

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2010
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2010

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 2011

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Gerichtsordnung	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.5
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.3
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.3
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.5
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 61
1.	Verfahren	1.1
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	–
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	–
5.	Kausalabgaben	5.1
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	6.1
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.3
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.10
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.2
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 131
----------	----------------------	-----------

1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.2
3.	Umweltschutz	–
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	5.1
6.	Vormundschaftsrecht	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Erziehungswesen	8.1 – 8.2
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	–
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	–

D	Aufsatz	Seite 187
----------	----------------	-----------

Sachregister	Seite 228
---------------------	-----------

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/recht-sprechung). 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 grundsätzlich 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
----------	--------------------------------	---------

1. Gerichtsordnung

1.1 Fristwahrung

2. Zivilrecht

2.1 Drittsprache eines gepfändeten Fahrzeuges

2.2 Simulation

2.3 Haftung aus Vertragsverletzung

2.4 Haftung des Eisenbahnunternehmers

2.5 Schutzfähigkeit einer Marke

3. Zivilprozessrecht

3.1 Honorarnormierung

3.2 Zuständigkeit, Vollstreckung des Besuchsrechts

3.3 Litispendenz, Erbteilung

4. Strafrecht

4.1 SVG, Strafzumessung bei Geschwindigkeitsüberschreitungen

4.2 Fahrlässige Tötung

4.3 Fahrlässige Tötung

4.4 Unterlassung der Nothilfe

5. Strafprozessrecht

5.1 Einstellung einer Strafuntersuchung, Strafbefreiung

5.2 Beschlagnahme eines Fahrzeuges

5.3 Bussenumwandlung, Zuständigkeit

6. Schuldbetriebs- und Konkursrecht

6.1 Leitsätze in Rechtsöffnungssachen

6.2 Rückweisung eines Betriebsbegehrens

6.3 Auskunftspflicht des Dritteigentümers

6.4 Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung

6.5 Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister

1. Verfahren

- 1.1 Fristberechnung (Zustellfiktion / Abholfrist)

5. Kausalabgaben

- 5.1 Befreiung von Schadenwehersatzabgabe (IV-Rentner)

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

- 6.1 Gründung (richtige Einladung von Stockwerkeigentümern)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Stimmrechtsbeschwerde (Rückweisungsantrag als verdeckter Ablehnungsantrag)
7.2 Stimmrechtsbeschwerde (Besoldung von Betriebsbeamten)
7.3 Stimmrechtsbeschwerde („gelöcherte Wahlcouverts“)

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

- 8.1 Nutzungsplanung (Plankorrektur nach § 29 Abs. 2 PBG, bei Seeuferabstandslinien unzulässig)
8.2 Nutzungsplanung (Einzonung von Landwirtschaftsland - im Richtplan als FFF ausgeschieden - als Bauland / Golfzone)
8.3 Nutzungsplanung (Einzonung von im Richtplan als FFF ausgeschiedenem Landwirtschaftsland: Intensiverholungszone)
8.4 Gestaltungsplan (unklare Überschreitung der Gebäudehöhen)
8.5 Umweltschutzrecht (LRV / Massnahmeplan / Weisung zu verkehrintensiven Einrichtungen)
8.6 Strassenbaurecht (Koordination mit Strassenverkehrsrecht)
8.7 Strassenbau (öffentl. Interesse an strassenbaul. Massnahme)
8.8 Einordnung (divergierende Stellungnahmen)
8.9 Gewässerabstand (Ausnahmebewilligung, grundsätzl. restriktiv)
8.10 Gewässerabstand (Seeuferparzelle innerhalb Bauzone)

9. Enteignungsrecht

(siehe B 8.7, Erw. 2.2.8)

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Abbruch / Wiederholung des Vergabeverfahrens
11.2 Ausschluss (wegen unvollständigem Angebot)

2. Baurecht

- 2.1 Baubewilligung für eine Stützmauer
- 2.2 Baubewilligung für einen Kioskbetrieb mit Aussensitzplätzen

5. Zivilrecht

- 5.1 Betreuung von Kindern bei gemeinsamer elterlicher Sorge

7. Sozialwesen

- 7.1 Ermittlung des verfügbaren Einkommens bei quellenbesteuerten Personen
- 7.2 Missbräuchliche Geltendmachung wirtschaftlicher Hilfe

8. Erziehungswesen

- 8.1 Unzulässige Kürzung der Prüfungsdauer
- 8.2 Zuständigkeit für die Anordnung einer Sonderschulung

16. Verwaltungsverfahren

- 16.1 Erlass einer Verfügung über die Schneeräumung als Realakt

Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz, von Prof. Dr. iur. August Mächler, Pfäffikon

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Gerichtsordnung

1.1 Fristwahrung

- *Fristwahrung durch Online-Zahlung: Die Auftragserteilung via Internet allein genügt nicht (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. (...) Gemäss § 124 Abs. 1 GO müssen Zahlungen spätestens am letzten Tag der Frist bei der Bestimmungsstelle eintreffen oder für sie der schweizerischen Post übergeben sein. Die noch bis Ende Jahr für Zivilsachen geltende Bestimmung (danach vgl. Art. 143 Abs. 3 ZPO-CH) entspricht (...) weitgehend Art. 48 Abs. 4 BGG. Die Frage der Rechtzeitigkeit von Online-Postfinanzzahlungen wurde für das kantonale Recht bis anhin nicht entschieden. Indes ist aufgrund des Wortlauts und Sinns der noch geltenden kantonalen Regelung klar, dass ein Online-Auftrag, der jederzeit bis zum eingesetzten Fälligkeitsdatum widerrufen werden kann, für die Fristwahrung nicht genügt (im gleichen Sinn für das Bundesrecht BSK BGG-Amstutz/Arnold, Art. 48 N 28).

Nachdem der vom Rekurrenten in Auftrag gegebene Kostenvorschuss unbestrittenermassen erst per Datum vom 1. September 2010 in Auftrag gegeben, verarbeitet und valuiert wurde, war er [bei bis spätestens 31. August 2010 angesetzter Kostenvorschussfrist] verspätet. (...).

(Beschluss vom 21. September 2010, RK2 2010 106).

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

2. Zivilrecht

2.1 Drittansprache eines gepfändeten Fahrzeuges

- *Ein Eigentumsübergang ist beim Besitzkonstitut Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Faustpfandvorschriften beabsichtigt worden ist (Erw. 3.b).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Kläger macht sinngemäss geltend, gestützt auf eine Vereinbarung mit dem Betreuungsschuldner Eigentümer des gepfändeten Fahrzeuges (geworden) zu sein. Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es, nebst eines Rechtsgrunds (statt vieler: Schmid/Hürlimann, Sachenrecht, 2. Aufl., Rz 1091; BGE 126 IV 161 ff. E. 3. c, m.w.V.), des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). (...).

a) Als Rechtstitel beruft sich der Kläger auf den Darlehensvertrag vom (...); darin heisst es: *„Das Eigentum am Audi bleibt bei[m...Kläger] als Darlehensgeber und dient als Sicherheit für das gewährte Darlehen [...]“* Bereits die Bezeichnung *„bleibt“* ist unzutreffend, als für den Zeitraum bis zum Vertragsschluss klägerischerseits kein Eigentum am Fahrzeug behauptet wird. Im Übrigen wurde das Fahrzeug bei Vertragsschluss unbestrittenermassen im alleinigen Besitz des Betreuungsschuldners belassen. Der Kläger macht geltend, gestützt auf den Darlehensvertrag sei ihm das Eigentum am Fahrzeug zu Sicherungszwecken übertragen worden, bei gleichzeitiger Gebrauchsüberlassung des Wagens an den Darlehensnehmer (Berufung, S. 2 f.).

b) Nach Art. 924 Abs. 1 ZGB kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräusserer selbst aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt (Besitzkonstitut). Es stellt sich mithin die Frage, ob der Kläger allenfalls gestützt auf ein solches Besitzkonstitut im Sinne von Art. 714 Abs. 1 ZGB Eigentum erworben hat. Allerdings war bei Abschluss des behaupteten Konstitutvertrags am 10. Oktober 2007 der Betreuungsschuldner selbst noch nicht Besitzer (bzw. Eigentümer) des (...) gelieferten Fahrzeuges; er konnte dem Kläger daher im damaligen Zeitpunkt auch nicht Besitz (bzw. Eigentum) übertragen haben (nach dem [allerdings nicht ausnahmslosen] Grundsatz *„nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“*, statt vieler: BK-Stark, Art. 924 N 71); gemäss Lehre und Recht-

sprechung erfolgt jedoch beim sog. antizipierten Besitzkonstitut die Besitz- bzw. Eigentumsübertragung im Zeitpunkt des nachträglichen (späteren) Besitz- bzw. Eigentumserwerbs des Konstituenten (BK-Stark, Art. 924 N 46; OF-Steiner, Art. 924 N 16; ZK-Haab/Scherrer, Art. 717 N 34; ZK-Homberger, Art. 924 N 12; vgl. auch BSK-Stark/Ernst, Art. 924 N 24). Unbesehen davon ist Art. 717 Abs. 1 ZGB zu beachten. Danach ist ein Eigentumsübergang beim Besitzkonstitut Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Faustpfandvorschriften beabsichtigt worden ist; der Richter entscheidet nach Ermessen (Art. 717 Abs. 2 ZGB, Art. 4 ZGB). Nach Lehre und Rechtsprechung ist die externe Unwirksamkeit nach Art. 717 ZGB zu bejahen, wenn die Übereignung mittels Besitzkonstitut wirtschaftlich in erster Linie die Sicherung einer Forderung bezweckt (BGE 94 II 304 E. 3. c und 88 II 79 ff. E. 2; BSK-Schwander, Art. 717 N 4; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N 288; BK-Stark, Art. 924 N 77; BK-Zobl, Art. 884 N 719). Dies ist vorliegend der Fall, der Kläger selbst beruft sich explizit auf den (alleinigen) Sicherungszweck der Vereinbarung, die in concreto auch klar auf eine Drittbenachteiligung im Sinne von Art. 717 Abs. 1 ZGB hinausläuft; gegenüber den Betreuungsgläubigern kann er folgerichtig die (nur inter partes bindende) Vereinbarung mit dem Betreuungsschuldner nicht geltend machen. Die Widerspruchsklage ist abzuweisen. (...).

(Urteil vom 8. Juni 2010, ZK 2010 17; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_591/2010 vom 30. November 2010 nicht eingetreten).

2.2 Simulation

- *Inhalt, Wirkungen und Indizien für eine Simulation (Erw. 5.a).*
- *Merkmale einer fiduziarischen Übertragung und Abgrenzung zur Simulation (Erw. 5.b).*
- *Simulation in casu nicht bewiesen (Erw. 6.i).*

Aus den Erwägungen:

5. a) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen. Im letzteren Fall spricht man von Simulation (BGer, Urteil vom 3. Februar 2009, 4A_414/2008

A 2.2

E. 2.1). Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie nur gegenüber Dritten entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen (BGer, Urteil vom 3. Februar 2009, 4A_414/2008 E. 2.1; BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68 und 71 II 99 E. 2 S. 99 f.). Nach ihrem wirklichen Willen soll entweder überhaupt keine Rechtswirkung (sog. absolute oder reine Simulation) oder eine andere als im Scheingeschäft ausgegebene Rechtswirkung erzielt werden (BGer, Urteil vom 3. Februar 2009, 4A_414/2008 E. 2.1; BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68). Hinsichtlich ihres übereinstimmenden, vom Wortlaut der Erklärung abweichenden wirklichen Willens müssen sich die Parteien tatsächlich einig gewesen sein; ein normativer Konsens über eine Simulation ist nicht denkbar. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip fällt damit ausser Betracht (BGer, Urteil vom 27. Mai 2008, 4A_64/2008 E. 1.3). Der simulierte Vertrag ist sowohl zwischen den Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten (mit gewissen Einschränkungen) unwirksam, während der dissimulierte Vertrag, der dem wirklichen Willen der Parteien entspricht, gültig ist, sofern die übrigen Gültigkeitsvoraussetzungen bezüglich Form und Inhalt erfüllt sind (BGer, Urteil vom 3. Februar 2009, 4A_414/2008 E. 2.1; BGE 71 II 99 E. 2 S. 99 f.). Wer die Vereinbarung einer Simulation behauptet, ist dafür nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB beweispflichtig. Mit diesem Beweis ist es zudem streng zu nehmen. Allgemeine Behauptungen oder blosse Vermutungen reichen nicht aus (BGer, Urteil vom 31. Oktober 2007, 5A_115/2007 E. 5.2; BGE 112 II 337 E. 4a S. 342; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, 1986, N 196 zu Art. 18 OR; Jäggi/Gauch, Berner Kommentar, 1980, N 134 zu Art. 18 OR).

Als Indizien für eine Simulation sind alle Umstände, auch ausservertragliche Verhältnisse, heranzuziehen, die erkennen lassen, dass die wesentlichen rechtlichen Wirkungen des vorgetäuschten Geschäfts durch andere Vereinbarungen wieder aufgehoben oder faktisch nur soweit aufrechterhalten werden, als sie mit dem anderen dissimulierten Geschäft im Einklang stehen. Für eine Simulation spricht etwa, wenn ein so grosses Missverhältnis zwischen Preis und Wert der Kaufsache besteht, dass der angegebene Preis nicht als der wirklich gewollte angesehen werden kann (Becker, Berner Kommentar, 1941, N 34 zu Art. 18 OR). Mitentscheidend ist ebenfalls, wer nach Abschluss des strittigen Vertrags tatsächlich die Befugnisse eines Eigentümers ausgeübt hat, d.h. wer die Mietverträge abgeschlossen und unterzeichnet, wer über die Vornahme von Umbauten, Neueinrichtungen und Reparaturen bestimmt und wer allenfalls Mietzinse bezahlt hat (BGE 71 II 99 E. 3 S. 105). Die Einrede

der Simulation kann zivilrechtlich jederzeit geltend gemacht werden, sie ist also unverjährbar (Becker, a.a.O., N 35 zu Art. 18 OR).

b) Dagegen stellt die fiduziarische Übertragung eines Rechts ein Verfügungsgeschäft dar, das sich durch drei Merkmale auszeichnet: In einem Grundgeschäft beauftragt der Fiduziant den Fiduziar (Treuhandler), im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung des Fiduzianten tätig zu sein; der Fiduziant überträgt ein Recht auf den Fiduziar, wobei Eigentum an Geld oder an einer anderen Sache oder irgendein anderes Recht übertragen wird; in der fiduziarischen Abrede verspricht der Fiduziar, er werde im Rahmen des mit dem Grundgeschäft erteilten Auftrags das ihm übertragene Recht überhaupt nicht oder im Interesse des Fiduzianten ausüben und es unter bestimmten Voraussetzungen weiter oder zurück übertragen (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2003, S. 213 f. Rz 1024-1027; BGE 71 II 99 E. 2 S. 100 f.).

Gemäss herrschender Lehre ist die fiduziarische Übertragung des Rechts von den Parteien ernst gemeint bzw. nicht simuliert. Nach dem Willen der Parteien geht das fiduziarisch übertragene Recht vollständig auf den Erwerber über. Es ist der wirkliche Wille, von dem sich die Parteien beim Abschluss des nach aussen sichtbaren Geschäfts haben leiten lassen, entscheidend dafür, ob eine bloss simulierte und somit nichtige oder eine fiduziarische und deshalb grundsätzlich gültige Rechtsübertragung vorliegt (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, a.a.O., S. 214 f. Rz 1029 und 1031; BGE 71 II 99 E. 2 S. 101). Dieser wirkliche Wille ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu ermitteln (BGE 71 II 99 E. 2 S. 100).

6. (...).

i) Zusammenfassend spricht der öffentlich verkündete tiefe Kaufpreis der Liegenschaft F. in der Höhe von Fr. 160'000.00 nicht für eine Simulation des Kaufvertrags vom 23. November 1987. Für, aber auch gegen eine solche Simulation kann der Umstand sprechen, dass der Kläger auch nach Abschluss des erwähnten Kaufvertrags um die finanziellen Angelegenheiten der Liegenschaft besorgt gewesen war und in diese investiert hat, zumal der Kläger die entsprechenden Zahlungen unbestrittenermassen aus den Mietzinsen der beiden Wohnungen bezahlt hat. Nichts anderes kann aus dem Umstand abgeleitet werden, wonach der Kläger auch nach dem 23. November 1987 die Kosten der wohnrechtsberechtigten Eltern getragen hat. Aus den Aussagen der Zeugin H. kann nicht geschlossen werden, dass die Parteien mit Abschluss des Kaufvertrags vom 23. November 1987 nur gegen aussen, nicht aber

A 2.3

auch inter partes, den Verkauf des Grundstücks vom Kläger an den Beklagten beabsichtigt hatten. Gegen eine Simulation des Kaufvertrags vom 23. November 1987 sprechen schliesslich folgende Umstände: Im Kaufvertrag vom 23. November 1987 wurde zu Gunsten des Verkäufers (Klägers) und dessen Sohn ein auf 20 Jahre limitiertes Rückkaufsrecht vereinbart; der Beklagte hat den Kaufvertrag bezüglich der Kaufpreiszahlung erfüllt bzw. der Kläger hat die Kaufpreiszahlungen entgegengenommen; der Beklagte hat aus eigenen finanziellen Mitteln ab dem Jahre 1995 bestimmte Kosten des Liegenschaftsunterhalts getragen und in den Jahren 2002 bis 2004 grössere Beträge in die Liegenschaft investiert.

Nach dem Gesagten ist das Kantonsgericht nicht davon überzeugt, dass die Parteien den Kaufvertrag vom 23. November 1987 lediglich simuliert haben. Vielmehr hat es diesbezüglich erhebliche Zweifel und erscheint ihm das Gegenteil sogar überwiegend wahrscheinlich. Damit vermag der beweispflichtige Kläger die Vereinbarung einer Simulation nicht zu beweisen.

(Urteil vom 22. Juni 2010, ZK 2009 3).

2.3 Haftung aus Vertragsverletzung

- *Der Benützer eines Schwimmbades kann sich nicht nur auf Werkeigentümerhaftung, sondern auch auf Vertragshaftung berufen (Erw. 1 und Erw. 3.a).*
- *Bestand von Sicherungspflichten bei entgeltlicher Benutzung eines öffentlichen Schwimmbads im Rahmen eines Innominatkontrakts, ähnlich dem sog. Gastaufnahmevertrag. Werk- als Vertragsmangel (vgl. EGV-SZ 2006 A 2.2; Erw. 3.b und c).*
- *Verwerfung des Einwands der vertragswidrigen Nutzung (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

1. Im Erstverfahren [vgl. EGV-SZ 2006 A 2.2 = ZK 2006 56] stützte der Kläger seine Teilklage auf Art. 58 OR; (...). Besteht zwischen Werkeigentümer und dem durch die Mangelhaftigkeit eines Werks Geschädigten ein Vertragsverhältnis und ist der Werkmangel zugleich als Vertragsverletzung zu qualifizieren, kann sich der Geschädigte gemäss Doktrin und Praxis gegenüber dem Werkeigentümer im Umfang seines Schadenersatzanspruchs sowohl auf die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR als auch auf die Vertragshaftung nach Art. 97 OR berufen (Anspruchskonkurrenz; vgl. BGE 113 II 247; Rey, Ausservertragliches Haftpflicht-

recht, 3. Aufl., Zürich 2003, N 38 ff.; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 13 N 43; Wiegand, Basler Kommentar zum OR, Bd. I, 4. Aufl., Basel 2007, Einl. zu Art. 97 - 109, N 15; Brehm, Berner Kommentar zum OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 58 N 150 ff.; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, S. 256 f.). Unterschiedlich geregelt sind die jeweiligen Haftungsvoraussetzungen. Während Art. 58 OR als Kausalhaftung ohne Entlastungsmöglichkeit konzipiert ist, steht dem Schuldner im Rahmen von Art. 97 OR der Exkulpationsbeweis offen. (...).

3. Kann die Erfüllung einer Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR). Gestützt auf diese Bestimmung fordert der Kläger von den Beklagten Schadenersatz.

a) Zwischen den Parteien bestand im Unfallzeitpunkt unbestrittenermassen ein Vertrag über gastgewerbliche Dienstleistungen, unter Einschluss der Benutzung des hoteleigenen Hallenbades. (...).

b) Nach Auffassung des Bundesgerichts erfolgt die entgeltliche Benutzung eines öffentlichen Schwimmbads im Rahmen eines Innominatkontrakts, ähnlich dem sog. Gastaufnahmevertrag (BGE 113 II 424, Erw. 1.b; 71 II 114, Erw. 4). Der Gastaufnahmevertrag enthält Elemente des Mietvertrags, des Kaufs, des Auftrags und des Hinterlegungsvertrags (BGE 120 II 252, Erw. 2.a), wobei die Regeln dieser Vertragstypen – insbesondere des Mietvertrags – nicht unbesehen auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis angewendet werden dürfen (BGE 120 II 237, Erw. 4.a; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 55 N 24). Im Übrigen folgt das Bundesgericht bei gemischten Verträgen im Ergebnis der sog. Kombinationstheorie, wonach zur Beurteilung von Rechtsfragen die Normen sämtlicher Vertragstypen heranzuziehen sind (BGE 110 II 380, Erw. 2; vgl. dazu Guhl/Koller/Schnyder/Druey, a.a.O., § 40 N 24). Die einseitige vorinstanzliche Argumentation mit den Bestimmungen des Mietrechts ist schon insofern verfehlt. Zudem hat das Bundesgericht in Bezug auf Schwimmbäder ausdrücklich festgehalten: *„Wie der Gastwirt im Gastaufnahmevertrag muss der Inhaber eines öffentlichen Schwimmbades dem Benutzer die Einrichtung in einem Zustande zur Verfügung stellen, dass dieser dabei an Körper oder Gesundheit keinen Schaden nimmt. Trifft er nicht alle durch die Umstände gebotenen Vorkehrungen, um die nötige Sicherheit zu gewährleisten, so erfüllt er seine Verpflichtungen nicht“* (BGE 113 II 424, Erw. 1.c = Pra 77 Nr. 109; ebenso: BGE 71 II

A 2.3

114). Die nicht näher begründete vorinstanzliche Auffassung, wonach Schutzpflichten im Rahmen des vorliegenden Vertragsverhältnisses keine eigenständige Bedeutung zukomme, erweist sich mithin in dieser Form als unhaltbar (vgl. auch SVIT-Mietrechtskommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 256 N 8 ff.). Unbehelflich ist auch der Einwand der Beklagten, die Sicherungspflichten des Betreibers eines öffentlichen Bads liessen sich nicht auf ein Hotelbad übertragen; entscheidend ist nicht, ob sich das Schwimmbad in öffentlicher oder privater Hand befindet, sondern ob es sich, wie vorliegend, um ein der Öffentlichkeit zugängliches Bad handelt (...). Geschuldet ist mithin Mängelfreiheit im Sinne der Benutzersicherheit. Ob es sich dabei um einen Aspekt der leistungsbezogenen Hauptpflicht oder lediglich eine vertragliche Neben- bzw. Verhaltenspflicht handelt, spielt im Ergebnis keine Rolle, da auch eine Verletzung von Schutzpflichten eine nicht gehörige Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR darstellt (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, a.a.O., § 31 N 17 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, 8. Aufl., Zürich 2003, N 2550 ff.; Wiegand, a.a.O., Art. 97 N 32 ff.; Weber, Berner Kommentar zum OR, Art. 97 N 67 ff.). Eine Sicherungspflicht ergibt sich im Übrigen gemäss Bundesgerichtspraxis als Nebenpflicht bei entsprechender Gefahrenlage sowie sachlichem Konnex mit der Hauptleistung bereits aus dem Vertrauensgrundsatz (BGE 113 II 246, Erw. 6.c). Hinsichtlich des Umfangs dieser Verpflichtung unterscheiden sich Delikts- und Vertragshaftung *nicht* (BGE 113 II 246, Erw. 3, 7) (...).

c) Im ersten Verfahren zwischen den Parteien bejahte das Kantonsgericht die Werkeigentümerhaftung der Beklagten. Dabei kam die Zivilkammer zum Schluss, dass ein am Bassinrand festgeschraubter Sprungsockel mit einer Höhe von über 60 cm bei einer Wassertiefe des Schwimmbeckens von rund 1.5 m im sockelnahen Bereich in einem für die Öffentlichkeit zugänglichen Schwimmbad ausserhalb des Wettkampfbetriebs einen Werkmangel darstellt. An dieser Einschätzung hat sich nichts geändert (...).

d) Die Kombination von Sprungsockel und ungenügender Wassertiefe stellt mithin einen Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR dar, der zugleich als Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR anzusehen ist, da die Beklagten dem Kläger aufgrund des Innominatvertrags die Benutzung eines mängelfreien Werks ohne Gefahr für Leib und Leben zugesichert haben. Der Einwand, der Kläger habe den Sprungsockel in vertragswidriger Weise benutzt, verfängt demgegenüber nicht. Zum einen stellt sich die Frage, ob bei einem sog. „Seemannsköpfler“, wie ihn der Kläger nach Behauptung der Beklagten ausgeführt haben soll, im Rahmen nor-

malen Publikumsbetriebs in einem öffentlichen Schwimmbad überhaupt von zweckwidriger Nutzung gesprochen werden kann, (...). Zum andern muss der Eigentümer eines öffentlich zugänglichen Werks im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch einen absehbaren *zweckwidrigen* Gebrauch gemäss Lehre und Rechtsprechung entweder unterbinden oder aber dafür sorgen, dass keine ernsthafte Gefährdung davon ausgeht (BGE 116 II 422, „Plauschbad“, Erw. 2.b; 130 III 736, Erw. 1.5; Rey, a.a.O., Rz 1075 ff.; Brehm, a.a.O., Art. 58 N 65 f.). Bereits früher hielt das Kantonsgericht fest, dass im Rahmen normalen Publikumsbetriebs in einem öffentlichen Schwimmbad mit Sprüngen vom Startsockel gerechnet werden muss, die einen steileren Eintauchwinkel zur Folge haben als ein auf grösstmögliche Weite angelegter wettkampfmässiger Startsprung, ebenso mit Sprüngen, bei denen der Kopf nicht oder nur schlecht geschützt ist. Nicht umsonst unterscheiden die bfu-Richtlinien ausdrücklich zwischen Wettkampf- und normalem Publikumsbetrieb. Bei Letzterem ist mit Leichtsinnigkeit, Fehleinschätzungen und Ungeschicklichkeiten zu rechnen, in einem erlebnisorientierten „Plauschbad“ ebenso wie in einem gewöhnlichen Freizeitbad (vgl. BGE 116 II 422, in welchem die Absperrung einer zu Sprüngen ins Wasser verleitenden Stelle durch einen Pflanzentrog angesichts ungenügender Wassertiefe und fehlender Verbotstafeln als unzureichend beurteilt wurde). Mit dem blossen Warnhinweis auf die Wassertiefe sind die Verantwortlichen diesen Gefahren nicht wirksam begegnet. Den objektiven Mangel unzureichender Wassertiefe vermögen die von den Beklagten am Holzbogen auf der Seite des Startblocks angebrachten Schilder mit der Aufschrift: „*Vorsicht beim Einspringen - Tiefe 1.50*“ unabhängig von der Frage der Lichtverhältnisse im Unfallzeitpunkt nicht zu heilen, wie das Kantonsgericht bereits festgestellt hat (ZK 2005 56, Erw. 2.a, S. 8), ebenso wenig der Umstand, dass der Kläger die Situation aufgrund früherer Besuche zugestandenermassen kannte; Kenntnis des Mangels durch den Benutzer ist allenfalls im Rahmen des Verschuldens (Art. 97 Abs. 1 OR) bzw. Selbstverschuldens zu berücksichtigen (Brehm, a.a.O., Art. 58 N 56; Schnyder, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 58 N 15). Dabei wäre Abhilfe ohne grossen Aufwand möglich gewesen, z.B. durch Entfernen oder gar nur Sperrmarkierung des Startsockels, zumal Absprünge ab Beckenhöhe regelmässig eine geringere Eintauchtiefe zur Folge haben. Stattdessen haben die Betreiber zum Zwecke der Attraktivitätssteigerung des Bades mit der Sprunggelegenheit eine Gefahrenquelle geschaffen, für die sie - unter Vorbehalt der weiteren Haftungs Voraussetzungen - in der Folge einzustehen haben; Werkmangel bzw. Vertragsverletzung sind zu bejahen. (...).

A 2.4

(Beschluss vom 16. Februar 2010, ZK 2009 27; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_296/2010 vom 25. August 2010 nicht eingetreten).

2.4 Haftung des Eisenbahnunternehmers

- *Beweislastverteilung und Beweismass beim Entlastungsbeweis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EHG (Erw. 3.a und b).*
- *Der Eisenbahnunternehmer muss den strikten Beweis des Selbstverschuldens des Geschädigten erbringen (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. (...).

a) Wird beim Betrieb einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder verletzt, so haftet der Inhaber der Bahnunternehmung nach Art. 1 Abs. 1 EHG für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht worden ist.

Der dem EHG unterstellten Unternehmung steht ein Befreiungsbeweis offen, sodass deren Haftbarkeit auch an die negative Voraussetzung des Nichterbringens dieses Beweises geknüpft ist. Zu diesen Entlastungsgründen gehört das Selbstverschulden des Geschädigten (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, BT II/3, 1991, S. 53 f. Rz 129 f.). Das Selbstverschulden muss eine genügende Intensität aufweisen, um den Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb einerseits und dem Schaden andererseits zu unterbrechen (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 57 Rz 137). Es geht mithin um eine adäquate Verursachung: Dann und nur dann hat eine Entlastung zu erfolgen, wenn das Selbstverschulden, in quantitativer Hinsicht betrachtet, diejenige Intensität erreicht hat, welche die im Betrieb manifestierte Betriebsgefahr als Ursache zurücktreten lässt (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 58 Rz 138).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermag das Selbstverschulden des Geschädigten die Bahnunternehmung lediglich dann zu entlasten, wenn es die einzige Unfallursache darstellt oder gegenüber anderen Faktoren, insbesondere der Betriebsgefahr der Bahn, an ursächlicher Bedeutung so sehr überwiegt, dass diese anderen Umstände als adäquate Mitursachen des Unfalls ausscheiden (BGE 102 II 363 E. 3 S. 366; zuletzt in BGer, Urteil vom 22. Dezember 2008, 4A_453/2008 E. 3. 2). So hat das Bundesgericht das Abspringen von einem fahrenden

Zug oder Tram als schweres Selbstverschulden qualifiziert, das die Haftung der Bahn in der Regel auszuschliessen vermag (BGE 102 II 363 E. 3 S. 367).

b) Wie alle Befreiungsgründe, ist auch das Selbstverschulden des Geschädigten von der beklaglichen Bahnbetreiberin zu beweisen. Dabei wirken sich Unklarheiten im Unfallvorgang grundsätzlich zum Nachteil der Unternehmung aus. Treten indessen Tatbestände auf, in welchen vernünftigerweise eine andere Erklärung des Unfalls als durch Zurückführen auf Selbstverschulden nicht denkbar ist, muss das Selbstverschulden auch ohne strikten Beweis als vorhanden angenommen werden (Oftinger/Stark, a.a.O., S. 61 Rz 143). Die Rede ist dann vom *prima facie*-Beweis, also vom Beweis auf den ersten Anschein bzw. vom Anscheinbeweis (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 1995, S. 122 Rz 35). Beweist aber der Geschädigte andere ernsthafte Möglichkeiten des Unfallherganges, ist der Annahme des Selbstverschuldens des Geschädigten die Grundlage entzogen und die Haftung der Bahn gemäss Art. 1 Abs. 1 EHG wird wirksam (Oftinger/Stark, a.a.O., Band II/3, S. 61 Rz 144).

Haben neben der mit dem Bahnbetrieb normalerweise verbundenen Betriebsgefahr und dem Selbstverschulden des Geschädigten noch weitere, von der Bahn zu vertretende Umstände, namentlich das Verschulden von Bahnangestellten oder eine über das normale Mass hinausgehende Betriebsgefahr, den Unfall mitverursacht, so reicht auch ein grobes Selbstverschulden nicht aus, um die Bahn von ihrer Haftpflicht zu befreien (BGE 102 II 363 E. 3 S. 366; zuletzt in BGer, Urteil vom 22. Dezember 2008, 4A_453/2008 E. 3. 2). Ein Verschulden der Bahnorgane läge vor, wenn die Waggontüre, durch welche die Geschädigte einsteigen wollte, beim Anfahren des Zuges noch geöffnet gewesen wäre (BGE 102 II 363 E. 3 S. 366). Damit ein Bahnbetrieb einen Unfall bewirkt, muss zur normalen Abwicklung des Betriebs ein zusätzlicher Umstand hinzukommen, nämlich Zufall oder menschliches Verhalten. Wenn kein anderes zum Eisenbahnbetrieb hinzukommendes Moment gefunden wird, das die Auswirkung der Betriebsgefahr herbeigeführt haben kann, als ein mögliches, schweres Selbstverschulden des Geschädigten, so liegt nahe, ein Selbstverschulden anzunehmen, wenn es sich als plausibel erweist (Oftinger/Stark, a.a.O., Band II/3, S. 61 Rz 144). Fällt z.B. jemand aus dem Zug, „dessen Türen während der Fahrt nicht verriegelt sind, ist es theoretisch möglich, dass er aus Versehen die Türfalle betätigte, dass die Türe nicht richtig geschlossen war, dass er von einem Dritten absichtlich hinausgestossen wurde oder er sich das Leben nehmen wollte.“ War der Zug überfüllt und herrschte vor der Türe ein Gedränge, „darf nicht auf einen Suizidversuch geschlossen werden, es sei

A 2.4

denn, er ergebe sich eindeutig aus Zeugenaussagen. Herrschten im Zug normale Verhältnisse, so ist zwar das kriminelle Verhalten eines Dritten sehr unwahrscheinlich. Ein Selbstmordversuch darf trotzdem nur angenommen werden, wenn sich aus der persönlichen Situation des Geschädigten genügende Anhaltspunkte dafür ergeben“ (Oftinger/Stark, a.a.O., Band II/3, S. 61 f. Fn 259).

Der Anscheinsbeweis setzt voraus, dass der Ablauf des Geschehens typisch ist. Aufgrund der Lebenserfahrung betrachtet man den Kausalzusammenhang als typisch. Eine blosser Möglichkeit des Kausalzusammenhangs genügt aber nicht (Oftinger/Stark, a.a.O., Band I, S. 122 f. Rz 35 und 37), so im Zusammenhang mit dem Beweis des adäquaten Kausalzusammenhangs. Es geht - wie bei jedem Anwendungsfall des prima-facie-Beweises - um die Bewertung der Wahrscheinlichkeit und damit um die Beweiswürdigung (Oftinger/Stark, a.a.O., Band II/3, S. 62 Rz 145). Der Richter hat auch hier - wenn nicht alle Details des Unfallhergangs bekannt sind - im Rahmen der freien Beweiswürdigung festzuhalten, auf welche Weise sich der Unfall aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung am wahrscheinlichsten ereignet hat (BGE 101 II 133 E. 5a S. 137 = Pr 64 Nr. 98). Die strikte Beweislastverteilung wird bisweilen abgeschwächt; wenn die Untersuchung keine Indizien für eine absichtliche Schädigung zutage bringt, genügt der Nachweis der übrigen Elemente des Unfalls und der Möglichkeit des Schadenseintritts, ohne dass ihn der Geschädigte gewollt hat. Dies gilt insbesondere für die Unfälle des täglichen Lebens, wie z.B. Betriebsunfälle. Sind indessen Tatsachen erstellt, die an der ungewollten Schadenszufügung zweifeln lassen, genügt die einfache Möglichkeit eines ungewollten Ereignisses nicht mehr. Der Kläger muss diesfalls beweisen, dass sein Verhalten nicht absichtlich war (BGE 90 II 227 E. 3a S. 233 = Pr 54 Nr. 1).

c) Die Beklagte muss den Entlastungsbeweis erbringen und das Vorliegen eines Selbstverschuldens beweisen. Sie hat somit ein eigenes Beweisthema. Dabei ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisthema von Art. 59 Abs. 1 SVG heranzuziehen (vgl. BGer, Urteil vom 8. Juli 2003, 4C.332/2002, E. 3. 3 und 3. 4), nach welcher Bestimmung sich der Halter eines Motorfahrzeuges von der Haftpflicht insbesondere dann befreien kann, wenn er nachweist, dass der Unfall durch grobes Verschulden des Geschädigten verursacht wurde, ohne dass ihn selbst ein Verschulden trifft und ohne dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat. Denn bei der Haftpflicht der Eisenbahn handelt es sich wie bei der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters um eine Gefährdungshaftung, wobei allen Gefährdungshaftungen gemeinsam ist, dass sie die Haftung von Aktivitäten regeln, die mit einer grossen Gefahr verbunden sind und dass das Verschulden für die Be-

gründung der Haftpflicht grundsätzlich keine Rolle spielt, es sei denn, der Haftpflichtige vermag sich mit Erfolg auf einen Entlastungsgrund zu berufen (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/2, 1989, S. 2 f. Rz 1 f.). Wie beim Betrieb von Motorfahrzeugen macht sich der Mensch beim Betrieb von Eisenbahnen grosse Energien dienstbar und bewegt damit grosse Massen schnell vorwärts, welche Aktivitäten in ihrer Gesamtheit, generell, zum Teil auch immer wieder zu gefährlichen Situationen und zu sehr schweren Schäden führen (Oftinger/Stark, a.a.O., Band II/2, S. 5 Rz 9 und S. 9 Rz 21). Wird somit gemäss Art. 1 Abs. 1 EHG das Verschulden bzw. die Haftung des Eisenbahnbetreibers vermutet, muss der damit dem Eisenbahnbetreiber auferlegte Beweis des Gegenteils aufgrund seiner beweisrechtlichen Funktion in der Regel strikt erbracht werden (vgl. BGer, Urteil vom 8. Juli 2003, 4C.332/2002, E. 3. 3). Die materiellrechtliche Zielsetzung von Art. 1 Abs. 1 EHG wie auch dessen beweisrechtliche Ausgestaltung führen zum Ergebnis, dass der Entlastungsbeweis des fehlenden Verschuldens nach dem Regelbeweismass zu erbringen ist; das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt nicht (vgl. BGer, Urteil vom 8. Juli 2003, 4C.332/2002, E. 3. 4). Noch weniger kann deshalb der prima-facie-Beweis ausreichend sein. Auf blosser Vermutungen, die beweismässig nicht erhärtet sind, kann nicht abgestellt werden (BGer, Urteil vom 22. Dezember 2008, 4A_453/2008, E. 4.2).

Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 132 III 715 E. 3. 1 S. 719). Dabei kann absolute Gewissheit nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 II 321 E. 3. 2 S. 324).

(Urteil vom 25. August 2009, ZK 2008 41; Beschwerden in Zivilsachen wurden mit BGer 4A_220 und 222/2010 vom 11. Oktober 2010 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.5 Schutzfähigkeit einer Marke

- *Schutzfähigkeit der Marke (Erw. 7.a/aa).*
- *Der Gebrauch der Marke HARRY POPPER gefährdet die Unterscheidungskraft des berühmten Zeichens HARRY POTTER im Sinne von Art. 15 Abs. 1 MSchG (Erw. 7.c) und nützt den Ruf des Zeichens HARRY POTTER im Sinne von Art. 15 Abs. 1 MSchG aus (Erw. 7.d).*

A 2.5

Aus den Erwägungen:

7. Zu prüfen ist vorerst der markenrechtliche Schutz nach Art. 15 Abs. 1 MSchG. Gemäss dieser Bestimmung kann der Inhaber einer berühmten Marke anderen deren Gebrauch für jede Art von Waren und Dienstleistungen verbieten, wenn ein solcher Gebrauch die Unterscheidungskraft der Marke gefährdet oder deren Ruf ausnützt oder beeinträchtigt.

a) Schutzzfähigkeit von HARRY POTTER (...).

aa) Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Damit wird das ganze Spektrum denkbarer unternehmerischer Leistungen im wirtschaftlichen Verkehr umschrieben (Noth/Thouvenin, in Noth/Bühler/Thouvenin, Markenschutzgesetz, 2009, N 23 zu Art. 1 MSchG). Der gesetzliche Schutz der Marke ist auf die Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion beschränkt (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 27 zu Art. 1 MSchG). Die Herkunftsfunktion der Marke wurde traditionell als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen verstanden (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 33 zu Art. 1 MSchG; Marbach, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III/1, Markenrecht, 2009, S. 50 Rz 173). Die Marke wurde der Betriebsherkunft gleichgesetzt (David, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz / Muster- und Modellgesetz, 1999, N 3 zu Art. 1 MSchG). Mit Einführung der freien Übertragbarkeit und Lizenzierbarkeit der Marke liess sich dieses enge Verständnis nicht mehr halten (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 33 zu Art. 1 MSchG; Marbach, a.a.O., S. 50 Rz 174). In der Lehre hat sich nach Inkrafttreten des neuen MSchG ein erweitertes Verständnis der Herkunftsfunktion durchgesetzt, das nicht mehr einem strikten Herkunftshinweis verhaftet ist. So wird die Herkunftsfunktion als i.S. einer Garantie der Ursprungsidentität der mit der Marke gekennzeichneten Produkte, als Herstellerverantwortung, als Kennzeichnungssouveränität des Markeninhabers oder als ungestörte abstrakte Zuordnungsmöglichkeit zu einer anonymen Quelle bzw. Mittel der abstrakten Ursprungsidentifikation verstanden (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 34 zu Art. 1 MSchG). Die Marke wird zum Identifikationsmerkmal eines bestimmten Angebots. Das für das betreffende Angebot des Unternehmens charakteristische Zeichen verdrängt dessen Firmennamen. Dieser bleibt häufig unbekannt oder wird durch einen besonderen Herstellerhinweis auf der Ware publik gemacht (David, a.a.O., N 3 zu Art. 1 MSchG; Marbach, a.a.O., S. 50 Rz 174). Es ist ausreichend, wenn der Endabnehmer aufgrund der Mar-

kierung auf ganz allgemeiner Ebene auf eine Herstellerverantwortung schliesst; der markenspezifische Verantwortungsträger muss ihm nicht namentlich bekannt sein (Marbach, a.a.O., S. 50 Rz 173; Entscheid im Widerspruchsverfahren Nr. 7929-7931 vom 17. Mai 2006 in Sachen A. gegen H., S. 4 Ziff. 3). Auch die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung beruht auf einem erweiterten Verständnis der Herkunftsfunktion (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 34 zu Art. 1 MSchG). Dieses erblickt die Funktion der Marke nicht primär darin, Produkte gleicher oder anderer Gattung zu unterscheiden, sondern im unmissverständlichen Hinweis auf den Hersteller und seinen Betrieb (BGE 128 III 454 E. 2 S. 457). Die Marke muss sich im Verkehr als Hinweis auf ein bestimmtes - wenn auch dem Publikum nicht unbedingt namentlich bekanntes - Unternehmen durchgesetzt haben (BGE 134 III 547 E. 2.3 S. 551). Zusammenfassend gewährleistet die Marke „aufgrund ihrer Herkunftsfunktion, dass mit einer bestimmten Marke versehene Waren und Dienstleistungen von einem bestimmten Unternehmen stammen oder unter dessen Verantwortung hergestellt und vertrieben bzw. erbracht werden. Die Marke vermittelt daher nur, aber immerhin einen abstrakten Herkunftshinweis und erfüllt damit zugleich eine unternehmensbezogene Unterscheidungsfunktion“ (Noth/Thouvenin, a.a.O., N 36 zu Art. 1 MSchG).

Nach dem heutigen Markenschutzgesetz können insbesondere Bildmarken (sog. character merchandising) vermarktet werden, da der Markeninhaber nicht wie ein Unternehmer in der Lage sein muss, die Qualität der Lizenzprodukte zu kontrollieren, sondern sich darauf beschränken kann, seine Marke für Produkte zur Verfügung zu stellen, auf deren Eigenschaften er nicht Einfluss nehmen kann und will. Aus diesen Gründen darf ein Unternehmen, das sich mit der Verwertung von Rechten an bestimmten Werbefiguren befasst und deren Anziehungskraft auch dem Warenvertrieb geschäftlich dienstbar machen will, diese Figuren als Marke für eine umfangreiche Warenliste hinterlegen (David, a.a.O., N 9 zu Art. 2 MSchG). Die gleiche Auffassung hat die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) bereits in ihrem Bericht aus dem Jahre 1994 vertreten. Darin führte sie namentlich aus, „most of the important essential personality features of a fictional character or of a real person can be registered as a mark. For example, the name of a fictional character (Snoopy, the Gremlins, James Bond, Tarzan)“ (KB 33, S. 20). Mit Merchandising-Marken der Unterhaltungs-, Sport- und Eventbranche werden denn zum Teil auch spektakuläre wirtschaftliche Erfolge erzielt (Niedermann/Schneider, in sic! 2002, S. 815 ff., S. 816).

b) [Bejahung des markenrechtlichen Schutzes des fiktiven Namens HARRY POTTER (Erw. 7.a/bb) und der Berühmtheit dieser Marke].

