

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide **2009**
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2009
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2009

Impressum

Herausgegeben von der Staatskanzlei in Zusammenarbeit mit dem Kantonsgericht und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz (erscheint unter EGV-SZ seit 1967-68; zuvor RB-SZ)

Redaktion: Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz, Rechts- und Beschwerdedienst, Postfach 1200, 6431 Schwyz

Druck: Druckerei Triner AG, Schwyz 2010

www.sz.ch und www.kgsz.ch/rechtsprechung

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Gerichtsordnung	–
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.7
3.	Zivilprozessrecht	3.1
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.5
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.7
7.	Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8.	Anwaltsrecht	8.1
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 51
1.	Verfahren	1.1
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	–
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	–
5.	Kausalabgaben	5.1
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.3
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.9
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	13.1
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.2
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	17.1 – 17.2
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 129
1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.5
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	5.1
6.	Vormundschaftsrecht	–
7.	Sozialwesen	7.1
8.	Erziehungswesen	–
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1 – 10.4
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	–

Sachregister

Seite 183

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgen nicht nur die in der Buchform veröffentlichten, 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 2009 247 vom 28. Juli 2009, EGV-SZ 2009, B 8.4). Die im Internet laufend aufgeschalteten Entscheide 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 Straferichte	Seite 9
----------	--------------------------------	---------

2. Zivilrecht

- 2.1 Kinderanhörung
- 2.2 Unterhalt, neues Konkubinat
- 2.3 Auskunftspflicht unter Ehegatten
- 2.4 Flugschulung
- 2.5 Bäuerliches Gewinnanteilsrecht
- 2.6 Befreiung von der Halterhaftung
- 2.7 Leitsätze zu ehe- und familienrechtlichen Rekursentscheiden des Kantonsgerichts

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Unentgeltliche Rechtspflege

4. Strafrecht

- 4.1 Fahrlässige Tötung, Tauchunfall
- 4.2 Ehrverletzung
- 4.3 Vernachlässigung von Unterhaltspflichten
- 4.4 Betäubungsmittel

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Amtliches Verteidigerhonorar für Substituten
- 5.2 Adhäsionsforderungen
- 5.3 Entsigelung
- 5.4 Nichteröffnung einer Strafuntersuchung
- 5.5 Begründungsausfertigung

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Definitive Rechtsöffnung
- 6.2 Definitive Rechtsöffnung
- 6.3 Definitive Rechtsöffnung
- 6.4 Rechtliches Gehör
- 6.5 Konkursamtliche Liquidation
- 6.6 Kollokation von Lohnforderungen
- 6.7 Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Einsicht ins Grundbuch

8. Anwaltsrecht

8.1 Entbindung vom Anwaltsgeheimnis

B Verwaltungsgericht

Seite 51

1. Verfahren

1.1 Rechtsmittelbefugnis

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen (Anspruch eines in einer Pflegefamilie platzierten Kindes)

5. Kausalabgaben

5.1 Schadenwehrrersatzabgabe (für quellensteuerpflichtige Personen)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde (Festsetzung Steuerfuss)

7.2 Stimmrechtsbeschwerde (Delegation der Ausgabenkompetenz an Abwasserzweckverband)

7.3 Stimmrechtsbeschwerde (stimmrechtliche / planungsrechtliche Rügen bei beanstandeter Umsetzung einer Planungsinitiative)

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

8.1 Erschliessungsplan (und Basiserschliessungsanlage)

8.2 Erschliessungsplan (Linienführung einer Groberschliessungsstrasse)

8.3 Nutzungsplanung (stimmrechtliche / planungsrechtliche Rügen bei beanstandeter Umsetzung einer Planungsinitiative, siehe B 7.3)

8.4 Nutzungsplanung (Bauzonendimensionierung, 25%-Regel, Beurteilung Erschliessbarkeit, Koordination zwischen Beschwerde- und Genehmigungsverfahren)

8.5 Gestaltungsplan (Verhältnis zur Zonengrundordnung)

8.6 Nachbarbeschwerde gegen Baubewilligung (siehe B 1.1)

8.7 Koordination Baubewilligung / Gastgewerbebewilligung

8.8 Kantonales Inventar geschützter und schützenswerter Bauten

- 8.9 Zonenkonformität / Lärmschutz (Freizeitaktivitäten auf Spielfeld einer Schulanlage)

- 11. Arbeitsvergebung (Submission)**
 - 11.1 Verfahrenswahl / Auftragswert (keine knappe Kalkulation)

- 13. Sozialhilfe**
 - 13.1 Rückforderung wirtschaftlicher Hilfe (gegenüber ehemaligem Konkubinatspartner fehlt gesetzliche Grundlage)

- 16. ZGB und EG ZGB**
 - 16.1 Aufnahme in eine Genossame (Verbot der Doppelmitgliedschaft in Statuten zulässig)
 - 16.2 Aufnahme in eine Genossame (Kriterium der unmittelbaren Abstammung)

- 17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen**
 - 17.1 Vollstreckungsrecht (tägliche Ordnungsbusse, definitive Festsetzung)
 - 17.2 Vollstreckungsrecht (Androhung einer Ersatzvornahme)

C RegierungsratSeite 129

2. Baurecht

- 2.1 Kostentragung des Störers
- 2.2 Ausnahmegewilligung für den Wiederaufbau eines Pfarrheimes
- 2.3 Abstandsprivileg für vorstehende Gebäudeteile (Erker)
- 2.4 Zonenkonformität eines Take-Away-Restaurants in der Wohnzone
- 2.5 Richtlinien für die Kernzonen

3. Umweltschutz

- 3.1 Einleiten von Meteorwasser in ein Fließgewässer

5. Zivilrecht

- 5.1 Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern

7. Sozialwesen

- 7.1 Anrechnung von Zuwendungen Dritter

10. Raumplanung

- 10.1 Zulässigkeit einer Zonengrenzkorrektur
- 10.2 Beschwerdebefugnis eines Pächters
- 10.3 Koordination von Genehmigungs- und Rechtsmittelverfahren für den Erlass von Gestaltungsplänen
- 10.4 Teilzonenplan für das Steinfabrik-Areal in Pfäffikon

A Zivil- und Straferichte¹

2. Zivilrecht

2.1 Kinderanhörung

- *Kinder sind im Scheidungsverfahren ab dem 6. Altersjahr in der Regel im erstinstanzlichen Verfahren anzuhören (Erw. 2).*
- *Die grundsätzliche Anhörungspflicht wird durch Parteiabsprache nicht aufgehoben (Erw. 3).*
- *Die Kinderanhörung ist von Amtes wegen anzuordnen (Erw. 4).*
- *Rechtsfolge unterbliebener Anhörung (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB und Art. 12 UNKRK (SR 0.107) sind Kinder zu Anordnungen, die sie betreffen, in geeigneter Weise durch das Gericht oder eine Drittperson persönlich anzuhören, soweit nicht das Alter oder anderweitige wichtige Gründe dagegen sprechen, bzw. ihre Meinungsäusserungen dazu sind entsprechend ihrer Reife angemessen zu berücksichtigen (AJP 1999 1587 f.). Dass keine wichtigen Gründe vorliegend gegen die Anhörung der acht bzw. rund sechs Jahre alten Kinder sprachen, ist unbestritten geblieben und aufgrund der Akten auch nicht ersichtlich.

Die Anhörung des Kindes dient dabei nicht nur der Sachverhaltsermittlung in eherechtlichen Verfahren, sondern ist Ausfluss der Persönlichkeit des Kindes und ein höchstpersönliches Recht, das vom urteilsfähigen Kind selbst wahrgenommen werden kann; gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich und daher obligatorisch, wobei die Anhörung grundsätzlich durch eine Gerichtsperson vorzunehmen ist (AJP 2008 82 mit Hinweisen; BJM 2008 147 ff. E. 4).

3. Die Vorinstanz macht geltend, die Regelung des Sorgerechts sei (erstinstanzlich) nicht umstritten gewesen. Dieser Umstand ist indes nicht erheblich, weil unter die Kinderbelange nicht nur das Sorgerecht, sondern auch der persönliche Verkehr (Besuchsrecht) und die Unter-

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

A 2.1

haltungspflichten fallen (wobei die Altersgrenze in letzterer Hinsicht höher anzusetzen wäre). Dies gilt umso eher, als der Umfang des (bisher begleiteten) Besuchsrechts schon vorinstanzlich umstritten war. Abgesehen davon kann dem Kriterium, ob zwischen den Parteien in den Kinderbelangen Einigkeit besteht, aufgrund der Officialmaxime und der nachträglichen Anfechtungsmöglichkeit nur begrenzte Wirkung zukommen.

4. Die Beklagte beruft sich auf eine bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Ausübung des Kinderanhörungsrechts einen Antrag voraussetzt, wobei ein solcher durch einen Elternteil einzubringen ist, wenn das Kind noch nicht urteilsfähig ist (BGer 5C.209/2005 = Pra 95/2006 Nr. 17 E. 3.2 und BGer 5A_117/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 4.2). Diese Rechtsprechung bezieht sich indes nur auf Fälle, in welchen kantonal in beiden Instanzen kein entsprechender Antrag gestellt wurde, während zweitinstanzlich ein Anhörungsbegehren gestützt auf Art. 138 ZGB nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts (BGE 131 III 189 ff.) und gestützt auf die Officialmaxime wenigstens im ersten Schriftenwechsel möglich ist. Eine noch einschränkendere Praxis, die den Kindesanspruch stets von einem (elterlichen) Antrag abhängig machen würde, lässt sich nicht rechtfertigen, da dann das Mitwirkungsrecht des nicht urteilsfähigen Kindes durch die Eltern in allen Fällen vereitelt werden könnte, in denen nicht ein Beistand bestellt wurde (vgl. auch Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, Bd. II, 3. Aufl., N 304 FN 600). Jedenfalls müsste der ausnahmsweise Verzicht auf eine Kinderanhörung in einem anfechtbaren prozessleitenden Entscheid besonders angeordnet werden (FamKomm-Schweighauser, N 22 zu Art. 144; Meier/Stettler, a.a.O.). Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dass das Gericht die Kinder direkt anschreibt und diese, sofern dies unbeeinflusst geschieht, auf ihr Äusserungsrecht verzichten könnten.

Hinzu kommt, dass die Anhörung von Kindern ab vollendetem sechstem Altersjahr erstinstanzlich die Regel sein muss, mithin schon deshalb *von Amtes wegen* anzuordnen ist, weil nach dem Gesagten nicht voraussehbar ist, ob die Parteien zweitinstanzlich nicht doch noch ein entsprechendes Begehren stellen. Die Anhörung hat aber grundsätzlich vor dem erstinstanzlichen Sachrichter stattzufinden und kann von der kantonalen Rechtsmittelinstanz nur ausnahmsweise nachgeholt werden (AJP 1999 1587 mit Hinweis).

5. Nachdem sich die Vorinstanz in keiner Weise mit dem Kinderanhörungsrecht auseinandergesetzt hat, liegt ein nicht heilbarer Verfahrensmangel vor. Das Urteil ist deshalb im angefochtenen Umfang sowie in allen Punkten, die die Kinderrechte tangieren, aufzuheben. Hingegen ist

davon abzusehen, auch den nicht angefochtenen Scheidungspunkt, die FZG- und die vereinbarte güterrechtliche Regelung aufzuheben. (...).

(Beschluss vom 30. Januar 2009, ZK 2008 43, publ. in SJZ 106/2010 Nr. 2 S. 46 f.).

2.2 Unterhalt, neues Konkubinat

- *Einfluss einer stabilen Lebensbeziehung auf die Bedarfsrechnung unter Berücksichtigung der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Erw. 3b).*

Aus den Erwägungen:

3. Im Weiteren strittig sind Höhe und zeitliche Dauer des vom Beklagten geschuldeten *nachehelichen Unterhalts*.

b) (...). Der Beklagte gab an, die Klägerin lebe seit 1. Dezember 2006 in einem Konkubinat, was von der Klägerin nicht bestritten wurde (...), jedoch ohne ausdrückliche Festlegung des Konkubinatbeginns).

Das Bundesgericht führt in einem Urteil vom 23. November 2005 (BGer 5C.27/2005 Erw. 3.4) aus, dass „Leistungen Dritter, vor allem des Partners einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft [...] für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners ausser Betracht zu bleiben“ hätten, die Leistungsfähigkeit jedoch „mittelbar erhöhen [können], indem sie – zumindest bei Vorliegen einer stabilen Beziehung – in der Bedarfsrechnung berücksichtigt werden und insoweit Einsparungen bewirken“ (vgl. dazu auch Aebi-Müller/Widmer, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, in: Jusletter vom 12. Januar 2009, Rz 22). Gemäss neuester Rechtsprechung zum betriebsrechtlichen Notbedarf können die Mittel bei partnerschaftlichen Lebensgemeinschaften gar zusammengerechnet werden (BGE 132 III 483 ff.; vgl. auch Richtlinien des Kantonsgerichts zum betriebsrechtlichen Existenzminimum Ziff. I).

In Frage steht somit zwar (noch) nicht das Vorliegen eines qualifizierten oder gefestigten Konkubinats gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (welches einen Untergangsgrund für den nachehelichen Unterhalt darstellen würde), sondern der Einfluss der stabilen Lebensbeziehung auf die Bedarfsberechnung der Klägerin. Diesbezüglich ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Partners insofern relevant, als der Lebensstandard der neuen Gemeinschaft beachtlich ist. (...).

(Urteil vom 25. August 2009, ZK 2008 44).

A 2.3

2.3 Auskunftsspflicht unter Ehegatten

- *Ein Auskunftsbegehren nach Art. 170 ZGB kann nur solange gestellt werden, als keine Klage auf Scheidung hängig gemacht worden ist oder die Ehegatten kein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht haben (Erw. 4a).*

Aus den Erwägungen:

4. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Eheschutzverfahren) für die Behandlung von Auskunftsbegehren nach Art. 170 ZGB zwar zuständig sei, da aber beim Bezirksgericht (...) seit dem 13. Oktober 2006 ein Scheidungsverfahren zwischen den Parteien hängig sei und in diesem Zusammenhang bereits vorsorgliche Massnahmen erfolgt seien, könne auf das vorliegende Gesuch wegen des pendenten Scheidungsprozesses nicht eingetreten werden, denn Eheschutzmassnahmen könnten nur solange getroffen werden, als keine Klage auf Scheidung eingereicht sei oder die Ehegatten nicht ein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht hätten. Ein spezifisches Rechtsschutzinteresse nach Art. 170 ZGB bestehe aber ohnehin nicht, weil sich der Kläger auf die Auskunftsspflicht der Beklagten im hängigen Prozess vor Bezirksgericht (...) berufen und entsprechend Antrag stellen könne. Letztlich mangle es dem klägerischen Auskunftsbesuch an genügender Substantiierung.

a) (...).

aa) Gemäss Art. 170 ZGB kann jeder Ehegatte vom anderen Auskunft über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden verlangen oder auf Begehren eines Ehegatten durch das Gericht dazu verpflichtet werden, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen. Das Auskunftsbegehren kann vorfraglich oder als Teilanträge innerhalb eines anderen eherechtlichen Verfahrens gestellt werden; diesfalls richten sich örtliche und sachliche Zuständigkeit nach den für das Hauptbegehren massgeblichen Bestimmungen (Ivo Schwander, BSK-Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., 2006, Art. 170 Rz 18). Wird dagegen das Begehren auf gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gegen den anderen Ehegatten als beklagte Partei gestützt auf Art. 170 Abs. 2 und 3 ZGB als einziger bzw. Hauptantrag gestellt, liegt der Sache nach eine Eheschutzmassnahme vor, für welche die örtliche Zuständigkeit grundsätzlich nach Art. 15 GestG Anwendung findet (vgl. Schwander, a.a.O., Art. 170 Rz 19).

bb) Dass der Kläger im Rekursverfahren – dies im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren – sein Begehren dahingehend begründet, weder die Einkommens- und Vermögensverhältnisse seiner Frau zu kennen noch die Möglichkeit zu haben, sich selber ein Bild darüber verschaffen zu können, sowie die von ihm geforderten Auskünfte präzisiert, ist nicht entscheidend. Massgebend ist, dass sich die vom Kläger vor Bezirksgericht (...) eingereichte Klage auf Auskunftserteilung im Sinne von Art. 170 ZGB nicht innerhalb eines Verfahrens findet, sondern die angebehrte Verpflichtung erfolgt in einem selbständigen Verfahren, weshalb im Sinne von Lehre und Rechtsprechung der Sache nach eine Eheschutzmassnahme vorliegt, selbst wenn dies in § 1 Abs. 1 Ziff. 2 lit. c EGzZGB nicht zum Ausdruck kommt. Abgesehen davon regelt diese Bestimmung einzig die sachliche Zuständigkeit, genauso bestimmen Art. 15 GestG bei eherechtlichen Begehren und Klagen allgemein resp. Art. 35 bzw. 36 GestG bei identischen resp. in Zusammenhang stehenden Klagen nur die örtliche Zuständigkeit.

cc) Sodann ist weiter von Relevanz, dass seit dem 13. Oktober 2006 beim Bezirksgericht (...) ein Scheidungsverfahren zwischen den Parteien hängig ist und dass mit Verfügung des Bezirksgerichts (...) vom 15. Mai 2008 bzw. mit Beschluss des Obergerichts (...) vom 24. November 2008 bereits vorsorgliche Massnahmen angeordnet worden sind. Wie schon die Vorinstanz zutreffend festhält, können Eheschutzmassnahmen indessen nur solange getroffen werden, als keine Klage auf Scheidung eingereicht worden ist oder die Ehegatten kein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht haben; möglich ist dann aber die Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Jann Six, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, 2008, S. 24 Rz 1.61). Im Rahmen des Scheidungsprozesses kann sich jede Partei nun aber auf eine Auskunftspflicht der anderen berufen, welche ihre Grundlage in einer ungeschriebenen bundesrechtlichen Regel des Scheidungsrechts hat (Schwander, a.a.O., Art. 170 Rz 3 mit Verweis). Ein ähnliches Ergebnis kann schliesslich auch aufgrund des Prozessrechts erzielt werden, namentlich mittels Parteibefragung, Parteiaussage oder durch Editionsverfügungen an Ehegatten oder Dritte, wobei das Beweisthema des Prozesses den Umfang der Auskunftspflicht bestimmt, welcher lediglich die anerkannten Aussage- oder Mitwirkungsrechte entgegengehalten werden können (Schwander, a.a.O., Art. 170 Rz 5).

dd) In diesem Sinne hat der Kläger (...) die Möglichkeit, im Scheidungsverfahren sich auf die Auskunftspflicht seiner Frau zu berufen, weshalb ein spezifisches Rechtsschutzbedürfnis nach Art. 170 ZGB für ein separates Verfahren entfällt bzw. entfallen war. Darüber hinaus feh-

A 2.4

len – wie ebenso erwähnt – nach Anhängigmachen eines Scheidungsverfahrens die Voraussetzungen für die Anordnung von Eheschutzmassnahmen.

(Beschluss vom 14. Juli 2009, RK1 2009 15).

2.4 Flugschulung

- *Vorleistungspflicht einer Flugschule zur sog. FTO-Unterschrift (zwecks Zulassung zum Proficiency Check) ohne Anzahlung für die Ausbildung (Erw. 2)?*
- *Abrede und Üblichkeit einer Anzahlung bei kurzen Schulungen (Erw. 2a).*
- *Anspruch auf Teilleistungen im Auftragsverhältnis (Erw. 2b)?*
- *Ersatz der Auslagen als Voraussetzung für eine Auftragsfortsetzung (Erw. 2c).*

Aus den Erwägungen:

2. Wer bei einem zweiseitigen Verträge die andere Partei zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Die erstinstanzliche Unterstellung des Flugschulungsverhältnisses unter das Auftragsrecht ist im Berufungsverfahren ebenso wenig strittig wie die von der Vorinstanz dargelegten Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 82 OR, weshalb darauf nicht zurückzukommen ist. Eine Vorleistungspflicht der Klägerin ist aufgrund des Hinweises des Beklagten zu prüfen (BGE 127 III 200 E. 3). (...).

a) Der Beklagte bestätigt, die nach Abschluss des Simulatortrainings nach dem 12. Juli 2007 auf Vermittlung der ursprünglich mit der Schulung beauftragten Firma A. für die praktische Ausbildung einspringende Klägerin habe nach der Durchführung eines Teils der Schulung per SMS eine Anzahlung von Fr. 5'000.00 gefordert. Er behauptet indes, weder mit der A. noch der Klägerin sei aufgrund der kurzen Ausbildungsdauer eine Vorauszahlung vereinbart worden und eine Überweisung in der kurzen Zeit bis zum Proficiency Check sei nicht machbar gewesen; vielmehr habe ihm ein Fluglehrer der Klägerin am 19. Juli 2007 den erfolgreichen Abschluss des „Refresher“ bestätigt. Nachdem die Klägerin die mit Schreiben vom 20. August 2007 geforderte Auskunft und FTO-Unterschrift verweigert hätte, habe er sich auch später in Befürchtung,

die Klägerin werde die Lizenzerteilung sabotieren, nicht auf eine „freiwillige“ Vorauszahlung einlassen wollen und können.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe, auf die Anzahlung angesprochen, ihr gegenüber ein verspätetes E-Banking eingeräumt und zugesichert, vor dem nächsten Flug in bar zu leisten bzw. eine entsprechende Zahlungsquittung vorzuweisen. Soweit der Beklagte allgemein die Vereinbarung einer Anzahlungs- bzw. Vorauszahlungspflicht damit bestreitet, dass die Klägerin ihn gar nicht kontaktiert habe und die praktische Ausbildung auf Vermittlung der A. erfolgt sei, würde dies bedeuten, dass das unbestrittene entgeltliche Auftragsverhältnis erst mit dem ersten Trainingsflug konkludent zustande kam. Es ist nämlich nicht behauptet, die A. und die Klägerin hätten einen Vertrag zu Gunsten des Beklagten abgeschlossen. In dieser Situation hätte der Beklagte indes nicht einfach annehmen bzw. der Klägerin entgegenhalten können, die verlangte Anzahlung sei nicht vereinbart. Die nicht ausdrückliche Bestreitung der Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe vor dem nächsten Flug Zahlung versprochen, macht damit vielmehr *de dictu et in res* die Akzeptanz seiner Zahlungspflicht zu diesem Zeitpunkt wahrscheinlich. Diese ist umso mehr anzunehmen, als bei zeitlich beschränkten, kurzen Schulungen Vergütung im Voraus üblich ist.

b) Das Auftragsverhältnis zwischen den Parteien mit der Vorinstanz als Dauerschuldverhältnis im rechtlichen Sinne zu betrachten (vgl. dazu auch CHK-Wullschleger, OR 82 N 18 mit Hinweisen), mag angesichts der kurzen zeitlichen Verhältnisse nicht auf der Hand liegen. Für die knappen zeitlichen Verhältnisse war indes der Beklagte verantwortlich und diese waren für ihn voraussehbar. Deshalb kann der Klägerin den Anspruch auf Bezahlung angemessener Teilleistungen nicht abgesprochen werden. Gerade das mit relativ hohen Flugkosten verbundene Solvenzrisiko der Klägerin rechtfertigt es, die einzelnen Trainingsflüge als bezahlbare (sukzessive) Teilleistungen zu betrachten, deren Nichtzahlung die Klägerin berechtigte, die Schulung zu stoppen, abgesehen davon, dass der Beklagte seine Anzahlungs- bzw. Teilleistungspflichten akzeptiert hat (vgl. oben lit. a). Dass in der Folge die erfolgreiche Absolvierung des Proficiency Check am 22. Juli 2007 bei einem vom Beklagten neu beigezogenen Experten eine weitere praktische Ausbildung im vorgesehenen Rahmen überflüssig machte und sich dadurch die Leistungsverweigerung der Klägerin auf die FTO-Unterschrift beschränkte, änderte an der Fälligkeit der eingeklagten Forderung nichts, sondern unterlief einfach das vom Beklagten mit Nichtwissen bestrittene, nach Ansicht der Klägerin zur Erfüllung des Ausbildungsauftrages erforderliche Landetraining (nebst Zahlungspflicht). Ob das Auftragsverhältnis unter diesen Umständen überhaupt noch fortbestand, braucht rechtlich

A 2.5

im Eventualpunkt nicht weiter geprüft zu werden. Es genügt festzuhalten, dass dadurch jedenfalls selbst eine nach bisherigen Erwägungen nicht vorhandene Vorleistungspflicht der Klägerin erloschen und deren Vergütungsanspruch fällig geworden wäre (CHK-Gehrer/Giger, OR 394 N 36 und OR 402 N 6).

c) Abgesehen davon kann die Klägerin als Beauftragte die Ausführung des Auftrages ohnehin von der Bevorschussung ihrer *Auslagen* abhängig machen (Fellmann, BEK, Art. 402 N 68) und bei Nichtleistung den Auftrag beenden (CHK-Gehrer/Giger, Art. 402 OR N 8). Beim vorliegenden entgeltlichen Auftrag ist von einem vollkommenen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag auszugehen, bei dem der Auftragsausführung im Unterschied zum unentgeltlichen Auftrag auch der Anspruch der Beauftragten auf Ersatz der mit der Ausführung des Auftrages notwendig verbundenen Auslagen und Verwendungen als Hauptleistungspflicht im Austauschverhältnis gegenübersteht (vgl. BGer 4C.217/2002 vom 24. Juni 2003 E. 3.2). Eine abweichende Abrede hat der Beklagte in diesem Punkt nicht behauptet, weshalb Art. 82 OR im Sinne des grundsätzlich anerkannten obligatorischen Retentionsrechts sinngemäss Anwendung findet (BGE 94 II 267; Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch zum OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 82 N 2 und Art. 402 N 2; Weber, BEK, Art. 82 OR N 23) und die Verweigerung bzw. Nichtausführung (Weber, BSK, Art. 402 OR N 10) weiterer Leistungen durch die Klägerin mangels Zahlungsbereitschaft des Beklagten rechtfertigte. Vorliegend sind die verrechnete Flugzeit mit der Piper Seneca (Fr. 3'978.00), der Treibstoff (Fr. 618.80) sowie die diversen Landetaxen (Fr. 455.00) konkret Auslagen für die Erfüllung des Auftrags des Beklagten, welche die von ihm zugestandene Anzahlungsforderung der Klägerin im Umfang von Fr. 5'000.00 ohne weiteres rechtfertigten und deren Rückerstattungsrisiko die Klägerin zu tragen nicht verpflichtet war. Auch deswegen war die Klägerin berechtigt, weitere Trainingsflüge bzw. die Leistung der FTO-Unterschrift von der Bezahlung einer Anzahlung und nach dem Proficiency Check vom 22. Juli 2007 von der Begleichung der entsprechend in Rechnung gestellten Beträgen abhängig zu machen.

(Urteil vom 24. März 2009, ZK 2008 50; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_309/2009 vom 27. Oktober 2009 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.5 Bäuerliches Gewinnanteilsrecht

- *Bei Art. 619 ff. aZGB handelt es sich nicht um zwingende Bestimmungen (Erw. 3d).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte sieht die Verletzung klaren materiellen Rechtes im Wesentlichen darin, dass der Vorderrichter den zwingenden Charakter des Art. 619^{bis} Abs. 2 aZGB bei seiner Entscheidungsfindung ausser Acht gelassen bzw. falsch angewendet habe. (...).

d) aa) Dem Beklagten ist nicht zuzustimmen, wenn er Art. 619^{bis} Abs. 2 aZGB als zwingende Vorschrift bezeichnet, auch wenn der Gesetzgeber das Verb „sein“ und nicht „können“ verwendet hat. Sowohl Art. 619 ff. aZGB als auch Art. 28 BGGb haben bzw. hatten keinen zwingenden Charakter. Die dispositive Natur der Bestimmungen des Gewinnanspruchs der Miterben und dass diese von den Erben sowie vom Erblasser geändert werden können, waren seit jeher unbestritten. Im Gegensatz zu den übrigen damaligen Vorschriften des bäuerlichen Erbrechts (Art. 620 ff. aZGB) wurde dieses Rechtsinstitut lediglich im Interesse der Miterben aufgestellt; die öffentlichen Interessen, denen der Gewinnanspruch dienen kann, sind nicht zentrale, sondern nur begrüssenswerte Nebenfolgen (Meyer, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht [Art. 28 ff. BGGb], Zürich 2004, Rz 1472 ff.; Piotet, in: Gutzwiller et al., Schweizerisches Privatrecht IV/2, Basel 1981, S. 971; Escher, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1975, Ergänzungslieferung, N 2 zu Art. 619^{sexies} aZGB; Neukomm/Czettler, Das bäuerliche Erbrecht, 5. Aufl., Brugg 1982, S. 160; vgl. auch Henny, in: Bandli et al., Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, N 1 zu Art. 35 BGGb). Art. 619^{sexies} aZGB bekräftigt den dispositiven Charakter der Art. 619 ff. aZGB, wobei aber die einseitige Änderung des Gewinnanspruches durch den Erblasser nicht Gegenstand dieser Bestimmung bildet. Es ist dem Erblasser indessen unbenommen, durch Testament beispielsweise von der Pflicht zur Auslieferung des Gewinnanteils zu dispensieren, die Frist zu verkürzen oder zu verlängern (vgl. Art. 481 Abs. 1 ZGB; Escher, a.a.O., N 3 zu Einleitung, Allgemeines). So kann er auch die Aufhebung des Abzuges der zwei Hundertstel vom Gewinn pro Jahr verfügen (vgl. Henny, a.a.O., N 4 zu Art. 35 BGGb).

bb) Auch eine teleologische Auslegung von Art. 619^{bis} Abs. 2 aZGB führt zu keinem anderen Ergebnis. Sinn und Zweck der konkreten Bestimmung alleine lassen noch nicht auf einen zwingenden Charakter schliessen. Der Beklagte greift mit der Argumentation, der Besitzdauerabzug stelle keinen Gewinn dar, sondern gehöre zum Übernahmepreis, an welchem die Geschwister nicht partizipieren könnten, weil dieser vom Gewinn abzuziehen sei, ins Leere. Das Gesetz spricht in

A 2.6

Art. 619^{bis} Abs. 2 aZGB von zwei Hundertsteln des Gewinnes. Der Besitzdauerabzug gehört nicht zum Übernahmepreis, sondern ist vom Gewinn abzuziehen. In der Literatur zum aktuellen Recht wird auch von Brutto- und Nettogewinn gesprochen. Ersterer errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Veräusserungswert bzw. -preis und dem Anrechnungswert bzw. Übernahmepreis. Subtrahiert man hievon den Besitzdauerabzug sowie die weiteren Abzüge, ergibt sich daraus der Nettogewinn (vgl. Meyer, a.a.O., Rz. 1038 ff.). Zuzustimmen ist dem Beklagten insoweit, als unter den Gewinnanspruchsberechtigten der *Nettogewinn* zu teilen ist, wenn keine hievon abweichenden Verfügungen oder Vereinbarungen vorliegen. Inwiefern sich indessen der zwingende Charakter der Bestimmung in der im Gesetz festgelegten Höhe des anrechenbaren Gewinns widerspiegeln soll, ist nach Ansicht des Kantonsgerichtes nicht nachvollziehbar. Der Erblasser kann in den Schranken der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen mit letztwilliger Verfügung oder mit Erbvertrag ganz oder teilweise verfügen (Art. 481 Abs. 1 ZGB). Er ist dabei an die Pflichtteilsregelung gebunden (Escher, a.a.O., N 3 zu Einleitung, Allgemeines; zum heutigen Recht siehe Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, N 2 ff. zu Art. 481 ZGB). (...).

(Beschluss vom 13. Mai 2009, RK1 2008 55).

2.6 Befreiung von der Halterhaftung

- *Befreiung eines ohne Handzeichengebung ausschwenkenden Motorradhalters von der Haftung im Sinne von Art. 59 SVG für schwere Verletzungen eines mit massiv übersetzter Geschwindigkeit überholenden Motorradfahrers, der nach einem Bremsmanöver stürzte (Erw. 3c).*

Aus den Erwägungen:

3. c) aa) Im Allgemeinen mag ein adäquater Kausalzusammenhang nicht von vornherein von der Hand zu weisen sein, wenn ein hinterer Motorradfahrer [Kläger K.] beim Überholen zu Fall kommt und der vordere Motorradfahrer [Beklagter B.] den Beginn seines Überholmanövers nicht mit einem Handzeichen anzeigt. Vorliegend bestreitet indes der Kläger die vorinstanzliche Feststellung nicht, nach eigener Sachdarstellung im Zeitpunkt des Überholmanövers des vorderen Motorradfahrers 36.8 m hinter diesem gefahren zu sein. Aufgrund dieses vom Kläger anerkannten Abstandes (vgl. dazu Giger, Art. 86 SVG N 2) hat indes B. sein Überholmanöver durchführen dürfen, was die Vorinstanz zutreffend und unabhängig davon feststellte, ob er ohne Handzeichen oder (noch-

maligem) Blick nach hinten überholt hat, weil dies bei erlaubten Geschwindigkeiten, mit denen gerechnet werden muss, gefahrlos möglich gewesen wäre. (...). Der Kläger hätte, wenn überhaupt nötig, rechtzeitig bremsen können, falls er mit zulässiger oder nur leicht übersetzter Geschwindigkeit unterwegs gewesen wäre. Davon ist auch gestützt auf das Gutachten der H. auszugehen, wonach plausibel ist, dass der Kläger das Überholmanöver B.s im Abstand von rund 22 m wahrnahm. Weder das unterbliebene Handzeichen noch die Unterlassung eines (erneuten) Kontrollblickes nach hinten unmittelbar vor dem Überholvorgang kann deshalb als adäquat unfallkausal betrachtet werden, (...). Die massiv übersetzte Geschwindigkeit des Klägers steht als *einzig beachtliche* Ursache da, weil das leichte Verschulden B.s in Form des fehlenden Handzeichens als Unfallursache derart in den Hintergrund tritt, dass es unberücksichtigt zu bleiben hat (vgl. dazu BGE 132 III 249, 256 E. 3.5 i.V.m. 252 E. 3.1). Mit Rücksicht auf die konkreten Umstände hätte das vorgeschriebene Handzeichen, das unmittelbar vor dem Überholvorgang zu erfolgen hat (Art. 39 Abs. 1 SVG und Art. 28 Abs. 3 VRV), keinen Einfluss auf die Unfallabfolge mehr haben können (...).

dd) Abgesehen davon wäre es dem Kläger grundsätzlich erlaubt (Art. 11 Abs. 2 VRV) und aufgrund der Strassenbreite aus einem Abstand von über 20 m (vgl. plausible und durch das Kurzgutachten A. nicht in Abrede gestellte Entfernung, aus welcher der Kläger das Überholmanöver des B. wahrgenommen haben muss) auch möglich gewesen, an einem selbst auf der Gegenfahrbahn überholenden Motorrad vorbeizufahren, wenn er nicht sein massiv übersetztes Tempo derart stark abgebremst hätte, dass es zu einer unmittelbaren Räderblockierung kam und er die Beherrschung über das Motorrad in jeder Hinsicht verlor (...).

(Urteil vom 25. August 2009, ZK 2009 13; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_499/2009 vom 11. Januar 2010 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.7 Leitsätze zu ehe- und familienrechtlichen Rekursentscheiden des Kantonsgerichts

1. Bei selbständig erwerbstätigen Personen zeigen die Privatbezüge des Geschäftsinhabers von der Unternehmung effektiv bezogene Leistungen; damit stellen sie ein geeignetes Indiz für die Lebenshaltung der Parteien vor Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes dar. Sind die Behauptungen zur Höhe des Einkommens nicht glaubhaft und die eingereichten Belege nicht schlüssig, kann bei der Ermittlung des

A 2.7

Einkommens darauf abgestellt werden (RK1 2008 61 vom 17. Februar 2009).

2. Hypothetische Einkommen dürfen grundsätzlich nicht rückwirkend angerechnet werden; es ist einer Partei hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben umzusetzen, wenn von ihr eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse verlangt wird (BGer vom 4. Juli 2007, 5P.469/2006; RK1 2008 61 vom 17. Februar 2009). Die Umstellungsfrist beginnt mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung dieses Umstandes zu laufen (RK1 2008 73 und 74 vom 27. April 2009).
3. Familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen gehen Lohnpfändungen vor; sind solche Verpflichtungen im Existenzminimum unberücksichtigt geblieben, kann beim Betreibungsamt eine Neuberechnung der pfändbaren Quote verlangt werden (RK1 2008 66 vom 29. April 2009).
4. Der besuchsberechtigte Elternteil hat Fahrkosten zur Ausübung des Besuchsrechts grundsätzlich selbst zu tragen (RK1 2008 85 vom 20. Juli 2009).
5. Unterhaltsbeiträge über die Mündigkeit hinaus können sowohl im Scheidungs- wie auch im Massnahmeverfahren festgelegt werden; wenn das Kind während des Verfahrens mündig wurde, muss dieses dem entsprechenden Elternteil zumindest konkludent seine Einwilligung zur Geltendmachung der Unterhaltsbeiträge als Prozessstandschaffer erteilt haben. Bei der Beurteilung der Verpflichtung zu weiteren Unterhaltsleistungen an das mündige Kind sind die Besonderheiten des Mündigenunterhalts, insbesondere auch die Zumutbarkeit für den Unterhaltsschuldner zu berücksichtigen. Der Bedarf des mündigen Kindes ist zu substantiieren und dessen verfügbaren Mitteln gegenüberzustellen (RK1 2008 73 und 74 vom 27. April 2009).
6. Im Massnahmeverfahren ist der Überschuss grundsätzlich hälftig zu teilen. Eine Abweichung davon kann sich bei Vorhandensein von gemeinsamen Kindern oder bei grossem Überschuss rechtfertigen, da ansonsten der berechtigte Ehegatte Vermögen bilden könnte (RK1 2008 99 vom 30. November 2009).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Unentgeltliche Rechtspflege

- Grundsätze, die es bei der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen der Prüfung der Bedürftigkeit zu beachten gilt (Erw. 5a).

Aus den Erwägungen:

5. a) (...). Es gilt der Effektivitätsgrundsatz, d.h. das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen muss im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens realisierbar sein. Demnach ist jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung unzulässig, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt des Selbstverschuldens des Gesuchstellers an seiner Bedürftigkeit sowie des Verzichts auf Einkommen oder Vermögen. Vorbehalten bleiben Fälle von Rechtsmissbrauch, wenn auf Einkünfte verzichtet oder Vermögen ohne adäquate Gegenleistung veräussert wird in der Absicht, dadurch in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, 2001, S. 137 f.).

Für die Bestimmung der Bedürftigkeit sind die Mittel des Gesuchstellers sowie die Mittel von ihm gegenüber unterstützungspflichtigen Personen wie Eltern oder Ehegatte massgeblich. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zur familienrechtlichen Unterhaltspflicht der Ehegatten (BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1; Pra 2006 Nr. 143 E. 1.1 S. 989). Dies gilt auch für vermögensrechtliche Prozesse (BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1, BGE 85 I 1 E. 3 S. 4 ff.). Die Einkommen der Ehegatten sind daher zusammenzurechnen (BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1). (...).

(Beschluss vom 8. Mai 2009, RK1 2008 51).

4. Strafrecht

4.1 Fahrlässige Tötung, Tauchunfall

- *Tauchunfall: Keine generelle Garantenpflicht für einen erfahreneren Tauchpartner, in casu ebenso wenig aufgrund vorvertraglicher Verhältnisse; Verantwortlichkeit aufgrund freiwillig eingegangener Tauchgemeinschaft (Erw. 4a-c)?*
- *Sorgfaltspflichtverletzungen: Nicht nach Auftreten einer Sedimentwolke durch Verlust des Sichtkontakts, indes durch verzögerte und unterlassene Suche (Erw. 5a-b).*
- *Relevanz von Sorgfaltspflichtverletzungen: Keine Todesursächlichkeit, wenn keine rechtzeitige Hilfe möglich war; Rettungswirkung möglicher Hilfe bzw. Erheblichkeit offengelassen (Erw. 6).*

Aus dem Sachverhalt:

X. wollte ein vom Angeklagten konstruiertes passives halbgeschlossenes Kreislaufgerät (pSCR) testen. In einem dazu gemeinsam angetretenen Tauchgang verloren sich die beiden Taucher in einer Sedimentwolke aus den Augen. Der Angeklagte tauchte auf, ging an Land und traf dort keine weiteren Vorkehrungen zur Suche des nicht aufgetauchten und mit dem Testgerät ertrunkenen, erst rund 50 Minuten später von der Taucherin C. zufällig gefundenen und geborgenen X. Die Vorinstanz hat den Angeklagten der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen, während das Kantonsgericht ihn auf Berufung hin freigesprochen hat.

Aus den Erwägungen:

4. Die Anklage begründet die für die Strafbarkeit von Unterlassungen erforderliche *Garantenstellung* des Angeklagten aufgrund folgender besonderer Umstände. Der Angeklagte sei Konstrukteur des pSCR [des Typs K.], mit welchem X. am 25. September 2005 seinen ersten und letzten Tauchgang unternommen habe. Er habe X., der ein solches Gerät zu kaufen beabsichtigte, instruiert und ein für den bevorstehenden Tauchgang ungeeignetes Gasgemisch im Wissen zusammengestellt, dass X. erstmals mit dem pSCR K. tauchte und diesbezüglich als Anfänger gelten müsse. Die Vorinstanz begründete die Garantenstellung hingegen mit der im Hinblick auf den gemeinsamen Tauchgang freiwillig gebildeten *Gefahrgemeinschaft*, in welcher überdies der Angeklagte gegen-

über X., der ihm unbekanntes Material testete, in dessen Handhabung er namentlich beim Auftauchen noch keine automatisierten Abläufe hatte, einen Wissens- und Übungsvorsprung besass.

a) X. verfügte über die gleichwertigen Ausbildungen bezüglich des verwendeten Gasgemisches und von Kreislaufgeräten wie der Angeklagte (CMAS Trimix Driver sowie Dräger Dolphin Rebreather Driver). Laut Aussagen seines Kollegen M. war er darüber hinaus ein ausserordentlich erfahrener Taucher (vgl. auch Auswertung des Logbuches im FTU-Gutachten S. 17), der jeweils die höchsten Ausbildungen absolviert hatte. Aufgrund der Tatsache, dass beide Taucher Extremsportler, nämlich „technische Taucher“ waren, beide damals über deckungsgleiche Kreislaufgeräte- und Gasgemischausbildungen bzw. -kenntnisse verfügten und ihnen damit gleichermaßen die mit dem Test des vom Angeklagten konstruierten Tauchgerätes unter Verwendung eines Trimix-Gasgemisches verbundenen Risiken bekannt waren, kann kein *Abhängigkeitsverhältnis* zwischen ihnen ausgemacht werden, in welchem der Angeklagte die Ausbildungsverantwortung hätte übernehmen müssen bzw. X. als Anfänger zu betrachten gewesen wäre. (...).

b) Eine Garantenstellung aus *vorvertraglichen Verhältnissen* im Hinblick auf einen Kaufvertrag, wie sie die Vizestaatsanwältin anlässlich der Berufungsverhandlung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB auszumachen können vermeint, fällt ausser Betracht. Selbst wenn es nicht darauf ankäme, ob ein förmlicher und zivilrechtlich gültiger Vertrag vorläge bzw. auch die einvernehmliche freiwillige Übernahme irgendwelcher Aufgaben zum Schutze von Rechtsgütern einem Vertragsverhältnis entspräche (vgl. dazu Trechsel/Jean-Richard, StGB PK, Art. 11 N 10 mit Hinweisen), hätte der Angeklagte aufgrund des geltend gemachten Kaufverhältnisses keine Sicherungspflichten in Bezug auf mit dem Tauchgang üblicherweise verbundene Gefahren, sondern nur für die Funktionalität des Tauchgerätes übernommen, das er X. zum Testen überliess. Dieses beim Unfalltauchgang verwendete Tauchgerät befand sich aber in einwandfreiem Zustand und war vollumfänglich funktionstüchtig. Ungenügende Geräteinstruktionen werden dem Angeklagten nicht vorgeworfen.

c) Es bleibt damit die Frage, ob eine Garantenstellung einzig aufgrund einer freiwillig eingegangenen *Gefahrengemeinschaft* im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. c StGB bejaht werden kann (so die Vorinstanz unter Hinweis auf Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., S. 306, die ausdrücklich auf die Tauchgangsgemeinschaft hinweisen, wogegen nach Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 11 N 13, zusätzlich ein spezifiziertes, qualifiziertes Schutzverhältnis vorauszusetzen sein dürfte), was an dieser

A 4.1

Stelle vorläufig wie auch die Frage, ob diese Garantenstellung durch die Erwähnung des beabsichtigten gemeinsamen Tauchganges im ersten Abschnitt des angeklagten Sachverhaltes überhaupt gedeckt wäre, offen bleiben kann. In der Sache ist die Prüfung dieser Garantenstellung unabhängig von den noch zu prüfenden Sorgfaltspflichtverletzungen nicht zweckmässig.

5. Bevor soweit erforderlich auf Relevanz bzw. Kausalität der vorgehaltenen Unterlassungen einzugehen ist, sind zunächst die angeklagten *Sorgfaltspflichtverletzungen* abzuhandeln, welche im angefochtenen Urteil in der Reihenfolge der Anklage geprüft wurden und laut Berufungsantwort der Vizestaatsanwältin auf zwei Fehleinschätzungen des Angeklagten basierten. Zum einen habe der Angeklagte das Risiko bezüglich der Handhabung des Tauchgerätes mit der gewählten Gasmischung für die vorgesehene Tauchtiefe unterschätzt und zum andern die Fähigkeiten von X. überschätzt.

a) Aufgrund der tatsächlich grösseren Taucherfahrung von X. bei vergleichbarem Ausbildungsstand bezüglich Kreislaufgeräten und Gasmischungen sowie dem Umstand, dass beide technische Taucher waren, können die in der Phase bis zum Auftreten der Sedimentwolke angeklagten Sorgfaltspflichtverletzungen dem Angeklagten aus folgenden Gründen nicht angelastet werden.

aa) (...).

bb) Die Überlassung des einwandfrei funktionierenden Gerätes mit der fraglichen Trimix-Gasmischung für einen „Einführungstauchgang“ im See mit einer abgemachten Maximaltiefe von 30 m kann nicht als Sorgfaltspflichtverletzung betrachtet werden, da dem Verstorbenen aufgrund seiner Ausbildung die Bedeutung des Spülvorganges und die allfälligen Tücken des verwendeten Gasgemisches (vgl. oben E. 2.b) klar sein mussten. Es ist nicht nachgewiesen (oben E. 2.b) und auch nicht angeklagt, dass der Unfall auf eine konkrete fehlerhafte Handhabung des K. durch X. zurückzuführen wäre, weil er spezielle Eigenschaften des Gerätes verkannt hätte. Die im angefochtenen Urteil geschilderten Gefahren betreffen, abgesehen von den selbst vom FTU-Gutachten nicht als unkontrollierbar betrachteten Risiken im Flachwasserbereich (dazu vgl. aber oben E. 2.d), alle Kreislaufgeräte (Rebreather) unabhängig von ihrer aktiv oder passiv halbgeschlossenen Funktionalität. Da es um keinen Ausbildungstauchgang ging, waren mithin auch die der Anklage zugrunde liegenden Kursbestimmungen nicht relevant. Angesichts der Taucherfahrung von X. war der Angeklagte weder zu den angeklagten Tauch-

gangsinstruktionen noch zu Überwachungen verpflichtet, selbst wenn ihm nicht bewusst gewesen sein sollte, dass X. über eine Kreislaufgeräteausbildung verfügte. Geradezu realitätsfern ist es unter den genannten Umständen, vom Angeklagten zu verlangen, er hätte sich zunächst mit dem ungleich taucherfahreneren Kollegen in ein Schwimmbecken oder nur in flaches, geschütztes Wasser mit einer Maximaltiefe von 4 m begeben müssen. Offensichtlich war es für den Verstorbenen im Hinblick auf das von ihm betriebene technische Tauchen von ausschlaggebendem Interesse, die Kombination eines pSCR in Verbindung mit dem „teuren“ Trimix-Gasgemisch zu testen, da er mit den herkömmlichen Geräten „taucherisch am Anschlag“ war. Als ambitionierter technischer Taucher ging X. mit normaler Pressluft schon gar nicht mehr ins Wasser bzw. in grossen Tiefen bedeutende Risiken ein. Es wäre entgegen der Vorinstanz dem Angeklagten zu glauben, dass X. den „Einführungstauchgang“ auch ohne Begleitung des Angeklagten hätte machen wollen, wie es auch bei anderen Personen der Fall war, die diesen Gerätetyp ausprobierten (vgl. oben E. 3.a).

cc) Aus den eben genannten Gründen kann dem Angeklagten auch keine Unvorsichtigkeit vorgeworfen werden, wenn er X. nicht an die Hand bzw. Leine genommen hat, worauf sich dieser auch kaum eingelassen hätte. Auch der Vorwurf ungenügender Überwachung lässt sich nicht aufrechterhalten, zumal der Angeklagte mehrfach glaubhaft zu Protokoll gegeben hat, sich anfänglich und auch beim langsamen Aufstieg von 27 bzw. 22 auf 5 m des korrekten Spülens unter der Kontrolle des Sauerstoff-Partialdrucks und damit des Umstandes, dass X. mit der Handhabung des erstmals getauchten pSCR K. keine Probleme hatte, mehrmals versichert zu haben.

dd) (...).

b) In der Phase vor dem Auftreten der Sedimentwolke ist somit keine der angeklagten Sorgfaltspflichtverletzungen erwiesen, weshalb auch nicht weiter auf das erst anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichte Privatgutachten und das Angebot, diverse Sachverständige und Zeugen anzuhören, einzugehen ist; denn es stehen keine Szenarien mehr zur Diskussion, welche den Tod von X. mit dem Einsatz des vom Angeklagten konstruierten pSCR K. in Verbindung brächten. (...). Strafrechtlich von anderer Bedeutung ist jedoch das Verhalten des Angeklagten in der Phase nach dem Auftreten der Sedimentwolke, als sich die beiden Taucher aus den Augen verloren haben. Die diesbezüglichen Vorhalte der Anklage lassen sich auf folgende Punkte zusammenfassen:

A 4.1

- der Angeklagte hat gegen die Regel „Tauche nie allein“ verstossen (unten lit. aa),
- er ist nach Sichtverlust nicht regelkonform sofort aufgetaucht (bb), und
- er ist nach dem Austauchen nicht erneut getaucht, um X. zu suchen, sondern am Ufer, ohne Hilfe herbeizurufen, untätig geblieben (cc).

An dieser Stelle ist zunächst die mehrfach repetierte Annahme der amtlichen Verteidigung zu verwerfen, X. sei bewusst vom Angeklagten weggetaucht. Anhand des Tauchprofiles lässt sich im Nachhinein X. nicht ein Wegtauchen vorwerfen. Er hat lediglich das gemeinsame zweite Abtauchen fortgesetzt und es im Gegensatz zum Angeklagten nicht abgebrochen, als sie einander in der Sedimentwolke verloren. Von einer Missachtung der Grundsätze des Nie-Allein-Tauchens bzw. Auftauchens durch den Verstorbenen kann daher keine Rede sein, zumal er im Aufstieg begriffen war, bevor er final absank und regungslos bis zur Bergung auf dem Seegrund liegen blieb. Abgesehen davon hat der Angeklagte das behauptete Wegtauchen gar nicht wahrgenommen. Der Angeklagte wusste deshalb nicht, warum X. nicht auftauchte und konnte sich das Nichtauftauchen auch nicht mit einem bewussten Wegtauchen erklären. (...).

aa) Gegen die Regel „Tauche nie allein“ hat der Angeklagte allerdings schon deshalb nicht verstossen, weil er zusammen mit X. eingetaucht war und diesen nicht absichtlich, sondern zufolge des Auftretens der Sedimentwolke aus den Augen verloren hat. Für den Verlust des Tauchpartners in der Sedimentwolke kann er nicht verantwortlich gemacht werden, da ihm nicht vorzuwerfen ist, Körperkontakt und Anlehnung unterlassen zu haben. Dass sie keine Lampen verwendet hätten, ist nicht angeklagt und kann dem Angeklagten auch nicht vorgeworfen werden, da der Verstorbene ortskundiger und damit und aufgrund seiner allgemein grösseren Taucherfahrung in Bezug auf dieses allfällige Risiko selbstverantwortlich war.

bb) Die Vorinstanz hält dem Angeklagten weiter entgegen, dass er von einem gemeinsamen Tauchgang ausgegangen sei, und demnach die Regel befolgen musste, beim Verlust des Partners sofort auszutauchen. Ihre Einschätzung, der Angeklagte sei nur langsam und nicht regelkonform sofort ausgetaucht, ist nicht grundlos. Nach den Angaben des Angeklagten im Berufungsverfahren wird im Abgleich zum Tauchgangprofil im FTU-Gutachten ersichtlich, dass er sich nach Verlust des Sichtkontaktes noch während etwa fünf Minuten im Bereich einer Tiefe um die 10 m bewegt hat und erst zu einem Zeitpunkt während zusätzlichen rund drei Minuten aufgetaucht ist, als X. bereits final auf die spätere Fund-

stelle abgesunken und regungslos liegen geblieben war. Im Vergleich dazu war die Taucherin bei der Bergung des Verunfallten innert ca. einer Minute aus einer Tiefe von 18 m aufgestiegen.

cc) Dass der Angeklagte nach dem Austauchen und dem ergebnislosen Ausschauhhalten nach dem Tauchpartner an Land gestiegen und untätig geblieben ist, ja gar sich umgezogen hat, ist nur damit zu erklären, dass er nie in Erwägung gezogen hat, X. könnte etwas zugestossen sein, sondern davon ausging, dass dieser das Gerät noch allein weitertesten wollte. Diese Einstellung erscheint jedoch unvorsichtig und widerspricht klar den allgemeinen von der Anklage und der Vorinstanz genannten Sporttauchregeln. Es könnte durchaus sein, dass die beiden Extremtaucher den Tauchgang als „lockere Sache“ bzw. „Hausfrauentauchgang“ auf die zu leichte Schulter nahmen und sich der Angeklagte auch durch M., dem Tauchkollegen von X., beruhigen liess. Dieser hat vor dem Tauchgang des Angeklagten und X. selber einen Solotauchgang absolviert und dachte auch, X. sei allein weitergetaucht, weil er „ein neues Spielzeug“ hatte. Diesen Gedanken tat er dem Angeklagten allerdings erst 10 bis 15 Minuten nach dessen Ausstieg aus dem Wasser kund, weshalb dessen Untätigbleiben damit nicht erklärt werden kann.

6. Nach dem bisher Ausgeführten könnten dem Angeklagten mithin *zwei* Sorgfaltspflichtverletzungen vorgeworfen werden, nämlich er sei a) nicht unter Wahrung der Auftauchregeln so rasch als möglich zur Oberfläche aufgestiegen, nachdem er X. in der Sedimentwolke verloren hatte, und b) danach zwecks Suche seines Tauchpartners nicht wieder abgetaucht, sondern einfach an Land gestiegen und untätig geblieben, obwohl ihm durchaus zumutbar gewesen wäre, die an Land wartenden Tauchkollegen M. und D. zu instruieren und dann wieder abzutauchen. Dieses Vorgehen bzw. die damit verbundenen pflichtwidrigen Unterlassungen erweist sich indes aus nachfolgenden Gründen als *nicht todesursächlich*.

a) Die strafrechtliche *Erfolgszurechnung* setzt einen naturwissenschaftlich gesicherten Zusammenhang zwischen menschlichem Verhalten und tatbestandsmässigem Erfolg voraus (natürliche Kausalität und Äquivalenztheorie). Bei Unterlassungen kann die Kausalität zwischen nicht erfolgten Handlungen und dem tatbestandsmässigen Erfolg nur hypothetisch zugerechnet werden, nämlich wenn er – so die bundesgerichtliche Rechtsprechung und herrschende Meinung – *höchstwahrscheinlich* durch eine physisch mögliche Handlung hätte verhindert werden können (Wahrscheinlichkeitstheorie). Gewisse Autoren lassen für die Zurechnung auch genügen, dass eine Risikoverminderung in Bezug auf den Er-

A 4.1

folgseintritt (Risikoerhöhungstheorie) möglich gewesen wäre (BSK-Seelmann, Art. 11 StGB N 29 f.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., Bern 2005, § 14 N 35; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 11 N 18). Bei fahrlässigen Unterlassungen lässt sich die Wahrscheinlichkeitstheorie indes auf die Prüfung der Äquivalenz, dagegen die Risikoerhöhungstheorie nur auf diejenige der Relevanz beziehen (BSK-Jenny, Art. 12 N 99 und Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 357 i.V.m. 352 f. und 326 f.). Anders gesagt muss die Frage, ob das Eingreifen in einen ohne eigenes Zutun ablaufenden kausalen Prozess überhaupt noch hätte rechtzeitige Hilfe bringen können, höchstwahrscheinlich positiv beantwortet werden können, um einen Schuldspruch zu rechtfertigen. Das ist vorliegend, wie noch auszuführen ist, nicht der Fall, womit die weitere Frage nach der Erheblichkeit für die Rettungswirkung möglicher Hilfe (vgl. dazu Stratenwerth, a.a.O., N 36 f.) bzw. dem zulässigen Risiko offen gelassen werden kann.

b) Im Zusammenhang mit vorliegend allenfalls gegenüber der bisher allein in der Praxis anerkannten Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte mildernden und damit auch im vorliegenden Fall anwendbaren Bestimmung von Art. 11 Abs. 3 StGB muss dem Angeklagten mithin nach den konkreten Tatumständen im Sinne von Art. 117 StGB der Vorwurf gemacht werden können, er hätte den Tod von X. höchstwahrscheinlich abwenden können. Es ist damit die hypothetische Frage zu prüfen, ob nach den Erkenntnissen des FTU-Gutachtens überhaupt eine Bergung des Unfallopfers noch möglich gewesen wäre, wenn der Angeklagte konkret nach dem Verlieren des Tauchpartners in der Sedimentwolke tauchregelkonform aufgetaucht wäre, genügend lang nach dem ebenfalls zum Auftauchen angehaltenen X. Ausschau gehalten hätte, danach um Hilfe gerufen hätte und zur Suche des Vermissten wieder unter Wasser abgetaucht wäre.

c) Gemäss dem schon mehrfach erwähnten Tauchgangprofil des FTU-Gutachtens und seinen eigenen Angaben im Berufungsverfahren hat der Angeklagte den Sichtkontakt zu X. in der Sedimentwolke spätestens 15.46 Uhr 23 Minuten nach seinem Tauchbeginn um 15.23 Uhr verloren. Billigt man ihm für ein kurzes Hin- und Herschwimmen vor dem Auftauchen, einen kontrollierten Aufstieg sowie ein angemessenes Warten auf den Tauchpartner bzw. die Sichtung von Luftblasen insgesamt 8 bis 10 Minuten zu, war der Verunfallte gemäss Tauchgangprofil und entsprechenden Feststellungen des FTU-Gutachters schon über drei Minuten bewusstlos. Eine rechtzeitige Bergung war daher nicht mehr möglich, zumal für das Wiederabtauchen, das Suchen und die Bergung bis zur Einleitung der erst an Land möglichen Reanimation selbst unter

der unwahrscheinlichen Annahme, dass der Angeklagte X. ebenso schnell wie rund 50 Minuten später die Taucherin C. gefunden hätte, zusätzlich Zeit von mindestens 10 Minuten eingesetzt werden müsste. Infolgedessen und abgesehen von der vom Angeklagten geltend gemachten ungenügenden Kalibrierung der Tauchcomputer vor ihrer Auswertung drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass der Angeklagte, selbst wenn er so rasch als möglich aufgetaucht und den Entschluss zu einem erneuten Tauchgang zur Suche des verschwundenen Tauchpartners gefasst und in die Tat umgesetzt hätte, den Tod von X. bei einer Überlebenszeit von drei bis höchstens acht Minuten (dazu Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, ad „Atemstillstand“ [...]) nicht mehr hätte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abwenden können. Zu Hilfe gerufene Dritte hätten dies wegen fehlender sofortiger Tauchbereitschaft umso weniger tun können. Das FTU-Gutachten geht gar davon aus, dass der Angeklagte innerhalb seiner dreissigminütigen Tauchzeit X. hätte finden müssen, was nur bei einer Suche unter Wasser ohne regelkonformes Auftauchen möglich gewesen wäre. Die Unterlassungen des Angeklagten waren deshalb für den Tod von X. *nicht* ursächlich.

