ist ganz zu verzichten (Breitschmid, a.a.O., N 24 zu Art. 307).

2.4 Eine Mediation setzt eine freiwillige Teilnahme der Parteien und ein gewisses Mindestmass an Konsensbereitschaft und Kompromisswillen voraus. Die zwangsweise Anordnung einer Mediation durch Verfügung macht daher keinen Sinn, wenn mindestens einer Partei die Kompromissbereitschaft fehlt. Der Beschwerdeführer hat schon im Vorfeld des angefochtenen Beschlusses weitere Gespräche für eine einvernehmliche Regelung des Besuchsrechts abgelehnt, weil er diese als aussichtslos betrachtet hat. Die Vorinstanz hätte deshalb keine Zwangsmediation anordnen dürfen, zumal ihr auch die Instrumente für die Durchsetzung dieser Anordnung fehlen.

Weigern sich die Parteien, an einer Mediation teilzunehmen, so darf der Entscheid über die Besuchsrechtsregelung nicht von der Teilnahme an einer solchen Mediation abhängig gemacht werden. Will eine Partei nicht freiwillig an einer Mediation teilnehmen, so kann die Behörde ihren Entscheid darüber nicht zu Gunsten einer Begleitmassnahme (Mediation) aufschieben, sondern muss über den Antrag um die Regelung des Be-

C 7.1

suchsrechts entscheiden. Da die Anordnung der Zwangsmediation durch die Vorinstanz nicht rechtmässig war, ist sie aufzuheben. Mit der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz ihren gesetzlichen Verpflichtungen zum Entscheid über die Besuchsrechtsregelung (Art. 273 ZGB und § 24 Abs. 2 lit. c EGzZGB) und den Antrag um Errichtung einer Beistandschaft nicht nachgekommen. Nachstehend ist somit zu prüfen, ob eine Beistandschaft anzuordnen und das dem Beschwerdeführer zustehende Besuchsrecht zu regeln ist.

(RRB Nr. 1418 vom 24. Oktober 2006).

7. Sozialwesen

7.1 Aufklärungspflicht über den Bezug einer Lebensversicherungsrente

- *Nach dem Grundsatz der Subsidiarität sind für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten in erster Linie das eigene Erwerbseinkommen und Leistungen Dritter, insbesondere auch Rentenleistungen einer Lebensversicherung, einzusetzen (Erw. 2).*
- *Die Mitwirkungspflichten in der Sozialhilfe werden nur in ausreichendem Mass erfüllt, wenn ein Sozialhilfeempfänger über den Bezug einer Rente die Behörde informiert, selbst wenn die Behörde darüber an sich im Bild sein sollte. Verletzt jemand diese Verpflichtung, ist er zur Rückerstattung zuviel bezogener wirtschaftlicher Hilfe verpflichtet (Erw. 3).*
- *Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Mitwirkungspflichten bestehen vorliegend in einer Rückerstattung zuviel bezogener Fürsorgegelder: Die Fürsorgebehörde hat den zurückzuzahlenden Beitrag zu berechnen und eine den konkreten Verhältnissen angemessene ratenweise Rückerstattung zu verfügen (Erw. 4/5).*

Aus dem Sachverhalt:

S. wird seit längerem durch die Fürsorgebehörde unterstützt. Anfangs Juli 2005 ist die heute zuständige Sozialarbeiterin im Rahmen einer genaueren Aktendurchsicht auf ein Dokument einer Lebensversicherung von S. gestossen. Der darauf folgenden Abklärungen ergaben, dass S. seit November 2002 Leistungen aus dieser Lebensversicherung in Form einer Rente bezieht, ohne dies der Fürsorgebehörde angezeigt zu haben.

Die Fürsorgebehörde verfügte in der Folge die Rückerstattung von zuviel bezogenen Sozialhilfeleistungen. Gleichzeitig wurde die Verrechnung und die Kürzung gewisser Leistungen angeordnet. Der Regierungsrat hat die Beschwerde insoweit abgewiesen, als er die angeordnete Rückerstattung als berechtigt beurteilte. Die Beschwerde wurde insoweit gutgeheissen und an die Vorinstanz zurückgewiesen, als diese die Modalitäten der Rückerstattung neu festlegen muss.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer bringt sinngemäss vor, dass sich die Rückerstattung der zu viel ausbezahlten Sozialhilfeleistungen nicht rechtfertige, da er seine Informations- und Mitwirkungspflicht nicht verletzt habe. Es stellt sich hierbei die Frage, ob die Verletzung der Mitwirkungspflicht als Voraussetzung für die Rückerstattung angesehen werden kann.

1.1 Wer wirtschaftliche Hilfe in Anspruch genommen hat, ist zur Rückerstattung verpflichtet, wenn er durch unwahre Angaben Leistungen erwirkt hat, oder wenn er finanziell in besonders günstige Verhältnisse gelangt ist (§ 25 Abs. 1 des Gesetzes vom 18. Mai 1983 über die Sozialhilfe [ShG, SRSZ 380.100]). Der Rückerstattungsanspruch erstreckt sich auf die Leistungen, die der Hilfsempfänger für sich selbst, seinen Ehegatten während der Ehe und seine Kinder während ihrer Unmündigkeit erhalten hat (§ 25 Abs. 2 ShG). Der Rückerstattungsanspruch ist unverzinslich und erlischt nach 20 Jahren vom Zeitpunkt der letzten bezogenen Hilfe an gerechnet (§ 25 Abs. 3 ShG.).

1.2 Der Beschwerdeführer erhält seit 2002 wirtschaftliche Hilfe, welche ihm mit Beschluss vom 11. Oktober 2005 bis Ende November 2006 auch weiterhin gewährt wird. Im vorliegenden Fall kommt eine Rückerstattung auf Grund besonders günstiger Verhältnisse nicht Frage. Ebenso wenig hat der Beschwerdeführer in Bezug auf die Lebensversicherung unwahre Angaben gemacht. Indes ist zu prüfen, ob eine (teilweise) Rückerstattung von Sozialhilfeleistungen deshalb gerechtfertigt ist, weil der Beschwerdeführer mit dem Nichtanzeigen der Rentenauszahlung seine Auskunftspflicht und Meldepflicht bzw. seine Mitwirkungspflicht verletzt hat.

2. Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des

C 7.1

notwendigen Lebensunterhalts im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG).

2.1 Sozialhilfeleistungen unterliegen sodann dem Grundsatz der Subsidiarität und werden demnach nur gewährt, wenn die bedürftige Person sich nicht selbst helfen kann oder Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist. Die Sozialhilfe ist insbesondere subsidiär gegenüber der Selbsthilfe, Leistungsverpflichtungen Dritter und freiwilligen Leistungen Dritter (vgl. Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999, S.71). Bei der Berechnung des Unterstützungsbeitrags werden die anrechenbaren Haushaltsausgaben den verfügbaren Einnahmen gegenübergestellt (vgl. Wolfers, a.a.O., S. 134 und 135). Zu den verfügbaren Einnahmen bzw. eigenen Mitteln gehören insbesondere alle Einkünfte und das Vermögen, Versicherungsleistungen und Sonderhilfen auf Grund besonderer Erlasse sowie familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche (§ 6 der Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe [ShV, SRSZ 380.111]).

2.2 Der Beschwerdeführer muss somit in erster Linie seine eigenen Einkünfte für seinen Lebensunterhalt verwenden. Zu den eigenen Mitteln gemäss § 6 ShV gehört also auch die Rente aus der Lebensversicherung, weshalb es unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer diese für die Deckung seines Lebensunterhalts hätte verwenden müssen. Indem der Beschwerdeführer dies aber nicht angezeigt hat, konnte die Vorinstanz ihm die Rente bei ihrer Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe im Sinne des notwendigen Lebensunterhalts nicht anrechnen, was folglich zur Auszahlung von zu hohen Fürsorgebeiträgen führte.

3. Wer um wirtschaftliche Hilfe nachsucht, oder sie erhält, hat über seine Verhältnisse wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren und Änderungen in seinen Verhältnissen umgehend zu melden (§ 10 ShV). Gemäss § 36 ShG ist sodann für das Verfahren vor der Fürsorgebehörde die Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) anwendbar. Danach hat die Behörde von Amtes wegen den für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachverhalt zu ermitteln, wobei die Parteien jedoch eine Mitwirkungspflicht trifft, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist (§ 18 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 VRP), denn die Parteien wissen am besten über den Sachverhalt Bescheid.

3.1 Dass der Beschwerdeführer seine Auskunfts- und Meldepflicht nicht verletzt habe, begründet er damit, dass die damals zuständige

Sozialarbeiterin genauestens über die Lebensversicherung informiert gewesen sei, weil das Dossier der Lebensversicherung immer an sämtliche Ämter gehe. Überdies sei er von der heute zuständigen Sozialberaterin nie darauf angesprochen worden.

3.2 Von Gesetzes wegen hätte der Beschwerdeführer melden müssen, dass er ab dem 25. November 2002 von der Lebensversicherung X. eine Rente bezieht. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn die Vorinstanz um die Lebensversicherung wusste. Dass die Vorinstanz nicht bemerkt hat, dass der Beschwerdeführer eine Lebensversicherung abgeschlossen hat, obschon er die dafür notwendigen Angaben gemacht hat (vgl. erster Antrag auf wirtschaftliche Hilfe vom 15. Januar 2002), ändert an der Auskunftspflicht des Beschwerdeführers nichts. Des Weiteren auch nicht, dass die Vorinstanz gestützt auf diesen Hinweis genauere Abklärungen über den Inhalt dieser Lebensversicherung hätte vornehmen müssen (vgl. E.2.5 SKOS-Richtlinien).

Abgesehen davon erscheint die Begründung auch insofern nicht nachvollziehbar, als die Versicherung grundsätzlich nicht befugt ist, das entsprechende Dossier von sich aus an eine Behörde weiterzuleiten, es sei denn in den durch das Gesetz vorgesehen Fällen oder mit ausdrücklicher Zustimmung der betroffenen Person (vgl. dazu das Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 [SR 235.1] und die Verordnung vom 29. Januar 1992 über den Datenschutz [SRSZ 140.410]). So lässt sich keine spezialgesetzliche Regelung aus dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG, SR 221.229.1) entnehmen. Dem entspricht auch die Bestätigung der Vorinstanz, dass die Sozialberatung Höfe nicht regelmässig Dokumente von der Lebensversicherung zugestellt erhalten habe ...

