

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide **2008**
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2008
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2008

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Straferichte	Seite 9
1.	Gerichtsordnung	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.2
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.8
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.5
6.	Schuldbetriebs- und Konkursrecht	6.1 – 6.5
7.	Beurkundung und Beglaubigung	7.1 – 7.2
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 77
1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	–
5.	Kausalabgaben	5.1 – 5.2
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.12
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.2
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 150
1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.3
3.	Umweltschutz	–
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Vormundschaftsrecht	6.1 – 6.3
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Erziehungswesen	–
9.	Strassenwesen	9.1
10.	Raumplanung	10.1 – 10.3
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	–

Sachregister

Seite 229

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgt nicht nur die Veröffentlichung in der Buchform, 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 2008 3 vom 2. April 2008, EGV-SZ 2008, B 1.7). 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 Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Krankenzusatzversicherung

2. Zivilrecht

- 2.1 Klageverzicht
- 2.2 Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Gerichtlicher Vergleich
- 3.2 Vergleich im Sühneverfahren
- 3.3 Rechtliches Gehör und Expertenernennung
- 3.4 Vertretung im Schlichtungsverfahren

4. Strafrecht

- 4.1 Bandenmässigkeit nach StGB
- 4.2 Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote (Art. 150^{bis} StGB)
- 4.3 Freiheitsberaubung mit vorangegangenem Hausfriedensbruch
- 4.4 Urkundenfälschung und Erschleichung einer Falschbeurkundung
- 4.5 Öffentlichkeit eines Werkareals nach SVG
- 4.6 Vorschriftsgemässe Ladung nach SVG
- 4.7 Überholweg von Fahrzeugen
- 4.8 Umweltstrafrecht

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Anklageinhalt
- 5.2 Opportunitätsprinzip
- 5.3 Einsprache gegen Strafbefehl
- 5.4 Ausländische Überwachungsanordnung
- 5.5 Revision von Strafverfügungen

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Nachlassbestätigung
- 6.2 Definitive Rechtsöffnung, Wechselkurs
- 6.3 Provisorische Rechtsöffnung, Lohnforderung
- 6.4 Konkurseröffnung und unentgeltliche Prozessführung
- 6.5 Konkurseröffnung über Geschäftsführer

- 7. **Beurkundung und Beglaubigung**
- 7.1 Notariats- und Grundbuchgebühren
- 7.2 Grundbuchbereinigung

B **Verwaltungsgericht**

Seite 77

1. Verfahren

- 1.1 Zulässigkeit der Sprungbeschwerde
- 1.2 Rechtsmittelweg (bei Wasseranschlussgebühren, siehe B 5.1)
- 1.3 Gehörsverletzung (im Verfahren vor IV-Stelle, siehe B 2.1)
- 1.4 Akteneinsichtsrecht (bei Submission, siehe B 11.1)
- 1.5 Gemeindeautonomieverletzung (Rügeerhebung durch Private)
- 1.6 Gebührenordnung (Überwälzung von externen Kosten)
- 1.7 Erlassgesuch (für rechtskräftig auferlegte Verfahrenskosten)

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

- 2.1 Rechtliches Gehör im Verfahren vor der IV-Stelle (Aktenbeizug, Vorbescheidverfahren)

**3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge /
Kranken- und Unfallversicherung**

- 3.1 Prämienverbilligung (Berücksichtigung von Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse seit der letzten Steuerveranlagung)

5. Kausalabgaben

- 5.1 Wasseranschlussgebühren (Anfechtung von Einspracheentscheiden der Wasserversorgung)
- 5.2 Wehrpflichtersatzabgabe (Abgabebefreiung eines Invaliden)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Unzulässige Initiative (Begehren um Streichung einer im Erschliessungsplan enthaltenen Groberschliessungsstrasse)

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

- 8.1 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren (Gegenstand der Prüfung, vorsorgliche Massnahmen)
- 8.2 Erschliessung (suspensivbedingte Baubewilligung bei noch ungenügender Erschliessung)
- 8.3 Erschliessung (Variante im Nichtbaugebiet?)

- 8.4 Koordinationsgebot (Baubewilligung und Ersatzpflanzung)
- 8.5 Einordnung (Schrägdachpflicht)
- 8.6 Zonenkonformität (von Lofts in Industriezone verneint)
- 8.7 Zonenkonformität (einer Mobilfunkanlage in Gewerbezone)
- 8.8 Zonenkonformität (einer Musikschule in Wohnzone)
- 8.9 Ausnützungsziffer (Abstellräume auf Wohngeschossebene)
- 8.10 Hochwasserschutz (Gewässerabstand)
- 8.11 Immissionsschutz (Lärmimmissionen durch Kuhglocken)
- 8.12 Strassenprojektgenehmigung (Ausbau einer kantonalen Hauptstrasse ausserhalb der Bauzone, enteignungsrechtliche Rügen)

**10. Schule / Gastgewerbe / Gesundheit /
Jagd und Fischerei / Landwirtschaft**

- 10.1 Entzug der Jagdberechtigung

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Akteneinsichtsrecht (nur betreffend entscheidrelevante Angaben)
- 11.2 Ausschluss (wegen Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in Festpreispositionen)

C Regierungsrat

Seite 150

2. Baurecht

- 2.1 Auflage für die Fassadengestaltung
- 2.2 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren und Vollstreckung
- 2.3 Neubaute in der Umgebung eines Herrschaftshauses

6. Vormundschaftsrecht

- 6.1 Zustellung einer Verfügung über das Besuchsrecht nach Portugal
- 6.2 Legitimation bei Amtsenthebungsgesuchen und Vormundschaftsbeschwerden
- 6.3 Übernahme des Amtes eines Vormundes durch nahe Verwandte

7. Sozialwesen

- 7.1 Örtliche Zuständigkeit von Fürsorgebehörden
- 7.2 Rückerstattung wirtschaftlicher Hilfe

9. Strassenwesen

- 9.1 Öffentliche Strasse mit privater Unterhaltspflicht

10. Raumplanung

- 10.1 Erschliessungshilfe für die Abwasserentsorgung

- 10.2 Nutzungsplan Ibergeregg
- 10.3 Aufhebung eines bestehenden Gestaltungsplans

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

- 17.1 Kostenauflegung für einen Rettungseinsatz

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Gerichtsordnung

1.1 Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Krankenzusatzversicherung

- *In einem Meinungs austausch (vgl. § 5 Abs. 1 GO) hat das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit für vorliegend umstrittene Forderungen aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenpflegeversicherung bejaht. In der Folge wurde mit der Rekursbehandlung zugewartet, bis die nationalrätliche Fassung zu Art. 6a ZPO-CH vorlag (vgl. BBl 2009 21). Nach dieser Bestimmung sollen die Kantone explizit ermächtigt werden, ein einziges Gericht für „Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung“ zu bezeichnen. Gestützt auf diese Ausgangslage wurde die Sache durch gerichtlich vorgeschlagenen Verfahrensvergleich dem Verwaltungsgericht zur Beurteilung überwiesen.*

(Verfügung vom 3. Juli 2008, GG 2007 2).

2. Zivilrecht

2.1 Klageverzicht

- *Für einen Klage- oder Rechtsmittelverzicht ist massgebend, ob ein Streitgegenstand zufolge höchstpersönlicher oder sonstiger unveräusserlicher Rechte bzw. der Officialmaxime der Parteidisposition entzogen ist; sonst kann auch auf die Geltendmachung zwingend normierter Ansprüche verzichtet werden (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. In der Vereinbarung vom 26. Juli 2004 anerkannte die heutige Klägerin die Fassung der Statuten der Beklagten als in allen Teilen richtig

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

A 2.1

und verpflichtete sich unwiderruflich, diese zu keinem Zeitpunkt anzufechten. Ausserdem anerkannte sie, dass es sich bei der Beklagten um eine reine *Familienstiftung* (Art. 87 ZGB) handle, was im vorliegenden Prozess unumstritten geblieben ist.

Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ist für einen Klage- oder Rechtsmittelverzicht nicht massgebend, ob der zugrunde liegende Anspruch durch zwingendes oder dispositives Recht geregelt ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Streitgegenstand der Parteidisposition entzogen ist, weil höchstpersönliche oder sonstige unveräusserliche Rechte zu Gebote stehen (vgl. BGE 113 Ia 30 Erw. 3.b; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 373 f. N. 68 f.) oder aus andern Gründen die *Offizialmaxime* gilt. Soweit nicht solche Rechtspositionen im Streite stehen, kann durchaus auch auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet werden, die durch zwingendes Recht normiert sind (vgl. Gutachten ...). Zwar sind Familienstiftungen an die *nach Art. 335 ZGB zulässigen Zwecke*, um die es im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen geht, gebunden, Parteien könnten mithin keinen darüber hinausgehenden Zweck gültig stipulieren (BGE 108 II 394 und 127 III 340). Dennoch stehen keine unverzichtbaren Rechte in Frage, die einem vorgängigen oder nachträglichen Verzicht auf die Erhebung einer Klage zur Feststellung der Nichtigkeit entgegenstünden, zumal auch keine höheren Interessen (wie sie beispielsweise durch eine zwingende Unterstellung unter eine Aufsichtsbehörde indiziert würden) im Spiel stehen. (...).

Soweit der Klägerin die heute behauptete Zweckverfolgung der Stiftung am 26. Juli 2004 bereits bekannt war, hat sie jedenfalls rechtswirksam auf eine Klageerhebung verzichtet, zumal Sinn und Zweck der besagten Vereinbarung bereits die Beilegung der wieder ausgebrochenen Streitigkeiten war. Ohne Geltendmachung des Eintritts zwischenzeitlicher neuer, erheblicher Erkenntnisse war die Klägerin somit nicht mehr klageberechtigt. Weitere Gründe, welche gegen die Verbindlichkeit der Stillhaltevereinbarung sprechen würden (z.B. Täuschung durch die Beklagte), werden von der Klägerin nicht geltend gemacht. Damit hätte die Vorinstanz dem früheren Vergleich die Anerkennung nicht versagen dürfen, weshalb auf die Klage nicht einzutreten war. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin die in der Vereinbarung vorgesehenen Gegenleistungen bezogen hat und ihre Berufung auf die Unverbindlichkeit der Abreden demzufolge einen offenen Rechtsmissbrauch darstellt (Art. 2 Abs. 2 ZGB; vgl. Gutachten ...). Selbst aber wenn ein Klageverzicht unter der Voraussetzung *klarer* Nichtigkeitsgründe als unzulässig anzusehen wäre, liegen solche nicht vor (...).

(Urteil vom 17. Juni 2008, ZK 2007 37).

2.2 Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils

- *Voraussetzungen der gehörigen Vorladung vor ein ausländisches Gericht (Erw. 4.a).*
- *Keine Einlassung auf ausländisches Scheidungsverfahren (Erw. 4.b).*
- *Kein rechtsmissbräuchliches Festhalten an der Ehe (Erw. 4.c).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Vorderrichter kommt zum Schluss, dass die direkte postalische Zustellung der Vorladung an die Klägerin durch das Gemeindegericht B. nicht den Anforderungen von Art. 27 Abs. 2 IPRG i.V.m. dem für die Zustellung von zivilprozessualen gerichtlichen und aussergerichtlichen Urkunden aus Bosnien und Herzegowina einschlägigen Haager Übereinkommen vom 1. März 1954 (HZUe54, SR 0.274.12) genüge. Damit könne das Scheidungsurteil des Gemeindegerichts B. vom 4. Mai 2006 nicht anerkannt werden, weshalb die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin weiterhin bestehen bleibe (...).

a) aa) Eine im Ausland ergangene Entscheidung wird in der Schweiz insbesondere dann nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre oder wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (Art. 27 Abs. 1 und 2 lit. a IPRG).

Der Vorbehalt des materiellen schweizerischen Ordre public (Art. 27 Abs. 1 IPRG) ist von Amtes wegen zu beachten, dagegen sind die Einreden des verfahrensrechtlichen Ordre public (Art. 27 Abs. 2 lit. a-c IPRG) von der interessierten Partei vorzubringen (Volken, in Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, N 25 und 28 f. zu Art. 27; Berti/Däppen, in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2007, N 1 f., 9 und 29 f. zu Art. 27).

Eine gehörige Vorladung setzt insbesondere voraus, dass überhaupt geladen wurde, und zwar in der richtigen Form und rechtzeitig. Die Beklagtschaft muss von der Einleitung des Prozesses formell Kenntnis erhalten haben. Geschieht dies zufällig oder auf einem anderen als dem vorgeschriebenen Weg, bleibt eine etwaige Kenntnis unbeachtlich. Der Beklagte muss daher zumindest eine den Rechtsstreit betreffende Ladung oder Verfügung erhalten haben, wobei mit „Ladung“ die Vorladung an die erste Gerichtsverhandlung zu verstehen ist (Berti/Däppen, a.a.O., N 10 f. zu Art. 27; Volken, a.a.O., N 76 zu Art. 27). Nicht notwendig ist,

A 2.2

dass auch die späteren gerichtlichen Mitteilungen an die Parteien auf dem formellen Weg erfolgen. Die erste Ladung soll den Beklagten auf das gegen ihn gerichtete Verfahren aufmerksam machen und ihm die Organisation seiner Verteidigung ermöglichen (Volken, a.a.O., N 76 f. zu Art. 27). Weiter muss die Ladung *gehörig*, d.h. nach Massgabe der einschlägigen Verfahrensbestimmungen, vorgenommen worden sein, wobei unter anderem die richtige Form gewahrt werden muss (Berti/Däppen, a.a.O., N 12 zu Art. 27; Volken, a.a.O., N 79 und 83 zu Art. 27). Darunter fallen erstens Vorschriften über die Sprache, in der das zuzustellende Dokument abgefasst sein muss; zweitens müssen die Dokumente auf dem gesetzlich vorgeschriebenen oder dem staatsvertraglich vereinbarten Zustellungsweg übermittelt worden sein; drittens müssen jene Dokumente auf die richtige Art, z.B. durch formlose Übergabe (einfach) oder mit bestätigender Empfangsbescheinigung (qualifiziert) zugestellt worden sein (Berti/Däppen, a.a.O., N 12 zu Art. 27; Volken, a.a.O., N 84 zu Art. 27).

bb) Vorliegend gelangt die Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (HZUe54; SR 0.274 12) zur Anwendung, da sowohl die Schweiz als auch Bosnien und Herzegowina dieses Übereinkommen ratifiziert haben (vgl. Anhang zum Übereinkommen). In Zivil- und Handelssachen erfolgt die Zustellung von Schriftstücken, die für eine sich im Ausland befindliche Person bestimmt sind, in den Vertragsstaaten auf ein Begehren, das der Konsul des ersuchenden Staates an die vom ersuchten Staat zu bezeichnende Behörde richtet. Das betreffende Schriftstück muss in der Sprache der ersuchten Behörde abgefasst sein (Art. 1 Abs. 1 HZUe54). Die Zustellung erfolgt durch die nach den Gesetzen des ersuchten Staates zuständige Behörde (Art. 2 HZUe54). Abkommen zwischen den beteiligten Staaten können indessen vorsehen, Urkunden den sich im Ausland befindlichen Beteiligten unmittelbar durch die Post zuzusenden (Art. 6 HZUe54).

Eine gerichtliche Urkunde aus Bosnien und Herzegowina ist via Botschaft dieses Landes in der Schweiz über das Bundesamt für Justiz an die zuständige kantonale Behörde zuzustellen, wobei sich die Schweiz gegen die direkte postalische Zustellung in ständiger Praxis verwehrt (Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, 1996, S. 38 ff. Rz 29 und 32 f.; Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 3. Aufl. 2003, Stand: Juli 2005, S. 14; vgl. auch BGer 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3.2.1). Die Zustellung erfolgt durch einfache oder durch förmliche Übergabe. Nur bei letzterer Zustellungsform ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache erforderlich, wenn der Empfänger seinen Wohnsitz im Kanton Schwyz hat (Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, a.a.O., S. 16 und 19).

cc) Die Regeln über die gehörige zwischenstaatliche Prozessladung sind nicht Selbstzweck. Ihre relative Formstrenge will sicherstellen, dass der Beklagte vom ausländischen Prozess und den dort vorgebrachten Klagepunkten sichere Kenntnis erhält. Sind diese Informationen dem Beklagten auf anderem Weg zugegangen, so ist der Zweck erfüllt und die Einrede aus Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG entfällt, wonach eine nicht gehörige Ladung gültig ist, wenn der Beklagte sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen hat. Wenn sich der Beklagte bloss taub stellt oder nur Formalismen (z.B. einen falschen Zustellungsweg) vorschiebt, entfällt der Rechtsschutz (Volken, in Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., N 75 und 89 f. zu Art. 27). In diesem Sinn hat auch das Bundesgericht schon entschieden und z.B. postalische Zustellungen zwar als Rechtsverletzung, nicht aber als Verstoß gegen den *Ordre public* qualifiziert (Volken, in Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., N 90 zu Art. 27; BGE 94 I 235 E. 5 S. 244 f. = Pra 57 Nr. 162 und BGE 103 Ib 69 E. 6 S. 75). Entsprechend Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG ist aber erforderlich, dass der Beklagte sich *vorbehaltlos* auf das Urteilsverfahren eingelassen hat, ansonsten eine fehlerhafte Ladung nicht geheilt werden kann. Der Beklagte, der sich einlässt, darf sich namentlich nicht vorbehalten haben, er werde den Zustellungsfehler im späteren Vollstreckungsverfahren geltend machen (Volken, in Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., N 91 zu Art. 27; BGer 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3.2.2, BGE 122 III 439 E. 4 S. 447 f. und 94 I 235 E. 5 S. 244). Der Mangel wird durch Einlassung aber nur geheilt, wenn der Beklagte vom Mangel Kenntnis hatte (BGE 117 Ib 347 E. 2b/aa S. 350 = Pra 81 Nr. 218). Keine Einlassung liegt vor, wenn sich eine Partei völlig passiv verhält und damit einem Verfahren fernbleibt (Berti/Däppen, a.a.O., N 15 zu Art. 27 mit Hinweis auf BGE 118 Ib 468 E. 4c S. 472).

b) aa) Die Klägerin bestätigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 13. September 2007 die Ausführungen des Beklagten, wonach sie mittels Telefonat vom Anwalt des Beklagten über das Scheidungsverfahren in Bosnien informiert worden sei. Das Gemeindegerecht B. stellte der Klägerin am 11. November 2005 auf postalischem Weg eine Einladung zum Gerichtstag zu, am 19. Dezember 2005 erfolgte eine zweite Zustellung der Einladung mit Warnung. Die Klägerin bestätigte die Aushändigung dieser Dokumente am 17. November 2005 bzw. 11. Januar 2006 unterschriftlich. Weiter hat die Klägerin das Scheidungsurteil des Gemeindegerechts B. vom 4. Mai 2006, welches am 16. August 2006 versandt worden war, in Empfang genommen.

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Klägerin weder die Ladungen vor das Gericht in B. noch dessen Urteil auf dem staatsvertraglich erforderlichen Rechtshilfeweg erhalten hat. Dabei handelt es sich nicht bloss

A 2.2

um einen unbeachtlichen Formalismus. Die vorzitierten BGE 94 I 235 E. 5 S. 244 f. und 103 Ib 69 E. 6 S. 75 sind in casu nicht einschlägig, da in beiden Fällen – im Gegensatz zum vorliegenden – keine staatsvertraglichen Vereinbarungen zu beachten gewesen waren, die eine bestimmte Zustellungsform vorgeschrieben hätten. Vielmehr verhält es sich vorliegend wie im bereits zitierten BGer 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008, in welchem das Bundesgericht darüber zu entscheiden hatte, ob die Anerkennung des Scheidungsurteils des Amtsgerichts von Belgrad (Serbien) wegen allfälliger nicht gehöriger Ladung zur Gerichtsverhandlung zu verweigern war oder nicht. Dabei war ebenfalls das HZUe54 anwendbar. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass die direkt auf dem postalischen Weg in der Schweiz erfolgte Zustellung der Vorladung zur Gerichtsverhandlung in Serbien keine gehörige Ladung darstelle (E. 3.2.1). Gleiches trifft auf den vorliegenden Fall zu, zumal die Schweiz einen direkten postalischen Verkehr mit Bosnien und Herzegowina nicht vereinbart hat. Die auf dem Postweg erfolgte Zustellung der Ladungen durch das Gemeindegericht B. an die Klägerin stellt somit einen Eingriff in die Souveränität der Schweiz dar und hat wegen formellen Verstosses gegen den Ordre public i.S. von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG grundsätzlich die Nichtanerkennung des Scheidungsurteils des Gemeindegerichts B. vom 4. Mai 2006 zur Folge, es sei denn, die Klägerin hätte sich vorbehaltlos auf das ausländische Scheidungsverfahren eingelassen.

bb) Das Bundesgericht hielt in BGer 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008 weiter fest, die Berufung des Klägers auf BGE 122 III 439 gehe fehl, wonach es haltbar sei, dass der Nachweis der ordnungsgemässen Zustellung der ersten Vorladung keinen überspitzten Formalismus darstellen dürfe. Denn im Gegensatz zur Sachlage im erwähnten Entscheid sei in casu der Beklagten nicht bereits mehrere Jahre vor der Urteilsfällung Gelegenheit geboten worden, ihren Standpunkt darzulegen und ihre Verteidigungsrechte zu wahren; weder habe sich der Rechtsanwalt der Beklagten an der Gerichtsverhandlung eingehend mit den Darlegungen des Klägers auseinandergesetzt noch habe er den Standpunkt der Beklagten ausführlich dargelegt. Der Rechtsvertreter der Beklagten habe einzig die Klageabweisung beantragt und habe inhaltlich nicht weiter Stellung zur Scheidungsklage genommen, sondern ausdrücklich den Zustellungsfehler gerügt. Damit sei vorbehalten worden, den Zustellungsfehler im späteren Vollstreckungsverfahren geltend zu machen (E. 3.2.3).

Im vorliegenden Verfahren führte der Beklagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 13. September 2007 unter anderem aus, die Klägerin habe, nachdem sie vom Anwalt über das Scheidungsverfahren in Bosnien telefonisch informiert worden sei, geantwor-

tet, sie wolle das nicht, der Beklagte solle dies rückgängig machen. Darüber hinaus gab die Klägerin zu Protokoll, sie habe nach Erhalt der Vorladung des Gerichts in B., die ihr mittels Einschreiben per Post zugestellt worden sei, schriftlich gegen das Scheidungsverfahren „reklamiert“ und dem betreffenden Gericht zu verstehen gegeben, sie wolle das Verfahren nicht. Daraufhin habe sie nichts mehr gehört und auch keine Post mehr aus B. erhalten. Die Klägerin hat sich somit nicht taub gestellt oder passiv verhalten, sondern gegen das Scheidungsverfahren opponiert. Ebenso wenig hat die Klägerin in irgendeiner Art und Weise inhaltlich bzw. materiell zur Scheidungsklage Stellung genommen. Eine vorbehaltlose Einlassung auf das Scheidungsverfahren in Bosnien und Herzegowina i.S. von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG ist zu verneinen, weshalb die fehlerhafte Ladung nicht geheilt werden kann.

c) Der Beklagte rügt, die Klägerin halte nur an der Ehe fest, um weiterhin Unterhaltsgelder zu erwirken. Dieses Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert.

Rechtsmissbrauch will verhindern, dass durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen wird. Dabei muss ein Verstoss gegen Treu und Glauben klar missbräuchlich sein (Middendorf/Grob in: Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller-Chen/Roberto/Rumo-Jungo/Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N 15 zu Art. 2 ZGB, mit Hinweisen).

Das Scheidungsurteil des Bezirksgerichts B. vom 4. Mai 2006 regelt die Nebenfolgen der Scheidung nicht. Die Klägerin hat indes ein legitimes Interesse an der Regelung der vermögensrechtlichen Aspekte der Scheidung, weshalb das Festhalten an der Ehe trotz grundsätzlichen Scheidungswillens nicht rechtsmissbräuchlich sein kann (vgl. BGer 5A_544/2007 vom 4. Februar 2008 E 3.3). Dass der Klägerin die Möglichkeit offen stünde, das lückenhafte Scheidungsurteil nach Art. 64 Abs. 1 IPRG von einem schweizerischen Gericht ergänzen zu lassen, tut dem keinen Abbruch.

(Beschluss vom 1. Juli 2008, RK1 07 80; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_585/2008 nicht eingetreten).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Gerichtlicher Vergleich

- *Der gerichtliche Vergleich unterliegt grundsätzlich der Schriftlichkeit bzw. bei mündlicher Erklärung der Protokollierungspflicht (betr. Vergleich im Sühneverfahren vgl. Nr. 3.2.).*

Aus den Erwägungen:

3. Es stellt sich somit die Frage, ob die Vorgehensweise der Vorinstanz, bei Stillschweigen erklärermassen von der Annahme des Vergleichs auszugehen, im Hinblick auf den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs als zulässig betrachtet werden kann.

Mit einem Vergleich soll ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt werden (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, S. 393 ff., BGE 124 II 12, 110 II 46, 105 II 277 E. 3). Kommt der Vergleich vor dem Gericht zustande oder wird er von diesem genehmigt, so ist er ein gerichtlicher Vergleich. Da der Vergleich im schweizerischen Recht nicht besonders geregelt ist, ist er ein Innominatkontrakt. Der Prozessvergleich gehört sowohl dem Privat- als auch dem Prozessrecht zu (Peter Gauch, Der aussergerichtliche Vergleich, in Festgabe Walter R. Schlupe, Innominatverträge, Zürich 1988, S. 3 ff.).

Bezüglich der Form des gerichtlichen Vergleichs gilt das kantonale Recht (BGE 124 II 11). Wie die Klägerin zutreffend ausführt, finden sich im kantonalen Recht, abgesehen von Vorschriften für das Sühneverfahren, keine ausdrücklichen Formerfordernisse (...). Jedoch statuiert § 99 lit. a GO, dass eine Darstellung aller wesentlichen Verfahrensvorgänge ins Protokoll aufzunehmen ist. Ein gerichtlicher Vergleich führt zur Erledigung eines Verfahrens und ist daher zweifellos als wesentlicher Verfahrensvorgang zu qualifizieren. Zudem sind die Erklärungen der Parteien zur Annahme eines Vergleiches als wesentliche Verfahrensvorgänge zu betrachten, eine mündliche Zustimmung ist daher nach § 99 lit. b GO in das Protokoll aufzunehmen. Schriftlichkeit ist zudem in Anbetracht der Prüfungspflicht des Gerichtes auf Zulässigkeit und Klarheit des Vergleichs gemäss § 161 Ziff. 3 ZPO angezeigt (...). Es ist daher davon auszugehen, dass der Vergleich grundsätzlich den Formerfordernissen der Schriftlichkeit bzw. bei mündlicher Erklärung der Protokollierungspflicht unterliegt (Art. 13 OR, SOG 1991 Nr. 16).

(Beschluss vom 25. Juni 2008, RK1 2008 2).

3.2 Vergleich im Sühneverfahren

- *Nichtigkeitsbeschwerde ans Kantonsgericht als zulässiges Rechtsmittel gegen einen das Sühneverfahren erledigenden Vergleich (Erw. 1).*
- *Nach besonderer Vorschrift von § 100 Abs. 2 GO ist der Vergleich im Sühneverfahren von den Parteien zu unterzeichnen (Erw. 3.b und c).*

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beklagte hat gegen das Protokoll des Vermittlers, in welchem der Vermittler den von den Parteien geschlossenen Vergleich festgehalten hat, Aufsichtsbeschwerde beim Bezirksgerichtspräsidenten Gersau erhoben. Zunächst ist zu prüfen, welcher Rechtsbehelf bzw. welches Rechtsmittel gegen die Verfügung des Vermittlers gegeben ist.

b) Der Vermittler hat nur eine beschränkte Spruchkompetenz (§ 7 Abs. 2 GO). Vorliegend hat der Vermittler im Protokoll das Ergebnis der Verhandlung, nämlich dass sich die Parteien verglichen haben, festgehalten. Er hat somit das Verfahren infolge Vergleichs beschrieben. Im Einigungsfall erhalten die Parteien eine Abschrift des Protokolls, die einem gerichtlichen Entscheid gleichgestellt ist (§ 87 Abs. 2 ZPO). Insofern ist durch die Anfechtung des Vergleichs das Prozessrechtsverhältnis betroffen und es geht nicht um eine aufsichtsrechtliche Frage, bei der das Verhältnis zwischen einer Partei und einer richterlichen Behörde streitig ist (vgl. EGV-SZ 1988 Nr. 29). Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass neben der Anfechtung des Vergleichs sich auch aufsichtsrechtliche Fragen stellen.

Das Kantonsgericht hat in ständiger Praxis Kostenentscheide des Vermittlers als mittels Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar betrachtet mit der Begründung, dass gegen Entscheide des Vermittlers kein ordentliches Rechtsmittel gegeben sei (EGV-SZ 1988 Nr. 29). Für Nichtigkeitsbeschwerden ist nach der genannten Praxis einzig das Kantonsgericht zuständig. Die Beschwerde ist daher als Nichtigkeitsbeschwerde entgegenzunehmen, soweit die Beklagte den Vergleich und damit die Erledigung des Sühneverfahrens anfechtet. Soweit regelwidriges Verhalten des Vermittlers und damit nicht eine (materielle) Entscheidung im Zweiparteienverfahren gerügt wird, ist der Bezirksgerichtspräsident Gersau als Aufsichtsbehörde zuständig. (...).

3. (...) b) § 100 Abs. 2 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO; SRSZ 231.110) sieht für das Sühneverfahren besondere Vorschriften über den Protokollinhalt vor. Danach sind Vergleich, Klagerückzug und

A 3.2

Klageanerkennung im Sühneverfahren von den Parteien zu unterzeichnen. Der Vermittler schreibt danach das durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage hinfällig gewordene Verfahren ab; seine Erkenntnis, die Anerkennung der Klage oder der Vergleich sind einem gerichtlichen Entscheid gleichgestellt (§ 87 Abs. 2 ZPO). Die Erledigungsverfügung des Vermittlers erlangt im Falle des Vergleichs und der Klageanerkennung materielle Rechtskraft (vgl. Frank/Sträuli/Messer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 1 zu § 98 ZPO ZH). In der kantonalen Rechtsöffnungspraxis werden Vergleiche und Klageanerkennungen im Sühneverfahren jedenfalls insoweit als definitive Rechtsöffnungstitel anerkannt, als die Formvorschriften des kantonalen Rechts beim Abschluss beachtet wurden und eine unbedingte sowie vorbehaltlose Schuldanerkennung vorliegt (Beschluss KG 300/97 RK 2 des Kantonsgerichts vom 15. Oktober 1997 und RK2 2006 86 vom 29. September 2006). Vor diesem Hintergrund wird verlangt, dass Vergleiche, Klageanerkennungen und –rückzug genau protokolliert werden, weil sie für die Parteien bindenden Charakter haben. Weil das Protokoll des Vermittlers nur summarisch geführt wird, wird überdies vorgeschrieben, dass solche weitgehenden Erklärungen von den Parteien unterzeichnet werden. Damit wird den Parteien klar gemacht, dass ihre Vergleiche materielle und prozessuale Wirkungen haben, auch wenn sie nur in einem mehr oder weniger formlosen Sühnverfahren erfolgen. Deshalb ist auch § 100 Abs. 2 GO als Gültigkeitsvorschrift und nicht nur als Ordnungsvorschrift zu betrachten (vgl. zur gleichlautenden Bestimmung des zürcherischen Prozessrechts: Hauser/Schweri, GVG, N 4 zu § 144 GVG).

c) Das Protokoll, in welchem der Vermittler die Einigung der Parteien festgehalten hat, ist einzig vom Vermittler unterzeichnet. Auf Aufforderung des Kantonsgerichts hin hält der Vermittler fest, dass anlässlich der Verhandlung ein Vergleich nicht unterzeichnet worden sei. Der Vergleich sei einzig mit einem Handschlag abgemacht worden. Damit fehlt es offensichtlich an einer Gültigkeitsvorschrift, wie sie das kantonale Recht in § 100 Abs. 2 GO vorschreibt. Von der Unterzeichnung des Vergleichs könnte einzig dann abgesehen werden, wenn der Beklagten insoweit rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen wäre oder wenn der Vergleich anderweitig schriftlich fixiert und unterschrieben worden wäre. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist indessen aufgrund der Akten nicht ersichtlich. (...).

(Beschluss vom 18. Oktober 2008, RK1 2008 52).

3.3 Rechtliches Gehör und Expertenernennung

- *Die Expertenbestellung steht dem Gericht zu, weshalb die Nichtbeachtung von Einwendungen der Parteien, abgesehen von Ausstands- und Ablehnungsgründen, das rechtliche Gehör nicht verletzt.*

Aus den Erwägungen:

6. b) Insoweit der Kläger geltend macht, die Vorinstanz sei auf seine Vorbringen zur Befangenheit des Experten A. nicht eingegangen, ist Folgendes festzuhalten:

Erhebt eine Partei bei der Ernennung von Experten Einwendungen, ohne dass Ablehnungsgründe vorliegen, so ist das Gericht nicht gehalten, die Einwendungen zu beachten, da die Wahl der Experten dem Gericht zusteht; eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht gegeben (ZR 32 Nr. 73).

Der Kläger wendete im vorinstanzlichen Verfahren gegen die Einsetzung von A. als Experten ein, dieser sei Vertrauensarzt verschiedener Versicherer, so auch der Winterthur. Ein Gutachten von A. präjudiziere ebenfalls Ansprüche des Klägers gegenüber der C. als Insassenversicherer. Als Vertrauensarzt der C. sei der designierte Gutachter daher nicht frei, seine Einschätzung allein aufgrund klinischer Abklärungen zu treffen. Ferner sei bekannt, dass A. nicht so sehr nach medizinischen, sondern vor allem nach sozialen Kriterien gutachte, weshalb die IV-Stelle D. wegen nicht objektiver Gutachten auf die Dienste von A. verzichte. Fraglich ist, ob diese klägerischen Behauptungen ausreichend substantiiert sind, um darauf überhaupt einzutreten. Wie es sich darum verhält, kann indessen offen bleiben, da ein Ausstands- oder Ablehnungsgrund zu verneinen wäre.

Zwar gelten für den Sachverständigen die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für den Richter (§ 145 ZPO). Auch kann ein Sachverständiger abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen. Solche Umstände können etwa bei gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten (so genannte Vorbefassung) bestehen (BGer 1P.431/2002 vom 6. November 2002 E. 2.3.1). Indessen ist unerfindlich, weshalb der Experte A. vorliegend befangen sein sollte. (...) Ist nach dem Gesagten ein Ausstands- oder Ablehnungsgrund nicht gegeben, liegt auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor; es fehlt an einem Nichtigkeitsgrund i.S. von § 213 Ziff. 1 ZPO. (...).

A 3.4

(Beschluss vom 13. Februar 2008, RK1 2007 31; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_134/2008 vom 20. März 2008 nicht eingetreten).

3.4 Vertretung im Schlichtungsverfahren

- *Keine mutwillige Prozessführung im Sinn von Art. 274d OR wegen nicht persönlichem Erscheinen einer Partei zur Schlichtungsverhandlung.*
- *Anwaltsmonopol im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren (Frage offengelassen)?*

Aus dem Sachverhalt:

Zu einer mietrechtlichen Schlichtungsverhandlung erschien für die Klägerin ihr Liegenschaftsverwalter. Die Schlichtungsbehörde stellte in der Folge fest, dass zufolge Nichterscheinens der Klägerin keine Einigung zustande gekommen sei, und lud die Parteien zu einer neuen Schlichtungsverhandlung vor. Für die Klägerin erschien dann ihr Rechtsanwalt. Nachdem zwischen den Parteien keine Einigung zustande kam, stellte die Schlichtungsbehörde dies fest und überband der Klägerin wegen mutwilliger Prozessführung die Verfahrenskosten von Fr. 300.00 und verpflichtete sie ferner zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beklagten von Fr. 100.00.

Aus den Erwägungen:

5. Gemäss Art. 274d Abs. 2 OR ist das Schlichtungsverfahren grundsätzlich kostenlos. Bei mutwilliger Prozessführung kann jedoch die fehlbare Partei zur Übernahme der Verfahrenskosten und zur Leistung einer Entschädigung an die andere Partei verpflichtet werden.

a) Die Klägerin wehrt sich gegen die Annahme der mutwilligen Prozessführung wegen Nichterscheinens und gegen den Vorwurf, sie habe wider besseres Wissen mit ihrem Immobilienverwalter X.Y. einen nicht zugelassenen und von der Gegenpartei nicht anerkannten Vertreter zur ersten Schlichtungsverhandlung vom 23. August 2007 gesandt. Sie wendet ein, das Schlichtungsverfahren sei kein gerichtliches Verfahren, das in § 2 der Anwaltsverordnung (AnwV) statuierte Anwaltsmonopol für

die berufsmässige Parteivertretung in gerichtlichen Verfahren sei nicht anwendbar.

b) Es stellt sich die Frage, ob die Schlichtungsbehörde im Mietwesen eine „gerichtliche“ Instanz im Sinn von § 2 AnwV ist oder nicht, und ob das dort umschriebene Anwaltsmonopol auch im Schlichtungsverfahren gilt oder nicht.

Art. 4 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) regelt den Grundsatz der Freizügigkeit. Im Rahmen der Freizügigkeit räumt das Gesetz den registrierten Anwälten das Recht zur Parteivertretung vor Gerichtsbehörden in der ganzen Schweiz ein, äussert sich jedoch nicht dazu, ob bzw. inwieweit dieses Recht ausschliesslich gilt. Die Regelung des Anwaltsmonopols und seines Umfangs verbleibt in der Kompetenz der Kantone (bzw. beim Bund, soweit Gerichtsbehörden des Bundes betroffen sind). Mithin steht es den Kantonen und dem Bund frei, auch andere als nach dem Anwaltsgesetz registrierte Anwälte zur Parteivertretung vor ihren Gerichtsbehörden zuzulassen (Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Schulthess 2005, Art. 4 Rz 3).

Gemäss § 28 Abs. 1 ZPO kann sich eine Partei - unter Vorbehalt der Bestimmungen über den Rechtsanwaltsberuf - durch eine andere, gut beleumundete Person vertreten lassen. Gemäss § 2 AnwV ist zur berufsmässigen Parteivertretung vor den schwyzerischen Untersuchungs- und Anklagebehörde, Gerichten, selbständigen Rekurskommissionen sowie dem Regierungsrat als Beschwerdeinstanz nur berechtigt, wer im Anwaltsregister des Kantons Schwyz eingetragen ist oder Freizügigkeit nach dem Bundesrecht genießt.

Vorliegend steht fest, dass der zur ersten Schlichtungsverhandlung vom 23. August 2007 erschienene Liegenschaftsverwalter X.Y. sowohl über eine schriftliche Vollmacht der Klägerin als auch über einen guten Leumund verfügte. Grund für die Verweigerung seiner Zulassung als Vertreter der Klägerin war die berufsmässige Parteivertretung ohne Anwaltspatent.

Die Kommentatoren Ernst Staehelin/Christian Oetiker vertreten die Auffassung, dass das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen Bestandteile des zivilen Gerichtsverfahrens sei und diese Behörde somit als Gerichtsbehörde im Sinn des Anwaltsgesetz gelte (Fellmann/Zindel, a.a.O., Art. 4 Rz 11). Das Kantonsgericht hat in einem früheren Entscheid indessen festgehalten, dass die „Anrufung des Richters“ gemäss Art. 274f Abs. 1 OR (oder Art. 259i Abs. 2 OR) kein Rechtsmittel, kein Weiterzug eines Verfahrens an die nächsthöhere Instanz, das Gerichtsverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde und der Richter nicht Rechtsmittelinstanz ist.

A 3.4

Vielmehr tritt der Mieterstreit mit der Anrufung des Richters erstmals in die gerichtliche Phase. Der durchgeführte Schlichtungsversuch und der Entscheid der Schlichtungsbehörde sind lediglich prozessuale Voraussetzungen dafür, dass Klage beim Richter erhoben werden kann. Die Anrufung des Richters gemäss Art. 274f OR hat damit primär die Funktion einer Einsprache ähnlich § 178 Abs. 3 ZPO, mit der Folge, dass das Gerichtsverfahren in Gang gesetzt wird und der Richter erstinstanzlich urteilt. Der Entscheid der Schlichtungsbehörde bestimmt lediglich die Parteirollenverteilung des richterlichen Verfahrens (KG 214/94 RK 1 in EGV-SZ 1994, Nr. 31). Entscheidet die unabhängige und dem Richter in keiner Weise untergeordnete Schlichtungsbehörde nach erfolglosem Schlichtungsversuch, in den Fällen, wo sie Entscheidkompetenz hat (z.B. Anfechtung einer Kündigung und Mieterstreckungen), so kommt dieser Entscheid nur zum Tragen, wenn die Anrufung des Richters unterbleibt. Gelangt dagegen die unterlegene Partei fristgerecht an den Richter, so fällt der Entscheid der Schlichtungsbehörde ohne weiteres dahin (vgl. SVIT-Kommentar Mietrecht, N 3 zu Art. 274f OR). Der Entscheid der Schlichtungsbehörde wirkt sich in diesen Fällen nur als "prima facie-Vorentscheid" auf das richterliche Verfahren aus, der die Rollenverteilung im Prozess festlegt (BGE 117 II 504 E. 2.b). Kürzlich hat das Bundesgericht bestätigt, dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens, wo es vorgeschrieben ist, Voraussetzung eines nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens bildet. Der Richter tritt auf die Klage nur ein, wenn vorgängig die Schlichtungsbehörde nach Art. 274e Abs. 2 OR das Misslingen einer Einigung festgestellt oder ihm Rahmen ihrer Kompetenzen einen Sachentscheid gefällt hat. Das Schlichtungsverfahren ist primär auf die Herbeiführung einer Einigung ausgerichtet, bei Scheitern einer Einigung hat es im Wesentlichen bloss die Bedeutung eines summarischen Vorverfahrens, in welchem die Parteirollen für ein allfällig nachfolgendes Justizverfahren festgelegt werden (BGE 133 III 652). Aus der Funktion der Schlichtungsbehörde, vor Einleitung des Gerichtsverfahrens einen Sühneversuch resp. den Versuch einer Einigung durchzuführen, lässt sich eher schliessen, dass es sich noch nicht um ein gerichtliches Verfahren handelt. Zudem wäre es wenig sinnvoll, zu einem Einigungsversuch als Parteivertreter nur Rechtsanwälte zuzulassen, wo doch oftmals der Liegenschaftsverwalter derjenige ist, der sowohl beide Parteien als auch die Verhältnisse gut kennt und so eher auf eine Einigung hinwirken kann.

Vorliegend kann der Einzelrichter diese Frage allerdings offen lassen. Das Fernbleiben des Klägers von der Schlichtungsverhandlung lässt sich nicht generell als mutwillig bezeichnen, vielmehr wäre für eine Qualifizierung als mutwilliges Verhalten erforderlich, dass die Partei unbegründet der Verhandlung fernbleibt und dadurch zugleich Respektlosigkeit

der Behörde und/oder der Gegenpartei gegenüber zum Ausdruck bringt (ZK-Higi, N 113 zu Art. 274d OR). Grundsätzlich wird das Fernbleiben der Partei, welche ein Verfahren eingeleitet hat und dann unentschuldigt der Verhandlung fernbleibt, als mutwillig eingestuft, obwohl es sich rechtfertigt, bei respektlosem Fernbleiben auch der im Säumnisverfahren beklagten Partei die Kosten aufzuerlegen (SVIT-Kommentar, N 16 zu Art. 274d OR i.V.m. ZK-Higi, N. 113 zu Art. 274d OR).

Tatsache ist, dass die Schlichtungsbehörde ihre Vorladung vom 12. Juni 2007 an X.Y. bzw. seine Treuhandfirma X.Y. Treuhand AG adressiert und zugestellt und ihn „als Verwaltung zur Einigungsverhandlung“ vorgeladen hat, und dass die Klägerin X.Y. bevollmächtigt und zur ersten Schlichtungsverhandlung vom 23. August 2007 delegiert hat. Die Klägerin hat sich zur Schlichtungsverhandlung vertreten lassen. Aus der Tatsache, dass sich die Klägerin weder durch ihre Verwaltungsratspräsidentin A.B. noch anwaltschaftlich hat vertreten lassen, kann nicht ohne weiteres Respektlosigkeit abgeleitet werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagten mit ihrer Mietzinsanfechtung vom 31. Mai 2007 erklärten, sie würden „bei der Schlichtung nur die Besitzerin“ akzeptieren. Denn eine solche Forderung wäre unzulässig. Es ist denn auch durchaus nachvollziehbar, dass der mit Vorladung persönlich angeschriebene und angesprochene X.Y. als Verwalter einer von der Schlichtungsbehörde selber formulierten Vorladung zur Einigungsverhandlung Folge leistete und davon ausging, er sei zur Vertretung befugt, zumal aus der Vorladung nicht das Gegenteil erkennbar war. Die Beiblätter mit diversen Gesetzesbestimmungen sprechen lediglich von berufsmässiger Parteivertretung im Schlichtungsverfahren durch registrierte Anwälte. Dass das Erscheinen des mit Vorladung persönlich angeschriebenen und angesprochenen Immobilienverwalters X.Y. im Schlichtungsverfahren als unzulässige berufsmässige Parteivertretung, als Nichterscheinen und als mutwillige Prozessführung gelten könnte, war für ihn jedenfalls nicht absehbar. Und schliesslich ergibt sich aus den Akten kein Hinweis darauf, dass die Schlichtungsbehörde den erschienenen X.Y., bevor er als berufsmässiger Parteivertreter von der Schlichtungsverhandlung ausgeschlossen und unentschuldigtes Nichterscheinen der Klägerin angenommen wurde, Gelegenheit erhalten hätte zu erklären, ob er die Klägerin auch unentgeltlich vertritt. Unter diesen Umständen kann nicht auf mutwillige Prozessführung geschlossen werden. Der Kostenspruch gemäss Ziff. 2 des Protokolls der Schlichtungsverhandlung vom 25. Oktober 2007 ist aufzuheben.

(Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Schwyz vom 7. März 2008, EB 07 158; nach Berufung der Beklagten schlossen die Parteien vor dem Kantonsgericht einen Vergleich).

4. Strafrecht

4.1 Bandenmässigkeit nach StGB

- *Rechtsprechung und Lehre zur Frage nach der minimalen Zahl von Bandenmitgliedern (Erw. 4.a-b).*
- *Bandenbegriff nach Sprachgebrauch und rechtsvergleichende Hinweise (Erw. 4.c).*
- *Abgesehen vom Sprachgebrauch sprechen verschiedene Gründe gegen bundesgerichtliche Praxis, schon bei zwei Beteiligten Bandenmässigkeit zu bejahen (Erw. 4.d).*
- *Grundsätzlich setzt die Annahme einer Bande das Zusammenwirken von mindestens drei Personen voraus (Erw. 4.e).*

Aus den Erwägungen:

4. Die Vorinstanz hat gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach bereits zwei Personen eine Bande bilden können (nachfolgend lit. a), das Vorgehen der beiden Täter (...) als bandenmässig angesehen. Der Angeklagte und N. könnten als eingespieltes, fest verbundenes, stabiles Team bezeichnet werden. Der Mitangeklagte N. habe erklärt, zusammen mit dem Angeklagten die Taten geplant zu haben.

a) Das Gesetz bestimmt keine Mindestzahl, ab der ein Zusammenschluss von Personen als Bande anzusehen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Bandenmässigkeit gegeben, wenn zwei oder mehrere Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäußerten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Dieser Zusammenschluss (auch nur zweier Personen) ist es, der den Einzelnen psychisch und physisch stärkt, ihn deshalb besonders gefährlich macht und die Begehung von weiteren solchen Straftaten voraussehen lässt. Das höchste Gericht hat vermerkt, dass seine Rechtsprechung in der Literatur auf Kritik gestossen ist (vgl. Hinweise in BGE 120 IV 318 = Pra 1985 Nr. 56). In einem nicht publizierten Entscheid vom 25. April 1997 hat es die Kritik aufgegriffen und sich gefragt, ob für den Begriff der Bande weniger auf die Zahl der Beteiligten und stattdessen mehr auf den Organisationsgrad und die Intensität der Zusammenarbeit der Täter abgestellt werden sollte. Bei dieser Betrachtungsweise würde der Umstand, dass sich "nur" zwei Personen zur fortgesetzten Begehung von Straftaten zusammengefunden haben, eine

bandenmässige Tatbegehung nicht ausschliessen, wenn nur gewisse Mindestansätze einer Organisation (etwa einer Rollen- oder Arbeitsteilung) und die Intensität des Zusammenwirkens ein derartiges Ausmass erreichten, dass von einem bis zu einem gewissen Grade fest verbundenen und stabilen Team gesprochen werden kann, auch wenn dieses allenfalls nur kurzlebig war. Ist demgegenüber schon die Zusammenarbeit derart locker, dass von Anfang an nur ein sehr loser und damit völlig unbeständiger Zusammenhalt besteht, läge keine Bande vor (zum Ganzen BGE 124 IV 86 E. 2.b mit Hinweisen; BGE 124 IV 286 E. 2.a; BGE 132 IV 132 E. 5.2).

b) Die bisher herrschende Lehrmeinung und Praxis hat sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen und angenommen, der Zusammenschluss von bloss zwei Personen reiche für die Annahme von Bandenmässigkeit aus (vgl. Übersicht in Niggli/Riedo, BSK, Art. 139 StGB N 117 und neuerdings Kantonsgericht BL KGE ZS vom 6. Juni 2006 i.S. G.W.). Gestützt auf den allgemeinen Sprachgebrauch sind indes verschiedene Autoren und unmissverständlich der Basler Kommentar (vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 139 StGB N 117 mit Hinweisen; Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bern 1990, Art. 137 N 129 ff.; neu auch Stratenwerth/Wohlens, StGB-Handkommentar, Art. 139 N 11) der Ansicht, dass bandenmässige Tatbegehung zumindest das Mitwirken von drei Personen erfordert. Die Strafkammer hat bereits in einem früheren Fall zu dieser Frage Stellung genommen und ausgeführt (SK 2003 437 und 438, SK 2004 32 und 33 vom 14.12.2004 E. 4.b):

„Richtigerweise kann von ‚Mitgliedern einer Bande‘ indessen nur gesprochen werden, wo sich mindestens drei Personen zu deliktischem Handeln zusammenschliessen (ebenso: Niggli/Riedo, a.a.O., mit weiteren Verweisen). Zudem ist der Begriff im Hinblick auf dessen qualifizierende Funktion eng auszulegen (Niggli/Riedo, a.a.O., Rz 116 zu Art. 139 StGB), zumal im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Betäubungsmittelhandels, der typischerweise gerade nicht alleine betrieben wird (Albrecht, Kommentar zu Art. 19 - 28 BetmG, Bern 1995, Rz 183 ff. zu Art. 19 BetmG).“

Damals behandelte die Strafkammer die Frage im Zusammenhang mit Betäubungsmitteldelikten. Sie war indes nicht abschliessend zu beurteilen, da sich der damals zu beurteilenden Anklageschrift keine zureichenden Hinweise auf einen besondern Organisationsgrad oder eine intensive Zusammenarbeit entnehmen liess, welche nach Auffassung des Bundesgerichts, unabhängig von der Frage der Mindestanzahl, als

A 4.1

Merkmale bandenmässigen Handelns ausschlaggebend sein sollen (ebd. E. 4.c).

c) Bande war ursprünglich eine Bezeichnung für marodierende Söldnerhaufen im Mittelalter, später für Gruppen irregulärer Kämpfer. Soziologisch meint man eine Gruppe von Jugendlichen, die sich durch abweichendes Verhalten und zum Teil eine eigene Subkultur auszeichnet (Brockhaus, 2006, Band 3). Dass nach allgemeinem Sprachgebrauch eine Bande mindestens drei Personen umfasst (vgl. dazu von Büren, SJZ 1979, S. 43 f.), hat die bisher herrschende Praxis und Lehre, soweit ersichtlich, ebenso wenig diskutiert wie der Umstand, dass dem Gesetzgeber keine abweichende, über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgehende, die Strafbarkeit ausdehnende juristische Bedeutung vorschwebte (vgl. dazu ausführlich Ott, ZStrR 1982 S. 331 ff.). Vom sprachlich bestimmten Wortlaut des Gesetzes her besteht mithin kein Anlass, den Begriff der Bande auch auf ein Täterduo anzuwenden. Vielmehr verletzt eine solche Annahme den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ nach Art. 1 StGB (von Büren, ebd., S. 44).

In Deutschland hat der Grosse Senat des Bundesgerichtshofes die früher ständige Rechtsprechung, wonach zwei Personen zur Annahme einer Bande ausreichen, aufgegeben und festgehalten, dass der Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt (BGH GSSt 1/00, Beschluss vom 22. März 2001; vgl. auch Arzt, in Kommentar: Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Auflage, Zürich 2007, N 121, wonach Österreich gesetzlich mindestens drei Personen vorgeschrieben hatte, indes 2002 den Bandenbegriff durch den Begriff der „kriminellen Vereinigung“ ersetzt hat).

d) Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist Bandenmässigkeit bei Vorliegen des Bandenwillens, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken, gegeben. Dieser Zusammenschluss stärke den einzelnen psychisch und physisch und mache ihn deshalb besonders gefährlich (so schon BGE 78 IV 233). Der auf die allgemeine Wortbedeutung fussenden Kritik ausweichend hat das Bundesgericht erwogen, es komme weniger auf die Zahl der Beteiligten, sondern mehr auf den Organisationsgrad und die Intensität der Zusammenarbeit der Täter an. Vorausgesetzt werden „gewisse Mindestansätze einer Organisation“, etwa eine Rollen- oder Arbeitsteilung, die es erlauben, von einem intensiven Zusammenwirken in einem „bis zu einem gewissen Grade fest verbundenen und stabilen Team“ zu sprechen (vgl. oben lit. b). Diese Formel vermag die Strafammer, abgesehen von der erläuterten klaren allgemeinen Wortbedeu-

tung, aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen (vgl. dazu auch Jenny, ZBJV 1999 S. 654 f.).

Erstens erscheint das für die Abgrenzung vorgeschlagene Kriterium des Intensitätsgrades des Zusammenwirkens objektiv nicht zwingend. Dogmatisch werden arbeitsteilige Kollektivdelikte durch die Mittäterschaft erfasst (vgl. Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Basel 2005, S. 140). Der Mittäter muss als Hauptbeteiligter erscheinen, von welchem die Realisierung des Deliktes abhängig ist (Forster, BSK, vor Art. 24 StGB N 7). Er muss mithin in die Zusammenarbeit sogar stärker eingebunden sein als das Bandenmitglied, das auch bloss Gehilfe sein kann. Damit erfüllte jede Mittäterschaft bei mehreren Raub- und Diebstahlstaten das qualifizierte Tatbestandselement der Bandenmässigkeit. Es fehlt an einem klar benennbaren Merkmal (z.B. mögliche gruppenspezifische Effekte), das die mittäterschaftliche Bindung qualifiziert gefährlich macht. Verzichtet man auf das sprachlich allgemein verständliche objektive Kriterium der Mindestanzahl von drei Personen, lässt sich das für die bandenmässige Tatbegehung massgebende Zusammenwirken von der Mittäterschaft allein durch das subjektive Element des Bandenwillens abgrenzen. Damit droht die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Bandenmässigkeit zufolge Fehlens äusserlich manifestierter eindeutiger Kriterien aber in vielen Fällen willkürlich zu werden; denn der Bandenwille kann nicht einfach ex post aufgrund der Anzahl gemeinsam verübter Delikte angenommen werden, sondern zu prüfen ist, ob er ex ante vorhanden war.

Zweitens leuchtet nicht ein, zwei Personen als Bande anzusehen, da der Bandenwille allein die einzelne Tat nicht besonders gefährlich macht und die gemeinsame Begehung mehrerer Taten über Gewerbsmässigkeit (beim Diebstahl) oder Realkonkurrenz (Art. 49 StGB beim Raub) zur Straferhöhung führt, während die Verwerflichkeit mittäterschaftlichen Vorgehens in einem Zweierteam bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann (...).

Drittens besteht die Gefährlichkeit des in einer Bande agierenden Täters nicht unbedingt in deren Organisation, sondern in der meist unausgesprochenen diffusen Übereinkunft, durch Delinquieren gegen das herrschende Wertesystem gerichtete Ziele zu verfolgen. Daraus entsteht ein Druck, der die einzelnen Mitglieder einer Gruppe qualitativ in intensiverer Art und Weise Zwängen unterwirft, als dies in einem Duo passieren kann, sodass es gerade in Bezug auf die vom Bundesgericht befürchtete, gefährliche psychische und physische Stärkung einen erheblichen Unterschied macht, ob sich zwei oder mindestens drei Täter zur gemeinsamen Verübung mehrerer Delikte zusammenschliessen. Es ist fraglich, ob das Gefährdungspotential gruppenspezifischer Prozesse sich schon beim Täterduo realisieren kann (vgl. auch Schubarth/Albrecht, a.a.O., Art. 137

A 4.2

N 129). In einem Duo kann einem Täter der Ausstieg jedenfalls leichter fallen, als in einer Gruppe von mindestens drei Tätern. Das Mitmachen in einer solchen Gruppierung ist für Rechtsgüter und allfällige Opfer gefährlicher, weil das Ausscheren wegen der vom Willen des Einzelnen unabhängigen Gruppendynamik weit höhere Anforderungen an den Selbstbehauptungswillen stellt und sich damit ungleich schwieriger erweist.

Eine fest und kontinuierlich organisierte Bande *schliesslich* fällt als Verbrechenskomplott unter die kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB; vgl. auch strafbare Vorbereitungshandlungen nach Art. 260^{bis} StGB; zu den Abgrenzungsproblemen vgl. Arzt, a.a.O., § 4 N 118, 121 ff.). Letztere setzt auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine strukturierte Gruppe von mindestens drei, im Allgemeinen mehr Personen voraus (BGE 132 IV 132 E. 4.1.1), obwohl der Begriff „Organisation“ vom sprachlichen (nicht vom kriminalpolitischen) Verständnis her die Annahme einer solchen Mindestanzahl im Unterschied zum Wort „Bande“ weniger aufdrängt, wobei beide Gebilde als kriminelle Gruppierungen anzusehen sind (ebd. E. 5.1).

e) Aus all diesen Gründen (allgemeine Wortbedeutung, juristische Abgrenzungsprobleme, Rechtsvergleichung und höheres Gefährdungspotential von Gruppen mit mindestens drei Mitgliedern zufolge Gruppendynamik) hält die Strafkammer dafür, dass Bandenmässigkeit im Sinne von Art. 139 Ziff. 3 StGB und Art. 140 Ziff. 3 StGB grundsätzlich nur vorliegt, wenn mindestens drei Personen zusammenwirken. Ausnahmen sind denkbar, wenn äusserlich erkennbare, dauerhaft verfestigte Organisationsstrukturen bzw. Planungselemente das Handeln eines Täterduos in den Bereich der Tatbestände von Art. 260^{bis} f. StGB rücken, ohne deren tatbestandsmässige Dauerhaftigkeit und öffentlichkeitsgefährdende Dimensionen anzunehmen, was in der Regel auch vom Qualifikationsmerkmal der besonderen Gefährlichkeit erfasst würde (...).

(Urteil vom 19. Februar 2008, SK 2007 31; a. M. BGer 6B_693/2008 vom 28. Mai 2009, wo an der Rechtsprechung der „Zweierbande“ festgehalten wird).

4.2 Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote (Art. 150^{bis} StGB)

- *Ausschliessliche Decodierspezialität der vom Angeklagten verkauften „Cerebro“-Karten in casu nicht erwiesen (Erw. 4 und 5.c).*
- *Art. 150^{bis} StGB erfasst nicht die konkrete Benutzung der Karte zur unbefugten Entschlüsselung (Erw. 5.a).*
- *Konkret fehlt der „Cerebro“-Karte die Bestandteilqualität (Erw. 5.b).*

Aus den Erwägungen:

1. Laut Anklageschrift des Bezirksamtes Höfe vom 16. April 2008 soll der Angeklagte vom 9. Dezember 2005 bis 25. Januar 2006 „Cerebro“ Chip-Karten für je € 55 erworben und für € 112.00 bzw. Fr. 169.00 weiterverkauft haben. Die Karten seien dazu bestimmt gewesen, die mit dem Verschlüsselungssystem der N. SA geschaffene Zugangskontrolle zu den codierten „Premiere“-Programmen zu umgehen und diese ohne Bezahlung zu konsumieren. Der Einzelrichter der Höfe sprach mit Urteil vom 8. Juli 2008 den Angeklagten vom entsprechenden Anklagevorwurf des mehrfachen Herstellens und Inverkehrbringens von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote im Sinne von Art. 150^{bis} StGB frei. (...).

4. (...). Da keine „Cerebro“-Karte desjenigen Typs, welche der Angeklagte verkauft hatte, im vorliegenden Strafverfahren sichergestellt und untersucht wurde, ist es (...) nicht schlechterdings unhaltbar, dass der Vorderrichter die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, die Karten dienten nur der unbefugten Entschlüsselung der „Premiere“-Fernseherprogramme, verworfen hat und zu Gunsten des Angeklagten annahm, es könne nicht widerlegt werden, dass diese auch eine andere decodierfremde Funktion (sichere Datenspeicherung) haben konnten. (...). Zu welchem Verwendungszweck der Angeklagte die Karten verkaufen wollte oder zu veräussern glaubte, ist dabei, entgegen den breiten Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, nicht erheblich. Der Vorderrichter hat den Angeklagten mangels Erfüllung des objektiven Tatbestandes (vgl. gerade unten E. 5), also unabhängig von seiner persönlichen Einstellung, namentlich seines in der polizeilichen Einvernahme in Abrede gestellten, indes aufgrund der Akten erstellten Wissens, dass die Karten mit dem vorgängig integrierten Betriebssystem zur unbefugten Entschlüsselung der „Premiere“-Fernseherprogramme brauchbar und gefragt waren, freigesprochen.

5. Gemäss Art. 150^{bis} StGB wird auf Antrag mit Busse bestraft, wer Geräte, deren Bestandteile oder Datenverarbeitungsprogramme, die zur unbefugten Entschlüsselung codierter Rundfunkprogramme oder Fernmeldedienste bestimmt und geeignet sind, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, in Verkehr bringt oder installiert.

a) Die konkrete Benutzung der „Cerebro“-Karten zur unbefugten Entschlüsselung von Pay-TV-Programmen ist durch die Bestimmung nicht erfasst (Fiolka, BSK, Art. 150^{bis} StGB N 13), weshalb dieser Nachweis bzw. die entsprechende tatsächliche Behauptung der Beschwerdeführe-

A 4.2

rinnen (Beschwerde Ziff. 8) einem Freispruch nicht entgegensteht. Der Freigesprochene war auch nicht der Beihilfe zur Leistungerschleichung (Art. 150 StGB) angeklagt.

b) Die Anwendung des Tatbestandes von Art. 150^{bis} StGB wird in der Lehre bei Bestandteilen zur Vermeidung übermässiger Kriminalisierung der Elektronikindustrie auf Decoderteile eingeschränkt, die zu keinem anderen Zweck als die unbefugte Entschlüsselung verwendet werden können (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. Aufl., Bern 2003, § 16 N 60) bzw. ausschliesslich für den Einsatz in Decodern geeignet und bestimmt sind (Fiolka, a.a.O., N 22 und vgl. auch N 7 ff. zu den wenig stichhaltigen Gründen der Kriminalisierung). Ein Mikrochip bzw. eine damit versehene Karte dürfte ein Decoderteil sein, wenn darauf die zur Decodierung notwendigen Daten vorhanden sind (ebd.). Bereits diese Auslegung scheint indes fragwürdig, da einer Chip-Karte kaum eine derart dauerhafte äussere Verbindung zum Decodergerät zukommt, als dass sie als dessen Bestandteil anzusehen wäre. Abgesehen davon enthielten in casu die verkauften Karten die zur Decodierung notwendigen Daten (noch) nicht. Erst nach Herunterladen und Bespielen mit der entsprechenden Software waren sie zur unbefugten Entschlüsselung zu gebrauchen, was auch die Beschwerdeführerinnen ausgeführt haben. Sie machen aber geltend, es dürfe aus der zuletzt zitierten Kommentarstelle nicht abgeleitet werden, die Smartcard müsse ohne zusätzlich später darauf installierter Software vollständig funktionsfähig sein (mit Hinweisen auf Fiolka, a.a.O., N 26). Dabei übersehen sie jedoch, dass ihr dem gleichen Kommentar entnommene Hinweis sich einerseits nicht mit der Qualifikation einer Smartcard als Bestandteil befasst und andererseits nur auf die Eignung eines Gerätes und nicht auf diejenige eines Bestandteils bezieht. Vorliegend wird dem Angeklagten aber nicht vorgeworfen, Decodergeräte in den Verkehr gebracht, sondern „Cerebro“-Karten gekauft und weiterverkauft zu haben. Diese bloss mit einem Chip und einem Betriebssystem bestückten Karten sind indes keine Decoderteile, weil sie keine Decodierfunktionen enthalten, sondern bloss unterstützen (Fiolka, a.a.O., N 22).

c) Aber auch abgesehen von der fehlenden Bestandteilqualität und der Auslegungsfrage, ob die Chip-Karte allein schon aufgrund der Möglichkeit zur Bespielung mit frei verfügbarer Software hinreichend decodierungsbestimmt wäre, ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt, weil die zur Qualifizierung als Bestandteil nach der Lehre vorauszusetzende ausschliessliche Decodierspezialität bei den vom Angeklagten verkauften Karten nach den tatsächlichen Feststellungen (oben E. 4) nicht zweifellos nachgewiesen ist. (...).

(Beschluss vom 13. Oktober 2008, RK2 2008 62; auf eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_948/2008 vom 23. März 2009 nicht eingetreten).

4.3 Freiheitsberaubung mit vorangegangenem Hausfriedensbruch

- *Freiheitsberaubung erfordert über die schon durch den Hausfriedensbruch geschaffene Zwangslage hinausgehende, freiheitseinschränkende Handlungen (Erw. 1.d).*
- *DNA-Löschungsmeldung; entgegen dem VVzDNA-Anhang ist die Vollzugsbehörde und nicht das letztinstanzlich urteilende Gericht für die innerkantonale Meldung zuständig (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

1. d) Aus diesen Gründen darf entgegen der Vorinstanz nicht vorbehaltlos und uneingeschränkt auf die nicht widerspruchsfreien Aussagen der Exfreundin B. abgestellt werden. Aufgrund ihrer Aussagen und der seitens des Angeklagten nicht angefochtenen Verurteilung wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs ist zwar davon auszugehen, dass der Angeklagte, der trotz Haus- und Fernhalteverbotten wiederholt in ihre Wohnung eindrang, am 23. August 2006 gegen ihren Willen darin eine gewisse Zeit geblieben ist und sie unter Druck gesetzt hat. Indes erfordert eine Freiheitsberaubung über die schon durch den Hausfriedensbruch geschaffene Zwangslage hinausgehende, freiheitseinschränkende Handlungen. Diese können in tatbestandsmässig nötiger Intensität und Dauer vorliegend nicht mit hinreichender Sicherheit angenommen werden. Insbesondere ist nicht erwiesen, dass der Vorfall, wie B. ihn erstmals einen Monat später angezeigt hat, zwei Stunden dauerte. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die nicht sehr hohen Anforderungen der Praxis an die Dauer einer Freiheitsberaubung (Delnon/Rüdy, BSK, Art. 183 StGB N 24) erfüllt wären, fehlte es an der nötigen Intensität. (...). [Der Angeklagte hat] seine Exfreundin also nicht zwei Stunden lang am Körper festgehalten, sondern soll sie am Verlassen der Wohnung gehindert haben, indem er sie ein paar Mal („eher 7-8 Mal“ als 1-2 Mal, ...) mit körperlicher Überlegenheit auf das Sofa zurückschubste, was dadurch erklärbar ist, dass er unbedingt mit ihr weiterreden wollte. Weitergehende freiheitsentziehende Handlungen oder Drohungen sind nicht ersichtlich. Die anfängliche Umarmung löste sich in das Handgemenge auf, in dessen Verlauf der Angeklagte B. wohl versehentlich auf den Fuss stand. Damit lässt sich nicht beweisen, dass er sie über längere Zeit

A 4.3

festgehalten hat. Abgesehen davon, dass nicht geklärt ist, ob die Zimmertüre verschlossen oder offen war, wird dem Angeklagten jedenfalls nicht vorgeworfen, diese abgeschlossen zu haben. Die Zimmertüre soll dagegen durch die Exfreundin bei der Rückkehr vom Treppenhaus verriegelt worden sein, offenbar bevor ihr der Angeklagte ins Zimmer folgen konnte. Da sie sich auf derart einfache Weise – andernorts ist wie gesagt davon die Rede, sie hätte den Angeklagten einfach aus dem Zimmer „bugsiert“ – dem Zugriff des Angeklagten entziehen und ihn durch einen Telefonanruf zum Weggehen bewegen konnte, war die reklamierte Freiheitsbeschränkung nicht besonders schwer zu überwinden, worauf auch der vorläufige Verzicht auf Anzeigeerstattung, selbst nach Besprechung mit der Sozialbetreuerin, hinweist. Ihre Fortbewegungsfreiheit wurde vielleicht vorübergehend behindert oder erschwert, aber nicht in einem solchen Ausmass aufgehoben, als dass eine mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bedrohte Freiheitsberaubung nach Art. 183 Ziff. 1 StGB angenommen werden könnte. Dass der Angeklagte sich weigerte, auf ihre Aufforderung hin die Wohnung zu verlassen, sondern weiter auf sie einredete, ist keine Freiheitsberaubung. Kommt hinzu, dass sie selbst den Eindruck hatte, der Angeklagte sei sich wahrscheinlich nicht ganz im Klaren gewesen, was er bei ihr damit angerichtet hätte. Es ist also selbst gestützt auf die Sachverhaltsdarstellung der Exfreundin nicht erwiesen, dass der Angeklagte sie wissentlich und willentlich durchgehend über längere Zeit der Freiheit beraubte (...).

7. In den Akten findet sich eine an die letzturteilende Instanz oder die mit dem Vollzug der Sanktion betraute Behörde gerichtete Aufforderung, bei Vorliegen von gültigen Löschungskriterien die Löschung des beim Angeklagten (PCN 28 502803 29) durch Wangenschleimhaut-Abstrich erstellten und in der eidgenössischen Datenbank CODIS aufgenommenen DNA-Profiles zu veranlassen.

Das Bundesamt für Polizei löscht DNA-Profile nach den Voraussetzungen von Art. 16 ff. DNA-Profil-Gesetz (SR 363). Die Kantone melden den AFIS/DNA Services (nationales Kompetenz- und Dienstleistungszentrum für die Personen- und Spurenidentifikation) des Bundesamtes das Eintreten der gesetzlichen Voraussetzungen für die Löschung von Profilen (Art. 12 DNA-Profil-Verordnung, SR 363.1). Der Regierungsrat hat zur Bundesgesetzgebung über die Verwendung von DNA-Profilen eine Vollzugsverordnung erlassen (VVzDNA), die am 1. Juni 2007 in Kraft getreten ist (ABI Nr. 21 vom 25. Mai 2007). Da die Zuständigkeit des Regierungsrates sich indes gestützt auf § 46 Abs. 1 KV nur auf die Aufgabenzuteilung innerhalb der kantonalen Verwaltung erstreckt, ist diese Verordnung für die Gerichtsbehörden nicht verbindlich (so auch RRB Nr. 598/2007 vom 15. Mai 2007 E. 3). Um den Ablauf der Fristen im

Auge zu behalten, fragen die zuständigen Bundesbehörden bei den Kantonen regelmässig elektronisch nach, ob neue Löschungereignisse vorliegen, weshalb die Kantone den AFIS/DNA Services rechtskräftige Entscheide sofort melden sollen. Verfahrensabschlüsse, welche nach dem DNA-Profil-Gesetz die Löschung eines Profils zur Folge haben, sind mithin nicht erst im Löschungszeitpunkt, sondern sofort der zentralen Meldestelle zu melden, und zwar durch das mit dem Vollzug rechtskräftiger Gerichtsentscheide betraute Amt für Justizvollzug (§ 159 Abs. 2 StPO; vgl. auch Art. 22 lit. e DNA-Profil-Gesetz und Art. 12 DNA-Profil-Verordnung) und nicht durch das Gericht.

Aufgrund dieser Ausgangslage ist im Dispositiv unter dem Zufertigungsvermerk ein Hinweis zur DNA-Meldepflicht an das Amt für Justizvollzug aufzunehmen; die Formularausfüllung (mit Kopiemeldung an das Verhöramt zuhanden der Strafakten) ist dessen Sache, und zwar auch in den gerichtlich beurteilten Fällen gemäss Ziffern 1 bis 3, 5 und 8 des VVzDNA-Anhangs.

Für künftige Verfahren bleibt stets die Feststellung der DNA-Probenahme vorbehalten, was künftig in der Regel eine (in casu fehlende) hinreichende Kennzeichnung des Strafuntersuchungsdossiers voraussetzt, da insbesondere Rechtsmittelinstanzen entsprechend dem in der Regel beschränkten Prozessstoff nicht nach solchen Aktenvorgängen zu forschen haben.

(Urteil vom 9. September 2008, SK 2008 14).

4.4 Urkundenfälschung und Erschleichung einer Falschbeurkundung

- *Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): dem Protokoll einer General- bzw. Universalversammlung kommt auf jeden Fall Urkundeneigenschaft zu, als es Grundlage für einen Eintrag ins Handelsregister bildet (Erw. 3.c/bb).*
- *Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB): Verneint gegenüber der Urkundsperson, die im Rahmen der öffentlichen Beurkundung die minimalen Sorgfaltspflichtverletzungen nicht beachtet, (Erw. 4.a und b); bejaht zufolge täuschenden Verhaltens gegenüber dem Handelsregisterführer (Erw. 4.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Abgesehen davon, dass die Verteidigung den Anklagevorwurf der Urkundenfälschung insbesondere in subjektiver Hinsicht bereits vor Vorinstanz in Abrede gestellt hat, macht sie neu geltend, dass nebst den

A 4.4

Umständen, dass der Angeklagte weder als Protokollführer agiert habe noch von sonst jemandem ein GV-Protokoll gemäss Gesetz ausgefertigt worden sei, es sich bei dem von der Urkundsperson im Voraus verfassten Papier mangels Einhaltung der zwingenden Vorschriften gemäss Art. 702 Abs. 2 OR überhaupt um keine Urkunde handle, sondern lediglich um eine Notiz oder einen Entwurf, weshalb diesem kein Urkundencharakter zukomme und der Vorwurf der Urkundenfälschung bereits in objektiver Hinsicht ent falle.

a) Unbestritten ist, dass am 14. November 2001 in Wollerau, am Sitz der T. AG eine Versammlung der T. stattgefunden hatte, an welcher eine Statutenänderung zur Beschlussfassung kam und an welcher der Angeklagte nebst U. als Urkundsperson allein anwesend war. Nicht in Frage gestellt wird sodann auch die Tatsache, dass jeder Beschluss einer Generalversammlung über eine Änderung der Statuten öffentlich beurkundet werden muss (vgl. Art. 647 Abs. 1 OR). Sodann widerspricht die Verteidigung grundsätzlich auch nicht der Lehrmeinung von Büren/Stoffel/Weber, dass die öffentliche Urkunde das ordentliche GV-Protokoll ersetzen kann (vgl. von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., 2007, Rz 556), doch erachtet sie diesen Umstand als nur dann erfüllt, wenn sich der zwingende, absolut unerlässliche Minimalgehalt eines Generalversammlungsprotokolls im Sinne von Art. 702 Abs. 2 OR in der öffentlichen Urkunde wieder finde. (...).

c) Der Verteidigung ist beizupflichten, dass es sich bei den Vorschriften von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 – 4 OR um zwingende Minimalvorschriften handelt (vgl. Tanner, Zürcher Kommentar, V5b Aktiengesellschaft, Art. 698-706b, Rz 213 zu Art. 702 OR; von Büren/Stoffel/Weber, a.a.O., Rz 553; Dubs/Truffer, Basler Kommentar [BSK], Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, Rz 27 zu Art. 702 OR). (...).

bb) Aber selbst wenn dem nicht so wäre, das heisst, dass Ziffer 1 von Art. 702 Abs. 2 OR als nicht eingehalten zu erachten wäre, hätte dieser Umstand nicht zur Folge, dem umstrittenen Protokoll die Urkundenqualität abzusprechen.