(Urteil vom 24. November 2009, SK 2009 23).

4.2 Ehrverletzung

- *Gutgläubensbeweis für ehrverletzende Äusserungen, wonach jemand ein gefährlicher Kerl, Hochstapler und Betrüger sei, der sich mit seinen Machenschaften (angebliche Dokortitelanmassung, Rechnungsstellungen für nicht erteilte Aufträge) unrechtmässig bereichere (Erw. 2d)?*

Aus den Erwägungen:

2. d) Weiter stellt sich gemäss Art. 173 Ziff. 2 und 3 StGB die Frage, ob der Angeklagte ernsthafte Gründe hatte, die besagten Äusserungen in guten Treuen für wahr zu halten (Gutgläubensbeweis nach Ziff. 2) und begründete Veranlassung zu denselben ohne vorwiegende Absicht hatte, dem Strafkkläger Übles vorzuwerfen (Zulassung zum Beweis nach Ziff. 3). (...). Die Äusserung, der (...) Strafkkläger sei ein Hochstapler und Betrüger, der sich mit seinen Machenschaften unrechtmässig bereichert, [ist] als eine in sich geschlossene Wendung zu verstehen, die aus dem geschriebenen Zusammenhang heraus nicht nur in zerlegten Bestandteilen beurteilt werden darf. Nachdem wenige Tage zuvor ein Strafverfahren wegen Betrugs durch Nichteröffnung (wenn auch vorbehältlich einer

A 4.3

Beschwerde) erledigt wurde, kann dem Beschuldigten in Anbetracht seines erfolglosen strafrechtlichen Vorgehens auch nicht zugute gehalten werden, er habe den Ausdruck „Betrüger“ nur in laienhaftem Sprachgebrauch verwendet. Im Verhältnis zum damals strittigen Dokortitel (...) muss die inkriminierte Wortwahl als überzogen und nicht hinreichend konnex angesehen werden, abzusehen davon, dass die Vorinstanz den Bereicherungsvorwurf im Zusammenhang mit der weitem Injurie, unberechtigt Rechnungen zu stellen, zu Recht nicht hat gelten lassen (...). In Relation zur blossen Titelführung, die allein noch nicht auf einen Bereicherungszweck oder gar eine Bedrohung der Allgemeinheit schliessen lässt, kann gestützt auf die Beweisausführungen (...) nicht angenommen werden, der Angeklagte habe im Gesamtkontext insbesondere die Teilausdrücke „Betrüger“ und auch „gefährlicher Kerl“, der sich mit seinen Machenschaften unrechtmässig bereichert, in guten Treuen für wahr halten dürfen, weshalb der nur indirekt und thematisch unzureichend angebotene Gutgläubensbeweis misslingt. Mithin fragt sich auch, ob es dem Beschuldigten nicht vorwiegend darum gegangen war, dem Strafkläger gegenüber dem Briefadressaten ohne zureichenden Grund Übles vorzuwerfen, was schon die Beweiszulassung ausschliessen würde. Dies gilt umso eher, als er in der zweitinstanzlichen Befragung ausgesagt hat, sich damals der Unrechtmässigkeit des Dokortitels nicht sicher gewesen zu sein (...).

Damit ist der Angeklagte in Aufhebung des vorinstanzlichen Teilfreispruchs der üblen Nachrede im Sinne der Eventualanklage für die in Vorwurf gestellten Wendungen insgesamt schuldig zu sprechen. Wie es sich verhielte, wenn er den Strafkläger im Zusammenhang mit der Titelführung lediglich der Hochstapelei bezichtigt hätte, braucht demnach nicht näher geprüft zu werden.

(Urteil vom 24. November 2009, SK 2009 30 und 31).

4.3 Vernachlässigung von Unterhaltspflichten

- *Strafantragsberechtigte (Erw. 3a).*
- *Anwendbarkeit von Art. 217 StGB (Erw. 4a und c).*

Aus den Erwägungen:

3. Nicht zu hören ist der Einwand der Verteidigung, eine Verurteilung könne, soweit die Anklage auf Nichtbezahlung von Kinderalimente lauten soll, schon deshalb nicht erfolgen, weil die – wenn auch zu Unrecht erlangten – Kinderalimente zufolge Alimentenbevorschussungen an die

Gemeinde S. abgetreten worden seien und ein Strafantrag der Gemeinde nicht vorliege.

a) Art. 217 StGB schützt die Gläubigerrechte jener Personen, deren Ansprüche auf einem familienrechtlichen Grundverhältnis beruhen, und dient somit der Durchsetzung familienrechtlich begründeter Unterhalts- und Unterstützungspflichten (BGE 122 IV 209 E. 3.d). Dem entspricht, dass das Antragsrecht abgesehen von den unmittelbar Verletzten auch den vom Gesetz genannten Behörden und Stellen zuerkannt wird (BGE 122 IV 209 E. 3.d). Die gesetzliche Bestimmung von Art. 217 StGB begründet somit von Gesetzes wegen eine unabhängige Antragsberechtigung, die neben dem Antragsrecht des Verletzten besteht (BGE 119 IV 317 E. 1.b). Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die Unterhaltsansprüche an das Gemeinwesen abgetreten worden sind und ob dieses materiell geschädigt ist. Mit anderen Worten, für die Legitimation der Appellantin zur Antragsstellung ist weder entscheidend, dass keine Abtretung an das Gemeinwesen erfolgt ist, noch dass sie selbst materiell geschädigt ist (BGE 119 IV 317 E. 1b e contrario). Selbst wenn die Kinderalimente in der fraglichen Zeit oder zumindest während einer gewissen Zeitspanne zufolge Alimentenbevorschussung an die Gemeinde (...) abgetreten waren, blieb die Appellantin strafantragsberechtigt, zumal eine gesetzliche Leistungspflicht gegenüber seinen Kindern vom Angeklagten nie in Frage gestellt worden war. (...).

4. (...).

a) Die Vorinstanz hat sich mit dem Anklagesachverhalt, den Aussagen des Angeklagten und denjenigen der Strafklägerin sowie den übrigen Beweismitteln auseinandergesetzt und kam zum Schluss, dass der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 StGB erfüllt, sich in subjektiver Hinsicht aber nicht schuldig gemacht habe. Dass der Angeklagte um seine Leistungspflicht gewusst habe, sei anzunehmen. Vorliegend falle aber in besonderem Masse der gravierende Umstand ins Gewicht, dass die Strafklägerin anerkanntermassen ohne Wissen und Zustimmung des Angeklagten grössere Geldsummen im sechsstelligen Bereich – rund Fr. 160'000.00 – von gemeinsamen Konten abgehoben habe, welche sie ihren Aussagen zufolge für den Lebensunterhalt verbraucht habe. Angesichts dieser besonderen Umstände könne keine Rede davon sein, dass der Angeklagte seine Unterhaltspflichten nicht habe erfüllen wollen. Die Vorinstanz hält dem Angeklagten zugute, dass er davon habe ausgehen dürfen, seine Unterhaltsverpflichtungen zumindest indirekt erfüllt zu haben; insofern könne auf Seiten des Angeklagten von einem vorsätzlichen Unterlassen von Unterhaltsleistungen nicht

A 4.3

gesprochen werden, weshalb er freizusprechen sei (angefochtenes Urteil vom 28. August 2008, S. 10-12).

(...).

c) Wie schon die Appellantin zutreffend festhält, setzt die Anwendbarkeit von Art. 217 StGB grundsätzlich nicht voraus, dass die Unterhaltspflicht in einem rechtskräftigen Zivilurteil oder einer Parteivereinbarung festgelegt ist. So macht sich auch derjenige strafbar, soweit sich die Unterhaltspflichten direkt aus dem Gesetz ergeben, der die in Art. 217 StGB geschützten Pflichten nicht erfüllt (Ulrich Weder, StGB, kommentierte Gesetzesausgabe, 2006, Bem. zu Art. 217 StGB, S. 279 mit Verweis). Der Umfang der entsprechenden Pflichten wird diesfalls durch den Strafrichter beurteilt (sog. direkte Methode, dies im Gegensatz zur indirekten Methode, bei welcher der Umfang des Unterhaltsbeitrags gerichtlich oder vereinbarungsgemäss festgelegt ist; vgl. Pra 91 [2002] Nr. 137 S. 749 und Weder, a.a.O., Bem. zu Art. 217 StGB S. 279). Während ein Urteil, eine Konvention oder eine aussergerichtliche Vereinbarung die Feststellung des massgebenden Sachverhalts erleichtern und der Vorsatz des Unterhaltspflichtigen, den geschuldeten Betrag nicht zu bezahlen, im Allgemeinen erwiesen ist, wenn die Verpflichtung in einem Urteil oder einer Vereinbarung festgelegt ist, weil der Schuldner sie kennen muss, ist es schwieriger, den Vorsatz des Pflichtigen bei fehlendem Urteil oder fehlender Vereinbarung nachzuweisen. Dennoch dürfte auf ein vorsätzliches Vorgehen geschlossen werden können, wenn der Unterhaltspflichtige nichts oder lediglich einen verschwindend kleinen Beitrag bezahlt hat, obwohl er über beträchtliche Mittel verfügt (Pra 91 [2002] Nr. 137 S. 751).

(...).

ccc) Ferner steht fest und wird vom Angeklagten nicht in Abrede gestellt, dass er nach seinem Auszug für Unterhaltsleistungen an seine Familie aufzukommen hatte. Der Angeklagte war jedoch bis zum Vorliegen der Verfügung vom 22. Februar 2005 betreffend Kinderalimente weder durch einen rechtskräftigen Entscheid noch eine Parteivereinbarung zu einer bestimmten Form von Unterhaltsleistungen verpflichtet. Mit anderen Worten, der Angeklagte war zu keiner persönlichen Leistung an die Appellantin verpflichtet. Hat sich die Appellantin nun aber selber bezahlt gemacht, indem sie ab dem auf den Angeklagten lautenden Konto oder aber ab gemeinsamen Konten grössere Geldbeträge für ihren Lebensunterhalt und denjenigen ihrer Kinder bezog, bestand keine Veranlassung zu weiteren Unterhaltszahlungen von Seiten des Angeklagten.

Denn durch die Geldentnahmen durch die Appellantin zur Bestreitung des Lebensunterhalts – wie sie selber immer betont hat – wurde die Unterhaltspflicht des Angeklagten hinfällig, zumal sie bereits unmittelbar nach dem Auszug des Angeklagten anfang, sich für den Lebensunterhalt selber bezahlt zu machen. Dass dieses Vorgehen mit den Kontosperrern Ende Januar 2004 ein Ende nahm, vermag am Gesagten genauso wenig etwas zu ändern wie der Umstand, dass es sich bei den von der Appellantin bezogenen Geldbeträgen nicht um ausschliesslich dem Angeklagten zustehendes, sondern um offensichtlich gemeinsames Vermögen handelte. Denn selbst ausgehend von der Alimenterregelung gemäss Beschluss vom 21. Mai 2007 des Kantonsgerichts (...) vermochte die Hälfte der von der Appellantin bis Ende Januar 2004 bezogenen Gelder ihren Unterhalt und denjenigen der Söhne (...), (...) und (...) bzw. für (...) und (...) (ab 16. März 2005) zwischen dem 3. Oktober 2003 und dem 8. September 2005 durchaus zu decken.

Obschon laut Verfügung vom 22. Februar 2005 der Angeklagte gerichtlich verpflichtet ist resp. war, der Appellantin, als Vertreterin der unter ihrer Obhut stehenden und noch minderjährigen Kindern, monatlich je Fr. 1'000.00 Kinderalimente zu bezahlen, gilt das Gesagte für die Zeit vom 1. Februar 2005 bis 8. September 2005 auch für diese Alimente, zumal diese nicht in Form von Naturalleistungen oder Ähnlichem, sondern in Geld erfolgt sind und – wie schon erwähnt – durch die von der Appellantin im Voraus und in grösseren Summen bezogenen Geldbeträge abgedeckt worden sind. So konnte die Appellantin als Berechtigte bzw. Vertreterin der Kinder über die von ihr bezogenen Gelder für die Bestreitung des Lebensunterhalts stets frei verfügen.

Indem sich die Appellantin als Unterhaltsberechtignte selber bezahlt machte und die von ihr bezogenen Gelder für die Finanzierung des Lebensunterhalts verwendete, entfiel die Pflicht des Angeklagten zur (nochmaligen) persönlichen Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Appellantin. In diesem Sinne konnte der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 217 StGB nicht erfüllen, weshalb ein Freispruch bereits aus diesem Grund zu erfolgen hat.

(Urteil vom 7. April 2009, SK 2008 26).

4.4 Betäubungsmittel

- *Zum Indiziennachweis der ungesetzlichen Verwendung als Betäubungsmittel unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung (Erw. 2).*

A 4.4

Aus den Erwägungen:

2. Der Nachweis der illegalen Verwendung des zugegebenermassen produzierten Hanfes kann im vorliegenden Fall, wozu die Unmöglichkeit eines direkten Beweises seitens der Anklage eingeräumt wird, auch anhand der Gesamtheit von Indizien geführt werden, darf aber im Zweifelsfall nicht als erbracht gelten (in dubio pro reo; EGV-SZ 2006, A 4.3 E. 2.g). Kann der Nachweis der rechtserheblichen illegalen Hanfverwendung (Haupttatsache) nicht direkt erfolgen, ist nachfolgend zu prüfen, ob darauf aus Hilfstatsachen (Indizien) geschlossen werden kann (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 59 N 12 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl., München 2007, N 580 und 586 f.). Da ein Indiz nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es einzeln betrachtet die Möglichkeit des nicht bloss theoretischen Zweifels offen. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (BGer 6B_297/2007 vom 4. September 2007 E. 3.4 mit Hinweisen). Auch die Unschuldsvermutung bezieht sich nicht auf die einzelnen Indizien, da dabei nicht über den Nachweis des entsprechenden Anklagevorwurfes insgesamt entschieden wird. Bei der Unschuldsvermutung handelt es sich um eine Urteilsregel, wovor standhält, wenn die Indizien in einem solchen Fall nicht einzeln, sondern in ihrer gegenseitigen Verbindung bzw. in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden (vgl. BGer 1P.86/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 9 mit Hinweisen). Im Einzelnen lassen sich in einem Indizienprozess zwar meist andere Sachverhaltsvarianten denken. Sie könnten aber allein dann ausschlaggebend sein, wenn sie sich aufdrängen und andere Schlüsse geradezu als unhaltbar betrachtet werden müssten (BGer 1P.235/2002 vom 9. August 2002 E. 3.3). (...).

(Urteil vom 1. September 2009, SK 2009 7, eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_890/2009 vom 22. April 2010 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

5. Strafprozessrecht

5.1 Amtliches Verteidigerhonorar für Substituten

- *Unterschiedliche Methoden zur Berücksichtigung der Erfahrungstatsache, dass Rechtspraktikanten in der Regel für dieselben Bemühungen einen höheren Zeitaufwand benötigen als patentierte Anwälte (Erw. 2a).*
- *Bestätigung der schwyzerischen Praxis, wonach bei der Entschädigungsnormierung des amtlichen Verteidigers nicht nach Anwalts- und Praktikantenaufwand unterschieden wird (Erw. 2b).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

a) Es ist Erfahrungstatsache, dass Rechtspraktikanten in der Regel für dieselben Bemühungen einen höheren Zeitaufwand benötigen als patentierte Anwälte. Zur Berücksichtigung dieses Unterschiedes bestehen in den Kantonen verschiedene Methoden. So sieht beispielsweise der Kanton Genf vor, dass Volontäre vom Gericht direkt mit Officialverteidigungen beauftragt werden und diese auf eigene Rechnung führen, weshalb auch ein unterschiedlicher Honoraransatz besteht (vgl. dazu BGE 109 Ia 107 ff. = Pra 72/1983 Nr. 282). Weitere Kantone kennen gesetzliche Spezialansätze für Substituten (z.B. § 13 Abs. 2 HonorarO BS und § 3 Abs. 3 Tarifordnung BL). Vielfach werden dann die Bemühungen von Anwalt und Substitut getrennt ausgewiesen und insgesamt auf die Angemessenheit überprüft.

b) Der Kanton Schwyz kennt seit jeher nur einen Einheitstarif, d.h. es wird nicht nach Anwalts- und Praktikantenaufwand unterschieden. Für amtliche Rechtsvertretungen werden nur registrierte (selbständig tätige oder bei einer Kanzlei angestellte) Anwälte eingesetzt, denen es anheimgestellt bleibt, sich durch in Ausbildung befindliche und von der Anwaltskommission zugelassene Praktikanten substituieren zu lassen. Allerdings wird der Zeitaufwand bei Mandaten, die durch Praktikanten geführt werden, nur in dem Umfang anerkannt, als er notwendigerweise auch angefallen wäre, wenn das Mandat durch den mit der Rechtsmaterie vertrauten Anwalt selbst geführt worden wäre. Abgesehen davon, dass dies gesetzlich so vorgesehen ist (§ 5 Abs. 1 GebTRA), hat dieses System den Vorteil der Transparenz und Einfachheit in der Handhabung.

A 5.2

Auch sachliche Gründe sprechen dafür. So ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Anwalt gesetzlich verpflichtet ist, seine Substitute zu überwachen (§ 3 Abs. 2 ReglAnwV, wobei die Erfahrung zeigt, dass auch Fälle vorkommen, in denen der Arbeitsaufwand nicht geringer ist, als wenn der Anwalt die Sache selbst bearbeiten würde). Überdies würde eine unterschiedliche Honorierung dazu führen, dass Eingaben nicht mehr durch die bearbeitenden Praktikanten, sondern die Anwälte selbst unterzeichnet und jene vorwiegend für interne Vorbereitungs- und Beratungsaufgaben eingesetzt würden, was für die Praktikantenausbildung ausgesprochen unerwünscht wäre. In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass die Anwaltskanzleien im Kanton Schwyz, die Rechtspraktikumsstellen zur Verfügung stellen, in der Ausbildung der künftigen Rechtsanwälte eine wichtige und unentbehrliche Funktion ausüben, was der gebührenden Anerkennung durch die Justizbehörden bedarf (vgl. hierzu auch § 3 Abs. 2 ReglAnwV). (...).

(Beschluss vom 7. September 2009, RK2 2009 54).

5.2 Adhäsionsforderungen

- *Kein Verweis belegter Zivilforderungen verhältnismässig geringer Höhe an den Zivilrichter (Erw. 3b).*

Aus den Erwägungen:

3. b) Nach vorliegend noch anwendbarem Art. 9 Abs. 3 aOHG kann das Strafgericht die Ansprüche des Opfers an ein Zivilgericht verweisen, wenn deren vollständige Beurteilung unverhältnismässigen Aufwand erforderte. Ansprüche von geringer Höhe werden jedoch nach Möglichkeit vollständig beurteilt. Der durch den Angriff unmittelbar verletzte X. ist Opfer im Sinne des Gesetzes. Seine Ansprüche in verhältnismässig geringer Höhe sind belegt und seitens der Angeklagten nicht im Detail bestritten worden. Sie können und müssen deshalb entgegen der im Sinne von § 213 Ziff. 1 und 3 ZPO klar gegen das OHG verstossenden, vorinstanzlichen Verweisungs begründung ohne weiteres im Strafverfahren zugesprochen werden (§ 221 ZPO). Zu ergänzen ist, dass der geltend gemachte Erwerbsausfall samt Reisekosten angesichts der zugefügten Verletzungen hinreichend (und rechtzeitig) dargetan ist und es überspitzt formalistisch erschiene, wenn für getragene und beim Angriff nahe liegender Weise beschädigte Kleider und weitere übliche Gebrauchsgegenstände nur Quittungen als hinreichende Belege zugelassen würden.

(Urteil vom 15. Dezember 2009, SK 2009 28 und 29 etc.).

5.3 Entsiegelung

- *Datensichtung beschlagnahmter Patientendaten eines angeschuldigten Zahntechnikers (Erw. 5).*
- *Die Entsiegelungsbehörde kann die Sichtung selbst vornehmen oder Auflagen über die Triage anordnen (Erw. 5a).*
- *In casu Beauftragung einer unabhängigen Fachperson (Erw. 5b).*

Aus den Erwägungen:

5. Zu prüfen bleiben die Einwendungen, die der Gesuchsgegner [beschuldigter Zahntechniker] in Bezug auf die beizuziehende *Fachperson* erhebt. Das Bezirksamt möchte den Kantonszahnarzt, der selbst praktizierender Zahnarzt mit eigener Praxis ist, beauftragen. Die Verteidigung wendet demgegenüber ein, die vorliegende Strafuntersuchung sei, abgesehen von ehemaligen Mitarbeitenden, von (im Kanton tätigen) Zahnärzten als wirtschaftliche Konkurrenten initiiert worden. Dabei hätten insbesondere Mitglieder der Zahnärztesgesellschaft SSO ein notorisches Interesse, die Tätigkeit von Zahntechnikern „stark einzugrenzen“.

a) Werden Berufsgeheimnisse durch eine Entsiegelung betroffen, kann die Entsiegelungsbehörde nötigenfalls die Datensichtung selbst vornehmen und eine sachverständige Vertrauensperson bestimmen (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., § 70 N 22). A maiore minus kann sie Auflagen über die Art der Sichtung bzw. Triage anordnen oder Anforderungen an die durch die Untersuchungsbehörde beizuziehende Fachperson stellen.

b) Vorliegend ist es nicht angezeigt, dass der Kantonsgerichtspräsident selbst die Fachstelle beizieht, da die Untersuchungsbehörde die Patientenakten (vor allem mangels Lesbarkeit durch Laien) derzeit nicht zu den Akten nehmen, sondern für die Untersuchungsführung allein auf den zu erstellenden Fachbericht abstellen will. Aus diesem Grund macht es Sinn, dieselbe Fachstelle mit der Datensichtung und der Fachberichterstellung zu beauftragen, womit auch die Patientengeheimnisse geschont werden. Sollten die Grunddaten demnach nicht zu den Akten erhoben werden, sind umso höhere Anforderungen an den Fachbericht und die *Unabhängigkeit* der Fachperson zu stellen. Aus diesen Gründen und mit Blick auf die nachvollziehbaren Bedenken des Gesuchsgegners rechtfertigt es sich, im vorliegenden, besonders gelagerten Fall nicht den möglicherweise konkurrenzierend tätigen Kantonszahnarzt mit der Aktensich-

A 5.4

tung und –auswertung, sondern eine unabhängige, ausserkantonale Fachstelle, vorzugsweise ausserhalb der SSO, zu betrauen. (...).

(Verfügung vom 19. Juni 2009, GP 2009 17).

5.4 Nichteröffnung einer Strafuntersuchung

- *Als geschädigte Partei beschwerdelegitimiert ist der Nutzungsberechtigte einer Herkunftsmarke. Ein wettbewerbsrechtliches Konkurrenzverhältnis ist nicht erforderlich (Erw. 4).*
- *Strafbarkeit nach Art. 64 MSchG (Erw. 5a).*
- *Im internationalen Verhältnis gilt das Schutzlandprinzip (Erw. 5b).*
- *Keine strafbare Verwendung des Schweizerkreuzes, soweit es im Zusammenhang mit der Wortmarke bzw. in Verbindung mit dem Firmenlogo verwendet wird (Erw. 5c).*
- *Keine unmittelbare Verbindung zum Herstellungsort des Produkts infolge unmittelbarer Verknüpfung der Bezeichnung "SWISS ARMY" mit der Wortmarke bzw. dem Firmenlogo der Muttergesellschaft als schweizerisches Traditionsunternehmen (Erw. 5d).*

Aus den Erwägungen:

1. Am 30. Mai 2008 erstattete A. im Namen der Z. AG als deren einziges Mitglied des Verwaltungsrats Strafanzeige gegen die Y. AG und deren Organe. Er machte geltend, die Beschwerdegegner verletzen durch die Verwendung des Schweizerkreuzes als Firmenlogo das Wappenschutzgesetz, zudem verstosse die *Verwendung des Kreuzes* als Bildmarke sowie die *Produktbezeichnung "SWISS ARMY"* für im Ausland gefertigte Produkte gegen die Bestimmungen über Herkunftsangaben des Markenschutzgesetzes sowie gegen das lauterkeitsrechtliche Täuschungsverbot. (...).

[Auf die gegen die Nichteröffnungsverfügung erhobene Beschwerde ist die Staatsanwaltschaft nicht eingetreten. Dagegen hat die Z. AG Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben]. (...).

4. Nach § 135 Abs. 1 lit. a StPO steht ein Rechtsmittel namentlich den Parteien und ihren gesetzlichen Vertretern zu. Die Beschwerde steht überdies allen Personen zu, welche durch den Entscheid einer Untersuchungsbehörde oder eines Gerichts unmittelbar betroffen sind (§ 135 Abs. 2 StPO). Partei im Strafverfahren sind unter anderem der Geschädigte sowie der Strafantragsberechtigte (§ 17 lit. b StPO). Als Geschädigter gilt, wem durch ein Delikt unmittelbar ein Nachteil zugefügt wurde

oder zu erwachsen drohte; bei Delikten gegen das Individuum ist dies der Träger des geschützten Rechtsgutes, bei Delikten gegen die Allgemeinheit diejenige Person, die durch die Straftat unmittelbar in eigenen Interessen beeinträchtigt wird (EGV-SZ 1985 Nr. 32, E. 1.b). Nach Art. 30 Abs. 1 StGB ist strafantragsberechtigt die verletzte Person; als solche gilt der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsguts sowie jedermann, der ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen kann (BGE 121 V 260).

a) Die Vorinstanz hat die Geschädigtenstellung der Beschwerdeführerin verneint, mit der Begründung, diese sei nicht Trägerin des angegriffenen Rechtsguts; zudem stünde sie in keinem Konkurrenzverhältnis zur Y. AG. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei als ausschliesslich im Inland produzierendes Unternehmen zur Benutzung einer schweizerischen Herkunftsangabe berechtigt; da sie bei der Vermarktung eine entsprechende Herkunftsdeklaration verwende, habe sie ein Interesse an der Erhaltung einer starken "Marke Schweiz". Gemäss Botschaft zum Markenschutzgesetz sei sie als strafantragsberechtigt zu betrachten.

b) Zutreffend ist, dass gemäss bundesrätlicher Botschaft zum Markenschutzgesetz als strafantragsberechtigt gilt, wer "*zur Benützung der betreffenden Herkunftsangabe befugt ist*" (BBl 1991 I 49). Ein wettbewerbsrechtliches Konkurrenzverhältnis ist nach dem Botschaftstext nicht erforderlich. Träger des verletzten Rechtsguts ist nach Auffassung des Bundesrats der Nutzungsberechtigte und nicht nur, wie die Staatsanwaltschaft unterstellt, die Schweizerische Eidgenossenschaft. Dass die Z. AG zur Benützung der Schweizer *Herkunftsbezeichnung* befugt ist, erscheint unzweifelhaft: (...). Nur am Rande sei vermerkt, dass die Beschwerdeführerin wohl zu Recht auch von einem Offizialtatbestand ausgeht, da jedenfalls kaum zu bezweifeln ist, dass das Handeln der Y. AG als gewerbsmässig im Sinne von Art. 64 Abs. 2 MSchG zu qualifizieren wäre. Mithin hätte die Eröffnung eines Strafverfahrens bei zureichenden Verdachthinweisen auch von Amtes wegen zu erfolgen.

5. Das Verhöramt verfügte die Nichteröffnung einer Strafuntersuchung wegen Verletzung des Markenschutzgesetzes; das Verfahren betreffend UWG sowie Wappenschutzgesetz wurde an das Bezirksamt (...) abgetreten. Nachstehend zu prüfen sind mithin nur die beanstandeten Herkunftsangaben; im Übrigen ist die Beschwerde derzeit unzulässig. Die Beschwerdeführerin begründet die Verletzung markenschutzrechtlicher Vorschriften mit einer Reihe von Produkten der Y. AG, welche in der Schweiz trotz Herstellung im Ausland mit schweizerischer Herkunftsbezeichnung vertrieben würden.

A 5.4

a) Nach Art. 64 MSchG macht sich strafbar, wer vorsätzlich eine unzutreffende Herkunftsangabe (Abs. 1 lit. a leg.cit.) oder eine damit verwechselbare Bezeichnung gebraucht (lit. b) oder eine Täuschungsgefahr schafft, indem ein Name, eine Adresse oder eine Marke im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen fremder Herkunft gebraucht wird (lit. c). Herkunftsangaben sind direkte oder indirekte Hinweise auf die geographische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen (Art. 47 Abs. 1 MSchG); ihr Schutz ist nicht von einem Registereintrag abhängig (David, BSK MSchG, Art. 47 N 1). Geographische Namen und Zeichen, die von den massgebenden Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden werden, gelten nicht als Herkunftsangaben (Art. 47 Abs. 2 MSchG). Die Herkunft einer Ware bestimmt sich nach dem Ort der Herstellung oder nach der Herkunft der verwendeten Ausgangsstoffe und Bestandteile (Art. 48 Abs. 1 MSchG). Die Kriterien sind im Einzelfall nach Massgabe ihres Einflusses auf den Ruf der betreffenden Ware zu bestimmen; entspricht eine Herkunftsangabe den Usancen, so wird ihre Richtigkeit vermutet (Art. 48 Abs. 3 MSchG).

b) Im internationalen Verhältnis gilt das Schutzlandprinzip. Die vorliegende Strafanzeige ist auf Produkte beschränkt, die in der Schweiz vertrieben werden. Mit Bezug auf das von der Beschwerdeführerin beanstandete Reisegepäck stellt die Y. AG eine Verantwortlichkeit mit der Begründung in Abrede, diese Produkte würden von einer unabhängigen Fremdunternehmung mit Sitz im Ausland in Lizenz hergestellt und unter der Marke "Y." weltweit vertrieben. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf die Konzernverantwortlichkeit zielt folglich an der Sache vorbei; die fraglichen Produkte werden zwar auf der Webseite der Y. AG präsentiert, jedoch, soweit ersichtlich, weder von der Y. AG selbst noch von deren (...) Tochtergesellschaft vertrieben. Inwieweit die blossen *Lizenzvergabe* eine strafrechtliche Mitverantwortung zu begründen vermag, kann indes offen bleiben; bezüglich der übrigen Produkte ist eine Verantwortlichkeit der Y. AG im Grundsatz jedenfalls unbestritten geblieben.

c) Für die strafrechtliche Beurteilung zu unterscheiden ist zwischen der Verwendung des Schweizerkreuzes als Firmenlogo Y. sowie der erweiterten Bezeichnung "Y.-Swiss Army". Die Verwendung des Schweizerkreuzes im Zusammenhang mit Produkten, die im Ausland hergestellt wurden, stellt nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht nur eine unzutreffende Herkunftsangabe dar, sondern auch eine Verletzung von Auflagen aus der Markeneintragung. Zu letzterem ist jedoch festzuhal-

ten, dass das Markenschutzgesetz für die blosser Verletzung von Regis-
teraufgaben *keine* Strafbarkeit vorsieht.

Unbestritten hingegen ist die Verwendung des Schweizerkreuzes in Form eines Wappenschildes im Zusammenhang mit der Wortmarke "Y." bzw. in Verbindung mit dem Firmenlogo; darüber hinaus findet sich der Wappenschild vereinzelt auch allein stehend, d.h. abgesetzt von der Wortmarke, auf Produkten bzw. deren Verpackung. Grundsätzlich stellt die Kennzeichnung von Produkten mit dem Schweizerkreuz einen Hinweis auf die Warenherkunft im Sinne von Art. 47 MSchG dar. Die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Reisebedarfsartikel werden (...) unbestrittenermassen im Ausland hergestellt; dem entspricht die am jeweiligen Produkt angebrachte Ortsangabe mit dem Zusatz "*made in*". Gemäss Lehre und Rechtsprechung macht ein solcher "*entlokalisierender Zusatz*" aus einer unrichtigen Herkunftsangabe grundsätzlich keine richtige (David, BSK MSchG, Art. 47 N 28). Allerdings ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass der bekannte Y.-Wappenschild mit dem auf spezifische Weise modifizierten Schweizerkreuz von den massgebenden Verkehrskreisen kaum als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren verstanden, sondern vielmehr in erster Linie mit dem traditionsreichen Schweizer Unternehmen in Verbindung gebracht wird, welches den Wappenschild seit gut einem Jahrhundert als Emblem auf ihren Produkten und seit Jahren auch im Firmenlogo führt. Im Sinne von Art. 47 Abs. 2 MSchG ist daher *nicht* von einer Herkunftsbezeichnung auszugehen. Dies gilt jedenfalls bei Verwendung im Zusammenhang mit der Wortmarke "Y." bzw. in Verbindung mit dem Firmenlogo; es wird aber auch dort gerade noch gelten können, wo das Wappenkreuz zwar für sich allein steht, aber optisch quasi unmittelbar auf das Firmenlogo Bezug nimmt. Dies ist bei den vorliegenden Produkten der Fall. Es liegt mithin in diesem Punkt kein Verstoss gegen die Markenschutzgesetzgebung vor. Die behauptete Verletzung des Wappenschutzgesetzes ist nach dem Gesagten vorliegend nicht zu prüfen. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass sich mit der Swissness-Vorlage an der markenrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Falles nichts ändern würde (diesfalls müssten mindestens sechzig Prozent der Herstellungskosten auf den Herstellungsort entfallen, Art. 48 Abs. 2 VE revMSchG und EJPD-Medienmitteilung vom 25. März 2009, wobei das Bedürfnis nach praktikablen Abgrenzungskriterien bestehen bleibt; betr. WSchG vgl. EJPD-Medienmitteilung vom 15. Oktober 2008).

d) Zur Bezeichnung "SWISS ARMY" führte die Y. AG vorinstanzlich aus, die Bezeichnung werde auf Produkten bzw. deren Verpackung ausschliesslich als Firmenbestandteil der Y. Swiss Army Inc. mit Sitz in P. verwendet, ferner in Verbindung mit dem "Lizenzgeber-Logo"; die Marke

A 5.5

"SWISS ARMY" sei in P. nach den dort geltenden Vorschriften zugunsten der Y. Swiss Army Inc., P., eingetragen. Für die Zulässigkeit von Herkunftsangaben auf Produkten, die in der Schweiz vertrieben werden, spielt die ausländische Marken- bzw. Firmeneintragung jedoch grundsätzlich keine Rolle (vgl. Art. 110 IPRG, Schutzlandprinzip; David, BSK MSchG, S. 13 N 10; S. 289 N 10). Die Bezeichnung "SWISS ARMY" findet sich gemäss Akten auf verschiedenen beanstandeten Produkten (die allesamt im Ausland gefertigt wurden) bzw. deren Verpackung: (...). Ein Bezug zur Firma der (...) Tochtergesellschaft gemäss Darstellung der Beschwerdegegner ist nicht ohne weiteres erkennbar. Ob es sich bei der Bezeichnung "SWISS ARMY" um eine Gattungsbezeichnung (wie z.B. "Hamburger", "Berliner", "Meringues"; vgl. David, BSK MSchG, Art. 47 N 17) handelt, mag offen bleiben. Jedenfalls ist die Bezeichnung graphisch bzw. räumlich unmittelbar mit der Wortmarke "Y." sowie dem Wappenkreuz bzw. dem Firmenlogo der schweizerischen Muttergesellschaft verknüpft. Entsprechend muss angenommen werden, die massgebenden Verkehrskreise stellten eine Verbindung nicht zum Herstellungsort des Produkts, sondern zur Y. AG als Schweizer Traditionsunternehmen und Herstellerin des Schweizer Armee-Taschenmessers her. Es ist mithin auch hier gemäss Art. 47 Abs. 2 MSchG nicht von einer unzulässigen Herkunftsbezeichnung auszugehen. (...).

(Beschluss vom 12. August 2009, RK2 2008 90).

5.5 Begründungsausfertigung

- *Nichteintreten auf das Begründungsbegehren eines Strafklägers, welcher innert angesetzter Frist die Kosten für die verlangte Begründung nicht vorgeschossen hat (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Strafkläger hat (...) ein Begründungsbegehren gestellt, worin er um Verzicht auf „zusätzliche Kostenerhebung“ ersucht. Daraufhin wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'500.00 gestellt, und zwar gestützt auf § 139 Abs. 3 i.V.m. § 78 Abs. 3 GO und § 67 ZPO. Trotz Ansetzung einer Nachfrist und Hinweis auf die Rechtsfolge hat der Strafkläger darauf nicht reagiert und auch keinen Vorschuss einbezahlt. Damit kann auf sein Begründungsbegehren als Rechtsvorkehr nicht eingetreten werden (§ 72 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 78 Abs. 3 GO). Entgegen seiner Meinung können dem Strafkläger als Geschädigtem Kosten für die Begründungsausfertigung auferlegt werden (§ 139 Abs. 3 GO).

Davon wird in praxi in der Regel nur abgesehen, wenn der Geschädigte nicht als einzige Partei rechtsgültig eine Begründung verlangt (d.h. eine solche ohnehin ausgefertigt werden muss). Im Übrigen hätten ihm auch Kosten für das Berufungsverfahren selbst auferlegt werden können, nachdem er mit seinen Anträgen unterlegen ist (§ 139 Abs. 4 StPO). Die Vorschusspflicht des Strafklägers gilt dabei wie beim Zivilkläger allgemein (§ 67 ZPO) und leitet sich für Rechtsbehelfe auch analog aus § 139 Abs. 1 StPO ab, wenn wie hier eine Kostenaufgabe vorgesehen ist.

(Verfügung vom 14. August 2009, SK 2009 14; eine Beschwerde in Strafsachen wurde durch BGer 6B_765/2009 vom 7. Januar 2010 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Definitive Rechtsöffnung

- *Die Doppelbesteuerungseinrede ist im Rechtsöffnungsverfahren zulässig, wenn der Steueranspruch von einem anderen Kanton stammt als von demjenigen, in dem die Betreibung erfolgt, und es sich um die Bestreitung der Steuerhoheit des betreibenden Gemeinwesens überhaupt handelt und nicht bloss um den Einwand, dieses habe das Doppelbesteuerungsverbot dem Umfang nach überschritten. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Betriebene die Zuständigkeit des Gemeinwesens in keiner Form anerkannt bzw. sich nicht auf das Veranlagungsverfahren eingelassen hat (Art. 6 lit. c KGR und BGer 5D_139/2007 vom 10. April 2008, nicht publ. E. 2.2.1 von BGE 134 III 520 ff. mit Hinweisen; EGV-SZ 1996, Nr. 36).*

(Beschluss vom 23. Juli 2009, RK2 2009 37).

6.2 Definitive Rechtsöffnung

- *Einwendungen bei einem als definitiven Rechtsöffnungstitel geltend gemachten Urteil aus einem anderen Kanton (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. Unabhängig davon ist der Beschwerde auch materiell kein Erfolg beschieden. Nach Art. 81 Abs. 1 SchKG wird die definitive Rechtsöff-

A 6.3

nung erteilt, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung auf einem vollstreckbaren Urteil einer Behörde von Bund oder Kanton beruht und der Betriebene nicht durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet wurde oder verjährt ist. Handelt es sich um ein in einem anderen Kanton ergangenes vollstreckbares Urteil, so kann der Betriebene überdies die Einwendung erheben, er sei nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Aufgrund von Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG stellt sich die Frage, ob die Massnahmeverfügung des Einzelrichters Basel-Stadt vom 16. Januar 2008 nicht auch eine kantonale Rechtsmittelbelehrung hätte enthalten sollen; es wäre jedoch am (nicht rechtskundig vertretenen) Beschwerdeführer gewesen, sich beim Zivilgericht Basel-Stadt nach Rechtsmittelmöglichkeiten zu erkundigen. Stossend ist, dass der Beschwerdeführer die Klageantwort im damaligen Massnahmeverfahren erst mit der Schlussverfügung zugestellt erhalten hat; eine Ausübung seines Replikrechts gemäss Praxis des Bundesgerichts zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 132 I 42) war ihm mithin nur begrenzt möglich. Ein Vollstreckungshindernis im Sinne von Art. 81 Abs. 2 SchKG ist in diesem Mangel jedoch nicht zu erblicken, zumal sich der Beschwerdeführer als Massnahmekläger nicht auf fehlerhafte Ladung berufen kann und eine Prozessvertretung im damaligen Verfahren nicht vorgeschrieben war (vgl. SchKG-Staehelin, Art. 81 N 27 ff.). Jedenfalls ist kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von §§ 213 und 218 ZPO dargetan. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit nach dem Gesagten überhaupt darauf eingetreten werden kann.

(Beschluss vom 30. März 2009, RK2 2008 63).

6.3 Definitive Rechtsöffnung

- *Anforderungen an die Einwendung der Verrechnung zu viel bezahlter Unterhaltsbeiträge im Rechtsöffnungsverfahren (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. Unter welchen Voraussetzungen und inwieweit Unterhaltsbeiträge gegenseitig oder mit andern Gegenforderungen verrechenbar sind, kann in concreto offen bleiben (vgl. dazu Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT II, 8. Aufl., N 3428 f. mit Hinweisen und ZK-Aeppli, N 73 f. zu Art. 125 OR). Soweit der Beschwerdeführer den nicht bezahlten Unterhaltsbeitrag für Mai 2009 mit früheren, zu viel bezahlten Beiträgen kompensieren will, verkennt er, dass er für eine

entsprechende *Rückforderung* keinen Titel vorlegt, der mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würde (BGE 115 III 97 ff.). Was die Eventualverrechnung mit früherem Kinderunterhalt anbelangt, ist die Voraussetzung der Gegenseitigkeit nicht dargelegt (ZK-Aepli, N 35 zu Art. 120 OR). Abgesehen davon hat die Klägerin die Anrechnung von Unterhaltsrückforderungen an ihren güterrechtlichen Anspruch bereits vorinstanzlich geltend gemacht, ohne dass der Beklagte in seiner Klageantwort hinreichend widersprochen hätte. Dazu äussert er sich im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht, abzusehen davon, dass Noven gemäss ständiger Praxis mit diesem ausserordentlichen Rechtsmittel nicht geltend gemacht werden könnten und angesichts fehlender, umfassender Tilgungsabrechnungen im Ergebnis kein Nichtigkeitsgrund und auch keine Bundesrechtsverletzung hinreichend aufgezeigt sind. (...).

(Beschluss vom 24. August 2009, RK2 2009 74).

6.4 Rechtliches Gehör

- *Die unterlassene Anhörung des Schuldners im erstinstanzlichen SchKG-Aufsichtsbeschwerdeverfahren kann in casu nicht von der oberen Aufsichtsbehörde geheilt werden (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind die Parteien einer Betreibung und weitere Betroffene auch im SchKG-Aufsichtsverfahren anzuhören, wenn und bevor eine Verfügung zu ihrem Nachteil abgeändert wird, wobei nötigenfalls auch das Replikrecht zu wahren ist (BGE 135 I 187 ff. und BGer 5A_359/2009 vom 4. August 2009 E. 2 f.; SchKG-Cometta, Art. 20a N 48 und SchKG-Staehelin, Erg.Bd., Art. 20a ad N 48; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., § 6 N 58).

Gemäss der angeführten Rechtsprechung, die sich zwar in erster Linie auf die Stellung des Betreibungsgläubigers bezieht, aber a fortiori erst recht gegenüber dem Schuldner gilt, wird das rechtliche Gehör in schwerwiegender Weise verletzt, wenn ein Betroffener unter den genannten Umständen erst gar nicht in das Beschwerdeverfahren einbezogen wird (BGer a.a.O. E. 2). Eine Heilung der Gehörsverweigerung ist zwar bei zwei kantonalen Aufsichtsinstanzen möglich, wenn es das kantonale Recht zulässt (vgl. dazu Pra 90/2001 Nr. 150 mit Bemerkungen), doch ist eine solche in krassen Fällen regelmässig auszuschliessen, da den

A 6.6

Parteien der Rechtsweg dadurch praktisch um eine Instanz reduziert wird.

Vorliegend hat die Vorinstanz den Pfändungsschuldner trotz vollumfänglicher Beschwerdegründe und trotz des Umstandes, dass dieser die betriebsamtliche Verfügung erwirkt hatte, unbestritten am Verfahren nicht beteiligt. Damit ist eine Heilung der Gehörsverweigerung vorliegend nicht am Platz und die Sache zur Neuurteilung der Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde zurückzuweisen. Entgegen dem Beschwerdegegner kann auch nicht gesagt werden, dass eine Rückweisung auf einen „formalistischen Leerlauf“ hinauslaufe, da eine Reihe von Parteiäusserungen zu prüfen sind, wozu eine erstinstanzliche Beschwerdebehandlung angezeigt ist.

(Beschluss vom 23. Dezember 2009, RK2 2009 143).

6.5 Konkursamtliche Liquidation

- *Die bisherige Rechtsprechung zum alten Recht (vgl. EGV-SZ 2004, A. 2.2) ist durch Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR überholt und die Liquidation in Fällen fehlender Organe neu nach den Vorschriften über den Konkurs, unter Einsetzung des Konkursamtes, anzuordnen.*
(Verfügung vom 31. August 2009, RK2 2009 70).

6.6 Kollokation von Lohnforderungen

- *Ist für die Kollokation der Konkursforderung auf den Nettolohn oder Bruttolohn des Arbeitnehmers abzustellen (Erw. 5)?*

Aus den Erwägungen:

5. Sind Forderungen wie vorliegend nicht pfandgesichert, werden diese in folgender Rangordnung aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse gedeckt: In der ersten Klasse konkursprivilegiert sind insbesondere die Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, sowie die Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers. Namentlich die Beitragsforderungen nach dem Alters- und Hinterlassenenversicherungsgesetz (AHVG), Invalidenversicherungsgesetz (IVG), Unfallversicherungsgesetz (UVG), Erwerbsersatzgesetz (EOG) und Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) sind in der zweiten Klasse konkursprivilegiert. Alle

übrigen weder in der ersten oder zweiten Klasse konkursprivilegierten Forderungen fallen in die dritte Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG).

Zwar handelt es sich bei den Beitragsforderungen nach dem AHVG, IVG, UVG, EOG und AVIG um Forderungen der entsprechenden Kassen bzw. nicht des betreffenden Arbeitnehmers (Graham-Siegenthaler, Entwicklung der Konkursprivilegien gemäss Art. 219 SchKG, in SZW 1/2000, S. 11 ff., S. 13). Doch unterliegen Konkursdividenden auf Forderungen des Arbeitnehmers, welche diesem wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zufolge Konkurses zustehen, der paritätischen AHV/IV/EO-Beitragspflicht (BGE 102 V 156 ff.). Denn grundsätzlich erlischt ein Arbeitsverhältnis nicht mit der Konkurseröffnung, wenn keine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers mit entsprechender Lohnforderung möglich ist. Eine Schadenersatzforderung des Arbeitnehmers, die in der ersten Klasse privilegiert ist, ist indessen nicht anders zu behandeln, als eine solche Forderung gegenüber dem aufrecht stehenden Arbeitgeber (Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1997/1999, N 22 zu Art. 219 SchKG). Daher hat sich die Lohnabrechnung an Art. 322 OR zu orientieren und somit am Bruttolohn. Zu beachten ist aber, dass der Arbeitgeber einen bestimmten Prozentsatz des Bruttolohnes nicht ausbezahlen darf, sondern an Sozialversicherungen abführen muss (Egli, in Schweizerisches Obligationenrecht, Handkommentar, 2002, N 4 zu Art. 322 OR). Der Arbeitgeber ist Beitrags- und Erfüllungsschuldner und hat einen gleich hohen Betrag zu leisten wie der Arbeitnehmer (Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2003, S. 176 Rz 10). Mit anderen Worten muss im Arbeitsprozess – anders als bei der Rechtsöffnung, wo nur vom Umfang des Nettolohnanspruchs, also nach Vornahme der Sozialabzüge, auszugehen ist – der Bruttolohn einschliesslich Nebenforderungen eingeklagt werden (Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, N 13 zu Art. 343 OR; Ziegler, Neuste Entscheide aus der Schwyzer Gerichtspraxis zum Arbeitsrecht, Referat, gehalten an der EUROFORUM-Fachtagung vom 17. November 2005, Ziff. 7), sofern wie üblich die Bezahlung des Bruttolohnes vereinbart wurde. Dies ist darauf zurückzuführen, dass nicht der Arbeitsrichter, sondern im Streitfall die Sozialversicherungsbehörden über Höhe und Abführung der Beiträge bestimmen (Ziegler, a.a.O., Ziff. 7). Der Bruttolohn ist mit dem Hinweis zuzusprechen, dass sich dieser Betrag reduziere, soweit der Arbeitgeber nachweise, dass und in welchem Umfang er Sozialabzüge an die zuständigen Instanzen abgeführt hat (Rehbinder, a.a.O., N 13 zu Art. 343 OR).

Die gleichen Überlegungen gelten grundsätzlich für die Abführung der Quellensteuer, da der Arbeitgeber bei ausländischen Arbeitnehmern für den Abzug der Quellensteuern verantwortlich ist (Egli, a.a.O., N 9 zu Art. 322 OR). Gemäss der im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im März

A 6.6

1999 geltenden Steuergesetzgebung des Kantons Schwyz (§ 103 aStG, aSRSZ 172.100 und § 1 und 29 aVerordnung über die Quellensteuer, aSRSZ 172.311) – die neue, vollumfänglich revidierte Steuergesetzgebung, per 1. Januar 2001 in Kraft getreten (vgl. Art. 259 StG, SRSZ 172.200), brachte in Bezug auf die Quellensteuer hinsichtlich des vorliegenden Falls keine wesentlichen Änderungen – waren ausländische Arbeitnehmer, welche die fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung nicht besaßen, im Kanton jedoch steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt hatten, mit ihren Einkünften aus dem Arbeitsverhältnis und auch deren Ersatzeinkünfte der Quellensteuer unterworfen. Der Schuldner der steuerbaren Leistung (also der Arbeitgeber) war verpflichtet, sämtliche zur richtigen Steuererhebung notwendigen Massnahmen zu treffen, insbesondere vor Auszahlung der steuerbaren Leistung die Quellensteuer und den anwendbaren Tarif festzustellen, die geschuldete Steuer zurückzubehalten und regelmässig der Amtsstelle abzuliefern (§ 19 a Verordnung über die Quellensteuer).

Aus dem Gesagten ist zu schliessen, dass grundsätzlich der Bruttolohn zu kollozieren ist, zumal im Arbeitsvertrag vom 16. August 1995 keine Hinweise darauf bestehen, dass es sich beim darin auf Fr. 11'500.00 bzw. Fr. 12'500.00 (nach Ablauf der Probezeit) festgesetzten Monatsgehalt, das per 1. Januar 1998 um Fr. 7'500.00 auf Fr. 20'000.00 erhöht wurde, nicht um den üblicherweise geschuldeten Bruttolohn handeln soll. Überdies erscheint unerfindlich, weshalb im Kollokationsprozess, in welchem Lohnforderungen zu kollozieren sind, etwas anderes gelten soll als im Arbeitsprozess. Die daraus resultierende Konkursdividende, die in der dritten Klasse per 8. Juni 2009 ca. 13.26 % betragen hat, unterliegt aber den paritätischen Sozialversicherungsabzügen wie auch dem Quellensteuerabzug. Vor Ausrichtung der Konkursdividende an den Kläger sind demnach die Sozialversicherungsleistungen und die Quellensteuer abzuziehen und an die betreffenden Amtsstellen abzuführen. Würde lediglich ein Nettolohn kolloziert, wäre nicht gewährleistet, dass die Beträge für die Sozialversicherung und die Quellensteuer vorhanden sind und tatsächlich geleistet werden. Würde der ganze Bruttoertrag dem Kläger ausbezahlt, läge es in seiner Verantwortung, die Sozialversicherungsbeiträge zwecks Vermeidung von Beitragslücken abzuführen bzw. den Betrag zwecks Vermeidung der Begehung von Steuerstraftatbeständen zu deklarieren. Damit ist die Berufung des Klägers insoweit gutzuheissen, als nicht die Netto-, sondern die Bruttolöhne zu kollozieren sind.

(Urteil vom 23. Juni 2009, ZK 2008 11).

6.7 Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum

- *Die 2. Rekurskammer als zuständige obere kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen hat neue, ab 1. Januar 2010 gültige Richtlinien zur Berechnung des Existenzminimums (Art. 93 SchKG) erlassen (www.kgsz.ch/richtlinien_notbedarf_2009.pdf). (Beschluss vom 7. Dezember 2009, RK2 2009 72).*

7. Beurkundung und Beglaubigung

7.1 Einsicht ins Grundbuch

- *Die Wahrung der Rechte als Erbe kann genügende Grundlage für das nach Art. 970 Abs. 1 ZGB erforderliche Interesse sein (Erw. 3a).*
- *Angabe bloss verwandtschaftlicher Beziehungen oder gar nur eines allgemeinen Misstrauens in teilweise Jahrzehnte zurückliegende Erbvorgänge sind nicht ausreichend (Erw. 3b).*
- *Einsicht in Belege von Rechtsgeschäften unmittelbarer Erblasser (Erw. 3c).*

Aus den Erwägungen:

3. (...) Dabei ist zu beachten, dass gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB Anspruch auf Einsicht in das Grundbuch oder die Erstellung von Auszügen hat, wer ein Interesse glaubhaft macht (zur Öffentlichkeit vgl. zudem Abs. 2 leg.cit.); der Anspruch kann sich auf alle Bestandteile des Grundbuchs beziehen, auch auf dessen Belege oder Teile davon (BSK ZGB II-Schmid, Art. 970 N 10 ff.).

a) Seitens der Beschwerdeführerin wird dem Sinn nach geltend gemacht, mehrere Liegenschaften der Familienstämme A. bzw. B. seien möglicherweise in Verletzung erbrechtlicher Bestimmungen an einzelne Nachkommen der jeweiligen Erblasser übertragen worden. Aufgrund unterbliebener Erbzuweisungen könnten erb- oder vindikationsrechtliche Ansprüche vor allem in Bezug auf die „Ländereien“ der „Familie B.“ bestehen. Die Wahrung der Rechte als Erbe *kann* genügende Grundlage für das nach Art. 970 Abs. 1 ZGB erforderliche Interesse sein, welches zur Abklärung *glaubhaft* gemachter erbrechtlicher Ansprüche (BGE 132 III 603 ff. = Pra 2007 Nr. 56 E. 4.3.2, kritisch dazu ZBJV 2009 190

A 8.1

mit Hinweisen) bzw. zur Überprüfung der in diesem Zusammenhang im Hauptbuch aufgeführten Erwerbsgründe (Erbteilungen) benötigt wird. Art. 970 Abs. 1 ZGB könnte der Beschwerdeführerin daher den Anspruch verleihen, bei glaubhaft gemachten Erbensprüchen die *massgebenden* Belege zu sichten.

b) Zur *Darlegung* des nötigen Einsichtsinteresses ist indes die pauschale Angabe bloss verwandtschaftlicher Beziehungen oder gar nur ein allgemeines Misstrauen, ohne nähere Auseinandersetzung (z.B. mit der Verjährungsfrage) mit bloss behaupteten Erbensprüchen bzw. ohne Glaubhaftmachung dinglicher Berechtigungen, nicht ausreichend, zumal die monierten Erbvorgänge teilweise Jahrzehnte zurückliegen. Andererseits wären entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen Dritter zu prüfen, die bis anhin nicht zur Sprache gebracht wurden, wobei der verstrichene Zeitraum auch hier eine Rolle spielen kann (vgl. BGE 117 II 155 E. 4). Nicht massgeblich sind jedenfalls allfällige Erbensprüche von (Halb)geschwistern als Drittpersonen.

c) In concreto dürfte allerdings zunächst massgeblich sein, dass die Ansprecherin – jedenfalls beurkundungsrechtlich – auf entsprechendes Gesuch hin Belege einsehen kann, an denen bereits *verstorbene unmittelbare Erblasser* (i.c. die Eltern) selbst rechtsgeschäftlich beteiligt waren, soweit keine höchstpersönlichen Rechte betroffen sind (Brückner, Schweizerisches Grundbuchrecht, N 1167 ff. zu § 40; vgl. auch BGE 132 III 604 f. E. 4.1).

(Verfügung vom 18. November 2009, PR 2009 13).

8. Anwaltsrecht

8.1 Entbindung vom Anwaltsgeheimnis

- *Das Kantonsgericht ist zuständig für ein Gesuch der Anwaltskommission um Entbindung vom Amtsgeheimnis.*
- *Anlass zur aufsichtsrechtlichen Überprüfung.*
- *Öffentliches Interesse überwiegt private Geheimhaltungsinteressen. Eine vorgängige Anhörung entfällt, wenn der Zweck der Aufsichts-massnahme dagegen spricht.*

(Verfügung vom 12. März 2009, PR 2009 3).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Rechtsmittelbefugnis

- § 37 Abs. 1 VRP in der seit 1. Januar 2009 gültigen Fassung (Erw. 2.1 – 2.3).
- Nachbarbeschwerde gegen Baubewilligung (Erw. 2.4).

Aus den Erwägungen:

2.1 In § 37 Abs. 1 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, SRSZ 234.110) in der seit 1. Januar 2009 gültigen Fassung vom 24. Oktober 2007 wird in Anlehnung an Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) die Rechtsmittelbefugnis neu wie folgt umschrieben:

- ¹ Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist berechtigt, wer:
- a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat;
 - b) durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist; und
 - c) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat.

Gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung der VRP vom 24. Oktober 2007 ist bei hängigen Verfahren das neue Recht anwendbar. Diese Anpassung wurde vom Gesetzgeber vorgenommen, damit auch inskünftig zwischen der kantonalen und bundesrechtlichen Rechtsmittelbefugnis keine Differenz besteht. Inhaltlich ändert sich, vorbehaltlich einer Verschärfung der Legitimation durch das Bundesgericht auf Grund der Formulierung "besonders berührt" (hiezue Marantelli-Sonanini/Huber in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 11 ff.) an der Rechtsmittelbefugnis grundsätzlich nichts (RRB Nr. 724/2007 vom 20. Mai 2007, Änderung der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 11 mit Hinweis auf BBI 2001 4329). Dass die Einsprachebefugnis in § 65 VRP redaktionell nicht in gleicher Weise angepasst wurde, ist wohl auf ein Versehen zurückzuführen. Dies gilt auch für die in § 30 Abs. 3 Planungs- und

B 1.1

Baugesetz (PBG, SRSZ 400.100) speziell erwähnte Einsprachebefugnis im Gestaltungsplanverfahren.

2.2 Die Einsprache- bzw. Rechtsmittelbefugnis entspricht somit dem Inhalt der bundesrechtlichen Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 103 lit. a aOG (vgl. EGV-SZ 2005, B 8.3, Erw. 4.1; 1983, Nr. 43 Erw. 2; VGE 1042/99 vom 16. März 2000, Prot. 189 Erw. 1.a) bzw. heute Art. 89 Abs. 1 BGG, welcher grundsätzlich die zu Art. 103 lit. a aOG bestehende Praxis übernahm (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Art. 33 N 31a; Seiler/von Werdt/Güngerich, Handkommentar Bundesgerichtsgesetz BGG, Art. 89 N 2 ff.). Das kantonale Recht hat gemäss Art. 111 BGG die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zu gewährleisten (Seiler/von Werdt/Güngerich, a.a.O., Art. 111 N 4). Den Kantonen ist es demnach verwehrt, die Beschwerdelegitimation an strengere Voraussetzungen zu knüpfen. Zulässig ist hingegen eine grosszügigere Gestaltung der Beschwerdebefugnis durch das kantonale Recht (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 33 N 27). Zu ergänzen ist, dass die Rechtsmittelbefugnis bei Verfügungen und Nutzungsplänen, die sich auf das Raumplanungsgesetz (RPG, SR 700) und seine kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen, ebenfalls im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu gewährleisten ist (Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG).

2.3 Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine betroffene Person geltend machen kann; es braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht überein zu stimmen. Immerhin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Popularbeschwerden sind nicht zulässig (Marantelli-Sonanini/Huber, a.a.O., Art. 48 N 11). Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist (vgl. zum Ganzen BGE 127 V 80 E. 3 S. 82; 125 II 497 E. 1a/bb S. 499; BGE 130 II 514 E. 1 S. 516, je mit Hinweisen; BGE 131 II 587 E. 2.1; EGV-SZ 2005, B 8.3, Erw. 4.2).