3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine Mitwirkungspflicht verletzt hat, indem er die Vorinstanz nicht über die Auszahlung einer Rente informierte. Er hat somit die ihm ausgerichtete wirtschaftliche Hilfe teilweise zu Unrecht bezogen. Das Verhalten des Beschwerdeführers ist somit nicht zu schützen. Folglich sind auch die Voraussetzungen für die Rückerstattungspflicht des Beschwerdeführers erfüllt, weshalb deren Anordnung durch die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht erfolgt ist. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

4. Vorliegend ist auch zu prüfen, ob die Anordnung einer vorläufigen Sistierung der Wochenendzulagen in der Höhe von Fr. 300.-- bzw. deren Verrechnung mit dem zurückzuerstattenden Betrag zu Recht erfolgt bzw. verhältnismässig ist. Ebenfalls zu prüfen ist, ob die Dispositiv-Ziffer 5 in Bezug auf die noch zu erstellende Abrechnung rechtsgenügend ist.

C 7.1

4.1 In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz festgehalten, dass eine separate Abrechnung für die zu viel bezogene Sozialhilfe wegen Nichtdeklaration der Leistungen erstellt werde. Der genaue Rückerstattungsbetrag ist jedoch nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer soll aber im Voraus wissen, wie viel er zurückzuerstatten hat. Zudem sind ihm die damit verbundenen Modalitäten bekannt zu geben. Ein Verweis auf eine noch zu erstellende Abrechnung genügt also nicht. Die Vorinstanz muss die konkrete Berechnung des Rückerstattungsbetrages nachholen. Erst wenn der genaue Umfang der Rückerstattungspflicht feststeht, kann auch beurteilt werden, welche monatlichen Rückzahlungen verhältnismässig sind.

4.2. Bei den Wochenendzulagen für seinen Sohn handelt es sich um eine situationsbedingte Leistung (vgl. C.1.8 SKOS-Richtlinien), über welche die Vorinstanz nach Ermessen zu befinden hat. Deshalb erscheint auch die vorläufige Sistierung bis zur Bezahlung der zu viel entrichteten Sozialhilfeleistungen grundsätzlich in Ordnung. Allerdings muss man sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit fragen, ob sich die volle Streichung der Fr. 300.-- aufdrängt, zumal der Sohn auch weiterhin an den Wochenenden zu Besuch kommt und die damit verbundenen Kosten bestehen bleiben. Mit der monatlichen Streichung von Fr. 300.-- würde der Beschwerdeführer den geschuldeten Rückerstattungsbetrag voraussichtlich innerhalb eines Jahres abbezahlt haben (unter der Annahme, dass der zurückzuzahlende Betrag zirka Fr. 3 300.-- beträgt). Würde der monatlich zurückzuzahlende Betrag auf Fr. 200.-- reduziert, würde sich die Rückerstattung ungefähr um ein halbes Jahr verlängern, was in Anbetracht der Wochenendbesuche seines Sohnes angemessener erscheint.

4.3 Zusammenfassend muss die Vorinstanz somit den genauen Umfang des Rückerstattungsbeitrages ermitteln und dann prüfen, ob es angebracht erscheint, die gesamte Wochenendzulage von Fr. 300.-- pro Monat zu streichen

5. Werden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten verletzt, darf die Sozialhilfebehörde deswegen nicht ohne weiteres die Ausrichtung von Leistungen verweigern (Wolffers, a.a.O, S. 107). Vielmehr hat die Vorinstanz bei einer Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflicht den Antragsteller auf die möglichen Folgen der Pflichtverletzung hinzuweisen (Wolffers, a.a.O, S. 107), was unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit mit der Androhung einer zukünftigen Kürzung der Beiträge verbunden werden kann. Die betroffene Person muss also vor-

gänglich klar über die Kürzung informiert werden, damit sie sich der Konsequenzen ihres Handelns bewusst sein kann. Daraus folgt, dass es im vorliegenden Fall nicht zulässig ist, dass die Vorinstanz die Nichtauszahlung der minimalen Integrationszulage in der Höhe von Fr. 100.-- für den Monat November 2005 verfügte. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die gemachte Androhung, zukünftig die minimale Integrationszulage im Falle einer erneuten Verletzung der Auskunftspflicht zu streichen, dahingehend zu ergänzen ist, dass der Beschwerdeführer im Konkreten darüber aufgeklärt wird, was diese beinhaltet und was er für deren Erfüllung zu unternehmen hat. Eine pauschale Androhung, wie sich im vorliegenden Fall gemacht wurde, ist dabei nicht ausreichend.

Der letzte Satz der Dispositiv-Ziffer 5 ist aufzuheben, sodass dem Beschwerdeführer die minimale Integrationszulage in der Höhe von Fr. 100.-- auch für den Monat November 2005 ausbezahlt ist.

(RRB Nr. 281 vom 21. Februar 2006).

7.2 Wohnungskosten bei einem Konkubinatsverhältnis

- *Grundsätze für die Ausrichtung und Bemessung wirtschaftlicher Hilfe (Erw. 3.1 und 3.2), insbesondere für Personen in Wohn- und Lebensgemeinschaften (Erw. 3.3).*
- *Die vertragliche Aufteilung der Mietkosten in einem Konkubinat ist bei der Ermittlung der Wohnungskosten und damit der Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe der Konkubinatspartnerin nicht zu berücksichtigen. Auszugehen ist davon, dass sie als Lebenspartnerin dauernd aufgenommen ist und somit kein Untermietverhältnis besteht (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach § 11 des Gesetzes vom 18. Mai 1983 über die Sozialhilfe (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). Sie erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG). Gemäss § 5 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe (ShV, SRSZ 380.110) richten sich Art und Mass der

C 7.2

wirtschaftlichen Hilfe nach den Vorschriften des Gesetzes und dieser Verordnung sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet. Für die Bemessung der Hilfe haben die Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegleitenden Charakter (§ 5 Abs. 2 ShV). Mit diesem Hinweis hat der Gesetzgeber das von ihm vorgegebene Existenzminimum (§ 16 Abs. 1 ShG) konkretisiert. Der Regierungsrat wendet diese Richtsätze bei der Beurteilung von Beschwerden über die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe konsequent an (RRB Nr. 179 vom 5. Februar 2002; RRB Nr. 1681 vom 20. Dezember 2005).

3.2 Die materielle Grundsicherung umfasst alle in einem Privathaushalt notwendigen Ausgabenpositionen, namentlich den Grundbedarf für den Lebensunterhalt (nach Grösse des Haushaltes abgestuft), die Wohnkosten und die Kosten für die medizinische Grundversorgung (B.1-B.4 SKOS-Richtlinien). Daneben können bei besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen oder familiären Verhältnissen der Betroffenen situationsbedingte Leistungen ausgerichtet werden, sofern sie im Einzelfall hinreichend begründet sind (vgl. C.1 SKOS-Richtlinien; Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999, S. 152 f.). Unter den gegebenen Voraussetzungen besteht schliesslich ein Anspruch auf Ausrichtung einer Integrationszulage für nichterwerbstätige (C.2 und C.3 SKOS-Richtlinien) sowie die Berücksichtigung eines Einkommensfreibetrages für (teilweise) erwerbstätige Unterstützte (E.1.2 SKOS-Richtlinien).

3.3 Unter lit. F.5 der SKOS-Richtlinien 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).

Nicht unterstützte Mitglieder von familienähnlichen Gemeinschaften haben für alle Kosten aufzukommen, die sie verursachen. Dies betrifft insbesondere die Aufwendungen für Unterhalt, Miete, Mietnebenkosten, Telefon, Radio, TV, Versicherungen, usw. Die Kostentragung innerhalb der Gemeinschaft erfolgt grundsätzlich nach Pro-Kopf-Anteilen. Abweichende Regelungen sind zu treffen, wenn die Beanspruchung der gemeinsamen Haushalt-Infrastruktur ungleich gross ist, also beispielsweise

wenn der nicht unterstützte Partner einen Teil der Wohnung für Heimarbeit beansprucht (Felix Wolffers, a.a.O., S. 159).

3.4 Die Beschwerdeführerin lebt mit ihrem Partner seit dem 1. November 2003 zusammen. Das Konkubinatsverhältnis ist entsprechend den SKOS-Richtlinien als familienähnliche Gemeinschaft zu betrachten. Im gleichen Haushalt lebt auch die Tochter (Jahrgang 1990) des Partners. Der Mietzins der 4½-Zimmer-Wohnung beträgt Fr. 2 750.--. Die Vorinstanz hat in der Budgetberechnung einen Mietanteil von Fr. 800.-- (Fr. 2 750.-- ./ Fr. 100.-- Garage / Autoabstellplatz, ./ Fr. 250.-- Büro Konkubinatspartner = Fr. 2 400.-- : 3 = Fr. 800.--) angerechnet.

Die Beschwerdeführerin ist mit dieser Berechnung nicht einverstanden. Sie macht geltend, dass für die Berechnung der Wohnkosten der Untermietvertrag, welcher zwischen ihr und dem Konkubinatspartner abgeschlossen worden sei, zu berücksichtigen sei. Der Mietkostenanteil belaufe sich daher auf Fr. 1 225.--.

4.1 Grundsätzlich ist bei den Wohnkosten der Wohnungsmietzins, soweit dieser im ortsüblichen Rahmen liegt, zu berücksichtigen. Der Wohnungsmietzins ergibt sich aus dem Mietvertrag. Gemäss Mietvertrag bzw. Konkubinatsvertrag vom 27. April 2005 beläuft sich der Wohnungsmietzins der Beschwerdeführerin auf Fr. 1 225.--. Vom Wohnungsmietzins von Fr. 2 750.-- wurden insgesamt Fr. 300.-- (je Fr. 150.-- für das Zimmer der Tochter und das Büro für den Lebenspartner) in Abzug gebracht und danach hälftig geteilt.

Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner kein Untermietverhältnis bestehe, da sie als Lebenspartnerin dauernd aufgenommen wurde.

4.2.1 Die Untermiete ist ein Mietverhältnis, welches zwar unabhängig vom Hauptmietverhältnis besteht, aber auf letzterem beruht. Keine Untermiete ist die zeitweilige Aufnahme von Familienangehörigen, der Empfang von Besuchen oder die Aufnahme eines Lebenspartners, selbst wenn diese sich (im internen Verhältnis der Partner) an den Kosten der Miete beteiligen (Roger Weber, in Basler Kommentar OR I, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 262 N 1; Peter Higi, Zürcher Kommentar, Art. 262 OR N 11).

4.2.2 Der Lebenspartner der Beschwerdeführerin ist alleiniger Mieter der 4½-Zimmer-Wohnung. Die Beschwerdeführerin ist am Mietvertrag nicht beteiligt. Zwischen den Parteien besteht ein Konkubinatsvertrag mit Festlegung der Kostenzuteilungen, insbesondere des Anteils an der

C 7.2

Miete. Entsprechend den obigen Ausführungen besteht zwischen dem Lebenspartner der Beschwerdeführerin und ihr kein Untermietverhältnis. Es ist davon auszugehen, dass sie als Lebenspartnerin dauernd aufgenommen wurde. Demzufolge ist der Untermietvertrag bzw. Konkubinatsvertrag bei der Berechnung des Wohnungsmietzinses nicht zu berücksichtigen.

4.3 Die Vorinstanz hat entsprechend den SKOS-Richtlinien die Aufteilung der Wohnungskosten vorgenommen, wobei sie vom effektiven Mietzins (Fr. 2 750.--) Abzüge von Fr. 100.-- für den Autoabstellplatz und Fr. 250.-- für das Büro, welches vom Lebenspartner benutzt wird, eingesetzt hat.

Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin besitzt kein Auto, weshalb sie auch nicht auf die Miete eines Abstellplatzes angewiesen ist. Ausserdem dient dem Lebenspartner der Beschwerdeführerin ein Zimmer als Büro. Dies ist entsprechend zu berücksichtigen, womit auch die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner grundsätzlich einverstanden sind (vgl. Konkubinatsvertrag vom 27. April 2005, in welchem für das Büro Fr. 150.-- angerechnet wurde). Gemäss Untermietvertrag hat die Beschwerdeführerin an zwei Räumen (Büro Partner und Kinderzimmer) kein Benützungsrecht. Die Beschwerdeführerin hat somit fast an der Hälfte der Räume gar kein Mitbenützungsrecht. Faktisch wohnt sie in einer 2½-Zimmer-Wohnung. Kommt hinzu, dass die Abzüge von je Fr. 150.-- für die Nichtbenützung des Büros und des Zimmers der Tochter ihres Partners, d.h. insgesamt Fr. 300.--, bei einer 4½-Zimmer-Wohnung und einem Mietzins von Fr. 2 750.-- doch eher gering ausfallen. Im Weiteren ist die Höhe der angerechneten Beträge gerechtfertigt. Ein Autoabstellplatz kann in Schwyz durchaus für Fr. 100.-- bis Fr. 150.-- vermietet werden. Ebenso sind die Bürokosten von Fr. 250.-- vertretbar, sogar eher zu tief angesetzt. Im Übrigen werden die von der Vorinstanz in Abzug gebrachten Beträge von der Beschwerdeführerin in ihrer Höhe nicht bestritten.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es nicht gerechtfertigt sei, die Tochter des Lebenspartners als volles Mitglied bei der Mietzinsaufteilung zu berücksichtigen. Einerseits benütze diese vorwiegend ihr Zimmer und andererseits übernachtete sie schulbedingt zweimal die Woche in Einsiedeln.

Diese Auffassung kann nicht geteilt werden. Die Tochter braucht eine Unterkunft, egal ob sie nun zweimal die Woche auswärts schläft oder nicht. Die Fixkosten fallen an, ob eine Wohnung dauernd oder unregelmässig bewohnt wird. Ebenfalls werden die übrigen Räume wie Küche, Wohnzimmer und Bad von der Tochter mitbenutzt. Dies gilt es zu be-

rücksichtigen. Würde die Tochter nicht bei ihrem Vater wohnen, hätte man möglicherweise eine 3½-Zimmer-Wohnung gemietet, bei welcher der Mietzins tiefer und die Räume auch kleiner wären. Es rechtfertigt sich demnach, die 16-jährige Tochter des Lebenspartners bei der Mietzinsverteilung vollumfänglich zu berücksichtigen.

4.5 Eine andere interne Verteilung des Mietzinses zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner ist bei der Berechnung des Wohnungsmietzinses nicht zu berücksichtigen. Andernfalls würde dies insbesondere die Gefahr des Missbrauches in sich bergen. Es könnte eine Mietzinsverteilung zu Lasten des Sozialhilfebezügers und damit zu Lasten des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens vorgenommen werden. Auch die Verteilung der Mietzinskosten zwischen der Beschwerdeführerin und deren Lebenspartner erscheint unausgewogen, indem kein Abzug für den Abstellplatz des Lebenspartners vorgenommen worden ist und die Abzüge für den Büroraum und das Zimmer der Tochter angesichts des hohen Mietzinses zu tief ausgefallen sind.

4.6 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass einerseits die vertragliche Regelung des Mietzinses zwischen der Beschwerdeführerin und dem Konkubinatspartner nicht massgebend ist und die von der Vorinstanz vorgenommenen Abzüge für den Autoabstellplatz und den Büroraum massvoll ausfallen.

(RRB Nr. 939 vom 4. Juli 2006).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Zuteilung eines Wunschkontrollschildes

- *Liegt formell eine Verfügung vor, kann dagegen Beschwerde erhoben werden (Erw. 1).*
- *Es besteht ein gesetzlicher Anspruch, als Lenker oder Halter eines Fahrzeuges zum Strassenverkehr zugelassen zu werden. Mit der Aushändigung eines bestimmten Kontrollschildes werden dagegen keine Rechte und Pflichten begründet. Folglich ist darüber auch keine Verfügung zu erlassen (Erw. 2.1 – 2.4).*
- *Das Verkehrsamt durfte die Zuteilung eines bestimmten Kontrollschildes vorliegend (formlos) ablehnen (Erw. 2.5).*
- *Die Weisungen des Regierungsrates über die Abgabe von Wunschschildern und besonderen Schildern vom 1. Oktober 2002 stellen eine Ver-*

C 17.1

verwaltungsverordnung dar. Als solche begründen sie keine neuen Rechte und Pflichten, sondern dienen einer rechtsgleichen und willkürfreien Verwaltungsführung (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u.a. insbesondere die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. e der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP). Gemäss § 44 VRP kann nur gegen Verfügungen, Entscheide und gegen die in § 36 Abs. 1 lit. b VRP erwähnten Zwischenbescheide Verwaltungsbeschwerde geführt werden. Der Verfügungsbegriff wird in § 6 VRP geregelt. Demnach sind Verfügungen hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, die insbesondere die Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründen, abändern oder aufheben (Abs. 1 lit. a), oder die das Bestehen, Nichtbestehen oder den Inhalt von Rechten und Pflichten feststellen (Abs. 1 lit. b).

1.2 Der Beschwerdeführer hat gegen die „Verfügung“ der Vorinstanz vom 17. Mai 2006 Beschwerde erhoben. Darüber, ob darin tatsächlich eine Verfügung zu sehen ist, besteht sowohl beim Beschwerdeführer wie auch bei der Vorinstanz eine gewisse Unsicherheit. Das „Schreiben“ des Verkehrsamtes vom 17. Mai 2006 erfüllt die formellen Anforderungen von § 31 Abs. 1 VRP für eine Verfügung. Die Vorinstanz selbst hat die Anordnung als Verfügung bezeichnet und hat insbesondere auch einen Rechtsspruch erlassen, wonach das Gesuch um Zuteilung bestimmter Autonummern abgewiesen wird. Allerdings hat die Vorinstanz alternativ dazu auch festgehalten, dass der Beschwerdeführer an sich gar keinen Anspruch darauf hat, dass mittels Verfügung über die Zuteilung einer Autonummer entschieden wird.

1.3 Liegt formell eine Verfügung vor, so kann dagegen auch Beschwerde erhoben werden. Ist materiell zu Unrecht eine solche erlassen worden, so führt dies allenfalls zur Aufhebung der Verfügung, spricht aber nicht gegen die Zulassung der Beschwerde (vgl. dazu die redaktionellen Bemerkungen zu einem Entscheid des Verwaltungsgerichts Obwalden vom 15. Dezember 1997/ 5. Februar 1998, ZBI 100/1999, S. 315 ff., 324 f.).

1.4 Da auch die übrigen Sachentscheidvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. Inhaltlich ist im Folgenden zunächst zu prüfen, ob über die Zuteilung von Autonummern in einer Verfügung entschieden werden muss. Durfte die Vorinstanz sodann die Zuteilung der beantragten Nummern in einer Verfügung ablehnen, weil kein Anspruch darauf besteht, ist weiter zu klären, ob das Vorgehen aus anderen rechtlichen (allenfalls aufsichtsrechtlichen) Gründen zu beanstanden ist.

