

Rechtsprechung

kantons**schwyz** 

Entscheide 2007
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2007

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Straferichte	Seite 9
1.	Gerichtsordnung	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.5
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.3
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.7
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.8
7.	Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	9.1

B	Verwaltungsgericht	Seite 89
1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	–
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.6
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.5
12.	Strassenverkehrsrecht	12.1 – 12.2
13.	Sozialhilfe	13.1
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 167
----------	----------------------	-----------

1.	Gemeindewesen	1.1
2.	Baurecht	2.1 – 2.4
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Vormundschaftsrecht	6.1
7.	Sozialwesen	–
8.	Erziehungswesen	8.1
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	–
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	–

D	Aufsatz	Seite 223
----------	----------------	-----------

Sachregister	Seite 227
---------------------	-----------

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 auch 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 III 2007 38 vom 24. Mai 2007, EGV-SZ 2007, B 8.5). 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 Unentgeltliche Rechtsvertretung

2. Zivilrecht

2.1 Versteigerung

2.2 Vorkaufsrecht

2.3 Gerichtliche Abberufung des Verwalters

2.4 Nichtigkeit eines Testaments

2.5 Herdengeläute

3. Zivilprozessrecht

3.1 Kostenvorschuss

3.2 Rechtshängigkeit

3.3 Vorsorgliche Massnahmen

4. Strafrecht

4.1 Führen eines Fahrzeugs mit vereisten Scheiben

4.2 Führen eines Fahrzeugs mit vereisten Scheiben

4.3 Überholen und Nichtbeherrschen des Fahrzeugs

4.4 Allgemeines Verbot

5. Strafprozessrecht

5.1 Zeugnisverweigerungsrecht

5.2 Verfahrenseinstellung

5.3 Nichteröffnung eines Strafverfahrens

5.4 Überwachung einer Hauszentrale

5.5 Adhäsionsprozess

5.6 Amtliches Verteidigungshonorar

5.7 Einspruchweise Substantiierung einer Zivilforderung

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Betreibungsregisterauszug

6.2 Zustellung eines deutschen Mahnbescheids

6.3 Definitive Rechtsöffnung

6.4 Neues Vermögen

6.5 Konkursöffnung

6.6 Arresteinsprache

- 6.7 Arresteinsprache und Exequatur
- 6.8 Schuldenbereinigung
- 7. Beurkundung und Beglaubigung**
- 7.1 Zulassung als Urkundsperson
- 9. Verschiedenes**
- 9.1 Officialverteidigung und unentgeltliche Rechtsvertretung

B VerwaltungsgerichtSeite 89

1. Verfahren

- 1.1 Fristversäumnis: keine Gerichtsferien für Bausache
- 1.2 Keine Zuständigkeit für privatrechtliche Vorbringen
- 1.3 Rechtsmittelbefugnis einer Gemeinde
- 1.4 Klageverfahren für Genugtuungsforderung
- 1.5 Beiladungsinteresse (betreffend Alternativ-Standort)
- 1.6 Ermessensunterschreitung
- 1.7 Parteientschädigung (nicht bei widersprüchlichem Verhalten)

**2. Alters- und Hinterlassenenversicherung /
Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen**

- 2.1 Ergänzungsleistungen (Hotelunterkunft / Bio-Produkte)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Initiativrecht: Unzulässigkeit einer Initiative; Rechtswidrigkeit

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

- 8.1 Unbeachtlichkeit privatrechtlicher Baubeschränkungen; Zuständigkeit für Schadenersatzbegehren nach § 82 Abs. 2 PBG
- 8.2 Beschwerdebefugnis der Gemeinde (betr. Erschliessung)
- 8.3 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren
- 8.4 Koordinationsgebot (Baubewilligung und Fällung eines geschützten Baumes)
- 8.5 Einordnung (Flachdachverbot in Landwirtschaftszone? Rechtsverletzende Ermessensunterschreitung)
- 8.6 Zonenkonformität (Selbstbedienungs-Autowaschanlage)

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Aufschiebende Wirkung (teilweiser Entzug bei akuter Gefährdung von Rechtsgütern)

- 11.2 Abbruch und Wiederholung (Änderung des Leistungsverzeichnisses)
 - 11.3 Zuschlagskriterien (Preisbewertungsmethode)
 - 11.4 Ausschreibung (Public Private Partnership, PPP)
 - 11.5 Ausschreibung (Zustellung einer revidierten Investorenausschreibung)
- 12. Strassenverkehrsrecht**
- 12.1 Führerausweisentzug (Sicherungsentzug; Haaranalyse zur Abklärung des Alkoholkonsumverhaltens)
 - 12.2 Abgabe bestimmter Kontrollschilder
- 13. Sozialhilfe**
- 13.1 Vorgehen der Fürsorgebehörde bei überhöhten Wohnkosten

C Regierungsrat

Seite 167

- 1. Gemeinwesen**
- 1.1 Rechtsgrundlagen für die Rechnungsführung von Flurgenossenschaften
- 2. Baurecht**
- 2.1 Strafanzeige bei widerrechtlichem Bauen
 - 2.2 Baubewilligungsverfahren und Berechnung der Gebäudehöhe
 - 2.3 Rechtsmittelbefugnis bei Bauten und Anlagen im Quartier
 - 2.4 Kontrolle der Strahlung von Mobilfunkantennen
- 3. Umweltschutz**
- 3.1 Bewilligung einer Bodenverbesserung
- 6. Vormundschaftsrecht**
- 6.1 Elternberatung als Kinderschutzmassnahme
- 8. Erziehungswesen**
- 8.1 Eintritt in den Kindergarten
- 16. Verwaltungsverfahren**
- 16.1 Berechnung der Rechtsmittelfrist und deren Wiederherstellung
- 17. Verkehrs- und Polizeiwesen**
- 17.1 Rechtsschutz bei polizeilicher Wegweisung

Gemeinderatsmandate mit unterschiedlicher Amtsdauer
(zur Auslegung von § 32 Abs. 3 GOG),
von Dr. Martin Ziegler, Kantonsgerichtspräsident Schwyz

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Gerichtsordnung

1.1 Unentgeltliche Rechtsvertretung

- *Gemäss ständiger kantonaler Praxis ist nur der amtliche Vertreter bzw. die amtliche Vertreterin selbst legitimiert, die gerichtliche Normierung der Entschädigung mit Beschwerde anzufechten (EGV-SZ 2005, A 1.2 mit Hinweisen; im Kanton Zürich: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 11 zu § 89; vgl. ebenso BGE 129 I 65 ff.).*

(Verfügung vom 7. Februar 2007, RK2 2007 17; auf eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_6/2007 nicht eingetreten).

2. Zivilrecht

2.1 Versteigerung

- *Die zehntägige Anfechtungsfrist gemäss Art. 230 Abs. 1 OR beginnt mit Kenntnis des Anfechtungsgrundes und nicht mit der Versteigerung zu laufen (Erw. 3).*
- *Streitwertberechnung bei Steigerungsanfechtung als Gestaltungsklage (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. (...). In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass die zehntägige Anfechtungsfrist gemäss Art. 230 Abs. 1 OR ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu welchem der Kläger Kenntnis vom Anfechtungsgrund erhält (OR-Handkommentar Atteslander-Dürrenmatt, N 2 zu Art. 230, und BSK OR-Ruoss, N 14 zu Art. 230, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat in BGE 47 III 132 erwogen, dass der Fristenlauf nach Art.

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

A 2.1

230 OR in gleicher Weise für freiwillige und zwangsrechtliche Versteigerungen gelte. Sodann ist im Betreibungsrecht anerkannt, dass die Steigerungsbedingungen innert 10 Tagen nach Auflage anzufechten sind und die Auflage demzufolge so rechtzeitig zu erfolgen hat, dass die Frist vor dem Steigerungstag abläuft (SchKG-Häusermann/Stöckli/Feuz, N 6 zu Art. 134).

Damit hätte der Kläger die Steigerungsbedingungen spätestens innert 10 Tagen nach Auflage, jedenfalls aber nach Kenntnisaufnahme am 14. bzw. 16. August 2006 anfechten können und müssen; er durfte damit nicht bis zum Steigerungstag bzw. 10 Tage danach zuwarten. Ob er dabei Klage erheben oder die Bedingungen bei der Aufsichtsbehörde anfechten hätte können (...), kann offen bleiben. Selbst aber wenn keine förmliche gerichtliche Anfechtung vor dem Steigerungszuschlag zu erfolgen hätte, oblag ihm, zumal als Miterben, zumindest eine Rügepflicht, sodass seine verspätete Beanstandung nach vollzogener Steigerung gegen Treu und Glauben verstösst und die Klage schon deshalb nicht mehr zugelassen werden kann. Vorinstanzlich hätte deshalb auf die Klage nicht eingetreten werden müssen, weshalb nunmehr auf die Berufung nicht einzutreten ist. (...).

5. Die anwaltlich vertretenen Beklagten beanstanden ihrerseits mit je getrenntem Rekurs die ihrer Auffassung nach zu tiefe Entschädigungsnormierung. Sie gehen von einem Streitwert in der Höhe des Steigerungserlöses von Fr. 7.11 Mio. aus und verlangen den tarifgemässen Entschädigungsansatz von 1 bis 3.5% des Streitwertes bzw. in concreto Fr. 110'000.00, entsprechend rund 1.5% (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Der Kläger bestreitet diesen Ansatz in der Rekursbeantwortung, da es nicht um den Wert des Grundstücks gehe; der Streitwert könne nicht höher als der dem Verfahren durch die Prozessgegner beigelegte Wert von Fr. 1 Mio. liegen, am ehestens komme indes ein solcher in der Höhe der vorgesehenen Baranzahlung von Fr. 20'000.00 in Betracht.

Da sich die Parteien über den massgebenden Streitwert nicht einig sind und auch die Vorinstanz diesen nicht festgelegt hat, bestimmt das Kantonsgericht diesen nach freiem Ermessen (§ 22 Abs. 2 ZPO), wobei ein objektiver Massstab zugrunde zu legen ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 7 zu § 22).

a) Während bei Leistungsklagen auf den objektiven Wert der eingeklagten Leistung abgestellt wird, bemisst sich der Streitwert bei Gestaltungs-klagen wie der Steigerungsanfechtung nach Art. 230 Abs. 2 OR im Allgemeinen entweder nach dem Wert des Vermögensvorteils, welcher dem Kläger im Falle der Klageguthetung zufällt oder nach dem Wert des

Rechtes oder Rechtsverhältnisses, welches durch die mit der Klage verlangte Rechtsgestaltung unmittelbar betroffen wird (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2006, N 95 zu 4. Kap.; ZR 54 Nr. 108; BSK OR-Ruoss, a.a.O. N 9).

b) Mit widersprüchlicher Argumentation hat der Kläger im Hauptpunkt die Steigerungsbedingungen angefochten und geltend gemacht, durch deren Fehlerhaftigkeit seien potentielle Bieter von der Versteigerung abgehalten und ein möglicherweise höherer Zuschlagspreis nicht verwirklicht worden, der ohne zu übernehmendes Mietverhältnis hätte erzielt werden können. Gemäss Rechtsbegehren des Klägers wäre die Versteigerung aufzuheben und unter Neuauferzung der Steigerungsbedingungen ohne entsprechende Übernahme des Mietverhältnisses erneut zu versteigern. Das Interesse des Klägers und somit auch der Wert des Vermögensvorteils liegt damit in der (positiven) Differenz des tatsächlichen zum möglichen höheren Zuschlagspreis (vgl. ZR 74 Nr. 41), also dem potenziell höheren Gewinn, der die Steigerung einer unbelasteten gegenüber einer mit einem zu übernehmenden Mietverhältnis belasteten Liegenschaft hätte erzielen können. Der tatsächliche Zuschlagspreis steht dabei nicht im Streit.

Damit ist in casu der entscheidende Vermögensvorteil im möglichen Mehrwert zu sehen, der aus einer erneuten Steigerung resultieren würde. Es ist in der Lehre jedoch umstritten, inwiefern sich bei Anfechtung eines Zuschlags auch die Wiederholung der Steigerung aufdrängt, da bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung der Versteigerer darüber entscheiden kann, in welcher zulässigen Weise er den nachträglich frei gewordenen Versteigerungsgegenstand veräussern will. Im hier vorliegenden Fall handelt es sich zwar um eine freiwillige öffentliche Versteigerung, welche jedoch nicht aus dem freien Willen der Versteigerer resultiert, sondern Gegenstand einer gerichtlichen Verfügung im Erteilungsprozess ist. Einer erfolgreichen Anfechtung der Versteigerung hätte folglich eine Wiederholung der Versteigerung folgen müssen (BK-Giger N 73 zu Art. 230).

Der hier zu entscheidende Fall ist dabei von der Rückabwicklung eines Kaufvertrages zu unterscheiden, welche als Leistungsklage aufzufassen ist und zwangsläufig bei Nichtigkeit und Ungültigkeit von Zuschlag und Vertrag zur Rückabwicklung führt. Die Rückabwicklung des Steigerungskaufes wäre zwar Folge der erfolgreichen Anfechtung, als solche aber nur notwendige Zwischenstufe bis zur erneuten Versteigerung, sodass das Interesse des Käufers und damit der Wert des Vermögensvorteils nicht in der Rückerstattung des Kaufpreises (vgl. Schuller, Die Berechnung des Streitwertes, Zürich 1974, S. 66 f.), sondern vielmehr darin liegt, durch die erneute Steigerung einen höheren Zuschlagspreis zu erhalten. Dem-

A 2.2

gemäss sind die beklagterseits geltend gemachten Ausführungen zum Streitwert bei Rückabwicklung nicht einschlägig. Ebenso wenig trägt die Höhe der Baranzahlung zum Steigerungspreis, wie vom Kläger geltend gemacht, etwas zur Streitwertermittlung bei.

c) Den Steigerungsakten lassen sich keine Indizien für die Festlegung einer allfälligen Differenz zwischen dem tatsächlichen und einem potenziell höheren Zuschlagspreis entnehmen, zumal keine Unterlagen zu einer Liegenschaftsschätzung vorliegen und eine solche von den Parteien auch nicht beantragt worden ist. Hingegen geht der Kläger in seiner Berufungsschrift wiederholt von einem Ansatz im Bereich von Fr. 1 Mio. aus, indem er darauf hinweist, ein „Verfahren zur Auflösung eines allfälligen Mietverhältnisses (...) müsste folgerichtig einen ähnlichen Schaden ausmachen“, dass „die entsprechende Information einen Käufer dazu bewegen konnte, eine Million Franken mehr für die Versteigerung vorzubereiten“ und er bei „einer Million Franken Differenz (...) den Kürzeren ziehen“ musste.

Angesichts dieser klägerischen Darlegungen rechtfertigt es sich, den Streitwert ermessensweise in der behaupteten Höhe von Fr. 1 Mio. festzulegen. Bei einem solchen Ansatz beträgt das Vertretungshonorar höchstens Fr. 33'000.00 (§ 8 Abs. 3 GebTRA). Unter Berücksichtigung dessen, dass sich verschiedene anspruchsvolle Rechtsfragen stellten, indes kein umfangreiches Beweisverfahren stattfinden musste, rechtfertigt es sich, die Entschädigung je Parteivertreter einschliesslich Auslagen und MWST auf Fr. 20'000.00 zu normieren.

(Beschluss vom 24. Dezember 2007, ZK 2007 31, RK1 2007 59 und 60; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_57/2008 vom 23. September 2008 nicht eingetreten).

2.2 Vorkaufsrecht

- *Die Vorkaufsberechtigte kann die Liegenschaft nur zu den Bedingungen des Kaufvertrages mit der Drittkäuferin erwerben und deshalb im vorliegenden Fall nicht verrechnen (Erw. 4).*
- *Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an die Vorkaufsberechtigte unter der Bedingung, dass diese innert gerichtlich angesetzter Erfüllungsfrist den Kaufpreis entrichtet (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Beklagte (Drittkäuferin) erwarb mit Kaufvertrag vom 19. September 2003 vom Beklagten eine mit einem Vorkaufsrecht belastete Liegen-

schaft zum per Datum der Eigentumsübertragung zu zahlenden Preis von 1.5 Mio. Franken. Die vorkaufsberechtigte Klägerin hat nach den gerichtlichen Erwägungen am 19. Dezember 2003 rechtzeitig und berechtigterweise erklärt, das Vorkaufsrecht ausüben, indes den Kaufpreis mit Gegenforderungen an den Beklagten verrechnen zu wollen. Am 15. Januar 2004 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, dass die Liegenschaft ins Eigentum der Beklagten übertragen worden sei. Die Klägerin hat folgende Klage eingereicht:

1. Der Beklagte Ziff. 1, eventuell die Beklagte Ziff. 2 sei zur Übertragung des Eigentums von GB X an die Klägerin zu verurteilen gegen Verrechnung des Vorkaufspreises von Fr. 1'500'000.- mit den Forderungen der Klägerin gegen den Beklagten Ziff. 1 (...).
2. Es sei der Eintrag der Beklagten Ziff. 2 als Eigentümerin von GB X zu löschen.
3. Das Grundbuchamt A. sei richterlich anzuweisen, die Beklagte Ziff. 2 als Eigentümerin von GB X zu löschen und die Klägerin als Eigentümerin der Liegenschaft GB X im Grundbuch einzutragen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ergänzte die Klägerin ihre Klage mit folgenden Eventualbegehren:

- 3.a Eventuell sei das Grundbuchamt A. vom Richter anzuweisen, die Klägerin auf ihre Anmeldung hin als Eigentümerin von GB X im Grundbuch einzutragen, sobald sie die Tilgung des Kaufpreises durch den Bestand einer entsprechenden Gegenforderung verrechnungsweise ausgewiesen, oder die Bezahlung des Kaufpreises ausgewiesen hat.
- 3.b Subeventuell sei das vorliegende Verfahren zu sistieren bis zum rechtskräftigen Entscheid des Kantonsgerichts B. in der Forderungs- und Herabsetzungsstreitsache der Klägerin gegen den Beklagten Ziff. 1 (...).

Aus den Erwägungen:

4. Mit der Ausübungserklärung entsteht die Verpflichtung des Vorkaufsrechtsbelasteten, das Grundstück der Vorkaufsberechtigten zu verkaufen, und diejenige der Vorkaufsberechtigten, den Kaufpreis dem Vorkaufrechtsbelasteten zu bezahlen (Brückner, in Koller, Der Grundstückskauf, 2. Aufl. Bern 2001, § 11 N 119). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Erklärung, mit welcher das Vorkaufsrecht aus-

A 2.2

geübt wird, insoweit eindeutig, vorbehaltlos, bedingungslos und unwiderruflich sein, als sie nur von Bedingungen abhängig sein darf, welche die Wirksamkeit der Ausübungserklärung von einem Verhalten des Verkäufers abhängig machen, das ihm nach Treu und Glauben zuzumuten oder zu dem er sogar verpflichtet ist (BGE 117 II 32 E. 2 lit. a mit Hinweisen). Davon sind die Bedingungen zu unterscheiden, nach welchen die Vorkaufsberechtigte die Liegenschaft erwerben kann bzw. muss. Sieht der Vorkaufsvertrag nichts anderes vor, so kann die Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu diesen Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat (Art. 216d Abs. 3 OR; vgl. auch Hess, BSK, Art. 216d OR N 8; Meier-Hayoz, BEK, Art. 681 N 62; Brückner, a.a.O., N 119). (...).

b) Die Klägerin hat am 18. Dezember 2003 eindeutig, vorbehalts- und bedingungslos das Vorkaufsrecht ausgeübt. Sie hält dafür, den geschuldeten Kaufpreis mit ihren (...) geltend gemachten Forderungen und Herabsetzungsansprüchen verrechnen zu können. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten stellt das Ansinnen der Klägerin, den Kaufpreis durch Verrechnung zu tilgen, nicht die Gültigkeit der Ausübungserklärung in Frage. Vielmehr geht es darum, ob die Klägerin die zwischen den Beklagten mit Kaufvertrag vom 18. September 2003 vereinbarten Bedingungen mit einer Verrechnungserklärung *richtig erfüllen* und auf diese Weise die Liegenschaft erwerben kann. Das ist vorliegend zu verneinen, weil sich die Käuferin nach dem auch für die Klägerin massgebenden Kaufvertrag vom 18. September 2003 verpflichtet hat, den per Datum des Eigentumsantritts auf das Konto des Verkäufers bei der (...) Kantonalbank einzuzahlenden Kaufpreis von Fr. 1'500'000.00 am Tage des Vertragsschlusses („heute“) „durch ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Schweizer Bank“ sicherzustellen, aus dem hervorgeht, dass sich die Bank verpflichtet, den Kaufpreis vertragsgemäss auf das vorgenannte Konto gutzuschreiben. Diese Tilgungsmodalität lässt eine Verrechnung nicht zu, sondern bedingt eine Barzahlung oder das Vorlegen eines entsprechenden Zahlungsverprechens einer Schweizer Bank. Daran ändert nichts, dass die Vorkaufsrechtsvereinbarung die nach Schweizer Recht grundsätzlich zulässige Verrechnung nicht ausschloss (vgl. BGE 117 II 33 E. 2 lit. b). Dies verwehrt es dem Verkäufer nicht, die Liegenschaft nur gegen Bargeld bzw. -gutschrift zu verkaufen, womit ein konkludenter Verzicht des Käufers auf Verrechnung einhergeht (Art. 126 OR; Däppen, BSK, Art. 126 N 5). Eine solche Abrede ergibt sich vorliegend daraus, dass vereinbart war, mit dem Kaufpreis die Pfandtitel bei der Bank abzulösen und unbelastet an die Käuferin herauszugeben (vgl. auch BGE 130 III 318 E. 5.2). Diese Zahlungsmodalitäten muss die Klägerin ebenfalls erfüllen, da sie, wie die Vorins-

tanz zutreffend ausführte, das Grundstück nur zu den gleichen Bedingungen wie die Beklagte erwerben kann. Diese Bedingungen sind jedoch wie gesagt nicht mit den Fragen nach der Gültigkeit der Erklärung, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, zu vermischen.

c) Es verhält sich nach dem Gesagten entgegen der Behauptung der Beklagten nicht so, dass der Vorkausfall mit Ablauf der Frist zur Erklärung, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, erledigt sein muss. Der Kaufpreis gemäss Vertrag vom 18. September 2003 war zwar wie gesagt mit Abschluss durch ein Zahlungsverprechen einer Schweizer Bank sicherzustellen. Dem konnte die Vorkaufsberechtigte indes nicht nachkommen, da ihr der Kaufvertrag erst später mitgeteilt wurde, womit die Bedingung frühestens bei Abgabe der Ausübungserklärung zum Zuge kommen konnte. Da die zu Unrecht auf Verrechnung beharrende Klägerin von sich aus kein unwiderrufliches Bankzahlungsverprechen per Eigentumsantritt vorlegte, hat sie ihre Vorleistungspflicht gemäss Kaufvertrag, in welchen sie eingetreten ist, bisher nicht erfüllt. Umgekehrt haben die Beklagten die Vorkaufsberechtigung der Klägerin bestritten. Ob die Klägerin dennoch spätestens mit Ansetzung der in jedem Fall zu kurzen Nachfrist vom 19. Dezember 2003 in Verzug geraten ist, kann offen bleiben, da die beklagte Seite jedenfalls von einem sofortigen Rücktritt im Sinne von Art. 214 i.V.m. Art. 221 OR (zur Verwirkung vgl. Koller, BSK, Art. 214 N 12) bzw. später nach Art. 107 OR keinen Gebrauch machte, indem sie nur die Ungültigkeit der Ausübungserklärung bzw. die Unzulässigkeit der Verrechnung angerufen hat. Damit ist die Erfüllung des Kaufvertrages durch die vorkaufsberechtigte Klägerin nach wie vor in der Schwebe. Da der Vorkausfall sowohl von der Klägerin als auch dem Beklagten nicht nach den Modalitäten des Kaufvertrages abgewickelt worden und der Kaufpreis unbezahlt ist, verfügt die Klägerin noch über keinen Erwerbsgrund und damit über keinen persönlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung.

5. Somit ergibt sich, dass die Klägerin die Erklärung, das Vorkaufsrecht auszuüben, gültig abgegeben hat. Dagegen hat sie den Kaufpreis noch nicht durch ein unwiderrufliches Bankzahlungsverprechen sichergestellt. Die von ihr erklärte Verrechnung ist nach dem zwischen den Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag ausgeschlossen. Zufolge offener Kaufpreissicherstellung und unvollständigen Abwicklung des Vorkausfalles durch den Beklagten hat die Klägerin das Grundstück bzw. das Recht, sich als Eigentümerin im Grundbuch eintragen zu lassen, noch nicht erworben. Wie die Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis zwischen den Vorkaufsparteien und der Dritterwerblerin auch immer dogmatisch einzuordnen sind (dazu vgl. Brückner, a.a.O., N 122 ff., mit Hin-

A 2.2

weisen, wobei die realobligatorische Verknüpfung im Sinne von BGE 92 II 155 = Pra 1967 Nr. 3 E. 4 „gegenüber jedem Eigentümer“ nach revidiertem Wortlaut von Art. 681 ZGB nicht mehr explizit erwähnt ist), bedeutet die Vormerkung jedenfalls, dass das durch den Eintritt des Vorkaufsfalles und der wirksamen Ausübungserklärung entstandene Vorkaufsrecht sich auch gegenüber den durch die Beklagte erworbenen Eigentumsrechten durchsetzen lässt (Art. 959 Abs. 2 ZGB; Giger, BEK, Art. 216 N 92). Ob die Beklagte demzufolge Vertragspartei wird, ist in der Lehre und Praxis nicht geklärt (vgl. dazu Giger, BEK, Art. 216 N 163). Praktisch, namentlich auch um zu verhindern, dass der Beklagte zweimal den Kaufpreis bezahlt erhält, lässt sich die vorliegende Konstellation indes nur befriedigend lösen, wenn die als Eigentümerin eingetragene Beklagte die Abwicklung der Liegenschaftsübertragung an die Klägerin unter der Bedingung der rechtzeitigen Kaufpreiserstattung übernimmt, während der Verkäufer mitverpflichtet (und damit vorbehaltlich einer Unterziehungserklärung passivlegitimiert) bleibt (vgl. Brückner, a.a.O., N 126).

Das kantonale Prozessrecht lässt eine bedingte Verurteilung zu einer Leistung zu (§ 232 Abs. 2 ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 206 f.), was sich vor allem bei gegenseitiger Abwicklungsblockierung rechtfertigt und woraus sich in casu insgesamt folgende Schlüsse ergeben.

a) Das erste Klagebegehren ist abzuweisen, da es nach dem Gesagten ausgeschlossen ist, den Beklagten und eventuell die Beklagte gegen Verrechnung des Vorkaufspreises zur Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft X zu verpflichten. Mangels Erwerbsgrund können zurzeit ebenso wenig die Anträge auf direkte Löschung der Beklagten als Eigentümerin im Grundbuch bzw. die Anweisung des Grundbuchamtes A. dazu und zur Eintragung der Klägerin als Eigentümerin (Anträge Ziff. 2 und 3) gutgeheissen werden.

b) Eventualiter hat die Klägerin schon erstinstanzlich ihre Eintragung auf ihre Anmeldung hin als Eigentümerin ins Grundbuch beantragt, sobald sie die Tilgung verrechnungsweise oder durch Bezahlung des Kaufpreises ausgewiesen habe (Antrag Ziff. 3.a). Soweit Tilgung durch Bezahlung beantragt ist (womit sich die vorgängige Sicherstellung durch ein Bankzahlungsversprechen erübrigt), ist der Antrag teilweise gutzuheissen. Damit kann die Klägerin den persönlichen Anspruch auf die Eintragung gegenüber jedem Eigentümer (vgl. Art. 959 Abs. 2 ZGB) erlangen bzw. die Voraussetzungen zur gerichtlichen Eigentumszusprechung an der Liegenschaft herbeiführen (Art. 665 Abs. 1 ZGB), um sodann den deklaratorischen Grundbucheintrag von sich aus zu erwirken. Es soll ihr

in einem solchen Fall aber auch zustehen, den Grundbuchverwalter anweisen zu lassen, die Eintragung vorzunehmen (leg. cit. Abs. 2, Art. 18 Abs. 2 GBV; vgl. Zingg, ZGB-Handkommentar, Art. 665 N 2 mit Hinweis; Rey, BSK, Art. 665 ZGB N 10 mit Hinweisen).

In diesem Sinne rechtfertigt es sich, der Klägerin gerichtlich gestützt auf § 232 Abs. 2 ZPO anstelle der Beklagten eine *Frist von zehn Tagen* im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen, um der Beklagten direkt den von ihr bezahlten Kaufpreis von Fr. 1'500'000.00 zu erstatten; diese Nachfrist läuft ab Verfahrenserledigung (unbenützter Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Eröffnung des letztinstanzlichen Endentscheids). Zahlt die Klägerin nicht fristgerecht, können die Beklagten, d.h. jeder mit Erklärung für beide, von ihrer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung unverzüglich zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 1 OR), womit es beim bisherigen Rechtszustand bleibt. Bei rechtzeitiger Leistung dagegen sind sie gehalten, den Vertrag zu erfüllen und der Klägerin das Eigentum an der Liegenschaft X zu verschaffen. Das Grundbuchamt A. ist für diesen Fall richterlich anzuweisen, die Klägerin auf ihre Anmeldung hin als neue Eigentümerin von GB X einzutragen, soweit die rechtzeitige Bezahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist. Bei Weigerung, eine Zahlungsbestätigung auszustellen, hat der Einzelrichter des Bezirkes A. den Streit über die Bedingung der rechtzeitigen Kaufpreistilgung im Befehlsverfahren zu beurteilen (§ 232 Abs. 2 ZPO), allenfalls die Bescheinigung durch richterlichen Entscheid zu ersetzen und das Grundbuchamt zur Eigentumsübertragung an die Klägerin anzuweisen (§ 236 ZPO).

Macht die Klägerin ein entsprechendes *Vollstreckungsverfahren* nicht innert weiterer zehn Tage ab dem vorgenannten Kaufpreiszahlungstermin (Nachfrist) hängig, fallen die mit superprovisorischer Verfügung (...) angeordneten Massnahmen (Verfügungsbeschränkung und Grundbuchsperre) dahin. Wird die Klägerin in einem solchen Verfahren rechtskräftig abgewiesen, sind die Massnahmen aufzuheben. Die Anmeldung der Eigentumsübertragung vor Aufhebung der Beschränkungen für den Fall, dass die rechtzeitige Kaufpreiszahlung unbestritten, d.h. durch die Beklagte bestätigt ist, wird Sache der Klägerin sein.

(Urteil vom 23. Januar 2007, ZK 2006 33; Beschwerden in Zivilsachen wurden mit BGer 5A_207, 224 und 225/2007 vom 20. März 2008 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

A 2.3

2.3 Gerichtliche Abberufung des Verwalters

- *Die Monatsfrist zur gerichtlichen Abberufung des Verwalters gemäss Art. 712r Abs. 2 ZGB beginnt ab dem Tag zu laufen, an welchem die Stockwerkeigentümergeinschaft ihren Entscheid fällt.*

Aus den Erwägungen:

2. Wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft die Abberufung des Verwalters unter Missachtung wichtiger Gründe ablehnt, kann jeder Stockwerkeigentümer binnen Monatsfrist die gerichtliche Abberufung verlangen (Art. 712r Abs. 2 ZGB). Die Generalversammlung der STWEG M. fand am 13. April 2007 statt. Das Protokoll dieser Versammlung datiert vom 10. Mai 2007 und wurde gemäss Angaben des Vertreters der Beklagten am Erstellungsdatum oder am darauffolgenden Tag mit normaler Post versandt. Der Kläger nahm anerkanntermassen nicht an der Generalversammlung teil. Beinahe acht Wochen nach der Stockwerkeigentümergeinschaftsversammlung, nämlich am 08. Juni 2007, reichte der Kläger sein Begehren ein. Es stellt sich damit die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Monatsfrist von Art. 712r Abs. 2 ZGB zu laufen beginnt. Der Kläger vertritt den Standpunkt, die Monatsfrist beginne ab Kenntnisnahme, mithin ab dem 10. bzw. 11. Mai 2007. Dieser Ansicht kann aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden: Die Monatsfrist des Art. 712r ZGB ist eine so genannte Verwirkungsfrist, d.h. für sie gelten die Vorschriften über Stillstand und Unterbrechung der Verjährung nicht und wenn sie versäumt ist, kann sie nicht mit den Mitteln des kantonalen Prozessrechts wiederhergestellt werden (Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, S. 309 N 23 mit Verweisen). Zur Frage, in welchem Zeitpunkt diese Frist zu laufen beginnt, sind soweit ersichtlich noch keine Präjudizien ergangen. Die herrschende Lehre äussert sich diesbezüglich jedoch klar. Sie hält fest, die Monatsfrist beginnt „seit dem Tage des ablehnenden Versammlungsbeschlusses“ bzw. „seit der Abweisung des Abberufungsantrages“ (BSK ZGB II-Bösch, Art. 712r N 7; Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Art. 712a bis 712t, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 712r N 54; Berner Kommentar, Meier-Hayoz/Rey, Art. 712r N 24). Damit verbleibt für eine Interpretation im Sinne des Klägers kein Spielraum. Unabhängig von der individuellen Kenntnisnahme durch den einzelnen Stockwerkeigentümer, beginnt die Monatsfrist bereits ab dem Tag zu laufen, an welchem die Stockwerkeigentümergeinschaft diesen Entscheid fällt.

Auch ein Vergleich des Gesetzestextes führt zu diesem Schluss. So erklärt der Art. 712m ZGB betreffend der Zuständigkeit und der rechtlichen Stellung der Versammlung der Stockwerkeigentümer in Absatz 2, dass soweit im Gesetz nicht besondere Bestimmungen enthalten seien, die Vorschriften über die Organe des Vereins und über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen anwendbar seien. Damit verweist der Gesetzgeber auf Art. 75 ZGB, welcher besagt, dass Beschlüsse, die das Gesetz oder die Statuten verletzen, von jedem Mitglied, das nicht zugestimmt hat, von Gesetzes wegen *binnen Monatsfrist, nachdem es von ihnen Kenntnis erhalten hat*, beim Gericht anfechten kann. Nachdem der Gesetzgeber mit Art. 712r ZGB jedoch das Abberufungsrecht ausdrücklich, ausschliesslich (vgl. Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, Art. 712r N 7) und von Art. 75 ZGB abweichend regelt, verbleibt kein Raum für eine Übernahme der vereinsrechtlichen Regelung des Fristenbeginns.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nachdem der Kläger seinen Antrag erst rund 8 Wochen nach dem besagten Versammlungsbeschluss beim Richter stellte, die Verwirklichungsfrist des Art. 712r Abs. 2 ZGB bereits abgelaufen war und die Klage demzufolge abzuweisen ist. (...).

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes Schwyz vom 10. Juli 2007, SV 2007 68).

2.4 Nichtigkeit eines Testaments

- *Ein ausschliesslich maschinengeschriebenes Testament ohne Datumsangabe und Unterschrift, welches ohne jeglichen Verfügungswillen verfasst wurde, ist nichtig.*

Aus den Erwägungen:

2. Die Klägerin macht geltend, das eingereichte und eröffnete Testament sei nicht bloss ungültig, sondern schlichtweg nichtig.

a) Das Erbrecht des ZGB enthält eine ganze Reihe von Gesetzesvorschriften, von deren Beachtung die Gültigkeit der Verfügungen von Todes wegen abhängig ist (z.B. Art. 467 ff. ZGB). Als Sanktion für den Fall der Verletzung einer dieser Gesetzesvorschriften ist die Möglichkeit der Erhebung der Ungültigkeitsklage vorgesehen. Demgegenüber ist im Erbrecht des ZGB die Möglichkeit einer Nichtigerklärung i.S.v. Art. 20 OR von Verfügungen von Todes wegen nicht vorgesehen, doch hat sich in der Gerichtspraxis die Notwendigkeit ergeben, eine entsprechende Feststellungsverfügung für von Art. 519-521 ZGB nicht erfasste Tatbestände

A 2.4

zuzulassen (vgl. dazu Hans Michael Riemer, Nichtig (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Festschrift Keller, Zürich 1989, S. 246 mit weiteren Hinweisen). Im Unterschied zur Ungültigkeitsklage ist die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung eine Klage mit Wirkung gegen jedermann. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen, weshalb ein besonderer Antrag gar nicht notwendig ist. Die Nichtigkeitsklage ist unverjährbar, d.h. sie untersteht nicht der Verwirkungsfrist von Art. 521 ZGB (Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 18; Forni/Piatti, Basler Kommentar, OR I, N 4 f. zu Art. 519/520 ZGB mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

b) Was die erbrechtlichen Formvorschriften anbetrifft, so unterscheidet die Lehre danach, ob "extreme" Missachtungen vorliegen, was entsprechend zur Nichtigkeit führt. Riemer schlägt vor, bei eigenhändigen Testamenten nur (aber wenigstens) die Unterschrift des Erblassers unter einen von ihm oder einem Dritten schriftlich niedergelegten Text (Schreibmaschine, Druck usw., Handschrift des Dritten) zu verlangen (Hans Michael Riemer, Nichtige (unwirksame) Testament und Erbverträge, in: Festschrift Keller, Zürich 1989, S. 254). Breitschmid schliesst sich Riemers Meinung an (Breitschmid, Testament und Erbvertrag - Formprobleme, in: Testament und Erbvertrag, Bern 1991, S. 64). Ein ausschliesslich maschinengeschriebener Text wäre demnach vollumfänglich nichtig. Wie Riemer aufzeigt, hat die Praxis bisher schon ein ununterschiedenes handschriftliches Testament des Erblassers lediglich als anfechtbar, jedoch ein Testament, bei dem lediglich die Unterschrift des Erblassers handschriftlich war, als nichtig qualifiziert (Riemer, a.a.O., S. 254 mit Verweis auf BGE 40 II 193 bzw. BGE 61 II 276 und weitere Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung). Gemäss Riemer (a.a.O., S. 254) und auch Breitschmid (a.a.O., S. 64) ist die Abgrenzung zwischen blosser Ungültigkeit und Nichtigkeit denn auch eine Ermessensfrage.

In casu liegt lediglich ein maschinengeschriebenes Testament im Recht. Es enthält weder eine Datumsangabe, noch ist es unterschrieben. Mit Verweis auf die oben erläuterten Grundsätze, welche Lehre und Rechtsprechung zur Nichtigkeit entwickelt hat, ist das vorliegende Testament zweifellos nichtig. Es fehlt nicht bloss die Unterschrift des Erblassers. Es fehlt schlichtweg jegliche Handschriftlichkeit und damit jede individuelle Komponente. Das Testament ist daher formnichtig. Jede andere Ansicht würde zur völligen Ausschaltung und Aushöhlung der erbrechtlichen Vorschriften führen. Dies ist abzulehnen.

c) Das vorliegende "Testament" ist jedoch nicht allein wegen der vollständigen Missachtung der relevanten Formvorschriften für nichtig zu

erklären, sondern auch darum, weil es am nötigen Verfügungswillen des Erblassers mangelt bzw. er diesen nicht zum Ausdruck gebracht hat. Zwar hat der Erblasser gemäss den befragten Zeugen immer wieder die Niederschrift eines Testaments angekündigt und sogar einen Auftrag für dessen Vorbereitung erteilt. Schliesslich liegt aber nicht mehr als ein Entwurf im Recht. Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Verfügungsabsicht, welche vom notwendigen Verfügungswillen zu unterscheiden ist. Letzteren hat der Erblasser vorliegend nicht zum Ausdruck gebracht (vgl. Riemer, a.a.O., S. 249 mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Zudem ist unbestritten, dass das umstrittene "Testament" nicht einmal vom Erblasser selbst, sondern von seinem Berater bei der X-Bank, Herr A., verfasst wurde. Es ist sodann unbestritten, dass der Erblasser das eröffnete Testament selbst gar nie gesehen hat. Es handelt sich dabei vielmehr um einen Entwurf des Bankberaters A., welcher dieser im November 2004 als Vorlage für ein Nottestament erstellt hat, wenn der Erblasser "wieder einmal zurechnungsfähig" wäre. Zwar stimmt das eröffnete Testament in den wesentlichen Punkten mit dem vom Erblasser im Juni 2004 selbst in Auftrag gegebenen Testamentsentwurf überein, doch kann kein Zweifel darin bestehen, dass der Erblasser das nach seiner Hirnblutung erstellte, nun umstrittene Testament nie gesehen bzw. bewusst wahrgenommen hat. Der Beklagte verlangt vom Richter quasi eine gerichtliche "Rekonstruktion" des Testamentes bzw. des Verfügungswillens. Bestand und Inhalt des Testamentes würde damit in hohem Masse vom Erinnerungsvermögen und von der Glaubwürdigkeit von Zeugen bzw. der entsprechenden richterlichen Beweiswürdigung abhängig, was abzulehnen ist. Kommt hinzu, dass die befragten Zeugen zwar grossmehrheitlich die Absicht des Erblassers bestätigt haben, seinen Bruder/Beklagten zum Haupterben zu machen, dass er aber durchaus auch noch andere Begünstigte zur Diskussion standen. Das am 7. März 2005 von der Vormundschaftsbehörde Arth eröffnete "Testament" ist deshalb auch wegen des fehlenden bzw. nicht zum Ausdruck gekommenen Verfügungswillens für nichtig zu erklären.

(Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Schwyz vom 27. Juni 2007, EO 2006 11).

2.5 Herdengeläute

- *Herdengeläute, das nicht übermässig ist und die öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Immissionsgrenzwerte nicht übersteigt, ist zulässig.*

A 2.5

Aus den Erwägungen:

2. Eine Einwirkung auf das Eigentum des Nachbarn ist nur unzulässig, wenn sie *übermässig* ist. Die für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Immission entscheidende Intensität der Einwirkung beurteilt sich nach *objektiven Kriterien*. Der Richter hat bei der Beurteilung der Übermässigkeit eine pflichtgemässe, sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen. Dabei darf nicht auf das spezielle persönliche Empfinden des augenblicklichen Benützers des betroffenen Grundstückes abgestellt werden. Dem Urteil ist der Massstab des Empfindens eines normalen Durchschnittsmenschen, der sich in der gleichen Situation befindet, zugrunde zu legen. Dies trifft in der Regel nur dann zu, wenn die Einwirkungen von einer längeren, wenn auch nicht ununterbrochenen Dauer sind. Im Rahmen des Durchschnittsmassstabes müssen aber die durch die Immissionen hervorgerufenen subjektiven Wirkungen nicht vollständig ausser acht gelassen werden. Zum Beispiel ist bei Lärmimmissionen nicht nur die Phonmenge, sondern auch die Lästigkeit entscheidend, welche stärker durch die Art als durch das Mass des Lärms bedingt sein kann. Die Beurteilung der Übermässigkeit hängt im Einzelfall sehr stark vom Ermessen der entscheidenden Behörde ab. Das Gesetz verpflichtet jedoch in Abs. 2 von Art. 684 ZGB ausdrücklich zur Beachtung der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke und des Ortsgebrauchs (BGE 44 II 471; Berner Kommentar, Meier-Hayoz, Art. 684 N. 86 ff., N. 123 ff.).

a) Die Rechtsprechung hatte sich schon des öfteren mit der Frage der Zulässigkeit von Immissionen durch Herdengeläut zu beschäftigen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Immissionen je nach den konkreten Umständen hinzunehmen waren oder als übermässig und somit unzulässig erklärt worden sind. Dazu sind die folgenden Beispiele anzuführen:

- BGE 45 II 402:

Das Bundesgericht stellte im Jahr 1919 fest, dass der Weidgang mit Herdengeläute zur Nachtzeit auf einer Wiese, die im *Baugebiet* einer Ortschaft mit städtischen Verhältnissen (Stadtgebiet von Frauenfeld) liege, eine übermässige Einwirkung darstelle. „(Dem) blossen Affektionsinteresse des Klägers steht gegenüber das Interesse des Bewohners einer im Baugebiete einer Ortschaft mit städtischen Verhältnissen gelegenen Liegenschaft an ungestörter Nachtruhe, das jedenfalls mit Rücksicht auf die Anforderungen, die das moderne Leben an die Nervenkräfte des Menschen stellt, als erheblich schutzwürdiges Gut erscheinen muss“.

- BGE 101 II 248:

Der Beklagte war Pächter zweier Wiesenparzellen in einem Dorf im Kanton Appenzell A. Rh., auf denen er sein Vieh weiden liess. Der Kläger wohnte auf einem benachbarten Grundstück und verlangte die gerichtliche Festsetzung von Glockenzahl und -grösse sowie die Einschränkung des Weidganges mit Geläute auf bestimmte Zeiten des Jahres und ein Verbot nächtlichen Weidenlassens mit umgehängten Glocken. Das Bundesgericht verbot dem Beklagten u.a., seinem Vieh beim Weiden auf den beiden fraglichen Parzellen zur Nachtzeit (von 20.00 Uhr bis 07.00 Uhr) Treicheln, Schellen oder Glocken anderer Art umzuhängen und begründete dies mit der fehlenden Ortsüblichkeit. Der Ortsgebrauch i.S.v. Art. 684 Abs. 2 ZGB sei an ein eng begrenztes Gebiet, an ein Quartier gebunden. Im konkreten Fall stand die *Wohnzone* eines Dorfes zur Diskussion, wo das Bimmeln der Glocken eine wesentliche Störung der Nachtruhe darstelle. Ohnehin müsse nachts in der Regel jede unnötig störende Immission als übermässig angesehen werden; „eine ungestörte Nachtruhe [sei] namentlich in Anbetracht der Anforderungen, die das moderne Leben an die Nervenkräfte des Menschen stelle, ein erheblich schutzwürdiges Gut“. Das Bedürfnis des Beklagten, seinem Vieh zur Nachtzeit Glocken umzuhängen, sei auch im Blick auf Lage und Beschaffenheit der Grundstücke keine Notwendigkeit (kleine, eingefriedete Weideplätze, welche sich im Dorf befinden; durchgebrannte Tiere könnten in der relativ dicht besiedelten Umgebung des Dorfes mit den zahlreichen Einzelhöfen leicht aufgefunden werden).

- ZBGR 75 (1994) Nr. 46 (unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil 5C.108/1989 vom 2. Juli 1990):

In diesem Waadtländer Streitfall hatte das Bundesgericht die Übermässigkeit von schlafstörendem Herdengeläut zu beurteilen. Abzuwägen war zwischen den Interessen der städtischen Bevölkerung (den lärmigen Städten zu entfliehen und die Freizeit in der „ruhigen“ ländlichen Umgebung zu verbringen) und den Bedürfnissen der Landbevölkerung, welche sich auf Nützlichkeitsabwägungen und Brauchtum stützen. *In nächster Nähe* zum Zweifamilienhaus eines Pensionierten befanden sich die Weideplätze. Von den davon ausgehenden nächtlichen Geräuschen der Tiere fühlte sich der Hauseigentümer derart belästigt, dass er nur noch seinen auswärtigen Wohnsitz benützte. Das Interesse an der Beseitigung der Lärmeinwirkungen war seitens des Klägers im Wesentlichen gesundheitlich motiviert. Der beklagte Viehbesitzer hingegen führte an, dass Elektrozaune das Vieh nicht mit völliger Sicherheit am Verlassen der Weide hindern könnten. Da im gebirgigen, bewaldeten Gebiet das Vieh nicht leicht wiederzufinden wäre, sei es

A 2.5

notwendig, dieses mit Glocken auszurüsten. Zudem entspreche dies einem alten Brauch in dieser Gegend. Unter Berücksichtigung aller massgebenden Umstände wurde die Lärmimmission als übermässig qualifiziert und dem Beklagten wurde verboten, auf der Parzelle, welche dem Gebäude des Klägers am nächsten war, nachts mit Schellen oder Glocken versehendes Vieh weiden zu lassen. Das Vieh darf jedoch mit Verweis auf den Ortsgebrauch auch weiterhin nachts mit Glocken eines kleinen Geläutetyps ausgerüstet werden.

- SJZ 88 (1992) Nr. 29: Bezirksgericht Affoltern a. A. vom 26. Juli 1990: In einer Gemeinde der Agglomeration Zürich wurde dem Kläger, welcher Eigentümer eines Grundstückes in der Kernzone ist, auf welchem sich sein Wohnhaus befindet, nachts wegen des Glockengeläutes der Schlaf geraubt. Der Schall dieses Geläuts wurde durch das abfallende Gelände noch verstärkt. Auf dem unmittelbar benachbarten Grundstück (*Bauzone*, welche landwirtschaftlich genutzt wird) weideten regelmässig bis zu zehn Tiere mit Treicheln. Nach Ansicht des Gerichts ist das nächtliche Weiden mit Glocken mit einer modernen Agglomerationsgemeinde nicht mehr vereinbar. „Angesichts der Lage des klägerischen Grundstückes am Rande der Kernzone der Gemeinde Wettswil, welche einen eher vorstädtischen Charakter aufweist, und in der Nähe mehrerer anderer Wohnhäuser ist das Glockengebimmel nicht als ortsüblich anzusehen“. Überdies sei es im flachen und relativ dicht besiedelten Gebiet nicht schwer, entlaufenes Vieh wieder zu finden.

Diese Beispiele aus der Rechtsprechung können vorliegend jedoch nur bedingt herangezogen werden. Die klägerische Liegenschaft liegt in der *Wohnzone* am südwestlichen Rand des Dorfes A, direkt angrenzend an die Landwirtschaftszone. Sie stösst im Südosten und Südwesten an Weideland des Beklagten, im Nordosten und Nordwesten an zwei weitere Einfamilienhaus-Grundstücke. Die Kläger benutzen ihr Grundstück ausschliesslich zu Wohnzwecken. Die vom Beklagten bewirtschafteten Liegenschaften befinden sich jedoch in der *Landwirtschaftszone*. Sie grenzen gemäss aktuellem Zonenplan unmittelbar an die Wohnzone, in welcher sich auch das klägerische Grundstück befindet. Die beklagtischen Liegenschaften werden weitgehend als Weide- und Grasland benutzt. Neben den Stallgebäuden (offener Laufstall) befindet sich das Wohnhaus des Beklagten. Der offene Laufstall liegt Schätzungsweise ca. 80 m von der klägerischen Liegenschaft entfernt. Überdies lässt der Beklagte auf dem Weideland, welches unmittelbar an das klägerische Grundstück grenzt, unbestrittenermassen keine Kühe mit umgehängten Glocken weiden, auch nicht während des Tages; dies in Einhaltung der Auflagen gemäss Baubewilligung vom 1. März 2004.

b) Zur Feststellung der Intensität der Immissionen von den beklaglichen Grundstücken auf das klägerische Grundstück führte das Gericht mehrere Augenscheine durch:

aa) Beim Augenschein vom 1. Februar 2006 konnte das Gericht anlässlich der Besichtigung des beklaglichen Laufstalles feststellen, dass es wenig Bewegung im Viehbestand gab. Insgesamt konnte das Gericht 6 Tiere mit Glocken ausmachen. Die Kühe trugen ablange Glocken und die Kälber runde Glocken („Trichäli“). Aufgrund der Jahreszeit befanden sich keine Kühe auf der Weide. Auf der dem klägerischen Einfamilienhaus zugewandten Seite des Laufstalls befanden sich aufgereihete und gestapelte Heuballen, welche - von der Klägerschaft bestätigt - die Geräusche aus dem Laufstall etwas zu dämmen vermögen. Die Wirkung sei jedoch nur vom unteren Stockwerk des klägerischen Hauses wahrnehmbar. Im oberen Stockwerk sei die Schalldämmung nicht mehr wirksam. Gemäss Ausführungen des Beklagten befänden sich die Ballen nur so lange vor dem Freilaufstall, bis sie verfuttert seien. Bei der Ernte würden jedoch wieder neue Ballen dort platziert werden.

bb) Am 27. April 2006 fand der zweite Augenschein auf der klägerischen Liegenschaft statt, der erste Teil während des Tages (ab 16.00 Uhr), der zweite Teil in der Nacht (ab 22.00 Uhr). Dabei wurde auch ein Schallmessgerät eingesetzt. Die entsprechenden Messwerte sind dem Augenscheinprotokoll zu entnehmen.

Gemäss den Feststellungen des Gerichts in der Umgebung der Parteien (...), war auf den beklaglichen Liegenschaften die Anzahl der Kuhglocken im Verhältnis zum Viehbestand als auch deren Grösse durchaus *ortsüblich*. Bei der Hörprobe im klägerischen Haus konnte das Gericht bei geöffnetem Fenster feststellen, dass die Geräusche aus dem Laufstall im Parterre wie im ersten Stock in etwa gleich wahrnehmbar waren.

Während des *Nachmittag*-Augenscheines stellte das Gericht fest, dass auf dem Grundstück KTN B 20 Kühe weideten, wovon 10 Tiere kleine Glocken (Durchmesser ca. 10 cm) und 3 Tiere normale, ortsüblich grosse Glocken trugen. Auf der Parzelle KTN C oberhalb des Feldweges weideten 7 Kühe, wovon eine Kuh eine Glocke trug. Als weitere Lärmquellen konnte das Gericht die nahe liegende Autobahn sowie die Eisenbahnlinie feststellen, welche deutlich hörbar waren. Die auf dem klägerischen Grundstück durchgeführten Hörproben auf dem Sitzplatz sowie in der Stube (bei ganz geschlossener und bei leicht bzw. vollständig geöffneter Terrassentür) haben Folgendes ergeben: Bei geöffneter Terrassentür ist ein gleichmässiges, nicht lautes und nicht störendes Kuhglockengeläute vernehmbar war, welches durch andere Lärmquellen, wie Autobahn,

A 2.5

Zugdurchfahrten, etc. zum Teil erheblich übertönt wurde. Bei geschlossener Terrassentür ist das Geläute nur bei absoluter Stille im innern des Hauses und bei starker Konzentration auf die Geräusche leicht hörbar. Kleinste anderweitige Geräusche (wie z.B. Geräusche der Kleider bei leichter Bewegung) übertönen das Gebimmel vollständig. Der Lärmpegel des Kuhgeläutes ist dabei in jedem Fall weit unter den zulässigen Immissionsgrenzwerten gemäss Lärmschutzverordnung geblieben (vgl. nachfolgend Ziff. 4 Abs. 2).

Während der *Nacht* befanden sich alle Kühe im Laufstall. 13 Kühe trugen Glocken (gleich wie am Nachmittag, jedoch nur kleine Glocken). Der Augenschein fand im Dachzimmer (Schlafzimmer des Klägers) statt. Es wurden Hörproben von je ca. 10 Minuten bei ganz bzw. leicht geöffnetem Fenster und bei vollständig geschlossenem Fenster gemacht. Dabei konnte das Gericht Folgendes feststellen: Das Bimmeln der Glocken ist bei ganz geschlossenem Fenster trotz grosser Konzentration auf mögliche Geräusche absolut nicht wahrnehmbar. Innengeräusche insbesondere von der Heizung sowie Aussengeräusche von der Autobahn und von der Zugstrecke sind jedoch deutlich hörbar. Bei vollständig geöffnetem Fenster, mit Standort direkt beim Fenster und bei bewusstem Hinhören, sind Geräusche aus dem Laufstall hörbar. Dabei handelt es sich nur ganz sporadisch um Gebimmel der Kuhglocken, welches aber von anderen Geräuschquellen aus dem Laufstall überdeckt werden (metallisches Schlagen beim Bewegen des Fressgitters, Urinieren einer Kuh). Während Minuten hört man gar nichts. Vorbeifahrende Züge sind deutlich lauter als das Gebimmel. Bei leicht geöffnetem Fenster ist es sehr ruhig. Nur ab und zu ist ein leises, feines Gebimmel von Kuhglocken sowie das schlagende Geräusch des Fressgitters zu hören. Das surrende Geräusch der hauseigenen Heizung übertönt jedoch die Aussengeräusche aus dem Laufstall. Anzumerken ist, dass all diese Feststellungen in unmittelbarer Nähe des Fensters gemacht wurden. Einige Meter vom Fenster entfernt konnten die Aussengeräusche bereits deutlich weniger wahrgenommen werden. Das Bett des Klägers befindet sich zudem auf der gegenüberliegenden Seite des Raumes.

3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die durch das Kuhglockengeläute seitens der beklagten Liegenschaften verursachten Immissionen weder am Tag noch in der Nacht übermässig i.S.v. Art. 684 ZGB und somit von den Klägern zu tolerieren sind. Es gibt durchaus Menschen, die das vorliegende Mass an Immissionen durch das Glockengeläut als angenehme, beruhigende Geräuschkulisse bezeichnen würden. Für empfindliche Leute, welche sich auf die Geräuschkulisse konzentrieren, kann in der Nacht bei ganz offenem Fenster das sporadische Bimmeln der Glocken möglicherweise störend wirken. Es

ist jedoch auf das Empfinden des Durchschnittsmenschen abzustellen und zudem zu berücksichtigen, dass weitere Geräusche vorhanden sind, welche zum Teil deutlich lauter sind. Bei leicht geöffnetem Fenster in der Nacht ist das Bimmeln der Kuhglocken kaum mehr und bei geschlossenen Fenstern überhaupt nicht hörbar. Im Verhältnis zu anderen Wohnquartieren handelt es sich insgesamt gesehen - auch unter Berücksichtigung des Gebimmels - um eine überdurchschnittlich ruhige Wohnlage.

Nachdem die Immissionen durch das Kuhglockengeläute auf den beklagten Grundstücken nicht übermässig sind, können auch die Fragen, ob es notwendig sei, dass die Kühe und Kälber überhaupt Glocken tragen bzw. ob es Alternativen zur Befriedigung des Bedürfnisses des Beklagten nach Schutz und Überwachung seines Viehs gibt, vorliegend unbeantwortet bleiben.

4. Dem Schutz vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen dient nicht nur das Privat- sondern auch das öffentliche Recht. Die privat- und die öffentlich-rechtlichen Normen zum Immissionsschutz sind bezüglich Vorgehen und Verfahren voneinander unabhängig ausgestaltet und stehen selbständig nebeneinander, obwohl sie das gleiche Ziel verfolgen. Aufgrund des Gebotes der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung sind die rechtsanwendenden Behörden jedoch angehalten, auf eine Harmonisierung des Immissionsschutzes hinzuwirken (Schmid/Seiler [Hrsg.], Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, 2006, S. 378).

Gemäss Art. 15 BauR-A sind die einzelnen Nutzungszonen in Empfindlichkeitsstufen gemäss den Lärmschutzvorschriften eingeteilt. In den Wohnzonen W2 und W3 ist dabei gemäss Art. 29 BauR-A die Empfindlichkeitsstufe II (= nicht störende Betriebe), in der Landwirtschaftzone die Empfindlichkeitsstufe III (= mässig störende Betriebe) vorgegeben (vgl. Art. 36 Ziff. 4 BauR-A). Die Lärmschutzverordnung schreibt für die Empfindlichkeitsstufe III für den Tag einen Immissionsgrenzwert von 65 dB und für die Nacht einen solchen von 55 dB vor (Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV; Art. 40 LSV i.V.m. Anhang 3 zum LSV). Art. 36 Ziff. 3 BauR-A statuiert, dass Immissionen aus der üblichen landwirtschaftlichen Nutzung in benachbarten Bauzonen hinzunehmen sind. In den Wohnzonen sollen trotzdem ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleistet bleiben (Art. 31 Ziff. 1 BauR-A).

Aufgrund der Feststellungen des Gerichts vor Ort anlässlich der Augenscheine (u.a. auch unter Zuhilfenahme eines Schallmessgerätes) übersteigen die durch das Kuhglockengebimmel hervorgerufenen Immissionen die öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Immissionsgrenzwerte nicht. Zum grösseren Teil liegen sie sogar deutlich darunter. Auch wider-

A 3.1

spricht die angetroffene Situation nicht den in der Baubewilligung erteilten Auflagen der Gemeinde A. Der vorliegende Entscheid steht somit auch im Einklang mit der öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung.

(Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 28. April 2006, BZ 2005 30; auf Berufung des Klägers schlossen die Parteien vor dem Kantonsgericht Schwyz einen Vergleich).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Kostenvorschuss

- *Gegen eine Kostenvorschussverfügung ist nicht Rekurs, sondern Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (Erw. 2).*
- *Kein nur schwer wieder gutzumachender Nachteil in casu (Erw. 3).*
- *Trennung von Klage- und Widerklagebegehren zur Berechnung des Streitwertes nach Art. 343 Abs. 2 OR (Erw. 4.a).*
- *Kostenlosigkeit und Zuständigkeit nach Art. 343 OR (Erw. 4.a und b).*
- *Kostenvorschusserhebung für nicht arbeitsrechtliche Widerklage zulässig (Erw. 4.c).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Beklagte begründet die erhobene, grundsätzlich subsidiäre Nichtigkeitsbeschwerde damit, dass der Rekurs gegen prozessleitende Entscheide nur in den im Gesetz in abschliessender Weise aufgezählten Fällen nach § 203 Ziff. 4 ZPO zulässig sei und der hier angefochtene Kostenvorschuss nicht unter diese Bestimmung falle.

Nach Wortlaut des § 203 Ziff. 4 ZPO ist der Rekurs zulässig gegen prozessleitende Entscheide, welche „Prozess- oder Arrestkautionen“ betreffen. Der Begriff „Prozesskaution“ umschreibt nach der Schwyzer Zivilprozessordnung nur die Sicherstellung von Prozessentschädigungen nach § 68 ZPO, während die Sicherstellung der Gerichtskosten nach § 67 ZPO als „Kostenvorschuss“ bezeichnet wird. Bei strenger und wortgetreuer Auslegung ist demnach der Rekurs im Sinne von § 203 Ziff. 4 ZPO nur gegen Kautionsverfügungen gemäss § 68 ZPO und nicht gegen erhobene Gerichtskostenvorschüsse zulässig (EGV-SZ 1978, S. 63, die Frage offen lassend). Sowohl der Kostenvorschuss als auch die Kaution begründen zwar die Sicherstellung in Form einer Geldhinterlegung und

stimmen in ihrem Sinn und Zweck weitgehend überein, indem sie der Sicherung von Prozesskosten dienen. Anders als die Zürcher ZPO unterscheidet die Schwyzer ZPO zwischen einer allgemeinen Vorschusspflicht für Gerichtskosten, die nicht von besonderen Voraussetzungen abhängt und die Partei deshalb trifft, weil sie die Gerichte beansprucht, und einer Kautionspflicht für aussergerichtliche Prozessentschädigungen, welche nur unter den Voraussetzungen von § 68 ZPO zu leisten ist. Eine Sicherstellung allfälliger Forderungen des Prozessgegners auf Ersatz seiner Parteikosten ist nur in bestimmten, im Gesetz umschriebenen Fällen zu leisten, wenn die spätere Vollstreckung als gefährdet erscheint. Nur in Kantonen, in denen keine allgemeine Vorschusspflicht für Gerichtskosten besteht, ist auch für diese Kautionspflicht zu leisten, wenn ein Kautionsgrund besteht (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006, 11. Kapitel, N 39). Für die Festsetzung der praktisch voraussetzungslos zu erlassenden Kostenvorschussauflagen nach § 67 ZPO steht den Gerichten ein weiter Ermessensspielraum zu. Es besteht kein Grund, entgegen dem Wortlaut von § 203 Ziff. 4 ZPO eine vollumfängliche Kontrolle dieses prozessleitenden Ermessensentscheides durch das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses zuzulassen (a.M. Gerichtsmehrheit des OG SH in ABSH 2000 S. 82 ff.). Daher ist vorliegend nur die subsidiäre, vom Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 213 ff. ZPO gegeben.

3. Die selbständige Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides mit Nichtigkeitsbeschwerde setzt gemäss § 214 ZPO voraus, dass ein schwer wieder gutzumachender Nachteil droht oder ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann. Der Beklagte bringt in seiner Beschwerdeschrift vor, ihm drohe ein schwer wieder gutzumachender Nachteil, da bei Nichtleisten des Kostenvorschusses gemäss den Säumnisfolgen in § 72 Abs. 1 ZPO auf die Widerklage nicht eingetreten werde und andererseits alleine schon in der Auferlegung von Kosten und Vorschüssen im kostenlosen arbeitsrechtlichen Prozess ein solcher Nachteil bestehe.

Gemäss § 72 Abs. 1 ZPO wird auf eine Klage oder dessen Rechtsmittel nicht eingetreten, wenn der auferlegte Vorschuss oder die Kautionspflicht nicht fristgerecht geleistet werden. Diese Säumnisfolgen treten indes nicht sofort ein. Bei Nichtbezahlen des Vorschusses muss, was der Beklagte bzw. sein Rechtsvertreter aus den Gesetzeshinweisen der angefochtenen Verfügung ohne weiteres ersehen konnte, eine angemessene Nachfrist gewährt werden (§ 72 Abs. 1 ZPO), weshalb vorliegend dem Beklagten unabhängig von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung kein unmittelbarer Rechtsverlust drohte und praktisch nicht ganz nachvollziehbar ist, warum er seine Einwände gegen die Kostenvorschussverfügung vor

A 3.1

der Nachfristansetzung nicht beim Vorderrichter angebracht hat. Er ist schon deshalb durch die angefochtene Kostenvorschussverfügung noch nicht belastet. Nachdem der Beklagte den auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.00 am 17. April 2007 bezahlt hat, erübrigte sich eine Nachfristansetzung. Dem Beklagten drohte definitiv kein Rechtsverlust mehr. Würden dem Beklagten wie vorgebracht mit Abschluss des Hauptverfahrens Verfahrenskosten auferlegt, verbleibt die Möglichkeit, die Kostenfolge gegebenenfalls mit einem Rechtsmittel anzufechten (§ 214 Abs. 2 ZPO). Aus diesen Gründen bedeutete die angefochtene Kostenvorschussverfügung für den Beklagten keinen Nachteil, zumal er nicht dardut, durch die Bezahlung des Kostenvorschusses in finanzielle Schwierigkeiten gebracht worden zu sein. Der geltend gemachte schwer wieder gutzumachende Nachteil besteht nicht und auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht einzutreten.

4. Abgesehen vom Gesagten beschränkt sich die Kognition der Rechtsmittelinstanz bei der Nichtigkeitsbeschwerde auf die im Gesetz genannten (§ 213 ZPO) und nachzuweisenden (§ 218 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) Nichtigkeitsgründe. Der Beklagte macht als Nichtigkeitsgrund die Verletzung klaren materiellen Rechts geltend, weil die Auferlegung eines Kostenvorschusses gegen Art. 343 Abs. 3 OR und somit gegen eine Vorschrift des Bundesprivatrechts verstosse.

a) Gemäss Art. 343 Abs. 2 OR haben die Kantone für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen, welches sodann grundsätzlich nach Art. 343 Abs. 3 OR kostenlos ist. Der Streitwert bemisst sich nach der eingeklagten Forderung und lässt allfällige Widerklagebegehren unberücksichtigt (Art. 343 Abs. 2 OR). Diese Trennung von Klage und Widerklage bei der Streitwertberechnung soll verhindern, dass der Kläger durch eine möglicherweise völlig haltlose Widerklage Vorteile des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens verlustig geht (Rehbinder, BEK, Art. 343 N 14; Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 343 OR N 6).

b) Art. 343 Abs. 2 OR richtet sich an die Kantone, wobei es diesen freisteht, auf eine obere Streitwertgrenze zu verzichten (Portmann, in BAK, Art. 343 OR N 11). Gemäss § 5 lit. b KVVzOR i.V.m. § 12 GO werden Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ohne Rücksicht auf den Streitwert vom Einzelrichter im beschleunigten Verfahren beurteilt. Dessen Zuständigkeit ergibt sich folglich auch bei Klageerhöhung über die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 hinaus. Hinsichtlich der Kostenlosigkeit richtet sich das Verfahren aber ausschliesslich nach Art. 343

Abs. 3 OR und dessen Streitwert. Deshalb ist nicht zu beanstanden, dass der Einzelrichter, in dessen Zuständigkeit die Anerkennung der Klageerhöhung fällt (§ 56 ZPO), davon ausging, das Verfahren bleibe für die Klägerin nicht weiter kostenlos, und einen Kostenvorschuss erhob.

c) Betrifft allein die Widerklage oder die erklärte Verrechnung Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis, reicht dies nicht aus, um die Verfahrenserleichterungen von Art. 343 OR zu erreichen (Rehbinder, BEK, Art. 343 OR N 14). (...). Die behauptete Rechtsverletzung könnte hier zwar aufgrund der vorstehenden Erwägungen (E. 3) offen gelassen werden, ist indes schon deshalb nicht anzunehmen, weil der Beklagte als Entstehungsgrund seiner widerklageweise erhobenen Forderung kein Arbeitsverhältnis, sondern ungerechtfertigte Bereicherung geltend macht und sich demnach gar nicht auf Art. 343 OR berufen kann. (...).

(Beschluss vom 31. Oktober 2007, RK1 2007 17).

3.2 Rechtshängigkeit

- *Direkte Anhängigmachung der Klage beim Bezirksgericht.*
- *Dringlicher Fall gemäss § 94 ZPO bei drohendem Entzug des Gerichtsstandes im eurointernationalen Verhältnis.*

Aus den Erwägungen:

1. Strittig ist vorliegend die Frage, ob bei einem internationalen Verhältnis die Gefahr, dass die Beklagte durch Anhängigmachung einer Klage in einem anderen Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens während des Sühneverfahrens der Klägerin den schweizerischen Gerichtsstand entziehen könnte, eine Dringlichkeit gemäss § 94 ZPO zu begründen vermag.

(...).

2. a) Die fragliche Bestimmung befindet sich im Kapitel „II. Ordentliches Verfahren“ unter dem Titel „B. Rechtshängigkeit der Klage“, und nicht etwa unter dem vorgängigen Titel „A. Sühneverfahren“. Der Fokus wird in dieser Bestimmung daher aufgrund seiner systematischen Lage auf das Thema der Rechtshängigkeit und nicht auf das Thema des Sühneverfahrens gerichtet. In der Bestimmung ist festgelegt, dass in dringenden Fällen der Rechtsstreit ohne Sühneverfahren rechtshängig gemacht werden kann. Der dringende Fall ergibt sich aus dem wegen des

A 3.2

Sühnverfahrens verzögerten Eintritt der Rechtshängigkeit. Keine Dringlichkeit nach § 94 ZPO lässt sich indessen damit begründen, dass die Umstände es gebieten, durch Weglassen des Sühnverfahrens die Zeit bis zur Entscheidung zu verkürzen: Erstens ist im zweiten Satz der Bestimmung festgehalten, dass das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden kann, ob das Sühnverfahren noch nachzuholen ist; diese Bestimmung würde daher einer gegenteiligen Auslegung vollständig entgegenlaufen. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass gerade dort, wo ein einfaches und rasches Verfahren wünschenswert ist, der Gesetzgeber die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens vorsieht. Eine Massnahme, um das Verfahren bis zur Entscheidung zu verkürzen, ist etwa der Wegfall des Sühnverfahrens (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., 12. Kap. N 187). Genau diese Massnahme ist denn auch in § 82 ZPO getroffen worden, womit auch aus diesem Grund § 94 ZPO andere Fälle abzudecken hat. In dringenden Fällen gemäss § 94 ZPO tritt der Nachteil für den Kläger lediglich dann ein, wenn der Eintritt der Rechtshängigkeit durch ein vorgängiges Sühnverfahren hinausgezögert würde.

2. b) Das Gesetz spricht allgemein von „dringenden Fällen“. Aufgrund des offenen Wortlauts kann somit jeder Nachteil, der durch den verzögerten Eintritt der Rechtshängigkeit dem Kläger entstehen würde, eine Dringlichkeit gemäss § 94 ZPO begründen. Hinweise dafür, dass beim damaligen Erlass der Norm - entgegen dem gewählten Wortlaut der Bestimmung - eine Dringlichkeit lediglich durch ganz bestimmte drohende Nachteile (z.B. Verlust eines materiellen Rechts) hätte begründet werden können, ergeben sich nicht aus den Materialien. Es besteht damit kein Anlass, heute die ganz allgemein und offen gehaltene Formulierung des Paragraphen einschränkend zu interpretieren.

2. c) Art. 21 LugÜ sieht vor, dass, wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden, das später angerufene Gericht das Verfahren von Amtes wegen aussetzt, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Das Übereinkommen gibt demjenigen Verfahren Priorität, das zeitlich früher anhängig gemacht wurde. In seiner Entscheidung *Zelger/Salinitri* (EuGH v. 7.6.1984 *Zelger/Salinitri*, Rs. 129/83, Slg. 1984, 2397) hat der EuGH den entscheidenden Zeitpunkt für den Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt. Danach gilt als zuerst angerufenes Gericht dasjenige, bei dem die Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen Rechtshängigkeit zuerst vorliegen, wobei diese Frage für jedes der betroffenen Gerichte nach dessen nationalen Vorschriften zu beurteilen ist. Über die Frage, wie diese Auslegung des EuGH zu verstehen ist, ist in der Schweiz ein Streit entbrannt (Alexander

R. Markus, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, in: SZW 1999, S. 205 ff., 214 f.). Nach der Meinung des Bundesgerichts bestimmt sich im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens der Eintritt der Rechtshängigkeit nach dem kantonalen Recht mit dem Eintritt der Fortsetzungslast (BGE 123 III 414 ff.). Nach schwyzerischem Recht wird das Verfahren grundsätzlich nicht bereits mit dem Sühnebegehren oder mit der Ausstellung der Weisung rechtshängig. Die Rechtshängigkeit tritt erst mit der Einreichung der Weisung beim Gericht ein (§ 91 ZPO). Die Klägerbindung erfolgt somit relativ spät. Auch ist wegen des obligatorischen Sühnverfahrens die gegnerische Partei vorgewarnt und hat somit unter Umständen die Möglichkeit, bei einem anderen Gericht eine entsprechende Klage einzureichen, deren Hängigkeit schneller eintritt, obwohl die gegnerische Partei erst zu einem späteren Zeitpunkt aktiv geworden ist. Damit wird an sich der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien ausgehebelt und der Kläger, welcher im eurointernationalen Verhältnis einen im Lugano-Übereinkommen vorgesehenen Gerichtsstand im Kanton Schwyz in Anspruch nehmen will, diskriminiert (vgl. Markus, a.a.O., S. 205 ff., 214 f.). Dieser Diskriminierungsgefahr des Klägers, welche sich durch den wegen des Sühnverfahrens verzögerten Eintritt der Rechtshängigkeit ergibt, kann daher mit § 94 ZPO begegnet werden.

2. d) Vorliegend droht dem Kläger aufgrund des Zeitablaufs zwischen Sühneverhandlung und Rechtshängigkeit somit ein Nachteil. Genau solche Nachteile zu verhindern, ist der Zweck von § 94 ZPO. Es liegt ein dringender Fall im Sinne der genannten Bestimmung vor.

(...).

(Beschluss des Bezirksgerichtes Höfe vom 15. November 2007, BZ 07 9).