A 2.5

c) Gefährdung der Unterscheidungskraft (...).

aa) Die *Unterscheidungskraft* eines Zeichens ist abhängig von dessen Kennzeichnungskraft, also von der Wirkung und Ausstrahlung, die dem Zeichen zukommt. Die Kennzeichnungskraft wird insbesondere von der Eigenart, Einprägsamkeit und der Alleinstellung des Zeichens beeinflusst (Heinzelmann, Der Schutz der berühmten Marke, in AJP 5/93, S. 531 ff., S. 535 Ziff. 3. 3). Je höher der Bekanntheitsgrad, je ausgeprägter das Image, bzw. je origineller und einprägsamer das Zeichen ist, umso grösser ist deren Wirkung und Ausstrahlung (Heinzelmann, a.a.O., S. 535 Ziff. 3. 3; Marbach, a.a.O., S. 496 Rz 1687) und umso eher könnte der parallele Gebrauch der Zweitmarke die marketingmässige Stellung der berühmten Marke verschlechtern (Marbach, a.a.O., S. 496 Rz 1687). Dabei kommt dem Bekanntheitsgrad ein besonderes Gewicht zu. An die Verkehrsgeltung der Marke sind generell höhere Anforderungen zu stellen, wenn nur die Gefährdung der Unterscheidungskraft geltend gemacht wird, ohne dass eine Rufausbeutung oder eine Rufbeeinträchtigung vorliegt. Die Marke hat auch die Funktion, dem Konsumenten eine Verbindung zu den Waren des Markeninhabers zu schaffen, wenn er ein Zeichen bewusst oder unbewusst wahrnimmt. Bei höherer Kennzeichnungskraft des Zeichens erfolgt eine solche Assoziation im Publikum schneller und ausgeprägter. Der Zweitbenutzer eines Zeichens mit hoher Verkehrsgeltung nutzt nun diese Gedankenverbindung für den Absatz seiner Ware. Der Endabnehmer wird deshalb auf die Waren des Zweitbenutzers aufmerksam, weil bei deren Anblick das innere Bild Zeichen-Ware nicht mit dem äusseren übereinstimmt. Für den Inhaber der bekannten/berühmten Marke besteht also die Gefahr, dass sich im Publikum die Auffassung durchsetzt, das Zeichen werde ebenfalls von anderen Unternehmern verwendet. Der Konsument wird je länger je mehr neben der Verbindung Zeichen-Ware des Inhabers der bekannten/berühmten Marke zunehmend die Verbindung Zeichen-Ware verschiedener Anbieter herstellen. Dadurch wird die Kennzeichnungs- resp. Unterscheidungskraft der bekannten/berühmten Marke beeinträchtigt bzw. verwässert (Heinzelmann, a.a.O., S. 535 f. Ziff. 3. 3; vgl. auch Laredo, Der Sonderschutz der berühmten Marke, in sic! 2006, S. 71 ff., S. 78 Ziff. 3a). Theoretisch mindert jeder Zweitgebrauch eines identischen oder ähnlichen Zeichens die Unterscheidungskraft der Stammmarke. Doch nicht jede Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft fällt in den Schutzbereich von Art. 15 MSchG. Die Unterscheidungskraft einer Marke ist erst dann verletzt, wenn die relevanten Verkehrskreise zwar die Verschiedenheit der Zeichen erkennen, wegen gleichartiger Gestaltung (z.B. gleicher Schriftzug, gleiche Farbkombination etc.) eine Assoziation bzw. Gedankenverbindung zwischen dem Original- und dem

Verletzungszeichen herstellen (Laredo, a.a.O., S. 78 f. Ziff. 3a und b; Thouvenin, a.a.O., N 61 und 64 zu Art. 15 MSchG; David, a.a.O., N 6 zu Art. 15 MSchG; BGer, Urteil vom 7. Juli 2008, 4A_103/2008 E. 7.3. 3) und diese geeignet ist, den Werbewert der Originalmarke in rechtlich beachtlicher Weise zu gefährden (Laredo, a.a.O., S. 78 f. Ziff. 3b). Das ähnliche Drittzeichen wird so verwendet, dass es nicht anders denn als Anlehnung an das bekannte Zeichen gedeutet werden kann (BGer, Urteil vom 7. Juli 2008, 4A_103/2008 E. 7.3. 3). Diese Assoziationen führen dazu, dass die Vorstellung des Publikums über die Herkunft der entsprechend gekennzeichneten Produkte aus dem Unternehmen des Markeninhabers in ihrer Bestimmtheit nachlässt, was die Unterscheidungskraft der berühmten Marke gefährdet (Thouvenin, a.a.O., N 64 zu Art. 15 MSchG). Daher ist zuerst zu prüfen, ob das Zweitzeichen in einem Bereich verwendet wird, in den das Originalkennzeichen mit seiner Verkehrsbekanntheit ausstrahlt (potenzielle Verwässerungsgefahr). In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob das verletzende Zeichen geeignet ist, den Werbewert der Originalmarke zu gefährden (konkrete Verwässerungsgefahr) (Laredo, a.a.O., S. 79 Ziff. 3b).

Bei der Gefährdung der Unterscheidungskraft ist wie bei der Rufausnützung und Rufbeeinträchtigung nur der *kennzeichenmässige Gebrauch* der berühmten Marke geschützt. Jede andere Nennung des Markennamens, so etwa als Symbol für gewisse soziale Tendenzen und Konsumgewohnheiten oder im Rahmen einer echten Satire oder Parodie, ist in markenrechtlicher Hinsicht nicht relevant, kann aber eine lauterkeitsrechtliche Herabsetzung darstellen (Thouvenin, a.a.O., N 41 f. und 44 zu Art. 15 MSchG; Marbach, a.a.O., S. 498 Rz 1693). Ein kennzeichenmässiger Gebrauch eines Zeichens liegt vor, wenn der Usurpator dieses zur kennzeichnungsmässigen Individualisierung einsetzt oder zumindest so verwendet, dass es von einem durchschnittlichen Konsumenten als herkunftsspezifisches Unterscheidungsmerkmal verstanden werden könnte (Marbach, a.a.O., S. 433 Rz 1458; Laredo, a.a.O., S. 80 Ziff. 3a).

Mit zunehmender Unterscheidungs- bzw. Kennzeichnungskraft nehmen die Anforderungen an die Zeichenähnlichkeit und die Waren- und Dienstleistungsgleichartigkeit im Anwendungsbereich von Art. 3 MSchG stetig ab. Bei berühmten Marken werden diese Anforderungen reduziert, indem keine Waren- und Dienstleistungsgleichartigkeit vorausgesetzt wird (Thouvenin, a.a.O., N 61, 63 und 64 zu Art. 15 MSchG). In den Schutzbereich von Art. 15 MSchG fällt nicht nur die Verwendung identischer Zeichen, sondern auch jene ähnlicher Formen berühmter Marken (Heinzelmann, a.a.O., S. 536 Ziff. 2; Laredo, a.a.O., S. 82 Ziff. 4a; Thouvenin, a.a.O., N 62 zu Art. 15 MSchG; David, a.a.O., N 6 zu Art. 15 MSchG). Die Zeichenähnlichkeit i.S. des Art. 15 MSchG ist berühmt-

A 2.5

heitsbezogen auszulegen, ist also in Abhängigkeit zur Berühmtheit der Marke zu setzen. Je bekannter die Marke, je prägnanter und besser deren Ruf, umso eher ist auch bei geringeren Zeichenübereinstimmungen eine Ähnlichkeit zu bejahen (Laredo, a.a.O., S. 82 Ziff. 4a und b).

bb) Die Beklagte hat ihre Marke HARRY POPPER ins Register eintragen lassen. Damit liegt ein markenrechtlicher und somit kennzeichenmässiger Gebrauch vor.

Ob sich die beiden Marken HARRY POPPER und HARRY POTTER genügend unterscheiden, ist - wie bei der Verwechselbarkeit von Marken i.S. von Art. 3 lit. c MSchG - aufgrund des Gesamteindrucks zu beurteilen, den sie beim an den fraglichen Waren interessierten Publikum hinterlassen. Dabei ist auf diejenigen Merkmale abzustellen, die geeignet sind, auch in einem durchschnittlich unvollkommenen Gedächtnis haften zu bleiben (BGE 121 III 377 E. 2a S. 378 f.). Der Gesamteindruck von Wortmarken wird zunächst durch den Klang und durch das Schriftbild bestimmt. Da der durchschnittliche Markenadressat aber, was er hört und liest, unwillkürlich auch gedanklich verarbeitet, kann für den Gesamteindruck einer Wortmarke, die dem allgemeinen Sprachschatz entnommen ist, auch ihr Sinngehalt entscheidend sein. In Betracht fallen neben der eigentlichen Wortbedeutung auch Gedankenverbindungen, die das Zeichen unweigerlich hervorruft. Markante Sinngehalte, die sich beim Hören und beim Lesen dem Bewusstsein sogleich aufdrängen, dominieren regelmässig auch das Erinnerungsbild. Weist eine Wortmarke einen derartigen Sinngehalt auf, der sich in der anderen Marke nicht wieder findet, so ist die Wahrscheinlichkeit geringer, dass sich das kaufende Publikum durch einen ähnlichen Klang oder ein ähnliches Schriftbild täuschen lässt. Von Bedeutung ist bei Wortmarken schliesslich deren Länge. Kurzwörter werden akustisch und optisch leichter erfasst und prägen sich leichter ein als längere Wörter. Damit verringert sich die Gefahr, dass dem Publikum Unterschiede entgehen. Verwechslungen infolge Verhörens oder Verlesens kommen deshalb bei kurzen Zeichen seltener vor (BGE 121 III 377 E. 2b S. 379).

Die beiden Marken HARRY POTTER und HARRY POPPER sind Phantasienamen bzw. Phantasiezeichen. Sie verfügen im ersten Teil über den identischen Vornamen HARRY. Der zweite Teil beginnt bei beiden Marken jeweils mit der Silbe PO und endet mit der Silbe ER. Lediglich die mittleren Silben unterscheiden sich (TT statt PP), wobei diese Konsonanten nicht sehr unterscheidungskräftig sind. Bei Betrachtung der grafischen Gestaltung der HARRY POPPER-Marke fällt auf, dass die einzelnen Buchstaben unterschiedlich gross und nicht auf einer Linie angeordnet sind, was ebenfalls an die Marke HARRY POTTER erinnert.

Damit ist eine sehr grosse Zeichenähnlichkeit gegeben, und zwar in visueller als auch in klanglicher Hinsicht.

In begrifflicher Hinsicht wie auch ihrem Sinngehalt sind sich die beiden Marken indessen nicht ähnlich. Denn HARRY POTTER ist eine fiktive Roman- und Filmfigur. Indessen wird „poppen“ teilweise als vulgärer, teilweise als umgangssprachlicher (vgl. www.wikipedia.org) Ausdruck für den Vollzug des Geschlechtsaktes verstanden und als „Popper“ wird ein Jugendlicher bezeichnet, der durch gepflegtes Äusseres und modische Kleidung in Erscheinung tritt. Ob daraus geschlossen werden kann, wegen dieses unterschiedlichen Sinngehalts sei es unwahrscheinlich, dass der durchschnittliche Konsument die beiden Marken verwechseln kann (vgl. dazu BGE 121 III 377 E. 3c S. 380 f.), ist vorliegend nicht entscheidend. Denn in casu geht es um die Frage der Gefährdung der Unterscheidungskraft der berühmten HARRY POTTER-Marke, mit der Folge, dass die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit besonders hoch anzusetzen sind (vgl. BGE 116 II 614 E. 5d S. 619).

Da die HARRY POTTER-Marke über eine überragende Verkehrsgeltung verfügt, ihr fraglos eine besondere Wertschätzung zukommt und sie eine absolute Alleinstellung genießt, mithin eindeutig als berühmt i.S. von Art. 15 MSchG zu qualifizieren ist (vgl. E. 7.c/aa vorne), ist deren Wirkung und Ausstrahlung als sehr gross zu beurteilen, wird für den Schutz der HARRY POTTER-Marke zwischen den Produkten der Parteien keine Warengleichartigkeit vorausgesetzt und werden auch ähnliche Zeichen geschützt.

Infolge der sehr grossen Zeichenähnlichkeit der Marken HARRY POPPER und HARRY POTTER sowohl in visueller als auch in klanglicher Hinsicht sowie der überragenden Wirkung und Ausstrahlung der HARRY POTTER-Marke ist zu schliessen, dass sich die Marke HARRY POPPER an die Marke HARRY POTTER und nicht an Harry Hasler anlehnt. Die sehr ähnliche HARRY POPPER-Marke wird so verwendet, dass sie nicht anders denn als Anlehnung an die HARRY POTTER-Marke gedeutet werden kann. Wer HARRY POPPER hört, denkt zuerst an HARRY POTTER bzw. nicht an Harry Hasler, auch wenn der Sinngehalt von HARRY POPPER näher bei Harry Hasler als bei HARRY POTTER liegt. Die ausführlichen Erklärungen der Beklagten, weshalb HARRY POPPER zufällig bei Betrachtung der Serie „Viktors Spätprogramm“ entstanden sei (act. 11, S. 6 ad 27), sind unglaubwürdig, da - wie die Klägerin zutreffend ausführt - eine anlehrende Marke die Anlehnung ohne langwierige Erläuterung erkennen lassen muss, ansonsten die Attraktivität der Marke, auf die Bezug genommen wird, nicht ausgenützt werden kann. Die Beklagte macht sich für den Absatz ihrer HARRY POPPER-Produkte zunutze, dass der Konsument beim Betrachten dieser Produkte eine Gedankenverbindung zu den klägerischen Produkten der Marke HARRY POTTER her-

A 2.5

stellt, zumal auch nicht wenige erwachsene Käufer von Präservativen in den Filialen der Beklagten HARRY POTTER kennen dürften. Diese Assoziation ist auch geeignet, den Werbewert der HARRY POTTER-Marke in rechtlich beachtlicher Weise zu gefährden, da die Beklagte die sehr ähnliche Marke HARRY POPPER i.S. eines Werbe- und Lockmittels seiner eigenen Produkte verwendet. Je mehr Produkte der Marke HARRY POPPER die Beklagte auf den Markt bringen wird (bis anhin sind es lediglich Präservative und Necessaires), desto eher besteht die Gefahr, dass der Endabnehmer glaubt, das Zeichen werde ebenfalls von der Beklagten verwendet. Der unterschiedliche Sinngehalt der beiden Marken tritt wegen der offensichtlichen Anlehnung der Marke HARRY POPPER an die Marke HARRY POTTER in den Hintergrund.

Nach dem Gesagten gefährdet der Gebrauch der Marke HARRY POPPER die Unterscheidungskraft des berühmten Zeichens HARRY POTTER, weshalb die Klägerin der Beklagten den Gebrauch der Marke HARRY POPPER gestützt auf Art. 15 Abs. 1 MSchG verbieten kann.

d) Rufausnützung (...).

aa) Die berühmte Marke zeichnet sich dadurch aus, dass sich ihre grosse Werbekraft nicht nur zur Vermarktung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, sondern auch in anderen Bereichen wirtschaftlich nutzen lässt. Eine solche Nutzung soll dem Inhaber der berühmten Marke, der deren Ruf aufgebaut hat, vorbehalten bleiben. Eine Marke wird nicht von selbst berühmt. Sie zu Berühmtheit zu bringen, kostet Anstrengung. Die Früchte dieser Anstrengung soll der Markeninhaber selbst geniessen können; sie sollen nicht Dritten zufallen. Deswegen verleiht Art. 15 Abs. 1 MSchG dem Markeninhaber einen Abwehranspruch gegen Versuche Dritter, ihre eigenen Zeichen im Windschatten seiner berühmten Marke zu positionieren. Dabei setzt das Gesetz keine Absicht der Rufausnützung voraus; es genügt vielmehr, wenn er objektiv zu schmarotzerischer Rufausnützung führt, indem Dritte gewissermassen als Trittbrettfahrer vom Ruf profitieren können, den der Markeninhaber für sein berühmtes Zeichen errungen hat. Ob eine Rufausnützung im umschriebenen Sinne gegeben ist, hängt entscheidend davon ab, ob sich die mit der berühmten Marke verbundenen Gütevorstellungen und Werbebotschaften auf die unter dem gleichen Zeichen angebotenen Waren Dritter übertragen lassen (BGE 124 III 277 E. 3a S. 284 f.; Marbach, a.a.O., S. 494 Rz 1680), d.h. es muss ein Imagetransfer vorgenommen werden können, weshalb - im Vergleich zum Tatbestand der Gefährdung der Unterscheidungskraft - das Erzielen eines blossen Aufmerksamkeitseffekts nicht ausreicht, da nur die Bekanntheit, nicht aber der Ruf der berühmten Marke ausgenutzt wird (Thouvenin,

a.a.O., N 34 zu Art. 15 MSchG; a.M. Laredo, a.a.O., S. 77 Ziff. 1). Ist zu erwarten, dass die massgebenden Verkehrskreise eine derartige Übertragung vornehmen, kommt der Ruf der berühmten Marke dem Drittanbieter zugute. Der Inhaber der berühmten Marke muss es sich aber nicht gefallen lassen, dass sein Werbeerfolg von Dritten als Vorspann für die eigenen Produkte verwendet wird (BGE 124 III 277 E. 3a S. 284 f.; Marbach, a.a.O., S. 494 Rz 1680). Im konkreten Fall bejahte das Bundesgericht die Ausnützung des Rufs der Marke „Nike“ durch eine spanische Gesellschaft mit der Marke „Nike“ für Parfümerieartikel. Die Vorstellungen sportlicher Dynamik, die mit der Marke „Nike“ verbunden werde, seien ohne weiteres auf eine Kosmetiklinie übertragbar, bei deren Vermarktung ebenfalls der Charakter der Sportlichkeit herausgestrichen werde (BGE 124 III 277 E. 3b S. 285). Die Deutsche Praxis hat entschieden, dass die Verwendung der bekannten Whisky-Marke Dimple für Kosmetika und Parfums eine Rufausbeutung darstelle, nicht aber für Schleif- und Poliermittel (David, a.a.O., N 7 zu Art. 15 MSchG). In diesen Fällen betreibt der Hersteller unmittelbare Wertwerbung, indem er suggeriert, die von ihm hergestellte Spirituose habe auf dem Markt für Whiskys dieselbe Position wie Rolls-Royce im Automobilbereich oder die von ihm hergestellten Herrenkosmetika hätten die Qualität von Dimple-Whisky (Baudenbacher/Glöckner, Lauterkeitsrecht, 2001, N 93 zu Art. 3 lit. e UWG). Ein sehr allgemeiner, abstrakter Rufinhalt einer berühmten Marke lässt sich auf nahezu beliebige Waren oder Dienstleistungen übertragen (Thouvenin, a.a.O., N 36 zu Art. 15 MSchG). Das Verbot der Verwendung einer fremden und berühmten Marke erstreckt sich auch auf den Gebrauch von Waren oder Dienstleistungen, die nicht angeboten werden. So hat das Bundesgericht etwa eine Ausnützung des nicht näher spezifizierten Rufs der Marke „Nestlé“ durch den Gebrauch dieser Marke für ein Alters- und Pflegeheim bejaht (BGE 130 III 748 E. 1.3 S. 754). Wie bei den beiden anderen Tatbestandsvarianten der Gefährdung der Unterscheidbarkeit und der Rufbeeinträchtigung werden auch bei der Rufausbeutung nicht nur identische, sondern auch hinreichend ähnliche Zeichen geschützt. Bei der Rufausbeutung ist die erforderliche Zeichenähnlichkeit gegeben, wenn der Gebrauch des Drittzeichens bei den massgeblichen Verkehrskreisen Assoziationen mit der berühmten Marke hervorruft. Für das blosses Wecken von Assoziationen genügt ein gegenüber den Massstäben der Verwechslungsgefahr verminderter, vergleichsweise geringer Ähnlichkeitsgrad. Nach der Rechtsprechung sind die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der Zeichen denn auch „besonders hoch“ anzusetzen (Thouvenin, a.a.O., N 39 f. zu Art. 15 MSchG).

bb) Die beiden Zeichen HARRY POTTER und HARRY POPPER sind so ähnlich, dass der Gebrauch des HARRY POPPER-Zeichens bei den be-

A 2.5

treffenden Konsumenten Assoziationen mit der berühmten Marke HARRY POTTER hervorruft. Da gemäss der in der Schweiz herrschenden Lehre das Erzielen eines blossen Aufmerksamkeitseffekts nicht ausreicht, ist vorliegend entscheidend, ob sich die mit der berühmten HARRY POTTER-Marke verbundenen Gütevorstellungen und Werbebotschaften auf die unter dem Zeichen HARRY POPPER angebotenen Waren der Beklagten übertragen lassen bzw. ob ein entsprechender Imagetransfer vorgenommen werden kann, zumal die Abnehmerkreise der beiden Marken HARRY POTTER und HARRY POPPER nicht vollkommen verschieden sind, weil auch viele Abnehmer der HARRY POPPER-Präservative HARRY POTTER kennen dürften (vgl. E. 7.c/bb vorne).

Mit der Marke HARRY POTTER werden Vorstellungen verbunden wie Zauberei bzw. magischer Erfolg, Heldentum, Durchbrechung des Alltags, Phantasie, Kreativität, Jugend etc. Diese abstrakten Rufinhalte lassen sich ebenfalls auf Präservative übertragen, auch wenn bei diesen Produkten in erster Linie Sicherheit bzw. dem neusten technologischen Materialstand entsprechende Reissfestigkeit verlangt wird. Den Beweis hiefür liefert die Beklagte gleich selbst, indem sie auf der Vorderseite ihrer Präservativpackungen mindestens ein als Person konzipiertes Präservativ abbildet, das die für HARRY POTTER charakteristische Rundbrille trägt und in der linken Hand einen Zauberstab hält, wobei die Hintergrundfarbe Schwarz den Bezug zur Zauberei bekräftigt. Damit streicht die Beklagte bei der Vermarktung der Präservative den Charakter der Zauberei bzw. Magie heraus. Das Verhalten der Beklagten, absichtlich oder nicht, führt dazu, dass sie als Trittbrettfahrerin vom Ruf profitieren kann, den die Klägerin für ihr berühmtes Zeichen HARRY POTTER mit viel Aufwand und Kosten erarbeitet hat. Mit dem Gebrauch der Marke HARRY POPPER nützt die Beklagte den Ruf des Zeichens HARRY POTTER aus. Auch aus diesem Grund kann die Klägerin der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 MSchG verbieten, die Marke HARRY POPPER zu gebrauchen.

(Urteil vom 17. August 2010, ZK 2008 19).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Honorarnormierung

- *Begründungspflicht bei Kürzung einer detaillierten Honorarnote (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

4. b) Indem der Vorderrichter mit keinem Wort näher auf die vom Beschwerdeführer eingereichte Kostennote eingegangen ist und die Vergütung ohne nähere Begründung nach freiem Ermessen bestimmt hat, verletzt er nicht nur § 6 Abs. 1 und 3 GebTRA i.V.m. § 63 ZPO, sondern ist er auch seiner durch Art. 29 BV und § 132 lit. b GO vorgeschriebenen Begründungspflicht nicht nachgekommen. Kosten- und Entschädigungsentscheide brauchen in der Regel zwar nicht begründet zu werden; eine Begründung ist aber dann erforderlich, wenn die Behörde die Honorarnote kürzt, sich nicht an die geltenden Tarife und Reglemente hält oder die Partei ausserordentliche Umstände geltend macht. Das rechtliche Gehör wird verletzt, wenn die Behörde eine rechtzeitig eingereichte detaillierte Kostennote des unentgeltlichen Rechtsvertreters nicht unverändert übernimmt und kürzt, ohne zumindest kurz darzulegen, weshalb es welche der in Rechnung gestellten Aufwandpositionen für übersetzt hält. Der Entscheid ist wenigstens summarisch zu begründen (BGer, Urteil vom 12. Mai 2009, 6B_136/2009, E. 2.3; BGer, Urteil vom 12. November 2007, 6B_464/2007, E. 2.1; Weissenberger, Zum Anspruch des amtlichen Rechtsbeistandes auf Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren gegen Honorarentscheide am Beispiel des baselstädtischen Rechts, in: BJM 2000, S. 226 f.). Der Vorderrichter wäre demnach verpflichtet gewesen, sich mit dem vom Beschwerdeführer im Detail ausgewiesenen Aufwand auseinanderzusetzen und nachvollziehbar darzulegen, welche Positionen er konkret nicht entschädigt (BGer, Urteil vom 12. Mai 2009, 6B_136/2009, E. 3. 3).

(Beschluss vom 14. Dezember 2010, RK1 2009 91).

3.2 Zuständigkeit, Vollstreckung des Besuchsrechts

- *Für die Vollstreckung der Betreuungsregelung bei Kindern unverheirateter Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht ist die Vormundschaftsbehörde zuständig (Erw. 3.b).*

A 3.2

- *Die Realexekution von Entscheiden der Vormundschaftsbehörde bedarf keiner richterlichen Mitwirkung (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

3. b) aa) Art. 275 ZGB regelt die Zuständigkeit für die Anordnungen über den persönlichen Verkehr, auf welchen gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB die Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, einen Anspruch haben. Art. 275 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass für Anordnungen über den persönlichen Verkehr die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes und, sofern sie Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder trifft, diejenige an seinem Aufenthaltsort zuständig ist. Das Gericht regelt den persönlichen Verkehr, wenn es nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Sorge oder die Obhut zuteilt, oder über die Änderung dieser Zuteilung oder des Unterhaltsbeitrages zu befinden hat (Art. 275 Abs. 2 ZGB). Es stellt sich die Frage, wie es sich mit der Zuständigkeit bei unverheirateten Eltern, welche das gemeinsame Sorgerecht innehaben, verhält.

bb) Bei Kindern unverheirateter Eltern sind die vormundschaftlichen Behörden mit Ausnahme der strittigen Unterhaltsregelung (Art. 279 ZGB) für Anordnungen in *sämtlichen* Kinderbelangen, demnach auch für Anordnungen über den persönlichen Verkehr sowie diesbezügliche Änderungen zuständig (Meier, *Compétences matérielles du juge matrimonial*, in: ZVW 3/2007, S. 127 N 49; Stettler, *La répartition des compétences entre le juge et les autorités de tutelle dans le domaine des effets de la filiation*, in: ZVW 5/1999, S. 219; Stettler, *Les principaux développements enregistrés dans le droit suisse de la filiation depuis la révision de 1976*, in: FamPra.ch 1/2002, S. 18). Auch wenn das Gericht über den Kindesunterhalt entscheidet, kann es nicht gleichzeitig den persönlichen Verkehr regeln, sondern lediglich die Vormundschaftsbehörde über die Notwendigkeit einer behördlichen Regelung informieren (Wirz, in: Schwenzer, *Familienkommentar Scheidung*, 2005, N 4 zu Art. 275 ZGB und N 40 zu Art. 134 mit Art. 315a/b). Bei der vorliegenden Konstellation ist denn auch kein vergleichbar enger Zusammenhang zwischen dem Kindesunterhalt und der Betreuungsregelung gegeben wie zwischen der Scheidung und der Kinderzuteilung einerseits und den Kindesschutzmassnahmen andererseits, wenn auch die Betreuungsregelung Einfluss auf die Höhe der Unterhaltszahlungen hat (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995 [BBl 1996 I S. 1-227], S. 124); das Scheidungs- oder Trennungsgesetz

sowie auch das Eheschutzgericht haben aufgrund von Art. 133 ZGB und des Prinzips der Einheit des Scheidungsurteils die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten (BGE 113 II 97; Breitschmid, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2006, N 3 und 6 zu Art. 315/315a/315b ZGB). Es ist somit vom Grundsatz auszugehen, dass sich die Zuständigkeit des Richters unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen auf die Regelung der Kinderbelange im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens beschränkt (Stettler, a.a.O., FamPra.ch 1/2002, S. 19; vgl. auch BJM 2/2005 S. 101, E. 1a). Eine Ausdehnung der richterlichen Zuständigkeit gemäss Art. 275 Abs. 2 ZGB auf Fälle mit unverheirateten Eltern ist demnach nicht angezeigt.

cc) Im Falle der gemeinsamen elterlichen Sorge entfällt die Regelung des persönlichen Verkehrs bzw. können die Parteien den persönlichen Verkehr regeln, müssen dies aber nicht (Wirz, a.a.O., N 31 zu Art. 133 ZGB und N 4 zu Art. 298a ZGB; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz 25.21c; BBI 1996 I 130). Vorliegend haben die Parteien eine alternierende Obhut vereinbart (...; vgl. BBI 1996 I 130; Hegnauer, a.a.O., Rz 25.21d). Der qualitative Unterschied zum Besuchsrecht liegt darin, dass mit der Betreuungsverantwortung die Hauptverantwortung für das Kind einhergeht. Die zeitliche Aufteilung der Betreuung ist in erster Linie von Bedeutung für die Verteilung der Unterhaltskosten und die Berechnung der Höhe des Unterhaltsbeitrages. Aus Gründen der Vollstreckung und Bevorschussung sollte die Unterhaltsregelung einen bezifferten Betrag nennen (Wirz, a.a.O., N 33 zu Art. 133 ZGB und N 4 zu Art. 298a ZGB). Sind aber bei unverheirateten Eltern die vormundschaftlichen Behörden auch bei Vorliegen eines Verfahrens betreffend Unterhaltsregelung für Anordnungen über den persönlichen Verkehr zuständig, hat dies - insbesondere bei alternierender Obhut - erst recht zu gelten, wenn die unverheirateten Eltern die gemeinsame Sorge über das Kind inne haben. So ist die Vormundschaftsbehörde bei unverheirateten Eltern denn auch bereits zuständig für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge an die Antragsteller sowie deren Neuregelung (vgl. Art. 298a ZGB). Bei Fragen um den persönlichen Verkehr bzw. die Betreuung eines Kindes kann die Vormundschaftsbehörde die Eltern beratend begleiten und bei Bedarf eine - allenfalls wiederholte - Abwägung des Kindeswohles vornehmen. Die Vormundschaftsbehörde ist sodann gemäss Art. 315 Abs. 1 ZGB zuständig zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen, wobei diesbezüglich die Zuständigkeit des Gerichts ausnahmsweise ebenfalls nur in eherechtlichen Verfahren vorgesehen ist (vgl. Art. 315a f. ZGB). Darüber hinaus ist die Vormundschaftsbehörde näher am tatsächlichen Gesche-

A 3.3

hen (vgl. Breitschmid, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N 2 zu Art. 275 ZGB; vgl. BBI 1996 I 131).

d) (...) Nachdem die Regelung der Betreuungszeiten in den Zuständigkeitsbereich der Vormundschaftsbehörde fällt und die zu vollstreckende Betreuungsregelung gestützt auf die obigen Ausführungen auch von der Vormundschaftsbehörde getroffen wurde, ist es an ihr zu prüfen, ob die durch sie genehmigte Vereinbarung der Parteien (Ziff. 1 des Vergleiches) behördlich vollstreckbar ist; die Realexekution von Entscheiden der Verwaltungsbehörden bedarf keiner richterlichen Mitwirkung (vgl. ZR 84/1985 Nr. 49, S. 120; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 2 zu § 222 ZPO ZH; vgl. auch Amrein/Guler/Häfeli, Mustersammlung zum Adoptions- und Kindesrecht, 4. Aufl., Zürich 2005, S. 203). Nach dem Gesagten war eine Vollstreckung im Befehlsverfahren nach § 176 Ziff. 1 ZPO entgegen den Erwägungen des Vorderrichters nicht möglich. Der Einzelrichter hätte somit den richterlichen Befehl gemäss Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides nicht erlassen bzw. auf das klägerische Begehren nicht eintreten dürfen.

(Beschluss vom 9. Dezember 2010, RK1 2010 18).

3.3 Litispendenz, Erbteilung

- *Die Rechtshängigkeit der Erbteilungsklage (actio duplex) schliesst die spätere separate Geltendmachung von Herabsetzungs- und Leistungsansprüchen nicht aus (Erw. 4.b und c).*

Aus den Erwägungen:

4. b) Da es sich gemäss heutiger Lehre (Schaufelberger/Keller, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2007, N 4 zu Art. 604 ZGB; Weibel, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 2007, N 36 zu Art. 604 ZGB; Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, 2. Aufl. 2006, N 203 S. 90; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 7 N 48) bei der Erbteilungsklage um eine *actio duplex* handelt, stellen die Gegenanträge des oder der Beklagten, soweit sie von denjenigen des Klägers abweichen, keine Widerklage dar. Die verschiedenen Parteien verfolgen zumeist nicht konträre Ziele, sondern unterbreiten dem Gericht in ihren Zuweisungsbegehren verschiedene Varianten, gemäss denen das gemeinsam angestrebte Ziel - die Teilung - konkretisiert werden kann. Jede Partei ist in diesem Verfahren im Grunde ge-

nommen sowohl Kläger als auch Beklagter. Verlierer mit Kostenfolge ist nur, wer sich der Teilung grundsätzlich widersetzt (Weibel, a.a.O., N 36 zu Art. 604 ZGB; Brückner/Weibel, a.a.O., N 201 ff.; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 3 zu § 60 ZPO ZH). Auf eine selbständige zweite Erbteilungsklage eines Beklagten kann zufolge Litispendenz bzw. Rechtshängigkeit nicht eingetreten werden (Weibel, a.a.O., N 37 zu Art. 604 ZGB; ZR 84/1985 Nr. 67). (...).

c) Vorliegend stellt sich indessen nicht nur die Frage der Erbteilung an sich, sondern gehen sowohl die Klage der Beklagten 2 im Verfahren BZ 09 52 als auch diejenige der Klägerinnen auf Feststellung des Nachlasses, Feststellung der Berechtigung eines Pflichtteiles von je 3/16 am Nachlass, Feststellung bestimmter herabsetzungsfähiger Zuwendungen inklusive Herabsetzung - soweit zur Wahrung der Pflichtteile erforderlich -, Erbteilung sowie Zuweisung und Auszahlung der Pflichtteile.

Über die Herabsetzung als für die Teilung präjudizielle Frage kann der Richter auch im Rahmen der Erbteilungsklage befinden (Schaufelberger/Keller, a.a.O., N 5 zu Art. 604 ZGB) bzw. können mit der Teilungsklage auch weitere Klagen verbunden werden, so z.B. die Herabsetzungsklage. Diese Klagen bedürfen jeweils eines besonderen Klagebegehrens, da sie nicht in der allgemeinen Teilungsklage enthalten sind (Tuor/Picononi, Berner Kommentar, 1964, N 4b zu Art. 604 ZGB). Jeder in seinem Pflichtteil - dieser wird nach Art. 474 ZGB ermittelt - verletzte Erbe ist einzeln zur Herabsetzungsklage aktivlegitimiert (Art. 522 Abs. 1 ZGB), da es durchaus möglich ist, dass die Pflichtteile der übrigen Erben gar nicht verletzt sind (Escher, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1959, N 20 zu Einleitung zu Art. 522-533 ZGB). Es ist mehreren Pflichtteilserben indessen nicht verwehrt, gemeinsam vorzugehen, wenn die Pflichtteile aller verletzt wurden (Brückner/Weibel, a.a.O., N 72 S. 40). Passivlegitimiert ist jede übermässig begünstigte Person (Miterbe, Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung oder Vermächtnisnehmer) einzeln (Brückner/Weibel, a.a.O., N 76 S. 41). Das Herabsetzungsurteil hat nur Gestaltungskraft und verschafft einem vollständig überangegangenen Pflichtteilserben die Erbenstellung ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs. Wenn die Herabsetzungsklage nicht zugleich mit einer Leistungsklage verbunden wurde, ist das Herabsetzungsurteil ein reines Gestaltungsurteil (Hrubesch-Millauer, in: Abt/Weibel, a.a.O., N 10 zu Vorbem. zu Art. 522 ff.). Eine Leistungsklage ist neben der Herabsetzungsklage zu erheben, wenn die Zuwendungen bereits ausgerichtet wurden, also insbesondere bei den Verfügungen unter Lebenden (Tuor/Schnyder/Rumojungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, § 68 N 41).

A 3.3

Gestützt auf diese Ausführungen ist die Parteirollenverteilung im Rahmen einer Herabsetzungsklage demnach nicht gleichermassen von untergeordneter Bedeutung wie beim alleinigen Erbteilungsprozess. Es kann auch nicht von Identität der Klagen gesprochen werden, erheben die Töchter des Erblassers je für sich eine Herabsetzungsklage. Der Richter hat zu prüfen, ob der Pflichtteil eines einzelnen Erben verletzt wurde. Vorliegend wurde die Herabsetzungsklage gar mit einer Leistungsklage verbunden. Die Beklagte 2 hat mit der Leistungsklage in Rechtsbegehren Ziffer 4 ihrer Klage (...) lediglich um Auszahlung ihres Pflichtteils und nicht auch derjenigen der Klägerinnen ersucht. Würde man der Ansicht der Vorinstanz folgen, könnten die Klägerinnen im Fall, dass die Beklagte 2 ihre am 12. November 2009 erhobene Klage zurückziehen würde und der Prozess gestützt darauf als erledigt abgeschlossen werden müsste, ihrerseits zwar noch auf Erbteilung klagen, nicht mehr aber auf Herabsetzung und auf Auszahlung ihres Pflichtteils (vgl. auch ZR 84/1985 Nr. 67 E. 2, S. 162). Der Erbteilungsanspruch ist unverjährbar. Solange Erbschaftsvermögen vorhanden ist, das noch nicht in eine Teilung einbezogen ist, besteht hinsichtlich desselben die Erbengemeinschaft weiter und kann dessen Teilung mit der Erbteilungsklage verlangt werden. Insofern kann einer neuen Teilungsklage auch nicht die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden (Tuor/Picenoni, a.a.O., N 1e zu Art. 604 ZGB). Demgegenüber ist die Herabsetzungsklage innerhalb eines Jahres (relative Frist) zu erheben (Art. 533 Abs. 1 ZGB). Zwar kann der Herabsetzungsanspruch einredeweise jederzeit geltend gemacht werden (Art. 533 Abs. 3 ZGB), wobei unabdingbare Voraussetzung der Geltendmachung der Einrede der Mitbesitz des Erben am Nachlassvermögen ist (Hrubesch-Millauer, a.a.O., N 9 zu Art. 533 ZGB). Zu beachten ist indessen, dass die Herabsetzungseinrede nicht den gleichen Schutz bietet wie die entsprechende Klage. So kann gegenüber lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, die der Herabsetzung unterliegen und die nicht mehr im Nachlass sind, in der Regel nur klageweise vorgegangen werden. Anders sieht dies aus, wenn sich der Anspruch gegen Personen richtet, die zugleich Miterben sind; in solchen Fällen ist die Einrede insoweit zuzulassen, als die Betreffenden Teile des Nachlasses beanspruchen. Wenn die Herabsetzungsansprüche diese Erbteile überschreiten und die lebzeitigen Zuwendungen aus den eigenen Vermögen zwecks Auffüllung der Pflichtteile erstattet werden müssen, kann indessen nur die Klage zum Zug kommen (Picenoni, Die Verjährung der Testamentsungültigkeits- und Herabsetzungsklage [Art. 521 und 533 ZGB], in: SJZ 63/1967 S. 105; BGE 120 II 417 E. 2, S. 419). Ausserdem kann die Herabsetzungseinrede nur bei Vorliegen eines Begehrens der Gegenseite erhoben werden. Die Herabsetzungseinrede bildet demnach für die Klägerinnen keine genügende Alternative zur Klage.

Nach dem Gesagten haben die Klägerinnen das Recht, ihre Herabsetzungs- und Leistungsansprüche selbständig in einem separaten Verfahren geltend zu machen.

(Beschluss vom 26. Oktober 2010, RK1 2010 8).

4. Strafrecht

4.1 SVG, Strafzumessung bei Geschwindigkeitsüberschreitungen

- *Bundesgerichtliche Kriterien zur Festlegung einer Verbindungsbusse nach Art. 42 Abs. 4 StGB (Erw. 3.a), wovon die „Richtlinien für die Strafzumessung bei Geschwindigkeitsüberschreitungen“ der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 30. April 2009 abweichen (Erw. 4).*
- *Voraussetzungen und Schranken der Anwendung von Richtlinien bzw. Empfehlungen bei der Strafzumessung (Erw. 5.a und 5.c sowie zusammenfassend Erw. 7; vgl. aktuelle Richtlinien der Oberstaatsanwaltschaft auf www.sz.ch).*

Aus den Erwägungen:

3. (...)

a) Das Bundesgericht hielt mit BGE 134 IV 1 ff. unter anderem fest, eine Verbindungsbusse gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB solle „nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen“, sondern „lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion“ erlauben (Erw. 4.5.2). Es befand zudem, „[m]it der Verhängung (...) eines Viertels der schuldangemessenen Gesamtstrafe“ (...), habe „die Vorinstanz jedoch der Verbindungsstrafe einen zu gewichtigen Stellenwert eingeräumt und damit Art. 42 Abs. 4 StGB unrichtig angewendet“ (Erw. 6.2).

In BGE 134 IV 60 ff. wurden die Grundsätze der Geldstrafenbemessung (Art. 34 StGB) detailliert erörtert (Erw. 5 und 6) und die Ausführungen betreffend Verbindungsbusse weiter präzisiert (Erw. 7).

Mit BGE 135 IV 188 ff. Erw. 3. 4.4 hielt das Bundesgericht fest, die grundsätzliche Festsetzung einer Obergrenze der Verbindungsstrafe auf einen Fünftel der gesamthaft schuldangemessenen Strafe erweise sich als sachgerecht, um dem akzessorischen Charakter der Verbindungsstra-

A 4.1

fe gerecht zu werden. Abweichungen seien „im Bereich tiefer Strafen denkbar, um sicherzustellen, dass der Verbindungsstrafe nicht lediglich symbolische Bedeutung“ zukomme. (...).

4. (...). Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch die schwyzerischen Richtlinien eine Addition der Verbindungsbusse von 25 % zu einer bedingt auszusprechenden Geldstrafe vorsehen (...). Demgegenüber wäre richtigerweise in einem ersten Schritt eine schuldangemessene Strafe insgesamt festzulegen und hiervon gegebenenfalls ein unbedingter Anteil von grundsätzlich höchstens 20 % auszuschneiden. Auch wenn dies, bei der Sanktionierung mit einer bedingten Geldstrafe und einer Verbindungsbusse, rein rechnerisch zu demselben Resultat führen mag, ist der logische Ansatz der Richtlinien bzw. das Vorgehen bezüglich Sanktionsbemessung fehlerhaft. Insgesamt fehlen auch jegliche Hinweise auf den gesetzlich vorgesehenen Strafraum (welcher eine hohe Flexibilität sowohl in Bezug auf die Strafart als auch des Strafmasses vorsähe) sowie die gesetzlichen Kriterien zur Strafzumessung und Gewährung des bedingten Strafvollzugs (welche auch subjektive Elemente beinhalteten). (...).

5. (...)

a) Die justizmässige Gleichbehandlung von Rechtsunterworfenen als Ausfluss der Rechtsgleichheit (und mit der Wirkung, auch entsprechende Rechtssicherheit zu schaffen) ist ein bedeutender rechtsstaatlicher Grundsatz. Strafzumessungsempfehlungen sind meist als klare, eindeutig lesbare „Straftariflisten“ formuliert, welche in ihrem inhärenten Schematismus aber auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip stehen. Jedoch geht „das Legalitätsprinzip [...] dem Grundsatz der Gleichbehandlung vor“ (BGer 6P.161/2004 vom 16. März 2005 Erw. 3. 4.4, vgl. auch BGE 124 IV 44 ff. Erw. 2.c). Daraus folgt, dass das vorinstanzliche Urteil unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen ist und nicht darauf, ob es mit den schwyzerischen oder anderen Strafzumessungsrichtlinien übereinstimmt, denen keinerlei Gesetzeskraft zukommen und wozu sich die Frage nach der demokratischen Legitimation stellen würde. (...).

c) (...). Zudem bietet die detaillierte bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Vielzahl an möglichen Entscheidungshilfen für eine adäquate Strafzumessung, welche unter Einbezug der individuellen Strafempfindlichkeit insgesamt ein höheres Mass an Gleichbehandlung bei der Sanktionierung mit sich bringt als eine allzu schematische Bussenfestlegung im Gesamtsummensystem. Durchaus prüfenswert bleiben dabei (inter-

kantonal angepasste) Richttarifrahmen mit Bandbreiten (für die einzelnen Geschwindigkeitsbereiche, samt Abweichungsmöglichkeiten), abgestuft nach Schuldformen und unter Anführung der massgeblichen Zu-messungskriterien, wobei nach Massgabe der neusten höchstrichterlichen Rechtsprechung ein massvoller Minimalbussenansatz nach Art. 42 Abs. 4 StGB in Betracht gezogen werden kann (s.o. Erw. 3. a); im Einzelfall müssen aber die konkreten Umstände berücksichtigt werden (vgl. BGE 135 IV 191 ff. Erw. 3. 1), und zwar auch, ob eine Verbindungsbusse überhaupt angezeigt ist (BGer 6B_1042/2008 vom 30. April 2009 Erw. 2).

7. (...) Abschliessend ist nochmals festzuhalten, dass Richtlinien in ihrer (stark) verkürzten Abbildung der Strafzumessungsprinzipien rasch in ein Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip geraten. Während ihre durchwegs schematische Anwendung infolge Ermessensunterschreitung zu einem unangemessenen bzw. rechtswidrigen Resultat führt, können sie demgegenüber, richtig eingesetzt (d.h. als unverbindliche Empfehlungen), durchaus ein nützliches Hilfsmittel darstellen. Jedoch kann nicht sein, dass die Gerichte ein Abweichen von Empfehlungen - zu deren Heranziehung sie ohne Basis in einer zumindest gefestigten Rechtsprechung nicht gehalten sind - zu begründen oder gar zu rechtfertigen hätten. Erst recht nicht anzuwenden sind Richtlinien, soweit sie sich als nicht gesetzmässig erweisen (...).

(Urteil vom 23. Februar 2010, SK 2009 43).