2.4 Nachbarbeschwerden gegen Baubewilligungen zählen zu den typischen Tatbeständen von Drittbeschwerden, auf welche grundsätzlich einzutreten ist (BGE 112 Ib 170 E. 5b; BGE 112 Ib 409 E. 2d; BVR 2006, S. 263 f.). Benachbart ist jedes Grundstück, das mit der Baupar-

zelle derart in einer räumlichen Beziehung steht, dass eine Beeinträchtigung durch das Bauvorhaben oder die damit verbundene Nutzung möglich ist. Diese Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügt, um die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis zu begründen. Dies gilt grundsätzlich auch für Beschwerden im Gestaltungsplanverfahren. Ob tatsächlich eine Beeinträchtigung besteht, ist im Sachentscheid zu beurteilen (VGE 562+574+575/87 vom 7. September 1987, Prot. 633, Erw. 6c mit Hinweis auf Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., S. 42 u. 48).

Die Legitimation ergibt sich nicht schon allein aus der blossen räumlichen Nähe, sondern erst aus einer daraus herrührenden besonderen Betroffenheit (BGE 1P.164/2004 vom 17.6.2004, E. 2.5 mit Hinweisen: verneint wurde in diesem Fall die Beschwerdelegitimation bei einer Distanz von rund 100 m sowie einer dazwischen liegenden Häuserreihe und eines Weges; vorausgesetzt werde eine minimale Intensität der besonderen Betroffenheit; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., § 21 N. 34 ff.; Haller/Karlen, Rechtsschutz im Raumplanungs- und Baurecht, 1998, N 984 ff.), z.B. wenn von einer Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Immissionen ausgehen und die Beschwerdeführer durch diese betroffen sind (Aemisegger/Haag, Kommentar RPG, Art. 33 Rz. 39; z.B. Lärm, Staub, Gerüche, Erschütterungs-, Licht- oder andere Einwirkungen; betreffend Verkehrsimmissionen siehe EGV-SZ 2005, B 8.3). Eine hinreichend enge nachbarliche Beziehung bzw. beachtenswerte nahe Beziehung wird grundsätzlich bejaht, sofern das Grundstück des Beschwerdeführers unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder sich in dessen unmittelbarer Nähe befindet. In der Praxis wird jedoch darauf verzichtet, auf bestimmte Werte abzustellen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 33 N 37 ff. mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung).

Ein schutzwürdiges Interesse ist mithin anzunehmen, wenn der Ausgang des Verfahrens die Interessensphäre des Nachbarn zu beeinflussen vermag (BEZ 2004 N. 69 Erw. 2). Es ist vorzusetzen, dass die Auswirkungen auf seine Liegenschaft nach Art und Intensität so beschaffen sind, dass sie auch bei objektiver Betrachtungsweise als Nachteil empfunden werden müssen, wohingegen eine besondere (subjektive) Empfindlichkeit der Betroffenen keinen Rechtsschutz verdient (Haller/Karlen, a.a.O., N 986 mit Hinweis auf RB 1980 Nr. 7, RB 1985 Nr. 8 und RB 1995 Nr. 9). Wird eine ideelle Beeinträchtigung wie die Veränderung des Landschaftsbildes gerügt, so muss der damit verbundene Eingriff in der Regel ein ungleich stärkeres Ausmass annehmen als materielle Beeinträchtigungen wie Lärm oder Gerüche, damit die Legitimation bejaht werden kann (BEZ 2004 N. 69 Erw. 2 mit Hinweisen). Schattenwurf oder Lichtentzug berühren nur eine verhältnismässig enge Nachbarschaft

B 2.1

in legitimationsbegründender Weise (Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Ziff. 23.6.3.3, S. 23-20).

(VGE III 2008 239 vom 25. Februar 2009).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen

- *Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruches eines Kindes, das durch die Vormundschaftsbehörde in einer Pflegefamilie fremdplatziert wurde.*

Aus den Erwägungen:

1. Für Kinder, die einen Anspruch auf eine Kinderrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) oder der Invalidenversicherung (IV) begründen, wird der Ergänzungsleistungsanspruch (EL-Anspruch) grundsätzlich zusammen mit jenem der Eltern bzw. mit demjenigen Elternteil, mit dem sie zusammenleben, berechnet. Lebt das Kind nicht bei den Eltern bzw. bei keinem Elternteil, so ist die Ergänzungsleistung gesondert zu berechnen (vgl. Art. 7, bes. Abs. 1 lit. c Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, ELV, SR 831.301 i.V. mit Art. 9 BG über die Ergänzungsleistungen, ELG, SR 831.30). Seit dem Zeitpunkt (14. Juni 2008), ab dem die Beschwerdeführerin fremd platziert ist, hat somit eine gesonderte Berechnung des EL-Anspruchs zu erfolgen.

2. Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 9 Abs. 1 ELG). Die Hauptpositionen der anerkannten Ausgaben werden stark unterschiedlich bemessen, je nachdem ob die EL-Ansprecherin zu Hause lebt (Berechnungsgrundlagen in Art. 10 Abs. 1 ELG) oder ob sie längere Zeit in einem Heim oder Spital lebt (Berechnungsgrundlagen in Art. 10 Abs. 2 ELG). Bei den zu Hause lebenden Personen wird ein gesetzlich festgelegter Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf (bei Kindern, die einen Anspruch auf eine Kinderrente haben, beträgt dieser Fr. 9'480 pro Jahr) und die Mietkosten (bei allein-

stehenden Personen maximal Fr. 13'200 im Jahr) berücksichtigt. Demgegenüber werden bei Personen, die dauernd oder längere Zeit in einem Heim oder Spital leben (in Heimen oder Spitälern lebende Personen) als Ausgaben die Tagestaxe (allenfalls durch kantonale Höchstansätze limitiert) sowie ein vom Kanton zu bestimmender Betrag für persönliche Auslagen als Ausgaben anerkannt. Grundsätzlich sind die anerkannten Ausgaben bei Personen, die in einem Heim oder Spital leben, wesentlich höher als bei den zu Hause lebenden EL-Ansprechern. Vorliegend ist die Streitfrage zu entscheiden, ob die Fremdplatzierung der Beschwerdeführerin via IG Familienplätze einer Heimplatzierung gleichzusetzen ist (Auffassung Beschwerdeführerin) oder nicht (Auffassung Vorinstanz).

3.1 Der Begriff des Heimaufenthaltes bzw. des *Heimes* wurde EL-rechtlich erstmals bedeutsam, als mit der 2. EL-Revision die Möglichkeit einer Erhöhung der Einkommensgrenze für Heimbewohner geschaffen wurde. Der Begriff des Heimaufenthaltes bzw. des *Heimes* wurde aber dazumal weder im Gesetz noch in der Verordnung näher beschrieben. Es blieb der Verwaltungs- und v.a. der Gerichtspraxis überlassen, entsprechende Kriterien aufzustellen. In Rz. 5051 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV (WEL; diese Rz. ist zwischenzeitlich ersatzlos aufgehoben worden) hatte das Bundesamt für Sozialversicherung den Heimbegriff dahingehend umschrieben, dass als Heime Einrichtungen gelten, die im Rahmen der kantonalen Ordnung Kranke, Betagte und Invalide aufnehmen und eine adäquate Betreuung gewähren. Mit dieser Formulierung wurden bewusst neue Formen der Heimbetreuung, die in der jüngeren Vergangenheit an Bedeutung gewonnen haben, indem heimähnliche Strukturen teilweise an die Stelle der klassischen Heime getreten sind, nicht vom Heimbegriff ausgeschlossen. Unter den Heimbegriff fielen daher gemäss ELG unter Umständen auch heimähnliche Institutionen wie Pflegefamilien, therapeutische Grossfamilien, betreute Invaliden-Wohngemeinschaften etc., allerdings unter der Bedingung, dass diese Einrichtungen über eine kantonale oder kommunale Bewilligung für die Pflege und Betreuung von Drittpersonen verfügten. Diese letztere Bedingung wurde aber von der Rechtsprechung wieder aufgehoben. Das Eidgenössische Versicherungsgericht (Vorgängerin des heutigen Bundesgerichts) erkannte, es dürfe nicht von der Erfüllung eines formalen Kriteriums des kantonalen Heim- oder Fürsorgerechts abhängig gemacht werden, ob von einem Heim im EL-rechtlichen Sinn ausgegangen werden könne. Der Heimbegriff sei erfüllt, wenn die versicherte Person heimbefürchtig sei und wenn die betreffende Institution in der Lage sei, diese Heimbefürchtigkeit in adäquater Weise zu befriedigen. Nicht entscheidend sei die Zahl der betreuten Personen; sie könne jedoch ein Indiz dafür bilden, dass es sich bei der Einrichtung um ein

B 2.1

Heim oder eine heimähnliche Institution handelt (Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Supplement, S. 110 f. ; Jöhl, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV in SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, S. 1708 f. Rz. 107; BGE 118 V 142 ff.). Beim Begriff Heim handelt es sich um einen bundesrechtlichen Begriff (BGE 122 V 12 ff.).

3.2 Am 1. Januar 2008 ist das total revidierte ELG in Kraft getreten. Gemäss Art. 9 Abs. 5 lit. h des heute geltenden ELG bestimmt der Bundesrat die Definition des Heimes. In Art. 25a Abs. 1 der vom Bundesrat am 07.11.2007 erlassenen Verordnung über die Ergänzungsleistungen (ELV, SR 831.301; in Kraft gesetzt am 01. Januar 2008) wird unter der Marginalie "Heimdefinition" normiert:

Als Heim gilt jede Einrichtung, die von einem Kanton als Heim anerkannt wird oder über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügt.

Im Zeitpunkt, als der Kantonsrat das kantonale ELG (SRSZ 362.200) in Anpassung ans revidierte Eidgenössische ELG beraten und verabschiedet hat (28. März 2007), hatte der Bundesrat die Heimdefinition noch nicht vorgenommen. Im kant. ELG finden sich daher Begriffe wie:

- Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen (Invalidenwohnheime; § 4 Abs. 1);
- Alters- und Pflegeheime oder heimähnliche Institutionen (§ 5 Marginale und Abs. 3; § 6 Abs. 2);
- Der Regierungsrat regelt die anrechenbaren Tagestaxen bei Aufenthalt ... in heimähnlichen Institutionen (§ 12 Abs. 2 lit. a).

In § 6 der Vollzugsverordnung zum ELG zum kant. ELG (SRSZ 362.211) werden die maximalen Tagestaxen und der Betrag für persönliche Auslagen in heimähnlichen Einrichtungen, welche durch die EL angerechnet werden, festgelegt. Eine Liste der Heime oder heimähnlichen Institutionen im EL-rechtlichen Sinne findet sich jedoch im kantonalen EL-Recht nicht, noch wird eine Stelle beauftragt zur Registrierung der Heime (bzw. heimähnlichen Einrichtungen) oder zur Erteilung einer Betriebsbewilligung.

3.3 Das Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG, SRSZ 380.300) vom 28. März 2007 führt in § 2 aus, was insbesondere als soziale Einrichtung gilt. Nebst Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen (Behindertenheime, Tagesstätten, Werkstätten, Bst. a), Einrichtungen für Betagte und Pflegebedürftige (Alters- und Pflegeheime, Bst. b), Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und

Betreuung bedürfen (Kinder- und Jugendheime, Bst. c) werden Einrichtungen für Personen in besonderen Notlagen wie Notunterkünfte und Frauenhäuser (Bst. d) erwähnt. Der Regierungsrat bezeichnet die sozialen Einrichtungen, die diesem Gesetz unterstehen (§ 2 Abs. 2 SEG). Keine sozialen Einrichtungen im Sinne des SEG sind nicht stationäre Heimplätze gemäss Pflegekinderverordnung (§ 2 Abs. 3 SEG). Die Gemeinden sind für die Einrichtungen für Kinder und Jugendliche zuständig (§ 10 Abs. 1 SEG). Sie kommen auch subsidiär für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten auf. Der Regierungsrat entscheidet über die Aufnahme von Einrichtungen in die kantonale Pflegeheimliste gemäss Art. 39 KVG und die Liste gemäss der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE; § 15 SEG). In dieser IVSE-Liste ist das Jugendheim "Alte Post", Oberarth, welches vom privatrechtlichen Verein IG-Familienplätze betrieben wird, aufgeführt. Daneben ist im Kanton Schwyz nur noch die Sprachheilschule Steinen mit Internat als Kinder- und Jugendeinrichtung mit Vollzeitbetreuung (Internat) in der IVSE-Liste aufgeführt.

3.4 Die Aufnahme von Unmündigen ausserhalb des Elternhauses bedarf gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und Adoption (PAVO, SR 211.222.338) einer Bewilligung und untersteht der Aufsicht. Die für die Bewilligung zuständige Behörde ist im Bereich der Familien-, Heim- und Tagespflege die Vormundschaftsbehörde am Ort der Unterbringung des Unmündigen (Art. 2 lit. a PAVO). Die Unterbringung der Beschwerdeführerin durch die Vormundschaftsbehörde bei der Pflegefamilie X impliziert vorliegend die Erteilung der Bewilligung an die besagte Familie.

3.5 Die Würdigung der dargestellten EL-Gesetzgebung auf eidgenössischer und kantonaler Ebene sowie der weiteren zitierten Gesetzgebung führt zu folgenden Feststellungen:

3.5.1 Die EL-Leistungen sind in der Bundesgesetzgebung geregelt und werden zu 5/8 vom Bund und zu 3/8 von den Kantonen getragen (Art. 13 Abs. 1 ELG). Dies führt zum Postulat, dass die im Rahmen der Bundesgesetzgebung zu gewährenden Ergänzungsleistungen nach einheitlichen Kriterien ermittelt werden müssen. Nicht eingeschlossen in diese Feststellung sind über den Rahmen des ELG hinausgehende Leistungen, welche von den Kantonen gemäss Art. 2 Abs. 2 ELG gewährt werden können. Die Forderung nach einheitlicher Anwendung ergibt sich auch aus der Bundesverfassung (Art. 8 BV; Rechtsgleichheit).

B 2.1

3.5.2 Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 9 Abs. 5 ELG dem Bundesrat den Auftrag erteilt, das Heim zu definieren. Eine Definition (lateinisch *Definitio* = Abgrenzung aus *de* = ab/weg und *finis* = Grenze) ist eine möglichst eindeutige Bestimmung eines Begriffes, des „Definiendum“ (lateinisch „das zu Definierende“). Dazu wird für ein bestimmtes Zeichen eine bestimmte Bedeutung festgesetzt, „Definiens“ genannt (lateinisch „das Definierende“ [Wikipedia]). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit der Formulierung in Art. 25a Abs. 1 ELV nicht nachgekommen. Statt möglichst genau zu bestimmen, was unter den Heimbegriff gemäss Art. 9 Abs. 5 ELG fällt bzw. was unter dem Heimbegriff zu verstehen ist, lässt Art. 25a Abs. 1 ELV den Begriff Heim weiterhin völlig undefiniert und delegiert die Heimbestimmung an die Kantone, womit anstelle einer einheitlichen Bestimmung eines bundesrechtlichen Begriffs ein Flickteppich von 26 kantonalen Varianten und mithin ein verfassungswidriger Zustand zu entstehen droht. Diese Regelung ist auch deshalb nicht gesetzmässig, weil sie mit dem bundesrechtlichen Charakter der für Heimbewohner geltenden Regelung nicht vereinbar ist (BGE 118 V 147 E. 2b; 122 V 12 ff.). Wurde der Auftrag, eine Heimdefinition zu erlassen, mit Art. 25a Abs. 1 ELV nicht erfüllt, so erweist sich die dort getroffene Regelung als gesetzeswidrig und bleibt daher unbeachtlich.

(...).

4.1 Fehlt es somit nach wie vor an einer gesetzmässigen bundesrechtlichen Definition des Heimbegriffs, so ist weiterhin auf die Gerichtspraxis abzustellen, welche sich zum Heimbegriff entwickelt hat (vgl. Erw. 3.1 vorstehend). Entscheidend für die Anerkennung eines Aufenthalts als Heimaufenthalt oder heimähnlichen Aufenthalts sind somit kumulativ:

- die Heimbedürftigkeit der betreuten Person
- und die Bejahung der Frage, dass die in Frage stehende Institution die Heimbedürftigkeit in adäquater Weise zu befriedigen vermag (BGE 118 V 147 E. 2b).

4.2 Es ist nicht zu verkennen, dass es - gerade bei Jugendlichen - für die EL-Organen nicht einfach ist, die Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen zu überprüfen. In vielen Fällen, insbesondere auch vorliegend, erübrigt sich aber diese Überprüfung im EL-Verfahren, da beide Kriterien bereits durch die Vormundschaftsbehörde, welche als Fachbehörde für Kinderschutzfragen anzusprechen ist, geprüft und bejaht worden sind. In diesem Zusammenhang ist zu beachten,

- dass die adäquate und zahlenmässig bei weitem im Vordergrund stehende Unterbringung, Betreuung und Erziehung eines Kindes grundsätzlich anerkanntermassen bei der Familie (Eltern, Elternpaar oder alleinerziehender Elternteil, evt. Grosseltern usw.) erfolgt, was im vorlie-

genden Verfahren keiner weiteren Begründung bedarf (= Primärunterbringung),

- dass dann, wenn das vorerwähnte "zu Hause leben" nicht oder nicht mehr möglich oder nicht mehr tragbar ist (Tod oder schwere Erkrankung der Eltern; besondere fachliche Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit infolge von Gebrechen / Erkrankung / Unfall des Kindes; Überforderung der Eltern, fehlende Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Eltern usw.), eine Fremdplatzierung zu erfolgen hat, wobei unter dem massgebenden Aspekt des Kindeswohls dem Einzelfall angepasst eine Heimplatzierung im engeren Sinne (Kinder- oder Jugendheim, Sonderschulheim, Invalidenwohnheim, Pflegeheim etc.), die Platzierung in einer heimähnlichen Institution (Pflegefamilie, therapeutische Grossfamilie, betreute Wohngruppe usw.) oder eine selbständige Unterkunft (beim älteren Kind in guter Entwicklung) die adäquate Unterbringung sein kann,
- dass eine Unterbringung in einer Pflegefamilie als die der Primärunterbringung am stärksten angenäherte Unterbringungsform, je nach den Umständen des Einzelfalls als verhältnismässige und adäquate Unterbringungsform im Vordergrund stehen kann,
- dass das Zusammenspiel und die Zusammenarbeit zwischen einer professionell tätigen Beiständin mit den kommunalen Fachbehörden (Vormundschaftsbehörde, welche für die Anordnung der Fremdplatzierung und die Auswahl der Pflegefamilie verantwortlich ist und Fürsorgebehörde, welche für die Kostengutsprache durch die Gemeinde verantwortlich ist) und der IG Familienplätze Kt. Schwyz (gemeinnütziger Verein, der über ein breites Netz an Pflegefamilien verfügt, Abklärungen vornimmt, eine optimale Passung von Kind und Pflegefamilie anstrebt, die Pflegefamilien durch Fachpersonal begleitet und unterstützt usw.; vgl. content.sz.ch/sozialverzeichnis; www.ig-familienplaetze.ch) Gewähr dafür bietet, dass einerseits die Fremdplatzierungsbedürftigkeit des betroffenen Kindes gegeben ist und dass andererseits die Pflegefamilie sorgfältig ausgewählt wird und (immer im Rahmen verbleibender Restrisiken) Gewähr dafür bietet, dass sie die heimähnliche Platzierungsbedürftigkeit des Kindes in adäquater Weise zu befriedigen vermag (vgl. auch BGE 118 V 148 E. 3a).

Eine relativ weite Interpretation des Heimbegriffs bzw. die Miterfassung einer Pflegefamilie als heimähnliche Institution unter EL-rechtlichen Aspekten drängt sich auch aufgrund des Gesetzeszusammenhanges auf. In Art. 10 Abs. 1 ELG werden die anerkannten Ausgaben für die "zu Hause lebenden Personen" und in Art. 10 Abs. 2 ELG als Pendant zu Abs. 1 die anerkannten Ausgaben für die "nicht zu Hause lebenden Personen" (Formulierung nicht dem Gesetzestext entnommen),

B 5.1

d.h. für die dauernd oder längere Zeit in einem Heim oder Spital lebende Personen geregelt. Wenn die Heimbedürftigkeit (bzw. Fremdplatzierungsbedürftigkeit) objektiv abgeklärt wurde und die gewählte Institution (Pflegefamilie) die Bedürfnisse der zu betreuenden Person in adäquater Weise zu befriedigen vermag, ist einerseits die Missbrauchsgefahr gering und kann andererseits die Zielsetzung der mit der 2. EL-Revision eingeführten Regelung zweckmässig, rechtsgleich und landesweit nach einheitlichen Kriterien erreicht werden. Zweckmässig ist die Anerkennung der Unterbringung in einer Pflegefamilie als heimähnliche Institution bzw. die Ermittlung der EL nach Art. 10 Abs. 2 ELG nebst andern Gründen (Kindeswohl) auch deshalb, weil dies einerseits in vielen Fällen die adäquateste Art der Fremdunterbringung ist und weil bei genereller Nichtanerkennung der Pflegefamilie als heimähnliche Institution falsche und unerwünschte Anreize geschaffen würden, indem die (in aller Regel) bedeutend teurere Heimplösung (Tagestaxen in Kinder- und Jugendheimen von Fr. 400.-- bis Fr. 600.-- wurden vom Verwaltungsgericht schon wiederholt festgestellt) gegenüber der (in der Regel viel kostengünstigeren und in vielen Fällen adäquateren; siehe die Tagespauschale von Fr. 110.-- im vorliegenden Fall) Fremdplatzierung in einer Pflegefamilie privilegiert behandelt würde.

Somit ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als die dauernde oder längere Zeit dauernde Platzierung der Beschwerdeführerin in der Pflegefamilie X hinsichtlich der anerkannten Ausgaben nach Art. 10 Abs. 2 ELG abzuwickeln ist.

(VGE II 2009 20 vom 18. Juni 2009).

5. Kausalabgaben

5.1 Schadenwehrrersatzabgabe

- *Schadenwehrrersatzabgabepflicht gilt auch für quellensteuerpflichtige Ausländerinnen und Ausländer (Erw. 5.3).*
- *Bemessung der Ersatzabgabe (Erw. 5.5 und 9).*

Aus den Erwägungen:

5.3 Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausgeführt hat, wird der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundlage der Abgabe in der Verordnung über die

Schadenwehr (SchWV, SRSZ 530.110) geregelt. Gemäss § 20 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 und 2 SchWV sind ab dem 1. Januar des vollendeten 20. und bis zum 31. Dezember des vollendeten 52. Alterjahres diejenigen Männer und Frauen ersatzabgabepflichtig, welche im Gemeindegebiet Wohnsitz haben und dort keinen Feuerwehrdienst leisten. Der abgabebegründende Tatbestand liegt nach dem Gesagten (§ 20 Abs. 1 SchWV) in der Dispensation von der prinzipiell bestehenden Feuerwehrpflicht. Die Bemessungsgrundlage der Ersatzabgabe ist das steuerpflichtige Einkommen (§ 20 Abs. 2 SchWV). Mit diesen kantonalen Verordnungsbestimmungen, welchen Gesetzesrang zukommt, sind die Grundzüge der Schadenwehersatzabgabe in genügender Weise umschrieben. Insbesondere nimmt die kantonale Verordnung quellensteuerpflichtige Ausländerinnen und Ausländer nicht von der Ersatzabgabepflicht aus. Sofern diese die subjektiven Voraussetzungen der Ersatzabgabepflicht erfüllen (Wohnsitz, Alter und Nichtleisten des Feuerwehrdienstes), sind sie grundsätzlich ersatzabgabepflichtig. Einer speziellen gesetzlichen Grundlage für die Abgabepflicht von Quellensteuerpflichtigen bedarf es demnach nicht.

(...).

5.5 Da weder die SchWV noch das vom Regierungsrat vorschriftsmässig genehmigte Reglement für die Berechnung der Schadenwehersatzabgabe für quellensteuerpflichtige Ausländerinnen und Ausländer eine besondere bzw. abweichende Berechnung vorsieht, hat die Berechnung grundsätzlich nach den gleichen Grundsätzen wie bei den der direkten Einkommenssteuer unterliegenden Personen zu erfolgen. Es ist demnach eine nach der Einkommenshöhe des Quellensteuerpflichtigen abgestufte Veranlagung vorzunehmen. Die Spezialregelung, welche der Bezirksrat mit BRB Nr. 753 vom 9. Dezember 2004 für Quellensteuerpflichtige einführen wollte, hält der in der SchWV sowie im Reglement statuierten Anforderung, wonach die Ersatzabgabe nach dem steuerpflichtigen Einkommen zu bemessen ist (Bemessungsgrundlage), nicht stand. Die bloss einstufige bzw. einheitliche Pauschalierung ist eine zu grobe Schematisierung. Eine gewisse Ungleichbehandlung im Vergleich zu den ordentlich veranlagten Pflichtigen wäre sachlich höchstens dann gerechtfertigt, wenn und soweit damit ein erheblicher zusätzlicher administrativer Aufwand (Datenbeschaffung) mit hohen Kosten vermieden werden könnte (vgl. zu Art. 8 BV Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Rz. 495). Dass dem so ist, erscheint als unwahrscheinlich, ist hier aber nicht abschliessend zu beurteilen.

(...).

B 7.1

9 (...). Andererseits ist für quellensteuerpflichtige Personen die Festsetzung einer analogen Tabelle mit Einkommensstufen in Betracht zu ziehen, wie dies bei den Steuerpflichtigen mit ordentlichen Veranlagungen der Fall ist. Es ist - allenfalls unter Mithilfe der kantonalen Steuerbehörden - ein Äquivalent zum steuerbaren Einkommen zu ermitteln (z.B. Abstufung nach Steuerabzug gemäss § 91 StG).

(VGE II 2009 75 vom 9. November 2009).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde

- *Rüge, wonach der von der Bezirksgemeinde festgelegte Steuerfuss zu hoch sei bzw. gegen das Finanzhaushaltsgesetz verstosse.*
- *Bedeutung und Zulässigkeit einer Schwankungsreserve.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Bezirksrat Schwyz hatte für den 25. Nov. 2008 zur Bezirksgemeinde eingeladen. Als Geschäft Nr. 3 waren die Vorlage des Voranschlages für das Jahr 2009 und die Bestimmung des Steuerfusses traktandiert. Nach der Vorstellung des Voranschlages durch den Säckelmeister stellte der Präsident der Rechnungsprüfungskommission den Antrag, dem Voranschlag für das Jahr 2009 mit einem Aufwandüberschuss von Fr. 3'323'700.-- und einem gleich bleibenden Steuerfuss von 65 Prozent (0.65 Einheiten) zu genehmigen. Nachdem das Wort nicht verlangt wurde, folgte die Abstimmung. Die anwesenden Stimmberechtigten stimmten dem vorgelegten Voranschlag und dem beantragten Steuerfuss ohne Gegenstimmen zu. Gegen diesen Beschluss der Bezirksgemeinde erhob ein Stimmbürger anschliessend beim Verwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Festsetzung des Steuerfusses auf 65 Prozent sowie die Genehmigung des Voranschlages 2009 seien aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

4.1 Das Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden (FHG, SRSZ 153.100) enthält die folgenden, für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde hauptsächlich relevanten Bestimmungen:

- § 4 *Haushaltgleichgewicht*: Die Laufende Rechnung ist mittelfristig auszugleichen.
- § 17 *Inhalt Laufende Rechnung*: Die Laufende Rechnung enthält den Aufwand und Ertrag. Diese verändern das Eigenkapital oder den Bilanzfehlbetrag.
- § 18 *Abschreibungen*: Das Verwaltungsvermögen wird nach dem Grundsatz einer angemessenen Selbstfinanzierung der Investitionsausgaben auf dem jeweiligen Restbuchwert der Ausgaben abgeschrieben (Abs. 1). Wenn es die Finanz- und Konjunkturlage erlaubt, dürfen zusätzliche Abschreibungen in den Voranschlag eingestellt und vorgenommen werden (Abs.2). Ein allfälliger Bilanzfehlbetrag ist unter Berücksichtigung der Konjunkturlage mittelfristig abzuschreiben (Abs. 3).
- § 25 *Grundsätze Voranschlag*:
 - ¹ Für jedes Kalenderjahr ist ein Voranschlag zu erstellen.
 - ² In der Laufenden Rechnung soll der Aufwand durch den Ertrag gedeckt werden. Ein Aufwandüberschuss darf budgetiert werden, soweit er das Eigenkapital nicht übersteigt.
 - ³ Der Steuerfuss ist so anzusetzen, dass der budgetierte Deckungserfolg der Laufenden Rechnung erreicht werden kann.

Im Amtsbericht des Finanzdepartements wird zu entsprechenden Fragen des Gerichts ausgeführt:

Bei der Aufsicht über die Finanzhaushalte von Bezirken und Gemeinden und im kantonalen Finanzhaushalt definieren wir das Eigenkapital (wie im Zürcher Gemeindegesetz) als jenes Vermögen, das die Summe der Verpflichtungen übersteigt. Verändert wird das Eigenkapital durch das Ergebnis der Laufenden Rechnung. Wenn in der Laufenden Rechnung ein Ertragsüberschuss resultiert, steigt das Eigenkapital um diesen Betrag an. Wenn ein Aufwandüberschuss resultiert, reduziert sich das Eigenkapital im entsprechenden Umfang. Die 'Schwankungsreserve' ist dagegen kein Begriff des Finanzhaushaltsrechts. Er hat sich in der finanzpolitischen Diskussion herausgebildet. Die Schwankungsreserve ist jener Teil des Eigenkapitals, welcher für antizyklische Massnahmen reserviert ist. Dadurch lassen sich konjunkturell bedingte Defizite auffangen, ohne dass der Steuerfuss wegen der konjunkturell rückläufigen Steuererträge angepasst werden muss. Eine klare Limite, wie hoch die Schwankungsreserve sein sollte, muss für jeden einzelnen Finanzhaushalt konkret und politisch festgelegt werden. Für den Kantonshaushalt erscheint eine Schwankungsreserve von rund 300 Mio. Franken politisch akzeptiert.

4.2 Das FHG verwendet wiederholt den Begriff des Eigenkapitals (z.B. §§ 10, 12, 17 und 25). Es ist darunter in Übernahme der Definition gemäss § 12 Abs. 3 Finanzhaushaltgesetz Zürich jenes Vermögen zu

B 7.1

verstehen, das die Summe der Verpflichtungen übersteigt (vgl. H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, N 2.3 Vorb. §§ 132-139). Wesentlich ist, dass das Eigenkapital gebildet wird durch Mehrertrag bei der Laufenden Rechnung. Der Komplementärbegriff zum Eigenkapital ist der Finanzfehlbetrag. Er wird gebildet durch Defizite in der Laufenden Rechnung bzw. wenn und soweit Defizite nicht mehr durch vorhandenes Eigenkapital aufgefangen werden können (vgl. § 17 FHG). In der Laufenden Rechnung soll der Aufwand durch den Ertrag gedeckt werden (§ 25 Abs. 2 FHG). Eine Defizitbudgetierung in der Laufenden Rechnung ist somit grundsätzlich und in quantitativer Hinsicht dann gesetzeskonform, wenn und soweit Eigenkapital vorhanden ist. Die Schwankungsreserve ist ein Begriff, der im FHG nicht vorkommt. Die Schwankungsreserve umschreibt jenen Teil (bzw. jene Grösse) des Eigenkapitals, der (die) nötig ist, um in der Steuerfussansetzung eine gewisse finanz- und wirtschaftspolitisch erwünschte Kontinuität und Stabilität zu erreichen, sind doch Jo-Jo-Effekte beim Steuerfuss auch aus der Sicht der Volkswirtschaft, wie auch jener der Steuerpflichtigen, unerwünscht. Ein Eigenkapital bzw. eine Schwankungsreserve ist eine wichtige Voraussetzung zur Berücksichtigung der Konjunkturlage in der Einnahmen und Ausgabenpolitik wie sie in Art. 100 Abs. 4 Bundesverfassung (BV) von Bund, Kantonen und Gemeinden gefordert wird. Im Gegensatz zu Gemeinwesen, welche chronische Defizite und Finanzfehlbeträge aufweisen, ermöglicht es ein in fiskalisch bzw. wirtschaftlich guten Jahren geäuftetes Eigenkapitalpolster (bzw. eine Schwankungsreserve) einem Gemeinwesen mit "gesunden" Finanzen, eine antizyklische Finanzpolitik zu betreiben, d.h. in wirtschaftlichen Krisenzeiten mit stagnierenden oder sinkenden Steuererträgen den Steuerfuss zu halten oder gar zu senken und/oder zusätzliche Ausgaben / Investitionen zu tätigen. Das Bestehen einer Schwankungsreserve ist somit finanzpolitisch und finanzrechtlich erwünscht und es ist aus dem Umstand, dass in § 12 FHG von "allfälligem Eigenkapital" gesprochen wird, nicht abzuleiten, es sei gesetzwidrig, dauernd ein Eigenkapital bzw. eine Schwankungsreserve zu halten. Der Begriff "allfällig" ist eben deswegen richtig gesetzt, weil es in einem Finanzhaushalt auch einen Bilanzfehlbetrag geben kann, womit dann eben kein Eigenkapital vorhanden ist.

4.3 Der Grundsatz des Haushaltgleichgewichts besagt, dass die Laufende Rechnung mittelfristig auszugleichen ist. Mittelfristig ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff (unbestimmter Rechtsbegriff), der sprachlich gesehen zwischen kurzfristig und langfristig liegt. Unbestimmte Rechtsbegriffe räumen der rechtsanwendenden Behörde ein gewisses Ermessen ein. Gegenüber Bezirksbehörden, zu denen die Bezirksgemeindeversammlung gehört, kann das Verwaltungsgericht Ermessensfehler nur

überprüfen, soweit dadurch die Autonomie der von ihnen vertretenen Körperschaft nicht verletzt wird (§ 46 Abs. 2 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, VRP, SRSZ 234.110). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Gemeinde bzw. ein Bezirk in einem Sachbereich dann autonom, wenn das kantonale Recht für diesen Bereich keine abschliessende Ordnung erlässt, sondern ihn ganz oder teilweise dem untergeordneten Gemeinwesen überlässt und ihm dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (BGE 122 I 279; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., N 976 S. 278). Schon ein blosser unbestimmter Begriff kann Autonomie begründen (Th. Pfisterer, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, ZBJV 1989, S. 11). Der staatsrechtliche Begriff der Gemeindeautonomie umfasst neben der Rechtssetzung auch die Rechtsanwendung, wobei letztere in der Praxis (namentlich in Bezug auf die Anzahl von Autonomiebeschwerden) im Vordergrund steht (A. Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, S. 22 mit Hinweisen). Der Bezirksgemeinde obliegt die Festsetzung des jährlichen Voranschlages und der Bezirkssteuern (§ 83 lit. g Kantonsverfassung, KV, wiederholt in § 7 Abs. 1 lit. e GOG), wobei das aneinander gekoppelte Sachgeschäft Voranschlag / Steuerfuss nicht an die Urnenabstimmung weitergeleitet werden darf, sondern im Versammlungssystem zu beschliessen ist (§ 72 Abs. 3 KV). § 2 des Steuergesetzes (StG, SRSZ 172.200) führt unter den Körperschaften, denen Steuerhoheit zukommt, auch die Bezirke auf und § 3 Abs. 2 StG normiert, dass der Steuerfuss für die Einkommens-, Vermögens-, Gewinn- und Kapitalsteuern in Prozenten der einfachen Steuer festgesetzt wird. Die Steuerhoheit oder - etwas präziser formuliert - die Steuerfusshoheit ist ein wichtiger Aspekt der den Gemeinden und Bezirken zustehenden Finanzautonomie (Kenel, a.a.O., S. 193 ff. vgl. auch Thalman, a.a.O., N. 1.3, S. 45).

4.4 Der Beschwerdeführer knüpft an das Faktum, wonach an der fraglichen Budgetbezirksgemeinde lediglich 97 Stimmberechtigte (vgl. Ingress des Protokolls der Bezirksgemeinde ...) und damit weniger als 3 Promille der Stimmberechtigten des Bezirks Schwyz teilgenommen haben, die Folgerung, der Bezirksgemeinde habe es an der faktischen Legitimität gefehlt und diese sei über den Rechtsmittelweg wiederherzustellen. Gewiss ist die zahlenmässig sehr schwache Beteiligung der Stimmberechtigten bei den Bezirks- und Gemeindeversammlungen im Kanton Schwyz im Allgemeinen und bei der Bezirksgemeinde Schwyz vom 25. November 2008 im Besonderen aus demokratischer und staatsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Indessen ist festzuhalten, dass das Schwyzerische Staatsrecht für die Gültigkeit von Gemeindeversammlungsbeschlüssen kein bestimmtes Quorum vorschreibt. Auch erlaubt es

B 7.1

die schwache Beteiligung nicht, dass das Verwaltungsgericht die ihm auferlegte Kognitionsbeschränkung beiseite schiebt und in Missachtung der der Bezirksgemeinde zustehenden Autonomie sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Bezirksgemeinde setzt. Mit dem Verbot, das Geschäft Voranschlag / Steuerfuss an die Urnenabstimmung zu überweisen, hat der kantonale Verfassungsgeber es in Kauf genommen, dass dieses Geschäft mit tieferer Beteiligung des Soveräns beschlossen wird.

4.5 Der in § 4 FHG formulierte Grundsatz des Haushaltgleichgewichts wurde schon aus dem früheren § 83 GOG (Der Steuerfuss ist so anzusetzen, dass der voraussichtliche Ertrag zusammen mit den übrigen Einnahmen zur Deckung sämtlicher Ausgaben des Voranschlages, einschliesslich der Verzinsung und Tilgung aller Schulden und der notwendigen Beiträge an die zweckgebundenen Fonds, ausreicht; aufgehoben am 26. Juni 1997) unter dem Namen "Budgetausgleich" hergeleitet, wobei die frühere Kassationsbehörde (eine der Vorgängerbehörden des Verwaltungsgerichts) in einem Entscheid vom 16. Juli 1973 festgehalten hat:

Die Gemeinde ist nicht gezwungen, die in § 83 GOG erwähnten 'übrigen Einnahmen' vollständig aufzubreuchen, bevor neue Steuern erhoben werden dürfen, sondern sie ist befugt, Einnahmen, insbesondere solche, die sich aus unvorhergesehenen Rechnungsüberschüssen früherer Jahre ergeben haben, auf mehrere Jahre zu verteilen. Dies liegt im Rahmen der in § 67 GOG enthaltenen Verwaltungsautonomie und darf als Haushaltführung 'nach gesunden Grundsätzen' gemäss § 67 Abs. 2 GOG angesehen werden (EGV-SZ 1973/74, S. 33 ff.).

Zurückkommend auf den unbestimmten Rechtsbegriff des *mittelfristigen* Ausgleichs der Laufenden Rechnung ist festzuhalten, dass im Bericht des Vorstehers der Finanzverwaltung ausgeführt wird:

Unter mittelfristig verstehen wir in der Praxis eine Zeitperiode von vier Jahren ... Über diese mittelfristige Zeitperiode hinaus ist es in der Praxis sinnvoll, eine gewisse Schwankungsreserve zu erhalten. ...

Eine klare Limite, wie hoch die Schwankungsreserve sein sollte, muss für jeden einzelnen Finanzhaushalt konkret und politisch festgelegt werden. Für den Kantonshaushalt erscheint eine Schwankungsreserve von rund 300 Mio. Franken politisch akzeptiert.

Der Bezirksrat vertritt die Auffassung, *mittelfristig* in § 4 FHG bedeute, dass die Rechnung in einer Zeitperiode von 5 - 7 Jahren ausgeglichen sein müsse. Unter Hinweis auf das Budget 2009 und die Ausgabenüberschüsse gemäss Finanzplan legt er dar, dass in den Jahren 2009 bis 2012 mit Aufwandüberschüssen von kumuliert CHF 17.8 Mio. gerechnet werde, sodass das Eigenkapital bis Ende 2012 zu einem wesentlichen Teil verbraucht sein werde. Mittelfristig werde damit durch die vom Bezirksrat verfolgte Finanzstrategie eine ausgeglichene Rechnung erreicht und von einem Verstoss gegen § 4 FHG könne keine Rede sein.

Die vom Finanzdepartement erwähnte Praxis, wonach vier Jahre als mittelfristig zu betrachten sei, findet in § 24 FHG eine Stütze, wo der finanzpolitische prognostische Zeitraum auf vier Jahre abgesteckt wird (Budgetjahr + drei anschliessende Kalenderjahre, welche bei der Finanzplanung einzubeziehen sind). Ein Anknüpfungspunkt für eine Frist von fünf Jahren findet sich in § 18 Abs. 3 FHG i.V. mit § 6 der Vollzugsverordnung zum FHG (SRSZ 153.111). In § 18 Abs. 3 FHG wird normiert, ein allfälliger Finanzfehlbetrag sei unter Berücksichtigung der Konjunkturlage *mittelfristig* abzuschreiben. In § 6 der Vollzugsverordnung wird dann der Begriff mittelfristig konkretisiert, indem vorgeschrieben wird, ein Bilanzfehlbetrag sei innert fünf Jahren abzuschreiben. Somit kann als mittelfristig im Sinne von § 4 FHG ein Zeitraum von vier bis fünf Jahren angesehen werden.

Unter den Vorbehalten,

- dass das Institut der Schwankungsreserve vertretbar ist (vgl. Erw. 5 nachfolgend)
- und der Bezirksgemeinde nicht ein im Rahmen einer Beschwerde nach § 95 durch das Verwaltungsgericht korrigierbarer Verstoss gegen den Grundsatz der Budgetwahrheit vorzuwerfen ist (vgl. Erw. 6 nachfolgend),

ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Bezirksgemeinde weder ein Verstoss gegen § 4, noch ein solcher gegen § 25 FHG vorzuhalten ist.

5. Im Bericht des Finanzdepartementes wird ausgeführt, es sei sinnvoll, über die mittelfristige Haushaltsgleichgewichtsperiode hinaus eine gewisse *Schwankungsreserve* zu halten, deren Höhe für jeden einzelnen Finanzhaushalt konkret und politisch festzulegen sei. Die öffentlichrechtlichen Körperschaften des Kantons Schwyz (Kanton, Bezirke, Gemeinden) erfreuen sich derzeit und teilweise bereits seit längerem im Allgemeinen einer gesunden Finanzlage und verfügen grossmehrheitlich über Eigenkapital (teilweise in beträchtlichem Umfang). Auf dem Hintergrund dieser Situation hat sich die Praxis entwickelt, eine Schwankungsreserve zu halten. So strebt der Kanton eine Schwankungsreserve von rund CHF 300 Mio. an, was rund 30 % des Totalaufwandes der Laufenden Rech-

B 7.1

nung des Kantons entspricht (vgl. Bericht Finanzdepartement Ziff. 1; Staatsrechnung 2007 mit einem Aufwand von CHF rund 966 Mio; Voranschlag 2009 mit einem Gesamtaufwand von CHF 1.1 Mia.), wobei er aktuell dieses Ziel von oben anpeilen kann. Der Bezirksrat Schwyz und mit Genehmigung von Budget 2009 und Finanzplan 2010 - 2012 auch die Legislative des Bezirks (die Bezirksgemeinde) wollen ebenfalls eine Schwankungsreserve halten, wobei eine Spannweite von 20 % (Obergrenze) und von 5 % (Untergrenze) des jährlichen Bruttoaufwandes angestrebt wird. Auch der Bezirk Schwyz ist in der grundsätzlich glücklichen Situation, dieses Ziel von oben her angehen zu können. Eine Schwankungsreserve wird weder für die dem FHG unterstellten Gemeinwesen noch für den Kanton gesetzlich vorgeschrieben (vgl. für den Kanton die Verordnung über den Finanzhaushalt, FHV, SRSZ 144.110). Der Begriff findet sich auch weder im FHG, noch in der FHV. Die Schwankungsreserve stellt indessen eine Konkretisierung der Eigenkapitalbewirtschaftung dar bzw. sie ist ein finanzpolitisches Führungsinstrument, und ist (in vernünftigen Ausmass) nicht nur gesetzeskonform, sondern vor allem auch bundesverfassungskonform, erlaubt sie es dem Gemeinwesen doch in Befolgung von Art. 100 Abs. 4 BV in der Einnahmen- und Ausgabenpolitik die Konjunkturlage zu berücksichtigen. Insbesondere verhindert dieses Instrument eine Steuererhöhung im wirtschaftlich ungünstigsten Zeitpunkt, weil eben ein Aufwandüberschuss in der Laufenden Rechnung budgetiert werden darf, wenn er durch eine entsprechende Entnahme aus dem Eigenkapital finanziert werden kann (vgl. § 25 Abs. 2 FHG). Befürwortet wird die Schwankungsreserve unter dem Begriff "Deckungsreserve" auch von Thalmann, a.a.O., N. 3 S. 399.

6.1 Der Beschwerdeführer führt zutreffend aus, dass die vereinnahmten kumulierten Nettosteuererträge in den vier letzten Jahren 2004 - 2007 (= vier letzte abgeschlossene Rechnungsjahre im Zeitpunkt der Budgetierung 2009 und der Budgetgemeinde 2009) die Budgets dieser vier Jahre um insgesamt CHF +18.3 Mio. überstiegen haben, dass zusätzliche Abschreibungen von CHF 5.8 Mio. getätigt wurden und dass in diesem Zeitraum ein Eigenkapital von rund CHF 20 Mio. (bzw. 19.9 Mio.) geäufnet werden konnte. Er wirft der Vorinstanz bzw. dem das Budget vorbereitenden Bezirksrat vor, er habe in den jüngsten Jahren im Budget jeweils viel zu tief gestapelt und damit (gezielt und absichtlich) massiv Steuern auf Vorrat erhoben, was zu den einschlägigen schwyzerischen Haushaltvorschriften im Widerspruch stehe.

6.2 Nach dem Grundsatz der Budgetwahrheit sind auf der Grundlage des bisherigen Bedarfs und der Beurteilung neuer Bedürfnisse sowie der Entwicklung der wirtschaftlichen Lage (Steuersubstrat) die Budgetposten

möglichst genau zu ermitteln, wobei der Genauigkeitsgrad sinkt, je früher die Unterlagen vor dem Beginn des Haushaltjahres beschafft werden müssen (Thalmann, a.a.O., N.2.6 zu § 132, S. 392). Die Budgetierung eines Ertragsüberschusses widerspricht dem Grundsatz des Budgetausgleichs wie er in § 25 Abs. 2 Satz 1 FHG postuliert wird. Ein offener Verstoss gegen diesen Budgetierungsgrundsatz, d.h. die Budgetierung eines Ertragsüberschusses, ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, wird bzw. wurde doch in den letzten Jahren immer in der Laufenden Rechnung ein Defizit budgetiert (so im Voranschlag 2008 CHF 2.3 Mio. und im Voranschlag 2009 CHF 3.3 Mio.). Zur verdeckten Budgetierung eines Ertragsüberschusses wird im Kommentar Thalmann, gestützt auf einen Entscheid des (Zürcher) Regierungsrates, ausgeführt:

Er (gemeint ist der Ertragsüberschuss) soll nicht in verdeckter Form durch überhöhte Veranschlagung von Ausgaben oder zu niedrige Einschätzung des Steuerertrages erfolgen. Darauf ihr Augenmerk zu richten, ist Aufgabe der Rechnungsprüfungskommission. Setzt jedoch eine Gemeindeversammlung in voller Kenntnis der Verhältnisse ein zu pessimistisches Budget und einen zu hohen Steuerfuss fest, so verstösst sie damit weder gegen den Grundsatz der Vollständigkeit des Voranschlags noch gegen das Prinzip des Budgetausgleichs (Thalmann, a.a.O., N. 3 zu § 133 S. 399).

Der Steuerfuss im Bezirk Schwyz wurde durch die Bezirksgemeinde für die letzten Jahre wie folgt festgesetzt:

für 2003 95 % (0.95 Einheiten)	für 2004 80 % (0.8 Einheiten)
für 2005 85 % (0.85 Einheiten)	für 2006 85 % (0.85 Einheiten)
für 2007 80 % (0.80 Einheiten)	für 2008 65 % (0.65 Einheiten)
für 2009 65 % (0.65 Einheiten)	

(Quelle: Der Kanton Schwyz in Zahlen, hrsg. von der Schwyzer Kantonalbank; Homepage Kanton Schwyz, Finanzen, Steuerfüsse; Zusammenstellung Finanzdepartement vom 14.01.2009 Steuerfüsse 2009 im Kanton Schwyz).

Zwischen 2003 und 2008 resultierte somit eine Reduktion des Steuerfusses um 0.30 Einheiten (31.6 % gerechnet vom Ausgangssteuerfuss von 95 %). Beim Vorwurf der Tiefstapelei bzw. des Pessimismus bei der Schätzung der Steuererträge ist in Betracht zu ziehen:

- Neben der Budgetwahrheit wird von den Finanzverantwortlichen auch der Grundsatz der Budgetierungsvorsicht gepflegt, d.h. es wird so budgetiert, dass in der Regel die Rechnung in der Tendenz etwas besser, jedenfalls aber nicht schlechter abschliesst, als dies im Budget prog-

B 7.1

nostiziert worden war. Der Grundsatz der Budgetierungsvorsicht findet sich nicht direkt im FHG, wohl aber indirekt, indem das Gesetz mehrfach den Begriff des Eigenkapitals erwähnt (§§ 10, 12, 16, 17 und 25). Nachdem der Voranschlag grundsätzlich ausgeglichen zu gestalten ist (vgl. § 25 Abs. 2 Satz 1 FHG), ist die - wie dargelegt in gewissem Umfang erwünschte - Eigenkapitalbildung nur möglich, wenn die Rechnung (zumindest mitunter) besser abschliesst als dies im Voranschlag prognostiziert worden ist. Dieser Effekt lässt sich aber bei einer (zu) optimistischen Budgetprognose nicht erreichen.

- Der Voranschlag ist eine Schätzung, eine Prognose. Wie andere Prognosen auch (Konjunkturprognosen; Bevölkerungsentwicklungsprognosen insbesondere Immigrationsprognosen; Klimaentwicklungsprognosen usw.), sind solche Vorhersagen immer mit Schätzungen und Annahmen und damit mit Unsicherheitsfaktoren verbunden. Beim Voranschlag eines Bezirkes gilt dies insbesondere für die Ertragsseite und hier wiederum für die Erträge aus den Bezirkssteuern als weitaus bedeutendster Ertragsquelle. Insbesondere bei den Steuereingängen aus früheren Jahren (zurückzuführen auf zeitliche Verzögerungen bei der Einreichung von Steuererklärungen [Fristerstreckungen] und ausstehende definitive Steuerveranlagungsverfügungen) ist ein erheblicher Ungewissheitsfaktor vorhanden, wobei sich diese Steuernachträge tendenziell stärker auf grössere (und damit für den Steuerertrag gewichtigere) Steuerzahler beziehen.
- Bei der Budgetierung ergibt sich bei den Mehrgemeindebezirken (insbesondere beim Bezirk Schwyz mit 15 Gemeinden) insoweit eine gewisse Erschwernis, als die Bezirke nicht ins Steuerdeklarations- und Steuerbezugsverfahren involviert sind (vgl. Steuerbezugsverordnung, SRSZ 172.21, besonders §§ 3 ff.), sodass sie bei der Steuerfakturierung des laufenden Jahres im Hinblick auf die Budgetierung für das kommende Jahr nicht (immer) auf dem gleichen Informationsstand sind wie die Gemeinden.
- Der Beschwerdeführer begründet den Vorwurf der "Budgettiefstapelei" mit einem Rückblick auf die vier Rechnungsjahre 2004 bis 2007 und einer Prognose für das Jahr 2008 (welche zwischenzeitlich durch den Rechnungsabschluss 2008 mehr als vollumfänglich bestätigt worden ist). Für das bessere Verständnis der Budgetierungs- und Steuerfussfestsetzungspraxis der Vorinstanz ist aber das Rechnungsjahr 2003 miteinzubeziehen. In diesem Jahr schloss die Rechnung deutlich schlechter ab als budgetiert und es resultierte ein Finanzfehlbetrag. Dieses etwas "traumatische" Erlebnis führte dazu, dass der Steuerfuss 2005 erhöht wurde (Bekanntwerden der Rechnung 2003 im Frühjahr 2004 und damit budgetmässig frühestmögliche Reaktion im Herbst 2004 im Hinblick auf das Budget 2005, vgl. die Steuerfüsse des Be-

zirks in Erw. 6.2, S.13). Dass das Rechnungsergebnis 2003 nachwirkte und die Finanzverantwortlichen des Bezirks vorerst mit dem von 2007 auf 2008 stark herabgesetzten Steuerfuss ein durch eine Bezirksrechnung (Rechnungsjahr 2008) verifiziertes Ergebnis abwarten wollten, bevor eine weitere Steuerfussreduktion und deren mittelfristige Auswirkungen ins Auge gefasst wurden, ist nicht nur psychologisch verständlich, sondern auch sachlich nachvollziehbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorinstanz und ihren Finanzverantwortlichen nicht ein übertriebener Budgetierungspessimismus vorgeworfen werden kann. Insbesondere erachtet das Gericht den Vorwurf nicht als erstellt, dass die Vorinstanz bewusst und systematisch den Steuerertrag zu tief einsetzte (einschätzte), um ein hohes Eigenkapital zu generieren. Ob, wenn dies zu bejahen wäre, der Zürcher-Praxis zu folgen wäre (vgl. Zitat in Erwägung 6.2) oder eine Kassation des Budgets / Steuerfusses vorzunehmen wäre, kann bei dieser Sachverhaltswürdigung offen bleiben.

(VGE III 2008 227 vom 8. April 2009).

7.2 Stimmrechtsbeschwerde

- *Die Delegation von Ausgabenkompetenzen an ein Organ eines Zweckverbandes (in casu: Abwasserverband Schwyz) ist mit dem Schwyzerischen Verfassungs- und Gesetzesrecht vereinbar.*
- *Bei ganzheitlicher Betrachtung der Statuen und unter Miteinbezug der bisherigen Praxis kann die Delegation der Ausgabenkompetenz an den Verband und somit das Recht des Verbandsvorstandes, über grössere Investitionsprojekte (in casu: Erneuerung der 1970 erstellten Kläranlage Schwyz mit Biofiltration) zu entscheiden, bejaht werden. Damit haben die diesem Zweckverband angeschlossenen Gemeinden für ihren Anteil an den erwähnten Ausbaukosten ihren Stimmberechtigten keine separate Kreditvorlage zu unterbreiten.*

(VGE III 2008 203 vom 15. Januar 2009).

7.3 Stimmrechtsbeschwerde

- *Verhältnis zwischen stimmrechtlichen und planungsrechtlichen Rügen im Kontext mit einer Planungsinitiative (Umzonungsinitiative).*
- *Beteiligungs- bzw. Beschwerdemöglichkeiten der Initianten und Stimmberechtigten bei Beanstandung der Umsetzung einer Planungsinitiative.*

B 7.3

Aus den Erwägungen:

3.5 Sodann hat der Regierungsrat auch verneint, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 wie ein Privater betroffen und aus diesem Grund zur Beschwerde legitimiert ist. Hierzu bedarf es gemäss § 37 Abs. 1 VRP namentlich eines schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung. Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine betroffene Person geltend machen kann; es braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht überein zu stimmen. Immerhin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Popularbeschwerden sind nicht zulässig (Marantelli-Sonanini/Huber, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 11). Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist (VGE III 2008 239 vom 23. Februar 2009, Erw. 2.3, mit Hinweisen auf BGE 127 V 80 E. 3 S. 82; 125 II 497 E. 1a/bb S. 499; BGE 130 II 514 E. 1 S. 516; BGE 131 II 587 E. 2.1; EGV-SZ 2005, B 8.3, Erw. 4.2).

Im Zonenplanverfahren muss sich das geltend gemachte Interesse auf die Zonenordnung beziehen, d.h. der Beschwerdeführer muss aus bestimmten Gründen ein *praktisches* oder *rechtliches Interesse an einer bestimmten Zonenordnung geltend machen* und *stärker als jedermann* betroffen sein. Das Bestehen eines solchen Interesses – das beispielsweise dann bejaht werden könnte, wenn sich der Beschwerdeführer als Grundeigentümer eines benachbarten Grundstücks durch die geplante Zonenordnung beeinträchtigt sieht - wird vom Beschwerdeführer Ziffer 1 weder geltend gemacht noch nachgewiesen. Die Tatsache allein, dass die Präsidentin des Beschwerdeführers Ziffer 1 die Umzonungsinitiative eingereicht hat bzw. dass behauptet wird, der Gemeinderat habe das Stimmrecht verletzt, begründet kein schutzwürdiges Interesse an einer bestimmten Zonenordnung. Wie der Regierungsrat zutreffend ausführt, wäre sonst jeder im betreffenden Gemeinwesen Stimmberechtigte zur Nutzungsplanbeschwerde legitimiert, was einer Popularbeschwerdebefugnis gleich kommen würde.

(...).

4.4 Planungsinitiativen werden im Nutzungsplanerlassverfahren gemäss kantonalem PBG umgesetzt (vgl. § 25 ff. PGB). Der Anstoss zu einer Planänderung findet sich zwar in der Initiative, in der Folge sind

aber – wie bei anderen Nutzungsplanänderungen – das Auflageverfahren und allfällige Einspracheverfahren vor Gemeinde- bzw. Bezirksrat sowie allfällige Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat und Verwaltungsgericht zu durchschreiten (vgl. Huwylér, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Rickenbach/Schwyz 2009, S. 93 f.). Während *jedermann* einsprachebefugt ist (§ 25 Abs. 3 PBG) und sich die Initianten und Stimmberechtigten somit im Rahmen des Einspracheverfahrens noch einbringen können, ist ihnen nach dem Gesagten (oben Erw. 3.5) der weitere Rechtsmittelweg mangels Beschwerdelegitimation verwehrt. Es stellt sich die Frage, in welcher Weise bzw. in welchem Zeitpunkt den Initianten und Stimmberechtigten eine Beteiligungs- bzw. Beschwerdemöglichkeit zum Vorbringen ihrer stimmrechtlichen Anliegen einzuräumen ist.

Das Ergebnis des Nutzungsplanerlassverfahrens, insbesondere der Einsprache- und Beschwerdeverfahren, ist oftmals nicht vorhersehbar, da unter Umständen Rechtsmittel von unterschiedlichster Seite erhoben werden und - solange nicht sämtliche Einsprachen und Beschwerden auf kantonaler Ebene abschliessend entschieden sind - Änderungen des Planes mit allfälliger Neuauflage und Wiedereröffnung des Einsprache- und Beschwerdeverfahrens (§ 26 Abs. 3 PBG) denkbar sind. In diesem Stadium der Initiativumsetzung ist denn auch kein schutzwürdiges Interesse der Stimmberechtigten ersichtlich, welches diese zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde legitimieren könnte. Die Umsetzung der Initiative ist im Gange, aber noch nicht abgeschlossen. Wohl ist eine latente Beschwer der Stimmberechtigten vorhanden, ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. § 53a WAG bzw. eine konkrete Beschwer liegt indessen angesichts des dynamischen Umsetzungsprozesses im Nutzungsplanverfahren bis zur abschliessenden Erledigung sämtlicher Einsprachen und Beschwerden auf kantonaler Ebene nicht vor.

Es ist demnach sachgerecht, bei der Umsetzung von Planungsinitiativen die abschliessende kantonale Beurteilung sämtlicher Einsprachen und Beschwerden abzuwarten und erst im Zeitpunkt der Vorlage des Entwurfs an die Gemeindeversammlung bzw. mit der Botschaft des Gemeinderates (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 1 BPG und § 18 GOG) die Stimmrechtsbeschwerde zuzulassen. An der Gemeindeversammlung sind Abänderungsanträge zu Zonen- und Erschliessungsplänen sowie den zugehörigen Vorschriften unzulässig (§ 27 Abs. 2 PBG). Der oben beschriebene kantonale Prozess, der zu wiederholten Abänderungen und Neuauflagen führen kann, ist demnach mit der Vorlage an die Gemeindeversammlung abgeschlossen. Eine eigentliche Verletzung des Stimmrechts kommt erst in diesem Zeitpunkt in Frage, selbst wenn sich die gerügte Stimmrechtsverletzung auf ein früheres Stadium (z.B. auf das Einspracheverfahren) bezieht. Dieser Verfahrensweg birgt zwar die Gefahr, dass es bei der Gutheissung einer Stimmrechtsbeschwerde unter Umständen zu weiteren

B 8.1

Verzögerungen kommt, schliesst aber auf der anderen Seite eine unnötige Verfahrensverzögerung während des Einsprache- und Beschwerdeverfahrens durch Stimmrechtsbeschwerden, welche sich aufgrund weiterer Abänderungen des Nutzungsplanes in einem späteren Stadium allenfalls erübrigen würden, aus. Zudem werden mit diesem Verfahren klare, der Rechtssicherheit dienliche Regeln aufgestellt.