2.1 Ein Fahrzeug, das in Verkehr gesetzt werden soll, benötigt einen gültigen Fahrzeugausweis sowie ein Kontrollschild (Art. 10 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 [SVG, SR 741.01]). Der Fahrzeugausweis darf nur erteilt werden, wenn das Fahrzeug den Vorschriften entspricht, verkehrssicher ist und wenn die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung besteht (Art. 11 Abs. 1 SVG). Das kantonale Verkehrsamt besorgt alle Aufgaben, die durch das Strassenverkehrsgesetz und die dazugehörenden Erlasse den Kantonen übertragen oder vorbehalten sind, soweit nicht durch diese Verordnung oder eine andere kantonale Vorschrift eine andere Behörde oder Amtsstelle als zuständig erklärt wird (§ 4 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung vom 14. April 1967 zum Bundesgesetz über den Strassenverkehr [VvSVG, SRSZ 782.110]). Nach § 10 Abs. 1 lit. a des Regierungsratsbeschlusses vom 18. Dezember 1972 über die Gebühren für Motorfahrzeuge und Motorfahrzeugführer nach Strassenverkehrsgesetz (Regierungsratsbeschluss, SRSZ 782.311) werden für ein Kontrollschilderpaar Fr. 35.--, für ein Einzelschild Fr. 20.-- und für ein Wunschschild oder ein besonderes Schild Fr. 150.-- bis Fr. 10 000.-- erhoben. Das Zuteilungsverfahren betreffend Wunschschilder und besondere Schilder ist seit dem 1. Oktober 2002 in den Weisungen des Regierungsrats über die Abgabe von Wunschschildern und besonderen Schildern geregelt. Der Regierungsratsbeschluss regelt nur die Höhe der einzelnen Gebühr, hingegen nicht das Zuteilungsverfahren selber. Gesetzliche Grundlage dieses Regierungsratsbeschlusses ist § 11 der Verordnung vom 13. Mai 1992 über die Motorfahrzeugabgaben (VMfz, SRSZ 782.310). Diese Verordnung regelt die Zuteilung nicht. In Verordnung und Regierungsratsbeschluss ist auch nicht geregelt, welcher Behörde allenfalls Verfügungsmacht beim Zuteilungsverfahren zukommt. Nach dem Subsidiaritätsprinzip ist daher das Verkehrsamt (subsidiär) zuständig, die Zuteilung der Kontrollschilder vorzunehmen.

2.2 Die Kontrollschilder sind Eigentum des Kantons und bleiben dies auch nach der Zuteilung an einen Halter (Art. 87 Abs. 5 der Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr [ZVZ, SR 741.51]; § 1 Abs. 1 der Weisungen). Das

C 17.1

Bundesrecht schreibt nur vor, dass eine einmal zugeteilte Schildnummer für den Halter reserviert bleibt, die Zuteilung einer anderen Nummer aber zulässig ist, wenn das Schild länger als ein Jahr hinterlegt oder entzogen wurde (Art. 87 Abs. 1 VZV). Der Kanton entscheidet selbstständig, welche Kontrollschildnummern abgegeben und wie diese zugeteilt werden. Schon daraus geht hervor, dass kein Anspruch des Privaten auf Zuteilung einer bestimmten Kontrollschildnummer besteht. Das Verfügungsrecht über die Kontrollschilder liegt allein beim Kanton. Die Zuteilung beziehungsweise Freigabe der Schilder in den Privatverkehr steht somit im Ermessen des Kantons. Wenn die regierungsrätlichen Weisungen in § 1 Abs. 1 bestimmen, dass kein Rechtsanspruch auf Zuteilung einer bestimmten Kontrollschildnummer bestehe, wiederholen sie damit nur die geltende Rechtslage.

2.3 Aushändigung, Verweigerung und Entzug eines Fahrzeugausweises und eines Kontrollschildes haben Verfügungscharakter. Durch einen solchen Entscheid werden Rechte und Pflichten des Betroffenen geregelt. Mit der Aushändigung von Fahrzeugausweis bzw. Kontrollschild wird ihm das Recht eingeräumt, das Fahrzeug in Verkehr zu bringen. Mit der Verweigerung und dem Entzug von Fahrzeugausweis bzw. Kontrollschild wird ihm dieses Recht verweigert. Gegen die Verweigerung und den Entzug von Fahrzeugausweis bzw. Kontrollschild kann beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben werden (vgl. RRB Nr. 144/2002 und RRB Nr. 1682/2005). Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer weder die Ausstellung eines Fahrzeugausweises und die Abgabe eines Kontrollschildes verweigert noch Fahrzeugausweis und Kontrollschild entzogen. In dieser Hinsicht wurden also keine Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers geregelt. Die Vorinstanz hat es lediglich abgelehnt, dem Beschwerdeführer das von ihm gewünschte Kontrollschild SZ 3 bzw. SZ 7 zuzuteilen. Umstritten ist somit nicht, ob der Beschwerdeführer sein Fahrzeug einlösen kann und dafür ein Kontrollschild erhält. Umstritten ist einzig, ob er sein Fahrzeug unter dem von ihm gewünschten Schild SZ 3 bzw. SZ 7 einlösen kann, oder ob ihm von der Vorinstanz ein anderes x-beliebiges Kontrollschild zugeteilt werden kann.

2.4 Die unter Ziff. 2.3 angesprochene Unterscheidung zwischen der Zulassung zum Verkehr und der Zuteilung eines bestimmten Kennzeichens lässt sich mit gewissen Anordnungen im Bildungsrecht vergleichen. Bei der Entscheidung darüber, ob ein Schüler in eine Schule aufgenommen wird, wird über die Rechte und Pflichten desselben befunden. Dazu ergeht – meistens nur bei einer Ablehnung – eine Verfügung. Geht es dagegen um die Zuweisung eines Schülers zu einer bestimmten Lehrperson oder zu einem bestimmten Schulhaus, so hat dies nach herr-

schender Auffassung in der Regel keinen rechtlich relevanten Einfluss auf die Rechtsstellung eines Schülers (RRB Nr. 1323 vom 4. August 1998). Anders verhält es sich erst dann, wenn die Klassen- oder Schulhauszuweisung sich derart einschneidend auswirkt, dass damit der Anspruch auf einen ausreichenden Grundschulunterricht im Sinne von Art. 19 BV in Frage gestellt wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.324/2001 vom 28. März 2002; ZBl 2007, S. 170 ff.) Eine weitere vergleichbare Situation ergibt sich bei der Zuweisung von Hausnummern sowie bei der Festlegung von Strassenbezeichnungen. Rechtlich relevant ist der Zugang zu einer Strasse im Sinne einer hinreichenden Erschliessung einer Liegenschaft. Die Bezeichnung der Strassen und die Nummerierung der Liegenschaften stellt damit im Allgemeinen nichts Anderes als eine administrative Umsetzung dar, mit welcher kein individuelles Rechtsverhältnis begründet wird (Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts, ZBl 101 [2000] S. 80 ff.). Ähnlich verhält es sich bei der Einlösung eines Motorfahrzeuges und der Zuteilung einer Autonummer. Über Rechte und Pflichten wird im Zusammenhang mit der Zulassung entschieden. Die Zuteilung einer bestimmten Autonummer stellt nur noch einen Umsetzungsakt dar, der keine Rechte und Pflichten begründet. Folglich ist dafür keine Verfügung zu erlassen.

2.5 Vorliegend hat das Verkehrsamt eine Verfügung erlassen, inhaltlich aber auch bestimmt, dass dem Beschwerdeführer in Bezug auf die Nummerzuteilung kein Anspruch zusteht. Diese Anordnung erfolgte in Übereinstimmung mit dem massgebenden Recht. Wenn demnach das Verkehrsamt ein bestimmtes Autokennzeichen einem Fahrzeughalter zuteilt, kann es – da damit kein individuelles Rechtsverhältnis begründet wird – dies formlos tun. Besteht ein Gesuchsteller auf dem Erlass einer Verfügung, so kann das Verkehrsamt in einer Verfügung die Begründung eines Rechtsverhältnisses ablehnen. Das hat die Vorinstanz vorliegend im Grunde genommen zu Recht getan. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz auf andere Weise gegen das Strassenverkehrsrecht des Bundes und das kantonale Ausführungsrecht verstossen hätte.

3.1 Soweit sich die Beschwerde gegen die Weisungen über die Abgabe von Wunschschildern und besonderen Schildern vom 1. Oktober 2002 richtet ist darauf nicht einzutreten, weil die Beschwerdefrist offensichtlich abgelaufen ist. Zudem steht gegen Weisungen aus verschiedenen Gründen der Verwaltungsrechtsweg nicht – oder wenigstens nicht direkt – offen (§ 3 Bst. d VRP). Zur Kritik selbst ist Folgendes festzuhalten:

3.2 Weisungen sind Verwaltungsanordnungen, die keine weiteren Rechte und Pflichten der Privaten enthalten können. Sie sind nur für die

C 17.1

entsprechenden Verwaltungsbehörden rechtsverbindlich und können in der Regel selber nicht unmittelbar angefochten werden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 123 ff. und Rz. 867 ff.; RRB Nr. 23 vom 13. Januar 2004, E. 3.3). Sie unterscheiden sich durch ihren Adressatenkreis von Rechtsverordnungen, die sich an die Allgemeinheit richten. Im Gegensatz zu diesen werden Verwaltungsverordnungen in der Regel nicht in den Gesetzessammlungen publiziert. Folglich kann der Beschwerdeführer aus den Weisungen keine Rechte und Pflichten ableiten, weil sie keine solchen begründen. Selbst wenn man annehmen wollte, die Weisungen entfalteten Aussenwirkungen, die für Private Rechte und Pflichten begründen, räumen die Weisungen dem Beschwerdeführer offensichtlich keine solchen Rechte ein. Vielmehr hält § 1 Abs. 1 in Übereinstimmung mit dem Strassenverkehrsrecht des Bundes fest, dass kein Anspruch auf ein ganz bestimmtes Kontrollschild besteht.

3.3. Bei ihrer Tätigkeit sind Regierungsrat und andere Verwaltungsbehörden an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts gebunden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 363 ff.). Das bedeutet namentlich, dass auch Weisungen und das schlichte Verwaltungshandeln den Grundsätzen der Gleichbehandlung und des Willkürverbots folgen müssen. Die Weisungen über die Abgabe von Wunschschildern und besonderen Schildern vom 1. Oktober 2002 sollen vor allem sicherstellen, dass das Verkehrsamt bei der Abgabe von Kennzeichen rechtsgleich, nachvollziehbar und transparent handelt. Darin besteht eine der wesentlichen Funktionen von Verwaltungsverordnungen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 124). Sachlich durchaus begründbar ist eine gewisse Vorzugsbehandlung bei einer Weitergabe innerhalb einer Familie oder bei besonderen geschäftlichen Konstellationen (§§ 11 f. der Weisungen).