4.2 Fahrlässige Tötung

- *Fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB) infolge Missachtens der besonderen Vorsichtspflicht gegenüber Kindern (Art. 26 Abs. 2 SVG; Erw. 3.a), ungenügenden Rechtsfahrens (Art. 34 Abs. 1 SVG; Erw. 3.b) und Nichtanpassens der Geschwindigkeit (Art. 32 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 VRV; Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

a) Der Vertrauensgrundsatz wird eingeschränkt durch die Bestimmung von Art. 26 Abs. 2 SVG, nach welchem unter anderem gegenüber Kindern besondere Vorsicht geboten ist. Danach kann sich der Verkehrsteilnehmer grundsätzlich selbst dann nicht auf das Vertrauensprinzip berufen, wenn keine konkreten Anzeichen dafür vorliegen, dass sich Kinder unkorrekt verhalten würden. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände,

A 4.2

um ein allenfalls begrenztes Vertrauen in das ordnungsgemässe Verhalten dieser Strassenbenützer zu rechtfertigen (Urteil BGer vom 4. August 2007, 6P.17/2004, 6S.49/2004, E. 6.2). Eine fixe Altersgrenze, ab welcher von Kindern ein vorschriftsgemässes Verhalten erwartet werden kann und ab welcher sie nicht mehr des besonderen Schutzes durch Art. 26 Abs. 2 SVG bedürfen, lässt sich sodann nicht exakt bestimmen. Wesentlich ist, dass der Strassenbenützer als Kind erkannt wird. So gelten im Strassenverkehrsrecht Kinder als junge Menschen, die wegen fehlender Einsicht in die Gefahren, ungenügender Kenntnis der Verkehrsregeln und einer Neigung zu einem dem Augenblick entspringenden Verhalten den Anforderungen des Strassenverkehrs nicht gewachsen sind (Urteil BGer vom 4. August 2004, 6P.17/2004, 6S.49/2004, E. 7.1 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Literatur).

aa) Den Untersuchungsakten ist zu entnehmen, dass der Angeklagte mit dem Puch 230 mit einer Geschwindigkeit von ca. 30 km/h bzw. zwischen 30 und 40 km/h auf der M.-strasse in Richtung S. fuhr und unmittelbar vor dem Unfall zwei Kinder mit ihren Velos die B.-strasse hinunter fahren sah. Das dritte Kind, die damals siebenjährige E., welche vor den beiden anderen Kindern ebenfalls mit dem Velo die B.-strasse hinunter in Richtung Verzweigung M.-strasse unterwegs war, hatte der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt indes nicht gesehen. Weiter geht aus den Akten hervor, dass der Angeklagte die zwei Fahrrad fahrenden Kinder nicht nur als solche erkannt hatte, sondern dass er diese zwei Kinder offensichtlich bereits am Morgen des Unfalltags die B.-strasse Richtung B. hinauffahren sah, als er sich auf seinem Arbeitsweg zur Z.-anlage unmittelbar vor der Verzweigung M.-strasse/B.-strasse in Fahrtrichtung G. befunden hatte. Darüber hinaus war dem Angeklagten die Unfallstrecke bekannt und er wusste um die damals in Fahrtrichtung S. beschränkte Sicht vor dem Verzweigungsbereich B.-strasse/M.-strasse.

bb) Das Kantonsgericht geht mit der öffentlichen Anklägerin einig, dass der Angeklagte nach dem Gesagten sehr wohl mit der nahen Möglichkeit des Auftretens von weiteren Kindern auf dieser Strasse rechnen musste. Dass die zwei Kinder, als der Angeklagte sie auf ihren Velos erblickte, noch weiter weg waren und auch am Morgen des Unfalltags er bloss diese zwei Kinder wahrgenommen hatte, ändert nichts daran. Wie der Angeklagte selbst zu Protokoll gab, will er ja auch schon Kinder vor der Z.-anlage gesehen haben. Ein Umstand, der ebenfalls dafür spricht, dass sehr wohl mit Kindern auf der M.-strasse zu rechnen war. Ob nun der Angeklagte kurz vor dem Unfall die zwei Kinder erstmals etwas weiter oben gesehen haben will, als es die Kantonspolizei in ihrer fotografischen Tatbestandsaufnahme festgehalten hat, oder ob es sich um einen

rege benutzten Schul- und Heimweg resp. bloss um eine Nebenstrasse handelt, ist in casu letztlich nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist, dass den Angeklagten, auch wenn er zu jenem Zeitpunkt nur zwei Kinder gesehen hatte, bereits dieser Umstand zu besonderer Vorsicht hätte veranlassen müssen; dies umso mehr, als die Sichtverhältnisse auf den unteren Abschnitt der B.-strasse und den Einmündungsbereich eingeschränkt bzw. der Anklage zufolge die B.-strasse vor der Verzweigung über einen ca. 50 Meter langen Abschnitt nicht einsehbar war. Kommt hinzu, dass der Angeklagte, wie die öffentliche Anklägerin zu Recht festhält, nicht nur mit den daherbrausenden Kindern zu rechnen hatte - der Angeklagte selbst sprach von einem relativ hohen Tempo resp. dass alle relativ schnell unterwegs gewesen und mit den Fahrrädern mit einem raschen Tempo gefahren seien -, sondern auch, mit einem Anhalten der Kinder an der Verzweigung angesichts der Steigung zur Z.-anlage hinauf mit Sicherheit nicht zu rechnen war. Dass sich diese Kinder - einschliesslich E. - im schulpflichtigen Alter befunden haben und das Velo fahren auf einer Strasse bereits gewohnt sein durften, mithin über die elementarsten Grundkenntnisse des Strassenverkehrs sicher instruiert worden waren, vermag unter Hinweis auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung am Gesagten ebenso wenig etwas zu ändern. Darüber hinaus war sich der Angeklagte sogar sicher, dass die Kinder bei der Einmündung in die M.-strasse einbiegen werden („... Als ich die zwei Kinder sah, dachte ich, dass ich vor den Kindern vorbeikomme, da diese noch weit weg waren...“). Bei dieser Ausgangslage hätte der Angeklagte nicht bloss Bremsbereitschaft erstellen müssen, sondern hätte weitergehende Vorsichtsmassnahmen treffen müssen (vgl. nachfolgende Erwägungen). Indem er dies unterliess, trifft ihn der Vorwurf, die im Sinne von Art. 26 Abs. 2 SVG geforderte Vorsicht gegenüber Kindern missachtet zu haben.

b) (...) Ein Abweichen vom Gebot des Rechtsfahrens ist nur dann zulässig, wenn die Verkehrs- und Sichtverhältnisse es zulassen, mithin die Strecke übersichtlich ist und jede Gefährdung des von vorn und hinten herannahenden Verkehrs ausgeschlossen ist (Giger, Strassenverkehrsgesetz, kommentierte Ausgabe, 2008, N 1 zu Art. 34 SVG mit Hinweis auf BGE 129 IV 44 E. 1.3; vgl. auch BGE 106 IV 50 E. 2 sowie 107 IV 44 E. 2a).

(...) Der Einwand der Verteidigung, dass angesichts der einspurigen Fahrbahn, insbesondere aber aufgrund des abschüssigen Bords auf der rechten Seite (Fahrtrichtung S.) das natürliche Fahrverhalten zwingend gegen die Mitte der Fahrbahn ausgerichtet sei, ist insofern unbehelflich, als nicht nur im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei fehlender Übersicht, weil Strassen einmünden - wie vorliegend - oder aus

A 4.2

andern Gründen, nach Möglichkeit so weit rechts zu fahren ist, dass der Lenker den zum Kreuzen notwendigen Abstand zwischen seinem und einem möglicherweise entgegenkommenden Fahrzeug von vornherein freilassen kann (Giger, a.a.O., N 1 zu Art. 34 SVG mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung), sondern auch deshalb, weil die Möglichkeit genügend rechts zu fahren für den Angeklagten, ohne sich selber zu gefährden, sehr wohl bestanden hatte. Mit der Vorinstanz hält das Kantonsgericht dafür, dass der Angeklagte wegen des steil abfallenden Geländes rechts der M.-strasse nicht in der Mitte der Fahrbahn hätte fahren müssen. Wie den Fotoaufnahmen der Polizei zu entnehmen ist, kann bereits 20 Meter vor der Kollisionsstelle und schon gar nicht an der Kollisionsstelle von einem steil abfallenden Gelände gesprochen werden. Ebenso wenig Anlass wegen des abschüssigen Geländes in der Mitte der Fahrbahn zu fahren, bestand für den Angeklagten weiter vorne. So zeigt die Fotodokumentation, dass sich z.B. 75 Meter vor der Kollisionsstelle am rechten Fahrbahnrand ein Eisenzaun befindet, welcher ein gefahrloses Rechtsfahren durchaus gewährleistet hätte. Nicht nur, dass den Aussagen des Angeklagten zufolge von einem konstanten Fahrverhalten und somit davon auszugehen ist, dass er bis zur Einleitung der Vollbremsung, also über eine längere Fahrstrecke stets in der Mitte der Fahrbahn gefahren war, weshalb nach dem Gesagten die Argumentation der Verteidigung bereits aus diesem Grund nicht zu überzeugen vermag. Dem Einwand der Verteidigung ist des weiteren auch entgegenzuhalten, dass der Angeklagte sowohl bei den von ihm behaupteten Strassen- und Sichtverhältnissen als auch bei den von ihm geltend gemachten Besonderheiten des Militärfahrzeuges (betreffend Fahrzeugbreite von 1.7 m mit hoher Sitzposition, wodurch beim Rechtsfahren der rechte Fahrbahnrand rasch einmal aus den Augen verloren werde) umso mehr gehalten gewesen wäre, seine Geschwindigkeit entsprechend anzupassen. (...).

c) Gemäss Art. 32 Abs. 1 SVG ist die Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen, vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen sowie vor Bahnübergängen (Art. 34 Abs. 1 Satz 2 SVG).

aa) Dass der Angeklagte die M.-strasse mit einer Geschwindigkeit von 38-42 km/h resp. seinen Behauptungen zufolge mit einer solchen von lediglich ca. 30 km/h befahren haben will und sein Fahrzeug noch innerhalb des Verzweigungsbereichs zum Stillstand hatte bringen können, nachdem er E. erblickt hatte, vermag ihn in casu nicht zu entlasten. Dies

umso mehr, als er - wenn auch auf eine grössere Distanz - bereits Kinder mit Velos auf der B.-strasse in Richtung Verzweigung B.-strasse/M.-strasse heranfahren sah und darüber hinaus von G. herkommend in Fahrtrichtung S. die in die M.-strasse einmündende B.-strasse nur beschränkt einsehbar war, was der Angeklagte wusste.

bb) Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist die Geschwindigkeit gemäss Art. 32 Abs. 1 SVG nicht in ihrer absoluten Grösse zu betrachten, sondern mit Bezug auf die besonderen Umstände im konkreten Fall. In diesem Sinne sowie unter Einbezug von Lehre und Rechtsprechung hat sich die Vorinstanz mit dem Vorwurf des Nichtanpassens der Geschwindigkeit bereits eingehend auseinandergesetzt und kommt zum Schluss, dass in Berücksichtigung der vorliegenden Strassen- und Sichtverhältnisse eine Sorgfaltspflichtverletzung zufolge Nichtanpassens der Geschwindigkeit gegeben sei. Das Kantonsgericht kann sich den vorinstanzlichen Ausführungen anschliessen, weshalb in Anwendung von § 136 GO auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden kann. Insbesondere der Umstand, dass der Angeklagte wusste, dass auch Kinder diese unübersichtliche Stelle befahren, ja sogar vor der Kollision zwei Kinder auf deren Velo, wenn auch aus grösserer Distanz, doch aber mit raschem Tempo heranfahren sah, mit dem plötzlichen Auftreten einer Gefahrensituation rechnen musste. Ein solcher Umstand bedingt jedoch eine Geschwindigkeit, mit der ein Fahrzeug nicht bloss innerhalb der Sichtweite, sondern auch in bedeutend weniger als der Sichtdistanz zum Stillstand gebracht werden kann (Urteil BGer vom 11. Juni 2007, 6S.107/2007, E. 2.2.4). Der Angeklagte hätte, als er die Fahrrad fahrenden Kindern erblickt hatte, seine Geschwindigkeit derart reduzieren müssen, dass er noch vor der Einmündung der B.-strasse in die M.-strasse hätte halten können. Indem der Angeklagte seine Fahrt zwar mit Bremsbereitschaft, jedoch unvermindert fortgesetzt hatte, ist mit der Vorinstanz dem Angeklagten auch bezüglich Art. 32 Abs. 1 SVG eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen.

(Urteil vom 20. April 2010, SK 2008 12).

4.3 Fahrlässige Tötung

- *Die Geschwindigkeitsübertretung war vorliegend natürlich kausal für die tödlichen Verletzungen und gewöhnlich auch geeignet, diese zu bewirken (Erw. 2).*
- *Unterbruch des Kausalzusammenhanges zufolge aussergewöhnlicher Missachtung des Vortrittsrechts durch das Unfallopfer (Erw. 3.a).*

A 4.3

- *Beurteilung weiterer Umstände (Stellen des Blinkers, Erw. 3.b) und Nichttragen der Gurten (Erw. 3.c).*

Aus dem Sachverhalt:

Der VW Golf des vortrittsbelasteten B. kollidierte beim Abbiegen nach links mit dem vom angeklagten Polizeiwachtmeister A. mit zu hoher Geschwindigkeit gelenkten Streifenwagen. B. erlitt bei der Kollision schwere Kopfverletzungen, denen er gleichentags erlag.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 12 Abs. 3 StGB handelt fahrlässig, wer die *Folge* seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Unvorsichtig ist, wer die Vorsicht nicht beachtet, zu der er *nach den Umständen* und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist. Die Folge strafbaren Handelns muss dem Täter beim fahrlässigen Begehungsdelikt im Sinne der Äquivalenz- und Adäquanztheorie zugerechnet werden können (Trechsel/Jean-Richard, StGB PK, Art. 12 N 25 f.).

a) Im angefochtenen Urteil wird zunächst im Ergebnis zutreffend und im Berufungsverfahren unbestritten die natürliche Kausalität (Äquivalenz) in Bezug auf die Fahrt des Angeklagten bejaht. Diese war tatsächlich eine nicht wegzudenkende Bedingung für die Kollision und die tödlichen Verletzungen von B. (eine andere Frage ist, ob auch die Geschwindigkeitsübertretung eine solche gleichwertige Bedingung war, s.u. lit. b und c).

b) Laut Adäquanzerwägungen des angefochtenen Urteils zum subjektiven Tatbestand (Fahrlässigkeit) soll zwar nicht die Fahrt des Angeklagten an sich, jedoch die Missachtung der signalisierten Geschwindigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet gewesen sein, einen schweren Unfall und zwar auch einen solchen mit Todesfolgen herbeizuführen. Abgesehen von dieser Differenz in der Ursachenkennzeichnung scheint die Vorinstanz zu übersehen, dass die Geschwindigkeitsübertretung *verschiedene Folgen* hatte, und unterscheidet nicht klar zwischen dem unfallbedingten Tod von B. (Art. 117 StGB) und der Unfallgefahr, wie sie der durch die Anklageergänzung erfassten Verkehrsregelverletzung allgemein (und in casu konkret gegenüber den Mitfahrenden) zugrunde lag. Wenn das Bezirksgericht die Ge-

schwindigkeitsübertretung auch zutreffend als unerlaubtes Risiko betrachtet, genügt dies für die erforderliche Kausalität in Bezug auf die Tötung unter den *konkreten Umständen* (Art. 12 Abs. 3 StGB) noch nicht; vielmehr ist zusätzlich der Nachweis erforderlich, dass der Tod gerade auf dieses Risiko zurückging (vgl. dazu Stratenwerth, AT I, 3. Aufl., Bern 2005, § 9 N 40). Daran fehlt es einmal, wenn sich die Geschwindigkeitsübertretung nur dahin ausgewirkt hat, dass der Angeklagte andernfalls später auf der Unfallstelle eingetroffen wäre (ebd. N 42, vgl. auch N 38). Das Strafrecht kann überdies auch nicht den Sinn haben, atypischen Gefahren entgegenzuwirken (ebd. N 43). Es geht unabhängig von der dogmatischen Frage der Kausalitätseinordnung im Deliktsaufbau und der Höhe der Geschwindigkeitsüberschreitung schon praktisch nicht an, jeden der zu schnell fährt, ungeachtet der konkreten Umstände (Art. 12 Abs. 3 StGB) im Einzelfall für die Verwirklichung des Gefahrenpotentials strafrechtlich haften zu lassen. Vielmehr ist zu beweisen, dass der Kausalzusammenhang zwischen Tod und der Geschwindigkeitsübertretung adäquat kausal war, was als Frage des objektiven Tatbestands anzusehen ist (vgl. dazu Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 27).

c) Die Vorinstanz ist entsprechend dem ersten Abschnitt der Anklage und gestützt auf die physikalisch-technische Unfallanalyse davon ausgegangen, dass es nicht zur Kollision gekommen wäre, wenn der Angeklagte nur die letzten 50 m vor der „Kollision“ mit der erlaubten Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h gefahren wäre, weil so B. genügend Zeit gehabt hätte, um die Gegenfahrbahn zu überqueren. Damit wird indes dem Angeklagten im Ergebnis zum Vorwurf gemacht, er sei beim Abbiegemanöver des Verstorbenen zur falschen Zeit und an falschem Ort zugegen gewesen, was eine unzulässige Ausdehnung der Kausalitätsbetrachtungen darstellt, wie auch die Staatsanwaltschaft (...) zutreffend ausgeführt hat. Das Bundesgericht hat für einen solchen Fall, dass eine Geschwindigkeitsüberschreitung *nur* bewirkte, dass der Angeklagte früher als sonst auf der Unfallstelle eingetroffen ist, den natürlichen Kausalzusammenhang verneint, ausser das pflichtwidrige Verhalten habe bis zum Eintritt des Unfalles fortgewirkt und sei so tatsächlich zur Mitursache des Unfalles geworden (BGE 94 IV 26 f.). Ein solches Fortwirken (...) ist in casu abgesehen vom Ausmass an sich nicht bestritten und durch den zweiten Abschnitt der Anklage abgedeckt.

d) Zutreffend hält die Staatsanwaltschaft zunächst die Geschwindigkeit im Zeitpunkt der Gefahrerkennung (in den Gutachten z.T. *ungenau* als „Reaktionsort“ oder -punkt bezeichnet) und die Hypothese für massgeblich, was passiert wäre, wenn der Angeklagte 37 m (bzw. 35.5 m) vor

A 4.3

dem Kollisionspunkt mit den erlaubten 70 km/h unterwegs gewesen wäre. Gemäss biomechanischen Fachbeurteilungen hätte dies zu wesentlich geringeren, mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht tödlichen Verletzungen geführt. Indes liegt auch dieser Beurteilung noch insoweit eine inadäquate Kausalbetrachtung zugrunde, als dem Vergleich der erlaubten Geschwindigkeit von 70 km/h mit dem vorgeworfenen Tempo von 83 km/h unterschiedliche Kollisionspunkte zugrunde gelegt werden, indem dadurch verursachte unterschiedliche Kollisionspunkte und Kollisionswinkel berücksichtigt werden. Die Frage (vgl. dazu etwa auch BGer 6P.17/2004 vom 4. August 2004 E. 7.2 f.) braucht indes nicht weiter vertieft und namentlich nicht von der für das Ausmass der Unfallfolgen doch erheblich scheinenden Tatsache der höheren Kollisionsgeschwindigkeit des Angeklagten abgegrenzt zu werden (sie soll ca. 72 km/h statt, entsprechend der Formel $v_t = \sqrt{[v_o^2 - 2as]}$, 47 km/h betragen haben, vgl. physikalisch-technisches Gutachten; dazu s.u. E. 3. a/cc).

3. Die Vorinstanz ist insgesamt zum Schluss gekommen, dass keine der drei von der Verteidigung eingewendeten Selbstverschuldensmomente auf Seiten des Opfers (nachfolgend lit. a bis c: Missachten des Vortritts, Nichtstellen des Blinkers und Nichttragen der Sicherheitsgurten) den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrochen habe.

a) Die Staatsanwaltschaft hält im Zusammenhang mit der *Vortrittsrechtsmissachtung* für relevant, dass es nicht zur Kollision gekommen wäre, wenn der Angeklagte nur gerade 50 m vor Gefahrerkennung („Reaktionspunkt“, d.h. ca. 87 m vor dem Kollisionspunkt) korrekt mit 70 km/h gefahren wäre, sodass B. hätte annehmen können, die Gegenfahrbahn ohne Behinderung des Angeklagten überqueren zu können. Weshalb aber gerade diese Distanz zur Beurteilung der Vortrittsfrage massgebend sein soll (dazu s.u. E. bb), begründet sie nicht näher. Die Strafkammer erachtet für die Distanzenberechnung hingegen, nebst dem Gefahrerkennungspunkt auf Seiten des Vortrittsberechtigten, den Zeitpunkt bzw. Ort als massgebend, wo der Vortrittsbelastete das geplante Abbiegemanöver noch hätte abrechnen können und müssen.

aa) Im physikalisch-technischen Gutachten sind der „Reaktionspunkt“ des Angeklagten (Gefahrerkennung) und dessen „Bremsbeginn“ fixiert und den entsprechenden Positionen des Wagens des Verstorbenen gegenübergestellt worden. Im erstgenannten Punkt (in einer Entfernung von ca. 37 m [s.o. E. 2.d] vom Kollisionspunkt, d.h. bei einer Distanz zwischen beiden Fahrzeugen von insgesamt knapp 50 m bzw. 1.6 s vor der Kollision) war für B. ein Abbruch des geplanten Abbiegemanövers auf seinem Fahrstreifen noch möglich, während der Angeklagte, trotz früher

Wahrnehmung laut Gutachten auch bei 70 km/h immer noch einen Anhalteweg von mindestens 47 m gehabt hätte, weshalb er selbst bei aufmerksamem, rechtzeitigem Bremsen nicht mehr vor dem Kollisionspunkt hätte anhalten können. B. hätte also selbst bei Einhaltung der signalisierten Höchstgeschwindigkeit durch den Angeklagten nicht annehmen dürfen, die Verzweigungsfläche kollisionsfrei befahren zu können. Angesichts der nötigen Vollbremsung des entgegenkommenden Fahrzeugs des Angeklagten konnte er unabhängig von dessen Geschwindigkeit erst recht nicht verkehrsregelkonform links abbiegen (Art. 36 Abs. 3 SVG), was entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht „zweifelhaft“ ist und eine Berufung auf das Vertrauensprinzip ausschliesst (s.u. auch E. cc).

bb) Dass vielmehr Verhältnisse vorlagen, welche dem Verstorbenen unter keinen Umständen die Annahme erlaubten, noch abbiegen zu dürfen, zeigen auch die biomechanischen Beurteilungen deutlich, wonach der Verstorbene bei einer theoretischen (und nach dem Gesagten *nicht* massgebenden) Distanz von 50 m zum „Reaktionspunkt“ (d.h. bei ca. 87 m) nur einen Sekundenbruchteil Zeit gewonnen hätte (0.4 s), wenn der Angeklagte statt der angenommenen 82 bzw. 83 km/h mit 70 km/h gefahren wäre. Ein Zeitgewinn von 0.4 s hätte die kollisionsfreie Durchfahrt des Verstorbenen dann zwar noch ermöglicht, aber wie gesagt nur unter der *inadäquaten* bzw. unzutreffenden Voraussetzung, dass der Angeklagte die Gefahr schon zu diesem früheren Zeitpunkt hätte erkennen und bezogen darauf ebenso rasch reagieren können. Schon da hätte der Verstorbene, falls er den Streifenwagen nicht schlicht übersehen hat, mit Zeiträumen unter der üblichen Reaktionszeit und einer Vollbremsung kalkuliert haben müssen, weswegen er unter keinen Umständen darauf vertrauen konnte, den Gefahrenbereich rechtzeitig räumen zu können. Im massgeblichen Zeitpunkt muss er mithin entsprechend den Aussagen des Angeklagten und seiner Begleiter (s.u. E. dd) völlig überraschend unmittelbar vor das Fahrzeug des vortrittsberechtigten Angeklagten gefahren sein (so war das Polizeifahrzeug bei Bremswegbeginn gerade noch etwa 9 m oder 0.4 s [1.6 s ./ 1.2 s Reaktions- und Ansprech-/Schwellzeit] vom Kollisionspunkt entfernt, bei 70 km/h wären es ca. 14 m gewesen), weshalb keinesfalls von einer blossen Geschwindigkeitsfehleinschätzung von B. bei Nacht ausgegangen werden kann, zumal die Verzweigung hell beleuchtet war (vgl. fotografische Tatbestandsaufnahme, abweichend von BGE 94 IV 23 ff.). Hinzu kommt, dass die Fahrbahnen der Hauptstrasse durch Rabatten getrennt sind und der VW Golf im „Reaktionszeitpunkt“ des Angeklagten noch nicht in Richtung Einspurfläche positioniert bzw. eingebogen war, sodass auch keine Anzeichen

A 4.3

bestanden, die auf eine Vortrittsmissachtung hingedeutet hätten (zur Frage der Blinkerstellung s.u. lit. b).

cc) Die Kollision wäre demnach selbst bei Einhaltung der erlaubten 70 km/h nicht nur unvermeidbar gewesen, sondern der Angeklagte konnte und musste mit einer derart überraschenden und massiven Missachtung seines Vortrittsrechts schlechthin nicht rechnen. Letztere wiegt im vorliegenden Fall derart schwer, dass sie als die wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache die Geschwindigkeitsübertretung des Angeklagten im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis in den Hintergrund drängt. Das vorgeworfene zu hohe Tempo des Angeklagten ist unter solchen Umständen rechtlich nicht mehr als relevant einzustufen, obwohl es in casu natürlich kausal derart fortwirkte, dass der Verstorbene nach den biomechanischen Beurteilungen höheren Körpergeschwindigkeiten und damit grösserer Gefahr für tödliche Verletzungen ausgesetzt war. Hinzu kommt, dass die Verteidigung nicht unbegründet einwendet, die Geschwindigkeit von 83 km/h könne nicht als gesichert gelten. (...).

dd) Dass B. den Vortritt des Angeklagten klar verletzt hat, belegen auch die übereinstimmenden und diesen Schluss bestätigenden Aussagen des A., von Polizeiwachtmeister C. und von D., wonach der VW Golf unmittelbar, ca. 15 bis 20 m vor ihnen einbog (...).

b) (...). In dubio pro reo darf daher entgegen der Vorinstanz nicht angenommen werden, der Blinker sei schon vor dem „Reaktionszeitpunkt“ gestellt worden, ganz abzusehen davon, dass dies allein kein hinreichendes Anzeichen für eine bevorstehende Vortrittsmissachtung gewesen wäre (da der Blinker unabhängig vom Gegenverkehr schon beim Einspuren zu setzen ist) und der Angeklagte das Gefahrenmoment wie bereits festgestellt frühzeitig angenommen hatte.

c) (...). Mit der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Verstorbene zur Zeit der Kollision nicht angegurtet war. (...). An sich vermöchte das Nichttragen der Sicherheitsgurten für sich allein das Verursachen von schwereren bzw. tödlichen Verletzungen durch die zu hohe Geschwindigkeit nicht zu kompensieren. Angesichts der bereits festgestellten krassen Vortrittsmissachtung stellen dieser Umstand und der fehlende Nachweis des rechtzeitig gestellten Blinkers allerdings weitere Elemente dar, welche die vom Angeklagten gefahrene Geschwindigkeit als Ursache des Todes von B. zusätzlich in den Hintergrund rücken, zumal das Nichttragen der Gurten vorschriftswidrig war und statistische Überlegungen der Parteien dazu in Bezug auf konkrete Unfallfolgen irrelevant sind.

(Urteil vom 23. März 2010, SK 2009 45; eine Beschwerde in Strafsachen der Staatsanwaltschaft wurde mit BGer 6B_509/2010 vom 14. März 2011 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

4.4 Unterlassung der Nothilfe

- *Unterschiedliche Voraussetzungen der unmittelbaren Lebensgefahr in Art. 128 und 129 StGB (Erw. 3.b).*
- *Die blossе Ankündigung einer Tat löst keine Nothilfepflicht im Sinne von Art. 128 StGB aus (Erw. 3.c).*
- *Zum subjektiven Tatbestand (Erw. 3.d sowie BGer 6B_774/2010).*

Aus den Erwägungen:

3. Bestraft wird nach Art. 128 Abs. 1 StGB wegen Unterlassung der Nothilfe, wer einen Menschen, den er verletzt hat, oder einem Menschen, der in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt, nicht hilft, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden könnte.

a) Vorliegend wird dem Angeklagten vorgeworfen, in Kenntnis des Planes von M., [...] Familienangehörige umzubringen, unterlassen zu haben, „jemanden Aussenstehenden“ über die angekündigte und geplante Tat zu informieren. (...). Zu prüfen ist daher einzig, ob die von M. angegriffenen Personen in objektiver Hinsicht derart in unmittelbarer Lebensgefahr schwebten, dass der Angeklagte nothilfepflichtig gewesen wäre. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen das Vorliegen sowohl eines örtlichen als auch zeitlichen Konnexes des Angeklagten mit dem Vorgang der unmittelbaren Lebensgefahr in casu verneint, weil er sich zur Tatzeit nicht im Hause M., sondern auf B. aufgehalten habe. Zudem seien ihm die Tötungspläne über einen längeren Zeitraum mehrfach mitgeteilt worden, weshalb er zu keinem bestimmten Zeitpunkt unmittelbare Lebensgefahr habe feststellen können. Die Staatsanwaltschaft vertritt in der Berufungsbegründung die Auffassung, die räumliche oder zeitliche Nähe seien keine Unmittelbarkeitskriterien. Die allgemeine Beistandspflicht müsse vielmehr auch dann bestehen, wenn jemand eine Lebensgefahr aus der Distanz oder zu einem noch früheren Zeitpunkt feststelle. Es sei deshalb nicht erforderlich, dass der Angeklagte sich unmittelbar am Tatort befand. Der Zeitpunkt der Tat sei genügend eingegrenzt gewesen und der Ausdruck „unmittelbar“ deute auf die Wahrscheinlichkeit der Verletzung.

A 4.4

b) Die Vorinstanz hat in eingehender Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung im Ergebnis zutreffend angenommen, Unmittelbarkeit der Lebensgefahr setze objektiv Aktualität der Lebensgefahr voraus. Gemeint ist eine Situation, in der es keiner weiteren Bedingung mehr bedarf, um die Lebensgefahr entstehen zu lassen, d.h. das Leben des Opfers muss „an einem seidenen Faden hängen“ (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. Aufl. Bern 2003, § 4 N 68; Trechsel/Fingerhuth, StGB PK, Art. 128 N 8). Eine solche akute Notsituation auf der Opferseite ist zur Beschränkung der „Zufallspflicht“ von Unbeteiligten erforderlich, da die Nothilfe weder an eine vorausgehende Verletzung durch den Täter wie in der ersten Tatbestandsvariante von Art. 128 Abs. 1 StGB noch an eine Schuld für die Gefahrenentstehung angeknüpft werden kann. Sie setzt das Vorliegen einer offenkundigen, akuten Gefährdung des Lebens voraus (vgl. Aebersold, BSK, Art. 128 StGB N 22 mit Hinweis auf Schultz, ZStrR 1991 S. 407). Das Unmittelbarkeitserfordernis darf nicht unbesehen demjenigen im Tatbestand der Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB gleichgesetzt werden, weil die Lebensgefahr nicht wie in jenem Tatbestand Folge des Täterverhaltens, sondern die Ursache der Gefahr vielmehr bedeutungslos ist (vgl. Trechsel/Fingerhuth, a.a.O., Art. 128 N 8). Mangels dieser Ursächlichkeit zwischen Täterverhalten und Notsituation muss die Annahme einer Nothilfepflicht nach Art. 128 StGB objektiv eine gegenwärtige Lebensgefahr voraussetzen. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft kann deshalb aus dem Epitheton „unmittelbar“ abweichend vom Tatbestand der Gefährdung des Lebens (dazu vgl. Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 4 N 8; auch BGE 106 IV 14 ff. = Pra 1980 Nr. 94; zutreffend relativierend das angef. Urteil E. I.B c/aa) die Relevanz der zeitlichen Nähe gefolgert werden, was bereits im Begriff „Nothilfe“ zum Ausdruck kommt.

c) Die bloße Ankündigung einer Tat löst in Übereinstimmung mit dem eben Gesagten denn auch noch keine Nothilfepflicht aus, weil die Lebensgefahr noch nicht unmittelbar ist (so im Hinblick auf die bloße Ankündigung eines Suizidversuches, noch unabhängig von der Problematik des eigenverantwortlichen Suizids, Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 4 N 68), ausser die Tatverwirklichung stünde im nächsten Moment bevor (Aebersold, a.a.O., N 23 f.). Somit ist zwar, wie die Staatsanwaltschaft an sich unter Hinweis auf den Fall, wo per Feldstecher ein Kletterer in Nöten beobachtet wird, zutreffend geltend macht, die räumliche Nähe des Täters zu dem in Lebensgefahr schwebenden Menschen nicht unbedingt erforderlich. Grundsätzlich spielte es also für die Tatbestandsmäßigkeit keine wesentliche Rolle, ob sich der Angeklagte zur Tatzeit auf dem B. befand. Konkret hat der Angeklagte indes das mit der wirklichen Umsetzung der Tatankündigungen einhergehende Eintreten der Lebens-

gefahr nicht mitbekommen. Die Anfrage M.s hinsichtlich einer Fluchtmöglichkeit auf B. kann noch nicht als konkrete Umsetzungshandlung aufgefasst werden. Umstände, dass die Tatverwirklichung bei den Tatanrückmeldungen im nächsten Moment bevorstand, lassen sich der als Anklage dienenden Strafverfügung nicht entnehmen. Der Angeklagte war bei den Anrückmeldungen auch nicht nachweislich in der Lage festzustellen, dass Personen der Familie M. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überhaupt in einigen Tagen oder Stunden Opfer eines lebensgefährlichen Angriffs (...) werden könnten. Abgesehen von der Frage, ob er genaue Kenntnis über den Tatzeitpunkt hatte, war die Verwirklichung der angekündigten Tat abhängig von weiteren Ereignissen, wie konkrete Tatplanungen, Entwicklungen im Familienbeziehungsnetz M., Anwesen- bzw. Abwesenheiten von Familienangehörigen usw. sowie von Risikofaktoren, namentlich Dispositionen und inneren Einstellungen M.s, welche ohne entsprechende Fachkenntnisse kaum prognostizierbar waren und selbst heute in der Rückschau nach erfolgter Tat nicht einfach nachvollziehbar sind. Es bestand damit vorher zu keinem ersichtlichen Zeitpunkt eine unmittelbare Lebensgefahr bzw. eine Notsituation, in welcher der Angeklagte tatbestandsmässig Nothilfe unterlassen hätte.

d) Aus diesen Gründen ist der Freispruch vom Vorwurf der Unterlassung der Nothilfe im angefochtenen Urteil im Ergebnis schon in objektiver Hinsicht nicht zu beanstanden. Auf die Ausführungen der Berufung zur Zumutbarkeit der Meldung der angekündigten Tötungspläne sowie zum Subjektiven muss daher nicht weiter eingegangen bzw. kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden, auch wenn es im Nachhinein zu begreifen schwer fällt, dass mehrere Jugendliche in Kenntnis der näheren Umstände, insbesondere der misslichen Familiensituation und der Tatanrückmeldungen M.s, niemanden informierten. Sie glaubten zwar nicht daran, waren aber doch auch nicht überzeugt, dass nichts passieren wird. Der Angeklagte hat so konstant und entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft glaubhaft ausgesagt, nicht an die Tatausführung geglaubt bzw. nicht damit gerechnet zu haben.

(Urteil vom 5. August 2010, SK 2010 14; eine Beschwerde in Strafsachen der Staatsanwaltschaft wurde mit BGer 6B_774/2010 vom 7. Januar 2011 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

5. Strafprozessrecht

5.1 Einstellung einer Strafuntersuchung, Strafbefreiung

- *Strafbefreiung und Einstellung des Strafverfahrens nach Art. 54 StGB ohne Schuldfeststellung verletzt die Unschuldsvermutung nicht (Erw. 2.a, b und d).*
- *Eine Kostenaufgabe darf nicht den Eindruck einer Schuldfeststellung erwecken (Erw. 3.b).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

a) Art. 54 StGB (entsprechend Art. 66^{bis} Abs. 1 aStGB) sieht vor, dass die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absieht, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen ist, dass eine Strafe unangemessen wäre. Ein Verfahren kann in Anwendung dieser Bestimmung durch die Untersuchungs- oder Anklagebehörde noch vor abschliessender Prüfung der Schuld und somit insbesondere auch ohne Vorliegen eines Geständnisses eingestellt werden, während bei einer gerichtlichen Bewertung grundsätzlich ein Schuldspruch mit gleichzeitigem Strafverzicht auszufällen ist (vgl. BSK-Riklin, 2. A., N 30 f. vor Art. 52 ff. StGB; BGE 135 IV 27 ff. Erw. 2; bezüglich gerichtlicher Einstellung z.T. abweichend EGV-SZ 2008 A 5.3 S. 51 f.).

b) (...) die Verfahrenseinstellung [erfolgte] ohne Abklärung des Schuldverdachts, wofür entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht nach dem Gesagten durchaus Raum besteht (vgl. zur Problematik der Terminologie des Gesetzes, welches unpräzise ausschliesslich die Begriffe „Tat“ und „Täter“ verwendet, Trechsel et al., Praxiskommentar, N 4 vor Art. 52 ff. StGB und N 5 zu Art. 54 StGB). Eine solche Verfahrenseinstellung nach hinreichender (aber nicht verurteilender) Sachverhaltsklärung verletzt die Unschuldsvermutung grundsätzlich nicht, sofern sie nicht den Vorwurf des tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens beinhaltet (vgl. dazu BSK-Riklin, 2. A., N 31 vor Art. 52 ff. StGB mit Hinweisen). (...).

d) Das Bezirksamt (...) hat einem *hypothetischen* geringen Verschulden der Beschwerdeführerin die Folgen der ihr angelasteten Tat (...) gegenübergestellt und kam richtigerweise zum Schluss, ein Festhalten

an der Bestrafung würde sich jedenfalls als unangemessen erweisen. Dem ist beizupflichten; die Angeschuldigte erschiene selbst bei einem erwiesenen Verschulden nach dem Gesagten schon genug bestraft (vgl. BGE 117 IV 245 ff. E. 2 = Pra. 81 [1992] Nr. 211 S. 793; BSK-Riklin, 2. A., N 34 f. zu Art. 54 StGB).

Damit wurde das Verfahren zu Recht in Anwendung des Opportunitätsprinzips gemäss Art. 54 StGB eingestellt. Unter Vorbehalt, dass die Ausführungen in der Einstellungsverfügung die Unschuldsvermutung auch anderweitig nicht verletzen, besteht kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf abschliessende richterliche Beurteilung der vorgebrachten Unschuld im Rahmen des strafrechtlichen Verfahrens (vgl. dazu BSK-Riklin, 2. A., N 39 vor Art. 52 ff. StGB). Die Beschwerdeführerin erweist sich diesbezüglich als nicht beschwert, womit die Staatsanwaltschaft insoweit korrekterweise nicht auf die erste Beschwerde eintrat (...).

3. (...)

b) (...). In Anwendung des Prinzips des Vorrangs des Bundesrechts (sog. derogatorische Kraft des Bundesrechts; Art. 49 Abs. 1 BV) ist jedenfalls davon auszugehen, dass § 54 Abs. 3 StPO (entgegen seinem Wortlaut) in Fällen wie dem vorliegend zu beurteilenden keine Anwendung finden kann, würde durch eine Verurteilung in die Kosten doch indirekt der Eindruck erweckt, es sei ein schuldhaftes Verhalten eines Beschuldigten festgestellt worden, was sich nach dem Gesagten als bundesrechts- bzw. EMRK-widrig erweisen würde.

(Beschluss vom 27. Juli 2010, RK2 2010 37).

5.2 Beschlagnahme eines Fahrzeuges

- *Zulässigkeit der Sicherungsbeschlagnahme an Dritteigentum (Erw. 3.a).*
- *Die Gefahr für den Strassenverkehr erscheint hinreichend wahrscheinlich und wird durch den Führerausweisentzug nicht ausgeräumt (Erw. 3.b).*
- *Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. a) (...) Grundlage für die Sicherungsbeschlagnahme ist § 42 Abs. 1 StPO, wonach Gegenstände, welche einzuziehen sind, beschlagnahmt werden. Die Einziehung ihrerseits stützt sich auf Art. 69 StGB, wonach

A 5.2

diese *ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person* zulässig ist. Es kann daher auch Eigentum von Dritten beschlagnahmt werden, welche keinen Bezug zur Straftat haben. Es spielt folglich keine Rolle, wer Eigentümer eines Gegenstandes ist. Entscheidend ist vielmehr, ob die Beschlagnahme notwendig ist, um (soweit die sonstigen Voraussetzungen der Beschlagnahme gegeben sind) dem Angeschuldigten die Verfügungsgewalt über diesen Gegenstand zu entziehen (Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, N. 24, 70 und 84 zu Art. 69 StGB; Baumann BSK-I, N. 14b zu Art. 69 StGB; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, N. 1156). Die Beschlagnahme des Fahrzeugs ist daher grundsätzlich zulässig.

b) Gemäss Art. 69 StGB i.V.m. § 42 Abs. 1 StPO ist die Sicherungsbeschlagnahme bei einer Gefährdung der Sicherheit von Menschen geboten. Da es sich vorliegend um eine vorläufige Massnahme handelt, muss die Gefährdung der Sicherheit lediglich glaubhaft sein, ein strikter Beweis ist nicht erforderlich (Schmid, a.a.O., N. 84 zu Art. 69 StGB; Oberholzer, a.a.O., N. 1151). Allerdings genügt für eine Beschlagnahme im Strassenverkehrsrecht eine wiederholte Delinquenz allein nicht, es muss vielmehr ein Fall vorliegen, in welchem auf Unverbesserlichkeit zu schliessen ist und andere Massnahmen voraussichtlich nicht ausreichen.

(...) Der Beschwerdeführer bestreitet zu Recht nicht, dass es eine Gefahr für den Strassenverkehr und die daran beteiligten Menschen darstellen würde, falls er während der Dauer seines Fahrverbots erneut Auto fahren würde. Zu diesem Schluss kam bereits das Verkehrsamt, welches dem Beschwerdeführer den Führerausweis für unbestimmte Zeit entzog und dessen Wiedererlangung von zahlreichen Auflagen abhängig machte. Es fragt sich mithin, ob das Fahrverbot allein Gewähr genug ist, dass der Beschwerdeführer nicht mehr Auto fährt, oder ob ihm das Fahrzeug zwangsweise entzogen werden muss, um dies sicherzustellen (...). In Anbetracht der wiederholten strafrechtlichen Auffälligkeiten und insbesondere der mehrfachen Rückfälligkeit des Beschwerdeführers während gerichtlich angeordneten Probezeiten erscheint es aber als durchaus nahe liegend, dass er sich der scharfen und für ihn offenbar sehr unangenehmen Sanktion des unbefristeten Fahrverbots nicht beugen und das Fahrzeug erneut benutzen könnte. Eine Gefahr für den Strassenverkehr und die Verkehrsteilnehmer, welche nur durch die Beschlagnahme des Tatfahrzeugs beseitigt werden kann, erscheint im vorliegenden Fall bei vorläufiger Beurteilung daher als hinreichend wahrscheinlich.

c) Als hoheitliche Zwangsmassnahme muss die Beschlagnahme verhältnismässig sein und den Grundsätzen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit genügen (Baumann, a.a.O., N. 14 zu Art. 69

StGB). Der Beschwerdeführer rügt, die Beschlagnahme genüge diesen Erfordernissen nicht.

aa) (...) Der Beschwerdeführer übersieht, dass eine Beschlagnahme nie den Zweck hat, die Gefahr zu beseitigen, welche von einer Person als solcher ausgeht. Vielmehr geht es um das Sicherheitsrisiko, welches ein bestimmter *Gegenstand* darstellt bzw. der Gegenstand im Besitz der betreffenden Person bedeutet. Dieses Risiko wird offensichtlich gebannt, indem der Zugriff auf den fraglichen Gegenstand verunmöglicht wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen nur insoweit, als es sich um Gegenstände handelt, welche völlig problemlos wiederbeschafft werden können, vor allem solche des täglichen Gebrauchs (vgl. Baumann, a.a.O., N 14 zu Art. 69 StGB). Vorliegend handelt es sich aber nicht um einen Gegenstand des alltäglichen Gebrauchs bzw. um ein „herkömmliches“ Auto. Vielmehr ist das Tatfahrzeug ein leistungsfähiger, 192-PS starker Sportwagen. Zudem ist mit der Vorinstanz anzunehmen, dass der Beschwerdeführer sich aufgrund seiner Verschuldung derzeit nicht ohne Weiteres ein Ersatzfahrzeug beschaffen kann. In concreto ist die Beschlagnahme daher durchaus geeignet, das relevante Risiko, nämlich dasjenige, welches vom Tatfahrzeug in den Händen des Beschwerdeführers ausgeht, zu beseitigen.

bb) Die Beschlagnahme ist auch erforderlich, da kein milderes Mittel ersichtlich ist um sicherzustellen, dass der Beschwerdeführer das Tatfahrzeug nicht mehr benutzt, bis sachinstanzlich über eine Einziehung befunden ist. Insbesondere bedeutet das angeordnete Fahrverbot keine genügende Sicherheit dafür (vgl. oben E. 3.b). Im Übrigen kann das Fahrzeug auch nicht an die Leasinggeberin herausgegeben werden, da diese angekündigt hat, den Mazda dem Beschwerdeführer wieder auszuhandigen.

cc) Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, dass die Beschlagnahme eine unzumutbare Belastung darstelle. Nicht nur müsse er auch weiterhin die Leasingraten zahlen, obwohl er das Fahrzeug nicht mehr nutzen kann, vielmehr würde das Fahrzeug auch verschiedenen seiner Angehörigen vorenthalten, welche dieses ebenfalls regelmässig genutzt hätten. Auch diese Einwände verfangen nicht. Nahezu jede Beschlagnahme ist mit einer finanziellen Einbusse verbunden, sei es in Form des Wertverfalls des Gegenstandes, sei es durch weiterhin anfallende Abzahlungs- bzw. Mietkosten oder eben Leasingraten. Ebenso bringt jede Beschlagnahme zwingend mit sich, dass der Betroffene den Gegenstand (vorübergehend) weder selbst nutzen noch anderen zur Verfügung stellen kann. Indem der Beschwerdeführer aber lediglich diese mit jeder Beschlag-

A 6.1

nahme einhergehenden Konsequenzen nennt und keineswegs darlegt, inwiefern er besonders hart betroffen sei, vermag er die behauptete Unzumutbarkeit nicht darzulegen.

d) Die Beschlagnahme des im Eigentum eines Dritten stehenden Tatfahrzeugs ist daher grundsätzlich zulässig. Sie erscheint vorliegend als vorläufige Massnahme auch geboten, da das Fahrzeug in den Händen des Beschwerdeführers auch weiterhin eine Gefahr darstellt und die Massnahme bis zum sachrichterlichen Entscheid verhältnismässig ist. (Beschluss vom 4. Februar 2010, RK2 2009 67).

5.3 Bussenumwandlung, Zuständigkeit

- *Zur Behandlung des Gesuchs der Eidgenössischen Steuerverwaltung um Umwandlung der von ihr wegen Steuergefährdung ausgefallten, rechtskräftigen MWST-Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe ist das kantonale Strafgericht einzelrichterlich zuständig.* (Beschluss vom 18. Juni 2010, RK2 2010 46).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Leitsätze in Rechtsöffnungssachen

1. Ein Staat genießt zwar für den nachträglich in ein Kaufgeschäft umgewandelten Tausch von Erntemaschinen gegen Baumwolle keine Vollstreckungsimmunität. Die Zustellung des Zahlungsbefehls erweist sich vorliegend jedoch als nichtig, weil sie gemäss völkerrechtlichen Abkommen auf dem konsularischen Weg und nicht durch öffentliche Bekanntmachung im Inland hätte erfolgen dürfen, die abgesehen davon mangels Ausschöpfung aller Mittel unzulässig war (Beschluss vom 26. Februar 2010, RK2 2009 121).

2. Der diplomatische Vertreter genießt Immunität vor der Zivilgerichtsbarkeit des Empfangsstaates, nicht aber derjenigen eines Drittstaates. Der Beklagte kann sich als Schweizer Bürger (doppelte Staatsangehörigkeit wird nicht behauptet) demnach gegenüber der Schweizer Jurisdiktion nicht auf die im Ausland empfangene Immunität berufen (Beschluss vom 25. Oktober 2010, RK2 2010 4).

3. Die konkursite Exfrau des auf Grundpfandverwertung betriebenen Schuldners ist im Rechtsöffnungsverfahren nicht prozessführungsbefugt, nachdem die Konkursverwaltung deren Rechtsvorschlag ausdrücklich nicht anerkannt und erklärt hat, deren Miteigentumsanteil am Pfandgrundstück verwerten zu wollen (Verfügung vom 16. November 2010, RK2 2010 130).

4. Die abgeänderte Konvention stellt als Prozessvergleich grundsätzlich einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar. Vorliegend kann indes der Rechtssinn der Abänderung in Bezug auf die Indexierung der Unterhaltsbeiträge im Rechtsöffnungsverfahren nicht geklärt werden (Beschluss vom 20. Januar 2010, RK2 2009 119).