4.5 Es gilt indessen, Stimmrechtsverletzungen bereits während des Auflage-, Einsprache- und Beschwerdeverfahrens so weit wie möglich zu vermeiden. Dabei ist zum einen zu beachten, dass die Planungsbehörde bei der Umsetzung von Planungsinitiativen nicht über denselben Ermessensspielraum verfügt wie im klassischen Nutzungsplanverfahren (vgl. statt vieler VGE III 2009 6 vom 28. Juli 2009, Erw. 4.2). (...). Sodann macht es Sinn, bei Nutzungsplanverfahren, welche durch Planungsinitiativen in Gang gebracht worden sind, zumindest den Initianten Gehör zu verschaffen. Ohne diese Mitwirkungsmöglichkeit wären die Initianten nach Abschluss des Einspracheverfahrens bis zur Vorlage des Nutzungsplanentwurfs an die Gemeindeversammlung wie die übrigen Stimmberechtigten vom Verfahren ausgeschlossen. Durch das Recht zur Stellungnahme im Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat und Verwaltungsgericht kann in Kenntnis aller Standpunkte entschieden und damit die Gefahr von Stimmrechtsverletzungen minimiert werden. Aus diesem Grund ist in casu die nach aussen auftretende Hauptinitiantin (...) von Amtes wegen vor Regierungsrat und vor Verwaltungsgericht in die Zonenplanbeschwerdeverfahren mit einzubeziehen, indem ihr das Recht eingeräumt wird, zur Sache Stellung zu nehmen. (...).

(VGE III 2009 101 vom 23. September 2009).

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

8.1 Erschliessungsplan

- *Basiserschliessungsanlage als verbindlicher Planinhalt im Erschliessungsplan?*

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Beschwerdeführer rügen sinngemäss, es sei unzulässig, im Erschliessungsplan Basiserschliessungsanlagen als verbindlicher Planinhalt festzulegen. ...

5.2 Demgegenüber beruft sich der Regierungsrat im angefochtenen RRB auf einen in EGV-SZ 2001 (C. 10.2) publizierten eigenen Entscheid (RRB Nr. 920/2001 vom 7. August 2001), gemäss welchem die Gemeinden und Bezirke gestützt auf § 13 Abs. 2 Strassenverordnung (StrV, SRSZ 442.110) und § 11 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung (VVzStrV) Strassen grundsätzlich im Nutzungsplanverfahren nach PBG planen. Nach § 15 Abs. 1 PBG würden zu den kommunalen Nutzungsplänen in erster Linie der Zonenplan sowie der Erschliessungsplan zählen, aber auch der Gestaltungsplan. Im Erschliessungsplan könnten nach dem massgebenden kantonalen Recht namentlich die Linienführung von Groberschliessungsstrassen und deren Anschlussstellen an das übergeordnete Strassennetz bezeichnet sowie Änderungen der Erschliessungsfunktion bestehender Verkehrsanlagen vorgenommen werden (mit Verweis auf § 23 Abs. 2 lit. a und b PBG). Diese Bestimmung lasse es ohne weiteres auch zu, im Erschliessungsplan auch neue Basiserschliessungsanlagen zu bezeichnen. Es würde denn auch wenig Sinn machen, neben dem Erschliessungsplanentwurf gleichzeitig auch einen separaten Zonenplan für die geplante neue Basiserschliessungsstrasse aufzulegen. Vielmehr liege es nahe, aus Gründen des Sachzusammenhangs die geplante neue Basiserschliessungsstrasse in einem solchen Fall im Erschliessungsplanentwurf unter der Rubrik verbindlicher Planinhalt aufzuführen. Die Mitwirkungs- und Parteirechte allfälliger Betroffener würden dadurch nicht beeinträchtigt. Ganz im Gegenteil erleichtere der Umstand, wonach Grob- und Basiserschliessungsanlagen in einem einzigen Nutzungsplan (Erschliessungsplan) enthalten seien, dem Einzelnen die Wahrung seiner Rechte.

5.3.1 Die Erschliessungsplanung ist Bestandteil der kommunalen Nutzungsplanung (§ 15 ff. PBG). § 15 Abs. 1 PBG normiert, dass die Gemeinden verpflichtet sind, Zonenpläne und Erschliessungspläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen. Gemäss § 22 Abs. 1 PBG ordnen die Gemeinden die Erschliessung der Bauzonen durch Pläne über die Verkehrsanlagen, die Wasser- und Energieversorgung und die Abwasserbeseitigung. Sie erlassen, soweit sie selbst Träger der Versorgungswerke sind, die erforderlichen Reglemente. Gemäss § 23 Abs. 1 PBG legt der Erschliessungsplan die Groberschliessung der Bauzonen gesamthaft oder für Teile davon fest. Er bezeichnet dafür die Etappen, das Aus-

B 8.1

bauprogramm und die Kosten für die einzelnen Etappen. Nach Bedarf enthält er namentlich (§ 23 Abs. 2 PBG):

- a) die Bezeichnung der grob zu erschliessenden Baugebiete mit den Anschlussstellen der Groberschliessungsstrassen an das übergeordnete Strassennetz;
- b) die Linienführung von Groberschliessungsstrassen, Fuss-, Rad-, Ski- und Schlittelwegen sowie die Lage öffentlicher Plätze (Verkehrsanlagen); dafür können auch Baulinien festgelegt werden;
- c) Baulinien für den Ausbau bestehender Verkehrsanlagen und die Änderung der Erschliessungsfunktion bestehender Verkehrsanlagen;
- d) die Linienführung der Leitungen und andere Anlagen für die Versorgung mit Wasser und Energie und für die Abwasserbeseitigung;
- e) Gleisanschlüsse und die Anschlussstellen der Fein- mit der Groberschliessung.

Sollen gleichzeitig mit der Genehmigung des Erschliessungsplanes die Ausgaben einzelner Etappen als bewilligt gelten, so sind diese Etappen zu bezeichnen und die dafür notwendigen Ausgaben anzugeben (vgl. § 23 Abs. 3 PBG). Des Weiteren wird die Groberschliessung in §§ 38 f. PBG geregelt, wonach die Gemeinden für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich sind und die Anlagen der Groberschliessung in den Erschliessungsplänen bezeichnen (Absatz 1 von § 38 PBG). Hinsichtlich der Durchführung der Groberschliessung normiert § 39 Abs. 1 PBG, dass die Gemeinde die Groberschliessung in Zusammenarbeit mit anderen Erschliessungsträgern nach Ausbauprogramm und baulicher Entwicklung durchführt. Nach § 39 Abs. 2 PBG können bauwillige Grundeigentümer mit der Gemeinde die vorzeitige Erschliessung vereinbaren. Erschliesst die Gemeinde die Bauzonen nicht fristgerecht, so können die Grundeigentümer die Erschliessung nach den durch die Gemeinde genehmigten Plänen selbst vornehmen oder bevorschussen (§ 39 Abs. 3 Satz 1 PBG). Im Übrigen erhebt die Gemeinde nach § 44 Abs. 1 PBG von den Eigentümern der Grundstücke, denen durch die Erstellung oder den Ausbau von Groberschliessungsstrassen ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst, angemessene Beiträge. Die Strassenerschliessungsbeiträge sind auf die Grundeigentümer nach Massgabe der ihnen erwachsenden Sondervorteile und unter Berücksichtigung allfälliger Nachteile zu verlegen (§ 45 Abs. 1 Satz 1 PBG). Der Gemeinderat stellt einen Beitragsplan auf, bezeichnet darin den Kreis der beitragspflichtigen Grundeigentümer und legt die Treffnisse der einzelnen Grundeigentümer fest (vgl. § 45 Abs. 2 PBG).

5.3.2 Im Entscheid VGE 921+926/04 vom 24. März 2005 führte das Verwaltungsgericht u.a. aus, dass der Erschliessungsplan als Hilfsmittel zur Erschliessung der Bauzonen dient. Es geht darum, dass die in den Nutzungsplänen ausgeschiedenen Bauzonen auch überbaut werden können. Die Ordnung des übergeordneten Strassennetzes (Basiserschliessung) ist demgegenüber grundsätzlich nicht Gegenstand des Erschliessungsplanes. Nur soweit im Erschliessungsplan Anschlussstellen von Groberschliessungsstrassen an das übergeordnete Strassennetz bezeichnet werden (§ 23 Abs. 2 lit. a PBG), können Bestandteile der Basiserschliessung zum verbindlichen Erschliessungsplaninhalt gezählt werden (vgl. VGE 921+926/04 vom 24. März 2005, Erw. 6.1, Prot. S. 310, mit Hinweisen auf VGE 1043-1046/02 vom 17. April 2003, Erw. 6a; VGE 1035+1036/04 vom 15. September 2004, Erw. 2.1).

5.3.3 Im erwähnten Entscheid 921+926/04 vom 24. März 2005 hielt das Verwaltungsgericht des Weiteren u.a. fest,

- dass als Groberschliessungsstrassen in der Regel Strassen einzustufen sind, die den Verkehr der Feinerschliessungsstrassen sammeln und ihn dem übergeordneten Strassennetz (Haupt- und Verbindungsstrassen) zuführen (§ 2 Abs. 2 lit. a der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen, SRSZ 400.220),
- dass die Gemeinde die Groberschliessung in Zusammenarbeit mit anderen Erschliessungsträgern nach Ausbauprogramm und baulicher Entwicklung durchführt (§ 39 Abs. 1 PBG),
- dass sich das Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen der Groberschliessung nach dem PBG (§ 39 Abs. 5 PBG) und nicht nach dem Strassenrecht (§ 15 StrV) richtet. Mit der PBG-Revision per 1. Januar 1997 wurde hinsichtlich Planung, Bau und Finanzierung der Groberschliessungsstrassen eine genaue Abgrenzung zum Strassenrecht vorgenommen. Planung und Bau von Groberschliessungsstrassen, die von den Gemeinden im Erschliessungsplan zu bezeichnen sind, richten sich nunmehr ausschliesslich nach dem Planungs- und Baugesetz. Das heisst Groberschliessungsstrassen sind im Erschliessungsplan zu bezeichnen bzw. zu planen und deren Bau bzw. Ausbau bedarf einer Baubewilligung nach PBG. Beim Bau von Groberschliessungsstrassen ist damit anschliessend an das Planungsverfahren kein Projektgenehmigungsverfahren, sondern ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen,
- dass sich weder im Bundesrecht noch im kantonalen Recht eine exakte Abgrenzung zwischen der Basiserschliessung und der Groberschliessung findet. In der juristischen Literatur wird unter Basiserschliessung die Versorgung eines grösseren zusammenhängenden Gebiets mit übergeordneten Anlagen wie Hauptstrassen, Eisenbahnlinien, Wasser-

B 8.1

versorgungs- und Elektrizitätswerken, Abwasserreinigungsanlagen etc. verstanden (vgl. Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Rz. 571),

- dass das Verwaltungsgericht wiederholt festgehalten hat (vgl. VGE 902/01 vom 18. Januar 2002, Erw. 5 e und f; VGE 900/01 vom 18. Januar 2002), dass die Frage, ob eine Strasse zur Basiserschliessung oder zur Groberschliessung gehört, in erster Linie nach den planungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen zu beurteilen ist, zumal der Erschliessungsplan ein Instrument des Raumplanungsrechts ist,
- dass bei den Abgrenzung zwischen Basis- und Groberschliessung insbesondere folgende Beurteilungsgrundsätze zu berücksichtigen sind:
 - dass weder das Eigentum an einer Strasse noch deren Einteilung nach dem Strassenrecht für die Qualifikation als Basis- oder Groberschliessung ausschlaggebend ist, sondern in erster Linie deren *Nutzung bzw. Funktion*,
 - dass die Hauptstrassen von ihrer Funktion und Nutzung her immer zur Basiserschliessung gehören,
 - dass die Bezeichnung einer Strasse als Verbindungsstrasse nicht zwingend die Zuordnung zur Basiserschliessung bewirkt, indessen ein gewichtiges Indiz für diese Zuordnung darstellt, da Funktion und Verkehrsbelastung auch wesentliche Kriterien für die Qualifikation als Verbindungsstrasse sind, weshalb Verbindungsstrassen im Regelfall ebenfalls zur Basiserschliessung zu zählen sind,
 - und dass Nebenstrassen (im Sinne von § 7 StrV: alle übrigen öffentlichen Strassen) in der Regel wohl zur Groberschliessung gehören, wobei eine andere Zuordnung (namentlich zur Basiserschliessung) nicht ausgeschlossen ist.

5.3.4 Gemäss Art. 1 des am 21. April 1998 vom Regierungsrat genehmigten Reglements zum Erschliessungsplan der Gemeinde ... (nachfolgend Regl.EP) bezwecken das Reglement zum Erschliessungsplan und der Erschliessungsplan die Sicherstellung der Groberschliessung von Bauzonen durch die Gemeinde, die Etappierung und Reihenfolge der Groberschliessung anhand eines Ausbauprogrammes und die Festsetzung des Kostenanteils für die einzelnen Verkehrsanlagen. Nach Art. 4 Ziff. 2 Regl.EP legt die Erschliessungsplanung verbindlich fest (verbindlicher Inhalt): die Anlagen der Groberschliessung (Verkehrsanlagen, Wasser- und Energieversorgung und Abwasserbeseitigung), die Ausbautappen und den Kostenanteil der Gemeinde an die Verkehrsanlagen. Gemäss Art. 4 Ziff. 3 Regl.EP orientiert der Erschliessungsplan über die Basiserschliessung von Verkehrsanlagen und über weitere Punkte nach Bedarf (orientierender Planinhalt). Als geplante Groberschliessungsstrassen werden die generellen Linienführungen von neuen Sammelstrassen be-

zeichnet (Art. 6 Ziff. 2 Regl. EP). Die geplanten Groberschliessungsstrassen werden durch die Gemeinde, mit Beiträgen von Privaten nach Etappen und Ausbauprogramm erstellt (Art. 6 Ziff. 3 Regl. EP).

5.3.5 In der vom 2. Februar 2007 bis zum 5. März 2007 öffentlich aufgelegten überarbeiteten Version des Regl. EP (nachfolgend „Entwurf EP-Regl.“ bezeichnet) wird in Art. 1 der Zweck dahingehend ausgeweitet, dass auch die Sicherstellung der kommunalen Basiserschliessung sowie die Etappierung und Reihenfolge der kommunalen Basiserschliessung (als verbindlicher Planinhalt) vorgesehen ist. Nach Art. 4 Ziff. 2 Entwurf EP-Regl. legt die Erschliessungsplanung auch die Anlagen der kommunalen Basiserschliessung verbindlich fest. Art. 7 Entwurf EP-Regl. mit dem Randtitel „Kommunale Basiserschliessungsanlagen“ lautet wie folgt: Die im Erschliessungsplan verbindlich festgelegten kommunalen Basiserschliessungsanlagen umfassen übergeordnete Strassen, Wege und Versorgungsanlagen (Ziff. 1). Als geplante kommunale Basiserschliessungsanlagen und Basiserschliessungswege werden die generellen Linienführungen von neuen oder auszubauenden Basiserschliessungsstrassen bezeichnet (Ziff. 2). Die geplanten kommunalen Basiserschliessungsanlagen und Basiserschliessungswege werden durch die Gemeinde erstellt (Ziff. 3). (...).

5.4.1 Eine Auswertung dieser dargelegten Grundlagen führt zum Ergebnis, dass der kommunale Erschliessungsplan nach §§ 22 f. PBG eindeutig auf der Groberschliessung der auf Gemeindegebiet liegenden Bauzonen ausgerichtet ist und dass es somit in diesem Erschliessungsplan grundsätzlich nicht um die Basiserschliessung geht. In diesem Sinne bilden in aller Regel ausschliesslich die Anlagen der Groberschliessung und nicht diejenigen der Basiserschliessung Gegenstand des verbindlichen Planinhaltes eines kommunalen Erschliessungsplanes (hinsichtlich der Abweichung von diesem Grundsatz bezüglich kommunaler Basiserschliessungsanlagen siehe nachfolgende Ergänzungen in den Erwägungen 5.4.3 - 5.4.5).

5.4.2 Was die Abgrenzung zwischen Basis- und Groberschliessungsanlagen anbelangt, ist weiterhin an die oben in Erwägung 5.3.3 dargelegten, im Entscheid 921+926 vom 24. März 2005 aufgelisteten Kriterien anzuknüpfen. Namentlich gilt nach § 2 Abs. 2 lit. a der kantonsrätlichen Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen (GrBeiV, SRSZ 400.220), dass als Groberschliessungsstrassen in der Regel Strassen einzustufen sind, die den Verkehr der Feinerschliessungsstrassen sammeln und ihn dem übergeordneten Strassennetz (Haupt- und Verbindungsstrassen) zuführen. Beim im Vordergrund stehenden Kriterium der

B 8.1

Funktion bzw. Nutzung einer Erschliessungsanlage sind insbesondere die anfallenden bzw. zu erwartenden Verkehrsmengen von Bedeutung.

5.4.3 In Erwägung 6.1 des angefochtenen RRB's Nr. 51/2009 vom 20. Januar 2009 erläuterte der Regierungsrat die Gründe, welche ihm damals Anlass gegeben hatten, im Beschluss Nr. 920/2001 vom 7. August 2001 festzuhalten, dass es zulässig sei, in einem kommunalen Erschliessungsplan auch kommunale Basiserschliessungsanlagen als verbindlicher Planinhalt festzulegen. Zudem wies der Regierungsrat darauf hin, dass der in EGV-SZ 2001 (Nr. C. 10.2) publizierte RRB vom Verwaltungsgericht mit Entscheid VGE 902/01 vom 18. Januar 2002 bestätigt worden sei.

Es trifft zu, dass der erwähnte RRB Nr. 920/2001 Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens 902/2001 gebildet hatte. Die Ausgangslage bestand in jenem Fall darin, dass im ersten Erschliessungsplan-Entwurf zwischen einer Verbindungsstrasse nach § 6 StrV und einer Hauptstrasse nach § 5 StrV eine weitere Verbindungsstrasse nach § 6 StrV vorgesehen war; diese Strassenverbindung wurde als Groberschliessungsanlage bezeichnet. Der Regierungsrat führte im RRB Nr. 920/2001 vom 7. August 2001 u.a. aus, dass diese durchgehende Strasse aber Basiserschliessungsfunktion hätte; die Groberschliessungsfunktion wäre nur von untergeordneter Bedeutung, weil für die Groberschliessung der umliegenden Bauzonen gar keine durchgehende Strasse erforderlich wäre. Kernpunkt des regierungsrätlichen Rückweisungsentscheides bildete die Feststellung, wonach die Erstinstanz entscheiden müsse, ob die Strasse als durchgehende Verbindung erstellt werden solle und somit als Basiserschliessungsstrasse einzustufen sei, oder ob sie an der im Erschliessungsplan getroffenen Bezeichnung als Groberschliessungsstrasse festhalte und auf einen durchgehenden Ausbau der Strasse verzichten wolle (vgl. zit. RRB Nr.920/2001 vom 7. August 2001, Erw. 8.3.3).

Dieser Beurteilung des Regierungsrates schloss sich das Verwaltungsgericht im Entscheid VGE 902/01 vom 18. Januar 2002 an, wobei im Beschwerdeentscheid unter Hinweis auf das Ermessen der erstinstanzlichen Planungsinstanz ausdrücklich festgehalten wurde, der Regierungsrat habe im Rahmen der Rückweisung der Erstinstanz die *Wahl* belassen, ob sie die Strasse als Grob- oder als Basiserschliessungsstrasse konzipieren wolle. Allerdings wurde diese Wahlfreiheit dahingehend eingeschränkt, dass bei der Wahl einer durchgehenden Verbindung (welche teure Kunstbauten, eine Strassenbreite von 6 m mit Trottoir sowie Lärmschutzmassnahmen etc. miteinschliesse), eine Zuordnung zur Basiserschliessung unumgänglich sei, während bei einem Verzicht auf eine Anbindung dieser Strasse an die Hauptstrasse nach § 6 StrV die Qualifikation als Groberschliessungsstrasse einer Überprüfung standhalte.

An diese im ersten Verfahrensgang getroffene Abgrenzung zwischen Basis- und Groberschliessung hinsichtlich der Konzeption der betreffenden Strasse hat das Verwaltungsgericht im Folgeentscheid 919/04 vom 24. März 2005 ausdrücklich festgehalten, in welchem es darum ging, dass die Erstinstanz im überarbeiteten Erschliessungsplan-Entwurf weiterhin eine durchgehende Strassenverbindung plante und diese nun als Basiserschliessungsanlage bezeichnete, unter anderem mit dem Verweis auf verkehrsplanerische Absichten, den Dorfkern zu umfahren bzw. zu entlasten (vgl. VGE 919/04 vom 24. März 2005, Erw. 2.1 und 2.2). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass weder in diesem Entscheid VGE 919/04 noch im ersten Entscheid VGE 902/01 (welcher die gleiche Strasse betraf) ausdrücklich die Frage thematisiert wurde, ob es überhaupt zulässig sei, eine kommunale Basiserschliessungsanlage als verbindlicher Planinhalt eines kommunalen Erschliessungsplanes festzulegen. Ein solches Vorgehen wurde lediglich konkludent akzeptiert, indem das Verwaltungsgericht die Beschwerde gegen den RRB Nr. 532 vom 22. August 2002 im Ergebnis abgewiesen hat. In diesem RRB Nr. 532 hatte der Regierungsrat den Beschluss der Erstinstanz geschützt, die in Frage stehende Strassenverbindung, welche nun als teilweise bestehende und teilweise neu zu erstellende Basiserschliessungsanlage bezeichnet wurde, als verbindlichen Planinhalt in den kommunalen Erschliessungsplan aufzunehmen.

5.4.4 Im Lichte dieser dargelegten faktischen Rechtsentwicklung, wonach der kantonale Gesetzgeber bezüglich Strassenverbindungen für den motorisierten Verkehr als verbindlichen Planinhalt der kommunalen Erschliessungspläne nach § 23 PBG an sich die Groberschliessungsstrassen vor Augen hatte, indessen in der Praxis in der Folge auch die Aufnahme einer kommunalen Basiserschliessungsanlage in den kommunalen Erschliessungsplan toleriert wurde, ist hier festzuhalten, dass es im Einklang mit dem Regierungsrat beachtenswerte Gründe gibt, im gleichen (Erschliessungs-)Planwerk verschiedene Strassentypen als verbindlichen Planinhalt aufzunehmen, mithin nicht nur eine Groberschliessungsstrasse, sondern auch eine kommunale Basiserschliessungsanlage im kommunalen Erschliessungsplan verbindlich festgelegt werden darf, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden (siehe nachfolgend). Für diese in der Praxis entwickelte Lösung sprechen namentlich folgende Aspekte. Der kantonale Gesetzgeber hat mit der Formulierung in der Einleitung zu Absatz 2 von § 23 PBG („Nach Bedarf enthält er [d.h. der Erschliessungsplan] namentlich ...“) zum Ausdruck gebracht, dass seiner Auflistung kein abschliessender Charakter zukommt. Beizupflichten ist den Ausführungen im angefochtenen Entscheid, wonach der (Grob-)Erschliessungsplan als solcher bei seiner Einführung (1988)

B 8.1

nicht auch als Plan für die Basiserschliessung gedacht war, sondern erst mit der Revision der Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV, SRSZ 442.110), die für die Planung der Basiserschliessung auf das kommunale Nutzungsplanverfahren verweist (§ 13 Abs. 2 StrV), wegen der Parallelität der Verfahren (öffentliche Auflage, gleiches Einsprache- und Rechtsmittelverfahren, Volksabstimmung, Genehmigung) der Anlass gegeben war, den Erschliessungsplan auch für die Basiserschliessung zu öffnen. Es ist rechtlich vertretbar und macht auch Sinn davon abzusehen, dass neben dem Erschliessungsplanentwurf gleichzeitig auch ein separater Nutzungsplanentwurf für eine geplante neue kommunale Basiserschliessungsanlage aufgelegt werden muss. Es lassen sich für die Aufnahme von kommunalen Basiserschliessungsstrassen nebst Groberschliessungsstrassen im gleichen Planwerk vor allem Gründe der Koordination, Transparenz und Verfahrensökonomie anführen. Allerdings ist in diesem (gemeinsamen) Planwerk klarzustellen, dass es um verschiedene Erschliessungsanlagen mit unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen geht. Der aus planerischer Sicht vertretbaren bzw. in Anbetracht des Koordinationsaspekts sinnvollen gemeinsamen Behandlung von Grob- und kommunaler Basiserschliessung im gleichen Planwerk (EP) steht allerdings ein Manko beim Element der demokratischen Mitwirkung gegenüber, indem mit einem solchen Vorgehen ein einziger Zustimmungskredit sowohl für Groberschliessungs- als auch für kommunale Basiserschliessungsanlagen anfällt. Indessen wiegt dieses Manko deshalb nicht besonders schwer, weil für die Realisierung einer kommunalen Basiserschliessungsanlage - anders als bei ausgabebewilligten Groberschliessungsanlagen (siehe § 23 Abs. 1 und 3 PBG) - stets noch eine separate Ausgabenbewilligung vorliegen muss (was in aller Regel mit der Einholung eines Verpflichtungskredites bzw. Zustimmung zu einem Verpflichtungskredit zu erfolgen hat, nachdem ein Voranschlagskredit nur ausnahmsweise ausreichen wird, vgl. dazu §§ 30 ff. Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden, FHG, SRSZ 153.100). Ein weiterer Unterschied bei den rechtlichen Folgen zwischen Groberschliessungsanlagen einerseits und Basiserschliessungsanlagen andererseits ist darin zu erblicken, dass für bestehende Basiserschliessungsstrassen, welche geändert oder ausgebaut werden sollen, gemäss § 14 StrV kein Nutzungsplanverfahren nötig ist, sondern vielmehr - mit Zustimmung des kantonalen Amtes - die beabsichtigten Veränderungen an der bestehenden Basiserschliessungsstrasse direkt im Projektgenehmigungsverfahren nach den §§ 15 ff. StrV behandelt werden können. Demgegenüber ist für die Vornahme von Änderungen an einer im Erschliessungsplan enthaltenen Groberschliessungsstrasse eine entsprechende Revision des Erschliessungsplanes durchzuführen, es sei denn, es handle sich um eine geringfügige Korrektur einer unzumessigen Planfestlegung im Sinne

von § 29 Abs. 2 PBG (in der Fassung vom 18. Juni 2008), für welche der Gemeinderat (nach vorgängiger Anhörung der Betroffenen) zuständig ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass alle Grundeigentümer, die durch die Erstellung oder den Ausbau einer Groberschliessungsstrasse einen wirtschaftlichen Sondervorteil erlangen, sich an den Erstellungskosten zu beteiligen haben (vgl. §§ 44 ff. PBG i.V.m. §§ 3 ff. der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen, SRSZ 400.220), derweil die kantonale Gesetzgebung für Basiserschliessungsstrassen keine solche Kostenbeteiligung der Grundeigentümer vorsieht.

5.4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es im dargelegten Sinn zulässig ist, ein kommunales Basiserschliessungsvorhaben durch eindeutige separate Kennzeichnung in einem gemeindeeigenen Erschliessungsplan als verbindlichen Planinhalt zu erklären, wobei die Planlegende und die dazugehörigen Reglementsbestimmungen eine klare Unterscheidung vornehmen und aufzeigen müssen, dass eine allfällige gleichzeitig mit der Genehmigung des Erschliessungsplanes vorgesehene und auf § 23 Abs. 3 PBG abgestützte Ausgabenbewilligung für einzelne Etappen sich auf Groberschliessungsstrassen bezieht, mithin für die Realisierung einer allfälligen im Erschliessungsplan als verbindlichen Planinhalt aufgenommenen kommunalen Basiserschliessungsanlage noch eine Ausgabenbewilligung (d.h. i.d.R. ein Verpflichtungskredit) einzuholen ist.

(VGE III 2009 41+42 vom 28. Juli 2009).

8.2 Erschliessungsplan

- *Linienführung einer Groberschliessungsstrasse im Erschliessungsplan: Wann genügt eine ungefähre Linienführung, wann ist eine verbindliche Festlegung notwendig?*

Aus den Erwägungen:

3.2.1 Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 PBG legt der Erschliessungsplan die Groberschliessung der Bauzonen gesamthaft oder für Teile davon fest. Nach Bedarf enthält er namentlich die Linienführung von Groberschliessungsstrassen, Fuss-, Rad-, Ski- und Schlittelwegen sowie die Lage öffentlicher Plätze (Verkehrsanlagen); dafür können auch Baulinien festgelegt werden (§ 23 Abs. 2 lit. b PGB). Ziel dieser Regelung ist es, die planungsrechtlichen Voraussetzungen des Baus einer Groberschliessungsstrasse mittels Erschliessungsplan zu schaffen. Die Erschliessung muss indessen nicht von Bundesrechts wegen in einem Sondernutzungs-

B 8.2

plan (Erschliessungsplan) bis in alle Details verbindlich geregelt werden. Es ist durchaus möglich und zulässig, Detailfragen der Erschliessung ins Baubewilligungsverfahren zu verweisen (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, N 50 zu Art. 19 RPG, mit Hinweisen, u.a. auf BGE 1A.197/2001; vgl. auch VGE III 2009 33 vom 28. Juli 2009, Erw. 6.4). Im Einklang damit steht auch, dass in Art. 6 Abs. 2 des Reglements zum Erschliessungsplan die Rechtswirkung der Linienführung im Erschliessungsplan wie folgt umschrieben wird:

Im Erschliessungsplan sind die ungefähren Linienführungen der geplanten Groberschliessungsanlagen eingetragen. Sie gelten als generelle Festlegung. Die detaillierte Festlegung der Linienführung erfolgt im Projektgenehmigungsverfahren.

3.2.2 Zu beachten ist hier, dass es bei der erwähnten Abweichung von der ursprünglichen Linienführung im Erschliessungsplan ... um eine Festlegung der konkreten Linienführung im Projektgenehmigungsverfahren handelt, welche in diesem Areal weder eine bereits bestehende Überbauung tangiert noch im unmittelbaren Nahbereich einer Überbauung vorbeizieht. Damit verhält es sich hier anders als im Verfahren III 2009 33 (betreffend Revision der Erschliessungsplanung der Gemeinde ...), wo die geschwungene Linienführung einer Groberschliessungsstrasse mindestens teilweise über eine bestehende Wohnbaute bzw. im unmittelbaren Nahbereich von Wohnbauten verlief und deswegen den dort betroffenen Grundeigentümern ein begründetes Interesse daran zugestanden wurde, dass die Linienführung der Groberschliessungsstrasse in unmittelbarer Nähe dieser Bauten genau (und nicht nur ungefähr) festgelegt wird. In diesem Sinne bestand im vorliegenden Fall beim Erlass des Erschliessungsplanes kein Anlass, im Bereich der „vierten“ Kurve auf bereits bestehende Überbauungen Rücksicht zu nehmen und deswegen die Linienführung im Erschliessungsplan nicht nur ungefähr, sondern verbindlich festzulegen. Mit anderen Worten handelt es sich hier bei der konkreten Ausgestaltung der „vierten Kurve“ um ein Detail, über welches im konkreten Fall ohne weiteres erst im Projektgenehmigungsverfahren entschieden werden kann.

(VGE III 2009 49+51 vom 27. August 2009; eine dagegen erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 1C_475/2009 vom 16. März 2010 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

8.3 Nutzungsplanung

- *Verhältnis zwischen stimmrechtlichen und planungsrechtlichen Rügen im Kontext mit einer Umzonungsinitiative (siehe EGV-SZ 2009, B 7.3).*

8.4 Nutzungsplanung

- *Bauzonendimensionierung, 25%-Regel (Erw. 4).*
- *Beurteilung der Erschliessbarkeit innerhalb des Planungshorizonts (Art. 15 lit. b RPG) darf bei umstrittener Bauzonendimensionierung nicht ins Genehmigungsverfahren verschoben werden (Erw. 6.1 – 6.3).*
- *Koordination zwischen Beschwerde- und Genehmigungsverfahren; Abstimmung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelentscheides auf den regierungsrätlichen Genehmigungsbeschluss (Erw. 8).*

Aus den Erwägungen:

4. Bauzonen umfassen Land, dass sich für die Überbauung eignet und (a) weitgehend überbaut ist oder (b) voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Art. 15 RPG).

4.1 In der Praxis existieren verschiedene Methoden zur Erstellung der Bedarfsprognose bzw. zur Festlegung der Bauzonendimensionierung (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 15 N 33). Weit verbreitet ist die so genannte Trendmethode. Hinsichtlich der Frage, wie der Baulandbedarf für die nächsten 15 Jahre zu berechnen ist, hat das Bundesgericht als Ausgangspunkt verschiedentlich diese Trendmethode als sachlich vertretbar und zulässig erklärt (BGE 116 Ia 339 E. 3b/aa S. 341; BGE 116 Ia 221 E. 3b S. 231). Auszugehen ist bei dieser Bedarfsprognose vom Verhältnis der überbauten zu den innerhalb der Bauzone gelegenen noch unüberbauten Flächen. Aus der jährlichen Gegenüberstellung dieser Flächen wird die tatsächliche Beanspruchung der Baulandreserven in den vergangenen Jahren berechnet und danach der im Planungszeitraum zu erwartende Bedarf geschätzt. Dabei werden zusätzliche, besonders entwicklungshemmende oder -fördernde Faktoren mitberücksichtigt. Im einzelnen Fall ist es jedoch nicht ausgeschlossen, anhand der konkreten Verhältnisse davon abzuweichen (vgl. BGE 116 Ia 339 E. 3b/aa S. 341; Urteil 1C_285/2007 vom 22. Mai 2008, E. 5.2; 1C_119/2007 vom 13. November 2008, E. 3.2.1).

B 8.4

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegen Massnahmen, die geeignet sind, das Entstehen überdimensionierter Bauzonen zu verhindern oder solche Zonen zu verkleinern, im öffentlichen Interesse. Zu gross bemessene Bauzonen sind nicht nur unzweckmässig, sondern gesetzeswidrig (BGE 117 Ia 302 E. 4b S. 307 mit Hinweisen). Dabei gilt es zu beachten, dass für die Festlegung der Bauzonen Art. 15 RPG nicht allein massgebend ist. Auch wenn der Baulandbedarf ein wichtiges Entscheidungskriterium darstellt, verstiesse ein solcher Planungsautomatismus gegen zahlreiche bedeutsame Planungsgrundsätze des Raumplanungsgesetzes. Die Bauzonenausscheidung hat wie alle Raumplanung eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung zu verwirklichen (Art. 75 Abs. 1 BV). Sie stellt eine Gestaltungsaufgabe dar und unterliegt einer gesamthafter Abwägung und Abstimmung aller räumlich wesentlichen Gesichtspunkte und Interessen (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 RPG; BGE 116 Ia 221 E. 3b S. 232; BGE 116 Ia 339 E. 3b/aa S. 341 f.; Urteil 1P.37/2003 vom 12. September 2003, E. 4.2.3 in ZBI 106/2005 S. 172). Überdies hat sie einer Vorstellung von der lokal und vor allem regional oder überregional erwünschten Entwicklung zu entsprechen (BGE 116 Ia 339 E. 3b/aa S. 341 f.; Urteil 1C_285/2007 vom 22. Mai 2008, E. 4.2 und 5.3; 1C_119/2007 vom 13. November 2008, E. 3.2.2).

4.3 Im aktuellen Richtplan des Kantons Schwyz mit den Anpassungen und Ergänzungen 2008, insbesondere den regionalen Ergänzungen für die Regionen Höfe, March und Rigi-Mythen (mit RRB Nr. 738 vom 11. Juni 2002, Nr. 568 vom 30. April 2003 und Nr. 557 vom 24. April 2007 vom Regierungsrat erlassen, am 28. Mai 2003 und 21. November 2007 vom Kantonsrat zur Kenntnis genommen und am 18. Dezember 2008 vom Bund genehmigt; Region-Mythen 2. Teil, indes erst mit RRB Nr. 718 vom 24. Juni 2008 verabschiedet und am 17. September 2008 vom Kantonsrat zur Kenntnis genommen und am 6. November 2008 dem Bund zur Genehmigung eingereicht), wird zur Entwicklung der Bauzonenflächen unter der Rubrik "Ausgangslage" u.a. ausgeführt (Region Rigi Mythen 2 Teil, S. 10):

Die Bevölkerungsprognosen für den Kanton Schwyz basieren auf den Szenarien des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom April 2007. Gemäss dem mittleren Szenario wird die Bevölkerung des Kantons Schwyz bis 2045 auf rund 164'000 Personen zunehmen und sich anschliessend stabilisieren.

Die BFS-Szenarien weisen eine jährliche Bevölkerungszunahme bis 2020 von 0.46% (Szenario Tief), 0.77% (Szenario Mittel) bzw. 1.06% (Szenario Hoch) aus.

Für die Region Rigi-Mythen ist mit einem Nachholbedarf zu rechnen, da die Bevölkerungsentwicklung zwischen 1965 und 1990 nur schwach zugenommen hat. Für die beiden massgebenden Planungshorizonte 2020 und 2040 ergeben sich folgende Entwicklungsperspektiven:

	2007	2020	2040
Kanton Schwyz	140'965		
Szenario Mittel		ca. 152'000	ca. 164'000
Szenario Hoch		ca. 161'000	ca. 186'000
Rigi-Mythen	43'650		
Szenario Mittel		ca. 47'500	ca. 50'000
Szenario Hoch		ca. 51'000	ca. 57'500

Der aktuelle Stand der Bauzonenreserve zeigt, dass in den Gemeinden der Region Rigi-Mythen angesichts der zu erwartenden Bevölkerungszunahme weitere Bauzonen auszuschneiden sind. Die aktuellen Bauzonenreserven für Wohn- und Mischgebiete betragen in der Region Rigi-Mythen 12%. Dieser Anteil liegt deutlich unter dem kantonalen Schnitt von 22%.

Rechtskräftige Bauzonen (Stand Dezember 2005):

Summe	888 ha
Davon nicht überbaut	116 ha
Geeignete Siedlungserweiterungsgebiete/ Planungshorizont 2040:	153 ha
Total Bauzone und Siedlungserweiterungsgebiete/ Planungshorizont 2040:	1041 ha.

Alsdann werden im vom Bund noch nicht genehmigten ergänzten und angepassten Richtplan Region Rigi-Mythen 2. Teil die Bedingungen bzw. Grundsätze für die Bauzonenerweiterung wie folgt umschrieben (S. 11; gleich lautende Bedingungen finden sich in vom Bund genehmigten Anpassungen und Ergänzungen für die Regionen Höfe und March):

In der Richtplankarte werden die geeigneten Siedlungserweiterungsgebiete bis 2040 ausgewiesen. Innerhalb dieser Gebiete legen die Gemeinden ihre Bauzonen auf den mutmasslichen Bedarf der nächsten 15 Jahre fest (Art. 15 RPG).

Der Kanton erarbeitet in Zusammenarbeit mit den Gemeinden eine Übersicht der inneren Reserven. Nach Vorliegen der Ergebnisse legt der Regierungsrat das weitere Vorgehen fest.

Innerhalb der im Richtplan ausgewiesenen Erweiterungsgebiete sind Einzonungen einstweilen unter folgenden Bedingungen möglich:

B 8.4

- Der Anteil der nicht überbauten Bauzonen (nüZ) und der geplanten Neueinzonungen soll in der jeweiligen Hauptnutzungskategorie (Wohnen, Mischgebiete, Arbeiten) zu keiner Zeit 25% der rechtskräftigen Nutzungszone übersteigen.
- (...).
- Die Neueinzonungen orientieren sich in Lage und Dimension an den geeigneten Entwicklungsgebieten gemäss Richtplankarte. Die Darstellung in der Richtplankarte erfolgt in generalisierter Form und stellt keine parzellenscharfe Abgrenzung dar.
- Siedlungserweiterungsgebiete sind so auszuscheiden, dass sie möglichst in der Nähe von Bahnhöfen bzw. bestehenden Busachsen liegen. Den Störfallrisiken entlang von risikorelevanten Bahnlinien ist im Sinne des Richtplangeschäftes B-2.1 Beachtung zu schenken.
- Den Gemeinden steht im Sinne von Art. 2 RPG der notwendige Ermessensspielraum zu. In diesem Sinne sind abweichende Gebietsausscheidungen im Rahmen der Nutzungsplanung möglich, sofern diese in Bezug auf die Lage im regionalen Strassenverkehrsnetz, der öV-Erschliessung und der zweckmässigen Zuordnung zum bestehenden Siedlungsgebiet gleichwertig sind.

4.4 Zur oben wiedergegebenen 25%-Regel im Zusammenhang mit der Siedlungsentwicklung drängen sich folgende Bemerkungen auf. Es handelt sich um einen richtplanerischen Grundsatz, der in den meisten Fällen einen sachgerechten Ausgangspunkt für die Planrevision darstellt. Er ist indes insofern zu relativieren, als er natürlich nicht von einer gesamthaften Abwägung und Abstimmung aller räumlich wesentlichen Gesichtspunkte und Interessen dispensiert. Es sind Verhältnisse vorstellbar, wo die zulässige Bauzonenerweiterung bzw. die Summe der nicht überbauten Bauzonen und der geplanten Neueinzonungen klar unter 25% der rechtskräftigen Nutzungszone liegt, aber auch solche, wo (in zweifelsohne seltenen Situationen) die 25%-Grenze überschritten werden darf. So kann beispielsweise das Ausmass einer rechtskräftigen Bauzone in absoluten Zahlen tief sein, weshalb der 25%-Zuschlag für eine an sich raumplanerisch gerechtfertigte Einzonung zu knapp wird. Auch ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Differenzierung zwischen Wohnen und Mischgebiete Sinn macht, wenn von einem angemessenen Verhältnis zwischen Arbeitsplätzen und Wohnraum auszugehen ist. Da die 25%-Regel im Zusammenhang mit der Einzonung von Siedlungserweiterungsgebieten steht, nimmt sie auch keinen Bezug auf Veränderungen des Reservepotentials durch vorgesehene Umzonungen und mögliche Nachverdichtungen. Die Nichtberücksichtigung dieser Aspekte führt mithin nicht zu einer Verletzung der konkreten richtplanerischen Vorgabe. Es versteht

sich indes, dass das Reservepotential aus Umzonungen und Nachverdichtungen bei der gesamtheitlichen Beurteilung mitzuberücksichtigen sind. (...).

6.1 Die Beschwerdeführer thematisierten in der Einsprache auch den gleichzeitig aufgelegten Erschliessungsplan bzw. die erschliessungsrechtlichen Aspekte (...). Im Einspracheentscheid wurde hierzu hinsichtlich des Rückstellungsantrages und des Raumplanungsberichts (Strassennetz / Langsamverkehr / ÖV / Infrastrukturbauten) unter teilweisem Bezug auf den Erschliessungsplan mit nachvollziehbarer und an sich zutreffender Begründung Stellung bezogen. Die Einsprache wurde in diesen Punkten abgewiesen.

6.2 In der Beschwerde an den Regierungsrat wurde diese Thematik nicht mehr explizit angesprochen. Der Regierungsrat hat aber in Erwägung 4 des Beschwerdeentscheides zu Recht die rechtzeitige Erschliessbarkeit des neu einzuzonenden Landes unter Hinweis auf Art. 15 RPG und § 15 Abs. 1 PBG angesprochen. Er führte weiter aus, die Gemeinde ... besitze noch keinen rechtskräftigen Erschliessungsplan, sie sei zur Zeit daran, einen solchen zu erlassen, wobei nach der öffentlichen Auflage vom 16. Februar bis 19. März 2007 noch verschiedene Einsprachen bei der Gemeinde hängig seien. Da die Beschwerden betreffend die Nutzungsplanänderung ohne Vorliegen des Erschliessungsplanes beurteilt werden könnten, könne die Frage offengelassen werden, ob "gleichzeitig" im Sinne von § 15 Abs. 1 PBG nicht auch bedeute, dass bereits das Auflage- bzw. das Mitspracheverfahren für die Nutzungsplanänderung und den Erschliessungsplan zur selben Zeit hätte erfolgen müssen. In jedem Fall werde der Regierungsrat die Nutzungsplanänderungen aber erst genehmigen können, wenn ihm gleichzeitig ein Erschliessungsplan unterbreitet werde.

6.3 In einem Beschwerdefall, in welchem die Bauzonendimensionierung im Rahmen einer ordentlichen Nutzungsplanrevision zur zentralen Frage erhoben wird, geht es nicht an, die Frage der Erschliessbarkeit innert des Planungshorizontes (Art. 15 lit. b [in fine] RPG) ins Genehmigungsverfahren zu verschieben. Vielmehr ist dieser Fragestellung bereits im Rahmen der beschwerdeweise zu überprüfenden Interessenabwägung die gebührende Beachtung zu schenken, wird doch die Bauzonengrösse zu einer Funktion der Erschliessung (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., 2008, S. 155). Es ist mithin zu prüfen, ob das zweifelsohne erhebliche Ausmass von unüberbautem (künftigen) Bauland auch fristgerecht innerhalb des Planungshorizontes erschlossen werden kann. Soweit dies zu verneinen ist, kommt eine

B 8.4

Neueinzonung nicht in Frage (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 15 N 35; Flückiger, Kommentar RPG, Art. 15 Rz. 89 ff., Hänni, a.a.O, S. 55.). Es ist nicht zu verkennen, dass einer solchen prognostischen Beurteilung ("voraussichtlich") zwar eine gewisse Unsicherheit immanent ist. Das entbindet aber nicht, aufgrund von seriösen Abklärungen eine möglichst zuverlässige Prognose zu stellen und dementsprechend zu handeln. In diesem Sinne ist der angefochtene Beschwerdeentscheid aufzuheben und die Sache an den Regierungsrat zurückzuweisen, damit er diese Beurteilung nachholt. Ob er die Sache weiter an den Gemeinderat zurückweist oder bei diesem eine Stellungnahme einholt, liegt im regierungsrätlichen Ermessen. Sollten zwischenzeitlich vor dem Regierungsrat Beschwerden gegen den (erstmalig) zu erlassenden Erschliessungsplan hängig sein, würde sich wohl die Einholung einer Stellungnahme anbieten, damit der Regierungsrat alsdann koordiniert entscheiden kann.

8. Für einen allfälligen Weiterzug dieses Entscheides an das Bundesgericht stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

8.1 Im kommunalen Nutzungsplanverfahren geht das Rechtsmittelverfahren (§ 26 PBG) dem Erlass der Nutzungsplanung mit den dazugehörigen Vorschriften durch die Gemeindeversammlung vor (§ 27 PBG, SRSZ 400.100). Nach dem Erlass bedürfen die Pläne und Vorschriften zu ihrer Verbindlichkeit der regierungsrätlichen Genehmigung (§ 28 PBG). Genehmigt werden kann per definitionem nur, was auch erlassen worden ist (Markus Joos, Raumplanungsgesetz, Art. 26, S. 233). Dem Bedürfnis einer kantonalen Prüfung im Entwurfsstadium wird mit dem Vorprüfungsverfahren entsprochen (§§ 9, 13 PBV, SRSZ 400.111).

Dieser kantonale Verfahrensablauf ist das Ergebnis einer kontrovers geführten Legiferierung in den 80-er Jahren. Ursprünglich wollte der Regierungsrat in Abweichung des zu revidierenden bisherigen Planungsrechts das Rechtsmittelverfahren erst im Anschluss an die Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung durchführen lassen (Erläuterungsbericht zum Entwurf eines Bau- und Planungsgesetzes, S. 8 ff. zu §§ 20 ff.; mit RRB Nr. 224 vom 1. Februar 1983 vom Regierungsrat zustimmend zur Kenntnis genommen). Auf die im Vernehmlassungsverfahren entstandene Opposition hin schlug der Regierungsrat als Variante die Beibehaltung der bisherigen Regelung vor, jedoch ohne Änderungsmöglichkeit an der beratenden Gemeindeversammlung (RRB Nr. 559 vom 27. März 1984, Erlass eines Bau- und Planungsgesetzes: Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 4, 8 f.). Diese Variante obsiegte in der kantonsrätlichen Kommission (Protokoll der kantonsrätlichen Kommissionssitzung vom 6. Juni 1984, S. 12 ff.; RRB Nr. 2113 vom 19. Dezember 1984, Bau- und Planungsgesetz: Stellungnahme zu den Ergebnissen

der ersten Lesung der kantonsrätlichen Kommission, S. 4) und wurde in der Folge vom Kantonsrat (14. Mai 1987) und vom Volkssouverän (6. Dezember 1987) genehmigt.

8.2 Das Bundesgericht trat seit geraumer Zeit auf Beschwerden gegen kantonale Verwaltungsgerichtsentscheide, die sich mit der kommunalen Nutzungsplanung befassten, nicht ein oder sistierte ausnahmsweise das Beschwerdeverfahren, bis der Planungserlass mit anschliessender Genehmigung durch den Regierungsrat vorlag (BGE 1P.540/1990 vom 27. Oktober 1999, E. 1, Gemeinde Wollerau; BGE 1P.611/2004, 1A.245/2004 vom 21. Februar 2005, E. 2.2, betr. Gemeinde Galgenen).

In einem jüngeren Entscheid (BGE 1C_190/2007 vom 7. Dezember 2007, publ. in ZBI 2008, S. 679 ff.; siehe BGE 1C_422/2008 vom 23. Dezember 2008, publ. in BGE 135 II 22) bekräftigte das Bundesgericht seine bisherige Praxis auch unter Geltung des neuen Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110). Es begründet seine Rechtsprechung vor allem aber auch mit dem seit 1. Januar 1997 geltenden, in Art. 25a RPG formulierten Koordinationsgebot. Danach ist eine Abstimmung des Rechtsmittelentscheides auf dem Genehmigungsentscheid bereits im Rahmen des kantonalen Rechtsmittelverfahrens erforderlich. Das Bundesrecht schreibt dabei den Kantonen nicht eine ganz bestimmte Behördenorganisation und Zuständigkeitsordnung vor. Verlangt wird nur, dass die Koordination auf geeignete Weise sichergestellt und die bundesrechtlichen Minimalvorschriften eingehalten werden. Es ist zulässig, wenn der Genehmigungsentscheid spätestens im Beschwerdeverfahren vor der letzten Rechtsmittelinstanz eingeholt wird.

Dieser Lösungsansatz lässt sich ohne Weiteres umsetzen, wenn der Erlass dem Rechtsmittelverfahren vorangeht, so beispielsweise bei der kantonalen Nutzungsplanung (§§ 10 f. PBG, §§ 6 f. PBV) und bei den Gestaltungsplänen (§ 30 PBG). Der Umstand, dass der Erlass dabei gleichzeitig mit der Beurteilung einer allfälligen Einsprache einhergeht, ändert am nachgeordneten Rechtsmittelverfahren nichts. Der vom Bundesgericht erwähnte Lösungsansatz bezieht sich bezeichnenderweise auf Verfahren, in denen der Erlass vor dem Rechtsmittelverfahren ergeht (BGE 1P.222/224/2000 vom 22. November 2000, Ingress lit. A, betreffend Gemeinde Bubikon, Kanton Zürich; §§ 2 lit. c, 45 Abs. 1, 88, 329 Abs. 1 PBG-ZH; BGE 1C_190/2007 vom 7. Dezember 2007, Ingress lit. A, betreffend Gemeinde Ramsen, Kanton Schaffhausen; BGE 1C_422/2008 vom 23. Dezember 2008, Ingress lit. A, betreffend Stadt Frauenfeld, Kanton Thurgau; § 29 PBG-TG; siehe auch Hänni, a.a.O., S. 525 f., woraus sich ergibt, dass der Planerlass vor dem Rechtsmittelverfahren der üblichen Regelung entspricht). Bei der kommunalen Nut-

B 8.4

zungsplanung des Kantons Schwyz ist - wie oben dargelegt - der Verfahrensablauf indes anders. Der Erlass erfolgt nach dem Rechtsmittelverfahren. Liegt der Erlass (Gemeindeversammlungsbeschluss) vor, hat der Regierungsrat alsdann über die Genehmigung zu befinden.

Eine gleiche Regelung wie im Kanton Zürich wäre dann möglich, wenn das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht sistiert würde bis die Gemeindeversammlung Beschluss gefasst und der Regierungsrat diesen genehmigt hätte. Eine Sistierung würde aber das vom kantonalen Gesetzgeber festgelegte Verfahren massiv missachten (siehe oben Erw. 8.1) und in unnötiger und somit auch unzulässiger Weise abändern.

8.3 Es ist mithin ein Verfahrensablauf festzulegen, der einerseits den Willen des kantonalen Gesetzgebers soweit als möglich respektiert. Andererseits ist in Nachachtung der dargelegten auf Bundesrecht abgestützten höchstrichterlichen Rechtsprechung die inhaltliche Koordination zwischen Rechtsmittel- und Genehmigungsverfahren auf kantonaler Ebene zu gewährleisten. Dabei ist die vom Bundesgericht ausdrücklich bekräftigte Verfahrens- und Organisationsautonomie der Kantone zugunsten der vorliegenden gesetzgeberischen Lösung gebührend mit zu berücksichtigen.

8.4 Vorab ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber in § 27 Abs. 1 PBG eine rechtskräftige Erledigung der Einsprachen verlangt, bevor der Plan und Reglementsentswurf der Gemeindeversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt wird. Diese Vorgabe kann aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts und dem seit 1. Januar 2007 anwendbaren Bundesgerichtsgesetz in jedem Fall nicht mehr eingehalten werden. Nutzungspläne können nun stets mit dem ordentlichen Rechtsmittel der öffentlich-rechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, N 22 zu Art. 82; Waldmann, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz N 4 zu Art. 82). Der kantonale Verwaltungsgerichtsentscheid tritt damit erst nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist in Kraft. Dies im Gegensatz zur früheren Prozessordnung, wo grundsätzlich nur die staatsrechtliche Beschwerde möglich war (Art. 99 Abs. 1 lit. c aOG, Art. 34 Abs. 3 RPG). Ausnahmsweise wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei Plänen mit Verfügungscharakter zugelassen, die sich auf das Bundesverwaltungsrecht stützten (BGE 132 II 2009, 211). In jenen Fällen konnte das Erfordernis der rechtskräftigen Erledigung mithin schon früher nicht eingehalten werden.

Der Umstand, dass von Bundesrechts wegen der Erlass nicht erst nach rechtskräftiger Erledigung der Einsprachen beschlossen werden darf, macht den im kantonalen Planungsrecht vorgegebenen Verfahrensablauf,

insbesondere den Grundsatz, wonach die Gemeindeversammlung erst nach dem Rechtsmittelverfahren Beschluss fasst und planungsrechtlich bedingte Änderungen zuvor zu erledigen sind (§ 26 Abs. 3 PBG), nicht bedeutungslos oder gar illusorisch. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber in erster Linie die Durchführung des kantonalen Rechtsmittelverfahrens vor dem Planerlass garantieren wollte. Hiefür spricht auch die bereits erwähnte Tatsache, dass man vor dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes grundsätzlich nur mit der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gelangen konnte, das Erfordernis der rechtskräftigen Erledigung also erfüllt war, unbeschrieben davon, ob das Bundesgericht in diesem Verfahrensstadium auf eine Beschwerde eintrat oder nicht oder diese sistierte.

8.5 Eine möglichst weitgehende Beachtung des gesetzgeberischen Willens einerseits und die inhaltliche Koordination zwischen Rechtsmittel- und Genehmigungsverfahren auf kantonaler Ebene andererseits sind durch folgenden Verfahrensablauf zu gewährleisten:

- a) Das Rechtsmittelverfahren ist auf kantonaler Ebene wie bisher durchzuführen (§ 26 PBG). Dies gilt auch für den Fall einer Rückweisung und im Falle einer Neuauflage (§ 26 Abs. 3 PBG).
- b) Der Verwaltungsgerichtsentscheid ist zu eröffnen, jedoch ohne Rechtsmittelbelehrung. Statt einer Rechtsmittelbelehrung sind die Parteien auf den in den Erwägungen dargelegten Verfahrensablauf hinzuweisen.

Die Akten bleiben bis zur Koordination oder anderweitigen Verfahrenserledigung (siehe nachfolgend) beim Verwaltungsgericht. Im Falle einer (teilweisen) Gutheissung werden die Akten soweit erforderlich an die Vorinstanz zurück überwiesen. Bei Bedarf kann die Vorinstanz vom Verwaltungsgericht weitere Akten anfordern. Sobald das vorinstanzliche Verfahren erledigt und kein innerkantonaler Weiterzug - ausser an das Verwaltungsgericht - mehr möglich ist, sind die Akten sowie allenfalls zwischenzeitlich zusätzlich produzierte Akten wieder an das Verwaltungsgericht zuzustellen.

- c) Nach dem Erlass der Nutzungsplanung durch die Gemeindeversammlung (§ 27 PBG) hat der Regierungsrat über die Genehmigung zu befinden (§ 28 PBG). Fällt der Gemeindeversammlungsbeschluss negativ aus, worüber der Gemeinderat das Verwaltungsgericht umgehend zu informieren hat, findet das vorliegende Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit keine Fortsetzung mehr.
- d) Der Regierungsrat stellt dem Verwaltungsgericht jene Genehmigungsbeschlüsse zu, welche die Parteien der vorangegangenen Verwaltungsgerichtsentscheide betreffen.

B 8.4

- e) Das Verwaltungsgericht prüft in einem neu zu eröffnenden Verfahren, ob der Genehmigungsbeschluss Anlass zu einer inhaltlichen Koordinierung mit dem Rechtsmittelverfahren bzw. dem noch nicht rechtskräftigen Verwaltungsgerichtsentscheid gibt. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Genehmigungsbeschluss mit strittigen Fragen aus dem vorherigen Rechtsmittelverfahren befasst und insbesondere die Rechtspositionen der Parteien verändert.
- f) Trifft dies zu, gewährt das Verwaltungsgericht den Parteien und Vorinstanzen unter Zustellung des Genehmigungsbeschlusses das rechtliche Gehör. Alsdann prüft und beurteilt es, ob und wie der Verwaltungsgerichtsentscheid in Beachtung des Genehmigungsbeschlusses und des Koordinationsgebotes abgeändert werden muss. Die Neuurteilung beschränkt sich einzig auf diesen Aspekt. Der neue Verwaltungsgerichtsentscheid, welcher auf den vor dem Erlass ergangenen Bezug nimmt und darauf verweist, wird den Parteien und Vorinstanzen mit der Rechtsmittelbelehrung für den Weiterzug an das Bundesgericht eröffnet.
- g) Gibt der Genehmigungsbeschluss indes keinerlei Anlass zu einer inhaltlichen Koordinierung, hält dies das Verwaltungsgericht fest und eröffnet zusammen mit dem Genehmigungsbeschluss nochmals den Verwaltungsgerichtsentscheid im Dispositiv, diesmal versehen mit der Rechtsmittelbelehrung für den Weiterzug an das Bundesgericht (blosse fristauslösende Eröffnung) und unter Hinweis auf die Begründung des vor der Genehmigung zugestellten Verwaltungsgerichtsentscheides.
- h) Soweit Personen erst durch den Genehmigungsbeschluss beschwert werden, ist der Beschluss vom Regierungsrat zu eröffnen mit der Rechtsmittelbelehrung für den Weiterzug an das kantonale Verwaltungsgericht (EGV-SZ 2002, B 1.1; § 53 Abs. 2 lit. a VRP i.F.v. 24. Oktober 2007 e contrario).

8.6 Mit diesem Verfahrensablauf, der sich auf das Ergebnis eines Meinungsaustausches mit Vertretern des Sicherheitsdepartementes und des Volkswirtschaftsdepartementes abstützt (RRB Nr. 368/2009 vom 7. April 2009), wird nicht nur die weitest mögliche Respektierung des gesetzgeberischen Willens sowie die inhaltliche Koordinierung gewährleistet, es ist auch sichergestellt, dass ein Gericht als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichtes urteilt (Art. 86 Abs. 2 BGG). Im Weiteren bleiben die Kognitionsbefugnisse des Regierungsrates als Rechtsmittel- und Genehmigungsinstanz gewährleistet. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Regierungsrat (wie auch das Verwaltungsgericht) in Kenntnis des Vorprüfungsberichtes (§§ 9, 13 PBV) entscheidet, womit bereits schon im Rechtsmittelverfahren die gesamtheitliche Betrachtungsweise teilweise Eingang findet und damit ein Auseinanderklaffen

der Ergebnisse der Rechtsmittel- und Genehmigungsverfahren minimiert wird.