3.4 Bei allem Verständnis für das Anliegen des Beschwerdeführers kann ausserdem auch festgestellt werden, dass mit der Zuteilung einer bestimmten Nummer nicht über die Zuweisung wesentlicher Lebenschancen befunden wird. Die Praxis, die tiefen Nummern weiterhin für Fahrzeuge im öffentlichen Dienst des Kantons zu reservieren bzw. diese nicht für den Privatverkehr freizugeben, lässt sich im Übrigen sachlich begründen und ist nicht willkürlich.

(RRB Nr. 1659 vom 5. Dezember 2006).

17.2 Fahrverbot für Waldstrassen

- *Waldstrassen dürfen in der Regel nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden (Erw. 4.1).*
- *Gemäss kantonalem Recht dürfen Waldstrassen auch zu land- und alpwirtschaftlichen Zwecken, zur Ausübung der Fischerei- und Jagdaufsicht, zur Bergung von erlegtem Wild und zum Unterhalt von Gewässern sowie von Ver- und Entsorgungsanlagen befahren werden. Nicht zulässig ist es dagegen, dass Besucher und Kunden von Alpwirtschaften und Alpbetrieben sowie Besucher von Veranstaltungen im Erschliessungsgebiet die Waldstrassen mit Motorfahrzeugen befahren (Erw. 4.2 – 4.4).*

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend ist die Rechtmässigkeit der Belegung der Wasserbergstrasse mit einem Verbot für Motorwagen, Motorräder und Motorfahräder zu überprüfen.

4.1 Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald (WaG, SR 921) dürfen Wald und Waldstrassen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden.

Bei der Wasserbergstrasse handelt es sich um eine Waldstrasse, da sie in erster Linie für die Waldbewirtschaftung erstellt worden ist. Nebst dem forstlichen Hauptzweck dient sie heute auch untergeordneten Zwecken. Auf Grund der rechtlichen Definition darf die Wasserbergstrasse nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden (Art. 15 Abs. 1 WaG; vgl. dazu auch OWVGE XII S. 102). Ebenfalls dürfen Waldstrassen mit Motorfahrzeugen befahren werden: a) zu Rettungs- und Bergungszwecken; b) zu Polizeikontrollen; c) zu militärischen Übungen; d) zur Durchführung von Massnahmen zum Schutz vor Naturereignissen; e) zum Unterhalt von Leitungsnetzen (Art. 13 der Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald [WaV, SR 921.01]). Für diese Zwecke sind keine speziellen Ausweise oder Bewilligungen erforderlich.

4.2 Der Bund überlässt es den Kantonen, Ausnahmen für weitere Zwecke vorzusehen, wenn nicht die Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen dagegen sprechen (Art. 15 Abs. 2 WaG). Der Regierungsrat übt die Aufsicht über den Vollzug der Waldgesetzgebung aus und erlässt die erforderlichen Ausführungsbestimmungen (§ 19 Abs. 1 der Kantonalen Verordnung vom 21. Oktober 1998 zum Bundesgesetz über den Wald [KWaV, SRSZ 313.110]). Der Regierungsrat regelt namentlich die Aus-

C 17.2

nahmen vom Fahrverbot für Motorfahrzeuge auf Waldstrassen (§ 19 Abs. 2 Ziff. 1 KWaV). In § 8 Abs. 2 der Vollzugsverordnung vom 18. Dezember 2001 zur Kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Wald (VVzKWaV, SRSZ 313.111) sind diese Ausnahmen geregelt. Danach dürfen Waldstrassen auch zu land- und alpwirtschaftlichen Zwecken, zur Ausübung der Fischerei- und Jagdaufsicht, zur Bergung von erlegtem Wild und zum Unterhalt von Gewässern sowie von Ver- und Entsorgungsanlagen befahren werden. Zudem kann das Kantonsforstamt das Befahren von Waldstrassen aus anderen wichtigen Gründen bewilligen (§ 8 Abs. 3 VVzKWaV). Das Kantonsforstamt erlässt Weisungen zur Fahrverbotsregelung auf Waldstrassen (§ 8 Abs. 4 VVzKWaV).

4.3 Nach Ziffer 4 der Weisung des Kantonsforstamtes vom 1. Juni 2005 betreffend Fahrverbotsregelung auf Waldstrassen gelten als Waldstrassen alle Strassen, die im Waldareal hauptsächlich zu forstlichen Zwecken erstellt wurden. Im Regelfall wurden diese vorwiegend über forstliche Beiträge finanziert. Neben dem forstlichen Hauptzweck können Waldstrassen auch anderen, untergeordneten Zwecken wie etwa der Erschliessung nichtforstlicher Gebäude oder Anlagen, der Erschliessung landwirtschaftlicher Nutzflächen oder der Verbindung zwischen Siedlungen dienen.

4.4 Grundsätzlich ist das Fahrverbot auf Waldstrassen nicht verhandelbar. Die Vorgaben für das Befahren von Waldstrassen werden durch das Bundesgesetz und dessen Verordnung gemacht. Der Regierungsrat hat die Möglichkeit, das Befahren von Waldstrassen für weitere Zwecke zu ermöglichen. Er hat dies denn auch in § 8 Abs. 2 VVzKWaV getan. Nicht vorgesehen ist jedoch, dass Besucher und Kunden von Alpwirtschaften und Alpbetrieben, sowie Besucher von Veranstaltungen im Erschliessungsgebiet die Waldstrassen mit Motorfahrzeugen befahren können. Wollte man diese Personen ebenfalls unter die Fahrberechtigten zählen, so widerspräche dies einerseits § 8 Abs. 2 VVzKWaV und andererseits auch dem Bundesgesetz. Das Amt für Wald, Jagd und Fischerei kann den Kreis der fahrberechtigten Personen nicht weiter ausdehnen, als dies von § 8 Abs. 2 VVzKWaV gedeckt ist.

(RRB Nr. 145 vom 31. Januar 2006).

18. Ausländerrecht

18.1 Familiennachzug für Ausländer mit Niederlassungsbewilligung

- Für niedergelassene Ausländer kann sich sowohl aus Art. 17 Abs. 2 ANAG wie auch aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Familiennachzug ergeben (Erw. 2).
- Innerhalb der Schranken von Art. 17 Abs. 2, Satz 3 ANAG ist der Nachzug von gemeinsamen Kindern durch die beiden Elternteile zusammen grundsätzlich jederzeit möglich; vorbehalten bleiben das Rechtsmissbrauchsverbot oder ein Verstoß des Anspruchsberechtigten gegen die öffentliche Ordnung (Erw. 3).
- Fehlen von Anhaltspunkten für ein rechtsmissbräuchliches Familiennachzugsgesuch (Erw. 4/5).
- Es bestehen auch keine arbeitsmarktlichen oder integrationspolitischen Gründe, die gegen einen Familiennachzug sprechen (Erw. 6).

Aus dem Sachverhalt:

R. H., geboren 18. November 1957, Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, kam im Jahre 1983 als Saisonarbeiter in die Schweiz. 1986 wurde die Saisonbewilligung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung umgewandelt. Seit 1993 ist er im Besitze der Niederlassungsbewilligung. 1994 kamen die Ehefrau M. H., geboren 6. März 1959, die Tochter D. H., geboren 26. Februar 1980, und der Sohn A. H., geboren 18. Oktober 1987, im Familiennachzug in die Schweiz. Im Jahre 1999 erhielt die Ehefrau ebenfalls die Niederlassungsbewilligung. Im selben Jahr reiste sie angeblich aus familiären Gründen mit Sohn A. in die Heimat zurück, wo sie das dritte Kind H. H. am 24. August 1999 gebar. Die Tochter D. blieb in der Schweiz beim Vater.

Am 9. Dezember 2004 stellte R. H. ein Gesuch um Bewilligung des Familiennachzugs seiner Ehefrau M. H. sowie seiner Söhne A. und H. Mit Verfügung vom 13. September 2005 lehnte die Fremdenpolizei das Gesuch für A. H. ab, für die Ehefrau M. H. und das jüngste Kind H. H. hiess sie das Gesuch hingegen gut. Die gegen die Verfügung der Fremdenpolizei, soweit sie das Familiennachzugsgesuch für das Kind A. H. ablehnen, gerichtete Beschwerde wird vom Regierungsrat gutgeheissen.

C 18.1

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Dieses Ermessen ist dort eingeschränkt, wo eine Norm des Bundesrechts oder ein Staatsvertrag dem Ausländer oder seinen Angehörigen einen Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung einräumt. Einen solchen Anspruch begründen Art. 17 Abs. 2 ANAG und Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

2.1 Art. 17 Abs. 2 ANAG regelt den Familiennachzug niedergelassener Ausländer. Deren Kinder haben einen Rechtsanspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung des Ausländers, wenn sie (im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung) unter 18 Jahren und ledig sind und mit ihren Eltern zusammenwohnen. Der Anspruch erlischt, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat. Zweck des Familiennachzugs im Sinne dieser Bestimmung ist es, die Zusammenführung und das Zusammenleben der Gesamtfamilie zu ermöglichen und rechtlich abzusichern. Im Vordergrund steht der Schutz der Familie als Einheit. Verlangt wird deshalb ausdrücklich, dass die Kinder mit ihren Eltern (Plural) zusammenwohnen werden. Die Nachzugsregelung ist daher auf Familien zugeschnitten, in denen die (leiblichen) Eltern bereits einen gemeinsamen ehelichen Haushalt führen (BGE 129 II 11; BGE 126 II 330, E. 2a; EGV-SZ 1998 Nr. 57, E. 2.1; EJPD/Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES; seit 1. Januar 2005 Bundesamt für Migration {BFM}], Weisungen und Erläuterungen über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt [ANAG-Weisungen], 2. Aufl., Bern 2004, Ziff. 663).