Massgebend, ob ein Schriftstück dazu bestimmt und geeignet ist, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, ist nicht die Beweiskraft der Erklärung im konkreten Einzelfall, sondern ihre allgemeine Beweistauglichkeit (Markus Hug, StGB Kommentar, Art. 110 StGB, S. 171 mit Verweis auf BGE 105 IV 193, 120 IV 126 und 131 IV 131). Das Generalversammlungsprotokoll ist ein Beschlussprotokoll (Dubs/Truffer, a.a.O., Rz 26 zu Art. 702 OR; Tanner, a.a.O., Rz 209), dessen Funktion hauptsächlich im Nachweis über die gefassten Beschlüsse und erfolgten

Wahlen besteht und in erster Linie für die internen Vorgänge der Aktiengesellschaft von Bedeutung ist (Tanner, a.a.O., Rz 206 zu Art. 702 OR). Da nun jeder Beschluss der Generalversammlung über eine Änderung der Statuten schliesslich von Gesetzes wegen vom Verwaltungsrat beim Handelsregisteramt angemeldet und auf Grund der entsprechenden Ausweise in das Handelsregister eingetragen werden muss (Art. 647 Abs. 2 OR), liegt der Zweck eines solchen Protokolls nicht nur darin zu beweisen, was an der Versammlung gesagt und somit beschlossen wurde, sondern das Protokoll wird auch im Hinblick auf den Handelsregistereintrag als Beweis dafür erstellt, dass eine gültige Versammlung stattgefunden hat und dabei ein gültiger Beschluss über die Statutenänderung vorgenommen worden ist. Das war zweifelsohne auch in casu der Fall. So grenzt das Element der Kundgabe nach aussen die Urkunde vom blossen Urkundenentwurf und von privaten Notizen ab (Markus Boog, BSK-Strafrecht I, 2. Auflage, Rz 14 zu Art. 110 Ziff. 5 StGB mit Hinweisen). Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist denn auch die Urkundenqualität eines Universalversammlungsprotokolls jedenfalls insoweit zu bejahen, als es Grundlage für einen Eintrag im Handelsregister bildet (BGE 120 IV 204, E. 3.c).

Selbst wenn die institutionelle Stimmenvertretung im Sinne von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR in casu im Protokoll nicht aufgeführt worden war, handelt es sich bei den im umstrittenen Schriftstück aufgenommenen Erklärungen des Angeklagten um solche zu Urkunde, bei denen der wirkliche innere Wille des Erklärenden, sprich des Angeklagten, zum Ausdruck kommt oder zumindest kommen sollte (vgl. BGE 123 IV 132, E. 3.b.bb). Denn letztlich waren die Erklärungen des Angeklagten, dass das gesamte Aktienkapital anwesend bzw. vertreten sei, eine gültige „a.o. Generalversammlung“ stattfinde und die Statutenänderung gültig beschlossen worden sei, für die Anmeldung beim Handelsregisterführer rechtserheblich, weshalb das GV-Protokoll in dieser Hinsicht in jedem Fall Urkundenqualität aufweist (vgl. BGE 103 IV 151; Boog, a.a.O, Rz 30 zu Art. 110 Ziff. 5 StGB). (...).

d) Im Lichte dieser Erwägungen gehen die Einwände der Verteidigung, dass es sich beim umstrittenen Schriftstück weder um ein Generalversammlungsprotokoll handle, noch dass diesem Protokoll keine Urkundenqualität zukomme, fehl. Der eingeklagte Tatbestand der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB ist in objektiver Hinsicht als erfüllt zu erachten.

4. Weiter bestreitet die Verteidigung vor Schranken des Kantonsgerichts den Vorwurf der mehrfachen Erschleichung einer falschen Beurkundung und macht dabei geltend, dass der Angeklagte weder vorgängig

A 4.4

noch während der Universalversammlung täuschend auf die Urkundsperson eingewirkt habe, noch für die Anmeldung beim Handelsregisterführer verantwortlich sei.

a) Die Anklage wirft dem Angeklagten einerseits vor, mit der tatsächlichen Feststellung, wonach alle Aktionäre der T. AG anwesend seien und somit das gesamte Aktienkapital vertreten sei, habe er die Urkundsperson hinsichtlich der Voraussetzungen für die Abhaltung einer Universalversammlung getäuscht, weshalb die Urkundsperson im Vertrauen darauf, dass die Erklärung des Angeklagten der Wahrheit entspreche, fälschlicherweise annahm, die Beschlussfassung über die Statutenänderung sei gültig zustande gekommen. Im Anschluss an die ausserordentliche Generalversammlung habe die Urkundsperson U. die öffentliche Beurkundung des vom Angeklagten geführten Protokolls, welches die unter Umgehung der Formvorschriften zustande gekommenen Beschlüsse für die Statutenänderungen enthalten hätte, vorgenommen. In der Folge sei die öffentlich beurkundete Statutenänderung auf Veranlassung des Angeklagten dem Handelsregisteramt des Kantons Schwyz zur Anmeldung gebracht worden. Der Handelsregisterführer habe auf die Richtigkeit der Beurkundung vertraut und habe sich über die wahren Begebenheiten durch den Angeklagten täuschen lassen.

b) Anlässlich der Zeugeneinvernahme vor dem Untersuchungsrichter gab U. u.a. zu Protokoll, dass er, als er den Entwurf vor der Generalversammlung erhalten habe, diesen durchgelesen und sich bemüht habe abzuklären, um was es überhaupt gehe. Er habe gesehen, dass es sich um eine Routineangelegenheit handle. Er habe auch gesehen, dass sich die Eidgenössische Bankenkommission mit der Firmen- und Zweckänderung schon befasst habe, weshalb er angenommen habe, dass der Gesellschaft gar nichts anderes übrig bliebe, als den Zweck zu ändern. Aufgrund seiner Beurteilungen sei er zum Schluss gekommen, dass er am Entwurf, was die zu fassenden Beschlüsse betreffe, inhaltlich keine Änderungen zu machen habe. Auch die Statuten habe er vorgängig erhalten. Sodann habe er aufgrund anderer Beurkundungen für D. gewusst, dass er persönlich, ihm gehörende Gesellschaften sowie andere wenige Personen das Aktionariat der Gesellschaften von D. stellen. Die Frage, ob er als Urkundsperson bei einer zu beurkundenden Generalversammlung irgendwelche Pflichten in Zusammenhang mit der Anwesenheit von Aktionären oder deren Stellvertreter oder in Zusammenhang mit Erklärungen des Verhandlungsvorsitzenden zu diesem Thema habe, bejahte der Zeuge und fügte bei, dass die Urkundsperson eine Sorgfalts- und Abklärungspflicht habe, die indessen von Fall zu Fall verschieden und nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip anzuwenden sei. Als er den Entwurf

der Urkunde erhalten habe, sei er davon ausgegangen, dass alle Aktionäre der Gesellschaft anwesend oder vertreten seien sowie dies im Entwurf der Urkunde und dann auch in der definitiven Ausfertigung festgehalten sei. Er habe keine Probleme gesehen, weil er gewusst habe, dass Aktien direkt oder indirekt entweder D. alleine oder ihm nahestehenden Personen gehören. Es sei auch bei anderen Gesellschaften und Beurkundungen so gewesen, dass es jeweils keine Probleme gegeben habe und immer dieselben Aktionäre oder Personen oder deren Vertreter präsent gewesen seien. Es sei sehr formlos zugegangen, weil die Verhältnisse offen, klein und klar gewesen seien. Wie er es als Urkundsperson aber immer tue, habe er den Versammlungsleiter bzw. Vorsitzenden gefragt, ob alle Aktionäre resp. Aktien anwesend oder vertreten seien, was ihm von D. bestätigt worden sei. Ihm gegenüber habe sich D. als Aktionär und/oder Vertreter der restlichen Aktionäre ausgegeben. Er habe keinen Anlass zu Zweifel gehabt. Das Aktienbuch habe nicht vorgelegen. Er habe keine Einsicht in das Aktienbuch verlangt, weil er von der Richtigkeit der ihm gegenüber gemachten Aussagen ausgegangen sei. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip habe es für ihn keine Veranlassung gegeben, Misstrauen walten zu lassen und alles und jedes zu hinterfragen und zu überprüfen.

aa) Gemäss Art. 253 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet, namentlich eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift beglaubigt. Die Tathandlung besteht also darin, dass eine inhaltlich unwahre Beurkundung rechtlich erheblicher Tatsachen durch Täuschung des zur Beurkundung Berufenen bewirkt wird (Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage, S. 163). Der Aussteller der Urkunde muss mithin in einen Irrtum versetzt werden (Markus Boog, BSK-Strafrecht II, 2. Auflage, Rz 6 zu Art. 253 StGB mit Verweisen), wobei hierfür Arglist nicht erforderlich ist, sondern eine bloss Irreführung genügt, welche in einfachen Falschangaben gegenüber der Urkundsperson bestehen kann (Donatsch/Wohlers, a.a.O., S. 163; vgl. auch Boog, a.a.O., Rz 6 zu Art. 253 StGB).

bb) Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung richtet sich grundsätzlich nach den kantonalen Vorschriften, in casu nach der bereits erwähnten Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung vom 24. Mai 2000. § 3 Abs. 1 dieser Verordnung sieht vor, dass die Urkundsperson bei jeder Beurkundung das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen und der zu beurkundenden Tatsachen zu ermitteln habe. Insbesondere hat die Urkundsperson die Vollmachten allfälliger Vertreter

A 4.4

zu überprüfen; bestehen Zweifel über die Vollmacht, kann von der Beurkundung einstweilen abgesehen werden (Abs. 2). Sodann ist die Urkundsperson im Sinne von § 4 Abs. 1 dieser Verordnung gehalten, die Beurkundungen mit aller Sorgfalt vorzubereiten und auszuführen. Zu beachten ist ferner, dass bei einer öffentlichen Urkunde – dies im Gegensatz zur Privaturkunde – eine im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in der vorgeschriebenen Form tätige Urkundsperson mitwirkt und (...) kontrolliert (Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz 78 zu § 5, S. 31). Zudem geniesst die öffentliche Urkunde selbst erhöhte Beweiskraft (Art. 9 ZGB). Gerade diese Umstände erfordern ein besonders sorgfältiges Tätigwerden der Urkundsperson, wobei die notwendigen Ermittlungen im Rahmen des Möglichen vorzunehmen sind.

Selbst wenn die Urkundsperson U. den Angeklagten gekannt und bereits mehrere Beurkundungen für ihn vorgenommen hatte, es sich in casu um eine Routineangelegenheit gehandelt haben und die Verhältnisse überschaubar und klar gewesen sein sollen, ging es letztlich um eine öffentliche Beurkundung über die Protokollierung veranstaltungsgebundener Erklärungen. So hätte er zumindest gemäss § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung die Vertretungsvollmachten prüfen müssen, zumal der Angeklagte als Versammlungsvorsitzender vor leerem Saal ihm gegenüber bestätigt haben soll, dass sämtliche Aktionäre anwesend bzw. vertreten seien. Mit wenig Aufwand hätte er sicher auch Einsicht in das Aktienbuch nehmen können. Diese Vorbereitungshandlungen lagen durchaus im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren, insbesondere bei einer kleinen Aktiengesellschaft mit überschaubaren Aktionärsverhältnissen wie derjenigen der T. AG. Wäre die Urkundsperson ihren minimalsten Sorgfaltspflichten (Prüfung der Vertretungsvollmachten und Einsicht in das Aktienbuch) nachgekommen, hätte sie umgehend feststellen müssen, dass die Aktien der Strafklägerin nicht vertreten und somit nicht alle Aktionäre anwesend waren, und es wäre nicht zur Beurkundung gekommen, resp. hätte nicht dazu kommen dürfen. Bei dieser Sachlage kann nicht von einer Täuschung im Sinne von Art. 253 StGB gesprochen werden, selbst wenn kein arglistiges Vorgehen gefordert wird. Die Urkundsperson hat unbestrittenermassen nach eigenem Gutdünken gehandelt. Dass sie vom Angeklagten von ihren Prüfungspflichten abgehalten worden wäre, wurde nie behauptet, genauso wenig ist der Anklage zu entnehmen, dass der Angeklagte gerade aufgrund der bisherigen Geschäftsbeziehungen mit der Urkundsperson habe davon ausgehen können, dass sich diese mit seinen Erklärungen begnügen würde.

cc) Mit der Verteidigung kommt das Kantonsgericht zum Schluss, dass Art. 253 StGB in objektiver Hinsicht nicht erfüllt ist, weshalb der Angeklagte vom Anklagevorwurf des Erschleichens einer falschen Beurkundung durch eine Urkundsperson freizusprechen ist.

c) Dagegen geht der Einwand der Verteidigung fehl, der Angeklagte habe auch gegenüber dem Handelsregisterführer kein täuschendes Verhalten getätigt; es bestehen begründete Zweifel, dass der Angeklagte im Anschluss an die Generalversammlung vom 14. November 2001 überhaupt Kontakt mit dem Handelsregisteramt gehabt hat.

aa) Weder ist von Relevanz, dass sich in der öffentlichen Urkunde der Hinweis findet, dass der Verwaltungsrat den Beschluss der Generalversammlung über die Statutenänderung beim Handelsregister anzumelden habe, noch der Umstand, dass der Angeklagte die vollständige öffentliche Urkunde vorgängig der Anmeldung nochmals gesehen hat, zumal nicht geltend gemacht wird, die fertig erstellte Urkunde entspreche nicht dem an der Generalversammlung Gesagten. Genauso wenig ist von Bedeutung, dass der Angeklagte höchstpersönlich die Anmeldung getätigt hat. Die Anklage wirft dem Angeklagten vor, dass die öffentlich beurkundete Statutenänderung auf seine Veranlassung hin dem Handelsregisteramt des Kantons Schwyz zur Anmeldung gebracht worden sei. Entscheidend ist, dass eine Statutenänderung einer öffentlichen Beurkundung bedarf, was der Angeklagte wusste und dass der Beschluss über die Statutenänderung im Handelsregister eingetragen werden muss (Art. 647 Abs. 2 OR), was dem Angeklagten ebenfalls bekannt gewesen sein musste; jedenfalls behauptet er nicht das Gegenteil. Sodann war der Angeklagte Verwaltungsratspräsident der T. AG, zuständig für die Durchführung der Generalversammlung vom 14. November 2001 und Vorsitzender sowie einziger Teilnehmer an dieser Versammlung. Wenn die Verteidigung versucht, das strafbare Verhalten des Angeklagten dadurch zu verneinen, indem sie argumentiert, dass die öffentliche Urkunde auch nicht auf ausdrückliche Veranlassung des Angeklagten dem Handelsregisteramt eingereicht worden sei, sondern routinemässig, ohne konkreten Auftrag, weil es in unserer Region so üblich sei, geht sie fehl. Denn die Anmeldung hatte in jedem Fall zu erfolgen und - wie schon erwähnt - ist davon auszugehen, dass der Angeklagte um diesen Umstand wusste. Die Verteidigung hat zu Recht nicht behauptet, der Angeklagte selber hätte den Auftrag zur Anmeldung nie erteilt. (...).

bb) Im Übrigen kann in Anwendung von § 136 GO auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu diesem Anklagevorwurf verwiesen werden (...) und es ist der vorinstanzliche Schuldspruch wegen Erschleichens

A 4.5

einer falschen Beurkundung durch den Handelsregisterführer im Sinne von Art. 253 Abs. 1 StGB zu bestätigen.

(Urteil vom 12. Februar 2008; SK 2007 25. Eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_731/2008 vom 7. Januar 2009 abgewiesen).

4.5 Öffentlichkeit eines Werkareals nach SVG

- *Strassen sind dann öffentlich, wenn sie jedermann unter für alle gültigen Voraussetzungen offen stehen (Erw. 2.a).*
- *Der private Charakter ist durch ein Benützungsverbot unmissverständlich zu signalisieren (Erw. 2.b).*

Aus den Erwägungen:

1. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, am 27. Juni 2005, ca. 22:30 Uhr, beim Rückwärtsfahren aus einem Parkfeld vor dem Restaurant W. in E. mit dem Heck des Personenwagens von G. kollidiert zu sein. Nachdem der Angeklagte sich mit dem Geschädigten nicht habe einigen können, habe der Geschädigte die Polizei gerufen. Trotz dem polizeilich angeordneten Atemalkoholtest und der untersuchungsrichterlich angeordneten Blutprobe habe der Angeklagte sowohl den Atemlufttest als auch die Blutprobe verweigert. (...).

2. (...). Strittig ist einzig, ob es sich beim Bereich zwischen der Betonmisch- und Abfüllanlage der Firma S. und den Blumentrögen, abseits der Strasse, um ein ausschliesslich, nicht dem Strassenverkehrsgesetz unterstelltes Privatareal handelt oder nicht.

a) Das Strassenverkehrsgesetz (SVG) ordnet insbesondere den Verkehr auf den öffentlichen Strassen (Art. 1 SVG). Strassen sind die von Motorfahrzeugen, motorlosen Fahrzeugen oder Fussgängern benützten Verkehrsflächen. Hierzu zählen auch Plätze, Wege, Brücken, Unter- und Überführungen etc., ja selbst zugefrorene Seen, sobald sie allgemein als Verkehrsfläche benutzbar sind (Giger, Kommentar SVG, 2002, S. 29). Öffentlich sind Strassen, die nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dienen (Art. 1 Abs. 2 VRV). Daher stellt jede Verkehrsfläche, die nicht ausschliesslich und erkennbar der privaten Benutzung vorbehalten ist, eine öffentliche Strasse dar (Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, 2002, S. 98 Rz 167). Massgebend ist die Art und Weise der faktischen Benützungsmöglichkeit. Stras-

sen sind dann öffentlich, wenn sie einem unbestimmbaren Benutzerkreis bzw. jedermann unter für alle gültigen Voraussetzungen offen stehen, unbekümmert darum, ob sie von allen oder nur von bestimmten Kategorien von Verkehrsteilnehmern oder nur zu bestimmten Zwecken (nur Zubringerdienst) benützt werden können (BGE 104 IV 105 E. 3 S. 108, 101 IV 173 S. 175 und 92 IV 10 E. 1 S. 11). Der Begriff der öffentlichen Strasse ist somit weit auszulegen. Als öffentliche Strasse gilt daher etwa auch das eingezäunte Areal des Güterbahnhofs Zürich, bei welchem der Durchgangsverkehr verboten bzw. der Zutritt allen Fahrzeugen verwehrt ist, die nicht Waren abzuholen oder zum Transport aufzugeben haben. Der Umstand, dass das Areal im Verkehr mit der Bahn von jedem Kunden der SBB und damit von einem unbestimmbaren Personenkreis benützt werden darf, verleiht ihm das Merkmal der Öffentlichkeit (BGE 86 IV E. 3 S. 32 f.). Gleich verhält es sich für die den Postkunden zugängliche Autoeinstellhalle eines Postgebäudes (BGE 106 IV 405 E. 1 S. 408), für eine ausserhalb der Staatsstrasse nicht nur Trolleybussen, sondern auch ein- und aussteigenden Passagieren zugängliche Bus-Wendeschleife (BGE 107 IV 55 E. 2a S. 56 f.) und für den an den Strassenbereich angrenzenden Vorplatz einer Firma, auch während der Nichtbetriebszeiten, sofern dessen privater Charakter nicht durch ein Benützungsverbot oder eine Abschränkung signalisiert ist (BGE 104 IV 105 E. 3 S. 108).

b) Dem Angeklagten ist zwar beizupflichten, dass in Zufahrtsrichtung gesehen, unmittelbar beim Betonwerk der Firma S. eine Tafel mit dem Parkverbot-Signal und dem Hinweis „Privat Areal“ steht und seitlich am Betonwerk selbst ein Schild mit dem Hinweis „Betreten der Baustelle verboten“ angebracht ist. Dennoch vermag weder das eine noch das andere Schild für seine Argumentation zu sprechen, sondern nur dafür, dass – wie schon die Vorinstanz feststellte – direkt beim Betonwerk nicht parkiert resp. dieser Gefahrenbereich nicht betreten werden darf. Dass sich diese zwei Tafeln auch auf die umstrittene Verkehrsfläche erstrecken, sprich den gesamten Vorplatz inklusive markierte Parkplätze abdecken, ist zu verneinen. Wäre dem nämlich so, d.h. wie der Angeklagte argumentiert, würde in Befolgung der Tafel „Betreten der Baustelle verboten“ es jedem Restaurantbesucher verunmöglicht, ins Innere der Lokalität zu gelangen, da sich der Eingang zum Restaurant W. unmittelbar vor dem fraglichen Privatareal der Firma S. befindet, dieser Eingang somit nur über den umstrittenen Platz erreicht werden kann. Weiter findet sich weder auf dem Vorplatz noch im Bereich der markierten Parkplätze ein weiterer Hinweis für Unberechtigte, sprich ein Benützungsverbot für Nichtbesucher oder Nicht-Angestellte der Firma S.; geschweige denn ist ein Fahrverbot für Unbefugte angebracht. Genauso wenig lassen – nebst

A 4.5

den erwähnten Verbotstafeln beim Betonwerk – die massiven Blumentröge einem Restaurantbesucher erkennbar werden, dass ein Parkieren – und im Übrigen auch ein Befahren – in dem zur Beurteilung stehenden Bereich für Restaurantbesucher gerade verboten ist. Das Kantonsgericht kann sich der Argumentation der Vorinstanz anschliessen, dass die Blumentröge nicht primär der Abschränkung, sondern vielmehr der Ästhetik dienen. Solche Blumentröge finden sich – wenn auch von der Grösse her etwas kleiner – zudem vor dem Restaurant W.. Abgesehen davon hat es entlang der Blumentröge, also im Bereich der strittigen Verkehrsfläche, eingezeichnete Parkfelder, ohne dass aber – wie schon erwähnt – ein Hinweis angebracht wäre, dass diese markierten Parkplätze gerade nicht – auch nicht am Abend oder an den Wochenenden – für Restaurantbesucher bestimmt, sondern ausschliesslich und ohne zeitliche Beschränkung der Firma S. und deren Besucher vorbehalten sind. Der Eindruck, dass es sich gerade eben um Parkplätze des für jedermann zugänglichen Restaurants handelt, wird vielmehr dadurch erhärtet, dass unmittelbar über der Stirnseite der vorderen Parkplatzreihe die Tafel „W.“ angebracht ist, welche derjenigen des Restaurants W. bei den Parkplatzreihen hinter den Blumentrögen entspricht.

Soll nun aber die strittige Verkehrsfläche nur einem ganz bestimmten Personenkreis zur Verfügung stehen, ist – sofern eine Abschränkung nicht möglich ist – der private Charakter durch ein Benützungsverbot unmissverständlich zu signalisieren. Dies gilt vorliegend umso mehr, als es sich bei der Zufahrtsstrasse zur Firma S., dem Restaurant W. und den übrigen Gewerbebetrieben um eine im Sinne des SVG öffentliche Strasse handelt und die Örtlichkeit – wie dargelegt und entgegen den Behauptungen des Angeklagten – klare Abgrenzungen nicht ohne weiteres erkennen lässt. Solange eine Verkehrsfläche indessen nicht ausschliesslich und insbesondere erkennbar der privaten Benutzung vorbehalten ist, stellt ein solcher Bereich eine öffentliche Strasse dar (Schaffhauser, a.a.O., S. 98, Rz 167). Dass vorliegend das Erfordernis der besonderen Kennzeichnung nach Art. 5 Abs. 2 SVG entfällt, ist zu verneinen. Das Argument des Angeklagten, dass der Pneu-lader der Firma S. über keine Strassenverkehrsnummer verfüge und welcher Umstand einmal mehr beweisen soll, dass es sich im strittigen Bereich um privates Werkareal handle, welche Verkehrsfläche nicht dem SVG unterliege, vermag am Gesagten genauso wenig etwas zu ändern, wie die allfälligen Vorstellungen der Wirtin des Restaurants W. oder des Inhabers der Firma S. über die Benützung des Platzes. Zum einen wird der Pneu-lader laut Aussagen des Angeklagten auch auf der öffentlichen Zufahrtsstrasse gefahren, weshalb er schon aus diesem Grund ein Kennzeichen benötigen würde, und zum andern ist einzig die Signalisation eines Benützungsverbots und somit der für jedermann optisch erkennbare Wille des Verfügungsberech-

tigten massgebend, um einer Verkehrsfläche privaten, nicht dem SVG unterstellten Charakter zu verleihen. Denn aus der Tatsache, dass privates Grundeigentum öffentlicher Verkehrsraum sein kann, ergibt sich, dass in dem Umfang und für so lange, als der Grundeigentümer gegen die verkehrsmässige Benützung seines Grund und Bodens durch einen unbestimmbaren Personenkreis nichts Erkennbares vorkehrt, sich vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend mit einem solchen Gebrauch einverstanden erklärt, er auf die aus seinem Eigentum folgende Befugnis verzichtet, allein über eine Benützung der genannten Art zu bestimmen, und es tritt an die Stelle seines Willens die im SVG getroffene Ordnung (BGE 104 IV 109 E. 4). Soll also ein Areal ausschliesslich privatem Gebrauch dienen – sofern nicht Art. 5 Abs. 2 SVG zum Zuge kommt, was in casu nun aber gerade nicht der Fall ist –, muss der Verfügungsberechtigte diesen Willen für Dritte durch ein signalisiertes Verbot oder durch eine Abschränkung kenntlich machen (BGE 104 IV S. 108 E. 3). Dass die beiden Verbotstafeln direkt beim Betonwerk dieser Anforderung nicht zu genügen vermögen, wurde bereits dargelegt. Ein weiteres signalisiertes Benützungsverbot ist vorliegend umso mehr erforderlich, als sowohl das Betonwerk der Firma S. als auch das Restaurant W. sich in einem eigentlichen Gewerbegebiet befinden, weshalb bereits von der Natur der Sache her mit einer Vielzahl Benützer dieses Areals zu rechnen ist. Darüber hinaus handelt es sich beim Restaurant W. nicht um ein unbekanntes Quartierrestaurant; vielmehr ist es, wie der Homepage des Restaurants W. und auch dem Gemeindeblatt D. zu entnehmen ist, ein beliebter Treffpunkt für Ländlermusik-Freunde. Auch das in dem heute nicht zur Diskussion stehenden Parkplatzbereich des Restaurants W. angebrachte Schild mit der Aufschrift „Parkplatz W. nur für Gäste“ ändert nichts am Gesagten. Dieser Hinweis besagt einzig, dass diese Parkplätze nur für Restaurantbesucher bestimmt sind, nicht aber, dass die Gäste ihre Autos ausschliesslich auf diesen Plätzen und nicht anderswo parkieren dürfen. Das Kantonsgericht pflichtet demnach der öffentlichen Anklägerin bei, dass entgegen der Darstellung des Angeklagten kein ausschliessliches Privatareal der Firma S. gegeben ist und sich Drittpersonen – insbesondere nicht auf dem umstrittenen Parkplatzbereich in unmittelbarer Nähe des Eingangs zum Restaurant W. – nicht in der Überzeugung wiegen können, sie befänden sich auf Privatareal, einem nicht dem SVG unterstellten Verkehrsbereich. Fehlt es indessen an der notwendigen Markierung oder Signalisation, bleibt die besagte Verkehrsfläche weiterhin eine öffentliche im Sinne von Art. 1 Abs. 2 VRV.

c) Im Lichte dieser Erwägungen steht auch für das Kantonsgericht zweifelsfrei fest, dass die umstrittene Verkehrsfläche vor dem Restaurant

A 4.6

W. als eine öffentliche Strasse im Sinne des Strassenverkehrsgesetzes zu qualifizieren ist.

(Urteil vom 4. März 2008, SK 2007 29; eine Beschwerde in Strafsachen wurde durch BGer 6B_673/2008 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

4.6 Vorschriftsgemässe Ladung nach SVG

- *Die nicht vorschriftsgemässe Ladung nach Art. 30 Abs. 2 SVG ist schlichtes Tätigkeitsdelikt (Erw. 4.a), weshalb ein Zusammenhang zwischen Ladungsfehler und -verlust nicht erheblich ist (Erw. 5.b).*
- *Die Anklageschrift braucht nicht alle möglichen Gründe für ungenügende Aufmerksamkeit aufzählen (Erw. 4.b).*
- *Tatbestandserfüllung (Erw. 5.c).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass das gemäss Art. 30 Abs. 2 SVG verpönte Ergebnis („Erfolg“) eingetreten sei, indem die geladene Maschine vom mitgeführten Transportanhänger gefallen ist. Eine Verurteilung wegen Verletzung von Verkehrsregeln setze indes nach Art. 100 Ziff. 1 SVG zumindest eine fahrlässige Handlung voraus. Massgebend sei somit nicht allein der „Erfolg“ eines Verhaltens. Vielmehr müsse dem Angeklagten ebenso die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB nachgewiesen werden können. Die Anklage habe dem Angeklagten diesbezüglich das nicht genügende Niederzurren des Spannsets zum Vorwurf gemacht, der Vorderrichter indes in Verletzung des Anklageprinzips und damit materiellen Rechts, eventualiter eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, die ungenügende Kontrolle der Ratsche als fahrlässiges Verhalten taxiert.

a) Die Ladung ist nach Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG so anzubringen, dass sie niemanden gefährdet oder belästigt und nicht herunterfallen kann. Der Führer hat sich zur Betriebssicherheit (Art. 29 SVG) zu vergewissern, dass die Ladung vorschriftsgemäss ist (Art. 57 Abs. 1 VRV). Verletzungen der Verkehrsregeln sind schlichte Tätigkeitsdelikte, die mit der verpönten Regelverletzung vollendet sind (Maurer, StGB-Donatsch, 17. Aufl., Zürich 2006, Art. 90 S. 450). Zum Tätigkeitsdelikt gehört kein über die Vornahme der Tathandlung hinausgehender äusserer Erfolg, der damit über den Nachweis eines Kausalzusammenhanges zu verknüpfen wäre

(vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT, 3. Aufl., Bern 2005, § 9 N 9 ff.). Die Verknüpfung von Handlung und Erfolg über die Benennung von Ursache und Wirkung erübrigt sich. In diesem Sinne ist auch die folgenlose Fahrlässigkeit strafbar und nicht massgeblich, ob die Folgen eines pflichtwidrigen Verhaltens zu erkennen und zu vermeiden waren. Beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt liegt die Fahrlässigkeit zudem nicht in der Vornahme der Tathandlung, sondern darin, dass diese nicht unter sorgfältigerer Prüfung bzw. nicht näher spezifizierter Aufmerksamkeit erfolgt ist (ebd. § 16 N 6; Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 360 f.). Mit anderen Worten erschöpft sich das Unrecht in der gesetzlich nicht näher bestimmten Unvorsichtigkeit beim tatbestandsbegründenden Verhalten.

Konkret beschreibt die Wendung „nicht herunterfallen kann“ in Art. 30 Abs. 2 SVG tatbestandsmässig also keinen äusseren Erfolg, sondern spezifiziert eine Pflicht, indem das Sorgfaltsmass exemplifiziert wird, wie die Ladung anzubringen ist. Die Verletzung dieser Regel bleibt damit Tätigkeitsdelikt und ist kein Erfolgsdelikt. Das bedeutet, dass das Fahren mit einer Ladung, deren Sicherung der Gefahr des Herunterfallens nur ungenügend begegnet, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers allein strafbar ist.

b) Indem nun die Anklage vom nicht genügenden Niederzurren des Spannsatzes als sehr wahrscheinliche Ursache für das Herunterfallen der Maschine auf die Autobahn ausgeht, der Vorderrichter dagegen die ungenügende Arretierung der Ratsche ursächlich wähnt, ist das Anklageprinzip nicht verletzt worden. Der Tatbestand ist durch den angeklagten Lebensvorgang abgedeckt, wonach die Kehrsaugmaschine nicht sicher geladen war, weil sie herabfallen konnte. Soweit das vorschriftsgemässe Aufladen eine nicht weiter spezifizierte Aufmerksamkeit erfordert, ist diese als innere Tatsache nicht direkt nachweisbar; die Anklageschrift braucht insofern nicht alle möglichen *Gründe* für deren Ungenügen aufzählen. Es liegt kein Verstoss gegen das Anklageprinzip vor, wenn der Richter einen von mehreren möglichen Gründen für die Unaufmerksamkeit nennt oder die Ursache dafür (mangels erforderlichem Erfolgssammenhang) offen lässt (vgl. BGer 1P.596/ 2001 vom 22.1.2002 E. 3.2 zu KG 280/01 RK2 vom 23.7.2001). (...).

5. b) Soweit der Angeklagte eine Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ geltend macht, weil keine näheren Anhaltspunkte für die Nichtkontrolle der Ratsche vorliegen, liegt kein Nichtigkeitsgrund vor. Massgebend ist, dass vorliegend der gesetzliche Tatbestand erstellt ist, der wie gesagt (oben E. 4 lit. a) nicht den Nachweis eines konkreten Fehlers beim Ladevorgang verlangt, sondern sich darin erschöpft, dass die La-

A 4.7

derung sicher anzubringen ist, dass sie im Rahmen zu erwartender Transporteinflüsse nicht herunterfallen kann. Aufgrund der Aussagen des Angeklagten ist erwiesen, dass *kein* anderer Grund, namentlich kein ausserhalb menschlichen Verhaltens liegendes Vorkommnis als eine pflichtwidrige Ladung für das Herunterfallen der Maschine ausgemacht werden kann, sei es infolge Nichteinrasten der Ratsche, ungenügendem Niederzurren des Spanngurtes oder was auch immer. Dass sowohl die Anklage als auch das angefochtene Urteil vermeinten, einen Fehler in der Kontrolle der Ladung konkret bezeichnen und den Zusammenhang zwischen diesem und dem Herunterfallen der Ladung wie bei einem Erfolgsdelikt herstellen zu müssen, war dies dogmatisch zwar unnötig, im Ergebnis aber kein Nichtigkeitsgrund.

c) Insofern ist es, wie die Vorinstanz richtig erwogen hat, auch nicht von Bedeutung, wer den Spanngurt angezogen hat. Nach Art. 57 Abs. 1 VRV war der Angeklagte als Fahrzeugführer für die vorschriftsgemässe Ladung verantwortlich. Er hat, unabhängig vom Ausmass der Hilfestellung durch seinen Bruder, den Anhänger wissentlich und willentlich mit der Maschine beladen. Diese Ladung entsprach nicht der gesetzlichen Vorschrift, wonach sie so anzubringen war, dass sie nicht herunterfallen konnte (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG), wobei die Stabilität der Ladung nicht nur für den normalen Verkehr, sondern auch bei leichten Unfällen gewährleistet sein muss (Giger, SVG-Kommentar, 6. Aufl. 2002, S. 87 mit Hinweis auf BGE 97 II 242). Der Angeklagte hat die nötige Sorgfalt beim Aufladen vermissen lassen, die er aufgrund seiner zugegebenen Erfahrung mit solchen Transporten und als Geschäftsinhaber hätte aufbringen können und müssen, um den ihm erkennbaren Gefahren einer unstabilen Ladung vorzubeugen. Damit ist der Tatbestand von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG und Art. 57 Abs. 1 Satz 1 VRV i.V.m. Art. 90 Ziff. 1 SVG sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt, sodass der vorinstanzliche Schuldspruch im Ergebnis weder materielles noch formelles Recht verletzt bzw. keiner der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe gesetzt wurde, was zur kostenfälligen Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde führt.

(Beschluss vom 22. September 2008, RK2 2008 53).

4.7 Überholweg von Fahrzeugen

- *Abgrenzung der einfachen von der groben Verkehrsregelverletzung (Erw. 1.a).*
- *Die Beschleunigung des überholten Fahrzeuges kann der Angeklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden (Erw. 1.d).*

- *Konkret war die frei überblickbare Überholstrecke ausreichend. Es liegt nur eine einfache Verkehrsregelverletzung vor (Erw. 1.e).*

Aus den Erwägungen:

1. Wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt, wird nach Art. 90 Ziff. 2 SVG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (bzw. Busse in der bis zum 1. Januar 2007 gültigen Gesetzesfassung) bestraft. Nach Art. 35 Abs. 2 SVG ist Überholen nur gestattet, wenn der nötige Raum übersichtlich und frei ist und der Gegenverkehr nicht behindert wird.

a) Gemäss Lehre und Rechtsprechung macht sich nach Art. 90 Ziff. 2 SVG strafbar, wer eine wichtige Verkehrsvorschrift in gravierender Weise missachtet. In subjektiver Hinsicht ist schweres Verschulden, d.h. mindestens Grobfahrlässigkeit erforderlich (BGE 130 IV 32; Giger, SVG-Kommentar, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 248). Grobfahrlässig handelt gemäss Lehre und Rechtsprechung, wer sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner Fahrweise bewusst ist, ferner, wer in rücksichtsloser Weise die Gefährdung anderer nicht bedenkt (BGE 118 IV 285; BGER 6S.265/2005 und 6S.100/2004). (...).

d) Nach Art. 35 Abs. 7 SVG darf, wer überholt wird, die Geschwindigkeit nicht erhöhen. Die Angeklagte selbst macht geltend, das von ihr überholte Fahrzeug habe nach Einleiten des Überholmanövers beschleunigt. Der Lenker des betreffenden Fahrzeugs bestätigt, (...) beschleunigt zu haben; erst danach habe er das Fahrzeug der Angeklagten wahrgenommen und abgebremst. Zu welchem Zeitpunkt er die Angeklagte tatsächlich wahrgenommen hat, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass die Angeklagte angesichts des eingeleiteten Überholmanövers nicht mit einer späteren Erhöhung der Geschwindigkeit des vor ihr fahrenden Personenwagens rechnen musste. Zwar kann sich nach fester Praxis des Bundesgerichts auf das Vertrauensprinzip gemäss Art. 26 SVG nur berufen, wer sich selbst regelkonform verhält (BGE 100 IV 189; 99 IV 175; 94 II 183; 91 IV 94; Giger, a.a.O., S. 75). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Angeklagte im vorliegenden Fall davon ausgehen musste, der Lenker des vor ihr fahrenden Fahrzeugs werde sie nicht wahrnehmen bzw. die Geschwindigkeit gleichwohl erhöhen. Bis zum fraglichen Zeitpunkt hatte sich die Angeklagte regelkonform verhalten (die von einem Zeugen behauptete verfrühte Beschleunigung vor Aufhebung der innerorts geltenden Geschwindigkeitsbegrenzung ist weder belegt noch Be-

A 4.7

standteil des Anklagesachverhalts). Eine Fehleinschätzung in diesem Punkt kann der Angeklagten daher, entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft, aufgrund von Art. 35 Abs. 7 SVG gerade nicht zum Vorwurf gemacht werden.

e) Wird mithin in Abweichung von den an der Berufungsverhandlung vorgetragenen Berechnungsgrundlagen der Staatsanwaltschaft zum Überholweg (nach der nicht unumstrittenen Boll'schen Methode; vgl. z.B. von der Verteidigung angeführter Paravit-Kreisschieber, BGE 100 IV 80) von einer Geschwindigkeit des überholten Fahrzeugs von 40 bis 50 km/h (und max. 80 km/h für den entgegenkommenden PW) ausgegangen, beträgt der erforderliche freie Raum im Sinne von Art. 35 Abs. 2 SVG bei einer durchschnittlich um ca. 20 bis 25 km/h höheren Überholgeschwindigkeit (und einer hierfür benötigten Zeit von 8 bis 10 Sekunden) 350 bis höchstens 430 m (statt über 645 m; Boll, Grobe Verkehrsregelverletzung, Zürich 1999, S. 84; Giger, a.a.O., S. 110 f.). Gemäss Zeugenaussagen soll sich das entgegenkommende Fahrzeug zu Beginn des Überholmanövers der Angeklagten etwa auf Höhe des Stalls befinden haben, rund 500 m vom Signal "Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell" entfernt. Laut ersten Angaben der Angeklagten wäre von einer Distanz von rund 600 m auszugehen. Es muss daher angenommen werden, dass unter normalen Bedingungen die als frei überblickbare Strecke ohne Beschleunigung des überholten Fahrzeugs ausgereicht hätte.

Zwar hätte die Angeklagte um die Beschleunigungseigenschaften ihres Fahrzeugs wissen, die Krümmung der Strasse bei der Berechnung des Überholwegs berücksichtigen und eine ausreichende Sicherheitsmarge einplanen müssen; insofern erscheint das Überholmanöver der Angeklagten als fahrlässig. Von grobfahrlässigem bzw. geradezu rücksichtslosem Verhalten im Sinne des qualifizierten Tatbestands von Art. 90 Ziff. 2 SVG kann jedoch aufgrund des nur lückenhaft erstellten und im Zweifel zugunsten der Angeklagten anzunehmenden Sachverhalts nicht gesprochen werden (...). Von den schwerwiegenden Konsequenzen ihres Verhaltens allein (auch hinsichtlich der eigenen Verletzungsfolgen) kann noch nicht auf schweres Verschulden geschlossen werden. Offen zu bleiben hat dabei, ob das Überholmanöver von der Angeklagten nicht hätte abgebrochen werden müssen, als sie das entgegenkommende Fahrzeug wahrgenommen hatte; der unterlassene Abbruch bildet, (...), nicht Bestandteil des Anklagevorwurfs. Die Angeklagte kann somit nur wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gesprochen werden (...).

(Urteil vom 11. März 2008, SK 2007 32).

4.8 Umweltstrafrecht

- *Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde (Erw. 2).*
- *Es ist unzulässig und strafbar, (auch unbehandelte) Holz- und Gartenabfälle zu verbrennen, die nicht ausreichend trocken sind und nicht nur wenig Rauch erzeugen (Erw. 4 – 5).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Das AfU bringt vor, nach Art. 30c Abs. 2 USG i.V.m. Art. 26b Luftreinhalte-Verordnung (LRV, SR 814.318.142.1) dürften Abfälle ausserhalb von Anlagen grundsätzlich nicht verbrannt werden. Eine Ausnahme bestehe für das Verbrennen von natürlichen, *trockenen* Waldabfällen, wenn dabei nur wenig Rauch entstehe oder wenn ausnahmsweise eine behördliche Bewilligung vorliege. Vorliegend sei unbestritten, dass der Beschwerdegegner frischen (und nicht trockenen) Schlagabraum verbrannt habe und somit gegen die umweltschutzrechtlichen Bestimmungen verstossen habe (Art. 30c Abs. 2 USG, Art. 26b Abs. 1 LRV). Es seien jedoch mindestens sechs Bäume gefällt worden, was ein viel grösseres Volumen als 2 m³ Schlagabraum ergebe; es handle sich um keinen Bagatellfall. (...). Die Vorinstanz habe materielles Recht bzw. „klares“ materielles Recht verletzt.

b) Damit wird in der Beschwerdeschrift der Nichtigkeitsgrund von § 152 lit. c StPO hinreichend dargetan. Soweit darin allerdings vom angefochtenen Urteil abweichende Sachverhaltsdarlegungen angebracht werden, ist darauf nicht einzutreten, da hierzu qualifizierte Rügen im Sinne von § 152 lit. a und b StPO fehlen (...).

4. Die Umweltschutzgesetzgebung in Bezug auf das Verbrennen von Abfällen bzw. Schlagabraum wurde in den letzten Jahren mehrmals revidiert. Das ursprünglich bloss auf Verordnungsstufe verankerte Verbot, Abfälle im Freien zu verbrennen, wurde per 1. Juli 1997 in das eidgenössische Umweltschutzgesetz überführt (vgl. Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 1985 ff., N 7 und 27 zu Art. 30c). Die vorliegend relevanten Absätze 2 und 3 von Art. 30c USG lauten: „Abfälle dürfen ausserhalb von Anlagen nicht verbrannt werden; ausgenommen ist das Verbrennen natürlicher Wald-, Feld- und Gartenabfälle, wenn dadurch keine übermässigen Immissionen entstehen.“

Der Bundesrat kann für bestimmte Abfälle weitere Vorschriften über die Behandlung erlassen.“

A 4.8

Im Zeitpunkt des dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Verbrennens bestand zudem bereits Art. 26a Abs. 2 lit. b aLRV, welcher vom Gebot, Abfälle nur in Anlagen zu verbrennen, bloss eine Ausnahme vorsah für trockene natürliche Wald-, Feld- und Gartenabfälle. Diese dürfen im Freien verbrannt werden, wenn nur wenig Rauch entsteht (...)

In der Folge wurde Art. 26b LRV erlassen, welcher am 1. September 2007 in Kraft trat. Dessen beiden ersten Absätze lauten nunmehr: „Natürliche Wald-, Feld- und Gartenabfälle dürfen ausserhalb von Anlagen verbrannt werden, wenn sie so trocken sind, dass dabei nur wenig Rauch entsteht. Die Behörde kann im Einzelfall das Verbrennen von nicht ausreichend trockenen Wald-, Feld- und Gartenabfällen bewilligen, wenn ein überwiegendes Interesse besteht und keine übermässigen Immissionen entstehen.“ Damit war und ist es *grundsätzlich unzulässig*, Abfälle im Freien zu verbrennen. Eine Ausnahme bestand bzw. besteht unter anderem für Wald- bzw. Forstabfälle, also auch für den verbrannten Schlagabraum bzw. das „Tannenchries“, jedoch nur, wenn diese eine gewisse Trockenheit aufweisen und bei der Verbrennung nur wenig Rauch entsteht. (...).

5. (...). Der Beschwerdegegner gibt selber zu, das Material sei „nicht so trocken“ bzw. „zu nass“ (...) und auch der Boden sei zu nass für einen Abtransport gewesen (...). Der (am 22. Januar 2007 nicht mehr ganz frische) Schlagabraum vom 26. Dezember 2006 war damit – wenn nicht aufgrund eigenen verbliebenen Pflanzensafts, so doch durch Aufnahme von Feuchtigkeit vom nassen Untergrund – nicht „trocken“ im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung (dies entgegen dem Sachverhalt gemäss BGE 121 IV 240 ff., wo eine Verbrennung von 3 m³ trockenem Wurzelholz aufgrund von Art. 26a aLRV zu beurteilen war). In casu entstand eine beträchtliche Menge an Rauch (...), was (...) aufgrund der Fotodokumentation offenkundig erscheint (...). Die Annahme einer Ausnahme vom bundesrechtlichen Verbrennungsverbot ohne konkrete Würdigung der Immissionen (Rauchbildung) verstösst jedenfalls gegen Bundesrecht. Der Tatbestand von Art. 30c USG i.V.m. Art. 26b LRV ist vorbehältlich ergänzender Sachverhaltsfeststellungen gegeben, womit auch eine Strafbefreiung nach Art. 52 StGB unter derselben Begründung ausscheidet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als (...) die Sache im Sinne der kantonsgerichtlichen Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (wobei auch § 134 lit. e GO zu beachten sein wird). Die Möglichkeit einer reformatischen Verurteilung des Beschwerdegegners, wie dies in der Beschwerde beantragt wird, ist schon aufgrund von § 156 StPO ausgeschlossen.

(Beschluss vom 23. Oktober 2008, RK2 2007 148).

5. Strafprozessrecht

5.1 Anklageinhalt

- *Anforderungen an den Anklageinhalt.*

Aus den Erwägungen:

2. b) (...) Die als Rechtsschrift abgefasste Anklage entspricht nicht den Anforderungen von § 74 StPO und der hiesigen Praxis, wonach unter anderem „die strafbare Handlung nach ihren *tatsächlichen* und *gesetzlichen* Merkmalen“ *bezeichnet* werden muss; damit ist die Anklageform eines Plädoyers, das in der Hauptverhandlung einzubringen ist, ausgeschlossen. Die Anklageschrift hat vielmehr in konziser und übersichtlicher Form die tatsächlichen Vorwürfe unter die *vollständigen* gesetzlichen Merkmale zu subsumieren, womit der Prozessstoff klar umrissen bzw. für das Gericht in konzentrierter Weise dargestellt wird (Umgrenzungsfunktion der Anklage) und der Angeklagte weiss, wogegen er sich zu verteidigen hat (Informationsfunktion; vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 50.6 ff./50.16 und Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., N 1401; auch Art. 325 Abs. 1 CH-StPO und Botschaft S. 1276). Aus der im Recht liegenden Rechtsschrift ist indes nicht in knapper Form ersichtlich, welches der Anklagevorwurf (mit seinen einzelnen Elementen) ist. Vielmehr sind Vorhalte und Begründung vermischt und es fehlen, wie die Vorinstanz und die Verteidigung zu Recht rügen, die Angaben (und Untersuchungsgrundlagen) zur Urteilsfähigkeit des Suizidenten.

(Beschluss vom 25. April 2008; RK2 2008 13).

5.2 Opportunitätsprinzip

- *Die Verfahrenseinstellung nach Art. 53 StGB setzt keine Schuldprüfung voraus.*

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 53 StGB i.V.m. § 3a StPO ist das Strafverfahren einzustellen, wenn der Schaden gedeckt, die Voraussetzungen für eine be-

A 5.3

dingte Strafe erfüllt und das Interesse an der Strafverfolgung gering sind. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, (...).

Die Verfahrenseinstellung nach Art. 53 StGB setzt keine Prüfung der Schuldfrage voraus, auch ist kein Schuldgeständnis erforderlich (BSK-Riklin, N 18 und 30 zu Art. 53 StGB; z.T. a.M. Stratenwerth/Wohlers, N 1 zu Art. 53). Eine Schuldprüfung würde gerade im vorliegenden Fall eines erstinstanzlichen Freispruchs die zulässige Anwendung des Opportunitätsprinzips im Ergebnis verunmöglichen. Das Strafverfahren kann deshalb ohne Schuldprüfung in Aufhebung der angefochtenen vorinstanzlichen Dispositivziffern durch Präsidialverfügung eingestellt werden (§ 3a Abs. 3 i.V.m. §§ 78 Abs. 3 und 148 Abs. 1 StPO), bei gleichzeitiger Abschreibung der Berufung im Übrigen und der Anschlussberufung zufolge Vergleichs (§ 78 Abs. 3 GO). Ob in casu auch die Voraussetzungen von Art. 52 StGB gegeben wären, braucht damit nicht mehr geprüft zu werden, zumal diese Strafbefreiungsmöglichkeit von den Parteien nicht angerufen wird. Entscheidend ist jedenfalls die Herstellung des Rechtsfriedens durch die vorgelegte, in jeder Hinsicht adäquate Wiedergutmachung.

(Verfügung vom 5. Mai 2008; SK 2008 3; a.A. neuerdings BGE 135 IV 27 ff.).

5.3 Einsprache gegen Strafbefehl

- *Über die Einsprachefristwahrung nach § 102 Abs. 7 StPO hat die Strafuntersuchungsbehörde zu befinden, und zwar im negativen Fall durch beschwerdefähige Nichteintretensverfügung.*

Aus den Erwägungen:

3. Bezieht sich die Einsprache gegen einen Strafbefehl nur auf die Kosten, die Entschädigung oder eine Schadenersatzforderung, ist sie zu begründen, worauf der Richter in einem schriftlichen Verfahren entscheidet (§ 102 Abs. 7 StPO). Die Überweisung an das Gericht setzt allerdings eine fristgerechte und zulässige Einsprache voraus, was auch aus Absatz 4 und 5 leg.cit. hervorgeht; die Einsprache ist kein Rechtsmittel, sondern lässt den Strafbefehl bzw. dessen Kostenfolgen dahinfallen (vgl. EGV-SZ 1985 Nr. 33 S. 101, 1982 Nr. 23 E. 2 und 1979 S. 59). Ist die Einsprache verspätet, tritt diese Wirkung nicht ein, mit der Folge, dass eine Überweisung an den Einzelrichter nicht stattfinden kann. Über die Frage, ob eine Einsprachefrist gewahrt ist, hat die Strafuntersuchungsbehörde zu befinden, und zwar im negativen Fall durch

Nichteintretensverfügung (wobei auf eine förmliche Ausfertigung dann verzichtet werden mag, wenn sich der Einsprecher mit einer entsprechenden formlosen Belehrung abfindet). Die Verfügung unterliegt alsdann der Beschwerde an die Staatsanwaltschaft (und anschliessend an das Kantonsgericht; §§ 140 ff. StPO).

Damit hätte vorliegend das Bezirksamt Nichteintreten auf die Einsprache (und nicht Überweisung an das Gericht) verfügen sollen, wenn es der Auffassung war, es liege eine (verspätete) Einsprache vor (...).

(Beschluss vom 25. April 2008, RK2 2008 3).

5.4 Ausländische Überwachungsanordnung

- *Der Kantonsgerichtspräsident genehmigt nur Überwachungsanordnungen der nach kantonalem Recht dafür zuständigen Behörden (Erw. 2).*
- *Es erscheint fraglich, ob gestützt auf einen Notenaustausch zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz Überwachungen ohne Anordnung durch die zuständigen schweizerischen Untersuchungsbehörden angeordnet werden dürfen (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

1. Das Fürstliche Landgericht Vaduz führt gegen die beiden Gesuchsgegner ein Strafverfahren wegen Verdachts der versuchten Erpressung, eventuell der versuchten schweren Nötigung. Es ersuchte am 13. Oktober 2008 beim Bundesamt für Justiz um Rechtshilfe zur Überwachung der Telefonanschlüsse (...) bis 26. Oktober 2008.

Das Rechtshilfeersuchen wurde vom Bundesamt der hiesigen Staatsanwaltschaft zur weiteren Behandlung nach IRSG und EUeR überwiesen. Inzwischen wurden die Überwachungsmassnahmen gestützt auf einen Notenaustausch vom 27. Oktober 2003 der Regierungen beider Staaten (SR 0.780.151.41) offenbar über das ISC-EJPD unmittelbar vollzogen. Die Kommunikationsüberwachung wurde nachträglich bis zum erfolgten Zugriff am 13. Oktober 2008 befristet. Am 12. November 2008 erliess die Staatsanwaltschaft eine Eintretensverfügung gestützt auf Art. 63 ff. IRSG und Art. 3 ff. EUeR und erklärte das Rechtshilfegesuch für zulässig. Gleichzeitig ersuchte sie in Dispositivziffer 2 um Genehmigung durch die hiesige richterliche Behörde (nach Art. 7 BÜPF).

2. Der Kantonsgerichtspräsident ist zuständige BÜPF-Genehmigungsbehörde nach Art. 7 Abs. 1 lit. c BÜPF (i.V.m. § 41 Abs. 3 StPO). Er genehmigt Überwachungsanordnungen durch die nach kantonalem Recht

A 5.4

dafür zuständigen Behörden (Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 BÜPF); dies sind allein die Untersuchungsrichter des Kantons und der Bezirke sowie die Jugendanwälte (§ 41 Abs. 2 StPO).

In casu liegt keine Überwachungsanordnung einer hiefür im Kanton Schwyz zuständigen Behörde vor, ebenso wenig wie ein Gesuch, das den Anforderungen von Art. 7 Abs. 2 BÜPF genügen würde. Mangels Zuständigkeit und hinreichender Gesuchsunterlagen kann über eine Genehmigung nicht befunden werden. Auf das Gesuch der Staatsanwaltschaft ist nicht einzutreten.

3. Daran ändert auch nichts, dass nach liechtensteinischem Recht gültige Überwachungsanordnungen und auch oberinstanzliche Genehmigungen vorliegen. Der schwyzerische Genehmigungsrichter kann nicht Überwachungsanordnungen auswärtiger, d.h. ausserkantonaler oder gar ausländischer Behörden genehmigen (vorbehältlich von Zufallsfunden, die aber wiederum von den eigenen Untersuchungsbehörden vorgelegt werden müssen).

Der besagte bilaterale Notenaustausch ist ein zwischenstaatliches Verwaltungsabkommen, das keine Gesetzeswirkungen zu erzeugen vermag (Art. 166 Abs. 2 BV). Es erscheint fraglich, ob unmittelbar gestützt darauf Fernmeldeüberwachungen von *schweizerischen* Anschlüssen (inkl. über schweizerische Netze abgewickelte Auslandgespräche, vgl. Kommentar Hansjakob, Vb. BÜPF N. 46 f.) ausgeführt werden dürfen, *ohne* dass sogleich eine Überwachungsanordnung der zuständigen schweizerischen Untersuchungsbehörde eingeholt wird. Immerhin regelt der Notenaustausch zur Hauptsache die *dringlichen* Überwachungsfälle, in welchen in erster Linie eine sofortige Aufschaltung aktueller Verbindungen (Echtzeitüberwachung) geboten erscheint (wobei Direktschaltungen nach Ziffer 1.b in diesem Stadium kaum gesetzmässig sein dürften). Nichts hindert daran, in solchen Fällen die formelle Überwachungsanordnung der hiesigen Behörde *unverzüglich* einzuholen (analog zur schriftlichen Bestätigung einer mündlich angeordneten Überwachung, die zur Wahrung von Art. 7 Abs. 2 BÜPF innert 24 Stunden erfolgen muss; Art. 5 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 VÜPF); darauf sollte das Bundesamt hinweisen (vgl. hingegen die fehlende Aktenkundigkeit der hier veranlassten Aufschaltung). Eine abschliessende Auseinandersetzung mit der Problematik erübrigt sich indes derzeit, da über das weitere Vorgehen im *Rechtshilfeverfahren* zu befinden ist.

(Verfugung vom 14. November 2008, GP 2008 75).

5.5 Revision von Strafverfügungen

- *Der bei einer Geschwindigkeitskontrolle nicht erkennbar versehentlich zu tief angesetzte Sicherheitsabzug ist ein Revisionsgrund (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Kantonspolizei Zürich führte in der Nacht zum 4. Mai 2008 auf der Autobahn A3 bei Wollerau Fahrtrichtung Chur im Bereich der signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h (km-Standort 129.3) Geschwindigkeitskontrollen durch. Zwischen dem 6. und 12. Juni 2008 erstattete die Kantonspolizei Schwyz (OB-Zentrale) beim Bezirksamt Höfe Anzeige gegen 15 Fahrzeuglenkende, gegen die in der Folge die rubrizierten Strafverfügungen mit Bussen von Fr. 400.00 (Geschwindigkeitsüberschreitungen von 26 bzw. 27 km/h) bzw. Fr. 600.00 (Überschreitungen von 31 bzw. 32 km/h) ausgestellt wurden und unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

In der Folge stellte die Kantonspolizei Schwyz fest, dass den verzeigten Fahrzeuglenkern eine um 2 km/h zu geringe Sicherheitsmarge in Abzug gebracht worden war, und zwar aufgrund des Umstandes, dass die Zürcher Polizeiorgane noch das Messgerät „Multanova 6F“ eingesetzt hatten, das eine höhere Toleranz erfordert (vgl. auch Zeitungsberichte vom 17. Juli 2008); sie erstellte neue Anzeigerapporte und am 24. Juli 2008 einen ergänzenden Bericht. Mit Schreiben vom 30. Juli 2008 ersuchte das Bezirksamt Höfe die Staatsanwaltschaft in den genannten 15 Fällen um Einleitung eines Revisionsverfahrens, worauf die Staatsanwaltschaft am 11. August 2008 gestützt auf § 157f Abs. 2 StPO dem Kantonsgerichtspräsidenten in getrennten Gesuchen beantragte, die „rechtskräftig erledigten Strafverfahren an das Bezirksamt Höfe zur Neuaufnahme zu weisen, unter Kostenfolge zulasten des Staates“ (...).

3. Die Staatsanwaltschaft ist legitimiert, Revisionsgesuche auch zugunsten von verurteilten Personen zu stellen (was zur Folge hat, dass eine spätere Schlechterstellung ausgeschlossen ist, § 136 Abs. 1 StPO). Die Gesuchstellerin ruft die Revisionsgründe von § 157 lit. a StPO und Art. 385 StGB an und macht geltend, der versehentlich zu tief angesetzte Sicherheitsabzug stelle eine neue tatsächliche Entscheidungsgrundlage dar, die geeignet erscheint, in den wieder aufzunehmenden Verfahren eine geringere Bestrafung herbeizuführen.

Dem ist beizupflichten, zumal die Betroffenen die falsche Berechnungsart aufgrund der gegen sie ergangenen Strafverfügung nicht erkennen konnten. Gemäss den KSBS-Empfehlungen, die von den hiesigen

A 6.1

Untersuchungsbehörden praxisgemäss zugrunde gelegt werden, ist ein Bussenansatz von Fr. 400.00 für Überschreitungen von netto 26-30 km/h bzw. Ordnungsbusse (ohne Kosten) von Fr. 260.00 bei 21-25 km/h vorgesehen. Damit sind die Revisionsgesuche gutzuheissen.

(Verfügung vom 13. August 2008; GP 2008 37 bis 51).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Nachlassbestätigung

- *Nachlassbestätigung im Anschluss an Konkursaufschub (Erw. 3).*
- *Bestätigung des Nachlassvertrags (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Vor Ablauf der Konkursaufschubsfrist ersuchte die S.B. AG am 21. Dezember 2007 das Kantonsgericht um Bestätigung des inzwischen abgeschlossenen Nachlassvertrages (gemäss Zirkular vom 14. November 2007). (...) Zur Bestätigungsverhandlung wurde auf den 22. April 2008 vorgeladen, der Gerichtstermin wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt (...) publiziert. (...). Gläubiger sind an der Verhandlung keine erschienen.

3. Verfahrensmässig liegt eine besondere Konstellation vor. Der Konkursrichter hat den Konkurs gestützt auf Art. 725a OR aufgeschoben, einen Sachwalter bestellt und diesen im Verlauf der Sanierungsbestrebungen zu einem Schuldenruf ermächtigt. Ohne beim Nachlassrichter um eine Stundung zu ersuchen, publizierte der Sachwalter einen Schuldenruf (Art. 300 SchKG) für einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich und berief eine Gläubigerversammlung (Art. 301 f. SchKG) ein. Es wird mithin um Bestätigung des Nachlassvertrages ersucht, ohne dass zuvor eine Nachlassstundung bewilligt worden wäre (Art. 293 ff. SchKG). Ein solcher Übergang aus dem Konkursaufschub in ein Nachlassverfahren ist gesetzlich nicht geregelt, erscheint aber auch nicht ausgeschlossen, nachdem das Gesetz selber von einer Nachlassstundung absieht, wo dies – nämlich im Konkurs – nicht erforderlich ist (Art. 332 SchKG). Vorliegend sind die der Bestätigung des Nachlassvertrages vorausgehenden Handlungen unter (... konkursrichterlich) bestellter Sachwalterschaft durchgeführt worden. Beim Konkursrichter wurden Bilanz, weitere Ge-

schäftsunterlagen und Sanierungspläne deponiert. Ein nachträgliches Bewilligungsverfahren zur Nachlassstundung erübrigt sich deshalb und würde das Bestätigungsverfahren nur unnötig verzögern. Dem Fehlen eines öffentlich bekannt gemachten Stundungsentscheides (Art. 296 SchKG) wurde dadurch Rechnung getragen, dass die Verhandlung über die Bestätigung des Nachlassvertrages den nicht zustimmenden Gläubigern angezeigt wurde. Das Gesuch um Bestätigung des Nachlassvertrages sowie der Bericht des Sachwalters sind rechtzeitig vor Ablauf der Konkursaufschiebsfrist erfolgt (analog zu Art. 304 Abs. 1 SchKG). (...).

4. (...) Für die Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrages (hier des Dividendenvergleichs) ist - nebst Überprüfung der notwendigen Gläubigermehrheit im Sinne von Art. 305 SchKG - vorausgesetzt, dass die angebotene Summe in richtigem Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners steht, wobei Anwartschaften des Schuldners zu berücksichtigen sind. Zudem müssen der Vollzug des Nachlassvertrages, die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sowie die Erfüllung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sein, soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung ihrer Forderungen verzichten (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG, vgl. RK2 2004 26 vom 20. April 2004).

a) Der Nachlassvertrag ist angenommen, wenn ihm bis zum Bestätigungsentscheid die Mehrheit der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, oder ein Viertel der Gläubiger, die aber mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, zugestimmt hat. Die privilegierten Gläubiger und der Ehegatte des Schuldners werden weder für ihre Person noch für ihre Forderung mitgerechnet. Pfandgesicherte Forderungen zählen nur zu dem Betrag mit, der nach der Schätzung des Sachwalters ungedeckt ist (Art. 305 Abs. 1 und 2 SchKG). Positiv ausgedrückt sind Gläubiger mit nicht privilegierten und nicht pfandgedeckten Geldforderungen, welche rechtzeitig beim Sachwalter angemeldet und aufgrund der Beurteilung des Nachlassrichters vom Schuldner nicht zu Recht bestritten worden sind, stimmberechtigt (Hardmeier, BSK, Art. 305 SchKG N 22). (...).

b) Eine weitere Voraussetzung der Bestätigung des Nachlassvertrages ist, dass die angebotene Summe in richtigem Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners steht (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Grundlage für die Beurteilung der Angemessenheit des Nachlassvertrages bildet in erster Linie ein Vergleich der Nachlassofferte mit der sog. Deckungsquo-

A 6.1

te, d.h. mit der mutmasslichen Dividende, welche die Gläubiger der Dritten Konkurs-Klasse im Konkursfall erhalten würden (vgl. RK2 2004 26 vom 20. April 2004).

Vorab sind die speziellen Umstände des Falles zu berücksichtigen. Bei der Nachlassschuldnerin handelt es sich zurzeit um eine „schlafende“ Gesellschaft, die selbst nach Bestätigung des Nachlassvertrages eine Unterbilanz aufweist. Solange die Planung für ein neues Projekt nicht erfolgreich zu Ende geführt werden kann und die Finanzierung nicht sichergestellt ist, soll kein neues Projekt in Angriff genommen werden (...). Allfällig anfallende Fixkosten werden durch den Verwaltungsrat abgedeckt, der auf seine Forderungen gegenüber der Gesellschaft verzichtet (...). Die Durchführung eines nächsten Projekts ist frühestens im Jahr 2010 möglich (...), wobei der Verwaltungsrat ohne Verbindlichkeiten in die Zukunft starten möchte (...).

Der Sachwalter hält gemäss seinem Antrag den Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich in Anbetracht der Alternativen von Konkurs und Nachlass mit Vermögensabtretung für die einzig sinnvolle Lösung. (...).

Indes ist zu berücksichtigen, dass die Dividende von 9.4% sehr niedrig ist. Diese ist im vorliegenden Fall jedoch angesichts einer überhaupt fehlenden Deckungsquote im Konkurs und der grossen Mehrheit der zustimmenden Gläubiger nicht von vornherein zu verwerfen, da das schweizerische Recht keine Mindestdividende kennt (vgl. Hardmeier, a.a.O., Art. 306 N 12 f.). Der Richter kann eine ungenügende Regelung zudem von Amtes wegen ergänzen (Art. 306 Abs. 3 SchKG), namentlich kann auch ein mögliches Ertragspotential berücksichtigt werden (Hardmeier, a.a.O., Art. 306 N 14). Der Verwaltungsratspräsident der Schuldnerin hat anlässlich der Verhandlung einer Beteiligung der Gläubiger an zukünftigen Projektgewinnen insoweit nicht grundsätzlich opponiert, falls nur unter dieser Auflage die Bestätigung des Nachlassvertrages zu rechtfertigen wäre (...). Die Rekurskammer hält die endgültige Befreiung der Schuldnerin von ihren Verpflichtungen zu einer so niedrigen Dividende vorliegend in der Tat nur für gerechtfertigt, wenn den Gläubigern in den nächsten zwei Betriebsjahren mit mindestens je einem aufgeführten Projekt ein *Nachforderungsrecht* (vgl. Guggisberg, BSK, Art. 314 SchKG N 36) durch Beteiligung (...) an Jahresgewinnen (...) eingeräumt wird (...). In diesem Sinne wird der Nachlassvertrag wie folgt ergänzt (...).

c/d) (Sicherstellung nach Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 und Angaben nach Art. 314 Abs. 1 SchKG).

5.-7. (Wirkungen des Nachlassvertrages; Nachlassvollzieher nach Art. 314 Abs. 2 SchKG; Honorierung des Sachwalters; Kosten).

(Beschluss vom 22. April 2008, RK2 2007 161).

6.2 Definitive Rechtsöffnung, Wechselkurs

- *Nachforderung von Kursverlusten auf Fremdwährungsschulden; das Vorliegen eines Erfüllungstitels ist nach dem Recht des Sachgerichtsstands (und in der Rechtsöffnung nicht von Amtes wegen) zu beurteilen (Erw. 4.c/aa).*
- *Umrechnungskurs (Erw. 4.c/bb).*

Aus den Erwägungen:

4. c) Es sind zwei Fragen auseinanderzuhalten.

aa) Die vom Vorderrichter aufgegriffene, zivilrechtliche Frage, ob vorliegend die Schuld im Sinne von Art. 81 SchKG in der ersten Betreibung vollumfänglich oder nur teilweise erfüllt worden ist, müsste gestützt auf deutsches Recht beantwortet werden. Prima facie ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern die nach deutschem Recht von deutschen Gerichten zugesprochene und im Kanton Schwyz rechtskräftig anerkannte und für vollstreckbar erklärte Schuld auf einem internationalen Sachverhalt beruhte. Die vom Vorderrichter im Sinne von Art. 18 IPRG als zwingend erachtete Eingriffsnorm von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG erscheint zur Tilgungsfeststellung nicht erheblich. Die Problematik braucht indessen nicht weiter vertieft zu werden. Die Klägerin zeigt nicht auf, inwiefern ihr aufgrund des geltend gemachten Kursverlustes auf der in der ersten Betreibung erhältlich gemachten Summe in Schweizer Franken *nach deutschem Recht* direkt aus dem vorgelegten ausländischen Urteil ein Erfüllungsanspruch im Sinne eines liquiden Vollstreckungstitels und nicht bloss ein klagbarer Schadenersatzanspruch zustehen würde. Allein durch Rückumrechnung des Wechselkurses lässt sich diese Frage indes nicht beantworten, und der Rechtsöffnungsrichter darf nur beurteilen, ob Bestand, Höhe, Fälligkeit der Forderung durch einen Rechtsöffnungstitel ausgewiesen sind (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 118). Er kann deshalb nicht von Amtes wegen eine Anspruchsprüfung (aus partieller Nichterfüllung oder Schadenersatz) nach ausländischem Recht vornehmen (BISchK 1999 S. 32) und braucht schon gar nicht nach entsprechendem fremdem Recht zu forschen. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz die Rechtsöffnung im Ergebnis zu Recht verweigert.

bb) Davon zu unterscheiden ist die weitere, zusätzlich zu prüfende vollstreckungsrechtliche Frage, nämlich nach welchem Umrechnungssatz die in der zweiten Betreibung eingeforderte Restanz von € (...) in Franken umzuwandeln und betreibungsrechtlich zu vollstrecken ist (...).

A 6.3

(Beschluss vom 18. Februar 2008, RK2 2007 127; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_218/2008 vom 3. Juli 2008 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war; betr. Gerichtsnotorietät des Euro-Umrechnungskurses vgl. nunmehr BGE 135 III 88 ff.).

6.3 Provisorische Rechtsöffnung, Lohnforderung

- *Bruttolohnabrechnungen sind bei liquiden Abzügen hinreichend bestimmbare Betreibungsforderungen (Erw. 4.a).*

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG wird die provisorische Rechtsöffnung erteilt, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht und der Betriebene nicht Einwendungen sofort glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften.

a) Auf dem Rechtsöffnungstitel als Schuldnerin genannt ist die E. Unterzeichnerin und Betriebene sind damit identisch (vgl. SchKG-Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar SchKG, Bd. I, Basel/Genf/München 1998, N 50 ff. zu Art. 82). Vor Kantonsgericht nicht mehr strittig ist die rechtsgültige Unterschrift. Unbestritten ist ferner, dass es sich um Verbindlichkeiten zwischen den Parteien handelt (trotz ungenauer Parteibezeichnung im Vertragsrubrum). Hingegen macht die Beklagte geltend, es fehle an der Bestimmbarkeit der Betreibungsforderung. Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss die Höhe der Forderung aufgrund der Schuldanerkennung selber oder dazu in Bezug stehenden Schriftstücken ohne Weiteres berechenbar sein (SchKG-Staehelin, N 25 zu Art. 82, m.w.V.). In dem am 8. Mai 2007 mit Wirkung ab 1. Januar 2007 geschlossenen Arbeitsvertrag ist ein Mindestgrundgehalt von Fr. 10'000.00 festgelegt. Aus den von der Klägerin ins Recht gelegten Lohnabrechnungen für die Monate Mai, Juni, Juli 2007 geht hervor, dass es sich dabei nach Auffassung der Parteien um eine Bruttolohnvereinbarung handelt. Solche gelten als Vollstreckungstitel (SchKG-Staehelin, N 126 zu Art. 82; Ziegler, Referat Euroforum, 2005, Ziff. 7, www.kgsz.ch/aufsaeetze), zumindest solange die Abzüge nicht als illiquid anzusehen sind (vgl. auch Gerichtspraxis, wonach Bruttolohnforderungen im Erkenntnisverfahren auch so zuzusprechen sind; Ziegler, a.a.O., m.w.V.). Die Höhe der Abzüge ist aus den Lohnabrechnungen ersichtlich

und die Unrichtigkeit im Rekurs nicht dargetan. Weshalb es damit an der Bezifferbarkeit fehlen sollte, ist nicht erkennbar (...).

(Beschluss vom 9. Juni 2008; RK2 2008 26).

6.4 Konkureröffnung und unentgeltliche Prozessführung

- *Im Konkureröffnungsverfahren braucht nicht zwingend über die Bevorschussung der Kosten des Konkursverfahrens befunden zu werden (Art. 169 Abs. 2 SchKG und Art. 35 KOV); soweit dies nicht der Fall ist, stellt sich die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege für den Gläubiger in diesem Stadium (noch) nicht; zur Stellung des Konkursbegehrens ist in der Regel kein anwaltlicher Beistand erforderlich.*

(Beschluss vom 4. September 2008, RK2 2008 64; eine Beschwerde in Zivilsachen ist beim Bundesgericht unter 5A_701/2008 hängig).

6.5 Konkureröffnung über Geschäftsführer

- *Geschäftsführende GmbH-Gesellschafter unterliegen seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr der Konkursbetreibung: Übergangsrechtliche Probleme bei Konkursandrohungen unter altem und Konkursbegehren unter neuem Recht (Erw. 3.a).*

- *Nach dem 1.1.2008 unterliegt der geschäftsführende GmbH-Gesellschafter nicht mehr der Konkursbetreibung (Erw. 3.b).*

- *Mangels Konkursfähigkeit ist die angefochtene Konkureröffnung nichtig (Erw. 3.c und d).*

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG waren bisher geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH der Konkursbetreibung unterstellt. Mit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Revision des GmbH-Rechts vom 16. Dezember 2005 wurde einer Motion des ehemaligen Schwyzer Ständerates Toni Dettling entsprochen und diese Bestimmung ersatzlos gestrichen, weil keine überzeugende Gründe ersichtlich waren, geschäftsführende GmbH-Gesellschafter anders als die nicht der Konkursbetreibung unterliegenden Mitgliedern des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft bzw. der Verwaltung einer Genossenschaft zu behandeln (BBl 1991 III S. 3245).