5. Gegen das Begehren um definitive Rechtsöffnung eines gerichtlich zugesprochenen Prozesskostenvorschusses, welcher der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht, ist die Verrechnungseinwendung im Sinne von Art. 125 Ziff. 2 OR ausgeschlossen (Beschluss vom 26. Juli 2010, RK2 2009 128).

6.2 Rückweisung eines Betreibungsbegehrens

- *In einer Nichteintretensverfügung war in der Sache gegenüber dem nicht beschwerdelegitimierten Betreibungsamt anzumerken, dass mehrere in Betreuung gesetzte Beträge gegen denselben Schuldner zusammenzurechnen sind und eine Rückweisung des Betreibungsbegehrens nur erfolgen sollte, wenn komplexere Rechenoperationen nötig sind, Unklarheiten bestehen oder derselbe Gläubiger in einem früheren Verfahren vergeblich auf seine Obliegenheit hingewiesen wurde.* (Verfügung vom 16. November 2010, RK2 2010 148).

6.3 Auskunftspflicht des Dritteigentümers

- *Auskunftspflicht des von der Schuldnerin als Dritteigentümer bezeichneten Anwaltes bei der Pfändung (Erw. 2)?*

Aus dem Sachverhalt:

Der Einzelrichter hat ein ausländisches Forderungsurteil vollstreckbar erklärt und das Betreibungsamt angewiesen, Vermögenswerte der Ehefrau A. provisorisch nach LugÜ zu pfänden. Das Betreibungsamt hat in

A 6.3

der Pfändungsurkunde vermerkt, die Schuldnerin besitze keine Aktien der X. AG. Alleiniger Aktionär sei ihr Anwalt. Nachdem dieser die Auskunft zu den Eigentumsverhältnissen verweigerte, sah das Betreibungsamt mit dem Hinweis von einer Pfändung ab, dass zum jetzigen Verfahrensstand keine Auskunftspflicht bestehe.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 95 Abs. 3 SchKG werden unter anderem Vermögensstücke, welche vom Schuldner als Dritteigentum bezeichnet werden, in letzter Linie gepfändet. Anstände hierüber sind im Aussonderungsverfahren zu bereinigen (Art. 106 ff. SchKG). Aufgrund dieser Gesetzesbestimmungen hat das Betreibungsamt (...) auch Drittgegenstände zu pfänden, wenn es überzeugt ist, dass sie dem Schuldner zustehen; die Pfändung von Vermögensstücken, die offensichtlich einem Dritten gehören, ist grundsätzlich nichtig (SchKG-Foëx, N. 56 f. zu Art. 95; KUKO SchKG-Winkler, N 14 zu Art. 95 f.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8.A., § 24 N 1 ff.; BGE 110 III 24 f. und 107 III 67 ff. E. 3). Sind die Ansprüche unsicher, ist grundsätzlich nach der Erklärung des Gläubigers vorzugehen, wobei im provisorischen Pfändungsverfahren jedoch analog Art. 272 Abs. 1 SchKG die Glaubhaftmachung eines dem Schuldner gehörenden Vermögensgegenstandes erforderlich ist. Umgekehrt darf kein solches Substrat gepfändet werden, wenn der Gläubiger es nicht anspricht (BGE 105 III 107 ff. E. 3).

Vorliegend erscheint zweifelhaft, ob die Beschwerdeführerin schuldnerische Ansprüche an den fraglichen Aktien hinreichend glaubhaft gemacht hat, zumal der Umstand, dass ein Rechtsanwalt Vermögenswerte eines Mandanten besitzt, ungewöhnlich ist (vgl. BGE 131 III 660 ff. E. 6.1 = Pra 2006 Nr. 120); auch wenn aus dem vorinstanzlich eingelegten Beleg hervorgehen mag, dass die Eheleute A. zu früherem Zeitpunkt Aktionäre waren, kann daraus noch nicht ohne weiteres auf den aktuellen Bestand von Forderungen gegenüber dem Anwalt geschlossen werden. Die Frage kann letztlich offen bleiben, weil die Gläubigerin die fraglichen Vermögenswerte bisher nicht gegenüber dem Betreibungsamt geltend gemacht, sondern erst im Beschwerdeverfahren vorgetragen hat. Das Betreibungsamt war somit nicht gehalten, noch nicht eingebrachte Pfändungsansprüche zu berücksichtigen, zumal auch vom Vollstreckungsrichter diesbezüglich keine Anweisungen ergangen sind. Das Vorgehen des Amtes, mit einer Pfändung bis zur Entstehung einer Auskunftspflicht des Anwaltes zuzuwarten, war unter diesen Umständen

rechtens. Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet.

(Beschluss vom 23. März 2010, RK2 2009 31).

6.4 Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung

- *Eine Überschuldung nach Art. 725 f. OR kann nicht als selbständiger Konkursöffnungsgrund im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG geprüft werden (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. (...) Gestützt darauf (...) hat die Vorinstanz eine Zahlungseinstellung gemäss Art. 190 SchKG verneint. Dem ist beizupflichten.

Soweit die Vorinstanz im Weiteren die Überschuldung als selbständige Konkursöffnungsvoraussetzung geprüft hat, verletzt sie Art. 725a Abs. 1 OR, wonach eine formelle Benachrichtigung des Richters (seitens des Verwaltungsrates oder der Revisionsstelle) Konkursvoraussetzung darstellt. Auch die Klägerin verkennt in diesem Zusammenhang den Unterschied zwischen Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) und Überschuldung, die keineswegs deckungsgleich sind (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8.A., § 38 N 13; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4.A., °13 N 825a; KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 9; SchKG-Brunner, Art. 191 N 1, wonach es bei der Zahlungsunfähigkeit nicht auf das Bilanzgleichgewicht, sondern die Bilanzstruktur [d.h. die Liquidität] ankommt; Fritzsche/Walder, Bd. II, § 38 N 11, wonach Überschuldung für eine Zahlungseinstellung nicht genügt). Im Verfahren nach Art. 190 SchKG kann mithin der Konkursrichter die Überschuldung nur als zusätzliches Indiz für eine Zahlungseinstellung heranziehen, das allein nicht genügt. Dies wird auch aus dem von der Rekursgegnerin zitierten bundesgerichtlichen Präjudiz vom 15. Dezember 1993 (SemJud 1994 433) klar, wo von „insolvabilité“ und nicht etwa von „surendettement“ (E. 3. a) bzw. von „art. 725 CO“ als zusätzlichem Symptom die Rede ist (E. 3. b, ungenau zit. bei SchKG-Brunner, Art. 190 N 11), andernfalls die Legitimationsvoraussetzung von Art. 725a Abs. 1 Satz 1 OR ausser Kraft gesetzt würde. Ferner muss es sich bei der Zahlungseinstellung um einen dauerhaften Zustand handeln (BGer 2P.67/2003 vom 12. August 2003 E. 3.3). Davon kann vorliegend nach dem Gesagten keine Rede sein.

Im Übrigen wäre auch die Überschuldung nicht ohne Weiteres erstellt. Dem Konkursrichter steht es im Verfahren nach Art. 190 SchKG jeden-

A 6.5

falls nicht zu, die Massgeblichkeit von Sanierungsbemühungen bzw. die Gültigkeit von Rangrücktrittserklärungen nachzuprüfen; mindestens aber hätte der Beklagten, wie sie zu Recht einwendet, Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt werden müssen (vgl. Art. 173a Abs. 2 SchKG und Art. 725a Abs. 1 Satz 2 OR).

(Beschluss vom 5. August 2010, RK2 2010 57).

6.5 Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister

- *Gestützt auf die Verordnung des Bundesgerichtes vom 29. März 1939 wurden im Jahr 2010 bei allen Betreibungsämtern zur Entlastung der Eigentumsvorbehaltsregister sämtliche vor dem 1. Januar 2005 eingetragenen Eigentumsvorbehalte gelöscht, sofern gegen die Löschung nicht innert angesetzter Frist Einspruch erhoben wurde.*

(Beschluss vom 9. März 2010, RK 2010 19).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Fristberechnung

- *Zustellfiktion und Abholfrist bei der Post.*

Aus den Erwägungen:

1.2 Vorgängig ist zu prüfen, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde rechtzeitig erfolgt ist.

1.2.1 Den Akten ist hierzu folgendes zu entnehmen: Der angefochtene RRB datiert vom 22. Dezember 2009 und wurde am Dienstag, 29. Dezember 2009 versandt (...). Am Mittwoch, 30. Dezember 2009 wurde die Sendung von der Post zur Abholung gemeldet. Auf dem Umschlag wurde „Frist bis 07. Jan. 2010“ vermerkt. Der Beschwerdeführer hat die Sendung am Donnerstag, 7. Januar 2010 bei der Poststelle ... abgeholt (...) und am 27. Januar 2010 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben.

1.2.2 Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin hat die siebentägige Frist der Zustellfiktion am Mittwoch, 30. Dezember 2009 zu laufen begonnen und am Dienstag, 5. Januar 2010 geendet. Selbst wenn die siebentägige Frist erst ab dem Donnerstag, 31. Dezember 2009 gezählt würde, hätte die siebentägige Frist am Mittwoch, 6. Januar 2010 geendet. Dass es sich beim Mittwoch, 6. Januar 2010 um einen kantonalen Feiertag handle, spiele keine Rolle, da Feiertage den Eintritt der Zustellfiktion nicht hindern würden. Die postalische Abholfrist bis am Donnerstag, 7. Januar 2010 habe keinen Einfluss auf die Zustellfiktion; erstere besage nur, bis wann eine Sendung postalisch abgeholt werden könne, nicht jedoch, wann der Beginn der Rechtsmittelfrist sei. Die Beschwerdefrist habe am 5. Januar 2010 oder allenfalls auch am 6. Januar 2010 zu laufen begonnen, so dass sie am 25. Januar 2010 resp. spätestens am 26. Januar 2010 abgelaufen sei. Die Beschwerde vom 27. Januar 2010 sei in jedem Falle verspätet erfolgt.

B 1.1

1.2.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, ihm sei nicht bewusst gewesen, dass die infolge des Feiertages vom 6. Januar 2010 um einen Tag verlängerte Abholfrist zu einem Auseinanderklaffen von „Abholfrist“ und „Zustellfiktion“ führe. Er sei vielmehr überzeugt gewesen, dass die Sendung mit der Abholung am 7. Januar 2010 als zugestellt gegolten habe. Im Weiteren führt der Beschwerdeführer aus, dass ein Prozessrechtsverhältnis zwar vorgelegen habe, er jedoch nicht habe damit rechnen müssen, ausgerechnet zwischen Weihnachten und Neujahr einen Entscheid zu erhalten. Er bestreite, dass eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ vorgelegen habe. Er sei vom 29. Dezember 2009 bis am 6. Januar 2010 auf ... in den Ferien gewesen, weshalb er keine Postsendungen habe empfangen können; der 7. Januar 2010 sei somit das erstmögliche Datum für die Kenntnisnahme des Entscheides gewesen. Es sei lebensfremd, wenn er für die kurze Abwesenheit über die Feiertage einen Vertreter für die Entgegennahme der Post hätte bestimmen sollen.

1.2.4 Eine eingeschriebene Sendung gilt als zugestellt, wenn sie vom Adressaten oder einer anderen empfangsberechtigten Person auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der angesetzten Abholfrist, so gilt die Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, und zwar selbst dann, wenn die Post von sich aus eine längere Aufbewahrungs- oder Abholfrist gewährt hat und die Sendung erst am letzten Tag dieser Frist abgeholt wird, sowie wenn die Post ausnahmsweise die Ansetzung einer Frist unterlässt (Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, 2.A. Zürich 2008, Art. 133 DBG N 5 mit Hinweisen auf BGE 127 I 131 Erw. 2b; StE 2001 B 96.21 Nr. 8). Diese Zustellfiktion ist aber nur zulässig, wenn gegenüber dem Empfänger als Partei ein sog. Prozessrechtsverhältnis besteht und mithin die Zustellung eines behördlichen Aktes erwartet werden musste. In diesem Falle ist bei der verzögerten Zustellung ein prozessual schuldhaftes Verhalten im Sinne von § 115 Abs. 2 Gerichtsordnung (GO; SRSZ 231.110) anzunehmen (VGE III 2008 113 E. 2.5).

1.2.5 Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, bestand in der Tat ein Prozessrechtsverhältnis. Ein Prozessrechtsverhältnis, das eine Empfangspflicht begründet, entsteht gegenüber einer Person mit der förmlich bekannt gegebenen Einleitung eines Verfahrens durch die Behörde oder einer verfahrenseinleitenden Handlung der Person selber. Die einmal begründete Empfangspflicht dauert fort, auch wenn während mehrerer Monate keine Verfahrenshandlungen ergehen. Erst wenn seit dem letzten verfahrensbezogenen Kontakt sehr lange Zeit - mehrere Jahre - verstrichen sind, gilt die Empfangspflicht nur noch in gelockerter Form (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungs-

rechtspflege im Kanton Bern, Art. 44 Rz. 11). Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Einleitung eines Verfahrens vor dem Regierungsrat - nebst weiteren Personen - mit der Anfechtung des Gemeinderatsbeschlusses ... selber veranlasst. Den Akten ist zu entnehmen, dass das Sicherheitsdepartement dem Beschwerdeführer am 13. Oktober 2009 je eine Eingabe des Rechtsvertreters der Gemeinde ... und des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin zugestellt hatte (...). Somit hat rund zweieinhalb Monate vor dem Versand des angefochtenen RRB gegenüber dem Beschwerdeführer ein letzter verfahrensbezogener Kontakt stattgefunden. Die mit der Einreichung der Verwaltungsbeschwerde begründete Empfangspflicht bestand vorliegendfalls auch über die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage ununterbrochen fort, so dass der Beschwerdeführer stets mit einer Zustellung rechnen musste. Der Umstand, dass die Zustellung des Entscheides zwischen Weihnachten und Neujahr erfolgte, vermag nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers zu ändern. Es existiert mithin keine Verfahrensvorschrift, welche die Zustellung von Entscheiden in dieser Zeit untersagen würde. Dementsprechend gelangt die Zustellfiktion vorliegend zur Anwendung.

1.2.6 Für die Berechnung der Rechtsmittelfrist resp. der Frist für die Zustellfiktion gilt nach kantonaler Praxis die Regel „Zustelltag plus sieben Tage“ (vgl. auch RRB Nr. 933 vom 7. August 2007 publ. in EGV-SZ 2007 C 16.1 S. 204; Verfügung vom 30. November 2004, ZK 2005 54, publ. in EGV-SZ 2005 A 1.2 S. 10). Diese Berechnungsweise steht im Einklang mit der Fristberechnung gemäss dem Europäischen Übereinkommen über die Berechnung von Fristen (SR 0.221.122.3). Demnach beginnt der Fristenlauf um Mitternacht (24:00 Uhr) des Tages, an dem die Frist zu laufen beginnt (d.h. am Tag der Mitteilung, „dies ad quo“) und endet um Mitternacht (24:00 Uhr) des Tages, an dem die Frist abläuft „dies ad quem“ (Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 20 Rz. 40). Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, dass die Frist für die Zustellfiktion um Mitternacht des Tages der Anmeldung zur Abholung, somit am 30. Dezember 2009 um 24:00 Uhr, zu laufen begann und am 6. Januar 2010 um 24:00 Uhr endigte.

Die Beschwerdegegnerin geht hingegen fehl in der Annahme, dass die siebentägige Frist für die Zustellfiktion bereits am 5. Januar 2010 abgelaufen sei. Die Berechnungsweise der Beschwerdegegnerin impliziert, dass der Tag des erfolglosen Zustellungsversuches mitzuzählen wäre, was schliesslich auf die Formel „Datum des ersten Zustellversuches plus sechs Tage“ hinauslaufen würde, was in klarem Widerspruch zur zitierten Praxis stehen würde. Zwar hat das Bundesgericht resp. die II. sozialrechtliche Abteilung im Entscheid 9C_657/2008 vom 9. Dezember 2008 zu

B 1.1

Art. 38 Abs. 2^{bis} über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) festgehalten, dass der Tag des erfolglosen Zustellungsversuches mitgerechnet werde. Die überwiegende neuere höchstrichterliche wie kantonale Praxis hält sich indessen nach wie vor an die Regel „Zustelltag plus sieben Tage“ (Thomas Koller, Höchstrichterliches Durcheinander bei der prozessualen Sieben-Tage-Regel, in: Jusletter v. 15. Juni 2009 Rz. 11 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Koller bezeichnet das erwähnte singuläre Urteil als „Betriebsunfall“, welcher dem höchstrichterlichen Postulat einer klaren, einfachen und einheitlichen Regelung klar widerspreche (Koller, a.a.O., Rz. 16). Das Bundesgericht resp. die II. zivilrechtliche Abteilung hat in einem neuesten Entscheid klargestellt, dass die siebentägige Frist am Folgetag nach dem erfolglosen Zustellversuch zu laufen beginnt und explizit festgehalten, dass mit dem erwähnten Entscheid 9C_657/2008 vom 9. Dezember 2008 die bisherige Praxis nicht geändert werde (Urteil 5A_2/2010 vom 17. März 2010 Erw. 3.1 und 3.2).

1.2.7 Zu prüfen ist schliesslich, ob sich die Frist für die Zustellfiktion infolge des Feiertages vom 6. Januar 2010 (Dreikönigstag) bis am 7. Januar 2010 verlängert mit der Folge, dass die Rechtsmittelfrist erst am 8. Januar 2010 zu laufen beginnt. Vorliegend waren die Poststellen im Kanton Schwyz am 6. Januar 2010 geschlossen (vgl. auch § 2 Abs. 1 Ziff. 3 der Verordnung über die öffentlichen Ruhetage [SRSZ 545.110]). Dementsprechend hat die Post infolge des Feiertages anstatt eine Abholfrist von sieben Tagen eine solche von acht Tagen gewährt. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Demnach ist der Inhaber einer Abholungseinladung während einer Frist von sieben Tagen zum Bezug der darauf vermerkten Sendungen berechtigt (vgl. Art. 2.3.3 Allg. Geschäftsbedingungen „Postdienstleistungen“, siehe <http://www.post.ch/post-agb-postdienstleistungen.pdf>). Für die Zustellung bei Sonn- und Feiertagen sehen die AGB „Postdienstleistungen“ vor, dass, wenn der Zeitpunkt der Zustellung (= Erfüllung) auf einen Sonntag oder auf einen andern am Erfüllungsort staatlich anerkannten oder ortsüblichen Feiertag fällt, als Erfüllungstag der nächstfolgende Werktag gilt (Art. 2.3.3 AGB „Postdienstleistungen“). Diese Regelung hat die Post vorliegend zu Recht angewendet und die Abholfrist um einen Tag verlängert. Nachdem die Post somit korrekt gehandelt hat, kann es unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes nicht angehen, dass die Zustellfiktion und die Abholfrist auseinanderklaffen. Zumindest in den Fällen, in denen die Post entsprechend ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen korrekt vorgegangen ist, muss sich der Rechtsuchende auf eine Kongruenz von Abholfrist und Zustellfiktion verlassen können und dürfen. Es wäre schlechterdings lebensfremd und dem Postulat der

Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit zuwiderlaufend, den Eintritt der Zustellfiktion am 6. Januar 2010 zu unterstellen, währenddessen die Abholfrist bis am 7. Januar 2010 weiterläuft. Folglich trat im vorliegenden Fall die Zustellfiktion erst am 7. Januar 2010 ein und die 20-tägige Rechtsmittelfrist begann am Tag danach, am 8. Januar 2010 zu laufen. Anzumerken ist, dass in Planungs- und Bausachen nach § 94 Abs. 3 GO in der Fassung vom 19. September 2007, in Kraft seit dem 1. Juli 2008, keine Gerichtsferien anwendbar sind (vgl. GS 21 146a, mit Hinweisen auf Abl 2007, S. 1769 bezüglich Publikation des Gesetzestextes und auf Abl 2008, S. 1314 bezüglich Inkraftsetzung per 1. Juli 2008).

Einer solchen Auslegung der kantonalen Bestimmungen über die Zustellungen und Fristen der Gerichtsordnung (vgl. insbesondere § 115 und § 123 GO) steht der von der Beschwerdegegnerin zitierte Bundesgerichtsentscheid (BGE) 127 I 31 nicht entgegen. Im erwähnten Entscheid wurde lediglich festgestellt, dass eine kantonale Praxis, wonach die Zustellfiktion auch eintritt, wenn die Post spontan eine längere Abholfrist gewährt, nicht überspitzt formalistisch sei. Hingegen ist das Bundesgericht nicht zum Ergebnis gelangt, dass die gegenteilige Praxis, nämlich ein Gleichlauf von Abholfrist und Zustellfiktion in Fällen wie dem vorliegenden, bundesrechtswidrig sei.

1.2.8 Nachdem die Rechtsmittelfrist am 8. Januar 2010 zu laufen begann und am 27. Januar 2010 endigte, wurde die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde rechtzeitig erhoben, so dass darauf einzutreten ist.

(VGE III 2010 15 vom 9. Juni 2010).

5. Kausalabgaben

5.1 Schadenwehersatzabgabe

- *Befreiung von der Feuerwehpflicht für einen Bezüger einer ganzen IV-Rente (§ 18 Abs. 1 lit. a Verordnung über die Schadenwehr, SRSZ 530.110).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 2 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über die Schadenwehr vom 27. Januar 1994 (SchWV; SRSZ 530.110) obliegt die Scha-

B 5.1

denwehr grundsätzlich den Gemeinden. Die Gemeinden sind namentlich verpflichtet, Feuerwehren zu organisieren, auszurüsten und aufrechtzuerhalten (§ 11 Abs. 1 SchWV). Die Gemeindefeuerwehr leistet Hilfe bei Brandfällen, Elementarereignissen, Öl- und Wasserunfällen sowie bei Ereignissen, die einen technischen Einsatz erfordern (§ 12 Abs. 1 SchWV).

Ab dem 1. Januar des vollendeten 20. bis zum 31. Dezember des vollendeten 52. Altersjahres sind Männer und Frauen in der Wohnsitzgemeinde feuerwehrpflichtig (§ 17 Abs. 1 SchWV). Von der Feuerwehrrpflicht befreit sind (§ 18 Abs. 1 SchWV, Art. 10 Abs. 1 des Schadenwehr-Reglements der Gemeinde ...):

- a) Personen, die wegen schwerer Behinderung keinen Feuerwehrdienst leisten können;
- b) Personen, die infolge gesundheitlicher Schädigung durch Feuerwehrdienst für den aktiven Dienst untauglich geworden sind;
- c) Personen, die 25 Jahre aktiven Dienst geleistet haben;
- d) Ehegatten und eingetragene Partner von Feuerwehrdienst Leistenden sowie von Befreiten gemäss Buchstaben a, b und c, sofern sie in ungetrennter Ehe oder Partnerschaft leben;
- e) Angehörige des Polizeikorps.

Von der Feuerwehrrpflicht können auf Gesuch hin Alleinerziehende, die Kinder im Vorschul- oder Primarschulalter betreuen, befreit werden (§ 18 Abs. 2 SchWV, Art. 10 Abs. 2 Schadenwehr-Reglement).

(...).

5.2 Wie der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 3. September 2010 darlegt und belegt, hat ihm die IV-Stelle Schwyz mit Verfügung vom 7. September 2006 bei einem Invaliditätsgrad von 100 % mit Wirkung ab 1. September 2004 eine ganze Rente der Invalidenversicherung zugesprochen. Die Vorinstanz stellt sich in ihrer Stellungnahme vom 17. September 2010 auf den Standpunkt, der Bezug einer IV-Rente sei nicht selbstredend Befreiungsgrund. Befreit würden auf Gesuch hin insbesondere Personen, die auf einen Rollstuhl angewiesen oder stark gehbehindert seien. Eine physische Behinderung sei beim Beschwerdeführer indessen nicht bekannt und werde von diesem auch nicht geltend gemacht.

5.3 Der Begriff der „schweren Behinderung“ wird in § 18 Abs. 1 lit. a SchWV nicht weiter definiert. Personen, die eine volle Invalidenrente beziehen, ist es aus gesundheitlichen Gründen nicht oder nur in sehr beschränktem Ausmass möglich, einer Erwerbstätigkeit bzw. einer Tätig-

keit im Aufgabenbereich (z.B. Haushalt) nachzugehen. Bei diesen Personen ist - solange sie die Rente zu Recht beziehen - grundsätzlich davon auszugehen, dass sie aus gesundheitlichen Gründen auch keinen Feuerwehrdienst leisten können (vgl. Wortlaut § 18 Abs. 1 lit. a SchWV). Ob die gesundheitlichen Einschränkungen somatisch, geistig oder psychisch bedingt sind, spielt dabei keine Rolle. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach gemäss § 18 Abs. 1 lit. a SchWV nur Personen mit einer physischen Behinderung von der Schadenwehersatzabgabe befreit werden können, findet zum einen im Wortlaut von § 18 Abs. 1 lit. a SchWV keine Stütze und ist zum anderen mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 der Bundesverfassung) nicht vereinbar. Aus welchen sachlichen Gründen eine solche Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein könnte, wird von der Vorinstanz im Schreiben vom 17. September 2010 denn auch nicht aufgezeigt und ist nicht ersichtlich. Die verfassungskonforme Auslegung von § 18 Abs. 1 lit. a SchWV ergibt demnach, dass Personen, welche eine ganze Rente der Invalidenversicherung beziehen - unabhängig davon, ob sie an einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung leiden - grundsätzlich von der Schadenwehersatzabgabe zu befreien sind. Diese Handhabung des kantonrechtlich vorgeschriebenen Befreiungstatbestandes der „schweren Behinderung“ entlastet die Gemeinden im Übrigen in dem Sinne, dass sie bei Vollrentnern grundsätzlich keine weiteren Abklärungen zum Gesundheitszustand vornehmen müssen. Ob die Befreiung von der (minimal ausfallenden) Schadenwehersatzabgabe aus gesundheitlichen Gründen im Grundsatz sachgerecht ist, ist bei der vorliegend klaren Rechtslage nicht durch das Gericht, sondern allenfalls de lege ferenda durch den Gesetzgeber zu hinterfragen.

Im vorliegenden Fall legt die Vorinstanz nicht dar, aus welchen konkreten Gründen es dem Beschwerdeführer trotz Vollberentung durch die Invalidenversicherung zumutbar und möglich sein soll, Feuerwehrdienst zu leisten. Den dargelegten Grundsätzen entsprechend ist er von der Feuerwehpflicht zu befreien, weshalb er keine Ersatzabgabe zu entrichten hat (§ 20 Abs. 1 SchWV). In diesem Sinne erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

(VGE II 2010 85 vom 20. Oktober 2010).

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

6.1 Gründung einer Wuhrkorporation

- *Bei Stockwerkeigentum im Perimeter einer geplanten Wuhrkorporation hat jeder Miteigentümer Anspruch darauf, zur Gründungsversammlung eingeladen zu werden.*
- *Im Statutarrecht der (gegründeten) Wuhrkorporation kann ein Vertretungszwang für Mit- und Stockwerkeigentümer erlassen werden.*

Aus den Erwägungen:

3.2 Nachdem die im vorgesehenen Perimeter einer zu gründenden Wuhrkorporation liegenden Grundstücke auch gegen den Willen ihrer Eigentümer in diesem Perimeter erfasst werden dürfen und nach der Gründung die Eigentümer solchen Landes verpflichtet sind, ihren Anteil an den finanziellen Lasten eines derartigen gemeinschaftlichen Werks zur Eindämmung von Hochwassergefahren zu tragen, erweist es sich als unumgänglich, dass derart betroffene Grundeigentümer ordnungsgemäss zur Gründungsversammlung der künftigen Wuhrkorporation einzuladen sind. Dies kommt beispielsweise auch in § 3 Abs. 2 Satz 2 FlgV zum Ausdruck, wo der kantonale Gesetzgeber die Geltung der Regelung, wonach derjenige, welcher an der Beschlussfassung nicht mitwirkt, als zustimmend gilt, von der ordnungsgemässen Einladung zu dieser Beschlussfassung abhängig gemacht hat. Allerdings hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Gründung von Wuhrkorporationen in § 51 Abs. 2 Satz 2 WRG normiert, dass die Gründung ohne Rücksicht auf das Ausmass des einbezogenen Bodens dann zustande kommt, wenn an der Gründungsversammlung mehr als die Hälfte der an der Beschlussfassung mitwirkenden Perimeterpflichtigen zustimmt. Dies bedeutet letztlich, dass die an der Gründungsversammlung nicht anwesenden Eigentümer von Grundeigentum innerhalb des Perimeters für die Gründung keine Rolle spielen, was aber nichts daran ändert, dass allen Grundeigentümern die Chance geboten werden muss, durch eine ordnungsgemässe Einladung zur Gründungsversammlung daran teilnehmen zu können.

Das Erfordernis einer Einladung ist an sich zwischen den Parteien unbestritten. Streitig ist indessen insbesondere, wie die Einladung zur Gründungsversammlung bei Stockwerkeigentumsgemeinschaften ordnungsgemäss vorzunehmen ist, bzw. an wen die Einladung zur Gründungsversammlung bei Stockwerkeigentum zu richten ist. Darauf ist nachfolgend zurückzukommen.

(...).

3.4 Zusammenfassend kommt es gestützt auf die dargelegte rechtliche Qualifikation der Stockwerkeigentümergeinschaft in Verbindung mit den aktuell geltenden Bestimmungen des kantonalen Wuhrkorporationsrechts nicht in Frage, *zur Gründung einer Wuhrkorporation* jeweils nur die einzelnen Stockwerkeigentümergeinschaften einzuladen, vielmehr haben alle betroffenen Stockwerkeigentümer Anspruch darauf, von dem mit der Vorbereitung der Gründungsversammlung betrauten Organ, dem Bezirksrat (vgl. § 51 Abs. 2 Satz 1 WRG), eingeladen zu werden. Mithin erweist sich auch das Vorgehen des Bezirkrates, nur die Verwaltungen der jeweiligen Stockwerkeigentümergeinschaften einzubeziehen und von ihnen zu verlangen, dass sie eine Vertretung mit Befugnis zur Abgabe einer einzigen Stimme pro Stockwerkeigentümergeinschaft organisieren, im Zusammenhang mit der Gründung einer Wuhrkorporation als unzulässig. Eine andere Frage ist, ob nach der Gründung der Wuhrkorporation in den Statuten eine Regelung aufgenommen werden darf, welche für Stockwerkeigentümer einen Vertretungszwang vorsieht. (...).

3.6.1 (...) Art. 9 Abs. 2 und 3 des Statutenentwurfes lautete wie folgt:

An der Wuhrgenossenversammlung hat jeder Stimmberechtigte nur eine Stimme, auch wenn er ein oder mehrere perimeterpflichtige Objekte oder ein grösseres oder kleineres Perimeterkapital vertritt.

Körperschaften, juristische Personen, Mit- oder Gesamteigentümer haben einen Vertreter schriftlich zu bestimmen. Ist nur eine zeichnungsberechtigte Person anwesend, gilt diese auch ohne schriftliche Vollmacht als bevollmächtigt. (vgl. ...)

Der Klarheit willen (bzw. um spätere Auslegungsfragen zu vermeiden) regte das Amt für Wasserbau an, in Art. 9 des Statutenentwurfes noch eine Präzisierung zum Stockwerkeigentum vorzunehmen. Diese Anregung wurde in der Folge in der definitiven Fassung der Statuten übernommen, indem der Absatz 2 mit folgendem Satz ergänzt wurde: „Stockwerkeigentümer haben zusammen eine Stimme für das Gesamtgrundstück (Stammgrundstück)“ (vgl. ...).

(...) Vor der Gründung einer Wuhrkorporation gilt (einmal abgesehen von allfälligen bundesrechtlichen Vorgaben, siehe Art. 703 ZGB) ausschliesslich das kantonale Wuhrkorporationsrecht (inkl. die Verweise auf andere Bestimmungen ...), nach dem Gründungsbeschluss kommen zum kantonalen Wuhrkorporationsrecht die von der Gründungsversammlung zu erlassenden Statuten (Wuhrreglement) hinzu. Dabei verhält es sich so, dass den Wuhrkorporationen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen

B 7.1

eine gewisse Organisationsautonomie zukommt. Dafür spricht namentlich auch die Regelung von § 13 Abs. 1 der Kantonsverfassung, wonach u.a. jeder weltlichen Korporation die Verwaltung und die Befugnis, die Art und Weise der Benutzung und der Verwaltung ihrer Güter selbst zu bestimmen, gesichert bleiben. Als Minimalinhalt sind grundsätzlich die Vorgaben von § 4 Abs. 2 Ziff. 1 bis Ziff. 8 FlgV (i.V.m. § 68 EGzZGB und § 51 Abs. 2 WRG) zu beachten.

Im Einklang mit dem Regierungsrat ist festzuhalten, dass es überzeugende Gründe (bzw. eminente öffentliche Interessen an einer Wuhrkorporation, vgl. angefocht. RRB, Erw. 6.2.5) gibt, in den Statuten einen Vertretungszwang für Stockwerkeigentümer vorzusehen. Diese Gründe würden an sich auch bei der Gründung einer Wuhrkorporation gelten, weshalb es grundsätzlich als zulässig erschiene, im Wuhrkorporationsrecht eine vergleichbare Vertretungsregelung auch für die Gründung einer Wuhrkorporation vorzusehen, allerdings wäre dies Sache des Gesetzgebers. Solange aber der Gesetzgeber für das Gründungs-Prozedere *expressis verbis* keine derartige Vertretungsregelung einführt, bleibt es dabei, dass die Eigentümer von Stockwerkeigentum im Perimeter bei der Gründung nicht dazu verhalten werden können, einen Vertreter bestimmen zu müssen. Hingegen im Statutarrecht der Wuhrkorporation kann - soweit von der Mehrheit der Versammlungsteilnehmer erwünscht - ein Vertretungszwang für Mit- und Stockwerkeigentümer erlassen werden, um die Durchführung von künftigen Versammlungen zu erleichtern. In einer solchen statutarischen Vertretungsregelung ist indessen keine ausreichende Grundlage zu erblicken, um bereits vor der Gründung der Wuhrkorporation (und somit vor dem Erlass der Statuten) Stockwerkeigentümer zu verpflichten, sich gemeinsam vertreten zu lassen.

(VGE III 2010 100 vom 28. Oktober 2010).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde

- *Ein Rückweisungsantrag an der vorberatenden Gemeindeversammlung zu einem Sachgeschäft ist unzulässig, wenn er auf ein Nein zur Vorlage abzielt, was nach den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles zu prüfen ist (§ 12 Abs. 2 GOG, SRSZ 152.100).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach § 12 Abs. 1 GOG ist über die der Urnenabstimmung unterstellten Sachgeschäfte und Initiativbegehren vorher an der Gemeindeversammlung zu beraten. Anträge auf Ablehnung oder Nichteintreten sind unzulässig; im Übrigen gilt § 26 dieses Gesetzes (§ 12 Abs. 2 GOG).

Gemäss § 26 Abs. 2 GOG haben bei der Abstimmung Anträge auf Rückweisung, Verschiebung oder Trennung des Geschäftes den Vorrang. Wird Rückweisung oder Verschiebung beschlossen, so geht das Geschäft an den Gemeinderat zurück. In allen andern Fällen wird ein Sachentscheid getroffen (§ 26 Abs. 3 GOG). Dabei wird zuerst über Eintreten oder Nichteintreten abgestimmt. Anschliessend wird über die Abänderungsanträge Beschluss gefasst. Abänderungsanträge, die sich gegenseitig ausschliessen, sind einander gegenüberzustellen. Zum Schluss wird über die bereinigten Hauptanträge abgestimmt (§ 26 Abs. 4 GOG).

2.2.1 Die Anträge gemäss § 26 Abs. 2 GOG sind Ordnungsanträge formeller Natur. Der Sinn eines Antrages auf Rückweisung oder - in geringerem Masse - auf Verschiebung liegt vorab darin, Zeit zu gewinnen, um eine für die Behandlung des Geschäfts wesentliche Abklärung zu treffen, d.h. wenn sich eine Vorlage als noch nicht entscheidungsreif herausstellt, so dass sich eine weitere Überprüfung aufdrängt, u.U. auch in Bezug auf Änderungsmöglichkeiten (vgl. VGE III 2009 235 + III 2010 3 vom 24. Febr. 2010, Erw. 7.2, mit Verweis auf EGV-SZ 1999, S. 206; Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A., § 52 N 1).

2.2.2 Mit dem Antrag auf Rückweisung wird der Gemeinderat verhalten, ein Geschäft einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen. Solche Anträge können aus formellen Gründen (z.B. mangelhafte Vorbereitung oder Information) oder aus materiellen Gründen (wie günstigere Ausführung, neue Vorschläge für die Gestaltung eines Projekts usw.) gestellt werden (Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Rickenbach/Schwyz 2009, S. 105; VGE 837/04 vom 24.3.2005 Erw. 7.3.2; VGE 872/05 vom 28.2.2006 Erw. 4.5.1). Lehre und Rechtsprechung betonen, dass im Verfahren der beratenden Gemeindeversammlung auch gegenüber Anträgen, welche als Rückweisungs- oder Verschiebungsanträge bezeichnet werden, hinsichtlich deren Zulässigkeit eine gewisse Zurückhaltung geboten ist. Wenn solche Anträge sachlich einem Nichteintretens- oder Ablehnungsantrag gleichkommen, sind sie als verdeckte oder getarnte Abweisungs- oder Nichteintretensanträge unzulässig und nicht zur Abstimmung zu bringen (vgl. VGE III 2009 235 + III 2010 3

B 7.1

vom 24. Februar 2010, Erw. 7.3 mit Hinweisen auf Huwyler, a.a.O., S. 105; VGE 566/96 u.W. vom 21.6.1996 Erw. 6 m.H.).

2.2.3 Diese Praxis ergibt sich aus dem Sinn des zweistufigen Beschlussverfahrens mit der Beratung im Versammlungssystem und der Schlussabstimmung an der Urne. Die Urnenabstimmung soll nicht durch verdeckte Rückweisungs- oder Verschiebungsanträge ausgeschaltet werden dürfen oder anders ausgedrückt, es soll das in § 12 Abs. 2 GOG statuierte Verbot von Ablehnungs- und Nichteintretensanträgen durch Anträge, welche anders benannt, aber inhaltlich nahe bei einem Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag liegen, nicht unterlaufen werden dürfen. Wann ein Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag als verdeckter Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag zu qualifizieren und demzufolge unzulässig ist, lässt sich abschliessend nicht generell, sondern nur einzelfallweise anhand der konkreten Umstände beurteilen. Im Gegensatz zur Praxis bei der Zulässigkeit von Abänderungsanträgen ist dabei eine erhöhte Zurückhaltung angezeigt; dies weil andernfalls die Aufgabenteilung zwischen der beratenden Gemeindeversammlung und der Schlussabstimmung an der Urne verwischt würde. Ein zweites mindestens so gewichtiges Argument für diese Zurückhaltung liegt darin begründet, dass die beratende Versammlung weit weniger repräsentativ ist, als die Urnenabstimmung. Die sehr geringe Beteiligung an der beratenden Versammlung bringt es mit sich, dass eine Interessensgruppe durch entsprechenden Besuch die beratende Versammlung majorisieren kann (VGE 566/96 u.W. vom 21.6.1996 Erw. 6; VGE 846/00 v. 5.7.2000 Erw. 5). Gerade die Wahrung der Volksrechte gebietet es, bei der Zulassung von Rückweisungs- und Verschiebungsanträgen, die als verdeckte Ablehnungsanträge zu qualifizieren sind, Zurückhaltung zu üben; denn mit dem hier beschlossenen Vorgehen nimmt man den „Urnenbürgern“, welche wie dargelegt zahlreicher sind als die „Versammlungsbürger“, die Schlussabstimmung weg, was eben gerade das Gegenteil von der Wahrung der Volksrechte ist. Die Stimmbürger haben auch nach Treu und Glauben ein Recht, in der Regel zu den an der Versammlung traktandierten Sachgeschäften an der Urne Stellung nehmen zu können. An der Ausübung dieses Rechts sollen sie nur durch echte und zweifelsfreie Rückweisungs- und Verschiebungsanträge gebremst oder gar ausgeschlossen werden können (vgl. VGE III 2009 235 + III 2010 3 vom 24. Februar 2010, Erw. 7.3 mit Verweis auf VGE 566/96 vom 21.6.1996 Erw. 8c).

2.2.4 Es ist anzuerkennen, dass der Entscheid, ob nun ein echter Rückweisungsantrag oder ein verdeckter Ablehnungsantrag vorliegt, nicht immer leicht zu treffen ist (vgl. EGV-SZ 1988 S. 108 m.H.). Diese The-

matik ist, wie oben erwähnt, anhand der konkreten Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen (...).

3.3 Eine Würdigung der an der Gemeindeversammlung zur Begründung dieses Rückweisungsantrages vorgebrachten Argumente ergibt eindeutig, dass der in A wohnhafte Beschwerdeführer zum einen gegen eine Verlegung der kommunalen Hauptsammelstelle für Entsorgung und des Werkhofes von A nach B ist, mithin den bisherigen Standort der Hauptsammelstelle und des Werkhofes im Gebiet A beibehalten möchte, wobei er der Meinung ist, dass es mit rein organisatorischen Massnahmen (namentlich zweimal statt nur einmal pro Woche eine Kehrriechtour/längere Öffnungszeiten) sowie einer verbesserten Verkehrsführung möglich sein sollte, die Unzulänglichkeiten des aktuellen Standortes der Hauptsammelstelle soweit zu verbessern, dass keine Verlegung nötig werde. Zum andern erachtet es der Beschwerdeführer als unnötig, dass die Gemeinde Ateliers für Kulturschaffende bereitstellt, denn in seinen Ausführungen zum Rückweisungsantrag erwähnt er mit keinem Wort, inwiefern der Gemeinderat nach der Rückweisung die Schaffung von Räumen für Kulturschaffende prüfen und in einer neuen Vorlage ins Auge fassen sollte. Mit anderen Worten lehnt der Beschwerdeführer das an der Gemeindeversammlung präsentierte kombinierte Sachgeschäft im ...(B)-Areal mit Räumen für die kommunale Entsorgung (neue Hauptsammelstelle), für den kommunalen Werkhof und für (vor allem ortsansässige) Kulturschaffende klar ab. Dafür sprechen nicht nur seine Ausführungen im ersten Satz seines Votums an der Gemeindeversammlung („Ich möchte einen Rückweisungsantrag stellen, dass das Geschäft nicht zu Stande kommt“), sondern insbesondere auch die Argumentation, dass sinngemäss Mängel am bestehenden Standort im Gebiet A ohne neue Räume, sondern durch organisatorische und verkehrstechnische Massnahmen (Verdoppelung der Kehrriechtouren, längere Öffnungszeiten der Hauptsammelstelle, Optimierung der Verkehrsführung etc.) behoben werden könnten. Darin ist offenkundig eine Ablehnung des kombinierten Sachgeschäftes „Traktandum 7“ zu erblicken. Der Beschwerdeführer will - was sich aus seinen Vorbringen klar ergibt - weder eine Verlegung der Hauptsammelstelle für Entsorgung ins (B)-Areal, noch eine Verlegung des kommunalen Werkhofs dorthin, noch will er, dass die Gemeinde die erwähnten Hallen im (B)-Areal (mit Umgelände) langfristig mietet, noch dass darin Räume/Ateliers für Kulturschaffende geschaffen und mietweise abgegeben werden, sowie überhaupt ein Baukredit zur Umnutzung dieser Hallen bewilligt wird. Bei dieser Sachlage ist es zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass der Versammlungsleiter den vorliegend zu beurteilenden Rückweisungsantrag des Beschwerdeführers nicht zugelassen und nicht zur Abstimmung gebracht hat.

B 7.2

(VGE III 2010 68 vom 16. Juli 2010; eine dagegen erhobene Beschwerde in Stimmrechtssachen hat das Bundesgericht mit Urteil 1C_373/2010 vom 21. Februar 2011 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

7.2 Stimmrechtsbeschwerde

- *Besoldung von Betriebsbeamten (Sportelsystem – Festanstellung – Mischformen?)*

Aus dem Sachverhalt:

Im Voranschlag 2010 einer Gemeinde war für das Betreuungswesen ein Gesamtaufwand von etwas mehr als Fr. 90'000.-- (gegliedert in die Unterpositionen Besoldung und Verrechnung Miete) aufgeführt, jedoch kein Ertrag budgetiert worden. Nach der Gemeindeversammlung (Budgetgemeinde) beschwerte sich ein Stimmberechtigter, welcher anlässlich der Gemeindeversammlung zum Betreuungswesen das Wort ergriffen, aber keinen Antrag gestellt hatte, beim Verwaltungsgericht und beantragte in der Hauptsache sinngemäss, dass der Voranschlag hinsichtlich der Position Betreuungswesen aufzuheben und nach Bekanntgabe der notwendigen Entscheidungsgrundlagen den Stimmbürgern erneut zur Abstimmung vorzulegen sei.

Aus den Erwägungen:

5.1.1 Nach Art. 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) ist die Besoldung der Betriebsbeamten sowie ihrer Stellvertreter Sache der Kantone. Gemäss § 1 Abs. 1 der kantonalen Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EVzSchKG, SRSZ 270.110) bildet jede Gemeinde einen Betreuungskreis, wobei der Gemeinderat den Betriebsbeamten und den Stellvertreter wählt. Mehrere Gemeinden können sich zu einem Betreuungskreis vereinigen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EVzSchKG). Der Regierungsrat ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 EVzSchKG befugt, Gemeinden in einem Betreuungskreis zu vereinigen, wenn es die Verhältnisse erfordern. In diesem Fall bezeichnet er die Wahlbehörde nach Anhören der beteiligten Gemeinden sowie die untere Aufsichtsbehörde und regelt die Besoldung des Betriebsbeamten (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 EVzSchKG).

5.1.2 § 7 EVzSchKG mit der Überschrift „Besoldung“ normiert im Absatz 1, dass die Betreibungs- und Konkursbeamten die tarifgemässen Gebühren beziehen (so genanntes Sportelsystem). Nach Absatz 2 von § 7 EVzSchKG können die Gemeinwesen den Betreibungs- und Konkursbeamten eine feste Besoldung ausrichten. In diesem Fall werden die Gebühren zuhanden der Kasse des Gemeinwesens bezogen.

5.2.1 Gemäss einem vom Gericht angeforderten Amtsbericht des Regierungsrats vom 23. März 2010 haben sich die Gemeinden im Kanton auf freiwilliger Basis im Betreibungswesen so organisiert, dass insgesamt faktisch nur noch elf Amtsstellen geführt werden. Einzig beim Betreibungsamt Höfe handelt es sich um einen rechtlich vereinheitlichten und vom Regierungsrat genehmigten Betreibungskreis gemäss § 1 Abs. 2 EVzSchKG, während bei den übrigen Ämtern für jede der beteiligten Gemeinden eine separate Buchhaltung geführt wird (vgl. zit. Amtsbericht, S. 1 unten).