2.2 Ferner garantiert Art. 8 Ziff. 1 EMRK (bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) den Schutz des Familienlebens. Darauf kann sich auch der Ausländer berufen, der nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung). Wird dem ausländischen Verwandten die Anwesenheit in der Schweiz untersagt, kann Art. 8 EMRK verletzt sein. Voraussetzung ist jedoch, dass eine familiäre Beziehung tatsächlich existiert, gelebt wird und intakt ist, wofür auch ein regelmässiger Kontakt genügen kann (BGE 119 Ib 84; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 570; VGE 1018/00 vom

20. Juni 2000, E. 2b). In der Beziehung der Kinder zu den Eltern umfasst der Schutz des Familienlebens die sog. Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Eltern mit ihren minderjährigen Kindern, die im gleichen Haushalt leben. Ein Volljähriger gehört somit nicht mehr zur Kernfamilie, wobei hier nicht auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, sondern auf die aktuellen tatsächlichen und rechtlichen Umstände abgestellt wird (VGE 1060/03 vom 29. Januar 2004, E. 3.1 mit Hinweisen; BGE 129 II 11).

Ein erwachsenes Kind kann allenfalls auf Grund des Rechtes auf Achtung des Privatlebens, das sich ebenfalls aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK ableitet, einen Aufenthaltsanspruch geltend machen, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis oder eine ganz intensive private Beziehung in Frage steht (VGE 1060/03 vom 29. Januar 2004, E. 3.2 mit Hinweisen; BGE 126 II 425; BGE 120 Ib 16; RRB Nr. 1475 vom 4. November 2003, E. 3.2.1 mit Hinweisen).

2.3 Der Beschwerdeführer kann sich demzufolge als niedergelassener Ausländer sowohl auf Art. 17 Abs. 2 ANAG als auch auf Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) berufen (ein zusätzlicher Anspruch aus einem Staatsvertrag besteht hingegen nicht). Seine Familie hat somit grundsätzlich einen Rechtsanspruch darauf, in der Schweiz zusammenzuleben. Allerdings kann sich A. H., der in der Zwischenzeit volljährig geworden ist, nicht mehr auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen. Ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen Eltern und ihm, welches zuliesse, von der Altersgrenze abzusehen, wird nicht geltend gemacht (s. vorstehend E. 2.2). Hingegen kann der Beschwerdeführer den Anspruch auf Familiennachzug gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG geltend machen, da Sohn A. im massgeblichen Zeitpunkt der Gesuchsstellung (9. Dezember 2004) noch nicht 18 Jahre alt war (BGE 129 II 13, E. 2; VGE 1048/05 vom 27. Oktober 2005, E. 1.3). Der Nachzug der Ehefrau und des jüngeren Sohnes H. ist nicht umstritten und von der Vorinstanz auch bewilligt worden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Familie des Beschwerdeführers hier in einem gemeinsamen Haushalt zusammenwohnt bzw. zusammenwohnen wird. Anzuwenden sind demzufolge die Nachzugskriterien des Nachzugs durch gemeinsame Eltern (Marc Spescha/Peter Sträuli, Ausländerrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2004, S. 112).

3. Bei Eltern, die in der Schweiz zusammenleben und einen gemeinsamen Haushalt führen, stellt der Familiennachzug gerade jene Familienverhältnisse her, die durch Art. 17 Abs. 2 ANAG geschützt werden sollen. Denn Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, den Eltern zu ermöglichen, ihre gemeinsamen Kinder selbst zu erziehen und zu

C 18.1

betreuen. Dem Schutz des Familienlebens ist demnach für die Beurteilung des Nachzugsrechts mehr Beachtung zu schenken, wenn sich beide Elternteile in der Schweiz aufhalten und zusammenwohnen (BGE 126 II 332, E. 3b). Auch erscheint nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Missbrauchsgefahr geringer, wenn ein Gesuch zu beurteilen ist, das verheiratete, zusammenlebende Eltern für ihre gemeinsamen Kinder stellen. Die Kriterien, nach denen praxisgemäss das Bestehen eines Nachzugsrechts eines Elternteils allein geprüft wird, können deshalb nicht ohne weiteres auf intakte Familien übertragen werden. Der nachträgliche Familiennachzug durch zusammenlebende Eltern ist deshalb möglich, ohne dass besondere stichhaltige Gründe die beabsichtigte Änderung bestehender Betreuungsverhältnisse rechtfertigen müssen. Innerhalb der allgemeinen Schranken von Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG ist der Nachzug von gemeinsamen Kindern durch beide Elternteile zusammen grundsätzlich jederzeit zulässig; vorbehalten bleibt einzig das Rechtsmissbrauchsverbot (oder ein Verstoss des Anspruchsberechtigten gegen die öffentliche Ordnung gemäss Art. 17 Abs. 2, 4. Satz ANAG). Je länger jedoch mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher kann sich auch bei im Ausland verbliebenen gemeinsamen Kindern zusammenlebender Eltern hingegen die Frage stellen, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder ob die Ansprüche aus Art. 17 ANAG zweckwidrig für die blossе Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung eingesetzt werden (BGE 126 II 332 f., E. 3b; EGV-SZ 2001 C.18.1, E. 3.3; RRB Nr. 1042 vom 17. August 2005, E. 3; Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. März 2004, VB.2003.00334, E. 2).

4. Zu prüfen ist demnach, ob die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 17 Abs. 2 ANAG rechtsmissbräuchlich ist.

4.1 Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses nicht schützen will (BGE 121 I 375). Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs muss nach den Umständen des Einzelfalls und mit Zurückhaltung beurteilt werden. Sofern die anspruchsberechtigten Personen die Voraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG grundsätzlich erfüllen, kann deshalb nicht leichtfertig auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Da der Rechtsmissbrauch zudem auf eine innere Absicht abstellt, ist die Beweisführung in der Regel erschwert (RRB Nr. 1042 vom 17. August 2005, E. 4.1; Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich RRB Nr. 403/2003 vom 2. April 2004, E. 3c [s. www.zhentscheide.zh.ch]).

Ein Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn das Zusammenleben in der Familiengemeinschaft beim geplanten Familiennachzug zwar eine gewisse Rolle spielen könnte, sich aber aus den konkreten Umständen ergibt, dass dieses Motiv für die Gesuchstellung von äusserst geringer Bedeutung ist, weil primär auf möglichst einfache Art und Weise der Erhalt von Anwesenheitsberechtigungen in der Schweiz angestrebt wird (BGE 2A.220/2001 vom 21. August 2001, E. 4a). Dieser Verdacht verdichtet sich, wenn der in der Schweiz niedergelassene Ausländer jahrelang von den Kindern getrennt lebt und diese erst kurz vor dem Erreichen des 18. Altersjahres in die Schweiz holen will (BGE 126 II 333; EGV-SZ 2001 C.18.1, E. 4).

4.2.1 Dieser Vorwurf kann dem Beschwerdeführer nicht gemacht werden. Zwar war Sohn A. im Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits 17 Jahre alt. Es handelt sich aber nicht um das erste Nachzugsgesuch des Beschwerdeführers. Denn bereits im Januar 1994, unmittelbar nachdem er die Niederlassungsbewilligung erhalten hatte, holte er seine Ehefrau und die beiden Kinder D. und A., die damals 14 bzw. 7 Jahre alt waren, in die Schweiz (das jüngste Kind H. wurde erst im Jahre 1999 geboren). Die Familie blieb immer zusammen, sodass die Ehefrau nach fünf Jahren gestützt auf Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG ebenfalls ihren Anspruch auf Niederlassung geltend machen konnte. Dem Beschwerdeführer kann demnach nicht vorgeworfen werden, es ginge ihm vordergründig nicht um das familiäre Zusammenleben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ehefrau im Jahre 1999 mit dem 12-jährigen Sohn A. in die Heimat zurückkehrte. Denn der Beschwerdeführer bringt hiefür plausible Gründe vor. Seine Mutter war angeblich schwer zuckerkrank und deshalb pflegebedürftig geworden. Seine Ehefrau habe die Pflege ihrer Schwiegermutter übernommen und sei mit dem damals noch minderjährigen Kind A. in die Heimat zurückgekehrt. Die bereits volljährige Tochter D. sei aber in der Schweiz geblieben.

Diese Sachdarstellung ist glaubwürdig. Auch die Vorinstanz zieht sie nicht in Zweifel. Der Nachzug der Ehefrau und des jüngsten Kindes wurde denn auch ohne weiteres bewilligt. Verständlich ist auch, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers seinerzeit den Sohn A. mitgenommen hat, da er als Zwölfjähriger noch der elterlichen bzw. mütterlichen Betreuung bedurfte, die ihm in der Schweiz nicht zuteil werden konnte, weil der Vater tagsüber arbeitete und die ältere Tochter entweder ihrer beruflichen Ausbildung oder ebenfalls einer Arbeit nachgehen musste. Dass diese in der Schweiz blieb, leuchtet ebenfalls ein. Als Volljährige, die zudem bereits während rund fünf Jahren in der Schweiz lebte, konnte sie ihr Leben bereits mehr oder weniger selbstständig bewältigen.

C 18.1

Wenn der Beschwerdeführer somit heute, da die familiären Verhältnisse in der Heimat dies anscheinend zulassen, die ganze Familie wieder in der Schweiz vereinigen will, soweit einzelne Mitglieder wie die Tochter noch nicht selbstständig geworden sind, kann dieses Ansinnen nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden, zumal zusammenlebende Eltern hiefür keine besonderen stichhaltigen Gründe vorbringen müssen (s. vorstehend E. 3). Auch wenn im Zeitpunkt der (zweiten) Gesuchseinreichung Sohn A. bereits 17 Jahre alt gewesen war, kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er habe damit bis knapp vor Erreichen der Volljährigkeit seines älteren Sohnes zugewartet. Es kann ihm deshalb auch nicht vorgehalten werden, dass wirtschaftliche und nicht familiäre Gründe im Vordergrund stünden, zumal er ja schon früher gezeigt hat, dass er die Gesamtfamilie hier zusammenführen will. Dass sich Sohn A. heute im fortgeschrittenen Jugendlichenalter befindet, ist nicht darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer ohne plausiblen Grund mit der Einreichung eines Familiennachzugsgesuches zugewartet hätte, sondern weil er auf Grund der erwähnten Entwicklung im engsten Verwandtenkreis in der Heimat eine nochmalige Trennung seiner eigenen, in der Schweiz zusammenlebenden Familie in Kauf nehmen musste. Hinzu kommt, dass die gesetzliche Altersgrenze, die bei 18 Jahren liegt, nicht verkürzt werden darf, indem man einem Ausländer im Alter zwischen 17 und 18 Jahren den Rechtsanspruch auf Aufenthalt bei seinen niedergelassenen Eltern versagt, weil man ihn zum vornherein der überwiegend wirtschaftlich motivierten Übersiedlungsabsichten verdächtigt.