A 6.5

a) Der Konkursrichter hat am 26. März 2008 den Konkurs eröffnet, weil sämtliche vier Konkursandrohungen im November 2007 und damit noch unter der Herrschaft des alten Rechts zugestellt worden seien. Die rechtlichen Wirkungen der Tatsache der Konkursandrohung gälten daher gemäss Art. 1 SchIT ZGB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen des revidierten GmbH-Rechts auch noch unter der Herrschaft des neuen Rechts weiter, weshalb das Verfahren auf Konkurs weiterzuführen sei.

b) Abgesehen von der offenen Frage, ob nicht Art. 1 Abs. 2 UeBest OR vom 16.12.2005, wonach die neuen Bestimmungen mit Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar werden, auch für den Dauerzustand der Mitgliedschaft als geschäftsführender Gesellschafter gälte (vgl. dazu Handschin/Truniger, Die neue GmbH, 2. Aufl. Zürich 2006, § 37 N 2), ist folgender Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Die *Konkursfähigkeit* ist Voraussetzung für die *ganze* ordentliche Konkursbetreibung, die mit der Konkursandrohung angehoben und mit dem durch das Konkursbegehren eingeleiteten, separaten summarischen Gerichtsverfahren über die Konkurseröffnung (Art. 25 Ziff. 2 SchKG) abgeschlossen wird. Da das Konkurseröffnungsverfahren mit dem Konkursbegehren vom 26. März 2008 vorliegend erst nach Inkrafttreten der GmbH-Revision hängig gemacht wurde, besteht an sich kein Problem des intertemporalen Rechts. Zwar bezweckt die Konkursandrohung als erster Schritt der ordentlichen Konkursbetreibung nebst der Zahlungsaufforderung an den Schuldner die Ermächtigung an den Gläubiger, nach 20 Tagen das Konkursbegehren zu stellen (Ottomann, BSK, Art. 159 SchKG N 2). Sie hat aber keine konstitutive Wirkung auf die *Konkursfähigkeit* bzw. kann diese vorliegend nicht über ihren gesetzlichen Wegfall am 1. Januar 2008 perpetuieren. Deshalb kann die Gläubigerin, die in casu vor Inkrafttreten des revidierten GmbH-Rechts rechtsgültig Konkursandrohungen erwirkt hat, nach dem 1. Januar 2008 keinen Konkurs mehr verlangen, da der Schuldner als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH seither von Gesetzes wegen nicht mehr konkursfähig ist.

c) Das Fehlen der Konkursfähigkeit ist ein jederzeit beachtlicher Nichtigkeitsgrund. Nach altem bis 1997 geltendem Art. 173 Abs. 2 SchKG setzte der Konkursrichter das Konkurserkenntnis von sich aus und überwies den Fall der Aufsichtsbehörde, sofern der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterlag oder ein nicht handlungsfähiger Schuldner in gesetzeswidriger Weise betrieben worden ist. Gemäss revidierter Fassung werden mittels Hinweis auf Art. 22 Abs.1 SchKG die Nichtigkeitsgründe ganz generell und nicht mehr lediglich zwei Tatbestände des alten Rechts erfasst (Art. 173 Abs. 2 SchKG; Giroud, BSK, Art. 173 SchKG

N 3). Nach dem Gesagten (oben lit. b) hätte der Konkursrichter, sofern er die weggefallene Konkursfähigkeit nicht als offensichtlichen Nichtigkeitsgrund ansehen und deswegen auf das Konkursbegehren nicht eintreten wollte (vgl. ebd. sowie Staehelin in Ergänzungsband N 6; Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000, Art. 22 N 151), die Frage der Konkursfähigkeit als Aufsichtsbehörde in einer separaten, der Beschwerde von Art. 18 SchKG unterliegenden Entscheidung beurteilen müssen (Giroud, BSK, Art. 173 SchKG N 6; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993 § 36 N 2, 23). Daran ändert nichts, dass die ordentliche Konkursbetreibung vorliegend erst nach Erlass der Konkursandrohung unzulässig geworden ist, da die Konkursandrohung gegen einen der Konkursbetreibung nicht unterliegenden Schuldner wie Betreibungshandlungen gegen eine nicht betreibungsfähige Person nichtig sind (Fritzsche/Walder, a.a.O., N 23), mithin auch die Vorladung zur Konkursverhandlung und die Konkursöffnung (Bauer, BSK, Art. 56 SchKG N 40).

d) Aus diesen Gründen sowie der klaren gesetzlichen Regelung, wonach geschäftsführende GmbH-Gesellschafter seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr der Konkursbetreibung unterliegen, erweist sich die Konkursöffnung vorliegend offensichtlich als nichtig und kann ohne förmliche Überweisung an die Aufsichtsbehörden ohne weiteres aufgehoben werden. Eine (Rück-)Überweisung der Sache an das Betreibungsamt (zur Fortsetzung der Betreibung auf Pfändung) erübrigt sich, da die Betreibungsforderung inzwischen beglichen ist.

(Beschluss vom 12. Juni 2008, RK2 2008 38; gl. M. neuerdings BGE 135 III 14).

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Notariats- und Grundbuchgebühren

- *Gesetzesmässigkeit (Erw. 5).*
- *Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip (Erw. 6.b und c).*
- *Bei der Anwendung des sog. auf die Geschäftssumme abstützenden Werttarifs kann die lineare Berechnungsweise ohne obere Begrenzung bei Streitwerten ab zweistelligen Millionenbeträgen zu nicht mehr äquivalenten Ergebnissen führen (Erw. 6.c/aa-dd), was grundsätzlich*

A 7.1

auch für ab 1. Januar 2006 zu erhebende Gebühren für das informatisierte Grundbuch gilt (Erw. 6.c/ee).

Aus den Erwägungen:

5. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass die angefochtene Rechnung dem Gebührentarif für Notare und Grundbuchverwalter sowie freiberufliche Urkundspersonen entspricht. Sie stellt einzig die Anwendung des Gebührentarifs (inklusive EDV-Gebührensuschlag) für die Errichtung bzw. Erhöhung von Schuldbriefen mit hohen Pfandsummen in Frage. So führt sie im Wesentlichen an, dass die verfügte Notariatsgebühr sowie diejenige für das informatisierte Grundbuch dem Äquivalenzprinzip krass zuwiderlaufe und infolge Fehlens einer maximalen Bemessungslimite in ihrem Fall zu einer in jeder Hinsicht überhöhten und unverhältnismässigen Verwaltungsgebühr führe. Auch würden diese Gebühren das Kostendeckungsprinzip verletzen; sie seien verfassungswidrig und würden gegen das bei Abgaben zur Anwendung gelangende Legalitätsprinzip verstossen.

a) Der von der Beschwerdeführerin angefochtene GebTN ist vom Regierungsrat des Kantons Schwyz gestützt auf § 150 Abs. 3 GO erlassen worden. § 150 Abs. 3 GO, wonach der Regierungsrat die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz sowie die Gebührentarife erlässt, enthält keine näheren Angaben darüber, nach welchen Gesichtspunkten der Gebührentarif festzusetzen ist, sondern erschöpft sich darin, den Regierungsrat in allgemeiner Form zum Erlass einer entsprechenden Ordnung zu ermächtigen (EGV-SZ 1989, Nr. 37, Erw. 6).

b) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur (rechtssatzmässigen) Festsetzung einer Abgabe an den Verordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlage der Abgabe selber festlegen. Doch sind diese Anforderungen für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert. Sie dürfen, was die Vorgaben über die Abgabebemessung anbelangt, namentlich dort herabgesetzt werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip haben damit gewissermassen die Funktion eines Surrogats für eine ungenügende gesetzliche Grundlage (BGE 122 I 279

E. 6a sowie zum Ganzen: BGE 120 Ia 3 E. 3c mit Hinweisen; vgl. auch BGE 126 I 180 E. 2a/bb sowie Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, in ZBI 10/2003, S. 516 ff.). Für Gebühren, die einen stark technischen Charakter haben oder rasch wandelnden Verhältnissen unterworfen sind, kann auf eine formellgesetzliche Grundlage verzichtet werden; die erforderliche Begrenzung ergibt sich hier alleine aus dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip. Eine Lockerung des Legalitätsprinzips erscheint allerdings sachlich nur soweit gerechtfertigt, als es um die Bemessung der Abgabe geht, während der Grundsatz der Abgabepflicht richtigerweise auch in diesen Fällen einer formellgesetzlichen Grundlage bedarf (Adrian Hungerbühler, a.a.O., S. 517).

c) Das Kantonsgericht hat bislang die Meinung vertreten, dass bei den Notariatsgebühren das aus Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV (bisher Art. 4 aBV) fliessende Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip vollumfänglich zum Tragen komme, sodass mit diesen Verfassungsgrundsätzen dem Schutzgedanken des Gesetzesvorbehalts für die Betroffenen genügend Rechnung getragen werde (EGV-SZ 1989 Nr. 37; vgl. auch Beschluss RK1 2003 427 vom 2. August 2004 i.S. M. gegen Notariat und Grundbuchamt A). An dieser Rechtsauffassung ist weiterhin festzuhalten, weshalb es im vorliegenden Verfahren einmal mehr dahingestellt bleiben kann, ob der vom Regierungsrat erlassene Gebührentarif, der sich auf die Delegationsnorm von § 150 Abs. 32 GO stützt, vor dem Legalitätsprinzip standhalten würde. Daran vermag auch die seit 1. Januar 2006 in Kraft getretene neue Gebührenposition „informatisiertes Grundbuch“ gemäss § 5 Abs. 2 GebTN nichts zu ändern. Denn diese Gebühr stellt nicht eine Entschädigung für eine im Rahmen der Grundbuchführung an sich neu geschaffene staatliche Leistung dar, sondern ist als eine Folge der technischen Entwicklung, nämlich der Einführung und Verwendung des informatisierten Grundbuchs, anzusehen (vgl. auch unten E. 6.c ff.). Bleibt anzufügen, dass bei der Frage nach der Gesetzmässigkeit für die Erhebung der Notariats- und Grundbuchgebühren jedenfalls nicht ausser Acht zu lassen wäre, dass selbst wenn sich § 150 Abs. 3 GO darin erschöpft, den Regierungsrat in allgemeiner Form zum Erlass einer entsprechenden Ordnung zu ermächtigen, diese Regelung durch Spezialbestimmungen, in concreto die GebVOR und den GebTN ergänzt wird und dadurch eine weitere Konkretisierung erfährt bezüglich des Kreises der Abgabepflichtigen sowie des Gegenstandes und der Bemessungsgrundlage der Abgabe selber.

6. b) Nach Angaben der Beschwerdeführerin wies der jährliche Deckungsgrad des Beschwerdegegners in den letzten 6 Jahren durch-

A 7.1

schnittlich mehr als 138% auf mit Spitzenergebnissen von bis zu 160%. Darin seien auch Rückstellungen und Abschreibungen, ja gar zusätzliche Sonderabschreibungen enthalten. Selbst wenn allfällige Aufwendungen und Erträge aus dem Konkurswesen in Abzug gebracht würden, würde aus dem reinen Notariatsbereich und Grundbuchwesen ein massiver Überschuss verbleiben. Mit einem Deckungsgrad von annähernd 140% sei klar erstellt, dass das Kostendeckungsprinzip verletzt sei.

Der Beschwerdegegner hält dieser Argumentation entgegen, dass die von der Beschwerdeführerin aufgelisteten Rechnungsabschlüsse nicht auf einer Vollkostenrechnung basieren würden. Für die zu Gunsten des Notariats geleisteten Tätigkeiten des Bezirkskassiers, der EDV-Verantwortlichen und der Hauswartung jährlich sowie die anteilmässigen Infrastrukturkosten seien zwischen 2000 und 2005 jährlich durchschnittlich rund Fr. 223'743.00 angefallen, welche Kosten beim Aufwand zu berücksichtigen seien und wodurch der Deckungsgrad deutlich vermindert werde. Gemäss Kostendeckungsprinzip seien denn auch die Gesamteingänge an Kausalabgaben und der Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig massgebend. So habe der vorliegend relevante Verwaltungszweig im Jahr 2003 einen Ertragsüberschuss, in den Jahren 2002, 2004 und 2005 hingegen Mindererträge erzielt. Das Kostendeckungsprinzip sei damit nicht nur bezüglich des Beschwerdegegners als einzelne Amtsstelle, sondern auch bezüglich des gesamten Verwaltungszweiges gewahrt.

Richtig ist zwar, dass das Prinzip der Gesamtkostendeckung als Grenze der zulässigen Gebührenerhebung nicht eng auszulegen ist und die Gebühren so zu bemessen sind, dass sie zur Deckung sämtlicher Unkosten auf alle Fälle und reichlich genügen. Vorliegend kann es indessen dahingestellt bleiben, ob die konkreten Überschüsse letztlich ein Mass erreicht haben, das mit dem Kostendeckungsprinzip nicht mehr vereinbar ist, da die in casu erhobenen Gebühren bereits das Äquivalenzprinzip verletzen.

c) Das Äquivalenzprinzip seinerseits bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 130 III 225 E. 2.3). Wie schon erwähnt, konkretisiert das Äquivalenzprinzip das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV). Der Wert der Leistung hat sich nach dem Nutzen zu bemessen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Ge-

bühren in jedem Fall - im Sinne eines Einzelkostendeckungsprinzips - genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 126 I 180 E. 3a/bb; BGer 5P.353/2003 vom 8. Dezember 2003, E. 2.3 und 2.4; BGer 2P.286/2006 vom 27. Februar 2007, E. 4.1; Hungerbühler, a.a.O., S. 523).

Bei der Festsetzung der Gebührenhöhe darf deshalb innerhalb eines gewissen Rahmens ebenfalls der Leistungsfähigkeit der staatlichen Einrichtung und der mit der amtlichen Handlung verbundenen Verantwortung, aber auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt angemessen Rechnung getragen werden (vgl. BGE 130 III 225 E. 2.3 mit Verweis auf Hungerbühler). Dem Gemeinwesen ist es auch nicht verwehrt, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen. In Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, kann die Belastung allerdings insbesondere dann unverhältnismässig werden, wenn die Gebühr in Prozenten oder Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt (BGE 126 I 180 E. 3c/aa; BGer 5P.353/2003 vom 8. Dezember 2003, E. 2.3; BGE 130 III 225 E. 2.3).

aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die massgebliche Pfandsummenerhöhung in Analogie zur Errichtung des Schuldbriefes vom 11. September 2002 berechnet worden sei, für welche Amtshandlung bereits Fr. 4'000.00 an Notariats- und Grundbuchgebühren sowie Mehrwertsteuer angefallen seien. Nachdem das Notariat bereits in Zusammenhang mit der Schuldbrieferrichtung profunde Kenntnisse über die Sach- und Rechtslage in derselben Sache erarbeitet habe, habe die blosserhöhung der Pfandsumme des Schuldbriefes somit keinerlei zusätzlichen Verwaltungsaufwand zur Folge gehabt. Der Stundenaufwand für die Erhöhung der Pfandsumme des Schuldbriefes vom 4. September 2006 werde auf maximal 1 bis 1½ Arbeitsstunden geschätzt. Das Missverhältnis zwischen der erhobenen Gebühr von Fr. 9'000.00 (exkl. Grundbuchgebühr) und dem erforderlichen Arbeitsaufwand sei offensichtlich. Dasselbe gelte auch für die neuerdings erhobene Gebühr betreffend Digitalisierung des Grundbuches im Betrage von Fr. 2'100.00.

Der Beschwerdegegner weist demgegenüber darauf hin, dass, abgesehen vom nicht entscheidenden Faktor, sich der Zeitaufwand für die Erhöhung des Schuldbriefes innerhalb der Zwei-Stunden-Grenze gemäss § 5 Nr. 13 GebT gehalten habe, vorliegend eine Schuldbrieferrhöhung von Fr. 4'000'000.00 auf Fr. 14'000'000.00 zur Diskussion stehe. Dadurch sei es der Beschwerdeführerin erlaubt, den Wert ihrer Grundstücke

A 7.1

zu mobilisieren, was für sie wirtschaftlich von wesentlicher Bedeutung sei und ihr einen erheblichen Nutzen bringe, andererseits sei aber auch bei höheren Pfandsummen das Haftungsrisiko des Notars grösser. Zudem mache die einmalige Belastung von Fr. 12'116.40 bloss rund 1.2 Promille des Betrages der Schuldbrieferhöhung aus, sodass auch das Verhältnis zwischen Gebühr und Wert der Leistung nicht verletzt sei. Ferner habe die Beschwerdeführerin nur die Gebühr für die Mobilisierung eines Grundstückes bezahlt, obschon sie mit dem Gesamtpfand zwei Grundstücke habe mobilisieren können. Der Wert der Leistung des Beschwerdegegners stimme mit dem wirtschaftlichen Nutzen der Beschwerdeführerin überein. Mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar sei auch die Gebührenposition des informatisierten (EDV-)Grundbuchs.

bb) Gemäss § 5 Abs. 1 Nr. 2 GebTN gilt die für die Errichtung und Erhöhung von Grundpfandrechten erhobene Gebühr von Fr. 45.00 je Fr. 50'000.00 bzw. Bruchteilen davon. Eine obere Begrenzung ist nicht vorgesehen. Ebenso ohne vorgesehene Obergrenze wird laut § 5 Abs. 2 GebTN für die Errichtung und Erhöhung von Grundpfandrechten zusätzlich eine Grundbuchpauschale von Fr. 10.50 für das digitalisierte Grundbuch je Fr. 50'000.00 bzw. Bruchteile davon in Rechnung gestellt. Das heisst, dass nebst den zu entrichtenden Notariatsgebühren für die Errichtung der Pfandsumme im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 GebTN eine davon abhängige Grundbuchpauschale zu entrichten ist, dies als Folge der Digitalisierung des Grundbuchs.

Der Anwendung des so genannten Werttarifs, der auf die Summe des Geschäftes abschliesst, steht zwar grundsätzlich nichts entgegen, doch kann die lineare Anwendung eines solchen Tarifs zu einer Gebührenhöhe führen, die nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand steht. Dass andere Kantone, so u.a. der Kanton Luzern, die lineare Anwendung des Werttarifs ohne obere Begrenzung ebenfalls kennen, vermag am Gesagten genauso wenig etwas zu ändern wie der Umstand, dass die Notariatsgebühren des Kantons Schwyz im Vergleich zu den übrigen Kantonen zu den tieferen zählen. So hat das Kantonsgericht bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 2004 unter anderem hinsichtlich § 5 Abs. 1 Nr. 2 GebTN (Errichtung und Erhöhung von Grundpfandrechten) die Frage aufgeworfen, ob sich für diese Geschäfte nicht eine Begrenzung nach oben aufdränge, um in Fällen mit Streitwerten von hohen zweistelligen Millionenbeträgen die Verträglichkeit mit dem Äquivalenzprinzip sicherzustellen (vgl. Beschluss RK1 2003 427 vom 2. August 2004 i.S. M. contra Notariat und Grundbuchamt Y betreffend Kostenbeschwerde). Denn bei Pfandsummen von einer gewissen Höhe an, sprich ab zweistelligen Millionenbeträgen, führt die lineare Berechnungsweise ohne obere Begrenzung letztlich zu einer unter anderem mit

der staatlichen Gegenleistung nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis stehenden Höhe der Abgabe, was gegen das Äquivalenzprinzip verstösst. Daran vermögen weder der Umstand, dass vorliegend die in Rechnung gestellte Abgabe von total Fr. 12'116.40 (Notariats- und Grundbuchgebühren) schliesslich nur rund 1.2 Promille des Betrages der Schuldbriefserhöhung ausmachen, etwas zu ändern noch derjenige, dass das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 29. Juni 2000 zum Schluss gekommen war, dass eine Grundbuchgebühr von 2.5 Promille der Pfandsumme bei einer Schuldbriefserhöhung weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip verletze (vgl. BGE 126 I 191 Erw. 3.c/aa). Denn diesbezüglich gilt zu beachten, dass die vom Bundesgericht zu beurteilende Gebühr auf einem Gebührentarif beruhte, der von der Legislative erlassen wurde, und welcher darüber hinaus eine Obergrenze von Fr. 6'000.00 vorsieht (vgl. § 146 Abs. 1 des Solothurner Gebührentarifs vom 24. Oktober 1979; SRSO 615.11). Zudem gelten für die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen durch den Gesetzgeber an das Parlament nicht die gleichen Massstäbe wie bei einer solchen an die Exekutive (BGE 126 I 184 f. E. 2.b/aa-cc). Sodann hatte sich das Bundesgericht im Jahre 2003 mit der nach oben offenen Promillegebühr von Art. 30 der Gebührenverordnung zum SchKG vom 23.09.1996 (SR 281.35, GebV SchKG) zu befassen gehabt und kam zum Schluss, dass die GebV SchKG auf der bundesrechtlichen Grundlage von Art. 16 SchKG beruhe, der den Bundesrat – also die Exekutive – zur Festsetzung eines Gebührentarifs ermächtigt, jedoch nicht zur Erhebung einer Abgabe mit (teilweisem) Steuercharakter. Das bedeute indessen nicht, dass Art. 30 GebV SchKG in der vorliegenden Fassung per se verfassungswidrig wäre, jedoch hätten die Betreibungsämter im Einzelfall, namentlich bei hohem Zuschlag, Kaufpreis oder Erlös, dem Äquivalenzprinzip Rechnung zu tragen und die rechnerisch nach Promille ermittelte Gebühr nötigenfalls herabzusetzen (BGE 130 III 225 E. 2.5 mit Verweis auf BGE 119 III 133 E. 3b S. 135).

cc) Obschon die Gebühr nicht notwendigerweise ihrem objektiven Wert zu entsprechen hat, darf - wie erwähnt - mit einer bestimmten Gebühr der Ausgleich aus Verrichtungen ausgeglichen werden, für die wegen des mangelnden Interesses keine kostendeckende Entschädigung verlangt werden darf. Auch sind sich Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich darin einig, dass der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem Interesse des Bürgers an der in Frage stehenden Dienstleistung Rechnung getragen werden darf (vgl. Hungerbühler, a.a.O., S. 523 mit Hinweis; z.T. a.A., Hangartner, Äquivalenzprinzip im Kausalabgaberecht, Verhältnis einer Verwaltungsgebühr zum objektiven Wert der Leistungen, in: AJP 3/2005, S. 349 f.) und dass dem Gemeinwesen dabei ein weiter Ermes-

A 7.1

sensspielraum offen steht. Genauso darf innerhalb eines gewissen Rahmens der Leistungsfähigkeit der staatlichen Einrichtung und der mit der amtlichen Handlung verbundenen Verantwortung angemessen Rechnung getragen werden. Diese Faktoren ändern jedoch nichts daran, dass die Gebühr im Einzelfall angemessen zu sein hat, d.h. in einem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand stehen muss und den Wert der erbrachten Leistung nicht unberücksichtigt gelassen werden darf (BGE 97 I 208).

dd) Nachdem die Beschwerdeführerin bereits am 11. September 2002 zu Lasten von GB 9286 Z (Baurecht) und zu Lasten GB 3248 Z (Geschäftshaus) einen Inhaberschuldbrief von Fr. 4'000'000.00 als Gesamtpfand beim Beschwerdegegner errichten liess, liess sie am 14. August 2006 die Schuld- und Pfandschuldsumme dieses Inhaberschuldbriefes um Fr. 10'000'000.00 auf Fr. 14'000'000.00 erhöhen. Für die rechtsgültige Erhöhung des Schuldbriefes war die Beschwerdeführerin auf die gesetzlich vorgeschriebene Beurkundung durch den Beschwerdegegner angewiesen. Der Gebührenrechnung des Beschwerdegegners liegt somit die Erhöhung eines Inhaberschuldbriefes von Fr. 4'000'000.00 auf Fr. 14'000'000.00 zugrunde. Die Beschwerdeführerin selbst schätzt den damit verbundenen Arbeitsaufwand des Beschwerdegegners auf 60 bis maximal 90 Minuten, da diesem aufgrund der Schuldbrieferrichtung vom 11. September 2002 die Sach- und Rechtslage bekannt gewesen sei und es somit keinerlei zusätzlichen Verwaltungsaufwand zur Folge gehabt habe. Der Beschwerdegegner widerspricht zwar diesem Einwand, dennoch vermag er seine Behauptung, dass eine Schuldbrieferrhöhung generell gleich viel Aufwand – wenn nicht mehr – verursachen soll als die Errichtung und dass dieser Umstand insbesondere im Fall der Beschwerdeführerin zutrefte, nicht zu belegen. Zwar kann dem Beschwerdegegner beigespflichtet werden, dass bei Errichtung wie auch bei Erhöhung eines Schuldbriefes zusätzliche Arbeitsschritte anfallen, wie z.B. die Ausstellung eines Pfandtitels, und welche Umstände zweifelsohne zu einem etwas grösseren Arbeitsaufwand führen. Der Beschwerdegegner unterlässt es aber, die von ihm zitierte Auflistung der verschiedenen möglichen Arbeitsschritte in concreto geltend zu machen. Aber selbst wenn dem so wäre, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass sich sein gesamter Arbeitsaufwand unbestrittenermassen innerhalb der 2-Stunden-Grenze bewegt hatte (vgl. § 13 GebTN sowie act. 2 „Beilage 1“), sodass sich seine staatliche Leistung, für welche die Gebühren erhoben werden, letztlich im Rahmen des Üblichen hielt. Und selbst wenn man mit dem Beschwerdegegner angesichts der nicht alltäglich hohen Summe von einem erhöhten Haftungsrisiko des Gemeinwesens ausgeht, haben die in Rechnung gestellten Gebühren nicht mehr viel mit der erbrachten Leistung ihrerseits gemein. Die Sorgfaltspflicht des Beschwerdegegners bei

der Schuldbrieferhöhung wog dadurch nicht mehr, da der Prüfungs- und somit Sorgfaltspflicht des Notars bzw. Grundbuchführers bereits von der Sache her klare und enge Vorgaben gesetzt sind (vgl. VO über die Beurkundung und Beglaubigung, SRSZ 210.210; Grundbuchverordnung [GBV] vom 22.02.1910, SR 211.432.1, insb. Art. 40 ff., 53 ff. und 61 ff.).

Das Kantonsgericht verkennt nicht, dass die Beschwerdeführerin einerseits durch die Erhöhung des Inhaberschuldbriefes in Form eines Gesamtpfandes den Wert von zwei Grundstücken mobilisieren konnte, was ihr ökonomisch von einigem Nutzen sein kann, und sie sich selbst in einer guten wirtschaftlichen Situation befindet. Andererseits darf aber auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beschwerdeführerin mit der Belastung jedes Grundstückes mit der ganzen Pfandsumme an der vollen Ausnutzung ihres Bodenkredits gehindert und dadurch ein allfälliger Verkauf der stark belasteten Grundstücke grundsätzlich erschwert wird (vgl. Hans Leemann, Berner Kommentar, Rz 14 zu Art. 798 ZGB; Bernhard Trauffer, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, Rz 10 zu Art. 798 ZGB), wodurch der wirtschaftliche Nutzen gleichzeitig wieder eingeschränkt wird. Sodann ist zu berücksichtigen, dass für den objektiven Wert der Leistung zwar auf den Nutzen für den Pflichtigen oder auf den Kostenaufwand abgestellt werden kann, doch sind beide Kriterien nur Hilfsmittel zur Bestimmung des Werts der staatlichen Leistung (BGE 130 III 225 E. 2.4).

ee) Analog den bundesgerichtlichen Schlussfolgerungen in BGE 130 III 225 sowie in Berücksichtigung der Erwägungen unter Ziffer 6.c.bb vorstehend kann festgehalten werden, dass der Streitwert resp. die Höhe der Pfandsumme zweifelsohne ein sachliches Kriterium für die Bemessung der Gebühr ist, welches erlaubt, dem Interesse des Pflichtigen Rechnung zu tragen und einen Ausgleich zwischen mehr oder weniger bedeutsamen Geschäften herbeizuführen. Bei Pfandsummen von einer gewissen Höhe an, sprich ab zweistelligen Millionenbeträgen, aber allein hierauf abzustellen ohne jegliche obere Begrenzung, kann zu einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der staatlichen Leistung führen, wenn deren Aufwand eher gering und die Pfandsumme sehr hoch ist, resp. sich im mehr als einstelligen Millionenbetrag bewegt. Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin in guten finanziellen Verhältnissen befindet und mit der Schuldbrieferhöhung zwei Grundstücke mobilisieren und dadurch grundsätzlich einen wirtschaftlichen Nutzen davon tragen konnte, vermögen weder das mit der Beurkundung verbundene erhöhte Haftungsrisiko noch Art und Umfang der Arbeitsleistung des Beschwerdegegners zumindest die angefochtene Notariatsgebühr von Fr. 9'000.00 zu rechtfertigen.

A 7.1

ff) Das Gesagte gilt grundsätzlich auch für die vorliegend in Rechnung gestellte Gebühr für das informatisierte Grundbuch (Ik-Gebühr im Sinne von § 5 Abs. 2 GebTN):

aaa) Die Einführung und der Betrieb des informatisierten Grundbuchs des Kantons Schwyz führte auf den 1. Januar 2006 zu einer Anpassung des GebTN sowie zur Erhebung einer zusätzlichen Grundbuchpauschale für gewisse Amtshandlungen (vgl. § 5 Abs. 2 GebTN) zugunsten der Träger der Kosten des Informatikgrundbuchs. Wie dem Bericht des Regierungsrates des Kantons Schwyz zum Beschluss vom 20. Dezember 2005 zu entnehmen ist, stand dabei die Kostenneutralität im Vordergrund. Das heisst die mit der Evaluation, Einführung und den Betrieb angefallenen Kosten des Ik-Grundbuchs, welche über ein gemeinsames Konto von den Bezirken als den Trägern des Grundbuchs im Kanton Schwyz vorgeschossen worden seien, sollen in Zukunft von den Benützern über die Benützungsgebühren (vornehmlich Grundbuch- weniger Notariatsgebühren) zurückerstattet werden, welche Gebühren schliesslich so anzupassen seien, dass voraussichtlich in 15 Jahren ein Ausgleich entstehe. Für die Kosten der Ersterfassung werde davon ausgegangen, dass eine Erfasserin oder ein Erfasser durchschnittlich pro Grundstück eine Arbeitsstunde aufzuwenden habe (inkl. notwendige Kontrollen, Arbeitsabwesenheiten und Ferien), wobei für die Ersterfassung von einem Stundenansatz von Fr. 80.00 (darin enthaltend: Lohnkosten Ersterfasserin inkl. Sozialkosten, Lohnkosten des verantwortlichen Notars [Instruktion, Kontrolle, Validierung vor Inkraftsetzung] und Infrastrukturkosten [Gerätschaft, Möbel, Miete, Versicherung usw.]) ausgegangen werde. Bei der Anpassung des geltenden GebTN handle es sich demnach um ein weitgehend rechnerisches Definieren und Verlegen von anfallenden Kosten auf bestimmte Grundbuchtätigkeiten (vgl. RRB Nr. 1686/2005 vom 20. Dezember 2005, Ziff. 1).

bbb) Ausgehend von den geschätzten Projektkosten in der Höhe von rund Fr. 15'972'000.00 und des geschätzten Nutzens (nur mögliche Personaleinsparungen bei ca. 8000 Geschäftsstellen pro Jahr) von jährlich rund Fr. 580'000.00 (in 15 Jahren = 8.7 Mio. Franken) sowie in Berücksichtigung, dass die Amortisation der Gesamtinvestition sowie der Verzinsung zu 4% auf 15 Jahre und die technische Amortisation auf 5 Jahre ausgelegt würden, kam der Regierungsrat zum Schluss, dass sich der jährliche Kostenüberschuss für alle Bezirke zusammen auf rund Fr. 813'500.00 belaufe; nach gültigem Schlüssel auf die Bezirke verteilt ergebe das für Schwyz Fr. 285'500.00 (35.1%), March Fr. 214'000.00 (26.3%), Höfe Fr. 153'500.00 (18.9%), Einsiedeln Fr. 82'000.00

(10.1%), Küssnacht Fr. 65'000.00 (8%) und Gersau Fr. 13'000.00 (1.6%).

Weiter wird die Auffassung vertreten, dass mit der Abwälzung der Jahreskosten auf alle grundbuchrelevanten Tätigkeiten und der Wertquote gemäss geltendem Tarif die Adäquanz zum höheren Nutzen, zum Verwaltungsaufwand und Geschäftsgang erreicht werde. Infolge von weitgehend fehlenden Erhebungen in den Grundbuchämtern, welche tarifrelevanten Tätigkeiten durchschnittlich pro Jahr wie viele Male ausgeübt würden, seien für die Berechnung der neuen Tariffhöhe die Anzahl der Handänderungen und deren Wert aus dem (korrigierten) Rechenschaftsbericht der Gerichte pro 2004 an den Kantonsrat und die Anzahl der Errichtungen/Erhöhungen von Grundpfandtiteln und deren Wert im Sinne der Rubrik „Hypothekarbestellungen“ zu übernehmen und es sei § 5 Abs. 1 Nr. 4-6 GebTN ohne weitere Erhebungen zu errechnen, indem die Anzahl Titellöschungen aus dem Rechenschaftsbericht übernommen und pro Handänderung mit 8 Zusatzhits (=Gebührensätzen) gerechnet würden, was letztlich eine Tarifierhöhung von rund Fr. 10.50 für die Tätigkeiten gemäss § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4-6, 12 GebTN ergebe (vgl. RRB Nr. 1686/2005 vom 20. Dezember 2005 Ziff. 2).

ccc) Im Lichte des Gesagten kann festgehalten werden, dass die Iκ-Gebühr nicht separat, sondern gemäss GebTN als Bestandteil der Gebühren an sich zu betrachten ist, weshalb - unter Hinweis auf die Erwägungen unter Ziffer 5.c vorstehend - einmal mehr dahingestellt bleiben kann, ob diese Gebührenposition vor dem Legalitätsprinzip standhalten würde. Jedenfalls hat sich auch diese Gebühr insgesamt nach dem Grundsatz des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips zu richten.

Ob mit der u.a. auf Erfahrungszahlen errechneten Grundbuchpauschale von Fr. 10.50 letztlich ein Überschuss erzielt werden kann und wenn ja, ob dieser auch ein Mass erreicht, das mit dem Kostendeckungsprinzip nicht mehr vereinbar ist, braucht vorliegend nicht näher geprüft zu werden, da mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen ist, dass die erhobene Iκ-Gebühr in casu das Äquivalenzprinzip verletzt. Dass die umstrittene Änderung des GebTN vorgängig gestützt auf Art. 14 PÜG (Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985) dem Preisüberwacher unterbreitet worden war und dieser auf Empfehlungen zur geplanten Tarifanpassung und weiterführende Analysen verzichtet hatte, Letzteres vor allem in Anbetracht, dass die Tarife für Beurkundungen von Immobiliengeschäften im Vergleich zu andern Kantonen auf einem relativ tiefen Niveau bleiben würden (vgl. RRB Nr. 1686/2005 vom 20.12.2005, Ziff. 5.4), vermag am Gesagten nichts zu ändern. Denn es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass diese Stellungnahme ohne vorgängig

A 7.1

vertiefte Untersuchungen der Revision des GebTN durch den Preisüberwacher erfolgt ist (vgl. RRB Nr. 1686/2005 vom 20.12.2005, Ziff. 5.4).

ddd) Sodann finden die eingangs erfolgten Ausführungen zum Äquivalenzprinzip grundsätzlich auch Anwendung auf die I_k-Gebühr. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann insbesondere auf die Erwägungen unter Ziffer 6.c.cc-ee vorstehend verwiesen werden. In diesem Sinne ist zusammenfassend festzuhalten, dass auch bei der I_k-Gebühr die Höhe der Titelerrichtungen sicher ein sachliches Kriterium für die Bemessung der Gebühr ist, das erlaubt, dem Interesse und somit Nutzen des Pflichtigen Rechnung zu tragen und einen Ausgleich zwischen mehr oder weniger bedeutsamen Geschäften herbeizuführen. Bei hohen Summen, d.h. ab zweistelligen Millionenbeträgen, allein hierauf abzustellen und ohne jegliche Obergrenze, kann einmal mehr zu einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der staatlichen Leistung führen, wenn deren Aufwand eher gering ist. Das Gesagte gilt umso mehr, als für die Kosten der Ersterfassung von einem Arbeitsaufwand von durchschnittlich 1 Stunde pro Grundstück ausgegangen wurde, das bei einem Stundenansatz von Fr. 80.00. Dass vorliegend bei der Ersterfassung bereits ein Mehraufwand angefallen wäre, ist weder ersichtlich noch wurde dieser Umstand vom Beschwerdegegner behauptet, geschweige denn für die zur Diskussion stehende Erhöhung der Pfandsumme ein erhöhter Erfassungsaufwand geltend gemacht. Ausgehend von einem Arbeitsaufwand von rund 1 Stunde pro Grundstück bei der Ersterfassung kann mit Fug nicht behauptet werden, dass die in Rechnung gestellte, von der Beurkundungsgebühr abhängige I_k-Gebühr von Fr. 2'100.00 noch in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten staatlichen Leistung stehe. Weder das mit der Grundbuchführung verbundene Haftungsrisiko noch Art und Umfang der Arbeitsleistung des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit dem informatisierten Grundbuch vermögen die erhobene I_k-Gebühr in der Höhe von Fr. 2'100.00 zu rechtfertigen.

(Beschluss vom 2. Juni 2008, RK1 2006 71).

7.2 Grundbuchbereinigung

- *Künftiges Vorgehen bei nur einseitigen Grunddienstbarkeitseinträgen (Erw. 2 und 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach diversen rechtshistorischen Abklärungen hat die Kantonsgerichtsleitung dem Grundbuchinspektor und dem Bereinigungsbeamten folgenden Lösungsvorschlag zum künftigen Vorgehen unterbreitet:

Für neurechtliche [d.h. ab 1912 begründete] Servitute ist nach BereinigungsV [SRSZ 213.410] vorzugehen. Den Ausführungen des Grundbuchinspektors vom 21. September 2006 ist grundsätzlich zuzustimmen. Ausgeschlossen werden sollten allerdings Klagen auf Erwirkung eines nachträglichen Eintrags zulasten eines 1924/25 bereinigten Grundstücks (diesbezüglich würde die Beschwerdemöglichkeit verbleiben; vgl. §§ 15 Satzteil 1 und 20 BereinigungsV).

Für altrechtliche [vor 1912 begründete] Dienstbarkeiten bleibt grundsätzlich das Ergänzungsverfahren gemäss §§ 9 ff. der Bereinigungsverordnung vorbehalten. Streitigkeiten über den Bestand eines Rechts sind im *Klageverfahren* auszutragen (vgl. § 21 f. BereinigungsV; so schon § 4 des Gesetzes vom 22. August 1901, Reichlin S. 406). Es rechtfertigt sich aber, die Klagefrist *nur* bei festgestellter [gutgläubiger] Rechtsnachfolge [unten lit. c] dem *Ansprecher* anzusetzen, während die Eintragung von Amtes wegen bewirkt, dass der *Belastete* klagen muss.

Zu den materiellrechtlichen Grundlagen wurde unter anderem in Betracht gezogen:

Gewisse Dienstbarkeiten waren unter dem kantonalen Grundbuch auch ohne (bzw. mit bloss einseitigem) Eintrag wirksam. Dies in Abweichung zum Eintragungsprinzip, das für das ab 1912 eingeführte eidgenössische Grundbuch gilt (Art. 968 und 971 ZGB; Art. 18 und 46 SchlT). Um eine Gleichstellung der Grundbücher zu erreichen, wurde 1911/12 eine erste Bereinigung durchgeführt. Nicht rechtzeitig angemeldete *altrechtliche* Grunddienstbarkeiten *ohne Eintrag* wirkten Ende 1912 (vgl. Reichlin, Rechtsbuch S. 408 FN 10), während bloss *einseitig* eingetragene ihre Gültigkeit behielten. Die Gleichstellung war damit – entgegen dem Wortlaut von § 265 Abs. 2 aEGzZGB – keine vollständige. Selbst *neurechtliche* Grunddienstbarkeiten wurden anfänglich zum Teil nur *einseitig* eingetragen; für sie fand jedoch eine abschliessende Bereinigung in den Jahren 1924/25 statt (vgl. §§ 3 f. i.V.m. § 6 der Verordnung vom 14. März 1924, Reichlin S. 411 f.).

A 7.2

Eine vollständige Bereinigung *altrechtlicher* Dienstbarkeiten (durchgängige Doppeleintragung) hat jedoch weder damals (§ 8 leg.cit.) noch zu einem späteren Zeitpunkt stattgefunden (vgl. Bachmann, Die Gleichstellung des kantonalen Grundbuches mit dem eidgenössischen Grundbuch im Kanton Schwyz, Diss. 1947, S. 34). Es bestehen also auch heute noch grundsätzlich gültige, einseitig eingetragene Grunddienstbarkeiten. Dabei können folgende Fallgruppen unterschieden werden.

a) Besteht ein Recht nur auf dem *dienenden* Grundstück, ist eine Eintragung auf dem berechtigten Grundbuchblatt vorzunehmen, und zwar auch ohne Zustimmung der Betroffenen (in Vervollständigung der Bereinigung 1911/12, vgl. § 9 Abs. 2 Bereinigungsv (...); nach neuerer Auffassung zu Art. 968 ZGB würde diesem Zweiteintrag bloss deklaratorische Wirkung zugestanden).

b) Bei alleinigem Eintrag auf dem *berechtigten* Grundstück ist das Kriterium der Rechtsnachfolge massgebend. Fand keine Rechtsnachfolge seit der Bereinigung 1911/12 statt oder handelte es sich ausschliesslich um Rechtsnachfolgen mit Eintritt in die Gutgläubensstellung (z.B. durch Erbgang), ist die Zweiteintragung ebenfalls von Amtes wegen vorzunehmen.

c) Bei gutgläubiger Rechtsnachfolge (z.B. durch Kauf oder Schenkung) wurde die Grunddienstbarkeit „vermutungsweise“ zerstört (Art. 44 Abs. 1 SchlT und Art. 3 ZGB; vgl. § 93 Abs. 1 EGzZGB und § 3 der Verordnung vom 9. Juni 1910, Reichlin S. 408; in gleicher Weise bei originärem Eigentumserwerb; vgl. Bachmann, a.a.O., S. 43 f.), weshalb hier grundsätzlich keine Zweiteintragung erfolgen kann.

3. Sowohl der Grundbuchinspektor wie auch der Bereinigungsbeamte haben sich am 2. und 17. Dezember 2008 dem Vorschlag für das künftige Vorgehen angeschlossen, weshalb vom Erlass einer Weisung nach § 6 Abs. 1 Bereinigungsv durch das Präsidium des Kantongerichts derzeit abgesehen werden kann. Ohnehin sollten Anpassungen der Bereinigungsverordnung gelegentlich geprüft werden, insbesondere auch zur Vereinfachung von Verfahrensabläufen. Grundbuchinspektorat und Grundbuchämter werden eingeladen, Vorschläge für eine allfällige Verordnungsrevision einzureichen.

(Verfügung vom 18. Dezember 2008, PR 2006 15).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Sprungbeschwerde

- *Zulässigkeit der Sprungbeschwerde nach Durchführung der ersten Instruktionshandlungen durch das verfahrensleitende Departement (§ 52 VRP).*

Aus den Erwägungen:

1. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Gerichts ist eine Entscheidvoraussetzung (§ 27 Abs. 1 lit. a VRP), welche im Streitungsfall vor der Entscheidfällung förmlich zu beurteilen ist. Bejaht das Gericht seine Zuständigkeit, erfolgt die Beurteilung in einem Zwischenbescheid (§ 10 Abs. 1 VRP), verneint es die Zuständigkeit, trifft es einen Nichteintretensentscheid (§§ 10 Abs. 2, 27 Abs. 2 VRP).

2. In den vorliegenden überwiesenen Beschwerdefällen ist eine gemeinderätliche Baubewilligung mit Einspracheentscheiden Anfechtungsgegenstand. In der Rechtsmittelbelehrung dieses Beschlusses wird zu treffend die (Verwaltungs-)Beschwerde an den Regierungsrat als Rechtsmittel angeführt (§ 45 Abs. 1 lit. b VRP). Die Beschwerdeführer haben darauf folgerichtig beim Regierungsrat Beschwerde erhoben.

3. In Baubewilligungssachen des Kantons Schwyz ist das Verwaltungsgericht zweite Beschwerdeinstanz (§ 82 Abs. 1 PBG; § 51 lit. a VRP). Im vorliegenden Fall ist das Verwaltungsgericht somit zweifelsfrei örtlich und sachlich zuständig (EGV-SZ 1986, S. 117), es mangelt an sich jedoch noch an der funktionellen Zuständigkeit, d.h. an der Einhaltung des Instanzenzuges. Erst bei Vorliegen des regierungsrätlichen Beschwerdeentscheides ist in der Regel die (funktionelle) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben.

4. Die schwyzerische Verwaltungsrechtspflegeverordnung sieht indes die Möglichkeit vor, dass vom (funktionellen) Instanzenzug abgewichen werden kann. Gemäss § 52 VRP ist der Regierungsrat befugt, eine Verwaltungsbeschwerde, welche er zu beurteilen hat, unmittelbar an das

B 1.1

Verwaltungsgericht zu überweisen. Die direkte Überweisung an das Verwaltungsgericht ist ausgeschlossen, wenn die Beschwerde vorwiegend aufsichtsrechtlicher Natur ist, ein Ausstandsbegehren betrifft oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach §§ 53 und 54 VRP (worin die Ausnahmen von der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit festgelegt sind) unzulässig ist. Solche Ausschlussgründe liegen im vorliegenden Verfahren nicht vor.

5. Von den erwähnten Ausschlussgründen abgesehen hängt die Zulässigkeit der Sprungbeschwerde mithin nicht von weiteren Voraussetzungen ab. Im Gegensatz zu anderen Kantonen liegt es in der alleinigen Kompetenz des Regierungsrates, ob er eine Beschwerde zur Beurteilung an das Verwaltungsgericht nach § 52 VRP weiterleiten will oder nicht. Diesem Entscheid haben sich von Gesetzes wegen nicht nur die Parteien, sondern auch das Verwaltungsgericht zu unterziehen. Damit wollte man insbesondere die angestrebte Entlastung des Regierungsrates nicht gefährden (der Regierungsrat überweist insbesondere die Beschwerdefälle aus dem Abgaberecht an das Verwaltungsgericht). Ein weiterer wichtiger Zweck der Sprungbeschwerde liegt in der durch die Instanzenverkürzung erzielten Verfahrensbeschleunigung (Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 84 f.; EGV-SZ 1982, S. 6).

6. Die Beschwerdeführer rügen sinngemäss, der Regierungsrat habe wegen seinen bereits vorgenommenen Instruktionshandlungen (Ansetzung der Vernehmlassungsfrist sowie der Frist zur Einzahlung des Kostenvorschusses) die Beschwerde nicht unmittelbar überwiesen. Die Unmittelbarkeit der Überweisung ist jedoch nicht zeitlich zu verstehen, sondern in dem Sinne, dass der Regierungsrat auf seine Entscheidungskompetenz verzichtet und das Verwaltungsgericht somit unmittelbar als erste Beschwerdeinstanz entscheiden muss. Die Konsequenz solchen Handelns hat zwar regelmässig zur Folge, dass die Beschwerde zeitlich unmittelbar nach dem Beschwerdeeingang beim Regierungsrat ohne irgendwelche Instruktionshandlungen an das Verwaltungsgericht überwiesen wird. Das schliesst jedoch nicht aus, dass der Regierungsrat auch in einem späteren Stadium zur Erkenntnis gelangen kann, dass er auf seine Beurteilungskompetenz verzichten und die Beschwerde an das Verwaltungsgericht überweisen möchte (siehe auch Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, § 48 N 13). Aus den Instruktionshandlungen der vorliegenden Art ist kein unwiderrufbarer Verzicht auf die Beanspruchung der Sprungbeschwerdemöglichkeit abzuleiten. Entscheidend ist, dass den Parteien durch eine verzögerte Überweisung im Vergleich zur zeitlich unmittelba-

ren Überweisung in der Sache keine Nachteile entstehen. Dies ist vorliegend zweifelsohne der Fall. Ob dies auch in einem fortgeschrittenen Prozessstadium, zum Beispiel nach einer mündlichen Verhandlung mit Augenschein, ebenfalls zutreffen würde, kann hier offen bleiben.

7. Die prozessualen Konsequenzen einer wie hier gemäss § 52 VRP zulässigen Sprungbeschwerde sind zum einen, dass - wie bereits erwähnt - die Parteien sich dagegen nicht wehren können, d.h. die Überweisung nicht von deren Einverständnis abhängig gemacht werden kann und die Überweisungsverfügung dementsprechend auch nicht anfechtbar ist bzw. nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist (siehe jedoch Erw. 1 betreffend Bestreitung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit). Zum anderen handelt das Verwaltungsgericht wie der Regierungsrat als erste Beschwerdeinstanz, weshalb ihm auch eine Ermessensprüfung zusteht (§ 55 Abs. 2 lit. b), neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden können (§ 48 i.V.m. § 57 Abs. 2 VRP) und eine Bindung an die Parteianträge entfällt (§ 49 i.V.m. § 59 VRP). Die bisherigen vom instruierenden Departement vorgenommenen Prozesshandlungen sind somit nicht zu wiederholen, womit auch ein neuerliches Antragsrecht entfällt. Vielmehr können die dem Departement eingereichten und dem Verwaltungsgericht zusammen mit den Beschwerdeschriften übermittelten Vernehmlassungen als Rechtsschriften für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren übernommen werden. Dasselbe gilt sinngemäss für die einbezahlten und zwischenzeitlich der Gerichtskasse überwiesenen Kostenvorschüsse. Aus diesem Vorgehen entstehen den Beschwerdeführern keine Nachteile. Die richterliche Unabhängigkeit wird im Übrigen weder durch die Sprungbeschwerde noch durch die dadurch bezweckte Verfahrenskordinierung in Frage gestellt.

(Zwischenbescheid III 2008 31 vom 21. Februar 2008).

1.2 Rechtsmittelweg

- *Einspracheentscheide der Wasserversorgung der Genossame X sind beim Regierungsrat anfechtbar (siehe EGV-SZ 2008, B 5.1).*

1.3 Rechtliches Gehör

- *Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor der IV-Stelle (siehe EGV-SZ 2008, B 2.1).*

B 1.6

1.4 Akteneinsichtsrecht (siehe EGV-SZ 2008, B 11.1)

1.5 Beschwerdegründe

- *Gemeindeautonomieverletzung. Rügeerhebung durch Private.*

Aus den Erwägungen:

1.3 Es steht auch einem privaten Dritten die Rüge der Autonomieverletzung zu (VGE 1026/98 vom 22. Juli 1998, Erw. 2a, Prot. S. 726; VGE 703/01 vom 22. Mai 2001, Erw. 1c).
(VGE III 2007 173 vom 24. Januar 2008).

1.6 Gebührenordnung

- *Überwälzung von externen Kosten.*

Aus den Erwägungen:

8.3 Gemäss verwaltungsrichterlicher Rechtsprechung dürfen ausgewiesene unerlässliche externe Kosten für Sachverhaltsabklärungen dem Baugesuchssteller überwälzt werden (§ 4 GebO). Wenn die Behörde für die Rechtsanwendung, für welche sie zuständig ist, einen externen Berater zuzieht, dürfen diese Kosten nicht direkt, sondern nur im Rahmen der kantonalen Gebührenordnung in Rechnung gestellt werden, d.h. innerhalb des festgesetzten Gebührenrahmens nach der Bedeutung der Sache und nach dem Zeitaufwand (§ 3 Abs. 2 GebO; EGV-SZ 2001, B. 8.1, Ziff. 5). An dieser Rechtsprechung ist grundsätzlich festzuhalten. Das Gleichheitsgebot gebietet, dass die für eine Amtshandlung anfallende Gebühr in der Regel nicht davon abhängen darf, ob die Behörde die Rechtsanwendungsfragen selber abklärt oder dafür einen externen Berater beizieht, zumal es in ihrer Kernkompetenz liegt, das Recht von Amtes wegen anzuwenden (§ 26 Abs. 1 VRP), wofür sie sich entsprechend zu organisieren hat (...). Ausnahmsweise können bei sehr spezifischen und komplexen Rechtsfragen (z.B. umweltschutzrechtliche Fragen bei Einkaufszentren oder grossen Ver- oder Entsorgungsanlagen) externe Beraterkosten im Sinne von § 4 GebO begründet sein. Aber auch die notwendigen externen Beraterkosten dürfen nicht unbesehen und ungeprüft als Entschädigung zur Verwaltungsgebühr hinzugerechnet werden. Nebst der

generellen Notwendigkeit ist die Notwendigkeit der konkret erbrachten Leistungen sowie die Branchen- und Ortsüblichkeit des Honoraransatzes zu prüfen. Eine Überwälzung darf nur im Rahmen des Notwendigen und Ausgewiesenen erfolgen. Des Weiteren muss sich die durch die externe Rechtsberatung eingetretene Entlastung der Verwaltung in den (reduzierten) Verwaltungsgebühren niederschlagen.

(VGE III 2008 72 und 74 vom 11. Juli 2008).

1.7 Erlass

- *Erlassgesuch für rechtskräftig auferlegte Verfahrenskosten.*

Aus den Erwägungen:

2.1 In der kantonalen Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) werden die Kosten in den §§ 71 ff. VRP geregelt. § 71 Abs. 1 VRP normiert, dass die Behörden für den Erlass von Verfügungen und Entscheiden die in der Gebührenordnung und den dazu gehörenden Tarifen vorgesehenen Gebühren und Entschädigungen für Barauslagen erheben. Mithin ist das Gericht grundsätzlich verpflichtet, Gerichtsgebühren zu erheben und einzuziehen, es sei denn, dass das Verfahren nach Bundesrecht oder kantonalem Recht unentgeltlich ist (vgl. § 71 Abs. 2 VRP), oder dass die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege nach § 75 VRP vorliegen.

2.2 In der kantonalen VRP ist der Erlass von rechtskräftig auferlegten Gerichtsgebühren nicht *expressis verbis* vorgesehen. Analoges gilt auch für die kantonale Gerichtsordnung (GO, SRSZ 231.110, v.a. §§ 143 ff. GO). Gemäss § 150 Abs. 3 GO erlässt der Regierungsrat eine Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz sowie die Gebührentarife. Der Regierungsrat hat von dieser vom kantonalen Gesetzgeber eingeräumten Kompetenz in der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (vom 20. Januar 1975, SRSZ 173.111, nachfolgend GebV) Gebrauch gemacht. Auch in dieser Gebührenordnung ist eine Erlassregelung, wie sie beispielsweise § 194 des kantonalen Steuergesetzes (StG, SRSZ 172.200) kennt, nicht enthalten.

2.3 Was die Frage anbelangt, ob für den allfälligen Erlass von rechtskräftig auferlegten Gerichtsgebühren eine Lücke vorliegt und wie sie zu schliessen wäre, drängen sich folgende Bemerkungen auf. Eine Lücke

B 1.7

des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers, ein so genanntes qualifiziertes Schweigen, darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden. Herrschende Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken. Während bei einer echten Lücke eine sich unvermeidlich stellende Rechtsfrage nicht beantwortet wird und der Richter diese unter Rückgriff auf die ratio legis zu schliessen hat, liegt bei einer unechten Lücke eine sachlich unbefriedigende Antwort vor, deren Korrektur den rechtsanwendenden Organen grundsätzlich nicht bzw. nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt ist (vgl. BGE 125 V 11 f., Erw. 3 mit Hinweisen). Im Falle einer echten Lücke, d.h. wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, hat das Gericht in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt, nach der Regel zu entscheiden, die das Gericht als Gesetzgeber aufstellen würde. Ist kein Gewohnheitsrecht ersichtlich, wird bei der Lückenfüllung praxismässig danach Ausschau gehalten, ob sich in verwandten Rechtsgebieten eine Regelung der offenen Frage findet und es wird dann diese Regelung analog angewendet (vgl. VGE 128/00 vom 18. April 2001, Erw. 3a, Prot. S. 450).

2.4 Im vorliegenden Fall braucht aus den nachfolgenden Gründen nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob eine Lücke besteht, die vom Gericht zu schliessen wäre. Denn selbst wenn man davon ausginge, dass hinsichtlich eines Erlassbegehrens für rechtskräftig auferlegte gerichtliche Verfahrenskosten eine Lücke bestünde, welche vom Gericht zu schliessen wäre, verhielte es sich so, dass nicht aus beliebigen Gründen ein Erlass solcher Verfahrenskosten in Frage käme, sondern - in analoger Anwendung von § 75 VRP - grundsätzlich nur dann, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nachträglich erfüllt sind und mithin die pflichtige Partei bedürftig ist (eine analoge Praxis kennt auch das Zürcher Recht, vgl. dazu Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 11 zu § 40). Dafür, dass das Kriterium der Bedürftigkeit der Person, welche zur Zahlung von Kosten verpflichtet wäre, von massgeblicher Bedeutung ist, spricht auch die in § 194 StG enthaltene Regelung. Diese Regelung macht den Erlass geschuldeter Steuerbeträge davon abhängig, dass der pflichtigen Person

infolge einer Notlage die Bezahlung dieses geschuldeten Betrages eine grosse Härte bedeuten würde. Im vorliegenden Fall hat der Gesuchsteller im Verfahren III 2008 3 auch nicht ansatzweise vorgebracht, dass er bedürftig sei bzw. ihm die Bezahlung der ihm auferlegten Verfahrenskosten eine grosse Härte darstellen würde. Abgesehen davon machte er weder geltend, noch legte er substantiiert dar, dass die im Entscheid III 2007 129 enthaltene Berechnung, welche ergab, dass der Gesuch stellende Rechtsanwalt nicht als bedürftig gelten kann, unzutreffend sei.

Bei dieser Sachlage fällt es ausser Betracht, die rechtskräftig dem Gesuchsteller auferlegten Verfahrenskosten ganz oder teilweise zu erlassen. Daran vermag auch der Einwand des Gesuchstellers, dass er X kostenlos vertreten und unterstützt habe, nichts zu ändern. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass nach den vorliegenden Akten die Vormundschaftsbehörde in ihren beiden Beschlüssen vom 20. Dezember 2006 die Gesuche um unentgeltliche Rechtsverteidigung gutgeheissen und (dem Gesuchsteller) ein Honorar von gesamthaft Fr. ... zugesprochen hat. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht bereits in den Entscheiden III 2007 8 vom 26. Januar 2007 und III 2007 129 vom 25. September 2007 hinreichend dargelegt, dass im Streit um das Armenrechtshonorar einzig dem unentgeltlichen Rechtsbeistand Parteistellung zukommt (vgl. dazu auch BGE 8C_613/2007 vom 15. Februar 2008, E. 2 mit Hinweisen, u.a. auch auf SVR 1995 ALV Nr. 42 S. 119 Erw. 4). Soweit der Gesuchsteller diese konstante Praxis übersehen und deswegen unnötigen Aufwand verursacht hat, welcher ihm dann auferlegt wurde (vgl. dazu nebst § 72 Abs. 3 VRP auch § 145 Abs. 1 GO i.V.m. § 4 Abs. 2 VRP, wonach dann, wenn eine Partei unnötige Kosten verursacht, diese ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens auferlegt werden), kann er daraus für das vorliegende Erlassgesuch nichts zu seinen Gunsten ableiten.

(VGE III 2008 3 vom 2. April 2008).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Invalidenversicherung

- *Anspruch auf rechtliches Gehör: IV-Stelle ist verpflichtet, die versicherte Person über den Beizug von (medizinischen) Akten zu informieren (Erw. 1.1 – 1.2).*

B 2.1

- *Heilung einer nicht schwer wiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs (Erw. 1.4 – 1.5).*
- *Durchführung eines Vorbescheidverfahrens im Rahmen einer IV-Neuanmeldung (Erw. 1.6).*

Aus den Erwägungen:

1.1 In der Beschwerdeschrift wird die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz gerügt. Die Gehörsverletzung ergebe sich aus dem Umstand, dass dem Beschwerdeführer die Stellungnahme des RAD (RAD = Regionaler Ärztlicher Dienst) nicht zur Kenntnis gebracht worden sei, obwohl diese Stellungnahme als Grundlage für den angefochtenen Nichteintretensentscheid gedient habe. Es handle sich dabei entgegen der Darstellung der Vorinstanz nicht bloss um einen verwaltungsinternen Meinungsaustausch.

1.2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst die Rechte und Pflichten der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. In diesem Sinne dient das rechtliche Gehör einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 8C.102/2007 vom 25. Oktober 2007). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist gewahrt, wenn sich der Betroffene vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, Einsicht in die Akten nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern kann, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 122 V 157 E. 1a; BGE 119 Ia 139 E. 2d und 261 E. 6a, je mit Hinweisen; Ulrich Zimmerli, Zum rechtlichen Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 313 ff.).

1.2.2 Art. 42 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) wiederholt diesen verfassungsrechtlichen Anspruch. Satz 2 der zitierten Rechtsnorm enthält insoweit eine Einschränkung, als Parteien vor Verfügungen nicht angehört werden müssen, die durch Einsprache anfechtbar

sind. Spätestens im Einspracheverfahren hat die Verwaltung jedoch die allgemeinen Grundsätze des rechtlichen Gehörs zu wahren und folglich der versicherten Person oder ihrem Vertreter Einsicht in die Akten zu gewähren, auf deren Grundlage sie den Einsprachentscheid stützt (BGE 132 V 387 E. 4.1, mit Hinweisen).

1.2.3 Das Recht auf Akteneinsicht in einem hängigen Verfahren als Teilaspekt des Gehörsanspruchs wird durch Art. 47 ATSG gewährleistet. Das Akteneinsichtsrecht gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs und ist Vorbedingung für die wirksame Wahrnehmung der Parteirechte. Eine notwendige Bedingung des Akteneinsichtsrechts besteht darin, dass die Behörde die Parteien davon in Kenntnis setzt, wenn sie dem Dossier neue Akten beifügt, die für die Entscheidungsfindung massgebend sind. Es verwirklicht den Grundsatz des fairen Verfahrens, wenn die Partei nicht nur von der Beifügung neuer Akten in Kenntnis gesetzt, sondern gleichzeitig auf das Einsichts- und Äusserungsrecht hingewiesen wird (BGE 132 V 387 E. 3.1 f.; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 448 f., mit Hinweisen auf BGE 115 V 302 E. 2e und 303 f. E. 2g, BGE 124 II 137 E. 2b).

1.2.4 Ein Versicherer, der neue Akten beizieht, auf die er sich in seiner Verfügung zu stützen gedenkt, ist daher grundsätzlich verpflichtet, die Beteiligten über den Aktenbeizug zu informieren. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogene Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (BGE 132 V 387 E. 3.1 f., mit Hinweisen).

1.3.1 Die Vorinstanz führt vernehmlassend aus, das Verwaltungsgericht habe im Entscheid VGE I 2006 102 ausgeführt, dass kein Akteneinsichtsrecht in verwaltungsinterne Unterlagen oder Berichte bestünde, wenn sich diese darauf beschränken würden, an sich feststehende Tatsachen sachverständig zu würdigen. Bei der strittigen Stellungnahme des RAD von Dr. med. ... vom 13. September 2007 sei genau dies der Fall gewesen.

1.3.2 Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ändert der Umstand, dass die Auskünfte des RAD-Arztes lediglich einen schriftlichen Bericht nach Art. 49 Abs. 3 IVV und nicht eine Exploration mittels eigener Untersuchungen darstellen, nichts daran, dass diese der versicherten Person zur Kenntnis gebracht werden müssen (BGE 8C. 102/2007 vom 25. Oktober 2007, E. 3.2.1 mit Hinweisen). Die Einsicht in verwaltungs-

B 2.1

interne Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder bezogen wurden, kann sodann gemäss Bundesgericht nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE 8C.102/2007 vom 25. Oktober 2007, E. 3.1.2).

1.3.3 Gemäss Kreisschreiben über die Schweigepflicht und die Datenbekanntgabe in der AHV/IV/EO/EL/FL (nachfolgend Kreisschreiben) hat die betroffene Person ein Recht auf Auskünfte und Einsicht in die medizinischen Akten, die sie betreffen (Rz. 36 Kreisschreiben). Hinsichtlich verwaltungsinterner Unterlagen wird im Kreisschreiben ausgeführt, dass eine Unterlage im Zweifelsfall nicht als verwaltungsintern zu werten ist. Sodann kann gemäss Kreisschreiben Dritten die Einsicht in verwaltungsinterne Unterlagen verweigert werden, nicht aber der betroffenen Person oder ihrem Vertreter (Rz. 39 Kreisschreiben).

1.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 8C.102/2007 vom 25. Oktober 2007, E. 3.1.1 mit Hinweisen).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Nichtzustellung eines Berichts vor Erlass des Einspracheentscheides keine schwere und der Heilung unzugängliche Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn die Stellungnahme bzw. der Ergänzungsbericht eines Abklärungsdienstes lediglich die der Verfügung zugrundeliegende Beurteilung in allen wesentlichen Punkten bestätigt und der Bericht keine neuen, entscheiderelevanten Gesichtspunkte enthält, sondern sich einzig zu den in der Einsprache vorgebrachten Rügen äussert (BGE 132 V 387 E. 5.2).

1.5 Vorliegend kann offen bleiben, ob die IV-Stelle mit der Nichtzustellung der Stellungnahme des RAD das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat, da eine allfällige Gehörsverletzung zwischenzeitlich geheilt worden ist, indem dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Einblick in die Stellungnahme des RAD vom 13. September 2007 (...) gewährt worden ist und er sich dazu äussern konnte (vgl. Ingress).

Analoges gilt auch hinsichtlich der Rüge des Beschwerdeführers, dass ihm die angefochtene Verfügung ohne Vorbescheid zugestellt worden sei. Auch eine diesbezügliche Gehörsverletzung ist im konkreten Fall geheilt worden.

1.6 Zur generellen Frage eines Vorbescheidverfahrens im Rahmen einer Neuanschuldung drängen sich noch folgende Bemerkungen auf.

Gemäss Art. 57a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20) teilt die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren mittels Vorbescheid mit. Die versicherte Person hat Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 42 ATSG. Gegenstand und Zustellung des Vorbescheids werden in Art. 73^{bis} IVV näher umschrieben.

Wenn nach der Neuanschuldung mit zusätzlichem Arztbericht von der IV-Stelle eine Stellungnahme des zuständigen RAD-Arztes eingeholt wird und ein Vorbescheidverfahren (generell) entfielen, würde die versicherte Person grundsätzlich erst im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht Kenntnis von der Einholung eines neuen RAD-Berichts erhalten, worauf jeweils das Verwaltungsgericht zur Sanierung der damit verbundenen Gehörsverletzung die RAD-Stellungnahme im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren zur Kenntnis- und Stellungnahme der versicherten Person zustellen müsste. Zu beachten ist, dass auch ein vorgesehener Nichteintretensentscheid auf eine Neuanschuldung hin als Endentscheid über ein Leistungsbegehren zu betrachten ist, indem damit (falls kein Weiterzug erfolgt) im Entscheidungszeitpunkt endgültig festgehalten wird, dass die Voraussetzungen für eine (erneute) materielle Auseinandersetzung mit dem Leistungsbegehren nicht gegeben sind und es insofern auch keine Leistungen gibt. Zieht man die Gesetzesmaterialien zu Rate, ist auf folgenden Satz in der Botschaft (BBl 2005, S. 3088) zu verweisen:

Da Verfügungen der IV-Stellen neu in Abweichung von Artikel 52 ATSG nur noch mit Beschwerde angefochten werden können, wird der betroffenen Person im Vorbescheidverfahren das Recht eingeräumt, sich formlos zur Sache zu äussern.

Im Lichte dieser gesetzgeberischen Absicht macht es insbesondere dann Sinn, vor dem Erlass einer Nichteintretensverfügung auf eine Neuanschuldung hin ein Vorbescheidverfahren durchzuführen, wenn die IV-Stelle in diesem Kontext eine RAD-Stellungnahme einholt. Dies bedeutet, dass die Verwaltung sich bezüglich der Neuanschuldung nicht ganz sicher war und eine medizinische Stellungnahme wünschte. In einem solchen Fall ist von der IV-Stelle zu verlangen, dass sie ein Vorbescheidverfahren durchführt, zumal dadurch der versicherten Person das rechtliche Gehör zur RAD-Stellungnahme eingeräumt werden kann (und das Gericht dies im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachholen muss). Ob auch dann ein Vorbescheidverfahren durchzuführen wäre, wenn die IV-Stelle nach einer Neuanschuldung auf die Einholung einer RAD-Stellungnahme verzichtet, kann hier offen bleiben.

(VGE I 2007 258 vom 18. März 2008).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Prämienverbilligung (KVG)

- Auch unter dem revidierten, seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Prämienverbilligungsgesetz sind Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse seit der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung zugrunde liegenden Bemessungsperiode beim Vollzug der Prämienverbilligung zu berücksichtigen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Kantone gewähren den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen (Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 [KVG; SR 832.10]) und regeln den entsprechenden Verfahrensablauf. Die Kantone sorgen dafür, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden (Art. 65 Abs. 3 KVG). Nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 19. September 2007 (PVG; SRSZ 361.100) können Personen in den Genuss von Prämienverbilligungen kommen:

- a) die im Kanton Schwyz Wohnsitz haben,
- b) die einem vom Bund anerkannten Krankenversicherer angeschlossen sind, und
- c) deren anrechenbares Einkommen kleiner ist als die Summe von Richtprämie und den anerkannten Ausgaben gemäss dem Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für den allgemeinen Lebensbedarf und für den Mietzins.

Für den Anspruch auf Verbilligung der Prämien von Kindern bis zum 18. Altersjahr und jungen Erwachsenen in Ausbildung zwischen dem 18. und 25. Altersjahr erhöht sich die Summe gemäss Abs. 1 lit. c um 25 Prozent des Betrages für den allgemeinen Lebensbedarf (§ 5 Abs. 2 PVG).

...

1.3 Als Grundlage für das anrechenbare Einkommen gilt das Reineinkommen gemäss dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (§ 7 Abs. 1 PVG). Dieses wird erhöht um 10 Prozent des Reinvermögens und um die Abzüge für den ausserordentlichen Liegenschaftsunterhalt. Beim Reinvermögen werden Freibeträge von 25'000 Franken bei allein stehenden Personen, 40'000 Franken bei Ehepaaren und 15'000 Franken je Kind abgezogen (§ 7 Abs. 2 PVG). Massgebend sind die Steuerwerte der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung (§ 8 Abs. 1 PVG). Fehlen Steuerwerte, so ist auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen (§ 8 Abs. 2 PVG). Gemäss § 14 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 11. Dezember 2007 (VVzPVG; SRSZ 361.111) wird auf die erzielten Einkommen im Vorjahr und den Stand des Vermögens per 1. Januar des massgebenden Jahres abgestellt, wenn keine rechtskräftige Steuerveranlagung vorhanden ist oder wenn diese mehr als drei Jahre alt ist.

Massgebend für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Jahres, in dem die Prämienverbilligung beansprucht wird (§ 12 Abs. 1 PVG). Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem 1. Januar des massgebenden Jahres werden erst im Folgejahr berücksichtigt (§ 15 Abs. 2 VVzPVG).

...

2. Die Vorinstanz ging im vorliegenden Fall gestützt auf die letzte rechtskräftige Veranlagungsverfügung 2006 vom 11. Mai 2007 (...) von einem Reineinkommen von Fr. 40'843.-- und einem Reinvermögen von Fr. 66'856.-- aus. Vernehmlassend führt die Vorinstanz aus, sie habe den Anspruch auf Prämienverbilligung gestützt auf diese letzte rechtskräftige Steuerveranlagung vorgenommen, weil diese nicht mehr als drei Jahre alt sei (§ 14 Abs. 1 VVzPVG).

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerdeschrift vor, gemäss Art. 65 Abs. 3 KVG müssten die aktuellsten Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden. Seine Einkommensverhältnisse hätten sich massiv verschlechtert gegenüber 2006, und auch das Reinvermögen sei gesunken. Da sämtliche steuerrelevanten Unterlagen und Zahlen aus dem Jahre 2007 (Steuererklärung 2007 sowie Lohnausweise 2007) vorliegen würden, sei kein Grund ersichtlich, nicht die aktuellsten Daten aus dem Jahr 2007 zu berücksichtigen.

3.1 Als Grundsatz muss festgehalten werden, dass für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung die Steuerwerte der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung massgebend sind (§ 8 Abs. 1 PVG). Nur wenn Steu-

B 3.1

erwerte fehlen, d.h. wenn keine rechtskräftige Steuerveranlagung vorhanden ist oder wenn diese mehr als drei Jahre alt ist, ist auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen (§ 8 Abs. 2 PVG i.V.m. § 14 Abs. 1 VVzPVG).

Das Verwaltungsgericht hat in einem Gesamtgerichtsentscheid (309/97) vom 23. April 1997 entschieden, das Abstellen auf die letzte rechtskräftige Steuerveranlagung sei dem Grundsatz nach nicht zu befehlen, die kategorische Nichtbeachtung veränderter Verhältnisse seit der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung zugrunde liegenden Bemessungsperiode jedoch verstosse gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 4 aBV (heute: Art. 8 BV) und gegen den Grundsatz der individuellen Prämienverbilligung bei Personen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen (Art. 65 Abs. 1 KVG). Die regierungsrätliche Vollzugsverordnung vom 16. Januar 1996 (durch die VVzPVG vom 11. Dezember 2007 abgelöst), welche die Veränderung wirtschaftlicher Verhältnisse nicht als Sonderfall aufführe, halte sich gemäss Auslegung der Delegationsnorm (§ 8 Abs. 2 lit. d PVG vom 6. September 1995, durch das PVG vom 19. September 2007 abgelöst) nicht an die vom Gesetzgeber aufgestellten Vorgaben und widerspreche somit dem PVG. Die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse seit der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung zugrunde liegenden Bemessungsperiode sei somit beim Vollzug der Prämienverbilligung als Sonderfall zu betrachten, bei welchem als anrechenbares Einkommen nicht die Steuerwerte der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung massgebend seien (Erw. 5a).

Weiter wird in VGE 309/97 ausgeführt, es seien verschiedene Systeme denkbar, mit welchen den veränderten Verhältnissen seit der letzten rechtskräftigen Steuererklärung ohne unverhältnismässigen Aufwand Rechnung getragen werden könne. So könne dem Versicherten die Möglichkeit eingeräumt werden, analog zur Lösung bei den Ergänzungsleistungen, eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse glaubhaft zu machen. Sollte sich aufgrund einer späteren Steuerveranlagung herausstellen, dass die glaubhaft gemachte Veränderung nicht den Tatsachen entspreche, könnten zu Unrecht ausbezahlte Leistungen gemäss § 15 PVG (bzw. § 19 des geltenden PVG) immer noch zurückgefordert werden. Eine Veränderung der Verhältnisse könne auch gestützt auf eine aktuelle Steuererklärung oder auf bestimmte Zwischenveranlagungsgründe mit entsprechenden Auswirkungen auf das Einkommen entweder von Amtes wegen oder auf Ansuchen des Versicherten hin in die Beurteilung miteinbezogen werden (Erw. 5c).