3.3 Vorsorgliche Massnahmen

- *Bindung des Zivilrichters an den Entscheid einer sachlich zuständigen Verwaltungsbehörde.*
- *Zivilrechtliche Vorfragen im Verwaltungsverfahren.*

Aus dem Sachverhalt:

Am 15. Oktober 2007 haben die Beklagten als Käufer einen Vorvertrag über den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück geschlossen. Der Abschluss des Hauptvertrages und die grundbuchliche

A 3.3

Eigentumsübertragung erfolgten am 29. November 2007. In der Zwischenzeit hat der Gemeinderat Freienbach mit Verfügung vom 8. November 2007 auf Begehren einiger der damaligen Eigentümer vom 24. Oktober 2007 die grundbuchliche Anmerkung des Transfers des Grossteils der auf diesem Grundstück bestehenden Ausnutzung auf ein Nachbargrundstück angeordnet. Die übrigen damaligen Eigentümer haben gegen diese Verfügung Beschwerde an den Regierungsrat erhoben.

Mit Begehren vom 19. Dezember 2007 beantragen die Gesuchsteller beim Einzelrichter im Befehlsverfahren den superprovisorischen Erlass einer Grundbuchsperrung zur Verhinderung der Anmerkung des Ausnutzungstransfers. Mit superprovisorischer Verfügung vom 20. Dezember 2007 wurde dieses Gesuch abgewiesen mit der Begründung, es sei keine positive Hauptsachenprognose glaubhaft gemacht, da die Gesuchsteller als mögliche Ziele in einem Hauptverfahren lediglich den Rücktritt vom Kaufvertrag oder die Durchsetzung von Schadenersatzforderungen behauptet hätten. Diese Prozessergebnisse könnten nicht durch eine Grundbuchsperrung gesichert werden. Daraufhin stellten die Gesuchsteller am 27. Dezember 2007 erneut ein Gesuch um Erlass derselben superprovisorischen Massnahme, wobei sie ausführten, sie strebten als Hauptklage eine Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 ZGB) an.

Aus den Erwägungen:

5. Wie bereits in der Verfügung vom 20. Dezember 2007 ausgeführt, ist es Voraussetzung für die Anordnung einer Grundbuchsperrung (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) als vorsorgliche Massnahme, dass im darauf folgenden Hauptverfahren die drohende Veränderung des Grundbuches durch die Anmerkung der Ausnutzungsübertragungen verhindert werden kann. Die Gesuchsteller wollen dies durch eine Eigentumsfreiheitsklage erreichen.

Eine solche Anmerkung hat der Gemeinderat Freienbach in seiner Verfügung vom 8. November 2007 angeordnet. Gemäss Art. 24 Ziff. 5 des Baureglementes der Gemeinde Freienbach stellt dies das korrekte Vorgehen im Falle von Ausnutzungsübertragungen dar und der Gemeinderat Freienbach ist die für die Anordnung einer solchen Anmerkung im Grundbuch sachlich zuständige Behörde. Auch die örtliche Zuständigkeit des Gemeinderates Freienbach ist vorliegend gegeben, da die Grundstücke betreffend welchen eine solche Anmerkung im Grundbuch verfügt wurde, in der Gemeinde Freienbach liegen. Es liegt somit ein Entscheid der sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde vor, der beim Regierungsrat angefochten wurde.

Nur wenn der Entscheid betreffend die Anmerkungen im öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelverfahren Bestand hat, kann überhaupt eine Eintragung dieser Anmerkungen drohen und somit ein Grund für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme bestehen. Es ist daher nachfolgend von der Hypothese auszugehen, dass der Beschluss des Gemeinderates Freienbach zumindest in diesem Punkt im Rechtsmittelverfahren bestätigt würde. Wäre dies nicht der Fall, würde es ohnehin an der für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme notwendige Voraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils, im Sinne von § 176 Ziff. 3 ZPO fehlen, weshalb der Erlass einer vorsorglichen Massnahme alleine deshalb abzuweisen wäre.

Würde nun aber der Beschluss des Gemeinderates Freienbach vom 8. November 2007 bestätigt, läge ein rechtskräftiger Entscheid der sachlich zuständigen Behörde, der die Anmerkung von Ausnützungsübertragungen im Grundbuch vorsieht, vor. Der Zivilrichter ist an das Dispositiv des Entscheides der Verwaltungsbehörde gebunden, soweit diese in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich entschieden hat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., N 8 zu § 57 ZPO). Daran ändert auch nichts, wenn sie dabei über eine zivilrechtliche Vorfrage (genügende zivilrechtliche Grundlage zur Übertragung der Ausnützung, in casu wohl in Form eines Beschlusses der Miteigentümer) entscheiden muss. Selbst wenn der Zivilrichter im Rahmen einer Eigentumsfreiheitsklage angerufen würde und auf diese eintreten könnte, kann er betreffend die Anmerkungen der Ausnützungsübertragungen im Grundbuch nichts anderes anordnen, als die sachlich zuständige Behörde, da er an das Dispositiv von deren Entscheid gebunden ist, selbst wenn er betreffend die zivilrechtliche Vorfrage zu einem andern Schluss käme. Gegenstand einer Eigentumsfreiheitsklage kann daher nicht die Verhinderung der Anmerkung der Ausnützungsübertragungen im Grundbuch, welche von den öffentlich-rechtlichen Behörden rechtskräftig angeordnet wurden, sein. Ein solches Vorgehen des Zivilrichters würde gegen das Prinzip der Gewaltentrennung verstossen. Den Entscheid des Gemeinderates oder einer allfälligen Rechtsmittelbehörde im öffentlich-rechtlichen Verfahren können nur diese sachlich zuständigen Behörden selbst, allenfalls im Rahmen eines Revisionsbegehrens, rückgängig machen, nicht aber der Zivilrichter.

Der Zivilrichter ist freilich in einem Entscheid, z.B. betreffend Schadenersatz oder auch einer selbständigen Feststellungsklage (soweit dazumal ein Feststellungsinteresse nachgewiesen werden könnte) nicht an den vorfrageweisen Entscheid der Verwaltungsbehörde betreffend die zivilrechtliche Frage gebunden. Aber selbst wenn die Gesuchsteller in einem solchen zivilrechtlichen Hauptverfahren eine Feststellung des Zivilrichters in dem Sinne erreichen könnten, dass keine genü-

A 4.1

gende zivilrechtliche Grundlage zur Übertragung der Ausnützungen vorgelegen habe, könnte eine solche Feststellung nichts am Entscheid der sachlich zuständigen Behörde betreffend die Anmerkung dieser Ausnützungsübertragungen im Grundbuch ändern, wenn letztgenannter Entscheid bereits rechtskräftig ist.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auch das mit einer actio negatoria erzielbare Prozessergebnis vorliegend nicht die Verhinderung der Eintragung der Anmerkung der Ausnützungsübertragung im Grundbuch sein kann. Dies wäre aber Voraussetzung, dass als vorsorgliche Massnahme eine Grundbuchsperrung angeordnet werden könnte. Entsprechend ist das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme abzuweisen.

(Superprovisorische Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes Höfe vom 28. Dezember 2007, E3 07 133).

4. Strafrecht

4.1 Führen eines Fahrzeugs mit vereisten Scheiben

- *Rekapitulation der Praxis zu „Guckloch-Fällen“ (Erw. 2.a-c).*
- *Keine grobe Verkehrsregelverletzung in casu (Erw. 2.d, vgl. weiteren Fall unter A 4.2).*
- *Erfüllung des objektiven Tatbestandes nach Art. 93 Ziff. 2 SVG (Erw. 2.e).*
- *Unechte Konkurrenz: Kein Freispruch vom qualifizierten Tatbestand bei gleichzeitiger Verurteilung wegen einfacher Verkehrsregelverletzung aufgrund desselben Lebensvorgangs (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Anklage vertritt den Standpunkt, die vom Angeklagten zugegebenen Handlungen seien unter den objektiven Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung zu subsumieren.

a) Sowohl Art. 90 als auch Art. 93 SVG stellen bestimmte Verletzungen von Verkehrsregeln unter Strafe. Art. 93 Ziff. 2 SVG setzt dabei einzig eine Verletzung von Regeln der Betriebssicherheit (Art. 29 SVG) voraus, währenddem Art. 90 Ziff. 2 SVG alle übrigen Verkehrsregelverletzungen sanktioniert, sofern diese darüber hinaus als grob zu qualifizieren

sind und eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorrufen oder eine solche in Kauf genommen wird (Art. 90 Ziff. 1 und Art. 93 Ziff. 1 SVG stehen vorliegend nicht zur Beurteilung; § 96 Abs. 3 GO).

b) Auch die Normen betreffend Massnahmen der Administrativbehörden (Art. 16a ff. SVG) unterscheiden nach der Schwere einer Verkehrsregelverletzung und ordnen diese den Kategorien „besonders leichte, leichte, mittelschwere und schwere Widerhandlung“ zu. Der Tatbestand einer schweren Widerhandlung nach Art. 16c SVG (wie bereits Art. 16 Abs. 3 aSVG) entspricht dabei dem einer groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Ziff. 2 SVG. Die diesbezügliche Rechtsprechung kann deshalb auch für die Beurteilung des vorliegenden Falls herangezogen werden (BBI 1999 V 4462 ff. S. 4489, BGE 132 II 234 ff. E. 3.2).

c) Soweit ersichtlich, hatte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 90 Ziff. 2 SVG bisher noch nicht mit einem so genannten Guckloch- oder Iglufahrer-Fall zu befassen; immerhin behandelte es jedoch zwei Fälle im Zusammenhang mit der Dauer eines Führerausweisentzugs.

In BGer 6A.16/2006 vom 6. April 2006 betrug dabei die nächtliche Fahrstrecke eines angeklagten TCS-Patrouilleurs 300 Meter. Er hatte – bis auf einen Bereich von 20 x 30 cm auf der Frontscheibe – seine *ver-eisten Scheiben* (die Nennung der Scheiben im Plural lässt auf ebenfalls vereiste Seitenscheiben schliessen) nicht frei gekratzt. Das Bundesgericht kam in seiner Erwägung 2.2.1 zum Schluss, es liege eine erhöhte abstrakte Verkehrsgefährdung („une mise en danger abstraite accrue de la circulation“) bzw. ein sehr hohes Unfallrisiko („[c]onduire dans de telles conditions comporte donc un risque très élevé d'accident“) vor, womit das Vorliegen einer leichten Widerhandlung jedenfalls ausgeschlossen werden könne, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mithin abzuweisen sei. Eine allfällige Subsumtion unter den Begriff der schweren Widerhandlung war ihm im Rahmen der vom Angeklagten gestellten Anträge jedoch verwehrt (vgl. Art. 114 Abs. 1 des damaligen OG).

In einem summarisch begründeten Entscheid vom 9. Oktober 2006 (BGer 6A.58/2006) behandelte das Bundesgericht den Fall eines Angeklagten, welcher um 07.05 Uhr an einem Dezembertag bei ungünstigen Wetterbedingungen (welche jedoch nicht näher beschrieben werden) angehalten wurde. Die Scheiben (wiederum im Plural, womit auch in diesem Fall auf vereiste Seitenscheiben geschlossen werden kann) – bis auf einen (nicht näher spezifizierten) Teil der fahrerseitigen Windschutzscheibe – waren dabei vollständig vereist („les vitres totalement recouvertes de givre, sauf une partie du pare-brise, devant le conducteur, dont le givre avait été partiellement gratté“). Es kam dabei wiederum zum Schluss, es liege keine leichte Widerhandlung vor – eine Beurtei-

A 4.1

lung nach Art. 16c SVG blieb ihm jedoch erneut verwehrt. Ob sich die Anmerkung, bereits in BGer 6A.16/2006 sei ein ähnlicher Fall als mittelschwere Widerhandlung qualifiziert worden (nicht: sei korrekterweise als eine solche zu qualifizieren), auf die Qualifizierung durch das Bundesgericht bezieht (welches sich dort gar nicht zu einer allfälligen schweren Widerhandlung hatte äussern können) oder bloss auf die geäusserte Ansicht der dortigen Vorinstanz, bleibt mithin unklar. Die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen geht jedenfalls davon aus, dass es sich hierbei tatsächlich um die Qualifikation des Bundesgerichts gehandelt hatte (Entscheidung vom 30. August 2006, GVP 2006 Nr. 30 S. 119 ff. E. 2.d). In diesem Fall (*eisfreie* Seitenfenster, einer bis auf „ein Guckloch von rund 25 cm Durchmesser“ innen beschlagenen Windschutzscheibe, verlangsamte Geschwindigkeit, kurze Fahrstrecke) kam die Verwaltungskommission St. Gallen zum Schluss, es liege keine schwere Widerhandlung vor, sondern bloss eine mittelschwere.

Bereits vor Ergehen der beiden genannten Bundesgerichtsentscheide hatte sich das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mehrfach mit ähnlichen Fällen zu befassen. Im Entscheid VGE 831/04 vom 16. April 2004 (EGV-SZ 2004, B.12.12, S. 187 f.) hielt es fest, die frei gekratzte Stelle der Windschutzscheibe von 40 x 40 cm stelle nicht nur ein kleines Guckloch dar, zudem sei die Fahrstrecke sehr kurz gewesen und das Verkehrsaufkommen (an einem kantonalen Feiertag im Dezember, um 06.30 Uhr) gering, womit es sich rechtfertige, anstelle eines Führerausweisentzugs eine Verwarnung auszusprechen (was bei einer „mittelschweren Widerhandlung“ nach Art. 16 Abs. 2 aSVG noch möglich war). Zur gleichen Qualifikation gelangte das Verwaltungsgericht – nunmehr unter neuem Recht – im Entscheid VGE 878/05 vom 28. September 2005 (Windschutzscheibe fahrerseitig weitgehend frei gekratzt, beifahrerseitig im oberen und mittleren Bereich vollständig vereist; vordere Seitenscheiben an diversen Stellen ebenfalls vereist). Im Entscheid VGE 814/06 vom 30. März 2006 nahm das Verwaltungsgericht gar eine leichte Widerhandlung (Art. 16a SVG) an, entgegen der Vorinstanz, die von einer schweren Widerhandlung (Art. 16c SVG) ausging. In diesem Fall hatte die Beschwerdeführerin vor Fahrtantritt rund 60% der Windschutzscheibe frei gekratzt; die Scheibe beschlug jedoch während der kurzen Fahrstrecke von 200 Metern auf der Innenseite, wodurch die Sicht eingeschränkt wurde. Der Vorwurf, dass die Sicht auch durch die teilweise vereisten Seitenfenster beeinträchtigt worden sei, stand dabei aus formellen Gründen nicht zur Beurteilung.

Demgegenüber bejahte das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau in einem Entscheid vom 27. August 1992 (AGVE 1992 S. 189 ff.) das Vorliegen einer schweren Widerhandlung nach Art. 16 Abs. 3 aSVG. Hier wies das Auto allseitig vereiste Fenster auf, nur ein – in seiner Grösse

nicht näher bestimmtes – Guckloch in der Windschutzscheibe und die Aussenrückspiegel sind eisfrei gewesen, wodurch die Beschwerdeführerin weder nach hinten noch zur Seite hin Sicht hatte und das Blickfeld auch gegen vorne eingeschränkt war.

d) Zu Art. 90 Ziff. 2 SVG führt das Bundesgericht aus, eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer sei bereits bei Vorliegen einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben (BGE 123 IV 88 ff. E. 3.a). Ob eine konkrete, eine erhöhte abstrakte oder nur eine abstrakte Gefahr geschaffen werde, hänge nicht von der übertretenen Verkehrsregel, sondern von der Situation ab, in welcher die Übertretung geschehe (BGE 118 IV 285 ff. E. 3a und BGE 114 IV 63 ff. S. 66, je mit Hinweisen). Wesentliches Kriterium für die Annahme einer ernstlichen oder erhöhten abstrakten Gefahr sei die Nähe deren Verwirklichung. Die allgemeine Möglichkeit der Verwirklichung einer Gefahr genüge demnach nur dann zur Erfüllung des Tatbestandes, wenn aufgrund besonderer Umstände – Tageszeit, Verkehrsdichte, Sichtverhältnisse – der Eintritt einer konkreten Gefährdung oder gar einer Verletzung naheliege (BGE 118 IV 285 E. 3.a).

Vorliegend hatte der Angeklagte vor seiner Fahrt gut einen Drittel der Windschutzscheibe vom Eis befreit, der Rest bot nur einen stark verminderten Durchblick durch die vereiste Fläche. Der frei gekratzte Bereich wies eine Grösse auf, bei der nicht mehr von einem blossen Guckloch gesprochen werden kann. Um den tatsächlichen Winkel des damals einsehbaren Strassenbereichs abzuschätzen, ist das Polizeifoto (...) jedoch nur bedingt geeignet. Der Fotografierende befand sich offenbar rechts vom Fahrer, im Bereich der Fahrzeugmittelachse. Wie weit vorne oder hinten er sich zur Zeit der Aufnahme befand, lässt sich aus dem Bild nicht genau entnehmen. Es scheint jedoch plausibel, dass er weiter hinten als der Angeklagte war (...).

Durch die seitliche Verschiebung der Aufnahmeposition ist der nach rechts (zur grossflächigen Vereisung hin) abgebildete einsehbare Bereich kleiner als er es aus der Perspektive des Fahrers wäre. So entsteht der täuschende Eindruck, der Fahrer könne bloss den Bereich bis ungefähr zur Strassenmitte einsehen. Die Verschiebung der Aufnahmeposition nach hinten bewirkt zudem eine Verkleinerung des Sehbereich-Winkels. Wie gross diese Einschränkung ist, lässt sich aufgrund fehlender präziser Angabe zum Aufnahmeort nicht genau bestimmen. (...).

Die Windschutzscheibe befindet sich aufgrund ihrer Schräge im oberen Bereich nahe beim Lenker, während sie gegen unten weiter von ihm entfernt ist. Berücksichtigt man auch die konvexe Wölbung einer solchen Scheibe, sind die oben beschriebenen Ergebnisse weiter zu relativieren. Es kann aber festgehalten werden, dass der einsehbare Bereich um einiges grösser war als dies aufgrund des frei gekratzten Bereichs (von etwas

A 4.1

weniger als 50 %) prima vista geschlossen werden könnte. Es erscheint durchaus realistisch, dass der Angeklagte durch die Windschutzscheibe (mindestens) zwei Drittel (...) von dem gesehen hat, was er bei einer vollständig eisbefreiten Scheibe gesehen hätte.

Daneben muss ein Lenker auch Strasseneinmündungen einsehen, am Fussgängerstreifen wartende Passanten rechtzeitig erblicken und weitere Verkehrsteilnehmer wie beispielsweise entgegenkommende Linksabbieger frühzeitig wahrnehmen können, was zumindest teilweise durch die vorderen Seitenfenster geschieht. Der Angeklagte hat glaubhaft ausgesagt, er sei mit geöffneten Fenstern bis auf das Areal der T AG gefahren (...). Auf dieser Strecke war damit auch peripher ein genügend grosser, einsehbarer Bereich vorhanden, er konnte damit die beiden in der Anklageschriften erwähnten Kreuzungen ohne Rechtsvortritt ausreichend gut einsehen.

Bei der Rückfahrt schloss der Angeklagte die Seitenfenster jedoch wieder, gab allerdings an, auch so noch genug gesehen zu haben. Aus den Fotoaufnahmen der Seitenscheiben könnte auf den ersten Blick geschlossen werden, diese Scheiben hätten keine genügende Sicht zur Seite hin zugelassen. Wiederum erweisen sich diese Fotos jedoch als nur bedingt aussagekräftig (...). Aufgrund fehlender weiterer objektiver Anhaltspunkte ist zugunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass er (auf dem kurzen Rückweg) durch die Seitenfenster die Verkehrssituation ebenfalls hinreichend beobachten, überblicken und einschätzen konnte. Ergänzend ist anzufügen, dass der alleine durch die Windschutzscheibe einsehbare Bereich bei einer Sitzposition weit hinten zwar abnimmt, gleichzeitig der dabei (auch teilweise gegen vorne gerichtete) wahrnehmbare Bereich durch die Seitenscheiben zunimmt und umgekehrt.

Bezüglich Sicht nach hinten erübrigen sich weitere Ausführungen, da zu den Aussenrückspiegeln keine Aufnahmen gemacht wurden, (...) wiederum aus aufnahmetechnischen Gründen keine Rückschlüsse auf den Zustand der Heckscheibe abgeleitet werden können und dem Angeklagten diesbezüglich auch kein konkreter Vorwurf vorgehalten wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Überblickbarkeit der Strassenverhältnisse für den Angeklagten in ausreichender Weise gegeben war. Weiter zu berücksichtigen sind nun seine vorsichtige und langsame Fahrweise, das relativ geringe Verkehrsaufkommen, die schneefreie Fahrspur (auf der übrigen Fahrbahn lagen hingegen etwas Schnee- oder Matschresten), die bereits etwas eingesetzte Morgendämmerung (...) und die relativ kurze Fahrstrecke.

Damit hat der Angeklagte (...) weder eine konkrete ernstliche Gefahr anderer bewirkt (was ihm im Übrigen auch nicht vorgeworfen wird) noch eine erhöhte abstrakte Gefahr (im Sinne einer naheliegenden Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung) geschaffen. Es ist aufgrund

der Ausführungen zur Grösse des frei gekratzten Fensterbereichs zudem auch nicht davon auszugehen, der Angeklagte habe die entsprechenden Betriebsvorschriften in grober Weise verletzt, womit der objektive Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG vorliegend nicht erfüllt ist.

e) Durch das nicht vollständige Freikratzen der Windschutzscheibe hat der Angeklagte jedoch unangefochten gegen Art. 29 SVG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VRV verstossen und damit den objektiven Tatbestand nach Art. 93 Ziff. 2 SVG erfüllt.

5. Während Art. 93 Ziff. 2 SVG dem Art. 90 Ziff. 1 SVG bei einfachen Verkehrsregelverletzungen als *lex specialis* vorgeht, würde Art. 90 Ziff. 2 SVG (oder allenfalls Art. 93 Ziff. 1 SVG) für Fälle, welche als grobe Verkehrsregelverletzung zu qualifizieren wären, ausschliesslich Anwendung finden (da der „schwere Fall“ den „leichten Fall“ ohne weiteres mit beinhaltet; ...). Vorinstanzlich stellte sich demnach grundsätzlich die Frage, ob der angeklagte Sachverhalt *entweder* als einfache Regelübertretung zu qualifizieren (Art. 93 Ziff. 2 i.V.m. Art. 29 SVG und Art. 57 Abs. 2 VRV) *oder* als grobe Verletzung zu ahnden war (Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 29 SVG und Art. 57 Abs. 2 VRV). Eine Beurteilung ausschliesslich nach einer der genannten Bestimmungen, entfaltet – da in allen Fällen auf denselben Sachverhalt abgestellt wird – Sperrwirkung für eine Beurteilung des „verbleibenden“ Anklagepunkts (vgl. Hauser et al., Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 84 N 16 ff. sowie Maurer, Das bernische Strafverfahren, Bern 2003, S. 34 f.). Ein Freispruch im einen und ein Schuldspruch im andern, auf *demselben* Lebensvorgang beruhenden Anklagepunkt ist – wie vorinstanzlich geschehen – nicht vorzunehmen und Ziffer 1 des angefochtenen Urteils in diesbezüglicher Gutheissung der Berufung der Staatsanwaltschaft zu korrigieren.

(Urteil vom 24. April 2007, SK 2007 8).

4.2 Führen eines Fahrzeugs mit vereisten Scheiben

- „Guckloch-Fall“ (vgl. vorn A 4.1) ohne grobe Verkehrsregelverletzung (Erw. 3).
- Subjektives Tatbestandserfordernis (Erw. 4).

A 4.2

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend gab der Angeklagte zu Protokoll, er habe es aufgrund des damaligen Zustands seiner Windschutzscheibe nicht für erforderlich gehalten, Eis zu kratzen – er habe durch sie hindurch genug gesehen bzw. er habe sich in seiner Sicht nicht beeinträchtigt gefühlt. Seine Freundin gab zudem an, sie hätten am besagten Morgen zueinander gesagt, dies sei der erste Tag, an dem sie nicht mehr die Scheibe frei zu kratzen gebraucht hätten (...). Die Aussagen des Angeklagten und seiner Freundin erweisen sich als klar, dem Geschehenen angepasst detailreich; sie wurden anlässlich ihrer Wiederholung zwar in abweichendem Wortlaut, jedoch mit gleicher Kernaussage konstant wiedergegeben und erscheinen damit grundsätzlich als glaubwürdig bzw. es sind diesbezüglich keine so genannten Lügenmerkmale zu erkennen.

Demgegenüber konnten sich die an der Verkehrskontrolle beteiligten Polizisten im Nachhinein nicht mehr genau an den Vereisungsgrad der Scheiben erinnern, stützten sich in ihrer Befragung vielmehr hauptsächlich auf den von ihnen erstellten Bericht bzw. die Fotodokumentation ab. Die Detaillierung des Gefreiten G. in der nachfolgenden Frage erscheint in diesem Lichte nicht als überzeugend.

Weiter eignet sich die Fotodokumentation nur bedingt zur Beurteilung des Ausmasses der damaligen Sichtbeeinträchtigung (...). Vielmehr legen die Bilder den Schluss nahe, dass die Frontscheibe zwar keinen absolut einwandfreien, jedoch auch keinen mittelstark oder gar massiv eingeschränkten Durchblick erlaubt hatte. Hierfür sprechen auch die meteorologischen Bedingungen in der Nacht vor der Verkehrskontrolle. Gemäss Polizeibericht war es am Morgen zwar ziemlich kalt, jedoch auch trocken, was eher für eine schwächere Eisentwicklung spricht. Hinzu kommt, dass der Polizeibericht weiter festhält, die restlichen Scheiben des Fahrzeugs seien eisfrei gewesen (...). Hinzu kommen die bereits von der Vorinstanz erwähnten zusätzlichen Kriterien (geringes Verkehrsaufkommen, relativ kurze Fahrstrecke; § 136 GO) sowie die Ortskundigkeit des Angeklagten, welche ebenso gegen eine Verwirklichung des objektiven Tatbestands von Art. 90 Ziff. 2 SVG sprechen. Bereits in Ermangelung der Erfüllung des objektiven Tatbestands kann deshalb – insbesondere auch mit Blick auf VGE 814/06 (vgl. E. 2.c), in welchem selbst eine innseitige Beschlagung der Frontscheibe (welche die Sicht grundsätzlich stärker einschränkt als die vorliegenden Vereisungen) als leichte Widerhandlung qualifiziert wurde – keine Verurteilung des Angeklagten wegen grober Verkehrsregelverletzung erfolgen.

4. Nach BGE 123 IV 88 ff. E. 4.a würde zudem der subjektive Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG „ein schweres Verschulden [voraussetzen],

bei fahrlässigem Handeln mindestens grobe Fahrlässigkeit [Nichtbeachtung jener Sorgfalt, die jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen; vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. A., Zürich 1997, N 23 zu Art. 18 aStGB]. Diese ist zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist. Grobe Fahrlässigkeit kann aber auch vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig gar nicht in Betracht zieht, also unbewusst fahrlässig handelt. In solchen Fällen bedarf jedoch die Annahme grober Fahrlässigkeit einer sorgfältigen Prüfung“.

Der Angeklagte gab zwar zu, dass der Zustand der Frontscheibe nicht „lupenrein“ gewesen sei (...), jedoch beurteilte er die Sicht – in Übereinstimmung mit der Wahrnehmung seiner Freundin – als für seine Fahrt ausreichend. Eine konkrete Gefährdung wird dem Angeklagten nicht vorgehalten. Er hat gemäss glaubwürdig erscheinender (nicht zuletzt weil ihn selbst auch belastender) Aussage weder eine qualifizierte Gefährdung der anderen Verkehrsteilnehmer gewollt noch eine solche in Kauf genommen; er hat sich auch kein rücksichtsloses oder anderweitig schwerwiegend regelwidriges Verhalten zu Schulden kommen lassen. Der subjektive Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG wäre mithin ebenfalls nicht erfüllt, soweit er in der Anklageschrift überhaupt hinreichend vorgehalten wird.

(Urteil vom 3. September 2007, SK 2007 15).

4.3 Überholen und Nichtbeherrschen des Fahrzeugs

- *Keine Verkehrsregelverletzung „in dubio pro reo“, wenn Länge der Lücke vor dem zu überholenden Fahrzeug unklar ist (Erw. 3.a).*
- *Auffahrkollision bei zu geringem Abstand zum Vorderfahrzeug. Unerwartetes Bremsen des Vorderfahrzeugs als einfache Verkehrsregelverletzung bei beschränkter Nichtigkeitsbeschwerdekognition (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. (...) Die erstinstanzliche Verurteilung basiert auf der Annahme, dass anfänglich eine Lücke von maximal 30 bis 40 m bestanden und die Kolonne sich mit 60 km/h fortbewegt habe. Dabei ist zu beachten, dass sich die Frage einer genügend grossen Lücke, die ein rechtmässiges Überholen zulässt, nicht absolut und in genauen Zahlen festlegen lässt (BGE 104 IV 192 ff. E. 2.b). Es handelt sich bei den Angaben der Be-

A 4.3

fragten zudem um bloss, zum Teil divergierende Schätzungen. Die Schätzung einer Geschwindigkeit fällt nicht nur bei ungeübten Lenkern oder gar aus Sicht eines Fussgängers ungenau aus. Auch die erfahrenen Lenker unter den Beteiligten konnten schon mangels belegter Tachobeobachtung keine präzisen und übereinstimmenden Angaben machen. Die Schätzung des Abstands zwischen zwei sich bewegenden Fahrzeugen ist erfahrungsgemäss äusserst schwierig. Aus diesem Grund wäre entweder zu Gunsten des Beschwerdeführers von für ihn günstigeren Werten (die die verschiedenen Aussagen auch zulassen würden) auszugehen oder die Absolutheit der Lückenberechnung zu relativieren gewesen, wie der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Beschleunigungsmöglichkeit des Fahrzeugs B. (sog. Rennen) zu Recht geltend macht. Auch war der Abstand des Beschwerdeführers bereits unter den Prämissen der Vorinstanz (40 m Lücke bei einer Geschwindigkeit von 60 km/h, gemäss Beschwerdeführer „*mindestens* 30-40 m“) jedenfalls grösser als derjenige von BGE 105 IV 336 ff. E. 2 (Pra. 69 [1980] Nr. 215). Unter Berücksichtigung einer angemessenen Toleranz in Bezug auf die zu Grunde liegenden, unsicheren Schätzungen sowie des Umstandes, dass bei der Faustregel des „halben Tachowertes“ (Abstand [m] = halbe Geschwindigkeit [km/h]), entsprechend der Strecke, die ein Fahrzeug in 1.8 Sekunden zurücklegt, vgl. Schaffhauser, Grundriss des Schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, Bern 2002, N 694 und Dähler/Peter/Schaffhauser, AJP 8/99 S. 954) noch eine gewisse Sicherheitsmarge eingerechnet ist (der Wert entspricht unter anderem der Empfehlung betreffend Sicherheitsabstand der Beratungsstelle für Unfallverhütung bfu, vgl. www.bfu.ch), erscheint die Schlussfolgerung nach Massgabe des Unschuldsprinzips nicht haltbar, der Beschwerdeführer habe im konkreten Fall a priori nicht überholen dürfen und Art. 35 Abs. 2 SVG verletzt. Mithin ist das angefochtene Urteil in diesem Punkt gestützt auf § 152 lit. a StPO aufzuheben. (...).

4. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, auch die Verurteilung wegen einfacher Verkehrsregelverletzung im zweiten Anklagepunkt (Auf-fahrkollision infolge *Nichtbeherrschens des Fahrzeugs*, Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 90 Ziff. 1 SVG) sei aufzuheben. Insoweit er sich dabei auf den im Strassenverkehr geltenden Vertrauensgrundsatz beruft (Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 SVG), gehen seine Rügen fehl. Zwar spricht nach der Aktenlage vieles dafür, dass B. in schikanierender Weise abgebremst hat, jedoch hat dies vorliegend keinen Einfluss auf das Verfahren gegen den Beschwerdeführer (vgl. die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in E. 2; § 136 GO); vielmehr wird dieser Tatvorwurf gegenüber B. ausschliesslich im anstehenden Verfahren durch das Bezirksgericht (...) zu beurteilen sein. Soweit der Beschwerdeführer zudem geltend macht,

die Vorinstanz habe nicht genügend berücksichtigt, dass der Auffahrkollision ein durch B. vereiteltes Überholmanöver vorangegangen und es dem Beschwerdeführer nicht mehr möglich gewesen sei, den Sicherheitsabstand über 20 bis 30 m hinaus zu vergrössern, ist dieser Einwand unbegründet. Der Beschwerdeführer sagte aus, dass er auf gleicher Höhe massiv gebremst habe und sich mit genügendem Abstand hinter B. eingereiht habe. Diesen Abstand bezeichnete er mit „viel“ bzw. schätzte ihn auf „20-30 m“; auch der Abstand zum ihm nachfolgenden Fahrzeug bezeichnete er als „genügend“, „viel“ und schätzte ihn auf 50 m. *Nach* dem Einbiegen hat der Beschwerdeführer zudem gehupt. Als er hinter B. fuhr, betrug die Geschwindigkeit des Beschwerdeführers gemäss eigener Schätzung 50-60 km/h bzw. ca. 60 km/h. Zudem gab der Beschwerdeführer an, bereits entsprechend weit vor der Kurve bei der Kapelle Erli auf die rechte Fahrspur eingebogen zu sein. Aufgrund der Auffahrkollision muss indes geschlossen werden, dass der gewählte Abstand (wie gross auch immer er tatsächlich gewesen sein mag) jedenfalls selbst einige Zeit nach dem abgebrochenen Überholmanöver nicht ausreichend war, um auch auf unvorhergesehene Situationen angemessen reagieren zu können. Der Beschwerdeführer wäre verpflichtet gewesen, das Auto auch dann rechtzeitig (d.h. ohne Kollisionsfolge) abbremsen zu können, wenn der vor ihm fahrende B. aus zulässigen Gründen einen Notstopp hätte einleiten müssen. Der Beschwerdeführer hätte den Abstand zwischen den Kollisionsfahrzeugen sofort nach Wiedereinreihen auf der rechten Fahrspur durch fortgesetztes (schwächeres) Bremsen (zusätzlich) kontinuierlich vergrössern können und müssen. Die Strecke hierzu war nach den eigenen Ausführungen des Beschwerdeführers offensichtlich ausreichend gewesen, ebenso hätte der Abstand zum nachfolgenden Fahrzeug eine stetige, sanfte Geschwindigkeitsverminderung zugelassen. Die 7.7 m lange Bremsspur des (in einer Rechtskurve entlasteten) rechten Vorderrades seines nicht mit ABS ausgestatteten Fahrzeugs vermag ihn mangels strafrechtlich zulässiger Schuldkompensation nicht zu entlasten, sondern deutet vielmehr zusätzlich darauf hin, dass der Abstand zum Fahrzeug von B. zu klein gewählt war und er ihn selbst nach einem allenfalls knappen Wiedereinbiegen nicht vergrössert hat. Damit ist ein Nichtigkeitsgrund nach § 152 StPO (insbesondere der behaupteten Entscheidfällung aufgrund willkürlicher Annahmen) zu verneinen. Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil im Lichte der vorgetragenen, am Anklagevorwurf vorbeizielenden Willkürzüge nicht zu beanstanden.

(Beschluss vom 23. April 2007, RK2 2007 35).

A 4.4

4.4 Allgemeines Verbot

- *Unter ein allgemeines Badeverbot nach § 179 ZPO fällt auch unbefugtes Schwimmen (Erw. 6).*
- *Unzulässigkeit eines zivilrechtlichen Badeverbots für öffentliche Gewässer (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

Am (...) wurde das folgende allgemeine Verbot erlassen und anschliessend im Amtsblatt publiziert:

Unberechtigten wird bei einer Busse von Fr. 50.00 bis Fr. 500.00 in jedem einzelnen Übertretungsfall verboten (...) auf dem Grundstück (...) zu baden, sonnenbaden (...), Lärm zu verursachen (...).

Die Grundeigentümerin verzeigte in der Folge Personen, die sich von ihrem Grundstück aus zum Schwimmen ins Wasser begaben. Gegen den erstinstanzlichen Freispruch erhob sie Nichtigkeitsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

6. Die Vorinstanz macht (...) detaillierte Ausführungen zu den Begriffen „baden“ und „schwimmen“ und kommt dabei zum Schluss, schwimmen falle nicht unter den Begriff des verbotenen Badens/Sonnenbadens, da unter anderem aufgrund der kurzen Verweildauer auf dem Landteil des Grundstücks die Beschwerdegegner nicht zu einer „Badeanstaltssituation“ beitragen würden. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine willkürliche tatsächliche Annahme (§ 152 lit. b StPO).

Gemäss der Brockhaus-Enzyklopädie (in zwanzig Bänden, Ausgabe 1973, Bd. 17) handelt es sich beim Schwimmen um „die Eigenschaft eines Körpers, von einer Flüssigkeit getragen zu werden“. Mangels genügendem Auftrieb durch die relativ hohe spezifische Dichte eines menschlichen Körpers, auch unter Berücksichtigung der gefüllten Lungen (statischer Auftrieb), müsse dieser Auftrieb mittels geeigneter Bewegungen dynamisch erzielt werden. Unter dem Eintrag „Bad“ wird in der Ausgabe 1967, Bd. 2, ausgeführt, es handle sich um „das Eintauchen des Körpers (Ganz- oder Vollbad) oder einzelner Körperteile (Teilbad, z.B. Armbad) in Wasser mit oder ohne Zusätze; im übertragenen Sinne: den Körper den Sonnenstrahlen aussetzen (Sonnenbad)“.

Daneben kann der Ausdruck „baden“ in weiteren Sinnübertragungen wie beispielsweise „ein Bad in der Menge nehmen“ verwendet werden, jedoch setzt die ursprüngliche Bedeutung von Baden das (zumindest teilweise) Eintauchen des Körpers *in das Wasser* voraus. Damit fallen mehr oder weniger alle Tätigkeiten *im Wasser* (also auch das Schwimmen) unter den Begriff des Badens, da zusätzliche Tätigkeiten (wie beispielsweise gehen, mit einem Ball spielen) das Baden nicht ausschliessen, sondern vielmehr zu diesem hinzutreten. In diesem Sinne werden die Begriffe auch in der Alltagssprache verwendet, so zum Beispiel im Wort „Schwimmbad“, einer Badeeinrichtung, die in erster Linie fürs Schwimmen bestimmt ist. Als weiteres Beispiel mögen die Baderegeln der Schweizerischen Lebensrettungs-Gesellschaft SLRG dienen (abrufbar via www.slr.ch), die auch Verhaltensanweisungen bzw. Empfehlungen betreffend das Schwimmen beinhalten. Die Auslegung, welche vom alltäglichen Sprachgebrauch in nicht hinreichend begründeter Weise abweicht (bzw. indem die Begriffe „baden“ und „sonnenbaden“ in unzulässiger Weise gleichgesetzt wurden), lässt sich nicht aufrechterhalten.

Unabhängig vom Wegfall dieser Begründung (...) sind die Rügen zu den weitem vorinstanzlichen Ausführungen (...) zu prüfen, da es sich um eine zweite selbständige Erwägung der Vorinstanz zur Stützung des angefochtenen Urteils handelt.

7. Das Betreten bzw. Begehen des beschwerdeführerischen Grundstücks war den Angeklagten nach dem Gesagten (...) erlaubt, weil es durch den Wortlaut des Verbots nicht erfasst wird. Dies gilt insbesondere auch für die dem Weg bzw. der Hafenanlage vorgelagerten Steine, unbeesehen von einem allenfalls bestehenden oder nicht bestehenden Fusswegrecht, welches im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen ist. Weiter kann offen gelassen werden, ob allenfalls ein Deponieren des Badetuchs während des Schwimmens unter die Tätigkeit des Sonnenbadens zu subsumieren gewesen wäre, da solches den Angeklagten ebenfalls nicht vorgehalten wurde. Bleibt somit noch die Beurteilung des Schwimmens im See.

Die Regelung der Öffentlichkeit von Gewässern (vgl. dazu bereits E. 5.c) ist Sache der Kantone (BSK-Rey, N 28 zu Art. 664 ZGB). Gemäss § 2 lit. a WRG (SRSZ 451.100) handelt es sich beim See auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin um ein öffentliches Gewässer (vgl. auch die Ausführungen der Vorinstanz, § 136 GO), wobei das entsprechende Hoheitsrecht dem Kanton zusteht (Art. 664 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Wasserrechtsgesetz). Das Eigentum der Beschwerdeführerin bleibt gemäss § 3 auch bezüglich der seeabgedeckten Fläche (zu deren Begrenzung: BGE 93 II 170 ff. E. 7.b) bestehen. Es kann jedoch auch für Privateigentum die Zulässigkeit eines Gemeingebrauchs vorgesehen

A 4.4

werden (BK-Meyer-Hayoz, N 64 zu Art. 664 ZGB), was die Ausübung gewisser Eigentums- und Besitzrechte (insbesondere die Abwehrrechte) zugunsten der Öffentlichkeit einschränkt, ohne das Privateigentum als solches jedoch in Frage zu stellen. Der zulässige Gemeingebrauch des Sees auf dem beschwerdeführerischen Grundstück bestimmt sich nach § 5 WRG; insbesondere steht er jedermann zum „Baden“ offen. Dieser bestimmungsgemässe Gebrauch hat jedoch zusätzlich in den Schranken der Gemeinverträglichkeit zu erfolgen, damit er sich als rechtmässig erweist (BSK-Rey, N 11 zu Art. 664 ZGB; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz 2375).

Wie oben ausgeführt wurde (E. 6), fällt der Begriff des Schwimmens (entgegen den Ausführungen der Vorinstanz) unter den Begriff des Badens. Die Ausübung dieser Tätigkeit ist den Angeklagten durch das kantonale öffentliche Recht erlaubt, womit eine Strafbarkeit wegen Missachtens eines allgemeinen richterlichen Verbots nach § 179 ZPO auch diesbezüglich auszuschliessen ist (vgl. Frank et al., Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 2 und 6 zu § 225 ZPO/ZH). Insoweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Betreten des Seegrundes verletze das genannte Verbot, ist darauf hinzuweisen, dass Baden auch das Waten im Wasser (und damit auf dem Seegrund) einschliesst, ebenso das Herausragen des Körpers aus der Wasseroberfläche (was von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht als Verbotsübertretung gerügt wird), insbesondere um atmen zu können. Andernfalls bestünde die einzige Möglichkeit, die Grenze eines Gewässers unter- und oberhalb einzuhalten, im Tauchen, wobei bereits das Eintauchen nicht mehr darunterfallen würde (...).

Es wird zudem weder behauptet noch ergibt sich solches aus der Anklage, dass das Schwimmen der Angeklagten nicht gemeinverträglich gewesen sei (vgl. zu diesem Begriff Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 2375 sowie 2396 ff.), womit das Bad vom 7. August 2004 durch das öffentlichrechtlich gewährleistete Schwimm- und Baderecht erlaubt war. Damit begründen die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nach § 156 Abs. 1 i.V.m. § 152 lit. b StPO, die Nichtigkeitsbeschwerden sind mithin abzuweisen.

(Beschluss vom 15. Juni 2007, RK2 2007 11 und 12).

5. Strafprozessrecht

5.1 Zeugnisverweigerungsrecht

- *Zeugnisverweigerungsgründe und Sanktionsmöglichkeiten bei unzulässiger Zeugenverweigerung (Erw. 3.a).*
- *Befürchtung von strafrechtlichen Sanktionen im Ausland infolge Bekanntgabe des Lieferanten strafrechtliche Sanktionen; unmittelbarer Nachteil nach zugegebenem EPO-Konsum? (Erw. 3.b).*
- *Fehlende Relevanz der Aussage, von wem der Sportler das EPO erhalten hat (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer verweigert in einem vorläufig gegen eine unbekannt Person gerichteten Strafverfahren sein Zeugnis zur Frage, von wem er das EPO bezogen hat. Deshalb hat ihm das Bezirksamt A. mit angefochtener Verfügung eine Ordnungsbusse auferlegt. Die Staatsanwaltschaft hat die Verhängung einer Ordnungsbusse geschützt. Die Busenaufgabe selbst ist nicht bestritten, sondern nur der dafür angeführte Grund der Unzulässigkeit der partiellen Zeugnisverweigerung. Klarzustellen ist, dass gegen den Beschwerdeführer selber kein Strafverfahren geführt wird.

Beweisbeschränkungen, wozu Zeugnisverweigerungsrechte zählen, können sich aus dem kantonalen Recht oder übergeordnetem Verfassungs- oder Staatsrecht aus Gründen der Wahrung schutzwürdiger öffentlicher oder privater Interessen, gewisse Beweismittel nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen, ergeben (vgl. BGE 133 I 36 f.).

a) Grundsätzlich ist nach § 47 Abs. 1 StPO im Strafverfahren jedermann zur Auskunftserteilung verpflichtet. Für das Zeugnisverweigerungsrecht sind indes die Bestimmungen der Zivilprozessordnung anwendbar (§ 47 Abs. 2 StPO). Nach § 132 ZPO können neben Angaben über berufliche bzw. amtliche Geheimnisse Aussagen verweigert werden, die zur Schande oder zum unmittelbaren Nachteil des Zeugen oder ihm nahestehender Personen gemacht werden müssten. Verweigert der Zeuge unbefugt die Aussage, so wird er nach Androhung vom erkennenden Gericht mit Busse bis Fr. 500.00 oder mit Haft bis zu zehn Tagen bestraft. Wenn er die Weigerung fortsetzt, wird er dem Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams überwiesen (Art. 135 Abs. 2 ZPO). Dass

A 5.1

der Untersuchungsrichter mit Strafbefehlskompetenz die Befugnis hat, die Zeugnisverweigerung mit Ordnungsbusse zu ahnden, ist vorliegend zu Recht nicht bestritten worden.

b) In der Einvernahme vom 23. Oktober 2006 hat der Untersuchungsrichter dem Beschwerdeführer gestützt auf den Beschluss des Kantonsgerichtspräsidiums vom 13. Juli 2006 mitgeteilt, dass ihm kein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe und ihm für den Fall der weiteren Verweigerung von Antworten Busse oder Haft im Sinne von Art. 135 Abs. 2 ZPO angedroht. Der Beschwerdeführer hielt dennoch an der Zeugnisverweigerung fest (...). Er findet es etwas abwegig, von ihm zu verlangen, sich nicht mehr in das umliegende Ausland zu begeben, weil er in Gefahr laufe, dort verhaftet zu werden. (...).

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers begründet das Zeugnisverweigerungsrecht vor Kantonsgericht (...) mit der drohenden ausländischen Strafverfolgung. Es seien Konstellationen nicht auszuschliessen, in denen der Beschwerdeführer in andern europäischen Staaten eine strafrechtliche Sanktion zu befürchten hätte, zwar kaum aufgrund des Zugeständnisses des [EPO-]Konsums selber, sondern erst dann, wenn er einen im Ausland ansässigen Lieferanten bezeichnen müsste. Das Kantonsgericht habe mit Beschluss vom 13. Juli 2006 verkannt, dass es sich beim Konsum und beim Inverkehrbringen von Dopingmitteln um zwei unterschiedliche Straftatbestände handle.

c) Das Zeugnisverweigerungsrecht wegen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung ist die logische Folge davon, dass ein Beschuldigter weder sich selbst noch ihm nahestehende Personen belasten muss (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 62 N 21). Deshalb kann es nicht vom *Nachweis* eines Grundes abhängig gemacht werden. Eine blosser Vermutung oder Befürchtung, es könnte eine Straftat vorliegen, rechtfertigt eine Zeugnisverweigerung jedoch noch nicht (ebd.).

Das Kantonsgerichtspräsidium hat im Beschluss vom 13. Juli 2006 keineswegs verkannt, dass es neben dem Konsum auch einen Straftatbestand des Inverkehrbringens geben kann. Abgesehen davon, dass der Beschluss unangefochten geblieben und damit verbindlich ist, wurde darin vielmehr erwogen, ein Sporttreibender unterliege nicht den schweizerischen Dopingbestimmungen, soweit er nur für sich selbst Dopingmittel aus dem Ausland einführe (vgl. PR 2005 20 E. 4 lit. a mit Hinweisen). Mit der von ihm verlangten Auskunft über die Herkunft dieser Dopingmittel wird der Beschwerdeführer nicht sich selbst, sondern die momentan unbekannte Täterschaft des Inverkehrbringens belasten; denn solange er lediglich selbst konsumierte und allenfalls in die Schweiz

einführte, was ihm vom Lieferanten an Dopingmitteln abgegeben worden ist, handelt es sich um eine notwendige Teilnahme, die straflos ist (vgl. Bohnenblust/Haenni/ Gross/Studer, Expertise für BASPO im Januar 2002 S. 12 f.), weil die Strafbestimmungen darauf abzielen, Personen im Umfeld der Sporttreibenden zu bestrafen und der konsumierende Sportler, der sich selbst gefährdet, dafür nicht staatlich bestraft werden soll (BBl 1999 IV S. 3571). Es ist unstrittig, dass der Beschwerdeführer Fragen danach nicht zu beantworten hätte, ob er darüber hinaus mit verbotenen Mitteln gehandelt, z.B. an andere weitergegeben habe. Deren Beantwortung würde ihn auch in der Schweiz der Strafverfolgung und damit einem unmittelbaren Nachteil aussetzen. Um die Beantwortung von Fragen zu solchen Konstellationen geht es vorliegend aber nicht. Dem BASPO, welches nur gegen Unbekannt Strafanzeige erstattet hat, haben denn auch keine entsprechenden konkreten Hinweise vorgelegen, welche auf ein Vergehen des Beschwerdeführers gegen Art. 11d bzw. Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport hingedeutet hätten. Die vom Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend gemachte theoretische Möglichkeit, dass der bisher unbekannt Dopinglieferant den Beschwerdeführer in dieser Hinsicht zusätzlich belasten könnte, wäre ferner auch kein Nachteil, der sich *unmittelbar* aus der von ihm verlangten Auskunft über die Identität seines Dopinglieferanten ergeben könnte.

Soweit der Beschwerdeführer wegen Selbstkonsums bzw. Bezugs verbotener Mittel dazu eine strafrechtliche Verfolgung im Ausland befürchtet, ergibt sich diese Gefahr keineswegs direkt aus seiner Aussage darüber, von wem er das EPO erhalten hat. Abgesehen von der vom BASPO geltend gemachten Verjährung und der sehr wohl relevanten Tatsache, dass der Dopingkonsum des Beschwerdeführers aufgrund verschiedenster Presseberichte allgemein bekannt ist, bleibt nämlich zu wiederholen, was im Präsidiumsbeschluss vom 13. Juli 2006 bereits erwogen worden ist (PR 2005 20 E. 4 lit. b). Eine ohnehin wenig wahrscheinliche Strafverfolgung im Ausland wäre *zusätzlich* von einem Auslandsaufenthalt des Beschwerdeführers abhängig, weshalb es sich dabei nicht um einen Nachteil im Sinne des Gesetzes handelt, der sich *unmittelbar* aus der von ihm verlangten Preisgabe der Identität des Lieferanten bzw. der Herkunft der Dopingmittel ergeben würde. Der wie gesagt schon aufgrund des öffentlichen Geständnisses allfällig bestehende Nachteil eingeschränkter Auslandsaufenthalte kann zwar als eine unangenehme, für das Recht der Zeugnisverweigerung aber nicht relevante und ohnehin nur indirekte Folge auftreten.

Der Beschwerdeführer vermag mithin die für das Zeugnisverweigerungsrecht nachgeschobene Befürchtung einer *unmittelbar* drohenden strafrechtlichen Verfolgung nicht konkret glaubhaft zu machen. Aus sei-

A 5.2

ner Argumentation ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die Bekanntgabe des Dopinglieferanten seine Situation erschweren und damit an der Gefahr einer Strafverfolgung gegen ihn selbst etwas *ändern* könnte.

d) Die vom Beschwerdeführer vor dem Untersuchungsrichter noch erwähnten Nachteile für ein geplantes berufliches Fortkommen sind hinsichtlich ihrer Unmittelbarkeit und ihres Überwiegens gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung nicht hinreichend glaubhaft gemacht und nicht näher spezifiziert. In der Beschwerde an das Kantonsgericht macht er in tatsächlicher Hinsicht denn auch diesbezüglich keine Nachteile (mehr) geltend. Darauf braucht deshalb nicht mehr weiter eingegangen zu werden.

4. Damit ist der Untersuchungsrichter zutreffend von einer nicht gesetzeskonformen Zeugnisverweigerung ausgegangen und hat den Beschwerdeführer androhungsgemäss und zu Recht gebüsst. (...).

(Beschluss vom 7. Mai 2007, RK2 2007 19; auf eine gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 1B_108/2007 nicht eingetreten).

5.2 Verfahrenseinstellung

- *Einwilligung für Amtshandlungen einer ausserkantonalen Polizeieinheit im Kanton Schwyz (Erw. 4).*
- *Ein polizeilicher Zugriff hat nicht „kompromisslos“, sondern den Umständen angepasst und verhältnismässig zu erfolgen (Erw. 4).*
- *Vorläufige Beurteilung des polizeilichen Vorgehens (Erw. 4.a), insbesondere der Art und Dauer der Festhaltung (Erw. 4.b).*

Aus dem Sachverhalt:

Das Verhöramt hat eine Untersuchung gegen „Verantwortliche der (...) Kantonspolizei“ (Gruppe Luchs) wegen Verdachts auf strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit und strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht anlässlich eines polizeilichen Zugriffs auf zwei Personen, die irrtümlich mit zwei international gesuchten mutmasslichen Gewaltdelinquenten verwechselt wurden, eingestellt, was von der Staatsanwaltschaft bestätigt wurde. Das Kantonsgericht hat die Einstellung aufgehoben und die Sache zur Be-

weiser Ergänzung und Verfahrenserweiterung an die Untersuchungsbehörde zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die Untersuchungsbehörde habe ihre Abklärungspflicht verletzt. Sie fordern weitere Beweiserhebungen und eine Ausweitung des Verfahrens auf weitere Straftatbestände und involvierte Personen. Auch gestützt auf die vorliegenden Indizien müsse Anklage erhoben werden. Überdies fehle es im Kanton Schwyz an einer gesetzlichen Grundlage für das gewaltsame polizeiliche Vorgehen. Die erforderliche Zustimmung für den Zugriff der (...) Einsatzkräfte auf Schwyzer Territorium habe nicht vorgelegen. (...).

Zuzustimmen ist der Vorinstanz grundsätzlich darin, dass die fehlende Einwilligung eines Nachbarkantons nicht ohne weiteres die Strafbarkeit einer ausserkantonalen polizeilichen Amtshandlung zur Folge hat; aufgrund der Akten ist vorliegend ohnehin von der Zustimmung des Kantons Schwyz auszugehen. Angesichts von § 20 Abs. 2 Satz 3 PoIV (vgl. auch Art. 2 ff. des Konkordats über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Zentralschweiz) ist nicht einzusehen, weshalb es an einer gesetzlichen Grundlage für die polizeiliche Aktion fehlen sollte. Im Übrigen gehen die Bestimmungen des Bundesrechts vor (BGE 115 IV 162). Polizeiliche Gewaltanwendung ist daher primär im Lichte von Art. 14 StGB zu beurteilen; Massstab ist die Verhältnismässigkeit (vgl. auch Art. 36 Abs. 3 BV; Donatsch, in: Donatsch et al., Kommentar zum StGB, 17. Aufl., Zürich 2006, S. 59; Trechsel, Kurzkommentar zum StGB, 2. Aufl., Zürich 1997, N 6 zu alt Art. 32 StGB, mit Verweisen auf die Praxis; Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 241; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., Bern 2005, S. 247; BGE 121 IV 212). Der Eingriff in die Rechte des Betroffenen ist in Bezug zu setzen zu den damit verfolgten Zielen und hat – ex ante betrachtet – geeignet, erforderlich und den Umständen angemessen zu erscheinen. Insofern trifft die von Beschwerdegegnern sowie von Verhöramt und Staatsanwaltschaft verwendete Formulierung, wonach ein polizeilicher Zugriff "kompromisslos" durchgeführt werden müsse, gerade nicht zu; polizeiliches Handeln hat stets den Umständen angepasst und *verhältnismässig* zu sein. Danach beurteilt sich nachfolgend im Wesentlichen für alle in Frage stehenden Tatbestände *vorerst*, ob weitere Untersuchungshandlungen zur Abklärung eines noch nicht ausgeräumten Tatverdachts erforderlich erscheinen oder ob sich die angefochtene Verfahrenseinstellung auf eine ausreichende Begründung für die Rechtmässigkeit des Polizeieinsatzes zu stützen vermag.

A 5.2

a) Letzteres wird vorliegend mit Bezug auf das Vorgehen der (...) Polizei von den Beschwerdeführern in Abrede gestellt. Sie machen geltend, bei der „Entnahme“ aus dem Fahrzeug sei es zu Übergriffen gekommen (Beschimpfungen, Fusstritte, Schläge, Würgen etc.). Sie verweisen auf die im Austrittsbericht des Spitals Schwyz am 10. Juni 2005 diagnostizierten Verletzungen. Eine gewaltsame Entnahme aus dem Fahrzeug sei im Übrigen nicht notwendig gewesen, es hätte genügt, die Beschwerdeführer, welche die Polizei nicht als solche erkannt, sich im Übrigen aber nicht physisch zur Wehr gesetzt hätten, zum Aussteigen aufzufordern. Kein Anlass habe für die gewaltsame Entnahme des Beifahrers durch das eingeschlagene Beifahrerfenster bestanden, die Fahrzeigtüren seien unverschlossen gewesen.

Die Polizeiverantwortlichen bestreiten, dass es zu Fusstritten oder Schlägen gekommen sei. Vielmehr hätten die Beschwerdeführer, die sich einem ersten Festnahmeversuch durch Flucht mit dem Fahrzeug entzogen hätten, den Anweisungen der Einsatzkräfte, die sich als solche zu erkennen gegeben und die Beschwerdeführer aufgefordert hätten, mit erhobenen Händen auszusteigen, keine Folge geleistet; die Verhaftung habe konsequent zu Ende geführt werden müssen. Zudem sei die Beifahrertüre verschlossen gewesen. Die Verhafteten seien kontrolliert zu Boden geführt, gefesselt und mit verbundenen Augen gegen eine Hauswand aufgestellt worden. Verhöramt und Staatsanwaltschaft sind dieser Darstellung gefolgt. Sie kamen zum Schluss, die Verletzungen der Beschwerdeführer seien die Folge des grundsätzlich verhältnismässigen Vorgehens der Polizei.

Unklar ist, weshalb das Verhöramt darauf verzichtete, die letztere Frage den *behandelnden Ärzten* zur Stellungnahme zu unterbreiten (oder nötigenfalls *begutachten* zu lassen); dies hätte zur Klärung des Sachverhalts beitragen können und erscheint angesichts der Schwere der Vorwürfe angezeigt, zumal die Beschwerdeführer behaupten, die erlittenen Verletzungen seien nicht mit einer korrekten Abwicklung der Verhaftung bzw. der Entnahme aus dem Fahrzeug durch das eingeschlagene Fenster erklärbar. Ob das Fahrzeug, wie von den Beschwerdeführern behauptet, über einen *Zentralverriegelungsmechanismus* verfügte, lässt sich den Akten nicht entnehmen, ebenso wenig, ob die (...) Sondereinheit beim Einsatz vom *Notruf der Beschwerdeführer* nach dem ersten (als Überfall aufgefassten) Festnahmeversuch unter Telefonnummer 117 wusste. Für eine Beurteilung der Verhältnismässigkeit sind diese Punkte von Bedeutung. Zudem sind auf dem *Videoprotokoll* entscheidende Phasen des Zugriffs nicht erkennbar. Die Beschwerdeführer machen geltend, die bei den Akten liegende Kopie sei bearbeitet worden; sie verlangen die Edition der Originalaufnahmen, was für eine Beurteilung der Sache in der Tat von Bedeutung sein kann.

b) Die Beschwerdeführer rügen ferner Art und Dauer der *polizeilichen Festhaltung*, insbesondere die Anbringung von Fesseln und Augenbinden unmittelbar nach der Festnahme. Tatsächlich ist aufgrund der Akten nicht ersichtlich, weshalb jedenfalls dem Beschwerdeführer Y. fünfundvierzig Minuten *nach* der Feststellung, dass es sich bei ihm nicht um den Gesuchten handelte, die Augenmaske noch immer nicht abgenommen worden war. Verhöramt und Staatsanwaltschaft rechtfertigten dies mit dem Schutz der Identität der Einsatzkräfte sowie der Fluchtgefahr. Beides überzeugt nicht. Eine Enttarnung war nicht zu befürchten, da die Polizisten verumumt waren. Eine Fluchtgefahr hat nach Feststellung der Personenverwechslung nicht (mehr) bestanden, erst recht nicht angesichts der Fesselung. Der von der Verteidigung vorgeschobene Schutz der Identität der Verhafteten rechtfertigt den Eingriff ebenfalls nicht; dazu hätten, wenn schon, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung gestanden. Der Auffassung von Verhöramt und Staatsanwaltschaft, wonach die angelegten *Augenbinden* durch die Fesselung gleichsam "konsumiert" würden, kann nicht zugestimmt werden; es handelt sich dabei um einen eigenständigen Eingriff von erheblicher Intensität, der seinerseits verhältnismässig zu sein hat. Die genauen Umstände und Verantwortlichkeiten sind im Hinblick auf die beanzeigten Amts- und Freiheitsdeliktstatbestände abzuklären. Ob es sich bei den im Gesetz nicht geregelten Augenbinden überhaupt um ein zulässiges polizeiliches Zwangsmittel handelt, kann an dieser Stelle offen bleiben. Im Lichte von § 18 Polizeiverordnung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist die *Fesselung* der beiden Beschwerdeführer; es stellt sich indessen die Frage der Dauer derselben bzw. weshalb bis zum Erscheinen der Kantonspolizei Schwyz rund eine Stunde verstrich und ob unter den gegebenen Umständen auf den Beizug der Schwyzer Kollegen zur blossen Identitätsabklärung hätte verzichtet werden können bzw. müssen. (...).

(Beschluss vom 3. Dezember 2007, RK2 2007 96 und 97).

5.3 Nichteröffnung eines Strafverfahrens

- *Befugte behördliche Anordnungen sind keine unzulässigen Freiheitsbeschränkungen, auch wenn sie von der Rechtsmittelinstanz korrigiert worden sind.*

A 5.3

Aus den Erwägungen:

3. Wegen Nötigung wird bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden (Art. 181 StGB). Die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will, besteht nicht absolut, sondern nur relativ innerhalb der durch die Staats- und Rechtsordnung und die Gesellschaft jedermann auferlegten Sach- und Rechtszwängen. Die Nötigung setzt einen Angriff auf diese, jedem Einzelnen zur freien Gestaltung zustehende, relative Freiheit voraus. Vorweg ist demnach zu prüfen, welche Grenzen einer Person für die freie Entfaltung ihres Willens und Handelns gesetzt sind. Nur innerhalb dieser Grenzen trifft gezielte Druckausübung den Bereich der geschützten Willens- und Handlungsfreiheit. Darum liegt nicht in jeder Einflussnahme auf den Willen oder die Handlungen des Betroffenen ohne weiteres eine unzulässige Freiheitsbeschränkung (Delnon/Rüdy, BSK, Art. 181 StGB N 5, 8 f. und 13 f.).

Die Vormundschaftsbehörde ist im Gegensatz zu irgendeiner privaten Person befugt, gegenüber dem Beschwerdeführer das Besuchsrecht hoheitlich zu regeln und ihm Grenzen bei der Entfaltung seines Willens und Handelns zu setzen. Sie durfte grundsätzlich das Besuchsrecht verweigern oder ein solches auch nur unter Bedingungen bzw. Auflagen erteilen. In ihrem Vorgehen als Behörde liegt insoweit keine unzulässige Freiheitsbeschränkung.

Die Staatsanwaltschaft hat das Abhängigmachen der Gewährung des begleiteten Besuchsrechts von einer Kostengutsprache des Beschwerdeführers zutreffend nicht als unzulässige Androhung eines ernstlichen Nachteils erachtet. Unerheblich dabei ist, dass der Beschluss der Vormundschaftsbehörde nicht mit einer förmlichen Verfügung mitgeteilt worden ist. Aufgrund der unmissverständlichen Wortwahl des Schreibens vom 19. April 2006 war klar, dass die Vormundschaftsbehörde beschlossen hatte, ohne vorgängige Kostengutsprache kein begleitetes Besuchsrecht zu gewähren. Diese Druckausübung war angesichts der zu erwartenden beschränkten Kosten nicht erheblich und verwehrte es dem Beschwerdeführer denn auch nicht, sein Anliegen der Einräumung des Besuchsrechts weiter so zu verfolgen, wie er es wollte. Daran ändert nichts, dass der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz festgestellt hat, die Vormundschaftsbehörde hätte das begleitete Besuchsrecht nicht von einer Kostengutsprache abhängig machen dürfen. Ansonsten wäre jeder durch eine Rechtsmittel- oder eine Aufsichtsinstanz korrigierte Beschluss einer Behörde eine Nötigung. Der Zwang zur Entscheidung, ob man einen Rechtsakt anfechten will oder nicht, sowie Verzögerungen durch Rechtsmittelverfahren sind Freiheitsbeschränkungen, welchen jeder Ad-

ressat von Behördenentscheiden gleichermaßen unterworfen ist und damit nicht den geschützten Bereich betreffen (Delnon/Rüdy, BSK, Art. 181 Rz 9). Dass der Beschwerdeführer lieber nicht vor diese Alternative gestellt worden wäre, ist nicht erheblich. Schliesslich überschritt die notwendigerweise mit jedem Behördenhandeln verbundene, in casu indes fehlerhafte Einflussnahme auf die Willensbildung des Beschwerdeführers das übliche Mass offensichtlich nicht.

(Beschluss vom 18. Januar 2007, RK2 2006 128).

5.4 Überwachung über eine Hauszentrale

- *Die Überwachung einer Hauszentrale untersteht dem BÜPF und ist vorbehältlich ihrer Genehmigung ohne Umweg über den Dienst für besondere Aufgaben (DBA; heute ISC-EJPD) zulässig (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Für künftige Verfahren ist noch kurz darauf einzugehen, ob derartige Überwachungsanordnungen zu Hauszentralen (selbst wenn es sich um solche desselben Gemeinwesens handelt) überhaupt in den Geltungsbereich des BÜPF fallen (nicht hinreichend geregelt in den neuen IKT-Weisungen vom 23. Oktober 2007, § 24, RRB Nr. 1406, die indes auch keinen Rechtssatzcharakter aufweisen). Dies ist deshalb zu bejahen, weil im Geltungsbereich des Bundesgesetzes, das unter anderem die Fernmeldeüberwachung für alle *Strafverfahren* abschliessend regelt, insbesondere Hauszentralen ausdrücklich eingeschlossen sind (Art. 1 Abs. 4 BÜPF; Kommentar Hansjakob, 2. A., N. 32 zu Art. 1 BÜPF). Damit stellt sich die Frage, ob die Überwachungsanordnung hat direkt gestellt werden dürfen oder nicht vielmehr an den Dienst für besondere Aufgaben (DBA) im UVEK hätte gerichtet werden müssen. Vorliegend ist indes klar, dass der DBA die gewünschte Überwachung nicht hätte selbst veranlassen können, sondern seinerseits die für die Hauszentrale verantwortlichen Personen hätte beauftragen müssen. Die Bundesgesetzgebung schreibt zudem *nicht* vor, dass Überwachungsgesuche in jedem Fall zwingend über die Bundesstelle abgewickelt werden müssten (Art. 2 BÜPF; widersprüchlich: Hansjakob, a.a.O., N. 36 zu Art. 1 bzw. N. 4 zu Art. 2). Aufgrund der ratio legis, dass die Bündelung der Gesuche beim DBA dazu bestimmt ist, den Überwachungsablauf zu vereinfachen, erscheint es jedenfalls zulässig, in Fällen, in denen der Bund nicht weiterhelfen kann (zu Hauszentralen vgl. Hansjakob, a.a.O., N. 2 zu Art. 29 ÜVPF) und Überwachungsdaten auf einfache Weise direkt bezogen wer-

A 5.5

den können, auf den Umweg über den Bund zu verzichten. Diesfalls kann eine Verfügung (Überwachungsanordnung) direkt an die zuständige Stelle, unter Hinweis auf die Vertraulichkeit des Verfahrens, gerichtet werden; sind Berufsgeheimnisse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BÜPF tangiert, darf eine Herausgabe erst nach Vorliegen der Genehmigung erfolgen. (...).

(Verfügung vom 31. Oktober 2007, GP 2007 66).

5.5 Adhäsionsprozess

- *Anwendung der Normen der Strafprozessordnung, wenn mit Berufung gegen ein strafrechtliches Urteil einzig der Zivilpunkt angefochten ist (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

5. Unbestritten ist, dass der Zivilkläger nur im Zivilpunkt appelliert und weder der Angeklagte noch die öffentliche Anklägerin oder die übrigen am Strafverfahren beteiligten Straf- und Zivilkläger Berufung erklärt haben.

a) Der Zivilkläger macht geltend, gemäss klarem Wortlaut von § 138 Abs. 1 StPO könnten nur diejenigen Rechtsmittel ergriffen werden, die ihm nach der ZPO zustehen würden. Dies sei im vorliegenden Fall die zivilrechtliche Berufung nach § 190 ff. ZPO. In Anbetracht dessen, dass es nur noch um die Beurteilung der Zivilforderung gehe, sei das akzessorische Verhältnis der Zivilklage zum Strafverfahren beendet und das zweitinstanzliche Verfahren stelle einen reinen Zivilprozess dar.

Der Verurteilte seinerseits vertritt den Standpunkt, § 138 Abs. 1 StPO verweise nicht explizit darauf, dass privatrechtliche Ansprüche mit den Rechtsmitteln der ZPO anzufechten seien. Diese Bestimmung sage aus, dass für die alleinige Anfechtung eines Zivilpunktes mit einem in der StPO vorgesehenen Rechtsmittel die materiellen Voraussetzungen nach der ZPO erfüllt sein müssten. Das einzulegende Rechtsmittel sei nach wie vor eines, welches in der StPO vorgesehen sei.

b) Grundsätzlich ist es eine Frage des kantonalen Prozessrechts, ob und unter welchen Voraussetzungen Zivilansprüche im Strafverfahren gegen einen Angeschuldigten geltend gemacht und beurteilt werden können. Der Adhäsionsprozess ist eine Einrichtung zu Gunsten des durch die strafbare Handlung geschädigten Privaten; er will dem Verletzten auf

möglichst einfachem und sicherem Weg die Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Täter ermöglichen (BGE 101 Ia 141 E. 2 S. 143). Seiner Natur nach ist der Adhäsionsprozess ein Zivilprozess im Strafprozess. Das Adhäsionsverfahren ist einerseits abhängig vom Bestand eines Strafprozesses, andererseits aber ist es aufgrund seiner zivilprozessualen Natur grundsätzlich den Prozessformen des Zivilprozesses unterworfen (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2005, S. 146 Rz 12; vgl. auch Bommer, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, 2006, S. 46 f.). Indessen handelt es sich beim Adhäsionsverfahren mitnichten um ein dem Strafverfahren inkorporiertes ordentliches Zivilverfahren, das uneingeschränkt den allgemeinen (zivilprozessualen) Regeln folgen würde. Abweichungen von zivilprozessualen Regeln liegen etwa in der Form der Verfahrenseinleitung und des Verfahrensablaufs. Der Adhäsionsprozess ist letztlich ein „kupierter“ Zivilprozess innerhalb des Strafprozesses (Bommer, a.a.O., S. 50 ff.).

c) aa) Des privatrechtlichen Anspruches wegen können nur die Rechtsmittel ergriffen werden, die nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung möglich sind (§ 138 Abs. 1 StPO).

Dieser Gesetzestext regelt einzig die Frage, *welches* Rechtsmittel ergriffen werden kann, nicht aber auch, innert welcher Frist das betreffende Rechtsmittel zu ergreifen ist. Damit bleibt gemäss Wortlaut von § 138 Abs. 1 StPO unbeantwortet, ob bei einziger Anfechtung des strafrechtlichen Erkenntnisses bezüglich des privatrechtlichen Anspruchs die strafprozessrechtliche Rechtsmittelfrist von 10 Tagen (§ 146 Abs. 1 StPO) oder jene des Zivilprozessrechts von 20 Tagen (§ 192 Abs. 1 ZPO) gilt.

bb) Die Materialien schweigen sich zu § 138 Abs. 1 StPO aus.

cc) Hinsichtlich Sinn und Zweck von § 138 Abs. 1 StPO ist zu beachten, dass für die strafrechtliche Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde eine Frist von 10 Tagen vorgesehen ist (vgl. §§ 146 und 154 StPO), die zivilrechtliche Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde sind dagegen innert 20 Tagen einzulegen (§§ 192 und 217 ZPO). Dass der Gesetzgeber mit dem Verweis in § 138 Abs. 1 StPO auf die Rechtsmittel des Zivilrechts nicht zwei unterschiedliche Rechtsmittelfristen zur Anwendung bringen wollte, sondern von einer einheitlichen 10-tägigen Frist gemäss StPO ausgegangen ist, ergibt sich aus dem rechtsgebietübergreifenden Anschlussrechtsmittel (vgl. § 147 StPO). Nach § 138 Abs. 3 StPO wird über die strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde im Berufungsverfahren entschieden (allerdings nur bezüglich der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe), wenn im Zivilpunkt Berufung erklärt wird und wegen des

A 5.5

Schuldspruchs oder Strafmasses nur die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben ist. Aus dieser Bestimmung ist abzuleiten, dass nach einer zivilrechtlichen Berufung die Anschlussberufung im Strafpunkt möglich ist, wenn auch die Strafsache berufungsfähig ist. Wären nun wegen der alleinigen Anfechtung des privatrechtlichen Anspruchs mit Berufung tatsächlich nur mehr die Bestimmungen der zivilrechtlichen Berufung nach §§ 190 ff. ZPO allein anwendbar, wie der Zivilkläger ausführt, und müsste das Verfahren der Zivilkammer zugewiesen werden, müssten spätestens nach einer allfällig erfolgten Anschlussberufung im Schuld- und/oder Strafpunkt – sofern das bei der vom Zivilkläger vertretenen Auffassung in formeller Hinsicht überhaupt möglich wäre – die Normen der strafrechtlichen Berufung gemäss §§ 143 ff. StPO zur Anwendung gelangen und wäre das Verfahren der Strafkammer zuzuweisen. Ein solches Verfahren kann vom Gesetzgeber nicht bezweckt worden sein. Daher sind die zivilprozessualen Bestimmungen lediglich dort anzuwenden, wo die StPO keine Regelung getroffen hat, was in Bezug auf die Rechtsmittelfrist zu verneinen ist.