4.2.2 Dass ein besseres wirtschaftliches Fortkommen der Kinder (Ausbildungs- und Berufsmöglichkeiten) in der Schweiz und die vorteilhafteren Lebensbedingungen wohl ebenfalls in die Überlegungen für eine erneute Übersiedelung in die Schweiz miteinbezogen wurden, lässt das Gesuch ebenfalls noch nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen. Die wirtschaftliche oder ausbildungsmässige Besserstellung in der Schweiz ist vielfach eine unvermeidliche Nebenfolge des Familiennachzugs. Massgebend ist jedoch, dass solche Auswirkungen für das Nachzugsgesuch nicht ausschlaggebend sein dürfen, was dem Beschwerdeführer auf Grund seines Verhaltens nicht unterstellt werden kann. Insbesondere kann ihm in Anbetracht der früher bereits einmal verwirklichten Familienzusammenführung nicht zum Vorwurf gemacht werden, das beabsichtigte Leben in der Familiengemeinschaft sei beim jetzigen Gesuch, das ja nicht auf den älteren Sohn A. beschränkt war, von untergeordneter Bedeutung gewesen. Dass zudem die wirtschaftliche Zukunft von A. altersbedingt aktuell ist, liegt im Zeitablauf begründet. Es ist auch nahe liegend, dass sich Eltern über die berufliche Zukunft ihrer Kinder Ge-

danken machen, auch wenn sie möglicherweise die Schwierigkeiten in einer neuen, fremden und sprachungewohnten Umgebung unterschätzen. Daraus kann ihnen aber nicht der Vorwurf gemacht werden, sie würden die Familienvereinigung als Motiv vortäuschen und primär andere Absichten verfolgen (Spescha/Sträuli, a.a.O., S. 112; RRB Nr. 1042 vom 17. August 2005, E. 4.2; Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. März 2004, VB.2003.00334, E. 3.2; BGE 2A.220/2001 vom 21. August 2001, E. 4c). Ein Rechtsmissbrauch ist deshalb vorliegend nicht ausgewiesen.

5.1 Die Verweigerung des Nachzugs von A. H. würde zudem dem Zweck, die Gesamtfamilie im gemeinsamen Haushalt der in der Schweiz zusammenlebenden Eltern zu vereinen, zuwiderlaufen, was mit Art. 17 Abs. 2 ANAG nicht vereinbar wäre (vgl. vorstehend E. 3). Allerdings ist mit Blick auf den Zweck der Vereinigung der Gesamtfamilie das Alter des Sohnes A., der in der Zwischenzeit 18 Jahre alt und damit volljährig geworden ist, nicht unbeachtlich. Denn während für das Eintreten auf ein Familiennachzugsgesuch auf das Alter des Kindes im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist, darf für die materielle Beurteilung berücksichtigt werden, welches Alter das nachzuziehende Kind im Zeitpunkt der Entscheidung inzwischen erreicht hat (BGE 124 II 370, E. 4b; VGE 1048/05 vom 27. Oktober 2005, E. 2.2 und E. 3.3.4; Spescha/Sträuli, a.a.O., S. 112 unter Hinweis auf den Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. April 2004 [RRB Nr. 619], der allerdings auch in diesem Zusammenhang auf das Alter im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abstellte).

5.2 Die Berücksichtigung des aktuellen Alters des nachzuziehenden Sohnes A. darf aber nicht dazu führen, dass der Rechtsanspruch des Beschwerdeführers auf Familiennachzug, der die Voraussetzungen nach Art. 17 Abs. 2 ANAG erfüllt, und dem insbesondere auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, illusorisch bleibt. Zu beachten ist dabei auch, dass der zeitliche Ablauf des Bewilligungsverfahrens, das nach Art. 18 Abs. 6 ANAG dem Beschleunigungsgebot untersteht, in der Regel vom Gesuchsteller nicht beeinflusst werden kann. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Behandlung des Gesuches des Beschwerdeführers noch vor dem Erreichen der Volljährigkeit des Sohnes A. möglich war. Aber auch wenn A. H. in der Zwischenzeit 18 Jahre alt geworden ist, vermag dies vorliegend dem Zweck des Familiennachzugs, das gemeinsame Familienleben aufzunehmen, keinen Abbruch zu tun. Der mündige Sohn A. ist zwar nicht mehr der elterlichen Sorge unterstellt (Art. 296 Abs. 1 ZGB). Er kann demnach auch über seinen Wohnsitz frei entscheiden. In der Praxis dürfte dies jedoch anders

C 18.1

aussehen. A. H. soll eine Anlehre bei der langjährigen Arbeitgeberfirma des Beschwerdeführers, wofür eine schriftliche Zusicherung vorliegt, absolvieren. Er kann deshalb schon aus finanziellen Gründen noch nicht auf eigenen Beinen stehen. Im Weiteren wird er aber auch wegen der neuen Situation, die mit der Übersiedelung in die Schweiz entstanden ist, noch während einiger Zeit die elterliche Betreuung und Unterstützung benötigen, bis er sich hier zurechtfindet und allfällige Integrationschwierigkeiten überwunden hat.

6.1 Die Vorinstanz anerkennt ferner ausdrücklich, dass dem Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers weder finanzielle Gründe (Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG) noch die Wohnverhältnisse des Beschwerdeführers, der über eine ausreichend grosse Wohnung verfügt, entgegenstehen. Im Weiteren wird auch nicht geltend gemacht, dass der Anspruch auf Familiennachzug erloschen sei, weil im Sinne von Art. 17 Abs. 2 Satz 4 ANAG ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung vorliege. Diesbezügliche Vorkommnisse (wie z.B. straffälliges Verhalten, erhebliche Schulden, usw.) sind denn auch keine bekannt (Spescha/Sträuli, a.a.O., S. 113 f.; ANAG-Weisungen Ziff. 633.2).

Hingegen bringt die Vorinstanz vor, der Nachzug von A. H. sei mit den öffentlichen Interessen (Integration, Arbeitsmarkt) nicht vereinbar.

6.2 Die Fremdenpolizeibehörden entscheiden grundsätzlich nach freiem Ermessen über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern (Art. 4 ANAG). Dabei haben sie die geistigen und wirtschaftlichen Interessen sowie den Grad der Überfremdung des Landes zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 1 ANAG; Art. 8 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, SR 142.201]). Zu beachten ist aber, dass dieses Ermessen durch Art. 17 Abs. 2 ANAG und Art. 8 EMRK, die dem niedergelassenen Ausländer einen Rechtsanspruch verleihen, stark eingeschränkt wird (s. vorstehend E. 1 und E. 2). Damit kommt den öffentlichen Interessen an der Fernhaltung eines Ausländers konsequenterweise ein weniger starkes Gewicht zu, was bei der für den Bewilligungsentscheid massgeblichen Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Wenn der Gesetzgeber dem Niedergelassenen ermöglichen will, mit seiner ganzen Familie (Ehepartner und unmündige Kinder) in der Schweiz zu leben, und ihm hierfür einen Rechtsanspruch einräumt, dann will er ihn, meist in Anerkennung seiner langjährigen Arbeit und Treue, auch tatsächlich besser stellen. Die Erreichung des Gesetzesziels, nämlich die Familie zusammenzuführen, würde vereitelt, wenn man im Rahmen des Ermessens den öffentlichen Interessen dasselbe Gewicht beimessen würde, wie man

dies regelmässig bei Familiennachzugsgesuchen von Jahresaufenthaltern tut. Der Gesetzgeber hat mit dem erleichterten Nachzug von Familienangehörigen niedergelassener Ausländer eine gewisse Überfremdungsfahr sowie mögliche zusätzliche arbeitsmarktliche Probleme in einem beschränkten Ausmass in Kauf genommen, andernfalls hätte er keinen gesetzlichen Anspruch begründen dürfen (EGV-SZ 1998 Nr. 57, E. 5.1; RRB Nr. 1505 vom 21. September 1999, E. 6.1).

6.3 Die beschränkt massgeblichen öffentlichen Interessen vermögen vorliegend die privaten Interessen des niedergelassenen Beschwerdeführers, die Familiengemeinschaft mit der Ehefrau und den Kindern in der Schweiz zu leben und deshalb auch seinen älteren Sohn Ahmet nachzuziehen, nicht aufzuwiegen.

Der Beschwerdeführer weilt seit rund 20 Jahren ununterbrochen in der Schweiz (vorher schon als Saisonarbeiter). Als Niedergelassener hat er seit 13 Jahren ein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Er ging zudem immer einer geregelten Arbeit nach. Seit 1982 arbeitet er beim gleichen Arbeitgeber. Er dürfte weitgehend integriert sein. Der Beschwerdeführer hat auch keine Schulden und ist wirtschaftlich gut gestellt. Auch sonst ist nichts Nachteiliges über ihn bekannt. Seine Arbeitgeberfirma stellt ihm ein sehr gutes Zeugnis aus und bot ihm sogar für seinen älteren Sohn Ahmet eine Anlehrstelle an. Die Familie lebte zudem bereits in den Jahren 1994 bis 1999 in der Schweiz zusammen. Die zwischenzeitliche Trennung der Familie war familiär bedingt und erfolgte deshalb nicht ganz freiwillig. Überdies haben die Eltern die Betreuung der Kinder nie in fremde Hände gegeben. Objektiv betrachtet kann vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, mit seiner Familie in die Heimat zurückzukehren. Würde man dem niedergelassenen Beschwerdeführer deshalb den Nachzug seines älteren Sohnes verweigern, käme dies einem unzulässigen Eingriff in den Schutz der Familiengemeinschaft gleich und würde dem Rechtsanspruch auf Familiennachzug und dem Zweck dieses Institutes zuwiderlaufen.