3.2 Am 1. Januar 2001 trat sodann der neue Absatz 3 von Art. 65 KVG in Kraft, wonach die Kantone dafür zu sorgen haben, dass bei der

Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden. Aus der Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des KVG geht hervor, dass diese neue Regelung insbesondere mit Blick auf diejenigen Kantone geschaffen wurde, welche eine zweijährige Steuerperiode kannten (zweijährige Vergangenheitsbemessung) und deshalb in vielen Fällen über keine aktuellen Steuerdaten als Bemessungsgrundlage verfügten. In Einzelfällen (Änderung des Zivilstandes, Geburt eines Kindes, Arbeitslosigkeit usw.) könne diese mangelnde Flexibilität zu einer nicht unerheblichen Benachteiligung der Betroffenen führen (BBl 1999, S. 844 f.). Es gehe bei Art. 65 Abs. 3 KVG vor allem um die Schaffung von Möglichkeiten, die bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder der Änderung der Familienverhältnisse von Versicherten eine Beurteilung der allfälligen Anspruchsberechtigung aufgrund der aktuellsten Bemessungsgrundlagen erlaube (BBl 1999, S. 830). Am 10. Dezember 2002 wurde die damals geltende VVzPVG mit § 6a Abs. 1, 3 und 4 ergänzt, welche Bestimmungen die Berücksichtigung von wesentlichen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse vorsahen.

Auch im aktuell geltenden PVG findet sich die Delegationsnorm, welche den Regierungsrat beauftragt, die Anspruchsberechtigung in Sonderfällen zu regeln (§ 5 Abs. 3 PVG). Besondere Ansprüche sieht die seit 1. Januar 2008 geltende VVzPVG insbesondere für quellenbesteuerte Personen (§ 6), Empfänger wirtschaftlicher Sozialhilfe (§ 7) sowie Fahrende (§ 8) vor. Der Fall des Versicherten, dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sich gegenüber der letzten rechtskräftigen Veranlagung reduziert hat, ist nicht mehr geregelt; § 6a Abs. 1, 3 und 4 aVVzPVG fanden keinen Eingang in die neue VVzPVG. Die Problematik hat sich insoweit etwas entschärft, als der Kanton Schwyz am 1. Januar 2001 vom System der zweijährigen Vergangenheitsbemessung auf dasjenige der einjährigen Gegenwartsbemessung übergegangen ist. Demnach wird für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung für das Jahr 2008 auf die rechtskräftige Steuerveranlagung 2006 abgestellt, deren Bemessungsgrundlage die Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Jahr 2006 bzw. am 31. Dezember 2006 sind (Art. 16 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 und 66 Abs. 1 des Steuerharmonisierungsgesetzes [StHG; SR 642.14]). Aus dem Protokoll der Sitzung des Kantonsrats vom 19. September 2007, Traktandum Nr. 6, ist nicht ersichtlich, ob es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, künftig veränderte Verhältnisse generell nicht zu berücksichtigen, sofern eine nicht mehr als drei Jahre alte Steuerveranlagung vorliegt. Gemäss Protokoll der Sitzung der kantonsrätlichen Kommission für Gesundheit und Soziale Sicherheit vom 18. Mai 2007 führte der Leiter der Abteilung „Übertragene Aufgaben“ der Ausgleichskasse auf

B 5.1

die Frage, was unter „aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen“ gemäss § 8 PVG zu verstehen sei, aus, für die Berechnung der Prämienverbilligung seien die Zahlen der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung massgebend. Würden noch keine Steuerzahlen vorliegen oder hätten sich die Verhältnisse inzwischen verändert, sei auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen, wobei die Gesuchsteller dies auszuweisen hätten. Weitere Bemerkungen auf diese Erklärung gehen aus dem Protokoll nicht hervor.

Ein politischer Wille des Gesetzgebers, seit der letzten Veranlagung veränderte finanzielle Verhältnisse künftig nicht mehr zu beachten, geht aus den Gesetzgebungsunterlagen nicht hervor. Vielmehr vertrat der Leiter der Abteilung „Übertragene Aufgaben“ den Standpunkt, dass veränderte Verhältnisse, wenn sie glaubhaft gemacht werden, auch künftig zu berücksichtigen seien. Da auf diese Erklärung keine weitere Wortmeldung zu § 8 PVG folgte, darf davon ausgegangen werden, dass die Mitglieder der Kommission für Gesundheit und Soziale Sicherheit diese Praxis befürworten. Es ist denn auch unklar, warum der Regierungsrat den Sonderfall der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse in der neuen VVzPVG ungeregelt gelassen hat. Im Übrigen ist auf die Ausführungen in VGE 309/97 vom 23. April 1997 zu verweisen. Es besteht kein Grund, unter dem neuen PVG von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Eine andere Beurteilung ist insbesondere vor dem Hintergrund des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) sowie des Grundsatzes der individuellen Prämienverbilligung bei Personen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen (Art. 65 Abs. 1 KVG) nicht am Platz.

(VGE I 2008 126 vom 30. Oktober 2008).

5. Kausalabgaben

5.1 Wasseranschlussgebühren

- *Gegen Einspracheentscheide des Genossenrates der Genossame X, welche die Wasserversorgung X führt, kann innert 20 Tagen Beschwerde beim Regierungsrat (und nicht beim Gemeinderat) erhoben werden.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. insbesondere die Zuständigkeit (vgl. § 27 Abs. 1 lit. a

VRP). Ist eine der Voraussetzungen von § 27 Abs. 1 VRP nicht gegeben, trifft das Gericht einen Nichteintretensentscheid (vgl. § 27 Abs. 2 VRP).

1.2 In der vorliegenden Beschwerdesache geht es um einen Einspracheentscheid der Genossame X vom 23. Januar 2008, welcher umstrittene Wasseranschlussgebühren und Erschliessungsbeiträge (sowie Bauwasserkosten) betrifft. In der Vernehmlassung wirft die Vorinstanz die Frage auf, ob das Verwaltungsgericht für die Behandlung der Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid funktionell zuständig sei, bzw. ob nicht der Gemeinderat erste Beschwerdeinstanz sei. Um diese Thematik auszuloten, wird zunächst die für das konkrete Baugrundstück massgebende Rechtsordnung bezüglich Wasseranschlussgebühren und Erschliessungsbeiträge skizziert.

1.3 Im kantonalen Planungs- und Baugesetz (PBG, SRSZ 400.100) wird in § 51 Abs. 1 PBG normiert, dass die Gemeinden für den Anschluss an die Ver- und Entsorgungsnetze der Gemeinde oder ihrer Anstalten einmalige Anschlussbeiträge oder Anschlussgebühren und für die Benützung wiederkehrende Betriebsgebühren erheben. Schuldpflicht, Voraussetzungen und Höhe der Abgaben sind in den Grundsätzen in einem Reglement festzulegen (vgl. § 51 Abs. 2 PBG).

Soweit die Versorgung mit Wasser oder Energie nicht durch die Gemeinde oder ihre Anstalten erfolgt, obliegt die Pflicht zur Groberschliessung dem betreffenden Versorgungswerk (z.B. öffentlich- oder privatrechtliche Wassergenossenschaft, Elektrizitätswerk, vgl. § 38 Abs. 3 PBG). In den Fällen von § 38 Abs. 3 PBG ist das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Versorgungswerk durch Konzession zu regeln. Die Konzession muss mindestens Bestimmungen enthalten über die Rechte zur Inanspruchnahme von Grundeigentum der Gemeinde für die Durchführung von Leitungen und die Erstellung von Anlagen, über das Tätigkeitsgebiet, die Leistungspflichten und die Grundsätze der Abgabenordnung des Konzessionärs sowie über die Dauer der Konzession oder das Kündigungsrecht (vgl. § 38 Abs. 4 PBG).

1.4 Die Gemeinde X hat an der Urnenabstimmung vom 6. Juni 1993 ein Reglement über die Erteilung von Wasserversorgungskonzessionen vom 4. März 1993 (nachfolgend: Wasserversorgungskonzessionsreglement, WVKonR) angenommen. Gemäss Art. 11.1 lit. a WVKonR ist die Wasserversorgung berechtigt, nach Massgabe ihrer Reglemente Beiträge und Gebühren für den Neuanschluss an die Wasserversorgung sowie für bauliche Erweiterungen, Umbauten und Nutzungsänderungen der angeschlossenen Grundstücke zu erheben. Die Grundsätze für die Bemessung der Beiträge und Gebühren sind in Art. 11.2 WVKonR enthalten. Nach

B 5.1

Art. 11.3 WVKonR sind Tarifpauschalen und Grundbeiträge, soweit zweckmässig, im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zulässig. Art. 11.4 WVKonR regelt die Fälligkeit der Beiträge und Gebühren. Art. 11.5 WVKonR normiert, wer für die einmaligen Beiträge nach Art. 11.1a WVKonR haftet. Gemäss Art. 14.1 WVKonR untersteht das Verhältnis zwischen Gemeinde und Wasserversorgung sowie das Verhältnis zwischen Wasserversorgung und Wasserbezüglern dem öffentlichen Recht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 14.2 WVKonR).

1.5 Mit Konzessionsvertrag vom 2. November 1993 erteilte die Gemeinde X der von der Genossame X geführten Wasserversorgung X die Konzession zur Wasserabgabe gemäss dem WVKonR vom 4. März 1993. Dieses kommunale Reglement bildet gemäss Art. 4 des Vertrages mit der Überschrift „Anwendbares Recht“ ausdrücklich Bestandteil des Konzessionsvertrages.

1.6 Die Genossame X hat gestützt auf den Konzessionsvertrag vom 2. November 1993 sowie dem WVKonR vom 4. März 1993 ein eigenes Wasserversorgungs-Reglement erlassen (nachfolgend: ReglWV). Gemäss Art. 1 und 2 ReglWV ist die Wasserversorgung der Genossame X (WV) ein Unternehmen der Genossame X, welches als Verwaltungsabteilung mit eigener Rechnung geführt wird. Dieses Reglement regelt den Bau, Betrieb und Unterhalt sowie die Finanzierung der Wasserversorgungsanlagen und die Beziehung zwischen der WV und den Abonnenten, soweit die Vorschriften des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde nichts Abweichendes enthalten.

Nach Art. 65 ReglWV haben die Eigentümer von Grundstücken, die an das Netz der Wasserversorgung angeschlossen werden, einen einmaligen Erschliessungsbeitrag pro m² Grundstücksfläche zu leisten. Massgebend für die Berechnung der Beiträge ist die im Grundbuch eingetragene Totalfläche eines Grundstückes. Gemäss Art. 66 ReglWV wird für den Anschluss an die WV und die Mitbenützung der Wasserversorgungsanlagen eine einmalige Anschlussgebühr erhoben. Die Höhe der einzelnen Beiträge und Gebühren sind in der separaten Tarifordnung im Anhang zum ReglWV geregelt. Die Tarifordnung ist integrierter Bestandteil dieses Reglements (vgl. Art. 68 Abs. 1 ReglWV). Die Tarifordnung wird durch die Genossengemeinde auf Antrag des Genossenrates festgesetzt und abgeändert (Art. 68 Abs. 2 ReglWV). Gemäss Art. 2 der Tarifordnung beträgt die Anschlussgebühr für Wohnbauten Fr. 10.-- pro SIA-m³ Gebäudevolumen. Für An-, Um- und Erweiterungsbauten, die bereits mit Wasser beliefert werden, wird nach Art. 3 Tarifordnung bis 100 SIA-m³ Gebäudevolumen keine Anschlussgebühr und für den diese Kubatur

übersteigenden Teil die Anschlussgebühr gemäss Art. 2 Tarifordnung erhoben. Die Wasserabgabe für zeitlich befristete Anschlüsse (Veranstaltungen, Bauwasser etc.) wird wie folgt verrechnet (vgl. Art. 8 Tarifordnung):

- Grundtaxe Fr. 100.--
- bei Messung durch Wassermesser Fr. 1.40 pro m³
- ohne Messung bei Neu- oder Erweiterungsbauten Fr. 0.20 pro SIA-m³

Was den Rechtsschutz anbelangt, normiert Art. 74 ReglWV, dass gegen Verfügungen der Wasserkommission innert 20 Tagen seit Zustellung beim Genossenrat schriftlich Einsprache erhoben werden kann. Gegen den Einspracheentscheid kann innert 20 Tagen beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden.

1.7 Wie in der vorinstanzlichen Vernehmlassung zutreffend darauf hingewiesen wurde, sind grundsätzlich nach § 45 Abs. 1 lit. c VRP i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a VRP (vgl. dazu EGV-SZ 1986, Nr. 5 Erw. 4a), aber auch nach Art. 74 ReglWV Beschlüsse des Genossenrats beim Regierungsrat anfechtbar, derweil im Entscheid VGE 704/97 vom 27. Juni 1997 (publ. in EGV-SZ 1997, Nr.5) unter anderem gestützt auf einen überarbeiteten, der Expertenkommission für die Revision des Gemeindeorganisationsgesetzes erstatteten und in EGV-SZ 1989 publizierten Bericht von August Mächler (Die Erfüllung von Gemeindeaufgaben durch ausgegliederte Verwaltungseinheiten, S. 153 ff.) der Standpunkt vertreten wurde, dass für Verfügungen einer privaten Wasserversorgungsanstalt der Gemeinderat als erste Beschwerdeinstanz fungiere (vgl. EGV-SZ 1997, S. 9 f.). Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es Gründe gibt, abweichend von Art. 74 ReglWV nicht den Regierungsrat, sondern den Gemeinderat als erste Beschwerdeinstanz für Einspracheentscheide des Genossenrates festzulegen (wobei dafür namentlich die Argumentation von August Mächler spräche, wonach der Beschwerdeweg prinzipiell der administrativen Aufsicht folge, vgl. EGV-SZ 1989, S. 169, Anmerkung 77). Allerdings trifft der Einwand in der vorinstanzlichen Vernehmlassung zu, wonach diesfalls der Adressat einer Verfügung der Wasserkommission X eine im Zusammenhang mit der Wasserversorgung umstrittene Abgabe zunächst durch Einsprache beim Genossenrat, dann durch Beschwerde an den Gemeinderat, anschliessend durch Beschwerde an den Regierungsrat sowie allenfalls (soweit die Regierung nicht von ihrer Sprungbeschwerdemöglichkeit nach § 52 VRP Gebrauch machen würde), durch Beschwerde ans Verwaltungsgericht überprüfen lassen könnte. Eine derartige Regelung des Rechtsmittelweges, welche von Art. 74 ReglWV abweichen würde, erweist sich als wenig zweckmässig und widerspricht verfahrensökonomischen Grundsätzen. Hinzu kommt insbe-

B 5.2

sondere aber auch, dass die Gemeinde X sowohl im Reglement über die Erteilung von Wasserversorgungskonzessionen vom 4. März 1993 (Art. 14.2), als auch im Konzessionsvertrag vom 2. November 1993 darauf verzichtet hat, bezüglich des Rechtsmittelweges eine ausdrückliche Regelung vorzuschreiben, nach welcher dem Gemeinderat die Funktion einer ersten Beschwerdeinstanz zukommt. Abgesehen davon ist das Verwaltungsgericht im Entscheid 706/00 vom 15. November 2000 (Prot. S. 399 ff., publ. in EGV-SZ 2000, Nr. 27) in einem ähnlichen Fall, in welchem die Adressaten einer Verfügung der Wasserversorgung X gegen den Einspracheentscheid des Genossenrates direkt Beschwerde beim Regierungsrat erhoben hatten, welche vom Regierungsrat als Sprungbeschwerde ans Verwaltungsgericht überwiesen wurde, auf die Beschwerde eingetreten, ohne dass vorgängig der Gemeinderat anzurufen gewesen wäre. Aus diesen Gründen ist die Regelung von Art. 74 Satz 2 RegiWV als zulässig zu beurteilen. Demnach bleibt es dabei, dass gegen Einspracheentscheide des Genossenrates innert 20 Tagen Beschwerde beim Regierungsrat erhoben werden kann. Dieses Ergebnis steht im Übrigen im Einklang mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in weiteren Fällen (vgl. VGE II 2007 23 vom 22. November 2007: direkte Beschwerde an den Regierungsrat gegen eine Verfügung der Wasserversorgungsgenossenschaft L.; VGE 708/06 vom 2. August 2006: direkte Beschwerde an den Regierungsrat gegen eine Verfügung der Korporation W. betreffend Wasseranschlussgebühren; VGE 708/03 vom 11. September 2003: direkte Beschwerde an den Regierungsrat gegen eine Verfügung der Wasserversorgungsgenossenschaft L. betreffend Wasseranschlussgebühren). Zusammenfassend ist auf die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Beschwerde einzutreten.

(VGE II 2008 8 vom 29. August 2008).

5.2 Wehrpflichtersatzabgabe

- *Abgabebefreiung eines Vollinvaliden, der auf den Bezug der Invalidenrente verzichtete.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Schweizer Bürger, die ihre Wehrpflicht nicht oder nur teilweise durch persönliche Dienstleistung (Militär- oder Zivildienst) erfüllen, haben einen Ersatz in Geld zu leisten (Art. 1 des Bundesgesetzes über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 12. Juni 1959 [WPEG; SR 661]).

...

1.2 Art. 4 WPEG nennt die Befreiungsgründe von der Ersatzpflicht. Demnach ist von der Ersatzpflicht u.a. befreit, wer im Ersatzjahr wegen erheblicher körperlicher, geistiger oder psychischer Behinderung ein taxpflichtiges Einkommen erzielt, das nach nochmaligem Abzug von Versicherungsleistungen gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. c sowie von behinderungsbedingten Lebensunterhaltskosten sein betriebsrechtliches Existenzminimum um nicht mehr als 100% übersteigt (Abs. 1 lit. a). Weiter ist von der Ersatzpflicht befreit, wer wegen einer erheblichen Behinderung als dienstuntauglich gilt sowie eine Rente oder eine Hilflosenentschädigung der Eidgenössischen Invalidenversicherung oder Unfallversicherung bezieht (Abs. 1 lit. a^{bis}) und wer wegen einer erheblichen Behinderung als dienstuntauglich gilt und keine Hilflosenentschädigung bezieht, aber dennoch eine der zwei mindestens erforderlichen Voraussetzungen für eine Hilflosenentschädigung erfüllt (Abs. 1 lit. a^{ter}). Weitere Befreiungsgründe werden in Art. 4 Abs. 1 lit. b – e sowie Abs. 2 – 3 genannt.

2.1 Der Beschwerdeführer leidet an einem angeborenen, schweren Herzfehler und wurde daher als dienstuntauglich erklärt. Seit 1. August 2005 bezieht er bei einem Invaliditätsgrad von 96% eine ganze Rente der Invalidenversicherung. Die IV-Stelle Schwyz führt in der Verfügung vom 8. August 2007 zudem aus, der Beschwerdeführer hätte bereits ab dem 18. Altersjahr Anspruch auf eine Invalidenrente gehabt, da aber die Anmeldung erst am 22. August 2006 eingereicht worden sei, könne die Rente frühestens ab 1. August 2005 ausgerichtet werden ...

2.2 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass für das Jahr 2004 nach dem Wortlaut des vorliegend in Frage stehenden Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG kein Befreiungsgrund vorliegt, da er im Jahr 2004 noch keine Invalidenrente bezogen hat. Er bringt aber vor, es handle sich um eine Ausnahmesituation, die es gebiete, die gesetzlichen Bestimmungen abweichend von ihrem Wortlaut auszulegen. Begründet wird diese Auffassung damit, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem 18. Altersjahr eine Invalidenrente hätte beziehen können, dies aber nicht tat, da sein Vater bestimmender Gesellschafter der Firma X. AG war und ihm eine Anstellung bei dieser Firma ermöglichte. Nachdem der Vater des Beschwerdeführers am 31. Dezember 2003 verstorben sei, seien die Aktien der X. AG seinen Geschäftspartnern verkauft worden. Der Beschwerdeführer habe seine Stelle bei der X. AG verloren und versucht, andernorts eine Stelle zu finden, was ihm aber nicht gelang. So habe er sich gezwungen gesehen, am 21. August 2006 die Ausrichtung einer Invalidenrente zu beantragen. Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG sei es, jene Personen von der Ersatzpflicht zu befreien, die wegen einer

B 5.2

erheblichen Behinderung unverschuldet keinen Dienst leisten können, was beim Beschwerdeführer der Fall sei.

Zudem würden mit der angefochtenen Verfügung ausgerechnet noch die Versicherungsleistungen als Berechnungsgrundlage beigezogen, die der Beschwerdeführer wegen des Todes seines Vaters erhalten habe. Dieser Vermögensanfall stelle aber die Vorsorge des Beschwerdeführers sicher.

2.3 Dieser Sachverhalt wird durch die Vorinstanz nicht in Frage gestellt. Es wird mithin nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer seit seinem 18. Altersjahr eine volle Invalidenrente hätte beziehen können. ... Sodann ist nicht streitig, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2004 ein ausserordentlich hohes taxpflichtiges Einkommen erzielte und dieses Einkommen – kann der Beschwerdeführer nicht von der Ersatzpflicht befreit werden – grundsätzlich Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Ersatzabgabe bildet. ...

3. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer für des Jahr 2004 von der Ersatzpflicht befreit werden kann.

Das taxpflichtige Einkommen des Beschwerdeführers beträgt im Jahr 2004 Fr. ..., weshalb eine Befreiung nach Art. 4 Abs. 1 lit. a WPEG ausser Betracht fällt. Auch wird vom Beschwerdeführer nicht behauptet, keine Hilflosenentschädigung zu beziehen, aber dennoch eine der zwei mindestens erforderlichen Voraussetzungen für eine Hilflosenentschädigung zu erfüllen (Art. 4 Abs. 1 lit. a^{ter} WPEG). Diese beiden Befreiungsgründe werden vom Beschwerdeführer denn auch nicht geltend gemacht. Vielmehr ist er der Ansicht, dem vorliegenden Fall könne man nur mittels extensiver, teleologischer Auslegung von Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG gerecht werden.

4.1 Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Bundesgesetze und Völkerrecht sind aber auszulegen; sie gelten und sind im Sinn von Art. 190 BV massgebend entsprechend ihrer zutreffenden Interpretation (wobei Art. 190 keine Aussage über die Auslegungsmethode zu entnehmen ist). Dazu gehören die Auslegung und Lückenfüllung in Ausrichtung auf höherrangige Normen. Auch Bundesgesetze sind verfassungs- und völkerrechtskonform auszulegen (Yvo Hangartner in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 21 zu Art. 190).

4.2.1 Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG ist von der Ersatzpflicht befreit, wer wegen einer erheblichen Behinderung als dienstuntauglich gilt sowie eine Rente oder eine Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung oder Unfallversicherung bezieht. Demnach wird bei Dienstuntauglichen in erster Linie darauf abgestellt, ob sie eine Invalidenrente oder Hilflosenentschädigung beziehen. Ist dies nicht der Fall, werden sie von der Wehrpflichtersatzabgabe nur dann befreit, wenn ihr taxpflichtiges Einkommen die mit lit. a des genannten Artikels gesetzte Grenze nicht erreicht. Aus welchen Gründen eine Person keine Invalidenrente oder Hilflosenentschädigung bezieht, spielt dabei grundsätzlich keine Rolle.

4.2.2 Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG wurde mit der Revision des Bundesgesetzes über den Militärpflichtersatz vom 17. Juni 1994 (AS 1994 2777) eingefügt. Der Revision lag insbesondere die Standesinitiative des Kantons Jura vom 19. September 1990 zugrunde, welche die generelle Abschaffung des Militärpflichtersatzes für körperlich und geistig behinderte Personen verlangte. Der Bundesrat stellte sich gegen eine generelle Befreiung und hielt in seiner Botschaft (BBl 1993 II 730) u.a. Folgendes fest:

Bei allem Verständnis für dieses Anliegen darf nicht ausser acht gelassen werden, dass der Behinderte Glied unserer Gemeinschaft ist und demzufolge auch die Ersatzleistung zu entrichten hat, wenn er sich in guten wirtschaftlichen Verhältnissen befindet.

Die geltende Ordnung [Art. 4 Abs. 1 lit. a] stellt zu Recht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Behinderten als Massstab für die Ersatzbefreiung in den Mittelpunkt. Mit diesem Vorgehen wird nicht zuletzt erreicht, dass auch Behinderte, die nicht in den Genuss einer Invalidenrente kommen (z.B. nach bezahlter Umschulung), befreit werden können. Dies wäre aber nicht mehr der Fall, wenn man auf die Invalidenrente abstellen würde. ...

Im Laufe des Vernehmlassungsverfahrens wurden ebenfalls andere Kriterien als das Abstellen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geprüft, um den Anliegen der Behinderten Rechnung tragen zu können. Leider konnte in der Folge keine dieser andern Varianten berücksichtigt werden. Verworfen wurde zum Beispiel der Vorschlag, ersatzfrei sei, wer wegen körperlicher oder geistiger Behinderung für Militärdienst und Zivilschutz als untauglich befunden werde. Dadurch würde zum einen der Kreis der Ersatzbefreiten eingeschränkt, weil nach geltendem Recht jeder Arbeitsfähige grundsätzlich als schutzdiensttauglich gilt. Zum andern wird die Militärdiensttauglichkeit in der Regel viel früher als die Zivilschutztauglichkeit festgestellt. ...

Man kommt deshalb nach erneuter eingehender Prüfung nicht darum herum, sich dem Grundsatz nach hinter die geltende Regelung zu stellen. ...

B 5.2

Das Parlament war mit dem Entwurf des Bundesrates nicht einverstanden und ergänzte diesen auf Antrag der ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit mit dem heute geltenden lit. a^{bis}. In den Debatten zu Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG ging es in erster Linie um die Frage, welcher Gerechtigkeitsauffassung zum Durchbruch verholfen werden soll: Bundesrat Stich als Vertreter der bundesrätlichen Vorlage vertrat die Ansicht, solange auf das Milizsystem abgestellt werde, müssten diejenigen, die keinen Wehrdienst leisten oder leisten können, im Interesse einer rechtsgleichen Behandlung zu einer Ersatzabgabe verpflichtet werden (AB SR 1993, S. 776). Auch Ständerat Loretan (Berichtersteller), der den Antrag der Kommissionmehrheit vertrat, brachte das Gerechtigkeitsargument vor und zitierte die Vertreter der Behindertenorganisationen wie folgt:

„Die Befreiung vom Militärpflichtersatz ist ein altes Anliegen der Behinderten, da wir es als krasse Ungerechtigkeit empfinden, dass das Militär uns zwar nicht will, wir aber für diese Ablehnung auch noch ersatzpflichtig erklärt werden“ (AB SR 1993, S. 775).

Aus der abschliessenden Wortmeldung von SR Loretan geht u.a. Folgendes hervor (AB SR 1993, S. 782):

Man kann auch hier versuchen, mit Logik zu operieren, indem man sagt: Wenn der Staat für die Abgeltung einer Leistung, die jemand als Naturalleistung nicht erbringen kann, eine Ersatzleistung in Form von Geld fordert, ist es doch unlogisch, wenn derselbe Staat durch eine Rentenverfügung die Unfähigkeit zur Erbringung der Naturalleistung infolge einer Behinderung bestätigt.

Mit Schlussabstimmung vom 17. Juni 1994 wurde der neue Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG sodann von National- und Ständerat angenommen.

4.2.3 Die Materialien lassen erkennen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, Personen mit einem rentenbegründenden Invaliditätsgrad (mindestens 40%) von der Wehrpflichtersatzabgabe zu befreien, wobei das Vorliegen dieses Befreiungstatbestandes anhand der Rentenverfügung der Invalidenversicherung festgestellt werden soll. Die mit Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG getroffene Regelung ist praktikabel und verfahrensökonomisch sinnvoll. Die Rentenverfügung der Invalidenversicherung, der umfassende medizinische Abklärungen und die Beurteilung des Rentenanspruches aus juristischer Sicht zu Grunde liegen, stellt ein taugliches Anknüpfungsobjekt dar, auf das die Verwaltung der Wehrpflichtersatzabgabe zweifellos angewiesen ist, würde doch eine separate Invaliditätsbeurteilung durch diese Behörde nicht nur einen unverhält-

nismässig grossen Aufwand verursachen, sondern auch die einheitliche Beurteilung gefährden.

4.3.1 Der Beschwerdeführer wurde unstreitig als seit dem 1. August 1999 zu 96% invalid erklärt und hätte ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung gehabt, auf die er aber aufgrund des durch seinen Vater bereitgestellten Arbeitsplatzes bei der Firma X. AG verzichtete. Aus der Mitteilung des Beschlusses der IV-Stelle an das Kreiskommando Schwyz vom 12. Juni 2007 ist klar ersichtlich, dass der Beschwerdeführer seit 1. August 1999 zu 96% invalid ist.

4.3.2 Diese aussergewöhnliche Fallkonstellation wurde im National- und Ständerat – soweit ersichtlich – nicht explizit diskutiert. Es darf damit nicht davon ausgegangen werden, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, eine gemäss Invalidenversicherung mindestens 40% invalide Person, die auf ihren Rentenanspruch verzichtet, *nicht* von der Ersatzabgabe zu befreien. Im diesbezüglichen Nichtssagen des Gesetzes ist mithin kein qualifiziertes Schweigen zu sehen. Der Gesetzgeber hat diese sich zugegebenermassen nur in seltenen Fällen stellende Frage offenbar nicht bedacht und folglich nur scheinbar eine Regelung getroffen, in Wirklichkeit fehlt es an einer Regel. Aus den noch aufzuzeigenden Gründen liegt es im öffentlichen Interesse sowie im Interesse der Gerechtigkeit, den Befreiungsgrund von Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG auch auf den vorliegenden, speziell gelagerten Fall anzuwenden. Ob dies im Rahmen der Auslegung dieses Artikels oder im Sinne einer Lückenfüllung erfolgt, ist vorliegend nicht von praktischer Bedeutung und kann dahingestellt bleiben.

4.3.3 Auszugehen ist dabei vom *Sinn und Zweck* der mit Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG geschaffenen Regelung, die darin besteht, zum Bezug einer Invalidenrente berechnete Personen von der Wehrpflichtersatzabgabe zu befreien. Dass dieses Bestreben mittels Anknüpfung an eine rentenbegründende Verfügung der Invalidenversicherung bzw. an den Bezug einer Rente in praktikabler Weise umgesetzt worden ist, ist bereits dargelegt worden (oben Erw. 4.2.3). Zudem ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass es nicht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entspricht, auf eine Invalidenrente verzichtende Personen *nicht* von der Ersatzpflicht zu befreien.

Um dem vorliegenden Fall gerecht zu werden, sind folgende Besonderheiten zu berücksichtigen: Die IV-Stelle hielt gegenüber dem Kreiskommando Schwyz ausdrücklich fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund eines Invaliditätsgrades von 96% seit dem 1. August 1999 Anspruch auf eine Invalidenrente gehabt hätte. Der Sachverhalt ist somit eindeutig

B 5.2

erhoben. Der grundsätzliche Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente seit 1. August 1999 wird von der Vorinstanz denn auch nicht bestritten. Aus diesem Grund bedarf es i.c. keines Beweises der Rentenberechtigung in der Form eines Rentenbezugs. Es ist kein Grund ersichtlich, der eine von Renten*bezügern* abweichende Behandlung des Beschwerdeführers rechtfertigen könnte. Vielmehr handelt es sich mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 1 lit. a^{bis} WPEG um denselben Sachverhalt. Den Beschwerdeführer anders zu behandeln als einen Rentenbezüger würde dem *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 BV) widersprechen und wäre nicht nur sachlich nicht begründbar, sondern gar stossend und ungerecht, ist doch der Beschwerdeführer der Invalidenversicherung dank dem Engagement seines Vaters während Jahren nicht zur Last gefallen. Dieses sozialpolitisch wünschenswerte Verhalten steht im *öffentlichen Interesse* (Art. 5 Abs. 2 BV) und darf nun nicht mit der Auferlegung einer Wehrpflichtersatzabgabe bestraft werden, von der der Beschwerdeführer im Falle der Beanspruchung der Invalidenrente klarerweise befreit worden wäre. Eine Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Leistung der Wehrpflichtersatzabgabe ist offensichtlich unhaltbar, widerspricht in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden und verletzt damit auch das bundesverfassungsrechtlich verankerte *Willkürverbot* (Art. 9 BV) Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer im Ersatzjahr 2004 aufgrund des Todes seines Vaters ein Sondereinkommen in der Höhe von Fr. ... (Kapitalleistungen) zu verzeichnen hatte und die Ersatzabgabe ihn in diesem Jahr deshalb besonders hart treffen würde (sie beträgt Fr. ... und liegt damit weit über seinem der direkten Bundessteuer unterliegenden Einkommen), akzentuiert die Ungerechtigkeit der Erhebung einer Wehrpflichtersatzabgabe im vorliegenden Fall, kann aber für den Entscheid keine Rolle spielen. Wohl hat die ausserordentliche Höhe der Ersatzabgabe 2004 den Beschwerdeführer dazu veranlasst, sich zur Wehr zu setzen.

Aus all diesen Gründen rechtfertigt sich vorliegend eine Befreiung des Beschwerdeführers von der Ersatzabgabepflicht für das Ersatzjahr 2004. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt sich die Zustellung der vorinstanzlichen Akten an den Beschwerdeführer.

(VGE II 2008 40 vom 20. November 2008).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Initiativrecht

- *Ein Initiativbegehren auf ersatzlose Streichung einer im Erschliessungsplan enthaltenen Groberschliessungsstrasse widerspricht der Erschliessungsplanpflicht (§ 15 Abs. 1 PBG) sowie der in § 23 PBG umschriebenen Zweckbestimmung des Erschliessungsplanes und ist unzulässig. Ein solches Initiativbegehren kann nicht in eine allgemeine Anregung uminterpretiert werden.*

Aus den Erwägungen:

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

3.2 Die Initiativbegehren sind dem Gemeinderat schriftlich einzureichen (§ 8 Abs. 1 erster Satz GOG). 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.

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).

4. Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat das Initiativbegehren - wie bereits erwähnt - als mit dem übergeordneten Recht nicht vereinbar beurteilt.

B 7.1

4.1 Rechtlich möglich ist eine Initiative nur, wenn sie nicht gegen übergeordnetes Recht und dessen Sinn und Geist verstösst (vgl. VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 3.5.1, publ. in EGV-SZ 2006, Nr. B 7.1; Friedrich Huwyler, Das Recht der Volksinitiative in den Bezirken und Gemeinden des Kantons Schwyz, publ. in EGV-SZ 1986, S. 157 ff., 163; vgl. auch Peter Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, in: ZBI 1990, S. 378 ff., v.a. S. 400, wonach Initiativen auch vereinbar sein müssen mit Verpflichtungen, welche die Gemeinde gegenüber andern Gemeinden oder gegenüber Dritten eingegangen ist).

Die Prüfung der materiellen Gültigkeit einer Initiative und mithin die Überprüfung der Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht bezweckt - wie in der Beschwerdeschrift zutreffend darauf hingewiesen wurde - den Leerlauf zu vermeiden, der in der Behandlung unzulässiger Initiativen durch die in der Sache zuständigen Gemeindeorgane liegen würde. Es soll vermieden werden, dass die Gemeindeversammlung zu einem Beschluss aufgerufen wird, der anschliessend auf dem Weg der Kassationsbeschwerde gemäss § 95 GOG bzw. einer Stimmrechtsbeschwerde postwendend wiederum als rechtswidrig aufgehoben würde. Die Prüfung durch den Gemeinderat soll allerdings nur als grobmaschiges Sieb wirken, das lediglich jene Initiativen von der Volksabstimmung ausnimmt, die eindeutig unzulässig sind, derweil in Zweifelsfällen die Initiative eher dem Volk zu unterbreiten sei (in dubio pro populo, vgl. VGE 505/94 vom 20. April 1994, publ. in EGV-SZ 1994, Nr. 13, S. 36 f.). Eine Initiative ist dann nicht rechtswidrig und ungültig, wenn eine gesetzeskonforme Auslegung möglich ist (vgl. VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 3.5.1 mit weiteren Ausführungen, siehe EGV-SZ 2006, S. 149).

4.2.1 Zunächst ist festzuhalten, dass ein Initiativbegehren im Planungsbereich nur als allgemeine Anregung möglich ist (vgl. VGE III 2007 24 vom 22. März 2007, Erw. 5.2, in EGV-SZ 2007, Nr. 7.1, mit Verweis auf Gander, a.a.O., S. 401 und Fussnote 106; vgl. auch EGV-SZ 2006, Nr. B 7.1, S. 148, Erw. 3.3.2 und EGV-SZ 1998, S. 36, lit. c in fine).

4.2.2 Das vorliegende Initiativbegehren ist nicht als allgemeine Anregung formuliert, da der Initiant konkret fordert, dass eine genau bezeichnete Strasse, und zwar der ...weg, im Erschliessungsplan als Groberschliessungsstrasse und auch im Erschliessungsreglement zu streichen sei.

4.3.1 Im Anschluss daran stellt sich an sich die Frage, ob und inwiefern es möglich und geboten wäre, das vorliegende Initiativbegehren so auszulegen, dass es als allgemeine Anregung entgegen genommen werden könnte. Dazu drängen sich folgende Bemerkungen auf.

4.3.2 Das Verwaltungsgericht hat im Entscheid 889/97 vom 18. September 1998, im Zusammenhang mit einem Initiativbegehren um Erlass eines Erschliessungsplanes mit dem Inhalt, dass eine bestimmte Strasse als Groberschliessungsstrasse zu bezeichnen sei, detailliert dargelegt, in welchem Umfange Initiativbegehren bezüglich Erschliessungsplaninhalte in Frage kommen und als zulässig zu betrachten sind. Gemäss dieser in EGV-SZ 1998 Nr. 11 (S. 36) publizierte Rechtsprechung können Erschliessungspläne betreffende Initiativbegehren grundsätzlich entweder die Groberschliessung von konkret umschriebenem Bauland oder die Etappierung der Groberschliessung für bestimmte Bauzonen oder die Bewilligung der Ausgaben für bestimmte Etappen des Ausbauprogramms zum Gegenstand haben. Letztlich geht es aber bei solchen als zulässig erachteten Initiativbegehren immer um die *Herbeiführung der Baureife* (bzw. allenfalls der Verbesserung der Baureife) für bestimmte, in der Bauzone gelegene Grundstücke.

Dem widerspricht ein Initiativbegehren, welches einzig die Streichung einer im geltenden Erschliessungsplan enthaltenen Groberschliessungsstrasse zum Zweck hat. Im Sinne der dargelegten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist es nicht zulässig, mit einem Initiativbegehren im Erschliessungsplanbereich die ersatzlose Streichung einer bereits genehmigten Groberschliessungsstrasse zu beantragen, denn dies würde darauf hinauslaufen, dass die im geltenden Erschliessungsplan durch eine bestimmte Groberschliessungsstrasse vorgesehene Baureife nachträglich widerrufen würde. Mit anderen Worten ist es mit einem (als allgemeine Anregung formulierten) Initiativbegehren, welches den Inhalt eines Erschliessungsplans betrifft, lediglich möglich, für ein bestimmtes Baugebiet die Baureife „mit einem zusätzlichen Element“ herbeizuführen (und mithin ein „*Mehr*“ zu schaffen), nicht aber, dass eine bereits durch eine genehmigte Groberschliessungsstrasse herbeigeführte Baureife wieder rückgängig gemacht und dadurch ein „*Minus*“ geschaffen würde. Ein solches Initiativbegehren zur ersatzlosen Streichung einer in einer Volksabstimmung angenommenen und vom Regierungsrat genehmigten Groberschliessungsstrasse erweist sich zum vornherein als unzulässig, weil es dem Zweck des Erschliessungsplans - die Herbeiführung der Baureife - diametral widerspricht (vgl. zum Instrument der Erschliessungsplanung insbesondere die §§ 22 und 23 PBG sowie EGV-SZ 1998, Nr. 11, Erw. 5a – 5c). ...

4.4 Nach diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass ein Initiativbegehren auf ersatzlose Streichung einer im Erschliessungsplan enthaltenen Groberschliessungsstrasse der Erschliessungsplanpflicht (§ 15 Abs. 1 PBG) und der in § 23 PBG umschriebenen Zweckbestimmung des Erschliessungsplans widerspricht und unzulässig ist. Bei dieser Sachlage

B 8.1

wäre es weder geboten noch möglich, das vorliegende Initiativbegehren auf Streichung einer konkret bezeichneten Groberschliessungsstrasse in eine allgemeine Anregung umzuinterpretieren, zumal der Beschwerdeführer weder im Initiativbegehren noch im Verfahren vor Verwaltungsgericht substantiiert vorbrachte, wie der Erschliessungsplan (abgesehen von der Streichung) im betreffenden Bereich umzugestalten wäre. Diese Thematik braucht indessen nicht abschliessend behandelt zu werden, weil noch weitere Aspekte die Ungültigerklärung der Initiative untermauern, wie nachfolgend dargelegt wird.

4.5 Für den Standpunkt des Gemeinderates und gegen die Argumentation des Beschwerdeführers sprechen auch folgende Gründe. Zunächst steht der Grundsatz der Planbeständigkeit einer Streichung der erwähnten Groberschliessungsstrasse im Wege. Je neuer ein Plan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, um so gewichtiger müssen die Gründe sein, welche für die Planänderung sprechen (vgl. Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., N. 437, S. 120, mit Verweis auf BGE 113 Ia 455). Nachdem der aktuell in der Gemeinde ... geltende Erschliessungsplan vor noch nicht langer Zeit am 16. März 2004 genehmigt wurde, ist dem Gebot der Planbeständigkeit mehr Gewicht beizumessen als der Absicht des Beschwerdeführers, welcher mit seinem Initiativbegehren vom 5. Februar 2008 den Urnenabstimmungsentscheid vom 7. Dezember 2003 und das Resultat des bundesgerichtlichen Verfahrens 1A.123/2003 (mit Urteil vom 7. Juni 2004) nachträglich abzuändern versucht. ...

5. Aus all diesen Gründen ist der Gemeinderat zu Recht auf das Initiativbegehren vom 5. Februar 2008 nicht eingetreten.
(VGE III 2008 79 vom 17. Juni 2008).

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

8.1 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren

- *Prüfungsgegenstand (Erw. 2.1).*
- *Vorsorgliche Massnahmen (Erw. 2.2, 2.3).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Liegt eine formelle Baurechtswidrigkeit vor, ist ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, in welchem zu prüfen ist, ob die formelle Widerrechtlichkeit durch die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung beseitigt werden kann (vgl. VGE 586+595/93 vom 29. September 1993, Erw. 4c mit Hinweis auf Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984, S. 62 f.). Zum nachträglichen Baubewilligungsverfahren gehört auch die Prüfung einer nachträglichen Ausnahmegewilligung. Als nachträgliche Ausnahmegründe können grundsätzlich jedoch nur jene Gründe berücksichtigt werden, die auch vor der Erstellung der Baute hätten vorgebracht werden können. Wirtschaftliche Schwierigkeiten, die der Bauwillige selbst zu vertreten hat, bilden keinen nachträglichen Ausnahmegrund (Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss., Zürich 1999, S. 140 f.; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 30 Rz 53). Nicht mehr Bestandteil des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens, wohl aber der Sachverfügung, welche sich von der Vollstreckungsverfügung abgrenzt, sind die Wiederherstellungsmassnahmen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., Vorbem. zu §§ 29-31 Rz 4; § 30 Rz 52-58). Ist die formell widerrechtlich erstellte Baute weder ordentlich noch ausnahmsweise bewilligungsfähig, stellt sich nämlich die Frage, wie der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Vollstreckungsrechtliche Anordnungen können - wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist - mit der Sachverfügung (sog. unselbständige Vollstreckungsverfügungen) oder später selbständig ergehen. Die Sachverfügung ist alsdann vollstreckbar, wenn sie in Rechtskraft erwachsen ist oder den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung zukommt oder die aufschiebende Wirkung entzogen wurde (§ 76 VRP).

2.2. Während des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens stellt sich die Frage, ob im Sinne von vorsorglichen Massnahmen des öffentlichen Baurechts eine Baueinstellung und/oder ein Nutzungsverbot anzuordnen sind. Vorsorgliche Massnahmen wurden in casu nicht verfügt. Sollte sich indes aufgrund einer summarischen Prüfung herausstellen, dass ein Nutzungsverbot schon von Anfang an oder zumindest während des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens angezeigt gewesen wäre, so ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung als Grundsatz umsommer gerechtfertigt. Im Ergebnis zeigt er damit die gleiche Wirkung wie die vorsorgliche Massnahme.

2.3.1 Vorsorgliche Massnahmen bezwecken einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz. Es sollen während der Dauer des Verfahrens

B 8.1

keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden, welche den angestrebten Rechtsschutz illusorisch machen. Vorsorgliche Massnahmen können jederzeit abgeändert oder in Wiedererwägung gezogen werden, insbesondere wenn sich die Umstände massgeblich geändert haben. Die Abänderbarkeit gilt auch hinsichtlich abgelehnter vorsorglicher Massnahmen (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Bern, Bern 1997, N 23 f. zu Art. 27; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 29 zu § 6). Vorsorgliche Massnahmen können jedoch nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstandes liegen. Mehr als im Hauptprozess - d.h. definitiv - zu erreichen ist, kann nicht vorsorglich erwirkt werden (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N 1 zu Art. 27; EGV-SZ 2001, B. 8.4, S. 108 f.). Hervorzuheben ist, dass vorsorgliche Massnahmen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruhen (vgl. BGE 127 II 138, mit Hinweis).

2.3.2 Baueinstellungen und Nutzungsverbote als vorsorgliche Massnahmen des öffentlichen Baurechts sollen vollendete Tatsachen verhindern (Urs Beeler, a.a.O., S. 55) und künftige Vollstreckungen erleichtern (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, S. 551). Die rasche und umfassende Durchsetzung der Rechtsordnung steht mithin im Vordergrund (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss., Zürich 1991, S. 331), wozu auch Gleichheitsgebot und Bewilligungszwang zählen (Ruoss Fierz, a.a.o., S. 94; Beeler, a.a.O., S. 55). Die Baueinstellung ist als vorsorgliche Massnahme angezeigt, solange Bauarbeiten im Gange sind, während das Nutzungsverbot entweder eine bestehende rechtswidrige Nutzung unterbinden oder nach Abschluss der Bauarbeiten die Aufnahme einer rechtswidrigen Nutzung verhindern soll (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 95).

2.3.3 Für den Erlass einer Baueinstellung oder eines Nutzungsverbotes genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine formelle Baurechtswidrigkeit vorliegen (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 98; Beeler, a.a.O., S. 56 f.). Ob eine solche vorsorgliche Massnahme angeordnet wird, liegt nicht im Belieben der Behörde. Vielmehr ist nach pflichtgemäsem Ermessen zu handeln. Nicht bewilligte Arbeiten sind regelmässig zu unterbinden (Beeler, a.a.O., S. 58). Es besteht eine grundsätzliche Verpflichtung der Behörde, bei Erfüllung der Voraussetzungen vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 96; Mäder, a.a.O., S. 332; Zimmerlin, a.a.O., S. 551).

2.3.4 Baueinstellung und Nutzungsverbot müssen sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, dem öffentlichen Interesse dienen, verhält-

nismässig sein und zum widerrechtlichen Bauvorgang in einem Sachzusammenhang stehen (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 97 ff.). Hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage ist auf § 87 Abs. 1 PBG zu verweisen. Darnach verfügt die Bewilligungsbehörde die Einstellung von Bauarbeiten, die der erteilten Bewilligung widersprechen oder ohne Bewilligung in Angriff genommen worden sind. Die Möglichkeit, ein Nutzungsverbot bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Zulässigkeit einer Baute oder Zweckänderung zu verfügen, wird zwar im kantonalen Baurecht nicht ausdrücklich statuiert. Diese Möglichkeit ergibt sich indessen nach der Rechtsprechung aus Art. 22 Abs. 1 RPG und § 85 PBG, wonach Bauten und Anlagen erst nach Erteilung einer Baubewilligung errichtet werden dürfen; aus der Bewilligungspflicht folgt auch das Recht der Bewilligungsbehörde, Arbeiten einstellen zu lassen, die ohne oder in Abweichung von einer Bewilligung errichtet wurden, und bewilligungspflichtige Nutzungsänderungen zu verbieten, bis über ihre Bewilligungsfähigkeit entschieden ist (vgl. VGE 1050/98 vom 22. Oktober 1998, Erw. 3c; VGE 1036/97 vom 24. Oktober 1997, Erw. 4a mit Hinweis auf Beeler, a.a.O., S. 58).

2.3.5 Das öffentliche Interesse an einer Baueinstellung oder eines Nutzungsverbotes liegt primär in der Beseitigung der Störung der öffentlichen Ordnung, in der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller Bürger und in der Erhaltung der Glaubwürdigkeit der Verwaltung (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 100). Das Verhältnismässigkeitsgebot verlangt, dass die vorsorgliche Massnahme geeignet und erforderlich ist. Nach Beendigung der Bauarbeiten ist eine Baueinstellung im Gegensatz zum Nutzungsverbot beispielsweise nicht mehr geeignet. Das Kriterium der Erforderlichkeit wiederum kann eine bloss partielle vorsorgliche Massnahme gebieten, so wenn zum Beispiel der Umfang der Baurechtswidrigkeit sofort ersichtlich oder feststellbar ist (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 101). Das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffsverwaltung erfordert, dass beim Erlass jeder vorsorglichen Massnahme die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der formellen und/oder materiellen Bauordnung summarisch gegen die privaten Interessen am gegenwärtigen Zustand abgewogen werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Auch wenn den öffentlichen Interessen in der Regel ein höheres Gewicht beizumessen ist, zumal wenn der Anschein einer materiellen Baurechtswidrigkeit festgestellt wird und Gefahren für Personen und die Umwelt bestehen, sind in jedem Einzelfall die konkreten Umstände zu berücksichtigen. So wäre eine Baueinstellung oder ein Nutzungsverbot unverhältnismässig, wenn die Behebung einer geringfügigen Abweichung nach der Bauvollendung den Bauherrn weniger trifft als eine Baueinstellung, oder wenn die materielle Legalität einer blossen Nutzungsänderung eindeutig feststeht (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 103). Im Weiteren ist das subjektive Verhalten

B 8.2

des Bauherrn bei der Gewichtung der Interessen nicht völlig ausser Acht zu lassen (vgl. VGE 1035/02 vom 25. November 2002, Erw. 3b). Wenn ein Bauherr bösgläubig gegen die Bewilligungspflicht verstossen oder nur deshalb keine Bewilligung eingeholt hat, um schnelle Gewinne zu machen, ist es gerechtfertigt, den privaten Interessen grundsätzlich weniger Gewicht beizumessen (vgl. VGE 1048+1049/02 vom 30. Januar 2003, Erw. 2c, mit Hinweisen, u.a. auf Ruoss Fierz, a.a.O., S. 103).

(Zwischenbescheid III 2008 86 vom 24. April 2008).

8.2 Erschliessung

- *Suspensivbedingte Baubewilligung bei (noch) ungenügender Erschliessung (§§ 37, 53 PBG).*

Aus den Erwägungen:

3.3 Baugesuchsteller, deren Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen genügen, haben grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten, unbedingten und unbelasteten Baubewilligung (vgl. Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 264, mit Verweis auf BVR 1992, S. 311). Nach der Rechtsprechung kann eine Behörde statt einer Bauverweigerung eine mit Bedingungen oder Auflagen versehene positive Verfügung erlassen (vgl. VGE 1034/98 vom 26. Februar 1999, Erw. 4b, Prot. S. 230 mit Hinweisen auf René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband 1990, Nr. 39, B.I.; PVG 1988, Nr. 20). Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei der Suspensivbedingung tritt die Rechtswirksamkeit der Verfügung erst ein, wenn die Bedingung erfüllt ist. Bei der Resolutivbedingung endet die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit Eintritt der Bedingung (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 724 f.). Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Von der Bedingung unterscheidet sie sich dadurch, dass die Rechtswirksamkeit der Verfügung nicht davon abhängt, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht. Die Verfügung ist auch gültig, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Die Auflage ist - ebenfalls im Gegensatz zur Bedingung - selbständig erzwingbar (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 729 f.).

Zur Frage der Zulässigkeit solcher Nebenbestimmungen hat die gerichtliche Praxis verschiedene Regeln entwickelt. So gilt das Prinzip gesetzmässiger Verwaltung in gleicher Weise für Bedingungen und Auflagen wie für den Hauptinhalt einer Verfügung; auch Nebenbestimmungen müssen sich auf einen Rechtssatz stützen. Fehlt es an einem derartigen Rechtssatz, so muss die Zulässigkeit der Nebenbestimmung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck oder aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Unzulässig erscheinen somit alle Nebenbestimmungen, die sachfremd sind oder dem Sinn der gesetzlichen Regelung widersprechen (vgl. PVG 1988, Nr. 20; Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 39, B.III.b mit weiteren Hinweisen, u.a. auf ZBI 1989, S. 443; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, S. 378). Mithin ist die Verbindung einer Bewilligung mit Nebenbestimmungen grundsätzlich zulässig, wenn dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht, oder - wenn eine solche fehlt - der Zweck des Gesetzes bzw. mit der Hauptforderung in einem engen Sachzusammenhang stehende öffentliche Interessen eine Nebenbestimmung zulassen (vgl. Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 264 mit Verweis auf BGE 117 Ib 176). Eine Bewilligung kann insbesondere dann ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn sie im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen verweigert werden könnte (vgl. BGE 121 II 89 f. E. 3a). Nebenbestimmungen müssen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung erfüllen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 735; PVG 1993, Nr. 37).

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt es, wenn im Zeitpunkt der Baubewilligung gewährleistet ist, dass das Bauvorhaben spätestens im Zeitpunkt der Realisierung über die erforderliche Erschliessung verfügt (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 22 N 62). Bis anhin wurde in den verwaltungsgerichtlichen Entscheiden der Vermerk angebracht, ob der Nachweis der hinreichenden Erschliessung allenfalls mittels Suspensivbedingung vom Zeitpunkt der Baubewilligung auf denjenigen des Baubeginns verschoben werden dürfe, sei mithin sehr fraglich, zumal dann, wenn damit eine Baubewilligung „auf Vorrat“ erteilt werde und die Erfüllung der Suspensivbedingung in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht höchst ungewiss sei (VGE 1012/05, Erw. 3.5). Diese Gefahr besteht indes deshalb nicht, weil spätestens innert 2 bzw. 3 Jahren nach Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung mit dem Bau begonnen werden muss, andernfalls die Baubewilligung verfällt (§ 86 PBG; EGV-SZ 2005, B 8.5; Zimmerlin, a.a.O., § 154 N 2). Die Baubewilligung wird zwar erst mit der Erfüllung der Suspensivwirkung rechtswirksam, die

B 8.3

Gültigkeitsdauer der Baubewilligung richtet sich jedoch nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft der Baubewilligung, welcher seinerseits nicht vom Eintritt einer Suspensivbedingung abhängt (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 39 B IIa; Zimmerlin, a.a.O., § 154 N 5; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich 2006, Ziff. 21.4.5.1 und 21.4.3.4 in fine; § 322 Abs. 4 ZH-PBG). Diese Regelung und Rechtsanwendung ist sachlich gerechtfertigt. Eine Baubewilligung mit Nebenbestimmungen ist ein auf dem Verhältnismässigkeitsprinzip begründetes Entgegenkommen gegenüber einem Bauherrn, welcher ein mangelhaftes Baugesuch eingereicht hat. Statt einer Bauverweigerung wird ihm unter gewissen Voraussetzungen eine mit Bedingungen oder Auflagen versehene positive Verfügung erlassen. Dieser Umstand darf nun nicht dazu führen, dass die mit guten Gründen beschränkte Bewilligungsdauer unterlaufen wird. Letztere bezweckt die Schaffung einer klaren Rechtslage für Bauherrschaft und Nachbarn. Es liegt ferner im öffentlichen Interesse, dass in Anbetracht des stetigen Wandels des Planungs- und Baurechts rechtskräftige noch nicht konsumierte Baubewilligungen dem aktuellen Recht nicht widersprechen (EGV-SZ 2005, B 8.5, S. 165; Balthasar Herr, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, § 32 N 871; Fritzsche/Bösch, a.a.O., Ziff. 21.4.5.1 in initio; Zimmerlin, a.a.O., § 54 N 1). Es ist deshalb folgerichtig, dass eine Baubewilligung erlischt, sofern innert der Bewilligungsdauer eine Suspensivbedingung nicht eintritt und deshalb die Baubewilligung nicht rechtswirksam, d.h. nicht vollstreckbar wird.

(VGE III 2008 6 + 7 vom 15. April 2008; das Bundesgericht hat mit Urteil 1C_240/2008 + 1C_241/2008 vom 27. August 2008 die erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte).

8.3 Erschliessung

- *Erschliessungsvariante in Nichtbaugebiet?*

Aus dem Sachverhalt:

Die vom umstrittenen Teilausbau betroffene A-Strasse befindet sich vollständig innerhalb des Baugebietes (verschiedene Bauzonen), derweil die B-Strasse ausserhalb der Bauzonen und mithin in Nichtbaugebiet verläuft.

Aus den Erwägungen:

6.2 ... Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verhält es sich so, dass eine Strasse, die der Erschliessung von Grundstücken in der Bauzone dient, grundsätzlich durch das Siedlungsgebiet führen muss und nicht Land ausserhalb der Bauzone beanspruchen darf. In der Regel kann daher für eine solche Anlage keine Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzone anerkannt werden. Dies folgt aus dem raumplanerischen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet (vgl. BGE 1A.232/2005 vom 13. Juni 2006, E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. auch VLP-ASPAN Nr. 5/07, Erschliessung, ausserhalb der Bauzonen, S. 13 f. mit weiteren Hinweisen; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar RPG, Bern 2006, N. 16 zu Art. 24 RPG; vgl. auch BGE 1A.39/1995 vom 12. März 1996 betreffend Erschliessungsstrasse in Nichtbaugebiet der Gemeinde Wollerau; BGE 1A.88/1999 vom 8. November 1999 i.Sa. Bundesamt für Raumplanung gegen u.a. Gemeinderat Galgenen betreffend Erstellung einer Güterstrasse, E. 2b mit Verweis auf BGE 118 Ib 497, v.a. S. 500, E.4a und Hinweise; vgl. auch BGE 1A.165/1992 vom 18. November 1992 betr. Erschliessungsstrasse im Nichtbaugebiet der Gemeinde Illgau). Durch diese Rechtsprechung werden Ausnahmen nicht kategorisch ausgeschlossen, doch müssen besondere Umstände vorliegen, welche die Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG begründen (vgl. zit. BGE 1A.232/ 2005, E. 2.2 mit weiteren Ausführungen, Angaben zur Standortgebundenheit und Hinweisen auf Präjudizien).

Des Weiteren ist auf Art. 24a RPG hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung sind auch reine Zweckänderungen bei Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, die keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG erfordern, eindeutig bewilligungspflichtig (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 2 zu Art. 24a RPG, wobei die Voraussetzungen für eine allfällige Bewilligung in Art. 24a Abs. 1 lit. a und b RPG aufgeführt sind).

(VGE III 2008 119 + 120 + 125 vom 11. Dezember 2008).

8.4 Koordinationsgebot

- *Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus und artgerechte Ersatzpflanzung einer geschützten Winterlinde (Folgefall zu EGV-SZ 2007, B 8.4).*

B 8.4

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass der Nachweis der artgerechten Entwicklung der neu zu pflanzenden Winterlinde nicht erbracht worden sei. Die Winterlinde könne sich am vorgeschlagenen Standort bereits aufgrund privatrechtlicher Hindernisse nicht artgerecht entwickeln, und ein Zurückschneiden der Winterlinde widerspreche den Anforderungen an eine artgerechte Entwicklung.

5.2 Der Bezirksrat hat in der von den Beschwerdegegnern akzeptierten Fällungsbewilligung vom 14. Juni 2006 auf der Bauliegenschaft eine neue mindestens 6 m hohe und 12 cm dicke Winterlinde verlangt, welche in ihrem Bestand geschützt und sachgemäss zu pflegen sein wird. Das Verwaltungsgericht hat in seiner Rückweisungsentscheid vom 27. November 2007 auf einer formellen und materiellen Koordination mit dem Bauvorhaben beharrt, damit die Auflage nicht zu einer Alibiübung verkommt und deren Vollstreckung an einem fait accompli scheitert. Es gilt indes auch zu berücksichtigen, dass die neu anzupflanzende und zu schützende Winterlinde auf einer der Bauzone W2B zugeordneten Liegenschaft zu stehen kommt (VGE III 2007 163 vom 27. November 2007, Erw. 3.1). Der dadurch entstehende Zielkonflikt zwischen Baumschutz einerseits und Wahrnehmung der Eigentumsrechte andererseits gebietet deshalb einen angemessenen das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtenden Interessensausgleich. Ein standortbedingtes und fachmännisches Zurückschneiden der Winterlinde widerspricht darum nicht der verlangten artgerechten Entwicklung.

5.3 Der vom Regierungsrat akzeptierte Standort der auf der Bauliegenschaft neu zu pflanzenden Ersatzlinde liegt mit dem Baumstamm 12.95 m von der nord-östlichen Hausfassade und die von § 59 Abs. 1 lit. a EGzZGB geforderten 5 m von der Grenze der Liegenschaft der Beschwerdeführerinnen KTN ... entfernt. Die nordöstliche Situierung und der Abstand zur Hausfassade sind nicht zu bemängeln, der Abstand gegenüber der beschwerdegegnerischen Grenze erscheint indes aufgrund des Entwicklungspotentials einer Winterlinde nicht optimal, zumal mit Blick auf ein mögliches nachbarrechtliches Kapprecht (wobei das Verhältnis zwischen Nachbarrecht und nutzungsplanerischem Objektschutz hier offenbleiben kann). Dieser Standort muss indes aus Gründen der Verhältnismässigkeit akzeptiert werden, wenn eine weitere Verschiebung Richtung Westen der Bauherrschaft nicht zumutbar sein sollte. Ob letzteres der Fall ist (z.Bsp. wegen der Parkfelder, und/oder der Einfahrt in die Autoeinstellhalle, und/oder der Leitungen des geplanten Mehrfamilienhauses), ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid und den vor-

liegenden Akten nicht zwingend. Die Baubewilligung vom 14. März 2007 ist deshalb mit folgender Nebenbestimmung zu ergänzen: Die Bauherrschaft ist zu verpflichten, umgehend in Zusammenarbeit mit der Baubewilligungsbehörde abzuklären, ob und wieviel die auf der Bauliegenschaft zu pflanzende Winterlinde unter Beibehaltung des Abstandes von 12.95 m zur Hausfassade und unter Beachtung des Zumutbarkeitsgrundsatzes nach Westen verschoben werden kann. Die Baubewilligungsbehörde hat alsdann aufgrund dieses Abklärungsergebnisses und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber den Beschwerdeführerinnen den Grenzabstand der Winterlinde gegenüber der Liegenschaft KTN ...definitiv festzulegen. Dieses Abklärungs- und Ergänzungsverfahren hindert den Baubeginn und die Bauarbeiten am bewilligten Mehrfamilienhaus nicht, ausser wenn und soweit damit die zu prüfende Verschiebung der Winterlinde negativ präjudiziert würde.

(VGE III 2008 118 vom 10. September 2008).

8.5 Einordnung

- *Befriedigende Gesamtwirkung nach kommunalem Recht. Exponierte Hanglage und damit erhöhte Anforderungen verneint. Schrägdachpflicht aufgrund konkreter grosszügiger Anwendungspraxis zum Ausnahmetatbestand verneint.*

Aus den Erwägungen:

7.1 Bauten und Anlagen müssen sich nach kantonalem Recht so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (§ 56 Abs. 1 PBG). Weitergehend verlangt Art. 8 Abs. 1 des kommunalen Baureglementes, dass die Bauten und Anlagen nicht nur nicht stören, sondern dass mit der Einfügung eine befriedigende Gesamtwirkung erzielt wird. Erhöhte Anforderungen an die Gestaltung von Bauten und Anlagen sowie deren Umgebung werden zudem u.a. an exponierten Hanglagen gestellt (Art. 9 lit. b BauR). Schliesslich verlangt Art. 10 Abs. 1 BauR, dass Bauten grundsätzlich mit Schrägdächern zu versehen sind, die sich in Neigung, Farbgebung und Gestaltung in die bauliche Umgebung und das Ortsbild einordnen. Für kleinere An- und Nebenbauten, in der Gewerbe- und Industriezone und an hiefür geeigneten Wohnlagen der übrigen Zonen (namentlich für Terrassenbauten) können andere Dachformen bewilligt werden (Art. 10 Abs. 2 BauR).

B 8.5

7.2 Der Gemeinderat verneinte in seinem Bauverweigerungsbeschluss vom 9. November 2006 eine befriedigende Gesamtwirkung wegen des Gebäudekubus und der Gestaltung. Das Zweifamilienhaus wirke sehr dominant und wuchtig und sei schlecht dem steilen Gelände angepasst. An Hanglagen seien erhöhte Anforderungen gestellt und grundsätzlich würden Schrägdächer verlangt.

7.3 Der Regierungsrat, welcher durch das instruierende Justizdepartement einen Augenschein mit anschliessender mündlicher Replik und Duplik durchgeführt hat, stellt im Zusammenhang mit der Einordnung fest, die geplante Baute befinde sich nicht an einer exponierten Hanglage, ansonsten ein Grossteil der Bauten in X als exponiert gelten müsste. Das Baugrundstück liege weder auf einer Krete noch steche es besonders heraus. Es befinde sich vielmehr mitten in der Bauzone umgeben von anderen überbauten Grundstücken. Soweit die Baubewilligungsbehörde erhöhte Anforderungen gemäss Art. 9 lit. b BauR geltend mache, verlasse sie ihren Ermessensspielraum. Sie überschreite auch ihr Ermessen, wenn sie der Bauherrschaft generell die Erstellung einer Baute mit Flachdach verbieten wolle. Obwohl sie gemäss eigenen Angaben an der grundsätzlichen Schrägdachpflicht streng festhalten wolle, habe die Bauherrschaft im Rahmen des Augenscheins nachweisen können, dass bereits an zahlreichen Wohnlagen Flachdächer bewilligt worden seien. Es handle sich dabei nicht um ältere Objekte einer früheren Praxis. Das Argument, es betreffe völlig andere Haustypen, sei nicht zu hören. Es komme gemäss dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 BauR nur auf die Wohnlage an. Die getroffene Unterscheidung sei willkürlich. Es treffe zudem nicht zu, dass in der Zone E2 keine Flachdächer bewilligt worden seien. Auch sei die Behauptung falsch, alle an die Bauliegenschaft unmittelbar angrenzenden Ein- und Zweifamilienhäuser seien mit einem Schrägdach versehen. An der A-strasse 23 (südlich der Bauliegenschaft) sei am 22. Juni 2006, also nach Einreichung des vorliegenden Baugesuches, eine Aufstockung mit Tonnendach bewilligt worden. Auf der Hauptansichtsseite (Norden) erscheine es als reines Flachdach. Wieso die Wohnlage der Beschwerdeführerin für die Erstellung einer Baute mit Flachdach weniger geeignet sein soll als die bereits mit Flachdachbauten überbauten Wohnlagen, habe die Bewilligungsbehörde nicht überzeugend darlegen können. Ihre Praxis erscheine demnach eher grosszügig. Das Argument, man wolle unter dem neuen Baureglement trotz selbem Wortlaut eine Praxisänderung vornehmen und die grundsätzliche Schrägdachpflicht wieder vermehrt betonen, sei durch nichts belegt. Nicht nachvollziehbar sei auch die Verneinung der Einordnung wegen der Glasfront. Es könne wiederum auf das Haus an der A-strasse 23 oberhalb der Bauliegenschaft verwiesen werden (annähernd fassadendeckende Glas-

front; Vorbau des Attikageschosses). Auch wenn die Dimensionen der Baute der Beschwerdeführerin einiges grösser sei, so seien beide Bauten von der Art her vergleichbar und müssten zumindest bezüglich der Materialwahl gleich behandelt werden. Die mangelnde Einordnung sei mithin lediglich eine Folge der Überschreitung der Ausnützungsziffer und der unangepassten Stützmauer. Erst durch die Verletzung der Ausnützungsziffer werde die Baute zu wichtig. Ansonsten habe die Bauherrschaft grundsätzlich Anspruch, das Bauland im Rahmen der geltenden Zonenordnung und der Bauvorschriften auszunützen. Eine Reduktion des an sich zulässigen Bauvolumens sei nur ausnahmsweise vorgesehen, wenn beispielsweise erhöhte Anforderungen normiert seien (Art. 9 BauR), was hier aber gerade nicht der Fall sei.

7.4 Die Gemeinde sowie die beschwerdegegnerischen Parteien nehmen vor Verwaltungsgericht zur Einordnungsfrage nicht explizit Stellung.

7.5 Die rechtliche Auslegeordnung und Würdigung der Einordnungsfrage durch den Regierungsrat erweist sich aufgrund der vorliegenden Aktenlage, insbesondere auch der von der Beschwerdeführerin vorinstanzlich eingereichten Fotodokumentation sowie des protokollierten Augenscheinsergebnisses als nachvollziehbar, zutreffend und rechtsgenügend den kommunalen Autonomiebereich respektierend. Der Regierungsrat geht zu Recht davon aus, dass keine exponierte Hanglage vorliegt. Was die grundsätzliche Schrägdachpflicht in Art. 10 Abs. 1 BauR anbelangt, so besteht diese nicht erst seit der letzten Reglementsrevision im Jahr 2006. Es sind aber vor allem in jüngerer Zeit sowohl im Dorf X wie auch im Dorf Y viele Flachdachbauten errichtet worden. Der Ausnahmetatbestand in Art. 10 Abs. 2 BauR ist mithin recht grosszügig angewandt worden. Dass der Gemeinderat inskünftig eine strengere Handhabung konsequent durchsetzen möchte, ist nicht erstellt, wie die im Jahr 2006 bewilligten Beispiele der obliegenden Baute an der A-strasse 23 sowie derjenigen an der B-strasse 66 in Y belegen. Der Gemeinderat lässt sich vor Verwaltungsgericht auch nicht in diesem Sinne vernehmen, geschweige denn entsprechende Belege von einer Praxisverschärfung vorlegen. Selbst wenn dem so wäre, müsste berücksichtigt werden, dass eine verschärfte Rechtspraxis innerhalb eines grösstenteils überbauten Gebietes zu einer rechtsungleichen Behandlung führen würde, zumal wenn man die erst in jüngster Vergangenheit bewilligte obliegende Baute an der A-strasse 23 in Betracht zieht. Diese Nachbarbaute wird vom Regierungsrat zu Recht auch im Zusammenhang mit der Einordnungsfähigkeit der Glasfront ins Feld geführt. Soweit der Regierungsrat von mangelnder Einordnung spricht, weil die Ausnützungsziffer überschritten und die Stützmauer nicht angepasst ist, kommt dieser Beurtei-

B 8.6

lung keine eigenständige Bedeutung zu. Sobald die Ausnützungsziffer nicht mehr überschritten und die Stützmauer reglementskonform ist sowie die übrigen Bauvorschriften eingehalten werden, ist die Gebäude-dimensionierung vom Gesetzgeber gewollt und für sich allein noch kein Grund, eine befriedigende Gesamtwirkung zu verneinen. Wenn der Gemeinderat die Ansicht vertreten sollte, die Auswirkungen des geltenden kommunalen Rechts gingen zu weit, dann muss er den gesetzgeberischen Weg beschreiten und eine Reglementsrevision beantragen.

(VGE III 2007 173 vom 24. Januar 2008).

8.6 Zonenkonformität

- *Industriezone. Zonenkonformität von Lofts und Mietzimmern verneint.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Die Bauliegenschaft KTN A liegt in der Industriezone südlich des Dorfes X entlang der stark befahrenen vierspurigen Hauptstrasse H8 (Schwyz-Pfäffikon). Die Industriezone ist für gewerbliche und industrielle Bauten bestimmt, insbesondere für solche, die in den anderen Bauzonen unzulässig sind. Wohnungen sind nur für betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personen zulässig (Art. 46 Abs. 1 BauR). Für Industriezonen gilt die Lärmempfindlichkeitsstufe IV, womit stark störende Betriebe zugelassen sind (Art. 43 der Lärmschutz-Verordnung [LSV; SR 814.41] mit folgenden Belastungsgrenzwerten für Strassenverkehrslärm und Industrie- und Gewerbelärm [Anhänge 3 und 6 zur LSV]: 65 dB(A)/Tag und 55 dB(A)/Nacht [Planungswert]; 70 dB(A)/Tag und 60 dB(A)/Nacht [Immissionsgrenzwert]; Art. 16 Abs. 1 BauR i.V.m. Zonenplan).

2.3 Diese nutzungsplanerischen Vorgaben weisen klar aus, dass in der Industriezone das Wohnen grundsätzlich verboten ist. Betriebsnotwendige Wohnungen sind vor allem für Hauswarte, Betriebsinhaber, Pikettendienst usw. zulässig (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich 2006, Ziffer 11.2.3.1, 11.2.2.4). Als Ausnahmetatbestand sind sie jedoch nur restriktiv zu bewilligen (VGE III 2007 144; EGV-SZ 2002, C. 2.3, Erw. 3.2).

2.4 Ein Loft ist ein in eine Wohnung umfunktionierter Gewerbe- oder Industrieraum. Er zeichnet sich durch grosszügige Raummasse und fehlende Raumunterteilungen aus. Für Einzelpersonen und Paare eignet er

sich mithin besser als für Familien. Ein Loft stellt eine besondere Wohnform dar und ist deshalb in der Industriezone ebenfalls unzulässig. Der Umstand, dass in einer Loftwohnung vielfach auch gewerblichen Tätigkeiten nachgegangen wird, ändert daran nichts, handelt es sich doch deswegen nicht um standortbedingtes bzw. betriebsnotwendiges Wohnen im Sinne von Art. 46 Abs. 1 BauR.

2.5 Im Loft 2 werden gemäss Sachdarlegung der temporäre Arbeitskräfte vermittelnden Beschwerdeführerin Ziffer 2 temporäre Mitarbeiter zu günstigen Konditionen beherbergt (...). Es handelt sich hierbei um eine wohnähnliche Nutzung (Fritzsche/Bösch, a.a.O., Ziffer 11.2.3.2 und 11.2.4.1). Der geltend gemachte Dienstleistungscharakter (...) ist von untergeordneter Bedeutung und vermag die Wohnnutzung nicht entscheidend zu relativieren, geschweige denn ein standortbedingtes bzw. betriebsnotwendiges Wohnen im Sinne von Art. 46 Abs. 1 BauR zu begründen. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Hotelbetrieb bzw. ein "Businesshotel" als Dienstleistungsbetrieb in der Industriezone zonenkonform sein könnte, ist hier nicht zu beurteilen, da ein solches vorliegend nicht Verfahrensgegenstand ist (...). Die Frage der Rechtsgleichheit stellt sich deshalb nicht. Abgesehen davon bestünde grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip in der Regel vor. Es ist davon auszugehen, dass sich eine Behörde inskünftig (nach einer entsprechenden Beschwerdeentscheid) an die gesetzlichen Bestimmungen halten wird (VGE 1040/06 vom 30. November 2006, Erw. 5.3.2 in fine), andernfalls der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde eingreifen müsste (VGE 704/06 vom 10. August 2006, Erw. 4.4.2). Nur wenn dies wider Erwarten nicht der Fall wäre und davon auszugehen ist, dass eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt in der Regel das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit (VGE III 2007 144 vom 30. Oktober 2007, Erw. 3.4 mit Hinweisen).