Weiter ist § 138 Abs. 2 StPO einzubeziehen, wonach unabhängig vom Streitwert auch Berufung im Zivilpunkt erklärt werden kann, wenn Berufung wegen des Schuldspruchs oder des Strafmasses erklärt wird. Dieser Absatz macht deutlich, dass des blossen privatrechtlichen Anspruches wegen – analog zum Zivilprozess – das Rechtsmittel zwar streitwertabhängig ist, jedoch der Streitwert vorab nur die Art des zu ergreifenden Rechtsmittels (Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde), nicht aber die Rechtsmittelfrist bestimmt.

d) Für eine einheitliche Handhabung spricht ferner die Tatsache, dass gemäss der Schwyzer Gerichtsordnung die Gerichtsferien für das Zivil- und Strafverfahren unterschiedlich geregelt sind. Während im Zivilverfahren dieses Institut zum Tragen kommt, kennt das Strafverfahren keine Gerichtsferien (vgl. § 94 Abs. 1 und 3 GO). Ein Umstand, der im Verlaufe eines Verfahrens zu einer nicht vertretbaren Ungleichbehandlung führen würde. (...).

g) Zusammenfassend ergibt sich, dass, selbst wenn in zweiter Instanz einzig Zivilansprüche zur Beurteilung stehen, es sich nach wie vor um einen im Rahmen des Strafverfahrens adhäsionsweise geltend gemachten Anspruch handelt, weshalb *sede materiae* weiterhin die Normen der StPO auf den Adhäsionsprozess anzuwenden sind (vgl. Bommer, a.a.O., S. 47), unter Ergänzung der zivilprozessrechtlichen Regelungen. Daher richtet sich die Rechtsmittelfrist für Zivilansprüche im Sinne von § 138 StPO nach den strafprozessualen Normen. Etwas anderes widerspräche sowohl der Rechtssicherheit als auch der Rechtsgleichheit. Eine allfällige

Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 138 Abs. 1 StPO ist somit innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils bei der ersten Instanz zu erklären (§ 146 Abs. 1 StPO) resp. begründet einzureichen (§ 154 Abs. 1 StPO). Dieses Ergebnis entspricht auch der langjährigen Praxis zur Rechtsmittelbelehrung. Im Kanton Schwyz beträgt die Rechtsmittelfrist in Strafsachen ausschliesslich zehn Tage, welche Frist auch die Vorinstanz festgehalten hat.

(Beschluss vom 6. November 2007, SK 2007 6).

5.6 Amtliches Verteidigungshonorar

- *Beendigung des Verteidigungsmandats mit dem letztinstanzlichen kantonalen Entscheid; eine förmliche Entlassung ist nicht erforderlich (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, mit der Ernennung zum amtlichen Verteidiger stehe er in einem öffentlichrechtlichen Auftragsverhältnis zum Staat, welches weder zeitlich noch instanzenmässig beschränkt worden sei und den Staat folglich dazu verpflichte, seine Leistungen hinsichtlich der Beschwerdeführung vor Bundesgericht zu honorieren. Eine Beschränkung des Mandats auf das kantonale Verfahren sei vom Verhöramt ausdrücklich zu verfügen, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei. Entsprechend habe er in guten Treuen davon ausgehen können, seine Einsetzung gelte auch im Verfahren vor Bundesgericht, sodass er seiner Verteidigungspflicht nachzukommen habe.

a) Es ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass der amtliche Verteidiger mit seiner Einsetzung in einem besonderen Rechtsverhältnis im Sinne eines öffentlichrechtlichen Auftragsverhältnisses zum Staat steht. Entgegen seinen Behauptungen ist aber keineswegs gerichtsnotorisch, dass die zeit- oder instanzenmässig unbeschränkte Mandatierung zum amtlichen Verteidiger auch für die Beschwerdeführung vor Bundesgericht Geltung habe. Vielmehr stützt sich die Ernennung des amtlichen Verteidigers durch das Verhöramt ausschliesslich auf kantonales Prozessrecht und ist damit per se auf das kantonale Strafverfahren beschränkt. Aus der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung ergibt sich, dass die Regelung von Organisation und Verfahren vor Bundesgericht in der Rechtsetzungskompetenz des Bundes steht (Art. 164 Abs. 1 lit. g und Art. 188 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 42 Abs. 1 BV), sodass der Kanton durch

A 5.7

die Bestellung eines Verteidigers für bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren unzulässigerweise in die Verfahrenshoheit des Bundes eingreifen würde.

b) Dass der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht mehr als durch den Kanton bestellter amtlicher Verteidiger tätig sein kann, ist sodann auch der Bundesgerichtspraxis zu entnehmen, wonach sich das Mandat des amtlichen Verteidigers auf das kantonale Verfahren beschränkt und nicht auch für das bundesgerichtliche Verfahren gilt (BGE 94 IV 134), weshalb für das Prozessieren vor Bundesgericht eine Vollmacht des Mandanten erforderlich ist (vgl. dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18. Juni 2007 zugestellter BGE 6B_136/2007, E. 2 lit. b). Eine ausdrückliche zeit- oder instanzenmässige Beschränkung des Mandats ist somit – wie von der Vorinstanz richtigerweise festgestellt – nicht erforderlich. Sie ergibt sich aus dem Ende des kantonalen Instanzenzugs. Ein im Kanton zugewiesener amtlicher Verteidiger wird nur bis zum Abschluss des kantonalen Verfahrens honoriert (Wiprächtiger, in Geiser/Münc, Prozessieren vor Bundesgericht, S. 219, Rz. 6.137). Das war auch dem Beschwerdeführer bekannt, beantragte er doch für seine Mandantin vor Bundesgericht analog zu Art. 36 BStP als amtlicher Verteidiger, eventualiter als Armenrechtsanwalt bestellt zu werden, was das Bundesgericht gestützt auf den damals in Bundesstrafsachen, die von kantonalen Behörden beurteilt werden, anwendbaren Art. 152 OG (BGE 94 IV 134) zufolge Aussichtslosigkeit abgelehnt hat. (...).

(Beschluss vom 12. September 2007, RK2 2007 64; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_642/2007 vom 4. März 2008 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

5.7 Einspracheweise Substantiierung einer Zivilforderung

- *Erst mit der Einsprache gegen einen Strafbefehl eingereichte Belege dürfen vom Einzelrichter für die adhäsionsweise Beurteilung der Zivilforderung nicht berücksichtigt werden.*

Aus den Erwägungen:

4. (...). Der privatrechtliche Anspruch muss gemäss § 21 Abs. 1 StPO bis zum Abschluss der Strafuntersuchung geltend gemacht werden. Findet der Untersuchungsrichter, der Zweck der Untersuchung sei erreicht, setzt er den Parteien eine Frist von mindestens 10 Tagen an, innert der sie eine Ergänzung der Untersuchung beantragen können. Der Untersu-

chungsrichter weist den Geschädigten darauf hin, dass innert dieser Frist auch allfällige privatrechtliche Ansprüche geltend zu machen sind (§ 67 Abs. 1 StPO). Mit der Fristansetzung zur Untersuchungsergänzung steht den Parteien das Recht zu, die Akten einzusehen (§ 68 Abs. 1 StPO). Sind die Beweisanträge erledigt, schliesst der Untersuchungsrichter die Untersuchung (§ 69 StPO). Nach der kantonalen Praxis hat der Straf- und Zivilkläger dabei seine Zivilansprüche konkret näher zu bezeichnen und quantifiziert geltend zu machen. Er hat seine Ansprüche dabei zumindest masslich geltend zu machen. Erst im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren spezifizierte Ansprüche wie Kosten, Verdienstaufschlag und Genugtuung sind zu spät geltend gemacht. Auf die adhäsionsweise zu spät geltend gemachte Forderung ist im Strafprozess nicht mehr einzutreten. Sie sind auf den Zivilweg zu verweisen (Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 21. Januar 2003, KG 279, 296 + 301/02 SK).

a) Vorliegend hat der Straf- und Zivilkläger mittels Geschädigterklärung am 8. November 2006 eine Zivilforderung über Fr. 13'000.00 für „Spital und Arztkosten, Zahnarztkosten, Zahnersatz, Arbeitsausfall, Schmerzensgeld“ gestellt. Bereits in der Geschädigterklärung wurde er darauf hingewiesen, dass er für die Zivilforderung entsprechende Belege einzureichen habe. Mit Verfügung der Untersuchungsrichterin vom 2. Januar 2007 wurde dem Straf- und Zivilkläger die Aktenaufgabe angekündigt und ihm im Sinne von § 67 Abs. 1 StPO Frist zur Stellung von allfälligen Anträgen zur Ergänzung der Untersuchung und insbesondere zur schriftlichen Einreichung privatrechtlicher Ansprüche angesetzt, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf dieser Frist die Untersuchung als abgeschlossen gelte. Der Straf- und Zivilkläger hat am 2. Januar 2007 Einsicht in die Akten genommen.

Mit Eingabe vom 22. Januar 2007 hat der Straf- und Zivilkläger seine Zivilforderung wie folgt geltend gemacht:

„Ich stelle eine Zivilforderung für Arbeitsausfall,
diverse Unkosten und Schmerzensgeld Fr. 13'000.00.“

Eine Substantiierung der Forderung wurde mit dieser Eingabe trotz vorgängiger Androhung des Untersuchungsabschlusses nicht gemacht. Der Betrag von Fr. 13'000.00 wurde weder in seinem Grundsatz noch in seiner Höhe durch Beweismittel nachgewiesen. Der Straf- und Zivilkläger hat es trotz entsprechendem Hinweis in der Geschädigterklärung unterlassen, in der Strafuntersuchung die nötigen Belege einzureichen. Aus diesem Grund hat die Untersuchungsrichterin im Strafbefehl die Forderung zurecht mangels Liquidität auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

A 6.1

b) Mit seiner Einsprache versucht der Straf- und Zivilkläger dieses Versäumnis nachzuholen. Er substantiiert und belegt seine Forderungen zumindest teilweise. Das Einspracheverfahren ist jedoch nicht mehr Bestandteil der Strafuntersuchung im Sinne von § 21 Abs. 1 StPO. Die erst mit der Einsprache eingereichten Belege dürfen vom Einzelrichter für die adhäsionsweise Beurteilung der Zivilforderung nicht berücksichtigt werden. Denn im Falle der Einsprache gegen die Kosten, die Entschädigung oder die Schadenersatzforderung entscheidet der Richter ohne mündliche Verhandlung (§ 102 Abs. 7 Satz 2 StPO), was dazu führt, dass gerade aus diesem Grund die Berücksichtigung der nachträglich eingereichten Belege des Straf- und Zivilklägers problematisch wäre. Man müsste, um dem Grundrecht des rechtlichen Gehörs des Angeklagten gerecht zu werden, diesem die Gelegenheit der Einsicht und Stellungnahme gegeben werden, damit der Einzelrichter den Sachverhalt unter Berücksichtigung überhaupt beurteilen dürfte. Es müsste demnach eine erneute Aktenauflage stattfinden, was aber gerade dem Grundsatz der Verfahrensökonomie des Strafbefehlsverfahrens und des Adhäsionsprozesses widersprechen würde, wie vorgehend bereits ausgeführt wurde. Das Argument der Verfahrensökonomie ist gerade im Strafbefehlsverfahren stark zu gewichten. Der Zweck des Strafbefehls, den Strafprozess zu beschleunigen, würde durch die Möglichkeit der nachträglichen Beweisgabe vereitelt.

d) Die Einsprache gegen die Verweisung des Straf- und Zivilklägers ist demnach abzuweisen. Der Straf- und Zivilkläger hat aber nach wie vor die Möglichkeit, seine Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung in einem ordentlichen Zivilprozess geltend zu machen.

(Verfügung des Einzelrichters des Bezirks Schwyz vom 30. April 2007, ES 2007 4; das Kantonsgericht Schwyz ist mit Beschluss vom 1. Juni 2007 auf einen Rekurs des Zivil- und Strafklägers nicht eingetreten).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Betreibungsregisterauszug

- *Es steht dem Schuldner frei, einen Betreibungsregisterauszug über einen beschränkten Zeitraum zu verlangen. Die Beschränkung muss indes auf jedem Auszug ersichtlich sein (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

1. Mit Schreiben vom 9. September 2006 verlangte der Beschwerdeführer beim Betreibungsamt Höfe einen „detaillierten Betreibungsregisterauszug“ über seine Person, der ihm am 14. September 2006 im üblichen Umfang, d.h. für die auf fünf Jahre zurückgehenden Betreibungen (vom 01.01.2001 bis 14.09.2006), ausgestellt wurde. Mit Zuschriften vom 15. und 25. September 2006 erhob er „Mängelrüge“ und verlangte einen korrigierten Auszug für die „gesetzliche Dauer von 2 Jahren“. (...).

4. Das Gesetz regelt die Voraussetzungen für die Einsichtnahme in die eigenen Betreibungsdaten nicht; der Einblick des Schuldners ist grundsätzlich unbeschränkt (SJZ a.a.O. S. 591). Es steht ihm damit auch frei, einen beschränkten Auszug über die Dauer für zwei Jahre zu verlangen, was aber *im Voraus* kundzutun ist und dazu führt, dass der entsprechende Zeitraum wie auf jedem Auszug *ersichtlich* ist, damit ein solcher nicht zur Irreführung Dritter verwendet werden kann. Vorliegend ist das Betreibungsamt nach dem Gesagten jedoch auch deshalb seiner Auskunftspflicht nachgekommen, weil der Beschwerdeführer nach Erhalt des Auszugs ausdrücklich nur „Mängelrüge“ erhoben und nicht eine neue Auskunft gegen Bezahlung bzw. Bevorschussung der Kosten anbegehrt hat (vgl. auch später unterbliebene Vorschussleistung).

Der Beschwerdeführer kann mithin jederzeit einen neuen, über die von ihm gewünschte Dauer von zwei Jahren Auskunft erteilenden Auszug gegen Bezahlung beantragen, wobei hier nicht zu beurteilen ist, wie kurz der zeitliche Umfang im Einzelfall sein darf bzw. ob kürzere Auszüge besonders zu kennzeichnen wären. (...).

(Beschluss vom 12. April 2007, RK2 2007 15).

6.2 Zustellung eines deutschen Mahnbescheids

- *Der deutsche Mahnbescheid und der schweizerische Zahlungsbefehl sind funktional gleichwertig (Erw. 7.a).*
- *Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung des Mahnbescheids (Erw. 7.b-e).*

Aus den Erwägungen:

7. Mit Rekurs trägt der Beklagte vor, dass die Zustellung des Mahnbescheids des deutschen Rechts Art. 65 SchKG verletze, weil er mit dem schweizerischen Zahlungsbefehl in den wesentlichen Merkmalen über-

A 6.2

einstimme und der Mahnbescheid deshalb in der gleichen Form wie der schweizerische Zahlungsbefehl zuzustellen sei.

a) Zunächst ist zu prüfen, ob der deutsche Mahnbescheid, wie der Beklagte behauptet, Ähnlichkeiten mit dem schweizerischen Zahlungsbefehl aufweist: Das Mahnverfahren des deutschen Zivilprozessrechts (§§ 688 ff. DZPO) soll dem Gläubiger einer Geldforderung schnell und einfach ohne mündliche Verhandlung einen Vollstreckungstitel verschaffen. Der Gläubiger kann beim Amtsgericht am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners den Erlass eines Mahnbescheids beantragen, ohne die Schlüssigkeit seines Anspruches darlegen zu müssen (§ 690 DZPO). Das Amtsgericht nimmt lediglich eine formale Kontrolle vor und erlässt den Mahnbescheid ohne Prüfung, ob der Anspruch in der Sache begründet ist. Erhebt der Schuldner nach Erhalt des Mahnbescheids nicht rechtzeitig Widerspruch, erlässt das Gericht auf Antrag des Gläubigers einen Vollstreckungsbescheid, der einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht (§§ 699 f. DZPO). Erhebt der Schuldner hingegen fristgerecht Widerspruch, gibt das Gericht auf Antrag einer Partei den Rechtsstreit zur Durchführung eines streitigen Verfahrens von Amtes wegen an das zuständige Gericht ab (§ 696 DZPO). Der Gläubiger hat nun seinen Anspruch binnen zwei Wochen in einer der Klageschrift entsprechenden Form zu begründen (§ 697 DZPO). Das Mahnverfahren und Streitiges Verfahren stellen demnach zwei grundlegend verschiedene Verfahrensarten dar.

Bereits der deutsche Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass der schweizerische Zahlungsbefehl dem Mahnbescheid funktional gleichwertig ist. Zweck sowohl des deutschen Mahnverfahrens wie des schweizerischen Betreibungsverfahrens sei es, dem Gläubiger einer Geldforderung schnell und einfach die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu verschaffen, wenn dieser die behauptete Forderung nicht bestreitet und lediglich zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist. Auch der Verfahrensablauf beim deutschen Mahnverfahren zeige weitgehende Parallelen zum schweizerischen Betreibungsverfahren auf (Entscheidung des BGH XII ZR 182/00 vom 17. April 2002).

Sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz kann das Mahnverfahren bzw. die Betreibung ohne Begründung eingeleitet werden. Wie der Zahlungsbefehl so ist auch der Mahnbescheid als Urkunde zu verstehen, worin der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers aufgefordert und ihm für den Unterlassungsfall mit einer bestimmten Rechtsfolge gedroht wird. Das schweizerische Betreibungsverfahren und das deutsche Mahnverfahren stellen demnach zwei ähnliche Verfahrensarten dar. Wegen der Rechtsähnlichkeit der beiden Institute und weil im vorliegenden Fall die Art und Weise der Zustellung nach Schweizer Recht bestimmt wird (vgl.

E. 7.b nachfolgend), ist der deutsche Mahnbescheid in der Schweiz wie der schweizerische Zahlungsbefehl zuzustellen.

b) Ob die Zustellung ordnungsgemäss erfolgte, beurteilt sich nach dem Recht des ersuchten Staates bzw. nach dem Recht am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten, sofern die ersuchende Behörde nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b des Haager Zustellungsübereinkommens eine *besondere Zustellform* verlangt hat (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 178 GVG N 5, 17; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 235; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2002, S. 327, 378 mit Hinweisen; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 280). Dies ist vorliegend jedoch *nicht* der Fall. In analoger Weise verweist Art. 11 Abs. 1 IPRG für Rechtshilfehandlungen in der Schweiz zugunsten eines Verfahrens im Ausland auf das schweizerische Recht, d.h. auf das jeweilige kantonale Prozessrecht (Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2005, S. 66). Ob eine Zustellung formgerecht erfolgt ist, beurteilt sich somit nach dem Recht, das am Ort der Zustellung gilt.

c) Art. 65 SchKG regelt die Zustellung von Betreibungsurkunden an juristische Personen. Die juristische Person vermag als solches keine Zustellung entgegenzunehmen, für sie handeln demzufolge natürliche Personen als deren Vertreter. Betreffend der Zustellung der Betreibungsurkunden gelten die Bestimmungen des Art. 64 analog (SchKG-Staehelin, BaK, Art. 65 SchKG N 2).

Gemäss Art. 72 Abs. 1 SchKG erfolgt die Zustellung durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Betreibungsamtes oder durch die Post. Erfolgt die Zustellung durch die Post, so handelt der Postbote als Betreibungsgehilfe, und seine Handlungen werden dem Betreibungsamt zugerechnet. Er vertritt gegenüber dem Schuldner unmittelbar das Betreibungsamt. Der Schuldner kann daher den Rechtsvorschlag auch gegenüber dem Postangestellten erklären (SchKG-Staehelin, a.a.O., Art. 72 SchKG N 8; BGE 119 III 8). Die Post untersteht hierbei den gleichen Zustellungsvorschriften wie das Betreibungsamt, sie darf somit insbesondere den Zahlungsbefehl nicht einfach in den Briefkasten oder in das Postfach legen (SchKG-Staehelin, a.a.O., Art. 64 SchKG N 15). Die Besonderheit der Zustellung des Zahlungsbefehls besteht darin, dass die Betreibungsurkunde dem Schuldner bzw. einer zum Empfang berechtigten Person offen übergeben wird, wobei dieser Vorgang gleichzeitig auf dem Original und einem Doppel vom zustellenden Betreibungsbeamten oder - bei Zustellung durch die Post - vom Briefträger zu bescheinigen ist

A 6.2

(Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, S. 92). Dies soll der Empfangsperson ermöglichen, sofort Rechtsvorschlag erheben zu können (SchKG-Staehelin, a.a.O., Art. 72 SchKG N 11 f.). Die Zustellung durch die Post richtet sich nach deren Geschäftsbedingungen. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 11 des Postgesetzes vom 30. April 1997 (PG; SR 783.00).

d) Der deutsche Mahnbescheid wurde der Beklagten am 14. November 2005 an ein Postfach (...) zugestellt. Mit der in den Akten vorliegenden Empfangsbestätigung vom 14. November 2005, welche von einer der Beklagten angeblich unbekanntem Person unterschrieben wurde, wird lediglich bewiesen, dass der deutsche Mahnbescheid der unterzeichneten Person ausgehändigt wurde. Weil die formelle Zustellung nach Art. 64 ff. SchKG eine offene Übergabe des Zahlungsbefehls und dessen Bescheinigung verlangt und der Beweis dafür nicht erbracht ist, liegt eine fehlerhafte Zustellung vor. Die Zustellung des Zahlungsbefehls auf andere Weise als durch persönliche und offene Übergabe ist unzulässig und stellt eine nichtige Betreibungshandlung dar, die von Amtes wegen jederzeit festgestellt werden kann und muss (BGE 117 III 7). Eine fehlerhafte Zustellung kann jedoch geheilt werden, wenn der Schuldner vom Inhalt des Zahlungsbefehls dennoch Kenntnis erhalten hat (BGE 120 III 117; 104 III 12). Hierfür bestehen allerdings keine Anhaltspunkte (vgl. nicht näher belegte Sendungsumleitung an eine Postfachadresse in Reinach), sodass nicht von einer Heilung des Mangels ausgegangen werden kann. Die Nichtigkeitsannahme rechtfertigt sich vor allem deshalb, weil sichergestellt sein muss, dass die Beklagte bzw. ihre zuständigen Organe in die Lage versetzt wurden, einen Entscheid über einen allfälligen Widerspruch gegen den Mahnbescheid zu treffen.

e) Schliesslich zitiert der Beklagte BGE 116 III 8, wonach eine Abholungseinladung für einen Zahlungsbefehl nicht ins Postfach des Schuldners gelegt werden dürfe. In den bundesgerichtlichen Erwägungen zu BGE 117 III 7 und 116 III 8 ist davon keine Rede, sondern nur, dass es unzulässig ist, den Zahlungsbefehl selbst in das Postfach zu legen. Das Rubrum von BGE 116 III 8 und die Erwägungen in BGE 120 III 117 sind ungenau; es handelt sich offensichtlich um ein Redaktionsversehen (SchKG-Staehelin, a.a.O., N zu § 64 SchKG; BISchKG 1996 S. 13). Damit ist festzuhalten, dass lediglich der Zahlungsbefehl selbst nicht in das Postfach des Schuldners gelegt werden darf, eine diesbezügliche Abholungseinladung hingegen schon.

(Beschluss vom 9. Juli 2007, RK2 2007 27).

6.3 Definitive Rechtsöffnung

- *Der Zessionar kann sich auf ein vom Zedenten erstrittenes Urteil als definitiven Rechtsöffnungstitel berufen (Erw. 7; Änderung der Praxis von EGV-SZ 1997, Nr. 43).*

Aus den Erwägungen:

7. Ferner verlangt der Rekurrent Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für Fr. 11'549.30 gestützt auf die Entscheide gemäss obigen Erwägungen 1.c und d. Die entsprechenden Forderungen wurden ihm *vor Einleitung der Betreuung* schriftlich abgetreten (...).

a) Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist die Frage, ob in solchen Konstellationen definitive oder provisorische Rechtsöffnung zu erteilen ist, in der Lehre und Praxis umstritten. Eine dritte Lehrmeinung, wonach weder definitive noch provisorische Rechtsöffnung erteilt werden dürfe (vgl. BSK-Staehelin, N 35 zu Art. 80 SchKG sowie die Kommentierung von Art. 82 SchKG), scheint, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung nicht vertreten zu werden.

Das Obergericht Luzern (vgl. BISchK 1954 S. 140) folgte der Auffassung, dem Zessionar könne auch bei vorgängiger Abtretung definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Es begründete dies mit Hinweis auf BGE 49 III 24 ff. (vgl. heute Art. 77 SchKG betreffend nachträglichem Rechtsvorschlag) und führte aus, es sei nicht einzusehen, weshalb der Zessionar, der die Forderung ausserhalb der Betreuung erwerbe, schlechter gestellt sein soll als der Zessionar, der die Forderung nach erfolgter Betreuung erwerbe. Definitive Rechtsöffnung gewährt wurde in entsprechenden Fällen auch in den Kantonen Freiburg (TC FR, in *Extraits* 1953 S. 88), St. Gallen (KGer SG vom 21. Januar 1946, in *SJZ* 1948 S. 343 f.), Aargau (OGer AG, in *AGVE* 1992 S. 62) und der Waadt (TC VD, in *JdT* 1968 II S. 116 f., in Abweichung von TC VD, in *SJZ* 1961 S. 372).

In den Kantonen Zürich (BezGer Bülach, in *ZR* 85 [1986] Nr. 53 S. 134 f.), Bern (AppHof Bern, in *ZBJV* 130 [1994] S. 93, in Abweichung von *ZBJV* 29 [1893] S. 386 f., 63 [1927] S. 371 ff., 373 und 76 [1940] S. 251 ff.), Appenzell Innerrhoden (BezGer Appenzell, in *SJZ* 1976 S. 192 ff.) und Tessin (AppGer TI, in *Rep.* 1987, S. 237 f. sowie *Rep.* 1999, S. 272 f.) wurde in entsprechenden Fällen bloss provisorische Rechtsöffnung erteilt (vgl. dazu auch die Lehrmeinung in Stücheli, *Die Rechtsöffnung*, Zürich 2000, S. 173 und 228 ff., der auf den S. 229 f. ein provisorisches Rechtsöffnungsverfahren mit beschränkten

A 6.3

Rügemöglichkeiten als „beste Lösung“ vorschlägt, jedoch in Fn 66 auf S. 230 auch die Erteilung einer definitive Rechtsöffnung als grundsätzlich möglich erachtet).

b) Am 1. Januar 1997 traten unter anderen die heutigen Art. 77 und 85a SchKG in Kraft (Änderungen vom 16. Dezember 1994). Nach Inkrafttreten dieser Bestimmungen hat sich das Kantonsgericht Graubünden dafür ausgesprochen, dass in entsprechenden Fällen bloss provisorische Rechtsöffnung zu erteilen sei (Entscheid vom 11. September 2001, in PKG 2001 Nr. 13 S. 79 ff.). Auch die bisherige Praxis des Kantonsgerichts Schwyz liess – ein entsprechender Eventualantrag des Gesuchstellers vorausgesetzt – bloss die provisorische Rechtsöffnung zu (KG 262/97 RK2 vom 11. September 1997, publiziert als EGV 1997, Nr. 43 S. 139 f. und in SJZ 95 [1999] S. 33 f.; vgl. auch KG 439/98 RK2 vom 18. Januar 1999). Begründet wurden diese Entscheide insbesondere mit Hinweis auf den Schuldnerschutz, wonach der Schuldner nach erfolgter Abtretung nicht schlechter gestellt werden dürfe als davor, ihm mithin seine Einreden und Einwendungen gegenüber der Zession als auch dem Zessionaren gewahrt bleiben müssten.

Demgegenüber pflegt das Kantonsgericht Basel-Landschaft gemäss Entscheidung vom 6. Juni 2006 in solchen Fällen grundsätzlich *definitive* Rechtsöffnung zu erteilen (KGE ZS vom 6. Juni 2006 i.S. Kanton BL gegen U.G., 100 06 182/AFS; online publiziert unter <http://www.baselland.ch/docs/gerichte/kantger/recht/2006/013.htm>, besucht am 1. Mai 2007).

c) Art. 77 SchKG regelt den Fall einer gläubigerseitigen Zession *während* einer hängigen Betreuung. Diesfalls kann der Schuldner nachträglich Recht vorschlagen, die Gültigkeit der Abtretung bestreiten sowie Einreden oder Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger vorbringen; mit Aufnahme der Bestimmung wurde die lückenfüllende Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Gesetzestext überführt (BBJ 1991 III 64, mit Hinweis auf BGE 91 III 7 ff.) und nun ausdrücklich festgehalten, dass sich diese Prozessnachfolge nach dem SchKG und nicht nach (ergänzendem) kantonalem Prozessrecht beurteilt (vgl. BSK-Bessenich, N 3 zu Art. 77 SchKG). Auf den vorliegenden Fall einer *vorgängigen* Zession findet diese Bestimmung allerdings nach ihrem Wortlaut keine Anwendung. Jedoch lässt sich aus ihrem Bestehen (bzw. den Materialien, die ihre Entstehungsgeschichte dokumentieren) auch kein Argument ableiten, definitive Rechtsöffnung könne im Fall einer ausserbetreibungsrechtlichen Abtretung nicht erteilt werden.

Von der Sache her gesehen ist nicht einzusehen, dass der Zessionar, der während hängiger Betreuung in die Rechte des Gläubigers eintritt,

gegenüber demjenigen zu privilegieren wäre, der sich eine Forderung vor Betreuungseinleitung abtreten lässt. Nicht zu überzeugen vermag sodann die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung in solchen Fällen, da ein definitiver Rechtsöffnungstitel nicht mit der privaten Schuldanerkennung auf dieselbe Stufe gestellt werden darf, abzusehen davon, dass die materiellen Einreden nach Art. 82 SchKG im Urteilsfall gerade nicht gegeben sind. Gemäss dem Grundgedanken von Art. 77 SchKG ist vielmehr davon auszugehen, dass der Betreuungsforgang die Regel, die Hemmung durch den Rechtsvorschlag dagegen die Ausnahme darstellt. Aufgrund der Rechtsprechung von BGE 125 III 42 ff. ist anzunehmen, dass die Einreden gegen den neuen Gläubiger mittels ordentlichem Rechtsvorschlag einzubringen sind, wenn dies noch möglich ist. Solchenfalls braucht der Schuldner zwar diesen nicht ausdrücklich zu begründen, sondern die Einrede im Rechtsöffnungsverfahren glaubhaft zu machen. Ist eine solche gegen den neuen Gläubiger demnach voraussichtlich stichhaltig, bleibt der Rechtsvorschlag bestehen, und der Gläubiger muss für die Teilfrage der Zessionseinrede das ordentliche Verfahren beschreiten. Andernfalls nimmt die Betreuung ihren Fortgang und der Schuldner bleibt auf die Rechtsbehelfe nach Art. 85 ff. SchKG verwiesen.

Entgegen EGV-SZ 1997, Nr. 43 E. 1.c und PKG 2001 E. 1.b bleiben dem Schuldner damit die Möglichkeiten gewahrt, die Gültigkeit der Zession und die Einreden gegenüber dem Zessionar wirksam geltend zu machen (was selten der Fall sein dürfte; vgl. BSK-Girsberger, 3. A., N 22 zu Art. 164 OR). Insbesondere durch die Prüfung des liquiden Nachweises der erfolgten Abtretung (beinhaltet neben dem Formerfordernis nach Art. 165 Abs. 1 OR auch die inhaltliche Klarheit), die Schutznormen des Abtretungsrechts (wie bspw. Art. 167 OR) und die weitem erwähnten Behelfe nach Beseitigung des Rechtsvorschlags ist der Schuldnerschutz in genügender Weise gewährleistet. Damit liegt kein Grund zur Verweigerung der definitiven Rechtsöffnung in liquiden Fällen vor, zumal die nachträgliche Veränderung der Forderungsberechtigung denn auch nicht direkt die Titelqualität des zedierten Urteils betrifft (so jedoch EGV-SZ 1997, Nr. 43 E. 1.d), sondern nur, aber immerhin die Klagbarkeit der darin verbrieften Forderung.

d) Auch bei suspensiv bedingten Forderungen nach Art. 80 SchKG wird praxisgemäss *definitive* Rechtsöffnung erteilt, wenn deren Eintritt durch separate Urkunden liquide nachgewiesen werden kann und dadurch einwandfrei feststeht (vgl. KG 476/02 RK2 vom 22. Januar 2003, E. 4; so auch bereits der Entscheid vom 9. Juli 1953, in Rechenschaftsbericht des Kantonsgerichts Schwyz 1953 S. 31). Diese Fälle sind grundsätzlich analog dem vorliegenden zu entscheiden, liegt doch in

A 6.3

Bezug auf den Bedingungs*eintritt* (welcher nicht nur die Klagebefugnis, sondern gar den Forderungs*bestand* beschlägt) ebenfalls keine richterliche Feststellung vor.

Der in PKG 2001 Nr. 13 E. 1.c S. 81 erwähnte Unterschied zwischen der Zession (als nicht behandeltes Thema des Sachverfahrens) und einer Bedingung (welche im Urteilsdispositiv bzw. den Erwägungen des Rechtsöffnungstitels vorausschauend erwähnt werde) vermag indes nicht zu überzeugen. Zwar beschlägt nach dem Gesagten die Zession die Forderungsberechtigung (subjektive Seite), der Eintritt einer Bedingung im Gegensatz dazu den Forderungsbestand (objektive Seite) und es besteht diesbezüglich ein Unterschied. Jedoch sind beide Merkmale Voraussetzung für eine gerichtliche Durchsetzung einer Forderung und es ist nicht ersichtlich, weshalb das Fehlen des einen Merkmals prozessual anders behandelt werden sollte als das Fehlen des anderen (allenfalls wäre vielmehr der suspensiv bedingten Forderung die definitive Rechtsöffnung mangels Titelqualität zu verweigern, was aber insbesondere in Prozessen betreffend Unterhaltspflichten die Durchsetzung entsprechender Forderungen in unzumutbarer Weise verlängern würde).

Im Gegensatz zur Nichterwähnung einer Zession liegt die Aufführung eines Bedingungs*eintritts* in den Erwägungen bzw. im Dispositiv des Sachurteils zudem in der Natur der Sache, da diese „Hürde“ zur Zeit der Urteilsfällung bereits bekannt ist, eine Abtretung jedoch meist noch nicht in Aussicht steht. Nur am Rande erwähnt sei zudem, dass der Sachrichter das Vertretungsverhältnis des Rekurrenten in Bezug auf die seinerzeit Verbeiständeten – und damit auch *seinen* Entschädigungsanspruch dem Grundsatz (jedoch nicht der Höhe) nach – festgestellt hat.

e) Der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gemäss E. 1.c und d steht allenfalls noch die bisherige kantonsgerichtliche Praxis (vgl. die Nachweise in lit. b) entgegen. Eine bestehende Gerichtspraxis ist jedoch dann zu ändern, wenn „(...) das Recht bisher unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinne des Gesetzes (...) oder veränderten Verhältnissen besser entspricht“. Die Praxisänderung hat sich dabei auf ernsthafte sachliche Gründe zu stützen, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die falsche oder nicht mehr zeitgemässe Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 126 I 122 ff. E. 5).

Vorliegend entspricht die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung bei vorgängig an die Betreibung erfolgter Abtretung dem Sinn des Betreibungsrechts besser, welches eine schnelle – und für den Betreibenden unkomplizierte – Durchsetzung einer auf Urteil gründenden Forderung vorsieht, wobei der Schuldner nach dem Gesagten in ausreichender Weise vor einer möglichen Bezahlung einer Nichtschuld bzw. an einen

Nichtberechtigten geschützt wird. Eine Abwägung der Interessen der Beteiligten (insbesondere die Gefahr der Nichterteilung auch der provisorischen Rechtsöffnung bei fehlendem Eventualantrag als Ausfluss der Dispositionsmaxime) rechtfertigt es, die seit rund zehn Jahren bestehende Praxis zu ändern und damit auch mit der langjährigen Praxis betreffend die suspensiv bedingten Forderungen in Übereinstimmung zu bringen. Dem Kläger ist damit mangels hinreichend spezifizierter Einrede für die Beträge gemäss E. 1.c und d die *definitive* Rechtsöffnung zu bewilligen. (Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121).

6.4 Neues Vermögen

- *Die formellen Voraussetzungen der Einrede des fehlenden neuen Vermögens können Gegenstand eines Weiterzugs an die obere kantonale Instanz sein (Erw. 2.b).*
- *Erst nach der Konkureröffnung entstandene Verbindlichkeiten unterliegen nicht der Einrede (Erw. 2.c).*
- *Der Rechtsvorschlag des Beschwerdegegners „mangels neuem Vermögen“ bezieht sich zugunsten des Schuldners auch auf Bestand, Höhe, Fälligkeit und Vollstreckbarkeit der in Betreuung gesetzten Forderung (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die betriebene Forderung für die Krankenkassenprämien der Zeitperiode Januar bis Dezember 2007 sei offenkundig erst nach der Konkureröffnung vom 2. Dezember 2003 entstanden, weshalb dem Schuldner klarerweise die Einrede des mangelnden neuen Vermögens nicht zugestanden habe. Mit der Zulassung dieser Einrede habe die Vorinstanz klares materielles Recht im Sinne von § 213 Ziff. 3 ZPO verletzt. Die Beschwerdeführerin ersucht gestützt auf § 221 ZPO um einen Nichteintretensentscheid bzw. eventualiter die Rückweisung zum Erlass eines solchen durch die Vorinstanz. (...).

b) Wenn Art. 265a Abs. 1 SchKG von der Endgültigkeit des Entscheides des Einzelrichters spricht, kann diese Endgültigkeit nur den Entscheid in der Sache, d.h. die Nichtbewilligung (Abs. 3) oder die Bewilligung (Abs. 2) des mit fehlendem neuem Vermögen begründeten Rechtsvorschlages betreffen. Wird das Bewilligungsverfahren nicht durch einen Entscheid in der Sache, sondern gestützt auf das anwendbare Verfah-

A 6.4

rensrecht mit einem Nichteintretensentscheid erledigt, findet die kantonale Rechtsmittelordnung uneingeschränkt Anwendung (EGV-SZ 1999, Nr. 39). Der richterliche Entscheid, der nach Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG endgültig ist, bezieht sich nur auf die Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von neuem Vermögen (vgl. auch Gasser, ZBJV 1996 S. 20), weshalb die formellen Voraussetzungen für die Einrede des fehlenden Vermögens Gegenstand eines Weiterzugs an eine obere kantonale Instanz sein können (Bauer, BSK, Art. 265a SchKG Ergänzungsband ad N 31), sei es, der Schuldner bestreite einen Prozessentscheid aus formellen Gründen oder der Gläubiger fechte die Bewilligung des Rechtsvorschlages wie vorliegend mit der Behauptung an, es fehle an den Voraussetzungen.

c) Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens ist, was auch die Vorinstanz erwogen hat, nach Wortlaut, Sinn und Zweck von Art. 265 Abs. 2 SchKG nicht zulässig, wenn der Schuldner überhaupt nie in Konkurs fiel, der Konkurs mangels Aktiven eingestellt oder widerrufen wurde oder die Einrede gegenüber Forderungen, welche erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, erhoben wurde (Gut/Rajower/Sonnenmoser, AJP 1998 S. 531; Bauer, ebd.; OGer TG, RBOG 1998 Nr. 14). Neue Verbindlichkeiten dürfen immer voll betrieben werden (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 48 N 33). Es ist in der Tat offensichtlich, dass die für das Jahr 2007 betriebenen Krankenkassenprämien nach der Konkurseröffnung im Dezember 2003 entstanden sind, und deshalb in deren Betreuung die Einrede des mangelnden neuen Vermögens nicht zulässig ist, was vom Richter zu prüfen ist (BGE 124 III 3 und 9 ff. = Pra 87 Nr. 156). Indem die Vorinstanz diesen Umstand offensichtlich übersehen und den Rechtsvorschlag in Bezug auf die Einrede des mangelnden Vermögens bewilligt hat, verletzte sie klares Recht.

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist damit begründet und der angefochtene Entscheid aufzuheben (§ 221 ZPO). Der Rechtsvorschlag des Beschwerdegegners „mangels neuem Vermögen“ ist mit der notwendigen Begründung versehen, indes nicht ausdrücklich darauf beschränkt worden (wie durch den Wortlaut „*da* kein neues Vermögen“, so BGE 109 III 10 mit Hinweis auf BGE 103 III 34), sodass er sich gemäss herrschender Lehre und Praxis zugunsten des Schuldners auch auf Bestand, Höhe, Fälligkeit und Vollstreckbarkeit der in Betreuung gesetzten Forderung bezieht (Amonn/Walther, a.a.O., § 48 N 37; BGE 103 III 34, BGE 108 III 6 = Pra 74 Nr.160; PKG 2002 S. 171; zur Nachfristansetzung vgl. BISchK 2003 S. 96 ff. mit kritischen Anmerkungen). (...).

(Beschluss vom 20. November 2007, RK2 2007 122).

6.5 Konkursöffnung

- *Ende des Fristenlaufs gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG während der Betreibungsferien (Art. 56 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG); Verlängerung der Frist nach Art. 63 SchKG (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte hat die Verfügung vom 5. Dezember 2006 mutmasslich am 6. Dezember 2006 und nicht am 9. Dezember 2006 abgeholt, was indes nicht entscheidend ist. Die zehntägige Rekursfrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG ist nach dem Gesagten entweder am 16. Dezember 2006 oder am 19. Dezember 2006 ausgelaufen. Der 16. Dezember 2006 war ein Samstag, womit die Frist ohnehin erst am Montag, 18. Dezember 2006 endete (Art. 31 Abs. 3 SchKG). Am 18. Dezember 2006 begannen zudem die Betreibungsferien nach Art. 56 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Bei beiden Varianten fällt das Ende der Rekursfrist in die Betreibungsferien. Es ist folglich zu prüfen, ob das Ende der Rekursfrist dadurch bis zum 4. Januar 2007 hinausgeschoben wurde (Art. 63 SchKG).

Die Lehre scheint dies überwiegend zu bejahen (vgl. Walder/Kull/Kottmann, SchKG II, 4. A., Zürich 1997/99, N 5 zu Art. 174 SchKG, Fritsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 36 Fn 66, S. 47, Brügger [Hrsg.], SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, N 4 zu Art. 63 SchKG; vgl. auch OGer ZH vom 23. Januar 1951 in SJZ 1951, 125 f.).

Bauer (BSK-SchKG II, N 40 zu Art. 56 SchKG, mit Verweis auf BGE 120 Ib 248 ff. E. 2.b.aa; vgl. auch AGVE 2000, 41) führt jedoch aus, die Mitteilung eines Konkursentscheids sei keine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG und habe ohne Rücksicht auf die Betreibungsferien zu erfolgen. Im genannten Bundesgerichtsentscheid wird ein Fall einer Staatshaftung beurteilt. Dabei wird nicht immer deutlich zwischen einer Mitteilung der Konkursöffnung an den betroffenen Schuldner (Art. 174 SchKG) und derjenigen an die amtlichen Stellen nach Art. 176 SchKG unterschieden. Die Kommentirstelle, auf die das Bundesgericht seine Aussage abstützt (Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3.A., Zürich 1911, N 3 zu Art. 176 SchKG), betrifft denn auch die Mitteilung an die Amtsstellen. Das Bundesgericht führt auch nichts dazu aus, dass es in Bezug auf das Ende der *Rekursfrist* nach Art. 174 SchKG eine neue Praxis einführen möchte. Auch der zitierte Kommentar von Jaeger geht im Übrigen davon aus, dass sich die Rekursfrist im vorliegenden Fall verlängert (N 4 zu

A 6.6

Art. 174 SchKG). Dieser scheinbare Widerspruch wird an anderer Stelle geklärt, wo ausgeführt wird, die Betreibungsferien würden das Ende des Fristenlaufs nur dann nicht beeinflussen, wenn es nicht um die Rechtsmitteleinlegung des Schuldners gehe (N 5.A zu Art. 174 SchKG). Somit ist die Konkurseröffnung den Betroffenen nach Art. 174 und Art. 176 SchKG auch während der Betreibungsferien mitzuteilen, das Ende der Rekursfrist des Schuldners wird jedoch – fällt es in die Betreibungsferien – bis zum dritten (Werk-)Tag nach deren Ende verlängert. Demnach hat der Beklagte die zehntägige Rekursfrist mit Eingabe vom 2. Januar 2007 eingehalten; auf den Rekurs ist einzutreten.

(Beschluss vom 19. Februar 2007, RK2 2007 3).

6.6 Arresteinsprache

- *Bedeutung der Arresteinsprache und Anfechtung von Zwischenentscheiden (Erw. 3 und 4).*
- *Keine Kostenvorschusspflicht des Arrestschuldners (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. Mit der Arresteinsprache wird das Arrestbewilligungsverfahren bei gleich bleibendem Thema fortgesetzt. Das Einspracheverfahren ist kein Rechtsmittelverfahren, sondern die Einsprache soll quasi in Form einer nachträglichen Vernehmung dem Schuldner bzw. jeder Person, deren Rechte betroffen sind (Art. 278 Abs. 1 SchKG), das rechtliche Gehör verschaffen (RK2 2003 360 vom 3.2.2004 mit Hinweisen). Der Einsprecher kann deshalb nicht in die Klägerrolle gezwungen werden, sondern ist notwendigerweise und funktionell zwingend Beklagter (Bauer, BSK-Ergänzungsband, Art. 278 SchKG ad N 2). Der Einzelrichter entscheidet im summarischen Verfahren sowohl über die Bewilligung des Arrests als auch über Einsprachen gegen den Arrestbefehl (§ 12 Abs. 1 Ziff. 11 und 13 Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; SRSZ 270.110). Im summarischen Verfahren ist der Rekurs nur gegen Erledigungsverfügungen zulässig und vorbehaltlich abweichenden Bundesrechts nur, wenn der Streitwert Fr. 8'000.00 übersteigt oder unbestimmbar ist (§ 204 Abs. 1 ZPO). Im summarischen Verfahren ergangene prozessleitende Entscheide können lediglich unter den Voraussetzungen von § 213 und 214 Abs. 1 ZPO mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (§ 215 ZPO). Die angefochtene Verfügung [über die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung] stellt eine im summarischen Verfahren ergangene prozessleitende Verfügung

dar. Entgegen der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung ist deshalb der Rekurs unzulässig. Die Eingabe des Beklagten ist daher als Nichtigkeitsbeschwerde entgegenzunehmen, zumal die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 213 Ziff. 1 ZPO darstellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 24 zu § 281 Ziff. 1 ZPO ZH) und durch die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung ein nur schwer wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von § 214 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO droht (ebd. N 5b zu § 282 ZPO ZH; vgl. auch KG 217/98 RK 1 vom 10.9.1998, KG 449/02 RK 1 vom 24.6.2003).

4. Der Beschwerdeführer weist zwar den Nichtigkeitsgrund nicht nach, was er gemäss § 218 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO eigentlich tun müsste, da die Kassationsinstanz nur die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (§ 220 ZPO). Aufgrund der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung darf ihm indes kein Nachteil erwachsen und aus der Rechtsmittelschrift ist die Rüge abzuleiten, der Vorderrichter habe gegen § 74 und 77 ZPO verstossen und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 213 Ziff. 1 ZPO verletzt (vgl. oben E. 3). (...).

5. Davon abgesehen wurde bereits erwogen, dass der Schuldner im Arresteinspracheverfahren nicht in die Klägerrolle gezwungen werden darf, sondern Beklagter ist (vgl. oben E. 3). Die Spruchgebühr ist nach Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG von der Partei vorzuschliessen, die das Gericht angerufen hat oder einen Entscheid weitergezogen hat. Da die Arresteinsprache kein Rechtsmittel ist, das ein von der Arrestbewilligung abgekoppeltes selbständiges Verfahren auslöst, darf vorliegend vom Einsprecher bzw. dem Beklagten kein Kostenvorschuss erhoben werden. Eine Kostenvorschusserhebung wäre mit dem Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht vereinbar. Die bereits erlassene separate Kostenvorschussverfügung vom 2. Mai 2007 ist mit ersatzloser Aufhebung der angefochtenen Verfügung als wirkungslos anzusehen. (...; Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde).

(Beschluss vom 3. Dezember 2007, RK2 2007 73).

6.7 Arresteinsprache und Exequatur

- *Es ist rechtsmissbräuchlich, ein mit selbständigem schweizerischem Exequaturentscheid zwar anerkanntes und für vollstreckbar erklärtes deutsches Leistungsurteil erster Instanz als Rechtsöffnungs- bzw. Ar-*

A 6.7

resttitel geltend zu machen, obwohl es im Berufungsverfahren durch ein blosses Feststellungsurteil ersetzt worden ist (Erw. 3).

- *Dahinfallen einer notwendigen Arrestvoraussetzung, weil der Bestand einer fälligen Forderung nicht mehr glaubhaft ist (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines selbständigen, rechtskräftigen Exequaturentscheides berücksichtigt. Sie stellte gestützt auf § 161 ZPO fest, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils des Landgerichts Offenburg vom 19. Oktober 2005 sowie aller daraus abgeleiteter Kostentitel durch den Berufungsentscheid des Oberlandesgerichtes Karlsruhe weggefallen sei und für eine Zwangsvollstreckung keine taugliche Grundlage mehr bilde. Deshalb hat sie die Arresteinsprache gutgeheissen und den gestützt auf den Arrestbefehl vom 1. Mai 2007 angeordneten Arrest des Betreibungsamtes Unteriberg aufgehoben. Die Rekurrentin dagegen hält dafür, dass der im selbständigen Verfahren gefällte Exequaturentscheid vor dem deutschen, in der Schweiz bisher nicht anerkannten Berufungsentscheid in Rechtskraft erwachsen und damit für den Rechtsöffnungs- bzw. Arrestrichter verbindlich sei.

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt auch im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts (Stahelin, BSK, Art. 81 SchKG N 17; Honsell, BSK, Art. 2 ZGB N 75 ff.). Der Rekurs zur Aufrechterhaltung eines Arrests für eine in einem deutschen Urteil zugesprochene Forderung erfolgt vorliegend im Wissen um die entfallene Vollstreckbarkeit dieses Urteils, was rechtsmissbräuchlich ist. Dass der rein vollstreckungsrechtliche schweizerische Exequaturentscheid die Aufrechterhaltung von Sicherungsmassnahmen für die Vollstreckung eines inzwischen abgeänderten und damit nicht mehr vollstreckbaren Urteils rechtfertigen könnte, ist eine rein juristische Konstruktion, was gerade die Ausführungen der Rekurrentin zum Eventualantrag deutlich machen, wonach die Grundlage des Arrests entfallen würde, wenn das deutsche Berufungsurteil zu berücksichtigen wäre. Ihre Argumentation, dass das deutsche Berufungsurteil erst in einem Verfahren nach Art. 85 oder Art. 85a SchKG geltend gemacht werden könne bzw. müsse, zwänge den Schuldner nur zu einer unnützen, bei Parteien und Gerichten bloss zusätzlichen Aufwand und Kosten verursachenden Rechtsausübung, abzusehen davon, dass damit auch die Rekurrentin nur von einer beschränkten, sich nicht auf die Verfahren nach Art. 85 und Art. 85a SchKG ausdehnenden Rechtskraftwirkung des Exequaturentscheids ausgeht (vgl. dazu unten E. 4 bzw. RK2 2007 141 E. 5 lit. a in fine). Ein solches Verfahren wäre allenfalls nur nötig, wenn der deutsche Berufungsentscheid im Arresteinspracheverfah-

ren nicht bekannt und deshalb nicht berücksichtigt worden wäre. Aus diesen Gründen ist der Rekurs von vornherein unzulässig und im Verfahren nach § 29 GO darauf nicht einzutreten.

4. Abgesehen von der Rechtsmissbräuchlichkeit der Rekursvorbringen (vgl. E. 3) sind diese auch rechtlich nicht haltbar. Dazu kann vorab einmal auf die Erwägungen zur parallel erlassenen Verfügung über den Rekurs betreffend Rechtsöffnung verwiesen werden (RK2 2007 141 E. 5). Vorliegend kann der Schuldner die Arrestvoraussetzungen, namentlich die Qualität des für den Bestand der Forderung geltend gemachten Titels als vollstreckbares Urteil bestreiten (Reiser, BSK, Art. 278 SchKG N 10). Dafür ist nicht der volle Gegenbeweis erforderlich, sondern die Forderung kann durch eine bloss glaubhaft gemachte Einwendung entkräftet werden (Bauer, BSK, Art. 278 SchKG Ergänzungsband ad N 10). Aufgrund des unbestrittenen Einwandes, das deutsche Leistungsurteil sei im Ursprungsland durch ein nicht vollstreckbares Feststellungsurteil ersetzt worden, wonach die Klägerin die Verpflichtung des Beklagten aus zu Unrecht vereinnahmten Mietzinszahlungen von 1'544'861.88 nebst Zinsen in die Abfindungsrechnung einzustellen habe, ist im Einspracheverfahren eine notwendige Arrestvoraussetzung, nämlich der Bestand einer fälligen Forderung, entkräftet worden. Dazu braucht es keine separate Anerkennung des deutschen Berufungsurteils in der Schweiz, weil die zulässige vorfrageweise Überprüfung ohne weiteres ergibt, dass - was selbst die Rekurrentin nicht bestreitet - in Deutschland kein vollstreckbares Urteil mehr vorliegt. Die Vorinstanz hat deshalb die Arresteinsprache zutreffend gutgeheissen und den Arrest aufgehoben.

Bei diesem Ergebnis musste nicht mehr geprüft werden, ob überhaupt ein gesetzlicher Arrestgrund zu bejahen gewesen wäre (vgl. dazu kritisch Stoffel, BSK, Art. 271 SchKG, N 117 ff.).

(Verfügung vom 28. Dezember 2007, RK2 2007 136; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_80/2008 vom 6. August 2008 nicht eingetreten).

6.8 Schuldenbereinigung

- *Voraussetzungen und Wirkungen der Nachlassstundung nach Art. 334 SchKG (Erw. 3 und 4).*
- *Keine gerichtliche Bestätigung der Schuldenbereinigung; Aufgabenbereich des Sachwalters (Erw. 5).*

A 6.8

Aus den Erwägungen:

2. Schuldner, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen, können beim Nachlassrichter die Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung beantragen. Im Gesuch sind Schulden sowie Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen (Art. 333 SchKG). Erscheint eine Schuldenbereinigung mit den Gläubigern nicht von vornherein als ausgeschlossen, und sind die Kosten des Verfahrens sichergestellt, so gewährt der Nachlassrichter eine Stundung von höchstens drei Monaten und ernennt einen Sachwalter. Auf dessen Antrag kann die Stundung auf höchstens sechs Monate verlängert werden. Sie kann vorzeitig widerrufen werden, wenn eine einvernehmliche Schuldenbereinigung offensichtlich nicht herbeigeführt werden kann. Während der Stundung können Betreibungen nur für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge erfolgen. Die Fristen nach Art. 88, 93 Absatz 2, 116 und 154 stehen still (Art. 334 Abs. 1-3 SchKG; KG 9/99 RK 2 vom 18. Februar 1999; RK2 2005 103 vom 23. November 2005 und RK2 2006 82 vom 26. Oktober 2006).

Die vorausgesetzte Aussicht auf Schuldenbereinigung darf angenommen werden, wenn der Schuldner über genügend eigene Mittel (vor allem auch Einkommen) verfügt, die er zur Abtragung seiner Altlasten einsetzen kann. In diesem Fall soll sich der Schuldner nicht einfach mit einer Insolvenzerklärung in den Konkurs "flüchten" können. Auch der Konkursrichter hat die Konkursöffnung im Falle einer Insolvenzerklärung nur zu erkennen, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung besteht (Art. 191 Abs. 2 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., § 57 N 4; Brunner, SchKG-Kommentar 1998, Bd. II, N 21 und 23 zu Art. 191). Aussicht auf Sanierung der Vermögensverhältnisse einer Person ist dann gegeben, wenn das Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenmitteln vernünftige Vertragsverhandlungen über eine *teilweise* Befriedigung der Gläubiger aus noch vorhandenen Eigenmitteln nahelegen. Ist die Aussicht auf eine Sanierung von vornherein ausgeschlossen, ist keine Stundung zu gewähren. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners ungenügend ist und keine Sparquote ermöglicht (Brunner, a.a.O., Bd. III, N 10f zu Art. 333). An einer Sparquote mangelt es, wenn die Eigenmittel nicht oder nur gerade genügen, die Lebenshaltungskosten des Schuldners zu decken und somit keine Mittel übrig bleiben, angefallene Schulden teilweise und eventuell abzahlungsweise zu tilgen.

3. Die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin sind nachfolgend aufzuzeigen und es ist zu prüfen, ob Aussicht auf Sanierung besteht.

a) Die Gesuchstellerin ist laut ihren Angaben und den eingelegten Unterlagen überschuldet. Nach der vorgelegten, aktualisierten Zusammenstellung der Passiven per 12. Oktober 2006 liegt eine Schuldenlast von Fr. 53'510.95 vor. Aufgeführt sind insgesamt 31 Gläubiger mit Forderungen zwischen Fr. 160.10 und Fr. 8'718.05. Für zwölf dieser Forderungen liegen Verlustscheine vor. Die bezifferten Beträge basieren überwiegend auf angeforderten Saldomeldungen der Gläubiger, einzelne Forderungen stehen in der Höhe noch nicht fest. Als einzige Forderung ist diejenige der H. AG in der zweiten Klasse gemäss Art. 219 SchKG privilegiert; pfandgesicherte Forderungen bestehen nicht. Die Gesuchstellerin hat die Vollständigkeit der vorgelegten Gläubigerliste unterschriftlich anerkannt. Über freie Vermögenswerte verfügt sie nach ihren Angaben nicht. (...).

c) Die Gesuchstellerin ist allein stehend und lebt in einer Mietwohnung (Kosten von monatlich Fr. ...). Sie arbeitet nunmehr teilzeitlich als Verkäuferin und ist IV-Rentnerin mit monatlichem Nettoeinkommen von Fr. Sie will eine Einigung mit den Gläubigern dahingehend erzielen, dass sie eine Nachlassdividende von ca. 25% erhalten, finanziert aus einer monatlichen Sparquote von Fr. 400.00 über eine Sanierungsdauer von drei Jahren (über die bevorstehende Pensionierung hinaus).

d) Für das betreibungsrechtliche Existenzminimum von Fr. ... kann auf die vorgelegte Berechnung der Fachstelle Schuldenfragen hingewiesen werden.

e) Die Stundung gemäss Art. 334 soll es der Schuldnerin erleichtern, ohne Betreibungsdruck mit den Gläubigern zu einem Einvernehmen zu gelangen (Amonn/Walther, a.a.O., § 57 N 6). Die Aussicht, dass die Gesuchstellerin mit den Gläubigern zu einer Einigung kommt, erscheint gegeben (Art. 334 Abs. 1 SchKG). Sie bemüht sich ernsthaft, ihre finanziellen Probleme in den Griff zu bekommen. Dank der fachmännischen Hilfe (...) der Fachstelle Schuldenfragen Kanton Schwyz sollte ihr dies auch gelingen. Die Gesuchstellerin will sich in den nächsten drei Jahren freiwillig auf die notwendigsten Ausgaben beschränken, um so den Rest ihres Erwerbseinkommens den Gläubigern zur Verfügung zu stellen. Mit Ausnahme der privilegierten Gläubigerin H. AG sollen alle anderen „Altgläubiger“ grundsätzlich gleich behandelt werden (wobei angesichts der teilweise sehr kleinen Forderungen zu prüfen sein wird, ob aus Praktikabilitätsgründen nicht eine Vorabbefriedigung der betragsmässig kleineren Forderungen vorgeschlagen werden soll). Für die Gläubiger könnte mit einer solchen Vereinbarung die aufwändige Schulden- und/oder Verlustscheinsbewirtschaftung entfallen und sie hätten Aussicht auf Erfüllung

A 6.8

der Schuld in einem Teilbetrag. Auf der anderen Seite würde mit dieser Lösung der Gesuchstellerin nach Ablauf der Abzahlungszeit von drei Jahren die Chance eines finanziellen Neustarts geboten. Sollte es zu keiner einvernehmlichen Schuldenbereinigung mit *allen* Gläubigern kommen, bliebe der Gesuchstellerin, nebst ausseramtlichen Erlassab-sprachen mit willigen Gläubigern, allenfalls noch das (allerdings finanzi-ell und verfahrensmässig deutlich aufwändigere) ordentliche Nachlass-verfahren, welches für einen rechtswirksamen Nachlassvertrag nur ein qualifiziertes Quorum von zustimmenden Gläubigern erfordert (vgl. Art. 305 SchKG).

f) Die Stundung ist nach dem Gesagten im beantragten Umfang von drei Monaten zu gewähren, nachdem auch die Verfahrenskosten von Fr. 200.00 sichergestellt wurden und im Übrigen R., der als Sachwalter gemäss Art. 335 SchKG einzusetzen ist (vgl. nachfolgend Erw. 4), auf Sicherstellung der Sachwalterkosten verzichtet hat.

g) Die Stundung bewirkt, dass die Gesuchstellerin nur für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge betrieben werden kann (Art. 334 Abs. 3 SchKG). Solche bestehen gemäss den eingereichten Unterlagen nicht. Zudem stehen die Fristen für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens, des Verwertungsbegehrens bei der Be-treibung auf Pfändung und bei der Betreuung auf Pfandverwertung so-wie die Jahresfrist bei der Lohnpfändung still. (...).

4. (Sachwalterbestellung und -aufgaben).

5. Die Bewilligung der Stundung für eine einvernehmliche private Schuldenbereinigung hat nicht wie beim ordentlichen Nachlassverfahren zur Folge, dass ein von der Gläubigermehrheit angenommener Dividen-den- und/oder Stundungsvergleich durch richterlichen Bestätigungsakt für alle Gläubiger verbindlich wird. Das Ziel der Stundung besteht darin, dem Schuldner Zeit für eine private Schuldenregulierung mit seinen Gläubigern zu geben. Sollte ein Schuldenregulierungsvertrag zustande kommen, kann das Nachlassgericht den Sachwalter beauftragen, den Schuldner bei der Erfüllung der Vereinbarung zu überwachen bzw. bei deren Vollzug behilflich zu sein (vgl. Art. 335 Abs. 3 SchKG). Der Sach-walter wird dementsprechend eingeladen, die Nachlassbehörde vorab über einen allfälligen Vertragsentwurf zu informieren und insbesondere den Abschluss einer allfälligen einvernehmlichen Schuldvereinbarung mit Schlussbericht einzureichen. (...).

(Beschluss vom 27. Juni 2007, RK2 2007 69).

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Zulassung als Urkundsperson

- Gesetzgebungskompetenzen der Kantone im Bereich der öffentlichen Beurkundung (Erw. 2.1).
- Zulassung eines Angestellten einer Bank mit Anwaltspatent des Kantons St. Gallen als Urkundsperson (Erw. 2.2 – 2.3).
- Keine Pflicht zur routinemässigen Offenlegung der Gesetzesmaterialien im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (Erw. 3).
- Gleichbehandlung von Unternehmensjuristen mit St. Galler Anwaltspatent einerseits und Rechtsanwältinnen mit Schwyzer Patent und Sitz im Kanton Schwyz und Unternehmensjuristen mit Schwyzer Anwaltspatent andererseits (Erw. 4).
- Fehlt es einem Rechtsanwalt mit St. Galler Patent am erforderlichen Geschäftssitz als Rechtsanwalt im Kanton Schwyz, so sind die Voraussetzungen der Gegenrechtserklärung des Regierungsrates nicht erfüllt (Erw. 5 - 6).

Aus dem Sachverhalt:

X. wohnt in P. (SZ) und arbeitet für den Rechtsdienst der Schwyzer Kantonalbank; er verfügt über ein Rechtsanwaltspatent des Kantons St. Gallen. Gestützt auf den im Amtsblatt des Kantons Schwyz publizierten Regierungsratsbeschluss vom 16. Mai 2006 über die "Anerkennung des sankt-gallischen Anwaltspatentes zur öffentlichen Beurkundung im Kanton Schwyz" (vgl. unten E. 2.2) beantragte X. dem Schwyzer Kantonsgericht am 13. November 2006 seine Registrierung als Urkundsperson. Am 29. Dezember 2006 wies dieses sein Gesuch ab.

Am 31. Januar 2007 hat X. beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Kantonsgerichtsbeschluss vom 29. Dezember 2006 aufzuheben. Er rügt eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV), des Willkürverbots (Art. 9 BV) und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

Aus den Erwägungen:

2.1 Obschon der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehört, liegt die Kompetenz zu deren gesetzlichen Rege-

A 7.1

lung grundsätzlich bei den Kantonen. Diesen wird durch Art. 55 SchIT ZGB die Aufgabe übertragen, zu bestimmen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung öffentlicher Urkunden befugt und wie dabei vorzugehen ist. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens sind insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundspersonen sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln (BGE 131 II 639 E. 6.1 S. 645). Diese Normierungsfreiheit der Kantone wird immerhin in zweierlei Hinsicht beschränkt, einerseits durch die bundesrechtlichen Mindestanforderungen, die sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts ergeben (BGE 106 II 146 E. 1 S. 147; zu deren Umfang vgl. Peter Ruf, Notariatsrecht, Langenthal 1995, S. 46 ff. N 162-164), und andererseits durch die punktuellen Regelungen, welche die Beurkundungsgeschäfte im Gesetzesrecht des Bundes erfahren (vgl. hierzu Hans Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 35 f.). Keinerlei Einschränkung durch das Bundesrecht erfährt die kantonale Gesetzgebungskompetenz jedoch bezüglich der Zulassung der Notare zur Berufsausübung. In der Ausgestaltung der entsprechenden Regelung sind die Kantone weitgehend frei (BGE 131 II 639 E. 7.3 S. 646 f.), zumal die Notare aufgrund der ihnen verliehenen Beurkundungsbefugnis Träger einer hoheitlichen Funktion sind und sich - weil sie an der Staatsgewalt teilhaben - nicht auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV berufen können (BGE 131 II 639 E. 6.1 S. 645; 128 I 280 E. 3 S. 281 f.). Dementsprechend behalten verschiedene Kantone das Beurkundungswesen Beamten vor, indem sie dieses durch die Schaffung des Amtsnotariats gänzlich dem wirtschaftlichen Wettbewerb entziehen. Andere haben Höchst- oder Mindestgrenzen für die Zahl der (freien) Notare festgelegt, wodurch sie lenkend auf die Anzahl der praktizierenden Urkundspersonen Einfluss nehmen (vgl. Louis Carlen, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 36 ff.).

2.2 Schwyz ist einer der Kantone, welche das Amtsnotariat kennen, wobei er allerdings bloss die öffentliche Beurkundung von Verträgen über dingliche Rechte an "schwyzerischen Grundstücken" zwingend seinen Beamten vorbehalten hat (§ 10 lit. a des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch [EG ZGB/SZ]). Die Verurkundung aller übrigen Rechtsgeschäfte steht neben den Amtsnotaren auch den freiberuflich tätigen Urkundspersonen offen. Als solche registrieren lassen können sich grundsätzlich nur Inhaber eines Schwyzer Wahlfähigkeitszeugnisses für Notare oder eines Schwyzer Rechtsanwaltpatents, welche im Kanton Schwyz wohnhaft sind. Indes ist gesetzlich die Möglichkeit vorgesehen, dass der Regierungsrat Gegenrechtserklärungen abgibt und "ausserkantonale Patente" anerkennt (§ 10 lit. b EG ZGB/SZ). Am

16. Mai 2006 hat der Regierungsrat des Kantons Schwyz erstmals von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und folgenden Beschluss gefasst:

"Inhaber des Anwaltpatents des Kantons St. Gallen mit Wohn- und Geschäftssitz im Kanton Schwyz werden auf Grund des vom Kanton St. Gallen gewährten Gegenrechts im Kanton Schwyz für öffentliche Beurkundungen gemäss § 10 Buchst. b EGZGB zugelassen."

2.3 Auf diesen Regierungsratsbeschluss hat sich der Beschwerdeführer berufen und die Zulassung als Urkundsperson verlangt. Seinem Gesuch war kein Erfolg beschieden, weil das Kantonsgericht davon ausgeht, die Erteilung der Beurkundungsbefugnis an Inhaber des St. Galler Anwaltpatents sei nur dann möglich, wenn diese im Kanton Schwyz als Rechtsanwälte tätig seien. Im Übrigen verfüge der Beschwerdeführer als Bankangestellter über keinen Geschäftssitz im Kanton Schwyz, weshalb er die Voraussetzungen der Gegenrechtserklärung zum Vornherein nicht zu erfüllen vermöge.

3. Der Beschwerdeführer beanstandet vor Bundesgericht zunächst, dass das Kantonsgericht auf die im Amtsblatt nicht publizierte Begründung des Regierungsratsbeschlusses vom 16. Mai 2006 Bezug genommen habe, ohne ihm von dieser vorgängig Kenntnis zu geben; er rügt insoweit eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f.). Zu Unrecht: Der Beschwerdeführer hat nicht etwa erfolglos um Einsicht in die Erwägungen des fraglichen Beschlusses ersucht. Er vermag sodann keine kantonale Verfahrensbestimmung zu nennen, gemäss welcher die Schwyzer Behörden gehalten gewesen wären, von Amtes wegen über die Beweggründe des Regierungsrats für die Abgabe der Gegenrechtserklärung zu informieren. Schliesslich lässt sich auch aus der Bundesverfassung keine dahingehende Verpflichtung ableiten: Die Gegenrechtserklärung stellt einen Akt der Rechtsetzung dar, welcher anschliessend Grundlage für die Beurteilung des vom Beschwerdeführer eingereichten Gesuchs bildete. Demnach handelt es sich bei der Begründung des Regierungsratsbeschlusses vom 16. Mai 2006 um eine eigentliche Gesetzesmaterialie, über deren Inhalt und Tragweite die Entscheidbehörde in einem Gesuchsverfahren auch mit Blick auf Art. 29 Abs. 2 BV nicht routinemässig zu informieren braucht.

4. Weiter rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 BV; vgl. BGE 123 I 1 E. 6a S. 7). Sowohl im Vergleich zu Inhabern eines St. Galler Anwaltpatents, die im Kanton Schwyz praktizieren, als auch zu Unternehmensjuristen mit Schwyzer

A 7.1

Anwaltspatent sieht er sich ungerechtfertigterweise benachteiligt. Ob diese Vorbringen den gesetzlichen Begründungsanforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG zu genügen vermögen, scheint fraglich. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann jedoch offen bleiben, da die betreffende Rüge ohnehin an der Sache vorbei geht: Nach dem Gesagten befindet sich der Beschwerdeführer hinsichtlich der Erteilung der Beurkundungsbefugnis in keiner mit den erwähnten Gruppen vergleichbaren Lage. Zum einen unterscheidet sich seine berufliche Situation als angestellter Unternehmensjurist offensichtlich von jener seiner Rechtsanwaltskollegen, die in einem Anwaltsbüro tätig sind. Zum andern ist der Kanton Schwyz nach dem Gesagten überhaupt nicht gehalten, Rechtsanwältinnen aus andern Kantonen zur Ausübung der hoheitlichen Funktion einer Urkundsperson zuzulassen. Die Besserstellung von Inhabern eines Schwyzer Anwaltspatents, welche gemäss § 10 lit. b EG ZGB/SZ nicht als Rechtsanwältinnen zu praktizieren haben, um die Beurkundungsbefugnis erhalten zu können, lässt sich unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit insoweit nicht beanstanden. Wie es sich verhielte, wenn der Beschwerdeführer im Kanton Schwyz nebenberuflich als freier Rechtsanwalt tätig wäre (vgl. hierzu BGE 130 II 87) und ihm dennoch die Beurkundungsbefugnis vorenthalten würde, kann dahingestellt bleiben.

5. Nachdem der Beschwerdeführer nicht geltend macht, der Regierungsratsbeschluss sei als solcher verfassungswidrig, ist vorliegend einzig noch zu prüfen, ob die Handhabung der Gegenrechtserklärung durch das Kantonsgericht vor dem Willkürverbot (Art. 9 BV; vgl. BGE 127 I 60 E. 5a S. 70) Stand hält. Der Beschwerdeführer bestreitet dies vorab mit dem Argument, die Gegenrechtserklärung setze nicht voraus, dass der über ein St. Galler Anwaltspatent verfügende Bewerber auch als Rechtsanwalt tätig sei; die entsprechende Auslegung des Kantonsgerichts sei unhaltbar. Er verweist in diesem Zusammenhang unter anderem auf die Regelung, welche der Kanton St. Gallen seinerseits für die Zulassung ausserkantonaler Rechtsanwälte als Urkundspersonen aufgestellt hat. Ferner bringt der Beschwerdeführer vor, das Kantonsgericht gehe fälschlicherweise davon aus, er verfüge über keinen Geschäftssitz im Kanton Schwyz; er gedenke die Nebenerwerbstätigkeit als Urkundsperson an seinem Wohnsitz in P. (SZ) auszuüben.

5.1 Gemäss der im Kanton St. Gallen geltenden Regelung sind alle Inhaber eines Rechtsanwaltspatents eines Schweizer Kantons oder eines Mitgliedstaats der EU oder der EFTA gleichermassen zur öffentlichen Beurkundung zugelassen, soweit diese Tätigkeit nicht gesetzlich den Amtsnotaren vorbehalten ist (Art. 15 EG ZGB/SG); es ist nicht erforderlich, dass das Gemeinwesen, über dessen Patent der betreffende Anwalt

verfügt, Gegenrecht hält. Auf diese Gesetzeslage stützte sich der Regierungsrat des Kantons Schwyz für seinen Beschluss, als er am 16. Mai 2006 – einseitig – die "Gegenrechtserklärung" abgab. Letzterer kommt deshalb nicht der Charakter eines interkantonalen Vertrags zu, dessen (beidseitige) Einhaltung die Betroffenen mittels Konkordatsbeschwerde verlangen könnten (Art. 84 Abs. 1 lit. b OG; vgl. BGE 112 Ia 75 E. 1a S. 76). Die Gegenrechtserklärung zugunsten der St. Galler Rechtsanwälte ist für sich allein zu betrachten. Aus ihr ergibt sich für den Kanton Schwyz keine Pflicht, den Inhabern eines st. gallischen Anwaltspatents bezüglich der Beurkundungsbefugnis die gleiche Rechtsstellung zu verschaffen, wie sie den Schwyzer Rechtsanwälten im Kanton St. Gallen aufgrund der geschilderten Regelung zukommt. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die angeblich grosszügigere Zulassungspraxis des Kantons St. Gallen, welcher für die Verleihung der Beurkundungsbefugnis das Bestehen entweder eines Wohnsitzes oder eines Geschäftssitzes im Kanton genügen lasse, ist deshalb unbehelflich.