8.7 Die inhaltliche Koordination zwischen Rechtsmittel- und Genehmigungsverfahren ist auch bei bereits beurteilten Verwaltungsgerichtsbeschwerden (z.B. VGE III 2007 182 vom 24. April 2008) aber noch ausstehender regierungsrätlicher Genehmigung vorzunehmen.

8.8 Bei Nichteintretensentscheiden und Bestätigungen solcher kommt dieser spezielle Verfahrensablauf nicht zur Anwendung. Sie sind vielmehr direkt mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar, da sie das Verfahren prozessual zum Abschluss bringen und als Endentscheid zu qualifizieren sind, unabhängig davon, in welchem Stadium des kantonalen Verfahrens sie ergehen (BGE 1C_39/2008 vom 28. August 2008, E. 1.1.4; siehe auch: BGE 1P.611/2004, 1A.245/2004 vom 21. Februar 2005, E. 2.2, betr. Gemeinde Galgenen). Dieses Vorgehen rechtfertigt sich auch im Lichte des Koordinationsgebotes, würde es doch wenig Sinn machen, mit der Beurteilung von Nichteintretensentscheiden bis nach dem Erlass und dem Genehmigungsbeschluss zuzuwarten und so unnötigerweise in Kauf zu nehmen, dass eine Nutzungsplanungsrevision einer ganzen Gemeinde oder zumindest eines grossen Teilgebietes punktuell massiv verzögert würde, allenfalls verbunden mit einer nurmehr eingeschränkten Koordinationsmöglichkeit, nachdem die meisten anderen Beschwerdefälle rechtskräftig erledigt und die entsprechende Planung mittels Genehmigung rechtsverbindlich geworden ist (konkudent bestätigt durch BGE 1C_183/185/2009 vom 29. Juni 2009).

(VGE III 2009 247 vom 28. Juli 2009).

8.5 Gestaltungsplan

- *Verhältnis eines Gestaltungsplanes zur Zonengrundordnung.*

Aus den Erwägungen:

5.1 In der Folge ist dazu Stellung zu nehmen, wie es sich mit dem Grundsatz verhält, dass Bauzonen der Grundordnung nicht mit Hilfe von Gestaltungsplänen umfunktioniert werden dürfen. Wie bereits im angefochtenen Entscheid zutreffend darauf hingewiesen wurde, hat dieser Grundsatz mit der Möglichkeit, Nutzungsdurchmischungen zuzulassen, eine gewisse Lockerung erfahren. Allerdings hat der kantonale Gesetzge-

B 8.5

ber diese Lockerung davon abhängig gemacht, dass *Zweck und Charakter der betreffenden Zone grundsätzlich gewahrt bleiben* (vgl. § 24 Abs. 2 Satz 2 in fine PBG: „sofern (...)“; vgl. auch VGE 573/93 vom 12. November 1993, Erw. 2f, publ. in EGV-SZ 1993, Nr. 15, S. 39; E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., S. 334; AGVE 1977, S. 236 f. mit weiteren Hinweisen). Was aber für die Nutzungsdurchmischung gilt, muss konsequenterweise auch bei der äusseren Gestaltung und Bauweise massgebend sein, ansonsten der Vorbehalt bei der Nutzungsdurchmischung wenig Sinn machen würde. Anzuführen ist, dass der Gemeinderat selbst in den einleitenden Bemerkungen zu den GP-Richtlinien unter der Ziffer 1.2 (Problematik) darauf hinweist, dass eine allfällige Ausschöpfung der Ausnützungsziffer von 0.5 im Rahmen eines Gestaltungsplanes zur „Zonen-Grundordnung im Widerspruch“ steht.

5.2 Bei dieser Sach- und Rechtslage ist dem Regierungsrat beizupflichten, dass ein Gestaltungsplan den Zonenzweck und Zonencharakter der betroffenen Bauzone des kommunalen Nutzungsplanes nicht grundsätzlich in Frage stellen darf. Der Gestaltungsplan ist ein Instrument des kommunalen Planungsrechts, mit welchem die Festlegungen des auf demokratischem Wege von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern einer Gemeinde erlassenen Zonenplanes nicht überdeckt werden dürfen. In diesem Sinne ist es beispielsweise nicht zulässig, ein im kommunalen Zonenplan als Gewerbezone ausgeschiedenes Areal via Gestaltungsplan in eine reine Wohnzone umzuwandeln. Wollte man dies zulassen, würde dies auf eine Aushöhlung des geltenden Zonenplanerlassverfahrens hinauslaufen, welches die Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung vorsieht (vgl. § 27 PBG). Vielmehr muss sich der Gestaltungsplan als Teilbauordnung in ein bestehendes Ganzes einfügen. Er ist keine Neuschöpfung eines Ganzen, sondern eine blosser Ergänzung und muss daher die bestehende Regelung in Zonenplan und Zonenordnung als vorgegeben hinnehmen (vgl. AGVE 1977, S. 236 unten). Im Einklang damit steht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches unlängst in einem publizierten Urteil 1C_188/2007 vom 1. April 2009 im Zusammenhang mit dem Erlass eines Gestaltungsplanes festhielt, die Abweichungen von der Grundnutzungsordnung dürften nicht dazu führen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde (vgl. BGE 135 II 219 unten, Erw. 5.2 mit Hinweis).

5.3 Mit anderen Worten ist ein Gestaltungsplan dann unzulässig, wenn er sich zu weit von der im kommunalen Zonenplan und Baureglement definierten Grundordnung entfernt. Wann dies der Fall ist, kann abgesehen von eindeutigen Fällen (vgl. das vorgenannte Beispiel: ausschliessli-

che Wohnnutzung im GP statt Gewerbenutzung gemäss Zonenplan) nicht generell, sondern i.d.R. erst nach Würdigung der konkreten Verhältnisse gesagt werden, wobei namentlich folgende Aspekte von Bedeutung sind: Ausgangspunkt bilden die Fragen, welche Baumöglichkeiten die Grundordnung vorsieht und welche Abweichungen im Gestaltungsplan in Anspruch genommen werden. Ist die Grundordnung einer Zone sehr restriktiv definiert, drängt es sich auf, Abweichungen von dieser Grundordnung im Gestaltungsplangebiet nur zurückhaltend zuzulassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn den beantragten Abweichungen nur verhältnismässig geringe Vorteile des Gestaltungsplanes gegenüber stehen (...). Verhält es sich indessen so, dass die Grundordnung in einer bestimmten Zone eine grosse Vielfalt an Baumöglichkeiten zulässt, sind an die Gewährung von Abweichungen grundsätzlich weniger hohe Anforderungen zu stellen. (VGE III 2009 125 vom 22. Dezember 2009).

8.6 Nachbarbeschwerde gegen Baubewilligung

(siehe EGV-SZ 2009, B 1.1).

8.7 Koordination Baubewilligung / Gastgewerbebewilligung

- *Koordination nach Art. 25a RPG nicht zwingend erforderlich.*
- *Eröffnung der Gastgewerbebewilligung an den Baueinsprecher unter gewissen Voraussetzungen.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Der Bezirksrat ... hat in Disp. Ziff. 3.7 seines Beschlusses Nr. 433 vom 26. Juni 2008 verfügt, dass rechtzeitig vor Inbetriebnahme des Imbisslokals / Take-Aways der Bezirkskanzlei ein Gesuch um Gastgewerbebewilligung zur Prüfung und Bewilligung einzureichen sei und vor Erteilung der Gastgewerbebewilligung das Lokal nicht geöffnet werden dürfe. Zu prüfen ist, ob damit das Koordinationsgebot nach Art. 25a RPG verletzt wurde. Dieser Artikel besagt, dass wenn die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden erfordert, eine Behörde zu bezeichnen ist, die für ausreichende Koordination sorgt (Abs. 1). Die für die Koordination verantwortliche Behörde sorgt u.a. für eine inhaltliche Abstimmung sowie möglichst für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen (Abs. 2 lit. d). Die Verfügungen dürfen zudem keine Widersprüche enthalten (Abs. 3).

B 8.7

Es versteht sich von selbst, dass auch mehrere Verfügungen ein und derselben Behörde nicht unabhängig voneinander erlassen, sondern untereinander abgestimmt werden müssen. In diesem Sinne gelten die Anforderungen von Art. 25a Abs. 2 u. 3 sinngemäss auch für eine Mehrzahl von Entscheiden, die von derselben Behörde getroffen werden (vgl. Marti, Kommentar RPG, Art. 25a, Rz 20 und EGV-SZ 2007, B 8.4, S. 111). Ein Koordinationsbedürfnis liegt grundsätzlich vor, wenn ein Bauvorhaben ausser der eigentlichen Baubewilligung noch weitere Bewilligungen, Konzessionen, Zustimmungen oder Genehmigungen benötigt. Kann dagegen ein Projekt allein aufgrund einer Baubewilligung ausgeführt werden, besteht kein Koordinationsbedarf (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 25a N 25). Nicht verlangt ist zudem eine Koordination mit Entscheiden, die im Zusammenhang mit einem Bauprojekt stehen, aber keinen direkten, gegen aussen verbindlichen Einfluss auf die Ausgestaltung der geplanten Baute oder Anlage haben oder aus sachlichen Gründen erst nach der Errichtung bzw. Änderung der betreffenden Baute oder Anlage getroffen werden können. Das gilt insbesondere für Betriebsbewilligungen (vgl. Marti, a.a.O., Art. 25a, Rz 19).

4.2 Vorliegend ist sowohl zur Erteilung der Baubewilligung als auch der Gastgewerbebewilligung der Bezirksrat zuständig (vgl. Art. 90 Abs. 2 BauR und § 16 GGG). Die für die Führung eines Gastgewerbebetriebes notwendige Bewilligung gemäss § 5 des Gastgewerbegesetzes stellt eine Betriebsbewilligung dar, die für die Erteilung der Bauerlaubnis nicht vorausgesetzt ist und andere Gesichtspunkte beschlägt. Die Gastgewerbebewilligungserteilung nach § 5 GGG hat im Gegensatz zu beispielsweise gewässerschutzrechtlichen, strassenpolizeilichen, forstrechtlichen Bewilligungen oder Bewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen keinen Einfluss auf die Zulässigkeit und damit die Verwirklichung des Bauvorhabens. Die Eröffnung einer Gaststätte setzt vielmehr u.a. auch den baurechtlichen Vorschriften entsprechende Räume und Einrichtungen voraus. Indessen setzt der Bau oder die Einrichtung von Gaststätten nicht bereits eine erteilte Gastgewerbebewilligung voraus. Vielfach ist der Betreiber der Gaststätte zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt (vgl. BRKE IV Nr. 0091/2007 vom 21. Juni 2007, bestätigt mit VB.2007.00353 [= BEZ 2008 Nr. 36, Baurechtsentscheide des Kt. Zürich], dieser bestätigt mit Bundesgerichtsentscheid 1C_47/2008 vom 8. August 2008). Eine verfahrensrechtliche Abstimmung der Baubewilligung und der Gastgewerbebewilligung ist demnach unter dem Gesichtspunkt von Art. 25a RPG nicht zwingend erforderlich. Sie wäre aber in gewissen Fällen wie dem vorliegenden durchaus sinnvoll. Liegt keine Verletzung des Koordinationsgebotes vor, kann deswegen die Bau-

bewilligung auch nicht verweigert werden. Hingegen ist was folgt zu beachten: der benachbarte Beschwerdeführer macht im Baubewilligungsverfahren geltend, dass der Gastgewerbebetrieb für ihn unzumutbare Lärmimmissionen zur Folge habe. Seine schützenswerten Interessen an einer rechtskonformen Gastgewerbebewilligung, insbesondere hinsichtlich der Öffnungszeiten, sind somit offenkundig gegeben, weshalb ihm als Baueinsprecher diese Bewilligung mit Anfechtungsmöglichkeit beim Regierungsrat durch den Bezirksrat zu eröffnen ist (siehe auch VGE 848/02 vom 29. Mai 2002, Erw. 1 dd). In diesem Zusammenhang versteht sich ohne weiteres, dass Dispositivziffer 3.7 des angefochtenen Beschlusses vom 26. Juni 2008 für die Inbetriebnahme eine rechtskräftige Erteilung der Gastgewerbebewilligung voraussetzt.

(VGE III 2009 22 vom 10. Juni 2009).

8.8 Kantonales Inventar geschützter und schützenswerter Bauten (KIGBO)

- *Rechtsnatur des Inventars und Zuständigkeiten (Erw. 2.6).*
- *Das Baubewilligungs- und das Vorentscheidverfahren (§§ 77 ff., § 85 Abs. 2 und 3 PBG) sind grundsätzlich die massgeblichen Verfahren für die Feststellung der Schützwürdigkeit eines Objektes bzw. der Zulässigkeit eines Objektabbruches (Erw. 3.1 – 3.2).*

Aus den Erwägungen:

2.6 Unbesehen davon, dass sich das Hotelgebäude gar nicht mehr im Kantonalen Inventar der geschützten und schützenswerten Bauten (KIGBO) befindet (...), obwohl sich Kanton und Gemeinde nach wie vor für die Erhaltung des dorfseitigen Gebäudeteils aussprechen und konsequenterweise die (behördenverbindliche) Wiederaufnahme die logische Konsequenz sein müsste, verschafft die Inventarisierung im KIGBO bzw. die kantonale Natur- und Heimatschutzverordnung dem Bauwilligen grundsätzlich keinen Anspruch auf ein parallel zum Baubewilligungs- oder Vorentscheidverfahren laufendes zusätzliches Feststellungsverfahren betreffend Schützwürdigkeit bzw. Zulässigkeit eines Abbruches.

2.6.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 BV). Für den Kanton Schwyz sind die massgebenden Vorschriften in der gestützt auf § 67 EGzZGB erlassenen kantonsrätlichen Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (NHV, SRSZ 720.110) zu

B 8.8

finden (siehe auch unten Erw. 2.6.3 zweiter Abschnitt). Die §§ 1-5 regeln den Natur- und Heimatschutz, die §§ 6-9 den Schutz von Altertümern und Kunstdenkmälern. In der freien Natur befindliche Gegenstände, denen ein wissenschaftliches Interesse oder ein bedeutender Schönheitwert zukommt, geniessen den staatlichen Schutz. Der Schutz erstreckt sich u.a. auf Orts- und Landschaftsbilder sowie Aussichtspunkte (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c). Es ist untersagt, die in § 1 genannten Objekte ohne Bewilligung der zuständigen Behörde zu beseitigen, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen oder sie der Allgemeinheit zu entziehen. Demgemäss ist u.a. die Errichtung oder Veränderung von Hoch- und Tiefbauten zu untersagen, wenn dadurch die in § 1 genannten Objekte in ihrem Bestande bedroht, verunstaltet, in ihrer Erscheinung beeinträchtigt oder der Allgemeinheit entzogen würden (§ 2 Abs. 1 und 2). Der Gemeinderat sorgt für den Schutz der in § 1 genannten Gegenstände und trifft die nach § 2 erforderlichen Verfügungen. Unterlässt der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen, so schreitet der Regierungsrat von sich aus ein (§ 3). Es ist auch untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen (§ 6 Abs. 1). Die §§ 3-5 kommen entsprechend zur Anwendung. Der Regierungsrat ist ermächtigt, einen Fachmann zu bezeichnen, der im Vertragsverhältnis das Inventar der zu schützenden Gegenstände usw. führt, Gutachten verfasst und Ratschläge erteilt (§ 9).

Aufgrund dieser gesetzlichen Vorschriften, des Planungs- und Baurechts und in Berücksichtigung der Rechtsprechung ergibt sich was folgt:

2.6.2 Die Aufnahme eines Objektes im (nicht abschliessenden) kantonalen Inventar der geschützten und schützenswerten Bauten (KIGBO) ist nicht grundeigentümer-, sondern nur behördenverbindlich. Aufnahme und Entlassung aus dem KIGBO stellen keine anfechtbaren Verfügungen dar (EGV-SZ 1984, Nr. 9; EGV-SZ 2001, Nr. 8.5). Mithin kann auch über die Inventarisierung grundsätzlich kein verbindliches Feststellungsverfahren initiiert werden. Solange im konkreten Einzelfall das Baubewilligungsverfahren bzw. das Vorentscheidverfahren gemäss PBG offen steht, kann ausserhalb dieser Verfahren unbeschadet einer Inventarisierung grundsätzlich auch kein Abbruchverbot gestützt auf die Natur- und Heimatschutzverordnung verfügt werden. Davon ausgenommen sind vorsorgliche Massnahmen in dringenden Fällen gemäss § 5 NHV (z.Bsp. wenn Anzeichen einer Gefährdung oder eines bevorstehenden Abbruchs einer geschützten oder schützenswerten Baute vorliegen). Dass sich in

casu vorsorgliche Massnahmen aufdrängen, wird weder geltend gemacht, noch ist ein solcher Handlungsbedarf aufgrund der vorliegenden Akten erkennbar. Der Gemeinderat hat denn auch mit dem angefochtenen Beschluss keine vorsorgliche Massnahme angeordnet.

2.6.3 Für den in der kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung verlangten Objektschutz ist der Gemeinderat zuständig (§ 3 Abs. 1 NHV). Bei der Wahl der Schutzmassnahmen kommt dabei der Gemeinde eine erhebliche Entscheidungsfreiheit und somit ein geschützter Autonomiebereich zu. Der Regierungsrat darf und muss indes einschreiten, wenn der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen nicht trifft (§ 3 Abs. 2 NHV). Will der Gemeinderat der Beseitigung eines schützenswerten Bauwerkes (Abbruch) zustimmen, bedarf es zwingend einer Bewilligung des Regierungsrates (§ 6 Abs. 1 NHV). Die erhebliche Entscheidungsfreiheit der Gemeinde ist in dieser Hinsicht massgeblich eingeschränkt.

Zu ergänzen ist, dass der kommunale Gesetzgeber von der Baubewilligungsbehörde die Berücksichtigung der Aussagen des Inventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) und des kantonalen Ortsbildinventars als wegleitende Projektierungs- und Entscheidungsgrundlagen verlangt (Art. 13 Abs. 3 und 44 Abs. 4 BauR). Die sachliche Zuständigkeit des Bauwerkschutzes liegt somit im Sinne des Koordinationsgebotes gebündelt bei der kommunalen Baubewilligungsbehörde. Die entspricht auch dem kantonalen Planungs- und Baurecht (§§ 20, 57, 76 PBG).

3.1 Es steht somit fest, dass der Gemeinderat zum Erlass des hier angefochtenen Abbruchverbotes gestützt auf die kantonale Natur- und Heimatschutzverordnung zwar sachlich zuständig wäre, dass er in casu darüber aber im Rahmen des hängigen Baugesuchs zu befinden hat. Zulässig wäre allenfalls auch ein Abbruchverbot im Sinne einer vorsorglichen Massnahme (§ 5 NHV), eine solche vorsorgliche Massnahme wurde indes nicht angeordnet und drängte sich offenkundig auch nicht auf (siehe oben Erw. 2.6.2). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass das kommunale Baureglement den Abbruch von Bauten und Anlagen generell der Bewilligungspflicht unterstellt (Art. 82 Abs. 1 zweiter Satz).

Für das weitere Vorgehen ist somit, sofern die Bauherrschaft am hängigen Baubewilligungsgesuch festhält, das Baubewilligungsverfahren fortzusetzen. Sollte auf dem Weg zur Entscheidungsfindung der Verhandlungsweg beschritten werden, empfiehlt es sich, nebst den zuständigen Behörden möglichst früh auch betroffene Drittparteien mit ein zu beziehen (siehe oben Erw. 2.5).

B 8.9

3.2 An der vorstehenden Beurteilung vermögen anderslautende Vorbringen der Parteien nichts zu ändern. Hinsichtlich der grundsätzlichen gemeinderätlichen Zuständigkeit und dem punktuellen Aufsichts- und Eingriffsrecht des Regierungsrates besteht kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Dazu gibt weder die kantonale Natur- und Heimatschutzverordnung Anlass, noch erweist sich eine Anpassung aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt. Der Hinweis auf EGV-SZ 1988, Nr. 6, ist unbehelflich, weil dort eben gerade die Gemeinde den Abbruch einer schützenswerten Baute befürwortete.

Soweit das Baubewilligungs- bzw. Vorentscheidverfahren gemäss PBG offen steht, ist dieses grundsätzlich das massgebliche Leitverfahren, in welchem eigentümergebunden über die Schutzwürdigkeit und den allfälligen Abbruch zu entscheiden ist. Will man dies ändern, müsste der Gesetzgeber vor allem ein förmliches Unterstellungs- und Entlassungsverfahren mit entsprechendem Rechtsschutz vorsehen. Unbesehen davon gilt es aber auch zu bedenken, dass in vielen Fällen die Frage der Abbruchbewilligung eng mit der Frage des Ersatzbaus bzw. dessen Qualität zusammenhängt, so dass die Beurteilung im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens sachlich richtig und sinnvoll ist.

(VGE III 2009 70 vom 28. Juli 2009).

8.9 Zonenkonformität / Lärmschutz

- *Ausserschulische Freizeitaktivitäten in der Zone für öffentlichen Bauten und Anlagen auf einem Kunstrasenspielfeld einer Schulanlage.*
- *Zonenkonformität (Erw. 2).*
- *Lärmschutz (Erw. 3.1 – 3.4).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer rügen sinngemäss, das Ausmass der auserschulischen Nutzung nehme raumplanungsrechtlich betrachtet zuwenig Rücksicht auf die benachbarte Wohnzone. Diese (ausserschulische) Art der Nutzung vertrage sich mit der angrenzenden Wohnzone nicht.

2.1 Die Aussenanlagen des Schulareals ... befinden sich in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (...). Dass ausserhalb der Schulzeit die schulischen Aussenanlagen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, widerspricht dem Zonenzweck nicht. Vielmehr ist es zulässig und zonenkonform, wenn das Schulareal auch als Ort der Begegnung und sportlichen Aktivitäten dient, zumal bei der heute unter den Jugend-

lichen und jungen Erwachsenen weitverbreitet anzutreffenden Bewegungsarmut. Abgesehen davon sollte die Zugänglichkeit von öffentlichem Raum nicht ohne Not eingeschränkt werden.

2.2 Die fraglichen Aussenanlagen werden von den Wohnzonen W2 und W3 umgeben. In diesen Wohnzonen sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleistet werden, weshalb nur nichtstörende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe zugelassen sind (Art. 90 BauR). Wie die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sind die Wohnzonen der Lärmempfindlichkeitsstufe ES II zugeordnet (Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV, Art. 37 f. BauR).

2.3 Anwohner der an die Zone für öffentliche Bauten und Anlage grenzenden Wohnzonen haben mehr Immissionen zu erdulden als die übrigen Bewohner in den Wohnzonen. Die bestimmungsgemässe öffentliche Nutzung darf durch die Rücksichtnahme auf die Wohnzone nicht verunmöglichlicht oder sehr stark erschwert werden. Die Beschränkungen der öffentlichen Zonen haben sich vor allem auf vermeidbare Immissionen zu konzentrieren (Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, S. 107). Im Grenzbereich zu Wohnzonen sind Immissionen einer Mischzone zumutbar (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Art. 24 N 33, mit speziellem Hinweis auf Freizeitanlagen). In Mischzonen besteht das Ruhebedürfnis der Bewohner/innen vor allem an Sonn- und Feiertagen in ausgeprägter Weise und ist zu respektieren. Das Verwaltungsgericht hat beispielsweise den Betrieb einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage an Sonn- und Feiertagen als nicht zonenkonform qualifiziert, gleichzeitig aber für Montag bis und mit Samstag tägliche Betriebszeiten von 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr als zonenkonform akzeptiert (EGV-SZ 2007, B 8.6).

2.4 Indem der Gemeinderat die Benutzungszeiten von Montag bis Freitag von 08.00 bis 22.00 Uhr und an Samstagen, Sonn- und Feiertagen von 10.00 bis 18.00 Uhr festsetzt und gleichzeitig ein generelles Glas- und Alkoholverbot erlässt sowie an Sonn- und Feiertagen auf dem ganzen Areal die (lärmintensiven) Ballsportarten untersagt (siehe hierzu auch hinten Erw. 3.4.3), berücksichtigt er einerseits die bestimmungsgemässe doppelte öffentliche Nutzung und andererseits setzt er die erforderlichen Rahmenbedingungen, damit vermeidbare Immissionen ausbleiben. Die Zonenkonformität ist deshalb im Lichte der hier umstrittenen Benützungsvorschriften zu bejahen.

3.1 In umweltschutzrechtlicher Hinsicht bemängeln die Beschwerdeführer, dass die Betriebszeiten im Übermass über das für den Schulbe-

B 8.9

trieb notwendige Mass hinausgingen. Der Rasenplatz sei ein Spiel- und Sportplatz einer Schulanlage und nicht eine Sportanlage. Im Lärmgutachten werde klar festgehalten, dass der Lärm "erheblich störend" wirke. Absurd sei die Argumentation, dass "analoge" Grenzwerte, wie sie "für Strassenverkehr und Eisenbahnen" gelten würden, wohl eingehalten werden könnten. Eine völlige Farce sei die Beschränkung der Nutzungsart an Sonn- und Feiertagen. Gemäss Art. 11 Abs. 2 USG seien die Emissionen auf das betrieblich mögliche Mass zu beschränken. Selbst mit der von den Beschwerdeführern vorgeschlagenen Betriebsdauer von fast 2'900 Stunden pro Jahr werde das für den Schulbetrieb notwendige Mass um über 1'100 Stunden überschritten. Es bleibe daher auch so noch genügend Raum für eine ausserschulische Freizeitnutzung der Anlage. Es werde grundsätzlich bestritten, dass ein überwiegendes Interesse daran bestehen soll, „für überwiegend auswärtige Jugendliche und junge Erwachsene Plätze zur Verfügung zu stellen, auf welchen sich diese sportlich betätigen können.“

3.2.1 Gemäss Art. 11 USG wird Lärm - wie auch andere Umweltbelastungen - durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Abs. 1; Emissionsbegrenzungen). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Abs. 2; erste Stufe: Vorsorgeprinzip). Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Wirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Abs. 3; zweite Stufe: verschärfte Emissionsbegrenzung). Emissionsbegrenzungen werden u.a. durch den Erlass von Betriebsvorschriften eingeschränkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c USG). Soweit das Verordnungsrecht hinsichtlich der Begrenzungen nichts vorsieht, sind diese unmittelbar gestützt auf das Umweltschutzgesetz zu verfügen (Art. 12 Abs. 2 USG). Für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat durch Verordnung Immissionsgrenzwerte fest (Art. 13 Abs. 1 USG). Die Immissionsgrenzwerte für Lärm sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG). Die Vollzugsbehörde (Gemeinderat gemäss Art. 36 Abs. 3 lit. a Kantonale Verordnung zum Bundesgesetz über den Umweltschutz, VoUSG, SRSZ 711.111) ermittelt die Aussenlärmmmissionen ortsfester Anlagen oder ordnet deren Ermittlung an, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die massgebenden Belastungsgrenzwerte überschritten sind oder ihre Überschreitung zu erwarten ist (Art. 36 Abs. 1 LSV). Fehlen Belastungsgrenzwerte, so beurteilt die Voll-

zugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV).

3.2.2 Für den Alltags- und Freizeitlärm, worunter auch der hier zu beurteilende Lärm der Schulaussenanlagen zu zählen ist, fehlen Belastungsgrenzwerte (Urs Walker, Umweltrechtliche Beurteilung von Alltags- und Freizeitlärm, in URP 2009 Heft 1, S. 77 ff.). Massgeblich für die Beurteilung ist ausschliesslich die Störwirkung des Lärms für die Betroffenen. Die Erheblichkeit der Lärmimmissionen bestimmt sich nach einer objektivierten Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (BGE 126 II 86; Robert Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 24 f.). Bei bestehenden ortsfesten Anlagen wie im vorliegenden Fall darf der Lärm keine erhebliche Störung der Bevölkerung zur Folge haben. Als Beurteilungskriterien sind der Charakter, der Zeitpunkt, die Häufigkeit des Lärms sowie die Lärmempfindlichkeit eines Gebietes sowie die Lärmvorbelastung der Zone mitzuberoücksichtigen (Walker, a.a.O., S. 81 ff.). Ob der Einbau des Kunstrasens wegen der damit verbundenen Nutzungsintensivierung sogar ein bewilligungspflichtiges Vorhaben darstellte (§ 75 PBG), kann dahingestellt bleiben, zumal die damit verbundenen zusätzlichen Lärmimmissionen Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind.

3.3 Dem Bericht der ... AG vom 8. Mai 2009 über die Lärmsituation betreffend Kunstrasenspielfeld ... ist u.a. was folgt zu entnehmen:

- Bei zwei benachbarten Wohnhäusern nordwestlich des Kunstrasensfeldes wurden Lärmmessungen verdeckt und gestellt (gezielte Schüsse, gestellte Szenen während Spielbetrieb) vorgenommen.
- Die gestellten Szenen im Spielbetrieb sind deutlich lauter als der restliche Spielbetrieb (die maximalen Pegel lagen bis auf eine Ausnahme ca. 5 bis 10 dBA (A) tiefer). Sie werden von den Betroffenen auch als "laut bis sehr laut" bezeichnet. Die durchschnittlichen Beurteilungspegel betragen 52 dB(A) bzw. 55 dB(A).
- Die gezielten Schüsse auf das bereits mit Gummilagern sanierte Gitter Nord ergibt gemittelte Pegel von rund 71 dB(A) bzw. ca. 63 dB(A).
- Die gezielten Schüsse auf das noch nicht sanierte Gitter West ergeben einen energetisch gemittelten Durchschnittspegel von knapp 69 dB(A) bzw. 75 dB(A).
- Die Auswertung der Schüsse, welche gezielt auf die Matte neben dem Tor am Gitter West abgegeben wurden, ergeben Beurteilungspegel von 70 dB(A) bzw. 74 dB(A). Die Pegelunterschiede mit oder ohne Matte sind gering. Der Aufprall wird

B 8.9

dumpfer, dass heisst er wird bei leicht tieferen Frequenzen wahrgenommen. Nebst dem Dämpfen von Schüssen können Matten bei genügendem Flächengewicht und bei geschlossenem Anbringen auch als Lärmschutz gegenüber weiteren Geräuschen dienen sowie als Nebeneffekt einen Sichtschutz zwischen Platz und Nachbarschaft ergeben.

- Das Kunstrasenspielfeld steht Schule und Öffentlichkeit täglich zwischen 07.00 (08.00) bis 22.00 Uhr zur Verfügung.
- Im Winter (Ende Spätherbst bis Frühlingsanfang im März) wird praktisch nicht Fussball gespielt (ca. 240 Spieltage).
- Es ist von ca. 120 Regentagen im Jahr auszugehen, sodass ca. 160 Spieltage verbleiben.
- Neben der schulbetrieblichen Nutzung wird der Platz nach Schulende in den Abendstunden sowie an Wochenenden genutzt. Gemäss den Angaben der Anwohnern der beiden Messstandorte sind dies:
 - werktags: ab ca. 18.00 Uhr bis ca. 20.00 - 21.00 Uhr, in Sommermonaten teilweise bis ca. 22.00 Uhr
 - samstags: ab ca. 10.00 Uhr bis ca. 20.00 - 21.00 Uhr
 - sonntags: ab ca. 10.00 , teilweise ab 08.00 bis ca. 20.00 - 21.00 Uhr.
- Zur Lärmcharakteristik: intensive Spielphasen werden von ruhigeren Phasen abgelöst. Über längere Zeit betrachtet besteht eine konstante Abfolge von impulsartig auftretenden hohen Pegeln durch Schüsse ins und neben das Tor, durch Schüsse ins Gitter und auf die Torumrandungen sowie durch lautes Zurufen von Spielern. Die ruhigeren Phasen sind gekennzeichnet durch Geräusche aus dem Zuspielen von Bällen und dem Zurufen von Spielern. Geräusche neben dem Spielfeld werden verursacht durch das Fahren und Springen mit Trottnets, durch Personengespräche, Telefonieren, Zu- und Wegfahren im Quartier, Vorbeifahren der Züge.
- Mit Dauerpegeln zwischen 52 und 55 dB(A) und Spitzenpegel, die rund 10 dB(A) höher sind, kann nachvollzogen werden, dass sich die Anwohner aus dem Spielbetrieb auf dem Kunstrasenfeld gestört fühlen. Treten diese Pegel in Phasen auf, in denen das Ruhebedürfnis der Anwohner höher ist, z.Bsp. in Feierabendstunden oder an Sonntagen, kann nachvollzogen werden, dass sich Personen erheblich gestört fühlen.
- Die Anwohner bezeichnen den Spielbetrieb vor allem an Sonn- und Feiertagen als problematisch, weniger problematisch nach Schulschluss.
- Empfehlungen: Sanierung Gitter West, Anpassung Benutzerzeiten (auf die Ruhebedürfnisse der Anwohner in Abhängigkeit der Tageszeit sowie der Wochentage), Kunststoffmatten entlang Gitter.

3.4 Umstritten und Verfahrensgegenstand sind im vorliegenden Fall nur die Betriebs- bzw. Benutzungszeiten (die Beschwerdeführer verlangen eine Reduzierung der Benutzungszeiten auf Montag bis Freitag von 8 Uhr bis 19 Uhr; gemäss angefochtenem Beschluss wurden die defekten Gitter zwischenzeitlich ersetzt; anstelle von Kunststoffmatten werden Sichtschutznetze angebracht).

3.4.1 Wie bereits dargelegt, dürfen die Aussenanlagen und dabei insbesondere der Kunstrasenplatz des Schulhauses ... in raumplanungs- und baurechtlicher Hinsicht (Erw. 1.3 und 2.1) nicht nur dem Schulbetrieb (primär), sondern auch der breiteren Öffentlichkeit (sekundär) dienen. Das Ruhebedürfnis der Bewohner der angrenzenden Wohnzone steht an Sonn- und Feiertagen im Vordergrund, weniger indes an Abenden (bis max. 22.00 Uhr), über die Mittagszeit sowie an Samstagen (bis ca. 18.00 Uhr). Während den üblichen Arbeitszeiten ist das Ruhebedürfnis aufgrund der angrenzenden Lage an die öffentliche Zone (Erw. 2.3) und der übrigen Lärmvorbelastung (z.Bsp. Quartierverkehr) dagegen nicht besonders ausgeprägt (Erw. 2.3 / 2.4).

3.4.2 Bei dieser Ausgangslage besteht somit kein Anlass, im Sinne der Vorsorge die ausserschulischen Freizeitaktivitäten unbesehen davon, ob eine erhebliche Störung vorliegt oder nicht, zu begrenzen. Dass durch die öffentliche ausserschulische Nutzung auch auswärtige Personen profitieren können, ist nicht zu vermeiden. Es kann deswegen nicht leichthin das kommunale Nutzungsbedürfnis verneint werden, zumal davon auszugehen ist, dass zwischen den verschiedenen kommunalen Sport- und Freizeitanlagen in der Region faktisch auch ein gewisser Ausgleich stattfindet.

3.4.3 Wie der Lärmbericht vom 8. Mai 2009 nachvollziehbar feststellt, treten störende Lärmimmissionen vor allem beim Fussballspielen auf. Die vom Spielverlauf geprägten impulsartig auftretenden hohen Lärmpegel können bei einem hohen Ruhebedürfnis bei objektiver Betrachtungsweise erheblich stören. Wenn nun der Gemeinderat an Sonn- und Feiertagen auf dem ganzen Areal Ballsportarten untersagt, trägt er in lärm-schutzrechtlicher Sicht dem Ruhebedürfnis genügend Rechnung. Zu berücksichtigen ist dabei auch das generelle Glas- und Alkoholverbot. Damit diese Einschränkungen nicht zur Farce verkommen, sind griffige Kontroll- und Durchsetzungsmassnahmen anzuordnen. Im angefochtenen Beschluss wird die Beschilderung mit den Benutzungszeiten sowie die Überwachung durch eine private Sicherheitsfirma verfügt. Zudem hat der zuständige Einzelrichter am 14. Juli 2009 ein allgemeines privatrechtliches Verbot verfügt, welches die Einhaltung der beschränkten Benüt-

B 8.9

zungszeiten, des Ballsportverbotes an Sonn- und Feiertagen sowie des Glas- und Alkoholverbotes beinhaltet (...). Für jede Zuwiderhandlung wird eine Busse von Fr. 500.-- angedroht. Gestützt auf diese Massnahmen ist die Einhaltung der Nutzungsbeschränkungen bei strikter Überwachung und strafrechtlicher Verfolgung im Widerhandlungsfalle realistisch. Sollte dies nicht der Fall sein, sind verschärfte Massnahmen zu prüfen (z.Bsp. individuelle Betretungsverbote). Falls auch verschärfte Massnahmen nicht in rechtsgenügender Weise greifen sollten, käme der Gemeinderat nicht umhin, als ultima ratio ein generelles Betretungs- und Nutzungsverbot an Sonn- und Feiertagen in Betracht zu ziehen.

3.4.4 Der Umstand, dass das fragliche Areal an den Werktagen (Montag bis Freitag) über die Mittagszeit und nach Schulschluss in den späteren Abend hinein bis max. 22.00 Uhr ohne Nutzungseinschränkung (bis auf das Glas- und Alkoholverbot) zugänglich ist, hat bei objektiver Betrachtungsweise keine erheblichen Störungen zur Folge. Dies gilt auch für die Samstage, an welchen von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr die Benutzung erlaubt wird. Es ist hier einerseits das geringere Ruhebedürfnis zu beachten (siehe oben Erw. 2.3/2.4, 3.4.1). An Samstagen wird mit reduzierten Nutzungszeiten (zwei Stunden späterer Nutzungsbeginn und vier Stunden früheres Nutzungsende) dem Umstand, dass es sich für die meisten Bewohner um keinen (beruflichen) Arbeitstag handelt, angemessen Rechnung getragen. Andererseits sind Abende und Samstage für sportliche Freizeitaktivitäten besonders gut geeignet. Dass sich Jugendliche und Erwachsene sportlich betätigen, wird in Kenntnis der notorischen Bewegungsarmut durch die öffentliche Hand im Rahmen des Zulässigen und in Beachtung ihres Ermessenspielraumes (Walker, a.a.O., S. 84) zu Recht gefördert oder zumindest nicht unterbunden.

3.4.5 Dass rein rechnerisch ausserhalb des Schulbetriebes eine erhebliche Anzahl von Stunden für die sekundäre Nutzung zur Verfügung steht, gebietet aufgrund der vorstehenden Erwägungen keine zusätzliche Beschränkung im Sinne des Beschwerdeantrages. Dies umso mehr nicht, als die faktische Verfügbarkeit aus Gründen des Wetters, der fehlenden Flutlichtanlage und der Jahreszeiten erheblich eingeschränkt ist. Unerheblich ist bei der vorliegenden Sachlage auch, wie bzw. dass die Aussenanlagen als Sport- und Freizeitanlagen bezeichnet werden.

(VGE III 2009 190 vom 22. Dezember 2009).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Verfahrenswahl / Auftragswert

- *Beim für den Schwellenwert bzw. die Verfahrenswahl massgebenden prospektiv zu schätzenden Auftragswert darf nicht zu knapp kalkuliert werden.*

Aus den Erwägungen:

3.2.1 Im konkreten Fall geht es um planerische, von einem Architekten zu erbringende Dienstleistungen für eine Gemeinde. Diese Dienstleistungen umfassen gemäss der Umschreibung des Leistungsumfangs in Ziffer 3.3 der Ausschreibungsunterlagen namentlich die Projektierung, die Ausschreibung und Begleitung der Ausführung des Mehrzweckgebäudes für den Freizeitpark (vgl. ...).

3.2.2 Derartige Dienstleistungen können für den Bereich unter Fr. 150'000.-- im Nicht-Staatsvertragsbereich freihändig und im Bereich zwischen Fr. 150'000.-- bis unter Fr. 250'000.-- im Einladungsverfahren vergeben werden. Ab Fr. 250'000.-- ist das offene/selektive Verfahren erforderlich (Anhang 2 zu IVöB). Anzuführen ist, dass die Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich u.a. dann erforderlich wäre, wenn der Schwellenwert gemäss Anhang 1 IVöB erreicht würde (bei Dienstleistungen beträgt er Fr. 383'000.--, vgl. auch ABI Nr. 49 vom 5. Dezember 2008, S. 2544). Die Mehrwertsteuer wird bei der Schätzung des Auftragswertes nicht berücksichtigt (vgl. Art. 7 Abs. 1ter IVöB und § 2 Abs. 1 VIVöB). Werden mehrere gleichartige Aufträge vergeben oder wird ein Auftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge unterteilt, gilt als Auftragswert der Gesamtwert für die Zeitdauer von zwölf Monaten (vgl. § 4 Abs. 1 VIVöB).

3.2.3 Nach der Rechtsprechung ist die Höhe des Wertes des zu vergabenden Auftrags von den Behörden im Voraus gestützt auf eine Schätzung der mutmasslichen Kosten festzuhalten. Dies hat deshalb im Voraus zu geschehen, damit die Vergabebehörde die richtige Verfahrensart wählen kann. Um die Bestimmungen über die Schwellenwerte einzuhalten, darf nicht zu knapp kalkuliert werden und hat sich die Behörde eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., 2007, Rz. 183 ff. mit Hinweisen; vgl. auch Zwischenbescheid III 2009

B 11.1

148 vom 28. Juli 2009, Erw. 3.3). Damit in Einklang stehen auch die Ausführungen des ehemaligen Justizdepartements im Kreisschreiben zum neuen Beschaffungsrecht vom 1. März 2005, wo in Ziffer 5.3 ausgeführt wird, dass der Wert einer Beschaffung zu Beginn eines Verfahrens mittels Schätzung ermittelt werden muss. Ist eine solche sachlich vertretbar, so ist das Verfahren auf der einmal eingeschlagenen Linie zu einem Abschluss zu bringen (siehe noch nachfolgend, Ziff. 3.3). Zeigt sich indessen, dass eine Kostenschätzung von allem Anfang an eindeutig falsch war, ist es angezeigt, eine Submission zu wiederholen. Um dies zu vermeiden drängt es sich auf, im Grenzbereich besonders sorgfältig zu rechnen und insbesondere im Zweifelsfall das qualifiziertere Verfahren zu wählen. Massgebend bei der Berechnung des Schwellenwertes ist grundsätzlich die einzelne Beschaffung. Dabei darf ein Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendung der Vergabebestimmungen zu umgehen (vgl. § 2 Abs. 2 VIVöB).

(...).

3.4.1 In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vorinstanz die Gesamtkosten für das Mehrzweckgebäude (ohne Vorbereitungsarbeiten und Umgebung) auf Fr. 3'280'000.-- veranschlagt. Davon hat sie zur Ermittlung der „aufwandbestimmenden Baukosten“ diverse Positionen im Gesamtbetrag von Fr. 910'000.-- ausgeklammert, welche bei der Ermittlung des Honorars für den Architekten nicht angerechnet werden sollen. Diese Positionen umfassen u.a. Honorare für an der Projektierung und Ausführung mitwirkende Spezialisten, die MWST auf Unternehmer- und Lieferantenrechnungen, der Erwerb von Grund und Rechten, Versicherungsprämien, Ausgaben für Feiern (Grundsteinlegung) etc. Die entsprechend bereinigte anrechenbare Baukostenschätzung für das Mehrzweckgebäude (ohne Vorbereitungsarbeiten und Umgebung) beträgt gemäss Ziffer 3.2 in fine der Ausschreibungsunterlagen Fr. 2'370'000.-- (vgl. ...).

3.4.2 Demgegenüber wurde in der Kostenzusammenstellung vom 19. August 2008 der die Vorinstanz beratenden Fachbüros (...) die Kostenschätzung für das Mehrzweckgebäude nach BKP (Baukostenplan) wie folgt vorgenommen (vgl. ...): (...).

(Total Kostenschätzung, d.h. Vorbereitungsarbeiten, Gebäude, Betriebs-einrichtungen, Umgebung und Baunebenkosten = Fr. 3'530'000.--). Diese Kostenschätzung diente gemäss den vorliegenden Unterlagen auch der Ermittlung der Gesamtanlagekosten von Fr. 11'500'000.--, welche im Bericht und Antrag an die beratende Gemeindeversammlung vom 22. Oktober 2008 enthalten sind (vgl. ...).

3.4.3 Mit gerichtlichem Schreiben vom 24. August 2009 wurde die Vorinstanz aufgefordert zu erläutern, welche der oben unter Ziffer 3.4.2 aufgeführten Honorarpositionen von Fr. 25'000 (Vorbereitungsarbeiten), Fr. 380'000.-- (Gebäude), Fr. 20'000.-- (Betriebseinrichtungen) und Fr. 20'000.-- (Umgebung) die hier in Frage stehenden Architekturleistungen für das Los B betreffen. In der Antwort vom 1. September 2009 äusserte sich die Vorinstanz zu den angegebenen Honorarpositionen wie folgt:

In den ermittelten Kosten für das Mehrzweckgebäude sind folgende Honorarpositionen vorgesehen, welche wie folgt verteilt werden:

1. Vorbereitungsarbeiten Fr. 25'000.00 Ingenieur
2. Gebäude Fr. 380'000.00 Alle Planer
3. Betriebseinrichtungen Fr. 20'000.00 Einzelne Spezialisten
4. Umgebung Fr. 20'000.00 Umgebungsgestalter
Die vorliegend relevante Position für die Planung des Gebäudes im Betrag von Fr. 380'000.-- verteilt sich wie folgt auf die einzelnen Planer:
 - Fr. 40'000.00 Ingenieur
 - Fr. 40'000.00 Heizungs Lüftungsplanung
 - Fr. 30'000.00 Elektroplanung
 - Fr. 270'000.00 Architekt

Der Beitrag für den Architekten von total Fr. 270'000.00 ergibt sich aus dem eigentlichen Honorar von Fr. 250'000.00 zuzüglich MWST (CHF 18'750.00). Hierbei ist immer noch zu berücksichtigen, dass die Honorarpositionen in dieser Höhe in Hinblick auf die Gemeindeversammlung und damit bewusst grosszügig veranschlagt wurden, damit die bewilligten Kosten hernach möglichst nicht überschritten werden.

3.4.4 Aus diesen vorstehenden Angaben ergibt sich unmissverständlich, dass die Vorinstanz bei der Einholung des Verpflichtungskredites auf eine Kostenschätzung abstellte, bei welcher die reinen Gebäudekosten für das Mehrzweckgebäude mit Fr. 2'670'000.-- berücksichtigt wurden (was bei einer Kubatur von 7'120.5 m³ [vgl. ...] einem Kubikmeterpreis von Fr. 374.97 entspräche). In diesen reinen Gebäudekosten sind gemäss dieser Kostenschätzung insgesamt Honorarkosten von Fr. 380'000.-- enthalten, welche im Umfange von Fr. 270'000.-- (inkl. MWSt) dem Architekten zugeordnet werden. Es würde nun auf einen unzulässigen Methodendualismus hinauslaufen, wenn bei der Einholung des Verpflichtungskredites gegenüber den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern eine Kostenschätzung präsentiert wird, in welcher das

B 11.1

Architektenhonorar für das Mehrzweckgebäude mit Fr. 270'000.-- (inkl. MWSt) berechnet wurde, derweil alsdann bei der Wahl des Verfahrens zur Beschaffung der Architekturdienstleistungen für das gleiche Gebäude argumentiert würde, effektiv sei das Architekturhonorar tiefer bzw. unter Fr. 250'000.-- anzusetzen (vgl. auch vorinstanzliche Vernehmlassung, wonach von einer Honorarofferte von unter Fr. 237'000.-- [10%] ausgegangen werde). Vielmehr ist die Vorinstanz bei der Wahl der Verfahrensart zur Beschaffung der planerischen Dienstleistungen auf diejenige Kostenschätzung zu behaften, welche sie gegenüber den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern bei der Einholung des Verpflichtungskredits für das Vorhaben verwendet hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - der Verpflichtungskredit erst vor kurzem eingeholt wurde (Urnenabstimmung vom 30. November 2008) und nicht ersichtlich ist, dass beim geplanten Mehrzweckgebäude zwischenzeitlich eine Redimensionierung vorgenommen wurde bzw. nun nur noch ein kleineres Vorhaben realisiert werden sollte (was gegenüber dem im Verpflichtungskredit umschriebenen Vorhaben ein „Minus“ darstellen würde).

3.5 Zusammenfassend verhält es sich so, dass die Vorinstanz bei der Ausschreibung für die Planerdienstleistungen für das Mehrzweckgebäude (Los B) von der bei der Einholung des Verpflichtungskredits ermittelten Kostenschätzung abgewichen und eine neue Kostenschätzung verwendet hat, obwohl weder wesentliche Änderungen geltend gemacht werden, noch eine Verkleinerung des Vorhabens ersichtlich wäre. Bei dieser Sachlage hätte die Vorinstanz bei der Wahl der Verfahrensart korrekterweise die ursprüngliche, gegenüber den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern verwendete (höhere) Kostenschätzung anwenden müssen, dies umso mehr als rechtsprechungsgemäss nicht zu knapp kalkuliert werden darf und sich die Behörde eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten haben (vgl. oben, Erwägung 3.2.3).

Soweit die Vorinstanz von Fr. 237'000.-- ausgeht, liegt dieser Schätzwert zudem im Grenzbereich des Schwellenwertes, so dass sich auch aus dieser Sicht das qualifiziertere Verfahren aufgedrängt hätte (Erw. 3.2.3). Im Übrigen hat der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 1. Juli 2009 argumentiert, dass die im Teil B als Ausgangslage erwähnte Summe von Fr. 2.37 Mio. nach der SIA Honorarordnung 102 zu einem Honorar von etwa Fr. 400'000.-- führe. Nach der gerichtlichen Aufforderung vom 17. August 2009, die (vom Beschwerdeführer) geschätzte Honorarsumme von Fr. 400'000.-- nachvollziehbar zu begründen, führte der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 21. August 2009 (unter Hinweis auf die verwendeten Parameter wie Schwierigkeitsgrad, Baukategorie etc.) u.a. aus, dass unter Berücksichtigung des für die Bearbeitung angebotenen Stundenansatzes des Planungsteams von Fr. 120.-- ein

Honorar von Fr. 406'320.-- (ohne MWSt) resultiere. Ob im Lichte dieser Ausführungen der prospektiv zu schätzende Auftragswert noch höher als gemäss Verpflichtungskredit anzusetzen wäre, kann hier indes aber offen bleiben.

4.1 Nach diesen Ausführungen ist festzuhalten,

- dass die Vorinstanz für die Plansubmission Los B die falsche Verfahrensart gewählt und zu Unrecht ein Einladungsverfahren begonnen hat,
- und dass die Vorinstanz verpflichtet ist, die Beschaffung der erwähnten planerischen Dienstleistungen (Los B) im offenen oder selektiven Verfahren vorzunehmen.

4.2 An diesem Ergebnis vermögen die Vorbringen der Vorinstanz nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich auch die Argumentation der Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 21. August 2009, wonach sinngemäss dann, wenn die Offerten (der eingeladenen Architekturbüros) geöffnet und geprüft würden, ohne weiteres erkennbar wäre, ob eine Mehrheit der Offerten den betreffenden Schwellenwert überschreiten würde oder nicht. Die Vorinstanz übersieht, dass die massgebende Schätzung im Voraus (prospektiv) zu erfolgen hat (vgl. oben, Erw. 3.2.3, sowie Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz.183 ff.), wie dies notabene auch zur Ermittlung des Verpflichtungskredites erfolgte. Unbehelflich ist deshalb auch der sinngemässe Einwand der Vorinstanz, dass die Ergebnisse der anderen Ausschreibungen verhältnismässig tiefe Honorarkosten ergäben hätten (vgl. ...).

(VGE III 2009 140 vom 23. September 2009).

13. Sozialhilfe

13.1 Rückforderung wirtschaftlicher Hilfe

- *Aus dem kantonalen Sozialhilferecht ergibt sich keine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche die Fürsorgebehörde Z mit einer Verfügung einen (ehemaligen) Konkubinatspartner X verpflichten könnte, ein früheres Unterhaltsversprechen einzulösen und wirtschaftliche Hilfe zurückzuzahlen, welche die Gemeinde Z für Y entrichtet hatte (in casu kein Fall von § 25 Abs. 3a Satz 2 Sozialhilfegesetz). Das frühere Unterhaltsversprechen hatte der Schweizer Bürger X gegenüber den Migrationsbehörden abgegeben, damit die ursprünglich in einem*

B 16.1

Nachbarkanton lebende Ausländerin Y einen Kantonswechsel vornehmen und (vorübergehend) bei X einziehen konnte.
(VGE III 2009 7 vom 8. April 2009).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Aufnahme in eine Genossame

- *Verbot der Doppel- bzw. Mehrfachmitgliedschaft in den Statuten ist rechtmässig (Erw. 4.1 – 4.2).*
- *Statutarische Bestimmung, wonach auch eine frühere, nicht mehr bestehende Mitgliedschaft in einer anderen Korporation oder Genossame einen Aufnahmehinderungsgrund darstellt, ist unzulässig (Erw. 4.4.1 ff.).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Es stellt sich zunächst die Frage nach der Rechtmässigkeit des Verbots der Doppel- bzw. Mehrfachmitgliedschaft gemäss Art. 2.3 lit. c der revidierten Statuten der Genossame X.

Die Autonomie der Genossamen und Korporationen ergibt sich aus § 13 der Kantonsverfassung (KV, SRSZ 100.000). Danach gewährleistet die Verfassung die Unverletzlichkeit des Eigentums. Jedem Bezirk, jeder Gemeinde sowie jeder geistlichen und weltlichen Korporation bleibt auch die Verwaltung und die Befugnis, die Art und Weise der Benutzung und der Verwaltung ihrer selbst zu bestimmen, gesichert. § 13 KV berechtigt die Korporationen jedoch nicht, gegen verfassungsmässige Rechte zu verstossen. Die Autonomie der Korporationen ist nicht absolut und sie wird sowohl durch übergeordnetes kantonales wie auch durch Bundesrecht beschränkt (VGE 938/04 vom 10. August 2005, Erw. 4.6.2; BGE 125 III 213). Im Rahmen der Beurteilung der Zugehörigkeit von Nachkommen weiblicher Mitglieder einer Korporation / Genossame (VGE 938/04 und 838/05 vom 10. August 2005) hat das Verwaltungsgericht anerkannt, dass die Beschränkung der Zulassungskriterien allein auf die Abstammung zu einer Vergrösserung der Mitgliederzahl führen wird. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, dass durchaus nichtgeschlechtsspezifische und verfassungskonforme Differenzierungen denkbar seien, welche einer allzu grossen Zersplitterung entgegenwirkten, wobei neben der Verknüpfung der Mitwirkungs- und Nutzungsberechtigung mit der Wohn-

sitznahme im Gebiet der Genossame / Korporation die Möglichkeit eines Verbots, Mitglied in mehreren Genossamen zu sein, erwähnt wurde (VGE 938/04 vom 10. August 2005, Erw. 4.6.2 m.H. auf R. Schweizer, Bürgerrecht und Korporation, Zeitschrift für Zivilstandswesen, ZZW, 1989, S. 334). Das Bundesgericht hat in BGE 132 I 80 E. 4.3.5 ausdrücklich auf diese Erwägungen verwiesen und festgehalten, dass es sachgerechte Kriterien gibt, die es den Genossamen und Korporationen weiterhin ermöglichen, ihre wirtschaftlichen und kulturellen Zwecke zu verfolgen.

Der Regierungsrat hat in seinem Kreisschreiben betreffend Aufnahme ins Bürgerrecht der Korporationen und Genossamen (RRB Nr. 1548 vom 14. November 2006) festgehalten (Ziff. 3.2.4):

Statutarisch sollen auch (horizontale) Doppel- bzw. Mehrfachbürgerschaften ausgeschlossen werden, wo sie nicht erwünscht sind, wobei sich die Betroffenen im Sinne eines Wahlrechts für eine Mitgliedschaft entscheiden könnten. Bei Allmeind- und Talkorporationen (OAK und z.B. Genossame Schwyz) sind (vertikale) Doppelmitgliedschaften hingegen üblich und auch erwünscht. Auch gegen solche Regelungen bestehen keine Bedenken.

Im Genehmigungsbeschluss der Statutenrevision der Genossame X. (RRB Nr. 224 vom 11. März 2008) hielt der Regierungsrat fest, dass gegen das Verbot der Doppelmitgliedschaft (mit Ausnahme der Mitgliedschaft bei der Korporation X. und der OAK) nichts einzuwenden sei.

4.2 Es besteht vorliegend kein Anlass, von der dargelegten Rechtsprechung abzuweichen. Im Rahmen der autonomen Ausgestaltung ihrer Satzungen ist es den Genossamen und Korporationen grundsätzlich nicht verwehrt, die Zugehörigkeit davon abhängig zu machen, dass keine Mitgliedschaft zu einer anderen Korporation / Genossame besteht. Das Verbot der Doppel- bzw. Mehrfachmitgliedschaft an sich stellt keine Rechtsungleichheit dar. Es betrifft grundsätzlich sämtliche Gesuchsteller unabhängig von ihrem Geschlecht und unabhängig von anderen persönlichen Merkmalen. Es kann in diesem Zusammenhang im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass auch übergeordnete öffentlichrechtliche Körperschaften das Verbot der Doppelbürgerschaft kennen. So war nach Schweizerischem Recht bis Ende 1991 der Erwerb des CH-Bürgerrechts grundsätzlich vom Verzicht auf die frühere Staatsangehörigkeit abhängig. Seitdem ist nach schweizerischem Recht die doppelte Staatsangehörigkeit zwar keinen Einschränkungen mehr unterworfen, viele ausländische Rechtsordnungen (z.B. Österreich, gewisse skandinavische Länder usw.) erlauben jedoch weiterhin die Doppelbürgerschaft nicht und sehen vor, dass bei freiwilligem Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit die frühere Staatsangehörigkeit verloren geht (vgl. Schaffhauser, in: Thürer,

B 16.1

Hrsg., Verfassungsrecht der Schweiz, § 19 Rz 26; Pulver, Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, S. 550).

(...).

4.4.1 Umstritten ist des Weiteren die Zulässigkeit der statutarischen Bestimmung, wonach nicht nur eine bestehende Mitgliedschaft in einer anderen Genossame / Korporation ein Aufnahmehinderungsgrund darstellt, sondern auch eine frühere und nicht mehr bestehende Mitgliedschaft in einer anderen Genossame / Korporation die Aufnahme in die Genossame X. ausschliesst.

4.4.4 Wie bereits erwähnt, ist die Einführung des Verbots der Doppel- bzw. Mehrfachmitgliedschaft grundsätzlich nicht zu beanstanden. Fraglich ist jedoch die Rechtmässigkeit der Einschränkung des Wahlrechts in den Statuten in dem Sinn, dass es Personen, welche von einem Genossenbürger abstammen und auch die weiteren Mitgliedschaftsvoraussetzungen erfüllen, verwehrt ist, in die Genossame aufgenommen zu werden, wenn sie (in einem früheren Zeitraum) Mitglied in einer anderen Genossame / Korporation *waren*. Diesen Personen steht ein Wahlrecht nicht zu, d.h. auch wenn sie die Mitgliedschaft in einer anderen Genossame / Korporation aufgeben und sich dieser Rechte entäussern, wird es ihnen verwehrt, in die Genossame X. aufgenommen zu werden.