Im erwähnten Amtsbericht wird weiter ausgeführt, dass die Betreibungsämter Arth (mit den Gemeinden Arth, Steinerberg und Lauerz), Brunnen (mit den Gemeinden Ingenbohl, Riemenstalden, Morschach und dem Bezirk Gersau), Küsnacht und Schwyz (ab 1. Januar 2010, mit den Gemeinden Schwyz, Steinen, Sattel und Rothenthurm) den Betreibungsbeamten eine feste Besoldung ausrichten.

Demgegenüber wenden die Betreibungsämter Altendorf (mit den Gemeinden Altendorf und Lachen), Einsiedeln (mit dem Bezirk Einsiedeln und der Gemeinde Alpthal), Höfe, Muotathal (mit den Gemeinden Muotathal und Illgau), Schübelbach (mit den Gemeinden Schübelbach und Reichenburg), Unteriberg (mit den Gemeinden Unteriberg und Oberiberg) sowie Wangen (mit den Gemeinden Wangen, Galgenen, Tuggen, Vorderthal und Innerthal) das Sportelsystem an.

5.2.2 Die gerichtlichen Abklärungen ergaben, dass im Kanton Schwyz die im Sportelsystem tätigen Betreibungsbeamten seit jeher zusätzlich zu den Gebühreneinnahmen mit einem vertraglich mit den Gemeinden vereinbarten Festbetrag pro ausgefertigtem Zahlungsbefehl (Wartgeld) entschädigt werden. Die Entschädigungen als Zulagen zu den Sporteleinnahmen betragen in den verschiedenen Gemeinden zwischen Fr. 25.-- und Fr. 52.-- pro Betreibungsnummer, wobei in wenigen Gemeinden noch gewisse Infrastrukturkosten (EDV, Amtslokal) übernommen werden. Gemäss einer Empfehlung des Justizdepartements (heute: Sicherheitsdepartement) und des Kantonsgerichts Schwyz aus dem Jahre 2007 sollte der mittlere Ansatz Fr. 30.-- betragen mit Limitierung nach oben, bzw. in Anlehnung an entsprechende Zürcher Richtlinien sollte eine übergangsweise Abstufung angewendet werden, wonach im unteren

B 7.2

Bereich (1 bis 700 bzw. 1500 Betreibungen) ein höherer Ansatz gilt (mit Rücksicht auf die noch bestehenden kleinen Ämter, die naturgemäss einen höheren Grundkostenanteil aufweisen; vgl. zit. Amtsbericht, S. 2, Ziff. II/2). Im Übrigen wurde im erwähnten Amtsbericht ausgeführt, dass den Gemeinden nahe gelegt wurde, anlässlich personeller Wechsel in der Amtsleitung weitere (faktische und rechtliche) Zusammenschlüsse der Betreibungsämter zu vollziehen sowie einheitliche Besoldungsgrundlagen zu schaffen. Allerdings hielt der Regierungsrat am Schluss seines Amtsberichts fest, er sehe sich nach wie vor nicht veranlasst, die Gemeinden zu einer Zusammenarbeit zu verpflichten.

5.3.1 Zu diesen dargelegten gesetzlichen Grundlagen und den Ergebnissen im Amtsbericht des Regierungsrats zur aktuellen Verbreitung und Anwendung des Sportelsystems in den verschiedenen Gemeinden des Kantons Schwyz nimmt das Gericht wie folgt Stellung. Aus § 7 EVzSchKG ist zu entnehmen, dass der kantonale Gesetzgeber bei der Besoldung von Betreibungsbeamten an sich zwei Systeme vorgesehen hat, entweder das Sportelsystem (§ 7 Abs. 1 EVzSchKG) oder dasjenige der Festanstellung (§ 7 Abs. 2 EVzSchKG) mit gleichzeitigem Bezug der SchKG-Gebühren durch die Kasse des Gemeinwesens. Die Frage, ob nebst den beiden angeführten (reinen) Besoldungssystemen auch noch Varianten (bzw. Mischformen, beispielsweise in Form eines Sportelsystems mit Zuschüssen der Gemeinde, sei es pro Zahlungsbefehl, und/oder als Beitrag an Infrastrukturkosten) zulässig sei, wird in der vorliegenden Regelung von § 7 EVzSchKG nicht thematisiert. Daran anknüpfend stellen sich die Fragen, ob eine Lücke im Gesetz vorliegt und welche Konsequenzen damit verbunden sind.

5.3.2 Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers, ein so genanntes qualifiziertes Schweigen darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden. Herrschende Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken. Während bei einer echten Lücke eine sich unvermeidlich stellende Rechtsfrage nicht beantwortet wird und der Richter diese unter Rückgriff auf die ratio legis zu schliessen hat, liegt bei einer unechten Lücke eine sachlich unbefriedigende Antwort vor, deren Korrektur den rechtsanwendenden Organen

grundsätzlich nicht bzw. nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt ist (vgl. BGE 125 V 11f., Erw. 3 mit Hinweisen). Im Falle einer echten Lücke, d.h. wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, hat das Gericht in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt, nach der Regel zu entscheiden, die das Gericht als Gesetzgeber aufstellen würde. Ist kein Gewohnheitsrecht ersichtlich, wird bei der Lückenfüllung praxisgemäss danach Ausschau gehalten, ob sich in verwandten Rechtsgebieten eine Regelung der offenen Frage findet und es wird dann diese Regelung analog angewendet (vgl. VGE III 2008 3 vom 2. April 2008, Erw. 2.3, publ. in EGV-SZ 2008 B 1.7, S. 81f. mit Hinweis).

5.3.3 Nachdem der kantonale Gesetzgeber in § 7 EVzSchKG den Gemeinden die Wahl überlassen hat, welche Besoldungsvariante sie anwenden wollen, ist nicht einzusehen, weshalb es dem jeweiligen Gemeinderat verwehrt sein sollte, hinsichtlich der Besoldung von Betriebsbeamten ein Sportelsystem mit gewissen Zuschüssen zu wählen. Dies gilt erst recht, als gemäss Amtsbericht des Regierungsrats vom 23. März 2010 seit jeher im Sportelsystem tätige Betriebsbeamte zusätzlich zu den Gebühreneinnahmen mit einem vertraglich von den Gemeinden zugesicherten Festbetrag pro ausgefertigtem Zahlungsbefehl, d.h. mit einem so genannten Wartgeld (in unterschiedlicher Höhe) entschädigt wurden (sowie z.T. mit Zuschüssen an Infrastrukturkosten), ohne dass bei den Änderungen der ursprünglichen, am 25. Oktober 1974 vom Kantonsrat erlassenen Einführungsverordnung vom 27. Oktober 1993 (GS 18-361), vom 12. Dezember 1996 (Abl 1996 1733) und vom 27. Oktober 1999 (Abl 1999 1630) solche seit langem praktizierte Besoldungsvarianten als unzulässig erklärt wurden. Dass solche Varianten (d.h. ein Sportelsystem mit gewissen Zuschüssen durch die öffentliche Hand) nicht nur im Kanton Schwyz, sondern in der ganzen Schweiz verbreitet sind, wird unter anderem auch im SchKG-Kurzkommentar von Daniel Hunkeler (Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2009, Rz. 2 zu Art. 3 SchKG) festgehalten.

5.4 Bei dieser Sachlage ist § 7 EVzSchKG zusammenfassend so auszulegen, dass der kantonale Gesetzgeber in dieser Bestimmung zwar zwei bestimmte Besoldungsvarianten aufführt, indessen aus der Nichterwähnung von weiteren Varianten (d.h. Sportelsystem mit gewissen Zuschüssen der öffentlichen Hand) nicht abzuleiten ist, der kantonale Gesetzgeber habe den Gemeinden die Wahl von solchen Varianten untersagt. Im Übrigen wäre auch nicht ersichtlich, weshalb der kantonale Gesetzgeber solche Varianten generell ausschliessen wollte, und - falls er tatsächlich keine weitere Variante zulassen wollte - warum er dies weder von Anfang

B 7.3

an, noch im Rahmen von zwischenzeitlich durchgeführten Revisionen bzw. Anpassungen der erwähnten Einführungsverordnung angeordnet hat.

(VGE III 2009 222 vom 15. April 2010).

7.3 Stimmrechtsbeschwerde

- *Verwendung von fünffach gelöcherten Stimm- bzw. Wahlcouverts.*

Aus dem Sachverhalt:

Die von der Staatskanzlei für den Wahlgang vom 25. April 2010 den Gemeinden und Bezirken zugestellten Stimm- bzw. Wahlcouverts wiesen erstmals die Besonderheit auf, dass verteilt auf das C5-Couvert fünf runde Löcher eingestanz waren, welche einen Durchmesser von je 6 mm aufwiesen. Für die Wahl von Mitgliedern der kommunalen Behörde standen nebst dem amtlichen Wahlzettel (in weisser Farbe) farbige Wahlzettel (mit vorgedruckten Namen) zur Verfügung, wobei den Wahlvorschlägen der verschiedenen Parteien je eine bestimmte Farbe zugeordnet war.

Aus den Erwägungen:

1.2 Die Gemeindekanzleien (bzw. im Falle von ... die Bezirkskanzlei) versenden die für die Stimmabgabe nötigen Unterlagen so, dass alle Stimmberechtigten sie bei Wahlen spätestens zehn Tage vor dem Wahltag erhalten (§ 20 Abs. 3 lit. b WAG). Die Bezirkskanzlei hat die Abstimmungsunterlagen gemäss Ausführungen in der Vernehmlassung am 26. März 2010 ausgeliefert, womit die Frist gemäss § 20 Abs. 3 lit. b WAG bei weitem eingehalten wurde. Die Staatskanzlei argumentiert, mit dem Erhalt der Wahlunterlagen sei der Beschwerdegrund dem Beschwerdeführer bekannt gewesen und mit der Beschwerdeerhebung am 4. Mai 2010 (dem 10. Tag nach dem Wahlsonntag des 25. April 2010) sei die Beschwerdeführung offensichtlich verspätet erfolgt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Die Schlüssigkeit dieser Argumentation erscheint als fraglich. Der Stimmberechtigte ist nicht verpflichtet, das Zustellungscouvert nach der postalischen Zustellung sofort zu öffnen, sondern er kann dieses Couvert, zumal es leicht als amtliches Wahl- bzw. Abstimmungszustellcouvert erkennbar ist, auch erst am Wahltag öffnen. Auch wenn er früher das Couvert öffnet, ist damit noch nicht erstellt, dass er den Beschwerdegrund sogleich entdeckt, zumal seine

Aufmerksamkeit sich primär auf den materiellen Inhalt des Zustellungs-couverts (in concreto auf die Wahlvorschläge; bei Sachabstimmungen auf die Botschaft und die Stimmzettel) und weniger auf rein wahl- bzw. abstimmungstechnische Utensilien wie das Stimm- oder Wahlcouvert richten wird. Da die Verwirkung der Anfechtungsfrist dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden kann, ist daher dem Nichteintretensantrag nicht Folge zu leisten.

1.3 Als Stimmberechtigter von ... ist dem Beschwerdeführer ein schützenswertes Interesse an der Beschwerdeführung zuzubilligen. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.1 Die Urnenabstimmung, wie sie im WAG vorgeschrieben wird, nämlich die sukzessive Stimmgebung (vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 249), ist dasjenige Abstimmungs- bzw. Wahlverfahren, welches eine absolute Sicherung des Stimmgeheimnisses verbürgen will, mehr noch als eine Stimmgebung in die Urne anlässlich einer Versammlung, da alle in einem Raume anwesenden Bürger ihren Stimmzettel gleichzeitig ausfüllen. Der Abstimmung bzw. Wahl an der Urne (inkl. das damit verbundene System der brieflichen Stimmabgabe) ist die Wahrung des Abstimmungs- bzw. Wahlgeheimnisses immanent oder anders formuliert, das Wahl- und Abstimmungsgeheimnis ist ein dem Urnensystem immanentes Prinzip, das zu beachten ist, auch in jenen Bereichen, wo das WAG keine expliziten auf die Einhaltung des Wahl- und Abstimmungsgeheimnisses gerichteten Vorschriften enthält. Das WAG erwähnt die Pflicht zur Wahrung des Wahl- und Abstimmungsgeheimnisses z.B. in § 21 Abs. 2, wo geeignete Stimm- bzw. Wahllokale postuliert werden, wobei Lokale geeignet sind, wenn den Stimmberechtigten die Wahrung des Wahl- und Abstimmungsgeheimnisses und der freie Zugang zur Urne möglich ist. Die Anforderungen an die Vorkehrungen, welche die geheime Stimmabgabe sichern sollen, sind deshalb streng zu stellen und zu handhaben (BGE 98 Ia 602 Erw. 10b).

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend:

- Die gelochten blauen Couverts sowie die unterschiedlich farbigen Wahllisten seien der Grund für die Wahlbeschwerde.
- Mitglieder des Wahlbüros in den Wahllokalen, andere Wähler, die sich zum gleichen Zeitpunkt im Wahllokal befanden und Stimmzähler konnten auf einen Blick auf das verschlossene Stimmcouvert mühelos erkennen, welche Parteiliste vom Stimmbürger verwendet wurde.
- Zusätzlich bestand die Möglichkeit, durch die Löcher namentlich einzusehen, wer gewählt wurde. Als Beispiele führt er an: Bei Benützung

B 7.3

der wilden Liste (gelb) war es ohne weiteres möglich festzustellen, ob der Wähler den Säckelmeister A gewählt hat, erschien doch im offenen Loch seine Berufsbezeichnung LL.M, die den Säckelmeisterkandidaten unverfänglich preisgibt. Weiter erschienen im mittleren Loch die Buchstaben Ing. H., was eindeutig auf den Bezirksratskandidaten B hindeutet.

- Der Beschwerdeführer folgert, dass dies eine grobe Verletzung des Wahlgeheimnisses sei, dass die freie Ausübung des Stimm- und Wahlrechtes beeinträchtigt worden sei und dass deshalb die Wahlergebnisse aufzuheben seien.

2.3 Der Bezirksrat führt aus, von den total 2'761 eingegangenen Wahlcouverts seien bei einem Couvert die „Löchli“ mit Klebband verschlossen worden und in einem Couvert seien die Wahlzettel in einem weissen gefalteten A4-Papier eingelegt gewesen. Daraus sei zu schliessen, dass die ganz überwiegende Mehrheit der Stimmbürger ihre Stimme frei und ohne Beanstandung abgegeben und sich im Wahlgeheimnis unverletzt geglaubt habe. Selbst wenn sich die Rüge, das Wahlgeheimnis sei verletzt worden, als begründet erweisen sollte, was von Seiten des Bezirsrates bestritten werde, so führe dies nicht ohne weiteres zur Aufhebung des Wahlergebnisses, da diese allfällige Unregelmässigkeit das Wahlergebnis nicht beeinflusst habe.

2.4 Der Staatsschreiber führt in seiner Vernehmung aus, bei den Wahlen vom 25. April 2010 seien erstmals mit Löchern versehene Stimmcouverts eingesetzt worden. Die Verwendung solcher Couverts habe einem Wunsch von Gemeinden entsprochen. Sie erleichtere es festzustellen, dass dem Stimmcouvert alle Stimm- und Wahlzettel entnommen worden seien. In ... und in fünf anderen Gemeinden sei für den Druck der Wahlzettel nach Partei verschieden farbiges Papier verwendet worden. Die gleichzeitige Verwendung von gelochten Stimmcouverts und von farbigen Wahlzetteln sei nicht beabsichtigt gewesen und werde künftig vermieden werden. Damit werde eingeräumt, dass die Konstellation, die sich heuer bei den Wahlen im Bezirk ... (und fünf weiteren Gemeinden) ergeben habe, aus der Sicht der Wahrung des Stimmgeheimnisses nicht ideal gewesen sei. Die Namen der gewählten Personen und Angaben zu ihrem Beruf (wie Ing. oder LL.M) seien bei flüchtigem Hinsehen durch die Löcher nicht erkennbar, sondern nur wenn nach solchen Merkmalen gezielt gefahndet werde. Selbst wenn das Stimmgeheimnis „höchstens minimal geritzt“ werde, so sei der Wählerwille dennoch zuverlässig und unverfälscht ermittelt worden. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn angenommen würde, der eine oder andere Urnen-

gänger habe sich wegen der Löcher nicht getraut, den Wahlzettel „seiner“ Partei ins Stimmcouvert zu legen.

3.1 Bei der gerichtlichen Beurteilung ist vorerst die Frage zu prüfen, ob durch die Verwendung der fünffach gelöcherten Stimm- bzw. Wahlcouverts das Wahlgeheimnis verletzt worden ist.

Bei den Bezirkswahlen vom 25. April 2010 haben in ... 2'726 Stimmberechtigte (98.73 %) brieflich und 35 Stimmberechtigte (1.27 %) via Gang ins Urnenlokal gewählt. Beim Öffnen der Briefstimmen konnten die damit beauftragten Mitglieder des Wahlbüros (bzw. der Zuzüger; vgl. § 29 und 30 WAG) durch Kontrolle des jeweiligen Stimmrechtsausweises (diese müssen identifizierbar, d.h. unterzeichnet sein, damit die briefliche Stimmabgabe gültig ist; vgl. § 37a Abs. 2 lit. a WAG) und durch einen Blick auf das gelöcherte Stimmcouvert, mühelos und ohne Aufsehen zu erheben, erkennen und memorieren, welchen Partei-Farb-Wahlzettel der entsprechende Wähler verwendet hatte oder aber, ob ein Stimmbürger, den man als Blauen, Roten oder Orangen wähnte, überraschend den weissen Wahlzettel benutzt hatte. Durch intensiveres Hinschauen konnten sie zudem durch die Löcher erkennen, ob beispielsweise der LL.M oder der Ing. gewählt oder gestrichen wurde. Dieser „Feinkontrolle“ waren allerdings enge Grenzen gesetzt, ist doch davon auszugehen, dass ansonsten die übrigen Mitglieder des Wahlausschusses, der nicht monocolor zusammengesetzt sein darf, eingeschritten und den über Gebühr Neugierigen zurechtgewiesen hätten.

Als erstes Ergebnis ist somit festzuhalten, dass durch die Verwendung von gelöcherten Wahlcouverts das Wahlgeheimnis klarerweise verletzt worden ist. Dabei wurde das Wahlgeheimnis nicht bloss „minimal geritzt“, sondern das Wahlgeheimnis wurde fünffach gelöchert. Als relativ gering kann man die Wahlgeheimnisverletzung insofern bezeichnen, als bei den brieflich abgegebenen Stimmen nur gegenüber dem Wahlbüro oder eventuell nur gegenüber dem Ausschuss das Wahlgeheimnis durch die gelochten Couverts gelüftet wurde. Ursache der Wahlgeheimnisverletzung ist dabei keineswegs die in ... traditionsgemässe (wie der Bezirksrat ausführt) Verwendung von verschiedenen farbigen Wahlzetteln (für jeden Wahlvorschlag), sondern die Lochung der Stimm- bzw. Wahlcouverts ist alleinige Ursache für die Verletzung des Wahlgeheimnisses. Die Farbigkeit der Wahlzettel hat lediglich die Verletzung akzentuiert. Werden inskünftig wiederum ungelochte und auch hinsichtlich der Materialwahl intransparente Couverts verwendet, so steht der Verwendung von verschiedenen farbigen Wahlzetteln, was das Auszählen erleichtert und die Chancen für ein exaktes Wahlergebnis verbessert, nichts entgegen. Den Schöpfern der fünf Löcher in den Abstimmungscouverts ist durchaus zugute zu halten, dass sie dies anordneten, um die Kontrolle, ob alle

B 8.1

Wahlcouverts geleert wurden, zu erleichtern. Dieses auszähl-technokratische Argument wiegt aber weit weniger als der Grundsatz, wonach das Wahl- und Abstimmungsgeheimnis bei der Urnenwahl streng zu wahren ist und weder geritzt, noch gelöchert werden darf.

Als Fazit ist festzuhalten, dass diese gelochten Couverts bei Abstimmungen und Wahlen keine Verwendung mehr finden dürfen. Weiter ist festzuhalten, dass die Verwendung von verschiedenen farbigen Wahlzetteln nicht zu beanstanden ist. Diese erleichtern den Auszählmodus und es wird dadurch das Wahlgeheimnis nicht verletzt, solange keine gelochten oder sonst wie transparenten Stimm- und Wahlcouverts verwendet werden. Zu erwähnen ist aber andererseits, dass das Problem durch Verwendung von ausschliesslich weissen oder ausschliesslich gleichfarbigen Wahlzetteln, bei Verwendung von gelochten Couverts, nicht gelöst werden kann. Damit kann die Offensichtlichkeit der Wahlgeheimnisverletzung wohl reduziert, nicht aber ausgeschaltet werden. Das Problem, dass durch die Löcher der Ing. oder LL.M. identifiziert werden können, bliebe bestehen. Es sind aber nicht nur offensichtliche, sondern auch geringfügige Wahlgeheimnisverletzungen zu vermeiden.

(VGE III 2010 80 vom 20. Mai 2010).

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

8.1 Nutzungsplanung

- *Geringfügige Plankorrekturen (§ 29 Abs. 2 PBG). Bei Seeuferabstandslinie unzulässig.*

Aus den Erwägungen:

4.2 Die Möglichkeit der Festsetzung von Baulinien wird im PBG und BauR namentlich im Zusammenhang mit dem Abstand von Bauten und Anlagen gegenüber fliessenden Gewässern genannt (§ 66 Abs. 2 PBG, Art. 53 Abs. 3 BauR). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist die Festsetzung der Abstände mittels Baulinien aber auch gegenüber stehenden Gewässern und insbesondere gegenüber dem ...see möglich, zumal unbestritten sein dürfte, dass mit der im geltenden Zonenplan festgesetzten Baulinie gegenüber dem ...see der vorgegebene Mindest-

abstand von 20 m am vorliegend in Frage stehenden Uferabschnitt nicht unter-, sondern überschritten bzw. vergrössert wird. Dies ist zweifellos zulässig. Auch die Einordnung von § 68 Abs. 2 PBG, wonach Baulinien den Abstandsvorschriften vorgehen, unter Ziff. 6 und damit am Ende aller Abstandsvorschriften (Ziff. 1-5), weist darauf hin, dass Baulinien alle Arten von Abständen und damit auch den Seeuferabstand festsetzen können. Es trifft demnach nicht zu, dass die im Zonenplan enthaltene Baulinie nur eine ungefähre und nicht verbindliche Wiedergabe des in Art. 53 Abs. 2 BauR geregelten Gewässerabstandes ist. Bei der abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen festgesetzten Baulinie handelt es sich nicht um eine „falsch“ (d.h. unzulässigerweise in Abweichung von Art. 53 Abs. 2 BauR) eingetragene Baulinie. Ob die Einbuchtungen im See aufgrund der Kunstbauten beim Gewässerabstand bzw. bei der Grenze der Wasserzone mit einzubeziehen sind oder nicht, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidungsrelevant und kann offen gelassen werden. Zweifellos ist die im geltenden Zonenplan festgesetzte Baulinie rechtsverbindlich, selbst wenn mit ihr ein grösserer Abstand als der im kantonalen und kommunalen Recht vorgeschriebene festgesetzt wird. Die Baulinie geht diesen Abstandsvorschriften vor (§ 68 Abs. 2 BauR).

Diesem Zwischenergebnis entsprechend ist das vom Regierungsrat aufgrund der beschwerdeführerischen Argumentation bestrittene Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer an der Aufhebung des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses zu bejahen, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten ist.

5.1 Es stellt sich nachfolgend die Frage, in welchem Verfahren die Baulinie korrigiert werden kann. Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss die Korrektur im Rahmen von § 29 Abs. 2 PBG abgelehnt und die Beschwerdeführer ins ordentliche Zonenplanerlassverfahren (§ 29 Abs. 1 PBG) verwiesen.

Die Beschwerdeführer bringen vor Verwaltungsgericht vor, Sinn und Zweck von § 29 Abs. 2 PBG sei es, geringfügige unzweckmässige Planfestsetzungen zu korrigieren. Für solche Korrekturen wolle der Gesetzgeber - dies auch im Interesse der Verfahrensökonomie - langwierige und komplizierte Nutzungsplanverfahren mit öffentlicher Mitwirkung, amtlicher Publikation, Popularbeschwerdemöglichkeit und Volksabstimmung vermeiden. § 29 Abs. 2 PBG sei zudem grammatikalisch nicht sauber ausgearbeitet. Es gebe keinen Grund dafür, weshalb nur im Erschliessungsplan sowohl unzweckmässige Zonengrenzen wie alle sonstigen unzweckmässigen Festlegungen geringfügig korrigiert werden können, nicht jedoch im Zonenplan. Abstandslinien würden indirekt die Zonengrenze definieren, indem sie die Überbaumungsmöglichkeit zum betreffenden

B 8.1

Gewässer hin bestimmen und so eine entsprechende Grenze analog der Zonengrenze setzen. Mit der Ausweitung der möglichen Korrekturen auch auf irgendwelche Festlegungen mit der Teilrevision des PBG (in Kraft seit 1. Juli 2008) sollten Festlegungen nicht nur im Erschliessungsplan, sondern auch im Zonenplan erfasst sein.

Das kantonale Amt für Raumentwicklung (ARE) hat sich in der Stellungnahme vom 23. November 2009 zur Frage geäußert, ob die Korrektur von im Zonenplan enthaltenen Baulinien im Verfahren nach § 29 Abs. 2 PBG möglich ist. Es äusserte sich dabei dahin gehend, dass § 29 Abs. 2 PBG nicht abschliessend sei. Es könne nicht sein, dass Baulinien im Erschliessungsplan detailliert festgelegt (und auch nach § 29 Abs. 2 PBG geändert) werden können, nicht aber Baulinien im Nutzungsplan. Das Hauptgewicht der Auslegung von § 29 Abs. 2 PBG sei auf die „Geringfügigkeit“ und „Unzweckmässigkeit“ zu legen; Sinn und Zweck der Norm würden geradezu die Anwendbarkeit auf Seeufer- und andere Abstandsvorschriften gebieten.

5.2.1 § 29 Abs. 2 PBG sieht das vereinfachte Verfahren für geringfügige Korrekturen an „unzweckmässig verlaufenden Zonengrenzen“ oder „Festlegungen im Erschliessungsplan“ sowie für die verbindliche Festlegung von „ungenauen Zonengrenzen“ oder „ungenauen Linienführungen im Erschliessungsplan“ vor. Dass die Zonengrenzen im Zonenplan (und nicht im Erschliessungsplan) festgesetzt werden, dürfte seitens der Beschwerdeführer nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Der Wortlaut von § 29 Abs. 2 PBG ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer klar. Soweit die Beschwerdeführer der Ansicht sind, § 29 Abs. 2 PBG spreche von unzweckmässig verlaufenden Zonengrenzen und Festlegungen im Erschliessungsplan und im Zonenplan, ist diese Auslegung - bei der sich die weiter gefassten „Festlegungen“ auch auf den Zonenplan beziehen - mit dem Wortlaut nicht vereinbar. Grammatikalisch ausgelegt sieht § 29 Abs. 2 PBG das vereinfachte Verfahren bei Zonenplänen für geringfügige Korrekturen von „unzweckmässig verlaufenden Zonengrenzen“ und für die verbindliche Festlegung von „ungenauen Zonengrenzen“ vor, nicht aber allgemein für „Festlegungen in Zonenplänen“, wie dies die Beschwerdeführer zu konstruieren versuchen. Der Wortlaut gibt auch keine Hinweise dafür, dass es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung handelt und bezüglich der Zonenpläne neben Korrekturen der Zonengrenzen auch Korrekturen anderer Inhalte in Frage kommen. Ein solcher gesetzgeberischer Wille hätte etwa mit den Begriffen „namentlich“ oder „insbesondere“ zum Ausdruck gebracht werden können.

5.2.2 Die vereinfachte Anpassungsmöglichkeit beim Zonenplan gemäss § 29 Abs. 2 PBG wurde mit der Teilrevision des PBG, in Kraft seit

1. Juli 2008, auch auf den Erschliessungsplan ausgedehnt. Neu ist demnach das vereinfachte Verfahren auch bei unzweckmässigen „Festlegungen im Erschliessungsplan“ und „ungenauen Linienführungen im Erschliessungsplan“ möglich. In Bericht und Vorlage an den Kantonsrat vom 17. Januar 2007 (RRB Nr. 88/2007) wird diese Ergänzung damit begründet, dass sich bei der Ausarbeitung konkreter Projekte manchmal zeige, dass eine Festlegung oder Linienführung im Erschliessungsplan angepasst werden müsse. Eine Anpassung des Wortlauts bzw. Ausweitung des Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens bezüglich der Zonenpläne wurde bei dieser Teilrevision des PBG nicht vorgenommen. Ob der Gesetzgeber das vereinfachte Verfahren bezüglich der Zonenpläne bewusst nur für Korrekturen der Zonengrenzen vorsehen wollte, ist hier irrelevant (siehe nachfolgend Erw. 5.2.3) und kann offen bleiben.

5.2.3 Fest steht, dass mit § 29 Abs. 2 PBG das ordentliche Zonenplanverfahren umgangen werden kann. Dadurch werden Mitwirkungsrechte der Bevölkerung teilweise ausgeschaltet, indem sich nur noch die direkten Anstösser zur Sache äussern und Einsprachen anbringen können. Die Tatsache, dass diese Mitwirkungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, spricht gegen eine extensive Auslegung von § 29 Abs. 2 PBG über dessen Wortlaut hinaus.

Kerninhalt der Zonenpläne ist die Ausscheidung der erforderlichen Bau-, Landwirtschafts-, Schutz- und Gefahrenzonen sowie weiterer Zonenarten nach kommunalem Recht (vgl. § 16 Abs. 1 und 2 PBG). In den Erschliessungsplänen demgegenüber wird die Erschliessung der Bauzonen mit Verkehrsanlagen sowie mit Anlagen für die Wasser- und Energieversorgung sowie die Abwasserbeseitigung geregelt (§ 22 Abs. 1 PBG). § 23 Abs. 2 PBG zeigt beispielhaft auf, welche Festlegungen im Erschliessungsplan vorgenommen werden können. Neben den Linienführungen von Groberschliessungsstrassen und Fuss-, Rad-, Ski- und Schlittelwegen kann der Erschliessungsplan beispielsweise auch die Lage öffentlicher Plätze, die Gleisanschlüsse und die Anschlussstellen der Feinmit der Groberschliessung enthalten. Die Vielfalt der möglichen, gesetzlich vorgesehenen Inhalte eines Erschliessungsplans begründet den in § 29 Abs. 2 PBG gewählten, offenen Wortlaut, wonach unzweckmässige „Festlegungen“ im Erschliessungsplan im vereinfachten Verfahren geringfügig korrigiert werden können. Die Wortwahl bezüglich der Erschliessungspläne in § 29 Abs. 2 PBG, welche offener ist als jene bezüglich der Zonenpläne, ist demnach durchaus begründet; die unterschiedliche Wortwahl lässt sich auf die Inhalte der Pläne zurückführen. Wie § 23 Abs. 2 lit. b und c PBG ausdrücklich bestätigen, können im Erschliessungsplan zur Sicherstellung der Erschliessungsanlagen auch Baulinien festgelegt werden. Mit den Baulinien im Erschliessungsplan

B 8.2

werden Strassenabstände verbindlich festgesetzt. Es versteht sich von selbst, dass eine Änderung der Linienführung einer Erschliessungsanlage mit der Änderung der allenfalls festgelegten Baulinie einhergeht. Daraus, dass demzufolge die Änderung der Baulinien im Erschliessungsplan grundsätzlich im vereinfachten Verfahren möglich ist, kann indessen entgegen der Auffassung des ARE (Ziff. 2.2 der Stellungnahme vom 23.11.2009) nichts zu Gunsten der Möglichkeit einer Korrektur der Baulinien im Zonenplan hergeleitet werden.

Was das ARE unter einer „Zone mit inliegender Baulinie“ (Ziff. 2.2 der Stellungnahme) versteht, ist im Übrigen unklar; das PBG sieht wohl Grenzabstände (d.h. Abstände, welche gegenüber den Parzellengrenzen einzuhalten sind), nicht aber Mindestabstände gegenüber der Zonen-grenze vor. Wie zu verfahren ist, wenn eine Baulinie sich mit der Zonen-grenze deckt, kann offen bleiben, da dieser Sachverhalt nicht vorliegt und im Übrigen auch die Geringfügigkeit fraglich erscheint (siehe Erw. 5.2.4).

5.2.4 Die im geltenden Zonenplan des Bezirks X festgelegte Seeufer-abstandslinie gegenüber dem ...see gehört nicht zum Kerninhalt des Zonenplans. Die Änderung der Baulinie kann nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, welcher Sinn macht und von welchem sich ein Abweichen nicht rechtfertigt, nicht im vereinfachten Verfahren nach § 29 Abs. 2 PBG erfolgen. Gerade im vorliegenden Fall, in dem es um den zum ...see einzuhaltenden Gewässerabstand geht, sind im Übrigen auch Interessen des Natur-, Gewässer- und Gefahrenschutzes betroffen, weshalb die Veränderung der Baulinie in demjenigen Verfahren zu erfolgen hat, in dem diese auch festgesetzt worden ist. Es handelt sich mithin nicht um einen Tatbestand, der lediglich (oder überwiegend) die Interessen der betroffenen Grundeigentümer berührt. Selbst wenn die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 29 Abs. 2 PBG bejaht würde - was indessen nicht der Fall ist - müsste deshalb in Zweifel gezogen werden, dass es sich um eine geringfügige Korrektur i.S.v. § 29 Abs. 2 PBG handelt.

(VGE III 2010 14 vom 24. März 2010).

8.2 Nutzungsplanung

- *Einzonung von im Richtplan als Fruchtfolgefläche (FFF) ausgeschiedenem Land in Bauzone (Umzonung von ca. 90 ha Landwirtschaftsland in eine Intensiverholungszone Golf): Voraussetzungen für eine Abweichung vom Richtplan (Erw. 4).*
- *Raumplanerische Interessenabwägung (Erw. 5.3.1).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid in Erwägung gezogen, dass 82,8 ha der geplanten Intensiverholungszone Golf als Fruchtfolgeflächen im kantonalen Richtplan verzeichnet sind. Der Richtplan sei für die Behörde nicht nur in Bezug auf den Umfang, sondern auch in Bezug der Eignung der darin ausgeschiedenen Fruchtfolgeflächen verbindlich. Unter Hinweis auf die Vollzugshilfe 2006 des Bundes zum Sachplan FFF und auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung schliesst der Regierungsrat, dass die in casu für den Golfplatz vorgesehenen Flächen bei einer Umzonung nicht mehr zu den Fruchtfolgeflächen gezählt werden könnten. Weder werde darauf die dauerhafte Erfüllung der FFF-Qualitätskriterien nachgewiesen noch werde hinreichend dargelegt, dass die Golfplatzflächen in Landwirtschaftsland rückgeführt werden könnten. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die gesamte von der Intensiverholungszone Golf betroffene Fläche nicht mehr zu den Fruchtfolgeflächen gezählt werden könne. Der Verlust an Fruchtfolgeflächen von 82,8 ha könne unstreitig nicht durch die Ausscheidung anderer Flächen als Fruchtfolgeflächen kompensiert werden, da im Kanton Schwyz bereits sämtliche Flächen, welche die Eignungskriterien für Fruchtfolgeflächen erfüllten, als solche ausgeschieden wurden.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Kanton Schwyz müsse gemäss dem Sachplan des Bundes lediglich 2'500 ha an Fruchtfolgeflächen sicherstellen. Zur Zeit habe der Kanton Schwyz jedoch eine Fläche von 3'615 ha als Fruchtfolgeflächen ausgeschieden und sicher gestellt. Landflächen, welche der Kanton über das Minimum hinaus als FFF ausgeschieden habe, seien nicht nach den Vorgaben des Bundes zu beurteilen. Die Interessenabwägung habe deshalb nicht nach denjenigen Kriterien zu erfolgen, welche im Zusammenhang mit Fruchtfolgeflächen zu berücksichtigen seien. Die vom Regierungsrat vorgenommene Gewichtung des Aspektes Fruchtfolgeflächen sei daher fehlerhaft. Der Gemeinderat X macht in diesem Zusammenhang geltend, der Vollzugshilfe des Bundes zum Sachplan FFF lasse sich kein Einzonungsverbot für Golfplätze entnehmen. Die Beschwerdegegnerin verweist in ihrer Vernehmlassung auf die Empfehlung „Golf, Raumplanung - Landschaft - Umwelt“ des BUWAL von 1995. Gemäss diesen Empfehlungen könnten Golfanlagen ausnahmsweise dem Mindestumfang der FFF angerechnet werden. In Krisenzeiten könne der Golfplatz in Landwirtschaftsland zurückgeführt werden. Eine Rekultivierung sei in der Schweiz 1942 auch erfolgreich durchgeführt worden, als der Golfplatz Bad-Ragaz der landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt wurde.

B 8.2

4.3 Im Richtplan des Kantons Schwyz vom 20. Oktober 2004 wird das zur Umzonung vorgesehene Gebiet als Fruchtfolgefläche ausgeschieden (Fruchtfolgefläche Klasse 3). In der Richtplanergänzung Region ... von 2008 (vom Bund genehmigt am 18. Dez. 2008) ist das Gebiet ebenfalls als Landwirtschaftszone eingetragen. Zudem wird der Bereich A in der Richtplanergänzung als Sicherung eines Retentionsraumes (Richtplangeschäft R_M-7) dargestellt. Ein Teil des Teilzonenplans B ist davon betroffen. Auch im kantonalen Sachplan Fruchtfolgeflächen ist das Gebiet den Fruchtfolgeflächen (Klasse III) zugeordnet (Karte einsehbar unter www.geo.sz.ch).

Im Text zum Richtplan vom 20. Oktober 2004 wird hinsichtlich der Landwirtschaft ausgeführt, dass das Inventar der Fruchtfolgeflächen (FFF) total 3'645 ha umfasse. Bis zu einer allfälligen Änderung durch den Bund gälten die innerhalb rechtskräftiger Landwirtschaftszonen gelegenen Fruchtfolgeflächen für die Behörden als verbindlich. Die Zuweisung von Fruchtfolgeflächen in Bauzonen ist gemäss Richtplantext nur auf Grund einer sorgfältigen Interessenabwägung zulässig. An den Nachweis des erforderlichen überwiegenden Interesses sind strenge Anforderungen zu stellen. Ein überwiegendes Interesse können gemäss Richtplantext insbesondere Bestrebungen darstellen, eine angemessene und geordnete wirtschaftliche sowie siedlungsmässige Weiterentwicklung zu garantieren (insbesondere zur Sicherung bestehender und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze, zum Erhalt der wirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit und zur Gewinnung von neuem Wohnraum bei nachgewiesener Verknappung) (vgl. Richtplantext L-3.1).

In den Anpassungen und Ergänzungen zum Richtplan von 2008 wird in Bezug auf die Landwirtschaft u.a. festgehalten, dass das Bundesamt für Raumentwicklung im März 2006 eine Vollzugshilfe zum Sachplan Fruchtfolgefläche verabschiedet habe. Die zuständigen Behörden seien gehalten, diese Vollzugshilfe bei raumwirksamen Aufgaben zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für eine Zuweisung von Fruchtfolgeflächen in die Bauzone werden im Übrigen wie im Richtplantext von 2004 geregelt.

4.4 Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt wird (Art. 1 Abs. 1 RPG). Sie unterstützen mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere die Bestrebungen, die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen (Art. 1 Abs. 2 lit. a RPG) und die ausreichende Versorgungsbasis des Landes zu sichern (Art. 1 Abs. 2 lit. d RPG). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden müssen darauf achten, die Landschaft zu schonen; insbesondere sollen der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes erhalten bleiben (Art. 3 Abs. 2

lit. a RPG). Des Weiteren verpflichtet das Nachhaltigkeitsprinzip gemäss Art. 73 BV die zuständigen Behörden dazu, Nachhaltigkeit im Sinne des Ressourcenschutzes anzustreben. Diese Bestimmung soll auch den Boden als begrenzte natürliche Ressource schützen.

Im Rahmen der Richtplanung ist bei der Bestimmung des für die Landwirtschaft geeigneten Gebietes (Art. 6 Abs. 1 lit. a RPG) der Versorgungsfunktion der Landwirtschaft Rechnung zu tragen. Dies geschieht in der Sicherstellung von Fruchtfolgeflächen (Art. 28 der Raumplanungsverordnung, RPV). Diese umfassen das ackerfähige Kulturland, vorab das Ackerland und die Kunstwiesen in Rotation sowie die ackerfähigen Naturwiesen, und werden mit Massnahmen der Raumplanung gesichert (Art. 26 Abs. 1 RPV). Ein Mindestumfang an solchen Fruchtfolgeflächen wird benötigt, damit in Zeiten gestörter Zufuhr die ausreichende Versorgungsbasis des Landes im Sinne der Ernährungsplanung gewährleistet werden kann (Art. 26 Abs. 3 RPV). Ferner haben die Kantone im Rahmen der Nutzungsplanung dem Versorgungsauftrag der Landwirtschaft Rechnung zu tragen und demzufolge genügend Landwirtschaftszonen auszuscheiden (Art. 16 Abs. 1 und 3 RPG). Insbesondere müssen sie dafür sorgen, dass die Fruchtfolgeflächen den Landwirtschaftszonen zugeteilt werden (Art. 30 Abs. 1 RPV) und sie haben sicherzustellen, dass ihr Anteil an dem vom Bund vorgegebenen Mindestumfang dauernd erhalten bleibt (Art. 30 Abs. 2 RPV).

4.5 Der Bund hat im Jahre 1992 mit dem Sachplan Fruchtfolgeflächen (FFF) für den Kanton Schwyz 2'500 ha Fruchtfolgeflächen festgelegt (BRB vom 8. April 1992). Gemäss RRB Nr. 616/2010 vom 15. Juni 2010 (Beantwortung einer Interpellation von KR Andreas Marty) verfügt der Kanton Schwyz per Ende 2009 aufgrund der genehmigten Zonenplanrevisionen über total 3'615 ha Fruchtfolgeflächen. Dass der Kanton Schwyz über mehr Fruchtfolgeflächen verfügt, als vom Bund als Minimum festgelegt, ändert nichts an den im kantonalen Richtplan festgelegten Vorgaben in Bezug auf die Fruchtfolgeflächen.

Nach Art. 9 Abs. 1 RPG und § 3 Abs. 2 PBG sind die Richtpläne für die Behörden verbindlich. Dass die kantonalen Genehmigungsbehörden den Planungsträgern den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu belassen haben (Art. 2 Abs. 3 RPG), vermag an sich nichts daran zu ändern, dass der Richtplan für die Nutzungsplanung verbindlich ist (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 9 Rz 9). Verlangt das anwendbare Recht eine umfassende Interessenabwägung, ist der Richtplaninhalt als rechtlich verbindliches Ergebnis des räumlichen Abstimmungsprozesses in die Interessenabwägung einzubeziehen. Seine Aussagen sind unverändert in die Abwägungen einzugeben. Insofern bilden sie (was die räumlichen Belange angeht) den ver-

B 8.2

bindlichen Ausgangspunkt der Abwägung; der abwägenden Behörde steht nicht zu, die Aussage des Richtplans neu zu formulieren. Sie muss sie aber bewerten und gegen die vom Richtplan nicht abgedeckten privaten und nicht-räumlichen öffentlichen Interessen abwägen, denn auf diese beiden Schritte des Abwägungsvorgangs erstreckt sich die Bindungskraft des Richtplans nicht. Dabei kann es am Ende zum Unterliegen der im Richtplan ausgedrückten Direktiven kommen (Tschannen, Kommentar RPG, Art. 9 Rz 30; Urteil Bundesgericht 1A.154/2002 vom 22. Jan. 2003 Erw. 4.2; VGE III 2010 140 v. 28. Okt. 2010 Erw. 4.3). Abweichungen vom Richtplan sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sowie von untergeordneter Bedeutung sind und wenn es nach den Umständen unzumutbar erscheint, vorher den Richtplan förmlich zu ändern (BGE 119 Ia 362 Erw. 4a; 112 Ia 281 Erw. 6; 108 Ia 295 Erw. 3; 107 Ia 77 Erw. 2b). Ferner können neue Erkenntnisse ein Abweichen vom Richtplan rechtfertigen (ZBI 92/1991 S. 282). Eine Bindung an den Richtplan entfällt auch dann, wenn sich der Richtplaninhalt im Nutzungsplanungsverfahren als rechtswidrig oder unmöglich erweist, zumal wenn sich die betroffenen Grundeigentümer gegen den Richtplan als solchen nicht zur Wehr setzen konnten (BGE 119 Ia 362 Erw. 4a m.H.). Richtpläne setzen die Nutzungsordnung zudem nicht parzellenscharf fest, beim Erlass des Nutzungsplans ist den Planungsbehörden unter Abwägung aller relevanten Interessen ein Ermessensspielraum zu belassen. Daraus ergibt sich, dass im eigentumsverbindlichen Nutzungsplanverfahren auch vom Richtplan abgewichen werden kann bzw. dieser vorgängig nicht angepasst werden muss, zumal keine kommunale Richtplanpflicht besteht (vgl. § 13 PBG; VGE III 2009 40 v. 28. Juli 2009).

Bei der vorliegend zu beurteilenden Entlassung von über 80 ha Fruchtfolgeflächen aus der Landwirtschaftszone und deren Einzonung in eine Intensiverholungszone handelt es sich nicht um eine untergeordnete Abweichung vom Richtplan. Es sind auch keine weiteren Gründe im vorstehend dargelegten Sinn ersichtlich, welche eine Abweichung von den im Richtplan festgelegten Vorgaben bezüglich der Fruchtfolgeflächen rechtfertigen würden. Eine Abweichung von den richtplanerischen Vorgaben kann daher nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie die im Richtplan dafür festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Die Abweichung vom Richtplan setzt somit voraus, dass eine sorgfältige Interessenabwägung vorgenommen wird und überwiegende Interessen an der Umzonung nachgewiesen werden können, wobei für den Nachweis des erforderlichen überwiegenden Interesses strenge Anforderungen gelten und ein überwiegendes Interesse v.a. dann angenommen werden darf, wenn das Land zur Sicherung bestehender und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze, zum Erhalt der wirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit oder zur Gewinnung

von neuem Wohnraum bei nachgewiesener Verknappung benötigt wird (vgl. Richtplanteil L-3.1). Des Weiteren sind die Vorgaben gemäss der Vollzugshilfe 2006 zum Sachplan Fruchtfolgefläche des Bundesamtes für Raumentwicklung zu berücksichtigen.

Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid somit zu Recht erzwungen, dass die zur Umzonung vorgesehene Fläche im Umfang von über 80 ha als Fruchtfolgefläche ausgeschieden ist, was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

4.6 Unbehelflich ist dabei der Einwand, eine Rekultivierung wäre in Krisenzeiten möglich und die Golfanlage könne daher weiterhin dem Mindestumfang der FFF angerechnet werden. Diesbezüglich verweist der Regierungsrat zu Recht auf die Vollzugshilfe 2006 des Bundesamtes für Raumentwicklung. Danach können die durch Golfplätze beanspruchten Flächen in der Regel nicht zu den FFF gezählt werden. Nur diejenigen Teile eines Golfplatzes, in denen die Qualitätskriterien nachgewiesenermassen und dauerhaft erfüllt werden, dürfen weiterhin als Fruchtfolgeflächen gelten. Durch den Bau des Golfplatzes erheblich beanspruchte bzw. gestörte oder neu geschaffene Flächen sind wie Rekultivierungsflächen zu behandeln. Rekultivierungsflächen sind Flächen, welche auf Grund neuester Kenntnisse fachgerecht rekultiviert wurden. Sie können nach Abschluss der Rekultivierungsmassnahmen, in der Regel frühestens nach vier Jahren, den FFF zugerechnet werden, sofern sie den FFF-Kriterien genügen. Gemäss den in den Urteilen 1A.19/2007 (Erw. 6.4) und 1C_234/2007 (Pra 1/2009 S. 16) des Bundesgerichts wiedergegebenen Ausführungen des Bundesamtes für Raumentwicklung dürfte es jedoch grundsätzlich sehr schwierig sein, Humus für die Rekultivierung einer so grossen Fläche, wie sie für einen Golfplatz benötigt wird, aufzufinden. In dem vom Gemeinderat in Auftrag gegebenen Gutachten des Landwirtschaftlichen Bildungs- und Beratungszentrums Plantahof vom 29. Sept. 2008 zur Frage einer möglichen Existenzgefährdung der durch das Golfprojekt betroffenen Landwirtschaftsbetriebe wird festgehalten, eine Rückführung des Golfplatzes in Landwirtschaftsland dürfte sich - bedingt durch den heiklen Wasserhaushalt in ... - als schwierig erweisen (Vi-act. II/242 S. 6).

Der Bau einer Golfanlage stellt ein bauliches Grossprojekt dar, bei dem in der Regel umfangreiche Erdverschiebungen und Terrainmodellierungen vorgenommen und Drainagen, Bewässerungen, Wege, Teiche und andere Anlagen erstellt werden. Die Erstellung einer solchen Anlage hat einen starken Eingriff in den Lebensraum Boden zur Folge. Auf weiten Teilen der Anlage wird die Fruchtbarkeit des Bodens auf irreversible Weise gefährdet (vgl. Pra 1/2009 S. 16; Zürcher Umweltpaxis, ZUP, Nr. 25/2000 S. 46). Wenn der Regierungsrat in Berücksichtigung der

B 8.2

dargestellten Sachlage festhält, ein Nachweis dafür, dass die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Anrechenbarkeit der Golfanlage als Fruchtfolgefläche gegeben seien, sei nicht erbracht, ist dies nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass - auch wenn eine Rekultivierung rein technisch möglich wäre - diese mit hohen Kosten verbunden wäre. Wer für diese Kosten aufzukommen hat, ist nicht geregelt und es ist nicht auszuschliessen, dass diese Kosten dereinst vom Gemeinwesen übernommen werden müssten.

(...)

5.1 Im Weiteren ist die raumplanerische Interessenabwägung zu prüfen. (...)

5.3.1 Wie bereits erwähnt, sind bei der Interessenabwägung nicht nur die Planungsgrundsätze, sondern insbesondere auch die Vorgaben im kantonalen Richtplan zu beachten. Eine Abweichung vom Richtplan setzt in Bezug auf die Fruchtfolgeflächen voraus, dass eine sorgfältige Interessenabwägung vorgenommen wird und überwiegende Interessen an der Umzonung nachgewiesen werden können, wobei für den Nachweis des erforderlichen überwiegenden Interesses strenge Anforderungen gelten und ein überwiegendes Interesse v.a. dann angenommen werden darf, wenn das Land zur Sicherung bestehender und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze, zum Erhalt der wirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit oder zur Gewinnung von neuem Wohnraum bei nachgewiesener Verknappung benötigt wird (vgl. Richtplantext L-3.1). Des Weiteren sind die Vorgaben gemäss der Vollzugshilfe 2006 zum Sachplan Fruchtfolgefläche des Bundesamtes für Raumentwicklung zu berücksichtigen (Erw. 3.5).

Die im Richtplan vorgenommene Gewichtung zum Schutz von Landwirtschaftsland bzw. Fruchtfolgeflächen wird durch verschiedene bundesrechtliche Raumplanungsgrundsätze gedeckt. Wie bereits erwähnt, verlangen die bundesrechtlichen Raumplanungsgrundsätze eine haushälterische Bodennutzung (Art. 1 Abs. 1 RPG), den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und Landschaft (Art. 1 Abs. 2 lit. a RPG) und die Sicherstellung der ausreichenden Versorgungsbasis des Landes (Art. 1 Abs. 2 lit. d RPG). Zudem soll die Erhaltung von genügend Landwirtschaftsland sichergestellt werden (Art. 3 Abs. 2 lit. a RPG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dem Kulturlandschutz und der Fruchtfolgeflächensicherung grosses Gewicht beizumessen (BGE 1A.19/2007 v. 2. April 2008 Erw. 5.2; BGE 115 Ia 350 Erw. 3f/bb; 114 Ia 371 Erw. 5d). Der landwirtschaftlich nutzbare Boden steht in der Schweiz zunehmend unter Druck. Die Landwirtschaftsfläche nahm in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich ab. Die verbliebene Fläche wird intensiver genutzt, weshalb die Vielfalt der

landwirtschaftlichen Nutzungsformen abnimmt. Dies führt wiederum zu einem Rückgang an landschaftlich bedeutenden Strukturen (Zustand der Landschaft in der Schweiz, Bundesamt für Umwelt, BAFU, Bern 2010, S. 12). Das kantonale Meliorationsamt weist in seiner Stellungnahme vom 12. August 2006 (Vi-act. II/229) in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in den nächsten Jahrzehnten in der Region A ein zunehmender Landbedarf für Bauzonen (Wohnen, Gewerbe, Erschliessung), das Projekt A 2000 (Entwicklungskonzept A mit Revitalisierung von Gewässern und Schaffung von Retentionsräumen), die Ökologisierung der Landwirtschaft sowie Freizeit und Erholung entstehen werde. Die Realisierung der Golfanlage hätte zur Folge, dass die im öffentlichen Interesse ausgewiesenen Landbedürfnisse kaum auf freiwilliger Basis erfüllt werden könnten. Damit würden die Projekte für die Schaffung von Retentionsräumen für den Hochwasserschutz, die ökologische Vernetzung, die Revitalisierung inkl. Raumbedarf Fliessgewässer stark gefährdet oder zumindest verzögert. Das Meliorationsamt verweist diesbezüglich auch auf den kantonalen Richtplan (Ergänzung Region ... 2008), wo ein Teil des fraglichen Gebiets als Retentionsraum dargestellt wird. Das Amt für Raumplanung weist in seiner Stellungnahme vom 24. August 2006 zum Golfplatzprojekt (Vi-act. II/230) darauf hin, dass die Fruchtfolgeflächen nicht bloss der Ernährungssicherung dienen, sondern dass sie auch den quantitativen Bodenschutz, die langfristige Erhaltung von geeignetem Landwirtschaftsboden und die Erhaltung von Grünflächen zwischen den Siedlungen bezweckten. Des Weiteren weist es darauf hin, dass es sich bei dem zur Umzonung vorgesehenen Gebiet um eine der wenigen grossräumigen und weitgehend un bebauten Ebenen im Kanton Schwyz handle, deren kulturgeschichtliche Bedeutung (...) und Funktion für die Landwirtschaft und für die Naherholung nicht unterschätzt werden dürfe. Auch das Amt für Raumplanung betont wie das Meliorationsamt, dass das Siedlungsgebiet in ... weitgehend von Fruchtfolgeflächen umgeben ist und künftiges Siedlungswachstum daher zu einer Minderung von Fruchtfolgeflächen führen wird. Die Schaffung einer Golfanlage in dieser Region würde die Handlungsspielräume zusätzlich einengen. Das Landwirtschaftsamt spricht sich in seiner Stellungnahme vom 24. August 2006 (Vi-act. II/231) sinngemäss ebenfalls gegen das Golfplatzprojekt aus. Es hält fest, dass ... eine grosse, zusammenhängende, ebene Fläche mit strategisch wichtigen Entwicklungsflächen bilde. Das Gebiet verfüge über eine gute bis sehr gute landwirtschaftliche Nutzungseignung und über eine hohe wirtschaftliche Bedeutung für die Landwirtschaft in der Region. Der Verlust von rund 85 ha Kulturland würde nicht nur einen enormen wirtschaftlichen Schaden für die Landwirtschaft bedeuten, sondern auch zu einer weiteren Intensivierung der verbleibenden landwirtschaftlichen Nutzflächen führen und die dringend notwendige Aufwertung und Ver-

B 8.2

netzung der verbliebenen Naturschutzflächen in ... wären in Frage gestellt.

In Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze und der nachvollziehbaren Ausführungen der kantonalen Fachämter ist nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat dem Schutz der Fruchtfolgeflechte und des Kulturlandes bei der Interessenabwägung ein hohes Gewicht zugemessen hat.

(...)

5.3.2 (...)

Insgesamt darf gestützt auf die verschiedenen Stellungnahmen der kantonalen Fachämter sowie der zitierten Gutachten und Berichte geschlossen werden, dass die Umzonung von über 80 ha Fruchtfolgeflechten für die Beschwerdegegner wirtschaftliche Konsequenzen hat und mehrere Betriebe in ihrer Existenz bedroht werden.

5.4 Nach dem Gesagten sprechen wichtige öffentliche raumplanerische Interessen und das Interesse an der Sicherung von Fruchtfolgeflechten sowie auch die privaten Interessen der Beschwerdegegner gegen die streitige Umzonung. Näher zu prüfen sind die für die Umzonung angeführten öffentlichen und privaten Interessen.

5.4.1 Die Beschwerdeführerin führt im Wesentlichen wirtschaftliche Interessen an der Erstellung der Golfanlage an. Die Golfanlage schaffe 26 bis 36 Vollzeitstellen und ca. 20 Teilzeitstellen. Man rechne mit einem Bauvolumen von 20 bis 30 Mio. Franken; die Golfanlage werde der Gemeinde Steuereinnahmen generieren und mit der Golfanlage sei ein wirtschaftliches Entwicklungspotential für die Region ... verbunden.

Wie viele Stellen durch die Golfanlage geschaffen würden, ist aktenmässig nicht klar erstellt. In ihrem Bericht vom 2. Juni 2008 (...) geht die Beschwerdeführerin jedenfalls von weit weniger Arbeitsstellen aus (12-17 Vollzeitstellen und 5-10 Teilzeitstellen). Ob und wie viele Arbeitsstellen durch den Golfplatz genau geschaffen würden, kann jedoch offen bleiben, denn die Schlussfolgerung des Regierungsrates, dass durch die Golfanlage im Verhältnis zur dafür beanspruchten Fläche nur wenige neue Arbeitsplätze geschaffen würden, ist auf jeden Fall nicht zu beanstanden, zumal Golfanlagen in unseren Breitengraden nur während einer beschränkten Zeit des Jahres beispielbar sind, was sich auch auf die Beschäftigung allfälliger Angestellter auswirkt. Ob durch die Golfanlage gewichtige Steuereinnahmen bei der Gemeinde anfallen werden, ist fraglich; konkrete Zahlen zur Beantwortung dieser Frage liegen nicht vor. Durch den Verlust von Landwirtschaftsland würde jedoch auf jeden Fall auch Steuersubstrat verloren gehen. Das geltend gemachte Investitions-

volumen würde wohl kurzfristig ökonomische Vorteile schaffen, ob diese Investitionen in Bezug auf die Nachhaltigkeit besser abschneiden als die landwirtschaftliche Bewirtschaftung der Fläche ist jedoch ebenfalls nicht ersichtlich. Auf jeden Fall bedeutet eine solche Anlage für eine Gemeinde immer auch eine zusätzliche Belastung in Bezug auf den Verkehr, die Entsorgung (Abwasser, Abfall) und die Versorgung (Wasserverbrauch). Klar zu bejahen ist jedoch ein wirtschaftliches Interesse der Beschwerdeführerin an der Errichtung der Golfanlage, da sie bei einer Abgabe des Landes (im Baurecht) an die Golfplatzbetreiber einen weit höheren Ertrag erzielen könnte, als bei einer Verpachtung dieses Landes an landwirtschaftliche Nutzer (vgl. ..., wonach ein Baurechtszins von Fr. ... vorgesehen ist).

5.4.2 Geltend gemacht wird des Weiteren ein öffentliches Interesse an der Schaffung einer solchen Freizeitanlage. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Rückweisungsentscheid vom 27. Aug. 2004 (VGE 1023-1025/04) anerkannt, dass eine Bedürfnisbejahung aufgrund der allgemein bekannten Entwicklung des Golfsports vertretbar ist, selbst wenn in der unmittelbaren Nachbarschaft bereits eine Golfanlage stehe und die geltend gemachte Verschiedenartigkeit nicht ausgesprochen prägnant erscheine (Erw. 8.6).

Die geplante Golfanlage soll nur Mitgliedern offen stehen. Dies im Gegensatz zum bereits bestehenden Golfpark ..., der der gesamten Bevölkerung offen steht. Die Promotoren des streitigen Golfplatzes halten fest, dass sämtliche Clubs in der Region ... keine Mitglieder mehr aufnehmen könnten. Für den geplanten Golfplatz seien etwa 600 Interessierte vorhanden (Vi-act. ...). Dass eine eigentliche Bedürfnisabklärung und eine Koordination mit anderen Golfplatzvorhaben auf regionaler oder kantonaler Ebene stattgefunden hat, ist jedoch nicht ersichtlich (vgl. dazu Urteil Bundesgericht 1A.19/2007 v. 2. April 2008, Erw. 7.4), wenngleich unbestritten ist, dass der Golfsport in den letzten Jahren einen grossen Aufschwung erlebt hat. Der Kanton Schwyz verfügt zurzeit über vier Golfplätze. Wie bereits erwähnt, liegt einer davon in der Nachbargemeinde C und er steht allen Golfspielern offen. Dieser Golfplatz verfügt aktuell über 9 Löcher, ist mittelfristig jedoch als 18-Loch Platz konzipiert. Die für die Erweiterung vorgesehene Fläche ist im Zonenplan der Gemeinde C als IEZ 1 ausgeschieden. In dieser Zone wird gemäss Art. 51 BauR C als Folgenutzung für das der Abbau- und Materiallagerzone ... zugewiesene Gebiet nach der Auffüllung die Golfnutzung bestimmt. Im kantonalen Richtplan (Richtplanergänzung Region ..., 2008) wird das fragliche Gebiet als „sonstige Bauzone“ ausgeschieden. Des Weiteren befinden sich die Golfclubs ..., ... und ... im Kanton Schwyz. Gemäss

B 8.3

den Ausführungen auf den jeweiligen Web-Sites nehmen sowohl der Golfclub ... als auch der Golfclub ... noch neue Mitglieder auf (vgl. ...).

Ob der geplante Golfplatz zu einer ökologischen Aufwertung der Landschaft führt - wie geltend gemacht - würde erst nach Durchführung der für Golfplatzprojekte vorgesehenen Umweltverträglichkeitsprüfung (VO über die Umweltverträglichkeitsprüfung, SR 814.011, Anhang 6 Nr. 60.7) beurteilt werden können (vgl. Urteil Bundesgericht 1A.19/2007 v. 2. April 2008, Erw. 7.4).

Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat zwar ein öffentliches und auch private Interessen an der Realisierung des Golfplatzprojektes bejaht, dem öffentlichen und den privaten Interessen an der Schaffung dieser Golfanlage jedoch im Rahmen der Gegenüberstellung der verschiedenen Interessen nur ein untergeordnetes Gewicht zumisst.

5.5 Zusammenfassend ist die raumplanerische Interessenabwägung im angefochtenen Regierungsratsbeschluss nicht zu beanstanden. Es wurde zu Recht berücksichtigt, dass den erheblichen öffentlichen Interessen an der Erhaltung der Fruchtfolgeflächen deutlich mehr Gewicht zuzumessen ist als den gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen an der Schaffung der Golfanlage. Zutreffend wurde auf die bereits bestehende Bodenknappheit und den steigenden Landbedarf für Siedlungsentwicklung und weitere Nutzungsinteressen (insbesondere Revitalisierung der Gewässer, Hochwasserschutz, Ökologisierung der Landwirtschaft) hingewiesen und festgehalten, dass die Realisierung einer Freizeitanlage von beschränktem öffentlichem Interesse mit einem Landbedarf von über 80 ha eine zusätzliche Verschärfung der Situation darstelle. Der strengen Anforderungen zu genügende Nachweis von überwiegenden Interessen an einer Einzonung der Fruchtfolgeflächen ist jedenfalls nicht erbracht.

(VGE III 2010 174 vom 21. Dezember 2010).

8.3 Nutzungsplanung

- *Einzonung von im Richtplan als Fruchtfolgefläche (FFF) ausgediehem Land in Bauzone (Umzonung von ca. 1,6 ha Landwirtschaftsland in eine Intensiverholungszone Park am See): Voraussetzungen für eine Abweichung vom Richtplan (Erw. 4.7 f.).*
- *Hinsichtlich der Vorgaben im Richtplan betr. Fruchtfolgeflächen vgl. oben, VGE III 2010 174 vom 21. Dez. 2010 = EGV-SZ 2010 B 8.2.*

Aus den Erwägungen:

4.7 (...). Wie vorstehend dargestellt sieht der Richtplanteil des Kantons Schwyz dementsprechend vor, dass die Zuweisung von Fruchtfolgeflächen in die Bauzone bei Vorliegen eines überwiegenden Interesses zulässig ist. Die Vorinstanzen haben das Vorliegen von überwiegenden Interessen bejaht. Der Regierungsrat hält diesbezüglich im angefochtenen Beschluss fest, ein Alternativstandort liege nicht vor, da im übrigen Gemeindegebiet das an den See angrenzende Land überbaut sei oder ebenfalls den Fruchtfolgeflächen zugeteilt sei. Auch der zentrale Standort spreche für die Umzonung am fraglichen Ort. Die Intensiverholungszone Park am See bilde zudem eine Pufferzone zwischen Siedlungszone und Landwirtschaftszone und verhindere eine weitere Ausdehnung der Siedlungszone in östlicher Richtung. Des Weiteren besteht gemäss Auffassung des Regierungsrates ein erhebliches öffentliches Interesse an der Schaffung der geplanten Intensiverholungszone. Gemäss den bundesrechtlichen Planungsgrundsätzen seien innerhalb von Siedlungsräumen möglichst viele Grünflächen zu schaffen. X/Y werde im kantonalen Richtplan (Ergänzungen vom 18. Dez. 2008) als regionaler Siedlungsschwerpunkt bezeichnet, weshalb auch in Berücksichtigung des weiterhin zu erwartenden Bevölkerungswachstums entsprechende Erholungsflächen auszuscheiden seien. Zudem sei eine Erweiterung des Gewässerzuganges anzustreben.

4.8 Die Gemeinde Y grenzt über eine Länge von mehreren Kilometern an den ...see. Ein öffentlicher Seezugang besteht jedoch nur über eine sehr beschränkte Länge von wenigen hundert Metern, insbesondere im Bereich der Badeanstalt, im Bereich ... und - jedoch in sehr beschränktem Umfang - im Bereich der Hafenzzone (vgl. VGE III 2008 47 vom 11. Dez. 2008, wonach der Weg durch die Hafenzzone von 18.00 bis 09.00 Uhr durch ein Tor geschlossen werden kann). Wie bereits erwähnt hat in der Gemeinde Y in den letzten Jahren ein ausgeprägtes Bevölkerungswachstum stattgefunden. Zwischen 1990 und 2008 ist die Bevölkerung um 60 % gewachsen (1990: 3'671 EW; 2008: 5'904 EW; vgl. szkb.ch/files/pdf1/zahlenspiegel_2009.pdf). Mit der geplanten Zone soll es der breiten Bevölkerung ermöglicht werden, sich in Seenähe aufzuhalten und gewisse Freizeitaktivitäten in der landschaftlich schönen Umgebung durchzuführen. Das Detailkonzept sieht eine Vergrösserung der Flachwasserzone vor mit einer ökologischen Aufwertung des Seeufers im westlichen Teil (wobei dieser Bereich vor den Besuchern geschützt werden soll). Im östlichen Bereich ist ein Steg vorgesehen. Im südöstlichen Teil sollen Spielanlagen wie ein Beachvolleyballfeld oder ein Badmintonfeld realisiert werden können. Im östlichen Seeuferbereich sind Sitzgele-

B 8.3

genheiten mit Feuerstellen vorgesehen. Der südwestliche Teil soll als Ruhebereich ausgestaltet werden; es soll ein naturnaher Raum mit Schattenplätzen realisiert werden (vgl. Erläuterungsbericht vom 24. Juni 2008). Mit der geplanten Umzonung ist somit eine ökologische Aufwertung des Uferbereiches verbunden. Die Grünfläche bleibt praktisch uneingeschränkt erhalten, wird jedoch umgestaltet. Öffentlich nutzbare Grünflächen, wie sie der streitige Teilzonenplan vorsieht, sind am ...seeufer unstrittig sehr selten. Für solche Erholungsflächen besteht in der dicht besiedelten Gemeinde Y ein erhebliches öffentliches Interesse, wobei die geplante ökologische Aufwertung im Seeuferbereich ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt.

Dem öffentlichen Interesse an der geplanten Umzonung steht das öffentliche Interesse an der Sicherung der Fruchtfolgeflächen entgegen. Landwirtschaftlich nutzbares Land ist zudem - unabhängig von der Qualifizierung als Fruchtfolgefläche - eine knappe Umweltressource, deren Inanspruchnahme einer besonderen Rechtfertigung bedarf (vgl. Urteil Bundesgericht 1A.19/2007 vom 2. April 2008, Erw. 6.3). Die Fläche wird durch die Umzonung der landwirtschaftlichen Nutzung entzogen, wodurch auch die privaten Interessen des Pächters betroffen werden. Dass die Eigentümer der betroffenen Liegenschaften mit der Umzonung einverstanden sind, ändert daran nichts.

Bei der Gegenüberstellung der betroffenen privaten und öffentlichen Interessen darf jedoch berücksichtigt werden, dass die geplante Umzonung eine begrenzte Fläche von ca. 1,6 ha umfasst, wovon etwa 2/3 dieser Fläche als Fruchtfolgefläche ausgeschieden sind. Des Weiteren besteht - wie bereits dargelegt - ein erhebliches öffentliches Interesse an der Schaffung einer für die gesamte Bevölkerung offen stehenden Erholungszone am See. Mit der geplanten Umzonung wird dem raumplanungsrechtlichen Grundsatz, wonach See- und Flusssufer freigehalten und der öffentliche Zugang dazu erleichtert werden sollen (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG), Nachachtung geschenkt. Es wird damit ein wichtiges raumplanungsrechtliches Anliegen berücksichtigt. Die Umzonung ermöglicht zudem eine ökologische Aufwertung des Uferbereiches, was bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden darf. Offen gelassen werden kann dabei grundsätzlich die Frage, ob trotz der Umnutzung es erlaubt wäre, die beanspruchte Fläche zu den Fruchtfolgeflächen zu zählen. Es kann in diesem Zusammenhang zumindest darauf hingewiesen werden, dass gemäss der Vollzugshilfe 2006 zum Sachplan Fruchtfolgefläche des Bundesamtes für Raumentwicklung es in besonderen Fällen erlaubt ist, die beanspruchte Fläche trotz Umnutzung zu den Fruchtfolgeflächen zu zählen, dies ist etwa der Fall bei Familiengärten (unter bestimmten Einschränkungen), Neuanpflanzungen von Reben, Neuanpflanzungen von anderen Dauerkulturen (unter gewissen Einschränkungen).

gen betr. Bodenbelastung) und ökologische Ausgleichsflächen. Nicht zu den Fruchtfolgeflächen können gemäss der Vollzugshilfe 2006 andererseits z.B. Golfanlagen, Anlagen mit Gewächshäusern, Flächen zur Rasengewinnung und Aufforstungen gerechnet werden. Die geplante Zone Park am See bleibt eine Grünzone. Zumindest in denjenigen Bereichen, in welchen keinerlei (Tief-)Bauten geplant bzw. zulässig sind - namentlich im sog. Ruhebereich - wird die Bodenfruchtbarkeit wohl nicht beeinträchtigt und langfristig erhalten.

Insgesamt durfte in Berücksichtigung des erheblichen öffentlichen Interesses in der Gemeinde Y an der Schaffung einer für die gesamte Bevölkerung offen stehenden Erholungszone am See und der damit verbundenen Möglichkeit, die eingezonte Fläche insbesondere im Uferbereich ökologisch aufzuwerten und in Berücksichtigung der weiteren dargelegten Umstände die Vorinstanz eine Abweichung vom kantonalen Richtplan akzeptieren.

(VGE III 2010 140 vom 28. Oktober 2010).

8.4 Gestaltungsplan

- Beim Erlass eines Gestaltungsplanes müssen Abweichungen von der Regelbauweise (in casu Überschreitungen der Gebäudehöhe) klar und ohne grossen Aufwand nachvollziehbar definiert werden.

Aus den Erwägungen:

3.2.1 Demgegenüber beanstandete der Regierungsrat im angefochtenen RRB (...) sinngemäss, es sei weiterhin ungewiss, inwieweit der vorliegende Gestaltungsplan in den einzelnen Baubereichen die nach Baureglement zulässige Gebäudehöhe von 7 m überschreite. In Art. 5 der Sonderbauvorschriften (SBV) würden nicht die maximal zulässigen Gebäudehöhen der jeweiligen Baukörper, sondern die maximal zulässigen Höhenkoten der einzelnen Geschosse (...) festgelegt. Zwar seien die Höhenkurven im Situationsplan enthalten, dennoch lasse sich ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht feststellen, ob die Gebäudehöhe gemäss Gestaltungsplan nur bei einzelnen Fassaden oder bei allen Häusern überschritten werde und welches Ausmass die Gebäudehöhenüberschreitung annehmen solle.

(...)

4.3.1 Nach diesen Ausführungen verhält es sich zusammengefasst so, dass generell beim Erlass eines Gestaltungsplanes, insbesondere aber

B 8.5

auch beim vorliegenden in Hanglage, klar feststehen muss, inwiefern damit Abweichungen von der Regelbauweise akzeptiert werden. Es ist unabdingbar zu wissen, in welchem Umfang beim Erlass dieses Gestaltungsplans in welchen Baubereichen erlaubt werden soll, die baureglementarische Gebäudehöhe von 7 m zu überschreiten. Nur wenn das Ausmass der in Frage kommenden Überschreitungen unmissverständlich festgehalten wird, kann das Verhältnis zwischen Abweichungen von der Regelbauweise einerseits und den Vorteilen/Mehrleistungen des Gestaltungsplans andererseits hinreichend und nachvollziehbar geprüft werden. Diesbezüglich hat der Gemeinderat beim Erlass des von den Beschwerdeführerinnen beantragten Gestaltungsplans im zugrunde liegenden Beschluss vom ... unzureichende Abklärungen und mindestens teilweise falsche Annahmen getroffen (...), weshalb die Sache an den Gemeinderat zurückzuweisen ist. (...)

4.4 Den Beschwerdeführerinnen ist es unbenommen, gegenüber dem Gemeinderat in einer ergänzenden Eingabe zu präzisieren, bei welchen Baubereichen bzw. geplanten Wohnbauten sie in welchem Ausmass darauf verzichten, eine Gebäudehöhenüberschreitung in Anspruch zu nehmen, und dementsprechend den Erlass eines Gestaltungsplanes mit tieferen Höhenkoten für bestimmte Baubereiche beantragen.

(VGE III 2011 66 vom 26. August 2010).

8.5 Umweltschutzrecht

- *Luftreinhalte-Verordnung (LRV). Massnahmeplan (Erw. 2.1 – 2.3).*
- *Regierungsrätliche Weisung zu verkehrsintensiven Einrichtungen vom 14. Juni 2006 (VE) (Erw. 2.4, 3.1, 3.2).*
- *Konkrete Anwendung von Art. 1 Abs. 3 lit. c VE (Einrichtungen, welche an hundert Tagen pro Jahr mehr als 1'500 Fahrten pro Tag erzeugen) (Erw. 3.3 – 3.5, 4.1 – 4.5, 5.1, 5.2).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Das Umweltschutzrecht beruht auf einem zweistufigen Schutzkonzept. Auf der ersten Stufe sind unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (1. Stufe = Vorsorgeprinzip, Art. 1 Abs. 2, 11 Abs. 2 Bundesgesetz über den Umweltschutz, USG, SR 814.01; Art. 3f. Luftreinhalte-Verordnung, LRV, SR 814.318). Steht fest oder ist zu erwarten, dass die Einwirkun-

gen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen, ohne dass die technische und betriebliche Möglichkeit und die wirtschaftliche Tragbarkeit hierfür Grenzen setzen (Art. 11 Abs. 3 USG; 2. Stufe). Emissionen können für beide Stufen u.a. durch Grenzwerte, Bau- und Ausrüstungsvorschriften sowie Verkehrs- oder Betriebsvorschriften begrenzt werden (Art. 12 Abs. 1 USG).

2.2.1 Steht des Weiteren fest oder ist zu erwarten, dass schädliche oder lästige Einwirkungen von Luftverunreinigungen durch mehrere Quellen verursacht werden, so erstellt die zuständige Behörde einen Plan der Massnahmen, die zur Vermeidung oder Beseitigung dieser Einwirkungen innert angesetzter Frist beitragen (Art. 44a Abs. 1 USG, Art. 31 LRV). Der Massnahmeplan ist der zweiten Stufe zuzuordnen (Loretan, in Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 44a N 3, 5, 8, 33). Er bezweckt in Beachtung des Koordinationsgebotes und der Lastengleichheit die Vermeidung übermässiger Immissionen namentlich durch Stickstoffdioxid (NO₂), bodennahem Ozon (O₃) und lungengängigem Feinstaub (PM₁₀) (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 13ff.).

Der Massnahmeplan ist ein Sanierungsinstrument für die übermässig belastete Luft und erfasst sowohl alte wie neue Anlagen. Das Sanierungsobjekt besteht mithin in der übermässig belasteten Luft, deren Zustand zu verbessern ist, und nicht etwa in den Anlagen, die unzulässige Emissionen verursachen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei kleinen bzw. durchschnittlichen Emittenten verschärfte Emissionsbegrenzungen ohne Massnahmeplan mit dem Prinzip der Lastengleichheit nicht vereinbar, während bei Grossemittenten der fehlende Massnahmeplan zur Sistierung des Bewilligungsentscheides führt (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 33, 35f.).

2.2.2 Mit schädlichen oder lästigen Einwirkungen sind übermässige Immissionen gemeint (Loretan, Art. 44a N 6, 8). Wo die Belastung bereits übermässig ist (d.h. ein oder mehrere Immissionsgrenzwerte nach Anhang 7 überschritten werden, Art. 2 Abs. 5 IRV), ist in der Regel ein Massnahmeplan nötig. Ist der Immissionsgrenzwert relativ geringfügig noch nicht überschritten (ca. 15 % oder weniger), ist angesichts der Mess- und Berechnungsunsicherheiten die Wahrscheinlichkeit, dass untergeordnete Schadstoffquellen (Zunahme der Emissionsquellen oder erhöhte Emissionen der bestehenden Quellen) zur Überschreitung des Immissionsgrenzwertes führen, eher hoch, was für die Notwendigkeit eines Massnahmeplanes spricht (Loretan, Art. 44a N 11).

B 8.5

2.2.3 Grundsätzlich erfordert der Massnahmeplan das Vorliegen mehrerer Emissionsquellen, ausser bei Verkehrsanlagen (Art. 31 lit. a LRV) - wozu auch oberirdische Parkplätze und Zufahrten zu zählen sind (Art. 2 Abs. 3 LRV, BGE 124 II 275, E. 2) - , sofern diese Verkehrsanlage die übermässigen Immissionen hervorruft. Der Massnahmeplan muss konkret festlegen, welchen Beitrag die einzelnen Emittenten an die Emissionsverringerung zu leisten haben. Bei der Auswahl der Emissionsbeschränkungen steht der Behörde ein bedeutender Ermessensspielraum zu, welcher pflichtgemäss unter Beachtung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (Verhältnismässigkeit, insbesondere Zweckmässigkeit; Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse) wahrzunehmen ist.

Die Immissionsgrenzwerte führen zu einer Plafonierung der total zulässigen Emissionen. Die (verschärften) Emissionsbegrenzungen sind deshalb so festzulegen, dass diese Obergrenze eingehalten wird, was mindestens eine Kompensation der gesamthaft zu erwartenden Zusatzemissionen durch entsprechende (lastengleich verteilte) Reduktionen bei allen anderen Anlagen voraussetzt. Dies steht jedoch einer Priorisierung der Massnahmen bzw. Massnahmeadressaten nicht entgegen. Emissionen sind in erster Linie dort zu vermindern, wo dies mit einem günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis möglich ist. Massnahmen sind vor allem gegenüber jenen Adressaten anzuordnen, gegenüber denen sie am ehesten zuzumuten sind.

Unverzichtbarer Bestandteil eines sorgfältigen Massnahmeplanes ist die Quellen- und Wirkungsanalyse, welche indes zwangsläufig mit Unsicherheiten behaftet ist. Die Wirkung einiger Massnahmen, vor allem im Bereich der Verkehrsbeeinflussung, lässt sich individuell nicht quantifizieren, obwohl ihr Beitrag im Rahmen eines Massnahmeplanes offensichtlich wesentlich ist (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 17-30).

2.2.4 Die Massnahmepläne sind für die Behörden verbindlich, die von den Kantonen mit Vollzugsaufgaben betraut sind. Sie unterscheiden Massnahmen, die unmittelbar angeordnet werden können, und solche, für welche die rechtlichen Grundlagen noch zu schaffen sind (Art. 44a Abs. 2 USG). Der Massnahmeplan legt die zu treffenden Massnahmen fest, stellt dafür jedoch regelmässig nicht selbst die Rechtsgrundlage dar. Die unmittelbar anzuordnenden Massnahmen stützen sich mithin auf eine bereits bestehende gesetzliche Grundlage, die typischerweise in einer Weisung zur Auslegung oder Anwendung der betreffenden Norm bestehen.

Es ist auch möglich, dass Massnahmen, die unmittelbar gestützt auf eine gesetzliche Grundlage verfügt werden können, in Form einer Verordnung ergehen. So bestimmt Art. 12 Abs. 2 USG, dass Emissionsbegrenzungen durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch

unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben werden. Diese Regelung setzt keine Prioritäten fest und darf nicht zur Annahme verleiten, der Erlass von Verfügungen sei in den durch Verordnungsrecht abgedeckten Bereichen nicht mehr möglich oder nötig. Emissionsbegrenzungen können somit (i) durch Verordnungen mit unmittelbarer Rechtswirkung für die Anlageinhaber, (ii) durch Verordnungen, die von den Behörden durch Verfügungen im Einzelfall aktualisiert werden müssen, um die Anlageinhaber zu verpflichten, oder (iii) durch fallweise direkt auf das Gesetz abgestützte Verfügungen ergehen (Loretan, a.a.O., Art. 12 N 47f., Art. 44a N 55f.). Daraus ergibt sich, dass der Massnahmeplan weder eine Verfügung noch ein generell abstrakter Erlass ist.

Der individuelle Rechtsschutz ist im Rahmen der Umsetzung des Massnahmeplanes zu gewährleisten, allenfalls verbunden mit der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Massnahmeplanes, soweit sich die angefochtene Massnahme darauf abstützt (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 61).

Die (Behörden-)Verbindlichkeit des Massnahmeplanes besteht ausschliesslich für Emissionsbegrenzungen gemäss Art. 12 USG. Darüber hinaus kann der Massnahmeplan anregen, vorschlagen und beantragen (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 26-30).

2.2.5 Im Zusammenhang mit dem Verkehr bei publikumsintensiven Einrichtungen kommen als (verschärfte) Emissionsbegrenzungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 USG vor allem Bau- und Ausrüstungsvorschriften (lit. b) sowie Verkehrs- und Betriebsvorschriften (lit. c) in Betracht. In der Praxis wird die Parkplatzbeschränkung sowohl unter lit. b wie c subsumiert (BGE 131 II 106 E. 2.1). Zu den Verkehrsvorschriften (lit. c) sind verkehrslenkende und verkehrsbeschränkende Massnahmen zu zählen (z.Bsp. Geschwindigkeitsbeschränkungen, lokale Verkehrsanordnungen, Nacht- und Sonntagsfahrverbote) (Schrade/Loretan in Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 12 N 29). Als Betriebsvorschrift (lit. c) ist die Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen zu qualifizieren (BGE 125 II 129, E. 7, 8; siehe auch BGE 131 II 117 E. 3.3).

2.2.6 Für den Erlass des Massnahmeplanes ist der Regierungsrat zuständig (§ 11 Abs. 1 Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz, USG-VV, SRSZ 711.111).

2.3.1 Der Regierungsrat erliess am 20. November 1990 den ersten Schwyzer Massnahmeplan zur Luftreinhaltung mit 63 Massnahmen (RRB Nr. 1955 vom 20. November 1990; siehe auch www.sz.ch/xml1/internet/de/application/d999/d2523/d2524/d1142/p24035.cfm). In der Folge

B 8.5

intensivierten die Zentralschweizer Kantone ihre Zusammenarbeit (gemeinsames Luftmessnetz). Die Zentralschweizer Umweltschutzdirektorenkonferenz (ZUDK) entschied im Jahre 1998, die kantonalen Massnahmepläne gemeinsam zu aktualisieren und auf einige wesentliche Massnahmen konzentriert durchzuführen. Den erarbeiteten Massnahmenplan Luftreinhaltung der Zentralschweizer Kantone in der Fassung vom 10. Dezember 1999 (kurz: Massnahmenplan) hat der Regierungsrat mit RRB Nr. 557/2000 vom 11. April 2000 erlassen. Dabei wurde wegen der grossflächig übermässigen Ozon-Immissionen das gesamte Gebiet der Zentralschweizer Kantone als Massnahmenplangebiet bezeichnet (Massnahmenplan S. 24). Die Massnahme M2b befasst sich mit publikumsintensiven Anlagen und Veranstaltungen. Das Massnahmenziel wird wie folgt umschrieben (Massnahmenplan S. 48):

Die Innerschweizer Kantone entwickeln Rahmenbedingungen, um den Verkehr von publikumsintensiven Einrichtungen möglichst umweltschonend und nach einheitlichen Vorstellungen zur Standortentwicklung zu gestalten. Die reaktiven Verhaltensweisen der Behörden sollen mittelfristig zugunsten eines aktiven Planes überwunden werden. Kurzfristig soll eine gemeinsame Wegleitung die Anforderungen an publikumsintensive Anlagen und Veranstaltungen harmonisieren, später soll eine Strategie zur aktiven Lenkung der Entwicklung ausgearbeitet werden (z.B. durch Einführung einer Verkehrsinfrastrukturabgabe oder ähnlicher Ansätze). Lufthygienisch wird das Ziel angestrebt, in Zukunft 5 t NO_x jährlich einzusparen.

2.3.2 Am 21. Mai 2007 hat die ZUDK ein weiteres Massnahmepaket verabschiedet, welches die Schwyzer Regierung mit Beschluss vom 17. Juni 2008 auf den 1. Juli 2008 in Kraft setzte. Die ZUDK hielt in einem Faktenblatt vom 4. Dezember 2007 (www.sz.ch/documents/Massnahmenplan-ZUDK2-Faktenblatt_Dez_07.pdf) fest, die Messwerte zeigten, dass Stickstoffdioxid, Feinstaub und Ozon grossräumig überschritten seien, damit sei der Handlungsbedarf nicht nur für die Fortsetzung der bisherigen Luftreinhalte-Massnahmen, sondern für zusätzliche Massnahmen gegeben.

Einer Mitteilung der ZUDK vom 29. April 2010 über die Luftqualität 2009 (www.umwelt-zentralschweiz.ch/i4Def.aspx?tabindex=0&tabid=367) ist zudem zu entnehmen, dass die Luftqualität seit einigen Jahren auf einem ungenügenden Niveau stagniere, obwohl sie im Vergleich zu den 90er-Jahren deutlich besser geworden sei. Um die geforderte Luftqualität zu erreichen, müssten die Emissionen von Stickoxiden, leichtflüchtigen organischen Verbindungen (VOC) und Feinstaub bei allen Quellen weiter reduziert werden. Die Ozon-Grenzwerte seien in der gan-

zen Zentralschweiz überschritten worden, und zwar am häufigsten in ländlichen Regionen. Die Ozonwerte würden mit Ausnahme der Jahre 2006 und 2003 mit Spitzenbelastungen schon mehrere Jahre auf einem vergleichbaren Niveau liegen. Jährliche Schwankungen seien zumeist wetterbedingt. Nebst der grossflächigen Überschreitung der Ozongrenzwerte sei auch die Feinstaubbelastung in den besiedelten Gebieten und verkehrsnahen Standorten vielerorts über den gesetzlichen Grenzwerten. Diese Orte würden auch erhöhte Stickstoffdioxidwerte aufweisen. Im Jahr 2009 seien keine Spitzenbelastungen registriert worden, weil meteorologische Ausnahmesituationen wie langandauernde Inversionslagen oder Hitzeperioden ausgeblieben seien.

2.4.1 Im Seedamm-Center-Fall rügte das Bundesgericht den fehlenden Erlass der (gemeinsamen) Wegleitung zur Massnahme M2b (BGE 131 II 103 Erw. 2.5.3, 2.5.4, 3.2.2, 3.2.3, 3.3, 4.1). Der Regierungsrat setzte darauf eine Task Force ein und erliess in der Folge mit RRB Nr. 797/2006 vom 14. Juni 2006 per 1. Juli 2006 die Weisung zu verkehrsintensiven Einrichtungen (VE-Weisung). Sie ist anwendbar in Planungs- und Baubewilligungsverfahren für die verkehrsintensiven Einrichtungen im ganzen Kanton, soweit sie die Verkehrserschliessung und -anlagen betrifft. Als solche gelten insbesondere Einkaufszentren oder kombinierte Anlagen mit Freizeit- und Einkaufseinrichtungen mit mehr als 5'000 m² Verkehrsfläche oder mehr als 300 Parkplätzen. Die Weisung gilt zudem u.a. für Einrichtungen, welche an hundert Tagen pro Jahr mehr als 1'500 Fahrten pro Tag erzeugen (Art. 1 Abs. 2 lit. c VE-Weisung). Als Massnahmen für verkehrsintensive Einrichtungen sind vorgesehen: Parkplatzbeschränkungen (Art. 3), Parkraumbewirtschaftung (Art. 4), Parkleitsystem (Art. 5), Massnahmen zu Gunsten des Langsamverkehrs (Art. 6) sowie die Verkehrserschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln (Art. 7). Konkret dürfen im Zusammenhang mit der Parkplatzbeschränkung für die Erschliessung von verkehrsintensiven Einrichtungen durch den individuellen Motorfahrzeugverkehr maximal 2 Parkplätze pro 100 m² Bruttogeschossfläche (BGF) bzw. 2.8 Parkplätze pro 100 m² Verkaufsfläche (VF) erstellt werden. Eine Erhöhung der Parkplatzzahl um 50 % (3 PP/100 m² BGF bzw. 4.2 PP/100 m² VF) ist zulässig, wenn die verkehrsintensive Einrichtung mehr als zehn Anbieter oder weniger als 10'000 m² BGF bzw. 7'000 m² VF umfasst (Art. 3 VE-Weisung). Des Weiteren unterstehen alle Parkplätze, die für eine verkehrsintensive Einrichtung bewilligt und erstellt werden müssen, einer kostenpflichtigen Parkplatzbewirtschaftung, welche mit einem Schrankensystem sicherzustellen ist. Die Gebühr pro Stunde beträgt mindestens Fr. 1.-- oder ein ortsüblicher Ansatz. Diese ist ab der ersten Minute fällig. Untersagt ist eine Rückvergütung an die Parkplatzbenutzer. Der Er-

B 8.5

trag aus der Parkraumbewirtschaftung ist vorab für Amortisation und Unterhalt der Einrichtungen, die für die Parkplatzbewirtschaftung sowie allfällige Parkleitsysteme erforderlich sind, für Förderungsmassnahmen des öffentlichen Verkehrs sowie für weitere Massnahmen die zur Reduktion der Luftbelastung führen (z.B. Hauslieferdienst oder ähnliches) zu verwenden (Art. 4).

2.4.2 Den Erläuterungen zu dieser VE-Weisung ist in RRB Nr. 797/2006 vom 14. Juni 2006 u.a. zu entnehmen, dass die Weisung wie der ganze Massnahmeplan flächendeckend für den ganzen Kanton Schwyz gilt und dass nicht zwischen Gebieten mit höheren oder tieferen Luftimmissionen unterschieden wird (S. 5, Ziff. 2.2.2). Des Weiteren wird zu den verkehrsintensiven Einrichtungen gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. c VE-Weisung was folgt ausgeführt (S. 6f., Ziffer 2.2.2):

Die vorliegende Weisung gilt auch für Anlagen mit weniger als 300 Parkplätzen oder 5'000 m² Verkaufsfläche (VF), wenn diese während über 100 Tagen pro Jahr mehr als 1'500 Fahrten (Summe der Zu- und Wegfahrten) erzeugen. Dies entspricht dem 40-%-Wert der Jahresganglinie aller täglichen Fahrten (inklusive Mitarbeiter und Anlieferungen). Damit werden in der Regel die umsatzstärksten Arbeitstage erfasst. Eine ähnliche Regelung wird auch im Kanton Zürich im Rahmen der Richtplanung oder im Kanton Solothurn angewendet. Gemäss den vorläufigen Entwürfen der Masterpläne March und Höfe im Richtplan des Kantons Schwyz trifft diese Definition auch für Anlagen mit mehr als 80 Parkplätzen oder 2'000 m² VF zu. Nicht darunter fallen z.B. Tankstellenshops, da sie in der Regel über sehr wenige Parkplätze verfügen. Es sind dabei alle der Einrichtung anrechenbaren Parkplätze oder Fahrten zu berücksichtigen, das heisst, auch Mitarbeiterparkplätze. Als Fahrten gelten sowohl Hin- wie Wegfahrten einzeln. Bei Billigdiscountern ist davon auszugehen, dass bereits ab 80 Parkplätzen die Mengenschwelle für die Fahrtenzahl überschritten wird.

Im Bedarfsfall kann der Betreiber gestützt auf Art. 46 USG verpflichtet werden, die notwendigen Erhebungen mittels Zählsystemen permanent durchzuführen.