2.6 Zu erwähnen bleibt, dass sich im hier massgebenden Recht für die Industrie- und Gewerbezone keine temporäre Arbeitskräfte privilegierende Norm findet, dies im Gegensatz zu § 56 Abs. 4 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes (PBG-ZH), gemäss welcher Bestimmung es möglich ist, in den Bau- und Zonenordnungen für vorübergehend angestellte Personen provisorische Gemeinschaftsunterkünfte der Industrie- und Gewerbezone zuzulassen (es ist indes davon auszugehen, dass es sich dabei um temporäres Personal eines in der Industrie- und Gewerbe-

B 8.7

zonen angesiedelten Betriebes handeln muss, was in casu nicht zutreffen würde).

2.7 Es ergibt sich somit, dass die Zonenkonformität der in einer Industriezone befindlichen Lofts und Mietzimmer zu Recht verneint wurde. (VGE III 2008 72 und 74 vom 11. Juli 2008).

8.7 Zonenkonformität

- *Gewerbezone. Zonenkonformität einer Mobilfunkanlage bejaht.*

Aus den Erwägungen:

6.2 Die umstrittene Mobilfunkanlage kommt in die Gewerbezone G1 zu liegen (...). In dieser Zone sind nicht störende bis höchstens mässig störende gewerbliche und kleinere Industriebauten sowie standortbedingte Wohnungen zulässig (Art. 92 Baureglement der Gemeinde X). Der Standort befindet sich somit innerhalb der Bauzone, wo grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung besteht, sofern die Anlage dem Zweck der Nutzungszone entspricht, in der sie vorgesehen ist, und die Anforderungen des kantonalen Rechts (namentlich des Baurechts) und des Bundesrechts (namentlich der NISV) erfüllt sind. Eine umfassende Interessenabwägung, wie sie Art. 24 des Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700) für Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone vorsieht, findet nicht statt. Insofern besteht auch keine Handhabe für eine Bedürfnisprüfung oder eine umfassende Prüfung von Alternativstandorten. Mobilfunkanlagen werden grundsätzlich auch als in Wohnzonen zonenkonforme Infrastrukturanlagen qualifiziert (BGE 1A.116/2002 vom 17. November 2003, E. 4.2 und 4.3). In der kantonalen Rechtsprechung wurde hierzu vermerkt, es sei nicht zu beanstanden, wenn ein Standort in der Industrie- oder Gewerbezone als weniger empfindliche Zone in der Regel einer Wohnzone vorgezogen werde (VGE 1012/1013/03 vom 16. September 2003, Erw. 3, 5b; VGE 1051/1052/03 vom 18. Februar 2004, Erw. 7.4).

In BGE 131 II 545 hielt das Bundesgericht alsdann fest, dass die Erteilung einer Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage auch innerhalb der Bauzone eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) darstelle, weshalb die zuständige Behörde zur Schonung der in Art. 3 Abs. 1 NHG genannten Schutzobjekte zu verpflichten sei. Dem kommunalen Ortsbildschutz kommt jedoch weiterhin selbständige Bedeutung zu und er

kann über das nach NHG gebotene Mass hinausgehen (BGE 1A.104/2006 und 1P.292/2006 vom 19. Januar 2007, E. 1.2). Dies gilt auch für das kantonale Recht (VGE III 2007 31/33 vom 2. Mai 2007, Erw. 2.3).

Mit BGE 133 II 321 E. 4.3.1 und 4.3.2 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Nutzungsplanung nun festgehalten, dass Mobilfunkantennen als Infrastrukturbauten in Bauzonen nicht generell und unabhängig von ihrem Verwendungszweck zulässig sind. Auch bei ihnen werde im ordentlichen Baubewilligungsverfahren ein Bezug zu den Zonenflächen verlangt, auf welchen sie erstellt werden solle (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG): Die bei Erschliessungsanlagen von Bauzonen massgebenden Grundsätze würden generell für Infrastrukturanlagen gelten und zwar sowohl innerhalb als auch ausserhalb der Bauzonen. Sämtliche Anlagen der Infrastruktur seien Bestandteil einer umfassenden Planungs- und Koordinationspflicht. Davon seien Antennenstandorte für die Mobiltelefonie nicht ausgenommen. Innerhalb der Bauzonen könnten sie nur als zonenkonform betrachtet werden, soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Ort stünden, an dem sie errichtet werden sollten, und im Wesentlichen Bauzonenland abdeckten. Die Zonenkonformität einer Infrastrukturbaute könne aber unter Umständen auch bejaht werden, wenn sie der Ausstattung der Bauzone als Ganzem und nicht nur speziell dem in Frage stehenden Bauzonenteil diene.

6.3 Vergleicht man die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Abdeckungspläne der UMTS und GSM900 Versorgung mit und ohne der hier umstrittenen Mobilfunkanlage mit der Bauzonenplanung der Gemeinde X und der benachbarten Gemeinden, so ergibt sich, dass

- die zusätzliche UMTS-Versorgung im Wesentlichen einen Versorgungsengpass in der unmittelbaren Umgebung des Antennenstandortes (Baugebiete ...), sowie ausserhalb der Bauzonen Haupt- oder Verbindungsstrassen (...) abdeckt;
- die zusätzliche GSM900 Versorgung hauptsächlich die unmittelbaren Bauzonengebiete ... aber auch den Kern des Dorfes X sowie Teile von Bauzonen in der Gemeinde Y (...) und der Gemeinde .., Kanton Zürich (Bereich Bahnhof ...) abdeckt bzw. verstärkt. Geringer ist die Sendeleistung gegenüber dem nördlichen Teil des Dorfes Z (Gemeinde Z). Ausserhalb der Bauzonen werden wichtige Strassenverbindungen mit guter Sendeleistung abgedeckt (A3, Haupt- und Verbindungsstrasse ...).

6.4 Es steht somit fest, dass die hier zu beurteilende Mobilfunkanlage in einem unmittelbaren funktionellen Bezug zum Standort steht und im Wesentlichen Bauzonenland abdeckt. Daran vermag der Umstand nichts

B 8.8

zu ändern, dass zum einen auch Bauzonenland angrenzender Gemeinden, zumal im Bereich der Gemeinde Y, wo und das Gebietdirekt an die Bauzonen der Gemeinde X angrenzen, sowie andererseits wichtige Strassenverbindungen ausserhalb der Bauzonen mitabgedeckt werden, zumal der Antennenstandort in der Gewerbezone und nicht in zum Wohnen bestimmten Zonen liegt (siehe oben Erw. 6.2 erster Absatz in fine). Ortsschützerische Einwände sind keine ersichtlich noch wurden solche geltend gemacht. Die Rüge der fehlenden Zonenkonformität ist mithin unbegründet.

(VGE III 2008 33 vom 11. Juli 2008).

8.8 Zonenkonformität

- *Wohnzone. Zonenkonformität einer Musikschule unter gewissen Voraussetzungen bejaht. Rahmen des Benützungsreglementes ist Inhalt der Baubewilligung (Nebenbestimmung).*

Aus den Erwägungen:

2.1 ... Art. 37 Abs. 1 des kommunalen Baureglements (BauR) normiert, dass die Wohnzonen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten sollen; es sind nur nicht störende Betriebe zugelassen. Als nicht störend gelten Betriebe, die ihrem Wesen nach in Wohnquartiere passen und keine erheblich grösseren Auswirkungen entfalten, als sie aus dem Wohnen entstehen. Als mässig störend gelten Betriebe, deren Auswirkungen im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die üblichen Arbeitszeiten während des Tages beschränkt sind und nur vorübergehend auftreten. Betriebe mit weitergehenden Auswirkungen gelten als stark störend (vgl. Art. 18 Ziff. 3 Satz 2 bis 4 BauR).

2.2 Allgemein gilt, dass Zonenkonformität einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck verlangt; d.h. das Bauvorhaben muss jener Nutzung dienen, für welche die Zone bestimmt ist. Dies ist nicht schon dann der Fall wenn das Bauwerk dem Zonenzweck nicht entgegensteht (vgl. VGE 1034/02 vom 30. Januar 2003, Erw. 2a, Prot. S. 92, mit Verweis auf Leo Schürmann/Peter Häni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 163; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Art. 22 N 29).

Die Wohnzone ist für den dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt von Menschen im Sinne des Wohnens bestimmt. Im Wesentlichen spielen zwei Elemente eine Rolle für die Frage der Übereinstimmung einer Nutzung mit dem Zweck der Wohnzone: Zum einen der qualitative Schutz vor Beeinträchtigungen durch Lärm, Luftverunreinigungen usw. und zum andern der quantitative Schutz von Nutzflächen zugunsten des Wohnens (vgl. Alexander Ruch in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 22 N 71). Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nutzung kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob im konkreten Fall tatsächlich Immissionen verursacht werden, sondern darauf, ob mit der betreffenden Nutzung typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. Abzustellen ist mithin auf eine abstrakte Immissionsbeurteilung, auf durchschnittliche objektivierte Bedingungen (vgl. VGE 1037/03 vom 25. Juni 2004, Erw. 7.5, Prot. S. 829, mit Verweis auf ZBI 2000, S. 425 m.H.).

2.3 Das Musizieren in einem Wohnhaus steht grundsätzlich in einem funktionalen Zusammenhang mit dem Wohnen. Analog wie das passive Anhören von Musik (via Radio, Stereo-Anlage etc.) gilt auch das aktive (private) Musizieren als eine mit dem Wohnen verbundene, zulässige Aktivität (vgl. auch Ruch, a.a.O., Art. 22 N 72 mit Verweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau, publ. in ZBI 1985, S. 216 betreffend Alphorn- und Trompetenspiel). Das regelmässige Üben auf einem Instrument bzw. der entsprechende Umbau in einen Raum für musikalische Übungszwecke lässt sich grundsätzlich mit einem Wohnzweck vereinbaren. Soweit nun in einem Wohnhaus nicht nur (privat) musiziert, sondern durch Erteilen von Instrumentalunterricht eine erwerbliche Betätigung ausgeübt wird, stellt sich die Frage, ob von einem nicht störenden oder mässig störenden Betrieb auszugehen ist. Beispielsweise die Nutzung eines Musikzimmers in der Privatwohnung durch eine Klavierlehrerin, welche ihre Schüler bei sich zuhause unterrichtet, wäre in einer Wohnzone ohne weiteres als zonenkonform zu qualifizieren. Dies gilt erst recht, wenn das Musikzimmer mit geeigneter Schalldämmung ausgestattet ist. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass der Unterrichtstätigkeit in einer Wohnzone gewisse Grenzen gesetzt sind, d.h. Unterrichtstätigkeiten sind nicht in beliebigem Umfange in einer Wohnzone zu dulden. In diesem Sinne haben Einrichtungen für Unterrichtstätigkeiten mit erheblichen Auswirkungen (auf die Nachbarschaft) respektive publikumsintensive Einrichtungen in einer Wohnzone offenkundig als zonenfremd zu gelten. Es geht mithin um eine *Frage des Masses* bzw. darum, wo hin-

B 8.8

sichtlich einer musikalischen Unterrichtstätigkeit in einer Wohnzone die Grenze des Zulässigen zu ziehen ist.

Zur Klärung dieser Frage ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit. Zu beachten sind dabei insbesondere der Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. die Lärmvorbelastung der betroffenen Zone (vgl. dazu BGE 126 II 307 f. betreffend Geläut von Kirchenglocken). In diesem Zusammenhang sind aus objektiverer Sicht namentlich folgende Aspekte in die Beurteilung einzubeziehen:

- Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es lediglich um 5 (und nicht mehr) Musikzimmer geht, d.h. nach dem Umbau in höchstens fünf Räumen gleichzeitig musiziert werden kann. Im Umbauvorhaben ist vorgesehen, diese Musikzimmer mit geeigneten Schallschutzelementen (Akustikelemente) auszustatten. Dies ist notabene auch im Interesse des Bauherrn, welcher damit verhindern kann, dass sich die künftigen musizierenden Benützer der jeweiligen Musikzimmer gegenseitig allzu sehr stören werden. Analog ist nicht damit zu rechnen, dass gleichzeitig in mehreren Musikzimmern bei offenem Fenster geübt werden wird, weil sich diesfalls die Musikschüler ebenfalls gegenseitig stören würden.
- Des Weiteren wird eine von der kommunalen Musikschule geplante Unterrichtstätigkeit grundsätzlich von Montag bis Freitag während den Schulwochen, vorwiegend zu den Schulrandzeiten (d.h. über die Mittagspausen sowie am späteren Nachmittag bis allenfalls in den Abend) stattfinden werden, derweil während der Schulferienzeiten grundsätzlich überhaupt nicht unterrichtet wird. Nachdem für die Gemeinde ... 13 Schulferienwochen gelten (vgl. den aktuellen, im Internet veröffentlichten Ferienplan), und auch eine regelmässige Unterrichtstätigkeit an Wochenenden entfällt, reduziert sich eine allfällige Lärmbelastung durch Musikunterricht im Jahresverlauf zum vornherein auf rund 196 Tage von insgesamt 365 Tagen, was aufgerundet 54% aller Tage eines Jahres entspricht (365 Tage abzüglich 52 Samstage und 52 Sonntage ergeben 261 Werktagen von Montag bis Freitag; davon sind $\frac{3}{4}$ zu berücksichtigen, nachdem $\frac{1}{4}$ bzw. 13 Wochen auf die Schulferienzeit entfallen: $261 : 4 \times 3 = 195.75$). Hinzu kommt, dass ein erheblicher Teil der warmen Jahreszeit, an welcher vermehrt im Freien bzw. bei offenem Fenster gelebt und gewohnt wird, in der Sommerferienzeit anfällt, während welcher ohnehin kein Unterricht stattfindet.
- Im Übrigen ist auch bezüglich der in der Botschaft zur Gemeindeversammlung angeführten weiteren Nutzungsmöglichkeiten wie „Ehrungen, Behördenempfänge, kleinere Konzerte“ nicht mit grösseren Lärmimmissionen zu rechnen. Denn der grösste im umzubauenden Objekt

vorgesehene Raum weist eine Fläche von lediglich 18.5 m² auf (bezüglich der geringeren Ausmasse der weiteren Räume vgl. oben, Erwägung 1). Angesichts dieser kleinräumigen Verhältnisse wird klar, dass die vorhandenen Räume nur äusserst kleine Empfänge oder Konzertanlässe bzw. nur Ehrungen mit einer sehr kleinen Personenzahl zulassen werden. In diesem Sinne fallen Empfänge oder Ehrungen beispielsweise mit einer vielerorts üblichen Blasmusik zum vornherein aus Platzgründen ausser Betracht, es sei denn, der Anlass werde ohnehin im Freien (auf dem Rasen) durchgeführt. Eine derartige Nutzung im Freien ist baurechtlich hier nicht von Relevanz. Zudem wird eine solche Nutzung angesichts der oft ungewissen Witterung kaum oft aktuell werden. Abgesehen davon sind öffentliche Anlässe wie Ehrungen und Empfänge im Jahresverlauf ohnehin erfahrungsgemäss selten.

- Eine übermässige Lärmbelastung ist ferner auch nicht im Kontext mit dem Zubringerverkehr für die fünf erwähnten Musikzimmer zu erwarten (Anreise-/Wegfahrt von Musiklehrpersonen und denjenigen Eltern, welche ihre Kinder zum Musikunterricht chauffieren), zumal für die erwähnte Unterrichtstätigkeit wie erwähnt maximal 196 Tage (von 365) in Frage kommen und zudem mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nur ein Teil der Musikschüler chauffiert werden wird.

Die vorstehenden Erwägungen basieren auf der Annahme einer bestimmten Nutzung des Grundstückes KTN ... primär für die kommunale Musikschule sowie sekundär für weitere, lediglich grob skizzierte Zusatznutzungen (wie Ehrungen, Empfänge etc.). Dazu hat der Gemeinderat in Dispositiv-Ziffer 3.4 seines Beschlusses vom 16. August 2007 die eigene Liegenschaftsverwaltung verpflichtet, für die Bauliegenschaft ein Benützungsreglement im Sinne der Erwägungen zu erlassen und dieses vom Gemeinderat genehmigen zu lassen. Darauf ist nachfolgend in Erwägung 4 zurückzukommen.

...

2.5 Zieht man all diese Aspekte in eine Gesamtwürdigung mit ein, sprechen die gewichtigeren Aspekte für den Standpunkt des Regierungsrates, wonach der Einbau von 5 Musikzimmern mit einer Grundfläche von 10.5 m² bis maximal 18.5 m² in ein alleinstehendes Wohnhaus auf einem ... m² umfassenden Grundstück, welches zur Wohnzone W2 gehört, nicht als mit dem Zonenzweck unvereinbar anzusehen ist, auch wenn diese Musikzimmer primär für eine Nutzung durch die kommunale Musikschule und sekundär gelegentlich für kleinere Anlässe der Gemeinde („Ehrungen“, kleinere Behördenempfänge usw.) vorgesehen sind (zur Sicherstellung der vorgebrachten Nutzungszwecke, vgl. nachfolgend, Erwägung 4). Im Einklang damit steht auch die Rechtsprechung in ande-

B 8.9

ren Kantonen, welche beispielsweise einen Kindergarten oder ein Quartiersschulhaus in den Wohnzonen W1 und W2 als zulässig erachtet (vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Bd. 1, 3. Aufl, Bern 2007, S. 258, N 30 zu Art. 24). Schliesslich wird das vorliegende Ergebnis, wonach das Umbauvorhaben aus objektiver Sicht nicht als störender Eingriff in die vorliegende Wohnzone zu qualifizieren ist, auch dadurch untermauert, dass das Umbauobjekt sich im Kernbereich des ... m² umfassenden Grundstücks befindet und der Gebäudeabstand zu den am nächsten stehenden Nachbarbauten nach Osten rund 23 m und nach Westen rund 37 m beträgt (vgl. den aktenkundigen Katasterplan 1:500), weshalb wenig wahrscheinlich ist, dass die durch den Musikunterricht im Gebäudeinnern verursachten Immissionen auf einen durchschnittlich empfindlichen Nachbarn störend wirken werden. ...

4. Was sodann das Ausmass und die Schranken der vorgebrachten Nutzungen von KTN ... anbelangt, wurde bereits oben (in Erwägung 2.3 in fine) erwähnt, dass der Gemeinderat mit Dispositiv-Ziffer 3.4 seines Beschlusses vom 16. August 2007 die eigene Liegenschaftsverwaltung angewiesen hat, ein Benützungsreglement im Sinne der Erwägungen zu erlassen und dieses vom Gemeinderat genehmigen zu lassen. Allerdings wurden die Eckpunkte und Leitplanken für das entsprechende Benützungsreglement in den gemeinderätlichen Erwägungen unzureichend festgelegt. Um Unklarheiten zu vermeiden und um sicherzustellen, dass die vorgebrachten Nutzungsabsichten nicht überschritten werden, wird es nötig sein, dass der Gemeinderat mit der Erteilung der Baubewilligung verbindlich festlegt, welchen Rahmen das noch auszuarbeitende Benützungsreglement einzuhalten haben wird (u.a. sind verbindliche Angaben zur möglichen zeitlichen Nutzung für die Musikschule am Morgen und am Abend, sowie für allfällige Nutzungen an Wochenenden und während der Schulferienzeiten unerlässlich; maximale Anzahl zulässiger Anlässe für „musikschulfremde“ Nutzungen und weitere Rahmenbedingungen etc.). Analog wird es auch erforderlich sein, in einer Nebenbestimmung sicherzustellen, dass ein angesprochenes, indessen in den eingereichten Unterlagen nicht näher erläutertes Akustikkonzept auch tatsächlich umgesetzt wird.

(VGE III 2008 115 vom 20. August 2008).

8.9 Ausnützungsziffer

- *Zulässigkeit von nicht anrechenbaren Stau- und Abstellräumen auf der Wohngeschossebene.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Kanton stellt Mindestbauvorschriften auf, so vor allem im Bereich der Abstandsregelungen (§§ 52 PBG, insbes. §§ 58 PBG). Die Gemeinden können für ihr Gebiet weitergehende Vorschriften erlassen (§ 52 Abs. 2 PBG). Von letzterer Kompetenz machte die Gemeinde X mit dem Erlass des Baureglements Gebrauch, indem sie u.a. die Ausnützungsziffer (AZ) als Baubeschränkung einführte. Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (Art. 27 Baureglement vom 14. Februar 2006, BauR). Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe aller ober- und unterirdischen Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte (Art. 28 Abs. 1 BauR). Nicht als Bruttogeschossfläche angerechnet werden u.a. (Abs. 2):

- zur Wohnung gehörende Keller- und Dachräume, sofern sie nicht als Wohn- und Arbeitsräume verwendbar sind (lit. a);
- eine zu einem Wohnraum gehörende Galerie im Dachraum, sofern sie keine anrechenbaren Räume erschliesst (lit. b);
- Heiz-, Kohlen-, Tankräume, Räume für Energiespeicher und Waschküchen (lit. c);
- allen Bewohnern, Besuchern und Angestellten dienende Ein- oder Abstellräume für Motorfahrzeuge, Velos und Kinderwagen sowie die Gemeinschafts- und Bastelräume in Mehrfamilienhäusern und Wohnsiedlungen ab 3 Wohneinheiten (lit. e);
- Verkehrsflächen wie Korridore, Treppen und Lifte, die ausschliesslich nicht anrechenbare Räume erschliessen, ferner bei Hauseingängen im Untergeschoss die Hauseingangszone mit Treppe zum darüberliegenden Geschoss, sofern das Untergeschoss keine Wohn- und Arbeitsräume enthält (lit. f).

In der Gemeinde X sind Ausnützungsziffern nur für die Wohn- und gemischte Zonen vorgesehen (Art. 43 f. BauR). Die hier massgebliche Zone E2 ist für Ein- und Zweifamilienhäuser bestimmt und hat eine Ausnützungsziffer von 0.35 (Art. 44 BauR).

3.2.1 Die Ausnützungsziffer setzt vor allem die Nutzungsdichte mit den entsprechenden bauplanerischen Vorgaben und Auswirkungen fest und ermöglicht Rückschlüsse über die zu erwartende Einwohner- und Arbeitsplatzdichte. Sie erlaubt die siedlungsplanerischen Bedürfnisse und Erfordernisse zu ermitteln (Erschliessungs- und andere Infrastrukturanlagen, Baulandbedarf) und umzusetzen (Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, Diss., Zürich 1986, S. 134 ff.). Die maximale Grösse einer Baute wird dagegen in erster Linie durch die primären oder konventionellen Baubeschränkungen wie Grenzabstand, Gebäudehöhe, Geschosszahl

B 8.9

etc. festgelegt. Auch wenn bei richtiger Siedlungs- und Nutzungsplanung die Ausnützungsziffer im Vergleich zu den primären Baubeschränkungen restriktiver anzusetzen ist, damit für die Gebäudegestaltung ein angemessener Spielraum übrig bleibt (Huber, a.a.O., S. 91, 90 ff., 94 ff.), so gibt es im Gegensatz zum Verhältnis zwischen anrechenbarer Bruttogeschossfläche und anrechenbarer Landfläche (= Ausnützungsziffer) keine verbindliche Verhältniszahl für die Beziehung zwischen anrechenbarer und nichtanrechenbarer Bruttogeschossfläche bzw. maximaler Geschossfläche und Parzellengrösse.

3.2.2 Bei der Anwendung und Auslegung der reglementarischen Umschreibung der anrechenbaren bzw. nichtanrechenbaren Bruttogeschossfläche (Erw. 3.1) kommt der Frage, ob ein Raum oder eine Fläche zum Wohnen und/oder Arbeiten verwendbar ist (Art. 28 Abs. 2 lit. a BauR) oder diesen Zwecken unmittelbar dient (Art. 28 Abs. 2 lit. b, f BauR), eine massgebende Bedeutung zu (Huber, a.a.O., S. 51 ff.). Es darf deshalb bei teleologischer Betrachtungsweise nicht kategorisch verlangt werden, dass sich ein Stau- oder Abstellraum - was zwar normalerweise der Fall ist - im Keller- oder Dachgeschoss befinden muss. Es sind auch andere Überbauungsformen denkbar, bei denen nicht anrechenbarer, weil nicht zu Wohn- und Arbeitszwecken verwendbarer oder hierzu unmittelbar dienender Abstellraum auf der Wohngeschosebene platziert wird. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass im hier anzuwendenden Baureglement der nicht geschossbezogene Begriff "Abstellraum" nur im Zusammenhang mit Motorfahrzeugen, Velos und Kinderwagen erwähnt wird. Vielmehr kann nicht fraglich sein, dass mit Keller- und Dachräumen in Art. 28 Abs. 2 lit. a BauR generell Ab- und Einstellräume gemeint sind, vorausgesetzt, sie sind nicht als Wohn- und Arbeitsräume verwendbar. Hiefür spricht auch, dass die kommunale Regelung in Art. 28 Abs. 2 lit. a und lit. e dem vom Justizdepartement zur Verfügung gestellten Muster-Baureglement vom 1. September 1988 entspricht. In den begleitenden Hinweisen zu diesem Musterreglement mit gleichem Datum wird mit keinem Wort verlangt, dass Kellerräume ganz oder teilweise unter dem Erdboden liegende Räume sein müssen (was wäre, wenn aus geologischen Gründen von einer Unterkellerung im bautechnischen Sinne abgesehen wird?). Hingegen wird in den Hinweisen nochmals betont, "dass grundsätzlich dem Wohnen und Arbeiten dienende Räumlichkeiten für die AZ zählen" (S. 10). Die Bewilligungsbehörde hat denn auch in ihrem Beschluss vom 9. November 2006 vorbehaltlos von Kellerräumen gesprochen. In ihrer Vernehmlassung an das Verwaltungsgericht verweist sie zwar pauschal auf den Entscheid des Regierungsrates, die Frage der Keller- bzw. Abstellräume thematisiert sie dabei jedoch in keiner Weise. Auch der Umstand, dass im nicht verbindlichen

Anhang 4 des Baureglementes zwischen Keller und Abstellräumen unterscheiden wird, ist unerheblich. Vielmehr zeigt gerade die Positionierung dieser Abstellräume innerhalb der Wohnungsfläche, weshalb sie anrechenbar sind (...). Bei der Prüfung der Verwendbarkeit als Wohn- und Arbeitsräume sind im Übrigen die wohnhygienischen Bestimmungen beizuziehen. Insbesondere wird Art. 12 Abs. 2 BauR zu beachten sein, welcher für alle Wohn- und Schlafräume, Arbeitsräume, Büros, Verkaufsläden und Wirtschaftsräume verlangt, dass sie mit seitlich zu öffnenden Fenstern zu versehen sind und die Fensterfläche eines jeden solchen Raumes mindestens einen Zehntel der Bodenfläche, wenigstens aber 0.8 m² betragen muss.

(VGE III 2007 173 vom 24. Januar 2008).

8.10 Hochwasserschutz

- *Umgang mit Naturgefahren; Gewässerabstand.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Der vorliegende Fall betrifft den Umgang mit Naturgefahren. Wie vom Vorsteher des kantonalen Amtes für Wasserbau in einer Stellungnahme vom 5. Dezember 2007 zutreffend dargelegt wurde, sind - ungeachtet von erheblichen Anstrengungen und Investitionen der öffentlichen Hand in den baulichen Hochwasserschutz - die hydrologischen und meteorologischen Naturgefahren nicht kleiner geworden, sondern vielmehr die dadurch verursachten Schadenssummen gestiegen. Aus der Sicht des Bundesrechts ist Art. 3 Abs.1 des Bundesgesetzes über den Wasserbau (SR 721.100) zu beachten, wonach die Kantone den Hochwasserschutz in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen gewährleisten. Gemäss Art. 21 Abs. 2 der Verordnung über den Wasserbau (SR 721.100.1) haben die Kantone den Raumbedarf der Gewässer festzulegen, der für den Schutz vor Hochwasser und die Gewährleistung der natürlichen Funktionen des Gewässers erforderlich ist. In der Wegleitung „Hochwasserschutz an Fließgewässern“ des ehemaligen Bundesamtes für Wasser und Geologie (BWG, heutet BAFU) wird festgehalten, dass vorsorglichen Massnahmen und insbesondere der Meidung von gefährdeten Räumen Priorität zukommt. Auch die Raumplanung steht im Dienste der Risikoprävention. Eine immer dichtere Besiedlung, zunehmender Verkehr und die vielfältigen Bedürfnisse in Beruf und Freizeit haben in den letzten Jahrzehnten das Risiko durch Naturgefahren vergrössert. Eine absolute Sicherheit

B 8.10

kann nicht erzielt werden. Gefragt ist eine Risikokultur, die es erlaubt, Risiken und deren Veränderungen sowie Schutzmassnahmen transparent darzustellen (vgl. Urs R. Beeler, Planerischer Schutz vor Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht, 1/2008, S. 39 III.1). Im Zusammenhang mit der Raumplanung steht das Element Vorbeugen eindeutig im Vordergrund. Vorbeugen besteht aus zwei Elementen: der Prävention und der Vorsorge. Ihr generelles Ziel ist die Verminderung der Verletzlichkeit von Menschen und Sachwerten gegenüber Naturgefahren (vgl. Urs Beeler, a.a.O., S. 39, III.2, mit weiteren Hinweisen und Ausführungen).

4.2 Nach § 66 Abs. 2 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG) in der bisher geltenden Fassung hatten die Gemeinden in den Nutzungsplänen durch Baulinien oder durch Bestimmungen im Baureglement Abstände gegenüber fliessenden Gewässern festzulegen. Anzuführen ist, dass gemäss der mit der Änderung vom 19. September 2007 eingeführten und seit dem 1. Juli 2008 geltenden Fassung von § 66 Abs. 2 PBG die Gemeinden in den Nutzungsplänen durch Baulinien oder durch Bestimmungen im Baureglement Abstände *von Bauten und Anlagen* gegenüber fliessenden Gewässern festzulegen haben, indessen gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. September 2007 die Gemeinden zwei Jahre Zeit haben, um in ihren Reglementen die nötigen Anpassungen vorzunehmen.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 des aktuell geltenden kommunalen Baureglements ist gegenüber nicht eingedeckten fliessenden Gewässern von der Fassade ein Abstand von 5 m einzuhalten; der Abstand wird von der oberen Böschungskante des Gewässers aus gemessen.

4.3 Die Gewässerabstandsvorschriften lassen sich mit polizeilichen Gründen rechtfertigen (Sicherheitsabstand infolge Erosionsgefahr der Uferpartien, Schutz vor Überschwemmungen) oder auch mit naturschützerischen Gründen (vgl. VGE 1054/03 vom 18. Dezember 2003, Erw. 4a, mit Hinweisen auf Pierre Moor in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 17 Rz. 44; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 180 f.). Diese vorerwähnten Gründe beziehen sich nicht nur auf Bauten (mit Fassaden), sondern grundsätzlich auch auf Anlagen und Anlage-teile. Der bundesrechtliche Begriff der Anlagen (nach Art. 22 bzw. 24 RPG) ist vom Bundesgesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Im kantonalen Recht wird der Begriff der Anlage dahingehend umschrieben, dass dazu gemäss § 75 Abs. 3 PBG namentlich Verkehrseinrichtungen wie Strassen und Plätze, soweit diese nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erhebliche Geländeänderungen, Silos, offene Materialla-

gerplätze und ortsfeste Krananlagen gehören. Nach konstanter Rechtsprechung gelten als «Bauten und Anlagen» jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (vgl. VGE III 2007 112 vom 30. Oktober 2007, Erw. 1.2, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch VGE 1037/03 vom 25. Juni 2004, Erw. 6.2, Prot. S. 822 f. und VGE 1073/04+1007/05 vom 24. März 2005, Erw. 2.1, Prot. S. 389 betreffend fahrbarer Weideunterstand für Pferde).

(VGE III 2008 99 vom 20. November 2008).

8.11 Immissionsschutz

- *Lärmimmissionen durch Kuhglocken.*
- *Koordination mit zivilrechtlichen Schutzmassnahmen (Erw. 1.1).*
- *Zuständigkeit des Landwirtschaftsamtes für den Vollzug der LSV bei von landwirtschaftlicher Tierhaltung ausgehendem Lärm (Erw. 2.4).*
- *Die vom Regierungsrat angeordneten Immissionsschutzmassnahmen (Glockentragverbot im offenen Laufstall, im Hofgelände sowie auf einem unmittelbar an die Wohnzone angrenzenden Grundstück während der Nacht) sind ausreichend (Erw. 3 – 4).*

Aus den Erwägungen:

1.1 ... Die umstrittene Sanierungsverfügung des Landwirtschaftsamtes vom 30. März 2007 ging über die mit zivilrechtlichem Vergleich vereinbarten Massnahmen hinaus. Die Nachtweide wurde auf dem ganzen Landwirtschaftsbetrieb verboten und hinsichtlich eines Teils einer Parzelle, welche teilweise an Wohngebiet grenzt, wurde auch tagsüber das Weidenlassen von Tieren mit Glocken verboten. Der angefochtene Regierungsratsbeschluss entspricht nun im Ergebnis wieder dem zivilrechtlichen Vergleich, indem das Glockentragverbot in räumlichem Umfang auf den Stall, das unmittelbare Hofgelände und KTN ..3 sowie in zeitlicher Hinsicht auf die Nacht (20.00 bis 07.00 Uhr) beschränkt wurde.

Der privatrechtliche und der öffentlichrechtliche Immissionsschutz stehen an sich selbständig nebeneinander. Dennoch verlangen die allgemeinen Gebote der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung den sachgerechten Einbezug von und die möglichst weitgehende Rücksichtnahme auf Normen und Regelungen anderer Rechtsgebiete zum gleichen Gegenstand. Die rechtsanwendenden Be-

B 8.11

hörden haben demnach in diesem Sinne auf eine Harmonisierung des Immissionsschutzes hinzuwirken (vgl. BGE 126 III 223 E. 3c m.H.). In diesem Sinne darf das Ergebnis der zivilrechtlichen Auseinandersetzung in derselben Streitsache im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht ausser Acht gelassen werden.

...

2.4 Grundsätzlich unbestritten ist, dass im Kanton Schwyz das Landwirtschaftsamt für den Vollzug der Lärmschutzverordnung bei landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen zuständig ist (§ 30 der Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz, VVUSG, SRSZ 711.111) und dass Lärmimmissionen ausgehend vom gesamten landwirtschaftlichen Betrieb (somit auch Immissionen ausgehend von weidenden Kühen) nach den Vorschriften des USG und der LSV über ortsfeste Anlagen zu beurteilen sind. Die Beschwerdeführer bestreiten denn auch nicht, dass die Kompetenz zur Anordnung von Massnahmen zur lärmschutzrechtlichen Emissionsbegrenzung im vorliegenden Fall korrekterweise beim Landwirtschaftsamt liegt und dem Gemeinderat gestützt auf das Umweltschutzrecht diesbezüglich keine Kompetenzen zukommen.

... Der von Kuh- und anderen Tierglocken ausgehende Lärm steht zweifellos im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Betrieb, auch dann, wenn die Tiere sich nicht unmittelbar auf dem Hofgelände sondern ausserhalb auf der Weide befinden. Auch das bewirtschaftete Land gehört zum Betrieb und das USG ist auf Lärm anwendbar, der vom Betrieb der Weiden ausgeht (vgl. Monika Kölz-Ott, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, URP 1993, S. 397). Das Landwirtschaftsamt und der Regierungsrat haben somit zu Recht festgehalten, dass die bundesrechtlichen Umweltschutz- und Lärmvorschriften anwendbar sind, wenn es um die Beurteilung von Lärm geht, der von Kuh- und anderen Tierglocken ausgeht. Entsprechend ist für Massnahmen in diesem Zusammenhang im Kanton Schwyz das Landwirtschaftsamt zuständig.

...

3.3 Das Umweltschutzrecht sieht für Lärmimmissionen unterschiedliche Regelungen vor, je nachdem ob es um Lärm ausgehend von neuen Anlagen oder ausgehend von alten (vor Inkrafttreten des USG, d.h. 1. Januar 1985 bestehenden) Anlagen geht. Bestehende Anlagen haben grundsätzlich die Immissionsgrenzwerte einzuhalten (vgl. Art. 16 USG). Neue ortsfeste Anlagen haben die Planungswerte einzuhalten (vgl. Art. 25 USG, Art. 7 LSV). Für die Änderung bestehender ortsfester Anlage sieht die LSV vor, dass die Lärmemissionen der neuen oder geänderten Anlageteile so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und

betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (Art. 8 Abs. 1 LSV). Bei *wesentlichen* Änderungen der bestehenden Anlage müssen die Lärmemissionen der gesamten Anlage mindestens so weit begrenzt werden, dass die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden (Art. 8 Abs. 2 LSV).

Die Immissionsgrenz- und Planungswerte werden vom Bundesrat festgelegt (Art. 13 und 23 USG), wobei die Immissionsgrenzwerte für Lärm so festzulegen sind, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG). Die Planungswerte liegen unter den Immissionsgrenzwerten (Art. 23 USG).

3.4 Zu beachten gilt des Weiteren – bezüglich sämtlicher Anlagen (vorbestehende und neue) – das Vorsorgeprinzip im Sinne von Art. 11 USG. Gestützt auf dieses Prinzip muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unnötiger Lärm vermieden werden, falls sich erweist, dass die Massnahmen zur Emissionsbegrenzung technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (BGE 115 Ib 446 E. 3d; 126 II 300 E. 4c/bb m.H.). Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinne nicht nötige Lärm völlig untersagt werden müsste. Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe; vielmehr sind geringfügige, nicht erhebliche Störungen hinzunehmen (Art. 15 USG; BGE 123 II 325 E. 4d/bb; 126 II 300 E. 4c/bb m.H.).

3.5 ... Der Landwirtschaftsbetrieb bestand schon bei Inkrafttreten des USG (1. Jan. 1985). Allerdings wurde der Stall beim Wiederaufbau neu als offener Laufstall konzipiert und es ist davon auszugehen, dass die Geräusche aus dem Stall bei einer offenen Gestaltung für die Umgebung besser wahrnehmbar sind als bei einem geschlossenen Objekt. Vorliegend geht es jedoch einzig mehr um den Lärm von weidenden Kühen. Im Stall dürfen die Kühe auch gemäss dem angefochtenen Regierungsratsbeschluss keine Glocken mehr tragen und diese Massnahme blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Hinsichtlich der Beweidung des Landwirtschaftsbetriebes durch Kühe hat der Wiederaufbau der landwirtschaftlichen Gebäude zu keinen Änderungen geführt. Für die Beurteilung dieser Immissionen ist somit nicht auf Art. 23 USG abzustellen, sondern es sind vielmehr die Bestimmungen von Art. 15 aber auch von Art. 11 USG zu berücksichtigen.

3.6 Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte (Anhänge 3-8 LSV) zu beurteilen (Art. 40 Abs. 1 LSV). Für die Lärmbelastung durch Glockengeläut hat der Bundesrat jedoch keine Grenzwerte festgelegt.

B 8.11

Fehlen solche Werte, so müssen die Lärmimmissionen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Einzelfall nach den Kriterien von Art. 15 USG bewertet werden (Art. 40 Abs. 3 LSV; BGE 126 II 300 E. 4c/aa, 126 II 366 E. 2c, 1A.195/2006 vom 17. Juli 2007, E. 3.3). Wo die Anwendung von Planungs- oder Alarmwerten in Frage steht, sind überdies die Art. 19 und 23 USG heranzuziehen (Christoph Zäch/Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 41 zu Art. 15). Wie bereits in Erw. 3.5 dargelegt, wurden vorliegend von der Vorinstanz zu Recht die Kriterien von Art. 15 USG herangezogen.

Im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbeltung zu berücksichtigen. Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern es ist eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen (BGE 126 II 300 E. 4c/aa, 126 II 366 Erw. 2c m.H., 1A.195/2006 vom 17. Juli 2007, E. 3.3; Zäch/Wolf, a.a.O., N 25 zu Art. 15).

Die Lärmschutzvorschriften des Umweltschutzgesetzes sind in erster Linie zugeschnitten auf Geräusche, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten. Diese können grundsätzlich mit geeigneten Massnahmen an der Quelle reduziert werden, ohne dass dadurch die entsprechenden Tätigkeiten als solche in Frage gestellt werden. Daneben gibt es jedoch auch Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität ausmachen. Dazu gehören beispielsweise das Läuten von Kirchen- oder Kuhglocken, das Musizieren sowie das Halten von Reden mit Lautverstärkern an Anlässen in der Öffentlichkeit. Solche Lärmemissionen können nicht völlig vermieden und in der Regel auch nicht in der Lautstärke wesentlich reduziert werden, ohne dass zugleich der Zweck der sie verursachenden Tätigkeit vereitelt würde. Derartige Lärmemissionen als unnötig und unzulässig zu qualifizieren, würde implizieren, die betreffende Tätigkeit generell als unnötig zu betrachten. Die Rechtsprechung hat im Allgemeinen solche Emissionen zwar aufgrund des Umweltschutzgesetzes beurteilt, aber zugleich unter Berücksichtigung des Interesses an der Lärm verursachenden Tätigkeit diese nicht völlig verboten, sondern bloss einschränkende Massnahmen unterworfen (BGE 126 II 366 E. 2d). Da eine Reduktion der Schallintensität meist den mit der betreffenden Tätigkeit verfolgten Zweck vereiteln würde, bestehen die emissionsbeschränkende Massnahmen in der Regel nicht in einer Reduktion des Schallpegels, sondern in einer Einschränkung der Betriebszeiten (BGE 126 II 366 E. 2d m.H.; André Schrade/Theo Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 29 zu Art. 12). Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwi-

schen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit. Zu beachten sind insbesondere der Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. die Lärmvorbelastung der betroffenen Zone (BGE 126 II 300 E. 4c/cc, 126 II 366 E. 2d). Den örtlichen Behörden ist ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, soweit es sich um Anlässe mit lokaler Ausprägung oder Tradition handelt (BGE 126 II 300 E. 4c/dd, 126 II 366 E. 2d).

4.1 Vorliegend verlangen die Beschwerdeführer sinngemäss einerseits ein Verbot, die Tiere mit Glocken auf KTN ..3 (nördlicher Teil) auch tagsüber weiden zu lassen, und andererseits auf allen Weiden ein Verbot, die Tiere in der Nacht mit Glocken weiden zu lassen. Zunächst ist festzuhalten, dass sich bezüglich des Tragenlassens von Glocken tagsüber keine Abweichung vom Entscheid des Regierungsrates rechtfertigt. Tagsüber stellt das Tierglockengeläut im ländlich geprägten Dorf ..., das praktisch vollständig von Landwirtschaftszonen umgeben ist, ein durchaus ortsübliches Geräusch dar, das von vielen Menschen geschätzt, kaum aber je als Störung empfunden wird. Vorliegend kommt hinzu, dass die beschwerdeführerischen Grundstücke nicht direkt an KTN ..3 grenzen, sondern zumindest durch eine Strasse von KTN ..3 getrennt sind. Die Kühe befinden sich im Übrigen auch nicht täglich auf der Weide auf KTN ..3, sondern witterungs- und jahreszeitlichbedingt sowie aufgrund der beschränkten Bewirtschaftungskapazität einer Weide werden Kühe in der Regel nicht mehr als sechs bis acht Mal pro Jahr während jeweils wenigen Tagen auf eine bestimmte Weide gelassen. Die Zeit, in welcher die Kühe auf KTN ..3 weiden können, ist somit sehr beschränkt. Von einer erheblichen Störung der Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden im Sinne von Art. 15 USG kann – zumindest tagsüber – bei einer Beweidung von Tieren mit Glocken auf KTN ..3 nicht gesprochen werden.

4.2 Hinsichtlich der Nacht liegen rechtskräftige Einschränkungen bezüglich des Stalles inkl. Umgelände sowie KTN ..3 vor. Auf diesen Grundstücken ist in der Nacht (zwischen 20.00 und 07.00 Uhr) das Weidenlassen von Tieren mit Glocken verboten. Die Beschwerdeführer verlangen sinngemäss auch ein Verbot hinsichtlich der Grundstücke KTN ..4 und ..5.

Das Grundstück KTN ..5 liegt etwas über 60 m und das Grundstück KTN ..4 über 100 m von der Wohnzone und den beschwerdeführerischen Grundstücken entfernt. Die beschwerdeführerischen Grundstücke liegen in der Empfindlichkeitsstufe II, in welcher nachts ein Immissionsgrenzwert Lr von 50 dB(A) sowohl für Industrie- und Gewerbelärm als auch für Strassen- und Eisenbahnlärm gilt (LSV Anhang 6 Art. 2, Anhang 3 Art. 2

B 8.11

und Anhang 4 Art. 2) und in der keine störenden Betriebe zugelassen sind (Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV). Das Bezirksgericht X hat anlässlich von zwei Augenscheinen vor Ort im Haus der Beschwerdeführer Ziff. 1, bei welchen sich die Tiere im Laufstall befanden, lediglich bei geöffneter Tür bzw. bei vollständig geöffnetem Fenster Geräusche aus dem Stall festgestellt, wobei diese als nicht laut und auch nicht störend bezeichnet wurden. Bei leicht geöffnetem Fenster sei es sehr ruhig und nur ab und zu sei ein leises Gebimmel feststellbar, welches durch die Geräusche der hauseigenen Heizung jedoch übertönt würden (Urteil vom 28. April 2006). Die Beschwerdeführer Ziff. 1 haben in der Folge selber die Messung der nächtlichen Immissionen durch Kuhglocken veranlasst. Eine der Messungen (Firma X) wurde nicht von einem Akustiker gemacht und es ist aus dem entsprechenden Bericht im Übrigen nicht ersichtlich, wo die Tiere sich während den Messungen befanden (Stall, Weide). Diese Messung liefert keine verwertbaren Anhaltspunkte für die Beurteilung der Immissionen. Die andere Messung wurde von einem Akustiker vorgenommen. Anlässlich dieser Messungen während mehreren Tagen im Juli und August 2006 wurde im Wesentlichen Glockenlärm aus dem Stall festgestellt. Nur während zweier Messungen (von insgesamt 19) wurde Glockenlärm von Kühen auf der Weide gemessen. Die Kühe befanden sich aber gemäss dem Bericht auf der Weide nordwestlich des Stalls, d.h. auf KTN ..3, wo ein Weidenlassen von Tieren mit umgehängten Glocken gemäss Regierungsratsbeschluss nicht mehr zulässig ist. Bei diesen Messungen wurden (Mittel-)Werte von 43,5 dB(A) sowie 43,1 dB(A) festgestellt. Bei einer Beweidung auf den weiter entfernten KTN ..4 und ..5 ist von tieferen Werten auszugehen, da sich der Pegel mit zunehmendem Abstand reduziert (vgl. Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 14 zu Vorbem. zu Art. 19-25).

Diese Messdaten können jedoch nicht mehr als Anhaltspunkte liefern für die Beurteilung der Lärmimmissionen durch Kuhglocken. Eine sinn-gemässe Anwendung von Grenzwerten, namentlich der Grenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm, ist demgegenüber problematisch, da Belastungsgrenzwerte nur aussagekräftig sind in Verbindung mit den auf sie zugeschnittenen Mess- und Beurteilungsverfahren (Zäch/Wolf, a.a.O., N 42 zu Art. 15; BGE 1A.195/2006 vom 17. Juli 2007, E. 3.3). Es gilt in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass gemäss der LSV die Störungswirkung des Lärms sich nicht nur aus dem gemessenen Schallpegel (zumeist Mittelwert) ergibt, sondern dass zusätzlich eine oder mehrere Pegelkorrekturen K zu berücksichtigen sind, welche die relative Lästigkeit der fraglichen Geräusche kennzeichnen. Solche Pegelkorrekturen, welche z.B. für Industrie- und Gewerbelärm im Gesetz fest vorgegeben sind (vgl. LSV Anhang 6 Ziff. 33), wurden – soweit ersichtlich – im Rahmen der von den Beschwerdeführern 1 veranlassten Lärmmessung

nicht berücksichtigt; für Glockenlärm sieht das Gesetz solche auch nicht vor; das heisst aber nicht, dass sich eine allfällige Lästigkeit von Glockenlärm einzig aus der Höhe des gemessenen Schallpegels ergibt. Auch von daher ist die bei den Akten liegende Schallpegelmessung des Glockenlärms lediglich ein Anhaltspunkt bei der Beurteilung der Lärmimmissionen.

Ein weiterer Anhaltspunkt ist der Erfahrungsgrundsatz, dass Geräusche im Bereich bis 30 dB(A) als sehr leise zu betrachten sind (Flüstern, Blätterrauschen). Ein mit nicht mehr als 40 dB(A) belastetes Wohnquartier gilt als ruhig. Bei 55 dB(A) fühlen sich etwa 15% der Betroffenen erheblich gestört, bei 65 dB(A) – je nach Lärmart – zwischen 30% (Eisenbahnlärm) und 60% (Strassenverkehrslärm) (Heribert Rausch/Arnold Marti/Alain Griffel, Umweltrecht, Zürich 2004, Rz 282).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in Berücksichtigung sämtlicher vorstehend dargelegter Umstände und des Grundsatzes, dass auf eine Harmonisierung des zivilrechtlichen und des öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzes zu achten ist, der angefochtene Beschluss auch hinsichtlich der angeordneten bzw. anerkannten Massnahmen für die Nacht nicht zu beanstanden ist. Insbesondere aufgrund des erheblichen Abstandes zwischen den betroffenen Grundstücken und den Weiden auf KTN ..4 und ..5 kann ausgeschlossen werden, dass von den Kuhglocken erhebliche Störungen im Wohlbefinden der Bevölkerung ausgehen (Art. 15 USG). Wie bereits erwähnt rechtfertigen untergeordnete Störungen grundsätzlich keine Massnahmen. Das Gesetz anerkennt damit, dass menschliche Aktivitäten oder vom Menschen veranlasste Aktivitäten in der Regel mit Geräuschimmissionen verbunden sind, die auf andere Menschen einwirken. Es besteht ein Toleranzspielraum, in dem gewisse Störungen bzw. Belästigungen hingenommen werden müssen (Zäch/Wolf, a.a.O., N 23 zu Art. 15). Berücksichtigen durfte die Vorinstanz bei der Interessenabwägung im konkreten Fall auch den Umstand, dass es im schwyzerischen Voralpengebiet einer alt hergebrachten Tradition entspricht, das Vieh Glocken tragen zu lassen. Die meisten Menschen schätzen dieses Glockengeläut und fühlen sich dadurch nicht gestört. Ein vollständiges Glockentragverbot auf der gesamten Liegenschaft – die wie bereits erwähnt vollumfänglich in der Landwirtschaftszone liegt und die nur im Bereich KTN ..3 an die Wohnzone grenzt – wäre bei dieser Sachlage klar unverhältnismässig (vgl. Kölz, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, URP 1993, S. 397). ...

(VGE III 2008 13 vom 2. April 2008).

B 8.12

8.12 Strassenprojektgenehmigung

- *Ausbau einer bestehenden kantonalen Hauptstrasse ausserhalb der Bauzone. Verfahren (Erw. 2.2, 2.6).*
- *Enteignungsrechtliche Rügen (Erw. 5.1).*
- *Öffentliches Interesse (Erw. 5.4).*

Aus den Erwägungen:

2.2 Hauptstrassen unterstehen der Planungshoheit des Kantons (§ 12 Abs. 1 StrV). Dieser plant die Strassen nach dem Verfahren für den Erlass kantonalen Nutzungspläne gemäss §§ 10 ff. PBG (§ 13 Abs. 1 StrV). Bestehende Strassen ausserhalb der Bauzonen können mit Zustimmung des kantonalen Amtes im Projektgenehmigungsverfahren nach §§ 15 ff. der Strassenverordnung erneuert, teilweise geändert und ausgebaut oder mit baulichen Verkehrsanordnungen ergänzt werden, wenn dies mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist (§ 14 RPG). Die Ausnahme von der Planungspflicht wird im regierungsrätlichen "Bericht und Vorlage an den Kantonsrat" vom 15. Dezember 1998 (RRB Nr. 2225/1998) mit der Bestandesgarantie begründet (S. 16). Bestehende Strassen müssten nicht planerisch nachbearbeitet werden. Die Planungspflicht beziehe sich nur auf neue oder auf erheblich geänderte Strassen. Strassen müssten jedoch erneuert, geändert oder verbessert werden. Solche Änderungen könnten ohne die formellen Planungsschritte des RPG erfolgen. Befänden sich die Strassenstücke ausserhalb der Bauzonen oder ausserhalb eines speziellen Strassenplanes, sei die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nötig.

...

2.6 Im Rahmen des Projektgenehmigungsverfahrens sind die Projektunterlagen der kantonalen Baukontrolle für das kantonale Koordinationsverfahren einzureichen, sobald das definitive Projekt feststeht. Das Amt für Raumplanung erteilt die Zustimmung nach § 14 der Strassenverordnung (siehe oben Erw. 2.2). Das Koordinationsverfahren richtet sich im Übrigen nach den §§ 40 ff. der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (§ 14 Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung, VVStra, SRSZ 442.111).

...

5.1 Dass im vorliegenden Verfahren auch enteignungsrechtliche Aspekte - soweit diese den aufgelegten Plan betreffen - mitzubeurteilen sind, ergibt sich zwingend aus § 2 Abs. 2 EntG. Dieser Regelung liegt

einerseits die Erkenntnis zu Grunde, dass die Abtretungspflicht die Durchführbarkeit des geplanten Werkes voraussetzt und mithin das administrativ-polizeiliche Genehmigungsverfahren grundsätzlich dem Ent eignungsverfahren vorzuzugehen hat (EGV-SZ 1992, Nr. 12; siehe aber auch EGV-SZ 1994, Nr. 11). Andererseits können enteignungsrechtliche Rügen den aufgelegten Plan - insbesondere die Situierung, Linienführung und Dimensionierung eines Werkes - beeinflussen, so dass insoweit eine Koordination im Rahmen des administrativ-polizeilichen Genehmigungsverfahrens geboten ist.

...

5.4 Dass das umstrittene Strassenprojekt insgesamt und in seiner die Liegenschaft der Beschwerdeführer beanspruchenden Ausgestaltung im öffentlichen Interessen liegt, kann nicht zweifelhaft sein. Der stark verkehrsbelastete Strassenabschnitt vermag den heutigen verkehrs- und sicherheitstechnischen Anforderungen nicht mehr oder nur unzulänglich zu genügen. Insbesondere die Führung des Langsamverkehrs sowie die Verkehrsberuhigung im Bereich der Ortseinfahrt lässt zu wünschen übrig, was sich auch im Masterplan und im aktuellen Richtplan mit den regionalen Ergänzungen widerspiegelt (...). Eine strassenplanerisch sachgerechte Anbindung der angrenzenden Bauzone (und allenfalls zukünftiger Bauzonen) über den Kreisel und teilweise den Linksabbieger (Fahrtrichtung ...) liegt ebenfalls im öffentlichen Interessen. Der Umstand, dass solche strassenbaulichen Vorkehrungen in gewichtigem Masse auch einem einzelnen Bauherrn dienen können, weil er ohne rechtsgenügeliche Erschliessung gar keine Baubewilligung erhalten würde, ist unerheblich. Die Erschliessungspflicht im Bereich der Basis- und Groberschliessung obliegt grundsätzlich der öffentlichen Hand (Josef Hensler, Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte [sog. Erschliessungshilfe nach § 41 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz], in EGV-SZ 2004, S. 283 ff.), womit das öffentliche Interesse ausgewiesen ist. Die Kostenbeteiligung des ... gestützt auf §§ 51/55 StrV steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Eine verursachergerechte Kostenbeteiligung an einer strassenbaulichen Massnahme macht diese deswegen nicht zu einer privaten bzw. nur privaten Interessen dienenden Anlage (siehe auch weitere Mitfinanzierungen im Zusammenhang mit Basis- und Groberschliessungen: § 58 StrV: Vorteilsabgabe; §§ 44 ff. PBG: Strassenerschliessungsbeiträge). Dass schliesslich auch die beiden Bushaltebuchten im öffentlichen Interesse liegen, braucht hier nicht besonders hervorgehoben zu werden.

(VGE III 2008 1 und 57 vom 15. April 2008; das Bundesgericht hat mit Urteil 1C_240/2008 + 1C_241/2008 vom 27. August 2008 die

B 10.1

erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte.).

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

10.1 Entzug der Jagdberechtigung

- *Für die Wiedererlangung der für zwei Jahre entzogenen Jagdberechtigung ist nicht der gesamte Jagdlehrgang, sondern nur derjenige Teilbereich zu wiederholen, welcher für den Entzug der Jagdberechtigung massgebend war (analog beschränkt sich die erneute Jägerprüfung auf den Teilbereich, welcher zu wiederholen war).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerde führende Jäger hatte nach dem Abschuss einer Gämse die kantonalen Vorschriften für das Jagdjahr 2006/2007 betreffend Einstanzen der Ohrenmarke und Ausfüllen der Abschussmeldung verletzt. Dafür wurde er vom zuständigen Bezirksamt mit einer Busse von Fr. 200.-- bestraft. Zudem entzog das zuständige Departement für die Verletzung der Vorweis- und Kontrollpflichten für Gämswild die Jagdberechtigung für zwei Jahre.

Aus den Erwägungen:

1.2 Im kantonalen Gesetz über die Jagd vom 23. März 1972 (JG, SR 761.100) normiert § 2, dass die Jagd nach dem Patentsystem ausgeübt wird. Nach § 3 JG obliegen dem Kanton u.a. die Regelung und Überwachung des Jagdwesens (lit. a) sowie die Jagdpolizei und die Organisation der Wildhut (lit. d). Gemäss § 4 Abs. 1 JG erlässt der Kantonsrat auf Grund des § 40 lit. e der Kantonsverfassung die zum Vollzug der Bundesgesetzgebung über Jagd und Vogelschutz und des Jagdgesetzes erforderlichen Vollzugsvorschriften. Er ordnet insbesondere die Jagdberechtigung, die Patenttaxen, die Jagdausübung, den Wild- und Vogelschutz, die Organisation der Jagdbehörden und Jagdverwaltung, den Schutz des Grundeigentums und die Strafbestimmungen (§ 4 Abs. 2 JG).

Von dieser Kompetenz hat der Kantonsrat in der kantonalen Jagd- und Wildschutzverordnung vom 20. Dezember 1989 (JV, SRSZ 761.110) Gebrauch gemacht.

1.3 Voraussetzungen zur Jagdberechtigung sind nach § 7 Abs. 1 JV:

- jahrgangsmässig erfülltes 20. Altersjahr (lit. a);
- gültige, vom Kanton Schwyz anerkannte Jägerprüfung (lit. b);
- Nachweis über ein im laufenden Jahr absolviertes Schiessen mit den auf der Jagd geführten Waffen, gemäss Regelung in den jährlichen Jagdvorschriften (lit. c);
- keine Verweigerungsgründe nach § 18 JV (lit. d);
- Ausweis über den Abschluss einer den Vorschriften des JSG entsprechenden Haftpflichtversicherung (lit. e).

Nach § 8 Abs. 1 JV verliert die Jagdberechtigung bzw. die Jägerprüfung ihre Gültigkeit, wenn die Jagd während mehr als zehn Jahren nicht mehr ausgeübt worden ist (lit. a), oder wenn die Jagdberechtigung durch den Richter als Nebenstrafe oder vom zuständigen Departement in Anwendung von § 59 JV entzogen worden ist. Die Jagdberechtigung kann erst durch das erneute Bestehen eines Jagdlehrganges und der Jägerprüfung wieder erworben werden (§ 8 Abs. 2 JV).

...

4.1 Zu prüfen sind noch die Konsequenzen des Entzuges der Jagdberechtigung. Der vorinstanzlich verfügte, auf § 59 lit. a JV abgestützte Entzug der Jagdberechtigung hat grundsätzlich zur Folge, dass der Beschwerdeführer während zwei Jahren im Kanton Schwyz nicht jagen und damit kein Jagdwild erlegen darf. ...

4.2 Eine andere Frage ist, wie es sich mit der Wiedererlangung der Jagdberechtigung nach dem angeordneten Entzug verhält. Nach § 8 Abs. 1 lit. a JV verliert die Jagdberechtigung bzw. die Jägerprüfung die Gültigkeit, wenn die Jagd während mehr als zehn Jahren nicht mehr ausgeübt worden ist. Mithin geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Befähigung zu weidgerechter Jagdausübung nach bestandener Jägerprüfung weiterhin gegeben ist, auch wenn ein Jäger beispielsweise bis zu 9 Jahre lang an keiner Jagd teilnimmt. Mit anderen Worten nimmt der Gesetzgeber erst nach einem Unterbruch von 10 Jahren an, dass ein erneutes Bestehen eines Jagdlehrganges und der entsprechenden Jägerprüfung nötig sei. In diesem Zusammenhang wurde in der Beschwerde unwidersprochen dargelegt, dass ein Jagdlehrgang rund 72 Stunden für verschiedene Kurse, ca. 40 Stunden für Hegetätigkeiten, ca. 10 Stunden für Wildhutbegleitungen, ca. 64 Stunden für Jägerbegleitungen, ca. 14

B 10.1

Stunden für die Vorbereitung der Schiessprüfung, zusammen rund 200 Stunden umfasst und damit mit einem grossen zeitlichen Aufwand verbunden ist.

4.3 Gemäss § 8 Abs. 1 lit. b JV verliert die Jagdberechtigung bzw. die Jägerprüfung ihre Gültigkeit, wenn die Jagdberechtigung durch den Richter als Nebenstrafe oder vom zuständigen Departement in Anwendung von § 59 JV entzogen worden ist. Nachdem § 8 Abs. 2 JV vorschreibt, dass die Jagdberechtigung erst durch das erneute Bestehen eines Jagdlehrganges und der Jägerprüfung wieder erworben werden kann, wäre nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer über den 4. September 2008 hinaus von der Jagd ausgeschlossen sein könnte, und zwar dann, wenn er die dargelegten rund 200 Stunden für den Besuch eines erneuten Jagdlehrganges nicht aufbringen würde (bzw. allenfalls alsdann die erneute Jägerprüfung nicht bestehen würde). Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob die Bestimmung von § 8 Abs. 2 JV den in der Verfassung verankerten Prinzipien der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbotes zu genügen vermag.

4.4 Nach Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wurde in der Beurteilung von Grundrechtseinschränkungen entwickelt. Er hat dort seine grösste Bedeutung (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt nach Praxis und Lehre, dass eine staatliche Massnahme in Rechtsetzung oder Rechtsanwendung geeignet und erforderlich sein muss und dass die angestrebte Wirkung nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen darf (vgl. Yvo Hangartner in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Zürich 2002, N 32 f. zu Art. 5, mit Hinweisen). Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann (vgl. BGE 132 I 62 E. 7.2 mit weiteren Hinweisen).

Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung verstösst ein Erlass gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist (vgl. Christoph Rohner in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, herausgegeben von Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Zürich 2002, N 4 zu Art. 9, mit Hinweisen; vgl. auch die

Ausführungen in Ziffer 4.2 der Beschwerdeschrift, mit Verweis auf BGE 129 I 3 E. 3 sowie BGE 2P.82/2006 vom 21. August 2007, E. 4.3).

4.5 Bei der Behandlung der Frage, ob die Bestimmung von § 8 Abs. 2 JV verfassungskonform ist, muss folgende Ausgangslage berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat für die Verletzung von in den kantonalen Vorschriften für das Jagdjahr 2006/2007 enthaltenen Vorweis- und Kontrollpflichten in zweierlei Hinsicht Rechtsfolgen vorgesehen. Zum einen geht es um die Bestrafung des betreffenden Jägers mit einer Sanktion (i.d.R. Geldbusse), zum andern sollen erzieherische (Administrativ-) Massnahmen den Jäger dazu bringen, inskünftig die Jagdvorschriften vollumfänglich und lückenlos einzuhalten. Die in Rechtskraft erwachsene Strafverfügung des Bezirksamtes (wonach der Beschwerdeführer eine Geldbusse von Fr. 200.-- sowie Ausfertigungsgebühren von Fr. 150.-- zu bezahlen hatte) deckt den strafrechtlichen Bereich ab, während dem Entzug der Jagdberechtigung als administrativrechtliche Massnahme grundsätzlich rein erzieherischer Charakter zukommt. Eine vergleichbare Regelung mit Strafe und administrativrechtlicher Massnahme kennt auch das Strassenverkehrsrecht, wo für die Verletzung von Strassenverkehrsregeln die Geldbusse oder Gefängnisstrafe des Strafrichters als strafrechtliche Sanktion zum Zuge kommt, derweil der vom Verkehrsamt verfügte Entzug des Führerausweises für befristete oder unbefristete Zeit nicht als Strafe, sondern als erzieherische Massnahme und als solche zum Schutz der Verkehrsteilnehmer zu verstehen ist. Da die Administrativmassnahme keine Strafe sein soll, kann sie daher neben eine Strafe treten, ohne dass der aus dem römischen Recht stammende und auch im schweizerischen Recht geltende Grundsatz „ne bis in idem“ (Verbot mehrfacher Bestrafung wegen derselben Tat) verletzt wird (vgl. dazu René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, S. 32, Rz. 1979).

Im Lichte all dieser Ausführungen geht es eindeutig zu weit, für eine erstmalige Verletzung von Vorweis- und Kontrollpflichten beim Jagdgang vom ... nebst der vom zuständigen Strafrichter ausgefallenen Sanktion einer Geldbusse von Fr. 200.-- und dem vom zuständigen Departement verfügten Entzug der Jagdberechtigung bis zum 3. September 2008 noch zusätzlich zu verlangen, dass der betreffende Jäger nochmals einen vollständigen Jagdlehrgang mit einem Zeitaufwand von rund 200 Stunden (sowie eine komplette Jägerprüfung) absolvieren müsste, damit er die Jagdberechtigung wieder erlangen könnte. Bei einem Beharren auf der nochmaligen Absolvierung des ganzen Jagdlehrganges müsste der Beschwerdeführer beispielsweise auch den immerhin rund 14 Stunden umfassenden Teilbereich „Vorbereitung Schiessprüfung“ wiederholen, obwohl aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer keine mangelhaften

B 11.1

Schiesskenntnisse aufweist, hat er doch in seiner ersten Jagdsaison eine Gämse, zwei Rehe und drei Füchse getroffen und erlegt. Mit anderen Worten besteht keine sachliche Notwendigkeit, vom Beschwerdeführer zu verlangen, dass er den kompletten Jagdlehrgang wiederhole, ein Nachholbedarf ist lediglich für den Bereich „Jagdgesetzgebung“ bzw. für denjenigen Kursteil zu bejahen, in welchem die massgebenden Jagdvorschriften vermittelt werden. Ein Beharren auf der Wiederholung des gesamten Jagdlehrganges wiese einen Strafcharakter auf, welcher sich mit dem dargelegten Rechtsgrundsatz „ne bis in idem“ nicht vereinbaren liesse. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Auslegung von § 8 Abs. 2 JV, wonach die Jagdberechtigung erst durch das erneute Bestehen eines kompletten Jagdlehrganges und der Jägerprüfung wieder erworben werden könne, sich als unverhältnismässig und verfassungswidrig erweist, weshalb eine solche Auslegung keine Anwendung finden kann. Vielmehr verlangt eine verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmung, dass im Falle eines nicht mehr als zwei Jahre dauernden Entzuges der Jagdberechtigung für den Wiedererwerb der Jagdberechtigung nicht der gesamte Jagdlehrgang, sondern nur derjenige Teilbereich zu wiederholen ist, welcher für den angeordneten Entzug der Jagdberechtigung von hinreichender Bedeutung ist (im konkreten Fall ist der nochmalige Besuch des Moduls „Jagdvorschriften“ angebracht und nötig). Analog hat sich die erneute Jägerprüfung auf denjenigen Teil zu beschränken, welcher zu wiederholen war. Im Übrigen kann hier offen bleiben, wie es sich mit der Wiederholung des Jagdlehrganges verhielte, wenn ein weit gravierender Vorfall zu beurteilen wäre und es um eine Entzugsdauer ginge, welche der maximalen Dauer von 10 Jahren nahekäme.

(VGE III 2007 175 vom 21. Februar 2008).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Akteneinsichtsrecht

- *Nur in mit erheblicher Wahrscheinlichkeit entscheidrelevante Angaben.*

Aus den Erwägungen:

2.4 Das Akteneinsichtsrecht ist selbst bei Einverständnis der Gegenpartei grundsätzlich nur in mit erheblicher Wahrscheinlichkeit entscheid-

relevante Angaben zu gewähren (EGV-SZ 1999, Nr. 17, S. 60). Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Konkurrenzofferte. In diesem Sinne ist der Beschwerdeführerin das Akteneinsichtsrecht gewährt worden.

(VGE III 2008 81 vom 17. Juni 2008).

11.2 Ausschluss

- *Wegen der Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in Festpreispositionen (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Ein Angebot wird von der Teilnahme u.a. ausgeschlossen, wenn wesentliche Formerfordernisse verletzt sind, insbesondere durch Nicht-einhalten der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB). Ein Anbieter darf indes wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden; ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen und es dürfen nur wesentliche Mängel zum Ausschluss führen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 239 f.; VGE 1011/06 vom 30. März 2006, Erw. 4.1). Andererseits ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen (Verwaltungsgericht ZH VB.2007.00123 vom 12. September 2007, Erw. 3.1). Besteht der Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, so hat die Anbieterin oder der Anbieter an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (§ 26 Abs. 3 VIVöB).

...

6.2 Umstritten ist dagegen, ob die Beschwerdeführerin wesentliche, einen Ausschluss rechtfertigende Formerfordernisse verletzte (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB).

6.2.1 Die Detailpositionen im vorliegenden Vergabeverfahren waren bis auf wenige Ausnahmen mit Einheitspreisen zu offerieren. Keine mengenabhängige Preiskalkulation wurde insbesondere bei den Positionen 110.001, 110.002 und 231.001 sowie 121.001 und 121.002 verlangt (Baustelleneinrichtungen).

B 11.2

6.2.2 Die Vergabebehörde forderte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 29. Februar 2008 zu folgendem Nachweis auf:

... Um die Bewertung Ihres Angebotes durchführen zu können benötigen wir einen Nachweis für folgende Positionen:
Verkehrsregelung von Hand, Pos. 235.101 und Pos. 235.201
Lieferrn von Material zur Verwendungsstelle, Pos. 271.103 und Pos. 271.321
Gem. allgemeine Bestimmungen Seite 4, Ergänzungen zu SIA-Norm 118, Art. 27 Abs. 2 führen unbegründete Einheitspreise, die offensichtlich unrealistisch sind, zum Ausschluss des Offertangebotes. ...

Die Beschwerdeführerin offerierte in diesen Positionen folgende Einheitspreise und Gesamtbeträge (in Klammer entsprechend offerierte Einheitspreise / Beträge der Beschwerdegegnerin sowie Differenz zwischen dem beschwerdeführerischen und dem beschwerdegegnerischen Positionsbetrag):

235.101: 50 x Fr. 0.1 = Fr. 5.-- (50 x Fr. 52 = Fr. 2'600.--
Diff. Fr. 2'595.--)
235.201: 60 x Fr. 0.1 = Fr. 6.-- (50 x Fr. 52 = Fr. 3'120.--
Diff. Fr. 3'114.--)
271.103: 10 x Fr. 1.-- = Fr. 10.-- (10 x Fr. 55 = Fr. 550.--
Diff. Fr. 540.--)
271.321: 5 x Fr. 1.-- = Fr. 5.-- (5 x Fr. 56 = Fr. 280.--
Diff. Fr. 275.--)

6.2.3 Mit Schreiben vom 4. März 2008 teilte die Beschwerdeführerin mit, die Positionen 235.101 und 235.201 seien in der Hauptinstallationsposition 111.001, und die Position 271.321 in der Position 282.121 eingerechnet. Zur Position 271.321 erwähnte sie, auf der Baustelle falle Fräsgut an. Der für die Baustelle nötige Anteil werde direkt als Planiematerial wiederverwertet.

Die erwähnte Position 111.001 betrifft eine Festpreisposition (Baustelleneinrichtung, "Für die Dauer der Leistungen des Unternehmers"), welche die Beschwerdeführerin mit Fr. 8'550.-- offerierte (Beschwerdegegnerin: Fr. 3'200.--). Die weitere von der Beschwerdeführerin erwähnte Position 282.121 betrifft "Planie erstellen. Geeignetes Material einbauen und verdichten bis zum Erreichen des geforderten ME-Wertes. Materiallieferung in Pos. 271. Planietoleranz +/- mm 10 ab Sollhöhe". Es handelt sich hier um eine Einheitspreisposition für eine Fläche von 65 m². Die Beschwerdeführerin offerierte 65 x Fr. 8.50 = Fr. 552.50 (Beschwerdegegnerin: 65 x Fr. 6.-- = Fr. 390.--).

6.3.1 Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass Angebote mit abgeänderten Leistungsverzeichnissen ausgeschlossen werden ("Ausschreibung und Angebot", S. 2, Ziff. 1). Streichungen und Änderungen in den Bestimmungen und im Leistungsverzeichnis dürfen keine vorgenommen werden. Der Unternehmer hat für die Preisangabe den vorliegenden Beschrieb mit dazugehörendem Offertformular unverändert zu verwenden. Der Unternehmer kann eigene Vorschläge und Varianten vorschlagen. Das Leistungsverzeichnis der offiziellen Ausschreibung ist jedoch auf jeden Fall auszufüllen und einzureichen. Die Unternehmervariante muss die gleichen Leistungen erbringen und mit der offiziellen Ausschreibung vergleichbar sein. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, Vorschläge und Varianten zu prüfen oder zu berücksichtigen. Unternehmervorschläge und Unternehmervarianten müssen als solche gekennzeichnet und bei der Offertöffnung eindeutig ersichtlich sein. Pauschalangebote und Globalangebote sind nicht zulässig. Die einzelnen Einheitspreise im Leistungsverzeichnis sind zu deklarieren. Nicht ausgefüllte oder offensichtlich unrealistische Einheitspreise sind mit der Offerteingabe schriftlich zu begründen. Unbegründete "10 Rappen" oder 1 Franken" Einheitspreise (Platzhalterangebote) führen zum Ausschluss des Offertangebotes ("Ausschreibung und Angebot", S. 3 f., Ziff. 3 zu Art. 27 Abs. 2). Für Mehr- und Mindermasse bleiben die Einheitspreise unverändert ("Ausschreibung und Angebot", S. 7, Ziff. 3 zu Art. 86).

6.3.2 In der Rechtsprechung geht man mit überzeugender Begründung davon aus, dass die wesentliche Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in eine Festpreisposition grundsätzlich nicht zulässig ist. Mit diesem Vorgehen wird das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot (Art. 11 lit. a IVöB) verletzt, die Vergleichbarkeit der Offerten erschwert oder gar verunmöglicht (§ 27 VIVöB) und dem (in casu vorgegebenen) Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen (siehe oben Erw. 6.2.1) widersprochen. Die Verschiebung von Kostenteilen aus den Einheitspreisen in eine Festpreisposition darf nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zu Lasten des Auftraggebers auszunützen, andernfalls der Auftraggeber nicht von einer Kostenersparnis bei einer allfälligen Mengenreduktion profitieren würde. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung nebst der Erschwerung des direkten Vergleiches mit den anderen Angeboten eine korrekte Analyse des offerierten Preises. Schliesslich führt die Umlagerung in die Position "Baustelleneinrichtung" im Ergebnis zu einer un gerechtfertigten Kreditgewährung, weil die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird (vgl. Art. 145 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 146 SIA-Norm 118). Nimmt ein Anbieter an, dass aufgrund der von ihr vorgesehenen Bauweise bestimmte Positionen des

B 11.2

Leistungsverzeichnisses nicht nötig sein werden, so hat er diese besondere Bauweise als Variante anzubieten (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.2007.00123 vom 12. September 2007, Erw. 3.4; VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003, Erw. 4; Verwaltungsgericht des Kantons Luzern V 04 19 vom 19. März 2004 = LGVE 2004 II Nr. 8; Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23 f.).