Wie bereits erwähnt, wird aus Art. 8 BV nur ein relativer Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet. Ein Erlass verletzt demnach den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger und sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nach Regelungszweck nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. BGE 132 I 74 E. 4.a m.H.). Die statutarische Regelung von Art. 2.3 lit. c führt insofern zu einer Ungleichbehandlung zwischen Nachkommen von Mitgliedern, als denjenigen Nachkommen, welche im Zeitpunkt der Statutenänderung nicht oder noch nicht Mitglied in einer anderen Genossame / Korporation waren, ein Wahlrecht zusteht, während Personen, welche bereits über eine Mitgliedschaft verfügen, kein Wahlrecht mehr zusteht. Ihnen ist bei vorbestehender Mitgliedschaft in einer Körperschaft im Sinne von Art. 59 Abs. 3 ZGB eine Aufnahme vollständig verwehrt, so dass auch eine frühere (und nicht mehr bestehende) Mitgliedschaft bei einer solchen Körperschaft ein Ausschlusskriterium für die Aufnahme in die Genossame X. darstellt. Für eine solche Ungleichbehandlung der Nachkommen der Genossenbürgerinnen und Genossenbürger ist eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin weist zudem zu Recht darauf hin, dass der Ausschlussgrund einer vorbestehenden Mitgliedschaft in einer Genossa-

me oder Korporation im Endeffekt vor allem die Nachkommen verheirateter weiblicher Mitglieder betrifft und eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV darstellt. Insbesondere die Nachkommen weiblicher verheirateter Mitglieder, welche bis zu der durch die Rechtsprechung durchgesetzten Rechtsänderung nicht Mitglied der Genossame X. werden konnten und aufgrund der Abstammung vom Vater jedoch Mitglied in einer anderen Genossame / Korporation wurden, sind von der fraglichen Regelung betroffen und werden von der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Die Nachkommen männlicher Mitglieder waren entweder bereits Mitglied und werden durch die Übergangsregelung geschützt (vgl. Art. 16.4 der Statuten, wonach für die bestehenden Doppelmitgliedschaften der Besitzstand gewährleistet ist) oder sie erfüllten erst nach Inkrafttreten der Statutenänderung die Aufnahmekriterien und hatten entsprechend die Wahl, welcher Korporation / Genossame sie beitreten wollen. Die dargestellte rechtungleiche Behandlung von potentiellen Neumitgliedern verstösst gegen das innerhalb der Genossame zu beachtende Gleichbehandlungsgebot (vgl. BGE 132 I 72).

Soweit die Vorinstanz geltend macht, durch die fragliche Regelung soll eine „Rosinenpickerei“ verhindert werden in dem Sinne, dass es nicht zulässig sein soll, einfach eine Mitgliedschaft bei der finanziell interessanteren Genossame / Korporation zu wählen, ist ihr entgegen zu halten, dass sie diese „Rosinenpickerei“ gemäss den revidierten Statuten zulässt für Nachkommen von Mitgliedern, welche im Zeitpunkt der Statutenrevision noch nicht Mitglied in einer Korporation / Genossame waren, grundsätzlich aber aufgrund ihrer Abstammung mehreren Korporationen / Genossamen angehören können. Ihnen wird ein Wahlrecht zuerkannt. Ausgeschlossen wird die Wahlmöglichkeit vor allem für Nachkommen, welche erst im Zusammenhang mit der obzitierten Rechtsprechung die Möglichkeit erhielten, in die Genossame X. aufgenommen zu werden. Im Übrigen vermag die Genossame keine schützenswerten Interessen darzutun, welche die dargestellte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermöchte. Für die getroffene ungleiche Regelung zwischen bestehenden Mitgliedern und potentiellen Neumitgliedern (und hierbei vor allem den Nachkommen verheirateter weiblicher Mitglieder) spricht einzig der Schutz finanzieller Interessen der bestehenden Mitglieder und der Schutz dieser Interessen ist auch gemäss der Auffassung der Vorinstanz nicht schützenswert (vgl. Vernehmlassung ...). (...).

Soweit die Vorinstanz geltend macht, Gesetzesänderungen hätten zwangsläufig zur Folge, dass frühere und neue Fälle nicht gleich behandelt würden, kann ihr insofern gefolgt werden, als dass infolge Rechtsänderungen für die Rechtsunterworfenen unterschiedliche Regelungen gelten können, je nachdem, ob der rechtlich erfasste Tatbestand für sie vor oder nach der Revision wirksam wird und dass eine damit verbunde-

B 16.2

ne Ungleichbehandlung an sich noch keine Verfassungsverletzung darstellt (BGE 127 V 454 E. 3b; U 369/99 vom 27. November 2001, Erw. 3b). Vorliegend liegt die stossende Rechtsungleichheit nicht in der Ungleichbehandlung von Alt- und potentiellen Neumitgliedern, sondern in der Ungleichbehandlung potentieller Neumitglieder untereinander; während den einen ein Wahlrecht zugestanden wird, wird den anderen die Aufnahme schlechthin verweigert. Es geht somit um die Ungleichbehandlung zwischen den Nachkommen von Genossenbürgerinnen und –bürgern, welche im Zeitpunkt der Statutenrevision noch nicht Mitglieder der Genossame waren, jedoch aufgrund ihrer Abstammung grundsätzlich einen Anspruch auf Aufnahme haben. Der Ausschluss des Wahlrechts muss im Übrigen als willkürlich bezeichnet werden, da es sich nicht auf vernünftige und sachliche Gründe stützen lässt und im Ergebnis in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanke zuwiderläuft, dies insbesondere deshalb, weil nur ein kleiner Teil der Nachkommen der Mitglieder der Genossame vom Wahlrecht ausgeschlossen ist und künftig sämtlichen Nachkommen – welche zur Zeit noch über keine Mitgliedschaft in einer anderen Genossame / Korporation verfügen – faktisch ein Wahlrecht zusteht. Der Ausschluss des Wahlrechts gegenüber einem beschränkten Teil der Nachkommen von Mitgliedern der Genossame verstösst damit gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Rz 814).

(VGE III 2008 221 vom 20. Mai 2009).

16.2 Aufnahme in eine Genossame

- *Kriterium der unmittelbaren Abstammung ist eine zulässige Voraussetzung für die Mitgliedschaft (Erw. 3).*
- *Kein Anspruch auf rückwirkende Anerkennung der Mitgliedschaft für eine vor der Statutenänderung verstorbene Person (Erw. 4.3).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Grossvater mütterlicherseits der Beschwerdeführerin war Mitglied der Genossame Y. Die Mutter verstarb 1988 und war im Zeitpunkt ihres Todes nicht Mitglied der Genossame Y. Eine allenfalls früher bestandene Mitgliedschaft hat sie gemäss damals geltenden Statuten infolge Heirat verloren. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufnahme in die Genossame Y. einerseits unter Berufung auf die Abstammung zum Grossvater und andererseits macht sie geltend, dass ihre Mutter bei korrekter An-

wendung des Gleichstellungsartikels bereits ab 1981 einen Anspruch darauf gehabt hätte, in die Genossame aufgenommen zu werden.

Aus den Erwägungen:

3. Es ist vorliegend unbestritten, dass der Grossvater der Beschwerdeführerin, ..., Mitglied der Genossame Y. war. Aus der Abstammung vom Grossvater kann die Beschwerdeführerin jedoch keinen Anspruch auf Aufnahme in die Genossame ableiten. Die Statuten verlangen für die Mitgliedschaft die unmittelbare Abstammung von einer im Genossenregister eingetragenen Person.

Das Verwaltungsgericht hat in seiner Rechtsprechung wiederholt anerkannt, dass das Kriterium der unmittelbaren Abstammung eine zulässige Voraussetzung für die Mitgliedschaft in einer Korporation ist (VGE 836/05 vom 30. Juni 2005; III 2007 67, III 2007 69 und III 2007 85 je vom 30. Oktober 2007; III 2008 67 vom 5. Februar 2009). Die Abklärung der Abstammung wird immer schwieriger, je weiter zurück nachzuforschen ist. Bei dieser Ausgangslage macht es Sinn, die unmittelbare Abstammung von einem Mitglied für die Aufnahme in die Korporation vorzusetzen. Die entsprechende Regelung ist auf jeden Fall nicht willkürlich oder gesetzes- bzw. verfassungswidrig. Es steht den Genossamen und Korporationen im Rahmen ihrer Autonomie (Art. 13 Abs. 1 KV; EGV-SZ 1987, Nr. 30, Erw. 5) vielmehr zu, die unmittelbare Abstammung zu verlangen, auch wenn eine andere Lösung denkbar wäre. Der Regierungsrat hat in seinem Kreisschreiben betreffend Aufnahme ins Bürgerrecht der Korporationen und Genossamen vom 14. November 2006 (RRB Nr. 1548/2006) zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass die Zulassung eines zeitlich unbefristeten Abstammungsnachweises die Zahl der Korporationsmitglieder unbegrenzt ansteigen lassen würde, was auch einen Identitätsverlust innerhalb der Korporation und Genossame zur Folge hätte. Im Weiteren hat der Regierungsrat in der Genehmigung der fraglichen Teilrevision der Statuten der Genossame Y. zur Frage der unmittelbaren Abstammung ausgeführt, die Regelung der Beschränkung der Aufnahmemöglichkeit auf eine Generation erscheine insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verwaltungsökonomie vertretbar. Dieser Auffassung folgte das Verwaltungsgericht in den zitierten Entscheiden. Eine gegen VGE III 2007 69 (betr. die Genossame Y.) erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht mit BGE 134 I 257 abgewiesen und das Aufnahmekriterium der unmittelbaren Abstammung wurde als verfassungskonform anerkannt. Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil fest, dass die Abfolge der Generationen es zuweilen mit sich bringe, dass bestehende Rechte nicht ohne weiteres und unbegrenzt über-

B 16.2

tragen werden können. Wenn sie von einem Inhaber nicht weitergegeben werden könnten, so gingen sie verloren, sofern der Gesetzgeber keine entsprechende Rückwirkung anordne oder kein Eintrittsrecht des Nachkommen vorsehe, wie dies beispielsweise im Erbrecht der Fall sei (Art. 457 Abs. 3 ZGB), oder die gesetzlichen Voraussetzungen zur Wiedererlangung untergegangener Rechte nicht erfüllt seien (vgl. Art. 8b SchIT ZGB betr. Bürgerrecht der nach altem Eherecht verheirateten Frauen). Es besteht somit gemäss Bundesgericht ein wesentlicher Unterschied zwischen der unmittelbaren und der bloss mittelbaren Abstammung von einem Korporationsbürger. Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot setze indessen eine tatsächliche Ungleichbehandlung voraus, welche zwischen Kindern mittelbarer und solchen von unmittelbarer Abstammung von einem Korporationsbürger gerade nicht gegeben sei. Die Berufung auf Art. 8 BV könne daher einem lediglich mittelbar von einem Korporationsbürger abstammenden Gesuchsteller keine Mitgliedschaft in der Korporation verschaffen (Erw. 3.4.2 und 3.4.3).

4.3 Was das Argument der rückwirkenden Anerkennung der Zugehörigkeit der Mutter der Beschwerdeführerin – welche nach Einführung des verfassungsmässigen Gleichstellungsartikels im Jahre 1981 verstorben ist – anbelangt, kann ebenfalls auf die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts verwiesen werden. In dem ebenfalls die Genossame Y. betreffenden Entscheid VGE III 2007 67 wurde ausgeführt (Erw. 5):

Die Beschwerdeführer verlangen sinngemäss, dass ihre verstorbene Mutter / Grossmutter / Urgrossmutter als Genossenbürgerin anerkannt wird. Eine solche Anerkennung wäre allenfalls möglich, wenn die Statutenänderung, mit welcher Familienname und Bürgerrecht als Voraussetzung für eine Aufnahme in die Genossame aufgehoben wurde, rückwirkend für sämtliche Nachkommen von Genossenbürgerinnen und -bürger Anwendung finden würde. Zwar sind begünstigende Erlasse oder Erlassänderungen auch rückwirkend zulässig. Aus der Zulässigkeit der Rückwirkung begünstigender Erlasse kann jedoch nicht auf einen Anspruch auf Rückwirkung solcher Erlasse geschlossen werden. Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn er im Gesetz oder in casu in den Statuten vorgesehen ist (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Rz 335 m.H.). Vorliegend sehen die Statuten eine solche Rückwirkung nicht vor. Aus dem Rechtsgleichheitsgebot kann im Übrigen kein Anspruch auf rückwirkende Geltung einer begünstigenden Rechtsänderung abgeleitet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann von Verfassungs wegen nur verlangt werden, dass ein rechtsungleicher Zustand auf geeignete Weise und in angemessener Frist behoben wird. Was die Angemessenheit der Frist anbelangt, so darf gemäss Bundesgericht be-

rücksichtigt werden, wann ein Betroffener sich erstmals gegen die beanstandete Rechtsungleichheit gewehrt hat. Es sei nicht unhaltbar, einen rechtsungleichen Zustand erst mit Wirkung ab jenem Zeitpunkt zu korrigieren, in dem durch einen Betroffenen ein entsprechendes Begehren überhaupt gestellt worden ist. Für gewisse Bereiche, in denen eine rückwirkende Korrektur sachlich gar nicht stattfinden könne – z.B. bei bisher befolgten rechtsungleichen Verboten – erscheine diese Konsequenz denn auch selbstverständlich (BGE 131 I 105 ff. E. 3.7). Dementsprechend erscheint es auch nicht stossend oder willkürlich, die unter dem Titel der Rechtsgleichheit erforderliche Korrektur der Voraussetzungen für die Aufnahme in die Genossame Y. erst ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Gleichheitsanspruches zu berücksichtigen und eine rückwirkende Korrektur der Aufnahmekriterien nicht – bzw. nur sehr beschränkt (vgl. Übergangsbestimmung der Statuten) – zuzulassen. In diesem Zusammenhang darf auch beachtet werden, dass die Frage, ob eine Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit vorliegt, zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden kann. Ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen anders beantwortet werden (BGE 127 I 192; 123 I 7). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist nicht zu beanstanden, dass die Statuten der Genossame Y. eine rückwirkende Änderung der Aufnahmevoraussetzungen nicht vorsehen.

An dieser Rechtsprechung kann festgehalten werden. Das Bundesgericht hat im Übrigen in dem die Genossame Y. betreffenden BGE 134 I 257 u.a. ebenfalls darauf hingewiesen, dass weder die Statuten von 2006 noch frühere Statuten vorsehen, dass das Genossenbürgerrecht rückwirkend erlangt werden kann und ein Anspruch auf rückwirkende Aufnahme in die Genossame nur bestünde, wenn er vom Gesetz bzw. den Statuten vorgesehen wäre, was jedoch nicht der Fall sei (Erw. 3.4.1).

(VGE III 2009 28 vom 20. Mai 2009; auf eine dagegen erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil 5A_429/2009 vom 26. August 2009 nicht eingetreten).

17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen

17.1 Vollstreckungsrecht

- *Tägliche Ordnungsbusse (§ 78 Abs. 1 lit. d VRP).*
- *Definitive Festsetzung der angedrohten täglichen Ordnungsbusse.*

Aus den Erwägungen:

2.4.1 Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine tägliche Ordnungsbusse von Fr. 100.-- bis Fr. 300.-- angedroht (1. Stufe). Im Rahmen der vorliegenden Vollstreckungsverfügung (2. Stufe) musste somit zwingend innerhalb dieses festgelegten Bussenrahmens die konkrete Höhe des Tagessatzes unter Beachtung des öffentlichen Durchsetzungsinteresses und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Pflichtigen festgelegt werden. Mit Fr. 150.-- ist dieser im unteren Bereich determiniert worden.

2.4.2 Zur Frage, ob im vorliegenden Verfahrensstadium der Tagessatz generell, d.h. in casu unter den in der Vollstreckungsandrohung festgelegten Bussenrahmen nochmals überprüft werden kann, hat sich in der Rechtsprechung noch keine gefestigte Praxis herausgebildet (VGE III 2009 104 vom 27. Oktober 2009, Erw. 5.3; VGE III 2008 85 vom 20. August 2008, Erw. 7.3; VGE 1053/99 vom 11. Januar 2000, Erw. 6; M. Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in EGV-SZ 1998, S. 206 ff. und FN 139). Der Wortlaut in den § 78 Abs. 5 und § 79 Abs. 3 VRP (...) ist diesbezüglich nicht schlüssig, wenngleich die Formulierung in § 78 Abs. 5 VRP vermuten lässt, dass bereits bei der Androhung der konkrete Tagessatz festzusetzen ist, beziehen sich die beiden Bemessungskriterien (öffentliches Durchsetzungsinteresse und wirtschaftliche Verhältnisse des Pflichtigen) doch auch auf das Androhen und nicht nur auf das Festsetzen der Ordnungsbusse. Der Wortlaut schliesst aber auch eine nochmalige Überprüfung bei der Bussenfestsetzung im Sinne von § 79 Abs. 3 VRP nicht a priori aus. Die damit zugestandene, jedoch in engem Rahmen zu haltende und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtende Korrekturmöglichkeit bei der Vollstreckung der Ordnungsbussenandrohung lässt sich aus den nachfolgend aufzuzeigenden Gründen rechtfertigen (Erw. 2.4.4).

2.4.3 Es versteht sich vorab, dass die Bussenhöhe im Rahmen der Vollstreckung in jedem Falle angefochten werden kann, soweit bei der Androhung die Ordnungsbusse nicht (nur Bezeichnung des maximalen Ansatzes von Fr. 500.--) oder nur teilweise (Bezeichnung eines Bussenrahmens) festgelegt wird. Es empfiehlt sich in diesem Zusammenhang, bereits einen den Bemessungskriterien angemessenen konkreten Tagessatz anzudrohen, gegen welchen sich der Beschwerdeführer grundsätzlich im Rahmen der Androhung zur Wehr zu setzen hat. Dieses Vorgehen hat allerdings zur Konsequenz, dass in der Vollstreckung die Ordnungsbusse nicht über die angedrohte Höhe hinaus festgesetzt werden darf.

2.4.4 Es sind indes Situationen vorstellbar, wo der Pflichtige seiner Pflicht zwar nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt, sein Verhalten aber nicht rein obstruktiv erscheint, sondern der Wille für eine ordnungsgemässe Pflichterfüllung klar erkennbar ist, die Pflichterfüllung bisher aber aus Gründen scheiterte, die zwar weiterhin der Pflichtige mit zu vertreten hat, das Verschulden daran aber klarerweise geringer ist als bei reiner Obstruktion oder offenkundiger Verfahrenverschleppung und -verzögerung. Solche Begleitumstände müssen bei der Beurteilung des öffentlichen Durchsetzungsinteresses mitberücksichtigt werden können, was aber bedingt, dass in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzipes (§ 78 Abs. 4 VRP) auch das Verhalten nach der Vollstreckungsandrohung Beachtung findet; letzteres ist indes nur im Rahmen der Vollstreckungsverfügung möglich. Das öffentliche Durchsetzungsinteresse bestimmt sich zwar in erster Linie nach der Art der ausstehenden Pflichterfüllung. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass das öffentliche Durchsetzungsinteresse bei hoher Renitenz grösser ist – weil dem Durchsetzungsinteresse besonderer Nachdruck zu verleihen ist – als bei objektiv vorhandenem gutem Willen und entsprechendem Tatbeweis, den Pflichten nachkommen zu wollen. Insofern ist die definitive verbindliche Festsetzung des Tagessatzes somit erst bei der Vollstreckungsverfügung vorzunehmen, wobei indes nur bei triftigen und ausgewiesenen oder zumindest glaubhaft gemachten Gründen und insbesondere in Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebotes von der Festlegung in der Vollstreckungsandrohung abgewichen werden darf.

(VGE 2009 178 vom 27. Oktober 2009).

17.2 Vollstreckungsrecht

- *Androhung einer Ersatzvornahme (§ 78 Abs. 1 lit. b VRP, § 79 Abs. 1 VRP). Darf in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren die Anforderung, innert Frist ein Baugesuch einzureichen oder die formell*

B 17.2

widerrechtliche Baute freiwillig zu beseitigen, mit der Androhung versehen werden, dass im Säumnisfall die formell rechtswidrige und auf die Bewilligungsfähigkeit noch nicht überprüfte Baute auf Kosten des pflichtigen Bauherrn ersatzvornahmeweise abgebrochen wird?

Aus den Erwägungen:

5.1 Gemäss dem hier angefochtenen Beschluss will die Vorinstanz bei einem allfälligen Nichteinreichen des Baugesuches (und gleichzeitig unterbliebenem freiwilligem Abbruch) "das widerrechtlich erstellte Gartenrestaurant auf Kosten des Pflichtigen ersatzvornahmeweise entfernen lassen". Die Vorinstanz rechtfertigt dieses Vorgehen mit folgender Begründung:

Umstritten ist in der einschlägigen Lehre, wie vorzugehen ist, wenn ein Bauherr trotz Fristansetzung kein Baugesuch einreicht. In der älteren Lehre wird ausgeführt, in diesem Falle sei der säumige Bauherr gestützt auf die Strafbestimmungen des kantonalen Baurechts oder Art. 292 StGB zu bestrafen. Die Baubehörde habe jedoch nur dann von Amtes wegen zu prüfen, ob eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden könne, wenn die unbewilligte Bautätigkeit von geringer Bedeutung sei. Dies sei etwa der Fall bei geringfügigem Abweichen von bewilligten Plänen. Wo jedoch von Grund auf zu prüfen sei, ob die formell widerrechtlich begonnenen Bauarbeiten bewilligt werden können, sei es Sache des Bauherrn, durch Einreichung der notwendigen Gesuchsunterlagen ein neues Baubewilligungsverfahren einzuleiten. Bei Ausbleiben eines nachträglichen Baugesuchs sei ein Abbruchbefehl für die rechtswidrige Baute bzw. Anlage nicht unverhältnismässig (Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, 2. Aufl., 1987, S. 62 ff.). Abweichend hiervon wird in der Dissertation von Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Zürich 1999, S. 120 ff. verlangt, dass dem Bauherrn für den Fall der Nichteinreichung der Unterlagen anzudrohen sei, die Baugesuchsunterlagen würden auf seine Kosten von einem Dritten hergestellt. Die Androhung des Abbruchs der widerrechtlich erstellten Anlage wird als unverhältnismässig qualifiziert. Nach Auffassung des Gemeinderates ist der älteren, überzeugenderen Rechtslehre zu folgen. Da die Verfahrensherrschaft allein dem Baugesuchsteller zukommt, ist die Baubewilligungsbehörde nicht berechtigt, im Sinne einer Ersatzvornahme selber ein Baugesuch auszuarbeiten und dann mittels Publikation das ordentliche Bewilligungsverfahren in Gang zu setzen (Michael Hagenbuch: Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, EGV-SZ 1998, S. 193 mit Verwei-

sen). Es kann auch nicht sein, dass die Gemeinde von sich aus Planunterlagen erstellt bzw. erstellen lässt und die Kosten dafür vorschiesen muss. Dies käme einer ungerechtfertigten Bevorzugung eines säumigen Bauherrn gleich. Zudem ist die Ausarbeitung von Planunterlagen durch die Gemeinde bei fehlender Mitwirkung des Bauherrn mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.

5.2 Im kantonalen Planungs- und Baurecht sind die oben aufgezeigten Fragen nicht explizit beantwortet bzw. geregelt (dies im Gegensatz zum Kanton Bern, welcher in Art. 46 Abs. 2 des Baugesetzes als Grundsatz die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme vorsieht, wobei die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben wird, wenn der Pflichtige innert erstreckbarer Frist von 30 Tagen ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht). Die Baubewilligungsbehörde hat gemäss § 87 Abs. 2 PBG auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen zu verfügen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist. Daraus ist zu folgern, dass Wiederherstellungsmassnahmen nur bei materiellen Baurechtswidrigkeiten erforderlich sind. Eine andere Regelung würde eine materiell rechtmässige Situation untersagen und zudem dem Verhältnismässigkeitsgebot widersprechen (siehe auch Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., 2006, 24.4; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., S. 552 f.; Balthasar Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, N 1206 ff.; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Art. 46 N 9c, 14a; Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., 1999, Band 1, N 862; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., 2008, S. 343 ff.; Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Art. 22 N 71). Ein Abweichen von diesem Grundsatz kann mithin zum vornherein nur - wenn überhaupt - sehr zurückhaltend und bei ganz speziellen Voraussetzungen möglich sein.

5.3 Ein Abweichen von diesem Grundsatz bzw. ein in Kauf nehmen, dass von diesem Grundsatz (Erw. 5.2) abgewichen wird, kann sich allenfalls rechtfertigen, wenn aus der fehlenden Mitwirkung des (zumindest formell) baurechtswidrig handelnden Bauherrn zusammen mit den übrigen Begleitumständen ein Verzicht auf den Anspruch der Bewilligungserteilung und insbesondere auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzipes im Wiederherstellungsverfahren gefolgert werden kann. Ein derartig zu qualifizierendes Desinteresse darf indes nicht leichtthin angenommen werden (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 127 f.) und muss beweismässig erstellt sein (was zum Beispiel bei einer seit längerem bestehenden Bau-

B 17.2

ruine verbunden mit der infolge der Nichteinreichung des Baugesuches ausgewiesenen fehlenden Mitwirkung des Bauherrn und des Grundeigentümers der Fall sein könnte). Beeler (a.a.O.) geht denn auch vor allem bei "formell widerrechtlich begonnenen Bauarbeiten" von einer erhöhten Mitwirkungspflicht des Bauherrn aus. Ansonsten sind schwerlich Sachverhalte vorstellbar, bei welchen aufgrund der fehlenden Mitwirkung der Pflichtigen ohne Sachverfügung direkt ein rein exekutorischer Abbruchbefehl mit Androhung der Ersatzvornahme zulässig wäre. Allenfalls müsste ein solches Vorgehen auch dann in Betracht gezogen werden, wenn der säumige Pflichtige die erforderlichen amtlichen Sachverhaltsabklärungen (siehe unten Erw. 5.4, 5.6) wider Erwarten derart behindert, dass die Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit nicht oder nur unter sehr erschwerten Bedingungen mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist (betreffend Duldungspflichten siehe Ruoss Fierz, a.a.O., S. 192, 202; Beeler, a.a.O., S. 95, 101; §§ 87 f. PBG, § 78 Abs. 1 lit. b und c, Abs. 4 VRP; betr. Zutrittsrecht bei Kontrolltätigkeiten siehe Ruoss Fierz, a.a.O., S. 41 ff., 48 ff.).

5.4 Auch legislatorische Lösungen und dogmatische Standpunkte, welche die fehlende Mitwirkung bei der Baugesuchseinreichung schwergewichtig zu Lasten des Pflichtigen auslegen, schliessen die Beachtung verspäteter Baugesuchseinreichung im Lichte des Verhältnismässigkeitsgebotes nicht aus (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 14a; Beeler, a.a.O., S. 64.). Gemäss Beeler sind verspätet eingereichte Baugesuche bei der Vollstreckung des Abbruchbefehls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit mit zu berücksichtigen, was jedoch nach Ansicht des Gerichtes in diesem späten Verfahrensstadium zu einer unerwünschten Vermischung zwischen Sachverfügungs- und Vollstreckungsverfahren führen würde. Im bernischen Recht hat gemäss Kommentar Zaugg/Ludwig die Rechtsmittelinstanz im Wiederherstellungsverfahren in Ermangelung eines nachträglichen Baugesuchs ebenfalls wenigstens summarisch zu prüfen, ob die im Streite liegende Anlage oder Nutzung materiell rechtswidrig ist, denn es wäre – so die Kommentatoren – unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung beseitigen zu lassen (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 14.a). Selbst wenn man also eine Rechtsauslegung anstreben will, welche dem Verhalten des Pflichtigen im Zusammenhang mit der (Nicht-)Einreichung des Baugesuches grosses Gewicht beimisst, käme man nicht umhin, im Rahmen einer Sachverfügung zumindest summarisch die Bewilligungsfähigkeit und die Verhältnismässigkeit eines allfälligen Abbruchs zu überprüfen. Dies setzt aber auch im Falle der Mitwirkungsverweigerung der Pflichtigen eine Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen voraus, die je nach konkretem Fall,

einer Baugesuchseinreichung bzw. -erstellung ex officio nahe kommen kann, weshalb es schon aus verfahrensökonomischer Sicht fraglich erscheint, die nachträgliche Baugesuchserstellung ex officio grundsätzlich abzulehnen.

5.5 Diese Fragwürdigkeit wird durch die nachfolgend zu beachtenden Verfahrensabläufe bekräftigt. Kommt man auf Grund der materiellen Überprüfung zur Ansicht, dass die Bewilligungsunfähigkeit zu verneinen ist, muss im Rahmen der Wiederherstellungsverfügung die zu vollstreckende Wiederherstellungsmassnahme klar und unmissverständlich festgehalten werden (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 13). Dies würde auch gelten, wenn unmittelbar, d.h. ohne Abklärung der Bewilligungsfähigkeit die Wiederherstellung verfügt wird. Die Wiederherstellung verlangt für ihre Vollstreckung eine genaue Sachverhaltsabklärung. Hierfür ist es am einfachsten und nachvollziehbarsten, das Abklärungsergebnis in Form eines Planes festzuhalten. Diese Abklärung wird in vielen Fällen aber einer Baugesuchseinreichung im Sinne von § 77 PBG im Wesentlichen mehr oder weniger bereits entsprechen. Gelangt man dagegen aufgrund einer ersten summarischen Überprüfung zum Zwischenergebnis, dass die Bejahung der Bewilligungsfähigkeit möglich erscheint und private oder öffentliche Interessen tangiert sein könnten (mithin ein ordentliches oder vereinfachtes Verfahren erforderlich ist), kommt man nicht umhin, anstelle des säumigen Pflichtigen auf dessen Kosten (betreffend Sicherstellung der Vollstreckungskosten siehe § 79a VRP) ex officio ein Baugesuch auszuarbeiten und dann im Sinne von § 78 PBG öffentlich aufzulegen oder allenfalls zur Einverständniserklärung den direkten Anstössern und den zuständigen Bewilligungsinstanzen zu unterbreiten und im Falle des fehlenden Einverständnisses Frist zur Einsprache anzusetzen (§ 79 PBG).

Schliesslich ist zu beachten, dass bei formell rechtswidrigen Bauten und Anlagen die Verfahrensherrschaft nicht zwingend allein bei der Bauherrschaft verbleibt. Wenn beispielsweise jemand in einem geschützten Gebiet Geländeveränderungen vornimmt, die teilweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können (z.Bsp. Zerstörung eines Nagelfluhblockes), braucht es für die verlangte Ersatzmassnahme (Vergrösserung eines Feuchtgebietes) zwingend eines Baugesuches (VGE III 2009 177 vom 27. Oktober 2009, Ingress lit. A-C; Erw. 2.6).

5.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – wenn überhaupt – nur in seltenen Ausnahmefällen ohne Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens und ohne eines darauf basierenden rechtskräftigen Vollstreckungsbefehls aufgrund fehlender Mitwirkung der ersatzvornahmeweise Abbruch angedroht und vollstreckt werden kann. Ein

B 17.2

solcher Ausnahmefall wird zudem regelmässig noch nicht im Zeitpunkt der Aufforderung zur Einreichung des Baugesuches ausgewiesen sein.

In welchem Ausmass bei Nichterfüllung der Baugesuchseinreichung auf Kosten des Pflichtigen von Amtes wegen der Sachverhalt abgeklärt werden muss, hängt vom konkreten Fall ab. Es ist durchaus zulässig, bei absehbarem grossem Aufwand zunächst nur punktuelle Abklärungen zu treffen. Muss bereits aufgrund dieses Abklärungsergebnisses die Bewilligungsfähigkeit verneint werden, so erübrigen sich weitere Abklärungen, es sei denn die Festsetzung der das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtenden Wiederherstellungsmassnahmen würde solche erfordern. Ist ein Abbruchbefehl zu erlassen, muss sich daraus klar und eindeutig ergeben, worin die zu vollstreckenden Wiederherstellungsmassnahmen bestehen. Hierfür wird es in der Regel – wie bereits erwähnt – vor allem Planunterlagen brauchen, womit vielfach schon wichtige Bestandteile eines vollständigen Baugesuches erstellt sind. Ein vollständiges Baugesuch wird dann erforderlich sein, wenn die Bejahung der Bewilligungsfähigkeit sich aufgrund der Aktenlage und allenfalls bisherigen Sachverhaltsabklärungen nicht ausschliessen lässt und zwecks Beachtung der Rechte Dritter ein ordentliches oder vereinfachtes Bewilligungsverfahren durchzuführen ist.

(VGE 2009 178 vom 27. Oktober 2009).

C Regierungsrat

2. Baurecht

2.1 Kostentragung des Störers

- *Der Eigentümer einer Liegenschaft hat den Nachweis für die Sicherheit des Gebäudes zu erbringen. Er hat auch für die dabei anfallenden Kosten einzustehen (Erw. 4.1 – 4.3).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Aus der polizeilichen Verantwortlichkeit ergibt sich die Verpflichtung des Störers zur Wiederherstellung des polizeikonformen Zustandes auf eigene Kosten. Darin ist indirekt eine Kostenregelung enthalten, die keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993, S. 191).

Wie bereits im Zwischenbescheid ausgeführt (...), ist die Beschwerdeführerin I als Eigentümerin des Gebäudes E. verpflichtet, für dessen Sicherheit zu sorgen. Bauten und Anlagen sind so zu erstellen und zu unterhalten, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden (§ 54 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Dabei ist – unabhängig davon, worin die Ursache für eine allfällige Gefährdung liegt – der Eigentümer als Zustandsstörer dafür verantwortlich, den Nachweis für die Sicherheit seiner Baute oder Anlage zu erbringen. Da die Vorinstanz als Baupolizeibehörde begründeten Anlass hatte, an der Sicherheit des Gebäudes E. zu zweifeln, konnte sie von der Beschwerdeführerin I ein Gutachten über die Statik verlangen. Die Beschwerdeführerin I ist als Zustandsstörerin verpflichtet, die Kosten für dieses Gutachten zu tragen. Eine abweichende Kostenaufgabe kommt entgegen ihrer Auffassung nicht in Frage.

4.2 Die Auffassung der Beschwerdeführerin I, dass die Bauarbeiten der Beschwerdegegnerin I zu Schäden am Gebäude E. geführt haben, ist im Rahmen des Baupolizeirechts unbeachtlich. Die Beschwerdeführerin I hat die Übernahme der Gutachterkosten durch die Beschwerdegegnerin I auf dem Zivilweg zu verlangen. Weder die Vorinstanz noch der Regierungsrat sind zuständig, über haftpflichtrechtliche Schadenersatzforderungen zu befinden. Zu Recht weist die Vorinstanz darauf hin, dass sich

C 2.2

die Baubehörden auf die baupolizeiliche Gefahrenabwehr zu beschränken und sich zur Frage der privatrechtlichen Haftung nicht zu äussern haben (vgl. RRB Nr. 1108 vom 3. September 2002, Erw. 5.5.2).

4.3 Soweit die Beschwerdeführerin I sinngemäss geltend macht, die allfällige Gefährdung ihrer Liegenschaft hätte bereits im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens „W.“ durch ein Gutachten überprüft werden müssen, ist diese Rüge im vorliegenden Verfahren nicht zu hören. Zwar weist sie zu Recht darauf hin, dass gemäss Art. 40 Abs. 4 des Baureglements der Gemeinde Ingenbohl vom 22. August 2002 (BauR) die Sicherheit der Nachbargrundstücke zu gewährleisten und der entsprechende Nachweis im Baubewilligungsverfahren zu erbringen ist. In diesem Zusammenhang regelt Art. 84 Abs. 3 BauR, dass der Gemeinderat nebst den üblichen Baugesuchsunterlagen in besonderen Fällen weitere Unterlagen, unter anderem ein geologisches oder statisches Gutachten, verlangen kann. Den Einwand, dass eine Gefährdung von Nachbargrundstücken nicht ausgeschlossen werden könne und von der Beschwerdegegnerin I ein Gutachten eingefordert werden müsse, hätte die Beschwerdeführerin I deshalb während des Baubewilligungsverfahrens „W.“ bzw. eines daran anschliessenden Rechtsmittelverfahrens vorbringen müssen. (RRB Nr. 591 vom 3. Juni 2009).

2.2 Ausnahmegewilligung für den Wiederaufbau eines Pfarreiheimes

- *Abbruch und Wiederaufbau eines in der öffentlichen Zone liegenden Pfarreiheimes (Erw. 3).*
- *Unterschreitung der Grenz- und Gewässerabstände (Erw. 4).*
- *Liegen keine besonderen Verhältnisse vor, darf auf dem Ausnahmeweg nicht eine noch stärkere Unterschreitung der baurechtlichen Grenz- und Gewässerabstände bewilligt werden (Erw. 6.1 – 6.3).*
- *Einordnung in das Ortsbild- und Quartierbild (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Zonenplan der Gemeinde Schwyz liegt das Grundstück KTN 2811 in der öffentlichen Zone O, welche für öffentliche und öffentlichen Zwecken dienende Bauten und Anlagen wie Kirchen, Friedhöfe, Schulhäuser, Spitäler, Anlagen öffentlicher Dienste, Gemeindegärten und Mehrzweckhallen bestimmt ist (Art. 25 Abs. 1 lit. h und Art. 34 des Baureglements der Gemeinde Schwyz vom 10. August 1990 [BauR]). Die Beschwerdegegnerin beabsichtigt, das bestehende Pfarreiheim (Ve-

renasaal) bis auf das Untergeschoss abzubrechen und durch einen (grösseren) Neubau zu ersetzen. Dabei sollen im Untergeschoss umfangreiche Umbauarbeiten vorgenommen werden (Neueinteilung der Räume, Einbau eines Lifts, Abbruch von verschiedenen Gebäudeteilen, Erstellung einer Mauer rings um das Gebäude). Im Weiteren umfasst das Bauvorhaben den Neubau eines Erdgeschosses (WC-Anlagen, Küche mit Office, Haupteingang, Treppenanlagen, Foyer, kleiner Saal) sowie von zwei auf der nord- und südwestlichen Seite auskragenden Obergeschossen, in welchen nebst einigen Nebenräumen (Foyer, Office, Technik, Lager, Lüftung) ein grosser Saal mit Luftraum realisiert werden soll.

4. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Bestimmungen über den Grenz- und den Gewässerabstand dem geplanten Bauprojekt entgegenstehen.

4.1 Gemäss § 59 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) ist der Grenzabstand die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen. Der Grenzabstand beträgt 50 % der Gebäudehöhe, mindestens aber drei Meter (§ 60 Abs. 1 PBG). Vorab ist festzuhalten, dass bereits heute der bestehende Verensaal die geltenden Grenzabstände unterschreitet (Nordwesten: 1.2 Meter; Nordosten: 1.2 Meter; Südosten: zwei Meter). Nach unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanzen 1 und 3 werden die gemäss §§ 59 f. PBG erforderlichen Grenzabstände durch das Bauvorhaben im Vergleich zur bestehenden Baute noch weiter unterschritten. Die nordwestliche Grundstücksgrenze von KTN 2811 befindet sich in der Mitte des Tobelbachs, wobei das geplante Bauvorhaben den Grenzabstand um knapp drei Meter unterschreitet. Die sich im Eigentum der Beschwerdeführer 2 befindende Liegenschaft KTN 1422 umfasst einen Teil des Tobelbachs sowie einen unbebaubaren schmalen Landstreifen entlang der Alten Gasse. Gegenüber diesem Grundstück in Richtung Norden muss von einer Unterschreitung des Grenzabstandes im Ausmass von 2.5 Meter ausgegangen werden. Auf den übrigen drei Seiten (Nordosten, Südosten, Südwesten) grenzt die Bauliegenschaft an die Parzelle KTN 1421, welche mit der Kirche und dem Pfarrhaus überbaut ist. Im Bereich des Pfarrhauses und der Kirche betragen die Grenzabstandsunterschreitungen nach Angaben der Vorinstanzen 1 und 3 3.3 Meter bzw. vier Meter. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung von § 63 Abs. 4 PBG nur die Grenz- und nicht die Gebäudeabstände massgebend sind. Diese Bestimmung ist auf den konkreten Fall anwendbar, da sowohl die Kirche wie auch das Pfarrhaus, welche den Grenzabstand ihrerseits unterschreiten dürften, älter als das am 1. September 1988 in Kraft getretene Planungs- und Baugesetz

C 2.2

sind. Auf der südwestlichen Seite soll die Liegenschaft KTN 1421 durch einen in den beiden Obergeschossen auskragenden Gebäudeteil um ungefähr einen Meter überbaut werden.

4.2 Nach § 66 Abs. 2 PBG haben Gemeinden in den Nutzungsplänen durch Baulinien oder durch Bestimmungen im Baureglement Abstände gegenüber fliessenden Gewässern festzulegen. Baurechtliche Gewässerabstände erfüllen namentlich Aufgaben des Landschaftsschutzes, schützen die Gewässer vor Beeinträchtigungen, ermöglichen Wasserbau- und Unterhaltsarbeiten und dienen hygienischen Funktionen wie dem Schutz vor Einflüssen seitens der Gewässer durch Feuchtigkeit, Gerüche usw. (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 1 zu § 106). In diesem Sinne sieht Art. 24 Abs. 1 BauR vor, dass gegenüber Fluss- und Bachufern ein Abstand von fünf Metern einzuhalten ist. Abstände von fliessenden Gewässern werden von der oberen Böschungskante aus gemessen. Aus den Angaben der Vorinstanzen 1 und 2 sowie den Planunterlagen ist zu schliessen, dass das Bauprojekt stellenweise bis zu einem Meter an die Maueroberkante des auf der nordwestlichen Seite der Bauparzelle vorbei fliessenden Tobelbachs zu stehen kommen soll. Somit wird der gesetzlich vorgesehene Gewässerabstand von fünf Metern an einigen Stellen um bis zu vier Metern unterschritten.

5. Nach vorgängiger Zustimmung der Vorinstanz 2 vom 19. September 2008 sowie der Vorinstanz 3 vom 4. November 2008 (vgl. § 76 Abs. 3 PBG) erteilte die Vorinstanz 1 der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Beschluss vom 28. November 2008 eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung der Grenzabstände gegenüber den Grundstücken KTN 1412, 1421 und 1422 sowie des Gewässerabstandes gegenüber dem Tobelbach. Die Beschwerdeführer bringen in dieser Hinsicht vor, dass im vorliegenden Fall keine Ausnahmesituation vorliege, welche eine Unterschreitung der Grenz- und Gewässerabstände im vorgesehenen Ausmass zu rechtfertigen vermöge. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Verenasaal nicht auch unter Beibehaltung der bereits heute vorhandenen Abstandsunterschreitungen modernisiert bzw. massvoll erweitert werden könne. Durch die Realisierung eines redimensionierten Projektes werde jedenfalls weder die Funktionalität noch die Wirtschaftlichkeit des Saalbaus beeinträchtigt. Es ist somit im Folgenden zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer kommunalen Ausnahmegewilligung erfüllt sind.

5.1 Nach § 73 PBG kann die Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz

oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit eine unzumutbare Härte einträte (lit. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheit eine bessere Lösung erzielt werden kann (lit. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes 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).

5.2 Das Institut der Ausnahmegewilligung bezweckt, Härten, Unbilligkeit 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. Kommt ein als gegeben betrachteter Ausnahmegrund in einer Vielzahl von Fällen vor, so ist allenfalls die anzuwendende Norm als überholt zu betrachten und bedarf der Revision. Sie darf aber keineswegs auf dem Wege des Baudispenses korrigiert und somit ausser Kraft gesetzt werden. Mit der Ausnahmegewilligung dürfen nicht vermeintliche oder tatsächliche Fehlleistungen des Gesetzgebers korrigiert werden. Unter Ausnahmesituationen sind hauptsächlich solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewandt werden müssen, obschon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Ausnahmesituationen führen bei strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu harten und unbilligen Lösungen. Sie erlauben deshalb – unter Vorbehalt der Wahrung privater und öffentlicher Interessen – abweichende Lösungen, die sich mit dem Gesetzestext vereinbaren lassen oder materiell wesentlich besser erscheinen (RRB Nr. 1370 vom 13. August 1996, Erw. 7.b mit weiteren Hinweisen).

5.3 Ob besondere Verhältnisse vorliegen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, gilt dabei als Rechtsfrage. Erst wenn diese Frage bejaht werden kann, bzw. die Voraussetzungen für einen Baudispens gegeben sind, stellt sich die zweite Frage, durch welche Abweichung von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Rein wirtschaftliche Überlegungen vermögen indessen eine Ausnahmesituation nicht zu begründen. Sie ist auch nicht dazu da, dem Bauherrn eine Ideallösung zu verschaffen und maximales Ausnutzungsstreben zu unterstützen (RRB Nr. 82 vom 10. Januar 1995, Erw. 4.d mit weiteren Hinweisen). Im Übrigen ist auf die Praxis zu verweisen, wonach es, wenn eine Baute über das Bestandesprivileg des Wiederaufbaurechts

C 2.2

nach § 72 PBG hinausgeht, besonders wichtiger Gründe bedarf, um überhaupt Abweichungen von den Bauvorschriften zu dulden. In solchen Fällen ist bei der Bewilligung weiterer Ausnahmen äusserste Zurückhaltung geboten (EGV-SZ 1993, Nr. 60, Erw. 7.b).

6.1 Wie oben bereits erwähnt wurde, fliesst auf der nordwestlichen Seite des Grundstücks KTN 2811 der Tobelbach vorbei. Auf den übrigen drei Seiten ist die Bauliegenschaft von der Parzelle KTN 1421 umschlossen, welche mit der Kirche und dem Pfarrhaus bebaut ist. Der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz 1 ist insoweit beizupflichten, als die Gebäude der Pfarreiengemeinde auf diesem Grundstück sowie auf der Bauliegenschaft (Kirche, Pfarrhaus, Verenasaal) ein bauliches und funktionelles Ensemble bilden. Gemäss eigenen Angaben verfügt die Beschwerdegegnerin über keine andere Liegenschaft, welche sich für die Errichtung eines Pfarreiheims eignen würde. Im Übrigen spricht auch die Zuordnung der Bauparzelle in die öffentliche Zone O für eine Beibehaltung des Verenasaals am bisherigen Standort. Mit einer Fläche von insgesamt 669 m² ist die Bauparzelle für eine zonenkonforme Überbauung eher klein. Zudem verlaufen die beiden Längsseiten der Liegenschaft im Gegensatz zu der nordöstlichen und der südwestlichen Grundstücksgrenze nicht geradlinig. In der Grösse und der zur Überbauung nicht optimalen Form sowie in der Standortgebundenheit des Bauvorhabens in der näheren Umgebung der Kirche und des Pfarrhauses können zwar besondere Verhältnisse erblickt werden. Allerdings bleibt in diesem Zusammenhang klar festzuhalten, dass die Parzelle bereits mit einem dreigeschossigen Gebäude überbaut ist, welches die Abstandsvorschriften auf mindestens drei Seiten um bis zu zwei Meter unterschreitet. Es ist wohl naheliegend, dass mit der Aufstockung sowie den auskragenden Obergeschossen mehr Raum geschaffen und damit eine gegenüber dem heutigen Zustand intensivere Nutzung erreicht werden könnte. Da die Ausnahmegewilligung nicht der (wirtschaftlichen) Nutzungsoptimierung dient, stellt es entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin keine unzumutbare Härte im Sinne von § 73 Abs. 1 lit. a PBG dar, wenn das Grundstück nicht über das bestehende Ausmass hinaus überbaut werden darf.

6.2 Eine Ausnahmegewilligung nach § 73 Abs. 1 lit. b PBG setzt voraus, dass dank der Abweichung von den Abstandsvorschriften eine bessere Lösung erzielt werden kann. Aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Vernehmlassungsbeilagen ... sowie ihren Angaben im Schreiben vom 25. September 2009 ist zu schliessen, dass es sich beim Verenasaal um einen Ort der Begegnung handelt, welcher kirchlichen, kulturellen, sozialen und gesellschaftlichen Zwecken dient. Anscheinend

ist eine solche Mehrfachnutzung des in die Jahre gekommenen Gebäudes heute sowohl aus Platzgründen wie auch aufgrund der Einteilung und Erschliessung der einzelnen Geschosse nur noch in einem beschränkten Ausmass möglich. Es ist zwar offensichtlich, dass die von der Beschwerdegegnerin beabsichtigte Entflechtung der verschiedenen Nutzungszwecke durch die Platzierung der Nebenräume (Foyer, Office, Technik, Lager, Lüftung) auf den gleichen Ebenen wie der grosse Saal (erstes und zweites Obergeschoss) deutlich verbessert werden kann. Hingegen scheint doch eher fraglich, ob etwas kleinere Nebenräume diesen Zweck nicht auch zu erfüllen vermöchten. Trotz ausdrücklicher Aufforderung des Sicherheitsdepartements (vgl. Schreiben vom ...) legt die Beschwerdegegnerin zudem nicht ansatzweise dar, weshalb der grosse Theatersaal in den beiden Obergeschossen die in den Planunterlagen vorgesehenen Dimensionen, insbesondere die geplante Auskragung gegen den Tobelbach hin, aufweisen muss. Es ist jedenfalls nicht einzusehen, weshalb der Saal nicht zulasten einiger Zuschauerplätze um das Ausmass des gegen Nord- und Südwesten auskragenden Gebäudeteils verkleinert werden könnte. Im Weiteren legen Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes ebenfalls keine Abweichung von den Bauvorschriften nahe, weil die von der Beschwerdegegnerin beabsichtigte und den Bedürfnissen der Bevölkerung gerecht werdende Mehrfachnutzung auch ohne im Vergleich zum bestehenden Gebäude weitergehenden Unterschreitungen der gesetzlichen Abstandsvorschriften am gleichen Standort weiterhin möglich ist. Somit liegen auch keine besonderen Verhältnisse für eine Ausnahmegewilligung nach § 73 Abs. 1 lit. c PBG vor.

6.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im konkreten Fall keine besonderen Verhältnisse bzw. keine Ausnahmesituation im Sinne von § 73 Abs. 1 PBG vorliegen, um für das zur Diskussion stehende Vorhaben eine Ausnahmegewilligung für eine noch weitergehende Unterschreitung der Grenzabstände zu den Grundstücken KTN 1412, 1421 und 1422 sowie des Gewässerabstandes zum Tobelbach zu begründen. Die Vorinstanz 1 hat der Beschwerdegegnerin für diese Abweichungen von den Bauvorschriften zu Unrecht eine Ausnahmegewilligung erteilt, womit die Beschwerde gutzuheissen ist.

7. Sodann rügen die Beschwerdeführer, dass sich das Bauvorhaben aufgrund seines Volumens sowie der geplanten Farb- und Materialgebung nicht in das Orts- und Quartierbild einfüge. Der überhängende Bauteil mit einer Verkleidung aus orangefarbenem gewelltem Fiberglas weise eine Dominanz auf, welche das einheitliche Erscheinungsbild der Alten Gasse erheblich beeinträchtige. Zudem hätte die Vorinstanz 1 berück-

C 2.2

sichtigen müssen, dass sich das Bauprojekt im unmittelbaren Sichtbereich von mehreren denkmalgeschützten Bauten befinde.

7.1.1 Die beiden zusammengebauten Häuser auf der Parzelle KTN 1408 sowie die Pfarrkirche auf KTN 1421 sind im kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) enthalten. Ein KIGBO-Objekt kann durch bauliche Massnahmen in seiner unmittelbaren Umgebung beeinträchtigt werden. In diesem Zusammenhang ist das Einordnungsgebot gemäss kantonalem und kommunalem Baurecht zu beachten. Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz bleiben vorbehalten (§ 56 PBG). Gemäss § 6 Abs. 1 der Verordnung vom 29. November 1927 betreffend den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (NHV, SRSZ 720.110) ist es auch untersagt, ein KIGBO-Objekt in seiner Wirkung zu beeinträchtigen. Das bedeutet, dass auch Veränderungen an Bauten und Anlagen in der näheren Umgebung eines KIGBO-Objektes, welche zu dessen Beeinträchtigung führen würden, zu unterlassen sind. Dieses Beeinträchtigungsverbot entspricht inhaltlich dem in § 56 PBG enthaltenen Einordnungsgebot (RRB Nr. 441 vom 3. April 2001, Erw. 8.2 und 8.2.1).

7.1.2 Die Gemeinden können indes in Bezug auf das Einordnungsgebot Vorschriften erlassen, welche über § 56 PBG hinaus gehen (§ 52 Abs. 2 PBG). Die Gemeinde Schwyz hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Das Baureglement unterstützt die Massnahmen zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen, strebt eine ausgewogene Entwicklung der Gemeinde an und berücksichtigt die Anliegen des Natur-, Landschafts- und Ortsbildschutzes (Art. 1 Abs. 2 BauR). In den Kern- und Zentrumszonen, an exponierten Hanglagen, im Sichtbereich von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Anlagen sowie bei Bauten, die das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beeinflussen, müssen die Bauten und Anlagen und deren Umgebung besonders sorgfältig gestaltet werden (Art. 8 Abs. 2 BauR). 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).

7.1.3 KIGBO-Objekte zählen zweifellos zu den künstlerisch und geschichtlich wertvollen Bauten, die zudem das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild in der Regel auch wesentlich beeinflussen. Gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BauR muss deshalb bei der Erstellung oder Veränderung von Bauten und Anlagen in der Umgebung eines KIGBO-Objektes auf

eine besonders sorgfältige Gestaltung geachtet und auf das bestehende KIGBO-Objekt Rücksicht genommen werden (RRB Nr. 441 vom 3. April 2001, Erw. 8.2.3).

7.2 Bei ästhetischen Generalklauseln unterscheidet die Literatur begrifflich hauptsächlich zwischen negativen und positiven ästhetischen Generalklauseln sowie zwischen Verunstaltungsverboten, Beeinträchtigungsverboten, Einordnungsgeboten und Mischformen, wenn sie die Generalklauseln klassifiziert. Die Verunstaltungs- und Beeinträchtigungverbote erscheinen dabei als Unterfälle der negativen ästhetischen Generalklauseln, während die Einordnungsgebote als Zwischenform aufgefasst oder den positiven Generalklauseln zugerechnet werden.

Negative Generalklauseln dienen der Abwehr. Sie wollen eine Verschlechterung des ästhetischen Zustandes verhindern, indem sie verunstaltende oder beeinträchtigende Eingriffe verbieten. Positive Generalklauseln verlangen in ihrer anspruchsvollen Form in allgemeiner Weise eine städtebaulich oder architektonisch gute oder vorbildliche Bauweise (Beat Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts, St. Gallen 2001, S. 27 f.).

§ 56 Abs. 1 PBG ist als negative Generalklausel mit Einordnungsgebot zu verstehen, d.h. das Verunstaltungs- oder Beeinträchtigungsverbot wird mit dem Einordnungsgebot verbunden (Zumstein, a.a.O., S. 34). Den Bestimmungen im kommunalen Recht, insbesondere Art. 8 Abs. 2 und 3 BauR, ist der Charakter von positiven ästhetischen Generalklauseln beizumessen (RRB Nr. 512 vom 12. Mai 2009, Erw. 7.2).

7.3 Vor der materiellen Prüfung der Einordnung durch den Regierungsrat ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Ortsbildschutz innerhalb der Bauzonen um einen Autonomiebereich der Gemeinden handelt. Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild in Einklang steht, muss somit in erster Linie die örtliche Baubewilligungsbehörde beurteilen. Sie verfügt über die besten Ortskenntnisse und ihr obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG, SR 700]). Ein Eingreifen des Regierungsrates ist regelmässig nur dann gerechtfertigt, wenn die beanstandete Haltung der Baubewilligungsbehörde in Bezug auf die Einordnung schwer wiegende Mängel aufweist und sich deshalb nicht vertreten lässt (vgl. EGV-SZ 1994, Nr. 5; RRB Nr. 409 vom 23. März 2004, Erw. 4.2). Der Regierungsrat schreitet aber auch dann ein, wenn der Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen etwa für den Schutz von KIGBO-Objekten unterlässt (§ 6 Abs. 2 NHV i.V.m. § 3 NHV).

C 2.2

7.4 Wie oben ausführlich dargelegt wurde, kann das Bauvorhaben in den vorgesehenen Dimensionen nicht bewilligt werden. Ob sich der geplante Neubau hinsichtlich seiner horizontalen und vertikalen Ausdehnung bzw. seiner Architektur in das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild einordnet, kann deshalb offen bleiben. Hingegen scheint dem Regierungsrat mehr als fraglich, ob die ebenfalls umstrittene Fassadengestaltung den erhöhten gestalterischen Anforderungen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. c und d BauR tatsächlich gerecht zu werden vermag. Aus verfahrensökonomischen Gründen drängen sich hiezu die nachfolgenden Überlegungen auf.

7.4.1 Der ästhetische Eindruck wird durch eine Vielzahl von Faktoren mitbestimmt. Grosse Bedeutung kommt nebst den äusseren Proportionen auch den verwendeten Materialien und Farben zu. Speziell an KIGBO-Objekten wie auch in deren näheren Umgebung können sich auffällige Farben oder Fassadengestaltungen als besonders heikel erweisen. Gemäss dem von der Vorinstanz 1 genehmigten Farb- und Materialkonzept soll der Baukörper mit Jurakalkstein ausgeführt und im Erdgeschoss mit einer anthrazitfarbenen Holz-Fenster-Fassade ergänzt werden. Für die gegen Nord- und Südwesten auskragenden Bauteile (erstes und zweites Obergeschoss) sind hellbeige gestrichene Holzplatten mit einer Verkleidung aus transparentem Fiberglas vorgesehen. Wie die Vertreterin der Vorinstanz 1 am Augenschein vom 25. Juni 2009 klargestellt hat, ist mit der in Erwägung 1 des angefochtenen Beschlusses erwähnten Farbe orange der im Plan „Fassaden und Schnitte 1:100“ verwendete Farbton (hellbeige) gemeint. Diese Farbe entspricht denn auch dem von der Beschwerdegegnerin an der Begehung zu den Akten gegebenen Farb- und Materialmuster aus hellbeige eingefärbtem Holz und gewelltem durchsichtigem Fiberglas.

7.4.2 Wie oben bereits dargelegt wurde, bildet der heutige Verensaal zusammen mit der Kirche und dem Pfarrhaus ein bauliches und funktionelles Ensemble (vgl. Erw. 6.1). Gegen eine Modernisierung des sanierungsbedürftigen Gebäudes sind in ästhetischer Hinsicht grundsätzlich zwar keine Einwände entgegenzubringen. Allerdings sticht dem Betrachter sofort ins Auge, dass die projektierte Fassadengestaltung des Pfarreiheims mit dem einheitlichen Erscheinungsbild von Pfarrkirche und Pfarrhaus nicht harmoniert. Nebst dem hellbeigen Farbton bildet vor allem auch die auffällige Fassadenverkleidung aus transparentem Fiberglas einen unübersehbaren Kontrast zu den bestehenden altherrwürdigen Bauten. Beide lassen das Pfarreiheim wie ein Fremdkörper auf die im KIGBO eingetragene Kirche und das Pfarrhaus wirken, wodurch die Gesamterscheinung des Gebäudekomplexes in der öffentlichen Zone O

negativ beeinflusst wird. Durch die von der Beschwerdegegnerin geplante Gestaltung der auskragenden Bauteile dürfte die gewünschte Einheit von Pfarrkirche, Pfarrhaus und Pfarreiheim jedenfalls von der Alten Gasse aus gesehen klar untergraben werden.

7.4.3 Die Besichtigung vor Ort am 25. Juni 2009 hat zwar ergeben, dass der Tobelbach und die angrenzende Strasse eine Trennung zwischen der Häuserreihe entlang der Alten Gasse (Kernzone) und dem baulichen Ensemble von Pfarrkirche, Pfarrhaus und Verensaal (öffentliche Zone) herstellen. Diese Tatsache ist auch aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Volumenmodell im Massstab 1:200 ersichtlich. Es ist denn auch nichts dagegen einzuwenden, wenn eine neuzeitliche Saalbaute am vorgesehenen Standort einen gewissen Kontrast zu den umliegenden Gebäuden bildet. Dennoch ist der Regierungsrat der Auffassung, dass die umstrittene Fassadengestaltung das ansonsten klar lesbare Konzept der Alten Gasse zu unterlaufen droht. Sämtliche im relevanten Bereich vorhandenen (alten und neuen) Mehrfamilienhäuser (inklusive die beiden KIGBO-Objekte der Beschwerdeführer 1) weisen hinsichtlich Farbe und Material eine ähnliche Gestaltung auf, woraus sich für Neubauvorhaben ein klar definierter Massstab ableiten lässt. Das von der Beschwerdegegnerin geplante Pfarreiheim übernimmt die bestehenden Verhältnisse jedoch in keiner Weise. So befindet sich in der näheren Umgebung des geplanten Bauprojektes kein einziges Haus mit einem ähnlichen hellbeigen Farbton. Zu beanstanden ist sodann die projektierte Fassadenverkleidung aus gewelltem Fiberglas, welche zum Schutz der darunter liegenden Holzplatten angebracht werden soll. Die wellblechartige und billig wirkende Konstruktion vermag bei objektiver Betrachtungsweise den im Dorfkern von Ibach geltenden ästhetischen Vorgaben wohl nicht zu genügen. Dies gilt umso mehr, als dem Verensaal naturgemäss schon allein aufgrund seiner Grösse eine äusserst dominante Wirkung zukommt. Durch das geplante Farb- und Materialkonzept entstehen jedenfalls nicht unerhebliche negative optische Auswirkungen auf den bestehenden Gassencharakter sowie die beiden Schutzobjekte der Beschwerdeführer 1.