Aus integrationspolitischer Sicht ist es zwar wünschenswert, wenn die Kinder aufenthaltsberechtigter Ausländer möglichst früh in die Schweiz geholt werden (BGE 129 II 16). Wegen des früheren fünfjährigen Aufenthaltes im schulpflichtigen Alter von sieben bis zwölf Jahren sind A. H. die hiesigen Verhältnisse jedoch nicht fremd. Auch dürfte er nach wie vor über gewisse Deutschkenntnisse verfügen. Im Weiteren hat er berufliche Perspektiven, da ihm eine Anlehrstelle zugesichert ist. Jedenfalls liegen in Bezug auf seine Integration keine unüberwindbaren Hindernisse vor. Dass allenfalls der Arbeitsmarkt durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit belastet wird, ist hinzunehmen und fällt nicht gross ins Gewicht.

C 18.1

7.1 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass auch der Familiennachzug des Sohnes A. des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ANAG zu bewilligen ist, weil die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und keine öffentlichen Interessen die Privatinteressen des Beschwerdeführers zu überwiegen vermögen. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

(RRB Nr. 147 vom 31. Januar 2006).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Allgemeine Anregung	B	7.1
Anhörung im Scheidungsverfahren	A	2.1
Anklagerückweisung	A	5.7
Anklageschrift, Anfechtung	A 5.5	A 5.6
Annahmeverzug bei Parteientschädigung	A	2.3
Anspruch auf rechtliches Gehör im Rückweisungsverfahren	A	2.7
Arbeitsvergebung		
- schwerwiegende Mängel, Verfahrenswahl Ausstand	B	11.2
- ungewöhnlich niedriges Angebot	B	11.1
- Wiederholung der Ausschreibung wegen fehlendem Wettbewerb	B	11.3
Archivakten, Einsichtnahme	A	1.2
Auflage	C	2.1
Ausländerrecht, Familiennachzug	C	18.1
Ausstand		
- Befangenheit eines Gutachters	B	3.2
- Begehren gegen Gesamtgemeinderat	B	1.1
- bei Einsprache an Gesamtbehörde	B	1.3
- wegen Vorbefassung im Beschaffungsrecht	B	11.2

B

Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)		
Befahren einer Waldstrasse	C	17.2
Befangenheit eines Gutachters	B	3.2
Begründungsbegehren, Rechtsnatur	A	1.1
Beistandschaft, Wahl einer Beiständin	C	6.1
Beschlagnahme von BVG-Stiftungsmitteln	A	5.3
Betäubungsmittel	A	4.3
Betriebsrechtliches Existenzminimum, Richtlinien	A	6.7
Beweiserbringung	A	2.5
Bürgerrecht	C	1.1

D

Demonstrationsfreiheit, Einschränkung	B	7.2
Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung	A	4.2

E

Eingetragene Partnerschaft	A	6.7
Einheit der Form und Materie	B	7.1
Einspruch gegen Handelsregistereintragung	A	2.8
Einziehung von Vermögenswerten	A	4.1
EMRK	C	18.1
Endentscheid	A	1.1
Enteignung und Nutzungsplanung	B	9.1
Entschädigungsanspruch des Geschädigten/Opfers	A	5.8
Exequatur eines ausländischen Urteils, Zuständigkeit	A	3.3

F

Forstpolizei		
- Bauten und Anlagen im Wald	C	2.3
- Befahren von Waldstrassen	C	17.2
Freizeitlandwirtschaft	C	2.2
Fristwahrung bei Postaufgabe im Ausland	A	1.1
Führerausweisentzug (siehe Strassenverkehrsrecht)		

G

Gemeindeautonomie		
- Ortsbild- und Landschaftsschutz	C	2.2
Gemeindeversammlung	C	1.1
Gewässerschutzzone	C	3.1

H

Haftregime	A	5.2
Haftungsfreizeichnung	A	2.4

Handelsregistereintrag, Kettensperre	A	2.8
Hundehaltung, Leinenpflicht	C	2.2

I

Initiativrecht		
- Zulässigkeit eines Initiativbegehrens/ Teilrückzug	B	7.1
Integrationszulage	B	13.1
IPRG	A	2.1

J

Jagd	C	2.2
------	---	-----

K

Kausalabgaben		
- Kosten für umweltrechtlich moti- vierten Polizeieinsatz	B	18.3
- Vorteilsabgabe, Grob- und Fein- erschliessungsstrassen	B	5.1
- Vorteilsabgabe, Unterschreiten des Strassenabstandes	B	5.2
Kausalzusammenhang, Unterbrechung	A	2.2
Kindsrecht		
- Besuchsrecht	C	6.2
- Unterhalt	A	2.1
Kognition im Rechtsöffnungsverfahren	A	6.3
Konkubinatsvertrag	C	7.2
Konkursverschleppungsschaden	A	2.6
Kontrollschildzuteilung	C	17.1
Kosten		
- bei Baugesuchsrückzug	A	3.1
- der Strafverfahrenseröffnung	A	5.8
- einer Entscheidbegründung	A	3.1
- Vorschuss im Verfahren nach Art. 265a SchKG	A	6.6

L

Landwirtschaftszone	C	2.2
Lebensversicherungsrente	C	7.1
Legalitätsprinzip	C	2.1
Lugano-Übereinkommen	A	3.3

M

Mord	A	4.2
------	---	-----

N

Nachbarrecht, übermäßige Einwirkungen	A	2.9
Nebenbestimmung	C	2.1
Neues Vermögen	A	6.6
Nichtigkeit	A	6.3
Notar, Titelführung	A	7.1

O

Offizialmaxime	A	2.1
Opferhilfe		
- unentgeltliche Rechtspflege und juristische Hilfe nach OHG	B	18.2

P

Pferdezucht	C	2.2
Pflichtverletzung durch den Verwaltungsrat	A	2.6
Planungs- und Baurecht		
- Ausnahmegewilligung	C	3.1
- Einordnungsgebot	C	2.2
- Einsprachebefugnis, Nachbarbeschwerde	B	8.1
- Gebäudehöhe, Messweise bei gemischten Dachformen	B	8.2
- Interessenabwägung	C	2.2
- Landwirtschaftszone	C	2.2
- Natur- und Landschaftsschutz	C	2.2

- Nebenbestimmung	C	2.1
- Ortsbildschutz, Sachverhaltsabklärung bei Mobilfunkantennen	B	8.3
- Raumplanungsbewilligung	C	2.2
- Richtplan	C	2.2
- Schutzzone	C	3.1
- Standortgebundenheit	C	2.2
- Strassenabstand bei Garagenbaute und offenem Carport	B	8.4
- Verhältnis zum privatrechtlichen Immissionsschutz	A	2.9
- Zonenkonformität	C	2.3
Polizeibewilligung	C	2.1
Praxisänderung	C	3.1

R

Raschein-Praxis	A	2.6
Rechtsgleichheit	C	2.3
Rechtshängigkeit im internationalen Bezug	A	3.2
Rechtsmissbrauch	C	18.1
Rechtsnatur eines Einziehungsentscheids	A	4.1
Rechtsöffnung	A	6.3
Rechtsöffnungsverfahren, kleines	A	6.4
Rechtsvorschlag, Beurkundung	A	6.2
Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum	A	6.7

S

Schutzwürdiges Interesse	B	7.1
Schutzzonenreglement	C	3.1
Sicherheitshaft	A	5.2
Sozialhilfe		
- bei Lehrverhältnis, Integrations- zulage statt Einkommensfreibetrag	B	13.1
- Mitwirkungspflichten	C	7.1
- Rückerstattung	C	7.1
- Subsidiarität	C	7.1
- Wohn- und Lebensgemeinschaften	C	7.2
- Wohnungskosten	C	7.2
Standortgebundenheit	C	2.2

Steuererklärung, Zustellung an Vertreter	B	4.1
Störer	B	18.3
Strafantrag, Legitimation und Natur	A	5.1
Strafbefehlsverfahren	A	5.6
Strassenverkehrsrecht		
- ungenügende Befreiung der Frontscheibe von Eisschicht	B	12.1
Streitwert im Bauinhibitionsprozess	A	3.1
Submission (siehe Arbeitsvergebung)		

T

Taggeldversicherung	B	18.1
THC-Gehalt	A	4.3
Tierhalterhaftung	C	2.2
Tierschutz	C	2.2
Titelführung als Notar	A	7.1

U

Unentgeltliche Rechtspflege/ -verbeiständung	B	18.2
Unfallversicherung		
- Befangenheit eines Gutachters	B	3.2
- Einzel-Unfallversicherung, Zuständigkeit	B	18.1
- Unfallbegriff (ärztlicher Eingriff)	B	3.3
Unterhaltsstatut	A	2.1

V

Verantwortlichkeit, aktienrechtliche Verfahren	A	2.6	A	2.7
- Auskunftsbericht			C	2.2
- Befugnis zur Anfechtung eines Initiativbegehrens			B	7.1
- Mediation			C	6.2
- Mitwirkungspflicht			C	7.1
- Rechtsmittelbefugnis im Baurecht			B	8.1
- Verfügung			C	17.1
- Verfügung, anfechtbare			C	1.1

- Verfügung, in einer Vielzahl gleichartiger Fälle	B	1.3
- Zuständigkeit	C	6.1
Verhältnismässigkeitsgrundsatz	B	7.2
Vermögensverwaltungsvertrag	A	2.4
Verrechnung im Konkurs	A	2.7
Versicherungsvertrag	A	2.5
Verwaltungsverordnung	C	17.1
Verzug (siehe Annahmeverzug)		
Vollstreckbarkeitserklärung	A	3.3

W

Wald (siehe Forstpolizei)		
Werkmangel	A	2.2
Wiederherstellung einer Frist	A	1.1
Wildlebende Tiere, Schutz	C	2.2

Z

Zeugnisverweigerung	A	5.4
Zusatzversicherung	B	18.1
Zustelldomizil	A	2.1
Zustellung einer Betreibungsurkunde	A	6.5