5.2 In der Gegenrechtserklärung formulierte der Regierungsrat die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit einem Rechtsanwalt mit Patent des Kantons St. Gallen die Beurkundungsbefugnis im Kanton Schwyz erteilt wird: Es wird verlangt, dass der Bewerber über Wohn- und Geschäftssitz im Kanton Schwyz verfügt. Bereits der Wortlaut der Erklärung legt nahe, dass die betreffenden Voraussetzungen bei bzw. vor der Registrierung als Urkundsperson erfüllt sein müssen. Eine entsprechende Auslegung drängt sich zudem auf, wenn bedacht wird, dass die Beurkundungstätigkeit zwingend auf dem Kantonsgebiet ausgeübt wird und deshalb jede Urkundsperson notwendigerweise nach ihrer Registrierung über einen Geschäftssitz im Kanton Schwyz verfügt. Bei einer Interpretation der Gegenrechtserklärung im Sinne des Beschwerdeführers, welcher den erforderlichen Geschäftssitz in seiner Eigenschaft als künftige Urkundsperson zu erfüllen gedenkt, wäre das Kriterium des Schwyzer Geschäftssitzes letztlich inhaltsleer. Deshalb kann keine Rede davon sein, dass es gegen Art. 9 BV verstösst, wenn das Kantonsgericht für die Erfüllung der Anforderungen der Gegenrechtserklärung nicht genügen lässt, dass die Begründung eines Geschäftssitzes im Kanton Schwyz auf einen Zeitpunkt nach der Verleihung der Beurkundungsbefugnis geplant ist. Im Übrigen ist die Auslegung durchaus vertretbar, wonach in der Gegenrechtserklärung ein Geschäftssitz als Rechtsanwalt gemeint ist. Dass nach der gesetzlichen Regelung nicht auch von Inhabern eines Schwyzer Anwaltspatents verlangt wird, dass sie zugleich als Rechtsanwalt tätig sind, steht diesem Verständnis der Gegenrechtserklärung nicht entgegen.

A 9.1

6. Der Beschwerdeführer verfügt nach dem Gesagten nicht über den erforderlichen Geschäftssitz als Rechtsanwalt im Kanton Schwyz, weshalb er gemäss den willkürfreien Erwägungen des Kantonsgerichts die Voraussetzungen der Gegenrechtserklärung nicht erfüllt. Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet, soweit auf sie einzutreten ist.

(Urteil des Bundesgerichts vom 21. August 2007, 2P.42/2007).

9. Verschiedenes

9.1 **Offizialverteidigung und unentgeltliche Rechtsvertretung**

- *Richtlinien der Gerichtspräsidentenkonferenz vom 3. November 2003 (Änderung vom 7. November 2007; vgl. EGV-SZ 2003, A. 9.1).*

I.

(Fassung vom 3. November 2003)

II.

Der Honoraransatz für unentgeltliche Rechtsvertretungen und Offizialverteidigungen beträgt in der Regel Fr. 180.00 je Stunde (= 80%) zuzüglich Auslagen und 7.6 % MWST. Vorbehalten bleiben insbesondere die Berücksichtigung des Streitwerts in Zivilverfahren, die Besonderheiten des Einzelfalls und die ermessensweise Honorarfestsetzung bei nicht spezifizierter Kostennote. Ausserdem ist die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter grundsätzlich gehalten, dem Gericht eine Überschreitung des Kostenrahmens nach Gebührentarif von sich aus anzuzeigen.

(Publikation unter www.kgsz.ch/up; vgl. nunmehr auch § 5 GebTRA [SRSZ 280.411] i.d.F. vom 11. März 2008).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Fristversäumnis

- *Keine Gerichtsferien für Bausache. Bewilligungsgesuch für eine Mobilfunkanlage ist eine Bausache, auch wenn eidg. Umweltschutzrecht (betr. nichtionisierende Strahlung) betroffen ist.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Beschwerdeentscheide des Regierungsrates können innert 20 Tagen seit der Zustellung beim Verwaltungsgericht Schwyz angefochten werden (§ 56 Abs. 1 i.V.m. § 51 lit. a VRP). In Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides ist eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung erwähnt.

2.2 Der angefochtene Beschwerdeentscheid ist am 20. März 2007 versandt worden und gemäss Sachdarlegung in der Beschwerdeschrift am 21. März 2007 bei der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eingegangen. Die Rechtsmittelfrist begann somit am 22. März 2007 zu laufen und endete am 10. April 2007 (Dienstag nach Ostern). Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht Schwyz ist indes erst am 24. April 2007 (Dienstag) bei der Post aufgegeben worden, d.h. 14 Tage nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und mithin verspätet.

2.3 Im Verwaltungsgerichtsverfahren stehen die gesetzlichen und richterlichen Fristen vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern still (§ 94 Abs. 1 und 2 GO). Vorbehalten bleiben Verhandlungen in dringenden Fällen und vorsorgliche Massnahmen, das summarische Verfahren, das Einsprache- und Rechtsmittelverfahren in Bausachen sowie nach Steuergesetz, das Submissionsverfahren, das Strafverfahren sowie Verhandlungen und Fristansetzungen im Einvernehmen mit den Parteien (§ 94 Abs. 3 GO). Vorliegend ist ein Baubewilligungsgesuch Verfahrensgegenstand. Die Ostergerichtsferien kommen deshalb nicht zum Tragen (siehe auch EGV-SZ 2000, Nr. 1). Auf die verspätet eingereichte Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden.

B 1.3

2.4 Daran vermögen die Einwände des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2007 nichts zu ändern. Anfechtungsobjekt ist der regierungsrätliche Beschwerdeentscheid Nr. 295/2007 vom 13. März 2007 (siehe Beschwerdeantrag). Der Regierungsrat hatte darin auf Beschwerde hin zu beurteilen, ob der Gemeinderat X das am 23. September 2005 publizierte Gesuch der Beschwerdegegnerin am 29. Juni 2006 zu Recht bewilligte. Es handelt sich mithin zweifelsfrei um eine Bausache, wie sie in § 94 Abs. 3 GO erwähnt wird.

Im Baubewilligungsverfahren sind die verschiedenen betroffenen Rechtsgebiete bzw. die daraus entstehenden Abklärungs- und Bewilligungserfordernisse koordiniert (§§ 77 Abs. 3, 81, 83 PBG; §§ 40 ff. VVzPBG, SRSZ 400.111). Es geht deshalb nicht an, zwischen "reinen" Bausachen wie Zonenkonformität und Bauabständen, welche im kantonalen Planungs- und Baugesetz begründet sind, und Fragen nach dem Schutz der Gesundheit von Menschen, wie beispielsweise das Vorliegen nichtionisierender Strahlungen (eidgenössisches Umweltschutzrecht), zu unterscheiden. Das Baugesuch und der Beschluss darüber sind in allen ihren teilrechtlichen Aspekten einheitlich als Bausache im Sinne von § 94 Abs. 3 GO anzusehen.

Im Bundesrecht werden keine Vorgaben für eine allfällige Fristenstillstandsregelung gemacht (Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 22a VwVG). Die Verfahrens- und Organisationshoheit liegt auch beim Vollzug von Bundesumweltrecht bei den Kantonen (Theo Loretan, Kommentar zum USG, Zürich 2002, N 2 zu Vorbem. zu Art. 54-57, N 10 in fine zu Art. 54).

(VGE III 2007 68 vom 24. Mai 2007; das Bundesgericht hat mit Urteil 1C_178/2007 vom 31. Januar 2008 die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen, während es auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten ist).

1.2 Zuständigkeit

- *Fehlende Zuständigkeit für privatrechtliche Vorbringen im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren (siehe B 8.1).*

1.3 Rechtsmittelbefugnis

- *Rechtsmittelbefugnis einer Gemeinde (siehe B 8.2).*

1.4 Klageverfahren für aus staatlichem Handeln hergeleitete Genugtuungsforderung

- *Im Beschwerdeverfahren gegen eine polizeiliche Wegweisung (im Zusammenhang mit der verweigerten Teilnahme an einer 1. August-Feier auf dem Rütli) ist auf Genugtuungsforderungen nicht einzutreten.*

Aus den Erwägungen:

2.4.1 Was die beantragte Genugtuungssumme von Fr. ... anbelangt, verhält es sich so, dass das Verwaltungsgericht öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche gegenüber Gemeinwesen nicht im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen oder Entscheide (vgl. § 51 VRP), sondern - als einzige Instanz - im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren nach § 67 (Abs.1 lit.c) VRP i.V.m. § 69 VRP zu behandeln hat. Die Voraussetzungen dafür, dass die in der Beschwerde gegen einen vorinstanzlichen Entscheid enthaltene Entschädigungsforderung ausnahmsweise aus prozessökonomischen Gründen auch noch als Klagebegehren entgegen genommen werden könnte, sind vorliegend nicht erfüllt, zumal hier weder umstritten ist, ob und inwiefern für das eigentliche Begehren eine Beschwerde- oder eine Klagemöglichkeit gegeben ist, noch die Forderung im Zusammenhang mit der Auflösung eines Anstellungsverhältnisses steht (vgl. VGE 922/98 vom 29. Januar 1999, Erw. 2c, Prot. S. 94 mit Verweis auf den VGE 558/96 vom 17. Januar 1997 und den VGE 821/96 vom 20. Februar 1997).

(VGE III 2007 118 vom 30. Oktober 2007).

1.5 Beiladung

- *Beiladungsinteresse (§ 14 VRP). Verneint, wenn dieses mit einem möglichen Alternativ-Standort im Falle einer Bauverweigerung begründet wird.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Werden durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich schützenswerte Interessen eines Dritten betroffen, so kann ihn die Behörde auf sein Gesuch hin oder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbeziehen. Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge nur zu Gunsten

B 1.5

oder zu Lasten der Hauptparteien stellen. Die Verfügung oder der Entscheidung wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (§ 14 VRP).

1.2 Die Beiladung ist ein Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV). Das Beiladungsinteresse setzt die *voraussichtlich* schützenswerten Interessen eines Dritten voraus. Schützenswert sind grundsätzlich jene Interessen, die zur Beschwerdebefugnis nach § 37 lit. a VRP ausreichen. Die Besonderheit der Beiladung liegt nun darin, dass sich die Interessensbeeinträchtigung noch nicht aktualisiert hat, wie dies bei einer beschwerdeführenden Partei der Fall ist (Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 35).

1.3 Zweck der Beiladung ist es im Wesentlichen, die Rechtskraft des Entscheides auf Drittpersonen auszudehnen, die nicht Verfahrenspartei sind, durch den ausstehenden Entscheid aber voraussichtlich in ihren schützenswerten Interessen betroffen werden. Diese Rechtskraftausdehnung verhindert ein zweites Verfahren über den gleichen Streitgegenstand. Die Beiladung dient mithin der Prozessökonomie, der Rechtssicherheit und den Interessen Dritter. In der Praxis wird den Verfügungs- und Entscheidinstanzen bei der Frage, ob eine Beiladung anzuordnen ist, ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Das Verwaltungsgericht bejaht das Beiladungsinteresse umso eher, wenn der Beizuladende zur Sachverhaltsermittlung Wesentliches beitragen kann (VGE 539/92Z vom 12. Mai 1992, Erw. 2a; VGE 594/95Z vom 20. Juli 1995, Erw. 2; EGV-SZ 1990, S. 17; VGE 1047 + 1048/03 vom 29. Januar 2004, Erw. 4.3 = EGV-SZ 2004, B 1.7; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 zu Art. 14).

2.1 Die Gesuchsteller machen geltend, der Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht habe unmittelbare Auswirkungen darauf, ob auf einen alternativen Standort auszuweichen sein werde. Der alternative Standort befinde sich auf KTN Z direkt nördlich bei der ARA X. Die Gesuchsteller seien Eigentümer von KTN ... und KTN ..., welche beide unmittelbar an KTN Z angrenzen würden. Geplant sei dort ein 29.98 m hoher Sendemast. Der Gemeinderat X habe im ... vom 16. März 2007 mitgeteilt, er habe der Bauherrschaft das Land nahe der ARA für den Bau einer Mobilfunkanlage angeboten, dafür müsse auf den Bau der Mobilfunkanlage beim Bahnhof verzichtet werden. Die Verhandlungen seien geführt und die Verträge würden demnächst unterzeichnet. Sobald die Baubewilligung rechtskräftig sei, werde die ... ihre Anlage am ARA-Standort verwirklichen und den Standort beim Bahnhof aufgeben.

Die Gesuchsteller führen des Weiteren aus, die Bauherrschaft habe den Standort ‚Bahnhof‘ noch nicht definitiv aufgegeben. Um keine Verzögerungen zu erleiden, habe man sich offenbar zu einem parallelen Vorgehen entschieden. Die Gesuchsteller hätten ein virulentes Interesse sich bereits im laufenden Verfahren möglichst frühzeitig vernehmen zu lassen.

2.2 Verfahrensgegenstand in den beiden hängigen Beschwerdeverfahren III 2007 31 und 33 ist einzig das Baugesuch für eine Mobilfunkantennenanlage beim Bahnhof in X bzw. der sich damit befassende vor Verwaltungsgericht angefochtene Beschwerdeentscheid des Regierungsrates.

2.3 Die Gesuchsteller machen nicht geltend (noch ist solches erkennbar), dass sie mit Bezug auf den Standort ‚Bahnhof‘ beschwerdebefugt wären. Dies insbesondere auch nicht, wenn die Beschwerden gutgeheissen würden, zumal sie nicht Bauherren sind. Sie argumentieren vielmehr einzig aus der Sicht des möglichen Alternativstandortes, in deren unmittelbaren Nachbarschaft sich ihre Liegenschaften befinden. Dies vermag in den vorliegenden Verfahren keine voraussichtlich schützenswerte Interessen zu begründen. Der Ausgang der vor dem Verwaltungsgericht hängigen Verfahren übt keinerlei Einfluss auf die Beurteilung eines möglichen Alternativprojektes an einem anderen Standort aus. Die Gesuchsteller werden ihre Rechte in jenem Baubewilligungsverfahren wahrnehmen können (sofern ein solches tatsächlich auch in die Wege geleitet werden wird). Der Umstand, dass ein Beschwerdeverfahren eine mögliche Bauverweigerung und in der Folge ein Baubewilligungsverfahren an einem anderen, für Dritte nicht genehmen Standort zur Folge hat oder haben könnte, gibt diesen Dritten keinen verfahrensmässigen Anspruch, sich als beigeladene Nebenpartei für die Baubewilligungserteilung am ursprünglichen Standort einzusetzen.

(VGE III 2007 58 vom 19. April 2007).

1.6 Ermessensunterschreitung

- *Der blosser Hinweis auf eine geübte Praxis stellt einen rechtsverletzenden Verzicht auf die Ausübung des zustehenden Ermessens dar (siehe B 8.5).*

B 2.1

1.7 Parteientschädigung

- *Keine Parteientschädigung für obsiegende Partei, welche sich widersprüchlich verhielt.*

Aus den Erwägungen:

5. ... Im Übrigen wäre an sich der obsiegenden, erst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels durch einen Rechtsanwalt vertretenen Gemeinde eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Nachdem aber der Fürsorgepräsident dem Kläger ausdrücklich empfohlen hat, zur Klärung der unterschiedlichen Standpunkte eine Klage beim Verwaltungsgericht einzureichen, was unüblich ist (denn entweder anerkennt die Behörde aufgrund eigener Abklärungen, dass Fehler passiert sind und bemüht sich, die entstandenen Fehler und damit zusammenhängenden Folgen nach Möglichkeit zu beseitigen bzw. auszugleichen, oder dann verneint die Behörde das Auftreten von Fehlern und überlässt es der Gegenseite, ob und inwiefern sie dagegen vorgehen will), und in der Folge im vom Fürsorgepräsidenten angeregten Klageverfahren die beklagte Gemeinde einen Rechtsanwalt zur Abwehr von Ansprüchen bezieht, rechtfertigt es sich zusammenfassend, für dieses widersprüchliche Verhalten auf Seiten der Beklagten - trotz Obsiegens - keine Parteientschädigung zuzusprechen.

(VGE III 2007 86 vom 29. August 2007).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen

- *Keine Übernahme der Kosten für Hotelunterkunft und der Mehrkosten für biologisch produzierte Lebensmittel.*

Aus den Erwägungen:

2. Übernahme der Hotelunterkunft im Hotel ... zu Lasten der Ergänzungsleistungen (Anträge Ziffer 3 - 5).

2.1 Der Beschwerdeführer beansprucht höhere monatliche Ergänzungsleistungen mit dem Argument, seine Unterkunft im Hotel ... koste mehr als die Invalidenrente und die ihm zugesprochene monatliche Ergänzungsleistung zusammen. Daraus glaubt er einen zusätzlichen monatlichen EL-Betrag von Fr. ... ableiten zu können.

2.2 Zu den Begehren bzw. Ausführungen des Beschwerdeführers ist vorerst die Grundsatzfeststellung anzubringen, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei den Ausgaben, welche neben den anrechenbaren Einnahmen die massgebende Grösse für die Ermittlung des EL-Anspruches sind, auf die individuell konkrete Situation der einzelnen EL-Ansprecher abzustellen. Vielmehr dürfen nur die im Gesetz vorgesehenen Ausgaben (insbesondere Art. 3b und 5 ELG) berücksichtigt werden. Diese sind zum Teil pauschaliert, zum Teil bestehen Höchstansätze (VGE 28/02 vom 17. Juli 2002). So gehören zu den anerkannten Ausgaben der Mietzins einer Wohnung und die damit zusammenhängenden Nebenkosten (Art. 3b Abs. 1 Bst. b ELG). Mietzinskosten werden indessen höchstens im Betrag von Fr. 13'200.-- im Jahr bei Alleinstehenden übernommen (Art. 5 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 ELG in Verbindung mit § 2 Abs. 2 des kantonalen ELG, SRSZ 362.200). Wenn der Beschwerdeführer statt in einer Wohnung, deren Mietkosten sich innerhalb dieses Rahmens bewegen, in einem Hotelzimmer wohnt, für welches eine Tagestaxe von Fr. ... (inkl. Frühstück) in Rechnung gestellt wird, so können diese Kosten, soweit sie den gesetzlichen Höchstbetrag von Fr. 13'200.-- im Jahr übersteigen, nicht als anerkannte Ausgaben bei der EL-Ermittlung berücksichtigt werden. Im Rahmen des Höchstbetrages hat aber die Vorinstanz Mietkosten berücksichtigt. Die Anträge Ziffer 2 bis 5 sind daher abzuweisen. Nicht von Relevanz für die EL-Ermittlung ist die Behauptung des Beschwerdeführers, er sei auf "... Wohnraum" angewiesen. Ob dies zutrifft und ob das vom Beschwerdeführer bewohnte Hotelzimmer diesen Anforderungen entspricht, ist daher nicht zu prüfen. ...

2.3 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es sei zu prüfen, "ob die höheren Kosten für ... Wohnraum" als "medizinisch-gesundheitlich notwendige Zusatzkosten verbucht" (gemeint ist zu Lasten der EL übernommen werden können), so ist vorerst festzuhalten, dass Gegenstand der angefochtenen EL-Verfügungen und des Einspracheentscheids die ordentlichen jährlichen Ergänzungsleistungen, nicht aber die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten nach Art. 3d ELG ist.

Der Umfang der Tätigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz wird nach ständiger Praxis durch den Anfechtungsgegenstand ab-

B 2.1

gegrenzt. Es kann nur das Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, was auch Gegenstand der zugrundeliegenden Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein müssen. Gegenstände, über welche die erste Instanz (bzw. eine Vorinstanz) zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz (vgl. VGE 938/02 vom 30. Januar 2003 Erw. 1b; Prot. 53 VGE 943/00 vom 30. März 2001 Erw. 1; VGE 33/00 vom 9. Mai 2000 Erw. 2; VGE 370/93 vom 29. April 1994 Erw. 2d mit Hinweisen, Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19-28 N 86; EGV-SZ 1979, S. 122). Daraus ergibt sich, dass der Antrag nur Begehren enthalten darf, über welche die Vorinstanz entschieden hat oder hätte entscheiden sollen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 54 N 4). Auf dieses Begehren, welches über den Rahmen der jährlichen EL-Ermittlung hinausgeht, ist daher nicht einzutreten. Im Hinblick auf Weiterungen ist indessen festzuhalten, dass unter Art. 3d neben den in Art. 3d Abs. 1 lit. a, c, d, e und f aufgezählten Kosten die Kosten für Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen (lit. b) vergütet werden können. Wohnkosten für baubiologischen Wohnraum haben indessen mit Pflege und Betreuung nichts zu tun und können unter keinem Titel unter Art. 3d ELG subsumiert werden (vgl. auch Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Supplement, S. 121 ff.; Wegleitung über die Ergänzungsleistungen, WEL, Rz. 5001 ff.)

2.4 Nicht einzutreten ist auch auf das Begehren, das Verwaltungsgericht habe, sofern die über den höchstzulässigen Mietzinsaufwand nach ELG hinausgehenden Kosten des Hotels ... tatsächlich nicht über Ergänzungsleistungen vergütet werden könnten, anzugeben, wer für die Kostendifferenz aufzukommen habe. Es liegt weder im Aufgaben- noch im Kompetenz- und schon gar nicht im Kapazitätsbereich des Verwaltungsgerichts, Sozialhilfe und Sozialberatung anzubieten. Dies ist Aufgabe der Gemeinden (vgl. §§ 11 ff. Sozialhilfegesetz, SRSZ 380.100). An dieser Stelle kann dem Beschwerdeführer lediglich der Rat erteilt werden, dass er einen Wohnraum suchen muss, der im Rahmen der im EL-Recht berücksichtgbaren Wohnkosten finanzierbar ist. Dies gilt umso mehr, als es (zu Recht) in der Bevölkerung auf wenig Verständnis stösst, wenn EL-Bezüger und Sozialhilfeempfänger über längere Zeiträume Hotelzimmer bewohnen, deren Kosten jene einer einfachen Kleinwohnung um ein Mehrfaches übersteigen.

3. Übernahme von Mehrkosten von sog. biologischen Produkten (Lebensmittel) als Diätkosten (Antrag Ziffer 2).

3.1 Bezüglern einer jährlichen Ergänzungsleistung ist ein Anspruch einzuräumen auf die Vergütung von ausgewiesenen, im laufenden Jahr entstandenen Kosten für Diät (Art. 3d Abs. 1 lit. c ELG). Das Eidgenössische Departement des Innern bestimmt, welche Kosten für Diät vergütet werden können (Art. 3d Abs. 4 ELG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 ELV). In Art. 9 der Verordnung über die Vergütung von Krankheits- und Behindernungskosten bei den Ergänzungsleistungen (ELKV) hat das Eidgenössische Departement des Innern normiert, dass ausgewiesene Mehrkosten für vom Arzt verordnete lebensnotwendige Diät von Personen, die weder in einem Heim noch Spital leben, als Krankheitskosten gelten, wobei ein jährlicher Pauschalbetrag von 2'100 Franken zu vergüten ist.

3.2 Grundsätzlich gehören die anrechenbaren Diätkosten zu den Krankheitskosten und sind dementsprechend nicht im Rahmen der Festsetzung der jährlichen Ergänzungsleistungen zu prüfen. Nachdem jedoch die Vorinstanz im Einspracheentscheid zu dieser Frage Abklärungshandlungen getroffen und diese Frage abgehandelt hat, ist darauf auch im Beschwerdeverfahren einzutreten.

Der Beschwerdeführer hat im Einspracheverfahren das Begehren gestellt, es seien bei der EL-Berechnung Diätkosten von monatlich Fr. 175.-- zu berücksichtigen (2100 : 12). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2006 hat ihm die Vorinstanz Frist angesetzt bis zum 31. Dezember 2006, um ein Diät-Arztzeugnis einzureichen. Unter Hinweis auf Art. 43 ATSG wurde Entscheidung anhand der Akten oder Nichteintreten angedroht für den Fall, dass der Beschwerdeführer dieser Aufforderung nicht nachkommen sollte. Nachdem der Beschwerdeführer das Arztzeugnis, datiert vom 3. Januar 2007, erst am 8. Januar 2007 einreichte, trat die Vorinstanz in diesem Punkt auf die Einsprache nicht ein, wobei sie aber gleichwohl den Anspruch zumindest teilweise materiell abhandelte, indem sie ausführte, es sei nicht ersichtlich, dass eine lebensnotwendige Diät erforderlich sei. Die Vorinstanz hat bei der Fristansetzung übersehen, dass der angesetzte Endtermin in die Zeit des Fristenstillstandes nach Art. 38 Abs. 4 ATSG fiel, sodass die Frist am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes, d.h. am 2. oder allenfalls 3. Januar 2007 abgelaufen ist. Die Frist war somit mit der Einreichung des geforderten Arztzeugnisses erst am 8. Januar 2007 versäumt. Ob das Begleitschreiben, welches der Beschwerdeführer der Vorinstanz am 8. Januar 2007 einreichte als Fristwiederherstellungsgesuch zu betrachten ist und ob die Voraussetzungen für die Wiederherstellung der versäumten Frist erfüllt waren, kann offen bleiben, weil dem Begehren um Anerkennung der Diätkosten, wie nachfolgend ausgeführt wird, auch unter Berücksichtigung des Zeugnisses von Dr. med. ... vom 3. Januar 2007 nicht entsprochen werden kann.

B 2.1

3.3 Für die Gewährung eines jährlichen Pauschalbetrages für Diätkosten von 2100 Franken müssen nach Art. 9 ELKV folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Es muss eine Diät konsumiert werden, die ärztlich verordnet sein muss;
- es muss sich um eine lebensnotwendige Diät handeln;
- die Diät muss ausgewiesene Mehrkosten im Betrag von mindestens 2'100 Franken zur Folge haben;
- die Person, welche den Diätkostenabzug verlangt, darf weder in einem Heim noch in einem Spital leben.

Diät oder Krankenkost ist die auf die Bedürfnisse des Patienten und die Therapie der Erkrankung abgestimmte Ernährung. Sie kann in der Einschränkung der gesamten Ernährung (Reduktionskost, z.B. bei Übergewicht), in der Verminderung bestimmter Anteile (z.B. kohlenhydratreduzierte Kost bei Diabetes mellitus, kochsalzarme Kost bei bestimmten Nierenerkrankungen, fettarme Kost bei Pankreaserkrankungen) oder in der Vermehrung aller (Aufbaukost) oder bestimmter Nahrungsanteile (z.B. proteinreiche Kost bei Kachexie = schwere Form der Abmagerung) bestehen (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260.A., S. 224). Wer Bio-Kost, d.h. nach den Grundsätzen der Verordnung über die biologische Landwirtschaft (SR 910.18) produzierte Lebensmittel konsumiert, nimmt allenfalls Produkte zu sich, die auf umweltschonende Weise hergestellt worden sind. Er konsumiert aber keine Diät oder Krankenkost. Dr. med. ... bestätigte in seinem Zeugnis vom 3. Januar 2007, dass der Beschwerdeführer nur biologischer Produkte bedürfe aufgrund seiner ... Empfindlichkeit Abgesehen davon, dass biologische Lebensmittel nicht unter den Begriff einer Diät fallen, ist auch nicht erstellt, noch wird geltend gemacht, dass und allenfalls weshalb der Konsum von biologischen Lebensmitteln für den Beschwerdeführer lebensnotwendig sein soll. Ferner ist auch nicht erstellt, dass aufgrund des Konsums von Bio-Produkten ausgewiesene Mehrkosten im Jahr von mindestens 2'100 Franken entstehen. Die Vorinstanz weist zutreffend daraufhin, dass sehr viele Menschen gezielt Bio-Produkte einkaufen, dass ein breites Angebot auf dem Markt besteht und dass die Preise in der Regel nur noch leicht über den "Normalpreisen" lägen. Die Frage, ob bei ausschliesslichem Konsum von Bio-Nahrungsmitteln ausgewiesene Mehrkosten von mindestens 2'100 Franken im Jahr (bzw. 175 Franken im Monat oder Fr. 5.75 im Tag) für eine Einzelperson entstehen, kann indessen offen bleiben, weil - wie dargelegt - Bio-Kost keine Diätkost ist und weder geltend gemacht noch nachgewiesen wird, dass der Genuss von Biokost für den Beschwerdeführer lebensnotwendig ist (vgl. auch Dr. Beda Stadler, Prof.

für Immunologie, Bern, denkpause, Frisch auf den Tisch, in SF Nr. 15 vom 12. April 2007, S. 6 f.)

(VGE I 2007 20 vom 26. April 2007).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Initiativrecht

- *Unzulässigkeit einer Initiative; Rechtswidrigkeit (§ 8 Abs. 1 GOG).*

Aus dem Sachverhalt:

Seit längerer Zeit ist gestützt auf § 25 Abs. 2 PBG ein Teilzonenplan Golf sowie die dazu gehörende Anpassung des kommunalen Baureglementes öffentlich aufgelegt und zurzeit Gegenstand eines Rechtsmittelfahrens. In der Folge reichten verschiedene Stimmbürger gestützt auf § 73 der Kantonsverfassung (KV) und § 8 des Gemeindeorganisationsgesetzes (GOG) ein Initiativbegehren in der Form einer allgemeinen Anregung mit dem Zweck ein, dass das durch die laufende Teilzonenplanung Golf betroffene Land in eine neu zu schaffende Golfzone umzuzonen sei. Das Initiativbegehren wird damit begründet, dass nicht abzusehen sei, wann endlich die Stimmbürger über die Teilzonenplanung Golf entscheiden könnten. Promotoren, Landeigentümerin und Landwirte würde jegliche langfristige Planung verunmöglicht. Es sei wichtig, dass die Stimmbürger endlich über den geplanten Golfplatz entscheiden könnten. Der Gemeinderat erklärte das Initiativbegehren formell und materiell als zulässig. Gegen diese Gültigkeitserklärung erhoben andere Stimmbürger Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2.1 Jeder Stimmberechtigte ist gemäss § 73 der Kantonsverfassung (SRSZ 100.000) befugt, beim Gemeinderat ein schriftliches Initiativbegehren einzureichen, welches sich auf einen Gegenstand bezieht, der in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung fällt. Das Initiativbegehren kann sich auf den Erlass, die Abänderung oder die Aufhebung einer Verordnung oder eines Verwaltungsaktes beziehen. Geht es um eine Verordnung, kann das Begehren nur in Form der allgemeinen Anregung gestellt

B 7.1

werden. Im Übrigen regelt das Gesetz die Voraussetzungen des Initiativrechts.

2.2 Die Initiativbegehren sind schriftlich einzureichen (§ 8 Abs. 1 erster Satz Gemeindeorganisationsgesetz, GOG, SRSZ 152.100).

2.3 Der Gemeinderat tritt auf ein Initiativbegehren nicht ein (§ 8 Abs. 1 zweiter Satz GOG), wenn:

- es sich auf einen Gegenstand bezieht, zu dessen Behandlung die Gemeindeversammlung nicht zuständig ist,
- der Grundsatz der Einheit der Materie nicht gewahrt ist,
- es dem Bundes- oder kantonalen Recht widerspricht,
- oder einen unmöglichen Inhalt aufweist.

2.4 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).

2.5 Verfügungen über die Zulässigkeit von Initiativbegehren sind den Initianten mitzuteilen und im Amtsblatt zu veröffentlichen. Sie können innert zehn Tagen mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 8 Abs. 3 GOG).

2.6 Bei einem als zulässig erachteten Initiativbegehren hat der Gemeinderat dieses spätestens innert Jahresfrist mit seinem Antrag oder seinem Gegenvorschlag der Gemeindeversammlung vorzulegen (§ 8 Abs. 4 GOG).

Stimmt die Gemeindeversammlung dem Initiativbegehren auf Erlass oder Abänderung einer Verordnung zu, so hat der Gemeinderat innert Jahresfrist eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten und der Gemeindeversammlung zu unterbreiten (§ 8 Abs. 5 GOG).

3.1 Die Zulässigkeitsverfügung ist im Amtsblatt vom 9. Februar 2007 öffentlich publiziert worden. Die Beschwerdeschrift wurde am 15. Februar 2007 der Post übergeben, womit die Rechtzeitigkeit der Beschwerdehebung erstellt ist.

3.2 Die Beschwerdeführer sind in der Gemeinde X wohnhaft. Deren Stimmberechtigung wird vernehmlassend nicht in Abrede gestellt. Die Beschwerdebefugnis ist mithin gegeben (VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 2.2 mit weiteren Zitaten).

4.1 Das Initiativbegehren ist schriftlich eingereicht worden. Die Stimmberechtigung der in der Gemeinde X wohnhaften Initianten ist unbestritten. Die formellen Voraussetzungen des Initiativbegehrens sind erfüllt.

4.2 Der Grundsatz der Einheit der Materie und das auf zwei Jahre befristete Wiederholungsverbot stehen im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion. Die Frage, ob es sich um eine Wiederholungsinitiative handeln könnte, würde sich dann stellen, wenn die gemeinderätliche Vorlage bereits zuhanden der Gemeindeversammlung traktandiert wäre (VGE 892/02 vom 30. Oktober 2002, Erw. 5).

4.3 Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, das zurzeit hängige Auflage- und Einspracheverfahren zwecks Umzonung des ... von der Landwirtschaftszone in eine Intensiverholungszone Golf stehe dem umstrittenen Initiativbegehren entgegen. Zu prüfen sind deshalb die übrigen materiellen Voraussetzungen unter diesem Aspekt.

5.1 Die Initianten verlangen in Form einer allgemeinen Anregung, dass "das heute zur Landwirtschaftszone gehörende Gebiet ...in X von ca. 90 ha Fläche ... in eine neu zu schaffende Golfzone umzuzonen" sei. Stimmt der Gemeindegouverän dieser Initiative zu, muss mithin der Gemeinderat eine entsprechende Vorlage ausarbeiten und der Gemeindeversammlung unterbreiten.

5.2 Die Abänderung der Nutzungsplanung liegt im Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung (§ 27 Planungs- und Baugesetz, PBG, SRSZ 400.100; betr. Golfplatzzone siehe auch VGE 651/92 u. 654/92 vom 24. November 1992, Erw. 3). Insofern ist eine zu diesem Zweck eingereichte (Rechtsetzungs-)Initiative grundsätzlich zulässig. Sie kann indes nur - wie dies im vorliegenden Fall auch geschehen ist - in Form einer allgemeinen Anregung erfolgen (Peter Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, in ZBI 1990, S. 378 ff., 401 u. FN 106).

5.3 Bei Nutzungsplaninitiativen gilt zusätzlich zu beachten, dass dem Planerlass ein Auflage- und Einspracheverfahren vorausgeht, welches *nicht* im Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung liegt (§§ 25 f. PBG). Dieses vorgängige Auflage- und Einspracheverfahren wirkt sich direkt auf die Nutzungsplaninitiative aus. Stimmt der Souverän der allgemeinen Anregung zu, hat der Gemeinderat eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten (§ 8 Abs. 5 GOG). Diese Vorlage kann aber nicht direkt der Gemeindeversammlung vorgelegt werden, sondern es ist zunächst das

B 7.1

erwähnte Einsprache- und Auflageverfahren durchzuführen (EGV-SZ 1984, Nr. 43, S. 145). Dieser Umstand wird bei der Einhaltung der Jahresfrist, innert welcher die ausgearbeitete Vorlage der Gemeindeversammlung zu unterbreiten ist, entsprechend zu berücksichtigen sein (mögliche Massnahme: Fristenstillstand während des Auflage- und Einspracheverfahrens; siehe auch EGV-SZ 1994, Nr. 13, S. 39). Des Weiteren ist zu beachten, dass in Abweichung von § 26 Abs. 4 GOG gestützt auf § 27 Abs. 2 PBG anlässlich der beratenden Gemeindeversammlung keine Abänderungsanträge zulässig sind (Gander, a.a.O., S. 405). Schliesslich ist v.a. zu prüfen, ob der Grundsatz der Planbeständigkeit verletzt wird (Art. 21 RPG; EGV-SZ 1994, Nr. 13; Peter Friedli, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Art. 17 N 14).

5.4 Wie bereits erwähnt, müsste der Gemeinderat, wenn der Gemeindegouverän der hier umstrittenen Initiative zustimmen würde, eine Vorlage ausarbeiten und der Gemeindeversammlung unterbreiten mit dem Zweck, dass auf dem ca. 90 ha umfassenden Gebiet ... eine Golfzone geschaffen wird.

Die Initianten rennen damit offene Türen ein. Eine solche Vorlage ist bereits ausgearbeitet und unterliegt zurzeit dem Auflage- und Einspracheverfahren (siehe Ingress lit. A-C). Sobald das Auflage- und Einspracheverfahren rechtskräftig erledigt ist, kann die Vorlage der Gemeindeversammlung unterbreitet werden, vorausgesetzt die planungsrechtliche Zulässigkeit der Umzonung der Landwirtschaftszone in eine Intensiverholungszone Golf (IE G) ist festgestellt worden. Im jetzigen Zeitpunkt mit einer Initiative vom Gemeinderat nochmals die Erarbeitung einer Vorlage mit dem gleichen Zweck zu verlangen, nämlich der Umzonung des gleichen Landwirtschaftslandes in eine Golfzone (siehe oben Erw. 5.1) macht nicht nur keinen Sinn, sondern widerspricht dem im kantonalen Planungs- und Baurecht vorgesehenen Verfahrensablauf. Es liegt zudem eine ähnliche Situation wie bei einer faktischen Unmöglichkeit vor, welche ebenfalls zur Unzulässigkeit eines Initiativbegehrens führt (VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 3.6).

Ob und inwiefern ein in Gang gesetztes Nutzungsplanänderungsverfahren nebst dem Einspracherecht durch ein Initiativbegehren konkurrenziert und in Frage gestellt werden könnte, kann hier offen bleiben. Die Initianten stellen das hängige Verfahren in keiner Weise in Frage, sondern glauben im Gegenteil dieses mit der Initiative beschleunigen zu können (siehe unten Erw. 5.5). Im vorgezeichneten Verfahrensablauf des kantonalen Planungs- und Baurechts gibt es jedoch keinen Platz für Initiativbegehren, welche dasselbe wie ein bereits ausgearbeitetes und aufgelegtes Nutzungsplanänderungsverfahren anstreben. Abgesehen davon würde das laufende Verfahren dadurch komplizierter und es könnte

sich deswegen weiter verzögern. Die Initiative ist deshalb rechtswidrig und unzulässig. Der Grundsatz "in dubio pro populo" vermag hier nicht zu greifen, zumal die inhaltliche Zulässigkeit der Initiative grundsätzlich nicht aberkannt wird (VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 3.5.1) bzw. hier auch nicht vertieft zu prüfen ist.

Dass der Gemeinderat die Vorlage von sich aus zurückziehen könnte, machen die Beschwerdeführer nicht geltend. Es sind hierfür auch keinerlei Anzeichen erkennbar und ein solches Szenario erscheint zudem als sehr unwahrscheinlich. Selbst wenn dem wider Erwarten einmal so sein sollte, könnte dannzumal auf diese veränderte Situation mit einem Initiativbegehren reagiert werden, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind.

5.5 Anhand der Initiativbegründung ist unschwer zu erkennen, dass die Initianten mit dem bisherigen langen Verfahrensablauf unzufrieden sind. Es sei nicht abzusehen, wann endlich die Stimmbürger über die Umzonung entscheiden könnten. Dass dies endlich geschehe, sei aber wichtig, weshalb man beantrage, das Initiativbegehren gemäss § 8 Abs. 4 GOG innert Jahresfrist der Gemeindeversammlung zum Entscheid vorzulegen (siehe Ingress lit. D).

Soweit die Initianten mit dem Initiativbegehren beabsichtigten sollten, auf das laufende Auflage- und Einspracheverfahren direkt Einfluss zu nehmen oder dieses sogar in Frage zu stellen, ist dieses Ansinnen ebenfalls unzulässig. Das Auflage- und Einspracheverfahren liegt nicht im Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung. Wollen sich beschwerdebefugte Parteien über eine zu lange Verfahrensdauer beschweren, können sie eine Rechtsverzögerungsbeschwerde einreichen. Dritten (und natürlich auch Beschwerdebefugten) steht die Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat zur Verfügung.

(VGE III 2007 24 vom 22. März 2007).

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

8.1 Fehlende Zuständigkeit für privatrechtliche Vorbringen

- *Auf privatrechtliche Baubeschränkungen ist im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren nicht einzutreten.*
- *Über Schadenersatzbegehren nach § 82 Abs. 2 PBG entscheidet der Zivilrichter.*

B 8.1

Aus den Erwägungen:

1.1 Stehen einem Bauvorhaben private Rechte entgegen, so ist dies auf dem zivilprozessualen Weg geltend zu machen (§§ 80 Abs. 2 und 4, 86 Abs. 2 PBG). Im verwaltungsprozessualen Verfahren ist dagegen zu prüfen, ob öffentlich-rechtliche Hindernisse die Erteilung der Baubewilligung verunmöglichen. Dabei sind private Rechtseinräumungen und Zustimmungserklärungen insoweit zu berücksichtigen, als dies das öffentlichen Baurecht verlangt (z.B. ungleiche Verteilung des Grenzabstandes gemäss § 62 PBG, Ausnützungstransfer; Zustimmung zur Unterschreitung des Grenzabstandes von Nebenbauten gemäss § 62 Abs. 2 PBG; rechtliche Sicherstellung gemäss § 37 Abs. 3 PBG).

1.2 Ende der 60er Jahre begann die Gemeinde X mit der parzellenweisen Veräusserung von Grundstücken der gemeindeeigenen Liegenschaften ... Dabei wurden zu Lasten der Baugrundstücke und zu Gunsten der gemeindeeigenen ...strasse KTN ... Grunddienstbarkeiten bezüglich Abständen, Gebäudehöhen, Bepflanzungen, Ausnützung und Gewerbebetrieben eingetragen ...

1.3 Die Gemeinde verkaufte am ... dem Rechtsvorgänger des Beschwerdegegners die Liegenschaft KTN ... und begründete u.a. folgende Dienstbarkeit ... [betrifft Abstände, Gebäudehöhe etc.].

Diese Baubeschränkung ist privatrechtlicher Natur und im vorliegenden öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren unbeachtlich. Es werden keine öffentlich-rechtlichen Baunormen tangiert, die sich auf private Rechtseinräumungen und Zustimmungserklärungen ... beziehen. An diesem Beurteilungsergebnis vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die dienstbarkeitsberechtigte Liegenschaft im Eigentum des für die Durchführung des Baubewilligungsverfahrens zuständigen Gemeinwesens ist und der Gemeinderat im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens die Einhaltung der privatrechtlichen Höhenbeschränkung überprüft. Die privatrechtlichen Vorgaben sind nicht in das öffentliche Baurecht überführt worden.

1.4 Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten, soweit sie mit der Verletzung der dienstbarkeitsvertraglich begründeten privatrechtlichen Baubeschränkung begründet wird.

1.5 Nicht einzutreten ist auch auf das beschwerdegegnerische Begehren, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführung offensichtlich missbräuchlich im Sinne von § 82 Abs. 2 PBG sei. Über Schadenersatzbegehren entscheidet der Zivilrichter (§ 82 Abs. 2 zweiter Satz PBG). Er

kann anhand der Baubewilligungsakten über das Erfordernis der offensichtlichen Unbegründetheit, Böswilligkeit oder Trölerei befinden.
(VGE III 2007 57 vom 29. August 2007).

8.2 Rechtsmittelbefugnis einer Gemeinde

- *Beschwerdebefugnis des kommunalen Gemeinwesens bei der Anwendung von kantonalem Recht im Zusammenhang mit Erschliessungsfragen (Planungs- und Baugesetz; Strassenverordnung).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerdegegner, welcher ein grösseres Einkaufsgeschäft betreibt, beabsichtigt, die Anlieferung umzugestalten. Der Bezirksrat verweigerte die Baubewilligung für die Umgestaltung wegen Gefährdung der Verkehrssicherheit. Der Regierungsrat hiess eine dagegen erhobene Beschwerde gut und wies die Sache an den Bezirksrat zurück zum Erlass der Baubewilligung im Sinne der Erwägungen. Dagegen wehrte sich der Bezirk in einer Beschwerde ans Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. die Rechtsmittelbefugnis (vgl. § 27 Abs. 1 lit. d VRP).

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

Eine Rechtsmittelbefugnis nach § 37 lit. b VRP ist nicht ersichtlich und wird vom beschwerdeführenden Bezirk auch nicht geltend gemacht.

1.2 Nach konstanter Praxis sind Gemeinden und Bezirke sowie andere öffentlichrechtliche Körperschaften nach § 37 lit. a VRP auch zur Beschwerde befugt, wenn diese Körperschaften an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (vgl. VGE 556/92 vom 10. Juli 1992, Erw.1b/aa, Prot. S. 672, mit Verweis auf EGV-SZ 1984, Nr. 7 mit weiteren Hinwei-

B 8.2

sen; VGE 902/01 vom 18. Januar 2002, Erw. 1b). Dies ist praxisgemäss u.a. dann der Fall, wenn eine Autonomieverletzung geltend gemacht wird, wenn eine Gemeinde nach ihrer Darstellung gleich oder ähnlich wie eine Privatperson in ihren Interessen betroffen wird (was insbesondere dann zutrifft, wenn das Finanz- oder Verwaltungsvermögen tangiert wird), und wenn eine zu erwartende Mehrbelastung geltend gemacht wird (sofern diese zudem aus Mitteln des Finanzvermögens gedeckt werden soll; vgl. zum Ganzen EGV-SZ 1983, Nr. 1, S. 4 f., VGE 556/92 vom 10. Juli 1992, Prot. S. 672; J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Diss., Zürich 1980, S. 52 f.). Kein schutzwürdiges Interesse ist hingegen dann gegeben, wenn die Gemeinde nicht ihr eigenes, sondern kantonales oder Bundesrecht anzuwenden hat, und es ihr einzig um die Durchsetzung ihrer eigenen Rechtsauffassung geht (vgl. VGE 1023/01 vom 14. März 2002, Erw. 1b mit Hinweisen auf ZBI 2001, S. 527, Erw. 2a in fine, mit Hinweis auf BGE 125 II 192 Erw. 2a/aa).

1.3 Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (vgl. BGE 126 I 136, Erw. 2 mit Hinweisen auf BGE 124 I 226 f.; 122 I 290). Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus (vgl. VGE 1023/01 vom 14. März 2002, Erw. 1c mit Verweis auf BGE 124 I 227). Nach konstanter Rechtsprechung steht der kommunalen Baubewilligungsbehörde beispielsweise in Fragen des Ortsbildschutzes ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (vgl. VGE 1031/00 vom 22. Dezember 2000, Erw. 3b; VGE 1044/00 vom 22. Dezember 2000, Erw. 3d; VGE 1004/02 vom 28. Juni 2002, Erw. 1). Ob ein kantonales Vorgehen rechtens und mit der Gemeindeautonomie vereinbar ist, ist nicht bei der Eintretensfrage, sondern im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen (vgl. dazu ZBI 2003, S. 542; VGE 1008-1010/02 vom 20. Januar 2005, Erw. 3.3).

1.4 Gegenüber Bezirks- und Gemeindebehörden sowie Organen kommunaler Zweckverbände kann die kantonale Behörde Ermessensfehler nur überprüfen, soweit dadurch die Autonomie der von ihnen vertretenen Körperschaften nicht verletzt wird (§ 46 Abs. 2 VRP).

1.5 Der Bezirksrat lehnte die Baubewilligung aus Gründen der Verkehrssicherheit ab. Gegenüber dem Regierungsrat erklärte er vernehmlassend, ein Andocken vom Osten her ... werde bei entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen nicht verwehrt ... Die Darlegung des Sachbearbeiters des Justizdepartements anlässlich des Augenscheins vom 21. August 2006, wonach die Andockung auf der östlichen Seite nicht umstritten sei, blieb ebenfalls unwidersprochen. Der Bezirksrat verweigerte mithin die Baubewilligung wegen des westseitigen Andockmanövers.

Im Bauabschlag werden keine konkreten Normen angeführt, welche dem Baugesuch entgegenstehen sollen. Der Regierungsrat nimmt dagegen auf die kantonale Strassenverordnung (StrV, SRSZ 442.110) Bezug und erwähnt konkret die Bewilligungspflicht gemäss § 47 Abs. 2 StrV, "wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet wird", sowie § 48 StrV, welcher als Verweigerungsgründe, die erhebliche Behinderung des Gemeindegebrauchs, die Nichteinhaltung der Umweltschutzvorschriften oder die Gefährdung der Verkehrssicherheit erwähnt, jedoch explizit auch Bewilligungen mit Nebenbestimmungen zulässt. Der vor Verwaltungsgesicht beanwaltete Beschwerdeführer bezieht sich nunmehr ebenfalls auf die kantonale Strassenverordnung und erwähnt zusätzlich die im kantonalen Planungs- und Baugesetz in § 37 festgehaltenen Erschliessungsanforderungen. Es geht mithin um die Anwendung von kantonalem Recht, welches im ganzen Kanton möglichst einheitlich angewendet werden soll, weshalb an sich kein Platz für eine kommunale Autonomie besteht. Indes kommt dem Beschwerdeführer insofern ein erheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu, als er die örtlichen Verhältnisse besser kennt als die kantonalen Behörden und zudem als Strassen-träger die Verkehrspolitik entscheidend mit gestaltet. In diesem Sinne ist die Beschwerdebefugnis zu bejahen (§ 31 lit. a VRP) und auf die Beschwerde einzutreten.

(VGE III 2007 25 vom 19. April 2007).

8.3 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren

- *Verhältnis zur nachträglichen Einsprache (§ 80 Abs. 3 PBG).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Ein ordentliches Baubewilligungsverfahren ist mit Auflage, Publikation und Baugespann durchzuführen (§ 78 PBG). Diese Vorkehrungen dienen dem Schutz von Dritten, die durch ein Bauvorhaben tangiert wer-

B 8.3

den. Sie werden damit in die Lage versetzt, sich über die beabsichtigten baulichen Vorkehren ein Bild zu machen und allenfalls fristgerecht innert der Auflagefrist Einsprache zu erheben (§ 80 Abs. 1 PBG).

3.2 Spätere Einsprachen sind dann zulässig, wenn die baulichen Vorkehren aus dem Baugespann und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen (§ 80 Abs. 3 PBG). Die spätere oder nachträgliche Einsprache bezweckt, die abgelaufene Einsprachefrist wiederherzustellen, wenn der Dritte aus Gründen einer mangelhaften Planaufgabe und Bauprofilierung unverschuldeter Weise von der Einspracheerhebung abgehalten wurde. Sie bezieht sich somit auf das Verhältnis des Dritten zum Baubewilligungsverfahren. Die nachträgliche Baueinsprache ist nach Kenntnisaufnahme des Mangels innerhalb von 20 Tagen einzureichen (EGV-SZ 1992, Nr. 8 und 49). Die baulichen Vorkehren müssen nicht zwingend realisiert sein, denn es ist durchaus möglich, dass die Mängel aus anderen Gründen als der Baurealisation nachträglich dem Dritten bekannt werden und deshalb die nachträgliche Einsprachefrist zu laufen beginnt.

3.3 Von der nachträglichen Einsprache ist das nachträgliche Baubewilligungsverfahren zu unterscheiden. Letzteres zielt auf das Verhältnis der Bauherrschaft zum Baubewilligungsentscheid ab. Weicht ein Bauherr von den bewilligten Plänen ab oder baut er sogar ohne Baubewilligung, hat die Baubewilligungsbehörde von Amtes wegen einzuschreiten (§ 87 PBG) und - wenn tatsächlich ein formell baurechtswidriges Verhalten vorliegt - ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Im Rahmen dieses nachträglichen Baubewilligungsverfahrens können Dritte ihre Rechte in Form von ordentlichen Einsprachen innert zwanzig Tagen einreichen (§ 82 Abs. 1 bzw. § 79 Abs. 2 PBG).

3.4 Soweit die nachträgliche Einsprache zulässig ist, weil eine bauliche Vorkehr dem Baugespann und aufgelegten Plänen widerspricht, so kann der vorausgesetzte Widerspruch zwei verschiedene Ursachen haben. Die erteilte Bewilligung deckt sich nicht mit dem profilierten Auflageprojekt, weil beispielsweise während dem Bewilligungsverfahren eine dem Dritten nicht mitgeteilte Projektänderung vorgenommen wird, oder der Bewilligungsnehmer weicht von der Baubewilligung ab und handelt formell rechtswidrig. Im letzteren Fall beschränkt sich der Verfahrensgegenstand der nachträglichen Einsprache auf die Frage der formellen Rechtswidrigkeit. Ist diese zu bejahen, bedarf es eines nachträglichen separaten Baubewilligungsverfahrens mit Einsprachemöglichkeit. In diesem nachträglichen Verfahren sind das materielle Baurecht und die Bewilligungsfähigkeit zu überprüfen und allfällige Wiederherstellungsmass-

nahmen anzuordnen. Die gleichzeitige materielle Beurteilung mit der nachträglichen Einsprache ist im Falle eines vereinfachten nachträglichen Bewilligungsverfahrens wohl dann zulässig, wenn der Dritte die materiellrechtlichen Rügen mit der Einsprache bereits vorgetragen hat.

3.5 Hat ein Dritter gegen von den bewilligten Plänen abweichende bauliche Vorkehren nicht fristgerecht nachträgliche Einsprache erhoben, so bleibt es ihm unbenommen, auf dem Anzeige- oder Aufsichtsweg und grundsätzlich ohne Parteirechte die Bewilligungsbehörden darüber zu informieren, welche alsdann gehalten sind, von Amtes wegen sich der Sache anzunehmen und - sofern erforderlich - ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, im welchem Verfahren sich die einsprachebefugten Dritten mit Parteirechten einbringen können.

3.6 Die nachträgliche Einsprache nach § 80 Abs. 3 PBG wegen formellen Baurechtswidrigkeiten entfällt zum vornherein, wenn gar kein ordentliches Baubewilligungsverfahren mit Baugespann und Auflage durchgeführt worden ist (EGV-SZ 1996, Nr. 51), weshalb in diesen Fällen nur der Anzeige- und Aufsichtsweg beschritten werden kann (siehe oben Erw. 3.5).

3.7 Fraglich ist, ob und wie sich ein Dritter ausserhalb des nachträglichen Einspracheverfahrens gegen die Nichteröffnung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens wehren kann. Muss der Gemeinderat auf Anzeigen Dritter eingehen und - sofern dieser dies verlangt - verbindlich und anfechtbar feststellen, ob eine formelle Baurechtswidrigkeit besteht oder nicht?

3.8 Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Sofern ein Dritter in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren wahrscheinlich beschwerdebefugt ist, muss dieser auch überprüfen lassen können, ob die Nichtdurchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens rechters ist (siehe auch Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss., Zürich 1999, S. 68 f.). Die Prüfung der formellen Rechtswidrigkeit ist mangels Regelung im kantonalen Recht nur insofern an eine Frist gebunden, als nach Lehre und Doktrin die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen nach 30 Jahren verwirkt ist (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 62 ff.; Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss., Zürich 1984, S. 86 f.). Auch vermag das Ergebnis einer Schlussbaukontrolle allfällige rechtswidrige Mängel nicht zu legalisieren (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 40). Im Einzelfall ist jedoch nicht auszuschliessen, dass die Forderung nach einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren rechtsmissbräuchlich sein kann, d.h. wenn mit anderen Worten das Rechtsin-

B 8.4

stitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die es nicht schützen will (René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 2401; Art. 5 Abs. 3 BV). Dies darf allerdings nicht leichthin angenommen werden, insbesondere dann nicht, wenn gewichtige die Nachbarliegenschaft und somit die schützenswerten Interessen des Dritten betreffende Abweichungen von den bewilligten Plänen behauptet und glaubhaft gemacht werden. Das Verhalten des Anzeigers ist mithin in Bezug zum gerügten rechtswidrigen Verhalten der Bauherrschaft zu setzen, was eine Prüfung des Sachverhalts erfordert. Der Umstand, dass gegen einen Anzeiger ebenfalls ein Verfahren wegen Baurechtswidrigkeiten läuft und dieser sich explizit oder sinngemäss auf eine rechtsgleiche Behandlung beruft, macht die Anzeige im Übrigen noch nicht zu einem rechtsmissbräuchlichen Vorgang (siehe hiezu auch Beeler, a.a.O., S. 51 f.). Zurückhaltung ist dagegen geboten, wenn beispielsweise nach Jahr und Tag nur geringfügige und wenig substantiierte Abweichungen vorgetragen werden. Keinen Behandlungsanspruch haben nicht konkretisierte allein auf eine generelle Baukontrolle abzielende Begehren.

3.9 Der aufgezeigte Weg steht im Einklang mit der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, welche spätestens bis 1. Januar 2009 im kantonalen Recht umgesetzt sein muss (Art. 130 Abs. 3 BGG).

(VGE III 2007 161 vom 27. November 2007).

8.4 Koordinationsgebot

- *Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus und Bewilligung zur Fällung eines auf der Bauliegenschaft befindlichen Schutzobjektes (Winterlinde) (Erw. 1.5, 3.1 - 3.2).*
- *Konsequenzen bei Nichteinhaltung des Koordinationsgebotes (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

1.5 Erfordert die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden, so ist eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt. Die für die Koordination verantwortliche Behörde (a) kann die erforderlichen verfahrensleitenden Anordnungen treffen, (b) sorgt für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen, (c) holt von allen beteiligten kantonalen und eidgenössischen Behörden umfassende Stellungnahmen zum Vorhaben ein,

und (d) sorgt für eine inhaltliche Abstimmung sowie möglichst für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen. Die Verfügungen dürfen keine Widersprüche enthalten. Diese Grundsätze sind auf das Nutzungsplanverfahren sinngemäss anwendbar (Art. 25a RPG i.F.v. 6. Oktober 1995). Auf kantonaler Ebene ist die Verfahrenskoordination insbesondere in den §§ 77 Abs. 3, 81 und 83 PBG sowie in den §§ 2 f., § 38 und §§ 40 ff. der Vollzugsverordnung zum PBG geregelt. Gemäss PBG-Revision vom 19. September 2007, welche vom kantonalen Souverän am 25. November 2007 genehmigt wurde, wird neu im Rahmen eines konzentrierten Verfahrens nur noch eine kantonale Baubewilligung erteilt, vorausgesetzt, dass es neben der kommunalen Baubewilligung auch kantonaler Bewilligungen bedarf (siehe Abstimmungserläuterungen zu den Abstimmungen vom 25. November 2007, S. 15 und 30 f.).

Unter die Koordinationspflicht fallen unter anderem die ordentlichen Baubewilligungsverfahren gemäss Art. 22 RPG. Art. 25a RPG kommt auch dann zur Anwendung, wenn für die verschiedenen aufeinander abzustimmenden und widerspruchsfrei zu gestaltenden Bewilligungen nur eine Behörde zuständig ist (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 25a N 21, 23; Marti, Kommentar RPG, Art. 25a Rz. 15, 20). Ein Koordinationsbedürfnis liegt grundsätzlich vor, wenn ein Bauvorhaben ausser der eigentlichen Baubewilligung noch weitere Bewilligungen, Konzessionen, Zustimmungen oder Genehmigungen benötigt. Kann dagegen ein Projekt allein aufgrund einer Baubewilligung ausgeführt werden, besteht kein Koordinationsbedarf (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 25a N 25). Baurechtliche Grundsatz- bzw. Vorentscheide können weiterhin erlassen werden, doch müssen auch in diesem Verfahren die nötigen Abstimmungen getroffen und allfällige Vorbehalte angebracht werden. Auch vorbereitende Akte werden von der Koordinationspflicht erfasst, namentlich wenn es sich um Entscheide handelt, die mit den Projektbewilligungsentscheiden sachlich oder rechtlich eng verknüpft sind, beispielweise denkmalpflegerisch oder sozialpolitisch motivierte Abbruch- und Zweckänderungsbewilligungen, Rodungsbewilligungen oder Konzessionen (Marti, a.a.O., Art. 25a Rz. 17 f.). Die Koordinationspflicht verlangt eine nach den Grundsätzen von Lehre und Praxis genügende formelle und materielle Abstimmung (Marti, a.a.O., Art. 25a Rz. 24).

...

3.1.1 Das Baugrundstück KTN Z liegt in der Zone W2B, der Wohnzone mit mittlerer Ausnützung für Wohnbauten mit maximal zwei Vollgeschossen, mit einem maximalen Anteil von nicht störenden Gewerbebetrieben von 30% bei einer zulässigen Ausnützungsziffer von 0.55 und einer maximalen Gebäudelänge von 30 m (Art. ...).

B 8.4

3.1.2 Gleichzeitig befindet sich auf der Bauliegenschaft das Schutzobjekt Nr. ..., ein Einzelbaum (Winterlinde) mit lokaler Bedeutung (Anhang 1, Bäume BauR; genehmigter Zonenplan ...). Nach Art. 98 BauR (alt Art. 101 BauR) dürfen geschützte Objekte weder beseitigt noch beeinträchtigt werden. Geschützte Baumgruppen und Einzelbäume sind sachgemäss zu pflegen. Sie dürfen nur mit Bewilligung des Bezirksrates gefällt werden, was eine Ausnahmesituation im Sinne § 73 Abs. 1 PBG voraussetzt. Als Ausnahmegründe gelten zudem drohende Gefahren sowie Krankheitsbefall. Die Bewilligung ist mit der Verpflichtung zu einer einheimischen Ersatzpflanzung zu verbinden (Art. 109 BauR, alt Art. 112 BauR).

3.1.3 Die Bebaubarkeit von KTN Z definiert sich somit nicht nur über die Zonenvorschrift W2B, sondern auch über das Schutzobjekt Nr. ... und den damit verbundenen Schutzvorschriften. Wird letztere Eigentumsbeschränkung in Abweichung zur früheren im Zeitpunkt des nutzungsplanerischen Verfahrens getroffenen Einschätzung generell als unzumutbare Härte angesehen, so ist es in erster Linie Sache einer Nutzungsplanrevision, dieser veränderten Beurteilung Rechnung zu tragen.

3.2.1 Mit Eingabe vom 16. November 2005 liessen die Beschwerdegegner durch ihren Architekten beim Bezirksrat das Gesuch stellen, es sei ihnen die Bewilligung zur Fällung der geschützten Winterlinde und zur Ersatzpflanzung an einem anderen Ort (z.B. Landwirtschaftszone oder Naturschutzgebiet) zu erteilen. Sie begründeten dies im Wesentlichen mit der Gefährdung für Mensch und Tier, der Beschattung der bestehenden Wohnhausfassade (Grünspan und Pilzbefall) und der Überbauungsbeschränkung (unzumutbare Härte). Mit Beschluss vom 22. Februar 2006 hat der Bezirksrat das Gesuch abgewiesen. In der Begründung führte er aus, dass alte und grosse Bäume, wie die im Schutzzinventar aufgeführte Linde, in der Siedlung ein markantes Grünelement darstellten und Bestandteil der Siedlungsqualität seien. Die Bebauung des Grundstückes werde zwar eingeschränkt, aber nicht verunmöglicht. Eine unzumutbare Härte liege nicht vor. Der Revierförster habe zudem den guten Zustand der Linde bestätigt. Es sei kaum Totholz vorhanden. Die Linde mache einen vitalen und wüchsigen Eindruck und habe grundsätzlich noch eine hohe Lebenserwartung.

3.2.2 Die Beschwerdegegner hatten den ablehnenden Entscheid nicht angefochten, jedoch am 21. März 2006, nun mehr beanwaltet, ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht. Sie bemängelten, dass effektive Ausmass der Beeinträchtigung wäre nur erkennbar gewesen, wenn sie die Argumente vor Ort hätten erläutern können. Man verlange eine öffentli-

che Verhandlung mit Augenschein unter Beizug des Revierförsters. Sie machten u.a. zudem geltend, dass die Zumutbarkeitserwägungen völlig lebensfremd seien. Eine auch nur einigermaßen sinnvolle Bebauung bei gleichzeitigem Schutz der Linde sei ausgeschlossen. Hinzu käme, dass die massiven immissionsmässigen Beeinträchtigungen das Ausmass einer materiellen Enteignung annehmen würden. Mit Beschluss vom 14. Juni 2006 trat der Bezirksrat auf das Wiedererwägungsgesuch ein und erteilte unter Auflagen die angebehrte Fällungsbewilligung. Diese wurde jedoch mittels Suspensivbedingung an das Vorliegen der rechtsgültigen Baubewilligung für das Grundstück KTN Z gebunden ... Der Bezirksrat begründete seinen Beschluss damit, dass die Baumerhaltung die Bauherrschaft zu stark einschränke, da die Parzelle nicht voll ausgenutzt werden könne. Die volle Ausnützung der Parzelle sei vorliegend höher als das Schutzinteresse am Baum zu gewichten. Ausserdem sei zu befürchten, dass der Baum bei den Bauarbeiten Schaden erleide. Man ziehe es deshalb vor, den Baum durch neue Bäume ersetzen zu lassen. Diese Ersatzpflanzungen seien dauernd zu erhalten und gemäss Art. 112 BauR (neu Art. 109 BauR) sachgemäss zu pflegen.

3.2.3 Sowohl das ursprüngliche Gesuch wie auch das Wiedererwägungsgesuch wurden weder im vereinfachten noch im ordentlichen Baubewilligungsverfahren noch in einem für Dritte verbindlichen Vorentscheidverfahren durchgeführt (§§ 77 ff., 84 PBG).

3.2.4 Die dargelegte Sachlage zeigt unmissverständlich auf, dass das Ausnahmegesuch für die Fällung der geschützten Winterlinde in einem direkten Zusammenhang mit der beabsichtigten Neuüberbauung der KTN Z steht. Davon zeugt auch der mit dem Gesuch eingereichte Situationsplan vom 8. November 2006 ... Es wäre deshalb in Nachachtung des Koordinationsgebotes (oben Erw. 1.5) angezeigt gewesen, von der Bauherrschaft entweder eine gleichzeitige Gesuchstellung betreffend Fällung der Winterlinde und der Erteilung der Abbruch- und Neubaubewilligung zu verlangen und diese unter Beachtung des Einspracherechts koordiniert zu prüfen und zu beurteilen, oder dann die Bauherrschaft anzuhalten, ein Vorentscheidsgesuch mit für Dritte verbindlicher Wirkung (§ 84 Abs. 3 PBG) einzureichen. Hier hätte bei Gutheissung des Gesuches im Falle einer rechtskräftigen Überbauungsbewilligung vor allem für die Frage der Ersatzpflanzungen ein Vorbehalt späterer Koordination und Abstimmung angebracht werden müssen. Da sich der Koordinationsbedarf auf kommunales Recht bezog (oben Erw. 3.1), wäre die Koordinationsaufgabe konsequenterweise der kommunalen Behörde zugefallen.

B 8.4

3.3 Nachdem das Koordinationsgebot nicht eingehalten wurde, sind die Auswirkungen dieses Versäumnisses auf das vorliegende Verfahren zu prüfen.

3.3.1 Der Regierungsrat hat zwar das gestaffelte Vorgehen im Lichte des Koordinationsgebotes als problematisch eingestuft, ist jedoch von einer rechtskräftigen Fällungsbewilligung ausgegangen und hat nur das Baubewilligungsverfahren als Streitgegenstand umschrieben. Unter dem Blickwinkel der genügenden Abstimmung und Koordination (oben Erw. 3.1.3) durfte indes der Regierungsrat nicht von einer Überprüfung der Fällungsbewilligung absehen, zumal der Bezirksrat selber deren Gültigkeit und Vollstreckbarkeit von der rechtskräftigen Baubewilligung abhängig machte.

3.3.2 Der Regierungsrat hat alsdann dargelegt, dass ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht geboten sei, da nicht von einer offensichtlichen Missachtung klaren Rechts oder öffentlicher Interessen gesprochen werden könne. Er beruft sich insbesondere auf den erheblichen Spielraum der Baubewilligungsbehörde bei der Beurteilung der besonderen Verhältnisse im Zusammenhang mit einem Schutzobjekt von bloss lokaler Bedeutung. Diesen Spielraum hätte der Regierungsrat auch im Rahmen einer ordentlichen Überprüfung zu respektieren gehabt, so dass es im Ergebnis nicht von entscheidender Bedeutung sei, dass er die Fällungsbewilligung nur einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle unterziehe. Dies heisst sinngemäss, dass der Regierungsrat auch im Rahmen einer materiellen Beschwerdebeurteilung die Fällungsbewilligung geschützt hätte. Ob damit der Regierungsrat seine Überprüfungszuständigkeit insbesondere mit Blick auf die nutzungsplanerischen Vorgaben (oben Erw. 3.1) unterschritten hätte, kann dahin gestellt bleiben, nachdem zwischenzeitlich die Winterlinde bewilligungswidrig vor Rechtskraft der Baubewilligung gefällt wurde und die Frage der Fällung damit obsolet geworden ist.

3.3.3 Nicht gegenstandslos geworden ist hingegen die Frage der Ersatzpflanzungen. Es ist zunächst festzuhalten, dass in der von den Beschwerdegegnern nicht angefochtenen Fällungsbewilligung vom 14. Juni 2006 der Bezirksrat weiterhin von geschützten Ersatzbäumen ausgeht, wovon eine nach Absprache mit dem Ressort Planung, Umwelt und Verkehr auf der Bauliegenschaft zu pflanzen ist (oben Erw. 3.2.2). Es liegt mithin auf der Hand, dass die Ersatzpflanzung auf der Bauliegenschaft mit der neuen Überbauung formell und materiell koordiniert und abgestimmt werden muss. Insbesondere gilt es zu verhindern, dass die Auflage gemäss Fällungsbewilligung zur Alibiübung verkommt und dass deren

Vollstreckung letztlich am fait accompli der neuen Überbauung scheitert. Vielmehr haben die Beschwerdegegner, nachdem die Bewilligungsbehörde den in den Bauplänen vorgesehenen Standort verworfen hatte, einen neuen Vorschlag zu unterbreiten, aus dem der genaue Standort der neuen Winterlinde hervorgeht und in welchem detailliert dargelegt wird, wie sich die neue mindestens 6m hohe und 12cm dicke Winterlinde artgerecht und unter Berücksichtigung der artspezifischen Lebenserwartung entwickeln kann und welche Projektanpassungen zu diesem Zweck sich allenfalls aufdrängen sollten. Zulässig wäre auch eine – soweit erforderlich – im rechtlich auf Dauer abgesicherten nachbarlichen Einverständnis vorgesehene Verlegung in den Grenzbereich innerhalb der Bauliegenschaft. In jedem Falle bedarf es einer klaren und den rechtlichen Vorgaben gerecht werdenden Abstimmung zwischen der neu zu pflanzenden Winterlinde und dem geplanten Mehrfamilienhaus.

(VGE III 2007 163 vom 27. November 2007).

8.5 Einordnung

- *Generelles Verbot von Flachdachbauten in der Landwirtschaftszone?*
- *Rechtsverletzende Ermessensunterschreitung (Erw. 2.4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Nachdem der Gemeinderat generell Flachdachbauten in der Landwirtschaftszone nicht bewilligen will und solche Bauten seiner Ansicht nach nicht der ortsüblichen Bauweise entsprechen ..., zog der Regierungsrat im Wesentlichen was folgt in Erwägung:

- Für die Einordnung seien § 56 PBG und Art. 9-11 des kommunalen Baureglementes massgebend. Zuständig für die Beurteilung sei der Gemeinderat, nicht jedoch das Meliorationsamt.
- Der Gemeinderat habe es unterlassen, die Einordnung des Bauvorhabens in das Orts- und Landschaftsbild einzelfallbezogen zu prüfen.
- Die Baute sei sowohl bezüglich ihrer eigenen architektonischen Qualität als auch in ihrer Beziehung zur Umgebung zu beurteilen.
- Über die Ausgestaltung der Bauten und insbesondere über die in der Landwirtschaftszone zulässigen Dachformen äussere sich das kommunale Baureglement nicht (Art. 50 BauR). Als primärer Massstab der Einordnung gelte die Zonenordnung im betreffenden Gebiet. Nachdem das Bauvorhaben gemäss Verfügung des Meliorationsamtes zonenkonform sei, werde das primäre Kriterium der Einordnung erfüllt.
- Die Umgebung umschreibt der Regierungsrat wie folgt:

B 8.5

Topographisch liegt die Bauliegenschaft in einer Senke am Fusse eines südwestlich abfallenden Hanges an nicht exponierter Lage. In nordwestlicher Richtung öffnet sich die Landschaft und gewährt den Blick auf den ...see. Gegen Nordosten wird das Grundstück KTN Z vom Wald begrenzt. Die Bauliegenschaft befindet sich am Siedlungsrand der Gemeinde X nördlich der Intensiverholungszone und der Abbau- und Materiallagerzone In der Intensiverholungszone wurden ein Golfplatz sowie die dazu gehörenden Bauten und Anlagen erstellt. In der Abbau- und Materiallagerzone ... stehen Bauten und Förderbänder zur Gewinnung, Lagerung und Verarbeitung von Kies. Weitere Bauten, wie beispielsweise Wohn- oder Bauernhäuser, gibt es in der näheren Umgebung keine.

- Der Regierungsrat folgert:
 - In der näheren Umgebung befänden sich lediglich Bauten und Anlagen des Golfklubs und der
 - Die äusserst dominant in Erscheinung tretenden Förderbänder würden nicht zu einem qualitätvollen Landschaftsbild beitragen.
 - Die vorhandenen Bauten schafften kein einheitliches Erscheinungsbild oder gar eine Dachlandschaft.
 - Die Flachdachbauten bildeten einen Kontrast zu den bestehenden Gebäuden auf der Bauliegenschaft. Durch die Verbindung der modernen Architektur mit der traditionellen Bauweise entstehe eine innovative Konstruktion, welche dem Marketingkonzept des Weinhandels entspreche.
 - Die Bauliegenschaft befinde sich weder in der Kernzone noch im Uferbereich des ...sees. Sie liege in einer nur geringfügig einsehbaren Senke und vermöge das Landschaftsbild nicht wesentlich zu beeinflussen. An das Bauprojekt seien jedenfalls keine höheren Anforderungen im Sinne von Art. 10 BauR zu stellen.
 - Demzufolge sei die architektonische Ausgestaltung des Bauvorhabens und dessen Einpassung in die bestehende Bausubstanz wie auch in die landschaftliche Umgebung nicht zu beanstanden.