(RRB Nr. 1198 vom 10. November 2009; das Verwaltungsgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 2009 223 vom 24. Februar 2010 abgewiesen).

2.3 Abstandsprivileg für vorstehende Gebäudeteile (Erker)

- *Für die Abstandsprivilegierung eines Erkers ist massgebend, ob er einen Drittel der massgebenden Fassadenlänge nicht überschreitet. Ob*

C 2.3

eine einheitliche Gebäudefront vorliegt, ist nach dem äusserlich wahrnehmbaren Erscheinungsbild zu beurteilen. Die funktionelle Einteilung eines Gebäudes im Innern ist für die Beurteilung einer einheitlichen Erscheinung von untergeordneter Bedeutung (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

2.1.1 Angefochten ist lediglich die Auflage Dispositiv-Ziff. 2.8 der Baubewilligung vom 3. Juni 2009, wonach der geplante Erker auf der Ostfassade im Dachgeschoss von 6.40 m Breite auf maximal 4.50 m reduziert werden muss. Die Vorinstanz stützt sich dabei auf Art. 44 Abs. 3 des Baureglementes des Bezirks Einsiedeln (BauR; vgl. auch § 59 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]), der bestimmt, dass Vorbauten, wie Dachvorsprünge, Treppen, Erker, Balkone usw., den vorgeschriebenen Grenzabstand um höchstens 1.50 m unterschreiten dürfen, sofern sie, mit Ausnahme der Dachvorsprünge und Balkone, einen Drittel der Fassadenlänge nicht überschreiten. Massgebend sei die Fassaden- und nicht die Gebäudelänge, von der die Beschwerdeführer fälschlicherweise ausgingen (Art. 57 Abs. 1 BauR). Das Bauvorhaben der Beschwerdeführer gliedere sich in seiner kubischen Erscheinung in zwei Hauptkörper, die auch im Gebäudeinnern durch das Treppenhaus funktionell getrennt seien. Die abgewinkelten Aussenlinien der geplanten Baute (Aussenkante des Mauerwerks) würden abgesetzte bzw. gegliederte Fassaden ergeben. Nach Auffassung der Vorinstanz besteht das Bauvorhaben demnach aus zwei Hauptkörpern mit je einer Fassade auf der Ostseite. Für die Bemessung des Erkers sei lediglich die Fassadenbreite des betroffenen Gebäudeteils massgebend (13.52 m).

2.1.2 Die Beschwerdeführer bestreiten die Rechtmässigkeit der angefochtenen Baubewilligungsaufgabe. Der geplante Erker halte mit einer Breite von 6.40 m die Drittelsregel ein. Auszugehen sei dabei von der gesamten Ostfassadenlänge, die mit der Gebäudelänge identisch sei (26.04 m). Auch aus der Sicht des Nachbargrundstückes sei diese Betrachtungsweise gerechtfertigt, da die Auskragung des Dachgeschosses mit einem Erker für die Nachbarn keinerlei zusätzliche Auswirkungen habe. Auch könne hier nicht von einer gestaffelten Bauweise gesprochen werden.

2.2.1 Unbestritten ist, dass der Grenzabstand gegenüber der Nachbarliegenschaft der Beschwerdegegner (KTN 2830) nicht unterschritten wird, wenn die Drittelsregel gemäss Art. 44 Abs. 3 BauR eingehalten ist.

In diesem Fall profitiert der zur Diskussion stehende Erker von der gesetzlichen Abstandsmessweise und darf 1.50 m in den Abstandsbereich hineinragen (§ 59 Abs. 2 PBG, Art. 44 Abs. 3 BauR).

2.2.2 Sinn und Zweck dieser Abstandsprivilegierung ist es, die negativen gestalterischen Auswirkungen (Verzicht auf Vordächer, keine oder zu kleine Balkone, usw.) der früheren Messweise (äusserster Gebäudeteil als Messpunkt des Grenzabstandes) zu eliminieren. Der Gesetzgeber mutet deshalb den Nachbarn geringfügige Unterschreitungen des Grenzabstandes durch vorspringende Gebäudeteile zu, die in der Regel keine wahrnehmbaren zusätzlichen Auswirkungen bezüglich Licht, Aussicht, usw. auf die Nachbargrundstücke haben, auf der andern Seite aber der Bauästhetik häufig förderlich sind. Die (teilweise) Ausnahme vorspringender Gebäudeteile von den Abstandsvorschriften ist hingegen dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn diese so gestaltet sind, dass man kaum mehr erkennt, dass es sich um vorspringende Gebäudeteile handelt. Ein Unterschreiten der Abstände kommt überdies nicht in Frage, wenn Vorbauten ein Ausmass annehmen, dass nicht mehr von keinerlei zusätzlichen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück gesprochen werden kann (EGV-SZ 1998, Nr. 7; VGE III 2007 173 vom 24. Januar 2008, Erw. 4.6.1). Ob vorspringende Gebäudeteile somit abstandsrelevant sind, hängt im Wesentlichen von ihrer optischen Erscheinung, insbesondere ihren Dimensionen und der Relation zur Gebäudefront ab und muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Je dominanter solche Vorbauten in Erscheinung treten, umso weniger können sie dem Abstandsprivileg des § 59 Abs. 2 PBG unterliegen (RRB Nr. 578 vom 27. Mai 2008, Erw. 3.2). Der kommunale Gesetzgeber hat die zulässige visuelle Wirkung von Vorbauten im Abstandsbereich konkretisiert und auf einen Drittel der Fassadenlänge beschränkt (Art. 44 Abs. 3 BauR; die vom kantonalen Recht verbindlich vorgeschriebene Messweise wird dadurch nicht tangiert, vgl. § 52 PBG und § 31 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [VVzPBG, SRSZ 400.111]).

2.3.1 Es stellt sich somit die Frage, ob die zur Diskussion stehende Ostseite des geplanten Mehrfamilienhauses für die Anwendung der Drittelsregel nach Art. 44 Abs. 3 BauR eine einheitliche Fassadenfläche darstellt, oder ob sie aus zwei separaten Fassaden besteht. Da im ersten Fall Fassadenlänge und Gebäudelänge identisch sind, würde der geplante Erker die Drittelsregel offensichtlich einhalten. Die Antwort auf diese Frage ist primär aus Sinn und Zweck der Bestimmung zu ergründen (AGVE 1997, S. 335 ff.). Wie vorstehend erwähnt (Erw. 2.2.2) hat die Drittelsregel eine vorwiegend ästhetische Bedeutung. Aus diesem Grund muss das äussere, optisch wahrnehmbare Erscheinungsbild einer

C 2.3

Gebäudefront für den Entscheid, in welcher Relation eine Fassaden-Vorbaute steht, ausschlaggebend sein. Die funktionelle Einteilung eines Gebäudekomplexes, die hauptsächlich das Gebäudeinnere betrifft, ist in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung.

2.3.2 In diesem Sinne präsentiert sich das geplante Bauvorhaben der Beschwerdeführer (vgl. hierzu die Baupläne ...) auf der Ostseite von aussen betrachtet als einheitliche Baute, auch wenn deren nördlicher Gebäudkörper leicht abgedreht ist. Von zwei eigenständigen Gebäudeteilen kann deshalb nicht gesprochen werden. Auch eine Staffelung von selbstständigen Baukörpern liegt nicht vor. Dies zeigt sich allein schon aufgrund des äussern Gesamtbildes, das die östliche Gebäudeseite abgibt. Eine optische Trennung ist hier nicht erkennbar. Die lediglich geringfügige Abdrehung des nördlichen, mit einem Schrägdach versehenen Gebäudekubus sowie der schmale Einschnitt in der Ostfassade beim Treppenhaus ändern an der optischen Wahrnehmung der Fassade als einheitliches Ganzes nichts. Der Einschnitt beim Treppenhaus unterteilt die Fassade nicht, denn diese ist dort auf den untern beiden Geschossen bedingt durch Sitzplatz und Balkon ebenfalls zurückversetzt. Im Weiteren verlängern der Balkon im Obergeschoss und der Erker im Dachgeschoss, die parallel zur nicht abgewinkelten Fassade des südlichen Gebäudeteiles verlaufen, optisch diesen Fassadenbereich, sodass sich die Vorbauten (Balkon, Erker) nicht eindeutig einem Fassadenteil zuordnen lassen. Der nördliche Fassadenteil, der eine Aussenwand ohne irgendwelche Öffnungen darstellt, hebt sich eher vom Rest der Fassade, und damit auch vom zur Diskussion stehenden Erker, ab. Eine Zweiteilung der östlichen Gebäudeseite ist deshalb für den aussenstehenden Betrachter nicht klar ablesbar. Vielmehr steht optisch das Bild einer ganzheitlichen Fassade im Vordergrund.

2.3.3 Überhaupt präsentiert sich der ganze Gebäudekomplex nicht eindeutig als zweiteiliger Kubus mit zwei eigenständigen Baukörpern. Zwar trennt im Innern das Treppenhaus die beiden Gebäudeteile im Erd- und Obergeschoss. Das Dachgeschoss hingegen erstreckt sich über beide Teile, was optisch von aussen, insbesondere auch auf der hier massgebenden Ostseite, sichtbar ist. Auf der Westseite ist ebenfalls ersichtlich, dass nicht von zwei selbstständigen Baukörpern gesprochen werden kann. Trotz unterschiedlicher Architektur ist auch hier keine optische Trennung zweier Baukörper erkennbar, wie dies z.B. bei Reihen- oder Terrassenhäusern der Fall ist.

2.3.4 Die hier interessierende Ostseite des geplanten Mehrfamilienhauses präsentiert sich deshalb optisch als zusammenhängende Fassa-

denfläche, welche sich über die gesamte Gebäudelänge (26.04 m) erstreckt. Der geplante Erker überschreitet demzufolge mit 6.40 m das zulässige Drittel der Fassade (gemäss Art. 44 Abs. 3 BauR) nicht. Als abstandsprivilegierte Vorbaute ist er folglich bewilligungsfähig. Er wirkt denn auch nicht unverhältnismässig gross und störend. Übermässige Auswirkungen auf die Nachbarliegenschaft der Beschwerdegegner sind bei objektiver Betrachtungsweise ebenfalls nicht auszumachen. Diese haben denn auch den Erker als solchen akzeptiert, indem sie selbst keine Beschwerde erhoben haben.

2.3.5 Es ist dem Regierungsrat bewusst, dass es sich vorliegend um die Auslegung einer kommunalen Bauvorschrift handelt, bei der er sich jeweils eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, sofern die vorinstanzliche Meinung sachlich vertretbar ist. Vorliegend hat die Vorinstanz jedoch Sinn und Zweck der Abstandsprivilegierung verkannt, indem sie nicht allein auf das äussere Erscheinungsbild abgestellt hat. Fälschlicherweise hat sie die geringe Abwinkelung des Baukörpers und die teilweise funktionelle Trennung der Gebäudeteile, die sich in erster Linie auf das Gebäudeinnere beschränkt, im zur Diskussion stehenden Sachzusammenhang überbewertet. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und Dispositiv-Ziff. 2.8 der Baubewilligung vom 3. Juni 2009 aufzuheben. Dispositiv-Ziff. 1, 2 und 5 (Kostenspruch) sind von der Vorinstanz entsprechend anzupassen.

(RRB Nr. 1169 vom 3. November 2009).

2.4 Zonenkonformität eines Take-Away-Restaurants in der Wohnzone

- *Ein Gastwirtschaftsbetrieb ist in einem Wohnquartier nicht ausgeschlossen. Betriebszeiten und -abläufe sind jedoch auf die Bedürfnisse der Anwohnerinnen und Anwohner abzustimmen (Erw. 3.1 – 3.4).*
- *Ein Take-Away-Betrieb mit hoher Kundenfrequenz mit Öffnungszeiten bis 24.00 Uhr und am Freitag und Samstag bis 02.00 ist in einer Wohnzone, in der nur nicht störende Betriebe zugelassen sind, nicht zonenkonform (Erw. 4.1 – 4.4).*

Aus den Erwägungen:

3.1 (Verhältnis der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes zu kantonalen oder kommunalen immissionsbeschränkenden Nutzungsvorschriften; vgl. EGV-SZ 2002, C. 2.5, Erw. 4 mit weiteren Hinweisen).

C 2.4

3.2 Voraussetzung einer Baubewilligung ist unter anderem, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in welcher sie sich befinden, entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG, SR 700]). Gemäss § 21 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) enthält das Baureglement Bestimmungen, die den Zonenplan näher umschreiben. Es muss u.a. mindestens Vorschriften über die Bauweise, die Nutzungsart und das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Zonen enthalten (§ 21 Abs. 2 lit. a PBG). Das umstrittene Umbauvorhaben des Beschwerdeführers befindet sich in der Wohnzone mit mittlerer Ausnützung (W2B). Die W2B-Zone ist für Wohnbauten mit maximal zwei Vollgeschossen bestimmt, wobei ein Anteil von nicht störenden Gewerbebetrieben bis höchstens 30 % zugelassen wird (Art. 74 des Baureglements des Bezirks Küsnacht vom 1. November 2006 [BauR]). Im Gegensatz zur Kernzone, der Zentrumszone sowie den Wohn- und Gewerbe-zonen, in welchen auch mässig störende Betriebe zugelassen sind (vgl. Art. 54, 69, 79 und 80 BauR), sind in den Wohnzonen somit nur nicht störende Gewerbebetriebe zugelassen (vgl. Art. 72 bis 76 BauR). Sämtliche Wohnzonen sind denn auch aufgrund der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) der Empfindlichkeitsstufe II zugeordnet (vgl. Zonenplan Siedlung Küsnacht [genehmigt mit RRB Nr. 1698 vom 16. Dezember 2003]).

3.3 Bei der Frage, ob ein „nicht störender Betrieb“ im Sinne von Art. 74 BauR vorliegt, ist nicht entscheidend, ob im konkreten Fall tatsächlich Immissionen verursacht werden oder nicht; es ist vielmehr auf durchschnittliche, objektivierte Bedingungen abzustellen, d.h. es genügt, wenn mit einer bestimmten Nutzung typischerweise Störungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. In einem solchen Fall kann ein Baugesuch allein gestützt auf diese Begründung abgewiesen werden, ohne dass gestützt auf Art. 44 Abs. 3 LSV Empfindlichkeitsstufen im Einzelfall festgelegt werden und ein Bauvorhaben aufgrund etwa der im Anhang 6 zur Lärmschutz-Verordnung festgesetzten Belastungsgrenzwert beurteilt wird (vgl. BGE 114 Ib 214 E. 5; AGVE 1990, Erw. 2d). Das bedeutet, dass die konkreten Lärmimmissionen des Bauvorhabens nach den bundesrechtlichen Lärmvorschriften erst in einem zweiten Schritt zu prüfen sind, sofern das Vorhaben grundsätzlich als zonenkonform zu betrachten ist.

3.4 Beim projektierten Take-Away-Restaurant des Beschwerdeführers handelt es sich um einen Gastgewerbebetrieb. Diese haben grundsätzlich einen positiven funktionalen Zusammenhang mit dem Wohnen. In den Wohnzonen hat die Wohnnutzung indessen Vorrang. Andere Nutzungsar-

ten sollen mit der Wohnnutzung in einem direkten Zusammenhang stehen, d.h. vorweg die privaten Bedürfnisse der Bewohner befriedigen. Umgekehrt soll die Anziehung von Verkehr aus anderen Gebieten vermieden werden. Damit wird einerseits eine zurückhaltende Belegung der Quartiere ermöglicht, andererseits werden für häufige Verrichtungen weite Wege der Bewohner vermieden (vgl. Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000/5). Ein Gastgewerbebetrieb ist in der Wohnzone somit nicht grundsätzlich ausgeschlossen (bzw. in eingeschränktem Umfang sogar erwünscht, da das heute vorherrschende Planungsverständnis auf eine gewisse Durchmischung der Funktionen gerichtet ist), seine betrieblichen Bedürfnisse haben sich jedoch den Anliegen der Bewohner unterzuordnen. Namentlich dürfen die betrieblichen Bedürfnisse die Ruhebedürfnisse der umliegenden Wohnnutzung nicht beeinträchtigen.

4.1 Vorliegend hat die Vorinstanz die Baubewilligung aufgrund des eingereichten Betriebskonzepts vom 15. Juni 2007 verweigert. Dieses sieht zirka 16 bis 26 Sitzplätze mit Öffnungszeiten von Sonntag bis Donnerstag von 11.00 bis 24.00 Uhr und Freitag und Samstag bis 02.00 Uhr vor, wobei die Aussensitzplätze von Sonntag bis Donnerstag bis 22.00 Uhr und am Freitag und Samstag bis 23.00 Uhr genutzt werden sollen. Aufgrund dieser Betriebszeiten ist nach Ansicht der Vorinstanz mit Immissionen zu rechnen, die darüber hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden sei. Dabei gehe es sowohl um die Primärimmissionen (z.B. Küchenlärm) als auch um die Sekundärimmissionen (z.B. Parkplatzsuchverkehr, Lärm beim Verlassen oder Einsteigen in Fahrzeuge, Zuschlagen von Fahrzeugtüren, Motorengeräusche, menschliche Stimmen vor dem Lokal usw.). Diese Geräusche würden besonders ins Gewicht fallen, wenn sie vorwiegend nachts auftreten, d.h. zu einer Zeit, in der das Ruhebedürfnis der Anwohner besonders gross sei. Die Vorinstanz untermauert ihre Aussagen mit den Erfahrungen des bisherigen Rigi-Imbiss im Unterdorf. Bei diesem seien gemäss Angaben des Beschwerdeführers tagsüber praktisch keine, und erst spätabends und in der Nacht hohe Kundenfrequenzen zu verzeichnen gewesen. Da dieses Betriebskonzept auch am neuen Standort am Chrüzmatliring 15 weitergeführt werden solle und das Restaurant vollständig von der Wohnzone umgeben sei (W2B und W3), seien regelmässige Konfliktsituationen praktisch vorprogrammiert. Anders würde die Situation beurteilt, wenn der Standort in der Kernzone, der Zentrumszone, einer gemischten Zone oder einer reinen Gewerbezone liegen würde, da dort auch mässig störende Betriebe zugelassen seien. Ein Grossteil des Zentrums von Küssnacht sei diesen Zonen zugeteilt, weshalb die entsprechenden Gastwirtschaftsbetriebe zonenkonform seien. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers werde mit dem Take-Away-Restaurant eben gerade nicht

C 2.4

„ein intaktes und wohnliches Quartierleben gewährleistet“. Vielmehr sei das Betriebskonzept darauf angelegt, zu später Nachtstunde noch auswärtige Kundschaft zu bedienen, während andere Betriebe bereits geschlossen seien. Die mit dem Fahrzeug anreisende, quartierfremde Kundschaft verursache während der Nacht einen Anstieg des Lärmpegels, was in Wohnquartieren im Sinne von Nachtruhestörungen zu Weckreaktionen führen könne. Bei einer Anpassung der Öffnungszeiten des Take-Away-Restaurants an einen Tagesbetrieb (bis 20 Uhr) seien die Immissionen eher zu tolerieren. Gemäss Schreiben vom 5. Februar 2008 sei der Beschwerdeführer aber weder in der Lage noch bereit, die Öffnungszeiten einzuschränken. Das Bauvorhaben, welches die Anforderungen an einen nicht störenden Gewerbebetrieb in der Wohnzone nicht erfülle, könne deshalb infolge fehlender Zonenkonformität nicht bewilligt werden.

4.2 Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen Bereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (BGE 115 Ia 42). Dem Gemeinderat als kommunale Baubewilligungsbehörde kommt bei der Ausgestaltung und damit auch bei der Auslegung und Anwendung kommunaler Bau- und Zonenvorschriften ein Autonomiebereich zu (§§ 18 und 21 PBG; EGV-SZ 1983, Nr. 2), den der Regierungsrat zu respektieren hat (vgl. § 46 Abs. 2 VRP). Ist deshalb die Auslegung einer Zonenvorschrift durch den Gemeinderat sachlich vertretbar, hat sich der Regierungsrat Zurückhaltung aufzuerlegen, auch wenn sich eine andere Anwendungspraxis ebenso rechtfertigen würde (vgl. VGE 586/95 vom 20. Juli 1995, Erw. 3; RRB Nr. 304 vom 8. März 2005).

4.3 Der Beschwerdeführer behauptet, die Vorinstanz gehe von einem unzutreffenden, willkürlich festgestellten Sachverhalt aus. Auf der einen Seite definiere Art. 84 BauR, was unter dem Gewerbeanteil zu verstehen sei, welcher auch in den Wohnzonen zulässig sei. Danach seien auch Gaststätten zugelassen. Auf der anderen Seite lägen in Küssnacht diverse weitere Restaurationsbetriebe in Gebieten, die der Empfindlichkeitsstufe II zugeordnet (Restaurant Drei Könige, Restaurant Küssnacherhof) oder ausserhalb der Bauzone seien (Restaurant Alpenhof). Ausserdem grenze das Baugrundstück im Osten an die WG3-Zone und unweit davon sei die Gewerbezone Boden. Diese beiden unmittelbar angrenzenden Zonen würden über dieselbe Strasse, die Bodenstrasse, erschlossen. Die Verweigerung der Baubewilligung durch die Vorinstanz verletze seine Eigentumsgarantie und seine Wirtschaftsfreiheit. Sie stelle einen verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriff in die freie Wahl dar, auf seinem

Grundstück eine privatwirtschaftliche Tätigkeit auszuüben und die Betriebsverhältnisse frei zu gestalten.

4.4 Der Ansicht der Vorinstanz ist vollumfänglich zu folgen. Ein Take-Away-Betrieb mit hoher Kundenfrequenz, der bis um 24.00 Uhr (bzw. am Freitag und Samstag bis 02.00 Uhr) geöffnet haben soll, ist in der Wohnzone, in welcher nur nicht störende Betriebe zugelassen sind, nicht zonenkonform. Zusätzlich verschärft wird die Situation durch die Gartenterrasse, selbst wenn geplant ist, diese jeweils um 22.00 Uhr (bzw. am Freitag und Samstag um 23.00 Uhr) zu schliessen. Insbesondere bei einem Take-Away-Betrieb, bei welchem sich die Gäste regelmässig auch um das Lokal herum aufhalten, um das Gekaufte zu verspeisen, wäre es ohnehin schwierig, diese pünktlich zum Verlassen der Gartenterrasse anzuhalten. Mithin ist es angebracht, das Ruhebedürfnis der Quartierbewohner höher zu gewichten, als ein Betriebskonzept, wie es vom Beschwerdeführer vorgelegt wird. Der Beschwerdeführer bestreitet sodann weder die geplanten Öffnungszeiten noch die abendliche Kundenfrequenz, welche nicht bloss aus dem Quartier stammen würde. Art. 81 BauR (früher Art. 84 BauR) sagt schliesslich nichts über den Störungsgrad der (nicht abschliessend) aufgezählten Gewerbe aus, sondern liefert einzig eine allgemeine Definition des Begriffs „Gewerbeanteil“. In der Wohnzone ist indessen nur ein Teil davon, nämlich bloss „nicht störende Gewerbe“, zugelassen.

(RRB Nr. 509 vom 12. Mai 2009).

2.5 Richtlinien für die Kernzonen

- *Die vom Gemeinderat erlassenen Richtlinien für die Kernzonen haben Richtlinien- oder Leitplankencharakter. Sie sollen eine nachvollziehbare und rechtsgleiche Handhabung des Baureglements sicherstellen. Soll besonderen Verhältnissen Rechnung getragen werden, so kann und muss von den Richtlinien abgewichen werden (Erw. 2.1 – 2.5).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Das geplante Bauprojekt befindet sich in der Kernzone KA der Gemeinde Feusisberg. Die Kernzone KA bezweckt die Erhaltung und rücksichtsvolle Erneuerung der heutigen Baustruktur und -substanz der Ortskerne Schindellegi und Feusisberg (Art. 41 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Feusisberg vom 25. September 2005 [BauR]). Im Baureglement Feusisberg findet sich einzig Art. 41 BauR, welcher eine

C 2.5

explizite Regelung betreffend der Kernzone KA enthält, wobei dieser fast keine starren Baumasse festlegt. Die Frage der zulässigen Grösse und Massigkeit eines neuen Gebäudes in der Kernzone KA wird somit allein über die Einordnung gelöst. So haben sich Bauten und Anlagen bezüglich Stellung zum Strassenraum und zu Nachbargebäuden, in Grösse und Form, Gebäudehöhe, Geschosszahl, Dachform und -eindeckung sowie verwendeten Fassadenmaterialien und der Farbgebung gut in das gewachsene Ortsbild einzuordnen (Art. 41 Abs. 2 BauR). Deshalb kommt dem Gemeinderat betreffend die zulässige Baumasse in der Kernzone KA ein erhebliches Ermessen zu. Mit Entscheid Nr. 709 vom 30. Mai 2006 stellte der Regierungsrat indessen fest, dass der Dorfkern von Feusisberg und mithin auch die Kernzone KA eine sehr unterschiedliche Bebauung aufweist, aus der sich hinsichtlich der Einordnung von Neubauten kein klar definierter Massstab ableiten lässt. Ausserdem gingen beim Gemeinderat Feusisberg offenbar zwei Baueingaben ein, welche Neubauten in der Kernzone KA vorsahen, die volumenmässig weit über den „normalen“ Bauvolumen von Bauten in dieser Zone lagen. Die Hochbaukommission der Gemeinde Feusisberg sah sich deshalb veranlasst, Richtlinien für Neubauten in den Kernzonen KA und KB ausarbeiten zu lassen (vgl. Richtlinien für die Kernzonen Feusisberg vom 18. Oktober 2006, nachfolgend: Richtlinien). Mit Beschluss Nr. 20 vom 18. Oktober 2006 genehmigte die Vorinstanz die ausgearbeiteten Richtlinien, erklärte sie als „weit gehend“ verbindlich sowie bei der Ausarbeitung von Baugesuchen in den Kernzonen KA und KB als anwendbar und setzte sie per sofort in Kraft.

2.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet hauptsächlich, dass die Vorinstanz von den von ihr selbst erlassenen Richtlinien in mehrfacher Hinsicht abgewichen sei und ein Bauprojekt bewilligt habe, das bezüglich der sichtbaren Geschosse, der Terrainveränderung (bzw. Aufschüttung), der Gebäudetiefe und -länge sowie der Gesamtnutzfläche in erheblicher Weise von den Richtlinien abweiche.

2.3 In Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin ist zunächst davon auszugehen, dass sich die Bebauung in der Kernzone KA und KB in der Gemeinde Feusisberg grundsätzlich an diesen Richtlinien zu orientieren hat. Solche Richtlinien weisen Ähnlichkeiten mit Verwaltungsverordnungen auf. Verwaltungsverordnungen sind generelle Dienstanweisungen, die sich an die der erlassenden Behörde untergeordneten Behörden bzw. Behörden des gleichen Gemeinwesens richten. Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, da sie keine Rechtsnormen enthalten (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 123 ff.; vgl. RRB Nr. 23 vom 13. Januar 2004, Erw. 3.3). Richtlinien haben somit im Wesentlichen Richtschnur- und Leitplankencharakter. Es geht dabei insbesondere darum, eine rechtsgleiche Praxis sicherzustellen, bzw. es soll nicht ohne triftige Gründe von einer einheitlichen Praxis abgewichen werden. Solche Richtlinien dispensieren indessen die zuständige Behörde nicht davon, in Übereinstimmung mit dem Gesetzesrecht dem Einzelfall Rechnung zu tragen (VGE III 2007 111 vom 29. August 2007). Die Richtlinien für die Kernzonen Feusisberg stellen demnach keine zwingenden Mindestanforderungen dar. Massgebend für die Anforderungen an die Bebauung in der Kernzone KA ist weiterhin Art. 41 BauR. Mithin würde ein zwingendes Abstellen auf die nicht vom legitimierten Gesetzgeber erlassenen Richtlinien eine Ermessensunterschreitung der Vorinstanz darstellen.

2.4 Soweit die Beschwerdeführerin sich auf den Vertrauensschutz beruft, weil die Richtlinien im Internet publiziert und den interessierten Kreisen wie Bauherren, Architekten, usw. abgegeben wurden, ist ihr entgegenzuhalten, dass in den Richtlinien selbst ausdrücklich steht, dass diese Richtlinien keine neuen Normen oder Bestimmungen bilden würden, sondern zur Interpretation der bestehenden Vorschriften beitragen sollen (Richtlinien, S. 4). Ausserdem hat die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf die Geltung der Richtlinien keine für sie nachteilige Disposition getroffen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 686 ff.), womit auch keine Vertrauensbindung eintreten kann.

2.5 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Richtlinien zwar von den untergeordneten Behörden zu beachten sind bzw. nicht ohne triftigen Grund von den Richtlinien abzuweichen ist, diese jedoch keine zwingenden Mindestanforderungen an das Bauvorhaben darstellen. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob das Bauvorhaben gegen zwingendes Recht verstösst.

(RRB Nr. 429 vom 21. April 2009).

3. Umweltschutz

3.1 Einleiten von Meteorwasser in ein Fließgewässer

- *Der Bezirksrat ist nicht für die Erteilung einer Bewilligung für das Einleiten von Meteorwasser über eine bestehende Leitung in ein Fließgewässer zuständig (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer bestreitet die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Erteilung der Bewilligung für die Einleitung von Meteorwasser ins Leewasser und zur Erhebung der entsprechenden Bewilligungsgebühr. Ferner moniert der Beschwerdeführer die Höhe jener Bewilligungsgebühr als unangemessen. Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, als Hoheitsträgerin über die fließenden Gewässer sei sie für die Erteilung von Bewilligungen für Bauvorhaben an Fließgewässern zuständig. Schliesslich erweise sich die erhobene Bewilligungsgebühr gestützt auf interne Richtlinien als verhältnismässig.

3. Obschon der Vorinstanz gemäss § 4 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes vom 11. September 1973 (WRG, SRSZ 451.100) die Hoheit über die fließenden öffentlichen Gewässer zusteht (vgl. RRB Nr. 864 vom 3. Juli 2001), vermag dies für sich alleine noch keine genügende gesetzliche Grundlage für die Zuständigkeit zur Erteilung der Bewilligung für die Einleitung von unverschmutztem Abwasser (Meteorwasser) in ein Fließgewässer, namentlich ins Leewasser, zu begründen.

3.1 Art. 38 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG, SR 814.20) und § 4 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 1. September 1976 zum Wasserrechtsgesetz (VVzWRG, SRSZ 451.111) sehen für Fließgewässer grundsätzlich ein Überdeckungs- und Eindolungsverbot vor. Ausnahmen vom Verbot der Eindolung bzw. Überdeckung von Fließgewässern sowie andere bauliche Veränderungen oder technische Eingriffe in Bäche und Flüsse bedürfen einer Bewilligung des Bezirksrates (§ 4 Abs. 1 VVzWRG; vgl. RRB Nr. 864 vom 3. Juli 2001, Erw. 3.1). Obschon sich der geplante Anschluss des Gewerbehäuses an die bestehende Meteorwasserleitung infolge zusätzlich anfallender Wassermengen auf die derzeitige Wasserführung des Leewassers auswirken könnte, kann eine allfällige Erhöhung der Wasserkapazität weder als Eindolung oder Überdeckung noch als bauliche Veränderung

oder technischer Eingriff im oberwähnten Sinne qualifiziert werden. Entsprechende bauliche Vorkehrungen im Gewässerbereich sind nämlich nicht vorgesehen, da die Einleitung des Meteorwassers über eine bereits bestehende Leitung erfolgen soll. Insoweit vermag auch § 4 Abs. 1 VVzWRG keine Zuständigkeit der Vorinstanz zur Erteilung der Bewilligung für die Einleitung von Meteorwasser ins Leewasser zu begründen.

3.2 Selbst der vorinstanzliche Hinweis auf die vom vormaligen Justizdepartement (neu Sicherheitsdepartement) erteilte Rechtsauskunft vom 4. Juni 2004 vermag daran nichts zu ändern. In diesem Schreiben wird für eine Bewilligungszuständigkeit des Bezirksrates ausdrücklich auf das Erfordernis direkter bzw. indirekter baulicher Eingriffe im Gewässerbereich hingewiesen. Deshalb kann sich eine Bewilligungszuständigkeit des Bezirksrates lediglich auf diese baulichen Massnahmen beziehen, nicht aber auf die Einleitung von Meteorwasser. Wie bereits in Erwägung Ziffer 3.1 dargelegt, sind indes keine baulichen Eingriffe im Gewässerbereich des Leewassers vorgesehen, da das geplante Bauvorhaben einzig an eine bereits bestehende, ins Leewasser führende Meteorwasserleitung angeschlossen werden soll.

Schliesslich liegen keine anderweitigen gesetzlichen Grundlagen vor, die der Vorinstanz eine entsprechende Befugnis zusprechen würden.

3.3 Art. 7 Abs. 2 GSchG besagt, dass nicht verschmutztes Abwasser nach den Anordnungen der kantonalen Behörde versickern zu lassen ist. Erlauben die örtlichen Verhältnisse dies nicht, so kann es in ein oberirdisches Gewässer eingeleitet werden. Ferner bedürfen Einleitungen, die nicht in einer vom Kanton genehmigten kommunalen Entwässerungsplanung ausgewiesen sind, der Bewilligung der kantonalen Behörde. Diesbezüglich erklärt § 17 Abs. 2 lit. e der Kantonalen Verordnung vom 19. April 2000 zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (KVzGSchG, SRSZ 712.110) i.V.m. § 4 Abs. 3 lit. j der Vollzugsverordnung vom 3. Juli 2001 zur Kantonalen Verordnung zum Gewässerschutzgesetz (GSchG-VV, SRSZ 712.111) das Amt für Umweltschutz als kantonale Gewässerschutzfachstelle für die Bewilligung der Einleitung von unverschmutztem Abwasser in ein Oberflächengewässer als zuständig, sofern der generelle Entwässerungsplan, welcher vorliegend ohnehin noch nicht genehmigt ist, dies nicht allgemein zulässt. Vorgängig hat das Amt für Umweltschutz jedoch einerseits eine Stellungnahme der Dienststelle Wasserbau (§ 6 lit. e GSchG-VV) einzuholen und andererseits den Bezirk als Hoheitsträger in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen (vgl. § 6 Abs. 1 KVzGSchG). Ein solcher Miteinbezug des Bezirkes in die Entscheidungsfindung des Amtes für Umweltschutz vermag indes keine ei-

C 5.1

genständige Zuständigkeit der Vorinstanz zur Erteilung einer Einleitungsbewilligung zu begründen.

3.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz mangels einer gesetzlichen Grundlage zur Erteilung der Bewilligung für die Einleitung des Meteorwassers über die bestehende Meteorwasserleitung ins Leewasser sachlich nicht zuständig war. Folglich war sie auch nicht befugt, eine Bewilligungsgebühr zu erheben. Damit kann dahin gestellt bleiben, ob diese erhobene Bewilligungsgebühr angemessen ist.

(RRB Nr. 54 vom 20. Januar 2009).

5. Zivilrecht

5.1 Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern

- *Voraussetzungen für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf unverheiratete Eltern (Erw. 1): Unabdingbare Voraussetzung für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist die in einem gemeinsamen, klaren und unmissverständlichen Antrag zum Ausdruck kommende Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern (Erw. 2.1 – 2.2). Nicht erforderlich ist, dass die Eltern zusammenleben (Erw. 3).*
- *Eine Unterhaltsvereinbarung, die klar ist, den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt und angemessen ist, ist zu genehmigen (Erw. 4.1 – 4.3).*
- *Vereinbarkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge mit dem Kindeswohl (Erw. 5.1 – 5.3).*

Aus den Erwägungen:

1. Kinder stehen, solange sie unmündig sind, unter elterlicher Sorge (Art. 296 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Sind die Eltern nicht verheiratet, so steht die elterliche Sorge der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so überträgt ihnen die Vormundschaftsbehörde auf gemeinsamen Antrag die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 298a Abs. 1 ZGB).

2.1 Unabdingbare Voraussetzung für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist die in einem gemeinsamen Antrag dokumentierte Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern. Eine gemeinsame elterliche Sorge kann nicht gegen oder ohne den Willen eines Elternteils angeordnet werden (Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar ZGB I, 3. Aufl., Basel 2006, Art. 298a N 6). Denn nur wenn beide Eltern die gemeinsame elterliche Sorge freiwillig ausüben wollen, kann diese letztlich sinnvoll realisiert werden.

2.2 Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die gemeinsame Vereinbarung am 11. April 2009 unterzeichnet hat. Ob sie dannzumal die Tragweite der Vereinbarung erfasst hat, braucht nicht beurteilt zu werden. Denn die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung explizit darauf hin, dass sie die Beschwerdeführerin anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 17. Juni 2009 eingehend über die Konsequenzen der elterlichen Sorge aufgeklärt hat. Seither weiss die Beschwerdeführerin um die Tragweite der gemeinsamen elterlichen Sorge. Dennoch hielt sie an ihrem Antrag fest. Nach Einreichung der Verwaltungsbeschwerde informierte der Gemeindegemeinschafter die Beschwerdeführerin am 17., 21. und 25. August 2009 erneut umfassend über die gemeinsame elterliche Sorge. Die Beschwerdeführerin zog weder ihre Beschwerde noch ihren Antrag zurück. Ihren Willen zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge bekräftigte die Beschwerdeführerin schliesslich klar und unmissverständlich mit Schreiben vom 1. September 2009. Dies bestätigt denn auch die Vorinstanz mit ihrer Stellungnahme vom 15. September 2009. Die vorinstanzliche Behauptung, die Beschwerdeführerin habe den Antrag nur auf Druck des Beschwerdeführers gestellt, ist weder nachvollziehbar noch belegt. In diesem Zusammenhang ist denn auch nicht massgebend, ob die Beschwerdeführerin das Schreiben vom 15. August 2009 persönlich unterschrieben hat. Die Voraussetzung der Kooperationsbereitschaft bzw. des auf freiem Willen beruhenden gemeinsamen Antrages der Beschwerdeführer zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist damit erfüllt.

3. Das Zusammenleben der Eltern bildet keine Voraussetzung für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Einerseits könnte ein Zusammenleben im Zeitpunkt der Antragstellung vorgetäuscht werden, andererseits wäre eine spätere Kontrolle des Zusammenlebens ohnehin nicht möglich (Schwenzer, a.a.O., Art. 298a N 5, mit Hinweisen). Folglich spielt es für die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge keine Rolle, ob die Beschwerdeführer in X. zusammenleben.

C 5.1

4.1 Gemäss Art. 298a Abs. 1 ZGB ist eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die Anteile an der Kinderbetreuung und die Verteilung der Unterhaltskosten erforderlich. In der Regel handelt es sich jedoch insoweit um eine reine Formsache. Denn die Vormundschaftsbehörde ist einerseits nicht in der Lage, die Ernsthaftigkeit einer solchen Vereinbarung zu überprüfen, zum andern steht es den Eltern frei, einer solchen Vereinbarung nachzuleben oder nicht. Die Anforderungen an diese Vereinbarung dürfen deshalb nicht zu hoch angesetzt werden (Schwenzer, a.a.O., Art. 298a N 4). Die Vereinbarung hat die praktischen Aspekte der Kinderbetreuung klar und realitätsgerecht wiederzugeben. Von zu detaillierten Regelungen der Betreuungsaufteilung ist abzuraten, da es unmöglich ist, die sich verändernden Bedürfnisse genau zu antizipieren. Erforderlich ist indes, dass aus der Vereinbarung hervorgeht, dass beide Eltern Verantwortung und konkrete Betreuungsaufgaben wahrnehmen. Diese müssen indes nicht quantitativ gleichmässig verteilt werden, sondern vielmehr den Bedürfnissen des Kindes und den effektiven Möglichkeiten der Eltern, ihren beruflichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, gerecht werden. Hierbei spielen das Alter des Kindes und die entsprechenden Betreuungsbedürfnisse eine entscheidende Rolle. Die Unterhaltsregelung hat einen bezifferten Betrag zu enthalten (Christoph Häfeli, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern, in: ZVW 1999, S. 191 f.).

4.2 Die von den Beschwerdeführern am 11. April 2009 unterzeichnete Vereinbarung beinhaltet Regelungen bezüglich der Betreuungsaufteilung und des Unterhalts.

4.2.1 Die Beschwerdeführer wollen die Erziehungsverantwortung gemeinsam wahrnehmen. Der gemeinsame Sohn soll mehrheitlich von der Beschwerdeführerin betreut werden. Demgegenüber soll sich der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Möglichkeiten an der Betreuung des Kindes beteiligen. Hierbei handelt es sich um eine klare und in Zusammenarbeit mit dem Sozialdienst X. ausgearbeitete Regelung der Betreuungsaufgabe, die angemessen ist. Indes gilt es zu prüfen, ob diese Regelung den effektiven Lebensverhältnissen entspricht.

Der Sohn der Beschwerdeführer ist mit 22 Monaten noch im Kleinkindalter, sodass bereits aufgrund der biologischen Grundbedürfnisse eine stärkere Abhängigkeit zu seiner Mutter, der Beschwerdeführerin, besteht. Die Beschwerdeführerin geht unbestrittenermassen einem 50%-Arbeitspensum in einem Restaurationsbetrieb in Chur nach, währenddem der Beschwerdeführer zu 100% in der Immobilienbranche in Arosa arbeitstätig ist. Die Vorinstanz weist ferner darauf hin, dass der Beschwerdeführer zwei Firmen in Chur besitzt. Folglich vermag die Beschwerde-

führerin mehr Zeit für die alltägliche Betreuung des gemeinsamen Sohnes aufzuwenden als der Beschwerdeführer. Trotz seiner intensiven Arbeitstätigkeit pflegt der Beschwerdeführer einen regelmässigen Kontakt zu seinem Sohn (zirka 1x pro Woche in X.). Dies bestätigte die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz. Demnach entspricht die quantitativ ungleichmässig geregelte Verteilung der Betreuungsaufgabe einerseits dem Alter des Kindes und andererseits den effektiven Lebensverhältnissen der Beschwerdeführer. Dies rechtfertigt es aber nicht, den Beschwerdeführern die gemeinsame elterliche Sorge zu verweigern.

4.2.2 Die Vereinbarung regelt zudem den Unterhalt für die Dauer der Hausgemeinschaft sowie bei deren Auflösung. Die Vorinstanz beanstandet einzig die Höhe der bezifferten Unterhaltsbeiträge und verlangt für die Genehmigung der Vereinbarung deren Erhöhung. Sie begründet dies damit, dass ein weiterer Sohn aus einer früheren Beziehung des Beschwerdeführers nicht bei ihm wohne. Diese Begründung verfängt indes nicht. Denn der Beschwerdeführer wird für seinen zweiten Sohn, soweit er nicht mit ihm in einem gemeinsamen Haushalt lebt, letztlich Unterhaltszahlungen zu entrichten haben. Somit ist nicht nachvollziehbar, inwiefern dies eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers und somit der Unterhaltszahlungen an den gemeinsamen Sohn der Beschwerdeführer zur Folge haben sollte. Obgleich sich die finanzielle Situation des Beschwerdeführers nicht aus den vorinstanzlichen Akten ergibt, gilt es zu beachten, dass die umstrittenen Unterhaltsbeiträge zusammen mit dem Sozialdienst X. ausgearbeitet wurden und die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss unmissverständlich festhält, dass die errechneten Unterhaltsbeiträge einerseits dem Unterhaltsbedarf des Kindes und andererseits der Leistungsfähigkeit der Eltern zum heutigen Zeitpunkt entsprechen. Demnach liegen keine Gründe vor, die gegen die vereinbarte Unterhaltsregelung sprechen würden.

4.3 Aus dem Gesagten folgt, dass die von den Beschwerdeführern am 11. April 2009 unterzeichnete Vereinbarung die Kinderbetreuung und den Unterhalt realitätsgerecht und sorgfältig wiedergibt. Die Regelung ist klar, durchführbar und nicht offensichtlich unangemessen.

5.1 Art. 298a Abs. 1 ZGB verlangt schliesslich, dass die genehmigungsfähige Vereinbarung bezüglich Betreuung und Unterhalt mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Zur Kindeswohlverträglichkeit gehört in erster Linie, dass beide Eltern über Erziehungsfähigkeit verfügen, so dass ihnen die elterliche Sorge auch allein zugeteilt werden könnte. Ausserdem müssen die tatsächliche Betreuungsfunktion und Entscheidungsbefugnisse weitgehend kongruent sein. Die vereinbarte Betreuungsregelung muss

C 5.1

auf die Bedürfnisse des Kindes Rücksicht nehmen und seinem Alter entsprechend weder überbehütend noch vernachlässigend sein (Häfeli, a.a.O., S. 192). Somit ist die Kindeswohlprüfung mit der Beurteilung der Eltern-Kind-Beziehung verknüpft, welche den Vormundschaftsbehörden regelmässig schwer fallen dürfte. Im Ergebnis ist deshalb aufgrund des gemeinsamen Antrags der Eltern, die willens sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen, das Kindeswohl als gewahrt anzusehen (Schwenzer, a.a.O., Art. 298a N 7).

5.2 Die Vorinstanz beanstandet die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht. Ihm wird auch nicht vorgeworfen, den gemeinsamen Sohn zu vernachlässigen bzw. zu überbehüten. Entsprechendes kann denn auch den vorinstanzlichen Akten nicht entnommen werden. Der persönliche Kontakt und eine gefestigte Beziehung zu seinem Sohn sind dem Beschwerdeführer überaus wichtig. Der Beschwerdeführer pflegt unbestrittenermassen regelmässigen, wenn auch nicht täglichen Kontakt zu seinem Sohn (zirka 1x pro Woche in X.). Dies ist dem Kindeswohl indes nicht abträglich, andernfalls das Kindeswohl beim Besuchsrecht getrennt lebender bzw. geschiedener Eltern grundsätzlich in Frage gestellt werden müsste. Zudem stimmen die vereinbarten Regelungen mit den effektiven Lebensverhältnissen überein, sodass auch diesbezüglich das Kindeswohl gewahrt ist. Schliesslich ist nicht erkennbar, inwieweit die getroffenen Regelungen für das gemeinsame Kind zu einer hohen Belastung (bspw. Beeinträchtigung der Stabilität, starke Zerstückelung der Obhut usw.) führen könnten. Es gilt zu berücksichtigen, dass mit der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge die Eltern vermehrt fähig und bereit sind, allfällige Konflikte gemeinsam und gerade im Hinblick auf das Kindeswohl zu lösen. Es ist schliesslich im Sinne des Kindeswohls, dass sich der Vater seiner Verantwortung bewusst ist und sich an der Erziehung des Kindes beteiligt, um nicht blosser Zahlvater zu sein. Infolgedessen soll denn auch das gemeinsame Sorgerecht möglichst gefördert werden (vgl. hierzu BBI 2009 650 zum Vorentwurf für eine Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches).

5.3 Aus dem Gesagten folgt, dass die gemeinsame elterliche Sorge, wie sie die beschwerdeführerische Vereinbarung vom 11. April 2009 regelt, mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

(RRB Nr. 1360 vom 15. Dezember 2009).

7. Sozialwesen

7.1 Anrechnung von Zuwendungen Dritter

- *Einmalige Leistungen Dritter für einen ganz bestimmten Verwendungszweck sind in der Regel nicht als Einkommen aufzurechnen (Erw. 2).*
- *Keine Kürzung des Grundbetrages für einen von Verwandten finanzierten Ferienaufenthalt von vierzehn Tagen in der ausländischen Heimat (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz den Betrag, welchen die Beschwerdeführerin von einer Stiftung erhalten hat, um die Kosten für die Passerneuerung für sich und ihre Kinder zu bezahlen, im Sozialhilfebudget als Einkommen angerechnet mit der Begründung, dass Gebühren für Ausweise durch den Grundbedarf abgedeckt seien. Der Beschwerdeführerin wird daher von der Vorinstanz für einen Monat weniger wirtschaftliche Hilfe ausgerichtet. Zu prüfen ist, ob dieses Vorgehen richtig ist.

2.1 Allen Bedürftigen, die in einem Privathaushalt leben und fähig sind, einen solchen zu führen, steht der Grundbedarf für den Lebensunterhalt zu. Dieser wird in Form einer Pauschale ausgerichtet. Die Pauschale umfasst Ausgabenpositionen wie z. B. für Nahrungsmittel, Bekleidung, Verkehrsauslagen, Körperpflege. Auch Gebühren für Ausweise sind an sich aus dem Pauschalbetrag zu erbringen. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin für sich und ihre beiden Kindern neue Pässe erstellen lassen. Da es sich dabei um einen grösseren Ausgabenposten handelte und im Wissen darum, dass die Vorinstanz keinen zusätzlichen Betrag für die Bezahlung der Pässe sprechen wird, ersuchte sie eine Stiftung um Übernahme der Passkosten. Sie erhielt den Betrag von Fr. 490.-- für die Bezahlung der Passgebühren.

2.2 Es ist bekannt, dass Hilfswerke und Stiftungen nicht jedem Gesuch entsprechen. Die Verantwortlichen solcher Institutionen prüfen die Gesuche sorgfältig und wägen ab. Sie gehen auch davon aus, dass die gesprochenen und ausgerichteten Beträge für den angegebenen Zweck verwendet werden. Rechnet nun die Vorinstanz den von der Stiftung erhaltenen Betrag der Beschwerdeführerin als Einkommen an, so würde die Vorinstanz bzw. die Gemeinde X. von dieser Zuwendung durch die

C 7.1

Stiftung profitieren. Deshalb geht das von der Vorinstanz eingeleitete Vorgehen zu weit. Der von der Stiftung für die Pässe erhaltene Betrag darf der Beschwerdeführerin nicht als Einkommen angerechnet werden. Die Zuwendung der Stiftung ist einmalig und zweckgebunden. Sie wird für etwas verwendet, das sich die Beschwerdeführerin sonst aus dem Grundbedarf nur sehr schwer hätte leisten können. Die Stiftung hätte die Gebühren nicht übernommen, wenn sie gewusst hätte, dass dieser Betrag dann von der Vorinstanz angerechnet wird und letztendlich der Vorinstanz und nicht der Beschwerdeführerin zugute kommt. Alsdann wären die Pässe Voraussetzung dafür, dass einerseits der Sohn mit dem Fussballclub zu einem Turnier nach Wien fahren und andererseits die Familie in den Kosovo in die Ferien reisen konnte. Es handelt sich deshalb um mehr oder weniger notwendige Ausgaben in doch nicht unbeträchtlicher Höhe. Kommt hinzu, dass die Gebühren für die Ausweise der Ausländer viel höher sind, als wenn es sich um Schweizer Bürger handelt und die Ausweise eine kürzere Gültigkeitsdauer haben. Anzurechnen sind Zuwendungen Dritter vor allem dann, wenn es sich dabei „um unnötigen Luxus“ handelt, den sich eine Person oder Familie mit bescheidenem Einkommen ebenfalls nicht leisten kann. Jedoch wenn es sich um eine einmalige Leistung Dritter für eine ganz bestimmte Sache handelt, ist diese Zuwendung nicht als Einkommen im Budget zu berücksichtigen.

3. Im Weiteren hatte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, in ihr Heimatland zu reisen, um dort Ferien zu verbringen. Die Vorinstanz sieht vor, während dieses Ferienaufenthaltes pro Tag und Person je Fr. 10.-- mit der Unterstützungszahlung zu verrechnen. Mit andern Worten wird vom Grundbedarf je Fr. 10.-- pro Tag und Person während des Ferienaufenthaltes abgezogen. Zu prüfen ist, ob dieses Vorgehen zu schützen ist.

3.1 Langfristig unterstützten Personen, die nach Kräften erwerbstätig sind, Betreuungsaufgaben wahrnehmen oder vergleichbare Eigenleistungen erbringen, sollen Urlaubs- und Erholungsaufenthalte ermöglicht werden (C.1.6 SKOS-Richtlinien). Das heisst, dass auch unterstützten Personen Ferien ermöglicht werden sollen. Die betroffenen Personen dürfen zweckgebundene Zuwendungen von Dritten für Ferien verwenden, sie werden nicht als Einnahmen in das Unterstützungsbudget einbezogen. Dabei soll stets berücksichtigt werden, dass die Ausgaben für Ferien in einem angemessenen Verhältnis zu den Ausgaben für Ferienbudgets von Personen mit geringem Einkommen stehen (vgl. Zeitschrift für Sozialhilfe [ZESO], 2/2009, S. 20).

Die SKOS-Richtlinien machen zur Frage der Feriendauer keine Aussage. So können die Bestimmungen der Arbeitslosenversicherung bei der Beurteilung eine hilfreiche Grundlage sein. Auch Erwerbslose haben

Anspruch auf Ferien. Gemäss Art. 27 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (SR 837.02) steht ihnen nach jeweils sechzig Tagen kontrollierter Arbeitslosigkeit eine Woche Ferien zu. Die tolerierte ferienbedingte Abwesenheit beträgt maximal vier Wochen pro Kalenderjahr, analog zum Ferienanspruch gemäss Art. 329 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) (vgl. auch ZESO, 2/2009, S. 20).

3.2 Vorliegend ermöglichten die Geschwister der Beschwerdeführerin ihr und ihren Kindern Ferien im Heimatland. Die Geschwister kamen für die Reisekosten und die Unterkunft auf. Es ist zwar anzunehmen, dass ein Grossteil der Verpflegungskosten durch die Verwandten und Bekannten gedeckt waren, da die Beschwerdeführerin und die Kinder eingeladen wurden. Es ist aber davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin einen Teil der Verpflegungskosten selber zu übernehmen hatte. Es ist daher sehr kleinlich, wenn die Vorinstanz für die Zeit des Ferienaufenthaltes von 14 Tagen den Grundbedarf reduzieren will. Dies sehen die SKOS-Richtlinien nicht vor. Grundsätzlich ist gegen die Berücksichtigung der am Ferienort günstigeren Lebenshaltungskosten nichts einzuwenden. Es führt aber zu weit, bereits bei 14 Tagen Ferien im Jahr die Unterstützung zu kürzen. Der Betrag, welchen die Vorinstanz bei der dreiköpfigen Familie der Beschwerdeführerin vom Grundbedarf für die Verpflegung während den 14 Tage Ferien abziehen möchte (Fr. 10.-- pro Tag und pro Person = Fr. 420.--), steht in keinem Verhältnis zum Gesamtbetrag pro Monat, welcher für Nahrungsmittel und Getränke zur Verfügung steht. Bei einer dreiköpfigen Familie beträgt dieser nämlich Fr. 603.15. Dies entspricht 33.77 % vom Grundbedarf für einen 3-Personen Haushalt (Fr. 1 786.--). Es führt zu weit, Abzüge beim Grundbetrag zu machen für eine 14-tägige Ferienabwesenheit, wenn die Vorinstanz keine Mehrkosten für den Urlaub zu übernehmen hat.

3.3 Die Vorinstanz bekräftigt ihr Vorgehen mit folgendem Beispiel: Ein Kind besucht vier Tage eine Kindertagesstätte. Für diese Zeit wird beim Grundbetrag ein Abzug gemacht, da das Mittagessen in den Hortkosten inbegriffen ist. Dies ist nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen. Die Hortkosten werden unter der Rubrik situationsbedingte Leistungen voll zulasten des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens berücksichtigt und somit auch die Kosten für das Mittagessen mitbezahlt. Das Kind muss an vier Tagen nicht zu Hause verköstigt werden, weshalb es sich eher rechtfertigen lässt, vom Grundbedarf die Mahlzeitenkosten abzuziehen, da diese ja mit den Hortkosten, die von der Sozialbehörde voll übernommen werden, abgedeckt sind.

(RRB Nr. 1361 vom 15. Dezember 2009).

10. Raumplanung

10.1 Zulässigkeit einer Zonengrenzkorrektur

- *Zuständigkeiten und Verfahren für die Nutzungsplanung (Erw. 3.2.1).*
- *Gegenstand einer Zonengrenzkorrektur (Erw. 3.2.2 – 3.2.3).*
- *Kann der Zonenverlauf nicht als unzweckmässig bezeichnet werden, so bleibt kein Raum für eine Zonengrenzkorrektur (Erw. 4.1 – 4.3).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Im vorliegenden Fall sollen von den rund 250 m² des nordwestlichen Teils der Liegenschaft KTN 694 der Beschwerdeführer II, die in das Reservegebiet (Nichtbauzone, Art. 52a des Baureglementes der Gemeinde Feusisberg [BauR]) hineinragen, rund 105 m² zur Kernzone A (Bauzone, Art. 41 BauR) geschlagen werden, in welcher der seit 1946 mit einem Wohnhaus überbaute Teil der Liegenschaft KTN 694 liegt (der nordwestliche Anbau erfolgte im Jahre 1986). Dieser Grundstücksteil in der Bauzone misst zirka 750 m². Die nordwestliche Zonengrenze soll dabei innerhalb der Grundstücksgrenzen um rund 5 m ins Reservegebiet verschoben werden, was zu einer Ausbuchtung der Bauzone in das Reservegebiet führt. Diese Zonengrenzkorrektur soll auf der einen Seite den Beschwerdeführern II die Realisierung eines Mehrfamilienhauses ermöglichen und auf der anderen Seite nach dem Willen der Vorinstanz im Interesse des Orts- und Strassenbildschutzes eine Optimierung des platzartigen Strassenraumes im Knotenbereich Dorfstrasse/Schweigwiesstrasse bewirken, da der geplante Neubau weiter talwärts, über die alte Zonengrenze hinaus platziert werden kann.

Nach Ansicht der Beschwerdeführer I und III kann eine solche Zonengrenzkorrektur, mit der Nichtbaugesamtgebiet in Bauland umgezont wird, nicht im vereinfachten Verfahren durch den Gemeinderat nach § 29 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100), sondern nur im ordentlichen Einzonungsverfahren nach §§ 25 ff. und § 29 Abs. 1 PBG sowie Art. 52a Abs. 1 BauR durch die Gemeindeversammlung beschlossen werden. Der Vorinstanz wird vorgeworfen, dass sie sich mit diesem Argument, das bereits mit der Einsprache vorgetragen worden war, überhaupt nicht auseinandergesetzt und damit den Anspruch der Beschwerdeführer I auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt hat, was schon allein die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge haben müsse.

3.2.1 Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens (Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG, SR 700]). Diese sind zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Art. 21 Abs. 2 RPG). Zuständigkeiten und Verfahren ordnen die Kantone (Art. 25 Abs. 1 RPG). Der Erlass der kommunalen Nutzungspläne ist in den §§ 25 - 31 PBG geregelt. Das Verfahren für den Erlass von Zonen- und Erschliessungsplänen findet grundsätzlich auch auf nachträgliche Änderungen Anwendung (§ 29 Abs. 1 PBG). Abweichend von dieser Regelung ist nach § 29 Abs. 2 PBG der Gemeinderat befugt, an unzureichend verlaufenden Zonengrenzen (oder Festlegungen im Erschliessungsplan) geringfügige Korrekturen anzubringen und ungenaue Zonengrenzen (oder Linienführung im Erschliessungsplan) verbindlich festzulegen. Die durch solche Änderungen Betroffenen sind vorgängig anzuhören. Sie können die Änderungen nach § 26 Abs. 2 PBG anfechten.

3.2.2 Solche geringfügigen Korrekturen und Planbereinigungen sind keine eigentlichen Planänderungen im Sinne von § 29 Abs. 1 PBG bzw. Art. 21 Abs. 2 RPG. Denn sie stellen die im ordentlichen Verfahren erlassene Nutzungsplanung nicht in Frage. Der Gesamtcharakter der Planordnung sowie die zugrundeliegenden Ziele werden nicht in Frage gestellt. Korrigiert werden lediglich geringfügige Planungsfehler, d.h. unzureichende und ungenaue Zonengrenzen, die meist schon im Zeitpunkt des Planerlasses erkennbar gewesen wären oder die sich aufgrund veränderter Verhältnisse oder Erkenntnisse erst später manifestieren. Die bundesrechtliche Vorgabe der Planbeständigkeit wird damit nicht umgangen, da nur geringfügige Korrekturen zulässig sind, die nur einzelne Grundeigentümer betreffen. Bei solchen untergeordneten Planungsfehlern lässt sich kein Erhaltungsinteresse begründen, unbesehen davon, ob sich die Verhältnisse seit dem Erlass erheblich verändert haben oder nicht. § 29 Abs. 2 PBG ist deshalb auch nicht bundesrechtswidrig. Es liegt in der Kompetenz des Kantons, in § 29 Abs. 2 PBG die Mitwirkungsrechte der Bevölkerung geringfügig einzuschränken (VGE 1008/98 vom 20. Mai 1998, Erw. 3; EGV-SZ 1997, Nr. 53, Erw. 4a; BVR 1991, S. 36).