6.4.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die zwei Einheitspositionen 235.101 und 235.201 (Verkehrsregelung von Hand und durch Personal Verkehrsdienst) in die Festpreisposition 111.001 (Baustelleneinrichtung) eingerechnet hat. Das hat im Vergleich zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zur Konsequenz, dass die beschwerdegegnerische Festpreisposition 111.001 um Fr. 5'350.-- tiefer liegen, die beiden mengenabhängigen Einheitspreispositionen 235.101 und 235.201 zusammengerechnet aber um Fr. 5'709.-- höher. Dieses Vorgehen ist aufgrund der dargelegten Rechtsprechung (siehe oben Erw. 6.3.2) grundsätzlich unzulässig. Fraglich ist einzig, ob es sich um eine wesentliche Umlagerung handelt bzw. die Vergabebehörde in vertretbarer Weise die Voraussetzungen für einen Wettbewerbsausschluss bejahte (siehe nachfolgend Erw. 6.4.2). Festzuhalten ist des Weiteren, dass die Beschwerdeführerin keine Variante einreichte ... Wäre dies der Fall, würde es am erforderlichen Grundangebot mangeln (Erw. 6.3.1).

6.4.2 Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen im Schreiben vom 4. März 2008 (siehe oben Erw. 6.2.3) eine plausible Erklärung nachreichte, weshalb die Einheitspreise in den Positionen 235.101 und 235.201 mit jeweils Fr. 0.1 pro Stunde Verkehrsregelung derart unrealistisch tief ausgefallen sind, nämlich weil sie "diese Positionen ... nach <i>ihren</i> Aufwandbedürfnissen in die Hauptinstallation Pos. 111.001 eingerechnet" hat. Damit ändert sich aber nichts an der Tatsache, dass die beiden Einheitspreise unrealistisch tief offeriert wurden und dass eine Umlagerung der mengenabhängigen Einheitspreise in eine Festpreisposition stattgefunden hat. Mit der beschwerdeführerischen Erklärung wird die Vergleichbarkeit nicht nachträglich hergestellt und eine mangelhafte Offerte saniert. Vielmehr wird weder eine nachvollziehbare Erklärung geltend gemacht noch ist eine solche erkennbar, welche im beschwerdeführerischen Vorgehen glaubhaft einen anderen Zweck begründet sieht, als dass damit bei einem allfälligen geringeren Stundenaufwand (als im Offertbeschreibung vorgesehen) zu Lasten des Auftraggebers eine Preisreduktion verhindert werden kann. Ob dies effektiv der Fall sein würde, kann naturgemäss im jetzigen Zeitpunkt aufgrund

der Ausschreibungsunterlagen nicht zuverlässig festgestellt werden. Es ist aber durchaus möglich, dass die Offerte der Beschwerdeführerin letztlich preislich höher liegt, als diejenige der Beschwerdegegnerin, welche mit Fr. 2'548.65 nur geringfügig höher als die erstere ausgefallen ist (...). Nachdem im Interesse der Vergleichbarkeit und des Gleichbehandlungsgebotes ein strenger Massstab anzuwenden ist (siehe Erw. 5.1), erweist sich der Verfahrensausschluss trotz der in quantitativer Hinsicht eher geringen Umlagerung somit als rechtlich vertretbar und die Beschwerde als unbegründet.

(VGE III 2008 81 vom 17. Juni 2008).

C Regierungsrat

2. Baurecht

2.1 Auflage für die Fassadengestaltung

- *Ist eine Auflage betreffend Fassadengestaltung in Rechtskraft erwachsen, kann sie in einem Rechtsmittelverfahren in Zusammenhang mit einer Projektänderung nicht mehr in Frage gestellt werden. Es liegt eine abgeurteilte Sache vor (Erw. 2).*
- *Autonomie der Gemeinden im Ortsbildschutz (Erw. 3.1).*
- *Einordnung des Bauvorhabens in den Ortskern von Feusisberg (Erw. 3.2).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat Feusisberg erteilte unter Auflagen und Bedingungen die Baubewilligung für einen Um- und Anbau an ein in der Kernzone der Gemeinde Feusisberg gelegenes altes Schwyzerhaus. Geplant war ein Umbau des bestehenden Bauernhauses, der Bau eines Verbindungstrakts zum neuen und modernen Anbau mit einer Wohnung mit sechs Zimmern, diversen Nebenräumen, einer Garage und einem Vorplatz. Der Gemeinderat hatte die von der kantonalen Denkmalpflege angeregte Auflage, die Front gegen die Kirche hin mit einem freistehenden Pflanzgerüst aus Metall, das im Abstand der geplanten Aussentreppe vor die Fassade montiert werden kann, in seinen Beschluss übernommen. Die Baubewilligung erwuchs in Rechtskraft.

In der Schlussabnahme wurden verschiedene Abweichungen von den bewilligten Bauplänen (veränderte Raumeinteilung und Raumnutzung, zusätzliches Fenster, Verglasung der Passerelle, neue Aussentreppe usw.) festgestellt. Die Änderungen wurden nachträglich bewilligt. In der Bewilligung wurde festgehalten, dass die Westfassade des Neubaus im Sinne der Erwägungen bis spätestens Ende 2008 mit einem Rankgerüst zu ergänzen und zu bepflanzen sei. Die Detailausführung sei mit dem kantonalen Denkmalpfleger abzusprechen. Die Grundeigentümer führten gegen den Beschluss des Gemeinderates Feusisberg Beschwerde und verlangten die Aufhebung der erwähnten Auflage. Der Regierungsrat ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

2. Zu beurteilen ist vorliegend somit die Frage, ob die Baubewilligungsaufgabe, die Westfassade des neuen Anbaus (gegenüber der Pfarrkirche) zwecks besserer Einordnung in die empfindliche bauliche Umgebung mit einem Rankgerüst (und entsprechender Bepflanzung) zu ergänzen, (nochmals) angefochten werden kann. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass dies nicht mehr möglich ist, da über diese Verpflichtung mit der ursprünglichen Baubewilligung vom 19. August 2004, die unangefochten geblieben und deshalb in Rechtskraft erwachsen ist, definitiv entschieden worden sei. Die Beschwerdeführer hingegen machen geltend, jene Baubewilligung sei ohne Auflagen erteilt worden. Die Vorinstanz dürfe sie deshalb nicht nachträglich noch mit zusätzlichen Nebenbestimmungen ergänzen.

2.1 Die Beschwerdeführer sind fälschlicherweise der Auffassung, die Baubewilligung vom 19. August 2004 beinhalte keine verpflichtende Auflage, an der Fassade gegenüber der Kirche ein Rankgerüst zu erstellen.

Die Baubewilligung vom 19. August 2004 wurde unter Auflagen und Bedingungen erteilt (Dispositiv-Ziff. 2). Unter Ziff. 2.1 wird ausdrücklich verlangt, dass u.a. die Auflagen und Bedingungen der nachfolgend aufgeführten „Verfügungen“ vollständig zu erfüllen sind. Unter dieser Aufzählung figuriert an letzter Stelle das Schreiben der kantonalen Denkmalpflege vom 22. November 2002, in dem empfohlen wird, „die karge Front gegen die Kirche mit einem freistehenden Pflanzgerüst aus Metall, das im Abstand der geplanten Aussentreppe vor die Fassade montiert werden kann, zu beleben“ (da die kantonale Denkmalpflege nicht selbst verfügen kann, handelt es sich hier sinngemäss um eine Aufforderung an die Baubewilligungsbehörde, eine entsprechende Auflage in die Baubewilligung aufzunehmen). Mit der Aufnahme dieser Empfehlung durch die Vorinstanz in die Baubewilligung wurde sie Bestandteil davon und somit für die Beschwerdeführer zur verbindlichen Auflage. Objektiv kann diese Anordnung nicht anders verstanden werden, obwohl es zweckdienlich und verständlicher gewesen wäre, wenn der Gemeinderat Feusisberg diese „Empfehlung“ klar und unmissverständlich als verbindliche Auflage festgeschrieben hätte. Da die kantonale Denkmalpflege zudem als einzige Verbesserung des Bauprojektes in Bezug auf die bessere Einordnung eine solche Auflage vorgeschlagen hat, wäre die Aufnahme dieser Empfehlung als Bestandteil der Baubewilligung nicht notwendig gewesen, wenn man ihr keine verbindliche Wirkung hätte beimessen wollen.

C 2.1

2.2 Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführer überzeugt nicht. Die Bauverwaltung Feusisberg hatte bereits mit Schreiben vom 17. Mai 2002 dem von den Beschwerdeführern beauftragten Architekturbüro mitgeteilt (mit Kopie an die Beschwerdeführer), dass der Gemeinderat das Baugesuch hinsichtlich der Einordnung an der Sitzung vom 16. Mai 2002 beraten und u.a. die Fassadengestaltungen als störend empfunden habe (u.a. „Betonwände praktisch ohne Öffnungen in der West- und Ostfassade“). Im Weiteren wurde eine Besprechung angeregt, an dem auch der kantonale Denkmalpfleger teilnehmen werde. Dieser war somit schon frühzeitig involviert, was denn auch bei solchen Vorhaben an und in der Nähe von geschützten Bauten der üblichen Praxis entspricht. Wie jener zudem in seiner Stellungnahme vom 27. Februar 2008 ausführt, habe er mit den Architekten „bereits detailliert über die Art des Rankgerüsts verhandelt“. Wenn die Beschwerdeführer heute geltend machen, ihnen gegenüber sei nie von einem Rankgerüst die Rede gewesen, so ist dies wenig glaubwürdig, denn sie legen mit ihrer Beschwerde das Schreiben der kantonalen Denkmalpflege vom 22. Dezember 2002 als Faxkopie ins Recht, das ihren ihr Architekturbüro bereits am 15. September 2003 übermittelt hatte. Falls ihre Behauptung jedoch dennoch zutreffen sollte, dann wurden sie von ihrem Architekten mangelhaft informiert. Massgebend aber ist, dass jener als bevollmächtigter Stellvertreter der Bauherrschaft für die Baubehörden als Ansprechpartner gilt, zumal sich der Architekt in der Regel sowohl als Planer wie auch als Bauleiter in der Umsetzungsphase mit dem Bauvorhaben befasst. Die Einordnung des Bauvorhabens in die empfindliche bauliche Umgebung war somit seit der Gesuchseinreichung (Mai 2002) ein Thema und blieb es offensichtlich auch während des länger dauernden Einspracheverfahrens bis zur Erteilung der Baubewilligung (August 2004). Mit Auflagen in ortsbildschützerischer bzw. denkmalpflegerischer Hinsicht mussten die Beschwerdeführer somit auf jeden Fall rechnen.

2.3 Spätestens mit dem Erhalt der Baubewilligung vom 19. August 2004, der die weiteren kantonalen „Verfügungen“ beilagen (Dispositiv-Ziff. 7), hatten die Beschwerdeführer wie auch ihr Architekt von dieser Auflage Kenntnis erhalten. Es ist anzunehmen, dass unter den erwähnten „Verfügungen“ die in Dispositiv-Ziff. 2.1 aufgeführten Unterlagen, wie sie auch in den vorinstanzlichen Bauakten figurieren, mit der Baubewilligung versandt wurden. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Beschwerdeführer, wie diese behaupten, das Schreiben der kantonalen Denkmalpflege vom 22. November 2002, nicht erhalten hatten, hätten sie mit dem Erhalt der Baubewilligung auf jenes Schreiben aufmerksam werden müssen und dieses bei der Vorinstanz anfordern können. Denn eine Postsendung wird in der Regel vom Empfänger auf ihre Vollständigkeit

keit hin überprüft. Die Beschwerdeführer hätten sich zudem bei der Vorinstanz auch über die Tragweite der Aufnahme der denkmalpflegerischen Empfehlung in die Baubewilligung erkundigen können, wenn ihnen dies nicht zum vornherein klar gewesen wäre.

Es ist jedoch vielmehr davon auszugehen, dass die Bewilligungsaufgabe, an der Westfassade ein Rankgerüst zu erstellen, in Anbetracht der Vorgeschichte den Beschwerdeführern bekannt war und keineswegs unerwartet in die Baubewilligung aufgenommen wurde. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätten sich die Beschwerdeführer früher, d.h. sofort nach Erhalt und vor Baubeginn bei den Baubehörden vergewissern müssen, um allenfalls dagegen Beschwerde erheben zu können, falls man die Auflage nicht akzeptieren wollte. Mit ihrem Stillschweigen bzw. Nichtstun haben sie die Baubewilligung und damit auch sämtliche Nebenbestimmungen in Rechtskraft treten lassen und demzufolge auch akzeptiert. Indem sie in der Folge von der Baubewilligung Gebrauch gemacht haben und heute von jener Bewilligungsaufgabe aber nichts mehr wissen wollen, verhalten sie sich zudem widersprüchlich, was gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und damit keinen Rechtsschutz verdient (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, NN 712 f.).

2.4 Die Bewilligungsaufgabe, an der Westfassade ein Rankgerüst zu erstellen, ist somit mit der Baubewilligung vom 19. August 2004, die die Beschwerdeführer bereits konsumiert haben, formell wie materiell rechtskräftig. Dies hat zwingend zur Folge, dass darauf nicht mehr zurückgekommen werden kann, zumal in Bezug auf die massgebliche Frage der Einordnung weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht veränderte Verhältnisse eingetreten sind. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Vorinstanz in der angefochtenen nachträglichen Baubewilligung vom 14. Januar 2008, die wegen des eigenmächtigen Abweichens der Beschwerdeführer von der ursprünglichen Baubewilligung notwendig geworden ist, jene Bewilligungsaufgabe nochmals erwähnt hat. Dies war durchaus gerechtfertigt, nachdem die Beschwerdeführer die rechtskräftige und damit vollstreckbare Auflage noch nicht erfüllt haben. Damit hat die Vorinstanz aber die rechtskräftige Bewilligungsaufgabe nicht in Wiedererwägung gezogen. Sie hat den Sachverhalt nicht nochmals materiell beurteilt und die Auflage neu verfügt. Vielmehr hat sie mit diesem Hinweis die Beschwerdeführer daran erinnert, dass die Auflage noch nicht erfüllt ist. Gleichzeitig hat sie im Sinne einer Vollstreckungsanordnung Frist angesetzt, bis spätestens Ende 2008 das Rankgerüst nach Absprache mit der kantonalen Denkmalpflege zu erstellen und

C 2.1

damit der rechtskräftigen Verpflichtung nachzukommen. In Dispositiv-Ziff. 3 wird ausdrücklich auf Erwägung Ziff. 3 verwiesen, wo festgehalten wird, dass „an der Auflage der kantonalen Denkmalpflege gemäss Stellungnahme vom 22. November 2002“ festgehalten wird. Dieser Verweis beinhaltet keine Neubeurteilung der Auflage. Eine solche war denn auch weder notwendig noch zulässig, da, wie bereits erwähnt, in der Zwischenzeit keine veränderte Rechts- und/oder Sachlage eingetreten ist, die ein Zurückkommen gerechtfertigt hätte (aus diesem Grunde kann der nachträgliche Widerstand der Beschwerdeführer gegen die Baubewilligungsaufgabe auch nicht wiedererwägungsweise nochmals beurteilt werden).

2.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass über die angefochtene Dispositiv-Ziff. 3 der Baubewilligung vom 14. Januar 2008 (...) der Vorinstanz mit Dispositiv-Ziff. 2.1 der Baubewilligung vom 19. August 2004 (...) des Gemeinderates Feusisberg bereits eine rechtskräftige Verfügung (res iudicata) vorliegt, sodass gestützt auf § 27 Abs. 1 lit. g Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Da das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides von Amtes wegen zu beachten ist, kann auch der Regierungsrat keine Neubeurteilung vornehmen.

3.1 Immerhin kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen und einer summarischen Beurteilung gesagt werden, dass die angefochtene Baubewilligungsaufgabe auch in sachlicher Hinsicht als vertretbar erscheint. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass in erster Linie von den zuständigen örtlichen Behörden und der für denkmalpflegerische Aspekte besonders qualifizierten kantonalen Denkmalpflege beurteilt werden muss, ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild in Einklang steht. Denn diese verfügen über die besten Ortskenntnisse und ihnen obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Orts- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]; §§ 17 ff. und 56 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]; Art. 1 lit. c, 8 und 41 des Baureglementes Feusisberg [BR]; EGV-SZ 1983, Nr. 2). Gemäss konstanter Rechtsprechung von Regierungsrat und Verwaltungsgericht sind die Gemeinden in Bezug auf den Ortsbildschutz denn auch autonom. Der Regierungsrat legt sich deshalb bei der Beurteilung solcher Fragen praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung auf und schreitet nur dann ein, wenn die zuständige örtliche Behörde ihren Ermessensspielraum verlassen hat (EGV-SZ 1994, Nr. 5; RRB Nr. 91 vom 23. Januar 2007, Erw. 10.2.3).

3.2 Gemäss Art. 41 Abs. 1 und 2 BR muss in der Kernzone einerseits dem Ortskern eine besondere Beachtung geschenkt werden und andererseits ist auf bauliche Schutzobjekte, die in einem behördenverbindlichen Inventar enthalten sind, Rücksicht zu nehmen. Das Bauvorhaben der Beschwerdeführer liegt unmittelbar beim Kirchenbezirk mit der unter Schutz stehenden Pfarrkirche und dem Pfarrhaus (KIGBO-Objekte Nr. 30.002 und Nr. 30.003). Es hat sich deshalb in verschiedener Hinsicht, insbesondere aber auch in Bezug auf die verwendeten Fassadenmaterialien und die Farbgebung in die bauliche Umgebung bzw. ins Dorfbild einzufügen (Art. 41 Abs. 2 BR). Dass mit der Bewilligungsaufgabe die starke optische Wirkung der hellen und kahlen Betonfassade des Neubaus auf der Westseite, die sich auch vom alten Holzhaus farblich abhebt, mit einer Bepflanzung abgeschwächt werden soll, ist sachgerecht und dient eindeutig der besseren Integration der Baute in den schutzwürdigen Kirchenbezirk. Inwiefern auf diese Weise die Architektur des Neubaus gestört und verdeckt werden soll, ist nicht einzusehen, zumal die andern drei Fassaden frei von Auflagen sind und die architektonische Gestaltung der Baute nach wie vor ohne Einschränkungen zum Ausdruck bringen (vgl. Fotos der kantonalen Denkmalpflege; www.stonecorner.ch/bauten/einfamilienhaeuser/exclusive_residenz_schwyzerhaus_dorfstrasse_feusisberg.html#, Bilder 1, 2 und 10; besucht am 25. August 2008). Abgesehen davon darf das Bauvorhaben der Beschwerdeführer nicht isoliert betrachtet werden, denn dieses hat sich in die bauliche Umgebung und damit ins Ortsbild einzufügen. Es muss dementsprechend angepasst werden, damit eine befriedigende Gesamtwirkung entsteht (Art. 8 und 41 Abs. 2 BR). Im Übrigen kann mit einem entsprechenden Rankgerüst (aus Metall) auch ein zusätzliches aufwertendes architektonisches Element realisiert und gleichzeitig die störende Wirkung der Betonfassade entschärft werden.

(RRB Nr. 934 vom 2. September 2008).

2.2 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren und Vollstreckung

- *Beim Regierungsrat können nur unselbstständige Vollstreckungsandrohungen und Vollstreckungsverfügungen angefochten werden (Erw. 2.1).*
- *Bezieht sich die Vollstreckungsverfügung auf eine bereits rechtskräftige Sachverfügung, wäre sie als selbstständige Vollstreckungsverfügung mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (Erw. 2.2).*
- *Ist ein Gesuch um Wiedererwägung der Sachverfügung gestellt und ist dieses zu Unrecht nicht beurteilt worden, liegt eine Rechtsverweigerung vor. Für die Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde und*

C 2.2

die damit zusammenhängende Vollstreckungsverfügung ist der Regierungsrat zuständig (Erw. 3.2 – 3.3).

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Verwaltungsbeschwerde ist dann unzulässig, wenn eine Verfügung direkt mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde angefochten werden kann (§ 44 lit. b der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [VRP, SRSZ 234.110]). Nach § 51 lit. d VRP können selbstständige Vollstreckungsandrohungen und Vollstreckungsverfügungen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (EGV-SZ 1993, Nr. 51, Erw. 2.a). Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine selbstständige Vollstreckungsverfügung oder eine neue Sachverfügung handelt. Die Zuständigkeit des Regierungsrates wäre nur gegeben, wenn es sich um eine Sachverfügung handelte, verbunden mit einer unselbstständigen Vollstreckungsverfügung. Sofern hingegen eine reine Vollstreckungsverfügung vorläge, wäre lediglich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben (§ 51 lit. g VRP; EGV-SZ 1993, Nr. 51, Erw. 2.a mit Hinweis).

2.2 Baurechtliche Nebenbestimmungen bzw. Auflagen können grundsätzlich dann Vollstreckungstitel sein, wenn die Baubewilligung konsumiert wurde. Von einer neuen Sachverfügung kann nur abgesehen werden, wenn nach konsumierter Baubewilligung die Einhaltung bzw. der Vollzug dieser Bedingung oder Auflage zur Diskussion steht (vgl. EGV-SZ 1993, Nr. 51, Erw. 2.b) mit Hinweis). Bereits mit Raumplanungsbewilligung der Vorinstanz 2 vom 25. März 1998 wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, spätestens ein Jahr nach Bezug des Neubaus das alte Wohnhaus abzubauen. Gegen die anschliessend erteilte Baubewilligung wurde keine Beschwerde erhoben, sodass auch die damit verbundenen Auflagen der Raumplanungsbewilligung der Vorinstanz 2 formell in Rechtskraft erwachsen sind. Die Auflage des Abbruchs des alten Wohnhauses ist unbestrittenermassen nicht erfüllt worden, weshalb die Vorinstanz 2 den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 2. Oktober 2007 unter Hinweis auf ihre Raumplanungsbewilligung vom 25. März 1998 aufforderte, dieser Verpflichtung bis spätestens Ende April 2008 nachzukommen. Damit ist aufgezeigt, dass es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Vollstreckungsverfügung handelt, welche sich auf eine bereits abgeurteilte Sache bezieht, und nicht um eine Sachverfügung in Verbindung mit einer Vollstreckungsverfügung. Vorliegend wurde die Vollstreckungsverfügung zeitlich nach der Sachverfügung erlassen und ist deshalb als selbstständige Vollstreckungsverfügung zu betrach-

ten. Demzufolge wäre diese gestützt auf § 51 lit. g VRP direkt beim Verwaltungsgericht mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten und die Zuständigkeit des Regierungsrates daher zu verneinen, sodass auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre. Weshalb hier dennoch auf die Beschwerde einzutreten ist, wird nachfolgend dargelegt.

3.1 Neu zu überdenken wäre der Erlass einer neuen Sachverfügung, wenn sich zwischenzeitlich in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht Änderungen ergeben haben. Unter diesen Aspekten kann die Bewilligungsbehörde eine Wiedererwägung ihrer Bewilligung in Betracht ziehen, um veränderten Umständen Rechnung zu tragen (§ 34 VRP; EGV-SZ 1993, Nr. 51, Erw. 3 mit Hinweis).

3.2 Am 20. Februar 2003 hat der Beschwerdeführer das Gesuch für eine Umnutzung des eigentlich abzubrechenden Wohnhauses eingereicht. Er beabsichtigt, dieses als Remise bzw. für Agrotourismus zu nutzen. Im Rahmen des 1998 durchgeführten Baubewilligungsverfahrens haben die Vorinstanzen die Umnutzung des alten Wohnhauses in eine Remise bzw. für den Agrotourismus materiell nicht beurteilt. Mit zahlreichen Schreiben wies die Vorinstanz 2 den Beschwerdeführer nach der Einreichung des Baugesuches darauf hin, unter welchen Bedingungen die geplante Umnutzung des alten Wohnhauses in eine Remise bzw. für den Agrotourismus bewilligt werden könnte. Am 2. Oktober 2007 ordnete die Vorinstanz 2 im Rahmen der nachträglichen Baubewilligung betreffend die Änderungen im Dachgeschoss des neuen Wohnhauses den Vollzug des Abbruchs des alten Wohnhauses an, ohne jedoch vorgängig über das Gesuch des Beschwerdeführers für eine Umnutzung des abzubrechenden Gebäudes zu entscheiden. Eine rechtskräftige Sachverfügung über das Umnutzungsgesuch wurde hingegen bis dato nicht erlassen. Angesichts dessen, dass mit dem Umnutzungsgesuch seit der Anordnung des Abbruchs im Jahre 1998 eine Änderung mindestens in tatsächlicher Hinsicht erfolgte, hätte die Vorinstanz 2 vor der Durchsetzung des Abbruchs des alten Wohnhauses über das entsprechende Umnutzungsgesuch materiell befinden und eine neue Sachverfügung erlassen müssen. Da die Vorinstanz 2 dies unterliess, hat sie eine Rechtsverweigerung begangen. Angesichts dessen, dass die Vorinstanz 2 den Erlass einer neuen Sachverfügung verweigerte, obschon sie dazu verpflichtet gewesen wäre, liegt damit eine Rechtsverweigerung vor (§ 6 Abs. 2 VRP), zu deren Beurteilung der Regierungsrat zuständig ist. Daher ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.3 Die Vorinstanz 2 legt zwar in ihrer Vernehmlassung vom 28. November 2007 dar, weshalb eine Umnutzung des alten Wohnhauses nicht

C 2.3

bewilligungsfähig ist, verkennt hingegen, dass der Regierungsrat für die Beurteilung der Baubewilligung erstinstanzlich nicht zuständig ist und daher das Umnutzungsgesuch im vorliegenden Beschwerdeverfahren materiell auch nicht beurteilen kann. Die Vorinstanz 2 kommt nicht umhin, vor der Durchsetzung des Abbruchs des alten Wohnhauses das Umnutzungsgesuch materiell zu beurteilen. Folglich sind die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz 2 vom 2. Oktober 2007 aufzuheben. Die Vorinstanz 2 wird angewiesen, das Gesuch um Umnutzung des alten Wohnhauses auf dem Verfügungswege zu beurteilen. Indes steht es der Vorinstanz 2 frei, bei einer Ablehnung des Umnutzungsgesuches dem Beschwerdeführer gleichzeitig eine neue Frist für den Vollzug des Abbruchs anzusetzen.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Vorinstanz 2 unterliess es zu Unrecht, vor der Durchsetzung des Abbruchs des alten Wohnhauses das pendente Umnutzungsgesuch des Beschwerdeführers zu beurteilen. Angesichts des noch nicht beurteilten Umnutzungsgesuches sind die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz 2 vom 2. Oktober 2007 aufzuheben. Eine Aufhebung der nachträglichen Baubewilligung für die Änderungen im Dachgeschosses des neuen Wohnhauses vom 22. Oktober 2007 der Vorinstanz 1 ist hingegen nicht erforderlich, da diese lediglich einen generellen Verweis auf die Verfügung der Vorinstanz 2 vom 2. Oktober 2007 enthält.

(RRB Nr. 605 vom 3. Juni 2008).

2.3 Neubaute in der Umgebung eines Herrschaftshauses

- *Begutachtung durch die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) bzw. die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) (Erw. 2.3).*
- *In Bausachen ist es unvermeidlich, dass zwischen Bauherrschaft und Behörden vor dem eigentlichen Bewilligungsverfahren Kontakte in Abwesenheit später ins Verfahren eintretender Einsprecher stattfinden. Daraus ergibt sich nicht zwangsläufig eine unzulässige Vorbefassung. Zuständige Behörde für die Beurteilung von Ausstandsbegehren (Erw. 3).*
- *Zulässigkeit von Zirkularbeschlüssen des Gemeinderates? (Erw. 4.).*
- *Verhältnis von Einordnungsvorschriften zum geltenden Zonenplan. Vorfrageweise Überprüfung von Inhalten des Zonenplanes (Erw. 7.1).*
- *Frage offengelassen, ob der Gemeinderat Schwyz mit der Annahme, das Bauvorhaben ordne sich in gebotenem Masse in die Umgebung*

ein, den ihm zustehendem Ermessensspielraum überschritten hat (Erw. 7.2 – 7.8).

- *Zulässigkeit des Ersatzes der nordöstlichen Abschlussmauer, sofern der Abschluss des Gartens auf andere Weise vorgenommen wird (Erw. 8.).*
- *Ausnahmebewilligung für eine Unterschreitung des Gebäudeabstandes (Erw. 9).*

Aus dem Sachverhalt:

An der Herrengasse in Schwyz befindet sich die Liegenschaft Palais Friedberg, auch Palais von Weber oder Palais Büeler genannt. Das Palais Friedberg ist mit ummauertem Garten und Nebenbauten im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz aufgeführt. Ebenfalls enthalten ist das Palais Friedberg im Kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) als Objekt von nationaler Bedeutung. Beschrieben wird das herrschaftliche Haus als im Innern und im Äussern sehr qualitätsvoller Mansardendachbau nach französischem Vorbild.

Für den hinterliegenden Gartenbereich mit Tennisplatz wurde ein Baugesuch für ein Mehrfamilienhaus eingereicht. Erschlossen wird die Neubaute mit einer Zufahrt in die Tiefgarage von der Herrengasse her. Das Bauvorhaben wurde vom Gemeinderat Schwyz bewilligt und die dagegen eingereichten Einsprachen wurden abgewiesen. Für die Unterschreitung des Gebäudeabstandes zu den Annexbauten zum Palais Friedberg wurde eine Ausnahmebewilligung erteilt. Der Regierungsrat hat die gegen den Beschluss des Gemeinderates Schwyz eingereichten Beschwerden gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2.3 Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) und die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) sind die beratenden Fachkommissionen des Bundes für Angelegenheiten des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege (Art. 23 Abs. 4 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 [NHV, SR 451.1]). Sie begutachten insbesondere Fragen des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege zuhanden der Behörden des Bundes und der Kantone, die Bundesaufgaben nach Art. 2 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) zu erfüllen haben (Art. 25 Abs. 1 lit. d NHV). Um eine Bundesaufgabe handelt es sich vorliegend nicht (vgl.

C 2.3

Jean-Baptiste Zufferey in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, Kommentar zu Art. 2). Der erste Abschnitt des NHG gelangt deshalb nicht zur Anwendung. Die ENHK und die EKD erstatten aber auch besondere Gutachten (Art. 17a NHG), sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Artikel 2 NHG darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 NHG aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist (vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV). Solche Gutachten sind indessen fakultativ und erfolgen nur mit Zustimmung des Kantons (vgl. Jörg Leimbacher in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, Kommentar zu Art. 17a). Der Regierungsrat ist deshalb nicht verpflichtet, ein Gutachten der ENHK bzw. der EKD einzuholen.

Gutachten von Sachverständigen sowie Auskünfte der Parteien und von Drittpersonen dienen als Beweismittel der Sachverhaltsabklärung (§ 24 Abs. 1 lit. e und lit. b der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [VRP, SRSZ 234.110]). Ist der Sachverhalt aufgrund der Akten, der Parteieingaben und des Augenscheins genügend geklärt, kann auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet werden. Vorliegend befinden sich in den Akten bereits mehrere Gutachten von Fachpersonen. Es handelt sich dabei um ein Gutachten des kantonalen Denkmalpflegers vom 19. Juni 2001 zu den baulichen Möglichkeiten auf der Liegenschaft an der Herrengasse 42 aus denkmalpflegerischer Sicht (...), drei Gutachten zum Gestaltungsplan Friedberg vom Gestaltungsbeirat der Vorinstanz vom 18. Mai 2005 und 4. Oktober 2005 sowie vom kantonalen Denkmalpfleger vom 19. September 2005 und zwei Gutachten zum Baugesuch der Beschwerdegegner vom kantonalen Denkmalpfleger vom 20. November 2006 und vom Gestaltungsbeirat der Vorinstanz vom 4. Dezember 2006. Zudem nahm auch Dr. M. vom Büro für Architektur und Denkmalpflege im Sinne eines Privatgutachtens zum Gestaltungsplan (...) sowie zum Baugesuch der Beschwerdegegner (...) Stellung. Auch am Augenschein vom 20. Dezember 2007 waren der kantonale Denkmalpfleger als Fachperson des Justizdepartements und der Gestaltungsbeirat als einer der Vertreter der Vorinstanz anwesend. Der Beschwerdeführer II nahm sodann Dr. M. als Hilfsperson mit. Der Beizug von weiteren Sachverständigen ist deshalb nicht notwendig. Mit hin wird der Antrag der Beschwerdeführer I auf Einholung eines Gutachtens der ENHK abgelehnt.

3.1 Der Beschwerdeführer II macht verfahrensrechtlich geltend, seine Einwände seien oft stillschweigend übergangen worden. Die Beschwerdegegner dagegen hätten auf die Vorinstanz I Einfluss nehmen können. Dies belegten beispielsweise die Kontakte der Beschwerdegegner mit der

Vorinstanz 1 in der Zeit zwischen der Ablehnung des Gestaltungsplans und der Einreichung des vorliegenden Bauprojektes. Dem Verbot des Berichtens sei keineswegs nachgelebt worden. Die Gemeinderäte und Sachverständigen seien hiezu zu befragen. Je nach Ausgang behalte er sich ein formelles Ausstandsbegehren offen.

3.2 Die Beschwerdegegner weisen den Vorwurf der unerlaubten Einflussnahme und der Nichtbeachtung des Verbots des Berichtens vehement von sich. Die Kontakte mit der Vorinstanz 1 seien auf dem ordentlichen Weg und nach den vorgeschriebenen Verfahrensregeln erfolgt. Den Beschwerdeführern sei Einsicht in die einschlägigen Besprechungsprotokolle gewährt worden. Die Vorinstanz 1 erklärt ebenfalls, der Kontakt mit den Beschwerdegegnern habe im Rahmen der dokumentierten Aussprachen stattgefunden. Sie sei verpflichtet gewesen, zu den aufgeworfenen Fragen der Beschwerdegegner Stellung zu nehmen. Ihre Entscheidungsfindung sei in rechtskonformer Weise erfolgt. Das von einzelnen Einsprechern gestellte Ausstandsbegehren sei rechtskräftig abgewiesen worden.

3.3 Nach § 4 Abs. 1 VRP gelten die Vorschriften der Gerichtsordnung über den Ausschluss und die Ablehnung von Behördenmitgliedern und Funktionären sowie über das Verbot des Berichtens sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden. Gemäss § 84 Abs. 1 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO, SRSZ 231.110) ist es untersagt, Richter und Gerichtsschreiber ausserhalb des Streitverfahrens von der Streitsache zu unterrichten, unterrichten zu lassen oder in anderer Weise zu beeinflussen. Im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens kann sich der Gesuchsteller indessen von der Gemeinde beraten lassen und ihr zur Abklärung wichtiger Baufragen ein Gesuch um einen Vorentscheid unterbreiten (vgl. § 84 Abs. 1 und 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.1400]). Finden in diesem Rahmen Kontakte alleine zwischen der Bauherrschaft und den Behörden und somit unter Ausschluss erst später ins Verfahren einsteigender Einsprecher statt, ist darin nicht zwangsläufig eine verfahrensrechtswidrige Beeinflussung zu sehen.

3.4 Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich die Beschwerdegegner am 13. und 20. Januar 2006 mit der Vorinstanz 1 getroffen haben. Ziel der Aussprache war es, die verschiedenen Überbaumöglichkeiten für die Liegenschaft der Beschwerdegegner auszuloten. Zwar hat sich die Vorinstanz 1 anlässlich dieser Sitzungen von Seiten der Beschwerdegegner gemäss Protokoll offenbar auch Kritik bezüglich des abgelehnten Gestaltungsplanes anhören müssen (...). Daraus einen Verstoss gegen das Verbot des Berichtens bzw. eine unerlaubte Einflussnahme zu konstruieren,

C 2.3

würde jedoch zu weit gehen. Weitere Anhaltspunkte, welche den behaupteten Verstoss zu begründen vermöchten, legt der Beschwerdeführer II nicht dar. Ein Verstoss gegen das Verbot des Berichtens ist demnach nicht erwiesen.

3.5 Die Vorinstanz 1 bzw. die an den beiden Aussprachen beteiligten Gemeinderäte und weitere Funktionäre waren denn auch nicht gehalten, gestützt auf § 53 GO in den Ausstand zu treten. Die Mehrfachbefassung einzelner Gemeinderäte mit dem Baugesuch der Beschwerdegegner ist unvermeidlich, da sie in den gesetzlichen Aufgaben des Gemeinderates und der Behördenorganisation begründet ist. Einerseits hatte die Vorinstanz 1 die Beschwerdegegner gestützt auf § 84 Abs. 1 PBG in Bezug auf die Anforderungen an ein bewilligungsfähiges Bauprojekt zu beraten und andererseits hatte sie einen entsprechenden Vorentscheid zu treffen (§ 84 Abs. 2 PBG). Die Mehrfachbefassung ist vorliegend somit systembedingt und rechtfertigt für sich alleine keine Ablehnung der betroffenen Behördenmitglieder. Entsprechend sind keine Ausstandspflichten verletzt worden. Es ist indessen festzuhalten, dass die Vorinstanz 1 nicht alleine über das Ausstandsbegehren hätte entscheiden dürfen. Vielmehr wäre in Anwendung von § 4 Abs. 1 VRP in Verbindung mit § 58 Abs. 1 GO der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde zuständig gewesen. § 58 Abs. 2 GO kommt nämlich nur zum Zug, wenn keine Aufsichtsbehörde besteht.

4.1 Die Beschwerdeführer I fordern eine Überprüfung des Vorgehens der Vorinstanz 1 in Bezug auf den Zirkularbeschluss vom 27. Januar 2006, zumal dieser Zirkularbeschluss die Grundlage für den angefochtenen Beschluss vom 9. März 2007 bilde. Es frage sich, wie und von wem die bei den Besprechungen nicht anwesenden Gemeinderäte innert knapp sieben Tagen über das komplexe Bauvorhaben informiert worden seien, und ob sie darüber unabhängig und in voller Sachkenntnis entscheiden konnten. Auch seien Zirkularbeschlüsse im Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (GOG, SRSZ 152.110) nicht vorgesehen. Die Vorinstanz 1 macht vernehmlassend geltend, dass der Zirkularbeschluss vom 26. Januar 2006 nicht Anfechtungsgegenstand sei. Zudem seien Zirkularbeschlüsse nicht generell unzulässig und gerade in Fällen besonderer Dringlichkeit für einen effizienten Ratsbetrieb unumgänglich. Sämtliche Mitglieder seien ausreichend dokumentiert gewesen und hätten Gelegenheit gehabt, Einwendungen zu erheben. Zudem sei der Gemeinderat, da es sich nicht um einen Vorbescheid im Sinne von § 84 Abs. 3 PBG gehandelt habe, an die im Beschluss vom 27. Januar 2006 vertretene Auffassung nicht gebunden gewesen.

4.2 Der Beschluss der Vorinstanz 1 vom 27. Januar 2006 regelt wichtige Baufragen in Bezug auf das Bauvorhaben der Beschwerdegegner und stellt einen Vorentscheid im Sinne von § 84 Abs. 2 PBG dar. Als solcher ist er hinsichtlich der behandelten Fragen verbindlich, gültig und anfechtbar wie eine Baubewilligung. Einzig für Dritte erlangte der Vorentscheid keine Verbindlichkeit, weil nicht das ordentliche Baubewilligungsverfahren nach §§ 78 ff. PBG durchgeführt worden war (vgl. § 84 Abs. 3 PBG). Ob Zirkulationsbeschlüsse für Gemeindebehörden generell unzulässig sind, ist umstritten. Im Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke, in welchem der Geschäftsgang des Gemeinderates geregelt ist (§ 35 ff.), sind sie jedenfalls nicht vorgesehen. Für Gerichte hingegen sind Zirkulationsbeschlüsse gestützt auf § 92 GO ausdrücklich zugelassen. Sie sind jedoch für unumstrittene Entscheidungen vorbehalten. Dringliche Entscheidungen trifft entweder das präsidierende Mitglied (§ 79 GO) oder aufgrund der Aufgabenzuweisung ein Einzelrichter (vgl. § 7 der Verordnung vom 19. Dezember 1989 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und zum Asylgesetz [SRSZ 111.211]). Für dringliche Entscheidungen des Gemeinderates räumt § 53 GOG eine Präsidialkompetenz ein. Eine besondere Dringlichkeit ist vorliegend jedoch nicht auszumachen. Vielmehr hat die Beurteilung eines Baugesuchs im ordentlichen Verfahren zu erfolgen. Der Ausschluss der mündlichen Beratung bzw. der freien Diskussion ist deshalb bedenklich. Anfechtungsobjekt ist vorliegend aber nicht der Zirkulationsbeschluss vom 27. Januar 2006, sondern der im ordentlichen Verfahren ergangene Baubewilligungsentscheid vom 9. März 2007. Selbst wenn der Zirkularbeschluss vom 27. Januar 2006 unzulässig wäre, so wäre es zu formalistisch den Baubewilligungsentscheid vom 9. März 2007 deswegen aufzuheben. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz 1 die Erwägungen aus dem Zirkularbeschluss vom 27. Januar 2007 im angefochtenen Baubewilligungsentscheid vom 9. März 2007 nicht bloss übernommen, sondern sich aufgrund der Einsprachen erneut damit auseinandergesetzt hat. Zudem würde eine Rückweisung wohl bloss einen formalistischen Leerlauf bedeuten, weil die Vorinstanz 1 inhaltlich kaum zu einem anderen Ergebnis gelangen würde. Dies bestätigt auch die Vernehmlassung vom 3. August 2007, mit welcher die Vorinstanz 1 an ihrem Entscheid vom 9. März 2007 festhält. Der im ordentlichen Verfahren ergangene Entscheid vom 9. März 2007 ist entsprechend nicht an die Vorinstanz 1 zurückzuweisen.

5. und 6. (...).

7. In materieller Hinsicht ist insbesondere die Einordnung des Bauprojekts ins Orts- und Landschaftsbild umstritten. Bauten und Anlagen

C 2.3

müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (§ 56 Abs. 1 PBG; Art. 8 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Schwyz vom 10. August 1990 [Systematisches Register der Gemeinde Schwyz 4.50, nachfolgend: BauR]).

7.1.1 Für die Beurteilung der Einordnung eines Bauvorhabens ist primär die geltende Zonenordnung und nicht die bestehende, allenfalls kleinräumige Siedlungsstruktur massgebend. Der Grundeigentümer hat grundsätzlich Anspruch darauf, sein Bauland im Rahmen der jeweils geltenden Zonenordnung und Bauvorschriften auszunützen. Die Reduktion eines an sich zulässigen Bauvolumens allein aufgrund des Eingliederungsgebotes ist daher nur ausnahmsweise möglich, wenn dies im Baureglement ausdrücklich vorgesehen ist, wie z.B. in Art. 8 Abs. 2 BauR, der für Bauten an bestimmten Standorten erhöhte Anforderungen normiert (vgl. EGV-SZ 1994, Nr. 5).

7.1.2 Die Beschwerdeführer I bestreiten jedoch, dass vorliegend grundsätzlich die für die Kernzone B, in welcher sich das Baugrundstück befindet, anwendbare Überbauungsziffer von 0.75 zur Anwendung gelangt und verlangen eine akzessorische Überprüfung des Zonenplanes.

7.1.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellen die Zonenpläne zwischen Rechtssatz und Verfügung stehende Anordnungen besonderer Natur dar, auf welche teils die für generell-abstrakte Normen geltenden, teils die für Verfügungen massgebenden Grundsätze anzuwenden sind. Die Rechtmässigkeit eines Zonenplanes kann grundsätzlich bloss im Anschluss an deren Erlass bestritten werden. Eine nachträgliche Anfechtung auf einen Anwendungsakt hin ist nur dann zulässig, wenn der betroffene Eigentümer sich bei Planerlass über die ihm auferlegte Eigentumsbeschränkung nicht im Klaren sein konnte oder ihm keine Verteidigungsmittel zur Verfügung standen oder wenn sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass das öffentliche Interesse an den bestehenden Beschränkungen dahingefallen sein könnte (vgl. BGE 106 Ia 383 E. 3).

7.1.4 Vorliegend geht es zwar nicht darum, dass sich die betroffenen Eigentümer (d.h. die Beschwerdegegner) durch den Zonenplan zu sehr eingeschränkt fühlen. Die dargelegten Grundsätze sind jedoch analog anzuwenden. Die Zuweisung der Bauliegenschaft in die Kernzone B war anlässlich des Zonenplanverfahrens unbestritten. Während der Auflagefrist des Zonenplanes wäre es neben den Eigentümern auch den Beschwerdeführern I offen gestanden, bei der Vorinstanz Einsprache zu

erheben (vgl. § 25 Abs. 3 PBG). Dies haben sie unterlassen, obwohl sie sich im Klaren darüber sein mussten, dass die Zuweisung in die Kernzone B auch die Anwendbarkeit der Ausnützungsziffer von 0.75 mit sich bringen würde. Auch machen die Beschwerdeführer I nicht geltend, die Verhältnisse hätten sich seither derart geändert, dass eine nachträgliche Überprüfung des Zonenplanes gerechtfertigt ist. Die Forderung nach einer Überprüfung der Zuweisung des Baugrundstücks in die Kernzone B erfolgt demnach verspätet.

7.1.5 Selbst wenn der Zonenplan hinsichtlich des Grundstücks der Beschwerdegegner zu überprüfen wäre, könnten die Beschwerdeführer I daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das betroffene Grundstück befindet sich gemäss kantonalem Richtplan (Genehmigung des Bundesrates vom 20. Oktober 2004) in einer rechtskräftigen Bauzone. Gestützt auf § 15 ff. PBG hat die Vorinstanz einen Zonenplan samt den zugehörigen Vorschriften erlassen. Demnach umfassen die Kernzonen die alten Dorfkerne und Häusergruppen, die in ihrer Eigenart erhalten oder erweitert werden sollen. Sie sind für Wohnzwecke, Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt (vgl. Art. 27 BauR). Die Zuweisung des ursprünglichen Grundstücks KTN 982 in die Kernzone ist rechtmässig und widerspricht keinen kantonalen Plänen. Der geplante Bau widerspricht sodann Art. 27 BauR nicht. Welchen Zonen die Gemeinden schliesslich welche Ausnützung zuweisen, fällt in die Gemeindeautonomie. Es ist deshalb vorab festzuhalten, dass vorliegend die Bestimmungen über die Kernzone B zur Anwendung gelangen.

7.2 Die Gemeinde Schwyz hat die Einordnung über das kantonale Recht hinausgehend normiert (§ 52 Abs. 2 PBG). So sieht Art. 8 Abs. 2 BauR im Gegensatz zur kantonalen Norm, welche lediglich eine negative ästhetische Generalklausel beinhaltet (§ 56 PBG), im Sinne einer positiven ästhetischen Generalklausel vor, dass Bauten und Anlagen sowie deren Umgebung u.a. in den Kern- und Zentrumszonen (lit. a) sowie im Sichtbereich von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten und Bauten (lit. c) besonders sorgfältig zu gestalten sind. Insbesondere haben sich in diesen Fällen die Gebäudelängen von Bauten und Anlagen in den Wohnzonen sowie die Dächer und Dachaufbauten in Grösse und Form ins herkömmliche Ortsbild einzugliedern (Art. 8 Abs. 3 BauR). Gemäss § 6 Abs. 1 der Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (kNHV, SRSZ 720.110) ist es untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne

C 2.3

Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen. Diese Bestimmung gilt insbesondere auch für Objekte, welche im kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) aufgeführt sind, was wiederum bedeutet, dass auch die Erstellung oder Veränderung von Bauten und Anlagen in der näheren Umgebung eines solchen Objektes, welche zu einer übermässigen Beeinträchtigung desselben führen würden, zu unterlassen sind.

7.3 Das Baugrundstück (KTN 4668) befindet sich, wie erwähnt, in der Kernzone B, weshalb bereits aus diesem Grund erhöhte Anforderungen an die Einordnung gestellt werden. Zudem soll das Bauprojekt in unmittelbarer Nähe bzw. auf der ursprünglich zum Palais Friedberg gehörenden Parzelle (...) erstellt werden (Umschwung zum Palais Friedberg; ...). Das Palais Friedberg (bzw. „Palais von Weber“, 1738-1740) wird mit ummauertem Garten und Nebenbauten im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) als Objekt Nr. 0.0.75 aufgeführt. Gemäss diesem Inventar sollen alle Bauten, Anlagenteile und Freiräume integral erhalten und störende Eingriffe beseitigt werden (Erhaltungsziel A). Im Sinne eines generellen Erhaltungshinweises werden ein Abbruchverbot, ein Neubauverbot sowie Detailvorschriften für Veränderungen und eine obligatorische Beaufsichtigung durch die Denkmalpflege, offizielle Fachinstanzen oder andere Fachleute postuliert (vgl. ISOS Kanton Schwyz, Herausgegeben vom Eidgenössischen Departement des Innern, Bern 1990, S. 247 in Verbindung mit S. 294). Das ISOS selber hat für den Kanton und die Gemeinden jedoch keine direkte Rechtsverbindlichkeit, weshalb die genannten Erhaltungsforderungen auf kantonaler Ebene umzusetzen sind. Entsprechend wird das Palais von Weber im kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) als Objekt Nr. 01.087 von nationaler Bedeutung aufgeführt. Beschrieben wird das Objekt als im Innern und Äussern sehr qualitätsvoller Mansarddachbau nach französischem Vorbild.

7.4 Die Beschwerdeführer I gehen davon aus, dass nicht nur das Palais, sondern auch der gesamte Umschwung mit dem Garten geschützt ist. Bei der Liegenschaft Friedberg handle es sich um ein integral geschütztes Objekt. Neben der Rücksichtnahme auf die prägenden Merkmale in der Umgebung sei auch auf die Qualität des Gesamtbildes mit dem Neubau abzustellen. Die Beeinträchtigung werde stets am Wert des zu schützenden Objektes gemessen. Je höher dieser Wert, umso höher sei die Empfindlichkeit gegenüber Einwirkungen. Der geplante kastenförmige Neubau vermöge sich mit seinen im Vergleich zum Palais doppelten Massen und seiner klotzigen Art nicht einzugliedern. Er würde das Schutzobjekt erheblich stören, dieses gar dominieren und verunstalten.

Die Dominanz der neuen Baute zeige sich vor allem in deren Länge. Sie bestehe aber auch bezüglich Höhe und Tiefe. Es gäbe in der Kernzone nichts, was mit dem Bauvorhaben vergleichbar wäre. Selbst die barocke Pfarrkirche von Schwyz sei nicht so lang wie das Bauprojekt der Beschwerdegegner. Nachdem auch Kernzonen für Wohnzwecke bestimmt seien, müsste sich der Neubau in seiner Länge dem herkömmlichen Ortsbild und insbesondere dem geschützten Palais Friedberg anpassen. Jeder Neubau habe sich dem Palais Friedberg in Höhe und Umfang unterzuordnen; d.h. er habe sich auf die Fläche des Tennisplatzes zu beschränken. Dies sei auch aus den Berichten des kantonalen Amtes für Kulturpflege vom 19. Juni 2001 und 19. September 2005 ersichtlich, in welchen klar von der Bebauung des ehemaligen Tennisplatzes die Rede sei. Auch der Beschwerdeführer II vertritt die Ansicht, das Bauprojekt verletze das Einordnungsgebot. Das Bauprojekt lasse sich mit der Definition der Kernzone nicht vereinbaren, weil es der Eigenart der Nahumgebung sowohl im Volumen als auch in Proportion und Ausgestaltung widerspreche. Statt Einordnung sei bewusster Kontrast gesucht worden. Dr. M. (Denkmalpfleger), welcher vom Beschwerdeführer II als Hilfsperson an den Augenschein mitgenommen wurde, erklärte sodann, im Vordergrund stehe der integrale Schutz des Palais Friedberg. Dies bedeute, dass nicht einfach ein Haus erhalten werden solle, sondern ein Zeugnis aus dem 18. Jahrhundert nach dem Typus des französischen Vorbildes. Bei diesem absolutistischen Bauen stehe das Haus im Mittelpunkt. Davor und dahinter sei ein Garten. Es sei nicht eine neue Einheit zu bilden, denn es bestehe bereits eine Einheit, mit dem Palais Friedberg im Mittelpunkt, welche erhalten werden solle. Eine zusätzliche Baute sei zwar nicht ausgeschlossen, habe sich aber auf den Bereich in der Grössenordnung des Tennisplatzes zu beschränken.

7.5 Die Beschwerdegegner hingegen erklären, das Ausmass eines Tennisplatzes (23.77 m x 10.97 m) könne und dürfe nicht der städtebauliche Massstab sein, den es gegenüber einem historischen Gebäude anzuwenden gelte. Die Berufung auf das Tennisplatzmass sei umso unverständlicher, als dieser Platz erst Mitte des letzten Jahrhunderts entstanden sei. Die eigentliche historische Bausubstanz (die Kernanlage) bestehe aus dem Palais, zwei Ökonomiegebäuden, einem Ehrenhof, einem Hochparterre-Garten sowie einem Parkgarten gegen Südwesten mit Basismauer, Eckpavillon, Treppenanlage und schönem Baumbestand. Der Raum zwischen Hirschstrasse und nordwestlicher Abschlussmauer sei nicht Bestandteil der Kernanlage. Der geplant Baukörper entstehe an der Stelle der nordwestlichen Abschlussmauer. Die Hofanlage werde somit durch den Neubau abgeschlossen. Werde in der Umgebung der Kernanlage gebaut, bedinge dies eine Vereinigung von alter und neuer baulicher

C 2.3

und aussenräumlicher Substanz. Die denkmalgeschützte Kernanlage stehe weiterhin im Zentrum und werde über die ganze Länge mit einem schlichten, ruhigen Baukörper begleitet. So würden die Freiräume und Platzanlagen zwischen Palais und Neubau gleichsam aufgespannt und verbunden. Die zentrische Dominanz des Palais bleibe damit erhalten und werde nicht konkurrenziert. Im Gegenteil: Der ruhige, schlichte und zurückhaltende Bau wirke wie ein neutraler (Bühnen-)Hintergrund, vor dem sich das historische, bauliche Schauspiel in Szene setze. Ein Zahlenvergleich der Längen von Altbau und Neubau mache wenig Sinn. Insbesondere von der westlichen und südlichen Seite und von der Herrengasse her verstecke sich der Neubau im Hintergrund. Die Dominanz des Palais Friedberg werde dabei gewahrt. Dies werde insbesondere durch die seitlichen Verkürzungen des Neubaus, einer Zurücknahme an entscheidender Stelle, erreicht. Schliesslich sei auch die Einpassung ins herkömmliche Quartierbild gegeben. Der lineare Charakter des Neubaus unterstreiche die Zonengrenze und die unterschiedlichen zonenplanbedingten Bauweisen. Ausserdem halte der Neubau die heterogenen Nachbarbauten auf Abstand.

7.6 Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild im Einklang steht, muss in erster Linie von der zuständigen örtlichen Behörde (Gemeinde- bzw. Bezirksrat) beurteilt werden. Sie verfügt über die besten Ortskenntnisse und ihr obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Orts- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]; §§ 17 ff. und 56 PBG; Art. 8 BauR; EGV-SZ 1983, Nr. 2). Gemäss konstanter Rechtsprechung von Regierungsrat und Verwaltungsgericht sind die Gemeinden in Bezug auf den Ortsbildschutz autonom. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb bei der Beurteilung solcher Fragen eine gewisse Zurückhaltung. Er hat jedoch dann einzuschreiten, wenn die zuständige Behörde ihren Ermessensspielraum verlässt (EGV-SZ 1995, Nr. 55). Der Regierungsrat schreitet aber auch dann ein, wenn der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen etwa für den Schutz von KIGBO-Objekten unterlässt (§ 6 Abs. 2 kNHV in Verbindung mit § 3 kNHV).

7.7 Die Vorinstanz 1 hat sich mit der Einordnung des Bauprojektes eingehend auseinandergesetzt (...). Sie ist sich dabei bewusst gewesen, dass für das vorliegende Bauvorhaben nicht bloss ein Verunstaltungsverbot, sondern in Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BauR eine positive Ästhetikklausel zum Zuge kommt, wonach die Baute und deren Umgebung besonders sorgfältig zu gestalten sind. Bereits im Vorverfahren hat die Vorinstanz 1 einen Gestaltungsbeirat sowie das kantonale Amt für Kul-

turpfluge beigezogen. Sie hat die erfolgten Stellungnahmen sowie die von den Beschwerdeführern I eingereichten Privatgutachten von Dr. M. gewürdigt und sich eine eigene Meinung gebildet. Dabei ist sie zum Schluss gelangt, dass ein langer Baukörper die bessere Lösung darstelle, als mehrere Einzelbauten. Insoweit sind das Vorgehen der Vorinstanz sowie die gezogenen Schlüsse nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist die Gebäudelänge auch nicht aufgrund von Art. 8 Abs. 3 BauR einzuschränken. Denn die Forderung, die Gebäudelängen von Bauten und Anlagen hätten sich ins herkömmliche Ortsbild einzugliedern, gilt, wie die Vorinstanz 1 zu Recht darlegt, nur für Bauten mit erhöhten Anforderungen in den Wohnzonen und nicht für alle Bauten mit erhöhten Anforderungen. Weitere Bestimmungen zur Beschränkung der Gebäudelänge kennt die Gemeinde Schwyz nicht. Im Gegenteil lässt sie beispielsweise die geschlossene Bauweise in allen Zonen zu (vgl. Art. 23 BauR).

7.8 Dennoch erscheint die Dimension des geplanten Bauvorhabens gewaltig. Zwar sind die schlichte Form, der Verzicht auf Dachaufbauten, die dunklen (bzw. beige-bronzenen) Fassaden und die grossen Fensterflächen begrüssenswert. Diese Vorteile vermögen aber nicht über die Grösse des Bauvorhabens hinwegzutäuschen. Wie die Vorinstanz I feststellte, ist der geplante Bau erheblich länger als das Palais Friedberg und ragt über die durch die Innenmauer und die beiden Annexbauten vorgegebene Struktur hinaus (...). Dies obwohl bereits früher gefordert wurde, dass sich ein neues Gebäude dem Hauptgebäude in Länge und Höhe anzupassen habe (...). Die Frage der Einordnung betrifft jedoch nicht nur die Länge des Bauvorhabens. Vielmehr ist die positive ästhetische Generalklausel nur dann eingehalten, wenn das Gesamtbild stimmt. Die Einordnung muss deshalb auch im Zusammenhang mit dem Unterabstand zu den Annexbauten und der Entfernung der nordöstlichen Abschlussmauer geprüft werden. Da das Bauvorhaben aber, wie sich noch zeigen wird, aus anderen Gründen nicht bewilligungsfähig ist, braucht die Einordnung vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden. Es kann deshalb offen gelassen werden, ob die Vorinstanz mit der Bejahung der besonders sorgfältigen Gestaltung des Bauvorhabens ihren Ermessenspielraum verlassen hat oder nicht.

8.1 Die Realisierung des Bauvorhabens bedingt den Abbruch der bergseitigen Abschlussmauer des Herrengartens, was von den Beschwerdeführern I und II beanstanden wird. Sie machen geltend, gestützt auf § 6 Abs. 1 kNHV hätte der Regierungsrat eine entsprechende Abbruchbewilligung erteilen müssen. Aber auch der Regierungsrat hätte keine Abbruchbewilligung erteilen können, weil die Gartenmauer zum geschütz-

C 2.3

ten Inventar des Palais Friedbergs gehöre. Unter Verweis auf das Gutachten von Dr. M. vom 25. März 2006 erklären die Beschwerdeführer I, der Abbruch der Mauer würde zu einer Verstümmelung des geschützten Baudenkmals führen (... Der Beschwerdeführer II betont sodann, dass das Palais Weber im ISOS-Inventar ausdrücklich mit ummauertem Garten und Nebenbauten erwähnt werde und diese integral erhalten werden soll. Im generellen Erhaltungshinweis werde gar ein Abbruchverbot für die Gartenmauer explizit postuliert.

8.2 Das kantonale Amt für Kulturpflege war ursprünglich ebenfalls der Ansicht, die bergseitige (nordöstliche) Abschlussmauer des Herrengartens sei zu erhalten (...). Aus einer späteren Stellungnahme des Amtes für Kulturpflege kann entnommen werden, dass es sich mit dem Abbruch der Mauer nun doch einverstanden erklärt. Die Gestaltung der neuen Mauer, welche am Ort der historischen Mauer wiederhergestellt werden soll, müsse jedoch noch im Detail bereinigt werden (...). Am Augenschein vom 20. Dezember 2007 erklärte der kantonale Denkmalpfleger sodann, es sei nicht die Mauer als solche bzw. ihr Material, sondern der Abschluss wichtig. Ebenfalls im Rahmen des Augenscheins erläuterten die Beschwerdegegner, die Mauer habe nicht immer bestanden und sei verschiedene Male abgeändert worden. Ihr komme nicht mehr derselbe Wert zu wie früher, als rundherum freies Feld bestanden habe. Der Abschluss gegen Nordosten solle nun durch den neuen Baukörper geschaffen werden, welcher praktisch auf die Flucht der alten Mauer zu stehen komme. Der Beschwerdeführer II bestreitet hingegen vehement, dass die Mauer je oder zumindest seit 1939 abgeändert worden sei. Und selbst wenn die Mauer abgeändert worden wäre, so sei der Zeitpunkt der unter Schutzstellung für deren Objektsumfang massgebend und nicht ein allfälliger anderer, bestrittener Vorzustand (...).

8.3 Im KIGBO wird die Mauer als solche nicht erwähnt. Auf der einen Seite ist davon auszugehen, dass der Mauer für sich alleine kein erheblicher kunsthistorischer Wert zu kommt. Auf der anderen Seite gehen alle Parteien davon aus, dass das Palais Friedberg bzw. der Hofgarten auch gegen Nordosten abgeschlossen sein muss. Mithin würde ein Abbruch der Mauer, ohne dass etwas Neues erstellt würde, die Gesamtanlage Palais Friedberg beeinträchtigen. Auch aus den nachgereichten Beilagen 1-4 der Beschwerdegegner (Pläne von 1784, 1799, 1854 und 1894) sowie der nachgereichten Beilage 4 des Beschwerdeführers II (Plan Februar 1928) ist ersichtlich, dass die Gesamtanlage Palais Friedberg gegen Nordosten – wenn auch nicht stets auf die selbe Art – immer abgeschlossen war. Unter den Begriff „Bauwerk“ im Sinne von § 6 Abs. 1 kNHV ist deshalb die Gesamtanlage zu subsumieren und ein allfälliger

Abbruch der nordöstlichen Abschlussmauer ist nur mit Einwilligung des Regierungsrates zulässig.

Vorliegend sind die südwestliche, südöstliche sowie nordwestliche Abschlussmauer wichtiger als die nordöstliche. Dies insbesondere, weil die Liegenschaft Palais Friedberg gegen Südwesten ausgerichtet und die nordöstliche Abschlussmauer von ausserhalb der Liegenschaft kaum sichtbar ist. Eine Abbruchbewilligung der nordöstlichen Abschlussmauer könnte der Regierungsrat demnach in Aussicht stellen, wenn der nordöstliche Abschluss auf eine andere, geeignete Weise geschaffen wird. Da dem Bauprojekt der Beschwerdegegner jedoch nicht zugestimmt werden kann, und die erteilte Baubewilligung der Vorinstanz 1 aufzuheben sein wird, kann über den Abbruch der nordöstlichen Abschlussmauer vorliegend nicht definitiv entschieden werden.

9.1 Die Gebäudehöhe des Bauvorhabens beträgt an der Nordostfassade 8.24 m und an der Südwestfassade 9.93 m (vgl. § 60 Abs. 2 PBG). Der Grenzabstand hat gegen Nordosten entsprechend 4.12 m und gegen Südwesten 4.97 m zu betragen (§ 60 Abs. 1 PBG). Gegen Nordosten ist der Grenzabstand mit 5.43 m ohne Weiteres eingehalten. Gegen Südwesten ist vorliegend nicht der Grenzabstand, sondern der Gebäudeabstand zu den bestehenden Gebäuden Assek. Nr. 1105 und Assek. Nr. 1106 wesentlich, da sich die beiden Gebäude auf demselben Grundstück wie das Bauvorhaben befinden (KTN 4668) und der Abstand zwischen zwei Gebäuden auf dem gleichen Grundstück gemessen wird, wie wenn eine Grenze dazwischen läge (§ 63 Abs. 3 PBG). Die Höhe der bestehenden Gebäude Assek. Nr. 1105 und Assek. Nr. 1106 ist aus den Bauplänen nicht ersichtlich. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass beide die Höhe von 6 m nicht übersteigen. Entsprechend ist ein Mindestabstand von 3 m einzuhalten. Der Abstand von den bestehenden Gebäuden Assek. Nr. 1105 und Assek. Nr. 1106 bis zur Gebäudefassade der geplanten Baute hat deshalb 7.97 m (4.97 m + 3 m) zu betragen. Vorliegend beträgt er jedoch lediglich 5.2 m (Assek. Nr. 1105) bzw. 6.8 m (Assek. Nr. 1106), was eine Unterschreitung von 2.77 m bzw. 1.17 m bedeutet. Selbst wenn das Bauprojekt in Richtung Nordosten verschoben würde, könnte der erforderliche Gebäudeabstand zumindest gegenüber dem Gebäude Assek. Nr. 1105 nicht eingehalten werden ($5.2 + 1.31 = 6.51$ m). Hinzu kommt, dass über die Gesamtlänge der Nordostfassade eine 3 m tiefe Vorbaute erstellt werden soll. Diese kommt bis auf 2.2 m an das Gebäude Assek. Nr. 1105 und bis auf 3.8 m an das Gebäude Assek. Nr. 1106 heran, anstatt einen Abstand von 6 m (2 x Mindestabstand) zu wahren, was eine Unterschreitung von 3.7 m bzw. 2.2 m bedeutet.

C 2.3

9.2 Gemäss § 73 PBG kann die Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den im Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (lit. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine besser Lösung erzielt werden kann (lit. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes (oder der Anlage) eine Abweichung nahe legen (lit. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (lit. d). Eine Ausnahmegewilligung muss zudem mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Nachbarinteressen verletzen (Abs. 2). Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften bedürfen der vorgängigen Zustimmung des Amtes für Raumplanung (vgl. § 76 Abs. 3 PBG in Verbindung mit § 45 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [VVzPBG, SRSZ 400.111]).

9.3 Die Vorinstanz 1 begründet die Erteilung der Ausnahmegewilligung im Wesentlichen mit dem Argument des Ortsbildschutzes. Eine Verschiebung des Bauvorhabens in Richtung Hirschstrasse sei nicht erwünscht und eine Verschlanung des Bauvorhabens sei aus gestalterischen Gründen nicht vertretbar. Die vorgesehene Länge sei nicht zu beanstanden, eine Verschlanung des Gebäudes würde sich mit der Länge jedoch nicht vertragen. Ausserdem würden die umliegenden Bauten ebenfalls Tiefen von zirka 17 m aufweisen. Auch sei der Neubau auf eine anspruchsvolle Käuferschaft bzw. Mieterschaft ausgerichtet. Eine Verringerung der Räume sei mit dieser Zielsetzung nicht vereinbar. Die Einpassung verlange zudem, dass der Neubau analog dem Schutzobjekt Palais Friedberg herrschaftlich in Erscheinung trete. Die Herrschaftlichkeit und Qualität des Palais Friedberg ergebe sich unter anderem durch die Grosszügigkeit der Raumgestaltung, die zu einer Bautiefe von zirka 15 m führe. Durch die Unterschreitung des Gebäudeabstandes werde der Zweck der Vorschrift nicht verletzt und die Unterschreitung sei bescheiden. Bei der Beurteilung der Ausnahmesituation gelte es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit mit zu bedenken, dass die Gemeinde durch die auferlegten Beschränkungen (kein Pavillon, Begrenzung der Bauhöhe, Verbot von Aufbauten) in erheblichem, jedoch zulässigem Ausmass in die Eigentumsfreiheit eingegriffen habe. Die beiden geschützten Bauten würden durch die Abstandsunterschreitung denn auch nicht erdrückt, was die heutige Anordnung der Bauten belege. So werde das Palais Friedberg durch die beiden Nebenbauten, welche den Abstand nicht einhalten, nicht beeinträchtigt. Es würden somit keine öffentlichen Interessen gegen die Erteilung der Ausnahmegewilligung

sprechen (...). Die Vorinstanz 2 hat der Abstandsunterschreitung zugestimmt. Die Abstandsunterschreitung bewege sich in einem annehmbaren Rahmen. Durch die Abweichung könne wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden. Sodann würden weder öffentliche noch wesentliche private Interessen verletzt. Die Beschwerdegegner fügen dem bei, dass eine Verschlankung die Proportionalitäten entscheidend beeinträchtigen würde. Eine Verschiebung gegen Nordosten würde die Nachbarn stärker belasten und zu wohnhygienischen Nachteilen führen. Dank der geringfügigen Abweichung, die durch die örtlichen Verhältnisse (Bautiefe) bedingt sei, könne eine Beeinträchtigung der räumlichen Qualität verhindert und eine gesamthaft entschieden bessere Lösung erzielt werden (...).

9.4 Die Beschwerdeführer I halten dem entgegen, dass keine besonderen Verhältnisse oder gar ein Härtefall vorliegen würden. Die Unterschreitung der Abstände würde keine bessere Lösung, sondern eine Verschlechterung für die zusammen mit dem Palais geschützten Nebenbauten mit sich bringen. Ebenso wenig mache Art, Zweckbestimmung oder Dauer des geplanten Gebäudes eine Ausnahmegewilligung notwendig. Auch die angebliche Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Länge und Tiefe würde keine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, weil der geplante Neubau ohnehin viel zu lange sei. Wirtschaftliche Überlegungen wie die privaten, finanziellen Interessen der Beschwerdegegner an einer möglichst hohen Rendite würden sodann ebenfalls nicht gelten. Es gehe auch nicht darum, der Bauherrschaft eine Ideallösung zu verschaffen. Schliesslich würden der Ausnahmegewilligung gewichtige öffentliche Interessen entgegenstehen. Die Nebenbauten würden vom Neubau noch mehr dominiert und geradezu erdrückt. Zudem würde durch eine so nachlässige Praxis ein Präjudiz geschaffen. Der Beschwerdeführer II erklärt sodann, dass bei Nichterteilung der Ausnahmegewilligung weder ein Härtefall vorliegen würde, noch liege die Erteilung der Ausnahmegewilligung im öffentlichen Interesse. Auch könne die Vorinstanz 1 nicht Eckwerte für einen Neubau festlegen, der öffentliche Interessen verletze und dann diese Verletzung im Nachhinein mit einem Härtefall begründen.

9.5 Das Institut der Ausnahmegewilligung bezweckt, Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden, die sich aus der strikten Rechtsanwendung ergeben. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation. Die Rechtfertigung der Ausnahmegewilligung liegt im Einzelfall begründet. Ausnahmegewilligungen dürfen auf keinen Fall generell erteilt werden. Unter Ausnahmesituationen sind hauptsächlich solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewendet werden müssen, ob-

C 2.3

schon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Ausnahmesituationen führen bei strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu harten und unbilligen Lösungen. Sie erlauben deshalb - unter Vorbehalten der Wahrung privater und öffentlicher Interessen - abweichende Lösungen. Als Rechtsfrage gilt dabei, ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, erfüllt sind. Erst wenn diese Frage zu bejahen ist, bzw. die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung gegeben sind, stellt sich die zweite Frage, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Dies ist dann eine Frage des Ermessens (EGV-SZ 1990, Nr. 19; RRB Nr. 1466 vom 16. November 2005, Erw. 5.2.2 mit Hinweisen). Rein wirtschaftliche Überlegungen vermögen eine Ausnahmegewilligung nicht zu begründen. Sie ist auch nicht dazu da, dem Bauherrn eine Ideallösung zu verschaffen und maximales Ausnutzungstreben zu unterstützen (EGV-SZ 1994, Nr. 58).

9.6 Vorliegend mutet es seltsam an, wenn die Vorinstanz 1 erklärt, die vorgesehene Länge sei nicht zu beanstanden, um die Proportionen zu wahren müsse aber eine Ausnahmegewilligung zur Herstellung einer genügend tiefen Baute erteilt werden. Die nachträgliche Begründung, eine Verschönerung des Bauvorhabens würde sich mit der zulässigen Länge nicht vertragen, ist deshalb nicht zu hören. Auch vermag die Argumentation, eine Verringerung der Tiefe sei nicht möglich, weil der Neubau auf eine anspruchsvolle Käuferschaft ausgerichtet sei, von vornherein nicht zu greifen. Ein Härtefall liegt ebenfalls nicht vor, weil die Beschwerdegegner ihr Grundstück immer noch sinnvoll überbauen können, selbst wenn sie die Ausnutzungsziffer von 0.75 nicht voll ausnützen können. Zu Recht machen die Beschwerdeführer I deshalb geltend, dass nicht einfach die zulässige Tiefe angepasst werden dürfe, um die Proportionen zu wahren, sondern dass halt die Länge des Gebäudes gekürzt werden müsse. Eine Verkleinerung der Baute wäre denn auch ohne Weiteres zumutbar. Die Erteilung der Ausnahmegewilligung würde zudem bedeuten, dass der Hofgarten des Palais Friedberg gekürzt würde, da nicht der Vorbau des neuen Gebäudes sondern die Fassade an der Stelle der heutigen nordöstlichen Abschlussmauer erstellt würde, was insbesondere vom Beschwerdeführer II bemängelt wird (vgl. Augenschein vom 20. Dezember 2007). Umstritten ist sodann die Wirkung, welche mit dem neuen Bau erzielt werden soll. Während die Beschwerdegegner eine neue Einheit bilden wollen, erklären die Beschwerdeführer, dass das Palais Friedberg nicht komplettiert werden müsse, da es mit seinen beiden Nebengebäuden, dem Hofgarten und den Abschlussmauern bereits eine eigene Einheit bilde, welche möglichst intakt erhalten werden solle.

Selbst wenn nun davon ausgegangen würde, dass mit dem Neubau eine neue Einheit geschaffen würde, so erklärt niemand explizit, dass diese neue Einheit nur erreicht werden kann, wenn das neue Gebäude im Unterabstand zu den Annexbauten erstellt wird. Mithin ist nicht nachgewiesen, dass die Erteilung der Ausnahmegewilligung nötig ist, um eine bessere Lösung zu erzielen oder das Palais Friedberg besser zu schützen. Vielmehr machen die Beschwerdeführer das Gegenteil geltend. Es liegt denn auch nicht im öffentlichen Interesse, dass der Hofgarten verkleinert und der Annexbau Assek. Nr. 1105 abgeändert wird (...). Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass für die Unterschreitung des Gebäudeabstandes gegenüber den beiden Annexbauten Assek. Nr. 1105 und Assek. Nr. 1106 kein Ausnahmegrund vorliegt, der einen Baudispens rechtfertigt. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Sowohl die gewährte Ausnahmegewilligung der Vorinstanz 2 als auch die angefochtene Baugewilligung der Vorinstanz 1 sind entsprechend aufzuheben.

(RRB Nr. 207 vom 11. März 2008).