2.2 Die Beschwerdeführerin sieht sich in der Gemeindeautonomie verletzt, weil der Regierungsrat die bisherige Praxis des Gemeinderates in unverständlicher Art und Weise durchbrochen habe. Bisher habe der Gemeinderat ausserhalb der Bauzone kein Baugesuch bewilligt, welches die Erstellung eines Flachdaches vorgesehen habe. Einzige Ausnahme bilde das Betriebsgebäude der Wasserversorgung ..., wobei dort betriebliche Gründe für die Bewilligung für das Flachdach ausschlaggebend gewesen seien. Insbesondere Art. 11 Abs. 1 BauR verlange, dass sich die Dächer bezüglich Dachform, Dachvorsprung, Dachneigung und First-

richtung sowie Dachmaterial gut in das Ortsbild einfügen müssen. Wenn der Regierungsrat von einer fehlenden Norm betreffend Dachformen in der Landwirtschaftszone ausgehe, übersehe er den Art. 11 Abs. 1 BauR. Der Gemeinderat sehe darin seinerseits den klaren Auftrag des Gesetzgebers, auf dem Gemeindegebiet ein einheitliches Erscheinungsbild anzustreben und zu erhalten. Konkret wendet die Beschwerdeführerin zudem ein, dass entgegen der regierungsrätlichen Feststellung alle in der näheren Umgebung liegenden Wohn- und Gewerbebauten mit Sattel- oder Pultdächern versehen seien, so auch die Bauten im Bereich des Golfplatzes. Richtig sei, dass sich in der Abbau- und Materiallagerzone ... Bauten und Förderbänder zur Gewinnung, Lagerung und Verarbeitung von Kies befinden würden. Diese zugegebenermassen nicht gerade schöne Anlage werde nur noch befristet betrieben. Der Kiesabbau im Gebiet ... müsse spätestens im Jahre 2020 abgeschlossen und die Förderbänder müssten dannzumal abgebrochen sein. Nur das Förderband als Massstab für das Ortsbild zu nehmen, sei deshalb falsch. Eine Flachdachbaute wirke am vorgesehenen Ort dominierend und störend. Eine Einfügung in das bestehende Orts- und Landschaftsbild sei nicht gegeben. Die bestehenden Bauten in der näheren Umgebung seien für die Beurteilung des Gesamtbildes ausschlaggebend.

2.3 Der Regierungsrat geht zutreffend davon aus, dass in der vorliegenden Landwirtschaftszone Flachdächer nicht untersagt sind. Nach Art. 11 Abs. 1 BauR müssen sich Dächer bezüglich Dachform, Dachvorsprung, Dachneigung und Firstrichtung sowie Dachmaterial zwar gut in das Quartier- und Ortsbild einfügen. Diese Vorschrift verlangt indes nicht ein "einheitliches Erscheinungsbild" im Sinne eines Negativkriteriums wie "keine Flachdachbauten ausserhalb der Bauzone". Art. 11 Abs. 1 BauR ist eine positive ästhetische Generalklausel, welche durchaus dem Bauherr einen schöpferischen Spielraum zugesteht. Mit Rücksicht auf die Eigentumsгарantie sind die sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Es dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden, die sich nicht mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit vertragen (Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich 2006, Ziff. 10.1.1.2, S. 10-6, Ziff. 10.1.1.4, S. 10-11). Es ist mithin im Einzelfall zu prüfen, ob sich ein geplantes Flachdach gut in das Quartier- und Ortsbild einfügen lässt oder nicht. Letzteres hat der Gemeinderat nicht getan. Vielmehr berief er sich auf seine kategorische, den Einzelfall nicht berücksichtigende Praxis "keine Flachdachbauten ausserhalb der Bauzone".

2.4 Eine Beschwerdeinstanz braucht den kommunalen Ermessensspielraum nicht zu beachten, wenn die Gemeinde selber davon keinen in

B 8.5

ihren Erwägungen erkennbaren Gebrauch macht. Die Gemeinde ist also gehalten, ihren Ermessensentscheid nachvollziehbar zu begründen, unabhängig davon, ob sie die baurechtliche Bewilligung erteilt oder verweigert. Weist die Behörde allein auf eine von ihr geübte Praxis hin und spricht deshalb eine Bauverweigerung aus, verzichtet sie zu Unrecht auf die Ausübung des ihr zustehenden Ermessens bei der konkreten Prüfung des Baubewilligungsgesuches, was eine rechtsverletzende Ermessensunterschreitung darstellt (Fritzsche/Bösch, a.a.O., Z.10.1.1.4, S. 10-11). Der Regierungsrat ist somit zu Recht eingeschritten und hat aufgrund eines Augenscheins die Einordnungsfrage fallbezogen überprüft.

2.5 Das regierungsrätliche Beurteilungsergebnis, welches nebst der ausführlichen Begründung mit aktenkundigen Farbfotos dokumentiert ist, erweist sich als nachvollziehbar und überzeugend. Die nunmehr vor Verwaltungsgericht vorgetragene konkreten Einwände vermögen daran nichts zu ändern.

Der Regierungsrat behauptet nicht, dass es in der Umgebung keine Sattel- und Pultdächer gibt. Er nimmt Bezug auf die Intensiverholungszone (Golfplatz mit Bauten und Anlagen) und die Abbau- und Materiallagerzone ... (Bauten und Förderbänder) und führt dann aus, weitere Bauten, wie beispielsweise Wohn- oder Bauernhäuser, gibt es in der näheren Umgebung keine. Im eingereichten Situationsplan weist die Beschwerdeführerin zusätzlich auf ein Wohnhaus und ein Restaurant hin, beide mit Satteldach versehen und nordwestlich von der Bauliegenschaft gelegen. Selbst wenn man diese beiden Objekte ebenfalls zur näheren Umgebung zählt, ergibt sich daraus kein derart prägnantes einheitliches Erscheinungsbild, dass Flachdachbauten sich nicht gut einfügen könnten.

Auch wenn der Kiesabbau spätestens im Jahre 2020 abgeschlossen ist und die Förderanlagen entfernt sein werden, so ist davon auszugehen, dass noch für eine erhebliche Zeitdauer diese bestehende Landschaftsbeeinträchtigung andauern wird. Sie darf deshalb nicht ausser Betracht gelassen werden.

Wieso die konkreten Flachdachbauten dominant und störend sein sollen, wird von der Beschwerdeführerin nicht näher und insbesondere nachvollziehbar dargelegt. Die aktenkundigen farbigen Computer-Animationsbilder der bestehenden und geplanten Überbauung der Bauliegenschaft lassen solche Rückschlüsse nicht zu und bestätigen das Beurteilungsergebnis des Regierungsrates. Sie zeigen auch, dass die Flachdachbauten unbeschadet der Förderbänder des nahegelegenen Kiesabbaugebietes sich gut in die Landschaft einfügen.

2.6 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass der Regierungsrat den Autonomiebereich bzw. den Beurteilungsspielraum

der Beschwerdeführerin nicht verletzt hat, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

(VGE III 2007 38 vom 24. Mai 2007).

8.6 Zonenkonformität

- *Selbstbedienungs-Autowaschanlage. In der gemischten Wohn- und Gewerbezone WG3 an Sonn- und Feiertagen nicht zonenkonform.*

Aus den Erwägungen:

5.1 In der Wohn- und Gewerbezone sind "höchstens mässig störende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe zugelassen" (Art. 33 Abs. 1 BauR). Als mässig störend gelten Betriebe, die im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe geführt werden. Die Auswirkungen haben sich auf die üblichen Arbeitszeiten während des Tages zu beschränken und dürfen nur vorübergehend auftreten (Art. 15 Abs. 4 BauR).

5.2 Das Verwaltungsgericht hat in seinen bisherigen zwei Entscheiden VGE 1019/05 vom 30. Juni 2005 (Erw. 2 = EGV-SZ 2005, B 8.10) und VGE 1030/06 vom 28. Juni 2006 (Erw. 2.4) zur Frage der Zonenkonformität in grundsätzlicher Hinsicht ausführlich Stellung bezogen. Zum Begriff der "üblichen Arbeitszeiten während des Tages" (Art. 15 Abs. 4 BauR) führte es aus, er könne sich nicht allein auf Betriebe beziehen, deren Arbeitszeiten sich einzig von den Morgen- bis zu den Abendstunden beschränkten (siehe Gastgewerbe, Bäckereien). Es sei zwar einzuräumen, dass von der funktionalen Bedeutung her zwischen Gastgewerbebetrieben und selbst zu bedienende Autowaschanlagen ein erheblicher Unterschied bestehe. Gastgewerbebetriebe dienten der Wohnbevölkerung als Treffpunkt und sie seien vornehmlich dort anzusiedeln, wo die Bevölkerung auch wohne, also in den Kern-, reinen Wohn- sowie in den gemischten Zonen. Selbst zu bedienende Autowaschanlagen deckten dagegen ein ganz anders geartetes Bedürfnis ab, dem - wenn es wie bei solchen Anlagen in gehäufte Form vorkomme - vorzugsweise nicht oder nur in wenig bewohnten Gebieten nachgegangen werden sollte. Die Zonenkonformität in der Zone WG 3 werde zwar bejaht, sie werde indes optimaler erfüllt, wenn solche Anlagen in reinen Gewerbe- und Industriezonen angesiedelt würden. Dieser Umstand erlaube und gebiete es, hinsichtlich Betriebszeiten zwischen Autowaschanlagen in den gemischten Zonen und solchen in den Gewerbe- und Industriezonen zu differenzie-

B 8.6

ren. Was die üblichen Arbeitszeiten betreffe, sei die funktionelle Bedeutung des als zonenkonform erklärten Betriebes massgebend. Eine selbst zu bedienende Autowaschanlage ermögliche den Autobesitzerinnen und -besitzern, statt zu Hause oder in einer bedienten Anlage dort ihr Fahrzeug zu reinigen (waschen, staubsaugen). Solche Arbeiten würden regelmässig in der Freizeit verrichtet, also aus Sicht der meisten Kundinnen und Kunden am Abend oder am Wochenende. Daraus ergebe sich, dass die morgendliche Beschränkung auf 06.00 Uhr richtig sei, die abendliche auf 19.00 Uhr aber den ausgewiesenen Bedürfnissen nicht gerecht werde. Wenn die Zonenkonformität in der WG 3 nun grundsätzlich bejaht werde, so müsse deshalb auch eine länger in den Abend hinein reichende Öffnungszeit akzeptiert werden. Tägliche Betriebszeiten von 06.00 bis 22.00 Uhr für die Werktage von Montag bis Freitag würden im Rahmen des kommunalen Beurteilungsspielraumes liegen und die Zonenvorschriften nicht verletzen (siehe auch BVR 2003, S. 401 ff., v.a. 404, 406 f.). Vorbehalten bleibe selbstverständlich die Einhaltung des Umweltschutzrechtes. Die gleiche Regelung sei in Anbetracht der Kundenbedürfnisse aber auch an den Samstagen rechtlich vertretbar. Was die Zonenkonformität anbelange stehe somit fest, dass ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren nur für die Sonn- und Feiertage durchzuführen sei (VGE 1019/05 vom 30. Juni 2005, Erw. 2.2.5 f.).

5.3 Auf diese Vorgaben ist die Vorinstanz wiederum mit keinem Wort eingegangen. Soweit sie sich die Argumentation des Fachplaners zu eigen macht, erweist sich diese als untauglich. Sie verkennt die eigenständige Bedeutung des Erfordernisses der Zonenkonformität (siehe VGE 1030/06 vom 28. Juni 2006, Erw. 2.4 in initio mit weiterem Zitat). Der zeitliche Aspekt ist Bestandteil des Begriffes "mässig störender Betrieb". Es geht deshalb nicht an, bei grundsätzlicher Bejahung der Zonenkonformität die Betriebszeiten allein gestützt auf das übergeordnete Lärmschutzrecht und allenfalls die Ruhetagsverordnung beschränken zu wollen. Vielmehr ist im vorliegenden Fall - wie das Verwaltungsgericht wiederholt in Erwägung zog und woran weiterhin festzuhalten ist - hinsichtlich Betriebszeiten zwischen Autowaschanlagen in den gemischten Zonen und solchen in den Gewerbe- und Industriezonen zu differenzieren und eigenständig unter Einhaltung des übergeordneten Rechts auf Grund der Zonenvorschriften zu urteilen (auch das Verwaltungsgericht Aargau hat in seinem Entscheid vom 30. März 2005 die Zonenkonformität in der gemischten Zone ausdrücklich für eine "Waschanlage der projektierten Art und Dimension" verneint, AGVE 2005, S. 152). Was mit anderen Worten in der Gewerbe- und Industriezone hinsichtlich Betriebszeiten zonenkonform ist, braucht es nicht notwendig auch in der Wohn- und Gewerbezone zu sein. Je stärker zu bestimmten Zeiten in der gemischten

Zone die Wohnnutzung im Vordergrund steht und je weniger ein funktioneller Bezug des Betriebes zu dieser Wohnnutzung besteht, umso eher muss die Zonenkonformität verneint werden.

5.4 Zieht man in Betracht,

- dass an Sonn- und Feiertagen in gemischten Zonen die Wohnnutzung klarerweise im Vordergrund steht,
- dass das Autowaschen in selbst bedienten Anlagen kein Bedürfnis darstellt, welches mit der Wohnnutzung im Zusammenhang steht (im Gegensatz zum Gast- und Bäckereigewerbe), sondern vielmehr die Wohnqualität erheblich beeinträchtigt,
- dass es sich um eine Freizeitbeschäftigung handelt, welcher - sofern die Möglichkeit besteht - auch an Sonntagen ausgiebig gefrönt wird (gemäss Sachdarlegung der Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung vom 23. Mai 2007, S. 15 f., beträgt der Gesamtanteil von Freitag, Samstag und Sonntag ca. 60% der Gesamtfrequenz, wobei Freitag und Sonntag vergleichbar seien, während die Frequenz am Samstag höher sei),
- und dass selbst bei Einhaltung der Planungswerte schwerlich zu unterbindende Geräusche wie Teppichklopfen, Autotürenschiessen und Musik auch von nicht besonders empfindsamen Menschen als störend wahrgenommen werden (siehe auch EMPA-Gutachten vom 24. August 2005),

so erweist sich der hier umstrittene Betrieb einer selbst zu bedienenden Autowaschanlage (siehe Ingress lit. A) in der gemischten Wohn- und Gewerbezone WG 3 an Sonn- und Feiertagen als nicht zonenkonform.

5.5 Die Einhaltung der zonenkonformen Betriebszeiten ist Sache des kommunalen Vollzugs.

(VGE III 2007 63 vom 29. August 2007).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Aufschiebende Wirkung

- *Teilweiser Entzug der vorsorglich angeordneten aufschiebenden Wirkung wegen akuter Gefährdung von Rechtsgütern (Art. 17 Abs. 1 IVöB).*

B 11.1

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss Art. 17 Abs. 1 IVöB hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB).

2.2 Der Umstand, dass die aufschiebende Wirkung nicht ex lege gilt, gebietet nicht, die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung, bei der nicht a priori den öffentlichen Interessen ein stärkeres Gewicht beizumessen ist (BEZ 1999, Nr. 9, Erw. 1c; VPB 66.37, Erw. 2c; BR 4/99, S. 149 Nr. S 53).

2.3 Das Kriterium der ausreichenden Begründung verlangt eine Prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage.

Ist die Beschwerde offensichtlich unbegründet, kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden. Mit diesem Erfordernis soll verhindert werden, dass offensichtlich unbegründete Rechtsmittel dazu verwendet werden, die Durchführung einer Beschaffung hinauszuzögern (BEZ 2001, Nr. 39, Erw. 3c).

Sind Erfolgchancen vorhanden oder bestehen darüber Zweifel, bedarf es einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (VPB 66.37, Erw. 2e; BEZ 2001, Nr. 39, Erw. 3a). Es gilt dabei einerseits zu beachten, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Verwirklichung eines ausreichenden Rechtsschutzes dient. Ausgangspunkt ist mithin die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen, die das Rechtsmittel illusorisch werden lassen. Wird die aufschiebende Wirkung nicht erteilt und ist der Vertrag bereits abgeschlossen, ist nämlich nurmehr ein Feststellungsentscheid möglich (Art. 18 Abs. 2 IVöB; BEZ 2001 Nr. 39, Erw. 3a). Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht, in welchen das Gericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreift (BEZ 2001, Nr. 39, Erw. 3c). Gleiches gilt analog auch bei der Festlegung der Eignungskriterien (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 284; EGV-SZ 2003, B. 1.3).

2.4 Das öffentliche Interesse ist vornehmlich in einer möglichst verzögerungsfreien Beschaffung zu sehen. Soweit zeitliche Dringlichkeit geltend gemacht wird, darf darauf in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen unzureichenden Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (BEZ 2002, Nr. 39, Erw. b). Schon bei der Planung ist zu bedenken, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird (BR 4/99, S. 149, S 53). Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens sind nach Möglichkeit langfristig genug zu planen (VPB 62.79, Erw. 3c). Dies gilt auch bei der Festsetzung der Bindungsfrist (BR 4/01, S. 155, Nr. S38), wobei sich die Rechtsprechung nicht einig ist, ob unbesehen davon die Bindung an das Angebot durch die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens entsprechend verlängert wird (BEZ 1999, Nr. 9, Erw. 1b mit weiteren Zitaten; betr. zeitliche Dringlichkeit siehe auch EGV-SZ 2005, B 1.4 und 1.5).

2.5 Die Interessen einer beschwerdeführenden Partei liegen in der Chancenwahrung mit Hinblick auf den Zuschlag, die des berücksichtigten Anbieters in einem baldigen Vertragsabschluss (BEZ 1999 Nr. 2, Erw. 1c; zur aufschiebenden Wirkung im Submissionsverfahren: VGE 1024/05Z vom 30. Juni 2005, Erw. 2).

3.1 Den Ausführungen in Ziffer 3 ("Spezielles") der Offertunterlagen ist zu entnehmen, dass sich der Kiessammler am ...bach zwischen ... befindet. Er weist eine Fläche von ca. 11'000 m² auf und wird durch eine Strassenbrücke ... in einen südlichen und nördlichen Teil getrennt. Ein Grossteil der Fläche (5'000 m²) südlich der Brücke ist während den letzten zehn Jahren mit Jungwald (Weiden) und Sträuchern überwachsen. Im Winter 1997/98 wurden letztmals rund 11'000 m³ Material aus den Kiessammler entfernt. Bei der jetzigen Räumung wird von einer Aushubmenge von 12'000 m³ und einer Aushubtiefe von 1.0 bis 1.50 m ausgegangen. Beim Aushubmaterial handelt es sich mehrheitlich um mineralische Bestandteile (Kies, teilweise Geröll und Sand), wobei der Kiesanteil in nördlicher Richtung ... stets ab- und der Sandanteil stark zunimmt (Sondage 1 und 2).

3.2 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Beschwerdegegenerin erfülle wesentliche Form- und Inhaltserfordernisse der Ausschreibung nicht, weshalb sie aus dem Verfahren auszuschliessen sei (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB). Sie sei auch auszuschliessen, weil sie der Vergabebehörde offensichtlich falsche Auskünfte über die beabsichtigten Depo-

B 11.1

nien erteilt habe (§ 26 Abs. 1 lit. b VIVöB). Diese Rüge wird mit folgendem behaupteten Sachverhalt in Zusammenhang gebracht. ...

Zum Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung führen die Beschwerdeführerinnen aus, es würden keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen und es sei zu erwarten, dass der Entscheid innert derart kurzer Frist gefällt werde, dass die rechtzeitige Durchführung der Arbeiten nicht in Gefahr sei.

3.3 Die Vorinstanz beantragt den Entzug der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen damit,

- dass die Räumung zwingend in der Winterzeit durchgeführt werden müsse (gemäss Offertunterlagen sind die Arbeiten bis spätestens Ende April abzuschliessen);
- dass ein Verklausungsrisiko beim Durchlass unter der SBB-Linie bestehe;
- dass eine erst im April mögliche Ausführung der Räumungs- und Instandstellungsarbeiten des Auslaufwerkes (wobei offenbar gemäss Entscheid des Wuhrrates vom 1. Februar 2007 der Sammler neu als offenes System konzipiert werden soll) zu einem erhöhten Risiko führen würde (an anderer Stelle wird erwähnt, der Abbruch und Wiederaufbau des Auslaufbauwerks nach dem Monat April sei als sehr problematisch einzustufen), und sich die Wuhrkorporation gezwungen sähe, die Räumungsarbeiten erst im nächsten Winter durchführen zu lassen, was jedoch problematisch sei (erw. Verklausungsrisiko);
- dass die Räumung des kiesigen unverschmutzten Materials dringlich sei und dadurch "die Sicherheit hinsichtlich Verklausung des Durchlasses unter der SBB-Linie verbessert" werde;
- wenn die Räumung des Kiessammlers erst im nächsten Winter durchgeführt werden könne, dann lehne "der Wuhrrat jegliche Verantwortung für Schäden ab, die infolge eines in der Zwischenzeit erfolgenden Ereignisses auftreten, bei dem Material aus dem Kiessammler ...bach weiter transportiert wird."

3.4 Die Beschwerdegegnerin schliesst sich den Ausführungen der Vorinstanz an und ergänzt, dass sie grosse Zweifel hege, ob überhaupt die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen zur Anwendung gelange. Im Übrigen dürfte die sog Aushubrichtlinie nicht anwendbar sein, da es sich nicht um Bauaushub, sondern um natürliches Bachgeschiebe handle.

3.5 Aus dem Amtsbericht der Dienststelle Wasserbau vom 26. Februar 2007 ergibt sich im Wesentlichen was folgt:

- Der Geschiebesammler ist weitgehend voll und die vorgesehene Räumung notwendig. Gewisse Vorbereitungsarbeiten (Rodung der Stauden; Abflussgerinne) sind offenbar bereits durchgeführt worden. Im oberen Teil des Sammlerraumes hat es noch gewisse Ablagerungskapazitäten (ca 1'000 m³).
- Der Geschiebeeintrag und die Verfrachtung des Materials erfolgt zur Hauptsache bei Gewittern.
- Die Wahrscheinlichkeit einer Verklausung beim Auslaufbauwerk und der SBB Unterführung durch Geschiebe ist als klein einzuschätzen. Etwas grösser ist die Verklausungsgefahr durch Holz (allerdings unabhängig vom Füllungsgrad; hier bräuchte es entsprechende technische Massnahmen, z.B. spezielle Holzrechen). Da kaum grössere Geschiebemengen bis in den Auslaufbereich gelangen können, ist eine Verklausung durch eine Kombination von Holz und Geschiebe nicht sehr wahrscheinlich.
- Durch die erfolgte Ausbaggerung eines Abflussgerinnes ist der Geschiebesammler zur Zeit unwirksam. Es besteht die Gefahr, dass bei grossem Wasseranfall aus den übersteilen Seitenwänden im Sammler abgelagertes Material mobilisiert wird und in den Bereich des Abschlussbauwerkes gelangt. Ist eine sofortige Sammlerleerung aus rechtlichen Gründen nicht möglich, muss der Abflusskanal wieder zugeschüttet werden.
- Aus wasserbaulicher Hinsicht ist eine möglichst rasche Leerung klar zu wünschen. Hingegen muss eine unmittelbare Notlage mit entsprechendem sofortigem Handlungsbedarf für eine Sammlerleerung verneint werden.
- Als kritisch ist der momentane Zustand des Auslaufbauwerkes zu beurteilen, welches unterwasserseitig stark beschädigt ist. Im Überfallbereich besteht bereits bei einer geringen Zusatzbelastung oder durch einen Stoss akute Einsturzgefahr. Zumindest eine behelfsmässige Reparatur der bestehenden Löcher beim Auslaufbauwerk ist zwingend notwendig. Eine Zerstörung des Auslaufbauwerkes hätte gravierende Folgen auf die unterhalb des Geschiebesammlers liegenden Gebiete und die Eisenbahnlinie. Dies auch, da eine Zerstörung der Auslaufsperrung mit Sicherheit grössere Schlammengen aus dem Geschiebesammler mobilisieren würde. Die Auslaufsperrung zusammen mit den Seitenleitwerken kann bei günstigen meteorologischen Bedingungen innerhalb von anderthalb Monaten erstellt werden.
- Um zusätzliches Ablagerungsvolumen für anfallendes Geschiebe zu schaffen, wäre eine teilweise und beschränkte Ausbaggerung unmittelbar unterhalb der Einlaufsperrung zweckmässig. Aus Sicherheitsgründen ist dies sehr empfehlenswert, jedoch nicht zwingend. Hingegen ist der zwischenzeitlich erstellte Abflusskanal auf der rechten Sammlerseite

B 11.1

unbedingt wieder aufzufüllen, falls nicht eine vollständige Sammlerräumung erfolgt. Innerhalb von zwei Wochen kann ein ausreichender, zusätzlicher Ablagerungsraum geschaffen werden.

- Die Feststellung der Vorinstanz ist richtig, wonach Bauarbeiten im Geschiebesammler und im Bachbereich mit Beginn der Schneeschmelze abgeschlossen sein respektive bis nach Beendigung der Gewitterzeit unterbrochen werden sollten.
- Ob bei der Auslaufsperr im Fussbereich Öffnungen angebracht werden oder nicht, ist in Bezug auf die Hochwassersicherheit irrelevant.

4. Aufgrund der oben dargelegten Sach- und Rechtslage sind für die Frage der aufschiebenden Wirkung zum jetzigen Zeitpunkt folgende Schlussfolgerungen zu ziehen.

4.1 Die Beschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet. Mit den Rügen muss sich das Gericht noch eingehender auseinandersetzen. Dass das öffentliche Beschaffungsrecht nicht anwendbar sein soll, wie die Beschwerdegegnerin behauptet, erscheint prima vista als unwahrscheinlich (siehe auch Kreisschreiben des Justizdepartementes zum neuen Beschaffungsrecht vom 1. März 2005, Ziffer 3.2.1, wo die Flurgensensschaften und Wuhrkorporationen ausdrücklich als dem Staatsvertragsbereich unterstellt bezeichnet werden). Die Wuhrkorporation ist eine Einrichtung des kantonalen öffentlichen Rechts (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Die Einschränkungen gemäss Art. 2 lit. a und b IVöB betreffen die Vergabestellen gemäss Absatz 1 nicht. Damit der vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsschutz nicht zur Farce verkommt, ist Beschwerden wie der vorliegenden gemäss konstanter Praxis die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wie dies mit Verfügung vom 16. Februar 2007 erfolgte.

4.2.1 Die von der Vorinstanz geltend gemachte zeitliche Dringlichkeit vermag hier als Begründung für den Entzug der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht zu greifen, da die Dringlichkeit offenkundig unter anderem auf eine unzureichende Zeitplanung der Vorinstanz zurückzuführen ist. Von dieser Rechtsprechung ist dann und insoweit abzuweichen, als eine akute Gefährdung von Rechtsgütern glaubhaft gemacht wird.

4.2.2 Aus dem Amtsbericht der Dienststelle für Wasserbau geht unmissverständlich hervor, dass das stark beschädigte Auslaufbauwerk zwingend einer Instandstellung bedarf, da eine Zerstörung dieses Werkes gravierende Folgen auf die unterhalb des Geschiebesammlers gelegenen Gebiete und die Eisenbahnlinie hätte. Des Weiteren würde die Vergrösse-

rung des Geschiebeablagerungsraumes unmittelbar unterhalb der Einlaufsperrung die Sicherheit zusätzlich erhöhen.

4.2.3 Aus diesen nachvollziehbaren und von der Dienststelle für Wasserbau glaubhaft dargelegten Gründen ist die mit Verfügung vom 16. Februar 2007 erteilte aufschiebende Wirkung insofern aufzuheben bzw. einzuschränken, als aus submissionsrechtlicher Sicht die Ausführung der Arbeiten für das Auslaufbauwerk (Erneuerung, inkl. Seitenleitwerke) sowie die ausreichende Vergrößerung des Geschiebeablagerungsraumes unmittelbar unterhalb der Einlaufsperrung erlaubt werden. Mit diesen Zugeständnissen wird nichts über die baupolizeiliche Zulässigkeit und dergleichen (z.B. fischereirechtliche Aspekte) ausgesagt, zumal dies nicht Verfahrensgegenstand ist. Im Übrigen gilt die mit Verfügung vom 16. Februar 2006 erteilte aufschiebende Wirkung weiterhin.

4.2.4 Der Entzug der aufschiebenden Wirkung hat zur Folge, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin mit der Ausführung dieser - aber nur dieser - Arbeiten beauftragen darf. Eine weitergehende Präjudizierung des nicht rechtskräftigen Vergabebeschlages ist nicht statthaft.

4.2.5 Zur klaren Festlegung der auf Grund der Ausführungen der Dienststelle für Wasserbau erlaubten Arbeiten hat die Vorinstanz bei Baubeginn diese Dienststelle beizuziehen. Die Dienststelle teilt dem Gericht das Festlegungsergebnis möglichst umgehend mit (vorteilhaft mit Markierungen in einem Situationsplan und mit ungefähren Kubaturangaben).

Sollte sich in der Folge wider Erwarten zeigen, dass weiterreichende Vorkehren dringend und unverzüglich erforderlich sind - insbesondere auch um eine allfällige Verschiebung der Gesamtleerung auf den nächsten Winter verantworten zu können - dürfen diese nach Rück- und Absprache mit der Dienststelle für Wasserbau ebenfalls vorgenommen werden. Das Gericht ist wiederum, solange das Beschwerdeverfahren bei ihm rechtshängig ist, von der Dienststelle für Wasserbau darüber zu informieren. ...

(Zwischenbescheid III 2007 30 vom 1. März 2007).

11.2 Abbruch und Wiederholung

- *Wesentliche Änderung des Leistungsverzeichnisses (§ 38 Abs. 1 lit. d VIVöB).*

B 11.2

Aus den Erwägungen:

4.1 In den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Leistungsverzeichnis wird ein Vierzylinder - 4-Takt - Turbo Dieselmotor mit Direkteinspritzung vorgeschrieben. Der Schadstoffausstoss wird dabei nicht thematisiert und insbesondere auch nicht ausdrücklich ein Partikelfilter verlangt. Die Beschwerdegegnerin hat indes je ein Angebot mit und ohne Partikelfilter eingereicht. Die Vorinstanz hat darauf der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt, einen Partikelfilter nach zu offerieren. Deren Offertpreis erhöhte sich deshalb um Fr. 10'217.90 von Fr. 120'023.40 auf Fr. 130'241.30 ...

4.2 Im Vergabeentscheid argumentiert die Vorinstanz, bei einem Kommunalfahrzeug sollte ein Partikelfilter unbedingt integriert sein. Eine nachträgliche Aufrüstung mit einem Partikelfilter sei zurzeit noch nicht technisch ausgereift. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei daher nicht zu berücksichtigen. Das Fahrzeug der Beschwerdegegnerin sei von Grund auf für den Euro 4 Motor mit Partikelfilter gebaut worden (nicht nachgerüstet). Auf den integrierten Einbau sei besonders Gewicht zu legen, weil eine Nachrüstung fast immer zu Verstopfungsproblemen führe. Nach Auskunft des sachverständigen ... und Ratsmitgliedes bringe nur ein integrierter Partikelfilter die gewünschten Resultate.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt vor Verwaltungsgericht, es treffe nicht zu, dass nachträglich eingebaute Russpartikelfilter schlechter funktionieren würden. Es werde ein Partikelfilter eingebaut, der vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) nach dem VERT Verfahren getestet und zum Verkauf freigegeben worden sei. Das VERT-Prüfverfahren stelle Mindestanforderungen an die Partikelfilter-Systeme. Verlangt sei insbesondere, dass die Partikel-Anzahl um 97% und die Partikel Masse (EC) um 93% vermindert werde, dass die limitierten Emissionen CO, HC, NOx und PM gegenüber dem Ausgangszustand des Motors nicht erhöht würden und die Sekundäremissionen im gereinigten Abgas nach dem Partikel-System nicht relevant zunehmen. Diesen Anforderungen genüge der offerierte Partikelfilter.

4.4 Die Vorinstanz räumt vernehmlassend ein, der Einbau eines Partikelfilters sei in der Ausschreibung, in den Ausschreibungsunterlagen und auch bei den Vergabekriterien nicht explizit aufgeführt worden. Die Baukommission und auch der Bezirksrat seien offenbar irrtümlich davon ausgegangen, dass der Einbau eines Partikelfilters bei einem Kommunalfahrzeug heute selbstverständlich sei. Man habe bei der Beschwerdeführerin mündlich nachgefragt, was der Einbau eines Partikelfilters kosten

würde (siehe oben Erw. 4.1). Es sei richtig, dass der von der Beschwerdeführerin nachträglich einzubauende Russpartikelfilter die Anforderungen grundsätzlich erfülle. Es habe sich aber gezeigt, dass der nachträglich eingebaute Russpartikelfilter in der Praxis zu Problemen führe. Aus diesem Grunde würden Euro-3 Fahrzeuge nicht mehr verkauft, weil die Nachrüstung mit Partikelfilter nicht ausgereift sei. Das von der Beschwerdegegnerin offerierte Fahrzeug habe einen integrierten Partikelfilter, was ein klarer Vorteil gegenüber nachträglich eingebauten Partikelfiltern sei. Hauptsächlich aus diesem Grunde habe man dem Angebot der Beschwerdegegnerin den Vorzug gegeben.

4.5 Duplizierend trägt die Vorinstanz vor (im Zusammenhang mit der Rüge des fehlenden Evaluationsberichtes), nach ihrer Überzeugung müssten neue Fahrzeug mit einem Partikelfilter ausgerüstet werden. Die Hersteller von Kommunalfahrzeugen hätten die Kommunen darauf hinzuweisen, "wenn die Forderung nach einem Partikelfilter in den Ausschreibungsunterlagen" fehle.

4.6 Es ist somit davon auszugehen, dass die Vergabebehörde dem integrierten Partikelfilter eine entscheidende Bedeutung beimass und beimisst, ohne dass diese technische Spezifikation im Sinne einer Mindestanforderung oder allenfalls einer bevorzugten Ausführung im Leistungsverzeichnis erwähnt worden wäre. Unbehelflich ist der nachträglich duplicando vorgetragene sinngemässe Einwand, dass die Offertsteller die Vorinstanz auf diesen Mangel hätten aufmerksam machen müssen (siehe oben Erw. 4.5.). Zum einen kann mit den erst mit Eingabe vom 28. September 2007 eingereichten rudimentären und teils bruchstückhaften und zusammenhangslosen Unterlagen nicht zwingend der geltend gemachte Mangel nachvollzogen werden. Zum anderen hat selbst die Beschwerdegegnerin vorbehaltlos eine Offerte ohne Partikelfilter eingereicht. Von den vier Offertstellern bot zudem ein weiterer dasselbe Produkt an wie die Beschwerdeführerin. Hinzu kommt, dass es die Vorinstanz war, welche die Beschwerdeführerin die Nachrüstung mit einem Partikelfilter nachofferieren liess, was sie nicht getan hätte, wenn die Ausschreibungsunterlagen klar gewesen wären oder die Beschwerdeführerin sich nicht gutgläubig verhalten hätte. Massgeblich ist aber, dass für die Vorinstanz - wie bereits erwähnt - letztlich auch der nachgerüstete Partikelfilter nicht (mehr) in Frage kam. Bei dieser Ausgangslage wäre es deshalb angezeigt gewesen, das Verfahren abzubrechen und neu auszuschreiben (§ 35 Abs. 1 lit. d VIVöB). Allenfalls hätte im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens ein nachträgliches Korrekturverfahren in Betracht gezogen werden können, und zwar in dem Sinne, als den Anbietern ein korrigiertes Leistungsverzeichnis mit Fristansetzung zur entspre-

B 11.3

chend korrigierten Offerteinreichung zuzustellen gewesen wäre. Allerdings sind solche Korrekturverfahren nur im Zusammenhang mit untergeordneten Positionen zulässig (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 341; VGE III 2007 121 vom 12. Juli 2007, Erw. 3.2 = EGV-SZ 2007, B 11.5). Nachdem die Vorinstanz dem integrierten Partikelfilter jedoch eine grundlegende Bedeutung beimisst, kann vorliegend nicht mehr von einer untergeordneten Position gesprochen werden. Abgesehen davon ist eine bloss telephonisch eingeholte Offertkorrektur aus Gründen der Transparenz, der Beweistauglichkeit und der Rechtsgleichheit ungenügend.

(VGE III 2007 146 vom 11. Oktober 2007).

11.3 Zuschlagskriterien

- *Preiswertungsmethode. Das Preiskriterium darf mit qualitativen Aspekten nicht derart vermischt werden, dass die festgesetzte Gewichtung der Zuschlagskriterien unterlaufen wird (§ 31 VIVöB).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (§ 31 VIVöB).

3.2 In der öffentlichen Ausschreibung wird festgehalten, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen definiert seien (Abl-SZ 2006, S. 1969). In den Ausschreibungsunterlagen werden Hauptkriterien und Gewichtung wie folgt definiert:

Preis	50%
Anbieter	30%
Technische Lösung	20%
Total	100%

Zudem wird auf die in der Beilage C enthaltenen Teilkriterien im Detail mit deren Gewichtung hingewiesen. Es sind dies beim Kriterium "Anbieter" sechs und beim Kriterium "Technische Lösung" acht Teilkriterien, während beim Kriterium "Preis" einzig die bereinigte Angebotssumme

nach Abzug von Preisnachlässen, inkl. MwSt) massgebend ist. Die Teilkriterien werden mit den Punkten von 1 - 4 bewertet (4 = Maximum).

3.3 Die Umrechnung der Angebotspreise in Punkte erfolgte gemäss dem sogenannten Thurgauer Modell, welches gemäss angefochtenem Vergabeentscheid RRB 704/2007 vom 30. Mai 2007 von der Konferenz der kantonalen Vermessungsämter (KKVA) für die Bewertung des Kriteriums "Preis" empfohlen wurde. Es basiert auf einem Mittelwert und davon ausgehend auf einer Bandbreite von +/- 25%. Innerhalb dieser Bandbreite werden 5% - 95% der Punktierung linear verteilt. Die übrigen je 5% ausserhalb der Bandbreite erlauben eine minimale Abstufung von 1% pro Angebot in diesen Bereichen. Für die Bestimmung des Mittelwertes wird empfohlen, von den nach dem Preis sortierten Angeboten nur die mittleren drei oder vier Angebote einzubeziehen. Damit würden Ausreisser (extrem hohe und extrem niedrige Preisangebote) abgeschwächt in die Bewertung einfliessen (angef. RRB 704/2007, Erw. 3.3; siehe auch die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vermessungsämter für die Submission von Aufträgen aus der amtlichen Vermessung unter dem Aspekt der Qualitätserhaltung, Ziffer 4.4.2.3).

3.4 Die Vergabeinstanz hat zur Berechnung des Mittelwertes die nach dem Preis auf dem 8. bis 12. Platz rangierten Offerten bzw. Angebotspreise herangezogen und so den Mittelwert auf Fr. 400'111.54 berechnet. Die Bandbreite (+/- 25% Mittelwert) ergab demzufolge Fr. 300'083.66 (untere Grenze) bzw. Fr. 500'139.43 (obere Grenze). In dieser Bandbreite werden 90% der Punkte linear verteilt. Ausgehend von maximal 200 Punkten (Punktemaximum 4 x Gewichtung 50%) sind dies 180 Punkte. Bei einer Preisdifferenz der Bandbreite von Fr. 200'055.77 liegt der Punktwert bei Fr. 1'111.42. Die restlichen je 10 Punkte unterhalb der unteren Grenze bzw. oberhalb der oberen Grenze werden analog verteilt. Die Preisdifferenz unterhalb der Untergrenze beträgt Fr. 180'703.86 (untere Grenze Bandbreite Fr. 300'083.66 ./, tiefstes Angebot Fr. 119'379.80), was einem Punktwert von Fr. 18'070.39 entspricht. Die Preisdifferenz oberhalb der oberen Grenze beträgt dagegen Fr. 936'879.58 (höchstes Angebot Fr. 1'437'019.00 ./, obere Grenze Bandbreite Fr. 500'139.43), womit der Punktwert Fr. 93'687.96 beträgt.

3.5 Die Angebotspreise sowohl der Beschwerdeführerin wie auch der Beschwerdegegnerinnen liegen mit Fr. 209'881.70 bzw. Fr. 299'761.25 unterhalb der Bandbreite von Fr. 300'083.66 bis Fr. 500'139.43. Damit erhielten beide Offertstellerinnen zunächst einmal 190 Punkte. Für die Beschwerdeführerin kamen 5 Punkte hinzu (Fr. 300'083.66 ./).

B 11.3

Fr. 209'881.70 = Fr. 90'201.96 : Fr.18'070.39 = 4.9916 Punkte), sodass die gewichtete Punktzahl für das Kriterium "Preis" auf 195 anwuchs. Bei den Beschwerdegegnerinnen blieb es hingegen bei den 190 Punkten, weil der Angebotspreis nur geringfügig unterhalb der unteren Grenze lag (Fr. 300'083.66 ./ Fr. 299'761.25 = Fr. 322.41 : 18'070.39 = 0.0178 Punkte).

4. Die Beschwerdeführerin verweist auf die in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Zuschlagskriterien und hält fest, dass es darin jedoch keinen Hinweis gebe, wie der Preis trotz einer Gewichtung 50% in Bewertungspunkte umgesetzt werde. Bei der Beurteilung ohne Preis liege ihr Angebot im 5. Rang, was klar besage, dass sie in der Lage sei, den Auftrag fachtechnisch kompetent auszuführen. Bei den Referenzen habe sie die maximale Punktzahl erreicht. Unter Mitberücksichtigung des Preises liege sie auf dem 2. Rang, trotzdem sie rund Fr. 90'000.-- billiger sei als jenes Angebot, das den Zuschlag erhalten habe. Die Punktierung des Preises basiere auf einer Empfehlung für die Submission von Aufträgen aus der amtlichen Vermessung. Beim zu bewertenden Projekt handle es sich jedoch um keine Vermessung, sondern um die digitale Erfassung von landwirtschaftlichen Nutzflächen d.h. um einen Auftrag im Bereich Geografische Informationssysteme (GIS), wofür sich verschiedene Branchen interessierten (Geometer, Bauingenieure, Geoinformatiker usw.). Es würden sehr gute Informatikkenntnisse vorausgesetzt. Das für die Preisbewertung angewendete Thurgauer Modell führe dazu, dass bei einer Preisdifferenz zwischen dem beschwerdegegnerischen Angebot und dem Angebot, das den Zuschlag erhalten habe, von Fr. 89'880.-- bzw. von 30% lediglich eine Punktedifferenz von 5 Punkten resultiere, gegenüber dem preislich nur um Fr. 21'442.-- bzw. 10.7% höheren Angebot dagegen eine Punktedifferenz von 19 Punkten. Würde die gewillkürte Bandbreite von 25% auf 30% erhöht, würde sich die Punktedifferenz zwischen dem beschwerdeführerischen und dem beschwerdegegnerischen Angebot auf 19 Punkte erhöhen. Eine korrekte Umsetzung des Preises könne nur eine lineare Interpolation bringen. Dieses Vorgehen sei einfach und für alle klar nachvollziehbar. Im vorliegenden Fall existiere ein Ausreisser nach oben, es sei davon auszugehen, dass dieser Anbieter die Aufgabe nicht im Detail verstanden habe. Deshalb sei diese, analog dem zweitgünstigsten (recte wohl: zweithöchsten) Angebot mit 0 Punkten zu bewerten (d.h. lineare Bewertung auf der Basis des tiefsten und zweithöchsten Angebotes von Fr. 119'379.-- und Fr. 712'520.--; das höchste Angebot beträgt Fr. 1'437'019). Nachdem ihr Angebot, das bei den Kriterien "Anbieter" und "Technische Lösung" lediglich um 21 Punkte schlechter beurteilt worden sei, bei einer korrekten linearen Bewertung des Preises 30 Punkte besser als dasjenige der

Beschwerdegegnerinnen zu bewerten wäre, sei ihr Angebot um 9 Punkte besser. Man beantrage deshalb eine Rückweisung zur Überarbeitung an die Vergabestelle mit dem Auftrag, eine korrekte nachvollziehbare Bewertung des Preises anzuwenden, wobei jene durch lineare Interpolation gemäss ihrer Vorgabe im Vordergrund stehe.

Im Weiteren führt die Beschwerdeführerin aus, man werfe ihr nicht vor, ihr Angebot könnte ein ungewöhnlich niedriges sein. Schliesslich hält die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 13. Juni 2007 betreffend Akteneinsichtnahme fest, dass mit der Beschwerde eine korrekte Bewertung des Preises verlangt werde. Die Beurteilung der Positionen "Anbieter" und "Technische Lösung" seien nicht Gegenstand der Beschwerde.

5.1 Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die gewählte Preisbewertungsmethode in Beachtung des weiten Ermessensspielraumes der Vorinstanz zu einem Vergabeergebnis führte, dass dem Gebot, den Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, und dem aufgestellten Zuschlagskriterium Preis mit einer Gewichtung von 50% gerecht wird.

5.2 Vorab ist festzuhalten, dass das preislich (zulässige) tiefste Angebot auch die maximale Punktzahl von 200 erhielt. Wäre dies nicht der Fall, könnte eine solche Bewertung rechtlich wohl kaum als zulässig qualifiziert werden (BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, Erw. 4).

5.3 Nach der gewählten Preisbewertungsmethode erhält das preislich höchste Angebot 0 Punkte, das preislich tiefste Angebot dagegen die maximale Punktzahl von 200. Insofern beträgt die Bandbreite 100%. Innerhalb dieser Bandbreite wird aber beim Mittelwert eine weitere "innere" Bandbreite von +/- 25 Prozent festgesetzt, innert welcher 90% der Punkte (180 Punkte) linear verteilt werden. Die restlichen Punkte (20) werden je zur Hälfte unterhalb oder oberhalb dieser Bandbreite verteilt. Dieses gestufte Vorgehen ist grundsätzlich zulässig, zumal es sachlich vertretbar ist, sog. Ausreisser an den beiden Polen (sehr hohe und sehr tiefe Preisangebote) abzuschwächen. Das Preiskriterium darf aber mit qualitativen Aspekten nicht derart vermischt werden, dass die festgesetzte Gewichtung der Zuschlagskriterien unterlaufen wird.

5.4 Die Ausschreibung ist dem Staatsvertragsbereich unterstellt worden (Abl-SZ 2006, S. 1969). Damit ist die Vergabebehörde davon ausgegangen, dass der Schwellenwerte von Fr. 383'000.-- (siehe Anhang 1 zu IVöB) überschritten wird. Bei der Berechnung des Mittelwertes von knapp über Fr. 400'000.-- hat sich diese Annahme bestätigt. Allerdings fällt folgendes auf: vier Anbieter liegen unterhalb der "inneren" Bandbrei-

B 11.3

te. Während das mit Abstand preisgünstigste Angebot (Fr. 119'379.80) bei der Beurteilung der beiden anderen Kriterien mit 141 Punkten nur auf dem 14. Rang liegt, erreichte der zweitgünstigste Anbieter Fr. 205'109.25) mit 171 Punkten den sechsten Rang, die Beschwerdeführerin (Fr. 209'881.70) mit 172 Punkten den fünften Rang und die Beschwerdegegnerin (Fr. 299'761.25) mit 193 Punkten den ersten Rang. Den zweiten Rang (180 Punkte) erreichte das Angebot mit Fr. 389'735.80 (9. Rang nach Preis), den dritten Platz (175 Punkte) das Angebot mit Fr. 366'073.05 (6. Rang nach Preis), und den vierten Rang (173 Punkte) das Angebot mit 437'160.10 (14. Rang). Die nach den qualitativen Kriterien sechs besten Anbieter haben somit Offertpreise zwischen Fr. 205'109.25 bis Fr. 437'160.-- (Durchschnitt Fr. 317'995.--) unterbreitet. Dies ist ein klares Indiz dafür, dass die gewählte Bandbreite (Fr. 300'000.-- bis Fr. 500'000.--) mit den 90% linear zu verteilenden Punkten zu einer Verzerrung führt. Dies muss man erst recht vermuten, wenn man in Betracht zieht, dass drei dieser sechs Anbieter, darunter auch die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerinnen, unterhalb der gewählten Bandbreite liegen. Die preisliche Differenz von knapp Fr. 90'000.-- zwischen den beiden hier in Frage kommenden Offerten (welche im Vergleich zum von der Vorinstanz im Vergabeentscheid berücksichtigten Angebotspreis von Fr. 299'761.25 rund 30% ausmacht), schlägt sich, da unterhalb der Bandbreite liegend, nun derart geringfügig aus, dass die getroffene Gewichtung des Preiskriteriums mit 50% in nicht mehr vertretbarer Weise unterlaufen wird. Wenn man die Qualitätskriterien hätte stärker bewerten wollen, hätte man diese mit einer veränderten Gewichtung der Kriterien tun müssen. In diesem Sinne hätte die Vergabeinstanz beispielsweise anknüpfend an die Ausführungen in der Vernehmlassung, wonach gemäss den Richtlinien (RRB Nr. 912/2006 vom 4.7.2006) beim Kriterium Preis für Dienstleistungsaufträge mit normalen Anforderungen eine Gewichtung innerhalb einer Spanne von 40% bis 60% in Frage komme, anstelle des Mittelwertes von 50% einen solchen von beispielsweise 40% für das Kriterium Preis wählen müssen, so dass für das Kriterium Qualität (bzw. „Anbieter“ und „technische Lösung“) entsprechend mehr (d.h. 60%) verblieben wären. Es geht aber nicht an, nach der Gewichtung des Kriteriums „Preis“ mit 50% bei der Auswertung dieses Kriteriums „Preis“ zusätzlich noch Qualitätsaspekte einfließen zu lassen bzw. die Preiskurve so zu wählen, dass ein Preisunterschied von rund 30% (siehe oben) letztlich weit weniger stark ins Gewicht fällt als ein verhältnismässig geringfügiger Unterschied in der Qualitätsbeurteilung. In diesem Zusammenhang kann der Begründung in der vorinstanzlichen Vernehmlassung, wonach sinngemäss ein zu stark preisorientierter Wettbewerb die geforderte Qualität gefährden könne und deswegen mit der Wahl der

Preiskurve der Aspekt der Qualität gewahrt werden könne, nicht beige-pflichtet werden, denn die Frage der Qualität ist beim jeweiligen Kriterium „Qualität“ (bzw. Anbieter/technische Lösung), nicht aber beim Kriterium „Preis“ zu berücksichtigen. Bei dieser Sachlage kommt es nicht in Frage, das oben erwähnte Thurgauer Modell mit einer „inneren Bandbreite von lediglich +/- 25%“ tel quel auf den vorliegenden Fall anzuwenden, da dies hier wie erwähnt letztlich zu einer Aushebelung der Gewichtung des Kriteriums „Preis“ mit 50% führen würde. Vielmehr rechtfertigt es sich im konkreten Fall, die innere Bandbreite des dargelegten Berechnungsmodells auf mindestens +/- 35% auszudehnen.

5.5 Bei einer Bandbreite von +/- 35% liegt die untere Grenze bei Fr. 260'072.50 und die obere Grenze bei Fr. 540'150.60, womit sich die "innere" Bandbreite auf Fr. 280'078.10 beläuft und der Punktwert auf Fr. 1'555.98. Der Punktwert unterhalb der unteren Grenze beträgt Fr. 14'069.25. Der Angebotspreis des Beschwerdeführers von Fr. 209'109.25 ergibt mithin 194 Punkte, womit sich die Gesamtpunktzahl zusammen mit den übrigen 172 Punkten für die beiden anderen Kriterien auf 366 Punkte beläuft. Die Preispunkte der Beschwerdegegnerinnen betragen dagegen 164 Punkte, was zusammen mit den 193 Punkten aus den beiden anderen Kriterien ein Total von 357 Punkten ergibt.

5.6 Das wirtschaftlich günstigste Angebot hat demzufolge die Beschwerdeführerin eingereicht, weshalb in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Vergabeentscheid RRB Nr. 704/2007 vom 30. Mai 2007 in Dispositiv-Ziffer 1 insofern abzuändern ist, als die Arbeiten für das Projekt GIS-LWN an die ... zum Angebotspreis netto von Fr. 209'881.70 inklusive 7.6% MwSt zu vergeben sind (Art. 18 Abs. 1 IVöB).

(VGE III 2007 107 vom 12. Juli 2007; das Bundesgericht ist mit Urteil 2C_412/2007 vom 4. Dezember 2007 auf die erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten, während es die Verfassungsbeschwerde abwies, soweit darauf einzutreten war).

11.4 Ausschreibung

- *Anfechtungsgegenstand (Erw. 4.2.1 – 4.2.4, 4.3.1 – 4.3.2).*
- *Public Private Partnership (PPP).*
- *Einmaligkeit der Ausschreibung (Erw. 5.1 – 5.4).*
- *Leistungsbeschreibung (Erw. 4.5, 5.5).*
- *Zuschlags- und Eignungskriterien (Erw. 4.5).*

B 11.4

Aus dem Sachverhalt:

Die Gemeinde Galgenen beabsichtigt, auf ihrem knapp 70'000 m² grossen Baulandareal "Tischmacherhof" im Rahmen einer Public Private Partnership (PPP) diverse Infrastrukturbauten und Anlagen (Schulräume; Werkhof für Schadenwehr/Gemeindewerke; Doppelturnhalle als Mehrzweckhalle, Sportanlagen, Dorfplatz) sowie privat zu nutzender Wohn- und Gewerberaum erstellen zu lassen. Am 12. Februar 2006 genehmigte die Gemeindeversammlung eine Vereinbarung zwischen der Gemeinde und der von ihr ausgewählten Investorin. Das Verwaltungsgericht hiess mit VGE 817/06 vom 29. August 2006 eine Stimmrechtsbeschwerde gut, weil der Versammlungsbeschluss das öffentliche Beschaffungsrecht verletzte (keine Ausschreibung des Investors bzw. des Public Private Partnership-Partners). Am 5. Januar 2007 (Abl-SZ 2007, S. 18 ff.) nahm der Gemeinderat gleichzeitig eine öffentliche Investoren- und eine öffentliche Totalunternehmerausschreibung vor. Die Investorenausschreibung unterstellte er im Gegensatz zur Totalunternehmerausschreibung der beschaffungsrechtlichen Ausschreibungspflicht. Gegen diese Ausschreibungen erhob ein potentieller Investor und Totalunternehmer beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Nebst anderen Punkten wurden die Nichtunterstellung des Totalunternehmerauftrages unter das öffentliche Beschaffungsrecht, der Leistungsbeschreibung und die Eignungs- und Zuschlagskriterien bemängelt. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

Aus den Erwägungen:

4.2 Das Verwaltungsgericht beurteilt u.a. Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggebern, die gestützt auf die IVöB Aufträge vergeben (§ 3 lit. a KRB). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 15 Abs. 1 bis IVöB).

4.2.1 Das Verwaltungsgericht hat in VGE 1024/05 vom 21. Juli 2005 (publiziert in EGV-SZ 2005, B 11.2) entschieden, dass Ausschreibungsunterlagen - im Gegensatz zur Ausschreibung - in der Regel nicht selbständig anfechtbar sind. Eine Ausnahme komme indessen vor allem dann zur Anwendung, wenn gerügt werde, in den Ausschreibungsunterlagen sei unzulässigerweise ein Kriterium enthalten, welches die beschwerdeführende Partei zum vornherein vom Wettbewerb ausschliesse und eine Offerteinreichung glaubhaft unzumutbar und aus verfahrensökonomischer Sicht wenig sinnvoll sei. In einem solchen Fall sei ausnahmsweise die separate Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen

zu bejahen. Richte sich die Beschwerde gegen die Ausschreibungsunterlagen, so beginne die 10-tägige Rechtsmittelfrist mit der Zustellung derselben zu laufen (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 626).

4.2.2 In § 12 Abs. 1 VIVöB wird der Mindestinhalt einer Ausschreibung festgehalten. Der Umstand, wonach es im Ermessen des Auftraggebers liegt, den Mindestinhalt einer Ausschreibung teilweise erst in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen, weist darauf hin, dass es sich bei solchen Angaben an sich um Bestandteile der Ausschreibung handelt (siehe auch BGE 125 I 203 Erw. 3a). Daraus könnte man folgern, dass auch die Ausschreibungsunterlagen selbständig anfechtbar sein müssen. Gegen eine solche Schlussfolgerung werden jedoch in Lehre und Praxis gewichtige Einwände vorgetragen (siehe hiezu Robert Wolf, die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBI 104 [2003], S. 5 ff.). Insbesondere gilt zu bedenken, dass Ausschreibungsunterlagen vielfach sehr umfangreich sind, so dass es schwierig ist festzulegen, was davon überhaupt Anfechtungsobjekt sein könnte.

4.2.3 Soweit der Beschwerdeführer (sinngemäss) geltend macht, mit der (Investoren) Ausschreibung werde der Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs und des Gleichbehandlungsgebotes verletzt und/oder der Ausschreibungsinhalt sei ungenügend oder zu wenig klar, kann mit Blick auf das Anfechtungsobjekt auf die Beschwerde eingetreten werden, soweit die Rügen auch in einem Konnex zur Ausschreibung gemäss § 12 VIVöB stehen (insbesondere Abs. 1 lit. c [Gegenstand, Umfang und Dauer des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Leistungen], lit. h [Eignungskriterien und zu erbringende Nachweise, insbesondere verlangte finanzielle Garantien und Angaben], lit. m [Zuschlagskriterien sowie deren Rangordnung oder Gewichtung]). Allerdings können in diesem Zusammenhang nur klare Mängel zu einer Beschwerdegutheissung führen. Es kann nicht Aufgabe des Rechtsmittelverfahrens gegen eine Ausschreibung sein, Anordnungen, deren volle Bedeutung und Tragweite noch wenig klar ist, in einem aufwändigen Verfahren in allen seinen Verästelungen quasi auf Vorrat auszuleuchten (vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 610 betr. Rügepflicht in solchen Fällen; VGE 1010 vom 30. März 2006, Erw. 2, wonach klar erkennbare Fakten die Rügepflicht bewirken). Von der Bewerberseite ist hiefür in erster Linie das Fragerecht zu beanspruchen, wobei wichtige Auskünfte gleichzeitig auch allen andern Bewerbern mitgeteilt werden müssen (§ 16 VIVöB).

B 11.4

4.2.4 Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens können die verschiedenen Ausstandsbegehren sein ..., zumal im jetzigen Zeitpunkt noch gar nicht bekannt ist, wer eine Offerte/Bewerbung einreichen wird bzw. eingereicht hat. Der Umstand, dass in der Ausschreibung keine Bewerber explizit ausgeschlossen werden und insofern keine Vorgaben oder Einschränkungen vorliegen, besagt nicht, dass die Vergabebehörde insbesondere dem Vorbefassungsverbot beim Zuschlagsverfahren keine Beachtung schenken wird. Verletzungen dieser Verfahrensgarantien können allenfalls nach erfolgtem Zuschlag angefochten werden. Gleiches gilt im Zusammenhang mit den für die Entscheidungsbehörden massgeblichen Ausstandsbestimmungen.

4.3.1 Das Verwaltungsgericht hat in VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 4, in Beachtung des bundesgerichtlichen Präjudizes 2P.189/2004 vom 11. Februar 2005 entschieden, dass freihändige Vergaben grundsätzlich nicht anfechtbar sind. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass ein Bewerber beschwerdeweise allenfalls die Verfahrenswahl an sich (d.h. die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens) in Frage stellt oder geltend macht, eine zulässigerweise freihändig erfolgte Vergabe beruhe auf gegen das Binnenmarktgesetz verstossenden Vorschriften oder Weisungen, welche auf den Ausschluss ortsfremder Anbieter ausgerichtet sind, oder wenn sich der Vergabeentscheid erklärtermassen auf eine dahingehende behördliche Praxis stützt (VGE 1036/05 vom 31. August 2005, Erw. 3.4.2).

4.3.2 Soweit der Beschwerdeführer die Nichtunterstellung der Totalunternehmerausschreibung unter das öffentliche Vergaberecht rügt, ist diese Frage im vorliegenden Verfahren somit überprüfbar.

4.5 Des Weiteren sind grundsätzlich folgende verfahrensrechtlichen Vorgaben zu beachten.

4.5.1 Die Ausschreibung bestimmt sich nach Kapitel IV VIVöB (Ausschreibung, §§ 10 - 20). Im Rahmen dieser Vorgaben und der allgemeinen Vergabegrundsätze (Art. 11 IVöB) kommt der Vergabebehörde eine weitreichende Ausgestaltungsfreiheit zu. Welche Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad zu stellen sind, hängt von der Art des vergebenden Auftrages ab (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 208). Im Übrigen ist die sogenannte funktionale Ausschreibung, bei der auf die Festsetzung der Ausführungsdetails verzichtet und dem Anbieter ein erheblicher Spielraum bei der Ausgestaltung des Angebotes eingeräumt wird, grundsätzlich zulässig. So kann beispielsweise bei einem technisch komplexen Auftrag der Beschaffungsgegenstand

relativ offen umschrieben werden, wodurch die Anbieter zur Mitwirkung der näheren Ausgestaltung des Auftrages herangezogen werden. Mit der funktionalen Ausschreibung strebt der Auftraggeber die Mithilfe der Anbieter bei der Leistungsermittlung unter Ausnützung ihres Know-how an. Es wird die Innovationskraft des Marktes zugunsten der öffentlichen Hand für die Suche nach noch nicht allgemein bekannter Lösungen ausgeschöpft. Zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit und des Gleichbehandlungsprinzips sind aber zumindest die technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Eckwerte zu umschreiben. Die funktionale Ausschreibung ist unzulässig, wenn die Vergabebehörde selbst in der Lage wäre den Beschaffungsgegenstand direkt zu umschreiben und bloss die Kosten des Beschaffungsverfahrens reduzieren möchte (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 212 ff.).

4.5.2 Die Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist eine beschränkte. Dies geht einmal aus Art. 16 Abs. 2 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle). Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat also in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen der Verwaltung zu beurteilen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 zu Art. 80). Soweit die Natur einer Streitsache mithin einer uneingeschränkten Rechtskontrolle Grenzen setzt, darf die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition beschränken. So kann u.a. das Erfordernis spezieller Fachkenntnisse für das Gericht einen Grund zu zurückhaltender Überprüfung abgeben, beispielsweise bei der Auslegung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen ("Tatbestandsermessen"), unter Umständen aber auch bei der Sachverhaltsermittlung, wenn massgebende Sachumstände durch Schätzung festgestellt werden müssen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 3, 5, 9 zu Art. 80 und N 4 f., 9 zu Art. 66; vgl. auch VGE 1060/98 vom 21. Mai 1999, Erw. 1). Folgerichtig hat sich deshalb das Gericht auch bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Bei der Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots setzt es nicht sein eigenes Ermessen anstelle jenes der Vergabebehörde (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 686).

Es liegt im weiten Ermessen der Vergabungsbehörde, fall- und objektbezogen die massgeblichen Kriterien zu bestimmen (siehe Erw. 4.5.1), anzuwenden und zu gewichten. Der Vergabeentscheid muss jedoch nachvollzieh- und überprüfbar sein. Das Gericht greift vor allem dann ein, wenn angewandte Kriterien nicht sachlich sind, die Gewichtung willkürlich ausfällt und der Bewertung falsche Sachverhaltsannahmen

B 11.4

zugrunde liegen (vgl. VGE 1014/01 vom 5. September 2001, Erw. 2). Auch bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. VGE 1041/01 vom 5. September 2001, Erw. 2, Prot. S. 876; AGVE 1999, S. 328; Elisabeth Lang: Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in ZBl 9/2002, S. 469; vgl. auch VGE 1027/02 vom 30. Oktober 2002, Erw. 3a).

Zu beachten ist die Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber legt die objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter fest. Diese Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen und Anbieter (§ 21 VIVöB). Werden die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt, wird eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen (§ 26 Abs. 1 lit. a VIVöB; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 296). Die Zulässigkeit der Eignungskriterien bestimmt sich somit nach objektiven, auftragspezifischen Gesichtspunkten. Der Nachweis ist auf diejenigen Eignungskriterien zu beschränken, welche wesentlich sind, damit der Anbieter den Auftrag erfüllen kann. Der wirksame Wettbewerb (Art. 11 lit. b IVöB) darf durch zu restriktive Vorgaben nicht unnötig behindert werden, ansonsten eine Diskriminierung von potentiellen Anbietern entsteht (Art. 11 lit. a IVöB; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 292 f.). Die Festsetzung der Eignungskriterien ist in erster Linie eine Fachfrage, die der Auftragsbehörde einen Ermessensspielraum einräumt (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 284). Dementsprechend hat sich die Beschwerdeinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (EGV-SZ 2003, B. 1.3; vgl. auch oben, Erw. 3.2).

Während bei den Zuschlagskriterien ausdrücklich "deren Rangordnung oder Gewichtung" verlangt wird (vgl. § 12 Abs. 1 lit. m VIVöB), enthält § 12 Abs. 1 lit. h VIVöB hinsichtlich der Eignungskriterien keine derartigen Anforderungen. Es ist auf die Aargauer Rechtsprechung hinzuweisen, wonach die Vergabestelle anders als bei den Zuschlagskriterien nicht zu einer Gewichtung verpflichtet ist (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 306 mit Hinweis). In Anbetracht der dargelegten Differenzierungen in der Verordnungsbestimmung, welche den Mindestinhalt der Ausschreibung definiert, sowie in Anlehnung an die Aargauer Rechtsprechung ist eine Gewichtung der Eignungskriterien nicht zwingend geboten. Dementsprechend ist auch der Einwand nicht zu hören, dass die Gewichtung vorgängig hätte publiziert werden müssen (vgl. dazu auch VGE 1014/01 vom 5. September 2001, Erw. 4e, wonach die Vergabebehörde die Kompetenz hat, für eine rechtskonforme und rechtsgleiche Bewertung interne Richtlinien aufzustellen, welche nicht bei der

Arbeitsausschreibung publik gemacht werden müssen) (VGE 1020/06 vom 24. Mai 2006, Erw. 5.1).

...

5. Soweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, ist sie wie folgt zu beurteilen.

5.1 Das Verwaltungsgericht hat es in seinem Entscheid VGE 817/06 vom 29. August 2006 grundsätzlich als möglich und zulässig erachtet, öffentliche Gebäude im Rahmen einer Public Private Partnership zu beschaffen bzw. Gemeindeland zu diesem Zwecke durch einen privaten Investor überbauen zu lassen (Erw. 4 von VGE 817/06 ...). Es hatte aber offen gelassen, welche beschaffungsrechtlichen Anforderungen eine solche Beschaffung in welchem Umfange und in welchem Verfahrensstadium zu erfüllen hat. Es sei für das vorliegende PPP-Beschaffungsvorhaben in jedem Falle unabdingbar, dass für die Auswahl des bzw. der zu berücksichtigenden Partner eine Ausschreibung zu erfolgen habe, welche den Anforderungen des anwendbaren Beschaffungsrechts genüge und einen wirksamen Wettbewerb wenigstens bei der Auswahl des Partners sicherstelle. Damit könne bezüglich Auswahl des Partners der öffentlichen Hand auch der im öffentlichen Beschaffungsrecht zentrale Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (vgl. Art. 11 lit. a IVöB) eingehalten werden. Ob beim heute gültigen Recht bei den nachfolgenden Verfahrensschritten beschaffungsrechtliche Vorgaben und allenfalls welche zu beachten seien, brauche beim vorliegenden Verfahrensausgang nicht näher geprüft zu werden. Es werde sich beim Festhalten am PPP-Beschaffungsweg vorgängig jedoch eine einlässliche Auseinandersetzung mit diesen heiklen und komplexen Rechtsfragen aufdrängen (wobei sinnvollerweise auch die kantonale Aufsichtsbehörde mit einzubeziehen sei). Aus heutiger Sicht sei nicht auszuschliessen, dass sich eine gesetzgeberische Anpassung für eine effiziente Durchführung einer PPP-Beschaffung aufdrängen könnte.

5.2 Zwischenzeitlich sind an den gesetzlichen Grundlagen keine Anpassungen oder Veränderungen vorgenommen worden, so dass die bisherigen Vorschriften für den vorliegenden Fall anwendbar bleiben.

5.3 In einem neueren Aufsatz von Claudia Schneider Heusi/Felix Jost (Public Private Partnership - wenn Staat und Private kooperieren, in Baurecht, Sonderheft 2006, S. 27 ff.) wird in Würdigung der Lehre und der geltenden Rechtsprechung nachvollziehbar dargelegt, dass eine öffentliche Beschaffung dann vorliegt, wenn die öffentliche Hand als Ab-

B 11.4

nehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt und im Gegenzug dafür ein Entgelt leistet. Fehlt es am Entgelt oder erhält die öffentliche Hand sogar eine Gebühr oder eine Entschädigung, handelt es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung. Ausschlaggebend ist letztlich, ob die Projektierung und Erstellung eines Gebäudes als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren ist (S. 28 f.). Auf die Public Private Partnership bezogen bedeutet dies, dass eine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt, d.h. im Rahmen eines synallagmatischen Vertrages, für das Gemeinwesen Leistungen erbringt (Vertragsmodell, im Gegensatz zum Gesellschafts- und Konzessionsmodell) (S. 29 f.). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle erfüllt, weshalb die Investorenausschreibung, welche der "Investition für Landerwerb und Baurealisierung" dient, zu Recht der Ausschreibungspflicht unterstellt wurde.

5.4.1 Ist ein PPP-Partner in einem dem Vergaberecht unterstellten Verfahren bestimmt worden, brauchen allfällige Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben zu werden, was voraussetzt, dass das Gemeinwesen die Vergaben des PPP-Partners nicht massgeblich beeinflusst (siehe aber nachfolgend die Zürcher Praxis). Dieser Rechtslage liegt das Prinzip zu Grunde, dass bei der Erfüllung stattdlicher Aufgaben in derselben Sache das Vergaberecht nur einmal (und nicht mehrmals) zur Anwendung gelangt (Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung). Dieses Prinzip entspricht auch der Praxis bei Total- oder Generalunternehmer-Vergaben, wobei dort sicherzustellen ist, dass die Subunternehmer darauf zu verpflichten sind, die Arbeitnehmerschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Mann und Frau einzuhalten. Gemäss Zürcher Praxis kann sich das Gemeinwesen bei der Auswahl der Subunternehmer ein Mitspracherecht einräumen lassen (BR 4/97 S. 123 Nr. 307, Anmerkung von pg; Zürcher Handbuch für Vergabestellen, 2004, Glossar, Seite 11-7; Neubau Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg; Neubau Pädagogische Hochschule Zentralschweiz, Goldau) (Schneider/Jost, S. 33 f. und Anm. 77f).

5.4.2 Das Verhältnis zwischen der Investoren- und der Totalunternehmerausschreibung wird in der öffentlichen Ausschreibung nur marginal umschrieben. Gemäss der Investorenausschreibung erstellt der Investor durch einen Totalunternehmer das aus einem Wettbewerb der Gemeinde hervorgegangene Projekt "D'Chile im Dorf". Gemäss der Totalunternehmerausschreibung wiederum erstellt der Totalunternehmer im Auftrag eines Investors das erwähnte Projekt. In den Ausschreibungsunterlagen der Investorenausschreibung wird zum Verhältnis zur gleichzeitig vorge-

nommenen Totalunternehmerausschreibung nichts ausgesagt. Der Investor realisiert die geplanten öffentlichen und privaten Bauten (S. 25 f.). Er hat seine "grundsätzliche Bereitschaft" zur "Realisierung <der> öffentlichen Bauten und "zum Verkauf der schlüsselfertigen öffentlichen Bauten an die Gemeinde im Rahmen des Kostendaches" (= CHF 20'000'000.00 [CHF 21'000'000.00 abzüglich Subventionen]) kundzutun. Aus den Ausschreibungsunterlagen zur Totalunternehmerausschreibung (Präqualifikation) ergibt sich zunächst, dass aufgrund der Präqualifikation durch die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin die am besten geeigneten Totalunternehmer ausgewählt werden. "In der unmittelbar folgenden Totalunternehmer-Submission werden die ausgewählten Totalunternehmer zur Abgabe einer TU-Offerte für das Gesamtprojekt eingeladen. Nach Abschluss der parallel zur Totalunternehmer-Submission laufenden Investoren-Submission wird der Totalunternehmer-Auftrag für die gesamte Realisierung inkl. Planung, Abschluss und Garantiephase durch den Investor erteilt" (S. 2 Ziffer 3).

5.4.3 Was für die Investorenausschreibung verbindlich gilt, ergibt sich aus der entsprechenden Ausschreibung und den entsprechenden Unterlagen. Darin sind keine relevanten Verpflichtungen des ausgewählten Investors mit Bezug auf die gleichzeitige laufende freihändige Präqualifikation des Totalunternehmers erkennbar. Auch aus der (hier nicht massgeblichen) Totalunternehmerausschreibung ergibt sich im Übrigen unmissverständlich, dass die Vergabe des Totalunternehmerauftrages der Investor vornimmt. Liegt aber die Entscheidungskompetenz beim Investor, so kann dieser sich auch über das von der Vorinstanz in die Wege geleitete Präqualifikationsergebnis hinwegsetzen, andere Unternehmungen beauftragen oder den Auftrag als Totalunternehmer selber ausführen, unbesehen davon, dass diese Konsequenzen in der Totalunternehmerausschreibung nicht ausgedeutet sind. Entscheidend ist, dass die für das PPP-Konzept im Zusammenhang mit der Einmaligkeit der Ausschreibung erforderliche Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des nach öffentlichem Vergaberecht ausgewählten Investors bejaht werden muss und damit allfällige Folgeaufträge des Investors nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen.

5.4.4 An diesem Ergebnis vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die gleichzeitige Ausschreibung des Totalunternehmerauftrages verwirrt und möglicherweise Bewerber im falschen Glauben lässt, das Präqualifikationsergebnis sei vom Investor zu beachten. Massgebend ist die Investorenausschreibung. Abgesehen davon könnte im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens kein derart gewichtiger Mangel ausgemacht werden, der eine Aufhebung und/oder Korrektur der laufenden Aus-

B 11.4

schreibungen gebieten würde, zumal bei Unklarheiten die Interessenten vom Auskunftsrecht Gebrauch machen können. Gleiches gilt sinngemäss auch für das vorgezogene Präqualifikationsverfahren, mit welchem dem Investor das Wettbewerbspotential aufgezeigt werden soll, und welches die Vorinstanz für die Beurteilung der Realisierungskonditionen heranziehen will.

5.4.5 Die Rügen des Beschwerdeführers, welche von der gegenteiligen Annahme ausgehen oder darauf sich abstützen, sind deshalb unbegründet. Ebenso unerheblich ist demzufolge der Einwand, der "Hintergrund der nicht öffentlichen Ausschreibung des Totalunternehmerauftrages <sei> zu verhindern, dass dieser offensichtliche Verstoss gegen die Verfahrensbestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts ans Licht" komme.

5.5.1 Den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen zu definieren, obliegt der Auftraggeberin. Es kommt ihr dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zu (siehe auch oben Erw. 4.5.1). Der Leistungsumfangumfang darf die Förderung des wirksamen Wettbewerbs und das Gleichbehandlungsgebot aber nicht in Frage stellen (Schneider/Jost, a.a.O., S. 30).

5.5.2 Nicht zu verkennen ist, dass die Vorgeschichte der Überbauung ... den Auftragsgegenstand und damit möglicherweise auch den wirksamen Wettbewerb etwas einschränkt (geringere Attraktivität des Auftrages; Eintreten in vorhandene Verträge oder Abgeltung der erbrachten Vorleistungen). Das Bauprojekt ist erstellt und die Baueingabe steht offenbar unmittelbar bevor. Hier kann der Investor nichts mehr bewirken und er hat sich danach zu richten. Diese Ausgangslage ist im vorliegenden Verfahren als Realität unter Berücksichtigung überwiegender Rechtssicherheitsinteressen zu akzeptieren. Sie ist im Wesentlichen das Resultat der falschen vorinstanzlichen Annahme, dass das öffentliche Beschaffungsrecht nicht anwendbar sei. Deswegen wird aber eine nachträgliche Investorenausschreibung für die verbliebenen Arbeiten nicht unzulässig. Auch ist weiterhin von einer PPP-Konzeption auszugehen, da der Investor als privater Partner dem Gemeinwesen Leistungen erbringt und eine Zusammenarbeit zwischen diesen beiden Parteien zwecks Finanzierung und Realisierung der Ueberbauung Tischmacherhof mit öffentlichen und privaten Bauten besteht.