2.4.3 Was die aktuelle kantonale Richtplanung anbelangt, verhält es sich hinsichtlich der verkehrsintensiven Einrichtungen wie folgt: Der Regierungsrat hat den Richtplan mit den Beschlüssen Nr. 738 vom 11. Juni 2002, Nr. 568 vom 30. April 2003 und Nr. 557 vom 24. April 2007 angepasst und ergänzt. Die Kenntnisnahme durch den Kantonsrat erfolgte am 28. Mai 2003 und 21. November 2007, die Genehmigung durch den Bund am 18. Dezember 2008. Unter dem Richtplangeschäft

R_H-3 wird im Kapitel Besiedlung zu den verkehrsintensiven Einrichtungen was folgt ausgeführt:

Ausgangslage:

Verkehrsintensive Einrichtungen (VE) wie beispielsweise grosse Einkaufszentren, Fachmärkte oder Freizeiteinrichtungen haben erhebliche Auswirkungen auf Raum und Umwelt. VE induzieren Verkehr und können zu Verkehrsverlagerungen führen. Sie beanspruchen damit die Verkehrsnetze und -flächen und bringen Umweltbelastungen mit sich (Luft, Lärm).

Im Rahmen der Unterzeichnung des Masterplans ... haben sich die Gemeinden des Bezirks ... entschieden, bis auf weiteres auf die Ansiedlung zusätzlicher VE zu verzichten.

Der Regierungsrat hat mit Blick auf die Verbesserung der Luftqualität eine Weisung zu den VE erlassen und diese per 1. Juli 2006 in Kraft gesetzt.

Ferner verlangt das Umweltschutzgesetz für die Bewilligung von Einkaufszentren mit einer Verkaufsfläche von mehr als 5 000 m² bzw. bei Anlagen mit mehr als 300 Parkplätzen eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP).

Grundsätze:

Die Gemeinden (...) verzichten bis auf weiteres auf die Ansiedlung zusätzlicher verkehrsintensiver Einrichtungen (VE). Davon ausgenommen bleiben Erweiterungen des bestehenden (...).

Der Verzicht auf weitere verkehrsintensive Einrichtungen soll die Leistungsfähigkeit des öffentlichen und privaten Verkehrs im Raum ... sicherstellen.

Für die verkehrsintensiven Einrichtungen, welche unter die UVP-Schwelle fallen, legen die Gemeinden in ihren Baureglementen Nutzungsbeschränkungen nach Zonen fest, soweit

- die Zahl von 80 Parkplätzen und / oder
- 2 000 m² Verkaufsfläche überschritten werden und von den Betreibern der Nachweis nicht beigebracht werden kann, dass die Konsum- und Freizeitanlage an weniger als 100 Tagen pro Jahr mehr als 1 500 Fahrten pro Tag erzeugt.

Die Erschliessung der verkehrsintensiven Einrichtungen mit dem öffentlichen Verkehr ist sicherzustellen. Es ist darauf hinzuwirken, dass sich die Betreiber der Anlagen an den öV-Erschliessungskosten beteiligen.

Grundlagen:

Kantonale Weisung zu verkehrsintensiven Einrichtungen, Juni 2006.

In diesem Zusammenhang ist anzufügen, dass zwischenzeitlich die UVP-Pflicht bei Einkaufszentren auf 7'500 m² und bei Parkhäusern und -plätzen auf 500 Motorwagen angehoben wurde (siehe UVPV, SR 814.011, Anhang Ziffer 11.4 und 80.5 sowie USG-VV, SRSZ 711.111,

B 8.5

Anhang Ziffer 11.4 und 80.5), so dass sich sowohl beim Richtplan als auch bei der VE-Weisung die Frage der entsprechenden Anpassung stellt, was im vorliegenden Fall indes nicht von Bedeutung ist.

3.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet die „formelle Grundlage“ der Weisung. Letztere gehe mit ihren gravierenden Einschränkungen (insbesondere im Zusammenhang mit einem nur behördenverbindlichen Richtplan) über das Mass einer Weisung hinaus. Es sei nicht erstellt, dass gerade 1'500 Fahrten pro Tag an 100 Tagen pro Jahr eine erhebliche Verschlechterung der Luftqualität (überdurchschnittlich emittierend) bewirken würden. Nicht nachgewiesen sei auch, dass sich das Bauprojekt in einem lufthygienischen Belastungsgebiet befinde. Die Veränderungen bzw. Verbesserung der Luftqualität in den letzten Jahren sowie die Verringerung der Emissionen durch PKW würde vernachlässigt (Beschwerdeschrift Ziffer 1.3 und 6.5). Auf den Vorhalt des instruierenden Sicherheitsdepartementes, der Massnahmeplan und die Weisung würden flächendeckend für den ganzen Kanton gelten und es würde nicht nach Gebieten mit höheren und tieferen Luftimmissionen unterschieden (ähnliche Regelung würden auch die Kantone Zürich und Solothurn kennen), wendet die Beschwerdeführerin ein, die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Betriebs- und Verkehrsvorschriften müssten immer im Hinblick auf ein konkretes Bauprojekt geprüft werden. Im konkreten Fall würden keine Emissionen entstehen, welche die Anwendung der Weisung vorgesehener Massnahmen erfordern oder rechtfertigen würden.

3.2 Die bereits dargelegte Weisung zu verkehrsintensiven Einrichtungen vom 14. Juni 2006 (Erw. 2.4.1/2.4.2) stützt sich nebst dem Vorsorgeprinzip (Art. 1 Abs. 1) zur Hauptsache auf den vom Regierungsrat erlassenen Massnahmeplan 2000 (Erw. 3.2.1). Dieser wiederum findet seine gesetzliche Grundlage in der eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung (Art. 44a USG; Art. 31 LRV; siehe auch Erw. 2.2). Es handelt sich somit um eine formell gesetzeskonforme behördenverbindliche Weisung, die im vorliegenden Fall anzuwenden ist.

3.3 Gemäss Massnahmeplan liegt die Bauparzelle im vom Massnahmeplan erfassten Gebiet (Erw. 2.3.1, 2.4.2). Auch wenn im Massnahmeplan nicht zwischen Gebieten mit höheren oder tieferen Luftimmissionen unterschieden wird (Erw. 2.4.2), kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich in casu um ein Gebiet mit übermässig belasteter Luft handelt, zumal der Massnahmeplan im Rahmen der zweiten Stufe des umweltschutzrechtlichen Schutzkonzeptes das Sanierungsinstrument für die übermässig belastete Luft ist. Der geplante Standort (...) liegt in der Gewerbezone direkt an der stark befahrenen Kantonsstrasse ... und nicht

weit entfernt von der Autobahn (...) und den benachbarten stark besiedelten Gemeinden (...). Bei langandauernden Inversionslagen und längeren Schönwetterperioden im Sommer können auch hier lufthygienische Belastungen entstehen, welche den umweltschutzrechtlichen Vorgaben widersprechen. Im Übrigen gilt es zu bedenken, dass die Transmission der Emissionen sowie die bei der Massnahmeplanung geforderte Gesamtbetrachtung zum vorneherein grossflächige Belastungsgebiete zur Folge hat.

3.4 Dass 1'500 Fahrten pro Tag an mehr als 100 Tagen im Jahr für die Lufthygiene relevant sind und deswegen von einer verkehrsintensiven Einrichtung auszugehen ist, erweist sich als nachvollziehbar. Unbesehen davon, dass zwischenzeitlich im Motorfahrzeugbau die Emissionen reduziert wurden, besteht weiterhin Handlungsbedarf (Erw. 2.3.2). Es werden immer noch mehr als die Hälfte der Stickoxide sowie ein Drittel des Feinstaubes vom Verkehr verursacht (www.sz.ch/xml/1/internet/de/application/d999/d2523/d2524/d1142/p1209.cfm). Es handelt sich dabei um Schadstoffe, welche bei Inversionslagen häufig die Grenzwerte überschreiten. Stickoxid ist zudem eine Vorläufersubstanz für die Ozonbildung. Der geplante ... verursacht somit ein Verkehrsaufkommen, das in einem lufthygienischen Belastungsgebiet zusätzliche Schadstoffbelastungen zur Folge hat. Daran ändert der Umstand nichts, dass möglicherweise gewisse Fahrten zu anderen weiter entfernten Anbietern wegfallen, oder der Fachmarkt „en passant“ besucht wird. Die Massnahmen müssen zweckmässig sein und in einem günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. Dies setzt voraus, dass auch die Anwendungskriterien unter vergleichbaren Betrieben möglichst einfach zu handhaben sind, was in zulässiger Weise einen gewissen Schematismus zur Folge hat. Im Übrigen ist es den Betreibern von kleinen Einkaufszentren (insbesondere Billigdiscountern) mit einem bestimmten Fahrtenaufkommen zumutbar, dass sie als Massnahmedressaten umweltschutzrechtlich in die Pflicht genommen werden.

3.5 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die VE-Weisung von den zuständigen Instanzen als behördenverbindliche Verwaltungsanordnung (RRB Nr. 797/2006 vom 14. Juni 2006, S. 4 Ziff. 2.1) anzuwenden ist, dass das Bauvorhaben in ein lufthygienisches Belastungsgebiet zu liegen kommt und dass der Grenzwert von 1'500 Fahrten pro Tag an 100 Tagen pro Jahr von umweltschutzrechtlicher Relevanz ist.

4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet des Weiteren, dass der geplante ... ein Verkaufsaufkommen von 1'500 Fahrten und mehr pro Tag an 100 Tagen pro Jahr generieren würde.

B 8.5

4.2 Das Kriterium von mehr als 1'500 Fahrten pro Tag an hundert Tagen pro Jahr ist im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens ein prognostisches, was dessen Anwendbarkeit erschwert. Zum einen ist nicht klar, wie diese Prognose zu erstellen ist und wem hierfür eine Nachweispflicht zukommt. Zum anderen ist die Zahl der (tatsächlichen) Fahrten naturgemäss gewissen Schwankungen unterworfen, welche - sofern sie im Grenzbereich des Schwellenwertes angesiedelt sind - Auswirkungen auf die zu treffenden Massnahmen haben könnten, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass es gerade Ziel der Massnahmen ist, die Fahrtenzahlen zu reduzieren oder mindestens zu konsolidieren. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine einmal vorgenommene Beurteilung der Anwendbarkeit der VE-Weisung unbesehen der Fahrtenzahl-Schwankungen weiterhin gilt oder ob und unter welchen Voraussetzungen Anpassungen erforderlich werden. Es wird auch zu überlegen sein, ob die durch die Massnahme erzielte Reduktion der Fahrtenzahl zu einer Massnahmeaufhebung führen darf, was jedoch - folgt man der den Massnahmen zugrunde liegenden Logik - wiederum zu einer Fahrtenzahlerhöhung führen müsste. Nicht festgelegt ist auch, welche Massnahmen bei welchem Verkehrsaufkommen sich bei den sogenannten Billigdiscountern aufdrängen. Anzunehmen ist, dass die Parkraumbewirtschaftung im Vordergrund steht. Hinsichtlich der Parkplatzbeschränkungen besteht des Weiteren insofern eine gewisse Ungereimtheit, als man bei Billigdiscountern, welche den Schwellenwert gemäss Art. 3 lit. c VE-Weisung nicht erreichen, offenkundig von bis zu 80 Parkplätzen ausgeht (siehe vorn Erw. 2.4.2, 2.4.3; angef. RRB Erw. 4.2 mit Zitat). Bei der Überschreitung des Schwellenwertes würde die Anwendung der Parkplatzbeschränkung gemäss Art. 3 VE-Weisung indes zu einer erheblichen Reduzierung der Parkplätze unter 80 Plätze führen (2 Parkplätze/100 m² BGF bzw. 2.8 Parkplätze/100 m² Verkaufsfläche), was sowohl sachlich wie auch im Lichte der Rechtsgleichheit höchst fragwürdig erscheint, zumal in Spitzenzeiten (z.Bsp. an Samstagen) regelmässig hohe Kundenfrequenzen mit entsprechendem Parkplatzbedarf zu verzeichnen sind.

4.3 Bei der Frage der Anwendbarkeit der VE-Weisung drängt sich nach Ansicht des Gerichtes ein pragmatischer Lösungsansatz auf. Es ist von drei Fallkategorien auszugehen. Die Fahrtenzahl liegt offenkundig unter (i) oder offenkundig über (ii) dem Schwellenwert (1'500 Fahrten pro Tag an 100 Tagen pro Jahr). In diesen beiden Fällen ist die Beurteilung, ob eine verkehrsentensive Einrichtung vorliegt oder nicht, ohne weiteres möglich. Zur dritten Fallkategorie gehören - wie in casu - jene Fälle, in denen eine Prognose, ob der Schwellenwert erreicht wird oder nicht, nicht mit der erforderlichen Klarheit möglich (iii) ist, mithin die Fahrtenzahl prognostisch im Bereich des Schwellenwertes anzusiedeln ist.

4.4 Vorliegend ergeben die tatsächlichen Fahrtenzahlen bei ... zwar durchaus Anhaltspunkte für den in ... geplanten Allerdings sind diese Zahlen und deren Aussagekraft umstritten. Es kann nun nicht angehen, dass diese spezifischen Probleme der Fahrtenzahlberechnung bei der nicht Streitgegenstand bildenden ... im vorliegenden Verfahren vorfrageweise detailliert geprüft und beurteilt werden. Zudem widerspiegelt ein Vergleichsstandort nie die konkreten Verhältnisse eines anderen künftigen Standortes. Die Vergleichbarkeit ist zum vorneherein beschränkt. Diesem Umstand ist bei der (prognostischen) Bestimmung des potentiellen Verkehrsaufkommens gebührend Rechnung zu tragen. Dies trifft aber auch für die Tatsache zu, dass das Netz der Billigdiscounter konstant ausgebaut wird. Es ist nicht auszuschliessen, dass die zunehmende Konkurrenzsituation zu einer Fahrtenzahlreduktion beim einzelnen Standort führen wird. Bei dieser Ausgangslage muss in casu deshalb das potentielle Verkehrsaufkommen im Bereich des Schwellenwertes angesiedelt werden. Entscheidend wird nun sein, dass von allem Anfang an ein permanentes sowie hieb- und stichfestes Zählsystem eingerichtet wird, damit die bei ... entstandenen Auseinandersetzungen um die Fahrtenzahlbemessung im vorliegenden Fall möglichst verhindert werden können.

4.5 Bei Fahrtenzahlprognosen im Bereich des Schwellenwertes ist es angezeigt, in einer ersten Phase unmittelbar keine Massnahmen gemäss VE-Weisung umzusetzen, für den Fall der anhand der Kontrollzählungen ermittelten Schwellenübertretungen jedoch bereits die erforderlichen Massnahmen mittels jederzeit durchsetzbaren Nebenbestimmungen (in Frage kommen insbesondere Auflagen, betr. Art und Wahl der Nebenbestimmungen siehe u.a. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.A., § 28 Rz. 91 ff.) anzuordnen. Bei der Bewilligungserteilung wird mithin die VE-Weisung angewandt, jedoch die unmittelbare Umsetzung der Massnahmen einstweilen ausgesetzt. Dieses Vorgehen verlangt, dass im Zeitpunkt der Bewilligung die Durchsetzbarkeit der in Frage kommenden Massnahmen gegenüber der Bewilligungsnehmerin gewährleistet ist (z.Bsp. umgehende Einführung der Parkplatzbewirtschaftung und/oder Beschränkung der Parkplatzzahl).

Dieses pragmatische Vorgehen rechtfertigt sich aus verschiedenen Gründen. Die Konsequenzen der Annahme einer verkehrsintensiven Einrichtung sind für die Bewilligungsnehmerin von erheblicher Bedeutung. Die damit verbundenen betrieblichen und finanziellen Aufwendungen dürfen erstmalig nicht aufgrund einer bloss möglichen Überschreitung der Schwellenwerte verlangt werden, unbesehen davon, ob die finanziellen Aufwendungen auf die Kundschaft abgewälzt werden können oder nicht (Art. 4 VE-Weisung). Ein solches Vorgehen würde einer rechtsgleichen und willkürfreien Rechtsanwendung widersprechen. Sollte sich

B 8.5

aufgrund der Kontrollzählungen herausstellen, dass der Schwellenwert überschritten wird, ist die zeitlich verzögerte Umsetzung der Massnahmen verantwortbar, zumal der Kanton Schwyz gegenüber Billigdiscountern einen vergleichsweise strengen Massstab ansetzt (im benachbarten Kanton Zürich beträgt der Schwellenwert gemäss Richtplandtext vom 26. März 2007 Ziffer 4.4.1 3'000 Fahrten pro Tag während mindestens 100 Tagen pro Jahr). Als Alternative käme eine vertiefte prognostische Abklärung in Frage. Hierfür bräuchte es indes zum einen unverhältnismässig hohen Abklärungsaufwand (der in casu vor allem einen bestehenden Fachmarkt betreffen würde, welcher gar nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist). Zum anderen wäre es fraglich, ob daraus schliesslich auch die erforderlichen rechtsgenüglien Erkenntnisse gewonnen werden könnten. Ebenso fragwürdig wäre es, der Beschwerdeführerin die Nachweispflicht aufzuerlegen, dass sie den Schwellenwert nicht überschreiten werde, ansonsten man zu ihren Lasten das Gegenteil annehmen würde.

5.1 Für den vorliegenden Fall ergibt sich somit,

- dass die VE-Weisung im Sinne der gemachten Erwägungen anzuwenden ist, dass deswegen die Baubewilligung aber noch nicht verweigert werden kann, da ein positiver Beschluss mit Nebenbestimmungen statt einer Bauverweigerung aufgrund der vorliegenden Aktenlage als möglich erscheint (EGV-SZ 2008 B 8.2);
- dass in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der angefochtene RRB Nr. 204/2010 vom 9. März 2010 sowie die auf Antrag des Amtes für Umweltschutz ergangene gemeinderätliche Bauverweigerung vom 9. Juni 2009 aufgehoben werden und die Sache zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens an den Gemeinderat ... zurückgewiesen wird;
- dass das Amt für Umweltschutz die erforderlichen jederzeit durchsetzbaren Nebenbestimmungen formuliert, welche insbesondere beinhalten (nicht abschliessend):
 - die Installation und den Betrieb eines permanenten rechtsgenüglien Zählsystems unter Festlegung der Zählperioden und der Mitteilungspflichten;
 - die möglichen umzusetzenden Massnahmen unter Festsetzung der jeweiligen erforderlichen die Massnahme auslösende Höhe des Verkehrsaufkommens;
- dass das Amt für Umweltschutz der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör gewährt und alsdann die definitiven Nebenbestimmungen gegenüber dem Gemeinderat ... beantragt;

- dass der Gemeinderat über die weiteren Bewilligungsvoraussetzungen befindet bzw. - soweit dies noch nicht geschehen ist - die kantonalen Bewilligungen einholt;
- dass das AFU - allenfalls unter Rücksprache mit dem Regierungsrat als Weisungsgeber - die vorstehend angeführten Fragestellungen (Erw. 4.2) thematisiert und - soweit erforderlich - die entsprechenden Anordnungen unter Androhung von Säumnisfolgen beantragt; es betrifft dies:
 - die allfällige Anpassung umgesetzter Massnahmen bei veränderten Fahrtenzahlen (nachträgliches Unterschreiten des Schwellenwertes; zeitliche Beständigkeit einer einmal angeordneten und umgesetzten Massnahme?);
 - die Parkplatzbeschränkung bei Billigdiscountern (zulässige Parkplatzzahl im Übergangsbereich des Schwellenwertes; wieviel Parkplätze sind zulässig bei knappem Unterschreiten des Schwellenwertes bzw. beim Überschreiten desselben?);
- dass allenfalls bei Bedarf der Regierungsrat als Weisungsgeber die VE-Weisung für Billigdiscounter anpasst (betreffend allfällig weiteren Anpassungsbedarf siehe Erw. 2.4.3 in fine).

5.2 Hinzuweisen ist, dass sich die mittels Nebenbestimmungen festzulegenden Massnahmen direkt auf Art. 12 USG abstützen (siehe Erw. 2.2.4/2.2.5). (...).

(VGE III 2010 55 vom 16. Juli 2010).

8.6 Strassenbau

- *Koordination zwischen Strassenbaurecht und Strassenverkehrsrecht.*

Aus den Erwägungen:

2.9 Die kantonale Strassenhoheit (Bau, Unterhalt, Benützung) wird durch das eidgenössische Strassenverkehrsrecht eingeschränkt. Nebst allgemeinen Verboten und Beschränkungen (Art. 3 Abs. 3 SVG; gänzliche oder teilweise Verkehrsfreiheit, siehe Giger, Komm. SVG, Art. 3 N 8) sind es vor allem funktionelle Beschränkungen oder Anordnungen, „soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzungen, die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Aus solchen Gründen

B 8.6

können insbesondere in Wohnquartieren der Verkehr beschränkt und das Parkieren besonders geregelt werden.“ Den ruhenden Verkehr betreffende Massnahmen sind mithin ebenfalls funktionelle Verkehrsanordnungen.

2.10.1 Die verfahrensrechtlichen Vorgaben für funktionelle Anordnungen ergeben sich aus der Signalisationsverordnung (SSV). Gemäss Art. 107 Abs. 1 SSV sind verfügte örtliche Verkehrsanordnungen gemäss Art. 3 Abs. 3 und 4 SVG, die durch Vorschrifts- oder Vortrittssignale oder durch andere Signale mit Vorschriftscharakter angezeigt werden, mit Rechtsmittelbelehrung zu veröffentlichen. Diese Signale dürfen erst angebracht werden, wenn die Verfügung vollstreckbar ist. Das Anbringen der Markierungen und andere als oben erwähnte sowie konkret umschriebene Signale müssen weder verfügt noch veröffentlicht werden (Art. 107 Abs. 3 SSV). Gegen nicht zu verfügende und zu veröffentlichende Signale sowie gegen Markierungen kann indes gestützt auf Art. 106 Abs. 1 lit. b SSV Einsprache erhoben werden.

2.10.2 Diese bundesrechtlichen Vorgaben sind in der kantonalen Strassenverordnung wie folgt umgesetzt: Gemäss § 36 StrV ist der Strassenträger zuständig, Verkehrsanordnungen nach Massgabe des Bundesrechts und der kantonalen Planungen zu treffen. Solche Anordnungen können auch im Rahmen eines Projektbeschlusses erfolgen. Die Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung (VVStrV, SRSZ 442.111) präzisiert, dass die Exekutive des Strassenträgers die Verkehrsanordnungen anordnet (§ 18 Abs. 1 VVStrV). Bei Hauptstrassen verfügt die Fachstelle (= Tiefbauamt, § 2 Abs. 1 VVStrV) nach Rücksprache mit der Kantonspolizei (§ 18 Abs. 2 VVStrV), welche Verkehrsbeschränkung mit dem Hinweis auf den Beschwerdeweg im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen ist (§ 20 Abs. 2 VVStrV).

2.10.3 Im vorliegenden Zusammenhang ist auf die bundesrätliche Rechtsprechung - welche soweit überblickbar vom heute zuständigen Bundesgericht nicht geändert wurde - hinzuweisen. Der Bundesrat führte aus, das Strassenverkehrsrecht würde den Verkehr auf den gemäss kantonalem Recht erstellten Strassen ordnen. Die Verkehrsregeln würden vorschreiben, wie sich die Strassenbenützer auf den vorhandenen Verkehrsflächen zu verhalten hätten. Von diesen allgemeinen Regeln dürfe örtlich begrenzt abgewichen werden. Den Kantonen stehe die Befugnis nach Massgabe von Art. 3 Abs. 4 SVG zu. Zwar könne mit einer bestimmten baulichen Gestaltung der Strassenanlage das gleiche Ziel verfolgt werden wie mit Verkehrsbeschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 4 SVG. Darin liege indessen keine unzulässige Umgehung bundesrechtlicher

Vorschriften über den Strassenverkehr. Den Kantonen stehe es vielmehr frei, die ihnen zweckmässig erscheinenden Mittel zu wählen, um den angestrebten Erfolg zu erreichen: Würden sie dabei bauliche Massnahmen ergreifen, so sei allein das kantonale Strassenbaurecht anwendbar; würden sie hingegen Verkehrsbeschränkungen erlassen, so hätten sie sich an das Bundesrecht zu halten (ZBI 85, 278 [Bundesratsentscheid vom 18. Januar 1984]; VPB 63.55 S. 531f.).

2.10.4 Rein bauliche Massnahmen, die von der Wirkung her funktionellen Verkehrsanordnungen entsprechen, sind somit formell und materiell nach dem kantonalen Strassenbaurecht zu beurteilen. Auch hier bedarf es aber - insbesondere mit Blick auf mögliche Enteignungen - in materieller Hinsicht der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses, der Notwendigkeit, der Eignung und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Werden die baulichen Massnahmen durch Markierungen und Signale ergänzt und verstärkt, bestimmt das Strassenverkehrsrecht des Bundes über die formellen und materiellen Voraussetzungen. Danach sind örtliche Verkehrsanordnungen, die durch Vorschrifts- oder Vortritts-signale oder durch andere Signale mit Vorschriftscharakter angezeigt werden, von der zuständigen kantonalen Behörde zu verfügen und mit Rechtsmittelbelehrung zu veröffentlichen (Art. 107 Abs. 1 SSV). Diese Regelung wird in dem vom Bundesrat im Zusammenhang mit der Kenntlichmachung strassenbaulicher Besonderheiten und anzubringender Signale und Markierungen zitierten Art. 101 Abs. 2 SSV ausdrücklich vorbehalten (siehe auch ZBI 85, 278).

2.10.5 Ist sowohl das strassenbauliche wie auch das strassenverkehrsrechtliche Verfahren einzuhalten, stellt sich die Frage der Koordination. Sind die baulichen und verkehrsrechtlichen Massnahmen derart miteinander verknüpft, dass bei unkoordiniertem Vorgehen die Verkehrsmassnahmen nicht oder nur teilweise greifen und/oder zu unklaren oder sogar rechtswidrigen Verkehrssituationen führen würden, bedarf es einer inhaltlichen und zeitlichen Koordination. Eine solche Koordinationsregel sieht das kantonale Recht in § 36 StrV vor. Danach können Verkehrsanordnungen auch im Rahmen eines Projektbeschlusses erfolgen. Dies erscheint dann problemlos, wenn es sich nur um Markierungen sowie um nicht zu verfügende und zu veröffentlichende Signale handelt. In diesem Fall wird einzig zu beachten sein, dass die Kantonspolizei in das Verfahren miteinzubeziehen (§ 18 Abs. 2 VVStrV) und im Projektgenehmigungsbeschluss der Klarheit halber festzuhalten ist, welche Verkehrsanordnungen nebst der Genehmigung des Bauprojektes angeordnet werden bzw. welche in einem separaten Verfahren noch anzuordnen oder zu verfügen und zu veröffentlichen sein werden. Wenn es um publikations-

B 8.7

pflichtige Verkehrsbeschränkungen geht, würde eine blosser Anordnung im Rahmen des Projektbeschlusses (§ 36 StrV) ohne Publikation mit Rechtsmittelbelehrung Art. 107 Abs. 1 SSV widersprechen. Verlangt hier der sachliche Konnex, dass die baulichen und strassenverkehrsrechtlichen Massnahmen gleichzeitig umgesetzt werden, kann es sich empfehlen, dass die strassenbauliche Planaufgabe sowie die durch das Tiefbauamt vorzunehmende Verfügung und Veröffentlichung der Verkehrsbeschränkungen (§ 18 Abs. 2 und § 20 Abs. 2 VVStrV) gleichzeitig erfolgen. Eine allfällige Beschwerde gegen die verfügte und publizierte Verkehrsbeschränkung könnte der Regierungsrat dann gleichzeitig und inhaltlich koordiniert mit der Projektgenehmigung beurteilen (betr. nachträgliche bzw. gestufte Koordination siehe Erw. 4.1 und 4.8).

Eine Koordination in dem Sinne, dass nur das im Vordergrund stehende Verfahren durchgeführt wird (EGV-SZ 1989 Nr. 48, insbesondere Erw. 4.c), ist fraglich. Wenn die bauliche Massnahme gegenüber der Strassensignalisation überwiegt und eine zu verfügende und mit Rechtsmittelbelehrung zu veröffentlichende Verkehrsbeschränkung ansteht, vermag das strassenbauliche Verfahren die formellen Voraussetzungen des Strassenverkehrsrechts nicht zu ersetzen.

(VGE III 2010 4 vom 9. Juni 2010).

8.7 Strassenbau

- *Öffentliches Interesse an strassenbaulicher Massnahme. Berücksichtigung der künftigen Verkehrsentwicklung. Sicherstellung.*

Aus den Erwägungen:

2.2.4 Der Strassenbau umfasst die Neuerstellung einer Strasse (Neubau) und den Ausbau oder andere bauliche Änderungen (bauliche Massnahmen). Letztere bezwecken die Anpassung an ein gesteigertes Verkehrsaufkommen, die Verbesserung der Verkehrssicherheit, die Trennung der Verkehrsteilnehmer und den Schutz der Bevölkerung und der Umwelt vor übermässigen Auswirkungen des Strassenverkehrs (§ 22 StrV). Strassenbauten sind möglichst verkehrsgerecht und zeiteffizient zu planen und zu realisieren (§ 24 StrV).

(...).

2.2.8 Die erforderlichen dinglichen Rechte werden freihändig oder im Enteignungsverfahren erworben (§ 25 StrV). Es gilt das Expropriationsgesetz des Kantons Schwyz (EntG, SRSZ 470.110). Im Beschwerdeverfahren

ren gegen die Enteignung sind Begehren, welche die Änderung eines Planes bezwecken, der einem Auflage- und Einspracheverfahren unterzogen wurde, unzulässig (§ 2 Abs. 2 EntG). Dieser Regelung liegt einerseits die Erkenntnis zu Grunde, dass die Abtretungspflicht die Durchführbarkeit des geplanten Werkes voraussetzt und mithin das administrativ-polizeiliche Genehmigungsverfahren grundsätzlich dem Enteignungsverfahren vorauszugehen hat (EGV-SZ 1992 Nr. 12; siehe aber auch EGV-SZ 1994 Nr. 11). Andererseits können enteignungsrechtliche Rügen den aufgelegten Plan - insbesondere die Situierung, Linienführung und Dimensionierung eines Werkes - beeinflussen, so dass insoweit eine Koordination im Rahmen des administrativ-polizeilichen Genehmigungsverfahrens geboten ist (VGE III 2008 1 und 57 vom 15.4.2008 Erw. 5.1). Art. 12 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) sowie § 13 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz vom 23. Oktober 1898 (KV; SRSZ 100.000) gewährleisten das Eigentum bzw. die Unverletzlichkeit des Eigentums. Die Eigentumsgarantie gilt - wie andere Grundrechte - nicht absolut. Für die Einschränkungen der Eigentumsgarantie gelten die Voraussetzungen von Art. 36 BV. Nach Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Weiter müssen die Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein, müssen sich als verhältnismässig erweisen und den Kerngehalt unangetastet lassen (Vallender, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV Rz. 35; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A. Zürich 2005 Rz. 601 ff.; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A. Zürich 2002 Rz. 2096ff.).

3. Umstritten sind im vorliegenden Verfahren insbesondere das öffentliche Interesse für die angefochtene strassenbauliche Massnahme (Linksabbieger bzw. Einmündung ...strasse mit Mehrzweckstreifen; nachfolgend kurz: Linksabbieger) sowie die Eignung des Projektes (Verkehrssicherheit). Diese Aspekte sind - wie in Erw. 2.2.8 dargelegt - auch enteignungsrechtlich von massgeblicher Bedeutung (...).

4.1 Dass bei der Festlegung des öffentlichen Interesses auch künftige Entwicklungen mitberücksichtigt werden dürfen, kann nicht zweifelhaft sein. Dies ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass nach dem vom Souverän am 29. September 2009 angenommenen, aber noch nicht in Kraft gesetzten neuen Enteignungsgesetz (EntG) Enteignungen u.a. zulässig sind für Bau, Betrieb und Unterhalt sowie *künftige* Erweiterungen von Werken, die im öffentlichen Interesse liegen (§ 4 lit. a nEntG). Das öffentliche Interesse muss sich also nicht zwingend oder zumindest nicht

B 8.8

zwingend in allen Teilen bereits aktualisiert haben. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Staat für die künftige Aufgabenerfüllung gewisse Sicherungsinstrumentarien zur Verfügung stehen (z.B. §§ 12 und 14 PBG: kantonale oder kommunale Planungszonen; § 23 Abs. 2 lit. c PBG: Baulinien für den Ausbau bestehender Verkehrsanlagen und die Änderung der Erschliessungsfunktion bestehender Verkehrsanlagen, siehe auch § 21 PBV und § 40 StrV; § 32 PBG: Abtretungspflicht betreffend das in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmte Land; § 33 PBG: Eigentumsbeschränkung betreffend anderweitige Überbauung von in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmtem sowie innerhalb von Baulinien liegendem Land; § 36 PBG: befristete Bausperre; § 39 neues EntG: Enteignungsbann ab Einleitung des Enteignungsverfahrens).

Allerdings geht es dem Kanton vorliegend nicht darum, Land für einen späteren Strassenausbau zu sichern. Vielmehr will er auf der ...strasse den Linksabbieger als strassenbauliche Massnahme in die ...strasse jetzt erstellen. Dies hat zur Folge, dass eine Rückübertragung des (allenfalls) enteigneten Rechts (§§ 41ff. nEntG) nicht mehr möglich sein wird. Das öffentliche Interesse am Linksabbieger muss deshalb aufgrund der bestehenden Situation und der sich abzeichnenden zeitnahen Entwicklung in rechtsgenügendem Ausmass erstellt sein. Ist dies nicht der Fall, hat der Strassenträger allenfalls in Betracht zu ziehen, ob und wie er sich das Land für eine spätere strassenbauliche Massnahme sichern will. Je unsicherer sich mithin die künftige Verkehrs(mehr)belastung erweist, umso zurückhaltender darf diese im vorliegenden Fall mitberücksichtigt werden.

(VGE III 2009 206 vom 15. April 2010; eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, welche andere Streitfragen betraf, hat das Bundesgericht mit Urteil 1C_285/2010 vom 13. Januar 2011 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

8.8 Einordnung

- *Divergierende Stellungnahmen von Fachleuten.*

Aus den Erwägungen:

7.6.3 (...). Die übereinstimmenden Einschätzungen des kantonalen Denkmalpflegers wie auch des Gestaltungsbeirats sind umfassend, schlüssig und überzeugend. Gerade der Gestaltungsbeirat hat sich intensiv mit dem Projekt auseinandergesetzt und in früheren Berichten (so in

denjenigen vom 29. August und 2. Oktober 2008 zur Baueingabe vom Juli 2008) immer wieder kritische Anregungen gemacht. Die Beschwerdegegner haben diese Anregungen in das nun zu beurteilende Bauprojekt einfließen lassen. Die unterschiedlichen Beurteilungen der Gutachter sind zumindest teilweise auch auf die Grundsatzfrage zurückzuführen, ob der Neubau eine Fortsetzung der barocken Anlage oder aber ein Anschlusselement zum Quartier darstellen soll. Dadurch, dass die Vorinstanzen sich bei der Beurteilung der Einordnungsfrage auf die Berichte des kantonalen Denkmalpflegers sowie des Gestaltungsbeirats der Gemeinde gestützt haben, haben sie den ihnen zustehenden, weiten Ermessensspielraum jedenfalls nicht verlassen. Die Tatsache, dass noch ein weiteres Gutachten vorliegt, welches das Bauprojekt als nicht umgebungsschutzkonform einstuft, ändert nichts an der Rechtmässigkeit der Beurteilungen durch die beiden Vorinstanzen. Es wird gerade bei Bauvorhaben in der Umgebung von geschützten Objekten immer verschiedene (Fach-)Meinungen geben, geht es doch bei der Einordnungsfrage/Ästhetik in grossem Masse auch um subjektive Vorstellungen und Vorzüge der Fachleute.

(VGE III 2009 213 vom 15. April 2010).

8.9 Gewässerabstand

- *Ausnahmebewilligung (§ 73 Abs. 1 PBG). Ausnahmesituation. Hochwasserschutz.*

Aus den Erwägungen:

Der Hochwasserschutz gebietet, dass der Einhaltung der Gewässerabstände aus Gründen der Nachhaltigkeit (worunter auch künftige wasserbauliche Verbauungen fallen), aber auch der Rechtsgleichheit grosse Beachtung geschenkt und das Institut der Ausnahmebewilligung selbst bei bereits überbauten Liegenschaften restriktiv gehandhabt wird. Eine Ausnahmesituation muss mit anderen Worten nach Abklärung möglicher Alternativen klar und eindeutig ausgewiesen sein.

(VGE III 2009 223 vom 24. Februar 2010).

8.10 Gewässerabstand

- *Ausnahmebewilligung (§ 73 Abs. 1 PBG). Ausnahmesituation. Seeuferparzelle innerhalb Bauzone.*

B 8.10

Aus den Erwägungen:

3. In materieller Hinsicht ist streitig, ob für das konkrete Bauvorhaben die Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Gewässerabstandes zu gewähren ist.

3.1.1 Bauten und Anlagen haben gegenüber Seen einen Mindestabstand von 20 m ab Grenze der Wasserzone einzuhalten (§ 66 Abs. 1 PBG). Für die Bemessung der Gewässerabstände gegenüber Seen und fließenden Gewässern ist § 59 PBG sinngemäss anwendbar. Bei Seen umfasst die Wasserzone das vom Wasser bespülte Gebiet, gleichgültig, ob es sich um öffentlichen oder privaten Strandboden handelt. Als Grenze der Wasserzone gilt die Vermarkung. Wo diese seewärts vom mittleren Wasserstand verläuft, gilt der mittlere Wasserstand als Grenze (§ 34 VVzPBG; Art. 67 BauR).

3.1.2 Die eingezonte Bauliegenschaft ist bis auf eine seeseits gemessene Tiefe von rund 25 m ca. 22 m bis 23 m breit. Die maximale Tiefe beträgt im südöstlichen Bereich ca. 35 m, sie verjüngt sich gegen Westen hin auf ca. 25 m. Die Bauliegenschaft liegt somit zum grössten Teil innerhalb des 20 m breiten Gewässerabstandes. Diese Feststellung gilt zwingenderweise auch für den geplanten Neubau.

3.1.3 Dem gesetzlichen Ziel der Freihaltung von See- und Flussufern kann nur beschränkt Rechnung getragen werden, wenn - wie im vorliegenden Fall - Uferparzellen der Bauzone zugewiesen sind. Andernfalls würde der Zonenzweck vereitelt und der Grundeigentümer würde in seinen Eigentumsrechten zu stark beschränkt, wenn er überhaupt nicht mehr bauen könnte (Erw. 5.3.2 mit Hinweis auf EGV-SZ 1993 Nr. 13 u. 16), was grundsätzlich als materielle Enteignung zu einem Entschädigungsanspruch führen könnte (vgl. J. Joos, Raumplanungsgesetz, S. 97 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; VGE III 2008 91 vom 20. August 2008, Erw. 5.4). Es ist mithin unbestritten, dass vorliegend grundsätzlich von einer Ausnahmesituation (siehe jedoch auch unten Erw. 3.1.5 erster Abschnitt in fine mit Zitaten und Erw. 3.3) auszugehen ist.

3.1.4 Die zuständige Bewilligungsbehörde kann für Bauten oder Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den im PBG oder in den Bauvorschriften der Gemeinde festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen (§ 73 Abs. 1 PBG), insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (lit. a); dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere

Lösung erzielt werden kann (lit. b); Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (lit. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (lit. d). Eine Ausnahmegewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG; Art. 50 BauR).

Bewilligungsbehörde ist der Gemeinderat (§ 76 Abs. 1 PBG). Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften, zu deren Erteilung die Bewilligungsbehörde der Gemeinde zuständig ist, bedürfen der vorgängigen Zustimmung des zuständigen Amtes (§ 76 Abs. 3 PBG). Gemäss § 47 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (VVzPBG; SRSZ 400.111) wird über die Zustimmung zu Ausnahmen im Sinne von § 76 Abs. 3 PBG mit der kantonalen Baubewilligung entschieden. Zu Ausnahmen vom Grenzabstand nimmt das Amt für Raumentwicklung Stellung (vgl. § 47 Abs. 3 VVzPBG).

3.1.5 Die Ausnahmeregelung stellt im öffentlichen Baurecht ein allgemeines Rechtsinstitut dar, das bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 1985, § 155 N. 6). Derartige Härtefälle können als Folge besonderer Umstände auftreten, mit denen die notwendigerweise generalisierenden und schematisierenden Normen nicht gerechnet haben. Die strikte Anwendung der Norm in diesen Fällen würde zu einem offensichtlich ungewollten Ergebnis führen. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ist daher immer, dass solche besonderen Umstände vorliegen. Ob dies im konkreten Fall zutrifft, ist sorgfältig zu prüfen, da eine leichtfertige Erteilung von Ausnahmegewilligungen die verfassungsrechtlichen Gebote der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der rechtsgleichen Behandlung der Bürger verletzen würde (BGE 112 Ib 51 Erw. 5). Der Zweck der Ausnahmegewilligung besteht nicht darin, einem Bauherrn zu einer optimalen Lösung zu verhelfen. Ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, vorliegen, ist eine Rechtsfrage, welche der freien Überprüfung des Verwaltungsgerichts unterliegt (vgl. auch Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3.A., Bd. 1, Bern 2007 Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 Rz. 7; siehe jedoch auch vorn Erw. 2.2.3). Der unbestimmte Rechtsbegriff der besonderen Verhältnisse ist mit der Einschränkung „wenn und soweit“ verknüpft. Es ist somit anhand des konkreten Projektes und allenfalls weiterer Umstände zu prüfen, ob eine unzumutbare Härte oder eine Ausnahmesituationsvoraussetzung gegeben ist (VGE III 2007 156 vom 30.10.2007 Erw. 4.4, mit Hinweis auf VGE 1048/97 vom 6.2.1998 Erw. 7 = EGV-SZ 1998 Nr. 8, Erw. 7; VGE III 2008 100 vom

B 8.10

20.11.2008 Erw. 5.4). Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass in der kommunalen Ausnahmeregelung die einschränkende Formulierung fehlt (Art. 72 Abs. 1 BauR; „wenn besondere Verhältnisse vorliegen“), da die kantonale Regelung als Mindestvorschrift vorgeht (§ 52 Abs. 1 PBG).

Ist das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung zu bejahen, so ist bei der Erteilung derselben weiter abzuklären, durch welche von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Regelungen der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Bei der Beurteilung dieser Ermessensfrage auferlegen sich Regierungsrat und Verwaltungsgericht praxisgemäss Zurückhaltung. Das Verwaltungsgericht darf sodann im Gegensatz zum Regierungsrat nur einschreiten, wenn das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt wurde (VGE 672/95 vom 22.12.1995, VGE 613/90 vom 20.11.1990; EGV-SZ 1990 Nr. 19 und 1993 Nr. 60). Rechtsfehlerhaft ist ein nicht pflichtgemäss ausgeübtes Ermessen, d.h. ein in Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips zustande gekommenes Ermessen (VGE III 2008 15 vom 24.4.2008 Erw. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen).

3.3 In Erwägung Ziffer 3.1.5 wird bereits darauf hingewiesen, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der besonderen Verhältnisse mit der Einschränkung „wenn und soweit“ verknüpft ist. Es ist somit anhand des konkreten Projektes und allenfalls weiterer Umstände zu prüfen, ob eine unzumutbare Härte oder eine andere Ausnahmesituationsvoraussetzung gegeben ist.

3.3.1 Die Bauliegenschaft befindet sich zum grössten Teil innerhalb des Gewässerabstandes. Die Einhaltung desselben würde zweifelsohne zu einer unzumutbaren Härte führen. Dasselbe würde wohl auch zutreffen, wenn die Bauherrschaft verhalten würde, das Bauvorhaben im Rahmen der bisherigen Überbauungsmasse zu gestalten bzw. zu begrenzen.

3.3.2 Nicht mehr von einer unzumutbaren Härte gesprochen werden kann indes, wenn trotz der konkreten nachteiligen Lage der Bauliegenschaft im Gewässerabstandsbereich eine der Zone W3 entsprechende volle Ausnützung (in casu verbleibt eine Nutzungsreserve von 0.3m², siehe Baubewilligung S. 2) angestrebt wird. Dies gilt umso mehr, als beim vorliegenden Projekt auf der Bauliegenschaft auch der erforderliche grosse Grenzabstand nicht eingehalten werden kann (...).

3.3.3 Die aktenkundigen Baupläne zeigen die massive Beanspruchung des Gewässerabstandsbereiches klar und deutlich auf (...).

In den Gewässerabstandsbereich kommt mithin eine massive, auf eine möglichst optimale Lösung hin ausgelegte Wohnbaute zu stehen. Für dieses konkrete Bauvorhaben kann auch in Berücksichtigung des kommunalen Beurteilungsspielraumes klarerweise keine Ausnahmesituation zugestanden bzw. kein Härtefall angenommen werden.

3.3.4 An dieser Beurteilung vermögen die Einwände der Beschwerdeführer nichts zu ändern. Von einer markanten Verbesserung der bestehenden Situation kann nicht die Rede sein. Es trifft zwar zu, dass der bestehende, nahe an der Wasserzone befindliche Holzschopf entfernt und die neue Wohnbaute im Vergleich zur bestehenden, um ca. 2 m bis 2.20 m (...) zurückversetzt wird. Tatsache ist aber auch, dass die Überbauung innerhalb des Gewässerabstandsbereiches horizontal und vertikal massiv vergrössert wird (...). Die Nachteile dieser Volumenvergrösserung überwiegen die geltend gemachten Vorteile klar und eindeutig. Die mit dem Gewässerabstand im ganzen betroffenen Bereich angestrebte Freihaltung wird erheblich stärker eingeschränkt, als dies bisher schon der Fall war. Es ist mithin nicht von einer besseren Lösung auszugehen, welche die Annahme einer Ausnahmesituation rechtfertigen könnte. Auch vermag hier der kommunale Beurteilungsspielraum keinen gegen teiligen Entscheid zu begründen.

3.3.5 Die bestehende wahrnehmbare Überbauungssituation in der näheren Umgebung (dichte Besiedelung, voluminöse Baute, Bahndamm mit Fahrleitungen) rechtfertigt des Weiteren nicht eine möglichst optimale Überbauung. Das öffentliche Interesse an der Freihaltung des Gewässerabstandsbereiches wird aufgrund der aktuellen Zuweisung in die Zone W3 sowie der bestehenden Überbauung auf der Bauliegenschaft sowie in der näheren Umgebung nicht zur faktischen Bedeutungslosigkeit reduziert. Vielmehr bedarf es eines Interessenausgleiches (Erw. 3.1.3). Den begründeten Interessen des Grundeigentümers an einer Überbauung der eingezonten Seeuferparzelle stehen die ebenso begründeten öffentlichen Interessen an der Freihaltung des Seeufers gegenüber. Mit der Bewilligung des hier zu beurteilenden Bauvorhabens werden die öffentlichen Interessen aber in unzulässiger Weise marginalisiert. Es macht vom Seeuferschutz her in Berücksichtigung der aktuellen Zonierung (W3) auch einen Unterschied, ob im nachgesuchten Ausmass oder in reduzierter Form gebaut wird. Wie ein ausnahmebewilligungsfähiges Projekt konkret auszusehen hat, ist im Übrigen nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Es liegt indes auf der Hand, dass sowohl in horizontaler wie insbesondere auch vertikaler Sicht Reduktionen ins Auge zu fassen sind. Auch wird eine zurückhaltende, möglichst natürliche Umgebungsgestaltung von Vorteil sein.