6. Vormundschaftsrecht

6.1 Zustellung einer Verfügung über das Besuchsrecht nach Portugal

- *Zustellung von Verfügungen einer Vormundschaftsbehörde und damit Auslösung des Laufs der Rechtsmittelfrist nach Massgabe des Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1964 (Erw. 3.1 – 3.2).*
- *Zulässigkeit einer Zustellung durch die Post im Mitgliedstaat des Haager Zustellungsübereinkommens Portugal, der keinen Vorbehalt gegen diese Zustellungsart angebracht hat (Erw. 3.3.1 – 3.3.2).*
- *Beweiswürdigung in Bezug auf die Feststellung des Zustellungszeitpunktes (Erw. 3.3.3).*
- *Berechnung der gesetzlichen Rechtsmittelfrist (Erw. 4.).*
- *Wiederherstellung der Beschwerdefrist (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

D., Jahrgang 1999, portugisischer Staatsangehöriger, lebt bei seiner Mutter in einer Gemeinde im Kanton Schwyz. Gemäss einer am

C 6.1

22. Januar 2007 beim Familien- und Jugendgericht in Lissabon abgeschlossenen Vereinbarung üben die unverheirateten Eltern das Sorgerecht gemeinsam aus. Am 5. März 2007 ersuchte die in der Schweiz wohnende Mutter den Regierungsrat, ihr die alleinige elterliche Sorge über D. zuzuteilen. Mit Schreiben vom 13. März 2007 beantragte sie ausserdem, dem Kindsvater das Besuchsrecht über die Dauer des Verfahrens nur in der Schweiz und in Begleitung einer unabhängigen Drittperson gewähren. Am 30. März 2007 überwies der Regierungsrat das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen an die zuständige Vormundschaftsbehörde.

Mit Präsidialverfügung vom 3. April 2007 (Versand: 3. April und 16. Mai 2007) traf der Präsident der Vormundschaftsbehörde Massnahmen zum Besuchsrecht. Diese Verfügung und der Beschluss über die Genehmigung der Präsidialanordnung vom 14. Mai 2007 (Versand: 16. Mai 2007) wurden dem Kindsvater eingeschrieben und via Kantonsgericht als kantonale Zentralbehörde im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (Haager Zustellungsübereinkommen, SR 0.274.131) zugestellt. Mit Eingabe vom 10. Januar 2008 erhob der Kindsvater gegen die Anordnung der Vormundschaftsbehörde Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Der Regierungsrat ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

2. Die angefochtene Verfügung des Präsidenten der Vorinstanz trägt das Datum vom 3. April 2007. Dagegen hat der in Portugal wohnhafte Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter in der Schweiz am 10. Januar 2008 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erheben lassen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde, was wiederum entscheidend davon abhängt, wann die Beschwerdefrist zu laufen begonnen hat und von welcher Dauer diese ist.

3. In seiner Verwaltungsbeschwerde vom 10. Januar 2008 macht der Beschwerdeführer geltend, dass ihm die Präsidialverfügung vom 3. April 2007 gar nie zugestellt worden sei. Demgegenüber bringt er in der Replik vom 25. April 2008 einerseits vor, dass er die Annahme der ihm mit eingeschriebener Post übermittelten Präsidialverfügung habe verweigern müssen, weil er der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Andererseits räumt er in der gleichen Eingabe ein, dass er die nicht übersetzte Verfügung des Präsidenten der Vorinstanz vom 3. April 2007 entgegen genommen habe. Zudem habe die Vorinstanz am 11. April 2007 anschei-

nend versucht, ihm auf dem Rechtshilfeweg irgendwelche Dokumente zukommen zu lassen. Die von den für die Zustellung zuständigen Beamten in seiner Anwaltskanzlei vorgenommenen Bemühungen seien jedoch erfolglos geblieben. Den ihm wiederum mit eingeschriebener Post zugestellten Genehmigungsbeschluss Nr. 23 vom 14. Mai 2007 bzw. eine portugiesische Übersetzung davon habe er am 18. Mai 2007 empfangen. Dieses Schreiben enthalte aber weder Anordnungen in Bezug auf das Besuchsrecht noch eine Rechtsmittelbelehrung. Aufgrund der fehlerhaften Zustellung der angefochtenen Präsidialverfügung sei jedenfalls keine Rechtsmittelfrist ausgelöst worden, womit er die Beschwerde vom 10. Januar 2008 rechtzeitig eingereicht habe.

3.1 Die Frist für Beschwerden gegen eine Verfügung der Vormundschaftsbehörde beginnt sowohl nach Bundesrecht wie auch nach kantonalem Recht mit der Eröffnung des Entscheides zu laufen (§ 4 Abs. 1 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [VRP, SRSZ 234.110] i.V.m. § 123 Abs. 1 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 [GO, SRSZ 231.110]; Thomas Geiser, Basler Kommentar zum ZGB I, 3. Aufl., Basel 2006, N 38 f. zu Art. 420 ZGB). Eine im Ausland zu bewirkende Zustellung muss prinzipiell - wenn nicht durch Staatsverträge etwas anderes erlaubt ist - durch ein Ersuchen der zuständigen Behörde des fremden Staates erfolgen (Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2002, S. 305 f.). Die Schweiz und Portugal haben betreffend die Zustellung von Schriftstücken eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde kein bilaterales Rechtshilfeabkommen abgeschlossen. Hingegen haben beide Staaten das multilaterale Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 (HZUe65, SR 0.274.131) ratifiziert. Familienrechtliche Verfahren fallen auch dann unter den sachlichen Geltungsbereich des Haager Zustellungsübereinkommens von 1965, wenn die ersuchende Behörde eine Verwaltungsbehörde (z.B. eine Vormundschaftsbehörde) ist (Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen - Wegleitung, 3. Aufl. 2003 [nachfolgend: Wegleitung BJ], S. 9). Somit ist nach diesem Abkommen zu prüfen, ob bzw. wann die angefochtene Verfügung dem Beschwerdeführer korrekt zugestellt wurde.

3.2 Gemäss Art. 2 HZUe65 bestimmt jeder Vertragsstaat eine zentrale Behörde, welche die Ersuchen um Zustellung von Schriftstücken aus einem anderen Vertragsstaat entgegenzunehmen und das Erforderliche zu veranlassen hat. An diese kann die nach dem Recht des Ursprungsstaates zuständige Behörde ihre Zustellungsersuchen richten (Art. 3

C 6.1

HZUe65). Am 11. April 2007 bzw. am 18. Mai 2007 ersuchte das hierfür zuständige Kantonsgericht die Zentralbehörde in Portugal (Ministério da Justiça in Lissabon), dem Beschwerdeführer die angefochtene Präsidialverfügung vom 3. April 2007 sowie den Genehmigungsbeschluss der Vorinstanz vom 14. Mai 2007 zuzustellen. Mit Schreiben vom 27. Juni 2007 teilte das Ministério da Justiça dem Kantonsgericht mit, dass das Rechtshilfesuch trotz mehrerer Zustellungsversuche in der Anwaltskanzlei des Beschwerdeführers nicht habe erledigt werden können. Die Folgen der Unmöglichkeit oder Verweigerung der Zustellung richten sich grundsätzlich nach dem Recht des ersuchten Staates (Wegleitung BJ, S. 17). Ob der Beschwerdeführer die Zustellung absichtlich vereitelt hat bzw. welche Folgen sein Verhalten nach portugiesischem Recht nach sich zieht, kann letztendlich aber offen bleiben.

3.3.1 Das Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 schliesst, sofern der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt, nicht aus, dass gerichtliche Schriftstücke im Ausland befindlichen Personen unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen (Art. 10 lit. a HZUe65). Im Gegensatz zur Schweiz hat Portugal keinen solchen Widerspruch angebracht (vgl. Rechtshilfeführer des Bundesamtes für Justiz [<http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rhf.html>; besucht am 23. Juli 2008]). Für den Staat, der einen Vorbehalt anbringt, werden die Bestimmungen des Übereinkommens, auf die sich der Vorbehalt bezieht, im gegenseitigen Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten modifiziert. So haben die schweizerischen Behörden grundsätzlich davon abzusehen, im Ausland Handlungen vorzunehmen, die aufgrund von Vorbehalten, die die Schweiz gegen das Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 angebracht hat, auf dem Gebiet der Schweiz nicht gestattet sind. Dies gilt insbesondere für die Vorbehalte in Bezug auf die Übermittlungswege der Ersuchen. Die Staaten können jedoch darauf verzichten, sich auf den Grundsatz der Gegenseitigkeit zu berufen, was Portugal im Jahr 2003 getan hat. Der Auffassung des Beschwerdeführers, dass Portugal im internationalen Verhältnis keine briefliche Zustellung zulasse, kann demnach nicht gefolgt werden. Zudem hat das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid (BGE 5P.225/1996) darauf hingewiesen, eine direkte Zustellung auf dem Postweg an einen Mitgliedstaat des Haager Zustellungsübereinkommens von 1965, der keinen diesbezüglichen Vorbehalt angebracht habe, sei zulässig (Wegleitung BJ, S. 8 und 13).

3.3.2 Aus den von der Vorinstanz eingereichten Verfahrensakten geht hervor, dass der angefochtene Präsidialbeschluss am 4. April 2007 bei der Post aufgegeben und vom Beschwerdeführer am 11. April 2007 in

Empfang genommen worden ist. Aktenkundig ist zudem, dass die Vorinstanz am 27. April 2007 eine Übersetzung der Präsidialverfügung hat anfertigen lassen. Am 16. Mai 2007 hat sie dem Beschwerdeführer schliesslich mit eingeschriebener Post eine portugiesische Übersetzung des Genehmigungsbeschlusses vom 14. Mai 2007 übermittelt. In ihrer Vernehmlassung vom 20. Februar 2008 sowie in der Duplik vom 23. Mai 2008 behauptet die Vorinstanz, dass diese Sendung auch die auf portugiesisch übersetzte Präsidialverfügung vom 3. April 2007 enthalten habe, was vom Beschwerdeführer jedoch bestritten wird.

3.3.3 Gemäss § 25 VRP würdigt die Behörde die Beweise nach pflichtgemäßem Ermessen. Wie oben bereits dargelegt wurde, hat der Beschwerdeführer in Bezug auf die Kenntnisnahme der ihm übermittelten Dokumente bis anhin widersprüchliche Angaben gemacht. Insbesondere fällt auf, dass er nach Wahrnehmung seines Akteneinsichtsrechts die in der Beschwerde vom 10. Januar 2008 gemachten Ausführungen stark modifiziert hat. Aufgrund seines Verhaltens vermag er nicht glaubhaft darzutun, dass er die auf portugiesisch übersetzte angefochtene Präsidialverfügung am 18. Mai 2007 nicht erhalten habe. Dies gilt umso mehr, als auf einem in den Verfahrensakten vorhandenen Exemplar der Präsidialverfügung als Versanddatum der 16. Mai 2007 vermerkt ist. Hinzu kommt, dass das portugiesische Recht entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers offenbar überhaupt keine Übersetzung der zu übermittelnden Schriftstücke verlangt (vgl. Rechtshilfeführer des Bundesamtes für Justiz). Dass das Bundesamt für Justiz bei postalischen Zustellungen zwar empfiehlt, eine Übersetzung der Urkunden in der Sprache des Empfangsstaates beizulegen, vermag daran nichts zu ändern. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer die angefochtene Präsidialverfügung spätestens am 18. Mai 2007 eröffnet worden ist.

4. Die angefochtene Präsidialverfügung verweist auf die Möglichkeit, innert zehn Tagen seit Zustellung Beschwerde beim Regierungsrat erheben zu können. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass keine rechtliche Grundlage für eine derart kurze Rechtsmittelfrist existiere. Gerade in einem internationalen Verhältnis genüge eine zehntägige Beschwerdefrist nicht.

4.1 Bei Verwaltungsbeschwerden beträgt die Beschwerdefrist zwanzig Tage, sofern nicht ein anderer Erlass eine abweichende Frist vorschreibt (§ 47 Abs. 1 VRP). Nach Art. 420 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sind Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung

C 6.1

bei der Aufsichtsbehörde mit Beschwerde anfechtbar. Die Vorinstanz hat das dem Beschwerdeführer am 22. Januar 2007 von einem Familien- und Jugendgericht in Lissabon eingeräumte Besuchsrecht für die Dauer des beim Regierungsrat hängigen Verfahrens um Zuteilung der elterlichen Sorge an die Beschwerdegegnerin insofern modifiziert, als jener seinen Sohn jeden ersten Samstag im Monat im Beisein einer unabhängigen Drittperson in der Schweiz besuchen darf. Ob sich die Frist für Beschwerden gegen diese von einer Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 273 Abs. 2 und Art. 307 Abs. 1 ZGB getroffene Anordnung nach den allgemeinen bundesrechtlichen Grundsätzen über die Berechnung der Rechtsmittelfristen oder nach dem kantonalen Verfahrensrecht bemisst, ist aus nachfolgenden Gründen nicht weiter von Relevanz.

4.2 Der Tag, an dem die durch Erhalt einer Mitteilung ausgelöste Frist zu laufen beginnt, wird nicht mitgezählt (analog zu Art. 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; § 123 Abs. 1 GO). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Beschwerdefrist am 19. Mai 2007 zu laufen begonnen hat. Ist der letzte Tag der Frist ein Samstag, ein Sonntag oder ein vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag, so endet sie am nächsten Werktag (analog zu Art. 45 Abs. 1 BGG; § 123 Abs. 2 GO). Die Frist gilt als gewahrt, wenn an deren letztem Tag das Begehren um gerichtliche Beurteilung der schweizerischen Post, der zuständigen Behörde oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG; Art. 12 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 [IPRG, SR 291]; § 124 Abs. 1 GO; Geiser, a.a.O., N 39 zu Art. 420 und N 18 zu Art. 397d ZGB). Gestützt auf diese Ausführungen ist die in der Rechtsmittelbelehrung erwähnte zehntägige Beschwerdefrist am 28. Mai 2007 abgelaufen. Da es sich bei diesem Tag um den Pfingstmontag handelte, hätte die Eingabe spätestens am 29. Mai 2007 eingereicht werden müssen. Der Beschwerdeführer hat die Präsidialverfügung vom 3. April 2007 erst am 10. Januar 2008 beim Regierungsrat angefochten. Dies bedeutet, dass die Beschwerde auch bei Zugrundelegung einer längeren Rechtsmittelfrist von zwanzig oder dreissig Tagen als verspätet eingereicht zu betrachten wäre.

4.3 Gesetzliche Fristen sind zwingend und können grundsätzlich nicht erstreckt werden (analog zu Art. 47 Abs. 1 BGG; § 121 GO; Geiser, a.a.O., N 39 zu Art. 420 ZGB). Nicht einzusehen ist, weshalb diese Regelung für den im Ausland lebenden Beschwerdeführer keine Geltung haben sollte. Wie oben bereits ausgeführt wurde, hätte er die Möglichkeit gehabt, seine Beschwerde gegen die Präsidialverfügung vom 3. April

2007 bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung in Portugal einzureichen.

5. Der Beschwerdeführer verlangt in einem Eventualantrag die Wiederherstellung der Beschwerdefrist. Eine solche ist in analoger Anwendung von Art. 50 BGG zulässig (Geiser, a.a.O., N 39 zu Art. 420 ZGB). Ist eine Partei oder ihr Vertreter durch einen anderen Grund als die mangelhafte Eröffnung unverschuldeterweise abgehalten worden, fristgerecht zu handeln, so wird die Frist wiederhergestellt, sofern die Partei unter Angabe des Grundes innert dreissig Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt. Nach kantonalem Recht muss das Wiederherstellungsgesuch spätestens zehn Tage nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden (§ 129 Abs. 3 GO). Der Beschwerdeführer legt nicht ansatzweise dar, aus welchen Gründen er die Beschwerdefrist unverschuldet nicht hat einhalten können. Zu erwähnen bleibt, dass der Beschwerdeführer Rechtsanwalt ist. Er hätte wissen müssen, dass er nach Erhalt der deutschen Verfügung vom 3. April 2007 bzw. des auf portugiesisch übersetzten Genehmigungsbeschlusses vom 14. Mai 2007 nicht beliebig lange zuwarten kann. Aus diesem Grund ist auf eine Wiederherstellung zu verzichten.

(RRB Nr. 840 vom 5. August 2008).

6.2 Legitimation bei Amtsenthebungsgesuchen und Vormundschaftsbeschwerden

- Drittpersonen, die ausschliesslich eigene Interessen verfolgen, sind nicht befugt, Amtsenthebungsgesuche und Vormundschaftsbeschwerden einzureichen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Mit Beschluss vom 14. Mai 2002 errichtete die Vorinstanz für R. wegen fortschreitender Alzheimererkrankung und Demenz eine Vormundschaft. Gleichzeitig ernannte sie die Beschwerdegegnerin zur Vormundin. Aus den von der Vorinstanz eingereichten Verfahrensakten geht hervor, dass R. vor seiner Krankheit als Kaufmann tätig war. Anscheinend hat er die im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit erwirtschafteten Erträge zum Teil über liechtensteinische Stiftungen angelegt. Zu diesem Zweck veranlasste er am 10. Februar 1983 die Gründung der Beschwerdeführerin 3. Gemäss Art. 5 der Stiftungsstatuten beschliesst der Stiftungsrat über die Höhe und die Art der Zuwendungen an Stiftungsbegünstigte im Rahmen

C 6.2

des Reglements. Gemäss Stiftungsreglement vom 7. Februar 1985 handelt es sich bei R. zeitlebens um den einzigen Begünstigten am Kapital und an den Erträgen der Beschwerdeführerin 3. Im Falle seines Ablebens sollen ausschliesslich sein Schwager (Beschwerdeführer 1) und bei dessen Vorversterben sein Neffe (Beschwerdeführer 2) begünstigt werden. Nach ihrem Amtsantritt am 14. Mai 2002 verlangte die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin 3 mehrmals die Ausrichtung von Zuwendungen an ihr Mündel. In der Folge schüttete die Beschwerdeführerin 3 im Juli 2004 und im November 2005 Beträge von Fr. 450 000.-- bzw. Fr. 1 096 198.-- an R. aus. Entgegen dem Antrag der Beschwerdegegnerin sah sie jedoch bis anhin davon ab, das noch vorhandene Vermögen vollumfänglich an die bevormundete Person auszubezahlen bzw. die Stiftung zu liquidieren. Im Zusammenhang mit den von der Beschwerdegegnerin gestellten Ausschüttungsbegehren ist noch ein Zivilverfahren beim Fürstlichen Landgericht in Vaduz hängig (...).

1.2 Am 23. Januar 2008 reichten die Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Gesuch um Amtsenthebung der Beschwerdegegnerin bzw. um Überprüfung ihrer Amtsführung ein. Die Vorinstanz ist auf dieses Gesuch mangels Legitimation nicht eingetreten. Gegen diesen Beschluss haben die Beschwerdeführer am 21. Februar 2008 Beschwerde beim Regierungsrat erhoben (...). Richtet sich die Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid der Vorinstanz, so hat die Rechtsmittelinstanz nur zu prüfen, ob dieser zu Unrecht erfolgt ist. Bejaht sie diese Frage, so hebt sie den Nichteintretensentscheid auf und weist die Akten an die Vorinstanz zurück, damit diese einen Entscheid in der Sache treffen kann. Andernfalls weist die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde ab (RRB Nr. 1676 vom 20. Dezember 2005, Erw. 2). Gestützt auf diese Ausführungen hat der Regierungsrat im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz auf die Anträge der Beschwerdeführer zu Recht nicht eingetreten ist. Er sieht sich jedenfalls nicht veranlasst, direkt über die von den Beschwerdeführern verlangte Amtsenthebung der Beschwerdegegnerin zu befinden bzw. ihre Amtsführung zu überprüfen.

2.1 Im Vormundschaftsrecht richtet sich das Verfahren nach kantonalem Recht, insbesondere nach der Verordnung über die Verwaltungspflege vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) und dem Schweizerischen Einführungsgesetz vom 14. September 1978 zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZZGB, SRSZ 210.100), soweit nicht von Bundesrechts wegen bestimmte Verfahrensregeln zu beachten sind. Die Beschwerdeführer haben bei der Vorinstanz ein Gesuch um Amtsenthebung der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 446 des Schweizerischen Zivilge-

setzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sowie eine Vormundschaftsbeschwerde im Sinne von Art. 420 ZGB eingereicht. In beiden Fällen bestimmt sich ihre Legitimation nach Bundesrecht (Thomas Geiser, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2006, N 26 zu Art. 420 und N 6 zu Art. 446-450 ZGB).

2.2 Nach Art. 420 ZGB kann nebst dem Bevormundeten jedermann, der ein Interesse hat, Vormundschaftsbeschwerde erheben. Das Recht des Dritten zur Beschwerdeführung ist eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Rechtsmittel in erster Linie dazu, die vormundschaftlichen Behörden zu einem gesetzmässigen Verhalten und zur Wahrung der Interessen derjenigen, für die sie tätig werden müssen, anzuhalten. Zur Beschwerde legitimiert ist nicht nur ein Dritter, der Mündelinteressen wahrnimmt, sondern auch derjenige, der eine Verletzung eigener Rechte geltend macht oder an der Beschwerdeführung selber interessiert ist. Demnach ist die Legitimation eines Dritten zur Beschwerdeführung gemäss Art. 420 ZGB zu bejahen, sofern dieser sich auf die Interessen der schutzbedürftigen Person beruft oder die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend macht. Mit der vormundschaftlichen Beschwerde dürfen jedoch keine rein persönlichen Interessen, die keine Auswirkungen auf das Wohl des Schutzbefohlenen haben, verfolgt werden (BGE 121 III 1 E. 2; EGV-SZ 1997, Nr. 46, Erw. 4.c; ZVW 1995, S. 148 f. mit Hinweisen). Deren Wahrung hat in der Regel in einem Zivilprozess zu erfolgen. Vielmehr muss es sich um Interessen handeln, die mit der strittigen Massnahme geschützt werden sollen und deshalb vom Vormund oder der Vormundschaftsbehörde hätten berücksichtigt werden müssen. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob das durch das Vormundschaftsrecht geschützte Interesse ein wirtschaftliches oder ideelles ist. Einer rechtlichen Beziehung zum Mündel bedarf die beschwerdeführende Person nicht. Verwandte haben die gleichen Voraussetzungen zu erfüllen wie Dritte, damit sie zur Beschwerde berechtigt sind. Die Legitimation beim Antrag auf Amtsenthebung gemäss Art. 446 ZGB ist gleich umschrieben wie bei der Vormundschaftsbeschwerde Art. 420 ZGB (Geiser, a.a.O., N 31 f. zu Art. 420 und N 7 zu Art. 446-450 ZGB).

3.1 Die Vorinstanz hat den angefochtenen Beschluss unter anderem damit begründet, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 in keiner engen persönlichen Beziehung zu A. stehen würden. Seit er pflegebedürftig geworden sei, hätten sie sich jedenfalls nie um sein Wohl gesorgt oder Betreuungsaufgaben wahrgenommen. Schliesslich habe A. die Beschwerdeführer 1 und 2 vor seiner Krankheit auch nie in seine persönlichen oder finanziellen Belange einbezogen. Die Stiftungsorgane der Be-

C 6.2

schwerdeführerin 3 würden A. zudem gar nicht persönlich kennen. In dieser Hinsicht ist festzuhalten, dass die rechtliche oder persönliche Beziehung der Beschwerdeführer zu A. für die Beurteilung ihrer Legitimation nicht von Belang ist. Vielmehr ist nachfolgend zu prüfen, ob die von den Beschwerdeführern mit dem bei der Vorinstanz am 23. Januar 2008 eingereichten Gesuch um Amtsenthebung der Beschwerdegegnerin bzw. mit der Vormundschaftsbeschwerde verfolgten persönlichen Interessen zugleich Auswirkungen auf das Wohl des Bevormundeten haben.

3.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass sie vorab die Durchsetzbarkeit der von der bevormundeten Person in gesunden Tagen getroffenen letztwilligen Verfügung sicherzustellen beabsichtigten. A. habe mit der im Stiftungsreglement vom 7. Februar 1985 enthaltenen Begünstigtenordnung über die Verwendung des Stiftungsvermögens nach seinem Ableben verfügt. Die von der Beschwerdegegnerin getroffenen Anstalten zur finanziellen Aushöhlung der Beschwerdeführerin 3 kämen einem Widerruf dieser letztwilligen Verfügung gleich. Die Beschwerdeführer 1 und 2 hätten zwar zugegebenermassen auch ein eigenes Interesse an der Zurückbehaltung des Stiftungsvermögens bzw. an der Aufrechterhaltung der Beschwerdeführerin 3. Dieses Interesse decke sich jedoch mit dem nachweislichen Willen von A. und sei ihrer Legitimation deshalb nicht abträglich. Zudem sei es ihnen ein Anliegen, dass die Führung des vormundschaftlichen Mandates in effizienter Weise erfolge, relevante Sachverhaltsfragen ohne übermässige Kostenverursachung korrekt geklärt und offensichtlich unnötige gerichtliche Verfahren generell vermieden würden.

3.3.1 Ob es sich bei der von A. im Stiftungsreglement vom 7. Februar 1985 festgelegten Begünstigung seines Schwagers bzw. bei dessen Vorversterben seines Neffen tatsächlich um eine letztwillige Verfügung handelt, scheint dem Regierungsrat zweifelhaft. Letztendlich kann diese Frage im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens aber offen bleiben. Wie oben bereits dargelegt wurde, ist A. bis zu seinem Lebensende die einzige begünstigte Person am Vermögen und an den Erträgen der Beschwerdeführerin 3. Er kann somit über die Verwendung des von ihm angelegten Kapitals entscheiden und es steht ihm auch frei, dieses vollständig zu verbrauchen. Es entspricht ganz offensichtlich seinem Willen, dass die zweitbegünstigten Beschwerdeführer 1 und 2 frühestens nach seinem Tod in den Genuss von allfälligen Zuwendungen aus dem Stiftungsvermögen kommen könnten. Ob eine solche Zweitbegünstigung tatsächlich eintreten wird, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Beschwerdeführerin 3 nach dem Ableben von A. überhaupt noch über finanzielle Mittel verfügt.

3.3.2 Aus den von der Vorinstanz eingereichten Verfahrensakten ist ersichtlich, dass der vermögende A. vor seiner Krankheit einen gehobenen Lebensstandard gepflegt hat. Nachdem er für einige Zeit von seiner Lebenspartnerin betreut worden ist, hält er sich inzwischen in einem Pflegeheim für Alzheimerpatienten (...) auf. Insoweit kann nachvollzogen werden, dass seine Lebenshaltungskosten nach wie vor sehr hoch sind. Die Argumentation der Beschwerdeführer, das Stiftungsvermögen müsse aufgrund des Stifterwillens zu ihren Gunsten unangetastet bleiben, scheint unter diesen Umständen geradezu als absurd und widerspricht gar den Interessen von A., der für die Bestreitung seiner hohen Lebenshaltungs- und Pflegekosten auf das bei der Beschwerdeführerin 3 geäußerte Vermögen angewiesen ist. Demnach muss davon ausgegangen werden, dass es dem Willen von A. entspricht, mit dem in der Beschwerdeführerin 3 angelegten Vermögen vorab seinen eigenen finanziellen Bedarf zu decken bzw. seinen Lebensstandard beizubehalten. In diesem Sinne liegen die von der Beschwerdegegnerin gestellten Ausschüttungsbegehren, die in Auftrag gegebenen Abklärungen zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, der beim Fürstlichen Obersten Gerichtshof erhobene Revisionsrekurs betreffend Auskunftspflicht der Beschwerdeführerin 3 sowie die bereits erwähnte, beim Fürstlichen Landgericht in Vaduz eingereichte Zivilklage im Interesse der bevormundeten Person. Dies gilt umso mehr, als sich das finanzielle Risiko von A. auf eine allfällige Übernahme der Prozesskosten beschränkt. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die Beschwerdeführer mit dem Gesuch um Amtsenthebung der Beschwerdegegnerin bzw. mit der Vormundschaftsbeschwerde ausschliesslich eigene Interessen, namentlich die Erhaltung des Stiftungsvermögens der Beschwerdeführerin 3, verfolgen. Die Interessen der bevormundeten Person werden durch die von den Beschwerdeführern ergriffenen Rechtsvorkehrungen hingegen nicht ansatzweise geschützt. Demzufolge ist die Vorinstanz auf das Gesuch der Beschwerdeführer vom 23. Januar 2008 zu Recht nicht eingetreten.

(RRB Nr. 519 vom 20. Mai 2008).

6.3 Übernahme des Amtes eines Vormundes durch nahe Verwandte

- *Dem gesetzlichen Vorrecht des Sohnes, das Amt des Vormundes für seine Mutter zu übernehmen, steht dessen Wohnsitz in einem andern Staat und die Distanz zum Wohnsitz der Mutter entgegen (Erw. 4).*
- *Voraussetzung für einen Wohnsitzwechsel einer bevormundeten Person (Erw. 5).*

C 6.3

Aus den Erwägungen:

4.1 Zum Amte als Vormund wählbar ist, wer allgemein und betreffend die zu betreuende Person geeignet ist und gegen den keine Ausschliessungsgründe gemäss Art. 384 ZGB vorliegen. Zu den Personen, welchen es grundsätzlich an der Eignung fehlt, gehören Personen, denen es an der charakterlichen Reife fehlt und solche, die in körperlicher, psychischer oder zeitlicher Hinsicht nicht belastbar sind. Auch die persönliche Beziehung zwischen Mandatsträger und betreuter Person ist bei der Beurteilung der besonderen Eignung von Bedeutung (vgl. Christoph Häfeli in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht [BSK ZGB I], Basel 2002, N 11 ff. zu Art. 379 ZGB mit Hinweisen). Zwar bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte, die gegen den Beschwerdeführer als Vormund sprechen würden bzw., dass das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Mutter getrübt wäre.

4.2 Der Wohnsitz des Beschwerdeführers im über 500 km vom Wohnort seiner Mutter entfernten S., Deutschland, spricht als wichtiger Grund gegen das Vorrecht des Beschwerdeführers bei der Wahl zum Vormund (Art. 380 ZGB, letzter Teilsatz).

Die vormundschaftlichen Behörden haben sich bei ihren Entscheidungen einzig und allein vom Gedanken des Mündelwohls leiten zu lassen. Vorliegend gilt es daher zu bedenken, dass X. seit Jahren in Y. wohnhaft ist und mit der hiesigen, sozialen Umgebung vertraut ist. Damit könnten am ehesten in Y. Probleme entstehen, sodass es wichtig ist, dass ein Vormund, welcher die Interessen seines Mündels vor Ort möglichst effizient vertreten soll, einerseits die lokalen Verhältnisse gut kennt und andererseits in der unmittelbaren Umgebung des Bevormundeten tätig sein kann. Um die Interessen des Mündels vertreten zu können, ist es erforderlich, dass der Vormund in der Nähe des Mündels wohnt. Schliesslich ist dem Beschwerdeführer der Zugang zu seiner Mutter keinesfalls verwehrt. Zwar trägt der Vormund allein die Verantwortung und im Rahmen des Gesetzes die Entscheidungsbefugnis, worunter auch die Unterbringung in ein Alters- und Pflegeheim fällt. Der Vormund hat jedoch im Interesse von X. die Wünsche des Sohnes im Rahmen des Möglichen zu berücksichtigen.

Schliesslich bringt das Gesetz (u.a. Art. 423 und Art. 445 ff. ZGB) zum Ausdruck, dass der Vormund in einem Subordinationsverhältnis zu den vormundschaftlichen Behörden steht. Neben dem Kontroll- und Weisungsrecht steht der Vormundschaftsbehörde insbesondere die Disziplinalgewalt über den Vormund zu. Dies bedingt, dass der Vormund sich im Wirkungsbereich des entsprechenden Rechts befinden muss (vgl. ZVW 36/1981, S. 155 Nr. 16, Erw. 1).

4.3 Zusammenfassend sind keine Untauglichkeits- bzw. Ausschließungsgründe des Beschwerdeführers ersichtlich. Zudem sind keine Anhaltspunkte erkennbar, welche auf ein getrübtetes Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Mutter hindeuten würden. Hingegen spricht der Wohnsitz des Beschwerdeführers dagegen, diesen zum Vormund von X. zu ernennen. Aufgrund der Distanz des Wohnsitzes des Beschwerdeführers zum Wohnsitz seiner Mutter ist nicht gewährleistet, dass der Beschwerdeführer das Amt des Vormundes so ausüben kann, wie die Interessen der Bevormundeten es erfordern. Damit ist die Wahl von Z. zum Vormund von X. zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

5. Nachfolgend drängen sich betreffend einen möglichen Wohnsitzwechsel von X. nach Deutschland die nachfolgenden Bemerkungen auf. Der Wohnsitz von X. befindet sich am Sitz der Vorinstanz (Art. 25 Abs. 2 ZGB). Damit ein Wohnsitzwechsel erfolgen kann, bzw. der Beschwerdeführer seine Mutter zu sich nach S., Deutschland, nehmen kann, bedarf es der Zustimmung der Vorinstanz (Art. 377 ZGB, Art. 421 Ziff. 14 ZGB) und zusätzlich der Übernahme durch die neue Aufenthaltsbehörde in Deutschland (vgl. Übertragung vormundschaftlicher Massnahmen, Empfehlungen der VBK, in ZVW 2002, S. 205, 216 f.).

Zudem richtet sich die Frage eines Wohnsitzwechsels von X. ausschliesslich nach ihren Bedürfnissen (BGE 109 Ib 76). Daher wäre vorab u.a. zu prüfen, wie die Lebenssituation von X. in Deutschland bei ihrem Sohn aussehen würde und von wem sie im Bereich ihrer Hilfsbedürftigkeit betreut werden könnte. Hierzu müssten von einer fachlich kompetenten Seite die nötigen Auskünfte erfolgen, welche es dem Vormund und der Vorinstanz ermöglichen würde, einem landesübergreifenden Wohnsitzwechsel zuzustimmen.

(RRB Nr. 771 vom 1. Juli 2008).

7. Sozialwesen

7.1 Örtliche Zuständigkeit von Fürsorgebehörden

- *Zuständigkeit des Regierungsrates, Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Fürsorgebehörden vom zwei Schwyzer Gemeinden zu entscheiden (Erw. 2).*
- *Begriff des Unterstützungswohnsitzes (Erw. 3).*

C 7.1

- *Der tatsächliche Aufenthalt in einer Gemeinde und die gesamte Lebensgestaltung durch eine Person als wesentliche Elemente für die Begründung eines Unterstützungswohnsitzes (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u.a. insbesondere ihre Zuständigkeit und die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. a und e der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [VRP, SRSZ 234.110]). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

2.2 Der Regierungsrat ist nach § 5 Abs. 1 lit. b der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO, SRSZ 231.110) zuständig, Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Der Begriff „Verwaltungsbehörde“ ist als Gegensatz zu Justizbehörde bzw. Gericht zu verstehen (Prinzip der Gewaltenteilung) (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 35 ff.), was sich ebenfalls aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 lit. a GO ableiten lässt (vgl. auch § 39 der Kantonsverfassung, der von administrativer und richterlicher Gewalt spricht). Bei den Fürsorgebehörden der Gemeinde A. und B. handelt es sich um kommunale Verwaltungsbehörden, deren Konflikt über ihre Unterstützungspflicht der Regierungsrat, der auch als Oberaufsichtsbehörde über die öffentliche Sozialhilfe (§ 9 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 [ShG, SRSZ 380.100]) angesprochen ist, zu beurteilen hat. Die Beschwerde ist vorliegend als sinngemäßes Gesuch entgegen zu nehmen, um den negativen Kompetenzkonflikt durch den Regierungsrat in seiner Funktion als Oberaufsichtsbehörde über die Sozialhilfe zu entscheiden. Auf das Gesuch ist einzutreten.

2.3 Der Weg über das Verwaltungs- bzw. Verwaltungsbeschwerdeverfahren, den die Parteien eingeschlagen haben, ist zwar für die Lösung dieses Kompetenzkonflikts ebenfalls möglich, jedoch nicht auf diese Weise, wie sie es getan haben. Der Vorinstanz fehlt die Kompetenz, die Beschwerdeführerin hoheitlich zum Ersatz der von ihr gewährten wirtschaftlichen Hilfe zu verpflichten. Nur schon aus diesem Grund ist Ziffer IX der Verfügung vom 18. März 2008 aufzuheben. Die Vorinstanz hätte vielmehr auf ein allfälliges Unterstützungsgesuch mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eintreten müssen. Eine solche Nichteintretensverfü-

gung hätte dann mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden können.

3. Im Folgenden ist zu prüfen, welche Gemeinde als Unterstützungswohnsitz von X. für die Prüfung des Sozialhilfeanspruchs und eine allfällige Ausrichtung von wirtschaftlicher Hilfe zuständig ist. D.h. es muss geklärt werden, in welcher Gemeinde X. ihren Unterstützungswohnsitz inne hat.

3.1 § 11 Abs. 1 ShG verpflichtet die Gemeinden, Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil werden zu lassen. Welche Gemeinde dies in einem konkreten Fall betrifft, beurteilt sich nach dem Begriff des Unterstützungswohnsitzes. Die Begriffe „Unterstützungswohnsitz“ und „zivilrechtlicher Wohnsitz“ sind nicht in jedem Fall identisch, obwohl sie in der Regel zusammenfallen (§ 18 Abs. 1 ShG). Die Unterschiede ergeben sich aus der unterschiedlichen Zweckbestimmung. Beim zivilrechtlichen Wohnsitz handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der nicht immer mit den tatsächlichen Verhältnissen (Aufenthalt einer Person) übereinstimmen muss. Einen zivilrechtlichen Wohnsitz muss jedermann jederzeit haben. Art. 24 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) bestimmt deshalb, dass der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Erwerb eines neuen bestehen bleibt. Ein solcher wird dort begründet, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Dies gilt auch für den Unterstützungswohnsitz. Dieser befindet sich ebenfalls dort, wo sich jemand tatsächlich niedergelassen und eingerichtet hat in der erkennbaren Absicht, hier seinen Lebensmittelpunkt zu begründen. Deshalb kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet wurde, grundsätzlich auf die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abgestellt werden (Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, 2. Aufl., Zürich 1994, Rz. 95).

Zweck des Unterstützungswohnsitzes jedoch ist es, das fürsorgepflichtige Gemeinwesen zu bestimmen. Dies kann billigerweise nur ein Gemeinwesen sein, zu dem der Bedürftige dauerhafte persönliche Beziehungen hat, in dem er auch tatsächlich wohnt. Wer keinen festen und dauerhaften Wohnsitz kennt, hat auch keinen Unterstützungswohnsitz. Es steht jedermann frei, keinen festen Wohnsitz zu haben. Wer somit nirgends fest wohnt oder sich nur zeitweise an einem Ort aufhält, hat keinen Unterstützungswohnsitz, was zur Folge hat, dass er gewisse fürsorgerische Nachteile in Kauf zu nehmen hat, es sei denn, es werde

C 7.1

(nach kantonalem Recht) ein anderer Kostenträger bestimmt (§ 20 lit. c ShG; EGV-SZ 2000, Nr. 53, Erw. 3.1 mit Hinweisen).

3.2 Unterstützungspflichtig ist im interkantonalen Verhältnis der Wohnkanton (Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 [ZUG, SR 851.1]), im innerkantonalen Verhältnis die Wohngemeinde (§ 6 Abs. 2 und § 19 Abs. 1 ShG). Massgebend für die Bestimmung des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens ist somit sowohl nach Bundes- wie nach kantonalem Recht der Unterstützungswohnsitz im vorliegend umschriebenen Sinn. Nach Art. 4 Abs. 1 ZUG hat deshalb die bedürftige Person in jenem Kanton Unterstützungswohnsitz, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Dies gilt auch in Bezug auf die Gemeinden im innerkantonalen Verhältnis, haben doch nach § 18 Abs. 2 ShG die bundesrechtlichen Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz auch hier Geltung.

4. Die oben erwähnte Definition des Wohnsitzes nach Art. 23 Abs. 1 ZGB bzw. des Unterstützungswohnsitzes nach Art. 4 Abs. 1 ZUG enthält sowohl ein objektives Element (Aufenthalt) wie auch ein subjektives (Absicht dauernden Verbleibens), die untrennbar miteinander verbunden sind.

4.1.1 Unter Aufenthalt ist das faktische Verweilen an einem bestimmten Ort bzw. in einem bestimmten Kanton zu verstehen. Körperliche Anwesenheit ist in der Regel zur Begründung wie auch zur Aufrechterhaltung des einmal begründeten Wohnsitzes erforderlich. Dies ergibt sich auch aus Art. 9 ZUG, wonach der Unterstützungswohnsitz einer Person in einem Kanton endet, wenn sie aus dem Kanton wegzieht. Nicht entscheidend ist hingegen die Dauer und die Art des Aufenthaltes. Auch einem bloss vorübergehenden Aufenthalt kann grundsätzlich wohnsitzbegründende Wirkung zukommen, wenn er auf eine bestimmte Dauer angelegt ist und der Lebensmittelpunkt dorthin verlegt wird (Daniel Staehelin, Basler Kommentar zum ZGB I, 3. Aufl., Basel 2006, N 8 zu Art. 23).

4.1.2 Es ist unbestritten, dass X. seit dem 20. Januar 2008 in einer Wohngemeinschaft in B. wohnt. Unabhängig davon, ob sie wieder mit ihrem Ehegatten zusammenziehen will, befindet sich ihr Lebensmittelpunkt in Lachen. Sie schläft, isst und verbringt ihre Freizeit in B., weshalb sich dort der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen befindet.

4.2.1 Mit dem subjektiven Erfordernis der Absicht des dauernden Verbleibens wird von der Person, der ein Wohnsitz zugeordnet wird, eine

Willensintention verlangt, die nicht auf bloss vorübergehenden Aufenthalt gerichtet ist. Diese Voraussetzung ist zweifellos dann erfüllt, wenn sich eine Person auf unbestimmte Zeit an einem Ort aufhalten will, und dies auch durchführbar ist. Aber selbst die Absicht, einen Ort zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu verlassen, steht einer Wohnsitzbegründung nicht entgegen. Entscheidend ist allein, dass die Absicht nicht auf einen bloss vorübergehenden Aufenthalt zielt. Die Motive, die eine Person veranlassen, an einem Ort ihren Lebensmittelpunkt zu begründen oder aufzugeben, sind nicht entscheidend. Die Absicht dauernden Verbleibens ist ein innerer Vorgang, auf den immer nur aus indirekten Wahrnehmungen geschlossen werden kann. Dabei sind alle Elemente der äusserlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse, insbesondere die familiären und die gesellschaftlichen Beziehungen, die Wohnverhältnisse usw., zu berücksichtigen. Da der Wohnsitz einer Person nicht nur für diese selbst, sondern auch für Behörden und Drittpersonen von Bedeutung ist, muss bei der Wohnsitzbestimmung nicht auf den inneren Willen einer Person, sondern auf die für Dritte erkennbaren Kriterien abgestellt werden. Es geht somit um die Beantwortung der Frage, ob nach den gesamten Umständen angenommen werden kann, dass eine bestimmte Person den Ort ihres Verweilens zum Mittel- oder Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen gemacht hat (RRB Nr. 868 vom 26. Juni 2007, Erw. 4.2.1 mit Hinweisen). Unmassgebend für den zivilrechtlichen Wohnsitz ist, wo eine Person angemeldet ist und ihre Schriften hinterlegt hat. Es handelt sich dabei jedoch um ein Indiz für die Absicht des dauernden Verbleibens (Stahelin, a.a.O., N 23 zu Art. 23).

4.2.2 X. hat sich am 3. Dezember 2007 von ihrem Ehegatten getrennt. Am 6. Dezember 2007 hat sie sich auf der Einwohnerkontrolle der Gemeinde A. per 3. Dezember 2007 nach Dübendorf abgemeldet. Die Abmeldung bei der Gemeinde A. stellt bereits ein Indiz dar, dass X. ihren Lebensmittelpunkt ändern wollte. Nach einem kurzen Aufenthalt in Dübendorf ist X. am 20. Januar 2008 nach B. gezogen. Dort wohnt sie in einer Wohngemeinschaft. Der ursprünglich bis am 1. Mai 2008 befristete Mietvertrag wurde nach Ablauf der Frist auf unbestimmte Zeit verlängert, was gegen einen bloss vorübergehenden Aufenthalt spricht. Zwar will X. wieder mit ihrem Ehegatten zusammen ziehen, jedoch war zu Beginn nicht ersichtlich, wann dies stattfinden soll. Die Absicht der Beigeladenen, die Wohngemeinschaft in B. in einem späteren Zeitpunkt wieder zu verlassen, steht der Wohnsitzbegründung aber nicht entgegen. Ein weiteres Indiz, dass X. in B. ihren Lebensmittelpunkt begründete, ist die Tatsache, dass sie sich für die finanzielle Unterstützung bei der Gemeinde B. meldete und nicht bei der Gemeinde A., obwohl sie und ihr Mann bereits von der Gemeinde A. finanziell unterstützt wurden. Eben-

C 7.2

falls ändert die abgegebene Erklärung von X., dass sie Ende Oktober bzw. am 1. November 2008 wieder in die ehemalige Wohnung in A. ziehen werde, nichts daran, dass der Unterstützungswohnsitz seit der Wohnsitznahme in B. auch die Gemeinde B. ist. Dass X. aufgrund der Streitigkeiten mit der Schwiegertochter nicht mehr in deren Wohnung ihren Lebensmittelpunkt gestalten wollte, ist nachvollziehbar. Aus diesem Grund hat sie sich dann auch in B. ihren neuen Lebensmittelpunkt begründet, indem sie eine Wohngemeinschaft mit fünf anderen Personen bewohnt.

4.3 Zusammenfassend ist nach Berücksichtigung der gesamten Umstände festzustellen, dass X. mit der Absicht des dauernden Verbleibens in der Gemeinde B. aufhält und sie deshalb ihren Wohnsitz bzw. Unterstützungswohnsitz in dieser Gemeinde hat. (...).

(RRB Nr. 1111 vom 21. Oktober 2008).

7.2 Rückerstattung wirtschaftlicher Hilfe

- *Bezogene wirtschaftliche Hilfe ist u. a. zurückzuerstatten, wenn jemand in finanziell besonders günstige Verhältnisse gelangt ist (Erw. 4).*
- *Notwendigkeit der Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe (Erw. 5).*
- *Wirtschaftliche Berechtigung an einem Konto, das auf den Rückerstattungspflichtigen lautet (Erw. 6).*
- *Verhältnis der Verpflichtung zu Rückerstattung von wirtschaftlicher Hilfe an Frau und Kind zur Unterhaltsverpflichtung aufgrund einer Anordnung des Eheschutzrechts (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Eheleute A. wohnten zusammen mit ihren gemeinsamen Kindern in der Gemeinde X. Am 17. September 2004 sprach Frau A. bei der Fürsorgebehörde X. vor, weil sie von ihrem Ehemann am Vorabend angegriffen worden war. Aufgrund dieses Vorfalles mussten Frau A. und ihre beiden Kinder im Frauenhaus Luzern untergebracht werden. Im Frauenhaus verblieb Frau A. mit ihren Kindern bis zum 21. Dezember 2004. Nach dem Verlassen des Frauenhauses wurde Frau A. mit den Kindern im Rahmen des Programms „Begleitetes Wohnen für Mutter und Kind“ im Monikaheim in Zürich untergebracht. Dafür leistete die Fürsorgebehörde X. subsidiäre Kostengutsprache. Frau A. und ihre Kinder blieben bis zum 28. Februar 2006 im Monikaheim in Zürich.

Im Zuge eines Strafverfahrens, welches das Kantonsverhöramt Schwyz gegen Herr A. wegen Körperverletzung und Drohung führte, erhielt die Fürsorgebehörde X. davon Kenntnis, dass A. auf zwei Konten bei der Schwyzer Kantonalbank im Juni 2004 ein Guthaben von rund Fr. 335 000.– besass. Nach dem Verlassen der gemeinsamen Wohnung durch seine Ehefrau überwies er am 17. September 2004 Fr. 150 000.– auf das Konto seines 19 Jahre alten Bruders L. Am 23. September 2004 Fr. 80 000.– auf ein Konto seiner Mutter. Am 20. und 23. September 2004 tätigte A. ausserdem Barbezüge im Umfange von total Fr. 105 000.–.

Da A. seine Vermögenswerte beiseite schaffen wollte, verlangte die Gemeinde X. beim Einzelrichter für die zu Gunsten von Frau A. und ihren Kindern geleistete wirtschaftliche Hilfe Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Der Einzelrichter bewilligte mit Verfügung vom 2. August 2005 den Arrest für einen Betrag von Fr. 75 335.75 und am 11. Oktober 2005 für einen Betrag von Fr. 21 009.30. Die dagegen erhobenen Einsprachen wurden vom Einzelrichter abgewiesen. Mit Betreibungsbegehren vom 25. August 2005 und vom 25. Oktober 2005 hat die Gemeinde X. den Arrest prosequiert. Dagegen erhob A. Rechtsvorschlag. Die Fürsorgebehörde verpflichtete in der Folge A., der Gemeinde X. Fr. 75 335.75 nebst 5 % Zins seit dem 15. Juli 2005 und Fr. 21 009.30 nebst 5 % Zins seit 25. Oktober 2005 sowie die Arrestkosten zu bezahlen. Gleichzeitig wurden die Rechtsvorschläge aufgehoben. Die dagegen erhobene Beschwerde beim Regierungsrat wurde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss § 25 Abs. 1 Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) hat ein Leistungsempfänger von wirtschaftlicher Hilfe diese zurückzuerstatten, wenn er in finanziell besonders günstige Verhältnisse gelangt ist. Der Rückerstattungsanspruch erstreckt sich auf die Leistungen, die der Hilfeempfänger für sich selbst, seinen Ehegatten während der Ehe und seine Kinder während ihrer Unmündigkeit erhalten hat (§ 25 Abs. 2 ShG).

5.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass ein Anspruch auf Rückforderung nur bestehen könne, wenn die wirtschaftliche Hilfe zu Recht ausgerichtet worden sei. In § 16 ShG werde explizit festgestellt, dass sich die wirtschaftliche Hilfe ausschliesslich auf notwendige Aufwendungen beschränke. Die geleistete wirtschaftliche Hilfe an seine Ehefrau und Kinder sei gar nicht notwendig gewesen.

C 7.2

5.2 Gemäss § 16 Abs. 1 ShG erstreckt sich die wirtschaftliche Hilfe auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes. Sie stellt auch die notwendige ambulante oder stationäre ärztliche oder therapeutische Behandlung und Pflege sicher (§ 16 Abs. 2 ShG).

Die Ehefrau des Beschwerdeführers suchte die Vorinstanz auf, nachdem sie von ihrem Ehemann körperlich misshandelt und mit dem Tod bedroht worden war. Sie war dementsprechend schwer traumatisiert und konnte nicht wieder nach Hause zurückkehren. Gleich erging es den beiden Kindern, da sie die Misshandlungen der Mutter miterlebt haben und zum Teil selber geschlagen wurden. Ein Eintritt ins Frauenhaus Luzern war aufgrund der gesundheitlichen Verfassung und der bestehenden Gefährdung unumgänglich. Den Berichten des Frauenhauses Luzern ist sodann zu entnehmen, dass der Aufenthalt im Frauenhaus weiterhin notwendig war. Ebenfalls war der darauf folgende Aufenthalt im Monikaheim in Zürich notwendig und angezeigt. Die Ehefrau des Beschwerdeführers war nicht fähig, alleine mit den Kindern zu wohnen. Sie brauchte einen geschützten Rahmen, Begleitung und Unterstützung von Fachpersonen. Dies kann den Berichten des Frauenhauses Luzern bzw. des Monikaheims in Zürich entnommen werden. Ende Februar 2006 trat die Ehefrau des Beschwerdeführers mit den Kindern aus dem Monikaheim aus. Aus den Akten geht ganz klar hervor, dass die finanzielle und soziale Unterstützung durch die Vorinstanz für die Ehefrau und die beiden Kinder des Beschwerdeführers notwendig und angezeigt waren. Der Aufenthalt umfasste die notwendige stationäre Behandlung und Pflege. Die Vorinstanz musste demnach die Kosten übernehmen.

6.1 Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, dass eine Rückforderung von wirtschaftlicher Hilfe nur möglich sei, wenn besonders günstige finanzielle Verhältnisse vorliegen. Er befinde sich nicht in besonders günstigen finanziellen Verhältnissen, weil die Vermögenswerte, auf welche die Vorinstanz greifen möchte, nicht ihm gehören würden. Wohl seien diese auf einem auf ihn lautenden Konto gewesen, jedoch sei er wirtschaftlich nie daran berechtigt gewesen.

6.2 Der Beschwerdeführer tätigte nach dem Verschwinden seiner Ehefrau aus der ehelichen Wohnung innert nur vier Tagen die folgenden Bezüge von den auf seinen Namen lautenden Konti:

Ab Privatkonto P

20.09.2004		Fr. 50 000.–
20.09.2004	(Übertrag auf Konto des Bruders)	Fr. 150 000.–
21.09.2004		<u>Fr. 22 000.–</u>
		Fr. 222 000.–

Ab Sparkonto S		
23.09.2004	(Übertrag auf Konto der Mutter)	Fr. 80 000.–
23.09.2004		Fr. 13 000.–
23.09.2004		<u>Fr. 20 000.–</u>
		<i>Fr. 113 000.–</i>

Insgesamt hat der Beschwerdeführer innert vier Tagen Fr. 335 000.– von seinen beiden Konten bezogen. Es fällt auf, dass der Beschwerdeführer am 21. September 2004 einen Betrag von Fr. 22 000.–, am 20. September 2004 einen Betrag von Fr. 50 000.– und am 23. September 2004 einen Betrag von Fr. 80 000.– bezogen hat. Es handelt sich somit um fast exakt die gleichen Beträge, welche der Beschwerdeführer nach seinen Angaben von seiner Schwester K. zur Aufbewahrung erhalten haben will. Somit können die Fr. 150 000.–, welche der Beschwerdeführer auf das Konto seines Bruders L. transferierte, nicht auch noch Gelder seiner Schwester K. gewesen sein. Vielmehr wurden diese Gelder bereits durch die Bezüge und Übertragungen von Fr. 22 000.–, Fr. 50 000.– und Fr. 80 000.– dem Zugriff von Nichtmitgliedern der Familie A. entzogen. Die Version des Beschwerdeführers, dass Fr. 80 000.–, welche auf das Konto seiner Mutter verschoben wurden, seiner Schwester M. gehören, ist völlig unglaubwürdig. M. lebte bis etwa 2001 als Asylbewerberin in der Schweiz und war damit sicher nicht in der Lage, den Beschwerdeführer und seine Familie zu unterstützen. Nach der Ablehnung des Asylgesuchs musste sie in den Kosovo zurückkehren. Sie verfügte nach der Rückkehr in den Kosovo wohl kaum über die Mittel, um von dort die in der Schweiz lebende Familie des Beschwerdeführers mit derart hohen Beträgen zu unterstützen. Im Gegenteil dürfte die Familie A. ihre Tochter im Kosovo unterstützt haben. Auf jeden Fall legt der Beschwerdeführer keine Belege ins Recht für die angebliche Unterstützung durch M.. Näher liegen dürfte, dass es sich bei den Fr. 80 000.–, welche auf das Konto der Mutter des Beschwerdeführers verschoben wurden, um die Fr. 80 000.– von K. handelt. Offensichtlich konstruierte der Beschwerdeführer ein Konglomerat von Forderungen, dessen Ergebnis darauf hinausläuft, dass er seiner Schwester K. ausser den auf das Konto seiner Mutter verschobenen Fr. 80 000.– rund Fr. 50 000.– schulden könnte, diese aber durch die Barabhebungen von über Fr. 110 000.– gedeckt sind. Der Beschwerdeführer kann überhaupt nicht begründet darlegen, dass die Fr. 150 000.–, welche er auf das Konto seines Bruders L. überwiesen hat, nicht ihm gehören. Die auf das Konto des Bruders L. überwiesenen Fr. 150 000.– sind daher seinem Vermögen zuzurechnen.

C 7.2

6.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass es gar nicht möglich gewesen sei, dass er ein Vermögen von Fr. 150 000.– ansparen konnte. Hier widerspricht sich der Beschwerdeführer. Bei der Einvernahme durch das Verhöramt des Kantons Schwyz vom 4. November 2004 führte der Beschwerdeführer aus, dass die gesamte Familie in einer Wohnung lebte. Die Eltern hätten Fürsorgeleistungen bezogen. Von den Fürsorgeleistungen wurden die Lebenshaltungskosten der ganzen Familie bestritten. Deshalb konnte der Beschwerdeführer seinen Lohn fast vollständig auf die Seite legen (vgl. ...). Ebenfalls führte der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift aus, dass seine Ehefrau ebenfalls verdiente und sogar einen Teil der gemeinsamen Lebenshaltungskosten aus eigenen finanziellen Mitteln bestritt. Es war aufgrund der Familiensituation durchaus möglich, ein Vermögen von Fr. 150 000.– anzusparen. Ausserdem wollte der Beschwerdeführer ja eine Liegenschaft im Kosovo erwerben, wozu er wohl eigene Mittel in erheblichem Umfang brauchte (...).

6.4 Man kann sich nun durchaus fragen, weshalb der Beschwerdeführer Fr. 150 000.– von seinem Konto auf dasjenige seines Bruders L. verschoben hat. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass er mit den Fr. 150 000.– eine Liegenschaft im Kosovo erwerben wollte. Aus dem in den Akten liegenden Kaufvertrag geht hervor, dass der Beschwerdeführer bis Ende 2004 den Kaufpreis von Euro 76 400.– (etwa Fr. 118 420.–) bezahlen musste, damit er die Liegenschaft im Kosovo erwerben konnte. Damit diese Summe zur Verfügung stand, transferierte der Beschwerdeführer Fr. 150 000.– auf das Jugendsparkonto seines Bruders. Dieser Sachverhalt wird durch die Aktennotiz des Verhöramtes Schwyz vom 26. Januar 2005 erhärtet, wonach der Bruder des Beschwerdeführers um Freigabe des Geldbetrages auf seinem Konto ersuchte, damit er den Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nachkommen könne.

6.5 Insgesamt ist erstellt, dass die Fr. 150 000.–, welche der Beschwerdeführer am 20. September 2004 auf das Konto seines Bruders L. überwiesen hat, dem Vermögen des Beschwerdeführers zuzurechnen sind. Er ist demnach in finanziell besonders günstigen Verhältnissen, was für die Rückerstattung von erbrachter wirtschaftlicher Hilfe Voraussetzung ist. Er ist damit in der Lage, die von der Vorinstanz zurückgeforderten Fr. 96 345.05 zu bezahlen, verbleiben ihm doch auch nach Rückzahlung dieses Betrages noch zirka Fr. 50 000.–.

7. Der Beschwerdeführer bringt schliesslich noch vor, dass seine Pflichten im Urteil des Einzelrichters der Höfe vom 19. Januar 2005 im Eheschutzverfahren abschliessend geregelt worden seien. Er sei daher

nicht verpflichtet, noch zusätzlich für den Lebensunterhalt seiner Ehefrau aufzukommen.

Im Entscheid des Einzelrichters der Höfe vom 19. Januar 2005 wurden die privaten Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau für die Dauer des zukünftigen Getrenntlebens festgelegt. Dieser Entscheid bindet die Vorinstanz nicht. Der Rückerstattungsanspruch gemäss § 25 Abs. 1 ShG erstreckt sich auf Leistungen, die der Hilfsempfänger für sich selbst, seinen Ehegatten während der Ehe und seine Kinder während ihrer Unmündigkeit erhalten hat. Unbestrittenermassen wurden die Leistungen der Vorinstanz für die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers während der Ehe (Zeitraum Herbst 2004 bis Herbst 2005) erbracht. Für den Rückerstattungsanspruch ist nicht entscheidend, ob die Leistungen direkt dem Beschwerdeführer ausbezahlt worden sind. Massgebend ist, dass die Leistungen zugunsten seiner Ehefrau und seiner Kinder erbracht worden sind.

8. Zusammenfassend steht fest, dass die wirtschaftliche Hilfe an die Frau und die Kinder des Beschwerdeführers notwendig war, der Beschwerdeführer in finanziell besonders günstigen Verhältnissen lebt und der Entscheid des Einzelrichters der Höfe vom 19. Januar 2005 im Eheschutzverfahren der Eheleute hinsichtlich der Rückerstattungspflicht keine bindende Wirkung für die Vorinstanz hat. Die Beschwerde wird demzufolge abgewiesen.

(RRB Nr. 104 vom 29. Januar 2008; das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 2008 43 vom 17. Juni 2008 abgewiesen).

9. Strassenwesen

9.1 Öffentliche Strasse mit privater Unterhaltspflicht

- *Zulässigkeit der Benützung einer öffentlichen Strasse mit privater Unterhaltspflicht mit Motorfahrzeugen (Erw. 2).*
- *Überwiegen öffentliche Interessen an der Benutzung einer Strasse, so ist von einer Abberufung abzusehen (Erw. 3).*

C 9.1

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin zieht vorliegend den Umfang des Fahrwegrechts für Motorfahrzeuge in Zweifel. Folglich ist zu prüfen, ob das im Verzeichnis eingetragene Fahrwegrecht auch den motorisierten Verkehr erfasst. Eine Abrufung eines öffentlichen Fahrwegrechts für den Motorfahrzeugverkehr kann nur dann erfolgen, wenn ein entsprechendes Fahrwegrecht besteht.

2.1 Bei der Schweigwiesstrasse handelt es sich um einen im Wegrodelverzeichnis der Gemeinde Feusisberg aus dem Jahre 1915 eingetragenen öffentlichen Fahrweg mit privater Unterhaltungspflicht im Sinne von § 1 der Verordnung über die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht vom 26. Februar 1958 (WegrodelVO, SRSZ 443.110). Dieser wird unter Lit. A (Fahrwege) wie folgt beschrieben:

„Aus der Gemeindestrasse im Feld, über Althaus und Baumen bis in die Gemeindestrasse in der Schweigwies“.

Diesem Eintrag lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob das Fahrwegrecht mit Motorfahrzeugen ausgeübt werden darf. Anderweitige Hinweise liegen denn auch nicht vor. Gestützt auf § 2 der WegrodelVO sind daher in Bezug auf die Benutzungsart der öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht mangels anderweitiger Regelung im Wegrodelverzeichnis und abweichendem Ortsgebrauch die gleichen Regeln sinngemäss anwendbar, die für die privaten Wege in den §§ 62 bis 66 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (EGZGB, SRSZ 210.100) festgesetzt wurden. Folglich sind Inhalt und Umfang des Fahrwegrechts anhand objektiver Verhältnisse und namentlich der Art zu bestimmen, wie es während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist.

2.2 Ob das öffentliche Fahrwegrecht über die Schweigwiesstrasse im Jahre 1915 bei der Aufnahme in das Wegrodelverzeichnis auch den motorisierten Verkehr erfasste, braucht vorliegend aufgrund der nachfolgenden Ausführungen nicht näher geprüft zu werden.

2.3 Am 6. Mai 1948 stellten die Unterhaltungspflichtigen der Schweigwiesstrasse beim Gemeinderat ein Gesuch um Erlass eines Fahrverbots für den motorisierten Verkehr. Begründet wurde das Gesuch u.a. damit, dass die Strasse für den Auto-Durchgangsverkehr zu schmal und an einigen Stellen sehr unübersichtlich sei, sodass die Fussgänger übermässig stark gefährdet würden. Diesem Gesuch und dem gemeinderätlichen

Antrag an den Regierungsrat vom 1. Juni 1948 um Genehmigung des entsprechenden Fahrverbots ist zu entnehmen, dass die Schweigwiesstrasse bereits vor Erlass des Fahrverbots mit Motorfahrzeugen befahren und dies bis dahin auch geduldet worden war. Folglich umfasste vor Erlass des Fahrverbots im Jahre 1948 das öffentliche Fahrwegrecht auch den Motorfahrzeugverkehr.

2.4 Ob schliesslich das Fahrverbot im Jahre 1948 eine Entwidmung des öffentlichen Fahrwegrechts bzw. eine Abrufung für Motorfahrzeuge zur Folge hatte, kann dahingestellt bleiben. Das 1948 erlassene Fahrverbot wurde bzw. wird gemäss dem beschwerdeführerischen Vorbringen nämlich gar nicht durchgesetzt. Zudem kann die Schweigwiesstrasse mindestens seit dem in den Jahren 1985/1986 erfolgten Ausbau problemlos mit Motorfahrzeugen befahren werden, was seitens der Beschwerdeführerin denn auch geduldet wurde. Dies nicht zuletzt deshalb, da sich 1986 der Gemeinderat und das Stimmvolk wohl nur angesichts des öffentlichen Interesses an der Schweigwiesstrasse (namentlich als befahrbare Strassenverbindung zwischen den Ortschaften Feusisberg und Schindellegi) bereit zeigten, zusätzlich zu den bereits getätigten Zahlungen einen ausserordentlichen Beitrag von Fr. 25 000.-- an den Ausbau der Schweigwiesstrasse zu leisten. Diese Beteiligung erfolgte u.a. unter Vorbehalt der Gewährung des öffentlichen Fahrwegrechts auch für den motorisierten Verkehr (vgl. gemeinderätliches Protokoll zu Traktandum 3 der Gemeindeversammlung vom 4. April 1986) und unter Beibehaltung der 1948 aufgestellten Fahrverbotstafel zur Vermeidung der Befahrung der Schweigwiesstrasse durch Auswärtige. Die Beschwerdeführerin bestätigt denn auch in ihrer Beschwerdeschrift eine entsprechende Äusserung des Gemeindepräsidenten an der Gemeindeversammlung, welcher sich die Beschwerdeführerin dazumals nicht widersetzte. Somit steht fest, dass die Schweigwiesstrasse nach dem Verständnis der Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführerin auch nach dem Erlass des Fahrverbotes im Jahre 1948 weiterhin als öffentliche Strasse für den Motorfahrzeugverkehr diene.

2.5 Die Beschwerdeführerin möchte schliesslich das Befahren der Schweigwiesstrasse mit Motorfahrzeugen auch weiterhin zulassen, sofern der Personenkreis, welcher an der motorisierten Benützung der umstrittenen Strasse ein Interesse hat, ein entsprechendes Entgelt für die Benutzung bezahlt. Es scheint, dass nicht objektive, sondern einzig finanzielle Gründe Anlass für das Gesuch um Abrufung des Fahrwegrechts sind.

C 9.1

2.6 Schliesslich ist auf den regierungsrätlichen Beschluss vom 11. Juni 1979, Nr. 1123 hinzuweisen, in welchem u.a. die Statuten der Beschwerdeführerin vom 15. März 1979 wie folgt genehmigt wurden:

„Gestützt auf § 2 Abs. 2 der genehmigten Statuten dient die Strasse nur den Mitgliedern und Dienstbarkeitsberechtigten als Fuss- und Fahrweg. Andererseits ist dieser Weg im Wegodel der Gemeinde Feusisberg als öffentlicher Weg mit privater Unterhaltungspflicht aufgeführt. Dieser Wegodel wurde am 8. Januar 1921 vom Regierungsrat genehmigt und ist öffentlich und das Benützungrecht kann von der Genossenschaft nicht einseitig geändert werden. Aus diesem Grunde muss in § 2 der 2. Absatz gestrichen werden.“

Folglich spricht dies ebenfalls dagegen, dass im Jahre 1948 mit dem Fahrverbot eine Entwidmung stattgefunden hat.

2.7 Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das im Wegodelverzeichnis in Bezug auf die Schweigwiesstrasse eingetragene Fahrwegrecht auch den Motorfahrzeugverkehr mit umfasst. Daran vermag auch das 1948 erlassene Fahrverbot nichts zu ändern. Denn die Schweigwiesstrasse wurde seit je her unbestrittenermassen mit Motorfahrzeugen befahren, was die Beschwerdeführerin trotz Fahrverbotstafel denn auch duldete. Nachfolgend bleibt daher zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Abrufung der Schweigwiesstrasse in Bezug auf den öffentlichen Motorfahrzeugverkehr zu Recht abgewiesen hat.

3. Zuständig für die Abrufung eines öffentlichen Weges mit privater Unterhaltungspflicht ist der Gemeinderat (§§ 3 und 13 WegodelVO). Die WegodelVO nennt hingegen nicht, unter welchen Voraussetzungen eine Abrufung erfolgen kann. Gemäss der Rechtsprechung sind die Widerrufsregeln von § 34 VRP analog anwendbar. Danach kann eine Verfügung geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird. Da Private keinen Anspruch auf Widmung bzw. Entwidmung einer Strasse haben, können bei einer Abrufung Treu und Glauben kaum verletzt werden. Unter Änderung der Verhältnisse ist der Verlust des Interesses an der Strasse d.h. der Verlust der Verkehrsbedeutung zu verstehen (vgl. hierzu EGV-SZ 1996, Nr. 53, Erw. 5.a mit Hinweisen).

3.1 Somit ist zu prüfen, ob sich die Verhältnisse derart verändert haben, dass die Schweigwiesstrasse ihre Bedeutung für den motorisierten

Verkehr verloren hat. Dies ist zu verneinen. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde zu Recht bemerkt, wird die Schweigwiesstrasse zunehmend als Durchgangsstrasse und Abkürzung zwischen den Dörfern Schindellegi und Feusisberg auch für den motorisierten Verkehr genutzt. Schliesslich anerkennt die Beschwerdeführerin die zunehmende Verkehrsbedeutung der Schweigwiesstrasse für den Motorfahrzeugverkehr, indem sie die motorisierte Benützung auch weiterhin, jedoch gegen ein entsprechendes Entgelt, zulassen möchte.

3.2 Des Weiteren sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin den öffentlichen Interessen gegenüber zu stellen (§ 6 WegrodelVO; EGV-SZ 1996, Nr. 53, Erw. 5b mit Hinweisen).

3.2.1 Bei der Schweigwiesstrasse handelt es sich unbestrittenermassen um eine Verbindungsstrasse zwischen den Dörfern Schindellegi und Feusisberg, welche bereits seit längerer Zeit trotz Fahrverbotstafel regelmässig und dauernd mit Motorfahrzeugen befahren wird. Folglich kommt dieser Durchfahrtsstrasse eine erhebliche Bedeutung zu. Die Wichtigkeit dieser Verbindungsstrasse hat die Beschwerdeführerin in den Jahren zuvor nie bestritten, als sie bei der Vorinstanz Gesuche um finanzielle Beteiligungen am Ausbau, an der Sanierung und der Schneeräumung einreichte. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin ihre Begehren gerade damit begründet, dass angesichts grösserer Verkehrsfrequenzen das öffentliche Interesse an der Schweigwiesstrasse von der Gemeinde auch finanziell gewürdigt werden sollte. Die Gemeinde hat die finanziellen Beiträge jeweils gestützt auf die Bedeutung der Strasse als Verbindungsstrasse zwischen Schindellegi und Feusisberg zugesprochen (vgl. u.a. Auszug aus dem gemeinderätlichen Protokoll vom 30. November 1989). Folglich ist der Beschwerdeführerin ein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, wenn sie im Rahmen der finanziellen Unterstützung die Wichtigkeit der umstrittenen Strasse für den motorisierten Verkehr und die Öffentlichkeit bejaht, hingegen im vorliegenden Beschwerdeverfahren dieses öffentliche Interesse zu relativieren versucht. Schliesslich handelt es sich für einen Teil der Bevölkerung der Gemeinde, insbesondere für die Anwohner im Oberberg in Feusisberg und im östlichen Bereich der Etzelstrasse in Schindellegi, tatsächlich um die kürzeste und direkteste Verbindung zwischen den beiden Dörfern Schindellegi und Feusisberg. Die Beschwerdeführerin anerkennt zudem in ihrer Beschwerdeschrift ein öffentliches Interesse an der Befahrung der Schweigwiesstrasse mit Motorfahrzeugen. Folglich hat die Vorinstanz im vorliegend angefochtenen Entscheid zu Recht das öffentliche Interesse an der Befahrung der Schweigwiesstrasse mit Motorfahrzeugen bejaht.

C 9.1

3.2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Verkehr stelle zunehmend ein Lärmproblem für die Anstösser dar. Diese Vorbringen sind vorliegend nicht zu hören. Denn mit dem von der Beschwerdeführerin realisierten Ausbau der Schweigwiesstrasse im Jahre 1986 musste mit einer Erhöhung des Verkehrs gerechnet werden. Somit verhält sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich, wenn sie einerseits behauptet, den Ausbau zur Befahrung der Schweigwiesstrasse u.a. im Interesse der Öffentlichkeit vorgenommen zu haben und deshalb Beitragsbeiträge der Gemeinde entgegengenommen hat, und andererseits die damit verbundene Mehrbelastung der Strasse als störend und unzumutbar empfindet (vgl. Protokoll der Gemeinde Feusisberg, Traktandum Nr. 3 der ordentlichen Gemeindeversammlung vom 4. April 1986).

3.2.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter finanzielle Interessen geltend, indem sie die Befahrung der Schweigwiesstrasse lediglich gegen ein Entgelt bzw. gegen eine finanzielle Beteiligung der motorisierten Benutzer am Strassenunterhalt einräumen möchte. Rein finanzielle Interessen stellen jedoch zum vornherein keinen hinreichenden Grund für eine Wegabrufung dar. Der Unterhalt eines öffentlichen Fahrweges ist alleinige Sache des Strasseneigentümers. Die Beschwerdeführerin hat daher grundsätzlich keinen Anspruch auf eine entsprechende Beteiligung anderweitiger Benutzer der Schweigwiesstrasse (§ 14 ff. WegodelVO). Im Übrigen ist davon auszugehen, dass nicht so sehr der behauptete Verlust des Interesses am Fahrweg Anlass für das vorliegende Wegabrufungsverfahren ist, sondern die beschwerdeführerische Forderung nach einer finanzielle Abgeltung für die motorisierte Benutzung der umstrittenen Strasse.

3.2.4 Die Beschwerdeführerin behauptet des Weiteren, die Verkehrssicherheit sei nicht gewährleistet und die Fussgänger wie auch die Fahrradfahrer würden durch den vermehrten Motorfahrzeugverkehr gestört. Diese beschwerdeführerischen Vorbringen sind jedoch nicht zu hören. Zwar können auch öffentliche Interessen die Abrufung eines öffentlichen Weges erforderlich machen, namentlich dann, wenn der betreffende Weg einer Anlage, welche für das Gemeinwohl von grosser Bedeutung ist, weichen muss (Schule, Spital usw.). Als weitere Gründe des öffentlichen Wohls können gelten: Gewährleistung der Verkehrssicherheit, allgemeine Verbesserung des Strassennetzes, Güterzusammenlegungen, Schutz von Landschaft, Fauna und Flora (vgl. EGV-SZ 1996, Nr. 53, Erw. 5c, mit Hinweisen). Der durch die Beschwerdeführerin veranlasste Ausbau der Schweigwiesstrasse sollte gerade der Verkehrssicherheit sämtlicher Strassenbenutzer im Hinblick auf den zu erwartenden Mehrverkehr dienen, weshalb denn auch eine Verbreiterung der Strasse und das Erstellen

von Ausweichstellen vorgenommen wurde. Schliesslich ist der Mehrverkehr auch eine Folge des von der Beschwerdeführerin entsprechenden Ausbaus. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Fussgänger und die Fahrradfahrer würden durch die Motorfahrzeuge gestört. Entsprechende Gründe werden von der Beschwerdeführerin weder substantiiert geltend gemacht, noch sind solche im konkreten Fall ersichtlich. Hinzuweisen bleibt, dass es in der Natur der Sache liegt, dass auf einer öffentlichen Strasse Fussgänger, Fahrradfahrer und Motorfahrzeuglenker anzutreffen sind. Entsprechend ist dieses Vorbringen vorliegend unbegründet.