Wie von Beginn weg richtig oder besser vorzugehen wäre, kann offen bleiben. Vorstellbar ist, dass der Investor bereits vor dem Projektierungsverfahren ausgeschrieben und bestimmt wird. Werden von Dritten aber wesentliche Vorleistungen erbracht, haben diese wohl in Beachtung des

öffentlichen Beschaffungsrechts zu erfolgen. Wie es sich tatsächlich verhält, muss und kann hier aber nicht abschliessend beurteilt werden.

5.5.3 Ob der Beschrieb der öffentlichen Bauten genügend detailliert für die Erstellung eines Investorenangebotes ausgefallen ist, kann hier nicht beurteilt werden, da es sich um eine Problematik handelt, welche sich grundsätzlich - so auch im vorliegenden Fall - in den nicht überprüfbaren Ausschreibungsunterlagen niederschlägt. In der Investorenausschreibung wird auf die vorgegebenen Pläne verwiesen ..., während alsdann in den Ausschreibungsunterlagen u.a. das architektonische Konzept mit Kenndaten und das Raumprogramm dargelegt wird. Als Beilagen werden nebst dem Bewerbungsformular vermerkt: "Flächen und Kubaturen", "Kostenberechnungen", "Detailbeschrieb öffentliche und private Bauten" und "Approximatives Planungs- und Ausführungsprogramm". Es ist mithin kein offensichtliches Ungenügen erkennbar, welches ein Eingreifen im jetzigen Stadium erfordern würde, zumal bei der Investorensuche eine relativ offene Ausschreibung statthaft sein muss (Erw. 4.5.1, 5.4 in initio).

5.6.1 Hinsichtlich der Festsetzung der Zuschlags- und Eignungskriterien sind der erhebliche Ermessensspielraum der Vergabebehörde und die beschränkte Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu beachten (Erw. 4.5.1, 4.5.2).

5.6.2 Wenn den Eignungskriterien keine Gewichtungsfaktoren zugeordnet werden, so ist dies nicht rechtswidrig. Eignungskriterien sind *conditiones sine quae non*, welche erfüllt sind oder eben nicht. Die Vergabebehörde ist nicht zu einer Gewichtung der Eignungskriterien verpflichtet (Erw. 4.5.2; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 306; siehe auch § 12 Abs. 1 lit. h und lit. m; VGE 1010 vom 30. März 2006, Erw. 5.1).

5.6.3 Die spezifischen Zuschlagskriterien sind der Angebotspreis sowie die Zahlungsbedingungen für das Bauland für die private Nutzung (60%) sowie die Konditionen für die Realisierung der öffentlichen Bauten (40%). Im Übrigen wird auf die detaillierten Ausschreibungsunterlagen verwiesen. § 12 Abs. 1 lit. m VIVöB verlangt Angaben über die Zuschlagskriterien sowie deren Rangordnung oder Gewichtung. In Nachachtung dieser Bestimmung sind zwei Zuschlagskriterien mit Gewichtung aufgeführt.

Diese Zuschlagskriterien lassen zweifelsohne bei der Bewertung der Angebote einen grossen Ermessensspielraum zu. Die offerierenden Investoren dürfen bei der vorliegenden Sach- und Rechtslage aber davon ausgehen, dass jene geeigneten Anbieter bevorzugt werden müssen, welche

B 11.5

der Gemeinde hinsichtlich Finanzierung und Realisierung das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreiten werden (§ 31 VIVöB). Die allfälligen, der Vorinstanz noch nicht bekannten Vorbehalte werden auch unter diesem Aspekt gewürdigt werden müssen. Es kann deshalb im vorliegenden Verfahrensstadium nicht von einer mangelnden Gewährleistung des Transparenz- und Gleichheitsgebotes ausgegangen werden, zumal es vom Ausschreibungsgegenstand her zumindest vertretbar ist, durch eine relativ offene Ausschreibung Know-how und die Kreativität der Anbieter zu beanspruchen.

(VGE III 2007 10 vom 6. März 2007; das Bundesgericht ist mit Urteil 2C_116/2007 vom 10. Oktober 2007 auf die erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten).

11.5 Ausschreibung

- *Zustellung einer revidierten Investorenausschreibung (siehe B 11.4); Anfechtbarkeit verneint.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der Überbauung des Areals Tischmacherhof (siehe oben EGV-SZ 2007, B. 11.4) wurde aufgrund von Rückfragen und internen Überprüfungen festgestellt, dass die Detailausschreibung vom 4. Januar 2007 bei der Berechnung der Kubatur der privaten Wohnbauten einen erheblichen Fehler enthält. Mit Schreiben vom 18. Juni 2007 liess die Vergabebehörde den Offertinteressenten diesen Sachverhalt mitteilen und des weiteren ausführen, dieser Fehler könne Einfluss auf die Kalkulation und somit auf das Angebot des relevanten Grundstückspreises haben. Die Ausschreibung im Amtsblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt sei korrekt erfolgt und müsse daher nicht wiederholt werden. Nach Rücksprache mit diversen Behörden und Sachverständigen habe man beschlossen, allen Interessenten eine neue CD zukommen zu lassen. Im Hinblick auf den seit der 1. Ausschreibung verflossenen Zeitraum seien die Angaben auch an den aktuellsten Planungsstand angepasst worden. Mit der Nachausschreibung werde dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz am besten nachgelebt. Im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung seien einige Fragen von allgemeinem Interesse gestellt worden. Der Transparenz würden daher auch die Feststellungen zur Ermöglichung einer Etappierung, den Voraussetzungen zur Mietnutzung und zum Gewerbeanteil, zu den Standards, den Optimierungsmöglichkeiten und zu allfälligen Vorbehalten dienen. Der

Brief schliesst mit den Hinweisen auf das weitere Vorgehen. Danach wird den Briefadressaten die aktualisierte CD zugestellt und die Gelegenheit eingeräumt, bis zum 18. August 2007 die Offerte einzureichen oder die bereits abgegebene Offerte zu ändern. Auf Wunsch würde man die noch nicht geöffnete Offerte umgehend zurücksenden. Erfolge kein Rückzug oder keine entsprechende Anzeige, so gelte die bereits eingereichte Offerte, welche an der Submission teilnehmen würden. Fragen zum Projekt und der einzureichenden Offerten könnten bis 29. Juni 2007 gestellt werden. Die Beantwortung erfolge für alle Bewerber per 6. Juli 2007. Am 21. August 2007 würden die Offerten geöffnet. Gegen dieses Vorgehen reichte der Beschwerdeführer im Verfahren VGE III 2007 10 (= EGV-SZ 2007, B 11.4) Beschwerde ein, auf welche das Verwaltungsgericht nicht eintrat.

Aus den Erwägungen:

2.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt u.a. Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggebern, die gestützt auf die IVöB Aufträge vergeben (§ 3 lit. a KRB). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung gilt auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB).

2.2 Vorab ist festzuhalten, dass die gerügte Verletzung der Devolutivwirkung des vor Bundesgericht hängigen Beschwerdeverfahrens vom Bundesgericht beurteilt werden muss. Insofern kann auf die vorliegenden Beschwerde zum vornherein nicht eingetreten werden.

2.3 Die Vorinstanz geht des Weiteren nicht von einer Neuausschreibung, sondern von einer "Nachausschreibung" aus. Sie hält an ihrer bisherigen Ausschreibung fest, will den Offerenten und Interessierten jedoch eine Nachkalkulation ermöglichen, weil bei der Kubaturangabe betreffend die privaten Wohnbauten ein erheblicher Fehler aufgetreten sei. Zudem würden die Angaben an den aktuellsten Planungsstand angepasst. Mit der Nachausschreibung werde dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz am besten nachgelebt. ...

2.4 Zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz mit diesem Vorgehen einen anfechtbaren Gegenstand bzw. eine anfechtbare Ausschreibung im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB geschaffen hat. Ist diese Frage zu verneinen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Allfällige Rügen könnten erst mit der Zuschlagsverfügung angefochten werden.

B 11.5

3.1 Ausschreibungsunterlagen sind - im Gegensatz zur eigentlichen Ausschreibung - nur beschränkt und zurückhaltend anfechtbar. Das Verwaltungsgericht hat in VGE 1024/05 vom 21. Juli 2005 (publiziert in EGV-SZ 2005, B 11.2) entschieden, dass Ausschreibungsunterlagen - im Gegensatz zur Ausschreibung - in der Regel nicht selbständig anfechtbar sind. Eine Ausnahme komme vor allem dann zur Anwendung, wenn gerügt werde, in den Ausschreibungsunterlagen sei unzulässigerweise ein Kriterium enthalten, welches die beschwerdeführende Partei zum vornherein vom Wettbewerb ausschliesse und eine Offerteinreichung glaubhaft unzumutbar und aus verfahrensökonomischer Sicht wenig sinnvoll sei. In einem solchen Fall sei ausnahmsweise die separate Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen zu bejahen. Von der Bewerberseite ist bei Unklarheiten in erster Linie das Fragerecht zu beanspruchen, wobei wichtige Auskünfte gleichzeitig auch allen anderen Bewerbern mitgeteilt werden müssen (§ 16 VIVöB) (VGE III 2007 10, Erw. 4.2.1 - 4.2.3).

3.2 Grundsätzlich dürfen Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde nicht mehr geändert werden (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 339 f.; § 22 Abs. 4 VIVöB). Allerdings sind nach der überzeugenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau nachträgliche Offertkorrekturen im Sinne von Präzisierungen und Ergänzungen im Offertbereinungsverfahren zulässig, die auf Aufforderung der Vergabestellen, wie z.Bsp. infolge Zustellung eines korrigierten Leistungsverzeichnisses, erfolgen. Die Korrekturen dürfen sich aber nur auf untergeordnete Positionen beziehen, die Anbietenden müssen gleich behandelt werden und es dürfen keine Anzeichen für Wettbewerbsverzerrungen vorhanden sein. Begründet wird die Zulässigkeit damit, dass die Erkenntnis in Detailfragen naturgemäss mit dem zeitlichen Fortschreiten des Projektes wachse und sich daraus ein legitimes Bedürfnis ergebe, solche Erkenntnisse noch nachträglich in die Ausschreibung einfließen zu lassen, ohne dass deswegen die Submission wiederholt werden müsse (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 341). Inwieweit eine nachträgliche Korrektur des Leistungsverzeichnisses zulässig sein kann, ergibt sich e contrario auch aus § 35 Abs. 1 lit. d VIVöB. Danach kann das Verfahren abgebrochen oder wiederholt werden, wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen erforderlich wurde. Entscheidendes Kriterium ist mithin, ob die Leistungsänderung von wesentlicher oder untergeordneter Bedeutung ist.

3.3 Aus dem Schreiben vom 18. Juni 2007 ... geht nicht hervor, worin der "erhebliche" Fehler bei der Kubaturberechnung der privaten Wohnbauten besteht. Massgeblich ist indes, dass der anfechtbaren Ausschrei-

bung vom 5. Januar 2007 keinerlei Hinweis auf die Kubatur zu entnehmen ist. Erwähnt werden unter der Rubrik "Private Bauten" bloss "zirka 100 Mietwohnungen, zirka 250 Parkplätze (davon 60 für öffentliche Nutzung), zirka 2500 m² Verkaufs- und Dienstleistungsfläche, öffentlicher Dorfplatz" bei einem geschätzten Investitionsvolumen von Fr. 55'000'000.--. In den in digitalisierter Form abgegebenen Ausschreibungsunterlagen werden diese Angaben wiederholt, wobei das Investitionsvolumen als Zirka-Mass angegeben wird. In der revidierten Fassung dieser Ausschreibungsunterlagen vom 18. Juni 2007 ist nunmehr abweichend von ca. 110 Wohnungen und ca. 2000 m² Verkaufs- und Dienstleistungsfläche sowie von einem Investitionsvolumen von ca. Fr. 56'000'000.-- die Rede. Diese Änderungen stellen beim vorliegenden Umfang der Investorenausschreibung keine wesentliche Änderung des Leistungsverzeichnisses dar, zumal es sich um Zirka-Masse handelt.

Aus heutiger Sicht erscheint der Verzicht auf eine Neuausschreibung somit als vertretbar und es drängt sich im aktuellen Verfahrensstadium zumindest keine Gewährung einer Anfechtungsmöglichkeit auf, zumal die Vorinstanz um Transparenz und Gleichbehandlung bemüht ist. Ob ihr Vorgehen in allen Teilen rechtens ist, muss allenfalls im Zusammenhang mit der Zuschlagsverfügung beurteilt werden (siehe auch VGE III 2007 10, Erw. 5.5.3, S. 32). Dies gilt namentlich auf für die in der Eingabe vom 11. Juli 2007 gerügte Ausweitung des Kreises der nunmehr zur Offertstellung eingeladenen Personen. Aus all diesen Gründen kann deshalb auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden.

3.4 Auch die übrigen geltend gemachten Abänderungen wie insbesondere die Etappierung, die Präzisierungen des Vorbehaltes und der Standards sowie die Anforderungen an den Investor (kein Handelsregistereintrag, siehe auch VGE III 2007 10 vom 6. März 2007, Erw. 4.4.2, S. 24) vermögen keine wesentliche Änderung des Leistungsverzeichnisses bzw. eine andere Beurteilung zu begründen. Hinsichtlich der Etappierung ist darauf hinzuweisen, dass bereits in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen von einer Etappierung die Rede war, die indes in Anbetracht der damals vorgegebenen Realisationszeit von 24 Monaten als ambitiös zu bezeichnen ist, weshalb eine teilweise Ausdehnung des Realisierungszeitraumes sachlich nachvollziehbar erscheint.

(VGE III 2007 121 vom 12. Juli 2007; das Bundesgericht ist mit Urteil 2C_116/2007 vom 10. Oktober 2007 auf die erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Führerausweisentzug (Sicherungsentzug)

- *Haaranalyse zur Abklärung des Alkoholkonsumverhaltens.*

Aus den Erwägungen:

2. Der Sicherungsentzug gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 17 Abs. 1bis alt SVG setzt das Vorliegen einer Sucht voraus. Trunksucht wird bejaht, wenn der Betreffende regelmässig so viel Alkohol konsumiert, dass seine Fahrfähigkeit vermindert wird und er diese Neigung zum übermässigen Alkoholgenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden oder zu kontrollieren vermag. Er muss mithin in einem Masse abhängig sein, dass er mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich in einem Zustand ans Steuer eines Fahrzeugs zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet. Nach der Rechtsprechung darf auf fehlende Fahreignung geschlossen werden, wenn der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, Alkoholkonsum und Strassenverkehr ausreichend zu trennen, oder wenn die nahe liegende Gefahr besteht, dass er im akuten Rauschzustand am motorisierten Strassenverkehr teilnimmt (BGE 6A.31/2003 vom 4. August 2003 E. 5.1; BGE 129 II 82 Erw. 4.1; BGE 127 II 122 Erw. 3c). Der Suchtbegriff des Verkehrsrechts deckt sich somit nicht mit dem medizinischen Begriff der Alkoholabhängigkeit. Dieses Verständnis der Trunksucht erlaubt es auch bloss suchtgefährdete Personen, bei denen aber jedenfalls ein Alkoholmissbrauch vorliegt, vom Führen eines Motorfahrzeugs fern zu halten (BGE 6A.8/2007 vom 1. Mai 2007 E. 2.3; Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, N. 2098; Rolf Seeger, Fahreignung und Alkohol, in: Probleme der Verkehrsmedizin, hrsg. vom Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich, 1999, S. 10).

3.1 Die verkehrsmedizinische Begutachtung durch das Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM-ZH; Untersuchung vom ...) wurde veranlasst, um zu prüfen, ob der Beschwerdeführer, aufgrund der günstig lautenden Berichte des Hausarztes und die unauffälligen aus dem Blut ermittelten alkoholrelevanten Parameter, aus der verkehrsmedizinischen Kontrolle entlassen werden könne. Die Blutentnahme vom 1. März 2007 ergab CDT, Gamma-GT, GOT im Normbereich, der MCV-Wert lag mit 103 fl. grenzwertig über der Norm (Normbereich 85 - 102).

Die toxikologische Untersuchung der ... dem Beschwerdeführer entnommenen Haarprobe ... auf Ethylglucuronid (ETG) ergab ETG in einer Konzentration von 114.5 pg/mg Haare. Es wurde eine Haarlänge von 6 cm (ab Kopfhaut) untersucht. Gemäss dem Befund der untersuchenden Toxikologen deutet der positive Befund von Ethylglucuronid auf einen regelmässigen und übermässigen Konsum von Ethanol während den letzten 6 Monaten vor dem Haarschnitt hin, so dass man eine Alkoholabstinenz während diesem Zeitraum ausschliessen könne ...

3.2 Bei der körperlichen Untersuchung vom ... konnte die IRM-Begutachterin eine leichte Rötung im Halsbereich mit erweiterten Blutgefässen, eine Rötung der Handflächen beidseits, einen grenzwertigen Vibrationssinn und eine deutlich vergrösserte Leber feststellen. Diese Befunde wurden als klinische Zeichen für einen chronischen Alkoholüberkonsum gewertet ...

3.3 Bei der Untersuchung im IRM-ZH gab der Beschwerdeführer an, er habe nie ein Alkoholproblem gehabt. Das FiaZ-Ereignis vom 31. Dezember 2004 sei lediglich ein Ausrutscher gewesen. Vor der Abstinenzeinhaltung habe er nur gelegentlich Alkohol konsumiert, wobei er auf Nachfrage angab, damals schon täglich Feierabendbier getrunken zu haben. Seit dem Jahr 2005 lebe er strikt abstinente. Während der Exploration stellten die Gutachter eine deutliche Bagatellisierungstendenz bezüglich der Alkoholproblematik fest.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorgenommene Haarentnahme und -analyse sei rechtswidrig und es dürfe nicht darauf abgestellt werden. Die Haarprobe sei ohne seine Einwilligung erfolgt. Auch sei es eine Verletzung von Schweizerrecht, dass seine Haare zur Untersuchung ins Ausland versandt worden seien. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil vom 1. Mai 2007 (BGE 6A.8/2007 Erw. 2.4) zur Haaranalyse aus:

Der Bundesgesetzgeber hat auf die Möglichkeit der Haaranalyse ausdrücklich hingewiesen. Der Bundesrat kann gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. c SVG vorschreiben, dass zur Feststellung einer Sucht namentlich Haarproben ausgewertet werden (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 4495). Der Bundesrat hat von dieser Verordnungskompetenz in Art. 138 ff. der Verkehrszulassungsverordnung (VZV; SR 741.51) bislang nicht Gebrauch gemacht. Das Beweisverfahren richtet sich insoweit nach dem kantonalen Recht, worauf auch Art. 142c VZV verweist.

Eine Haarentnahme greift in die körperliche Integrität und damit in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein. Es handelt sich aber ledig-

B 12.1

lich um einen leichten Eingriff. Die Eingriffsermächtigung lässt sich angesichts der bundesrechtlichen Untersuchungspflicht und der bundesrechtlichen Verweisung auf das kantonale Recht auf die §§ 18, 19 und 24 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) stützen. Die Bestimmungen der VRP gelten auch für das Verkehrsamt als Administrativmassnahmebehörde des Kantons Schwyz (vgl. § 1 lit. a VRP), nachdem die kantonale Vollzugsverordnung zum SVG (SRSZ 782.110) keine abweichenden Verfahrensvorschriften vorsieht (vgl. § 3 lit. e VRP). Nach § 18 Abs.1 VRP ermittelt die Behörde von Amtes wegen den für die Verfügung erheblichen Sachverhalt und erhebt die erforderlichen Beweise. Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist (§ 19 Abs. 1 VRP). Unter den nicht abschliessend aufgezählten Beweismitteln nennt § 24 Abs. 1 lit. e VRP auch das Gutachten von Sachverständigen. Eine Einschränkung, wonach Gutachten nur von Schweizern oder von in der Schweiz ansässigen Institutionen erstellt werden dürfen, kennt die VRP nicht. Aufgrund dieser kantonalrechtlichen Verfahrensvorschriften ist die Haarentnahme durch das IRM-ZH und die Untersuchung der Haarprobe auf Ethylglucuronid (ETG) durch das Laboratoire National de Santé der Universität Luxembourg rechtens. Im Übrigen wurde auch in dem vom Bundesgericht am 1. Mai 2007 beurteilten Fall die Haaranalyse am gleichen luxemburgischen Labor vorgenommen.

4.2 Was die Aussagekraft und Interpretation der neu eingesetzten Haaranalyse auf Ethylglucuronid (ETG) anbetrifft, führte das Bundesgericht im Urteil 6A.8/2007 vom 1. Mai 2007 in Erwägung 2.3 aus:

Anders als bei der bisher verwendeten Laboranalytik zur Überprüfung des Alkoholkonsums anhand der in der Regel aus dem Blut ermittelten Parameter CDT, Gamma-GT, GOT, GPT und MCV (vgl. BGE 129 II 82 E. 6.2.1), mit der kein direkter Alkoholkonsumnachweis erbracht werden kann, handelt es sich bei der neu eingesetzten forensisch-toxikologischen Haaranalyse auf Ethylglucuronid (ETG) um eine direkte, beweiskräftige Analysemethode. Das ETG ist ein nicht oxidatives Nebenprodukt des Stoffwechsels von Trinkalkohol (Bruno Liniger, Die forensisch-toxikologische Haaranalyse auf Ethylglucuronid - eine beweiskräftige Untersuchungsmethode zur Überprüfung des Alkoholkonsums in der Verkehrsmedizinischen Begutachtung, in: René Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2006, St. Gallen 2006, S. 41 ff.). Weil ETG ein Abbauprodukt von Alkohol ist, belegt dessen Nachweis den Konsum von Alkohol. Aufgrund des Kopfhärlängenwachstums von ca. 1 cm pro Monat lassen sich Aussagen über den Alkoholkonsum während der entsprechenden Zeit vor der

Haarentnahme machen. Nach dem Gutachter werden ETG-Resultate über 30 bzw. 51 pg/mg nur bei Patienten mit Alkoholproblemen beobachtet. Die Analyse kann somit auch zur Entlassung des Betroffenen führen. Der Gutachter hat das Analyseresultat (ETG mit einer Konzentration von 147,4 pg/mg) in seinem Gutachten ausgewertet und trägt dafür die Verantwortung.

Weiter führt das Bundesgericht aus, dass dann, wenn sich die neue und direkte Methode der Haaranalyse durchsetzen sollte, wovon auszugehen sei, sich die weitgehenden und teils durchaus heiklen Umfeldabklärungen in der Regel erübrigten, um zu einem sicheren Befund zu gelangen. Indessen richte sich der Umfang der Nachforschungen nach den Umständen des Einzelfalles und liege im pflichtgemässen Ermessen der Entzugsbehörde (E. 2.5).

...

5. Zusammenfassend ist festzuhalten,

- dass der sehr hohe ETG-Gehalt im Haar einen regelmässigen und übermässigen Konsum von Alkohol während den letzten 6 Monaten vor dem Haarschnitt (in concreto betrifft dies den Zeitraum von September 2006 bis zum 1. März 2007) nachweist;
- dass der Beschwerdeführer seinen Alkoholkonsum nicht nur bagatellisiert, sondern verleugnet hat, indem er behauptete, seit 2005 lebe er strikt abstinent;
- dass der Beschwerdeführer diese Aussage, welche er gegenüber dem IRM-ZH machte, in der Beschwerde relativierte, indem er nur noch geltend machte, an die Fahrabstinenz halte er sich strikte;
- dass bei der ärztlichen Untersuchung vom ... auch klinische Zeichen für einen chronischen Alkoholüberkonsum festgestellt worden sind (vgl. Erw. 3.2 vorstehend);
- dass der Laborbefund der Blutentnahme vom ... einen leicht erhöhten MCV-Wert ergab.

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass es sich beim Beschwerdeführer um eine Person handelt, bei der ein Alkoholmissbrauch über einen längeren Zeitraum vorliegt und rechtsgenüchlich nachgewiesen worden ist. Damit ist er als Alkoholsüchtiger im Sinne des Strassenverkehrsrechts zu bezeichnen (vgl. Erw. 2 vorstehend). Das verkehrsmedizinische Gutachten, welches die Fahreignung des Beschwerdeführers verneint, erscheint als widerspruchsfrei und schlüssig. Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer geltend macht, er sei als Lastwagenchauffeur auf den Führerausweis angewiesen. Die berufliche Angewiesenheit auf den Führerausweis ist ein wichtiges Kriterium bei der Bemessung der Entzugs-

B 12.2

dauer bei Warnungsentzügen; hingegen ist dieser Aspekt bei der Entscheidfindung ausser Betracht zu lassen, wenn es um die Anordnung eines Sicherungsentzuges geht.

(VGE III 2007 77 vom 12. Juli 2007).

12.2 Kontrollschilder

- *Abgabe von bestimmten Kontrollschildern.*

Aus dem Sachverhalt:

X ersuchte das Verkehrsamt um Zuteilung der Kontrollschildnummer SZ ... und um Einlösung seines Fahrzeuges unter dieser Nummer. Das Verkehrsamt lehnte dies verfügungsweise ab. Dagegen erhob X Beschwerde beim Regierungsrat mit dem sinn gemässen Antrag auf Zuteilung des Kontrollschildes ... sowie dem Eventualantrag, im Sinne einer Aufsichtsbeschwerde seien die länger als zwölf Monate deponierten Kontrollschilder sofort zum ordentlichen Verkauf nach den Regeln der geltenden Weisungen freizugeben. Diese Beschwerde wurde vom Regierungsrat mit Beschluss Nr. 1659/2006 vom 5. Dezember 2006 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Im angefochtenen Entscheid führte der Regierungsrat aus, das Strassenverkehrsamt habe seine Anordnung als Verfügung bezeichnet und insbesondere auch einen Rechtspruch erlassen, wonach das Gesuch um Zuteilung bestimmter Autonummern abgewiesen werde. Alternativ habe das Strassenverkehrsamt auch festgehalten, der Gesuchsteller habe an sich gar keinen Anspruch darauf, dass mittels Verfügung über die Zuteilung einer Autonummer entschieden werde. Liege formell eine Verfügung vor, könne dagegen auch Beschwerde erhoben werden. Sei die Verfügung materiell zu Unrecht erlassen worden, führe dies allenfalls zu einer Aufhebung der Verfügung, spreche aber nicht gegen die Zulassung der Beschwerde. Aus dem Bundes- wie dem kantonalen Recht ergebe sich, dass der Kanton selbständig entscheide, welche Kontrollschilder abgegeben und wie diese zugeteilt würden. Schon daraus gehe hervor, dass kein Anspruch des Privaten auf Zuteilung einer bestimmten Kontrollschildnummer bestehe. Im vorliegenden Fall sei dem Beschwerdeführer weder die Ausstellung eines Fahrzeugausweises und die Abgabe eines

Kontrollschildes verweigert, noch der Fahrzeugausweis und das Kontrollschild entzogen worden. In dieser Hinsicht seien keine Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers berührt worden. Das Strassenverkehrsamt habe es lediglich abgelehnt, dem Beschwerdeführer das von ihm gewünschte Kontrollschild SZ ... zuzuteilen. Die Anordnung des Strassenverkehrsamtes, womit inhaltlich bestimmt worden sei, dass ihm in Bezug auf die Nummernzuteilung kein Anspruch zustehe, sei in Übereinstimmung mit dem massgebenden Recht erfolgt.

Soweit sich die Beschwerde gegen die regierungsrätlichen Weisungen über die Abgabe von Wunschschildern und besonderen Schildern vom 1. Oktober 2002 (nachstehend: Weisungen) richte, sei darauf nicht einzutreten, weil die Beschwerdefrist offensichtlich abgelaufen sei, abgesehen davon, dass gegen Weisungen aus verschiedenen Gründen der Verwaltungsrechtsweg nicht - oder wenigstens nicht direkt - offenstehe (§ 3 lit. d VRP). Zur Kritik des Beschwerdeführers sei indes namentlich festzuhalten, dass selbst unter der Annahme, die Weisungen würden Ausenwirkungen auf die Rechte und Pflichten Privater entfalten, die Weisungen dem Beschwerdeführer offensichtlich keine solchen Rechte einräumten. Vielmehr halte § 1 Abs. 1 der Weisungen in Übereinstimmung mit dem Strassenverkehrsrecht des Bundes fest, dass kein Anspruch auf ein ganz bestimmtes Kontrollschild bestehe. Mit den Weisungen solle die Rechtsgleichheit und Willkürfreiheit des rechtsstaatlichen Handelns gewährleistet werden. Sachlich durchaus begründet sei eine gewisse Vorzugsbehandlung bei einer Weitergabe innerhalb einer Familie oder bei besonderen geschäftlichen Konstellationen. Bei allem Verständnis für den Beschwerdeführer könne ausserdem auch festgestellt werden, dass mit der Zuteilung einer bestimmten Nummer nicht über die Zuweisung wesentlicher Lebenschancen befunden werde. Die Praxis, tiefe Nummern weiterhin für Fahrzeuge im öffentlichen Dienst zu reservieren bzw. diese nicht für den Privatverkehr frei zu geben, lasse sich im Übrigen sachlich begründen und sei nicht willkürlich.

1.2.1 Der Beschwerdeführer verzichtet explizit auf die Zuteilung eines bestimmten Kontrollschildes, namentlich der Nummern SZ ... Der angefochtene Entscheid ist somit, insoweit er die Ablehnung des diesbezüglichen Gesuchs des Beschwerdeführers bestätigt, rechtskräftig geworden.

1.2.2 Vor dem Verwaltungsgericht macht der Beschwerdeführer unter dem Titel einer Aufsichtsbeschwerde bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde im Wesentlichen nur geltend, aufgrund der Weisungen führe das Verkehrsamt seit 2003 alle drei Monate einen sogenannten Verkauf durch. Die wirklich tiefen Kontrollschilder seien noch nie auf einer solchen Verkaufsliste aufgetaucht, obwohl § 13 der Weisungen klar und

B 12.2

eindeutig formuliere, dass ein Verkauf nach einer Deponierungszeit von zwölf Monaten erfolgen müsste. Diese Weisungen hätten Verwaltungscharakter; sie präzisierten Bundesrecht. Hierzu sowie zum weisungswidrigen Verhalten des Strassenverkehrsamtes habe sich der Regierungsrat nicht geäußert. Er stelle fest, dass der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss auf den Eventualantrag der Aufsichtsbeschwerde nicht eingegangen sei.

2.1.1 Die Aufsichtsbeschwerde ist der formlose Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern oder aufzuheben oder eine andere Massnahme zu treffen. Die Aufsichtsbeschwerde wird auch als Anzeige bezeichnet (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1835). Es handelt sich bei der Aufsichtsbeschwerde also nicht um eine Beschwerde im Sinne eines förmlichen Rechtsmittels, sondern um einen formlosen Rechtsbehelf. Deshalb vermittelt die Aufsichtsbeschwerde keinen Erledigungsanspruch. Der Anzeiger hat keine Parteirechte wie z.B. das Recht auf Begründung des Entscheides (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1836, mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Nach ständiger Rechtsprechung kann der Entscheid einer Aufsichtsbehörde, auf eine Aufsichtsbeschwerde nicht einzutreten, sie abzuweisen oder ihr keine Folge zu geben, nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1836; BGE 121 I 87, E. 1a; BGE 116 Ia 8, E. 1 a; BGE 109 Ia 251, E. 3).

2.1.2 Aufsichtsrechtliches Handeln des Regierungsrates kann nur Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sein, sofern der Regierungsrat eine Anordnung trifft, die unmittelbare Aussenwirkung zeitigt, und soweit das Verwaltungsgericht in der betreffenden Materie überhaupt zuständig ist; dies deshalb, weil dem Verwaltungsgericht keine Aufsicht über den Regierungsrat zukommt. Der individuelle Rechtsschutz der natürlichen und juristischen Personen muss indes dann gewährleistet sein, wenn im Rahmen aufsichtsrechtlichen Handelns vom Regierungsrat eine Anordnung getroffen wird, die die Person unmittelbar im Sinne des Verfügungsbegriffes (§ 6 VRP) bindet und im Sinne der Beschwerdebefugnis tangiert (§ 37 lit. a VRP; vgl. VGE 1027/00 vom 27. September 2000 Prot. 1091 Erw. 1b = EGV-SZ 2000, Nr. 9 mit zahlreichen Hinweisen u.a. auf VGE 922/98 vom 29. Januar 1999 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband 1990, Nr. 35 B VII/4/c/1 und Nr. 145 B.IV; Kölz/Bosshardt/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem.

zu §§ 19-28, Rz. 43/44; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 461; A. Marti, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen*, Diss., Zürich 1986, S. 127; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 140 und 224; Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Diss. Zürich 1991, S. 164).

Dem Aufsichtsmaßnahmen ablehnenden Beschluss fehlt der Verfügungscharakter, da er keinen Akt darstellt, der ein Verhältnis zwischen der Verwaltung und einem Bürger verbindlich regelt. Zugleich geht dem Aufsichtsbeschwerdeführer das rechtlich geschützte Interesse (im Sinne von Art. 88 aOG) ab, da die Einreichung einer Aufsichtsbeschwerde keinen Anspruch auf materielle Prüfung und Erledigung vermittelt (vgl. BGE 121 I 90 mit Hinweisen). Gegen einen Entscheid der Aufsichtsbehörde, einer Anzeige keine Folge zu geben, kann daher weder ein ordentliches noch ein ausserordentliches Rechtsmittel ergriffen werden (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997, Rz. 13 zu Art. 101 mit Hinweisen; vgl. auch VGE 813/96 vom 19. Dezember 1996 Erw. 1, Prot. 1441 mit weiteren Hinweisen; VGE 922/98 vom 29. Januar 1999). Analog fällt der Entscheidakt der Aufsichtsbehörde, eine Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen und materiell zu prüfen, grundsätzlich ausschliesslich in den Zuständigkeitsbereich der Aufsichtsbehörde. In diesem Sinne steht es dem Verwaltungsgericht nicht zu, die Frage zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde eine Anzeige oder Aufsichtsbeschwerde zu Recht oder zu Unrecht entgegen genommen hat, da das Verwaltungsgericht nicht Aufsichtsinstanz über den Regierungsrat ist, was sich schon mit dem Gebot der Gewaltentrennung nicht vereinbaren liesse (vgl. VGE 813/96 vom 19. Dezember 1996 Erw. 1 mit Hinweisen).

Soweit der Beschwerdeführer seine Eingabe als Aufsichtsbeschwerde hinsichtlich der regierungsrätlichen Beschlussfassung verstanden wissen will, kann auf die Beschwerde folglich nicht eingetreten werden.

2.1.3 Vom Entscheid über eine Aufsichtsbeschwerde oder -anzeige abzugrenzen sind Rechte und Pflichten regelnde Anordnungen, welche die Aufsichtsbehörde als Folge ihres aufsichtsrechtlichen Tätigwerdens erlässt. Solche Anordnungen stellen Sachverfügungen dar, die mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar sind (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Rz.14 zu Art. 101 VRPG-BE; EGV-SZ 2000, Nr. 9 Erw. 1c).

2.2 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist der Regierungsrat - ohne dazu verpflichtet zu sein und ohne entsprechenden Rechtsanspruch des Beschwerdeführers - auf Rügen aufsichtsrechtlicher

B 12.2

Natur eingetreten, und er hat sie als unbegründet widerlegt (vgl. vorstehend Erw. 1.1 i.f.). Durch die inhaltliche Abweisung der Aufsichtsbeschwerde wurde der Beschwerdeführer nicht im Sinne einer Verfügung betroffen (§ 6 VRP). An der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses kann er kein schutzwürdiges Interesse (§ 37 lit. a VRP) geltend machen, weshalb auf die Beschwerde mangels Rechtsmittelbefugnis nicht einzutreten ist (§ 27 lit. d VRP). Anzuführen ist, dass ein abschlägiger Bescheid der Aufsichtsbehörde auch niemals Gegenstand einer Beschwerde wegen Rechtsverweigerung sein kann. Denn das Verbot der Rechtsverweigerung wird dann verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Mit anderen Worten ist eine Rechtsverweigerung nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht. Bei einer Aufsichtsbeschwerde existiert gerade kein solcher Anspruch (vgl. BGE 108 Ib 81 E. 3; Häfelliin/Müller, a.a.O., Rz. 1657).

3. Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, müsste sie infolge Unbegründetheit abgewiesen werden.

Wie im angefochtenen RRB zutreffend ausgeführt wurde, schreibt das Bundesrecht in Art. 87 Abs. 1 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51) nur vor, dass die einmal zugeteilte Schildnummer für den Halter reserviert bleibt. Die Zuteilung anderer Nummern ist zulässig, wenn die Schilder länger als ein Jahr hinterlegt oder entzogen worden sind. Die Kontrollschilder, mit Ausnahme der Schilder für die provisorische Zulassung, bleiben Eigentum der Behörde (Art. 87 Abs. 5 VZV). Der Kanton entscheidet im Übrigen selbständig über die Modalitäten der Nummernabgabe. § 1 Abs. 1 der Weisungen normiert in inhaltlicher Anlehnung an Art. 87 Abs. 5 VZV, dass der Fahrzeughalter weder über ein Verfügungsrecht über ein zugeteiltes Kontrollschild noch einen Anspruch auf eine bestimmte Kontrollschildnummer besitzt. Mithin kann die Weisung in dieser Hinsicht auch keine Aussenwirkungen entfalten, d.h. einem Privaten Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen, wie es bei Verwaltungsanordnungen in der Regel auch nicht der Fall ist (vgl. BGE 121 II 473 Erw. 2.b).

§ 13 der Weisungen gibt Art. 87 Abs. 1 Satz 1 VZV wieder und hält fest, dass nach unbenütztem Ablauf der einjährigen Reservationsfrist für den bisherigen Halter das Kontrollschild zur Neuzuteilung freigegeben wird. Aus dieser Bestimmung lässt sich entgegen der offenkundigen Auffassung des Beschwerdeführers keine Pflicht des Strassenverkehrsamtes entnehmen, unmittelbar oder innert einer bestimmten Zeit nach Ablauf der Jahresfrist die betreffenden Kontrollschilder neu zu vergeben. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass das Strassenverkehrsamt durch

die Nichtvergabe freier oder freigewordener Kontrollschilder auch keine Rechtsverweigerung begeht.

(VGE III 2007 13 vom 22. März 2007).

13. Sozialhilfe

13.1 Wirtschaftliche Hilfe

- *Vorgehen der Fürsorgebehörde, wenn überhöhte Wohnkosten der unterstützten Person vorliegen.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich nach kantonalem Recht auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes (ShG) und der Vollziehungsverordnung zum ShG (ShV, SRSZ 380.111) sowie nach den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäsem Ermessen entscheidet (vgl. § 5 Abs. 1 ShV). Für die Bemessung der Hilfe haben die Empfehlungen und Richtsätze der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) wegleitenden Charakter (vgl. § 5 Abs. 2 ShV, wobei dort noch der alte Namen der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge verwendet wird).

Nach Ziffer B.3 der SKOS-Richtlinien ist zur Ermittlung der wirtschaftlichen Hilfe der Wohnungsmietzins anzurechnen, soweit dieser im ortsüblichen Rahmen liegt. Überhöhte Wohnkosten sind so lange zu übernehmen, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht. Die Sozialhilfeorgane haben die Aufgabe, die Sozialhilfebezüger bei der Suche nach günstigem Wohnraum aktiv zu unterstützen. Übliche Kündigungsbedingungen sind in der Regel zu berücksichtigen. Bevor der Umzug in eine günstigere Wohnung verlangt wird, ist die Situation im Einzelfall genau zu prüfen. Insbesondere sind folgende Punkte bei einer Entscheidung zu berücksichtigen: die Grösse und Zusammensetzung der Familie, eine allfällige Verwurzelung an einem bestimmten Ort, das Alter und die Gesundheit der betroffenen Personen sowie der Grad ihrer sozialen Integration. Weigern sich unterstützte Personen, eine günstigere

B 13.1

Wohnung zu suchen oder in eine effektiv verfügbare und zumutbare günstigere Wohnung umzuziehen, dann können die anrechenbaren Wohnkosten auf jenen Betrag reduziert werden, der durch die günstigere Wohnung entstanden wäre. Dies bedeutet unter Umständen, dass die unterstützte Person den teureren Mietzins nicht mehr bezahlen kann und die Kündigung erhält. In diesem Fall ist das Gemeinwesen verpflichtet, eine Notunterkunft zur Verfügung zu stellen. Angesichts des regional unterschiedlichen Mietzinsniveaus wird in den SKOS-Richtlinien (B.3) empfohlen, regional oder kommunal ausgerichtete Obergrenzen für die Wohnkosten verschieden grosser Haushalte festzulegen (vgl. zum Ganzen auch VGE 810/06 vom 30. März 2006, Erw. 3.1.5).

2.3 Das Verwaltungsgericht hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass die Sozialhilfebehörde von der unterstützten Person den Umzug in eine günstigere zumutbare Wohnung verlangen darf, wobei eine angemessene Umzugsfrist zu gewähren ist. Befindet eine Sozialhilfebehörde den konkreten Mietzins als zu hoch, dürfen Unterstützungsleistungen nur (aber immerhin) dann gekürzt werden, wenn der Umzug in eine günstigere Wohnung, die verfügbar und zumutbar ist, verweigert wird. Weigert sich die unterstützte Person, nach einer günstigeren Wohnung zu suchen, oder lehnt sie konkrete Angebote für zumutbaren Wohnraum ab, darf der Unterstützungsbeitrag um die Differenz zwischen der bewohnten teureren Wohnung und der abgelehnten kostengünstigeren Wohnung gekürzt werden (vgl. VGE 844/98 vom 22. Juli 1998, Erw. 3a in EGV-SZ 1998, Nr. 21, S.71; VGE 909/00 vom 22. Dezember 2000, Erw. 2, Prot. S. 1366).

3. Im vorliegenden Fall hat die kommunale Fürsorgebehörde Richtlinien mit Obergrenzen für Wohnkosten festlegt, welche unbestrittenermassen bis 2006 für einen Einpersonenhaushalt einen maximalen Wert von Fr. 950.-- und seither einen solchen von Fr. 1'050.-- pro Monat vorsehen. Dieser Richtwert für Wohnkosten gibt grundsätzlich keinen Anlass zur Beanstandung, zumal er einerseits deutlich höher ist als die vergleichbaren Richtwerte der Fürsorgebehörden Schwyz und Ingenbohl-Brunnen (von je Fr. 800.-- für einen Einpersonenhaushalt) und andererseits die Beschwerde führende Fürsorgebehörde in den vorliegenden Unterlagen den Nachweis erbrachte, dass in der betreffenden Gemeinde immer wieder Wohnungen angeboten werden, deren monatliche Mietkosten den Richtwert von Fr. 1'050.-- nicht überschreiten (...). Abgesehen davon handelt es sich bei solchen Obergrenzen um Richtwerte, welche in hinreichend begründeten Einzelfällen auch überschritten werden können (beispielsweise wenn die unterstützte Person aus gesundheitlichen Gründen auf eine bereits vorhandene besondere Wohnungsausstattung

mit Liftzugang, Badelift etc. angewiesen ist; vgl. auch noch nachfolgend, Erwägung 4.4.4 und 5.).

Unbestritten ist auch, dass die wirtschaftliche Hilfe für den ledigen Beschwerdegegner auf der Basis eines Einpersonenhaushaltes zu bemessen ist.

4. Im Anschluss daran stellt sich die Frage, wie die Fürsorgebehörde vorgehen kann, wenn die wirtschaftliche Hilfe beanspruchende Person Wohnungskosten aufweist, welche den kommunalen Richtwert für die entsprechende Kategorie überschreiten und mithin überhöhte Wohnkosten vorliegen.

4.1 Die Fürsorgebehörde hat im zugrunde liegenden Beschluss vom 30. März 2006 verfügt, dass - nachdem bei der Ermittlung des Umfangs der wirtschaftlichen Hilfe seit 1. Mai 2005 überhöhte Wohnkosten berücksichtigt worden waren - (nach Ablauf der 3-monatigen Kündigungsfrist) ab 1. Juli 2006 nur noch Wohnungsmietkosten von Fr. 1'050.-- im Unterstützungsbudget berücksichtigt werden.

4.2 Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB unter Hinweis auf den früheren Beschwerdeentscheid (RRB Nr. 7 vom 10. Januar 2006), welcher die gleichen Parteien betrifft, festgehalten, dass die Auflage der Fürsorgebehörde, wonach die unterstützte Person eine günstigere Wohnung zu suchen habe, sich als rechtmässig erweise. Diesem Zwischenergebnis ist beizupflichten, denn die Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe kann mit der Auflage verbunden werden, eine günstigere Wohnung zu suchen (vgl. § 9 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d ShV; vgl. auch EGV-SZ 1995, S. 128 und VGE 909/00 vom 22. Dezember 2000, Erw.2). Im Übrigen ist aktenmässig erstellt, dass der Beschwerdegegner bereits beim Erstgespräch vom 18. Februar 2005 auf die Mietzinsrichtwerte aufmerksam gemacht und von ihm verlangt wurde, eine günstigere Wohnung zu suchen.

Nach dem Gesagten hat die kommunale Fürsorgebehörde vom Beschwerdegegner zu Recht verlangt, dass er anstelle der aktuellen Wohnung für monatlich Fr. 1'480.-- eine günstigere Wohnung sucht, welche den kommunalen Richtwert von Fr. 1'050.-- für Einpersonenhaushalte nicht übersteigt.

4.3 Im angefochtenen Entscheid hat der Regierungsrat des Weiteren erwogen, dass eine Herabsetzung der Wohnungsmietkosten auf Fr. 1'050.-- nur zulässig ist, wenn entweder der Beschwerdeführer innerhalb der Kündigungsfrist eine Wohnung in diesem Preissegment findet und alsdann den Mietvertrag kündigen kann, oder aber wenn die

B 13.1

Vorinstanz ihm innert derselben Frist eine günstigere, zumutbare Wohnung anbietet und den Beschwerdeführer zur Kündigung des aktuellen Mietvertrags auffordert. Sollte sich der Beschwerdeführer weigern oder keine Anstrengungen unternehmen, eine günstigere Wohnung zu finden, dürften die anrechenbaren Wohnungskosten auf den Betrag reduziert werden, der dem Mietzins entspricht, der für günstige Einpersonenvohnungen marktgängig sei. In diesem Falle müsse die Kürzung der Leistung für den Mietzins aber in einem weiteren förmlichen Beschluss verfügt werden (vgl. angefocht. RRB Erw. 5.3 mit Verweis auf den RRB Nr. 1084 vom 16. August 2006). Diese zuletzt erwähnte Einschränkung für ein unkooperatives Verhalten der unterstützten Person wurde indessen im Dispositiv der angefochtenen RRB's nicht übernommen (vgl. nachfolgend, Erwägung 4.5).

4.4 Zur Frage, was gilt, wenn (wie vorliegend) die kommunale Fürsorgebehörde bei überhöhten Wohnkosten von der unterstützten Person (zu Recht) die Suche nach einer günstigeren Wohnung gefordert hat, drängen sich folgende Bemerkungen auf:

4.4.1 Im Sozialhilferecht gilt der Grundsatz der Subsidiarität (vgl. Erwägung 2.1 wonach zunächst die eigenen Möglichkeiten und Fähigkeiten auszuschöpfen sind; vgl. auch § 2 ShG mit der Überschrift „Subsidiarität“). Demnach ist es primär Sache der um wirtschaftliche Hilfe nachsuchenden Person, eine günstigere Wohnung zu suchen. Allerdings hat die Fürsorgebehörde bei der Suche nach einer günstigeren Wohnung Mithilfe zu leisten (vgl. auch SKOS-Richtlinien, Ziff. B.3). Diese Unterstützungspflicht ergibt sich auch aus den §§ 1 Abs. 2 lit. b und 27 Abs. 2 ShG (vgl. auch EGV-SZ 1998, S. 72). Indessen kann die unterstützte Person, welche in einer im Vergleich zu den Richtwerten zu teuren Wohnung lebt, sich nicht darauf beschränken, die Fürsorgebehörde nach einer günstigeren Wohnung suchen zu lassen. Vielmehr obliegt es grundsätzlich der Wirtschaftshilfe beziehenden Person, den Nachweis zu erbringen, dass sie sich ernsthaft und fortwährend um eine günstigere Wohnung bemüht.

4.4.2 Nach den vorliegenden Akten leistet die kommunale Fürsorgebehörde bei der Wohnungssuche aktive Mithilfe (jedenfalls war dies gemäss den vorliegenden Akten im vergangenen Jahr der Fall). Gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des Beschlusses vom 30. März 2006 werden dem Beschwerdegegner mindestens einmal wöchentlich die innerhalb des Mietrichtwertes liegenden Wohnungsangebote aus den Lokalzeitungen per Post zugestellt, ebenfalls werden ihm einmal wöchentlich die Angebote aus dem Internet zugestellt. Aktenkundig ist, dass dem Beschwer-

degegner seit dem 22. Februar 2006 mehrfach verschiedene Wohnungsangebote innerhalb des erwähnten Mietpreissegmentes zugestellt wurden. Nicht aktenkundig ist auch, ob und wann sich der Beschwerdegegner bei den betreffenden Vermietern gemeldet hat und weshalb es nicht zum Abschluss eines Mietvertrages kam. Gemäss den vorliegenden Beratungsprotokollen der zuständigen Sozialarbeiterin waren die dokumentierten Wohnungssuche-Bemühungen des Beschwerdegegners offenbar ungenügend.

4.4.3 Wenn eine kommunale Fürsorgebehörde Personen, welche Wirtschaftshilfe auf der Basis von überhöhten Wohnkosten beanspruchen, bei der Wohnungssuche unterstützt und ihnen lokale Wohnungsangebote zukommen lässt, darf sie einen lückenlosen Nachweis verlangen, welcher belegt, dass die unterstützte Person jeweils umgehend den jeweiligen Vermieter kontaktiert und sich um die freie Wohnung beworben hat. Dies gilt erst recht, wenn die unterstützte Person weder aus gesundheitlichen noch aus sonstigen Gründen (z.B. sprachliche Probleme) bei der Wohnungssuche beeinträchtigt ist.

4.4.4 Soweit ein solcher zumutbarer Nachweis lückenlos erbracht wird und die unterstützte Person jeweils hinreichend belegt, dass sie sich ständig ernsthaft um günstige Wohnungen bemüht, indessen aus Gründen, die der unterstützten Person nicht anzulasten sind (beispielsweise infolge Stellenlosigkeit etc.), den Zuschlag nicht erhalten hat, kann der unterstützten Person grundsätzlich kein Vorwurf gemacht werden. In einem solchen Fall (mit anhaltenden und umfassend dokumentierten erfolglosen Bemühungen um eine günstigere Wohnung) ist im Einklang mit dem Regierungsrat festzuhalten, dass eine Kürzung des Anteils für die überhöhten Mietkosten nur in Frage kommt, wenn die kommunale Fürsorgebehörde eine konkrete zumutbare Ersatzwohnung anbietet oder vermittelt, welche von der unterstützten Person indessen ausgeschlagen wird. In diesem Zusammenhang kommt es entgegen der in der Beschwerde sinngemäss vertretenen Auffassung nicht in Frage, dass eine kommunale Fürsorgebehörde von einer in der betreffenden Gemeinde aufgewachsenen Person verlangt, sie müsse die Suche nach einer günstigeren Wohnung auf andere (Nachbar-)Gemeinden ausdehnen (mit der Konsequenz, dass im Unterlassungsfall die anzurechnenden Mietkosten gekürzt würden).

4.4.5 Soweit indessen ein solcher zumutbarer Nachweis (betreffend ernsthafte Bemühungen um eine günstigere Wohnung im Gemeindegebiet) *nicht* lückenlos erbracht wird, ist darin ein Verhalten zu erblicken, dass die unterstützte Person gar nicht gewillt ist, die bisher bewohnte

B 13.1

(und im Vergleich zu den Richtwerten zu teure) Wohnung zu verlassen. Auch wenn es durchaus achtenswerte Gründe geben kann, in der bisherigen Wohnung zu verbleiben (beispielsweise um in der Nähe lebende Angehörige besser betreuen zu können, um ein eingespieltes gutes Nachbarschaftsverhältnis nicht zu verlieren etc.), kann die unterstützte Person in einem solchen Fall (mit geringer Motivation, die bisherige Wohnung zu verlassen) nicht verlangen, dass die Fürsorgebehörde - über eine angemessene Frist hinaus, welche die Kündigungsfrist und mindestens einen Monat Bedenkfrist abdecken muss - weiterhin die vollen, den Mietrichtwert überschreitenden Wohnkosten übernimmt. Hingegen steht es der unterstützten Person frei, sich in solchen Fällen von überhöhten Wohnkosten anderweitig stärker einzuschränken und ab dem Zeitpunkt, in welchem die Fürsorgebehörde der unterstützten Person mangels hinreichender Bemühungen um eine günstigere Wohnung nur noch den kommunalen Mietrichtwert für die betreffende Haushaltskategorie anrechnet (hier Fr. 1'050.--), den Fehlbetrag für die Miete der bisherigen Wohnung durch Einsparungen beim Grundbedarf oder bei zustehenden Integrationszulagen abzudecken. In diesem Sinne ist der Fürsorgebehörde zuzugestehen, dass sie bei unzureichenden Bemühungen der unterstützten Person um eine günstigere Wohnung nach einer Übergangszeit anstelle der höheren Mietkosten den Mietrichtwert anrechnen darf.

4.5 Eine solche Vorgehensweise darf entgegen der sinngemäss im angefochtenen RRB vertretenen Auffassung bereits in der ersten Verfügung der Fürsorgebehörde angeordnet werden. Und zwar kann dies derart erfolgen, dass nach einer angemessenen Frist, welche wie erwähnt die im aktuellen Mietvertrag enthaltene Kündigungsfrist und zusätzlich mindestens einen Monat Bedenkfrist abdecken muss, im Unterstützungsbudget hinsichtlich der Wohnkosten nur noch der Mietrichtwert für die betreffende Haushaltskategorie angerechnet wird, *es sei denn*, dass die unterstützte Person den Nachweis erbringt, dass sie trotz aktiver Mithilfe der Fürsorgebehörde keine günstigere Wohnung finden konnte und namentlich lückenlos belegt, weshalb die von den Sozialhilfeorganen zur Kenntnis gebrachten Wohnungsangebote trotz ernsthaften Bemühungen der unterstützten Person zu keinem Mietvertragsabschluss führten. Soweit die unterstützte Person während der eingeräumten Übergangsfrist hinreichend und nachvollziehbar nachweist, dass sie keine günstigere Wohnung finden konnte, kommt die Fürsorgebehörde nicht darum herum, am Ende dieser Übergangsfrist von einer Kürzung abzusehen, und zwar entweder auf unbestimmte Zeit (was insbesondere dann in Frage käme, wenn es nur um eine geringfügige Überschreitung ginge), oder aber die geplante Kürzung zu verschieben und dafür eine neue Übergangsfrist anzusetzen. Mit der Ansetzung einer neuen Übergangsfrist

kann sichergestellt werden, dass die unterstützte Person ihre Bemühungen um eine günstigere Wohnung fortsetzt, da weiterhin nach Ablauf der neu angesetzten Frist eine Kürzung bei der Anrechnung der Wohnungskosten drohen würde. Dieser zuletzt genannte Aspekt blieb im Regierungsrätlichen Beschwerdeentscheid zu Unrecht unberücksichtigt. Der Regierungsrat entschied in der Dispositiv-Ziffer 1, Satz 2:

X darf den Anteil Mietzins nur dann auf Fr. 1'050.-- pro Monat kürzen, wenn innerhalb der Kündigungsfrist entweder der Beschwerdeführer [= unterstützte Person] eine andere Wohnung zu einem Mietzins von Fr. 1'050.-- findet oder aber X ihm eine solche Wohnung anbietet oder vermittelt.

Bei dieser Regelung hat die unterstützte Person im Falle von überhöhten Wohnkosten überhaupt keinen Anlass, anstelle einer zu teuren Wohnung eine günstigere zu suchen, da eine Kürzung erst dann drohen soll, wenn die Fürsorgebehörde eine günstigere Ersatzlösung findet und anbietet. Bei diesem Ergebnis gemäss Dispositiv des angefochtenen RRB's werden aber einseitig die Sozialhilfeorgane für die Suche nach einer günstigeren Wohnung verantwortlich gemacht, was einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand hält.

Wohl hat der Regierungsrat am Schluss der Erwägung 5.3 des angefochtenen RRB's darauf hingewiesen, dass dann, wenn sich die unterstützte Person weigern oder keine Anstrengungen unternehmen sollte, um eine günstigere Wohnung zu finden, dieser Umstand in einem weiteren förmlichen Beschluss Anlass für eine Kürzung geben könnte. Allerdings wurde diese Einschränkung nicht im Dispositiv übernommen, weshalb es der Fürsorgebehörde - falls sie dieses Dispositiv nicht angefochten hätte - grundsätzlich verwehrt wäre, abweichend von Dispositiv-Ziffer 1 Satz 2 eine Kürzung der Mietkosten auf Fr. 1'050.-- ins Auge zu fassen.

5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde der Fürsorgebehörde insoweit teilweise gutzuheissen, als der angefochtene RRB abgeändert und festgehalten wird, dass die Fürsorgebehörde im Falle von überhöhten Wohnkosten zu folgendem Vorgehen berechtigt ist: Bei der Ermittlung des Umfangs der wirtschaftlichen Hilfe darf die Fürsorgebehörde festlegen, bis wann die überhöhten Wohnkosten angerechnet werden bzw. nach welcher Übergangsfrist (welche die aktuelle Kündigungsfrist und zusätzlich mindestens einen Monat Bedenkfrist umfassen muss) eine Kürzung auf den kommunalen Mietrichtwert für die betreffende Haushaltkategorie vorgenommen wird, es sei denn die unterstützte Person erbringe den hinreichenden Nachweis, dass sie während der Übergangsfrist trotz ernsthaften Bemühungen (welche auch die von den Sozialhil-

B 13.1

feorganen zur Kenntnis gebrachten Wohnungsangebote betreffen) keine günstigere Wohnung finden konnte. Wird ein solcher Nachweis von der unterstützten Person erbracht, hat die Fürsorgebehörde in einem neuen anfechtbaren Beschluss darüber zu befinden, ob und inwiefern der von der unterstützten Person erbrachte Nachweis es rechtfertigt, die angedrohte Kürzung bei der Anrechnung der Wohnkosten zu verschieben (bzw. von einer solchen Kürzung ganz abzusehen). Unterlässt es die unterstützte Person, diesen Nachweis zu erbringen, hat es mit der im ersten Beschluss angedrohten Kürzung sein Bewenden.

(VGE III 2007 16 vom 19. April 2007).

C **Regierungsrat**

1. **Gemeindewesen**

1.1 **Rechtsgrundlagen für die Rechnungsführung von Flurgenossenschaften**

- *Das Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden ist sinngemäss auch für die Flurgenossenschaften anwendbar.*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer beanstandet verschiedene Aspekte der Haushaltsführung und der Rechnungslegung von Vorstand und Kassier der Flurgenossenschaft Gütsch. Die Verordnung vom 28. Juni 1979 über die Flurgenossenschaften (FlgV, SRSZ 213.110) bestimmt zum Finanzhaushalt lediglich, dass Flurgenossenschaften eine Rechnungsprüfungskommission haben müssen (§ 4 Abs. 2 Ziff. 4 FlgV). Die Statuten der Flurgenossenschaft Gütsch teilen sodann der Generalversammlung Kompetenzen zu in den Bereichen Öffnung von Fonds und Festsetzung von Beiträgen, Genehmigung der Jahresrechnung und des Budgets, Bewilligung grösserer Ausgaben und Aufnahme von Darlehen (Art. 17). Ausserdem werden die Aufgaben der Rechnungsprüfungskommission in Art. 23 der Statuten näher umschrieben. Soweit Vorschriften in der kantonsrätlichen Verordnung und im Statutarrecht fehlen, findet das Gemeindeorganisationsgesetz sinngemäss Anwendung (§ 15 Abs. 2 FlgV). Die finanzhaushaltrechtlichen Vorschriften für die Bezirke und Gemeinden sind – anders als zur Zeit des Erlasses der Verordnung über die Flurgenossenschaften – nicht mehr im Gemeindeorganisationsgesetz, sondern im Gesetz vom 27. Januar 1994 über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden (FHG, SRSZ 153.100) enthalten. Anzunehmen ist, dass die Verweisung in § 15 Abs. 2 FlgV nunmehr auf das neue Gesetz gilt. Dabei dürfen keine – wofür aufgrund der bloss sinngemässen Verweisung Raum besteht - überspannten Anforderungen an die Rechnungslegung der Flurgenossenschaften gestellt werden. In der Praxis führen die meisten Flurgenossenschaften durchaus bedarfsgerecht ganz einfache Rechnungen, ohne gesonderte Investitionsrechnungen, ohne Aktivierungen und Abschreibungen sowie ohne transitorische Verbuchungen. Nicht massgebend sind schliesslich für die Flurgenossenschaften die Regeln der

C 2.1

kaufmännischen Buchführung, wie sie etwa für Aktiengesellschaften gelten. Die Rechnungslegung muss richtig und darf nicht irreführend und intransparent sein.

(RRB Nr. 1554 vom 27. November 2007).

2. Baurecht

2.1 Strafanzeige bei widerrechtlichem Bauen

- *Gesetzliche Anzeigepflicht der Behörden?*

Aus den Erwägungen:

6. Wer ohne Bewilligung oder in Abweichung einer erteilten Baubewilligung Bauarbeiten in Angriff nimmt, handelt widerrechtlich und macht sich grundsätzlich strafbar (§ 85, § 87 Abs. 1 und § 92 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, wenn sie erwartet, dass die Vorinstanz die ihr bekannt gewordenen Widerhandlungen anzeigt. Denn mit der Bestrafung soll der Einhaltung der Bauvorschriften Nachachtung verschafft werden (Urs R. Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss., Zürich 1983, S. 106). Der Verzicht auf eine Strafanzeige schadet der Glaubwürdigkeit der Behörde und ist ihrer Autorität als Vollzugsbehörde abträglich (RRB Nr. 1466 vom 16. November 2005, Erw. 8). Zudem kann eine Anzeige auch aus Gründen der Rechtsgleichheit geboten sein.

Die in § 58 Abs. 2 der Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz (Strafprozessordnung) vom 28. August 1974 (SRSZ 233.110) statuierte Anzeigepflicht gelangt jedoch, entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin, nicht zur Anwendung, da diese nur für Verbrechen und Vergehen gilt. Im Übrigen ist aber aus den Akten ersichtlich, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin beim Bezirksamt Schwyz bereits angezeigt hat.

(RRB Nr. 506 vom 17. April 2007).

Anmerkung:

In der vorstehend abgedruckten Erwägung nimmt der Regierungsrat an, dass im zu beurteilenden Fall eine Bestrafung wegen widerrechtlichen Bauens im Sinne von § 92 PBG zur Diskussion stehe. Erteilen indessen

Behörden unter Missachtung von Zuständigkeiten und materiellrechtlichen Vorgaben Baubewilligungen, kann dies mitunter auch eine Bestrafung aufgrund von Straftatbeständen des Strafgesetzbuches nach sich ziehen. Das Bundesamt für Raumentwicklung hat in einem Schreiben vom 21. August 2008 an die für die Raumplanung zuständigen Mitglieder der Kantonsregierungen wörtlich festgehalten:

„Die Erteilung von Baubewilligungen für Vorhaben ausserhalb der Bauzonen durch eine Gemeinde bedarf in jedem Fall zumindest der Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 25 Abs. 2 des Raumplanungsgesetzes [RPG]). Trotzdem kommt es immer wieder vor, dass sich Gemeinden darüber hinweg setzen. Dies bewirkt regelmässig höchst unerfreuliche Situationen, wenn die Bewilligung nachträglich durch den Kanton nicht erteilt werden kann und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verfügt werden muss. Auch wenn die betroffenen Grundeigentümer in einem solchen Fall allenfalls unter dem Titel der Staatshaftung von der Gemeinde eine Entschädigung erstreiten können, leistet Solches sicherlich der Staatsverdrossenheit Vorschub.

Einer der berühmtesten Fälle, in welchen eine Gemeinde eine Bewilligung ohne Zustimmung der zuständigen kantonalen Fachstelle erteilt hat, ist der Fall Gontenschwil. Bekannt ist der Entscheid des Bundesgerichts, in dem dieses die Bewilligung für nichtig erklärt und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bestätigt hat (BGE 111 Ib 213). Etwas weniger bekannt ist, dass der Fall auch strafrechtliche Konsequenzen hatte: Die Mitglieder des Gemeinderates und der Gemeindegemeinschreiber wurden der ungetreuen Amtsführung gemäss Art. 314 StGB schuldig gesprochen und zu bedingten Gefängnisstrafen und zu Bussen verurteilt (BGE 111 IV 83).

Es ist für niemanden eine angenehme Aufgabe, die Strafverfolgungsbehörden auf Fälle aufmerksam zu machen, in denen der Verdacht auf strafrechtlich relevante Verletzungen der Amts- und Berufspflicht besteht. Für die Glaubwürdigkeit der Behörden ist es jedoch noch schlimmer, wenn solche Fälle gar nicht zur Untersuchung gelangen.

Wir haben uns daher entschlossen, künftige die Strafverfolgungsbehörden zu orientieren, wenn wir Kenntnis von Fällen erhalten, in denen Gemeinden ohne die nötige Zustimmung der kantonalen Behörde Baubewilligungen für Vorhaben ausserhalb der Bauzonen erteilt haben.

In Kantonen, in denen dies nicht bereits heute der Fall ist, möchten wir auch Sie ermuntern, innerhalb der Verwaltung Anweisung für einen in diesem Sinn konsequentes Vorgehen zu erteilen. Wir gehen davon aus, dass sich die Gemeindebehörden – wenn nötig – relativ schnell auf eine solche verschärfte Praxis einstellen würden.

C 2.2

Es ist nicht unsere Absicht, die Gemeinden mit dieser neuen Praxis zu überraschen. Wir begrüssen es daher, wenn Sie diese Information in geeigneter Weise an die Gemeinden weiterleiten.“

2.2 Baubewilligungsverfahren und Berechnung der Gebäudehöhe

- *Die Parteien des Baubewilligungs- und Einspracheverfahrens bleiben bei einem Weiterzug grundsätzlich Partei, selbst wenn sie sich nicht mehr mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligen (Erw. 1).*
- *Ein Baupräsident, der an der gleichen Strasse wie der Bauherr wohnt, muss nicht in jedem Fall in den Ausstand treten (Erw. 2).*
- *Ermittlung der Gebäudehöhen bei Bauten mit Attikageschossen (Erw. 4.2).*
- *Die Auskragung eines Attikageschosses ist für die Berechnung der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen, wenn sie nicht mehr als einen Drittel der Gebäudelänge misst (Erw. 4.3 – 4.4).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Mit Schreiben vom 1. Oktober 2006 haben die Beschwerdegegner 1 erklärt, dass die von ihnen in der Einsprache geltend gemachten Punkte im Vernehmlassungsverfahren vor der Vorinstanz bereinigt worden seien. Sie hätten es indessen verpasst, ihre Einsprache vor dem Entscheid der Vorinstanz ordnungsgemäss zurückzuziehen. Alsdann seien sie von der Liste der Einsprecher zu streichen.

1.2 Die Parteien des Baubewilligungs- und Einspracheverfahrens bleiben bei einem Weiterzug grundsätzlich Partei, selbst wenn sie sich nicht mehr mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligen. Ein Rückzug aus dem Verfahren wäre nur möglich, wenn sich die eine Partei den Begehren des Beschwerdeführers ausdrücklich oder stillschweigend unterziehen würde (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N. 104 zu § 21 und N. 19 zu § 28). Dies ist für die Beschwerdegegner 1 vorliegend der Fall. Unabhängig vom Verfahrensausgang werden ihnen deshalb keine Kosten auferlegt und es wird davon Kenntnis genommen, dass sie sich nicht mehr weiter am Verfahren beteiligen möchten. Die Beschwerdegegnerin 5 hat sich am Verwaltungsbeschwerdeverfahren ebenfalls nicht beteiligt. Weder hat sie eine Vernehmlassung eingereicht noch hat sie am Augenschein vom 21. Mai 2007 teilgenommen. Auch ihr werden unabhängig vom Ausgang des Verfahrens keine Kosten aufer-

legt, da sie keine Anträge gestellt hat. Sie ist indessen Verfahrenspartei geblieben.

2.1 Der Beschwerdeführer erklärt, der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 31. August 2006 sei schon deshalb aufzuheben, weil er unter Missachtung von Ausstandsvorschriften zustande gekommen sei. Der Präsident der Hochbaukommission wohne an der X-strasse in unmittelbarer Nachbarschaft der Bauparzelle. Er hätte deshalb von Amtes wegen in den Ausstand treten müssen, um jeden Anschein von Befangenheit oder Interessenkollisionen zu verhindern. Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass der Präsident der Hochbaukommission nicht unmittelbarer Nachbar sei. Das Bauareal sei von seiner Wohnung aus nicht einsehbar. Die Beschwerdegegner sind der Ansicht, das erst anlässlich der mündlichen Replik am 21. Mai 2007 vorgebrachte Ablehnungsbegehren sei zu spät erfolgt. Zudem sei eine Befangenheit des Präsidenten der Hochbaukommission nicht ersichtlich.

2.2 Gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) gelten die Vorschriften der Gerichtsordnung über den Ausschluss und die Ablehnung von Behördenmitgliedern und Funktionären sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden. Liegt ein Ausschlussgrund vor, sind die entsprechenden Personen von der Ausübung ihres Amtes ausgeschlossen (vgl. § 52 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974, GO, SRSZ 231.110). Ausserdem kann eine Person in bestimmten Fällen abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen, u.a. wenn Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (vgl. § 53 lit. c und d GO). Wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben muss eine Ablehnung jedoch unverzüglich geltend gemacht werden, sobald der Ausstandsgrund bekannt ist. Andernfalls ist der Anspruch auf Ausstand verwirkt (vgl. statt vieler BGE 121 I 225, Erw. 3). Die Adresse des Präsidenten der Hochbaukommission kann sowohl dem Staatskalender als auch der Webseite der Vorinstanz entnommen werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer diese gekannt hat. Sein Ablehnungsbegehren hat er indessen erst anlässlich der mündlichen Replik vom 21. Mai 2007 vorgebracht. Er hat denn auch nicht geltend gemacht, dass er von der Nachbarschaft vorher nichts gewusst habe. Das Ausstandsbegehren ist demnach verwirkt. Im Übrigen wäre es auch unbegründet: der Umstand, dass der Präsident der Hochbaukommission in der näheren Umgebung des Beschwerdeführers wohnt, ohne vom Bauprojekt direkt betroffen zu sein, begründet keine Ausstandspflicht. Der Präsident der Hochbaukommission hat seine Meldepflicht deshalb nicht verletzt. Zudem verhält sich der Beschwerdeführer widersprüchlich, wenn er auf der einen Seite

C 2.2

den Präsidenten der Hochbaukommission trotz Nachbarschaft zu Rat zieht, welche Anpassungen er bezüglich seines Bauprojektes vorzunehmen habe (vgl. ...), auf der anderen Seite jedoch später dessen Ausstand verlangt. Es ist deshalb festzustellen, dass die Vorinstanz nicht gegen die Ausstands- bzw. Ablehnungsvorschriften verstossen hat.

4.1 Umstritten ist in erster Linie die Einhaltung der Gebäudehöhe und der Grenzabstände. Dies insbesondere, weil das 3 m hohe Attikageschoss nur um 2 m von der Fassade zurückversetzt, stattdessen aber die 1 m hohe feste Brüstung auf dem Obergeschoss, welche das Attikageschoss auf der Süd- sowie einem Teil der Ost- und der Westseite umgibt, zur Gebäudehöhe hinzugerechnet wurde. Zudem überragt das Attikageschoss auf der nördlichen Gebäudeseite das darunter liegende Obergeschoss auf einem Drittel der Gebäudelänge um 1.5 m (so genannte Auskragung).

4.2.1 Die Liegenschaft des Beschwerdeführers befindet sich in der Wohnzone E2 für Ein- und Zweifamilienhäuser und gleichartige Wohnbauten. Die Gebäudehöhe darf in dieser Zone höchstens 7 m betragen (vgl. Art. 44 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Y. vom ..., nachfolgend: BauR). Das Attikageschoss und die Dachbrüstung werden bei der Gebäudehöhe nicht berücksichtigt, sofern sie mindestens um das Mass ihrer Höhe von der Fassade zurückversetzt sind (§ 60 Abs. 3 lit. c des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400]).

4.2.2 Die Beschwerdegegnerin 2 macht geltend, das Attikageschoss sei an der Süd-, sowie einem Teil der Ost- und Westseite nicht um das Mass seiner Höhe von der Fassade zurückversetzt. Aus den Bauplänen werde ersichtlich, dass das Attikageschoss 3 m hoch sei, aber nur um 2 m zurückversetzt werde. § 60 Abs. 3 lit. c PBG könne deshalb nicht zur Anwendung gelangen, so dass die zulässige Gebäudehöhe überschritten werde.

4.2.3 Werden das Attikageschoss oder die Dachbrüstung nicht um das Mass ihrer Höhe zurückversetzt, so müssen sie auf dieser Seite bei der Gebäudehöhenberechnung mitberücksichtigt werden (vgl. RRB Nr. 1346 vom 18. Oktober 2005, Erw. 5 mit Hinweisen). Es fragt sich nun, wie ein Attikageschoss zu behandeln ist, das zwar zurückversetzt ist, nicht aber um das gesamte Mass seiner Höhe. Bei Dachneigungen über 45 Grad wird das Mehrmass, das sich bei einem 45 Grad geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet (§ 60 Abs. 4 PBG). Diese 45-Grad-Regel spielt auch bei Attikageschossen und Dachbrüstungen eine massgebliche Rolle. Die ursprüngliche Fassung von § 60 Abs. 3 lit. c PBG, welche generell eine Rückversetzung von 3 m von der Fassade verlangte,

wurde nämlich durch die kantonsrätliche Kommission auf die heute geltende Fassung mit der Begründung abgeändert, Bauten mit Schräg- und solche mit Flachdächern seien einander gleichzustellen, d.h. in beiden Fällen sei ein 45-Grad-Winkel zu erhalten (EGV-SZ 1994, Nr. 4, Erw. 6 mit Hinweis auf das Protokoll der kantonsrätlichen Kommission vom 24. August 1984, S. 14). Bei einem Flachdach gilt demnach ebenso wie bei einem über 45 Grad geneigten Dach, dass nur die nicht zurückversetzte Mehrhöhe bei der Gebäudehöhe anzurechnen ist.