3.2.3 Die Vorinstanz möchte mit der Zonengrenzkorrektur quasi als Gegenleistung auf der Dorfstrassenseite eine gestalterische Verbesserung des Strassenraumes erreichen, wogegen sich die Beschwerdeführer II allerdings zur Wehr setzen. Die Vorinstanz hat aber für dieses angestrebte Ziel das falsche Planungsinstrument gewählt, da es ihr offensichtlich nicht um eine geringfügige Korrektur einer unzureichenden Zonengrenze geht. Für die angestrebte Aufwertung des Dorfkerns in ortsbild- bzw.

C 10.1

strassenbildschützerischer Hinsicht bieten Art. 9 lit. a und d, Art. 49 Abs. 2 und 4 BauR eine rechtliche Handhabe im Baubewilligungsverfahren. Im Weiteren kann der notwendige Strassenabstand mit Baulinien festgelegt werden (§ 40 der Strassenverordnung vom 15. September 1999 [StrV, SRSZ 442.110]; vgl. auch § 38 StrV).

Ob das Zonengrenzkorrekturverfahren zur Anwendung kommt, hängt allein von den Kriterien der unzweckmässigen Zonengrenze und der geringfügigen Korrektur ab. Es ist deshalb vorab zu prüfen, ob die von der Vorinstanz korrigierte Zonengrenze überhaupt unzweckmässig verläuft. Ist dies der Fall, muss geklärt werden, ob die vorgenommene Korrektur noch als geringfügig eingestuft werden kann.

4.1 Ob eine Zonengrenze zweckmässig verläuft, beurteilt sich nach unterschiedlichen Gesichtspunkten. Der Verlauf der Zonengrenze lässt sich denn auch kaum normativ erfassen. Deren Festlegung entspringt deshalb einer weitgehend freien, überwiegend raumordnungspolitisch verantwortlichen Entschliessung des Planungsträgers (Planungsermessen). Die Abgrenzung von Zonen (Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen gemäss Art. 14 RPG und § 17 PBG, aber auch der Bauzonen untereinander) muss hingegen durch hinreichende sachliche und planerische Gründe (Art. 1 und 3 RPG) gerechtfertigt sein. Die Grenze des Planungsermessens wird dann überschritten, sobald Ereignisse anfallen, die sich als Folge deutlich unsorgfältiger Interessenabwägung sachlich nicht vertreten lassen, die im Lichte der Ziele und Grundsätze von Art. 1 und 3 RPG räumlich nicht mehr folgerichtig erscheinen, oder wo sich für die gewählte Unterteilung kein vernünftiger Grund in den örtlichen Verhältnissen findet (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Art. 15, NN 36, 40 f.; Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 8 zu § 128, S. 288 f.; RRB Nr. 23 vom 13. Januar 2009, Erw. 7.2 mit Hinweisen). So fallen Zonengrenzen oft mit Strassen, natürlichen Gegebenheiten (wie Gewässer, Wald) oder auch Grundstücksgrenzen zusammen. Es ist unbestritten, dass es unter raumplanungsrechtlichen Gesichtspunkten in der Regel zweckmässig ist, wenn Bauzonengrenzen grundsätzlich mit den Parzellengrenzen übereinstimmen, was sich jedoch nicht in jedem Fall bewerkstelligen lässt (z.B. wegen der Grösse oder der Form eines Grundstückes). Häufig muss die Zonengrenze einfach irgendwo gezogen werden. Wenn deshalb für die Beschwerdeführer II die Zonengrenze in Bezug auf ihr Grundstück KTN 694 subjektiv unzweckmässig verläuft, so ist dies für die Frage der Zonengrenzkorrektur nicht entscheidend. Der zu korrigierende Verlauf der Zonengrenze muss aus objektiv planerischen Gründen unzweckmässig sein.

4.2 Eine unzweckmässig verlaufende Zonengrenze stellt einen Planungsfehler dar. Beides liegt auch nach Ansicht der Vorinstanz klarerweise nicht vor (vgl. Augenscheinprotokoll vom 10. September 2008, S. 2 und S. 3: „Das Planerische steht hier nicht im Vordergrund ...“, „Es geht hier eindeutig nicht um die Korrektur eines Planungsfehlers ...“; Protokollauszug des Gemeinderates Feusisberg vom 4. Januar 2007 [GRB-Nr. 3/5-9], Antwort zur Frage 2: „... Die bisherige Zonengrenze verläuft an sich im Sinne von § 29 PBG nicht unzweckmässig und nicht ungenau ...“) und kann auch nach Einsicht in den Zonenplan Feusisberg nicht bejaht werden. Die Zonengrenzen verlaufen gesamthaft mehr oder weniger geradlinig und halten sich soweit ersichtlich an natürlich vorgegebene Linien, Strassen und Grundstücksgrenzen. Bei der Abgrenzung der Kernzone A zum Reservegebiet bei der Liegenschaft KTN 694 der Beschwerdeführer II und der Nachbarliegenschaften der Beschwerdeführer I und III war dies wegen der Form und Grösse jenes Grundstückes nicht möglich. Die Festlegung der Zonengrenze musste deshalb in diesem Bereich die Grundstücksgrenzen teilweise unberücksichtigt lassen. Weil die Liegenschaft der Beschwerdeführer I talseitig in das benachbarte Landwirtschaftsland auskragt, musste diese durchschnitten werden, um eine geradlinige, mehr oder weniger parallel zur Dorfstrasse verlaufende Zonengrenze zu erhalten. Die bestehende Grenzlinie drängte sich auch aufgrund der Nachbarliegenschaften auf, deren Grenzen auf die Weise verbunden werden konnten. Der Einbezug der ganzen Liegenschaft der Beschwerdeführer II in die Kernzone A würde deshalb als unzweckmässige Ausbuchtung der Bauzone in die Reserve- bzw. Landwirtschaftszone hineinragen (Art. 52a BauR; RRB Nr. 23 vom 13. Januar 2009, Erw. 8.5.2; EGV-SZ 1997, Nr. 53, Erw. 4d). Dies gilt auch für die geplante, beschränkte Verschiebung der Zonengrenze um 5 m in die Reservezone, die die bestehende gerade Linie ebenfalls unnatürlich brechen würde.

Eine Erweiterung der ganzen Kernzone A talwärts wäre planerisch zudem kaum sinnvoll, weil die Kernzone A „nur“ den bestehenden Ortskern umfasst und die Erhaltung und rücksichtsvolle Erneuerung der heutigen Baustruktur bezweckt (Art. 41 BauR), so dass sie kaum um eine zusätzliche Bautiefe erweitert werden kann. Im Weiteren hätte eine Ausdehnung der Kernzone zur Folge, dass angrenzend an die Liegenschaft der Beschwerdeführer II weitere, kaum überbaubare Teilgrundstücke entstehen würden, was mit dem Grundsatz des haushälterischen Umgangs mit dem Boden nicht vereinbar wäre. Abgesehen davon müsste eine Erweiterung der Bauzone ins Reservegebiet im ordentlichen Planerlassverfahren erfolgen (§ 29 Abs. 1 PBG, Art. 52a Abs. 1 BauR).

C 10.2

4.3 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass vorliegend mit der geplanten Zonengrenzkorrektur kein unzweckmässiger Grenzverlauf und damit kein Planungsfehler rückgängig gemacht, sondern vielmehr ein neuer Planungsfehler geschaffen würde. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Korrektur (Einzonung von 105 m²) an sich das Kriterium der Geringfügigkeit erfüllen würde (§ 29 Abs. 2 PBG; EGV-SZ 1997, Nr. 53, Erw. 4c). Der Entscheid der Vorinstanz liegt auch nicht im planerischen Ermessensbereich, sondern widerspricht Sinn und Zweck des Instituts der Zonengrenzkorrektur nach § 29 Abs. 2 PBG. Auch wenn die Vorinstanz damit ebenfalls planerische Ziele und öffentliche Interessen verfolgt, indem sie das Orts- und Strassenbild im Knotenbereich Dorfstrasse/Schweigwiesstrasse aufwerten möchte, kann diesem Anliegen nicht mit einer (unzulässigen) Zonengrenzkorrektur entsprochen werden. In Gutheissung der Beschwerden I und III ist deshalb die mit dem angefochtenen Beschluss der Vorinstanz vom 8. Mai 2008 (GRB-Nr. 3/5-199) vorgenommene Zonengrenzkorrektur bei der Liegenschaft KTN 694 aufzuheben.

(RRB Nr. 303 vom 17. März 2009).

Anmerkung:

In einem Beschwerdeentscheid vom 22. Dezember 2009 (RRB Nr. 1401) kam der Regierungsrat zum Schluss, dass das vereinfachte Verfahren gemäss § 29 Abs. 2 PBG für die Korrektur der Linienführung von Baulinien, im zu beurteilenden Fall eine Seeuferabstandslinie, nicht anwendbar sei. Solche Baulinien könnten nur im ordentlichen Verfahren angepasst werden. Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Beschwerdeentscheid des Regierungsrates erhobene Beschwerde mit VGE III 2010 14 vom 24. März 2010 abgewiesen.

10.2 Beschwerdebefugnis eines Pächters

- *Beschwerdebefugnis des Pächters eines landwirtschaftlich genutzten Grundstückes bei einer Einzonung desselben (Erw. 2.1 – 2.7).*
- *Verhältnis zwischen der privat- und der öffentlichrechtlichen Baueinsprache (Erw. 2.7).*

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 die Rechtsmittelbefugnis der Parteien (§ 27 Abs. 1 lit. d der Verordnung vom 6. Juni 1974 über die Verwaltungsrechtspflege [VRP, SRSZ 234.110]). Ist eine Sachentscheidvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

2.2 Gegen den Entwurf von Zonen- und Erschliessungsplan kann jedermann während der Auflagefrist beim Gemeinderat schriftlich Einsprache erheben (§ 25 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Da zur Einsprache jedermann befugt ist, brauchte sich die Vorinstanz mit der Einsprachebefugnis des Beschwerdeführers nicht näher auseinander zu setzen. Hingegen ist nunmehr zu prüfen, ob der Beschwerdeführer zur Beschwerde befugt ist.

2.3 Gegen den Einspracheentscheid können Personen, die durch ihn berührt sind und an seiner Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse haben, Beschwerde gemäss Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege erheben (§ 26 Abs. 2 PBG; vgl. auch Art. 33 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG, SR 700] in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]).

Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein (statt vieler: BGE 133 II 400 E. 2.4.2). Mithin braucht dieses Interesse mit dem Interesse, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichneten Normen geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Diese Anforderungen sollen die Popularbeschwerde ausschliessen. Ihnen kommt deshalb dann eine ganz besondere Bedeutung zu, wenn wie hier nicht nur der Adressat einer Planungsanordnung, sondern auch Dritte den Entscheid anfechten. Liegt in einem solchen Fall ebenfalls ein unmittelbares Berührtsein, eine spezifische Beziehungsnähe vor, so hat der Beschwerdeführer ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse daran, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben oder geändert wird. Dieses Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (BGE 119 Ib 179 E. 1c mit weiteren Hinweisen; vgl. auch EGV-SZ 1998, Nr. 2, Erw. 2c am Ende).

C 10.2

2.4 Bei der Beschwerde durch Drittbetroffene kommt dem Kriterium der Beziehungsnähe zur Streitsache besondere Bedeutung zu (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N 547). Die Drittbeschwerde wird immer dann zugelassen, wenn der Dritte ein selbstständiges, eigenes, also unmittelbares Anfechtungsinteresse besitzt. Die Praxis erachtet das Interesse eines anderen dinglich, allenfalls obligatorisch Berechtigten neben dem Eigentümer der Sache (z.B. Nutzniesser, Pfandgläubiger, Vor- und Rückkaufsberechtigter, Mieter usw.) als genügend (Attilio R. Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 215).

2.5 Der Beschwerdeführer ist Nachbar sowie Pächter des umstrittenen Grundstücks KTN 1899. Mit Dienstbarkeitsvertrag vom 10. September 2003 wurde die Pacht bzw. das Benützungsrecht am besagten Grundstück im bisherigen Rahmen im Sinne eines irregulären Personalservituts gemäss Art. 781 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) im Grundbuch eingetragen. Der Beschwerdeführer ist am Grundstück, auf das sich die umstrittene Anordnung bezieht, nicht nur obligatorisch, sondern auch dinglich berechtigt. Damit hat der Beschwerdeführer eine besondere, beachtenswerte und nahe Beziehung zur Streitsache (vgl. auch BGE 1A.256/2003 vom 14. Juni 2004, E. 1.1, wo bereits einer Pächterin und somit einer rein obligatorisch Berechtigten die Beschwerdelegitimation zugesprochen wurde).

2.6 Die Beschwerdegegnerin behauptet nun aber, der Beschwerdeführer könne aus einer für ihn erfolgreichen Beschwerdeführung keinen praktischen Nutzen ziehen, weshalb ihm die Beschwerdebefugnis abzusprechen sei. Das dem Beschwerdeführer eingeräumte Benützungsrecht bleibe unabhängig davon, ob die fragliche Teilfläche der Liegenschaft KTN 1899 der Wohnzone zugewiesen werde oder in der Landwirtschaftszone verbleibe, uneingeschränkt erhalten. Ausserdem bleibe dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, seine Rechtsansprüche im Rahmen eines allfälligen späteren Bauvorhabens mittels privatrechtlicher Baueinsprache uneingeschränkt durchzusetzen. In diesem Sinne sei denn auch ein ausreichender praktischer Nutzen zu verneinen, wenn eine andere Rechtsschutzmöglichkeit bestehe, die von der Sache her näher liege und einen gleichwertigen Rechtsschutz biete (mit Verweis auf Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, Rz. 26 zu Art. 65 am Ende). Zudem sei dem Beschwerdeführer ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse auch als benachbarter Eigentümer der Liegenschaft KTN

1898 abzusprechen. Es sei weder ersichtlich noch würde vom Beschwerdeführer dargelegt, dass die umstrittene Teileinzonung der Liegenschaft KTN 1899 irgendwelche Auswirkungen auf sein Grundstück KTN 1898 zur Folge hätte.

2.7 Die Beschwerdegegnerin erklärt zwar, sie beabsichtige nicht im Entferntesten, das Benützungsrecht des Beschwerdeführers zu schmälern. Dennoch muss dieser befürchten, die Beschwerdegegnerin könnte sich nach einer Teileinzonung von KTN 1899 auf Art. 736 Abs. 2 ZGB berufen und eine (teilweise) Ablösung der Dienstbarkeit durch das Gericht verlangen (...). Zudem hat der Beschwerdeführer die Gewähr dafür, dass bei einer Nichteinzonung von KTN 1899 nach allfälligem Abbruch des Hauses ein Wiederaufbau nur im bisherigen Umfang gestattet und dies von Amtes wegen überprüft wird (vgl. § 72 Abs. 3 PBG). Bei einer Einzonung hingegen würden keine öffentlich-rechtlichen Gründe gegen ein Bauvorhaben in erweitertem Umfang sprechen. Der Beschwerdeführer hätte dann von sich aus privatrechtliche Baueinsprache zu erheben, um sein Bewirtschaftungsrecht durchsetzen zu können, wobei der Sachverhalt nicht von Amtes wegen geprüft würde. Insofern kann nicht von einem gleichwertigen Rechtsschutz die Rede sein. Die von der Beschwerdegegnerin zitierte Stelle bezieht sich denn auch auf einen Bundesgerichtsentscheid, in welchem es lediglich darum ging, dass, wo verschiedene Klagen in Konkurrenz zueinander stehen, zusätzlich der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten und daher diejenige zu erheben ist, welche dem Kläger den angestrebten Nutzen bereits unmittelbar einzutragen vermag (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 50 mit Verweis auf BGE 122 III 279 E. 3a am Ende). Eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche Baueinsprache stehen jedoch nicht in Konkurrenz zueinander. Ausserdem bejaht die Praxis im Zweifelsfall die Beschwerdeberechtigung (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 65 am Ende).

2.8 Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführer von einer Teileinzonung der Liegenschaft KTN 1899 nicht nur berührt, sondern er hat auch (zumindest ein tatsächliches) Interesse an der Nichteinzonung. Die Legitimation des Beschwerdeführers ist damit für das vorliegende Verfahren gegeben. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

(RRB Nr. 782 vom 7. Juli 2008).

C 10.4

10.3 Koordination von Genehmigungs- und Rechtsmittelverfahren für den Erlass von Gestaltungsplänen

- *Der Regierungsrat befindet im Beschluss über Beschwerden gegen den Erlass oder die Änderung von Gestaltungsplänen gleichzeitig auch über deren Genehmigung (Erw. B./1).*

Aus den Erwägungen:

B. 1. Art. 25a Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) verlangt bei der Nutzungsplanung eine Koordination zwischen dem Erlass-, dem Rechtsmittel- und dem Genehmigungsverfahren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt erst dann ein Endentscheid vor, der mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden kann (Art. 82 in Verbindung mit Art. 90 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110), wenn die zuständige Behörde über die Genehmigung befunden hat (vgl. BGE 1C_190/2007 vom 7. Dezember 2008, ZBI 109/2008, S. 679 ff.). Mit dem vorliegenden, beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Beschluss entscheidet der Regierungsrat deshalb sowohl über die Verwaltungsbeschwerden gegen den Gestaltungsplan wie auch über dessen Genehmigung und stellt damit die verlangte Verfahrenskoordination sicher.

(RRB Nr. 1396 vom 22. Dezember 2009).

10.4 Teilzonenplan für das Steinfabrik-Areal in Pfäffikon

- *Prüfungsmassstäbe bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Planungsinitiative und im anschliessenden Verfahren für die Änderung des Zonenplanes (Erw. 4.1 – 4.2).*
- *Der Grundsatz der Planbeständigkeit verliert gegen Ende des gesetzlichen Planungshorizontes, der für Bauzonen fünfzehn Jahre beträgt (Art. 15 Bst. b RPG), an Gewicht. Stimmt die Gemeindeversammlung einer Einzelinitiative auf Änderung des Zonenplanes rund vierzehn Jahre nach dessen Erlass zu, ist diesen veränderten Verhältnissen mit einer Überprüfung des Zonenplanes Rechnung zu tragen (Erw. 5).*
- *Eigentumsbeschränkung der Umzonung (Erw. 6.1), Überprüfung derselben im Beschwerdeverfahren (Erw. 6.2) und Interessenabwägung (Erw. 6.3).*
- *Die Zuweisung eines Teils des Steinfabrik-Areals von der Hafenzonenzone in eine Zone für öffentliche Parkanlagen beruht auf einer ausreichenden*

gesetzlichen Grundlage und widerspricht auch nicht übergeordneten Planungen (Erw. 7.1 – 7.6).

- *Öffentliches Interesse an der Schaffung der Zone für öffentliche Parkanlagen (Erw. 8).*
- *Verhältnismässigkeit der Zuweisung von 18 758 m² Bauland von der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen (Erw. 9).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Stimmberechtigten der Gemeinde Freienbach haben am 26. November 2006 eine Einzelinitiative zur Umzonung des Steinfabrik-Areals in eine Zone für öffentliche Parkanlagen angenommen. Daraufhin arbeitete der Gemeinderat Freienbach eine Vorlage betreffend Revision des Teilzonenplanes aus. Der Teilzonenplan Steinfabrik-Areal sowie die Änderung des Baureglements wurden am 2. November 2007 öffentlich aufgelegt (ABI 2007, S. 2008). Dagegen erhoben unter anderen die Grundeigentümerin und ein Kaufrechtsberechtigter am Areal Einsprache.

Im öffentlich aufgelegten Teilzonenplan Steinfabrik-Areal war vorgesehen, einen Teil des Areals von der Hafenzone in eine Wohn- und Gewerbezone WG3 umzuzonen (total ca. 2597 m²). Der Rest (total ca. 58 966 m²) sollten von der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen umgezont werden. Im Einspracheentscheid hat die Vorinstanz die von der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen zugewiesene Fläche auf 18 758 m² reduziert.

Die von der Grundeigentümerin und vom Kaufrechtsberechtigten beim Regierungsrat erhobenen Beschwerden wurden abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4.1 Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist der am 2. November 2007 öffentlich aufgelegte Teilzonenplan Steinfabrik-Areal. Umstritten ist dabei nur noch, ob auch die im angefochtenen Einspracheentscheid noch der Zone für öffentliche Parkanlagen zugewiesenen Flächen in der Hafenzone zu belassen sind. Nicht Streitgegenstand ist die Zuweisung von KTN 3254 in die WG3.

4.2 Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid VGE 895/05 vom 26. Januar 2006 die Gültigkeit des Initiativbegehrens zur Umzonung des Steinfabrik-Areals festgestellt. Es hat dabei unter Hinweis auf EGV-SZ 1994, Nr. 13, auch festgehalten, dass die umfassende Rechtmässigkeitsüberprüfung einer Planungsmassnahme im Rahmen des Zonenplan-

C 10.4

beschwerdeverfahrens erfolge, während die Rechtmässigkeitsüberprüfung bei der Zulässigkeitsfrage von Initiativen summarischer ist und sich auf zweifelsfreie und offensichtliche Rechtswidrigkeiten beschränkt (Zitat in Erw. 6.2).

5. Die Beschwerdeführer II und III rügen eine Missachtung des in Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) verankerten Grundsatzes der Planbeständigkeit, weil sich seither die Verhältnisse nicht wesentlich geändert haben.

5.1 Nach Art. 21 Abs. 2 RPG werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben. § 15 Abs. 2 PBG sieht vor, dass die Zonen- und Erschliessungspläne bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse, spätestens nach fünfzehn Jahren, zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen sind.

5.2 Ein Zonenplan kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist. Andererseits sind Pläne revidierbar, da dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen. Für die Frage, ob die Veränderung der Verhältnisse erheblich ist und damit ein öffentliches Interesse an einer Planänderung besteht, bedarf es einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung u.a. der Geltungsdauer des anzupassenden Zonenplans, seines Inhalts, des Ausmasses der beabsichtigten Änderung und deren Begründung. Je neuer ein Zonenplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen. Nach Ablauf des Planungshorizontes, der für Bauzonen 15 Jahre beträgt (Art. 15 lit. b RPG), sind Zonenpläne grundsätzlich einer Überprüfung zu unterziehen und nötigenfalls anzupassen. Im Rahmen dieser Gesamtrevision können auch veränderte politische Vorstellungen zum Ausdruck kommen. Je näher eine Planungsrevision dieser Frist kommt, desto geringer ist deshalb das Vertrauen auf die Beständigkeit des Plans, und umso eher können auch geänderte Anschauungen und Absichten der Planungsorgane als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden (Bundesgerichts-urteil 1P.37/2005 vom 7. April 2005, E. 2.1 mit Hinweisen).

5.3 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts darf bei einer Zeitspanne von zwölf Jahren seit der letzten Nutzungsplanung an die Wichtigkeit der Gründe, welche für eine Planänderung sprechen, keine allzu hohe Messlatte angesetzt werden. Dem Argument der Planbestän-

digkeit, auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, kommt entsprechend nicht mehr die gleiche Bedeutung zu, wie wenn ein Antrag auf Überprüfung der Zonenplanung bereits beispielsweise drei Jahre nach der letzten Nutzungsplanung gestellt wird (VGE 895/05 vom 26. Januar 2006, Erw. 6.3.1).

5.4 Das Steinfabrik-Areal wurde im Zonenplan vom 28. November 1993 (vom Regierungsrat mit Beschluss Nr. 557 vom 29. März 1994 genehmigt) der Hafenzone und entlang des Seeufers einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zugewiesen. Im Zeitpunkt der öffentlichen Auflage des Teilzonenplanes Steinfabrik-Areal (2. November 2007) waren somit seit der Annahme des Zonenplanes durch die Stimmbürger fast 14 Jahre vergangen und damit der für Bauzonen geltende Planungshorizont von 15 Jahre praktisch erreicht. Im heutigen Zeitpunkt ist diese 15-Jahresfrist abgelaufen. Gemäss der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist deshalb das Vertrauen auf die Beständigkeit des Plans gering und die geänderten Anschauungen und Absichten der Planungsorgane können als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden.

5.5.1 Die Stimmbürger der Gemeinde Freienbach haben zwar im Jahr 1993 dem Zonenplan und damit der Zuweisung des Steinfabrik-Areals in die Hafenzone zugestimmt. Sie haben aber mit der Annahme der Initiative zur Umzonung des Steinfabrik-Areals im November 2006 ihre geänderten Anschauungen und Absichten in Bezug auf die raumplanungsrechtliche Behandlung dieses Gebietes klar zum Ausdruck gebracht und damit der Vorinstanz den Auftrag erteilt, den Zonenplan anzupassen. In der Annahme dieser Initiative, welche zirka 13 Jahre nach der Zuweisung in die Hafenzone eine Umzonung in eine Zone für öffentliche Parkanlagen verlangt, sind die für die Anpassung eines Nutzungsplanes erforderlichen „veränderten Verhältnisse“ zu erblicken.

5.5.2 Die Vorinstanz war durch die Annahme dieser Initiative verpflichtet, innerhalb eines Jahres (vgl. dazu § 8 Abs. 5 des Gesetzes vom 29. Oktober 1969 über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [GOG, SRSZ 152.100]) den vom Stimmbürger mit der Annahme der Initiative erteilten Auftrag umzusetzen und eine Revision des Zonenplanes in dem Sinne an die Hand zu nehmen, dass das Gebiet Steinfabrik von der Hafenzone in eine Zone für öffentliche Parkanlagen umgezont wird. Das für die Anpassung des Nutzungsplanes erforderliche öffentliche Interesse liegt gerade in der Umsetzung dieses Auftrages. Die Vorinstanz war nicht befugt, von sich aus auf die Ausarbeitung eines entsprechenden Planungsentwurfes zu verzichten, weil dieser allenfalls dem eidgenössischen

C 10.4

oder kantonalen Raumplanungsrecht widerspricht. Dadurch hätte sie den im Abstimmungsergebnis über das Initiativbegehren zum Ausdruck gebrachten Wählerwillen sowie § 8 Abs. 5 GOG missachtet. Dieses öffentliche Interesse an der Umsetzung des Planungsauftrages der Stimmbürger genügt, um die Voraussetzungen für die Ausarbeitung einer Planänderung zu bejahen.

5.5.3 Die öffentlichen Interessen an der Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen und an deren Dimensionen sind im Zusammenhang mit der Frage zu prüfen, ob unter Berücksichtigung bereits vorhandenen Erholungsräume ein Bedürfnis der Öffentlichkeit nach einer solchen Zone in der geplanten Ausdehnung besteht. Sie spielen bei der Frage, ob unter dem Aspekt der Planbeständigkeit die Voraussetzungen für eine Planänderung erfüllt sind, keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle.

5.5.4 Von einem Verstoß gegen den Grundsatz der Planbeständigkeit bzw. Art. 21 Abs. 2 RPG kann demzufolge keine Rede sein. Dabei spielt es im vorliegenden Fall keine Rolle, ob die Überprüfung im Rahmen einer Gesamt- oder einer Teilrevision des Zonenplanes erfolgt.

5.6 Daran ändern auch die weiteren, von den Beschwerdeführern II und III vorgebrachten Argumente nichts.

5.6.1 Die Stimmberechtigten der Gemeinde Freienbach haben die Initiative angenommen und damit der Vorinstanz den verbindlichen Auftrag erteilt, in Bezug auf das Steinfabrik-Areal eine Revision des Zonenplanes vorzubereiten. Dieser demokratische Entscheid ist zu akzeptieren und es spielt dabei keine Rolle, welcher Anteil der Gesamtbevölkerung bzw. aller Stimmberechtigten dieser Initiative zugestimmt hat.

5.6.2 Der für die Geltungsdauer eines Zonenplanes massgebende Planungshorizont von 15 Jahren war im Zeitpunkt der Planaufgabe fast und ist im heutigen Zeitpunkt auf jeden Fall abgelaufen. Im Zusammenhang mit der Frage der Planbeständigkeit kommt somit dem Aspekt des Vertrauensschutzes nur mehr geringe Bedeutung zu.

5.6.3 Die Zustimmung der Stimmbürger von 1993 zur Zuweisung des Steinfabrik-Areals in eine Hafenzonenzone unter gleichzeitiger Abtretung der Quaianlage und die Einräumung von Baurechten zugunsten der Gemeinde bedeutet nicht, dass das Steinfabrik-Areal auf „ewige Zeiten“ und vollumfänglich in der Hafenzonenzone verbleiben muss. Die Stimmbürger können ja zu einem späteren Zeitpunkt zur Einsicht kommen, dass der der

Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Bereich noch ausgedehnt werden sollte. Mit ihrer Zustimmung im Jahre 1993 zu den oben erwähnten Massnahmen haben sich die Stimmbürger die Möglichkeit einer Ausdehnung dieses öffentlichen Bereiches nicht verbaut. Schon in der Ortsplanungsrevision 1993 hätte die Vorinstanz im Steinfabrik-Areal eine grössere Zone für öffentliche Bauten und Anlagen ausscheiden können, da eine Zuweisung von Bauland in eine solche Zone auch ohne Zustimmung des Grundeigentümers vorgenommen werden kann. Ob eine solche grössere Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig gewesen wäre, hätte dannzumal wie heute im Rechtsmittelverfahren beurteilt werden müssen.

5.6.4 Auch durch die weiteren „Nachfolgehandlungen“ wie die Vereinbarung Frauenwinkel oder den Erschliessungsplan sowie den Beitragsplanentwurf können die Beschwerdeführer keinen Anspruch darauf ableiten, dass das Steinfabrik-Areal auch in Zukunft vollumfänglich in der Hafenzone verbleibt. Einerseits erfolgten diese Handlungen meist durch den Gemeinderat. Andererseits hat die Vorinstanz durch die Annahme der Initiative (welche sie nota bene dem Stimmbürger zur Ablehnung empfohlen hat) vom Stimmbürger einen anderen Auftrag erhalten.

5.6.5 Unabhängig davon, ob das Steinfabrik-Areal in der Hafenzone oder in einer Zone für öffentliche Parkanlagen liegt, muss die Erschliessungssituation verbessert werden. Die im Erschliessungsplan vorgesehenen Verbesserungen müssen somit ohnehin realisiert werden und begründen keinen Anspruch auf Beibehaltung der geltenden Zonenordnung. Dabei gilt es auch zu berücksichtigen, dass mit dem Einspracheentscheid die der Zone für öffentliche Parkanlagen zugewiesene Fläche von zirka 60 000 m² auf unter 20 000 m² reduziert wurde und vom gesamten Steinfabrik-Areal nach wie vor über 40 000 m² in der Hafenzone verbleiben. Die Hafenzone bleibt somit grössten Teils weiter bestehen. Für diese Baulandflächen sind die Beschwerdeführer II und III zwingend auf eine genügende Erschliessung angewiesen.

6.1 Im öffentlich aufgelegten Teilzonenplan war vorgesehen, das Steinfabrik-Areal (mit Ausnahme von KTN 3254) von der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen umzuzonen. Im Einspracheentscheid hat die Vorinstanz die Umzonung in die Zone für öffentliche Parkanlagen um zirka zwei Drittel reduziert. Doch auch für die nach wie vor zur Umzonung in die Zone für öffentliche Parkanlagen vorgesehene Restfläche des Steinfabrik-Areals bedeutet dies, dass eine private bauliche Nutzung durch die Eigentümerin (Beschwerdeführerin III) bzw. den Kaufrechtsberechtigten (Beschwerdeführer II) nicht mehr möglich ist.

C 10.4

Die Zuweisung dieser Baulandflächen in eine Zone für öffentliche Parkanlagen stellt eine Eigentumsbeschränkung dar, die nur zulässig ist, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Bei schweren Eingriffen in das Eigentum ist ein Gesetz im formellen Sinn erforderlich (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bau- und Raumplanungsrecht liegt ein schwerer Grundrechtseingriff vor, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird oder wenn der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird. Ein schwerer Eingriff wird insbesondere bejaht, wenn eine bisher in einer Bauzone gelegene Parzelle einer Zone zugewiesen wird, in der keine Überbauung mehr zulässig ist; sodann auch bei einer starken Erschwerung der bisherigen Baumöglichkeiten. Dagegen liegt kein schwerer Eingriff vor, wenn zulässige Überbaumöglichkeiten lediglich reduziert werden (vgl. dazu Bundesgerichtsurteil 1C_287/2007 vom 22. Mai 2008, E. 3.1 mit Hinweisen, in ZBI 2009, S. 326 ff.).

Die hier umstrittene Umzonung bewirkt für die Beschwerdeführer II und III den Verlust der früheren Überbaumöglichkeiten. Es liegt somit eine schwere Eigentumsbeschränkung vor.

6.2 Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG gewährleistet für Nutzungspläne die volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde. An dieser vollen Kognition im Beschwerdeverfahren ändert das Gebot, den nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG), im Prinzip nichts. Der Regierungsrat hat trotzdem zu prüfen, ob das Planungsermessen richtig und zweckmässig ausgeübt worden ist, freilich im Bewusstsein seiner spezifischen Rolle: Er ist kantonale Rechtsmittel- und nicht kommunale Planungsinstanz. Die Überprüfung durch den Regierungsrat hat sich deshalb – sachlich – in dem Umfang zurückzuhalten, als es um lokale Anliegen geht, bei deren Wahrnehmung Sachnähe, Ortskenntnis und örtliche Demokratie von Bedeutung sind. Sie hat aber so weit auszugreifen, dass die übergeordneten, vom Kanton zu sichernden Interessen, wie etwa dasjenige an der Bauzonenbegrenzung, einen angemessenen Platz erhalten. Die Rechtsmittelbehörde hat sich zudem – institutionell – auf ihre Kontrollfunktion zu beschränken. Sie darf nicht ihr eigenes Ermessen an Stelle jenes der Vorinstanz setzen (RRB Nr. 626 vom 15. April 1997, Erw. 4 mit Hinweis auf EGV-SZ 1990, Nr. 60 mit weiteren Hinweisen).

6.3 Stehen den Behörden bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Handlungsspielräume zu, so wägen sie gemäss

Art. 3 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) die Interessen gegeneinander ab, indem sie die betroffenen Interessen ermitteln (lit. a), diese Interessen beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen berücksichtigen (lit. b) und diese Interessen aufgrund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen (lit. c). Sie legen die Interessenabwägung in der Begründung ihrer Beschlüsse dar (Art. 3 Abs. 2 RPV).

7.1 Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens (Art. 14 Abs. 1 RPG). Sie unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG). Bauzonen umfassen Land, das sich für die Überbauung eignet und weit gehend überbaut ist oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Art. 15 RPG).

7.2 Die Bauzonen werden durch Art. 15 RPG nicht direkt bezeichnet. Dies ist vielmehr Aufgabe der kantonalen und kommunalen Planungsträger. Art. 15 RPG richtet sich an die für die Nutzungsplanung zuständigen Behörden von Kantonen und Gemeinden und gibt ihnen die im Rahmen der Zonenplanung anzuwenden bzw. die für die Festsetzung der Bauzonen massgebenden Kriterien vor. Die Kantone sind verpflichtet, ihr Recht und ihre Nutzungspläne so auszugestalten, dass die Bauzonen den Anforderungen von Art. 15 RPG entsprechen. Die Kriterien von Art. 15 RPG gelten allerdings nicht nur für die Abgrenzung von Bau- und Nichtbaugebieten, sondern sind darüber hinaus ebenfalls für die weitere Untergliederung der Bauzone massgebend (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N. 1 und 4 zu Art. 15 RPG).

7.3 Bei der Festsetzung von Bauzonen ist nicht allein der Begriffsumschreibung von Art. 15 RPG zu folgen. Vielmehr sind alle im positiven Recht normierten Ziele und Grundsätze, wozu insbesondere auch jene von Art. 1 und 3 RPG gehören, optimal zu berücksichtigen sowie alle Interessen, öffentliche und private, zu beachten und gegeneinander abzuwägen. In diesem Sinne enthält Art. 15 RPG zur Bestimmung des Begriffs der Bauzone keine absoluten Kriterien, sondern – wie die Planungsgrundsätze von Art. 1 und 3 RPG – Zielvorstellungen, Wertungshilfen und Entscheidungskriterien, die bei der Schaffung und Revision von Nutzungsplänen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen sind (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 8 zu Art. 15 RPG).

7.4 Im Kanton Schwyz stellen die Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen Bauzonen dar (vgl. § 18 Abs. 2 lit. e PBG). Gemäss der zusam-

C 10.4

men mit dem Teilzonenplan Steinfabrik aufgelegten Änderung des Baureglementes zählt die Zone für öffentliche Parkanlagen ebenfalls zu den Bauzonen (vgl. Art. 33 BauR). Die gesetzliche Grundlage für die Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen ist somit offensichtlich gegeben.

Wie bereits erwähnt, sind auch die einzelnen Unterarten der Bauzone so zu dimensionieren, dass der Bedarf nach Land der entsprechenden Nutzungsart und –intensität in den nächsten 15 Jahren gedeckt ist (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 30 zu Art. 15). Dieser Grundsatz gilt somit auch für die umstrittene Umzonung von der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen.

7.5 Unbestritten ist, dass sich das gesamte Steinfabrikareal grundsätzlich für eine Überbauung eignet. Unter diesem Blickwinkel könnte die bisherige Zonenzuweisung ohne weiteres beibehalten und das ganze Gebiet in der Hafenzone belassen werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer II und III eignen sich die im Einspracheentscheid der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zugewiesenen Flächen indes auch für eine solche Zone. Auch wenn die der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zugewiesene Fläche heute zum Teil noch mit Bauten überbaut ist, kann diese die ihr zugeordnete Funktion, nämlich die Erstellung eines der Öffentlichkeit zugänglichen Landschaftsparkes mit Naherholungsfunktion (vgl. dazu Art. 40a Abs. 1 der Baureglementsänderung), dennoch erfüllen. Die bestehenden Bauten können jederzeit entfernt werden. Auch von der Lage her eignet sich die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen für die ihr zugeordnete Zweckbestimmung, grenzt sie doch unmittelbar an die entlang des Ufers des Zürichsees ausgeschiedene Zone für öffentliche Bauten und Anlagen.

7.6 Die Umzonung eines Teils des Steinfabrik-Areals von der Hafenzone in eine Zone für öffentliche Parkanlagen widerspricht weder dem Masterplan Höfe noch dem Richtplan des Kantons Schwyz mit der regionalen Ergänzung für die Region Höfe.

7.6.1 Auf der Karte zum Richtplan (verabschiedet vom Regierungsrat mit Beschlüssen Nr. 738/2002 und Nr. 568/2003, vom Kantonsrat am 28. Mai 2003 zur Kenntnis genommen und vom Bundesrat am 20. Oktober 2004 genehmigt) wird das Steinfabrik-Areal zwar als rechtskräftige Bauzone ausgewiesen. Welche bauliche Nutzung darin aber vorgesehen ist, lässt sich nicht entnehmen, sind doch sämtliche Bauzonen, also auch die Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, mit derselben Farbe dargestellt. Da die Zone für öffentliche Parkanlagen ebenfalls eine Bauzone ist, widerspricht die teilweise Zuweisung des Steinfabrik-Areals

diesen Richtplanvorgaben nicht. Abgesehen davon erscheint fraglich, ob diese Angaben in der Richtplankarte für die nachfolgenden Planungsbehörden überhaupt verbindlich sind.

7.6.2 Der Masterplan Höfe wurde in den Anpassungen und Ergänzungen 2008 des Richtplanes (vom Regierungsrat mit Beschluss Nr. 557 vom 24. April 2007 verabschiedet, vom Kantonsrat am 21. November 2007 zur Kenntnis genommen und vom Bundesrat am 18. Dezember 2008 genehmigt) für die Region Höfe umgesetzt. In den Plänen zu diesen Anpassungen und Ergänzungen ist das Steinfabrik-Areal grau eingefärbt, genau gleich wie die übrigen Flächen, welche auch der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zugewiesen sind (vgl. dazu die Sportanlage Chrummen, den Friedhofsbezirk Freienbach usw.). Die für Wohnbauten vorgesehenen Bauzonen sind demgegenüber blassrosa eingefärbt. Daraus ergibt sich, dass das Steinfabrik-Areal im Richtplan bzw. in den Anpassungen und Ergänzungen 2008 als Bauzone mit einer öffentlichen Zweckbestimmung bezeichnet ist. Unter diesem Blickwinkel entspricht die im angefochtenen Einspracheentscheid vorgenommene teilweise Zuweisung des Steinfabrik-Areals in eine Zone für öffentliche Parkanlagen diesen richtplanerischen Vorgaben.

8. Die Beschwerdeführer II und III bestreiten, dass ein öffentliches Interesse an der Zuweisung eines Teils des Steinfabrik-Areals in eine Zone für öffentliche Parkanlagen besteht.

8.1 Es trifft zu, dass in der Zone für öffentliche Parkanlagen verschiedenste Bauten und Anlagen zulässig sind. Die in Art. 40a Abs. 2 und 3 BauR aufgezählten Bauten und Anlagen dienen offensichtlich der Freizeitgestaltung, weshalb sie auch in einem direkten Zusammenhang mit dem Zonenzweck bzw. der Naherholungsfunktion stehen. Unbestritten ist, dass der Bau und Betrieb dieser Bauten und Anlagen nicht zu den Kernaufgaben eines Gemeinwesens zählen. Indes liegt es im öffentlichen Interesse, dass in der Zone für öffentliche Parkanlagen derartige Bauten und Anlagen erstellt werden können, welche dem Zweck dieser Zone entsprechen bzw. diesem Zweck dienen. Es ist davon auszugehen, dass diese Bauten und Anlagen von privaten Betreibern erstellt und betrieben werden. Sie müssen jedoch der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, da eine private Nutzung nicht zulässig ist (Art. 40a Abs. 4 BauR).

8.2 Die Beschwerdeführer II und III machen geltend, dass in der Gemeinde Freienbach ein weit überdurchschnittliches Angebot an öffentlichen Naherholungsflächen vorhanden sei. Deshalb fehle auch ein öffentliches Interesse an zusätzlichen Erholungsflächen und an der Zuweisung

C 10.4

eines Teils des Steinfabrik-Areals in eine Zone für öffentliche Parkanlagen. Die von ihnen in diesem Zusammenhang erwähnten und am Augenschein vom 12. März 2009 besichtigten Gebiete lassen sich indes mit den zur Zone für öffentliche Parkanlagen zugewiesenen Flächen des Steinfabrik-Areals wenn überhaupt, dann nur sehr eingeschränkt vergleichen.

8.2.1 Die von den Beschwerdeführern II und III aufgezählten Waldflächen können zwar sämtliche auch als Naherholungsgebiete genutzt werden. Bauten und Anlagen im Walde können jedoch nur nach Massgabe der Forstgesetzgebung realisiert werden, zumal es sich bei diesen Gebieten wohl ausschliesslich um Nichtbauzonen handelt. Die in der Zone für öffentliche Parkanlagen zulässigen Bauten und Anlagen sind im Waldareal wenn nicht vollständig, dann doch grösstenteils gar nicht zulässig. Mit der auf einem Teil des Steinfabrik-Areals geplanten Zone für öffentliche Parkanlagen sollen somit andere Naherholungsbedürfnisse der Bevölkerung befriedigt werden. Insbesondere sollen dort auch gesellschaftliche und kulturelle Veranstaltungen durchgeführt werden. Dass sich Waldflächen für derartiges nicht in gleichem Masse eignen bzw. im Wald gar nicht zulässig ist, liegt auf der Hand. Gleiches gilt auch in Bezug auf das Schutzgebiet Frauenwinkel.

8.2.2 Auch die von den Beschwerdeführern II und III als Naherholungsflächen genannten Friedhöfe sind keine Alternative zu der Zone für öffentliche Parkanlagen. Aus Pietätsgründen lassen sich Veranstaltungen, welche mit gewissen Lärmimmissionen verbunden sind, auf Friedhöfen eben nicht durchführen.

8.2.3 Die Schulareale und die dazugehörenden Spezialbauten (Turnhallen, Schwimmbäder usw.) dienen primär Schulzwecken. Zwar ist die Nutzung von Schulanlagen durch Vereine, Private usw. ausserhalb der Schulzeiten von erheblicher Bedeutung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Gestaltung der Schulareale primär auf die Bedürfnisse der Schule auszurichten ist. Anlagen wie Restaurants, Freilichtkinos usw. sind dort nicht realisierbar.

8.2.4 Badeanstalten haben ebenfalls eine andere Zweckbestimmung als die geplante Zone für öffentliche Parkanlagen. Es ist zu erwarten, dass auch eine Zone für öffentliche Parkanlagen gleich wie die Badeanstalten in der warmen Jahreszeit am intensivsten genutzt wird. Die in der Zone für öffentliche Parkanlagen zulässigen Bauten und Anlagen bzw. die damit verbundenen Freizeitaktivitäten können in einer Badeanstalt nicht realisiert werden, weil sonst die den Badegästen zur Verfügung

stehenden Flächen ihrer ursprünglichen Nutzung entzogen würden. Mit anderen Worten verträgt sich die Nutzung eines Gebietes als Badeanstalt nicht mit den in der Zone für öffentliche Parkanlagen vorgesehenen Nutzungsmöglichkeiten.

8.2.5 Von der Lage und den Nutzungsmöglichkeiten her lassen sich eigentlich nur die nördlich an die heutige Hafenzzone anschliessende Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sowie die in Freienbach nördlich der Bahnlinie am See liegende Anlage mit der geplanten Zone für öffentliche Bauten und Anlagen vergleichen. Diese Anlage befindet sich jedoch grösstenteils in der Zone für Sport und Erholung. Der Ufersaum ist einer Freihaltezone zugewiesen. Im Gegensatz zur geplanten Zone für öffentliche Parkanlagen handelt es sich bei der Freihaltezone um eine Nichtbauzone, in der lediglich eingeschossige Bauten, die der Nutzung und Pflege der Freihaltezone dienen, zulässig sind (Art. 49 Abs. 2 BauR). In der Zone für Sport und Erholung sind Hochbauten ebenfalls nur in untergeordnetem Masse gestattet, soweit sie für die Nutzung der Anlage erforderlich sind (Art. 40 BauR). Unter dem Gesichtspunkt der Nutzungsmöglichkeiten ist diese Anlage am See in Freienbach somit weder mit der bestehenden, zwischen der Hafenzzone und dem Seeufer liegenden Zone für öffentliche Bauten und Anlagen noch mit der geplanten Zone für öffentliche Parkanlagen vergleichbar.

8.3 In der Zone für öffentliche Parkanlagen sind Bauten und Anlagen und damit verbunden auch Nutzungen möglich, die in anderen Bauzonen, welche ebenfalls der Erholungsfunktion dienen (z.B. Zone für Sport und Erholung), nicht zulässig sind. Mit der Zone für öffentliche Parkanlagen wird damit die Palette der Bauzonen, in denen öffentliche Nutzungen möglich sind, ergänzt. In diesem Sinne ist das öffentliche Interesse an der Schaffung der Zone für öffentliche Parkanlagen zu bejahen.

9. Die Verhältnismässigkeit der umstrittenen Planungsmassnahme ist ebenfalls gegeben.

9.1 Die mit der Annahme der Initiative vom Stimmbürger geforderte Zone für öffentliche Parkanlagen soll gemäss dem Wortlaut des Initiativtextes im Steinfabrik-Areal geschaffen werden. In diesem Sinne blieb der Vorinstanz bei der Umsetzung dieses Auftrages nicht viel Spielraum, eine solche Zone an einem anderen Ort festzusetzen. Es liegt auch auf der Hand, dass diese Zone für öffentliche Parkanlagen unmittelbar angrenzend an die bereits bestehende, zwischen der Hafenzzone und dem Seeufer liegende Zone für öffentliche Bauten und Anlagen ausgeschieden wird.

C 10.4

9.2 Die Beschwerdeführer II und III argumentieren im Zusammenhang mit der Interessenabwägung damit, dass die Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen nicht zulässig sei, weil die privaten Interessen diejenigen der Öffentlichkeit überwiegen würden. Insbesondere berufen sie sich dabei auf den Vertrauensschutz.

9.2.1 In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die rechtskräftig festgesetzte Hafenzzone zirka 61 563 m² umfasst. Im öffentlich aufgelegten Teilzonenplan Steinfabrik-Areal war vorgesehen, die gesamte in der Hafenzzone liegende Fläche umzuzonen und davon zirka 2597 m² der Wohn- und Gewerbezone 3 Geschosse und den Rest von zirka 58 966 m² der Zone für öffentliche Parkanlagen zuzuweisen. Im Einspracheentscheid ist die Vorinstanz unter Berücksichtigung der privaten Interessen der Beschwerdeführer II und III in Bezug auf die Zuweisung des Steinfabrik-Areals in die Zone für öffentliche Parkanlagen von dieser Maximalvariante abgekommen. Sie hat die der Zone für öffentliche Parkanlagen zugewiesene Fläche von ursprünglich zirka 58 966 m² um zirka 40 208 m² auf zirka 18 758 m² reduziert. Somit verbleiben beinahe 70% (unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch die der WG3 zugewiesenen Flächen weiterhin zu privaten baulichen Zwecken genutzt werden können) der ursprünglichen Hafenzzone in einer Bauzone, welche private bauliche Nutzungen zulässt. Bei der Interessenabwägung ist davon auszugehen, dass mehr als zwei Drittel des Steinfabrikareals weiterhin in der Hafenzzone verbleibt, währenddem nur knapp ein Drittel in die Zone für öffentliche Parkanlagen umgezont werden soll. Der Regierungsrat erkennt dabei nicht, dass es sich bei den zirka 18 758 m² um eine erhebliche Fläche handelt, die für die Beschwerdeführer II und III von grossem wirtschaftlichem Interesse sind.

9.2.2 Nicht zutreffend ist das Argument der Beschwerdeführer II und III, dass ein öffentliches Interesse am ungeschmälernten Fortbestand der Hafenzzone als Bauzone besteht, welches das öffentliche Interesse an einer Zone für öffentliche Parkanlagen überwiegt. Mit dem Einspracheentscheid hat die Vorinstanz die Hafenzzone zu zwei Dritteln beibehalten und damit – unter Berücksichtigung des von den Stimmbürgern erteilten Auftrages – sowohl den öffentlichen Interessen an genügend Bauland als auch dem öffentlichen Interesse an der Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen ausreichend Rechnung getragen.

9.2.3 Zum Argument der Beschwerdeführer II und III der fehlenden Erforderlichkeit lässt sich festhalten, dass mit der von den Stimmbürgern angenommenen Initiative die Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen im Steinfabrik-Areal verlangt wurde. Diese verbindliche Vorgabe

verpflichtete die Vorinstanz, im Steinfabrik-Areal eine Zone für öffentliche Parkanlagen zu schaffen und verunmöglicht es ihr, dafür einen anderen Standort zu suchen. Der von der Vorinstanz für die Zone für öffentliche Parkanlagen gewählte Standort ist auch unter sachlichen Gesichtspunkten sinnvoll, grenzt diese Zone doch an die bestehende Zone für öffentliche Bauten und Anlagen entlang des Ufers des Zürichsees.

9.2.4 Die Gemeinde Freienbach ist offenbar durch Dienstbarkeitsverträge zur öffentlichen Nutzung der Grundstücke KTN 3235 und 3236 berechtigt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer II und III ist die Zuweisung dieser Grundstücke zur Zone für öffentliche Parkanlagen trotzdem sinnvoll und erforderlich. Nur mit einer Umzonung kann sichergestellt werden, dass auch diese Flächen für den geplanten Landschaftspark mit Naherholungsfunktion auf Dauer zur Verfügung stehen und diesem Zweck bei einem allfälligen Hinfall der Dienstbarkeit nicht entzogen werden können.

9.2.5 Das Argument der Beschwerdeführer II und III, dass auch in der angrenzenden Hafenzone ein Restaurant mit Saal oder andere öffentliche Gebäude realisiert werden können, ändert nichts daran, dass die Schaffung einer Zone für öffentliche Parkanlagen sinnvoll ist. Die für die Zone für öffentliche Parkanlagen massgebende Vorschrift lässt noch vielfältige weitere Nutzungen zu, welche durch Bauten in der Hafenzone nicht abgedeckt werden können.

9.3 Unbestritten stellt die Zuweisung von zirka 18 758 m² Bauland in der Hafenzone in die Zone für öffentliche Parkanlagen einen schwerwiegenden Eingriff in das Eigentum der Beschwerdeführer II und III dar. Die Vorinstanz wurde durch den Entscheid des Stimmbürgers dazu verpflichtet, eine entsprechende Planungsmassnahme im Steinfabrik-Areal auszuarbeiten. Im Einspracheentscheid hat er jedoch davon abgesehen, das gesamte Steinfabrik-Areal der Zone für öffentliche Parkanlagen zuzuweisen. Er hat die Zone für öffentliche Parkanlagen dergestalt reduziert, dass weiterhin mehr als zwei Drittel der ursprünglich in der Hafenzone liegenden Flächen in dieser verbleiben. Unter Berücksichtigung des Auftrages, den die Stimmbürger dem Gemeinderat mit der Annahme der Initiative erteilt haben, hat die Vorinstanz den Interessen der Beschwerdeführer II und III in ausreichendem Masse Rechnung getragen.

(RRB Nr. 724 vom 30. Juni 2009; das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobenen Beschwerden mit Entscheid VGE III 2009 150+156 vom 22. Dezember 2009 abgewiesen).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abgaben (siehe Kausalabgaben)		
Amtlicher Verteidiger (Honorar)	A	5.1
Anwaltsgeheimnis (Entbindung)	A	8.1
Arbeitsvergebung		
- Verfahrenswahl (Auftragswert)	B	11.1
Aufnahme in Genossame		
- Kriterium der unmittelbaren Abstammung	B	16.2
- Verbot der Doppelmitgliedschaft in Statuten	B	16.1
Auskunftspflicht unter Ehegatten	A	2.3
Auslegung	A	2.5

B

Bedürftigkeit	A	3.1
Begründungsbegehren (Kostenpflicht)	A	5.5
Betäubungsmitteldelikt	A	4.4
Betrieb (störender)	C	2.4

E

Ehrverletzung		A	4.2	
Einkommen (hypothetisches)	A	2.7	A	3.1
Einsicht ins Grundbuch			A	7.1
Elterliche Sorge (gemeinsame)			C	5.1
Entlastungsbeweis			A	4.2
Ergänzungsleistungen (Kind in Pflegefamilie)			B	2.1
Ersatzabgabe (siehe Kausalabgaben)				
Existenzminimum (betriebs- rechtliche Richtlinien)			A	6.7

F

Ferien	C	7.1
Fliessgewässer (Bewilligungszuständigkeit)	C	3.1
Flugschulung	A	2.4

G

Garantenstellung	A	4.1
Gemeindeversammlung	B	7.1
Genossame (Aufnahme)		
- Kriterium der unmittelbaren Abstammung	B	16.2
- statutarisches Verbot der Doppelmitgliedschaft	B	16.1
Grenzverlauf (unzweckmässiger)	C	10.1
Grundbuch	A	7.1
Gutachterkosten	C	2.1

H

Halterhaftung	A	2.6
Heim	B	2.1
Honorar	A	5.1

K

Kausalabgaben		
- Schadenwehrrersatzabgabepflicht (auch für quellenbesteuerte Ausländer)	B	5.1
Kausalität	A	2.6
Kinderanhörung	A	2.1
Kollokation (Lohnforderung)	A	6.6
Konkubinat	A	2.2
Korporation (siehe Genossame)		
Kostenvorschuss für Begründungsausfertigung	A	5.5

M

Meteorwasser C 3.1

O

Ordnungsbusse (Vollstreckungsrecht) B 17.1

P

Planungs- und Baurecht

- Abstandsprivileg (Erker) C 2.3
- ästhetische Generalklauseln C 2.2
- Ausnahmegewilligung C 2.2
- Bauzonendimensionierung B 8.4
- Eigentumsbeschränkung (Umzonung) C 10.4
- Einordnung ins Orts- und Landschaftsbild C 2.2
- Einsprache (privat- und öffentlich-rechtliche) C 10.2
- Einsprachelegitimation B 1.1
- Erschliessungsplan (Linienführung einer Groberschliessungsstrasse) B 8.2
- Erschliessungsplan (und Basiserschliessung) B 8.1
- Gefahrenabwehr C 2.1
- Gestaltungsplan (Verhältnis zur Grundordnung) B 8.5
- Gestaltungsplanverfahren (Genehmigung durch Regierungsrat) C 10.3
- Gewässerabstand C 2.2
- Grenzabstand C 2.2
- Immissionsschutz (Freizeitaktivitäten auf Spielfeld einer Schulanlage) B 8.9
- kantonales Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) B 8.8 C 2.2
- Koordination (Bau- und Gastgewerbebewilligung) B 8.7
- Koordination (Beschwerde- und Genehmigungsverfahren betr. Nutzungsplanung) B 8.4
- Nachbarbeschwerde (Rechtsmittelbefugnis) B 1.1
- nachträgliches Baubewilligungsverfahren (und Anordnung einer Ersatzvornahme) B 17.2

- Nutzungsplanung (Bauzonendimensionierung und Beurteilung Erschliessbarkeit)			B	8.4
- öffentliche Parkanlage			C	10.4
- Planbeständigkeit			C	10.4
- planungsrechtliche Rügen und Stimmrecht			B	7.3
- störender Betrieb			C	2.4
- Zonengrenzkorrektur			C	10.1
- Zonenkonformität (Take-Away-Restaurant in Wohnzone)			C	2.4

R

Rechtliches Gehör			A	6.4
Rechtsmittel				
- Beschwerdelegitimation			A	5.4
- SchKG-Beschwerde			A	6.4
Rechtsöffnung (definitive)	A	6.1	-	A 6.3
Richtlinien			C	2.5

S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht				
- Beschwerde			A	6.4
- definitive Rechtsöffnung	A	6.1	-	A 6.3
- Kollokation von Lohnforderungen			A	6.6
- konkursamtliche Liquidation			A	6.5
- Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum			A	6.7
Schwankungsreserve			B	7.1
Sozialhilfe				
- Anrechnung von Zuwendungen Dritter			C	7.1
- keine Rückforderung gegenüber ehemaligem Konkubinatspartner			B	13.1
Stimmrechtsbeschwerde				
- Delegation der Ausgabenkompetenz an Abwasserzweckverband			B	7.2
- Rüge eines zu hohen Steuerfusses			B	7.1
- Stimmrecht und planungsrechtliche Rügen bei Umsetzung einer Planungsinitiative			B	7.3
Störerprinzip			C	2.1

Strafprozessrecht		
- Adhäsionsforderung	A	5.2
- amtliche Verteidigung (Honorar)	A	5.1
- Entsigelung	A	5.3
- Geschädigtenstellung	A	5.4
- Indizienbeweis	A	4.4
- Kostenaufgabe für Begründungs- ausfertigung	A	5.5
- Nichteröffnung	A	5.4
Strafrecht		
- Betäubungsmitteldelikt	A	4.4
- Ehrverletzung	A	4.2
- fahrlässige Tötung	A	4.1
- Vernachlässigung von Unterhaltspflichten	A	4.3
Strassen (Qualifikation)	B	8.1
Submission (siehe Arbeitsvergebung)		
Substituten (Honorar)	A	5.1

T

Tauchunfall	A	4.1
-------------	---	-----

U

Unschuldsvermutung	A	4.4
--------------------	---	-----

V

Verfahren		
- Beschwerdelegitimation (Pächter)	C	10.2
- Koordination (Bau- und Gastge- werbewilligung)	B	8.7
- Nachbarbeschwerde gegen Baubewilligung	B	1.1
- Rechtsmittelbefugnis (§ 37 VRP)	B	1.1
- schutzwürdiges Interesse	B	1.1
Verwaltungsverordnung	C	2.5

Vollstreckungsrecht		
- Androhung einer Ersatzvornahme	B	17.2
- tägliche Ordnungsbusse (definitive Festsetzung)	B	17.1
Vorleistungspflicht	A	2.4

Z

Zivilprozessrecht		
- unentgeltliche Rechtspflege	A	3.1
Zivilrecht		
- Auftragsverhältnis	A	2.4
- bäuerliches Gewinnanteilsrecht	A	2.5
- Halterhaftung	A	2.6
- Kinderanhörung im Scheidungsverfahren	A	2.1
- Leitsätze zu ehe- und familienrechtlichen Rekursentscheiden	A	2.7
- Liquidation bei fehlenden Gesellschaftsorganen	A	6.5
- Lohnforderungen	A	6.6
- nachehelicher Unterhalt	A	2.2
Zwingendes Recht	A	2.5