3.3 Somit besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Befahrung der Schweigwiesstrasse mit Motorfahrzeugen als Durchgangsverkehrsstrasse, welches die beschwerdeführerischen und anderweitige öffentliche Interessen an einer Abrufung überwiegt. Folglich hat das Fahrwegrecht über die Schweigwiesstrasse seine Daseinsberechtigung nicht verloren, weshalb die Vorinstanz zu Recht das Abrufungsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen hat. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

(RRB Nr. 312 vom 26. März 2008; das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 2008 90 vom 11. Juli 2008 abgewiesen).

10. Raumplanung

10.1 Erschliessungshilfe für die Abwasserentsorgung

- *Gesetzliche Grundlage für die Mitbenützung einer privaten Abwasseranlage (Erw. 1.1).*
- *Vorhandensein einer privaten Abwasseranlage (Erw. 2.1 – 2.3).*
- *Mitbenützung einer privaten Abwasseranlage (Erw. 2.4 – 2.6).*
- *Umfang (Erw. 3.1 – 3.2) und Zumutbarkeit des Mitbenutzungsrechts (Erw. 3.3 – 3.4).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 41 Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) kann der Gemeinderat die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungs-

C 10.1

anlagen verpflichten, die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist. Können sich die Beteiligten nicht einigen, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte zugunsten des interessierten Dritten und veranlasst nach Bezahlung der Entschädigung die Eintragung ins Grundbuch (§ 41 Abs. 2 PBG). Die Entschädigung wird, sofern sich die Beteiligten nicht darauf einigen können, auf Begehren des Enteigneten, des Dritten oder der Gemeinde von der zuständigen Schätzungskommission festgesetzt. Sie legt auch den Beitrag des Dritten an die Kosten des Unterhalts fest.

1.2 In § 14 Abs. 2 der Kantonalen Verordnung vom 19. April 2000 zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (KVzGSchG, SRSZ 712.110) hat der kantonale Gesetzgeber für private Abwasseranlagen eine separate Regelung getroffen, welche sich von § 41 PBG nur dadurch unterscheidet, dass die Anspruchsvoraussetzung der landsparenden Lösung nicht erforderlich ist. Insgesamt liegen jedoch keine gewichtigen Abweichungen vor (vgl. hierzu Josef Hensler, Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte, in EGV-SZ 2004, S. 294 f., Ziffer 1.1). Die von der Beschwerdeführerin gerügten Anspruchsvoraussetzungen gemäss § 41 PBG bzw. § 14 KVzGSchG sind weitestgehend deckungsgleich, weshalb sich im konkreten Fall eine Verhältnisanalyse der beiden Regelungen erübrigt.

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte auf das vom Beschwerdegegner gestellte Gesuch um Erschliessungshilfe nicht eintreten dürfen, da keine bestehende Erschliessungsanlage vorliege.

2.2 Gemäss Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) ist Land erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Die Kantone können die Erschliessung näher regeln (vgl. § 37 ff. PBG). Unter Groberschliessung wird die Versorgung eines zu überbauenden Gebietes mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen verstanden, namentlich Wasser-, Energieversorgungs- und Abwasserleitungen sowie Strassen und Wege, die unmittelbar dem zu erschliessenden Gebiet dienen (Art. 4 Abs. 1 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 [WEG, SR 843]; § 37 Abs. 4 PBG). Die Feinerschliessung umfasst den Anschluss der einzelnen Grundstücke an die Hauptstränge der Erschliessungsanlagen mit Einschluss von öf-

fentlich zugänglichen Quartierstrassen und öffentlichen Leitungen (Art. 4 Abs. 2 WEG; § 37 Abs. 5 PBG), und obliegt dem Grundeigentümer (§ 40 Abs. 1 PBG).

2.3 Im Erschliessungsplan der Gemeinde Sattel, genehmigt vom Regierungsrat am 8. August 2000, ist die Kanalisationsleitung entlang der Mostelbergstrasse als Groberschliessungsanlage gekennzeichnet. Von dieser gemeindeeigenen Kanalisationsleitung führt u.a. eine Leitung unterirdisch über das Grundstück GB 1052 zu einem Schacht, welcher ebenfalls auf dem Grundstück GB 1052 liegt. In diesen Schacht münden drei Schmutzwasserleitungen, die je einzeln zu den Grundstücken GB 1052, GB 1053 und GB 150 über GB 1054 (Haus 7 + 8) führen. Diese Leitungen bilden in ihrer Gesamtheit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 4 Abs. 2 WEG und § 37 Abs. 5 PBG eine private Feinerschliessungsanlage, welche die oberwähnten Grundstücke mit der gemeindeeigenen Kanalisationsleitung verbindet. Dies ergibt sich auch aus dem vom Gemeinderat bewilligten Kanalisationsplan vom 13. Juli 1993, wonach die Anlage mit der Absicht geplant, bewilligt und vor rund 15 Jahren erstellt wurde, um die Grundstücke GB 1052, GB 1053, GB 1054 und GB 150 in ihrer Gesamtheit abwassertechnisch zu erschliessen und damit die Baureife dieser oberwähnten Grundstücke ebenfalls in ihrer Gesamtheit herbeizuführen. Die Rechtsvorgänger der Parteien haben das Kanalisationsprojekt denn auch explizit in Zusammenhang mit der Baubewilligung für die Häuser 5 (GB 1052) und 6 (GB 1053) lanciert. Damit steht fest, dass selbst die vorliegend nicht umstrittene Abwasserleitung zum Haus der Beschwerdeführerin nur im Rahmen dieses Kanalisationsprojektes geplant, bewilligt und erstellt wurde. Die Beschwerdeführerin profitierte demnach ebenfalls von dem damals in seiner Gesamtheit realisierten Kanalisationsprojekt.

Schliesslich kann der Begriff der bestehenden Erschliessungsanlage nicht vom Benutzen bzw. vom Nichtbenutzen einzelner Teilstränge der Anlage abhängig gemacht werden. Dies würde § 37 Abs. 5 PBG zuwiderlaufen.

2.4 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, es liege keine Mitbenützung vor, da die umstrittene PVC-Kanalisations-Leitung von ihr selber nicht benutzt werde. Folglich hätte die Vorinstanz auf das Gesuch um Erschliessungshilfe nicht eintreten dürfen.

2.5 Da soeben ausgeführt wurde, dass eine Gesamtanlage vorliegt, ist Mitbenützung gegeben, wenn der Beschwerdegegner den bisher unbenützten Strang in Anspruch nimmt. Bei der umstrittenen Leitung, die vom Grundstück des Beschwerdegegners über die Liegenschaft der Be-

C 10.1

schwerdeführerin verläuft und schliesslich in den Schacht auf GB 1052 mündet, handelt es sich um einen Teilstrang der oberwähnten Feinerschliessungsanlage. Da die umstrittene Leitung Bestandteil einer gesamten Feinerschliessungsanlage darstellt, ist entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht selbst dann von einer Mitbenützung auszugehen, wenn ein einzelner Leitungsstrang vom Eigentümer des Grundstückes, durch welches dieser Strang führt, gar nicht benutzt wird. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass eine tatsächliche Mitbenützung der gesamten Feinerschliessungsanlage im Bereich des auf dem Grundstück GB 1052 liegenden Schachtes und der in die gemeindeeigene Kanalisation mündenden Abwasserleitung gegeben ist.

2.6 Zusammenfassend bilden die drei Abwasserleitungen mit den entsprechenden Schächten und Teilsträngen auf den Parzellen GB 150, 1054, 1053, 1052 in ihrer Gesamtheit eine bestehende private Feinerschliessungsanlage. Es ist deshalb von einer Mitbenützung dieser Anlage auszugehen, wenn der Beschwerdegegner die Schmutzwasserleitung seines Hauses an den nördlichen Teilstrang anschliesst. Die Vorinstanz hat demzufolge das Gesuch um Erschliessungshilfe zu Recht materiell behandelt.

3.1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin widerspricht die vorgesehene Erschliessung dem Grundsatz der Notwendigkeit einer zweckmässigen technischen Erschliessungslösung. Zudem stelle die Benutzung der PVC-Kanalisations-Leitung durch den Beschwerdegegner für sie eine unzumutbare Belastung dar.

3.2 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, darf der Mitbenützungsanspruch nicht weiter gehen, als dies für eine zweckmässige technische Lösung notwendig ist (vgl. § 41 Abs. 1 PBG und § 14 Abs. 2 KVzGSchG). Gemäss Hensler kann es sich beispielsweise um die kürzeste bestehende Verbindung handeln oder um eine Erschliessungsanlage, welche eben und ohne ins Gewicht fallende topografische Hindernisse verläuft (vgl. EGV 2004, a.a.O., Ziffer 2.1.2, S. 299 mit Hinweisen). Die von der anspruchsbetragten Partei geltend gemachten alternativen Erschliessungsmöglichkeiten sind dem Anspruchsbegehren jeweils gegenüberzustellen.

3.2.1 Die umstrittene Leitung wurde vor rund 15 Jahren explizit als Teil des bewilligten Kanalisationsprojektes zur Erschliessung der Grundstücke GB 150, 1054, 1053 und 1052 u.a. auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin in einer Tiefe von 0.4 m bis 1 m erdverlegt. Diese Abwasserleitung wurde in der Absicht verlegt, mit möglichst kurzen Dis-

tanzen das Abwasser ab diesen Liegenschaften der Gemeindekanalisation zuzuführen. Mit dem Anschluss der beschwerdegegnerischen Abwasserleitung an die umstrittene Leitung auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin sind keine baulichen Massnahmen verbunden. Wird ein Gebäude an eine bereits bestehende Kanalisationsleitung angeschlossen und auf den Bau einer neuen Leitung verzichtet, so ist dies denn auch im Sinne von § 37 Abs. 2 PBG, wonach bei der Erschliessung auf eine haushälterische Nutzung des Bodens Rücksicht zu nehmen ist. Hieraus ergibt sich, dass einer bestehenden Leitung im Verhältnis zu einer neu zu erstellenden Leitung der Vorrang zu geben ist.

3.2.2 Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine alternative Abwassererschliessung entlang der Zufahrtsstrasse erhebliche Kosten verursachen würde. Die pauschalen Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die ins Recht gelegte Offerte unglaubwürdig sei, sind durch nichts belegt und auf die exakte Kostenhöhe kommt es auch nicht an.

3.3 Zu prüfen bleibt noch die Frage der Zumutbarkeit. Diese Voraussetzung bezieht sich auf die Auswirkungen der Erschliessungsmitbenützung. Es ist mithin ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und der gegenüber dem Anspruchsbelasteten eintretenden Eingriffswirkung zu wahren. Je weniger zwingend die angestrebte Erschliessungslösung ist und je stärker die Nachteile für die Anspruchsbelasteten ausfallen, umso eher wird sich eine Duldungsverpflichtung als unzumutbar erweisen, wobei nur die unmittelbaren Auswirkungen der Erschliessungshilfe zu berücksichtigen sind (Hensler, a.a.O., Ziffer 2.2, S. 301). Die Zumutbarkeit ist im konkreten Fall klar zu bejahen.

3.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie empfinde es als störend, dass das Schmutzwasser des Nachbarn seit Mitte März 2007 rund 40 cm tief unter ihrem Gartensitzplatz fliesse. Niemand wolle direkt unter seinem Gartensitzplatz und Kräutergarten die Abwasserleitung des Nachbarn haben. Hieraus kann jedoch die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Offenbar empfand die Beschwerdeführerin die Abwasserleitung, als diese nicht ihrem Zweck entsprechend verwendet wurde, als nicht störend. Inwiefern die Abwasserleitung nach Anschluss des Grundstücks des Beschwerdegegners ihr zum Nachteil gereicht, vermag die Beschwerdeführerin denn auch nicht darzulegen. Einerseits ergibt sich aus den genehmigten Kanalisationsplänen vom 13. Juli 1993 und den eingereichten Fotos klar, dass die umstrittene Abwasserleitung nicht unter dem Gartensitzplatz der Beschwerdeführerin verläuft. Andererseits ist nicht ersichtlich, inwiefern die Abwasserleitung

C 10.2

nachteilige Auswirkungen auf den Kräutergarten haben sollte, zumal im Rahmen des Kanalisationsprojektes und des Baubewilligungsverfahrens im Jahre 1993 die gesetzlichen Voraussetzung einer Erschliessung geprüft wurden. Die Forderung der Beschwerdeführerin, wonach Abwasserleitungen generell nicht unter Gartensitzplätzen oder Kräutergärten zu verlegen seien, ist nicht haltbar und findet im Gesetz keine Stütze. Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren zu Recht nicht, dass die Benutzung der Leitung mit Emissionen, beispielweise Lärm oder Gerüchen, verbunden sei. Schliesslich ist keine Beeinträchtigung der Schmutzwasserleitung ab der Liegenschaft der Beschwerdeführerin auszumachen.

3.3.2 Auch aus einem allfälligen Anbau in nördlicher Richtung kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Den beschwerdeführerischen Unterlagen können keine Angaben für ein konkretes Ausbauprojekt entnommen werden. Lediglich im Erschliessungsgesuch des Beschwerdegegners vom 16. April 2007 wird eine Erweiterung des Hauses der Beschwerdeführerin in den nächsten Jahren erwähnt. Angesichts dessen ist dieser Einwand der Beschwerdeführerin vorliegend nicht zu hören. Erwähnt sei lediglich, dass bei einem allfälligen Anbau die fraglichen Leitungen verlegt werden könnten und die Kosten für die Verlegung der umstrittenen Abwasserleitung durch den Beschwerdegegner zu tragen wären. Schliesslich hat sich der Beschwerdegegner in seinem Erschliessungsgesuch mit einer Kostenübernahme einer allfälligen Verlegung der umstrittenen Leitung einverstanden erklärt.

3.4 Aufgrund der oberwähnten Ausführungen handelt es sich bei der zur Diskussion stehenden Mitbenützung des Abwasserstranges auf GB 1053 zugunsten der Grundstücke GB 1054 und GB 150 um eine landsparende und technisch zweckmässige Lösung, welche zudem für die Beschwerdeführerin als Eigentümerin von GB 1053 zumutbar ist.

(RRB Nr. 127 vom 6. Februar 2008; das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 2008 48 vom 29. Mai 2008 abgewiesen).

10.2 Nutzungsplan Ibergeregg

- *Beschwerdebefugnis eines aktiven Pilzsammlers bei Beschwerden gegen einen Schutzzonenplan (Erw. 3).*
- *Umfang der Auflage eines Entwurfes zu einem Schutzzonenplan in der zweiten Auflage (Erw. 4).*
- *Erhaltung des Lebensraumes der Auerhuhnpopulation auf der Ibergeregg (Erw. 7).*

- *Zulässigkeit von Betretungsverboten für Wald und Weiden im Lichte von Art. 699 ZGB (Erw. 9).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer II begründet seine Beschwerdebefugnis damit, dass er als Wanderer und Pilzsammler das von der angefochtenen Nutzungsplanung erfasste Gebiet Ibergeregge regelmässig begehe, dies auch während der vorgesehenen Betretungsverbotszeit vom 1. Dezember bis 15. Juli. Zudem sei er oft zur Kartierung von Pilzen dort unterwegs, wobei er diese Daten jeweils der Eidgenössischen Forschungsanstalt für Wald, Schnee und Landschaft zur Eintragung in deren Datenbank melde.

Die Vorinstanz spricht dem Beschwerdeführer II die Legitimation zur Verwaltungsbeschwerde ab. Die angefochtene Betretbeschränkung gelte nicht nur für Pilzsammler, sondern für jedermann. Kartierungen im Rahmen temporärer wissenschaftlicher Projekte würden nicht nur auf der Ibergeregge und nicht immer durch die gleichen Personen durchgeführt, weshalb dem Beschwerdeführer die besondere Betroffenheit abgehe. Es handle sich um den klassischen Fall einer Popularbeschwerde, auf welche nicht einzutreten sei.

3.1 Während der Auflagefrist können die betroffenen Gemeinden und wer durch den Nutzungsplan in seinen Interessen berührt ist, beim zuständigen Departement schriftlich Einsprache erheben. Gegen den Einspracheentscheid sind die Rechtsmittel gemäss Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege zulässig (§ 11 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Gemäss § 37 lit. a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) 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 darzutun.

3.2 Die Kantone müssen gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) und seine kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen, wenigstens ein Rechtsmittel vorsehen. Dabei muss das kantonale Recht die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gewährleisten (vgl. Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a RPG). Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist ge-

C 10.2

mäss Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c).

Während bisher Art. 103 lit. a OG für die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde verlangte, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid „berührt“ ist, macht Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG ein „besonderes Berührtsein“ erforderlich. Es ist allerdings zu beachten, dass das Bundesgericht bereits unter dem bisherigen Recht ein restriktiv verstandenes „Berührtsein“ verlangt hat, das sich von einem nur allgemeinen Interesse der Bürger klar abhebt. Art. 89 Abs. 1 BGG übernimmt also grundsätzlich die zu Art. 103 lit. a OG bestehende Praxis (vgl. BGE 133 II 413 mit weiteren Hinweisen; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz [RPG], Bern 2006, Art. 33 Rz. 31a).

3.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann es keine begrifflich fassbare Eingrenzung der Legitimation von Dritten, d.h. nicht unmittelbar Betroffenen, geben. Es bleibt in Grenzfällen ein Beurteilungsspielraum, bei dessen Ausübung einerseits eine kaum mehr zu begrenzende Öffnung des Beschwerderechts zu vermeiden ist und andererseits die Schranken bewusst auch nicht zu eng gezogen werden dürfen, um nicht die vom Gesetzgeber bewusst gewollte Überprüfung der richtigen Rechtsanwendung in Fällen, in denen der Beschwerdeführer ein aktuelles und schützenswertes Interesse besitzt, auszuschliessen. Im Zweifelsfall bejaht die Praxis die Beschwerdeberechtigung (vgl. EGV-SZ 1998, Nr. 2, Erw. 2d in fine; vgl. auch VGE III 2008 12 vom 24. April 2008).

3.4 Der Beschwerdeführer II ist zwar weder Grundeigentümer einer Parzelle innerhalb des Nutzungsplanperimeters noch besteht ein anderweitiges dingliches oder obligatorisches Rechtsverhältnis, welches eine besondere Betroffenheit begründen würde. Aus den Unterlagen, die er ins Recht legt, ergibt sich jedoch, dass er sich als Mitglied (und zumindest im Jahr 1996 als Präsident) des Pilzvereins Einsiedeln intensiv mit der Pilzsuche und -kartierung beschäftigt und dabei auch im Gebiet Ibergereggen unterwegs ist. Dadurch verfügt der Beschwerdeführer II über eine besondere Beziehungsnähe zur Streitsache, welche die Betroffenheit der Allgemeinheit übersteigt.

Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Ver-

fahrens beeinflusst werden kann (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4236). Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt. Dringt der Beschwerdeführer II mit seinen Rügen durch, fällt das vorgesehene temporäre Betretungsverbot dahin, woraus er einen direkten praktischen Nutzen zieht. Die Legitimation des Beschwerdeführers II ist aus diesen Gründen zu bejahen, sodass auf seine Beschwerde einzutreten ist.

4. Der Beschwerdeführer II macht geltend, die öffentliche Auflage sei mangelhaft gewesen. Es sei unzulässig und unhaltbar, lediglich die Änderungen im Vergleich zur ersten Auflage öffentlich aufzulegen und die Einsprachemöglichkeit auf diese Nutzungsplanänderungen einzuschränken. Der Regierungsrat habe im Beschwerdeentscheid RRB Nr. 1397 vom 25. Oktober 2005 weder eine Beschränkung des erneuten Auflage- und Einspracheverfahrens auf die Planänderungen vorgeschrieben noch eine solche Beschränkung als zulässig bezeichnet. Die zweite Auflage sei deshalb nichtig und die Nutzungsplanung dürfe nicht ohne eine erneute, gesamthafte Ausschreibung in Kraft gesetzt werden. Zudem sei die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht auf diesen Einwand eingegangen, wodurch sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

4.1 Der Vorwurf, die Vorinstanz habe zur Rüge der fehlerhaften öffentlichen Auflage nicht Stellung genommen, geht ins Leere. In ihrem Einspracheentscheid hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass alle unveränderten Nutzungsplaninhalte bereits Gegenstand der ersten öffentlichen Auflage gewesen seien, wodurch die öffentliche Mitwirkung zu sämtlichen Nutzungsplaninhalten gewährleistet worden sei. Zudem hat sie vernehmlassend auf den zitierten regierungsrätlichen Beschwerdeentscheid sowie die darin enthaltenen Erwägungen Bezug genommen und die kantonale Praxis der Auflage bei Planänderungen erläutert. Selbst wenn die Begründung im Einspracheentscheid ungenügend gewesen sein sollte, ist somit spätestens mit der Vernehmlassung der Vorinstanz und der Möglichkeit des Beschwerdeführers zur Replik eine allfällige Gehörverletzung geheilt worden (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 10 Rz. 45).

4.2 Nutzungspläne sind öffentlich aufzulegen (Art. 33 Abs. 1 RPG). Der Entwurf kantonaler Nutzungspläne ist den Gemeinderäten zur Stellungnahme zu unterbreiten. Hernach wird er unter Bekanntgabe im Amtsblatt während 30 Tagen in den betreffenden Gemeinden öffentlich aufgelegt (§ 11 Abs. 1 und 2 PBG).

C 10.2

Die öffentliche Auflage ist Voraussetzung und Beginn des Rechtsschutzes im Planfestsetzungsverfahren. In erster Linie ist es Sache des kantonalen Rechts, das Auflageverfahren im Sinne von Art. 33 RPG und damit den sich hieraus ergebenden Anspruch auf rechtliches Gehör zu umschreiben. Dabei sind die aus der Bundesverfassung fließenden Minimalgarantien (insbesondere Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) zu beachten (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 33 Rz. 11).

4.3 Wurden nach Abschluss des Auflageverfahrens – namentlich im Einsprache- und Rechtsmittelverfahren – wesentliche Änderungen des Nutzungsplanes vorgenommen, kann eine nochmalige Auflage geboten erscheinen. So sehen viele Kantone für diesen Fall eine Wiederholung des Auflageverfahrens vor, wobei grundsätzlich nur die Änderungen Gegenstand einer Einsprache oder Beschwerde bilden dürfen (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 33 Rz. 14).

Dies entspricht auch der Rechtslage und ständigen Praxis im Kanton Schwyz (vgl. EGV-SZ 1992, Nr. 39, Erw. 1). Nach Auffassung des kantonalen Verwaltungsgerichts bezweckt die Neuauflage eines wesentlich geänderten Nutzungsplanes nebst der allgemeinen Orientierung der Öffentlichkeit, jenen von der Änderung Betroffenen Gelegenheit zur Einsprache zu geben, die sich zuvor zur Änderung nicht haben äussern können. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht bestätigt und als mit Art. 4 RPG und Art. 4 BV (heute Art. 29 BV) vereinbar erklärt (vgl. BGE 1P.277/1989 und 1P.361/1990 vom 3. Oktober 1990, E. 4b). Ein Planungsverfahren könnte denn auch kaum je zu Ende gebracht werden, wenn bei jeder öffentlichen Auflage von Änderungen gemäss § 26 Abs. 3 PBG wiederum gegen das ganze Planwerk Einsprache erhoben werden könnte. Deshalb ist es zulässig, die Einsprache- und Beschwerdemöglichkeit in den weiteren öffentlichen Auflagen auf die Änderungen zu begrenzen (vgl. EGV-SZ 1992, Nr. 39, Erw. 1).

4.4 Im Lichte der erwähnten, höchstrichterlich bestätigten Praxis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Auflage und die Einsprachemöglichkeit auf die Änderungen eingegrenzt hat, zumal der gebotene Rechtsschutz dadurch nicht eingeschränkt worden ist. Der Beschwerdeführer II hatte bereits bei der ersten öffentlichen Auflage Gelegenheit, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Er hat davon denn auch Gebrauch gemacht und am 28. Oktober 2002 gegen den Nutzungsplan Einsprache erhoben. Am 26. September 2003 hat er diese allerdings zurückgezogen, weshalb die Vorinstanz das Verfahren am 7. Juni 2004 als gegenstandslos geworden abgeschrieben hat (...). Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die weiteren im Rahmen des ersten

Auflageverfahrens erhobenen Einsprachen und Verwaltungsbeschwerden (vgl. RRB Nr. 1398 vom 25. Oktober 2005) sind ebenfalls rechtskräftig erledigt worden.

Aus dem vom Beschwerdeführer II zitierten Beschwerdeentscheid RRB Nr. 1397 vom 25. Oktober 2005 ergibt sich ebenfalls keine Verpflichtung, den Rechtsschutz über die vorgenommenen Änderungen hinaus zu gewähren und damit sowohl die unveränderten Bestandteile aus der ersten Auflage wie auch die vorgenommenen Änderungen öffentlich aufzulegen. Es ist zwar einzugestehen, dass die Formulierungen im Beschwerdeentscheid insofern unpräzise sind, als nicht wortwörtlich festgehalten wird, dass die erneute Auflage des Nutzungsplans nur die Änderungen umfassen muss. Entscheidend ist jedoch, dass der Regierungsrat keine Ausdehnung der Einsprache- und Beschwerdemöglichkeit über die Änderungen hinaus verlangt hat. Damit hat er implizit den Gegenstand der erneuten Auflage, nämlich die Änderungen seit der ersten Auflage, bestimmt. Für eine Abkehr von der bisherigen, bewährten Praxis sind hingegen keine Hinweise ersichtlich. Eine Praxisänderung hätte der Regierungsrat denn auch mit ernsthaften und sachlichen Gründen rechtfertigen müssen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 511). Die Beschränkung der Einsprache- und Beschwerdemöglichkeit auf die Änderungen erweist sich nach wie vor als sinnvoll. Im Rahmen der zweiten Auflage soll nicht nachgeholt werden können, was bei der ersten Auflage versäumt worden ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers II weist die öffentliche Auflage demnach keine Mängel auf.

5.1 – 6.6 (...).

7. Der Beschwerdeführer II rügt, das rigorose Betretungsverbot von 1. Dezember bis 15. Juli sei unzulässig. Die Vorinstanz begründe das Verbot einzig damit, dass dies für den Schutz des Auerhuhns als stark gefährdete Vogelart notwendig sei. Dabei würden zu Unrecht die Wintertouristen, Wanderer, Beeren- und Pilzesammler für die Gefährdung verantwortlich gemacht. Wenn überhaupt, sei indessen die Waldbewirtschaftung das massgebliche Problem. Gerade diese werde in der Nutzungsplanung aber völlig ausgeklammert. Zum einen müsse durch entsprechende Waldbewirtschaftung ein möglichst grosses, zusammenhängendes Areal für das Auerhuhn geschaffen werden; zum andern seien spezifische Bestimmungen zum Schutz des Auerwilds in die Schutzverordnung aufzunehmen.

Unbegründet sei sodann der Sonderstatus für Jäger und Fischer in der schneereichen und für das Auerhuhn offenbar bedeutsamen Winterzeit von 1. Dezember bis 15. Februar. Wenn schon für die Jäger als grösste

C 10.2

und lauteste Störenfriede kein Betretungs- und Befahrungsverbot nötig sei, dann sei es für alle anderen angeblichen Störenfriede umso weniger erforderlich. Bisher sei das gesamte Gebiet frei zugänglich, ohne dass ein Rückgang des Bestandes wissenschaftlich nachgewiesen wäre. Begegnungen zwischen Erholungssuchenden und Auerhühnern kämen sehr selten vor und seien von kurzer Dauer. Es schränke die verfassungsrechtliche Bewegungsfreiheit in unverhältnismässiger Weise ein, wenn ein riesiges Erholungsgebiet von 30 km² Fläche für die Menschen während 7 ½ Monaten gesperrt werde. Vielmehr müsste eine Bestimmung in die Verordnung aufgenommen werden, wonach es verboten sei, das Auerwild bei der Balz und bei der Aufzucht aufzusuchen, zu beobachten, zu filmen und zu fotografieren.

7.1 Wie in der Erläuterung der Nutzungsplanänderungen festgehalten wird, sind die Regelungen zur Besucherlenkung gegenüber dem Nutzungsplanentwurf aus dem Jahr 2002 überarbeitet worden. Während der ursprüngliche Entwurf zwei Naturschutzzonen A und B mit unterschiedlichen Nutzungsvorschriften vorsah, gibt es nach neuem Entwurf nur noch eine Naturschutzzone, welche das ganze Nutzungsplangebiet umfasst. In den Wintermonaten, d.h. vom 1. Dezember bis zum 31. März, ist das Betreten und Befahren nur in den Korridoren für Wintertourismus zulässig (Korridor Gebot; § 10 Abs. 1). Vom 1. April bis zum 15. Juli gilt ein Weg- und Pistengebot, d.h. das Nutzungsplangebiet darf in dieser Zeit nur auf den öffentlichen Strassen und Wegen sowie auf den präparierten Pisten betreten und befahren werden (§ 10 Abs. 2). Ab dem 15. Juli bis Ende November ist das ganze Nutzungsplangebiet frei zugänglich.

7.2.1 Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung sind geschützt (Art. 78 Abs. 5 Satz 1 BV). Der Bundesrat bezeichnet unter Berücksichtigung der bestehenden Besiedlung und Nutzung die schützenswerten Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung, und er bestimmt ihre Lage (Art. 23b des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 [NHG, SR 451]). Die Kantone sorgen für die Konkretisierung und Durchsetzung der Schutzziele (Art. 23c Abs. 2 Satz 1 NHG). Das Bundesinventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsinventar) umfasst die im Anhang 1 der Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996 (Moorlandschaftsverordnung, SR. 451.35) aufgezählten Objekte (Art. 1 Abs. 1 Moorlandschaftsverordnung). Die Ibergeregge ist als Objekt Nr. 25 im Moorlandschaftsinventar enthalten.

7.2.2 Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c Moorlandschaftsverordnung ist in allen Objekten auf die nach Artikel 20 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz (NHV, SR 451.1) geschützten Pflanzen- und Tierarten sowie die in den vom Bundesamt erlassenen oder genehmigten Roten Listen aufgeführten, gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten besonders Rücksicht zu nehmen. Das Auerhuhn ist eine gemäss der Roten Liste der gefährdeten Arten der Schweiz (Brutvögel) stark gefährdete Vogelart (vgl. Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL], Ausgabe 2001, S. 46). Stark gefährdet (Kategorie EN) bedeutet, dass eine Art mit einem sehr hohen Risiko behaftet ist, in der freien Natur (bzw. in der Schweiz) auszusterben (vgl. Rote Liste, S. 17).

Die Kantone haben gemäss Art. 5 Abs. 1 Moorlandschaftsverordnung nach Anhören der Betroffenen die zum Erreichen der Schutzziele erforderlichen Schutz- und Unterhaltmassnahmen zu treffen. Sie haben insbesondere dafür zu sorgen, dass die touristische Nutzung und die Nutzung zur Erholung mit den Schutzzielen in Einklang stehen (Art. 5 Abs. 2 lit. e Moorlandschaftsverordnung).

7.3.1 Die Auerhuhngebiete im Raum Alptal bis Wägital bilden zusammen eines der sechs wichtigsten Auerhuhnvorkommen der Schweiz (vgl. Ruedi Hess, Verbreitung, Status und Zukunft der Rauhfusshühner im Gebiet der Ibergeregge, Kanton Schwyz, vom 21. Juni 2001, Ziffer 4.1). Nach Aussagen von Auerhuhn-Experten hat die Auerhuhnpopulation auf der Ibergeregge grosse Bedeutung als Quellpopulation (vgl. Protokoll der Befragung von Auerhuhn-Experten vom 26. Mai 2003 [Protokoll], S. 4). Quellen werden definiert als Gebiete mit optimalen Umweltbedingungen, wo sich Populationen überdurchschnittlich stark vermehren, expandieren und Kolonisten aussenden. Vom Quellgebiet Ibergeregge aus können kleinere und periphere Gebiete, wo der Auerhuhnbestand stark zurückgegangen ist, wieder besiedelt werden (vgl. Ruedi Hess, a.a.O., Ziffern 4 und 5.1).

7.3.2 Die Bestände des Auerhuhns in der Schweiz gehen seit Jahrzehnten zurück und sein Verbreitungsgebiet hat sich verkleinert (vgl. P. Mollet, R. Arlettaz, P. Patthey & D. Thiel, Birkhühner und Auerhühner brauchen Schutz vor Störungen, Faktenblatt, Schweizerische Vogelwarte Sempach 2007 [Faktenblatt 2007]). Die Auerhuhnbestände im Kanton Schwyz gingen zwischen 1978/80 und den Neunziger Jahren um ca. 36% zurück. Die verhältnismässig geringe Reduktion im Gebiet Ibergeregge (2%) ist nach Vermutung der Experten darauf zurückzuführen, dass sich dort die besten Lebensräume befinden (vgl. Protokoll, S. 5).

C 10.2

Die entscheidenden Gründe für die Bestandesrückgänge sind Strukturveränderungen im Wald und Störungen durch den Menschen. Zudem wirken sich Witterungseinflüsse und Raubtiere negativ aus (vgl. Protokoll, S. 6). Regelmässige menschliche Einflüsse führen in der Regel dazu, dass Auerhuhnvorkommen zurückgehen oder ganz verschwinden. Im Winter stören nebst Skifahrern und Langläufern zunehmend Skitourengehänger und Schneeschuhläufer die Wintereinstände des Auerhuhns. Während des restlichen Jahres dringen Wanderer und Mountainbiker in ruhige, abgelegene Gebiete vor. Vor allem während der Balz-, Brut- und Aufzuchtphasen können derartige Störungen den Fortpflanzungserfolg beeinträchtigen und den Bestand mindern (vgl. Roland F. Graf, Kurt Bollmann, Pierre Mollet: Das Auerhuhn, Infodienst Wildbiologie und Ökologie 2002, S. 11). Auch durch Beeren- oder Pilzsammler wird das Auerwild unter Umständen aufgescheucht und zur Flucht veranlasst. Dies ist umso problematischer, je mehr Personen im Lebensraum der Auerhühner unterwegs sind (...).

7.3.3 Nach Schätzungen von Experten sind für das Überleben des Auerhuhns mehrere mindestens 200 ha grosse Flächen mit gut strukturiertem Lebensraum nötig, welche vor Störungen wirksam geschützt werden. Diese müssen mit weiteren, mindestens 50 ha grossen und nicht mehr als 5 km entfernten Flächen vernetzt sein (vgl. P. Mollet, Dringliche Massnahmen zur Förderung des Auerhuhns, Faktenblatt Auerhuhn, Schweizerische Vogelwarte Sempach 2002). Gemäss einer im Schwarzwald durchgeführten Studie der Schweizerischen Vogelwarte lassen die meisten Auerhühner Menschen auf ca. 50 m herankommen; in sehr offenen Wäldern mit wenig Deckung beträgt die Fluchtdistanz mehr als 100 m. Daraus folgt, dass beidseits von Skipisten, Loipen und Winterwanderwegen ein Streifen von mindestens 50 m Breite kein nutzbarer Lebensraum für Auerhühner vorhanden ist. Je mehr Wege oder Pisten vorhanden sind und benutzt werden, umso geringer ist die Fläche, welcher durch das Auerhuhn genutzt werden kann. Als Schutzmassnahme wird empfohlen, die Kern-Lebensräume des Auerhuhns (sowie des Birkhuhns) im Winter mit einem generellen Betretverbot zu versehen und Gebiete mit Wegegebot einzurichten, damit eine genügend grosse Fläche des Lebensraums nicht vom Menschen betreten wird (vgl. Faktenblatt 2007; vgl. auch Graf/Bollmann/Mollet, a.a.O., S. 14).

Ohne Betretungsverbote würden die Auerhuhnbestände in der Ibergeregg zurückgehen. Um den Auerhuhnbestand zu erhalten, müssen einerseits Massnahmen zur Lenkung des Tourismus ergriffen und andererseits periphere Verbreitungsgebiete durch waldbauliche Massnahmen aufgewertet werden (...).

7.4.1 Es ist somit durch zahlreiche Studien und einhellige Expertenmeinungen belegt, dass die Regelung über das Befahren und Betreten der Naturschutzzone (Korridor Gebot vom 1. Dezember bis 31. März sowie Weg- und Pistengebot vom 1. April bis 15. Juli) geeignet und erforderlich ist, um den Auerhuhnbestand in der Ibergeregge zu erhalten und zu fördern. Die Nutzung des Gebiets zur Erholung und zu touristischen Zwecken steht nur dann mit dem Schutzziel der besonderen Rücksichtnahme auf gefährdete Arten (Art. 4 Abs. 1 lit. c Moorlandschaftsverordnung) im Einklang, wenn gewährleistet ist, dass bedeutende Flächen während eines genügend langen Zeitraums von Störungen verschont bleiben. Besondere Rücksichtnahme ist während des Wintereinstandes sowie der Balz- und Brutzeit im Frühling und Frühsommer gefragt.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers II schränkt diese Regelung seine Interessen als Pilzsammler und –kartierer nicht in unverhältnismässiger Weise ein. Ab 15. Juli ist das gesamte Nutzungsplangebiet frei zugänglich, sodass er während der Hauptsaison des Pilzsammelns keine Einschränkungen hinzunehmen hat. Ebenso wird damit die Forderung nach Freigabe des Gebiets im Zeitraum von Juli bis November erfüllt, welche der Pilzverein Einsiedeln anlässlich der Einspracheverhandlung zum Nutzungsplanentwurf 2002 vorgebracht hat (...).

7.4.2 Der Art und Weise der Waldbewirtschaftung ist zwar ebenfalls Beachtung zu schenken, vorliegend ist dieser Faktor jedoch von untergeordneter Bedeutung. Für die Moorlandschaft Ibergeregge wird die Vermeidung von Störungen durch die Experten als viel wichtiger eingeschätzt als forstliche Massnahmen (...). Der grösste Teil des Auerhuhngebietes in der Ibergeregge besteht aus reich strukturierten Wäldern, die ohne menschliche Eingriffe bzw. durch die Beibehaltung der extensiven Bewirtschaftung stabil gehalten werden können. Schutzmassnahmen sollen sich in erster Linie auf die Kontrolle der menschlichen Einflüsse konzentrieren (vgl. Hess, a.a.O., Ziffer 5.1).

Zudem hat das Kantonsforstamt im August 1998 ein Auerhuhn-Schutzkonzept erlassen, welches mittelfristig darauf abzielt, den heutigen Bestand und das heutige Verbreitungsgebiet des Auerhuhns zu erhalten. Langfristig soll es zur Erhöhung des Bestandes und Ausdehnung der Verbreitung beitragen. Im Schutzkonzept werden drei Gebietskategorien unterschieden. Zur Gebietskategorie I zählen unerschlossene bzw. wenig erschlossene Gebiete mit einer Fläche von mindestens 10 km² mit hohen Auerhuhnbeständen bei voraussichtlich relativ guten Überlebenschancen. Diese Anforderungen erfüllen im Kanton Schwyz nur zwei Gebiete, die Moorlandschaft Ibergeregge samt gewissen angrenzenden Gebieten und die Rosenhöchi. In diesen beiden, für den Auerhuhnschutz prioritären Gebieten sollen mit grösstmöglicher Konsequenz Auerhuhnschutz

C 10.2

betrieben und auf das Auerhuhn abgestimmte Bewirtschaftungsverfahren angewendet werden. Das Schutzkonzept sieht in diesem Sinne konkrete Massnahmen zu Gunsten des Auerhuhns vor (ausnahmsweise Bewilligung von Waldstrassen und –wegen, Fahrverbote, Erhaltung und Schaffung offener Waldstrukturen). Die Umsetzung des Schutzkonzepts wird insbesondere durch den Regionalen Waldplan Ybrig erfolgen, welcher im Entwurf vorliegt (...). Zusätzliche Regelungen in der Schutzverordnung erübrigen sich deshalb.

7.5.1 Die Jagd ist ein Regal des Kantons (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Jagd vom 23. März 1972 [SRSZ 761.100]). Der Kantonsrat hat gestützt auf § 4 dieses Gesetzes die Zuständigkeit zur Bestimmung der Jagdzeiten, zusätzlicher Schontage, der Abschussplanung und Bestandesregulierung beim Schalenwild sowie des Hegeabschusses geschützter Tierarten dem Regierungsrat übertragen (vgl. § 1 Abs. 1 lit. h der Kantonalen Jagd- und Wildschutzverordnung vom 20. Dezember 1989 [SRSZ 761.110]). Nach § 19 Abs. 2 dieser Verordnung legt der Regierungsrat die Jagd- und Schussabgabezeiten in den jährlichen Jagdvorschriften fest und bestimmt die jagdbaren Tiere. Vorbehalten bleiben die Jagdzeiten für Bestandesregulierungen geschützter oder schadenstiftender Tiere.

7.5.2 Über Umfang und Dauer der Jagd hat somit grundsätzlich der Regierungsrat zu befinden. Im Rahmen dieser regierungsrätlichen Vorschriften und dem Bundesrecht ist Jägern das schonungsvolle Betreten und Befahren der Naturschutzzone gestattet (§ 11 lit. b der Schutzverordnung). Diese Regelung berücksichtigt die geltende Kompetenzordnung und steht dem Auerhuhnschutz nicht entgegen. Zur Erhaltung und Förderung der Auerhuhnbestände in der Ibergeregge sollen gemäss Expertenmeinung weiterhin Raubfeinde bejagt werden (Protokoll, S. 7). Ausserdem verursacht das Schalenwild starken Verbiss, sodass die natürliche Verjüngung von Tannen und Laubbäumen, die dem Auerhuhn als Äsungspflanzen dienen, nicht mehr gewährleistet ist. Wirksamste Massnahme zur Wildschadenverhütung ist die Jagd, wodurch die Bestände von Reh-, Gäms- und Rotwild an den Lebensraum angepasst werden. Bei einem Jagdverbot in der Ibergeregge könnten sich die Schalenwildbestände erhöhen, was sich auf das Auerhuhn ungünstig auswirken würde (vgl. Lienert, S.; Rüegg, D.; Hess, R.; Mollet, P.; Waldreservate und Auerhuhn, Schweizerischer Forstverein Reihe Vernetzung Nr. 2, 2004; Protokoll, S. 17).

Zudem ist zu beachten, dass die Jagd hauptsächlich im Herbst stattfindet. Die Jagdvorschriften erlauben die Hoch- und Niederwildjagd in der Regel von Anfang September bis Ende November; in dieser Zeit gilt ohnehin kein Betretungsverbot. Während der Winterzeit (Anfang Dezem-

ber bis Mitte Februar) ist nur die sogenannte Lusserjagd zulässig, welche sich gegen die natürlichen Raubfeinde des Auerhuhns richtet (vgl. Abl 2006, S. 1088 ff.; Abl 2007, S. 1051 ff.). Dadurch ist der Schutz des Auerhuhns gewährleistet und die Ausnahmeregelung für Jäger und Fischer demnach nicht zu beanstanden.

8. (...).

9.1 Schliesslich bringt der Beschwerdeführer II vor, die Nutzungsplanung verstosse gegen Art. 699 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Eine Einschränkung des freien Betretungsrechts von Wald und Weide sei lediglich „im Interesse der Kulturen“ zulässig. Durch das freie Betreten des Ibergeregge-Gebietes würden die dortigen Kulturen nicht beeinträchtigt, weshalb einschränkende Bestimmungen unzulässig seien.

9.2 Der Beschwerdeführer II beruft sich auf Art. 699 ZGB, wonach das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wild wachsender Beeren, Pilze und dergleichen in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet sind, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmt umgrenzte Verbote erlassen werden.

Dabei übersieht er, dass es gemäss Art. 702 ZGB dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden vorbehalten bleibt, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, den Reckweg, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserungen, die Zerstückelung der Güter, die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen. Diese Bestimmung enthält lediglich eine beispielhafte Aufzählung der einzelnen Rechtsgebiete, in welchen Bund, Kantone und Gemeinden Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufstellen können. Es handelt sich um einen unechten Vorbehalt, weshalb im öffentlichen Recht auch weitere Beschränkungen des Grundeigentums erlassen werden können, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind (vgl. Heinz Rey in Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. II, 3. Aufl., Basel 2007, Art. 702 Rz. 2 und 8). Wie bereits dargelegt worden ist, verfügt der Nutzungsplan Ibergeregge über die erforderliche gesetzliche – vorliegend sogar über eine verfassungsrechtliche – Grundlage (Art. 78 Abs. 5 BV; Art. 23a ff. NHG; Art. 3 ff. Moorland schaftsverordnung), liegt er im öffentlichen Interesse und ist er verhält-

C 10.3

nismässig. Der Beschwerdeführer beruft sich somit erfolglos auf Art. 699 ZGB.

(RRB Nr. 552 vom 27. Mai 2008; das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 2008 130 vom 4. September 2008 abgewiesen).

10.3 Aufhebung eines bestehenden Gestaltungsplans

- *Ist ein Gestaltungsplan mehr als 15 Jahre in Kraft und wurde er noch nicht umgesetzt, so kann er auf Antrag der Grundeigentümer aufgehoben werden.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Umstritten ist vorab die Aufhebung des alten, im Jahre 1991 erlassenen Gestaltungsplanes „Löwen“, von dem bis heute kein Gebrauch gemacht wurde. Wie der Beschwerdegegner ausführt, habe er bereits im Jahre 1997 den ursprünglichen Plan, in Willerzell ein Blindenhotel (ein im Jahre 1989 aus einem Architekturwettbewerb siegreich hervorgegangenes Projekt von Architekt Peter Zumthor, Haldenstein) zu realisieren, definitiv aufgegeben und dies auch in der Presse publik gemacht. Das Bedürfnis nach einer Neuplanung im Gestaltungsplangebiet sei damit offenkundig. Die Beschwerdeführerin macht hingegen geltend, die Abänderbarkeit eines Gestaltungsplanes sei nur bei erheblich veränderten Verhältnissen möglich. Berücksichtigt werden müssten dabei zudem der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz. Einzig aufgrund geänderter Bedürfnisse des Grundeigentümers ohne sorgfältige Interessenabwägung könne ein Gestaltungsplan nicht aufgehoben werden. Vorliegend werde vor allem die besondere Lage des Plangebietes zum See, zum Landwirtschaftsgebiet und zur öffentlichen Zone ausser Acht gelassen. Inwiefern der Plan überholt sei, werde in keiner Weise dargelegt. Der Grundsatz der Planbeständigkeit müsse gewahrt bleiben. Auch sei die Zweiteilung des gestaltungsplanpflichtigen Gebietes durch den neuen Plan unbegründet und widerspreche dem öffentlichen Interesse.

4.2.1 Der Gestaltungsplan wird in § 24 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) (Grundsätze), § 30 PBG (Erlass) und § 31 PBG (Aufhebung) geregelt (weitere Bestimmungen finden sich in den §§ 22 ff. der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [VzPBG, SRSZ 400.111] sowie Art. 12 und

Art. 84 ff. des Baureglementes des Bezirks Einsiedeln vom 10. Juni 2001 [BauR]). Die Abänderbarkeit eines Gestaltungsplans ergibt sich zudem aus Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700).

Vorliegend geht es um die Aufhebung des in der Zwischenzeit 17 Jahre alten Gestaltungsplanes „Löwen“, der bis anhin nicht umgesetzt wurde (auch nicht teilweise). Nach § 31 Abs. 1 PBG kann der Gemeinderat bzw. Bezirksrat nach Anhören der Grundeigentümer durch Verfügung einen Gestaltungsplan aufheben, wenn innert 15 Jahren seit Inkrafttreten nicht in wesentlichen Teilen mit dessen Verwirklichung begonnen wurde. Unter diesen Voraussetzungen kann die Aufhebung ohne formelles Verfahren (gemäss § 30 PBG) vom Gemeinderat bzw. Bezirksrat beschlossen werden. Gestaltungspläne, die jünger als 15 Jahre oder bereits in wesentlichen Teilen verwirklicht sind, können hingegen, vorbehaltlich § 24 VVzPBG, nur im formellen Planerlassverfahren nach § 30 PBG aufgehoben werden (Mark Gisler, *Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz*, ZBI 2000, S. 401 f.).

4.2.2 Der Gestaltungsplan „Löwen“ erfüllt die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Aufhebung durch den Bezirksrat. Er ist seit mehr als 15 Jahren in Kraft und wurde noch nicht umgesetzt. Das Einverständnis des Grundeigentümers liegt ebenfalls vor. Mehr verlangt das Gesetz für eine Planaufhebung nicht (§ 31 Abs. 1 PBG). Nach 15 Jahren besteht denn auch in der Regel weder ein öffentliches und noch ein privates Interesse mehr an der Planbeständigkeit eines Gestaltungsplanes, der nicht mehr aktuell ist, weil die ursprünglich geplante Nutzung nicht mehr realisiert wird. Letzteres entscheidet im Übrigen allein der Grundeigentümer, der nicht zur Realisierung eines bestimmten Bauvorhabens verpflichtet werden kann. Denn aus einem Gestaltungsplan lässt sich kein Bauzwang ableiten. Auch fehlt die gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung, innert einer bestimmten Frist mit der Umsetzung eines Gestaltungsplanes zu beginnen (Erich Zimmerlin, *Baugesetz des Kantons Aargau*, Kommentar, 2. Aufl., Aarau 1985, N 7 zu § 141, S. 338). Nach 15 Jahren verlangen vielmehr raumplanerische Interessen (analog zu § 15 Abs. 2 PBG), dass Plan und Wirklichkeit (planerische Nutzungsmöglichkeiten und Nutzungsabsichten des Grundeigentümers) mit einer Neuplanung wieder in Übereinstimmung gebracht werden (andere Kantone sehen hierfür eine viel kürzere Frist vor, z.B. fünf Jahre in den Kantonen Zürich und Solothurn; vgl. Gisler, a.a.O., S. 401; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, *Zürcher Planungs- und Baurecht*, 4. Aufl., Zürich 2006, S. 3-26).

C 10.3

4.2.3 Mit der Nutzungsplanung soll den Grundeigentümern auch ermöglicht werden, ihr eingezontes Bauland entsprechend zu nutzen. Wenn ein Gestaltungsplan als Sondernutzungsplan somit nicht mehr umgesetzt werden kann, müssen die Planungsbehörden reagieren und die Überbauung des brach liegenden Baulandes im Rahmen des massgeblichen Planungs- und Baurechts zumindest wieder ermöglichen. Die Vorinstanz hat dies vorliegend mit der Aufhebung des alten, nicht realisierten Gestaltungsplanes „Löwen“ zu Recht getan. Weder Gründe der Rechtssicherheit (Planbeständigkeit) noch der Verhältnismässigkeit stehen diesem Verwaltungsakt im heutigen Zeitpunkt entgegen. Auch wenn bei Gestaltungsplänen grundsätzlich mit einem längeren Bestand gerechnet werden darf als bei Zonenplänen, drängt sich vorliegend allein aufgrund des Umstandes, dass das Hauptziel des Gestaltungsplanes „Löwen“, die Erstellung eines Hotels, nicht mehr zu erreichen ist, eine Neuplanung auf. Dies ist auch deshalb notwendig, weil der alte Gestaltungsplan einen grösseren Teilbereich (zirka 4 200 m²) aufweist, der für eine spätere bauliche Entwicklung vorgesehen war, die ebenfalls noch im Rahmen eines Gestaltungsplanes hätte festgelegt werden müssen (Genehmigungsbeschluss RRB Nr. 1751 vom 22. Oktober 1991, Ziff. 3). Der besonderen Lage des Plangebietes zum See, zum Landwirtschaftsgebiet und zur öffentlichen Zone, die die Beschwerdeführerin bei der Planung berücksichtigt haben will, kann auch bei einem neuen Gestaltungsplan Rechnung getragen werden.

4.2.4 Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen, auch wenn sie ihre angrenzende Liegenschaft im Jahre 2000 angeblich im Vertrauen darauf gekauft habe, dass nach der nachbarlichen Sondernutzungsplanung (Gestaltungsplan „Löwen“) gebaut werde, wie sie geltend macht. Bereits seit dem Jahre 1997 war öffentlich bekannt, dass im Gestaltungsplangebiet definitiv kein Blindenhotel gebaut wird. Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch darauf, dass eine raumplanerische Ordnung dauernd unverändert bleibt. Wie jeder Grundeigentümer muss auch die Beschwerdeführerin als betroffene Nachbarin immer damit rechnen, dass Planung und Bauvorschriften von Zeit zu Zeit überprüft und an neue rechtliche und tatsächliche Gegebenheiten und neue Erkenntnisse angepasst werden. Die Beschwerdeführerin beruft sich auch nicht auf eine konkrete, sie betreffende Zusicherung der Planungsbehörden. Schliesslich kann sich ein Grundeigentümer nach der Rechtsprechung des Bundesgericht nicht mehr auf den Vertrauensschutz stützen, wenn nach zehn Jahren seit der Planfestsetzung immer noch nicht gebaut wurde (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern

2006, NN 11 ff. zu Art. 21, S. 505 ff., unter Hinweisen, u.a. auf BGE 116 Ib 184 f.; Zimmerlin, a.a.O., N 5 zu §§ 146/47, S. 353).

Fraglich erscheint zudem, ob sich die Beschwerdeführerin überhaupt gegen die Aufhebung des Gestaltungsplans „Löwen“ zur Wehr setzen kann, da nach § 31 Abs. 1 PBG kein formelles öffentliches Nutzungsplanverfahren vorgesehen ist (s. vorstehend Erw. 4.2.1). Diese Frage kann jedoch in diesem Verfahren offen bleiben.

4.3 Nach der Aufhebung des bisherigen Gestaltungsplanes gilt grundsätzlich wieder die ursprüngliche Grundordnung, wenn die Nutzungsordnung nicht gleichzeitig durch ein Nutzungsplanverfahren neu festgelegt wird (Gisler, a.a.O., S. 401). Da das Grundstück des Beschwerdegegners (KTN 1921) in der Wohnzone W3 der Gestaltungsplanpflicht unterliegt, muss deshalb, bevor es baulich genutzt werden kann, ein neuer Gestaltungsplan erlassen werden, wie dies vorliegend mit dem Gestaltungsplan „Willzent“ beabsichtigt ist. Dabei ist nicht zu beanstanden, dass diese Neuplanung nicht mehr das ganze mit der Gestaltungsplanpflicht belegte Grundstück KTN 1921 beschlägt, was die Beschwerdeführerin allerdings für nicht zulässig erachtet. Die Erstellung eines Gestaltungsplanes für das ganze Gebiet, das mit einer Gestaltungsplanpflicht belegt ist, kann nur verlangt werden, wenn dies in der Bauordnung ausdrücklich vorgesehen ist (Fritzsche/Bösch, a.a.O., S. 3-20). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Für einen Gestaltungsplan wird lediglich eine zusammenhängende Fläche von mindestens 3 000 m² (in der Dorfkerzone 1 500 m²) verlangt, mehr nicht (§ 24 Abs. 1 und 4 PBG; Art. 12 und Art. 83 BauR; Gisler, a.a.O., S. 404). Den raumplanerischen Anliegen, wie sie die Beschwerdeführerin vorbringt, ist deshalb bei mehreren Gestaltungsplänen nicht nur isoliert innerhalb der einzelnen Perimeter Rechnung zu tragen, sondern die einzelnen Gestaltungsplangebiete sind ebenfalls planerisch aufeinander abzustimmen. Die Vorinstanz hat deshalb als Planungsbehörde dafür zu sorgen, dass über die gesamte, der Gestaltungsplanpflicht unterliegende Bauzone eine den raumplanerischen Zielsetzungen deutlich besser entsprechende Nutzung erzielt werden kann, als dies mit den Bau- und Nutzungsvorschriften der Grundordnung möglich wäre. Sie hat dabei gesamtplanerische und perimeterübergreifende Aspekte (insbesondere die Ziele und Grundsätze der Raumplanung gemäss Art. 1 und 3 RPG) in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen (Gisler, a.a.O., S. 394 f., S. 404 f.). Im Übrigen ist die Gestaltungsplanpflicht in Willerzell nicht auf das Grundstück des Beschwerdegegners beschränkt, sondern umfasst noch weitere Grundstücke (vgl. Bauzonenplan Willerzell), so dass zwangsläufig mehrere Gestaltungspläne nebeneinander bestehen werden, die im Rahmen der ortsplanerischen Zielsetzungen aufeinander abgestimmt werden müssen.

C 17.1

4.4 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Vorinstanz den bestehenden Gestaltungsplan „Löwen“ zu Recht aufgehoben hat. Die Beschwerden sind somit in diesem Punkt abzuweisen. Zu prüfen bleibt im Folgenden der Erlass des neuen Gestaltungsplanes „Willzent“.

(RRB Nr. 1201 vom 4. November 2008).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Kostenauflegung für einen Rettungseinsatz

- *Zuständigkeit des Gemeinderates, die Kosten für einen Rettungseinsatz dem Pflichtigen aufzuerlegen (Erw. 1).*
- *Wer auf einem See im Eis einbricht, hat für die Rettungskosten aufzukommen. Diese Verpflichtung trifft ihn selbst dann, wenn er bei Eintreffen der Schadenwehr bereits gerettet ist (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer macht zunächst grundsätzlich geltend, die Vorinstanz habe ihre „territorialen Beschluss-Befugnisse“ gemäss § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (GOG, SRSZ 152.100) überschritten. Er habe den Wohnsitz bzw. die Schriften im Bezirk Einsiedeln und auch sonst keinen materiellen Bezug zur Gemeinde Unteriberg, weshalb er an einen Beschluss der Vorinstanz nicht gebunden sei.

1.1 Nach § 2 Abs. 1 GOG umfassen die Gemeinden das herkömmliche Gebiet mit allen darin wohnenden Bürgern und Niedergelassenen. Die Gemeinden sind unter anderem verpflichtet, Feuerwehren zu organisieren, auszurüsten und aufrechtzuerhalten (§ 11 Abs. 1 der Verordnung über die Schadenwehr vom 27. Januar 1994 [SchadenwehrVO, SRSZ 530.110]). Die Gemeindefeuerwehr leistet Hilfe bei Brandfällen, Elementarereignissen, Öl- und Wasserunfällen sowie bei Ereignissen, die einen technischen Einsatz erfordern. Sie hat auf Verlangen in anderen Gemeinden Hilfe zu leisten (§ 12 Abs. 1 und 2 SchadenwehrVO). Im Gegensatz zu den Hilfeleistungen der Feuerwehr werden die Kosten für den Einsatz der Ölwehr sowie die Hilfeleistung bei Ereignissen, die einen technischen Einsatz erfordern, dem Verursacher bzw. dem nach Spezialgesetzgebung Pflichtigen überbunden (§ 14 Abs. 1 und 2 Schadenwehr-

VO). Entscheidend für die Zuweisung der Kostentragungspflicht ist das Kriterium der Verursachung (RRB Nr. 674 vom 23. Mai 2006, Erw. 2).

1.2 Der Beschwerdeführer war am 21. Dezember 2007 im Gebiet Steinbach, Euthal, das zum Bezirk Einsiedeln gehört, auf dem Sihlsee im Eis eingebrochen. Die alarmierte Einsatzzentrale der Kantonspolizei Schwyz bot darauf die örtlich näherliegende Schadenwehr der Gemeinde Unteriberg zur Personenrettung auf. Die Schadenwehr war ab diesem Zeitpunkt von Gesetzes wegen zur Hilfeleistung verpflichtet (§ 12 Abs. 1 SchadenwehrVO). Dies gilt auch im Fall des Beschwerdeführers, weil allenfalls ein technischer Einsatz nötig gewesen wäre, um ihn aus dem kalten Sihlsee zu retten. Sie handelte ausdrücklich auf Verlangen der Kantonspolizei Schwyz, was der Beschwerdeführer auch nie bestritten hat (...).

1.3 Im vorliegenden Fall sind sich der Beschwerdeführer und die Schadenwehr Unteriberg bzw. die Vorinstanz über die Kostentragung des Einsatzes vom 21. Dezember 2007 uneinig. Die SchadenwehrVO enthält keine Bestimmungen dazu, welches Organ in einem solchen Fall die notwendigen Anordnungen trifft, weshalb subsidiär das Gemeindeorganisationsgesetz zur Anwendung kommt. Die Schadenwehr Unteriberg hat ihren Rettungseinsatz unbestritten geleistet und stand im Interesse des Beschwerdeführers im Einsatz. Sie war deshalb auch berechtigt, ihren Aufwand dem Beschwerdeführer in Rechnung zu stellen. Weitere Handlungen zur Kosteneintreibung sind ihr hingegen verwehrt und Sache des Gemeinderates, weil dieser das vollziehende und verwaltende Organ der Gemeinde ist (§ 31 Abs. 1 GOG). Die Vorinstanz war deshalb berechtigt, mit einer Verfügung die Kosten für den Rettungseinsatz vom 21. Dezember 2007 dem Beschwerdeführer in Rechnung zu stellen. Die Vorinstanz hat somit ihre Befugnisse nicht überschritten, weil sie zum Erlass der angefochtenen Verfügung befugt war.

2. Der angefochtene Beschluss ist nach Ansicht des Beschwerdeführers auch wegen „fehlender unklarer gesetzlicher Grundlage“ innerhalb der SchadenwehrVO aufzuheben.

2.1 Mit § 14 Abs. 2 SchadenwehrVO besteht grundsätzlich eine ausreichende gesetzliche Grundlage, um dem Verursacher bzw. dem nach Spezialgesetzgebung Pflichtigen die Kosten für die Hilfeleistung bei Ereignissen, die einen technischen Einsatz erfordern, zu überbinden. Ebenso können die Kosten, welche bei einem Ausrücken der Feuerwehr zufolge Fehlalarms entstehen, dem Verursacher in Rechnung gestellt werden (§ 14 Abs. 3 SchadenwehrVO).

C 17.1

2.2 Der Beschwerdeführer weist nun darauf hin, dass § 14 Abs. 2 SchadenwehrVO nicht explizit regelt, ob bei einem technischen Einsatz der Schadenwehr allein schon das Ausrücken eine Hilfeleistung darstellt und weiterverrechnet werden darf oder nicht. In diesem Punkt ist ihm zuzustimmen. Die Materialien zur Entstehung der SchadenwehrVO äussern sich ebenso wenig darüber (RRB Nr. 994 vom 15. Juni 1993, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 30). Es ist deshalb auf das in Lehre und Rechtsprechung entwickelte Störerprinzip zurückzugreifen (vgl. dazu Martin Frick, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004, S. 57 ff.).

2.3 Der Begriff des Störers wurde entwickelt, um zu bezeichnen, wer polizeirechtlich verpflichtet ist, eine Gefahr oder Störung zu verhindern oder zu beseitigen. An diesen Begriff wird auch angeknüpft, wenn zu bestimmen ist, wer die Kosten für Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen hat. Diese Massnahmen umfassen nicht nur diejenigen, welche vom Störer selber hätten vorgekehrt oder veranlasst werden können und lediglich wegen zeitlicher Dringlichkeit direkt von der zuständigen Behörde angeordnet worden sind. Sie umfassen auch Vorkehrungen, welche von vornherein technisch und rechtlich nur von den polizeilichen Organen und den ihnen beigeordneten Spezialdiensten vorgenommen oder angeordnet werden können (BGE 122 II 65 E. 6, S. 70, mit Hinweisen auf BGE 114 Ib 44 E. 2a, S. 47 f.; RRB Nr. 674 vom 23. Mai 2006, Erw. 3.1).

2.4 Störer ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zunächst derjenige, der über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer). Als Zustandsstörer fällt in erster Linie der Eigentümer, aber auch der Mieter, der Pächter, der Verwalter und Beauftragte in Betracht. Anknüpfungspunkt der Zustandshaftung ist somit die Verfügungsmacht, die es dem Gewalthaber ermöglicht, die Sache in ordnungsgemässen Zustand zu halten oder den Gefahrenherd zu beseitigen (BGE 122 II 65 E. 6a, S. 70; BGE 114 Ib 44 E. 2c, S. 50 ff.). Störer ist aber auch, wer eine polizeiwidrige Gefahr und Störung selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltensstörer). Der Begriff des Verhaltens ist dabei weit zu fassen: er beinhaltet sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen. Unbeachtlich für die Qualifikation als Verhaltensstörer ist, ob sich die Person eine Rechtswidrigkeit zuschulden hat kommen lassen. Auch ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob der Verhaltensstörer den Eintritt der polizeiwidrigen Gefahr oder Störung voraussehen konnte oder nicht. Für die Verantwortlichkeit ist allein ausschlaggebend, dass

sich eine sachbedingte polizeiwidrige Gefahr oder Störung verwirklicht hat (Frick, a.a.O., S. 58 f.; RRB Nr. 674 vom 23. Mai 2006, Erw. 3.2).

2.5 Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer Anlass und Ursache für den Einsatz der Schadenwehr Unteriberg war, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Einbruch ins Eis auf dem Sihlsee auf Grobfahrlässigkeit zurückzuführen ist. Mit der Feststellung, dass die Schadenwehr Unteriberg durch die Einsatzzentrale der Kantonspolizei Schwyz aufgeboten wurde und somit der Einsatz als erfolgt gelte, hat der Beschwerdeführer sich klar dazu geäußert, dass ein solcher tatsächlich erfolgt ist. Daran ändert auch nichts, dass der Einsatz nach Ansicht des Beschwerdeführers bloss „für die Feuerwehr Unteriberg“ als erfolgt gelte (...), weil ein eigentlicher Rettungseinsatz gar nicht notwendig war, nachdem er bereits von anderen Personen aus dem See geborgen und an Land gebracht worden war. Sinn und Zweck der Vorschrift von § 14 Abs. 2 SchadenwehrVO entspricht es vielmehr, dass schon allein das Ausrücken der Schadenwehr dazu ausreicht, die dabei entstandenen Kosten dem Verursacher zu überbinden. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer durch zufällig anwesende Drittpersonen gerettet wurde, kann nicht hergeleitet werden, dass der Einsatz der Schadenwehr Unteriberg gar nicht notwendig gewesen wäre. Es ist deshalb zulässig, die beim Einsatz vom 21. Dezember 2007 entstandenen Umtriebe dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, zumal auch dieser Einsatz eine Hilfeleistung darstellte und nur in guter Absicht für den Beschwerdeführer vorgenommen wurde. Dass ein technischer Einsatz schliesslich nicht mehr notwendig war (z.B. den Beschwerdeführer aus dem kalten Wasser zu bergen), kann und darf der Schadenwehr Unteriberg nicht zum Vorwurf gemacht werden. Somit hat die Vorinstanz die Kosten für den Rettungseinsatz vom 21. Dezember 2007 auch in materieller Hinsicht zu Recht dem Beschwerdeführer auferlegt. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

(RRB Nr. 1109 vom 21. Oktober 2008).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abgaben (siehe Kausalabgaben)

Anerkennung

A 2.2

Anklage

A 4.6

A 5.1

Äquivalenzprinzip

A 7.1

Arbeitsvergebung

- Akteneinsichtsrecht

B 11.1

- Ausschluss

B 11.2

Auerhuhn

C 10.2

Auflage

B 8.2

B

Bande

A 4.1

Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)

Bedingung

B 8.2

Bestandteil

A 4.2

Bruttolohnabrechnung

A 6.3

C

Cerebro-Karte

A 4.2

E

Einlassung

A 2.2

Einstellung

A 5.2

Erschleichung einer Falschbeurkundung

A 4.4

Erschliessungsplan, Initiativbegehren

B 7.1

Expertenernennung

A 3.3

F

Familienstiftung	A	2.1
Freiheitsberaubung	A	4.3

G

Gebührenordnung	A	7.1
Gehör, rechtliches	A	3.3
GmbH-Gesellschafter	A	6.5
Grundbuchbereinigung	A	7.2
Grundbuchpauschale	A	7.1
Grunddienstbarkeitseinträge (einseitige)	A	7.2

H

Haager Übereinkunft betr. Zivilprozessrecht	A	2.2
Haager Zustellungsübereinkommen	C	6.1
Heilung einer Gehörsverletzung	B	2.1

I

Immissionsschutz, privat- und öffentlichrechtlicher	B	8.11
Initiativrecht		
- Unzulässigkeit einer Initiative	B	7.1
Invalidenversicherung (rechtliches Gehör)	B	2.1

J

Jagdberechtigung (Entzug)	B	10.1
---------------------------	---	------

K

Kausalabgaben		
- Befreiung von Wehrpflicht- ersatzabgaben	B	5.2

- Rechtsweg bei Wasseranschluss- gebühren		B	5.1	
Klageverzicht		A	2.1	
Konkurseröffnung	A	6.4	A	6.5
Konkursfähigkeit		A	6.5	
Kosten für Sachverhaltsabklärungen		B	1.6	
Kostendeckungsprinzip		A	7.1	
Krankenversicherung		A	1.1	
Kursverluste		A	6.2	
KVG (Prämienverbilligung)		B	3.1	

L

Loftwohnung		B	8.6
Lücke (Gesetz)		B	1.7

M

Materialien zur unbefugten Entschlüs- selung codierter Angebote		A	4.2
Mobilfunkanlage		B	8.7
Muster-Baureglement		B	8.9

N

Nachlassverfahren		A	6.1
Naturgefahren		B	8.10
Nichtigkeitsbeschwerde		A	3.2
Notariatsgebühren		A	7.1

O

Öffentlichkeit		A	4.5
Opportunitätsprinzip		A	5.2
Ordre Public		A	2.2

P

Planungs- und Baurecht

- Auflage (nachträgliche Anfechtung)			C	2.1
- Ausnahmegewilligung			C	2.3
- Ausnützungsziffer (Abstellräume)			B	8.9
- Begutachtung durch ENHK und EKD			C	2.3
- Berichten (verbotenes)			C	2.3
- Beschwerdelegitimation (kant. Nutzungsplanung)			C	10.2
- Einordnung	B	8.5	C	2.1
- Erschliessung (suspensivbedingte Baubewilligung)			B	8.2
- Erschliessung (Variante im Nichtbaugebiet?)			B	8.3
- Erschliessungshilfe (Abwasserentsorgung)			C	10.1
- Gestaltungsplan (Aufhebung)			C	10.3
- Hochwasserschutz (Gewässerabstand)			B	8.10
- Immissionsschutz (Lärm durch Kuhglocken)			B	8.11
- ISOS			C	2.3
- KIGBO	C	2.1	C	2.3
- Koordinationsgebot			B	8.4
- nachträgliches Baubewilligungsverfahren			B	8.1
- Nutzungsplan "Ibergereggt"			C	10.2
- Strassenprojektgenehmigung (Hauptstrasse)			B	8.12
- Wiederholung des Auflageverfahrens (Umfang)			C	10.2
- Zirkulationsbeschluss			C	2.3
- Zonenkonformität (Mobilfunkanlage in Gewerbezone)			B	8.7
- Zonenkonformität (Wohnraum in Industriezone)			B	8.6
- Zonenplan (Überprüfung im Einzelfall)			C	2.3
Prämienverbilligung (KVG)			B	3.1
Projektgenehmigungsverfahren			B	8.12
Protokoll	A	3.1	A	3.2

R

Rechtskraft, res iudicata		C	2.1
Rechtsmittel			
- Nichtigkeitsbeschwerde	A	3.2	A 4.8
- Revisionsgrund			A 5.5
- Verzicht			A 2.1
Rechtsöffnung	A	6.2	A 6.3
Rechtsverweigerung			C 2.2
Rettungseinsatz (Kostentragung)			C 17.1
Revision			A 5.5

S

Sachverständiger			A 3.3
Schlichtungsverfahren (Vertretung)			A 3.4
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht			
- Konkursöffnung	A	6.4	A 6.5
- Konkursfähigkeit			A 6.5
- Nachlassbestätigung nach Konkursaufschub			A 6.1
- Nachlassdividende			A 6.1
- Rechtsöffnung (definitive)			A 6.2
- Rechtsöffnung (provisorische)			A 6.3
- unentgeltliche Prozessführung			A 6.4
Sozialhilfe			
- Entscheid über Kompetenzstreitigkeit			C 7.1
- Rückerstattung			C 7.2
- Unterstützungswohnsitz			C 7.1
Störer			C 17.1
Störungsausmass (Betriebe)			B 8.8
Strafbefehl			A 5.3
Strafprozessrecht			
- Anklage	A	4.6	A 5.1
- BÜPF			A 5.4
- DNA-Profil (Löschung)			A 4.3
- Einsprache gegen Strafbefehl			A 5.3
- Einstellung			A 5.2
- Nichtigkeitsbeschwerde (Anforderungen)			A 4.8
- Opportunitätsprinzip			A 5.2
- Revision			A 5.5
- Strafbefehl			A 5.3

- Überwachungsanordnung	A	5.4
Strafrecht		
- Bande	A	4.1
- Erschleichung einer Falschbeurkundung	A	4.4
- Freiheitsberaubung	A	4.3
- Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote	A	4.2
- Smartcard	A	4.2
- Tätigkeitsdelikt	A	4.6
- Urkundenfälschung	A	4.4
Strasse, öffentliche mit privater Unterhaltspflicht, Abberufung	C	9.1
Strassenverkehrsrecht		
- grobe Verkehrsregelverletzung	A	4.7
- öffentliche Strasse	A	4.5
- Sicherheitsabzug	A	5.5
- Überholweg	A	4.7
- vorschriftsgemässe Ladung	A	4.6
- Werkareal	A	4.5
Sühneverfahren	A	3.2

T

Tätigkeitsdelikt, fahrlässiges	A	4.6
Telefonüberwachung	A	5.4

U

Überholweg	A	4.7
Umweltstrafrecht	A	4.8
Urkundenfälschung	A	4.4
Urkundsperson	A	4.4

V

Verbrennung von Abfällen	A	4.8
Verfahren		
- Akteneinsichtsrecht	B 2.1	B 11.1
- Erlassgesuch (Verfahrenskosten)		B 1.7
- Gebührenordnung (externe Kosten)		B 1.6

- Gemeindeautonomieverletzung (Rüge durch Private)	B	1.5
- rechtliches Gehör (im Verfahren vor IV-Stelle)	B	2.1
- Rechtsmittelweg (Wasseranschluss- gebühren)	B	5.1
- Sprungbeschwerde	B	1.1
- Vorbescheid	B	2.1
- vorsorgliche Massnahmen	B	8.1
- Zustellung einer Verfügung ins Ausland	C	6.1
Vergleich, gerichtlicher	A	3.1
Vergleich im Sühneverfahren	A	3.2
Vermittler	A	3.2
Vollstreckungsandrohung- und verfügung (Anfechtbarkeit)	C	2.2
Vorladung, gehörige	A	2.2
Vormundschaftsrecht		
- Beschwerde einer Drittperson	C	6.2
- Verwandte als Vormund	C	6.3
- Wohnsitzwechsel des Be- vormundeten	C	6.3

W

Wasseranschlussgebühren (Rechtsmittelweg)	B	5.1
Wechselkurs	A	6.2
Wehrpflichtersatzabgabe (Befreiung)	B	5.2
Werkareal	A	4.5
Werttarif	A	7.1

Z

Zivilprozessrecht		
- Einlassung	A	2.2
- fremdes Recht	A	6.2
- gehörige Vorladung	A	2.2
- gerichtlicher Vergleich	A	3.1
- Protokoll	A	3.2
- Sühneverfahren	A	3.2

- Vergleich im Sühneverfahren	A	3.2
- Vermittler	A	3.2
Zivilrecht		
- Anerkennung eines ausländischen Urteils	A	2.2
- Klageverzicht	A	2.1
Zusatzversicherung	A	1.1
Zuständigkeit	A	1.1
Zwingendes Recht	A	2.1