4.2.4 Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Dachbrüstung nicht um das Mass seiner Höhe zurückversetzt, stattdessen aber die Brüstung auf der Ost-, Süd- und Westfassade zur Gebäudehöhe hinzugerechnet. Von der Oberkante dieser Brüstung aus gemessen ragt das Attikageschoss nurmehr 2 m in die Höhe, wobei es um dieses Mass zurückversetzt ist. Mit anderen Worten wird die 45-Grad-Linie vom Attikageschoss nicht durchbrochen, weil die entsprechende Linie auf die Oberkante der Dachbrüstung zu legen ist (vgl. RRB Nr. 576 vom 26. April 2005, Erw. 6.2).

4.2.5 Problematisch ist vorliegend einzig, dass der Beschwerdeführer bei der Ostfassade von zwei verschiedenen Gebäudehöhen ausgegangen ist. Dies ist gemäss § 60 Abs. 5 PBG bei in der Höhe gestaffelt Bauten zulässig. Die Baute des Beschwerdeführers wird jedoch nicht in der Höhe gestaffelt. Vielmehr ist die Oberkante des Dachabschlusses einheitlich auf 774.47 M.ü.M. Dass man diese Oberkante aufgrund der festen Brüstung nicht überall sieht, spielt dabei keine Rolle. Eine Baute ist nicht bereits deswegen in der Höhe gestaffelt, weil sie nur zum Teil eine bei der Höhe anrechenbare feste Brüstung aufweist. Das ausgemittelte gewachsene Terrain hätte deshalb auch für die Ostseite (genauso wie dies für die Westseite bei gleicher Konstellation gemacht wurde) einheitlich ermittelt werden müssen. Aus den Bauplänen wird vorliegend jedoch ersichtlich, dass das ausgemittelte gewachsene Terrain bei zirka 769.00 M.ü.M. liegt. Die maximale Gebäudehöhe von 7 m ist deshalb wie auf der Süd- und Westseite auch auf der Ostseite unter Berücksichtigung der festen Brüstung eingehalten ($774.47 \text{ m} - 769 \text{ m} + 1 \text{ m} = 6.47 \text{ m}$).

4.3.1 Zu prüfen bleibt, ob die Gebäudehöhe auch auf der Nordseite eingehalten wird. Dazu ist zunächst die Frage zu beantworten, ob eine Auskragung beim Attikageschoss zulässig ist bzw. wie ein solcher Bauteil qualifiziert wird.

4.3.2 Sowohl bei Bauten mit Schrägdächern als auch bei Bauten mit Flachdächern sind Dachaufbauten in einem gewissen Rahmen zulässig. Dachaufbauten nennt man alle über die Grundform des Daches hinaus-

C 2.2

ragenden Bauteile (Dachfenster, Dacherker und Zwerchhäuser, aber auch Attiken, Balustraden, Ziergiebel, Schornsteine) und die vielgestaltigen Aufbauten auf Flachdächern, Dachterrassen oder Dachgärten (vgl. EGV-SZ 1994, Nr. 4, Erw. 6 mit Hinweisen). Ist das Attikageschoss auf der einen Seite nicht um das Mass seiner Höhe zurückversetzt, so ist es auf dieser Seite bei der Gebäudehöhenberechnung mitzubersichtigen (vgl. RRB Nr. 1346 vom 18. Oktober 2005, Erw. 5 mit Hinweisen). Dies gilt jedoch entgegen der Meinung der Beschwerdegegner 3 und 4 nicht, wenn die Nichtzurückversetzung der Attika nicht mehr als ein Drittel der Fassadenlänge beträgt. Denn Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern werden gemäss § 60 Abs. 3 lit. b PBG bei der Gebäudehöhe nur mitberücksichtigt, sofern sie mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen. § 60 Abs. 3 lit. b und lit. c PBG schliessen einander nicht aus. Vielmehr ist eine Attika wie dargelegt auch eine Aufbaute, so dass sie auf der einen Gebäudeseite (vorliegend auf der Ost-, Süd- und Westseite) bei der Gebäudehöhe nicht mitberücksichtigt wird, weil sie um das Mass ihrer Höhe zurückversetzt ist und auf einer anderen Gebäudeseite wird sie bei der Höhe nicht mitberücksichtigt (vorliegend auf der Nordseite), weil sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge ausmacht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Aufbaute auch über die Gebäudefassade hinaus zulässig ist.

4.3.3 Unter Dachaufbauten sind sämtliche Bauteile zu verstehen, welche oberhalb der Dachhaut in Erscheinung treten bzw. die Dachfläche nach aussen durchstossen. Auf die Durchstossung der Trauflinie kommt es nicht an. Nach der Praxis gehören zu den Dachaufbauten auch auskragende Vordächer, Brüstungen und andere massive Bauteile (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich 2003, N 13.6, S. 13-44 ff.). Ein die Trauflinie durchbrechender Dacherker wird ebenfalls als Dachaufbau gewürdigt (vgl. Fritzsche/Bösch, a.a.O., S. 13-46 f.). Eine Auskrugung, d.h. ein über die Gebäudefassade hinaus gehender Bauteil, kann demnach grundsätzlich ebenfalls eine Dachaufbaute sein. Da die Auskrugung vorliegend nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnimmt, wird sie gestützt auf § 60 Abs. 3 lit. b PBG für die Ermittlung der Gebäudehöhe somit nicht mitberücksichtigt.

4.4.1 Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegner 2-4 machen zusätzlich geltend, dass die Auskrugung des Attikageschosses den minimalen Grenzabstand nicht einhält und deshalb nicht bewilligungsfähig ist. Die Auskrugung könne nicht als ein über die Fassade vorspringender Gebäudeteil im Sinne von § 59 Abs. 2 PBG betrachtet werden. Dies erhelle

bereits aus der Dimension der Auskragung, weshalb sie nicht vom Abstandsprivileg profitieren könne.

4.4.2 Soweit Gebäudevorsprünge als solche erkennbar sind, können diese auch im Dach- bzw. Attikageschoss vom Abstandsprivileg gemäss § 59 Abs. 2 PBG profitieren. Auch ist das Abstandsprivileg nicht zwingend zum Vornherein auszuschliessen, wenn sich ein Gebäudevorsprung über zwei Stockwerke erstreckt. Eindeutig nicht zulässig bzw. nicht abstandsprivilegiert ist gemäss Rechtsprechung hingegen ein Vorbau, der sich über sämtliche Stockwerke erstreckt (vgl. EGV-SZ 1998, Nr. 7). Vorliegend fragt sich jedoch, ob die Hauptfassade aufgrund der Gebäudevorsprünge und insbesondere der Zurückversetzung eines Grossteils des Erdgeschosses weiterhin erkennbar bleibt. Diese Frage kann letztlich aber offen bleiben, weil die Beschwerde aus anderen Gründen abzuweisen ist. Es ist deshalb offen zu lassen, ob die Baute gegen Norden hin den Mindestgrenzabstand von 7 m (vgl. Art. 33 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 44 Abs. 3 BauR und § 60 Abs. 1 PBG) einhält.

(RRB Nr. 1151 vom 4. September 2007).

2.3 Rechtsmittelbefugnis bei Bauten und Anlagen im Quartier

- *Nachbarn sind zur Beschwerdeführung gegen die Errichtung einer Quartierbeschriftung nur befugt, wenn sie wegen der baulichen Vorkehrungen einen unmittelbaren praktischen oder ideellen Nachteil erleiden und eine relevante räumliche Beziehung aufweisen (Erw. 1 – 5).*
- *Besteht kein Nachbarverhältnis und ist insbesondere die Beschriftung nicht direkt einsehbar (Erw. 2), fehlt es an der erforderlichen Beziehungsnähe. Die Beschwerdebefugnis kann auch nicht mit der Befürchtung begründet werden, der Schriftzug ziehe vermehrt Diebe an (Erw. 3). Ebenso wenig sind vorliegend Anliegen des Orts- und Landschaftsschutzes geeignet, die Beschwerdebefugnis zu begründen (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Bewohner des Quartiers Pauli in der Gemeinde Feusisberg beschwerte sich beim Gemeinderat über eine neue Beleuchtung bei der Überbauung untere Paulistrasse in Schindellegi. Abklärungen der Gemeinde Feusisberg ergaben, dass ein Immobilienunternehmen zuvor der Namen des Quartiers Pauli in Grossbuchstaben hatte anbringen und beleuchten lassen. Die zuständigen Baubehörden führten ein nachträgli-

C 2.3

ches Baubewilligungsverfahren durch. Die Beschriftung wurde nachträglich bewilligt. Dagegen wird beim Regierungsrat Beschwerde erhoben.

Aus den Erwägungen:

1. Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft unter anderem insbesondere die Rechtsmittelbefugnis des Beschwerdeführers (§ 27 Abs. 1 lit. d 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). Die Vorinstanz bestreitet die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers. Dieser sei durch die Beschriftung „Pauli“ nicht mehr betroffen als jedermann. Auf seine Beschwerde könne daher gar nicht eingetreten werden.

1.1 Zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt sind die Parteien und beiladungsberechtigten Dritten des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (§ 37 lit. a VRP). Abgesehen vom Erfordernis der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren gelten diese Voraussetzungen auch für die Einsprachebefugnis im Rahmen der öffentlichen Auflage des Baugesuches (§ 65 VRP i.V.m. § 80 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Wer einsprachebefugt ist, dessen Rechtsmittelbefugnis ist auch gegeben und umgekehrt. Als schützenswert gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine von der Verfügung betroffene Person geltend machen kann; es braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht überein zu stimmen. Zur Abgrenzung gegenüber der unzulässigen Popularbeschwerde wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann, mithin unmittelbar betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Das schutzwürdige Interesse besteht damit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Betroffenen verschaffen würde, oder, anders ausgedrückt, im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist. In einem solchen Fall hat der Beschwerdeführer nur dann ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben oder geändert wird, wenn ein unmittelbares Berührtsein, eine besondere Bezie-

hungsnähe gegeben ist. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Entscheid persönlich und unmittelbar einen Nachteil erleiden. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet keine Rechtsmittelbefugnis (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N. 21 ff. und N. 34 f. zu § 21; EGV-SZ 1983, Nr. 43; BGE 131 II 587 mit weiteren Hinweisen).

1.2 Nachbarbeschwerden gegen Baubewilligungen zählen zu den typischen Tatbeständen von Drittbeschwerden, auf welche grundsätzlich einzutreten ist (BGE 112 Ib 170, E. 5b). Die Legitimation zur Anfechtung eines Bauprojekts ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zu bejahen, wenn vom Betrieb der geplanten Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Immissionen auf das Nachbargrundstück ausgehen, die darauf wegen ihrer Art und Intensität deutlich wahrnehmbar sind und die Anwohner einem besonderen Risiko aussetzen. Es muss einerseits eine hinreichend enge nachbarliche Raumbziehung zum Baugrundstück bestehen und andererseits muss der Beschwerdeführer durch die Erteilung der Baubewilligung mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit in eigenen Interessen berührt sein. Es ist stets eine Würdigung aller rechtlich erheblichen Sachverhaltelemente vorzunehmen (BGE 125 II 10, E. 3a; Entscheid des Bundesgerichts vom 15. August 2005, 1A.54/2005, E. 2.7.1; Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005, 1A.148/2005, E. 3.3). Die räumliche Distanz zwischen dem Bauvorhaben und dem Grundstück des Beschwerdeführers ist demnach ein wichtiges, aber nicht das einzige Kriterium. Die Voraussetzungen sind in der Regel dann erfüllt, wenn die Liegenschaft des Nachbarn unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder allenfalls nur durch einen Verkehrsträger davon getrennt wird (Entscheid des Bundesgerichts vom 28. März 1995, in: ZBl 1995, S. 529). Aber auch in diesem Fall muss der Kreis der betroffenen Nachbarschaft im Einzelfall nach den konkreten Verhältnissen bestimmt werden (BVR 2006, S. 264).

1.3 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). Ein schutzwürdiges Interesse ist anzunehmen, wenn der Ausgang des Verfahrens die Interessensphäre des Nachbarn zu beeinflussen vermag. Es ist vorauszusetzen, dass die Auswirkungen auf seine Liegenschaft nach Art und Intensität so beschaffen sind, dass sie auch bei

C 2.3

objektiver Betrachtungsweise als Nachteil empfunden werden müssen. Eine besondere subjektive Empfindlichkeit der Betroffenen verdient hingegen keinen Rechtsschutz (VGE 1019/06 vom 29. August 2006, E. 1.4, mit weiteren Hinweisen).

2. Der Beschwerdeführer bewohnt die Liegenschaft KTN ... in Schindellegi. Die beanstandete Beschriftung des Gebiets „Pauli“ befindet sich auf dem Grundstück KTN. Diese beiden Liegenschaften grenzen nicht aneinander. Dazwischen liegen zwei weitere Parzellen mit zwei Reihenhäusern sowie ein neuer grosser Wohnblock auf KTN ... selber. Die Distanz zwischen dem Grundstück des Beschwerdeführers und dem beleuchteten Schriftzug beträgt nach Angaben der Vorinstanz rund 100 Meter, was der Beschwerdeführer nicht bestreitet. Eine unmittelbare Nachbarschaft zum Grundstück KTN ... besteht somit nicht. Die erforderliche räumliche Nähe ergibt sich aber wie erwähnt nicht allein aus der in Metern gemessenen Distanz. Ob die konkrete Distanz eine enge nachbarliche Raumbeziehung begründet, hängt von der Art der geltend gemachten Einwirkungen ab, und davon, auf welche Entfernung sich das streitige Bauvorhaben auszuwirken vermag. Dabei müssen rein ideelle Beeinträchtigungen wie beispielsweise ein durch Beleuchtung verändertes Landschaftsbild im Regelfall ein ungleich stärker störendes Mass annehmen als materielle Immissionen wie Lärm oder Luftverschmutzung, damit die Legitimation bejaht werden kann (Entscheid des Bundesgerichts vom 28. März 1995, in: ZBl 1995, S. 529). Es besteht daher nicht zu jeder baulichen Veränderung in der Umgebung eines Grundstücks im Vornherein eine besondere Beziehungsnähe, selbst wenn sie den Beschwerdeführer stören sollte. Die Wand mit der Beschriftung „Pauli“ ist für den Beschwerdeführer von seinem Wohnhaus aus nicht einsehbar. Dieser macht denn auch bloss geltend, der beleuchtete Schriftzug sei schon von weit her zu sehen, wenn man von Norden und schräg von Osten her gefahren komme. Zwischen dem beleuchteten Schriftzug und der Liegenschaft KTN ... des Beschwerdeführers besteht somit keine Sichtverbindung. Es kommt auch zu keinem direkten Lichteinfall auf die Liegenschaft des Beschwerdeführers, weil zwischen Lichtquelle und Liegenschaft noch mehrere Gebäude stehen. Weiter befindet sich die Lichtquelle schräg unterhalb der Liegenschaft des Beschwerdeführers, sodass ihre Strahlen das Wohnhaus gar nicht zu erreichen vermögen. Aus diesen Umständen ergibt sich somit, dass dem Beschwerdeführer die Beschwerdebefugnis schon mangels einer relevanten örtlichen Beziehung zum Beschwerdeobjekt fehlt und zu verneinen ist.

3. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass durch Gutheissung seiner Beschwerde und die Verweigerung der Baubewilligung negative Aus-

wirkungen auf das Quartier „Pauli“ und die nähere Umgebung verhindert werden könnten. Als solche nennt der Beschwerdeführer vor allem die Anziehungskraft der Beleuchtung auf unerwünschte Personen wie Diebe. Nach Inbetriebnahme der Beleuchtung und nach über 20 Jahren Wohnen im Quartier „Pauli“ ohne einen Einbruch seien dort erstmals gleich mehrere Einbrüche verübt worden. Deshalb fürchte er um seine Sicherheit und rechne mit weiteren Einbrüchen im Quartier. Als Eigentümer einer Liegenschaft im Pauli-Quartier ist der Beschwerdeführer zwar stärker betroffen als jemand von ausserhalb des Quartiers, aber nicht mehr als die zahlreichen anderen Nachbarn im Quartier. Durch den angefochtenen Entscheid selber erleidet er nämlich keinen unmittelbaren Nachteil, und dies selbst dann nicht, wenn das Pauli-Quartier durch die Beleuchtung exponiert würde. Ob damit wirklich (mehr) Diebe angelockt werden, kann und muss offen bleiben. Die entfernte Wahrscheinlichkeit weiterer Einbrüche im Quartier begründet noch keinen unmittelbaren Nachteil des Beschwerdeführers.

4. Im Zusammenhang mit den negativen Auswirkungen auf das Quartier „Pauli“ und die nähere Umgebung beruft sich der Beschwerdeführer auch wiederholt auf den Schutz des Ortsbildes und der Landschaft. Es geht ihm dabei sinngemäss um das Einordnungsgebot gemäss § 56 Abs. 1 PBG. Nach dieser Bestimmung müssen sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Das Bundesgericht verneinte den Schutz privater Interessen durch ästhetische Vorschriften während langer Zeit unter Hinweis auf den ausschliesslichen Schutz öffentlicher Interessen. Seit 1979 bejaht es aber in Einzelfällen auch die Beschwerdelegitimation von Nachbarn bei einem objektiv schweren Eingriff in das Orts- und Landschaftsbild und einer erheblichen Wertverminderung des Grundstücks. Solange sich Nachbarn aber allein auf Normen über die ästhetische Gestaltung der Bauten berufen, verneint das Bundesgericht eine Beschwerdelegitimation von Nachbarn. Solche Bestimmungen würden nicht dem nachbarlichen Interessen dienen (BGE 118 Ia 232, E. 1b; 112 Ia 90). Weiter setzt das Bundesgericht für die Bejahung der Legitimation von Nachbarn voraus, dass diese darlegen, inwieweit sie durch die angeblich ästhetisch mangelhafte Einordnung einer Baute oder Anlage in ihren persönlichen Interessen betroffen würden. Sie dürfen sich nicht allein auf öffentliche Interessen berufen, sondern müssen vielmehr ihre eigene besondere Betroffenheit dartun (BGE 118 Ia 232, E. 1b). Dabei hat ein betroffener Nachbar insbesondere konkret aufzuzeigen, inwiefern das beanstandete Bauvorhaben bzw. die störende Anlage seine eigene Liegenschaft unmittelbar nachteilig zu beeinflussen vermag (Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Juli 1979, in: ZBI 1980,

C 2.3

S. 27; zur ästhetischen Generalklausel vgl. auch Beat Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts, St. Gallen 2001, S. 61 ff.).

4.1 Auch wenn dem Beschwerdeführer der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes am Herzen liegt, liegt deswegen noch kein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse vor. Beim Ortsbild- und Landschaftsschutz handelt es sich um ein öffentliches Interesse, welches die Beschwerdebefugnis einer Privatperson nicht zu begründen vermag. Weil kein direkter Sichtkontakt zwischen dem Schriftzug und dem Grundstück des Beschwerdeführers besteht, ist dieser unter dem Aspekt der Einordnung ins Orts- und Landschaftsbild gerade nicht in höherem Masse betroffen als die Allgemeinheit bzw. die übrigen Bewohner des Quartiers „Pauli“. Das Quartier „Pauli“ gehört im Übrigen weder zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz noch ist es in einem Schutzzinventar des Bundes oder des Kantons Schwyz aufgeführt.

4.2 Der Beschwerdeführer behauptet im Weiteren eine (erhebliche) Wertverminderung seines Grundstücks. Eine solche ist aber nicht belegt, obwohl es Sache der Nachbarn ist, eine mögliche erhebliche Wertverminderung der Grundstücke und damit eine Beeinträchtigung ihrer geschützten Interessen zu belegen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Juli 1979, in: ZBl 1980, S. 27; Zumstein, a.a.O., S. 64). Im Fall des Beschwerdeführers liegen überhaupt keine Anhaltspunkte dafür vor, wegen einer rund 100 Meter hangabwärts entfernten, räumlich und zeitlich eingeschränkten Beleuchtung von einer Wertverminderung zu sprechen. Der Schriftzug und seine Beleuchtung vermögen somit auch unter Berufung auf die ästhetische Generalklausel keine schützenswerten Interessen zu begründen. Andernfalls müsste man unbestimmt vielen Personen, die ebenfalls keinen Sichtkontakt zur Beleuchtung haben, die Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis ebenfalls zusprechen. Damit wäre wiederum der Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet.

5. Wenn der Beschwerdeführer aus der Beleuchtung der Quartierbezeichnung sowie aus dieser selber keinen unmittelbaren praktischen oder ideellen Nachteil erleidet und auch eine relevante räumliche Beziehung verneint werden muss, fehlt es ihm am erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Auf die Beschwerde kann mangels Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers nicht eingetreten werden. (...).

(RRB Nr. 160 vom 30. Januar 2007).

2.4 Kontrolle der Strahlung von Mobilfunkantennen

- *Hält eine Mobilfunkanlage die Strahlungsgrenzwerte und die übrigen Bauvorschriften ein, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Bewilligungserteilung (Erw. 3.7.1).*
- *Überprüfung der Strahlungswerte nach Inbetriebnahme der Anlage (Erw. 3.7.2).*
- *Zusammenspiel verschiedener Strahlungsfelder (Erw. 3.8).*

Aus den Erwägungen:

3.7.1 Sind die Standortdatenblätter sowie die eingereichten Planunterlagen vollständig und korrekt, und hält die geplante Mobilfunkanlage die gesetzlichen Immissions- und Emissionsgrenzwerte ein, war die Bewilligungsbehörde nicht verpflichtet bzw. berechtigt, für die geplante Antennenanlage Alternativstandorte zu prüfen, von denen allenfalls geringere Belastungen für die Bevölkerung ausgingen. Selbst wenn in der fraglichen Umgebung bereits Mobilfunkantennen vorhanden sind, haben die Netzbetreiber nämlich Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung für den von ihnen vorgesehenen Standort und die geplante Bauausführung, wenn die fragliche Antennenanlage die Strahlungsgrenzwerte sowie die übrigen Bauvorschriften, insbesondere auch das Einordnungsgebot, einhält (vgl. BGE 1A.264/2000 vom 24. September 2002). Insbesondere sind Mobilfunkantennen als Infrastrukturanlagen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich in jeder Bauzone zonenkonform (BGE 1A.116/2002 vom 17. November 2003). Die Beschwerdeführer II – IV machen wie die grosse Mehrzahl der seinerzeitigen Einsprecher in diesem Zusammenhang geltend, die geplante Mobilfunkanlage würde sich negativ auf die Gesundheit der Menschen auswirken bzw. dies müsse zumindest ernsthaft befürchtet werden. Sodann gelte es insbesondere zu beachten, dass in der näheren Umgebung des Antennenstandorts zahlreiche Kinder und Betagte leben würden, die auf die Mobilfunkstrahlung besonders empfindlich reagieren würden. Die Beschwerdeführer erachten das Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig, solange nicht ausgeschlossen werden könne, dass Mobilfunkanlagen keine gesundheitsschädigenden Auswirkungen hätten. Auch wenn der Regierungsrat Verständnis für diese Ängste aufbringt, lässt sich gemäss der bereits zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gestützt darauf keine Bewilligungsverweigerung rechtfertigen. Vielmehr ist insoweit eben einzig entscheidend, ob die Anlage die einschlägigen Grenzwerte einhält. Dies ist vorliegend gemäss den vom kantonalen Amt für Umweltschutz überprüften Berechnungen der Fall.

C 2.4

3.7.2 Die Einhaltung dieser Grenzwerte zu verifizieren wird einerseits Aufgabe der Abnahmemessungen nach Inbetriebnahme der Antenne sein. Dabei sollte entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer IV nunmehr auch die UMTS-Strahlung zuverlässig messbar sein, weshalb sich in diesem Zusammenhang gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls kein Bauabschlag rechtfertigt (vgl. BGE 1A.129/2006 vom 10. Januar 2007, E. 4). Diese Abnahmemessungen werden, um den diesbezüglichen Einwand der Beschwerdeführer IV aufzunehmen, standardmässig von autorisierten Kontrollstellen vorgenommen, welche die Messresultate alsdann dem kantonalen Amt für Umweltschutz zur Prüfung vorlegen (vgl. Art. 12 Abs. 2 NISV). Andererseits wird die (dauerhafte) Kontrolle der Einhaltung der bewilligten Strahlungsleistungen und -richtungen fortan von einem automatisierten Qualitätssicherungssystem (QS-System) vorgenommen, in dessen Aufzeichnungen das kantonale Amt für Umweltschutz ebenfalls Einsicht hat. Dieses QS-System wurde vom Bundesgericht zwischenzeitlich bereits mehrfach beurteilt und als rechtmässig eingestuft. Es anerkennt das QS-System als wirksame, rechtzeitige und genügende Kontrolle der Emissionsbegrenzung, sodass als Folge daraus auch weiterhin tiefere als die hardwaremässig maximal möglichen Sendeleistungen sowie kleinere als die maximal verstellbaren Winkelbereiche für die Senderichtungen beantragt und bewilligt werden können (vgl. zum QS-System BGE 1A.120/2005 vom 31. Mai 2006, BGE 1P.154/2006 vom 10. Oktober 2006 und BGE 1A.142/2006 vom 4. Dezember 2006). Nicht weiter eingegangen werden muss auf die Rüge der Beschwerdeführer I und III, die Einbindung der in Frage stehenden Mobilfunkanlage ins QS-System der Beschwerdegegnerin sei im angefochtenen Beschluss entgegen der Vorgabe im Rundschreiben des BAFU vom 16. Januar 2006 erst auf den 1. Februar 2007 verlangt worden, ist doch zwischenzeitlich auch dieser Termin verstrichen. Demzufolge wird die Antennenanlage von Anfang an ins QS-System integriert sein und durch dieses kontrolliert werden.

3.8 Was das von den Beschwerdeführern IV angesprochene Zusammenspiel der verschiedenen Strahlungsfelder, etwa verursacht durch die Stromleitungen der SBB oder andere Mobilfunkanlagen, anbelangt, ist auf Folgendes hinzuweisen. Bei der von den SBB-Fahrleitungen ausgehenden Strahlung handelt es sich um niederfrequente elektromagnetische Strahlung, die weder bezüglich des Anlage- noch des Immissionsgrenzwertes der Mobilfunkanlage zu berücksichtigen ist. Es gibt keine Summierungsvorschrift, welche die sehr tiefe Frequenz von Fahrleitungsanlagen und die hohen Frequenzbänder des Mobilfunks gleichzeitig einschliesst. Damit findet keine gesamtheitliche Betrachtung der nichtionisierenden Strahlung sämtlicher Frequenzen statt. Vielmehr werden die

hochfrequente Strahlung einerseits und die niederfrequente andererseits gesondert beurteilt (BGE 1A.140/2003 vom 18. März 2004, E. 4.1 ff.). Im Weiteren befinden sich die Antennen anderer Anbieter nicht in derartiger (geringer) Distanz zur Bauliegenschaft, dass eine Kumulation der Strahlungswerte zu erfolgen hätte (vgl. dazu BGE 1A.10/2001 vom 8. April 2002).

(RRB Nr. 295 vom 13. März 2007).

3. Umweltschutz

3.1 Bewilligung einer Bodenverbesserung

- *Eine Aufschüttung mit rund 30 m² Material ist erheblich und daher bewilligungspflichtig. Fehlt es an einer Bewilligung, ist ein nachträgliches Bewilligungsverfahren durchzuführen (Erw. 3).*
- *Bauabfälle sind in einer Deponie abzulagern und dürfen nicht für eine Bodenverbesserung verwendet werden (Erw. 4).*
- *Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer hat nördlich der Liegenschaft H. eine Bodenvertiefung bzw. eine Runse mit Material aufgefüllt, um dieses Gebiet für die Landwirtschaft besser nutzen zu können. Es ist vorab zu prüfen, ob diese Terrainveränderung bewilligungspflichtig und gegebenenfalls auch bewilligungsfähig war bzw. ob die Vorinstanz ein Baubewilligungsverfahren durchführte.

3.1 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) und § 75 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Als Anlagen gelten namentlich erhebliche Geländeänderungen (§ 75 Abs. 3 PBG; BGE 114 Ib 224 ff., unveröffentlichte E. 6; 114 Ib 313 f., E. 2a; EGV-SZ 1991, Nr. 11). Es ist also von Bedeutung, ob die bereits vorgenommene Geländeänderung als erheblich bezeichnet werden kann oder nicht.

C 3.1

3.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Beurteilung der Bewilligungspflicht nicht allein auf die Veränderung des Terrains durch Abtragung, Auffüllung usw. abzustellen. Es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 114 Ib 314, E. 2a; EGV-SZ 1991, Nr. 11). Der Regierungsrat behandelt Geländeänderungen in ständiger Praxis als bewilligungspflichtige Anlage, sofern sie nicht als absolut untergeordnet zu bezeichnen sind (EGV-SZ 1985, Nr. 53, E. 2a; EGV-SZ 1999, Nr. 47 Ziff. 3).

3.3 Im vorliegenden Fall füllte der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben zirka 20 m³ Bauschutt und zirka 10 m³ eigenes Material aus einem Stall, insgesamt also zirka 30 m³ Material, in eine Runse. Im Rapport der Kantonspolizei Schwyz vom 18. April 2007 werden die Masse der Aufschüttung mit einer Länge von zirka 33 m und einer Breite von zirka 4.5 – 5 m angegeben. Eine solche Geländeänderung ist als erheblich und damit als bewilligungspflichtige Anlage zu qualifizieren. Von einer nicht bewilligungspflichtigen Terrainveränderung könnte höchstens dann gesprochen werden, wenn bloss kleinere Erhebungen oder Vertiefungen auszubebnen wären (EGV-SZ 1985, Nr. 53, E. 2a, m.w.H.). Es besteht ausserdem ein Interesse der Öffentlichkeit bzw. eine Pflicht der Behörden an einer Kontrolle der Aufschüttung, weil die Geländeänderung ein Volumen von immerhin 30 m³ hat und in einem von Wasser durchflossenen Gebiet liegt.

3.4 Es geht weder aus dem angefochtenen Beschluss noch aus der Vernehmlassung der Vorinstanz hervor, dass diese für die erhebliche Geländeänderung ein (nachträgliches) Baubewilligungsverfahren durchgeführt hat. Die Vorinstanz hat sich ausschliesslich mit den umweltrechtlichen Tatsachen und Rechtsfolgen auseinander gesetzt. Auch der Beschwerdeführer weist nicht nach, dass für die Geländeänderung ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden ist. An der Befragung durch die Kantonspolizei Schwyz verneinte er zudem die Frage, ob er für das Projekt eine Baubewilligung eingeholt hatte. Es kann somit festgestellt werden, dass für die vorgenommene Geländeänderung

rung keine Bewilligung vorhanden war, obwohl es sich dabei um eine bewilligungspflichtige Anlage handelt. Sie ist deshalb formell rechtswidrig.

3.5 Bei formell rechtswidriger Bautätigkeit erwächst der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Die Beseitigung eines Bauwerks oder einer Anlage allein wegen der formellen Rechtswidrigkeit ist unverhältnismässig. Mit der Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens wird der Mangel der formellen Baurechtswidrigkeit behoben (M. Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in: EGV-SZ 1998, S. 192). In besonderen Fällen kann auf ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren verzichtet werden. Dies ist dann der Fall, wenn die materielle Widerrechtlichkeit der Baute bereits rechtskräftig beurteilt wurde, die Baute entgegen einem ausdrücklichen behördlichen Befehl ausgeführt wurde oder die materielle Rechtswidrigkeit der fraglichen Baute oder Anlage ohne Zweifel feststeht (Hagenbuch, a.a.O., S. 188, FN 55; RRB Nr. 1461 vom 14. September 1999, E. 6.3). Das gilt sinngemäss für Veränderungen an einer Baute oder Anlage wie beispielsweise Terrainveränderungen.

3.6 Die materielle Rechtswidrigkeit einer bereits erstellten Baute oder Anlage ist nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen. Deshalb hätte die Vorinstanz im vorliegenden Fall von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchführen und den Beschwerdeführer zur Eingabe eines nachträglichen Gesuchs anhalten müssen. Im vorliegenden Fall kann jedoch davon abgesehen werden, die Sache zur Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil die Eingaben der Vorinstanz ohne Zweifel erkennen lassen, dass sie die bereits vorgenommene Geländeänderung offensichtlich nicht für bewilligungsfähig hält und die nachstehende Beurteilung bestätigt, dass die eigenmächtig vorgenommene Terrainveränderung nicht bewilligungsfähig ist.

4. Terrainveränderungen sind auch ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich zulässig, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Vorinstanz hat die Bewilligung für die Aufschüttung der Runse sinngemäss verweigert und die Entfernung des abgelagerten Materials verlangt, weil es sich nach ihrer Auffassung um Abfall handelt. In den folgenden Erwägungen ist zu prüfen, ob die Terrainveränderung nach der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes und des Kantons Schwyz bewilligt werden kann bzw. ob es sich bei diesem Material um Abfall im Sinne des USG oder um unverschmutztes Aushub- und Abraummateriale handelt.

C 3.1

delt, welches für eine Aufschüttung oder Rekultivierung verwendet werden darf.

4.1 Massgebende rechtliche Grundlagen sind im vorliegenden Fall insbesondere das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (USG, SR 814.01), die technische Verordnung vom 10. Dezember 1990 über Abfälle (TVA, SR 814.600) und die Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen (VeVA, SR 814.610), im Weiteren die Kantonale Verordnung vom 24. Mai 2000 zum Bundesgesetz über den Umweltschutz (KVzUSG, SRSZ 711.110) und die Vollzugsverordnung vom 3. Juli 2001 zur kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz (USG-VV, SRSZ 711.111).

4.2 Abfälle dürfen nur auf Deponien abgelagert werden (Art. 30 Abs. 1 USG). Die Inhaber von Siedlungsabfällen sind verpflichtet, für deren Beseitigung ausschliesslich die öffentlichen Abfall- und Sammeleinrichtungen ihrer Wohn- bzw. Standortgemeinde zu benützen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 KVzUSG). Das Entsorgen, Abstellen oder Lagern von Abfällen ist ausserhalb der dafür vorgesehenen Anlagen verboten (§ 12 KVzUSG). Abfallanlagen und Deponien sind bewilligungspflichtig: Sie dürfen der kantonalen Abfallplanung nicht widersprechen. Errichtung und Betrieb bedürfen einer Bewilligung der kantonalen Umweltschutzfachstelle (§ 13 KVzUSG i.V.m. Art. 30e und 30h USG).

4.3 Abfälle sind bewegliche Sachen, deren sich der Inhaber entledigt oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten ist (Art. 7 Abs. 6 USG). Wer Bau- oder Abbrucharbeiten durchführt, darf Sonderabfälle nicht mit den übrigen Abfällen vermischen und muss die übrigen Abfälle nach unverschmutztem Aushub- und Abraummateriale, Abfällen, die ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien abgelagert werden dürfen, brennbaren Abfällen wie Holz, Papier, Karton und Kunststoffe, sowie nach anderen Abfällen trennen (Art. 9 Abs. 1 TVA). Welche Bauabfälle auf Inertstoffdeponien abgelagert werden dürfen, wird in Ziffer 12 des Anhanges 1 zur TVA definiert. Es sind dies u.a. Abfälle, welche zu mindestens 95 Gewichtsprozenten aus Steinen oder gesteinsähnlichen Bestandteilen wie Beton, Ziegel, Asbestzement, Glas, Mauerabbruch und Strassenabbruch bestehen. Ebenso darf unverschmutztes Aushub- und Abraummateriale auf Inertstoffdeponien abgelagert werden, soweit es nicht für Rekultivierungen verwertet werden kann (Ziffer 12 in Anhang 1 zur TVA).

4.4 Das vom Beschwerdeführer für die Aufschüttung verwendete Material bestand hauptsächlich aus Backsteinen und war durchmischt mit

Fliesen, Verputz, Mörtel mit Gitternetzen und anderen Kunststoffteilen. Es handelt sich dabei somit offensichtlich um Bauabfälle im Sinne von Ziffer 12 des Anhangs 1 zur TVA. Daran vermag der Einwand des Beschwerdeführers, es seien keine Giftstoffe deponiert worden, nichts zu ändern. Der Beschwerdeführer entledigte sich dieses Materials, um eine Runse auffüllen und den Boden besser bewirtschaften zu können. Entledigung bedeutet (kumulativ) Aufgabe der Sachherrschaft unter Verzicht auf jede weitere Zweckwidmung der Sache. Einer Sache entledigt sich nicht nur, wer sie ordnungsgemäss der Entsorgung zuführt, sondern auch, wer sie vorschriftswidrig in den öffentlichen Raum einbringt und dort ablagert oder verstreut (Ursula Brunner/Pierre Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 2000, Vorbemerkungen zu Art. 30-32e N. 36-39). Als Ablagerung gilt das endgültige Unterbringen von nicht verwerteten Abfällen. Wegen möglicher Umweltgefahren dürfen Abfälle nur auf bewilligten Deponien abgelagert werden; soweit nötig sind sie vor der Ablagerung einer geeigneten Behandlung zu unterziehen (Brunner/Tschannen, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 30-32e, N. 47 und Art. 30e, N. 9).

4.5 Handelt es sich beim fraglichen Material um Bauabfall, so hätte der Beschwerdeführer dieses Material auf einer Deponie ablagern müssen. Dabei ist es offensichtlich, dass es sich bei der vom Beschwerdeführer vorgenommenen Ablagerung nicht um eine Deponie im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung handeln kann. Das Gesetz versteht unter einer Deponie nämlich eine künstlich angelegte und planmässig bewirtschaftete Ansammlung abgelagerter Abfälle (Brunner/Tschannen, a.a.O., Art. 30e, N. 10). Die Ansammlung der abgelagerten Abfälle wurde vom Beschwerdeführer zwar offensichtlich künstlich angelegt. Sie sollte hingegen nicht planmässig bewirtschaftet werden, sondern im Endzustand unverändert bleiben und eine bessere Bodenbewirtschaftung ermöglichen. Zudem fehlt auch die für die Deponie erforderliche Errichtungsbeurteilung des Kantons (Art. 21 TVA).

Somit hat der Beschwerdeführer mit seinem eigenmächtigen Vorgehen bzw. der Terrinauffüllung mit Bauabfällen gegen die Umweltschutzgesetzgebung von Bund und Kanton verstossen (Art. 61 Abs. 1 lit. g USG; § 36 Abs. 1 lit. b KVzUSG). Dasselbe gilt auch in Bezug auf das Verbrennen von Altholz, Siloballenplastik und anderem Abfall im Wald (Art. 61 Abs. 1 lit. f USG). Die nachträgliche Bewilligung für die Terrinauffüllung mit Bauabfällen kann somit aus umweltschutzrechtlichen Gründen nicht erteilt werden. Die Ablagerung ist damit sowohl formell als auch materiell widerrechtlich.

C 3.1

5. Ist die Ablagerung sowohl formell als auch materiell widerrechtlich, ist zu prüfen, wie der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden kann. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Räumung und die rechtmässige Entsorgung des Bauschutts angeordnet hat. Die Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, d.h. die rechtmässige Entsorgung der ausserhalb bewilligter Deponien abgelagerten Abfälle, muss aber verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N. 581 ff.; BGE 117 Ia 472, S. 483).

5.1 Die Anordnung der Entfernung des unerlaubterweise abgelagerten Materials stellt eine geeignete Massnahme dar, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dieses Ziel kann nur mit der Räumung des Materials und seiner rechtmässigen Entsorgung erreicht werden. Es handelt sich dabei um eine zur Durchsetzung der Umweltschutzvorschriften erforderliche Massnahme. Eine mildere Massnahme, mit welcher derselbe Erfolg erreicht würde, ist im konkreten Fall nicht ersichtlich.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt gegen eine Rückführung des abgelagerten Materials vor, dass der Aufwand für die Entsorgung ökologisch gesehen ein völliger Unsinn wäre und die Umwelt um ein Mehrfaches belasten würde. An der Befragung vom 11. März 2007 begründete er sein Handeln auch damit, dass er ein persönliches Interesse an der bestmöglichen Nutzung von Grund und Boden habe, von dem er für seinen Betrieb zu wenig habe. Seine privaten Interessen stehen jedoch mit den öffentlichen Interessen bzw. den gesetzlichen Vorschriften im Widerspruch und sind daher diesen Interessen gegenüber abzuwägen.

5.3 Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an einer umweltverträglichen und kontrollierten Entsorgung von Abfällen (vgl. dazu Art. 30 USG). Gegen sog. „illegale Deponien“ ist entschieden vorzugehen, um die Grundsätze im Umweltschutzrecht für Abfälle durchsetzen zu können. Deshalb überwiegen die öffentlichen Interessen an der rechtmässigen Entsorgung von Abfällen das private Interesse des Beschwerdeführers an einem möglichst ebenen Gelände zur besseren Bodenbewirtschaftung. Die Vorinstanz hat deshalb wegen der fehlenden Bewilligung bzw. Bewilligungsfähigkeit der Geländeänderung zu Recht die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangt.

5.4 Es ist unbestritten, dass die Räumung des abgelagerten Materials einige Schwierigkeiten mit sich bringen wird. Der abgelagerte Bauschutt befindet sich nämlich gemäss dem Rapport der Kantonspolizei Schwyz vom 18. April 2007 in einem sehr durchnässten, steil abfallenden Wiesland. Dies allein ändert jedoch nichts daran, dass der illegal abgelagerte Abfall zu entfernen ist. Vielmehr muss der Beschwerdeführer fachkundige Personen beiziehen. Die Vorinstanz hatte denn auch angeordnet, die korrekte Entsorgung sei durch eine Fachperson des kantonalen Amtes für Umweltschutz mit dem Umweltschutzbeauftragten des Bezirks vor Ort zu klären. Wie das abgelagerte Material wieder weggeräumt werden soll, muss aber in diesem Verfahren nicht beurteilt werden. Es liegt grundsätzlich am Verursacher, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

5.5 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass die Entfernung des abgelagerten Materials unverhältnismässig hohe Kosten verursachen würde. Soweit er sich auf die unverhältnismässig hohen Kosten der Räumung beruft, ist er daran zu erinnern, dass er aus früheren Erfahrungen um die Unrechtmässigkeit seiner Handlungen hätte wissen können und müssen. Bereits im Mai 2000 hatte die Umweltschutzpolizei nach einer Feuerwehrrübung auf der Liegenschaft H. den Beschwerdeführer bzw. dessen Frau darauf hingewiesen, dass Brandüberreste und Bauschutt nicht für beliebige Auffüllungen verwendet werden dürfen, sondern umweltgerecht zu entsorgen sind. Der Beschwerdeführer konnte deshalb im vorliegenden Fall nicht mehr gutgläubig handeln, auch wenn er nur „eine umweltschonende Landgewinnung zu machen“ beabsichtigte. Zudem geht es nicht an, wissentlich Umweltschutzvorschriften zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen. Diese selber verschuldeten Mehrkosten können aufgrund des fehlenden guten Glaubens nur in geringem Mass berücksichtigt werden (vgl. auch Urteil 1P.708/2006 des Bundesgerichts, E. 5.4, vom 13. April 2007).

5.6 Die unter Androhung der entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen angeordnete Wiederherstellung ist somit verhältnismässig. Der Beschwerdeführer hat unter Beizug fachkundiger Personen (vom Amt für Umweltschutz, dem Umweltschutzbeauftragten des Bezirks, usw.) den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Die angesetzte Frist bis Ende Oktober 2007 ist jedoch wegen den noch verbleibenden wenigen Wochen und des voraussichtlich grossen Aufwandes zu verlängern. Dem Beschwerdeführer wird die Frist zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes um drei Monate ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides verlängert. Überwachung und Kontrolle der Wiederherstellung

C 6.1

obliegen der Vorinstanz (§ 77 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]).
(RRB Nr. 1231 vom 18. September 2007).

6. Vormundschaftsrecht

6.1 Elternberatung als Kindesschutzmassnahme

- *Als Kindesschutzmassnahme können die Eltern nicht verpflichtet werden, eine Elternberatung zu besuchen.*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB kann die Vormundschaftsbehörde insbesondere die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist. Die Vorinstanz hat gestützt darauf die Kindseltern angewiesen, eine Elternberatung bei der Praxis für Entwicklungsförderung in Aarau zu besuchen. Der Beschwerdeführer ist grundsätzlich nicht gegen die Weisung, eine Elternberatung aufzusuchen, er findet jedoch, dass der Weg nach Aarau zu weit sei und es sicher Beratungen in näherer Umgebung gebe.

3.1 Es ist fraglich, ob die Verpflichtung zum Besuch einer Paarberatung zulässig und durchsetzbar ist. Die Vorinstanz hat sich auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestützt. Danach können Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilt werden. Die angeordnete Elternberatung hat mit der Pflege, Erziehung oder Ausbildung von Yannick nichts zu tun. Bei der Elternberatung geht es vorerst darum, dass die Eltern ihre Konflikte verarbeiten können, damit sie miteinander reden und einen guten Umgangston pflegen können. Denn das bisher Geschehene hat gezeigt, dass die Kindseltern, mit wenigen Ausnahmen, nicht fähig sind, miteinander zu reden und zu diskutieren, ohne dass sich dies negativ auf das Kind überträgt. Die Eltern haben anscheinend das Vorgefallene in ihrer Beziehung nach wie vor nicht verarbeitet und können sich somit nicht auf das Kind und dessen Interessen konzentrieren. Damit die Kindseltern ihre Probleme miteinander verarbeiten können, ist der Besuch einer Elternberatung eine gute Lösung. Es handelt sich aber nicht direkt um eine

Kindesschutzmassnahme, weshalb die Anordnung einer Paarberatung sich nicht auf Art. 307 Abs. 3 ZGB stützen kann. Im Übrigen fehlen der Vorinstanz auch die Instrumente für die Durchsetzung der Anordnung. Weigern sich die Parteien, an einer Elternberatung teilzunehmen, kann deswegen das Besuchsrecht nicht eingeschränkt werden.

3.2 Im Weiteren sollte der Besuch einer Paarberatung auf freiwilliger Basis geschehen. Grundsätzlich zeigen sich die Kindseltern bereit, eine Elternberatung aufzusuchen. Dies ist sicher der erste Schritt für eine erfolgreiche Therapie. Sie sind jedoch der Ansicht, dass es in der näheren Umgebung auch Beratungsstellen gebe. Dieser Ansicht ist nicht zu widersprechen. Auch wenn einige Institutionen und Praxen in der näheren Umgebung im Verlaufe der Zeit in der vorliegenden Angelegenheit involviert gewesen sind, gibt es sicher noch Fachleute, die sich als neutrale Stelle mit den Problemen der Kindseltern befassen können. Damit verkürzt sich der Zeitaufwand, insbesondere derjenige des Weges, um einiges. Dies kann nur positive Auswirkungen auf das Engagement und die Bereitschaft der Kindseltern, aktiv mitzuarbeiten, haben.

3.3 Die Vorinstanz hat eine Massnahme angeordnet, die sich nicht auf Art. 307 Abs. 3 ZGB stützen lässt, da es sich bei der Weisung, eine Paarberatung aufzusuchen, nicht direkt um eine Kindesschutzmassnahme handelt. Im Weiteren ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass in der näheren Umgebung auch geeignete und neutrale Beratungsstellen vorhanden sind. Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin werden ersucht, sich auf freiwilliger Basis einer solchen Therapie zu unterziehen.

(RRB Nr. 511 vom 17. April 2007).

8. Erziehungswesen

8.1 Eintritt in den Kindergarten

- *Verfahrenspartei (Erw. 1.1).*
- *Die Schulpflicht beginnt mit dem einjährigen Kindergarten und dauert zehn Jahre (Erw. 1.2 – 2.1).*
- *Der Stichtag für die Einschulung ist gesetzlich festgelegt. Folglich ist die Einschulung nicht individuell zu bestimmen. Mit der Festlegung des Schuleintritts wird das elterliche Erziehungsrecht eingeschränkt (Erw. 2.2 – 2.3).*

C 8.1

- *Fachbeurteilung der Schulfähigkeit (Erw. 3.1 – 3.2) und deren Überprüfung im Beschwerdeverfahren (Erw. 3.3).*
- *Die Schulfähigkeit hängt von den Bezugsgrössen Kind, Schule und Umfeld ab (Erw. 4.1).*
- *Anforderungen für den Kindergartenbesuch (Erw. 4.2 – 5.1).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Die (...) können im Namen ihres minderjährigen Sohnes oder in eigenem Namen als gesetzliche Vertreter des Kindes Beschwerde führen (Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, Bern 2003, S. 699 f.).

1.2 Mit dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz wurde der ordentliche Eintritt des Kindes M. in den Kindergarten verfügt. Gemäss § 5 Abs. 1 der Verordnung vom 19. Oktober 2005 über die Volksschule (VSV, SRSZ 611.210), die seit dem 1. August 2006 in Kraft ist, werden Kinder, die bis und mit 31. Juli das fünfte Altersjahr vollenden, schulpflichtig (übergangsrechtlich gilt für das bevorstehende Schuljahr 2007/08 der 30. Juni als Stichtag; § 74 VSV). Das Kind M. erfüllt diese altersbezogene Voraussetzung. Zur Schulpflicht gehört neu auch der einjährige Kindergarten (§ 4 Abs. 2 VSV; § 5 der Weisungen vom 1. Februar 2006 über die Unterrichtsorganisation an der Volksschule [Weisungen, SRSZ 613.111]). Die Beschwerdeführer hingegen möchten ihren Sohn ein Jahr zurückstellen. Nach § 5 Abs. 3 VSV ist dies möglich, wenn Schulschwierigkeiten voraussehbar sind, wobei der Schulrat für die Beurteilung dieser Frage eine schulpsychologische Abklärung verlangen kann (§ 5 Abs. 4 VSV).

2.1 Seit dem Schuljahr 2006/07 ist der Kindergartenbesuch somit nicht mehr freiwillig, sondern obligatorisch. Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton Schwyz haben das Recht, aber auch die Pflicht, die öffentliche Volksschule, zu der auch die Kindergartenstufe gehört (§ 1 VSV), zu besuchen (§ 4 Abs. 1 VSV). Die Schulpflicht beginnt demnach mit dem einjährigen Kindergarten und dauert grundsätzlich zehn Jahre (§ 4 Abs. 2 VSV). Die Eltern als Erziehungsberechtigte sind für die Einhaltung dieser Pflicht verantwortlich (§ 46 Abs. 1 VSV). Die Auffassung der Beschwerdeführer, dass der Kindertarteneintritt (mit fünf Jahren) zu früh erfolgt, rechtfertigt noch keine Rückstellung. Die diesbezügliche Kritik, die sie vor allem bei der Vorinstanz vorbrachten, ist rechtspolitischer Natur und richtet sich an den Gesetzgeber. Massgebend in diesem Verfahren ist das geltende Recht, das verlangt, dass Kinder in

einem bestimmten Alter (1. Juni 2001 bis 30. Juni 2002) obligatorisch in den Kindergarten eintreten müssen (Schuljahr 2007/ 08), ausser voraussehbare Schwierigkeiten würden eine Rückstellung nahe legen.

2.2.1 Dass die Festsetzung eines Stichtages für die Einschulung etwas Zufälliges an sich hat, ist nicht zu bestreiten. Eine solche Regelung ist jedoch aus Gründen der Schulorganisation und Planung, aber auch aus Gründen der Rechtsgleichheit notwendig. Wäre dem nicht so, müsste der Schuleintritt bei jedem einzelnen Kind von der Eignung in intellektueller, körperlicher und charakterlicher Hinsicht abhängig gemacht werden. Ein solcher Aufwand wäre für die Schulträger nicht zu bewältigen. Denn diese Abklärungen müssten relativ kurz vor Schulbeginn und während einer relativ kurzen Zeitspanne vorgenommen werden, um einerseits aktuelle und verlässliche Resultate zu erhalten (bekanntlich ist die Entwicklung der Kinder in diesem Alter sehr unterschiedlich und geht in der Regel schnell und sprunghaft vor sich), und um andererseits den Schulbetrieb räumlich und personell planen und organisieren zu können. Die Fixierung eines Stichtages mag in Einzelfällen zu nicht befriedigenden Lösungen führen. Dies muss jedoch in Kauf genommen werden, um nicht andere Ungerechtigkeiten hervorzurufen, insbesondere jenen Eltern gegenüber, die sich mit den behördlich festgesetzten Einschulungsstichtagen abgefunden haben. Abgesehen davon, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, solchen Einzelfällen gerecht zu werden (vorzeitiger Eintritt oder Aufschub des Kindergarteneintritts, § 5 VSV; vgl. Erziehungsdepartement/Amt für Volksschulen, Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule [kurz Wegweiser], Kapitel I.2/8).

2.2.2 In Anbetracht der unterschiedlichen Entwicklungsstufen der Kinder in diesem Alter, rechtfertigt es sich auch nicht, jenen Kindern, die erst kurz vor diesem Stichtag das vorgeschriebene (fünfte) Altersjahr erfüllen, eine besondere Behandlung und Beurteilung zukommen zu lassen, wie die Beschwerdeführer verlangen. Das Alter allein sagt zu diesem Zeitpunkt wenig über den für die Schule massgeblichen Entwicklungsstand eines Kindes aus. Es werden in der Gemeinde Unteriberg noch jüngere Kinder als der Beschwerdeführer eingeschult.

2.3 Die Eltern (bzw. Erziehungsberechtigten) sind auch daran zu erinnern, dass sie für die Schulausbildung ihrer Kinder nicht alleine verantwortlich sind. Ihre Meinung ist zwar bei Fragen der schulischen Laufbahn ihrer Kinder wichtig, jedoch nicht immer ausschlaggebend. Die Eltern sind wohl zur Fürsorge und Erziehung der Kinder berufen. In Bezug auf die Elementarausbildung werden sie hingegen vom Gemeinwesen

C 8.1

gestützt auf den verfassungsmässigen Bildungsauftrag gemäss Art. 19 und Art. 61a ff. der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) entlastet. Nach Art. 302 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) haben die Eltern dem Kind eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende, allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen. Zu diesem Zwecke sollen sie in geeigneter Weise mit der Schule zusammenarbeiten (Art. 302 Abs. 3 ZGB). Von dieser partnerschaftlichen Zusammenarbeit geht auch die Schulgesetzgebung aus (§ 3 Abs. 3 und §§ 44 ff. VSV). Die Eltern haben demzufolge insoweit Vorrang, als ihre Pflicht die ganze Erziehung umfasst, auch wenn sie die Ausbildung nicht selbst wahrnehmen müssen. Auf der andern Seite hat das Gemeinwesen einen Bildungsauftrag zu erfüllen, der weder im Auftrag der Eltern ausgeführt wird noch auf deren Willen beruht. Fragen in diesem Zusammenhang entscheiden deshalb die zuständigen Schulbehörden autonom, auch wenn sie dabei die Meinung der Erziehungsberechtigten miteinzubeziehen haben (§ 46 Abs. 2 VSV). Unter Umständen muss die Schulbehörde jedoch gegen den Willen der Eltern entscheiden. Denn es verträgt sich mit dem staatlichen Bildungsauftrag und der entsprechenden gesetzlichen Regelung nicht, wenn die Verantwortung für die schulische Entwicklung der Kinder bis zum Abschluss der obligatorischen Schulpflicht auf die Eltern abgeschoben wird, selbst wenn jene bereit wären, diese zu übernehmen und allfällige Konsequenzen zu tragen. Die Eltern müssen es sich deshalb gefallen lassen, dass das Gemeinwesen die einzelnen Ausbildungsgänge festlegt, die Einschulung der Kinder ordnet und den Übertritt an weiterführende Schulen regelt (Plotke, a.a.O., S. 17, S. 30 ff. und S. 473 ff.; EGV-SZ 1994, Nr. 47, S. 142 f.).

Dass Eltern, die ohne Zweifel für ihre Kinder nur das Beste wollen, sich hin und wieder mit diesem Eingriff in ihre Erziehungsrechte schwer tun, ist durchaus verständlich. Trotzdem muss die staatliche Kompetenzregelung im Bildungsbereich auch von ihnen akzeptiert und beachtet werden. Es geht hier auch nicht um einen „früherzieherischen Kinderhütendienst“ des Staates, wie die Beschwerdeführer in ihrem Rückstellungsgesuch schreiben, sondern um den verfassungsmässigen Auftrag, allen Kindern die Elementarbildung entsprechend der gesetzlichen Regelung zu vermitteln. Auf die grundsätzliche Kritik an der Schulgesetzgebung ist in diesem Verfahren nicht weiter einzugehen.

3.1 Der Schuleintritt setzt naturgemäss eine gewisse (geistige, körperliche und soziale) Reife des Kindes voraus (in Fachkreisen wird vermehrt von „Schulfähigkeit“ oder „Schulbereitschaft“ gesprochen; vgl. Erziehungsdepartement/Amt für Volksschulen, Merkblatt vom 13. Februar 2007 zu Rückstellungsfragen bei der Einschulung [kurz Merkblatt],

Ziff. 4). Ist diese Schul- bzw. Kindergartenfähigkeit nicht in ausreichendem Masse vorhanden, muss mit Schulschwierigkeiten im Sinne von § 5 Abs. 3 VSV gerechnet werden. Die Beschwerdeführer sind offenbar der Meinung, dass ihr Sohn über diese notwendige Fähigkeit noch nicht verfügt, obwohl der Vater anlässlich der Besprechung mit der Vorinstanz vom 28. März 2007 ausgeführt hatte, dass sein Sohn keineswegs Entwicklungsrückstände aufweise und durchaus mit den andern Kindern im Kindergarten mithalten könne, weshalb sich denn auch eine Abklärung durch den SBS erübrige (...). Zur Stützung ihres jetzigen Standpunktes reichten sie ein Arztzeugnis ein, in dem M. als emotional noch sehr unreif bezeichnet wird. Im Weiteren sei sein Tagesrhythmus mit dem Kindergartenbetrieb nicht vereinbar (Mittagsschlaf). Bereits in der Spielgruppe fühle er sich in einer grösseren Gruppe von Kindern überfordert. Auch sei er vor allem grobmotorisch interessiert und habe wenig Freude am Zeichnen, Malen und Basteln. Schliesslich könne er sich noch nicht genügend von den Eltern lösen. Diese befürchten ausserdem, dass er das Jahr wiederholen und somit den Kindergarten zwei Jahre besuchen müsste, was für seine Entwicklung nicht förderlich wäre.

3.2 Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung (gemäss § 18 Abs. 1 und § 19 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]) hat das Justizdepartement eine schulpsychologische Abklärung verlangt, wie dies in § 5 Abs. 4 VSV vorgesehen ist. Der Schulpsychologe des SBS kam aufgrund einer entwicklungspsychologischen Abklärung im Rahmen seiner Gesamtbeurteilung zum Schluss, dass M. bereits im nächsten Schuljahr (2007/08) den Kindergarten besuchen sollte, da er insgesamt über altersentsprechende Voraussetzungen für einen erfolgreichen Kindergartenbesuch verfüge. Für die wenigen Defizite (z.B. in der Sozial- und Selbstkompetenz) biete ihm gerade der Kindergartenbesuch die Chance, die notwendigen Anregungen und Entwicklungsanreize zu erhalten.

Es ist deshalb im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht den Aufschub des Eintritts von M. in den Kindergarten um ein Jahr verweigert und ihn für das nächste Schuljahr 2007/08 zum Kindergartenbesuch verpflichtet hat.

3.3 Bei der Überprüfung und Würdigung solcher Schultentscheide, für die pädagogische und schulpsychologische Fachberichte und Gutachten ausschlaggebend sein können, ist überdies folgende Rechtsprechungspraxis zu beachten: Obwohl dem Regierungsrat bei der Beurteilung von Verwaltungsbeschwerden grundsätzlich eine umfassende Prüfungsbefugnis zusteht (§ 46 VRP), legt er sich bei Einschulungsentscheiden ähnlich wie bei Prüfungs- und Promotionsentscheiden praxisgemäss aufgrund der

C 8.1

besonderen Natur des Beurteilungsgegenstandes eine gewisse Zurückhaltung auf. Die Begründung dafür liegt vorab darin, dass solche schulpsychologische und pädagogische Beurteilungen auf besonderen Fachkenntnissen beruhen, die der Kontrolle durch eine Rechtsmittelinstanz nur beschränkt zugänglich sind. Ferner liegen die Bewertung von Schulleistungen und die Einschätzung von Entwicklungsaussichten von Schülern im Verantwortungsbereich der Schulorgane. Der Regierungsrat schreitet deshalb nur ein, wenn entweder Verfahrensfehler vorliegen, die auf den Entscheid sich effektiv auswirkten oder wenn offensichtlich falsche Bewertungen oder Beurteilungen vorgenommen wurden oder sich die verfügende Behörde von Erwägungen leiten liess, die keine oder keine massgebliche Rolle spielen dürfen (Plotke, a.a.O., S. 461 ff., S. 722 ff.; BGE 106 Ia 1 ff. mit Hinweisen; EGV-SZ 1994, Nr. 48, E. 1c.; RRB Nr. 1112 vom 22. August 2006, E. 3 mit Hinweisen).

In diesem Sinne ist die Abweisung des Rückstellungsgesuchs der Beschwerdeführer durch die Vorinstanz im Folgenden zu überprüfen.

4.1 Schulfähig ist ein Kind dann, wenn es den zu erwartenden Anforderungen der in Frage kommenden Schulstufe (hier Kindergarten) voraussichtlich zu genügen vermag. Die Schulfähigkeit ist somit ein relativer Begriff, für dessen Vorliegen die miteinander in Wechselwirkung stehenden Bezugsgrössen Kind, Schule und Umfeld massgeblich sind. Ob und wann ein Kind schulfähig ist, bestimmt sich nicht nur aufgrund seines individuellen Entwicklungsstandes. Vielmehr sind auch die Anforderungen der zur Diskussion stehenden Schulstufe, die meist in Lehrplänen und Richtlinien festgelegt sind, zu berücksichtigen. Im Weiteren können auch die Einflüsse der Lehrpersonen und die Unterrichtsformen eine wichtige Rolle spielen (LGVE 2005 III, Nr. 15, E. 2).

Bei der Beurteilung der Schulfähigkeit nimmt zudem heute die früher einseitig auf einzelne Fertigkeiten oder Körperkriterien beschränkte Sicht der Schulreife eine eher untergeordnete Rolle ein. Mit der früheren Einschulung in den Kindergarten will man eine frühere Sozialisation der Kinder in der Gruppe, eine frühzeitige Erfassung und positive Beeinflussung von allfälligen Entwicklungsrückständen sowie eine Harmonisierung erreichen (Merkblatt Ziff. 4).

4.2.1 Beim Eintritt in den Kindergarten ist in erster Linie vom Zweck und der entsprechenden Ausgestaltung dieser Schulstufe auszugehen. Der Kindergarten ist die erste Stufe der Volksschule. Er fördert die ganzheitliche Entwicklung der Kinder und bereitet sie auf die Primarstufe vor (§ 11 Abs. 1 VSV). Bei der Beurteilung des Schuleintritts hat das Wohl des Kindes und dessen Förderung im Zentrum zu stehen.

Zu beachten ist dabei vor allem, dass der Entwicklungsstand von Kindergartenkindern sehr verschieden ist, weil die Unterschiede im frühen Kindesalter grösser sind als in späteren Jahren. Dieser Tatsache muss der Kindergarten Rechnung tragen. Es ist deshalb Aufgabe dieser Schulstufe, Mädchen und Knaben mit unterschiedlichstem sozialem und persönlichem Hintergrund, mit sehr verschiedenen Erfahrungen und Interessen, mit unterschiedlicher Auffassungsgabe und Leistungsfähigkeit, mit unterschiedlichem Alter, mit verschieden ausgeprägter Selbstständigkeit, Selbst-, Sozial- und Sachkompetenz aufzunehmen, die Kinder in ihrem individuellen Entwicklungsstand zu erfassen und dort abzuholen, wo sie stehen. Die Lernangebote der Kindergartenstufe sind deshalb nach Möglichkeit zu differenzieren und die Lernwege zu individualisieren. Mit gezielter Förderung und Unterstützung sollen sich diese Unterschiede im Verlaufe der Kindergartenzeit verringern, damit für alle Kinder die Basis für den Übertritt in die Primarschule gelegt wird. Aus diesem Grunde soll der Kindergarten denn auch gerade bei Entwicklungsverzögerungen besucht werden, weil allfällige Defizite von Fachpersonen am ehesten erkannt und möglichst früh angegangen werden können. Hinzu kommt, dass Kinder in der Gruppe von andern Kindern ebenfalls viel lernen (vgl. hierzu den Lehrplan Kindergarten im Zentralschweizer Bildungsserver unter http://www.zebis.ch/inhalte/unterricht/kindergarten/lpn/zebis11kg_uebersicht.php, und dort insbesondere die Rubriken Leitideen und Didaktik; Wegweiser Kapitel 1.2/4).

4.2.2 Da in diesem Kindesalter Entwicklungsverzögerungen an der Tagesordnung sind, im Kindergarten jedoch durch gezielte Förderung aufgeholt werden können, sind voraussehbare Schulschwierigkeiten im Sinne von § 5 Abs. 3 VSV nur in relativ seltenen Einzelfällen denkbar (s. nachstehend E. 4.2.3). Sollten solche zudem während des Besuchs des Kindergartens unvorhergesehene Probleme ergeben, können diese zum betreffenden Zeitpunkt angegangen und Lösungen gesucht werden. Eine vorgängige Rückstellung vom Kindergartenbesuch rechtfertigen deshalb nur erhebliche Entwicklungsrückstände, die dann aber auch durch begleitende Unterstützungsmassnahmen sofort behandelt werden sollten (Wegweiser, Kapitel 1.2/4; Merkblatt Ziff. 2). Diese Interpretation ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, hingegen aus dem Zweck und der Ausgestaltung des Unterrichtes der Schulstufe Kindergarten.

Dabei wird es immer wieder Kinder geben, die ein weiteres Kindergartenjahr benötigen, um in die Primarschulstufe aufsteigen zu können. Nicht zuletzt deshalb sieht der Gesetzgeber für die Gemeinden auch die Möglichkeit vor, den Zweijahreskindergarten anzubieten, in den die Kinder sogar noch ein Jahr früher eintreten können, wobei das erste Jahr freiwillig ist (§ 4 Abs. 2, § 11 Abs. 2 VSV; § 5 Abs. 2 und 3 Weisungen).

C 8.1

Von dieser Möglichkeit wurde im Kanton Schwyz bereits Gebrauch gemacht (z.B. Küssnacht, Gersau; in weiteren Gemeinden steht dieses Angebot ebenfalls zur Diskussion). Die Auffassung der Beschwerdeführer, dass der Kindergartenbesuch für Kinder im Alter von fünf Jahren zu früh ist, widerspricht der Realität und auch der geltenden Schulgesetzgebung. Dem heute früheren Eintrittsalter musste der Lehrplan der Kindergartenstufe angepasst werden. Auch die Lehrpersonen müssen sich entsprechend neu orientieren und ihren Unterricht auf jüngere Kinder ausrichten.

4.2.3 Aufgrund dieses Kindergarten-Verständnisses, das den Intentionen des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich, dass erst dann von voraussehbaren Schulschwierigkeiten im Sinne von § 5 Abs. 3 VSV gesprochen werden kann, wenn offensichtliche oder bereits diagnostizierte Entwicklungsverzögerungen oder Behinderungen im geistigen, körperlichen oder sozialen Bereich festgestellt werden. Meist werden diese bereits im frühen Kindesalter sichtbar und auch kinderärztlich festgestellt, was zu entsprechenden Frühbehandlungen führt (Merkblatt Ziff. 2).

4.3.1 Von solch gewichtigen Entwicklungsrückständen kann beim Beschwerdeführer nicht gesprochen werden, wie sich aus dem Fachbericht des SBS unmissverständlich ergibt. Auch wenn die Beschwerdeführer ein Arzteugnis, das zu einem andern Ergebnis kommt, eingereicht haben, ist auf den erwähnten Fachbericht abzustellen. Der Schulpsychologe kann den Beschwerdeführer aufgrund seines spezifischen Fachwissens und seiner entwicklungspsychologischen und auch testologischen Abklärungen im Hinblick auf den Kindergarteneintritt objektiv am besten beurteilen. Seine Fachmeinung über den Entwicklungsstand eines Kindes basiert auf bewährten Tests und Auswertungen, im Weiteren aber auch auf langjährigen Erfahrungen und zahlreichen Vergleichsmöglichkeiten, über die der SBS verfügt. Von der Fachmeinung des SBS kann deshalb in der Regel nur abgewichen werden, wenn im Hinblick auf das Wohl des Kindes zwingende Gründe für eine abweichende Würdigung sprechen. Faktisch ist jedoch die Schulbehörde an die Beurteilung und Empfehlung des SBS gebunden (Plotke, a.a.O., S. 155 f.; Herbert Plotke, Rechtsfragen des Schulpsychologischen Dienstes, ZBI 1980, S. 206 f.; RRB Nr. 938 vom 4. Juli 2006, E. 1.2).

4.3.2 Dem eingereichten Arzteugnis kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 25 VRP) weniger Gewicht beigemessen werden. Auch wenn der Kinderarzt das Kind seit Geburt her kennt, hat er es in diesem Jahr wie der Schulpsychologe des SBS ebenfalls zweimal gesehen und während den Gesprächen mit den Eltern beobachten können. Massge-

End ist der aktuelle Entwicklungszustand des Kindes vor der Einschulung, weil Kinder in diesem Alter monatlich Fortschritte machen können. Der Schulpsychologe sah das Kind zweimal im Juli dieses Jahres und klärte es mittels Tests, Übungen und gezielten Beobachtungen ab, teilweise auch in Abwesenheit der Eltern. Untersucht wurden zudem verschiedene Entwicklungsbereiche (Kontaktverhalten, Arbeitsverhalten, Sprachentwicklung, kognitive Entwicklung, Fein- und Grobmotorik, körperliche Entwicklung, alltägliche Verhaltensweisen, Sozialverhalten), die für die Einschulung in die Schulstufe Kindergarten wichtig sind. Für eine methodische Abklärung fehlt es dem Kinderarzt verständlicherweise am notwendigen (psychologischen, pädagogischen und schulischen) Fach- und Hintergrundwissen. Seine Feststellungen geben denn auch weitgehend die Schilderungen der Eltern wieder (Unvereinbarkeit des noch unstrukturierten Tagesrhythmus des Kindes mit dem Kindergarten, Überforderung bei sozialen Kontakten in Kindergruppen, Ablösungsschwierigkeiten, Hauptinteresse in der Grobmotorik, wenig Freude am Zeichnen, Malen und Basteln). Als eigene Feststellung des Kinderarztes bleibt die angebliche Unreife im emotionalen Bereich sowie als Gesamtergebnis eine Kindergartenunreife, die eine Einschulung als nicht ratsam erscheinen lasse.

Das Arztzeugnis erweist sich demnach als subjektive Einschätzung eines Kinderarztes gestützt auf eigene Beobachtungen und Schilderungen der Eltern, die dieses Zeugnis auch in Auftrag gegeben haben. Objektive Anhaltspunkte für die ärztlichen Feststellungen und Aussagen sind keine ersichtlich. Der Verdacht liegt nahe, dass das Zeugnis in erster Linie den Standpunkt der Eltern untermauern soll. Auf der andern Seite stammt der Fachbericht des SBS von einem unabhängigen Schulpsychologen, der die meisten Feststellungen auf eigene fachspezifische Untersuchungen abstützen und mit seinen Fachkenntnissen konkret für die Einschulung in eine bestimmte Schulstufe Empfehlungen abgeben kann. Auf diesen Bericht ist deshalb vorliegend abzustellen.

4.4 Der Schulpsychologe des SBS beurteilt den Beschwerdeführer zusammengefasst wie folgt (...):

„Aus entwicklungspsychologischer Sicht handelt es sich bei M. um einen körperlich altersentsprechend entwickelten Knaben, dessen Leistungen in den untersuchten Entwicklungsaspekten innerhalb des breiten Normbereichs liegen, wobei einzig das wahrnehmungsgebundene Denken nicht völlig den Erwartungen entspricht.

Eine ausgeprägte affektive Entwicklungsverzögerung (,emotionale Unreife'), wie sie im Schreiben des Kinderarztes vom 26.05.2007 festgehalten wird, können wir hingegen nicht feststellen. Es ent-

C 8.1

spricht absolut den Erwartungen, wenn nicht alle Entwicklungslinien eines Kindes gleichermaßen gut ausgeprägt sind.

Klare Anzeichen, dass zum jetzigen Zeitpunkt ein Kindergartenbesuch für M. eine Überforderung darstellen würde - oder gar seine Entwicklung stören könnte - und ihm deshalb aktuell nicht zugemutet werden sollte, können aus entwicklungspsychologischer Perspektive nicht bestätigt werden.

Zu Schuljahresbeginn könnte M. jedoch an seine körperlichen Grenzen (z.B. fehlender Mittagsschlaf) stossen. Deshalb müsste mit dem Knaben an einer Tagesstruktur gearbeitet werden, die auf den regelmässigen Kindergartenbesuch zugeschnitten ist.

Gerade ein Kindergartenbesuch bereits im Schuljahr 2007/08 beinhaltet für M. jedoch gute Chancen, in einzelnen Entwicklungsbereichen (z.B. Sozial- und Selbstkompetenz) jene für den längerfristig erfolgreichen Schulbesuch nötigen Anregungen und Entwicklungsanreize zu erhalten. Der Kindergartenunterricht ist zudem darauf auszurichten, allfälligen unterschiedlichen Entwicklungsständen der Kinder differenzierend Rechnung zu tragen.

In der Gesamtbeurteilung des aktuellen Entwicklungsstandes von M. stellen wir fest, dass der Knabe insgesamt über altersentsprechende Voraussetzungen für einen erfolgreichen Kindergartenbesuch im Schuljahr 2007/2008 verfügt.“

4.5.1 Vom Sinn und Zweck der Kindergartenstufe aus betrachtet, überzeugen die Einwände der Beschwerdeführer auch nicht. Das Kind liegt mit seinen Leistungen in den untersuchten Aspekten im Normbereich Gleichaltriger. Die wenigen Defizite, die bei fünfjährigen Kindern nicht aussergewöhnlich sind, können im Kindergarten unter Anleitung und gezielter Förderung besser aufgeholt werden als zu Hause. Aus diesem Grund stellt der Kindergartenbesuch für das Kind denn auch tatsächlich eine echte Chance dar. Der staatliche Bildungsauftrag verlangt überdies die Durchsetzung der Schulpflicht. Da der Beschwerdeführer altersmässig in einem Jahr die Primarschule besuchen sollte, muss das Gemeinwesen dafür sorgen, dass er diesen Schritt schaffen kann. Auf dieses Ziel hin wird er deshalb im Kindergarten vorbereitet, weil dort die hierfür notwendigen Mittel zur Verfügung stehen. Allfällige Defizite und Verzögerungen in der Entwicklung eines Kindes müssen deshalb grundsätzlich mit dem Beginn der Schulpflicht angegangen und während des Kindergartenjahres aufgeholt werden. Es geht deshalb nicht an, ein schulpflichtiges Kind ohne augenfällige Entwicklungsrückstände vom Kindergartenbesuch zurückzustellen. Zumindest muss der Versuch unternommen werden, ihm den gesetzlich vorgesehenen Schritt in die Primarschule altersgemäss zu ermöglichen.

4.5.2 Zweifellos ist der Eintritt in die Schule, auch in den Kindergarten, ein einschneidender Moment für das Kind (wie auch für die Eltern). Dass Kinder dabei anfänglich überfordert sein können, ist nichts Aussergewöhnliches. Alle Beteiligten, insbesondere die Kinder, müssen sich vorerst an den neuen Alltag gewöhnen. Den einen fällt dies zudem leichter als den andern. In den meisten Fällen gelingt dies jedoch mehr oder weniger problemlos. Auch wenn der Beschwerdeführer anfänglich (vor allem physisch) an seine Grenzen stossen könnte, weil seine jetzige Tagesstruktur mit dem Kindergartenbetrieb nicht vereinbar ist (z.B. wegen des Mittagsschlafs), besteht kein Grund, ihn deswegen nicht einzuschulen. Das Kind hätte man auch auf diese Umstellung hin vorbereiten können. Eine Umgewöhnung ist aber immer noch möglich. Auch die angeblichen Ablösungsschwierigkeiten, die sich allerdings bei der Abklärung durch den Schulpsychologen nicht bestätigt haben, sind oft nur vorübergehend. Die diesbezüglichen Bedenken der Beschwerdeführer, sprechen ebenfalls nicht gegen die altersgerechte Einschulung ihres Sohnes. Dies trifft auch auf die angeblich fehlende Sozialisation und das Desinteresse des Kindes an feinmotorischen Tätigkeiten wie Basteln, Zeichnen und Malen zu.

Sollte eine Überforderung eintreffen und von Dauer sein, muss und kann diesem Problem mit entsprechenden Einzelmassnahmen im Unterricht, z.B. mit einer vorübergehenden Reduktion des Pensums oder als letzte Möglichkeit allenfalls auch mit der Herausnahme des Kindes aus dem Kindergarten, begegnet werden. Entscheiden müssen dies jedoch dazumal die zuständigen Lehrpersonen bzw. Schulbehörden. Für eine vorzeitige Rückstellung wegen nicht ausserordentlichen Entwicklungsrückständen besteht jedoch im heutigen Zeitpunkt kein Anlass, zumal sich Kindergartenklassen durchwegs als äusserst heterogene Gruppen präsentieren (s. vorstehend E. 4.2). Hinzukommt, dass der Kindergartenbesuch sich auf maximal sieben Halbtage verteilt, wobei in der Regel zusätzlich noch alterniert werden kann (§ 6 Abs. 1 und 3 Weisungen).

4.5.3 Wie bereits erwähnt, muss der Kindergartenunterricht auf die unterschiedlichen Voraussetzungen der einzelnen Kinder Rücksicht nehmen und die Kinder individuell an die diversen Unterziele heranführen. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Kindergartenbesuch ein zweites Jahr besucht werden müsste, und zwar in dem Sinne, als der Unterricht entsprechend abwechslungsreich gestaltet und nicht dieselben Inhalte vermittelt würden wie im ersten Jahr.

4.6 Dem Anliegen der Beschwerdeführer kann deshalb nicht entsprochen werden. Ihre Überzeugung, dass dem Kind im Hinblick auf seine weitere Entwicklung mit einer Rückstellung besser gedient wäre, kann

C 16.1

nicht geteilt werden. Die Schulstufe Kindergarten ist dazu da, die ganzheitliche Entwicklung des Kindes zu fördern (§ 11 Abs. 1 VSV). Dies muss auch im vorliegenden Fall zumindest versucht werden.

5.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Festhalten der Vorinstanz am Kindergarteneintritt des M. nicht zu beanstanden ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser Entscheid auf Verfahrensfehlern, offensichtlich falschen Beurteilungen und/oder sachfremden Erwägungen beruht. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen und die beschwerdeführenden Eltern sind nochmals darauf aufmerksam zu machen, dass sie als Erziehungsberechtigte verpflichtet sind, ihr Kind im Schuljahr 2007/08 in den Kindergarten zu schicken (§ 46 Abs. 1 VSV). Für die Verletzung dieser Pflicht sieht § 47 VSV Disziplinar massnahmen (Verwarnung, Busse) vor.

(RRB Nr. 993 vom 7. August 2007).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Berechnung der Rechtsmittelfrist und deren Wiederherstellung

- *Berechnung der Beschwerdefrist (Erw. 2.2).*
- *Scheitert eine Zustellung, so ist sie nur zu wiederholen, wenn sie nicht verschuldet verhindert ist. Unverschuldet ist die Nichtzustellung u. a. bei fehlendem Prozessrechtsverhältnis und nach längerem Ruhen eines Verfahrens (Erw. 2.3 – 2.4).*
- *Auswirkungen eines Rückbehaltungsauftrages (Erw. 2.5 – 2.6).*
- *Wiederherstellung einer Frist im Verwaltungsverfahren (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz trägt das Datum vom 4. September 2006. Die Vorinstanz versandte sie am 7. September 2006 als Lettre Signature. Am 8. September 2006 traf die Verfügung bei der Poststelle in Bäch SZ ein. Den Beschwerdeführern konnte sie infolge Ortsabwesenheit jedoch nicht zugestellt werden. Vielmehr wurde die Verfügung auf Grund des Rückbehaltungsauftrags der Beschwerdeführer bei der Post in Bäch SZ zurückbehalten. Am 22. September 2006 holten die Beschwerdeführer die Verfügung schliesslich ab und erhoben am 6. Oktober 2006 Beschwerde dagegen. Zu prüfen ist nun, wann die

Beschwerdefrist zu laufen begonnen hat und ob sie eingehalten worden ist.

2.2 Die Beschwerdefrist beträgt 20 Tage (§ 47 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110] in Verbindung mit § 82 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Bezüglich Fristen und Vorladungen verweist § 4 VRP auf die Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO, SRSZ 231.110). Die Frist beginnt mit der Eröffnung bzw. Zustellung des Entscheides zu laufen, wobei der Tag der Eröffnung nicht mitgezählt wird (vgl. § 123 Abs. 1 GO).

Eine eingeschriebene Postsendung gilt grundsätzlich in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie der Adressat tatsächlich in Empfang nimmt. Wird der Adressat nicht angetroffen und wird daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt (vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen „Postdienstleistungen“ Ziff. 2.3.7 lit. b [Ausgabe April 2006]), so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (vgl. statt vieler BGE 130 III 396, Erw. 1.2.3). Diese bundesrechtliche Zustellfiktion gilt unabhängig davon, ob die betroffene Person über Rechtskenntnisse verfügt oder nicht (vgl. EGV-SZ 2005, A 1.1, Erw. 2). Sinn dieser Fiktion ist denn auch, Rechtssicherheit zu schaffen. Andernfalls müssten die Behörde und die Beschwerdegegner jederzeit damit rechnen, dass allenfalls noch ein Rechtsmittel ergriffen werden kann.

2.3 Gestützt auf § 115 Abs. 1 GO ist eine Zustellung zu wiederholen, wenn sie scheitert. Dies gilt jedoch nur für unverschuldete Fälle. Für vom Adressaten schuldhaft verhinderte Zustellungen gilt § 115 Abs. 2 GO, wonach die Zustellung (und zwar bereits die erste) als erfolgt gilt. Unverschuldet ist die Nichtzustellung beispielsweise bei fehlendem Prozessverhältnis oder nach längerem Ruhen eines Verfahrens. Bei Vorliegen eines Zurückbehaltungsauftrags hingegen gilt eine eingeschriebene Sendung am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle am Ort des Empfängers als zugestellt (BGE 123 III 492). Eine gesetzliche Frist kann jedenfalls – zumindest sofern ein Prozessverhältnis besteht – nicht durch Postlagerung infolge Ortsabwesenheit verlängert werden.

2.4 Zwischen der Vorinstanz und den Beschwerdeführern bestand im Zeitpunkt der Zustellung der angefochtenen Verfügung ein Prozessver-

C 16.1

hältnis. Selbst die Beschwerdeführer bestreiten dies nicht. Sie mussten mit der Zustellung der Verfügung rechnen. Zu Recht bringt denn auch die Vorinstanz vor, die Beschwerdeführer hätten bereits aus dem ersten Einspracheverfahren aus dem Jahre 2005 Kenntnis davon gehabt, dass die Behandlung einer Einsprache innert drei bis vier Monaten erfolgen würde. So wurde die Einsprache vom 27. Juli 2005 am 17. Oktober 2005 behandelt. Die Einsprache vom 29. Mai 2006, welche am 26. Juni 2006 nochmals bestätigt wurde, behandelte die Vorinstanz am 4. September 2006. Mithin kann vorliegend nicht von einem längeren Ruhen des Verfahrens die Rede sein (vgl. dazu BGE 2P.120/2005 vom 23. März 2006, Erw. 4.2).

2.5 Die Tatsache, dass die Beschwerdeführer der Post einen Rückhaltungsauftrag erteilt haben und die Verfügung deswegen nicht an die Vorinstanz zurückgeleitet worden ist, ändert am dargelegten Fristenlauf nichts. Denn entgegen der Meinung der Beschwerdeführer hätten sie keinen Anspruch auf eine zweite Zustellung gehabt, wenn die Nichtabholung bewusst unterblieben wäre, was für den Fall von Ortsabwesenheit während eines Prozessverhältnisses zutrifft (vgl. EGV-SZ 2005, A 1.1, Erw. 3).

2.6 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die dargelegte Praxis habe ihnen gegenüber nicht zu gelten, weil die unter anderem zitierte Verfügung des Kantonsgerichts vom 30. November 2004 (EGV-SZ 2005, A 1.1) im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch gar nicht publik war, so verkennen sie, dass die dargelegte Praxis nicht neu ist. Vielmehr stützt sie sich auf die geltende konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung und begründet keine Praxisänderung, so dass die Beschwerdeführer daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

2.7 Nach dem Gesagten begann die Beschwerdefrist (8. September in Bäch eingetroffen, zuzüglich Abholfrist von sieben Tagen) am 15. September 2006 zu laufen (wobei dieser Tag gemäss § 123 Abs. 1 GO nicht mitgezählt wird) und endete am 5. Oktober 2006. Um rechtzeitig zu erfolgen muss eine Handlung vor Ablauf der Frist vorgenommen werden. Schriftliche Eingaben und Zahlungen müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder für sie der Schweizerischen Post übergeben worden sein (vgl. § 124 Abs. 1 GO in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VRP). Nachdem die Beschwerdeschrift der Schweizerischen Post erst am 6. Oktober 2006 übergeben worden war, ist die Frist somit nicht eingehalten. Die Beschwerde ist verspätet erhoben worden.

3. Die Beschwerdeführer beantragen mit Eingabe vom 31. Januar 2007, dass die Beschwerdefrist gestützt auf § 129 GO wiederhergestellt wird.

3.1 § 129 GO ist als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet und stellt es dem Gericht vom Wortlaut her frei, ob ein Fristwiederherstellungsgesuch im Rahmen pflichtgemässer Ermessensausübung gutgeheissen oder abgelehnt wird. Zumindest für den Bereich der zivilen Streitigkeiten wird die Auffassung vertreten, dass der Richter bei Vorliegen der Voraussetzung des § 129 Abs. 1 in fine GO (Einwilligung der Gegenpartei) die Wiederherstellung erteilen muss. Soweit jedoch öffentliche Interessen mitspielen – was im verwaltungsrechtlichen Verfahren in der Regel der Fall ist – kann diese Auffassung nicht übernommen werden und dem Richter ist in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut von § 129 GO die Kompetenz zuzuerkennen, nach seinem Ermessen zu entscheiden. Somit besteht keine Bindung des Gerichtes an die Stellungnahme der Vorinstanz bzw. der Gegenpartei, was bedeutet, dass auch mit Einwilligung der Vorinstanz bzw. der Gegenpartei die Wiederherstellung der Frist verweigert werden kann und umgekehrt (vgl. VGE 1056/05 vom 8. November 2005, Erw. 3.2 mit Hinweisen).

3.2 Die Praxis des Verwaltungsgerichts betreffend Wiederherstellung einer Frist ist seit jeher streng (VGE 941/00 vom 30. März 2001, Erw. 2d). Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn die Partei eine Sorgfaltspflicht verletzt, deren Beachtung unter den gegebenen Umständen auch dem durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten ist. Eine grobe Nachlässigkeit ist um so eher anzunehmen, je höher die Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers zu veranschlagen ist. Andererseits setzt § 129 Abs. 1 GO nicht voraus, dass einer Partei oder ihrem Vertreter schlechthin kein Verschulden zum Vorwurf gemacht werden kann. Eine geringfügige Unachtsamkeit steht damit einer Fristwiederherstellung nicht entgegen (VGE 1056/05 vom 8. November 2005, Erw. 3.2 mit Hinweisen). Zusammenfassend hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass die Gutheissung eines Fristwiederherstellungsgesuches folgendes voraussetzt: ein nur geringes Verschulden der Partei oder ihres Vertreters an der Fristversäumnis, das Stellen des Wiederherstellungsgesuches spätestens zehn Tage nach Wegfall des Hindernisses sowie die Nachholung der versäumten Handlung innert zehn Tagen seit Wegfall des Hindernisses.

3.3 Die Beschwerdeführer geben als Hinderungsgrund zur Fristeinhaltung nicht ihre Abwesenheit, sondern ihre Falschannahme über den Fristenlauf an. Mit Zustellung der Vernehmlassungen der Beschwerdegegner und der Vorinstanz (Versand beider Vernehmlassungen: 24. Januar

C 17.1

2007) fiel der Hindernisgrund der Beschwerdeführer vermutlich am 25. Januar 2007 weg. Ihr Fristwiederherstellungsgesuch vom 31. Januar 2007 haben sie somit innert der zehntägigen Frist gestellt (§ 129 Abs. 3 VRP). Die Unkenntnis bzw. das sich nicht kümmern um den genauen Fristenlauf stellt jedoch vorliegend kein leichtes Verschulden dar. Insbesondere hindert es den Fristenlauf nicht. Den Beschwerdeführern wäre es ohne weiteres zuzumuten gewesen, ihre Eingabe einen Tag früher zu machen. Selbst ein juristischer Laie, der es versäumt, sich über die Verfahrensvorschriften zu erkunden, handelt grobfahrlässig (vgl. Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 52 zu § 199). Der Wiederherstellungsantrag der Beschwerdeführer ist deshalb abzulehnen. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

(RRB Nr. 297 vom 13. März 2007).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Rechtsschutz bei polizeilicher Wegweisung

- *Deutsch als Amtssprache im Kanton Schwyz (Erw. 3).*
- *Fehlen einer Beschwerdemöglichkeit gegen Realakte in der geltenden Verwaltungsrechtspflegeverordnung (Erw. 4).*
- *Inhalt der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV (Erw. 5).*
- *Der Anspruch auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK besteht nur, soweit eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht wird, die (auch) in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) garantiert werden (Erw. 6).*
- *Die Garantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten decken sich (teilweise) mit jenen in der Bundesverfassung (Erw. 6.1 – 6.6).*
- *Art. 13 EMRK verlangt eine wirksame Beschwerde nur in Bezug auf die Einhaltung der in der Konvention und in den Zusatzprotokollen gewährleisteten Garantien (Erw. 8).*
- *Die polizeilichen Anordnungen (Polizeikontrolle, Abklärung der Identität, erkennungsdienstliche Massnahmen und Wegweisung) beruhen auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (Erw. 8.2.1 – 8.2.2), beruhen auf einem öffentlichen Interesse (Erw. 8.3) und sind verhältnismässig (Erw. 8.4).*
- *Kein Missbrauch persönlicher Daten (Erw. 8.6).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Schweizerische Gemeinnützige Gesellschaft bzw. die Rütlikommission organisiert alljährlich am 1. August die Bundesfeier auf dem Rütli. In den letzten Jahren kam es dabei zu Störungen durch extreme Kreise. Die Kantone Uri und Schwyz sowie die Rütlikommission hatten sich zum Ziel gesetzt, die Durchführung einer würdigen und störungsfreien Rütlifeier 2006 sicherzustellen. Darüber hinaus wollte der Regierungsrat eine Wiederholung der unbewilligten Aufmärsche von Rechtsextremen sowie eine Konfrontation von rechten und linken Gruppierungen in Brunnen verhindern.

In der Absicht, organisierten extremen Gruppierungen die Anwesenheit an der Rütlifeier zu verunmöglichen, installierte die Rütlikommission für die Durchführung der Rütlifeier 2006 ein Ticketingsystem. Zutritt zur Bundesfeier auf dem Rütli sollte nur erhalten, wer vorgängig bei der Rütlikommission eine Eintrittskarte bestellte. Wer eine solche Eintrittskarte erhielt, entschied die Rütlikommission. Da die Zufahrt zum Rütli praktisch nur auf dem Seeweg erfolgen konnte und die Platzverhältnisse vor Ort zudem sehr eng waren, fand die Kontrolle der Zutrittsberechtigten zur Bundesfeier in Brunnen bei einer provisorischen Schiffsanlegestelle statt.

Am 1. August 2006 befanden sich für den Ordnungsdienst in Brunnen zahlreiche Polizeieinheiten aus dem Kanton Schwyz sowie aus den Polizeikörpern von anderen beigezogenen Kantonen im Einsatz. Die hohe Polizeipräsenz in Brunnen diente in erster Linie dazu, einen unbewilligten Aufmarsch rechtsextremer Kräfte sowie eine Konfrontation zwischen rechten und linken Gruppierungen zu verhindern. Im Rahmen ihres Auftrages beteiligten sich die Polizeikräfte auch an der Kontrolle der Zutrittsberechtigung zum Rütli. In diesem Zusammenhang händigten Mitglieder der im Einsatz stehenden Polizeieinheiten am 1. August 2006 verschiedenen Personen eine Wegweisungsverfügung mit folgendem Inhalt aus:

„Wegweisungsverfügung

Im Zusammenhang mit der Bundesfeier auf dem Rütli am 1. August 2006 haben die zuständigen Behörden und Gerichte keine Bewilligung für Demonstrationen in Brunnen erteilt.

Zur Teilnahme an der durch die Rütlikommission organisierten Bundesfeier ist nur berechtigt, wer im Besitze eines entsprechenden Tickets ist und nicht durch die Polizei zurückgewiesen wird.

C 17.1

Das Aufeinandertreffen von politischen Gruppierungen wird durch die Kantonspolizei verhindert. Die Kantonspolizei duldet keine unbewilligten Demonstrationen.

Gestützt auf § 19 Polizeiverordnung vom 22. März 2000 **wird Ihnen polizeilich verboten, heute, 1. August 2006, die Ortschaft Brunnen, inklusive Gebiete Wylen und Fallenbach zu betreten.**

Bei diesem Verbot handelt es sich um eine polizeiliche Anordnung. Wer sich dieser Anordnung widersetzt, **macht sich strafbar** und kann in **Polizeigewahrsam** genommen werden.

Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen wird gemäss Art. 292 Strafgesetzbuch mit Haft oder mit Busse bestraft (siehe Gesetzestexte).

Die im Zusammenhang mit dieser Wegweisungsverfügung erstellten Daten und Bilder werden nach Ablauf der dreimonatigen Strafantragsfrist gelöscht, sofern die Daten nicht für ein allfälliges Straf- oder Beschwerdeverfahren benötigt werden.

Kantonspolizei Schwyz

Der Einsatzleiter“

Auf der Rückseite dieser Wegweisungsverfügung waren verschiedene Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches, des Gesetzes über das kantonale Strafrecht sowie der Verordnung über die Kantonspolizei abgedruckt.

Gegen die ihnen ausgehändigten Wegweisungsverfügungen haben rund 20 Personen Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Schwyz erhoben.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch und Italienisch. Im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache ist auch das Rätoromanische Amtssprache des Bundes. Die Kantone bestimmen ihre Amtssprachen. Um das Einvernehmen zwischen den Sprachgemeinschaften zu wahren, achten sie auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung der Gebiete und nehmen Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten (Art. 70 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

3.2 Im Schwyzer Recht wird weder auf Verfassungs- noch Gesetzesstufe ausdrücklich geregelt, welches im Kanton Schwyz die Amtssprache

ist. Weil der Kanton Schwyz vollständig dem deutschen Sprachraum zuzuordnen ist sowie gemäss einer alten und unangefochtenen Übung gilt im Kanton Schwyz Deutsch als Amtssprache. Für gerichtliche Verfahren bestimmt denn auch § 85 Abs. 1 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO, SRSZ 231.110), dass sich das Gericht und die Parteien der deutschen Sprache zu bedienen haben, soweit das Gericht keine Ausnahme gestattet.

3.3 Die Eingaben der im Rubrum aufgezählten Beschwerdeführer wurden teils in deutscher, überwiegend aber in französischer Sprache eingereicht. Die in französischer und in deutscher Sprache abgefassten Beschwerden sind inhaltlich jedoch identisch. Von den Beschwerdeführern zu verlangen, dass sie die Beschwerde verbessern und diese in der im Kanton Schwyz geltenden Amtssprache Deutsch einreichen, wäre deshalb wohl überspitzt formalistisch gewesen, weshalb darauf verzichtet wurde. Weil aber im Kanton Schwyz Deutsch die Amtssprache ist, wird der Beschwerdeentscheid allen Beschwerdeführern nur in deutscher Sprache zugestellt, unabhängig davon, ob sie ihre Beschwerde in deutscher oder französischer Sprache abgefasst haben.

4.1 Ausgangspunkt der vorliegend zu beurteilenden Beschwerden bilden die gegenüber den Beschwerdeführern getroffenen polizeilichen Massnahmen. Die verschiedenen Beschwerdeführer reisten am 1. August 2006 nach Brunnen, um von dort zur Bundesfeier auf das Rütli zu gelangen. In Brunnen wurden sie von der Polizei angehalten und an der Fortsetzung ihres Weges auf das Rütli gehindert. Die Polizei hat ihre Personalien aufgenommen und ihnen zudem eine „Wegweisungsverfügung“ ausgehändigt. Damit wurde den Beschwerdeführern verboten, am 1. August 2006 die Ortschaft Brunnen, inklusive Gebiete Wylen und Fallenbach zu betreten. Gegen diese „Wegweisungsverfügung“ sowie das Vorgehen der Polizeikräfte im Allgemeinen haben die Beschwerdeführer beim Regierungsrat Beschwerde erhoben.

4.2 Gegen Verfügungen kann bei der zuständigen Rechtmittelinstanz Verwaltungsbeschwerde erhoben werden (§ 44 der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Der Regierungsrat ist Beschwerdeinstanz für Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen kantonaler Amtsstellen (§ 45 Abs. 1 lit. b VRP). Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz 854; vgl. dazu auch § 6

C 17.1

VRP). Verfügungen ergehen in der Regel schriftlich (§ 30 Abs. 1 VRP) und müssen die in § 31 Abs. 1 VRP aufgezählten Elemente enthalten.

Realakte und Vollzugshandlungen sind diejenigen Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Diese Handlungsarten begründen in der Regel keine Rechte und Pflichten der Privaten. Realakte dienen unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 883).

4.3 Die Beschwerdeführer beanstanden, dass sie am 1. August 2006 in Brunnen von Polizeikräften angehalten, durchsucht und fotografiert worden seien. Bei diesen formlos durchgeführten polizeilichen Massnahmen handelt es sich zweifellos um Realakte. Die den Beschwerdeführern am 1. August 2006 ausgehändigte „Wegweisungsverfügung“ erfolgte zwar schriftlich (gemäss § 30 VRP), erfüllt aber die in § 31 Abs. 1 VRP umschriebenen formellen Voraussetzungen an eine Verfügung nur unzureichend. So fehlen darauf die Bezeichnung des Verfügungsadressaten, die Rechtsmittelbelehrung sowie die Unterschrift. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei dem den Beschwerdeführern am 1. August 2006 von Polizeikräften ausgehändigten Schreiben nicht um eine Verfügung im Sinne der Verwaltungsrechtspflegeverordnung handelt. Vielmehr wurde darin kurz der Inhalt des Realaktes, nämlich die Aufforderung zum Verlassen von Brunnen, festgehalten. Es stellt sich somit die Frage, ob gegen diese Realakte Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erhoben werden kann.

4.4 Die geltende Verwaltungsrechtspflegeverordnung sieht keine Beschwerdemöglichkeit gegen Realakte vor. In einem vergleichbaren Fall hat das Bundesgericht aber festgehalten, dass bei polizeilichen Wegweisungsmassnahmen allfällige Grundrechtseingriffe an den Ansprüchen auf Rechtsschutz im Lichte des Bundesverfassungsrechts sowie von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) in Verbindung mit dem kantonalen Verfahrensrecht zu messen sind. Hernach sind die Ansprüche auf eine wirksame Beschwerde aus Art. 13 EMRK zu untersuchen und die umstrittenen polizeilichen Massnahmen materiell auf ihre Verfassungsmässigkeit bzw. ihre Vereinbarkeit mit den EMRK-Garantien hin zu prüfen (nicht publizierte Erwägung 1.4 von BGE 130 I 369 ff.).

5. Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a BV). Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen aus-

schliessen. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da Art. 29a BV erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist, die umstrittenen polizeilichen Massnahmen jedoch bereits vorher angeordnet wurden.

Der Regierungsrat ist kein Gericht im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK. Ob die Beschwerdeführer durch die polizeilichen Anordnungen bzw. die „Wegweisungsverfügungen“ allenfalls in zivilrechtlichen Ansprüchen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK betroffen sind, müsste durch das Verwaltungsgericht geprüft werden.

6. Gemäss Art. 13 EMRK hat jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass durch die polizeilichen Massnahmen bzw. die ihnen ausgehändigte Wegweisungsverfügung verschiedene, in der Bundesverfassung verankerte Grundrechte verletzt worden seien. Vorab ist festzuhalten, dass Art. 13 EMRK eine wirksame Beschwerde ausschliesslich in Bezug auf Rechte und Freiheiten gemäss der Konvention und der Zusatzprotokolle einräumt. Eingriffe in Grundrechte nach der Bundesverfassung werden davon nicht erfasst. Für diese gelten die entsprechenden Verfahrensbestimmungen sowie Art. 29a BV (BGE 130 I 380, E. 7.1 mit Hinweisen), der im Zeitpunkt der Aushändigung der Wegweisungsverfügungen bzw. der Anordnung der polizeilichen Massnahmen jedoch noch nicht anwendbar war (vgl. oben Ziffer 5). Das Bundesrecht räumt den Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Überprüfung jeglichen staatlichen Handelns ein. Die Beschwerden sind deshalb lediglich insoweit entgegenzunehmen, als eine Verletzung der in der Menschenrechtskonvention garantierten Rechte und Freiheiten behauptet wird. Die Beschwerdeführer berufen sich in ihren Beschwerden jedoch einzig und allein auf in der Bundesverfassung garantierte Grundrechte. Deshalb muss im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob die Beschwerdeführer in Bezug auf die polizeilichen Anordnungen bzw. die „Wegweisungsverfügungen“ nach Art. 13 EMRK Anspruch auf eine wirksame Beschwerde haben, geprüft werden, ob die von ihnen angerufenen, bundesverfassungsmässigen Grundrechte auch durch die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert werden. Dabei ist vorweg zu ermitteln, welche in der EMRK garantierten Rechte und Freiheiten durch den Polizeieinsatz möglicherweise tangiert wurden.

6.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass mit den polizeilichen Massnahmen das Rechtsgleichheitsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sowie ihr Anspruch darauf, von den staatli-

C 17.1

chen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV), verletzt worden sei. Es erscheint fraglich, ob die Beschwerdeführer in ihren Beschwerden hinreichend konkret dargelegt haben, worin diese Diskriminierung bzw. worin das willkürliche Verhalten der Polizeikräfte bestanden haben soll. Letztlich kann diese Frage aber offen gelassen werden.

6.1.1 In Art. 8 Abs. 2 BV hat der schweizerische Verfassungsgeber in den Grundzügen die internationalen Grundrechtsgarantien aufgenommen, wie sie insbesondere in Art 14 EMRK und verschiedenen Bestimmungen des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) enthalten sind (BGE 129 I 398, E. 3.2.2 mit weiteren Hinweisen). Art. 14 EMRK enthält ebenfalls ein Diskriminierungsverbot. Dieses wird allerdings nur im Zusammenhang mit den in der Konvention oder in Zusatzprotokollen garantierten Rechten gewährleistet. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK entspricht nicht nur dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, sondern schützt im Anwendungsbereich der Konventionsrechte auch vor qualifizierter Diskriminierung (Rainer J. Schweizer, Kommentar BV, N 6 zu Art. 8 BV; BGE 132 I 57 E. 5.4). Auf eine gestützt auf Art. 13 EMRK entgegenzunehmende Beschwerde ist deshalb in Bezug auf das geltend gemachte Diskriminierungsverbot einzutreten, soweit dieses im Zusammenhang mit in der Konvention oder in Zusatzprotokollen garantierten Rechten steht.

6.1.2 Die Europäische Menschenrechtskonvention kennt keine Bestimmung, welche mit Art. 9 BV vergleichbar ist. Beim Willkürverbot handelt es sich somit um eine Grundrechtsgarantie, welche nur in der Bundesverfassung, nicht aber in der Menschenrechtskonvention verankert ist. Handelt es sich beim Willkürverbot somit nicht um eine Konventionsgarantie, ist Art. 13 EMRK nicht anwendbar.

6.2 Die Beschwerdeführer wurden am 1. August 2006 von Polizeikräften kontrolliert, an der Weiterreise auf das Rütli gehindert und aus Brunnen weg gewiesen. Damit wurden sie unbestritten in ihrer Bewegungsfreiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV beeinträchtigt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird dadurch der Schutzbereich von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) aber nicht tangiert. Dieser Garantie kommt nicht die Bedeutung einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu. In den Schutzbereich fallen nur Massnahmen von einer gewissen Schwere und damit nicht jegliche Anordnung, welche sich auf die Lebensumstände des Einzelnen auswirkt. Daraus ergibt sich, dass Art. 8 EMRK die Bewegungsfreiheit nicht umfassend

garantiert. Im vorliegenden Fall können sich die Beschwerdeführer daher in Bezug auf die lediglich für einen bestimmten Zeitpunkt geltende polizeiliche Anordnung nicht auf Art. 8 EMRK berufen (BGE 130 I 372 ff., E. 2 mit zahlreichen Hinweisen), weshalb dagegen gestützt auf Art. 13 EMRK keine Beschwerdemöglichkeit bestehen muss. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die Rück- bzw. Wegweisung einer Person auch keinen Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK bzw. Art. 31 BV dar (BGE 130 I 374, E. 2), weshalb diese Garantien durch eine derartige polizeiliche Massnahme nicht betroffen werden. Auch insoweit ist auf die Beschwerde nach Art. 13 EMRK nicht einzutreten. Die Beschwerdeführer behaupten, dass sie am 1. August 2006 zu Unrecht festgenommen wurden. Aus ihren Beschwerden geht jedoch nicht hervor, welche Personen tatsächlich festgenommen wurden. Auf jeden Fall müssten sie sich gegen eine unrechtmässige Festnahme mit den dafür zur Verfügung stehenden strafprozessualen Mitteln zur Wehr setzen. Diese Fragen können nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens oder eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens sein.

6.3 Die Beschwerdeführer bringen zudem vor, dass sie durch die beanstandeten polizeilichen Anordnungen in ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) beeinträchtigt wurden.

Die Meinungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 2 BV bedeutet das Recht jeder Person, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. In engem Zusammenhang damit steht die Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Diese räumt jeder Person das Recht ein, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Auch Art. 10 EMRK räumt jedermann Anspruch auf freie Meinungsäusserung ein und schliesst die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe von Behörden ein. Insbesondere hat der Einzelne die Möglichkeit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen aktiv zu informieren und seine Auffassungen weiterzugeben oder in der Presse zu verbreiten. Für den vorliegenden Sachzusammenhang entspricht der Schutz durch die Konvention weitgehend demjenigen der Bundesverfassung.

Die Beschwerdeführer können sich schliesslich im Grundsatz auch auf Art. 19 UNO-Pakt II berufen. Danach hat jedermann das Recht auf unbehinderte Meinungsfreiheit und auf freie Meinungsäusserung. Dieses schliesst die Freiheit ein, Informationen und Gedankengut jeder Art zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben, und garantiert insoweit auch die Informationsfreiheit als Recht auf aktive Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Informationsquellen (BGE 130 I 374 f. E. 2 mit zahlreichen Hinweisen).

C 17.1

Aufgrund der Wegweisung war es den Beschwerdeführern verwehrt, an der Bundesfeier auf dem Rütli teilzunehmen und der Rede des dort anwesenden Festredners zu folgen. Deshalb wurden die Beschwerdeführer durch die umstrittenen polizeilichen Anordnungen insbesondere in ihrer Informationsfreiheit tangiert, weshalb Art. 13 EMRK eine wirksame Beschwerde gegen die behaupteten Verletzungen der Konventionsrechte verlangt.

6.4 Die Beschwerdeführer machen eine Verletzung der Versammlungsfreiheit geltend. Die Versammlungsfreiheit wird von Art. 22 BV bzw. Art. 11 EMRK gewährleistet, wobei Art. 11 EMRK nicht über die Tragweite von Art. 22 BV hinausgeht. Auch Art. 21 UNO-Pakt II garantiert die Versammlungsfreiheit. Die Versammlungsfreiheit verbietet staatliche Massnahmen gegen Einberufung, Organisation, Durchführung oder Gestaltung einer Versammlung oder gegen die Teilnahme bzw. Nichtteilnahme an einer solchen. Zu den Versammlungen im Sinne von Art. 22 BV gehören verschiedenste Formen des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen, gegenseitig meinungsbildenden, -äussernden oder -austauschenden Zweck (BGE 132 I 56 E. 5.3 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen für die Berufung auf die Versammlungsfreiheit sind im vorliegenden Fall gegeben. Die Beschwerdeführer wurden durch die umstrittenen Verfügungen daran gehindert, zusammen mit andern Personen auf dem Rütli an der nachmittäglichen Bundesfeier teilzunehmen.

6.5 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass mit der Personenkontrolle und den von der Polizei erhobenen Daten gegen Art. 13 Abs. 2 BV, wonach jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten hat, verstossen wurde. Die Beschaffung, Aufbewahrung, Verwendung und Bekanntgabe persönlicher Daten berührt die nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Privatsphäre (vgl. BGE 122 I 362 E. 5a mit Hinweisen; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage Zürich 1999, N. 567). Insoweit sind die Beschwerdeführer in einer Konventionsgarantie tangiert.

6.6.1 Die Beschwerdeführer behaupten zudem, dass die polizeilichen Massnahmen in demütigender Weise erfolgt seien. Sinngemäss machen sie damit auch geltend, dass das Vorgehen der Polizei gegen das Verbot der erniedrigenden Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) verstosse. Gemäss Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Dies gilt auch für polizeiliche Massnahmen (vgl. dazu BGE 131 I 455 ff.).

6.6.2 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hat dann, wenn jemand in vertretbarer Weise behauptet, von der Polizei in einer Art. 3 EMRK verletzenden Weise misshandelt worden zu sein, eine wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung stattzufinden. Die Untersuchung muss zur Ermittlung und Bestrafung der Verantwortlichen führen können. Der Europäische Gerichtshof leitet den Anspruch auf eine vertiefte und wirksame Untersuchung bei vertretbarer Behauptung einer Art. 3 EMRK verletzenden Behandlung ebenso aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK ab. Diese Bestimmung verlangt überdies den wirksamen Zugang des Klägers zum Untersuchungsverfahren (BGE 131 I 462 f. E. 1.2.5).

6.6.3 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die Polizeiorgane die betroffenen Personen gezielt demütigen wollten, indem sie diese polizeilichen Kontrollmassnahmen (Festhalten, Durchsuchen, Fotografieren usw.) bewusst in der Öffentlichkeit und vor den Augen der Medien vorgenommen hätten. Es liegen indessen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Behauptung der Beschwerdeführer zutrifft und die polizeilichen Kontrollen in (bewusst) demütigender Weise durchgeführt wurden. Unbestritten ist, dass die Polizeiorgane im Rahmen ihres Auftrags die Personen, welche auf das Rütli gelangen wollten, sowie weitere Personen, welche möglicherweise eine Gefahr für die Ruhe, Ordnung und Sicherheit darstellten, kontrollieren mussten. Dafür mussten die Polizeiorgane diese Personen einer Personenkontrolle unterziehen. Dass aufgrund der Ereignisse der vergangenen Jahre die Medien zur Berichterstattung vor Ort waren, kann nicht den Polizeiorganen angelastet werden. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Polizeiorgane diese Kontrollen in unverhältnismässiger bzw. erniedrigender Weise durchgeführt haben. Die Behauptung der Beschwerdeführer, wonach die polizeilichen Massnahmen in demütigender Weise erfolgt seien, entbehrt jeglicher Grundlage.

6.7 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass mit dem Polizeieinsatz vom 1. August 2006 und den ausgehändigten Wegweisungsverfügungen die Beschwerdeführer lediglich in ihren Rechten gemäss Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot), Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit), Art. 11 EMRK (Versammlungsfreiheit) sowie Art. 8 EMRK (Datenschutz) tangiert wurden. Insoweit ist Art. 13 EMRK anwendbar und gestützt auf diese Bestimmung ist eine wirksame Beschwerde gegen die behauptete Verletzung dieser in der Konvention garantierten Grundrechte erforderlich. Soweit Art. 13 EMRK anwendbar ist bzw. eine wirksame Beschwerde gegen behauptete Verletzungen von in der Konvention garantierten Grundrechten verlangt, ist die Verwal-

C 17.1

tungsrechtspflegeverordnung nicht vollumfänglich, sondern lediglich analog anzuwenden (BGE 130 I 379 E. 6.1).

(...)

8. Die Rügen der Beschwerdeführer sind ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel der Menschenrechtskonvention (bzw. des UNO-Paktes II) zu prüfen. Dies entspricht den Vorgaben von Art. 13 EMRK, welcher akzessorischer Natur ist und eine wirksame Beschwerde ausschliesslich in Bezug auf Rechte und Freiheiten gemäss der Konvention und der Zusatzprotokolle einräumt (BGE 130 I 380 E. 7.1).

8.1 Die Freiheit der Meinungsäusserung nach Art. 10 EMRK sowie die Versammlungsfreiheit nach Art. 11 EMRK sind nicht grenzenlos gewährleistet. Beide Konventionsgarantien können nach den Vorgaben der jeweiligen Ziffer 2 eingeschränkt werden. Einschränkungen der Freiheit der Meinungsäusserung und der Versammlungsfreiheit sind insbesondere zulässig, soweit sie vom Gesetz vorgesehen sind und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen und der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral sowie des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind (Art. 10 Ziffer 2 und Art. 11 Ziffer 2 EMRK). Diese Kriterien entsprechen weitgehend den Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen nach Art. 36 BV, nämlich dem Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, eines überwiegenden öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (BGE 130 I 380 f. E. 7.2 mit Hinweisen). Die in Art. 36 BV enthaltenen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten sind nicht nur in Bezug auf die Einschränkung der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit zu beachten, sondern auch im Hinblick auf die Beurteilung eines allfälligen Eingriffs in die Privatsphäre der Beschwerdeführer (Datenschutz, Art. 8 EMRK).

8.2.1 In der vom Kantonsrat am 22. März 2000 erlassenen Verordnung über die Kantonspolizei (PoIVO, SRSZ 520.110) sind die gesetzlichen Grundlagen für das polizeiliche Handeln detailliert geregelt. Gemäss § 9 Abs. 1 und 2 PoIVO kann die Kantonspolizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben Personen anhalten und ihre Identität feststellen. Angehaltene Personen müssen auf Verlangen ihre Personalien angeben und mitgeführte Ausweise vorlegen. Die Kantonspolizei kann auch Personen im Rahmen ihrer polizeilichen Aufgaben vorladen und befragen und zu diesem Zweck auf die Polizeidienststelle mitnehmen (§ 10 PoIVO). Weiter kann die Kantonspolizei erkenntnisdienliche Massnahmen wie z.B.

das Erstellen von Fotos vornehmen, wenn die Feststellung der Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist (§ 14 Abs. 1 lit. b sowie Abs. 2 PolVO). Besteht kein hinreichender Grund zur Registrierung erkennungsdienstlicher Unterlagen, sind diese von Amtes wegen zu vernichten und entsprechende Registraturhinweise zu löschen (§ 14 Abs. 4 PolVO). Die Kantonspolizei kann Personen durchsuchen, wenn dies zur Identitätsfeststellung erforderlich ist (§ 15 Abs. 1 lit. d PolVO). In § 16 PolVO ist zudem geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Polizei zur Durchsuchung von Sachen befugt ist. Überdies kann die Kantonspolizei vorübergehend Personen von einem Ort wegweisen oder fernhalten, wenn sie Einsätze zur Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung, insbesondere durch Polizeikräfte, Schadenwehr oder Rettungsdienste, behindern (§ 19 lit. b PolVO).

8.2.2 Mit diesen Bestimmungen in der Polizeiverordnung besteht grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage für die von den Polizeiorganen am 1. August 2006 vorgenommenen polizeilichen Massnahmen, insbesondere für die gegenüber den Beschwerdeführern angeordnete Wegweisung aus Brunnen. Abgesehen davon könnte sich die Kantonspolizei für ihren Einsatz wohl auch auf die polizeiliche Generalklausel berufen. Die polizeiliche Generalklausel erlaubt Grundrechtseingriffe und tritt unter den von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen an die Stelle einer materiellen gesetzlichen Grundlage (BGE 130 I 381 E. 7.3). In Art. 36 Abs. 1 BV ist denn auch ausdrücklich festgehalten, dass das Erfordernis der gesetzlichen Grundlagen in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr nicht erfüllt sein muss.

8.2.3 Bleibt zu prüfen, ob für diese Massnahmen und Wegweisungen ein öffentliches Interesse bestand und ob diese verhältnismässig waren.

8.3 Die Beschwerdeführer stellen auch das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses am polizeilichen Handeln und an den damit verbundenen Grundrechtseingriffen in Frage. Für die Beurteilung dieser Frage drängt es sich auf, kurz auf die Ereignisse auf dem Rütli und in Brunnen in den vergangenen Jahren einzugehen.

8.3.1 Im Vorfeld des Nationalfeiertages des Jahres 2005 ersuchte das „Bündnis für ein Buntes Brunnen“ um die Bewilligung für eine Platzkundgebung am 1. August 2005 auf dem Auslandschweizerplatz bzw. allenfalls bei der Schiffflände in Brunnen. Bereits am Nationalfeiertag des Jahres 2004 konnte eine drohende Eskalation bzw. Konfrontation

C 17.1

zwischen linken und rechten Kreisen gerade noch verhindert werden. Somit bestanden mehrfache und genügend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die vom „Bündnis für ein Buntes Brunnen“ am 1. August 2005 geplante Platzkundgebung durch anders denkende Kreise gestört werden und es zu gewalttätigen Ausschreitungen kommen könnte. Aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit von Ausschreitungen wurde denn auch die Bewilligung für die vom „Bündnis für ein Buntes Brunnen“ geplante Platzkundgebung verweigert.

Trotz dieses Demonstrationsverbotes kam es am 1. August 2005 erneut zu einem Aufmarsch rechtsgerichteter Gruppierungen auf dem Rütli und zu Störungen der Bundesfeier durch diese Kreise. Mit Zwischenrufen wurde der damalige Festredner Bundesrat Samuel Schmid mehrfach in seiner Rede unterbrochen und beschimpft. Den Rückweg vom Rütli benutzten diese rechtsgerichteten Gruppierungen zu einer nicht bewilligten Demonstration auf der Strasse von der Schiffsstation zum Bahnhof Brunnen. Ein erneutes Gesuch des „Bündnis für ein buntes Brunnen“ für die Durchführung einer Platzkundgebung am 1. August 2006 wurde vom Gemeinderat Ingenbohl abgewiesen und dieser Entscheid vom Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz (VGE 818/06 v. 24. Mai 2006) sowie dem Bundesgericht (Entscheid 1P.396/2006 vom 4. September 2006) bestätigt.

8.3.2 Nach den Erfahrungen aus den Vorjahren sowie dem erneut abgelehnten Gesuch des „Bündnis für ein buntes Brunnen“ zur Durchführung einer Platzkundgebung musste damit gerechnet werden, dass es auch am 1. August 2006 zu einem Aufmarsch extremistischer Gruppierungen in Brunnen und zu Störungen der Bundesfeier auf dem Rütli kommen könnte. Um insbesondere das letztgenannte zu verhindern, sah sich die Rütlikommission als Veranstalterin der Bundesfeier auf dem Rütli veranlasst, das sogenannte Ticketsystem einzuführen. Mit diesem System wollte die Rütlikommission den Zutritt auf das Rütli nur denjenigen Personen gestatten, welche vorgängig um ein Eintrittsticket für diese Bundesfeier ersucht und ein solches auch erhalten hatten. Aufgrund der oben geschilderten Ereignisse in den Vorjahren war jedoch zu erwarten, dass auch militante Personen, welche kein Eintrittsticket für die Rütlifeier erhalten hatten, versuchen würden, auf das Rütli zu gelangen.

8.3.3 Die Kantonspolizei Schwyz hatte im Zusammenhang mit dem 1. August 2006 den generellen Auftrag, für Ruhe, Ordnung und Sicherheit auf dem Kantonsgebiet zu sorgen. In erster Linie bestand dieser Auftrag darin, in Brunnen (aber auch in anderen Ortschaften im Kanton Schwyz) Ausschreitungen, Konfrontationen zwischen linken und rechten Kreisen sowie die Durchführung nicht bewilligter Demonstrationen zu

verhindern. Dass die Polizei in diesem Zusammenhang auch kontrollierte, ob die in Brunnen anwesenden Personen über ein Eintrittsticket für das Rütli verfügten, sowie zur Aufrechterhaltung von Ruhe, Ordnung und Sicherheit militanten Personen den Zutritt dorthin auch verweigern und solche Personen aus Brunnen weg weisen musste, liegt auf der Hand.

8.3.4 Um den Zutritt nicht berechtigter Personen auf das Rütli zu verhindern, musste die Kantonspolizei prüfen, ob die Zutritt ersuchenden Personen über ein Eintrittsticket verfügen. Dafür waren generell Personenkontrollen in Brunnen nötig. Zudem mussten die Polizeiorgane auch abklären, ob die um Zutritt ersuchende Person auch tatsächlich rechtmässige Besitzerin dieses Tickets war. Dafür war es unumgänglich, dass sie die Identität der um Zutritt ersuchenden Personen feststellen mussten. Weiter musste die Kantonspolizei Schwyz Personen ohne Eintrittsticket den Zutritt zur Bundesfeier auf dem Rütli verweigern, um eine störungsfreie Durchführung dieser Veranstaltung zu ermöglichen. Ebenso bestand ein erhebliches öffentliches Interesse daran, jegliche Ansammlung militanter bzw. gewaltbereiter Personen der rechten oder linken Szene in Brunnen zu verhindern und dadurch das Risiko von Ausschreitungen bzw. Konfrontationen auf ein Minimum zu beschränken. Damit solche Personen identifiziert werden konnten, mussten die erforderlichen Personenkontrollen sowie Massnahmen zur Abklärung der Identität durchgeführt werden. Auch die von der Kantonspolizei Schwyz ausgesprochenen Wegweisungen sind in diesem Licht zu sehen.

8.3.5 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit in Brunnen und auf dem Rütli ein erhebliches öffentliches Interesse an den von den Polizeiorganen am 1. August 2006 getroffenen polizeilichen Anordnungen (Personenkontrollen, Abklärung der Identität, erkennungsdienstliche Massnahmen, Wegweisung) bestand.

8.4 Diese Eingriffe in die von der Menschenrechtskonvention garantierten Rechte und Freiheiten waren auch verhältnismässig.

8.4.1 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass insbesondere bei Grossanlässen ein allgemeines öffentliches Interesse am Schutz von Ordnung und Sicherheit bestehe und dass das mit nicht bewilligten Demonstrationen verbundene Sicherheits- und Gefahrenrisiko für unbeteiligte Dritte eine Einschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Das Bundesgericht hat es mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit als vereinbar betrachtet, wenn mit polizeilichen Massnahmen eine nicht bewilligte Demonstration verhindert und

C 17.1

der Zugang zu einem bestimmten Ort (vorübergehend) eingeschränkt wird (BGE 130 I 383 f. E. 7.4).

8.4.2 Die von der Kantonspolizei vorgenommenen Absperrungen, Personenkontrollen und Wegweisungen von nicht eindeutig als risikolos identifizierten Personen waren ohne Zweifel geeignete Massnahmen, um allfälligen nicht bewilligten Demonstrationen und Ausschreitungen in Brunnen sowie allfälligen Störungen der Bundesfeier auf dem Rütli entgegen zu wirken. Die Beschwerdeführer begaben sich am 1. August 2006 nach Brunnen, um von dort auf das Rütli zu gelangen und an der Bundesfeier teilzunehmen. Die Polizeiorgane haben ihnen den Zutritt zum Rütli jedoch verweigert und sie auch aus Brunnen weg gewiesen. Darin ist keine schwerwiegende Beeinträchtigung der Beschwerdeführer in ihrer Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu erkennen. Zum einen waren sie (mit Ausnahme des Beschwerdeführers D.) nicht im Besitz eines von der Rütlikommission ausgestellten Eintrittstickets. Nach der dem Ticketsystem zu Grunde liegenden Idee der Rütlikommission waren sie somit auch nicht zur Anwesenheit bzw. Teilnahme an der Bundesfeier auf dem Rütli befugt. Zum andern machen sie auch nicht geltend, dass sie ein besonders gewichtiges Interesse an einer Anwesenheit in Brunnen bzw. an einer Teilnahme an der Bundesfeier auf dem Rütli hatten. Allein das Argument der Beschwerdeführer, dass sie als Patrioten den Nationalfeiertag auf dem Rütli begehen wollten, kann nicht als besonders gewichtiges Interesse taxiert werden und lässt angesichts der angespannten Situation in Brunnen die Verweigerung des Zutritts zum Rütli und die angeordnete Wegweisung aus Brunnen noch nicht als schweren Eingriff in die Meinungs- und Versammlungsfreiheit erscheinen.

8.4.3 In diesem Zusammenhang waren auch die von den Polizeiorganen vorgenommenen Personenkontrollen, Identitätsabklärungen sowie erkennungsdienstlichen Massnahmen geeignet, um die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit aufrecht zu erhalten. Insbesondere das Fotografieren der weg gewiesenen Personen war im Hinblick auf die Ahndung eines allfälligen Verstosses gegen die angeordnete Wegweisung (vgl. die Androhung von Art. 292 StGB sowie des Polizeigewahrsams) durchaus angezeigt. Mit diesen Massnahmen konnte zumindest teilweise verhindert werden, dass weg gewiesene, gewaltbereite Personen umgehend an einer anderen Stelle versuchen würden, Zutritt zum Rütli zu erlangen oder sich weiter in Brunnen aufzuhalten.

Im Vorfeld der Bundesfeier vom 1. August 2006 war einer breiten Öffentlichkeit aufgrund der Berichte in den Massenmedien bekannt, dass nur Personen mit einem Eintrittsticket der Rütlikommission zur Teilnahme an der Bundesfeier auf dem Rütli zugelassen werden, Personen ohne

Eintrittsticket jedoch der Zugang zum Rütli verwehrt wird. Die Beschwerdeführer mussten sich aufgrund dieser Umstände bewusst sein, dass sie in Brunnen kontrolliert werden, wenn sie auf das Rütli gelangen wollen. Insoweit konnten sie von den Vorgängen in Brunnen nicht überrascht sein. Wenn sie sich trotzdem ohne Eintrittsticket für das Rütli nach Brunnen begaben, so nahmen sie damit in Kauf, von den Polizeiorganen kontrolliert und am Zutritt zum Rütli gehindert zu werden. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, dass die von der Polizei vorgenommenen Abklärungen (Personenkontrollen, Identitätsfeststellung, Durchsuchungen, erkennungsdienstliche Massnahmen) in einer die Menschenwürde verletzenden Art durchgeführt wurden. Unvermeidlich war, dass ein Teil der polizeilichen Massnahmen (Personenkontrollen, Identitätsfeststellung, Durchsuchungen, erkennungsdienstliche Massnahmen) in der Öffentlichkeit stattfand. Diese Kontrollen mussten sämtliche Personen über sich ergehen lassen, also auch solche, welche ein Eintrittsticket für die Bundesfeier auf dem Rütli besaßen.

8.4.4 Die Polizeiorgane, welche den Zutritt zum Rütli kontrollierten, mussten damit rechnen, dass es auch militanten Personen gelungen war, direkt von der Rütlikommission oder über Strohmänner in den Besitz von Eintrittstickets für das Rütli zu gelangen. Im Hinblick auf die Aufrechterhaltung von Ruhe, Ordnung und Sicherheit mussten die Polizeiorgane letztlich vor Ort entscheiden, ob es sich bei den Besitzern der Eintrittstickets um friedfertige oder militante Personen handelt. Die Polizeiorgane konnten und mussten Personen, welche in ihren Augen als gewaltbereit einzustufen waren, den Zutritt zum Rütli trotz Eintrittsticket verweigern. Der Beschwerdeführer D. besass zwar ein Eintrittsticket für die Bundesfeier auf dem Rütli. Aus dem Umstand, dass die Rütlikommission ihm ein solches Ticket zugestellt hatte, konnte er aber nicht ableiten, dass er nun ungehinderten Zugang zur Bundesfeier auf dem Rütli erhalten würde. Er konnte sich vor Ort offenbar nicht mit einem amtlichen Ausweis als rechtmässiger Besitzer bzw. Inhaber dieses Tickets legitimieren, obschon auf dem Eintrittsticket ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass dies erforderlich ist. Diese Vorsichtsmassnahme war durchaus angezeigt, da zu erwarten war, dass auch militante Personen über Strohmänner Eintrittstickets bezogen haben könnten. Es ist nahe liegend, dass die Polizeiorgane, welche angesichts der besonderen Situation rasch handeln mussten, den Beschwerdeführer D. gerade wegen des fehlenden amtlichen Ausweises zu dieser Kategorie von gewaltbereiten Personen gezählt haben und ihm trotz des Eintrittstickets den Zutritt zum Rütli verweigert und ihn aus Brunnen weg gewiesen haben. Aufgrund der knappen Zeit ist auch nicht zu beanstanden, dass dem Beschwerdeführer D. keine Gelegenheit geboten wurde, sich einen amtlichen Ausweis zu besorgen.

C 17.1

Somit ist es zwar bedauerlich, dass dem Beschwerdeführer D. der Zutritt zum Rütli verweigert und er aus Brunnen weg gewiesen wurde. Aufgrund der besonderen Situation ist diese Einschränkung in den Grundrechten jedoch hinzunehmen. Die Vorinstanz hat denn auch in der Vernehmlassung ihr Bedauern darüber zum Ausdruck gebracht.

8.5 Die Beschwerdeführer wurden nicht wegen ihrer weltanschaulichen oder politischen Überzeugung den oben erwähnten polizeilichen Kontrollmassnahmen unterworfen oder aus Brunnen weg gewiesen. Grund der Kontrollmassnahmen sowie der Wegweisungsverfügung war vielmehr die Absicht der Polizei, Störungen der Bundesfeier auf dem Rütli sowie Störungen durch nicht bewilligte Demonstrationen oder allfällige Zusammenstösse rechter und linker Gruppierungen in Brunnen zu verhindern. Das Verbot der Weiterreise der Beschwerdeführer auf das Rütli bzw. deren Wegweisung aus Brunnen erfolgte deshalb nicht wegen ihrer Gesinnung, sondern allein im Hinblick darauf, derartige Störungen zu verhindern. In diesem Sinne liegt auch keine Diskriminierung der Beschwerdeführer vor.

8.6 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass mit dem Polizeieinsatz vom 1. August 2006 ihr Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten verletzt wurde, gilt es ebenfalls festzuhalten, dass sie aufgrund der Ereignisse aus den Vorjahren und den Berichten in den Massenmedien damit rechnen mussten, dass sie in Brunnen kontrolliert und erkennungsdienstlich erfasst werden. Die Kantonspolizei ist bei der Bearbeitung von polizeilichen Daten an die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des Kantons sowie allfällige Spezialbestimmungen des Bundes gebunden (§ 4 PolVO). Gemäss den Angaben auf der Wegweisungsverfügung werden zudem die im Zusammenhang mit der Wegweisungsverfügung vom 1. August 2006 erhobenen Daten und Bilder nach Ablauf der dreimonatigen Strafantragsfrist gelöscht. Mit den von den Beschwerdeführern erhobenen Daten haben die Polizeiorgane den Anspruch der Beschwerdeführer vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten nicht verletzt.

9.1 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Einschränkung der in der Menschenrechtskonvention enthaltenen Rechte und Freiheiten der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Teilnahme der Bundesfeier auf dem Rütli und dem Aufenthalt in Brunnen am 1. August 2006 rechtmässig war. Die Beschwerden sind somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

(RRB Nr. 711 vom 30. Mai 2007).

Gemeinderatsmandate mit unterschiedlicher Amtsdauer (zur Auslegung von § 32 Abs. 3 GOG)

von Dr. Martin Ziegler¹, Kantonsgerichtspräsident Schwyz

§ 32 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG; SRSZ 152.100) lautet in der geltenden Fassung vom 10. Februar 1999 wie folgt (Majorzwahl der Gemeinderäte):

Sind bei einer Erneuerungswahl gleichzeitig Gemeinderatssitze mit vier- und zweijähriger Amtsdauer zu besetzen, gilt für die Gewählten jene Amtsdauer, für die sie sich mit der Unterzeichnung ihres Wahlvorschlags zur Verfügung gestellt haben. Reichen die Sitze mit entsprechender Amtsdauer hierfür nicht aus, ist die höhere Stimmenzahl unter diesen Gewählten massgebend; verbleiben hingegen Sitze für beide Amtsdauern, werden unter den weitem Gewählten solche mit vierjähriger Amtsdauer in der Reihenfolge ihrer Stimmenzahl verteilt. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Los.

Ausgangspunkt der Regelung war, dass der Regierungsrat damals eine einheitliche Wahl für die *vier- und zweijährigen* Amtsdauern von Gemeinde- (und Bezirks)räten in der Weise einführen wollte, dass die Mandatsbesetzung allein in der Reihenfolge der Stimmenzahl erfolgen sollte, d.h. die Kandidierenden mit höherer Stimmenzahl für die längere Amtsdauer gewählt wären (vgl. RRB Nr. 1836/1998 S. 11 und 50/1999 S. 2 f.). Das Parlament und seine Kommission dagegen wollten primär die persönliche, d.h. unterschriebene Amtsdauererklärung (Kandidatur) und erst in zweiter Linie die Stimmenzahl *unter den Gewählten* für die Amtsdauerzuteilung als massgeblich erklären (KR-Prot. 10.2.1999 S. 1015 ff.; Ko-Prot. 27.11.1998 S. 22 f. und 21.12.1998 S. 15 ff.).

Daraus ergeben sich m.E. folgende Konsequenzen für die Auslegung des nicht leicht verständlichen Gesetzestextes:

1. Das *absolute Mehr* muss gestützt auf die diesbezüglich klaren Materialien *einheitlich* errechnet werden (gl.M. Instruktionen der Staatskanzlei vom 4. November 1999 S. 4), zumal die Gewählten andernfalls nicht

¹ Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder, der anlässlich der Gesetzesberatung Präsident der kantonsrätlichen Rechts- und Justizkommission war.

ohne weiteres ermittelt werden können und auch Probleme mit Doppelkandidaturen entstünden, die auf demselben Wahlzettel nicht zulässig sind. Für das Mehr werden nach heutigem Recht alle gültigen Stimmen durch die doppelte Anzahl aller Mandate geteilt und der Quotient auf die nächste ganze Zahl erhöht (vgl. § 41 Abs. 2 WAG i.d.F. vom 23. November 2005). Dabei sind jeder kandidierenden Person auch die „wilden“ Stimmen anzurechnen (unabhängig davon, ob darauf eine Amtsdauer oder eine solche abweichend von der offiziellen Kandidatur genannt ist).

2. *Gewählt* sind die Kandidierenden, die das absolute Mehr erreichen und am meisten Stimmen erhalten, und zwar in einer 1. Verteilung unabhängig von der Amtsdauer.

Von den Gewählten werden in einer 2. Verteilung sodann zunächst die Kandidaturen mit *persönlicher Amtsdauererklärung* auf die vier- und zweijährigen Mandate verteilt. Bestehen für eine Amtsdauer zu wenig Sitze, sind die verbleibenden Kandidierenden unabhängig von ihrer Kandidatur für die andere Amtsdauer gewählt (vorausgesetzt, sie treten das Amt an, andernfalls es zu einer Nachwahl kommt).

Die Gewählten ohne Amtsdauererklärung werden auf die weiteren Sitze verteilt, wobei Kandidierende mit *höherer Stimmenzahl* zunächst die vierjährigen und dann die zweijährigen Sitze besetzen (3. Verteilung).

3. *Wilde Kandidaturen* können zwar einen Hinweis auf die Amtsdauer enthalten, doch ist dieser Hinweis unbeachtlich, weil die „Unterzeichnung“ des Wahlvorschlags hierfür massgebend ist. Allerdings liesse der Gesetzeswortlaut zu, dass auch „wilde“ Kandidaturerklärungen unterzeichnet werden könnten (a.M. Instruktionen S. 8).

4. Daraus ergibt sich *in concreto* Folgendes:

a) Eine Auslegung, wonach die Gewählten prioritär entsprechend ihrer Amtsdauererklärung ermittelt würden, widerspräche m.E. sowohl dem Gesetzestext wie auch dem historischen Willen des Gesetzgebers. Gemäss Satz 1 leg.cit. „gilt die Amtsdauer“ nur für „Gewählte“; als letztere gelten nicht all diejenigen, die absolute Mehr erreicht haben, sondern nur solche, die nicht als „Überzählige“ ausscheiden (was nach alter Berechnungsweise des absoluten Mehrs zwar selten vorkam, jedoch nicht ausgeschlossen war, weshalb die geltende Berechnungsweise nach § 41 Abs. 2 WAG daran nichts geändert haben kann). § 32 Abs. 3 GOG kommt damit nur, aber immerhin bei der „zweiten Verteilung“ zur Anwendung, wie das folgende Beispiel, nach welchem *drei* Mandate auf 4 Jahre und *zwei* auf 2 Jahre zu vergeben sind, veranschaulicht:

A (Kandidatur für 4 Jahre):	100 Stimmen
B (2 Jahre):	90 Stimmen
C (4 Jahre):	85 Stimmen
D (4 Jahre):	82 Stimmen
E (4 Jahre):	75 Stimmen
F (2 Jahre):	72 Stimmen

Gewählt sind nach diesem Beispiel die Kandidierenden A bis E, wobei E nur für zwei Jahre (wäre demgegenüber die Amtsdauererklärung bereits für die Ermittlung der Gewählten massgebend, wäre F statt E gewählt, da nur drei Mandate auf 4 Jahre zu vergeben sind).

b) Die Amtsdauer, sofern persönlich erklärt, muss auf dem Wahlvorschlag für jede Kandidatur ersichtlich sein, damit die Stimmenden über darüber informiert sind (vgl. Instruktionen a.a.O., wobei m.E. *leere* Linien keinen Amtsdauerhinweis enthalten sollten). Wilde Kandidaturen sind für die Feststellung der Gewählten gleich zu behandeln und gelten nicht erst dann als gewählt, wenn die offiziellen Kandidierenden auf die Plätze „verteilt“ sind (vgl. Instruktionen S. 8). Es gilt *ein* absolutes Mehr, für das alle Stimmen, ob „wild“ oder nicht, zählen. Wilde Kandidaturen sind nur (aber immerhin) insofern benachteiligt, als sie (nach dem Gesagten wenigstens im Regelfall) keine Amtsdauerpriorität zum Ausdruck bringen können und insofern am Schluss zum Zuge kommen.

Zusammenfassend ist m.E. essentiell, dass in der 1. Verteilung (d.h. die Ermittlung der Gewählten) alle Stimmen gleich zählen und die Amtsdauererklärung auf dem Wahlvorschlag nur für die Mandatszuteilung unter den *gewählten* Personen (2. und 3. Verteilung) massgebend ist.

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abfälle, Ablagerung	C	3.1
Adhäsionsprozess	A	5.5
Alkoholkonsum (siehe Strassenverkehrsrecht)		
Allgemeine Anregung (Initiativrecht)	B	7.1
Allgemeines Verbot	A	4.4
Amtliche Verteidigung, Dauer	A	5.6
Anfechtung der Honorarnote	A	1.1
Anfechtungsfrist nach Art. 230 Abs. 1 OR	A	2.1
Anzeigepflicht bei widerrechtlichem Bauen	C	2.1
Arbeitsvergebung		
- Abbruch und Wiederholung	B	11.2
- aufschiebende Wirkung	B	11.1
- Ausschreibung (Investorenausschreibung)	B	11.5
- Ausschreibung (Public Private Partnership)	B	11.4
- Zuschlagskriterien	B	11.3
Arbeitsverhältnis, Streitigkeiten	A	3.1
Arresteinsprache	A	6.6
Ästhetikvorschriften und private Interessen	C	2.3
Attika, Gebäudehöhe und –abstand	C	2.2
Aufschiebende Wirkung	B	11.1
Aufsichtsbeschwerde	B	12.2
Ausnützungsübertragung	A	3.3
Ausschreibung (Submission)	B	11.4
Ausstandsbegehren, Verwirkung	C	2.2
Autonomie (Gemeinde)	B	8.2
Autowaschanlage	B	8.6

B

Badeverbot	A	4.4
Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)		
Beiladungsinteresse	B	1.5
Betriebsferien	A	6.5
Betriebsregisterauszug	A	6.1
Beurkundung, öffentliche	A	7.1

Bindung des Zivilrichters an
verwaltungsrechtlichen Entscheid A 3.3

D

Deponie C 3.1
Diätkosten B 2.1

E

Eignungskriterien (Submission) B 11.4
Einwirkung, übermäßige A 2.5
EMRK C 17.1
Entschädigungsanspruch (öffentlich-
rechtlicher) B 1.4
Ergänzungsleistungen (Hotelunterkunft/
Bio-Produkte) B 2.1
Ermessensunterschreitung B 8.5
Exequatur A 6.7

F

Flurgenossenschaft, Rechtsgrundlage
für die Rechnungsführung C 1.1
Formvorschriften, erbrechtliche A 2.4
Fristversäumnis (siehe Verfahren)
Führerausweisenzug (siehe
Strassenverkehrsrecht)

G

Gegenrechtserklärung A 7.1
Gemeingebrauch eines öffentlichen
Gewässers im Privateigentum A 4.4
Genugtuungsforderung B 1.4
Grundrechte C 17.1
Guckloch A 4.1 A 4.2

H

Herdengeläute		A	2.5	
Honorar des amtlichen Verteidigers	A	5.6	A	9.1

I

Immissionsschutz, öffentlich- und privatrechtlicher		A	2.5
Initiativrecht			
- Unzulässigkeit einer Initiative		B	7.1
Interesse			
- öffentliches		C	17.1
- schützenswertes		C	2.3

K

Kaution und Kostenvorschuss		A	3.1	
Kindergarten		C	8.1	
Kindesschutzmassnahmen		C	6.1	
Klageanhebung, direkte		A	3.2	
Klageverfahren				
- für Genugtuungsforderung aus staatlichem Handeln		B	1.4	
Konkurrenz, unechte		A	4.1	
Konkurseröffnung		A	6.5	
Koordinationsgebot		B	8.4	
Kostenvorschuss, Rechtsmittel	A	3.1	A	6.6
Kuhglockengeläut		A	2.5	

L

Leistungsbeschreibung (Submission)		B	11.4
Lugano-Übereinkommen		A	3.2

M

Mobilfunkantenne, Kontrolle der Strahlung		C	2.4
---	--	---	-----

N

Nachteil, schwer wiedergutzumachender	A	3.1
Nichteröffnung eines Strafverfahrens	A	5.3
Nichtigkeitsbeschwerde bei Kostenvorschuss	A	3.1
Notar	A	7.1
Nötigung	A	5.3
Nutzungsplaninitiative	B	7.1

P

Parteientschädigung		
- kein Anspruch bei widersprüchlichem Verhalten	B	1.7
Planungs- und Baurecht		
- Auskragung	C	2.2
- Beschwerdebefugnis einer Gemeinde	B	8.2
- Dachaufbaute	C	2.2
- Einordnung (Flachdachverbot?)	B	8.5
- Gerichtsferien	B	1.1
- Koordinationsgebot (Baubewilligung und Fällung eines geschützten Baums)	B	8.4
- nachträgliche Einsprache	B	8.3
- nachträgliches Baubewilligungsverfahren	B	8.3
- Nichteintreten auf privatrechtliche Baubeschränkungen im öffentl.-rechtl. Verfahren	B	8.1
- Parteistellung	C	2.2
- widerrechtliches Bauen	C	2.1
- Zonenkonformität (Autowaschanlage)	B	8.6
- Zuständigkeit für Schadenersatzbegehren nach § 82 Abs. 2 PBG	B	8.1
Prozessleitender Entscheid, Anfechtung	A	3.1
Public Private Partnership PPP	B	11.4

R

Realakt	C	17.1
Rechnungslegung von Flurgenossenschaften	C	1.1
Rechtshängigkeit	A	3.2
Rechtsmissbrauch	A	6.7

Rechtsmittel

- Berechnung der Frist und Wiederherstellung	C	16.1
- Berufungsfrist gegen Strafurteil einzig im Zivilpunkt	A	5.5
- Ende der Rekursfrist bei Betreibungsferien	A	6.5
- Legitimation bei unentgeltlicher Rechtsverbeiständung	A	1.1
Rechtsmittelbefugnis einer Gemeinde	B	8.2
Rechtsöffnung, definitive durch Zessionar	A	6.3
Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens	A	6.4
Rekurs, Unzulässigkeit bei Kostenvorschuss	A	3.1
Rückbehaltungsauftrag	C	16.1

S

Sachwalter in Schuldenbereinigung	A	6.8
Schadenersatzbegehren (Baurecht)	B	8.1
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht		
- Arresteinsprache	A 6.6	A 6.7
- Betreibungsregisterauszug		A 6.1
- Konkursöffnung		A 6.5
- Neues Vermögen		A 6.4
- Rechtsöffnung, definitive		A 6.3
- Schuldenbereinigung, einvernehmliche private		A 6.8
- Zahlungsbefehl im Vergleich mit deutschem Mahnbescheid		A 6.2
Schulpflicht, Beginn und Dauer	C	8.1
SKOS-Richtlinien	B	13.1
Sozialhilfe		
- Vorgehen bei überhöhten Wohnkosten	B	13.1
Strafbefehl, Einspracheverfahren	A	5.7
Strafprozessrecht		
- Adhäsionsprozess	A	5.5
- amtliche Verteidigung	A	5.6
- Einstellung	A	5.2
- Nichteröffnung	A	5.3
- Zeugnisverweigerungsrecht	A	5.1

Strafrecht			
- Nötigung	A		5.3
- unechte Konkurrenz	A		4.1
Strahlung (Mobilfunkanlage)	C		2.4
Strassenverkehrsrecht			
- Abgabe bestimmter Kontrollschilder	B		12.2
- Führen eines Fahrzeugs mit vereisten Scheiben (Guckloch-Fall), keine grobe Verkehrsregelverletzung	A	4.1	A 4.2
- Nichtbeherrschen eines Fahrzeugs	A		4.3
- Sicherungsentzug (Haaranalyse zur Abklärung des Alkoholkonsumverhaltens)	B		12.1
- Überholen eines Fahrzeugs	A		4.3
Streitwert, Bestimmung nach Ermessen	A		2.1
Sühneverfahren, Verzicht bei Dringlichkeit	A		3.2

T

Terrainveränderung, Bewilligungspflicht	C		3.1
Testament, Nichtigkeit	A		2.4
Trunksucht	B		12.1

U

Überwachung einer Hauszentrale	A		5.4
Unentgeltliche Rechtsvertretung	A		1.1
UNO-Pakt II	C		17.1
Urkundsperson	A		7.1

V

Verfahren			
- Ausstand	C		2.2
- Beiladungsinteresse (Alternativstandort)	B		1.5
- Einsprache- und Beschwerdebefugnis	C		2.3
- Fristversäumnis in Bausache	B		1.1
- Klageverfahren für Genugtuungsforderung	B		1.4
- Kostenvorschusspflicht des Arrestschuldners	A		6.6
- Parteientschädigung	B		1.7
- Realakt, Rechtsmittel	C		17.1

- Recht auf wirksame Beschwerde		C	17.1
- Rechtshängigkeit bei internat. Sachverhalt		A	3.2
- Rechtsmittelbefugnis einer Gemeinde		B	8.2
- Unzuständigkeit für privatrechtliche Vorbringen im öffentl.-rechtl. Baubewilligungsverfahren		B	8.1
Verhältnismässigkeit polizeilichen Handelns		A	5.2
Verkehrsregelverletzung, grobe	A 4.1	A	4.2
Vermögen, neues		A	6.4
Verrechnung im Vorkaufsfall		A	2.2
Versteigerung		A	2.1
Verurteilung, bedingte i.S.v. § 232 Abs. 2 ZPO		A	2.2
Vorfrage		A	3.3
Vorkaufsrecht		A	2.2
Vorsorgliche Massnahme		A	3.3

W

Wegweisung, polizeiliche		C	17.1
Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands		C	3.1
Wiederholung der Zustellung		C	16.1
Wohnkosten (überhöhte)		B	13.1

Z

Zahlungsbefehl, im Vergleich mit deutschem Mahnbescheid		A	6.2
Zession		A	6.3
Zeugnisverweigerung, unzulässige, Sanktionen		A	5.1
Zivilforderung im Strafbefehlsverfahren		A	5.7
Zivilprozessrecht			
- Exequatur		A	6.7
- Kostenvorschuss		A	3.1
- Streitwert		A	2.1
- Verurteilung, bedingte i.S.v. § 232 Abs. 2 ZPO		A	2.2

Zivilrecht

- StWEG-Verwalter, gerichtliche Abberufung, Frist		A	2.3	
- Testament, Nichtigkeit		A	2.4	
- Versteigerung		A	2.1	
- Vorkaufsrecht		A	2.2	
Zugriff, polizeilicher		A	5.2	
Zuschlagskriterien (Submission)	B	11.3	B	11.4
Zustellung eines deutschen Mahnbescheids		A	6.2	
Zustellungsvereitelung		C	16.1	