B 8.10

3.3.6 Die Ansicht der Gemeinde, dass es nicht von Belang sei, was jenseits des konkret eingehaltenen Gewässerabstandes von 6.10 m geschehe, ist offenkundig unzutreffend. Die ausnahmsweise zugestandene Unterschreitung des Seeuferabstandes steht zwingend in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben, für welches die Ausnahmebewilligung erteilt wird. Für den den Abstand unterschreitenden Bereich wird der kantonale Gewässerabstand denn auch nicht aufgehoben oder reduziert, sondern es wird festgestellt, dass in Bejahung konkreter besonderer Verhältnisse, bei Vereinbarkeit mit den öffentlichen Interessen und bei fehlender Verletzung wesentlicher Interessen von Nachbarn das Bauvorhaben trotz Unterschreitung des Gewässerabstandes ausnahmsweise bewilligt wird. Die Gewässerabstandspflicht, welche der kantonale Souverän mit dem Erlass des Planungs- und Baugesetzes statuierte und mithin ebenso (bzw. hierarchisch sogar in übergeordneter Weise) demokratisch legitimiert ist wie die kommunale Zuweisung der Bauliegenschaft in die Zone W3, besteht für das fragliche Baugrundstück grundsätzlich weiterhin.

Nichts zu Gunsten des Bauvorhabens kann auch aus der erforderlichen ungleichen Grenzabstandsverteilung zu Lasten (...) abgeleitet werden. (...) Unbehelflich ist auch der Hinweis, dass die An- und Nebenbauten nicht ausnutzungsrelevant seien. Auch nicht ausnutzungsrelevante bauliche Vorkehren beeinträchtigen den vom Gesetzgeber vorgegebenen Seeuferschutz. Schliesslich vermag der Hinweis auf eine haushälterische Bodennutzung die vorliegende massive Beeinträchtigung des Gewässerabstandsbereiches ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

3.3.7 Soweit der Beschwerdeführer Ziff. 1 auf ein „wohl ebenfalls teilweise im Seeuferabstand“ befindliches „wesentlich grösseres Bauvorhaben“ verweist, wird damit keine rechtsgenügend substantiierte Rüge der Gleichheitsgebotsverletzung vorgetragen (sofern dieser Hinweis überhaupt als eine solche Rüge zu verstehen ist). Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen. Abgesehen davon würde kein Anspruch auf eine Gleichbehandlung im Unrecht bestehen, zumal davon auszugehen ist, dass die zuständigen Bewilligungsbehörden gewillt sind oder allenfalls aufsichtsrechtlich angehalten würden, die aktuelle Rechtslage rechtsprechungskonform umzusetzen.

3.3.8 Selbst wenn die Ausnahmesituation aufgrund der konkreten Lage und Einzonung der Bauliegenschaft ohne Bezug auf das konkrete Bauvorhaben generell bejaht werden müsste, erweist sich das von der Gemeinde und dem ARE zugestandene Ausmass der Abweichung von der Normalbauweise als nicht rechtmässig. Das öffentliche Interesse an der Freihaltung des Gewässerabstandsbereiches wird vielmehr zugunsten der

privaten Interessen an einer möglichst optimalen Ausnützung der Bauliegenschaft in qualifizierter Verletzung des Ermessensspielraumes beeinträchtigt. Die Erstinstanzen haben sich in ihrer Beurteilung zu einseitig auf die partiellen Verbesserungen und die kommunale Zuweisung der Liegenschaft in die Zone W3 fokussiert. Der Regierungsrat hat dagegen mit seiner gesamtheitlichen Beurteilung sachlich richtig entschieden und den geringen kommunalen Ermessensspielraum im Zusammenhang mit dem kantonalen Gewässerabstand in jedem Falle nicht verletzt.

(VGE III 2010 159, 160 vom 18. November 2010).

9. Enteignungsrecht

(siehe EGV-SZ 2010, B 8.7, Erw. 2.2.8)

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Abbruch / Wiederholung des Vergabeverfahrens

Aus dem Sachverhalt:

Die Vergabebehörde war bei der Auswertung der Offerten für ein Spezialfahrzeug mehrfach vom selber definierten und bekannt gegebenen Leistungsverzeichnis (Pflichtenheft) abgewichen, weshalb die Beschwerden von nicht berücksichtigten Anbietern (mit Entscheiden vom 10. Juni 2009) gutgeheissen wurden mit dem Hinweis, dass das weitere Vorgehen der Vergabebehörde davon abhängen werde, ob sie für die Beschaffung am Umfang des ursprünglichen Pflichtenheftes festhalten wolle (woran sich dann die überarbeitete Auswertung der Angebote zu orientieren habe), oder ob im Sinne von § 35 Abs. 1 lit. d VIVöB (wegen einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung) eine Wiederholung des Verfahrens angebracht sei, wobei bei bloss untergeordneten Änderungen des Leistungsverzeichnisses auch ein Korrekturverfahren in Frage kommen könnte, siehe dazu auch EGV-SZ 2007, B 11.2, Erw. 4.6). In der Folge entschied sich die Vergabebehörde, das Verfahren für die Beschaffung eines Spezialfahrzeugs abzubrechen und zu wiederholen. Dagegen erhoben zwei Anbieter je separat Beschwerde ans Verwaltungsgericht.

B 11.1

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 13 lit. i IVöB (SRSZ 430.120.1) haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen vorzusehen, dass Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen erfolgen. Nach § 35 der kantonalen Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB, SRSZ 430.130) kann der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn:

- kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt (lit. a);
- auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind (lit. b);
- die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (lit. c);
- oder eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wurde (lit. d).

Abbruch und Wiederholung des Verfahrens werden den Anbieterinnen und Anbietern mit Verfügung mitgeteilt sowie im offenen und im selektiven Verfahren nach den Vorschriften über die Ausschreibung publiziert (vgl. § 35 Abs. 2 VIVöB).

1.2 Aus der vom kantonalen Gesetzgeber in der oben angeführten Regelung (§ 35 Abs. 1 VIVöB) verwendeten Formulierung „namentlich wenn“ ergibt sich unmissverständlich, dass die in diesem Absatz enthaltene Aufzählung nicht abschliessend ist. Allerdings macht diese Regelung deutlich, dass der Abbruch des Submissionsverfahrens nicht grundlos erfolgen darf (vgl. auch AGVE 2003, S. 251 unten, mit Ausführungen zur vorvertraglichen Treupflicht nach Art. 2 ZGB).

1.3 Bei der Frage, ob ein Vergabeverfahren abgebrochen oder fortgesetzt werden soll, kommt der Vergabebehörde nach der Rechtsprechung ein weiter Ermessensspielraum zu. Es ist vorab Sache der Vergabebehörde, darüber zu befinden, ob sachliche Gründe bestehen, um das Verfahren im öffentlichen Interesse abzubrechen (vgl. BVR 2008, 445, Erw. 2.2 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 2C_203/2008 vom 29.4.2008, Erw. 2.3). Dabei steht ihr ein nach pflichtgemäßem Ermessen ausübender Spielraum zu. Vergaberechtliche Ermessensentscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde grundsätzlich zurückhaltend (vgl. BVR 2008, 445, mit Hinweisen, u.a. auf BGE 125 II 86 Erw. 6). Eine Überschreitung dieses Ermessens und mithin ein vergaberechtswidriger Abbruch des Vergabeverfahrens liegt beispielsweise dann vor, wenn er von

der Vergabestelle als Instrument zur gezielten Diskriminierung von Bieterrinnen und Bietern und dazu eingesetzt wird, um einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden. Ein zulässiger Verfahrensabbruch setzt somit voraus, dass ein sachlicher Grund den Abbruch des Verfahrens rechtfertigt (vgl. BVR 2008, 445, mit Verweis auf Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784ff., Ziff. 31). Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes liegt der Abbruch immer im öffentlichen Interesse. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabebehörde hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann allenfalls für eine Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (vgl. BVR 2008, 445, Erw. 2.2 mit Hinweisen).

2.1 Im zugrunde liegenden Vergabeverfahren für ... stellte das Verwaltungsgericht bereits im von der gleichen Beschwerdeführerin eingeleiteten Beschwerdeverfahren III 2009 68 (...) mit Entscheid vom 10. Juni 2009 u.a. fest, dass in mehrfacher Hinsicht Fehler und Mängel vorlagen. (...) Des Weiteren hielt das Verwaltungsgericht in Erwägung 7 des Entscheides VGE III 2009 68 vom 10. Juni 2009 ausdrücklich fest, das weitere Vorgehen der Vorinstanz werde davon abhängen, ob sie für die Beschaffung am Umfang des vorliegenden Pflichtenheftes festhalten wolle (woran sich dann die überarbeitete Auswertung der Angebote zu orientieren habe), oder ob im Sinne von § 35 Abs. 1 lit. d VIVöB (wegen einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung) eine Wiederholung des Verfahrens angebracht sei, wobei bei bloss untergeordneten Änderungen des Leistungsverzeichnisses auch ein Korrekturverfahren in Frage kommen könnte (vgl. zit. VGE III 2009 69, Erw. 7, mit Verweis auf EGV-SZ 2007, B 11.2, Erw. 4.6).

2.2.1 Im Lichte dieser in den Beschwerdeverfahren III 2009 68 und III 2009 69 (je mit Entscheiden vom 10. Juni 2009) festgestellten Mängel und in Anbetracht dessen, dass das Verwaltungsgericht bereits in diesen vorerwähnten Entscheiden der Vorinstanz zugestanden hatte, für das weitere Vorgehen auch die Frage einer Wiederholung des Vergabeverfahrens zu prüfen, ist es entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin aus folgenden Gründen nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz am 10. Februar 2010 beschlossen hat, das bisherige Verfahren abzubrechen und das Beschaffungsverfahren für ... zu wiederholen. (...).

(VGE III 2010 24 vom 16. Juli 2010).

B 11.2

11.2 Ausschluss

- *Wegen unvollständigem Angebot (fehlende Angaben, welcher Fenster-typus offeriert wird).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Ein Angebot wird von der Teilnahme u.a. ausgeschlossen, wenn wesentliche Formerfordernisse verletzt sind, insbesondere durch Nicht-einhalten der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB). Ein Anbieter darf indes wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden; ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen und es dürfen nur wesentliche Mängel zum Ausschluss führen (vgl. VGE III 2009 88 vom 2. Juli 2009, Erw. 5.4.1 mit Verweis auf VGE III 2008 241 vom 30.1.2009, Erw. 4.1; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 239f. bzw. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2.A., Rz. 273; VGE 1011/06 vom 30.3.06 Erw. 4.1; EGV-SZ 2008, B 11.2, S. 145). Andererseits ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen (Verwaltungsgericht Zürich VB.2007.00123 vom 12.9.2007 Erw. 3.1; VGE III 2009 88 vom 2. Juli 2009, Erw. 5.4.1; ZBI 2000, S. 235). Besteht der Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, so hat die Anbieterin oder der Anbieter an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (§ 26 Abs. 3 VIVöB).

4.2 Nach § 22 Abs. 1 VIVöB muss das Angebot innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen oder für diese der Schweizerischen Post übergeben worden sein. Die Vollständigkeit der Angebote ist namentlich für einen korrekten und transparenten Offertvergleich von grundlegender Bedeutung (vgl. AGVE 1999, S. 346). Untergeordnete Mängel dürfen nach der Rechtsprechung im Rahmen der Offertbereinigung beseitigt werden. Dazu gehören nicht nur die offensichtlichen Rechnungsfehler (siehe dazu auch § 27 Abs. 2 VIVöB), sondern auch offensichtliche Irrtümer, wie z.B. das Fehlen einer im Beilagenverzeichnis erwähnten Beilage (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 281 mit Verweis auf AGVE 2005, Nr. 52, S. 254). Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschneiden oder aber - allenfalls mittels Rückfragen - zu bereinigen ist, kommt der Vergabebehörde ein erhebliches Ermessen zu (AVGE 2005, S. 254; AGVE 1999, S. 346). Stets zu

beachten sind die Grundsätze der Verhältnismässigkeit sowie das Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 281).
(...)

5.2 Bei dieser Sachlage hat die Beschwerdeführerin offenkundig vergessen, mit der Offerte der Vorinstanz die Unterlagen mit den Detailangaben zu liefern, woraus zu entnehmen wäre, welcher Fenstertypus von der Beschwerdeführerin mit welchen Konstruktionsdetails (...) für die geplante Gebäudesanierung angeboten wird. Diese fehlenden Detailangaben wurden erst mit der vorliegenden Beschwerde eingereicht (...). Daraus folgerte die Vorinstanz bei der Auswertung der Offerten zu Recht, dass es ihr wegen fehlender Detailinformationen nicht möglich war, das Angebot der Beschwerdeführerin mit demjenigen der beiden anderen Anbieter zu vergleichen. (...).

(VGE III 2010 101 vom 16. Juli 2010).

2. Baurecht

2.1 Baubewilligung für eine Stützmauer

- *Eine Stützmauer mit einer Scheitelhöhe von 2.30 m und einer Länge von über 20 m untersteht der Baubewilligungspflicht (Erw. 4.1 – 4.3).*
- *Werden von einem Bauvorhaben in erheblichem Masse private Interessen betroffen, so kann die Baute oder Anlage nicht im Meldeverfahren bewilligt werden (Erw. 5.1 – 5.4).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer rügt, das umstrittene Bauvorhaben sei zu Unrecht nicht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren beurteilt worden. Die erstellte Stützmauer sei 2.50 m hoch und rund 14 m lang. Hierbei bzw. bei der Terrainveränderung sei nicht von einem geringfügigen Bauvorhaben auszugehen. Das Bauvorhaben hätte öffentlich aufgelegt werden müssen. Zudem seien die von den Beigeladenen eingereichten Baugesuchsunterlagen mangelhaft.

Demgegenüber vertreten die Beschwerdegegner die Ansicht, dass es sich bei der umstrittenen Stützmauer um ein geringfügiges Bauvorhaben handelt, das weder eine Ausnahmbewilligung erfordert noch wesentliche Interessen des Beschwerdeführers bzw. der Nachbarn verletzt. Das Bauvorhaben unterstehe der Meldepflicht und nicht dem ordentlichen Baubewilligungsverfahren.

4.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700, RPG; § 75 Abs. 1 erster Satz des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100, PBG; Art. 90 Abs. 1 des Baureglements des Bezirks Einsiedeln, Ausgabe Dezember 2001). Der bundesrechtliche Begriff „Bauten und Anlagen“ ist vom Bundesgesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der Rechtsprechung handelt es sich jedoch um künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich

erheblich verändern oder die Umwelt beeinträchtigen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (vgl. VGE III 2010 122 vom 21. September 2010, E. 3.1.2 mit Hinweisen).

4.2 Im Zusammenhang mit Zäunen hat das Bundesgericht unter Anwendung der vorgenannten Grundsätze die Pflicht zur Einholung einer Bewilligung für die Erstellung von 1.80 m bis 2 m hohen Tiergehegen aus Drahtmaschenzaun bejaht. Ebenso bejahte es die Bewilligungspflicht für einen 1.5 m hohen Drahtgeflechtzaun zur Einzäunung eines Grundstückes sowie für einen 1.4 m hohen Zaun aus in den Boden gerammten Holzpfosten für eine hobbymässige Pferdehaltung (vgl. VGE III 2010 122 vom 21. September 2010, E. 3.1.3 mit Hinweisen). Analog hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass ein Rotwild-Gehege, die Erhöhung einer als Lärmschutzwand dienenden Umfassungsmauer mit schweren Pflanzentrögen aus Beton sowie ein rund 2.20 m hohes Mauerwerk aus Steinkörben bewilligungspflichtig sind (vgl. VGE III 2010 122 vom 21. September 2010, E. 3.1.3 und E. 3.2 mit Hinweisen; RRB Nr. 726 vom 30. Juni 2009, RRB Nr. 211 vom 11. März 2008 und RRB Nr. 1228 vom 18. September 2007).

4.3 Im Lichte dieser Rechtsprechung untersteht die bereits erstellte Stützmauer mit einer Scheitelhöhe von rund 2.30 Metern und einer Länge von über 20 Metern (...) der Baubewilligungspflicht. Auch haben die Beigeladenen gegen das Ergebnis, wonach die umstrittene Stützmauer bewilligungspflichtig ist, nicht opponiert. Vielmehr gilt es zu beachten, dass diese mit den nachgereichten Baugesuchen vom 24. bzw. 25. Mai 2008 die Baubewilligungspflicht konkludent anerkannt haben.

5.1 Wenn eine Baute oder Anlage der Bewilligungspflicht untersteht und diese ohne Baubewilligung erstellt wurde, ist sie formell baurechtswidrig. Die umstrittene Stützmauer wurde ohne die erforderliche Baubewilligung erstellt (...). Demnach wurde denn auch zu Recht ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeleitet (...). Je nach Art und Grösse der Baute oder Anlage und der eventuellen Beeinträchtigung von öffentlichen oder Nachbarinteressen durch die widerrechtliche Baute oder Nutzung ist zu entscheiden, welches Baubewilligungsverfahren Anwendung findet. Bei Bauten ohne Baubewilligung und bei grösseren Abweichungen von einer erteilten Baubewilligung bedarf es in der Regel einer

C 2.1

öffentlichen Auflage und Publikation (vgl. Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 62f.).

5.2 Die Baubewilligung wird im Melde-, vereinfachten oder ordentlichen Verfahren erteilt (§ 75 Abs. 1 PBG). Das vereinfachte Verfahren kommt für kleinere Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben zur Anwendung, wenn keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden. Es erfolgt weder Auflage noch Publikation und auch keine Profilierung, sondern lediglich eine schriftliche Anzeige an die direkten Anstösser und an die zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks. Mit der schriftlichen Anzeige wird eine Frist von 20 Tagen angesetzt mit dem Hinweis, dass innert dieser Frist Einsprache im Sinne von § 80 Abs. 2 PBG erhoben werden kann (§ 79 PBG; Art. 95 BauR). Für geringfügige Bauvorhaben genügt die Erfüllung der Meldepflicht. Bleibt ein der zuständigen Behörde gemeldetes Bauvorhaben innert 20 Tagen seit Eingang ohne Widerspruch, so gilt es als bewilligt (§ 75 Abs. 6 PBG; Art. 91 Abs. 1 BauR). Das Meldeverfahren setzt nach dem kommunalen Recht voraus, dass offensichtlich keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden (Art. 91 Abs. 2 BauR). Aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips darf das Meldeverfahren nur zurückhaltend angewandt werden (vgl. RRB Nr. 1416 vom 2. November 2005, E. 2.2.1). Für die Beurteilung, welches Verfahren zur Anwendung kommen soll, sind das öffentliche und das private Interesse, die Zweckbestimmung des öffentlichen Baupolizeirechts, die Durchsetzbarkeit und die Kontrollmöglichkeiten, Wohnheitsrecht und die bisherige Verwaltungspraxis als Kriterien massgebend. Der örtlichen Baubehörde kommt ein gewisser Ermessensspielraum zu (vgl. EGV-SZ 1990, Nr. 62, E. 3a mit Hinweisen).

5.3 Der Beschwerdeführer hat im Mai 2008 gegenüber der Baubehörde die Rechtmässigkeit der erstellten Stützmauer in Frage gestellt. Daraufhin hat die Baubehörde den Beigeladenen Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Nachreichung eines Baugesuchs gegeben (...). Am 24. bzw. 25. Mai 2008 reichten die Beigeladenen je einzeln ein Baugesuch sowie Fotos zum Augenscheinprotokoll nach. Dem folgten zahlreiche weitere Anträge und Stellungnahmen der Parteien (...). Die Beschwerdegegner vertreten die Auffassung, dass die nachträgliche Baubewilligung für die umstrittene Stützmauer gemäss § 75 Abs. 6 PBG zwischenzeitlich im Meldeverfahren erteilt wurde. Weder haben eine öffentliche Auflage und Publikation stattgefunden, noch wurde die Baumassnahme den direkten Anstössern schriftlich angezeigt. Vielmehr hat sich die Baubehörde nach Eingang der Meldung des Beschwerdeführers einzig damit begnügt, die Stellungnahmen und die ohnehin nur mangelhaft nachge-

reichten Baugesuchsunterlagen (vgl. § 77 PBG; Art. 93 BauR) der Beigeladenen einzuholen. Die Baubehörde hat demnach kein ordentliches Baubewilligungsverfahren, allenfalls sinngemäss ein Meldeverfahren durchgeführt. Das Meldeverfahren steht indes nur dann zur Verfügung, wenn keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden. Der Beschwerdeführer ist jedoch als Grundeigentümer des Grundstücks KTN 4264, das im Nordwesten direkt an die Baugrundstücke (KTN 5659 und KTN 5660) bzw. bis zu 50 cm an die umstrittene Stützmauer (...) angrenzt, als direkter Anstösser ohne weiteres in seinen privaten Interessen berührt.

5.4 Da in Bezug auf die umstrittene Stützmauer private Interessen betroffen sind und der Beschwerdeführer Widerspruch gegen dieses Bauvorhaben eingelegt hat, hätte das ordentliche Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müssen (vgl. VGE III 2010 122 vom 21. September 2010, RRB Nr. 726 vom 30. Juni 2009 und RRB Nr. 211 vom 11. März 2008). Soweit daher die zuständige Baubehörde für die umstrittene Stützmauer eine nachträgliche Baubewilligung im Meldeverfahren erteilt haben will, ist dies nicht zulässig. Schliesslich bieten die Publikation und öffentliche Auflage eines Baugesuchs Personen, denen aufgrund der massgebenden Verfahrensvorschriften Parteistellung zukommen kann, Gelegenheit zur Kenntnisnahme vom Baugesuch und zur Teilnahme am Verfahren. Dadurch sollen diese Personen nicht nur in die Lage versetzt werden, ihre eigenen Rechte zu wahren. Ebenfalls ermöglicht dies der Bewilligungsbehörde, aufgrund der Vorbringen der Parteien einen möglichst sachgerechten Entscheid zu fällen. Von einer Publikation darf ohnehin nur in Ausnahmefällen abgesehen werden. Im Zweifel gilt der Grundsatz der grösseren Publizität (vgl. RRB Nr. 523 vom 19. April 2005, E. 3.5).

5.5 Die Baubewilligungsbehörde hat somit zu Unrecht darauf verzichtet, ein nachträgliches ordentliches Baubewilligungsverfahren für die umstrittene Stützmauer durchzuführen. Da die Beschwerdeinstanz dies nicht nachholen kann und der Beschwerdeführer dies denn auch nicht verlangt, ist die Baubewilligungsbehörde anzuweisen, das nachträgliche ordentliche Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Der Aufsichtsbeschwerde ist demnach Folge zu leisten.

(RRB Nr. 1119 vom 3. November 2010).

2.2 Baubewilligung für einen Kioskbetrieb mit Aussensitzplätzen

- *Beurteilung von öffentlichrechtlichen Baueinsprachen und deren Entscheidung durch die kommunalen Baubewilligungsbehörden und die kantonalen Behörden (Erw. 3.1.1 – 3.1.2).*
- *Rechtsmittelbefugnis der Bewohner von Nachbarliegenschaften zu Aussensitzplätzen eines Kiosks (Erw. 3.2 – 3.3.4).*
- *Ausschreibung und Profilierung des Bauvorhabens (Erw. 4.1 – 4.3).*
- *Nutzung von dem Gemeingebrauch gewidmeten Spazier-, Flanier- und Spielflächen für einen Gastwirtschaftsbetrieb (Erw. 7).*
- *Zonenkonformität eines von Privaten betriebenen Restaurantsbetriebes in einer Zone für öffentliche Sport- und Erholungsanlagen (Erw. 9.1 – 9.4.2).*
- *Ausnahmebewilligung für zonenkonforme und standortgebundene Bauten für die Unterschreitung des Seeuferabstandes (Erw. 10.1 – 10.3.3).*
- *Prüfung des Bauvorhabens in Bezug auf die Anforderungen an das behindertengerechte Bauen (Erw. 13.1 – 13.4).*
- *Durchsetzung von Hygienevorschriften im Baubewilligungsverfahren für einen Gastgewerbebetrieb und die Kontrolle der Einhaltung im Betrieb (Erw. 14.1 – 14.3.2).*
- *Arbeitsgesetzliche Beurteilung (Erw. 15.1 – 15.3).*
- *Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit den Lärmschutzvorschriften nach der Umweltschutzgesetzgebung (Erw. 16.1.1 – 16.5.4).*

Aus dem Sachverhalt:

Die Liegenschaft KTN 945 (Quaianlage) steht im Eigentum des Bezirks Küssnacht und liegt in der Zone für öffentliche Sport- und Erholungsanlagen. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 4. September 1985 zwischen dem Bezirk Küssnacht und dem Gewässerschutzverband der Region Zugersee-Küssnachersee-Ägerisee (GVRZ) wird dem GVRZ das Recht eingeräumt, hier ein Pumpwerk zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten. Der Bezirk bleibt aber Eigentümer gewisser Anlageteile wie öffentliche Toilette, Kiosk, Abstellraum usw., für die er auch unterhaltspflichtig ist. Die R. Hänggi AG plant innerhalb der bestehenden Pumpstation an der Quaistrasse eine Umnutzung des Geräteraums in einen Promenadenkiosk mit 60-120 Aussensitzplätzen. Im Amtsblatt Nr. 41 vom 10. Oktober 2008 (S. 2083) wurde das (gegenüber dem ursprünglichen Projekt reduzierte) Bauprojekt „Kiosk (in Pumpengebäude)“ publiziert. Dagegen gingen zahlreiche öffentlichrechtliche Baueinsprachen ein.

Der Bezirksrat Küssnacht (Vorinstanz 1) wies die Einsprachen ab, soweit er auf diese eintrat. Die Baubewilligung wurde unter einer Reihe von Bedingungen und Auflagen erteilt. Das Amt für Raumentwicklung (Vorinstanz 2) hatte in einem Gesamtentscheid die kantonale Baubewilligung und die Zustimmung für eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Seeuferabstandes erteilt.

Der Regierungsrat hat die Beschwerde gutgeheissen und die angefochtenen Verfügungen aufgehoben. Er hat die Sache zur Vornahme der ergänzenden Sachverhaltsabklärungen und zur Neuurteilung an die Vorinstanzen 1 und 2 zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3.1.1 Umstritten ist die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer (§ 80 Abs. 2 und § 82 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100, PBG] in Verb. mit § 65 und § 37 Abs. 1 VRP). Im Gegensatz zur Vorinstanz 1, welche die Einsprachebefugnis bejahte, verneinte sie die Vorinstanz 2. Solche widersprüchliche Entscheide sind zu vermeiden, weil sie der Koordinationspflicht widersprechen können (Art. 25a Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [SR 700, RPG]). Im vorliegenden Fall ist die Beurteilung der Vorinstanz 1 massgebend, denn gemäss § 41 Abs. 2 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz (SRSZ 400.111, VVzPBG) leitet die Gemeinde (bzw. der Bezirk) bei Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen die Behandlung von Einsprachen. Die Vorinstanz 2, die Baueinsprachen bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen entscheidet, hätte deshalb beim zur Diskussion stehenden Baugesuch die Frage der Einsprachebefugnis offen lassen bzw. der Vorinstanz 1 zum Entscheid überlassen können. Hingegen obliegt es ihr, zu den Einsprachepunkten, die in die Beurteilungszuständigkeit der kantonalen Fachstellen fallen, Stellung zu nehmen.

3.1.2 Die widersprüchlichen Entscheide der Vorinstanzen 1 und 2 machen deutlich, dass das Bewilligungsverfahren nicht optimal abgewickelt wurde. So hatte die Vorinstanz 2 bereits am 26. November 2008 einen Gesamtentscheid gefällt und musste dann, nachdem der Eingang diverser Einsprachen von der Vorinstanz 1 gemeldet worden war, das Baugesuch erneut prüfen und den angefochtenen „rektifizierten“ Gesamtentscheid vom 25. März 2009 erlassen. Ein solcher Verfahrensablauf liegt nicht im Sinne des Beschleunigungsgebotes (§ 81 PBG). Insbesondere muss vermieden werden, dass die Behandlung von Einspra-

C 2.2

chen vergessen geht bzw. nachgeholt werden muss. Denn diese müssen zusammen mit dem Baugesuch entschieden werden (§ 81 Abs. 2 PBG). Die Vorinstanzen sind sich zudem offenbar darüber nicht völlig im Klaren, welche Behörde über die Einsprachen und damit über die Einsprachebefugnis zu entscheiden hat. Massgebend ist § 41 Abs. 2 VVzPBG. Bei Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen beurteilt die kommunale Baubewilligungsbehörde die Einsprachen und damit auch die Einsprachebefugnis. Das Amt für Raumentwicklung bzw. die kantonale Fachinstanz nimmt zu diesen Baueinsprachen nur insoweit Stellung, als darin materiellrechtliche Fragen angesprochen werden, die in die Zuständigkeit der kantonalen Fachinstanzen fallen. Im Dispositiv des kantonalen Gesamtentscheidendes muss über diese Einsprachen nicht entschieden werden. Die kommunale Baubewilligungsbehörde hat in ihrem Bauentscheid die Einsprache gesamthaft zu behandeln und zu entscheiden. Anders verhält es sich bei Bauten ausserhalb der Bauzone. Hier ist das Amt für Raumentwicklung zuständig, über die Einsprachen zu befinden, wobei sich die kommunale Baubewilligungsbehörde allenfalls über kommunalrechtliche Fragen äussern kann.

3.1.3 Da jedoch vor Erlass eines Entscheidendes die Behörden auf allen Stufen von Amtes wegen zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid, u.a. die Rechtsmittelbefugnis, erfüllt sind (§ 27 Abs. 1 Bst. d VRP), ist die Frage der Legitimation nachfolgend zu beurteilen.

3.2 Gemäss § 37 Abs. 1 VRP ist zur Einreichung eines Rechtsmittels berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheidendes oder der Verfügung hat (Bst. c). Dasselbe gilt für die Einsprachebefugnis mit Ausnahme des Erfordernisses der vorinstanzlichen Verfahrensteilnahme (§ 65 VRP; EGV-SZ 2005, B 8.3, E. 4.1).

Damit wird auch die Forderung von Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. a RPG erfüllt, wonach die Kantone gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf das Raumplanungsgesetz stützen, wenigstens ein Rechtsmittel vorsehen müssen. Dabei muss das kantonale Recht die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gewährleisten, was hier zutrifft (Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [SR 173.110, BGG]; vgl. hiezu BGE 133 II 413 mit weiteren Hinweisen; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar

zum Raumplanungsgesetz [RPG], Bern 2006, Art. 33 Rz. 31a; EGV-SZ 2006, B 8.1, E. 1.3; RRB Nr. 707 vom 24. Juni 2008, E. 2.2).

3.3.1 Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Einsprache bzw. Beschwerde den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde, oder, anders gesagt, in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils, den die angefochtene Baubewilligung für jene zur Folge hätte. Es ist dabei unwesentlich, ob das tatsächliche Interesse auch rechtlich geschützt ist. Zur Vermeidung der Popularbeschwerde wird die Regel aufgestellt, dass derjenige, der sich zur Wehr setzen will, mehr als die Allgemeinheit berührt sein muss; erforderlich ist eine beachtenswerte, nahe Beziehung der Beschwerdeführer zur Streitsache, die diese besonders und unmittelbar betroffen macht (BGE 131 II 587, E. 2.1; EGV-SZ 2006, B 8.1, E. 1.3 mit Hinweisen; VGE III 2008 12 vom 24. April 2008, E. 2.3.1; RRB Nr. 707 vom 24. Juni 2008, E. 2.3 mit Hinweisen).

3.3.2 Nachbarbeschwerden gegen Baubewilligungen zählen zu den Drittbeschwerden, auf welche in der Regel einzutreten ist. Benachbart ist jedes Grundstück, das mit dem Baugrundstück in einer derartigen räumlichen Beziehung steht, dass eine Beeinträchtigung durch das Bauvorhaben oder die damit verbundene Nutzung möglich ist. Diese mögliche Negativwirkung genügt, um die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis zu begründen. Ob tatsächlich eine Beeinträchtigung besteht, ist dann im Sachentscheid zu beurteilen. Die Legitimation ergibt sich somit nicht allein schon aus der räumlichen Nähe, sondern erst aus einer daraus sich ergebenden besonderen Betroffenheit, z.B. wenn von einer Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Immissionen ausgehen, die die Beschwerdeführer übermässig stören können. Eine hinreichend enge nachbarliche Beziehung bzw. beachtenswerte nahe Beziehung wird aber grundsätzlich bejaht, wenn das Grundstück des Beschwerdeführers unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder sich in dessen unmittelbarer Nähe befindet (EGV-SZ 2007, C 2.3, E. 1.2 mit Hinweisen; VGE III 2008 12 vom 24. April 2008, E. 2.3.2; RRB Nr. 520 vom 18. Mai 2010, E. 3.3).

3.3.3 Da die Beschwerdeführer 1-27 gemeinsam Beschwerde erhoben haben, braucht nicht die Beschwerdebefugnis jedes einzelnen Beschwerdeführers geprüft zu werden. Es genügt, wenn einer von ihnen beschwerdelegitimiert ist, um auf die Beschwerde einzutreten. Ob die restlichen Beschwerdeführer ebenfalls legitimiert sind, kann dann offen bleiben (RRB Nr. 914 vom 14. September 2010, E. 1.2).

C 2.2

3.3.4 Dem geplanten Bauvorhaben am nächsten wohnen die Beschwerdeführer 5, 6, 13, 14, 17-19 an der Quaistrasse 10. Die Entfernung zu den geplanten Aussensitzplätzen des Kiosks beträgt hier weniger als 100 m. Ihre Wohnungen liegen in einer ruhigen, privilegierten Wohnzone und sind auf die Quaianlage bzw. den See ausgerichtet. Diese unmittelbare Nachbarschaft begründet einerseits eine enge räumliche Beziehungsnähe und andererseits ein besonderes Berührtsein durch Immissionen, die die geplante Nutzung mit sich bringen kann. Dabei fallen insbesondere Lärmimmissionen in Betracht, die durch das Stimmengewirr der Menschenansammlung verursacht werden, wie dies in einer offenen Gartenwirtschaft zwangsläufig vorkommt. Kommt hinzu, dass der Kiosk abends bis 22.00 Uhr betrieben und zudem auch Alkohol verkauft werden soll, was möglicherweise zu einem spürbaren Anstieg des Lärmpegels führen kann. Negative Auswirkungen auf die unmittelbare Nachbarschaft sind deshalb nicht auszuschliessen. Diese Umstände berühren somit die vorerwähnten Beschwerdeführer bei objektiver Betrachtungsweise mehr als die Allgemeinheit, wobei es für die Frage der Legitimation nicht darauf ankommt, ob das tatsächliche Interesse an möglichst ruhigen Verhältnissen stark ins Gewicht fällt und auch rechtlich geschützt ist. Massgebend ist, dass die Interessensphäre der beschwerdeführenden Nachbarn, die in einer empfindlichen Zone wohnen, in besonderem Masse und mehr als üblich tangiert wird, was als durch das Bauvorhaben direkt wirkender Nachteil empfunden werden muss (EGV-SZ 2007, C 2.3, E. 1.3; EGV-SZ 2006, B 8.1, E. 1.4 mit Hinweisen). Ob diese Beeinträchtigungen tatsächlich eintreffen und übermässig sind, ist wie bereits erwähnt für die Frage der Legitimation nicht von Belang. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

4.1 Die Beschwerdeführer rügen schwere Verfahrensmängel, da das Baugesuch ungenügend publiziert und auch kein Baugespann errichtet worden seien. Ausgeschrieben habe man lediglich den geplanten Kiosk, ohne das „Aussenrestaurant mit 120 Aussensitzplätzen“ zu erwähnen. Dieses Vorgehen sei geeignet gewesen, potenzielle Einsprecher von einer Einsprache abzuhalten. Ein solch gravierender Publikationsmangel müsse deshalb zur Aufhebung der Baubewilligung und zur Wiederholung des Auflageverfahrens führen.

4.2 Gemäss § 78 Abs. 1 und 2 PBG ist die öffentliche Auflage des Baugesuchs zu publizieren und auf den Zeitpunkt der Publikation hin ein Baugespann zu erstellen, das die künftige Gestalt und räumliche Ausdehnung der Baute oder Anlage sowie Terrainveränderungen aufzeigt (vgl. auch Art. 121 Abs. 1 und 2 des Baureglements des Bezirks Küssnacht [BauR]). Die Publikation muss die wichtigsten Punkte eines Bau-

gesuchs enthalten, damit allfällig Betroffene erkennen können, ob ihre Interessen tangiert werden. Das Baugespann soll diesen Personen überdies ermöglichen, sich über die Dimensionen des Projektes ein Bild zu machen, wobei nicht jeder einzelne Gebäudeteil dargestellt werden muss. Über die genaue Gestalt der Baute hat sich der Nachbar anhand der öffentlich aufliegenden Pläne zu orientieren, die in erster Linie massgebend sind (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Wädenswil 2006, Ziff. 20.7.4.1).

4.3 In der Ausschreibung wurde das Bauvorhaben der Beschwerdegegerin als Kiosk (im bestehenden Pumpengebäude) bezeichnet. Die geplanten Aussensitzplätze blieben unerwähnt (Abl 2008, S. 2083). Aus dem Baugesuch war zu entnehmen, dass der Geräteraum der Pumpstation zu einem Kiosk (Promadenverkauf) umgenutzt werden soll. Im Baubeschrieb (vom 3. Oktober 2008) wird zudem erwähnt, dass Aussensitzplätze für 60-120 Personen geplant sind. Dieser Aussenbereich ist im Baueingabe- und Situationsplan (1:50 bzw. 1:1000, je vom 3. Oktober 2008) rot eingezeichnet.

Da die geplante Umnutzung am bestehenden Gebäudekörper des Pumpwerks keine Vergrösserung des bestehenden Pumpengebäudes zur Folge hat, war eine Profilierung gar nicht möglich und notwendig. Dasselbe gilt für die Profilierung der Aussensitzplätze (analog zu Strassen gemäss § 78 Abs. 2 PBG). Hingegen hätte bei der Ausschreibung der für Sitzplätze geplante Aussenbereich erwähnt werden müssen. Trotz dieses Mangels hat die Publikation des Baugesuchs ihren Zweck jedoch erfüllt. 43 Einsprachen gingen ein. Es kann davon ausgegangen werden, dass alle im Einflussbereich des geplanten Bauvorhabens liegenden Grundeigentümer sich darunter befinden (vgl. Lageplan der Einsprecher in den vorinstanzlichen Bauakten). Da das Vorhaben zudem bereits ein zweites, gegenüber dem ersten reduziertes Projekt darstellt und auch in der Lokalpresse ein Thema war, kann ausgeschlossen werden, dass weitere potenzielle Einsprecher verhindert waren, sich zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist zudem, dass die Beschwerdeführer durch die mangelhafte Ausschreibung in ihrer Interessenwahrung nicht benachteiligt wurden und von ihren Parteirechten uneingeschränkt Gebrauch machen konnten (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz 288 und Rz 292). Von einer Wiederholung der öffentlichen Auflage und Publikation ist deshalb abzusehen.

(...)

7. Die Beschwerdeführer sind weiter der Ansicht, dass Aussensitzplätze sich mit der dem Gemeingebrauch gewidmeten Spazier-, Flanier- und

C 2.2

Spielfläche am Quai nicht vertragen. Zwar ist fraglich, ob diese Rüge überhaupt Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens sein kann, jedenfalls geht sie fehl.

Der Gemeingebrauch an der Quaianlage wird nur unwesentlich tangiert. Die geplanten, saisonal benutzbaren Sitzplätze vor dem Pumpwerk befinden sich am nordwestlichen Rand der Quaianlage. Diese örtlich beschränkte Belegung des ausgedehnten Seeuferbereichs kann schon deshalb keine ins Gewicht fallende Einschränkung der öffentlichen Nutzung bewirken. Die Baubewilligung begrenzt zudem diese Nutzung auf den in den verbindlichen Bauplänen (Situations- und Baueingabeplan) rot eingezeichneten Bereich. In diesen Plänen ist auch dargestellt, dass die öffentlichen Gehwege nicht behindert werden. Diese genehmigten Projektpläne müssen eingehalten werden. Jede Änderung bedarf der behördlichen Genehmigung (vgl. Ziff. 3, 4 und 8 der Baubewilligung vom 22. April 2009 [BRB-Nr. 172]). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin die Baubewilligung beachtet. Sollte dies nicht der Fall sein, muss die Vorinstanz 1 als Vollzugsbehörde einschreiten und die notwendigen Schritte einleiten bzw. Massnahmen anordnen. Im Weiteren kommt es auch gar nicht darauf an, ob die begrenzte Fläche für 120 Sitzplätze ausreicht. Massgebend ist, dass keine grössere als die markierte Fläche zum Aufstellen von Tischen und Stühlen zur Verfügung steht. Bei der Zahl 120 handelt es sich zudem um eine Maximalzahl. Beschränkt sich die Beschwerdegegnerin nicht auf die bewilligte Nutzfläche, verhält sie sich rechtswidrig.

Der Vorinstanz 1 ist in diesem Zusammenhang aber zu empfehlen, die gastgewerbliche Betriebsbewilligung und den „Mietvertrag“ bzw. die Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch (s. nachstehend E. 7.2) entsprechend klar zu formulieren, was bis anhin noch nicht gemacht wurde (in der Betriebsbewilligung vom 9. April 2008 [BRB-Nr. 173] ist von 60-80 Sitzplätzen, im Baugesuch von 60-120 Sitzplätzen, im Mietvertrag[sentwurf; BRB-Nr. 183 vom 9. April 2008] von einer Fläche von 300 m² und maximal 60 Sitzplätzen die Rede [Ziff. 1 und Ziff. 7.3]).

(...)

9.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführer ist das Bauvorhaben im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz 1 nicht zonenkonform. Dieses kommt in die Zone für öffentliche Sport- und Erholungsanlagen (Art. 92 BauR) zu liegen, die für Flächen bestimmt ist, welche vorwiegend der Erholung der Bevölkerung dienen (Abs. 1). Gemäss Art. 92 Abs. 2 BauR sind in dieser Zone Hochbauten zulässig, die für den öffentlichen Sport-

und Erholungszweck der betreffenden Anlage erforderlich sind, im Weiteren aber auch Nebenanlagen wie Restaurant, Kiosk usw.

9.2 Bei Art. 92 BauR handelt es sich um eine kommunale Zonenvorschrift. Es obliegt deshalb in erster Linie den kommunalen Baubewilligungsbehörden, diese Regelung nach pflichtgemäßem Ermessen sachgerecht auszulegen und anzuwenden. Bei der Auslegung solcher Bauvorschriften kommt der Vorinstanz 1 eine gewisse Autonomie zu, die im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gesetzlichen Schutz genießt (§ 46 Abs. 2 VRP; RRB Nr. 1341 vom 10. Dezember 2008, E. 3.1). Darüber hinaus auferlegt sich der Regierungsrat praxismässig in Fällen, bei denen die Vorinstanz in fachlicher, sachlicher oder örtlicher Beziehung näher beim zu regelnden Sachverhalt steht, eine gewisse Zurückhaltung. Die Vorinstanz 1 kann die Situation vor Ort besser beurteilen als der Regierungsrat in seiner Funktion als Rechtsmittelinstanz (EGV-SZ 2002, C 2.5, E. 5.8 mit Hinweisen; RRB Nr. 82 vom 27. Januar 2009, E. 3.2.2).

9.3 Die Beurteilung durch die Vorinstanz 1, auf die bei der Auslegung von Art. 92 BauR in erster Linie abzustellen ist, ist weder willkürlich noch widerspricht sie dem Wortlaut und Zweck der Zonenvorschrift.

Mit dem Erholungszweck dieser öffentlichen Zone ist es durchaus vereinbar, wenn zu Konsumationszwecken ein Kiosk mit Sitzplätzen im Aussenraum erstellt wird. Erholungssuchende am See verweilen gerne in dieser bevorzugten und für die Öffentlichkeit zugänglichen Freizeitanlage beim gleichzeitigen Genuss eines Getränkes und/oder eines Imbisses, wenn sich hierfür Gelegenheit bietet. Ein solches Verpflegungsangebot kann deshalb ohne Weiteres als Aufwertung der Quaianlage gewertet werden, und zwar unabhängig davon, ob bereits andere Konsumationsmöglichkeiten bestehen, zumal diese in Küsnacht direkt am See eher bescheiden sind. Bei der Hafenanlage ist der geplante Kiosk auf jeden Fall nicht falsch platziert, zumal er in ein bestehendes Gebäude integriert werden kann. In unmittelbarer Umgebung befindet sich kein weiterer Betrieb mit einem gleichartigen Angebot. Der privilegierte Standort für den geplanten Aussensitzplatz ist überdies zum Verweilen geeignet und bietet trotzdem den Spaziergängern noch ausreichend Platz zum Zirkulieren. Dass der Kiosk einen funktionalen Zusammenhang zur öffentlichen Zone für Sport- und Erholungsanlagen hat, ergibt sich überdies schon aus der Zonenvorschrift selbst, die solche Nebenanlagen ausdrücklich zulässt (Art. 92 Abs. 2 BauR).

9.4.1 Weshalb in dieser öffentlichen Zone keine privaten Nutzungen zulässig sein sollen, wie die Beschwerdeführer behaupten, ist nicht er-

C 2.2

sichtlich. Denn es ist nicht üblich, dass Verpflegungsbetriebe wie Restaurants, Kioske usw. (auch in einer öffentlichen Zone) von der öffentlichen Hand geführt werden. Dass mit dem Betrieb eines zonenkonformen Kioskes ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird, ist ebenfalls nicht zu beanstanden und baurechtlich insofern nicht von Belang, als die Konsumationsgelegenheit dem Erholungszweck der Zone und damit dem öffentlichen Interesse dient.

9.4.2 Ebenfalls nicht zugestimmt werden kann den Beschwerdeführern, wenn diese behaupten, ein Kiosk sei nur als Nebenanlage zu einer zonenkonformen Hochbaute (Sport- und Erholungsstätte) statthaft. Art. 92 BauR spricht in Abs. 1 von allgemein zugänglichen „Flächen“, wie eben die Quaianlage, die grundsätzlich bauten- und anlagefrei ist. Auf diesen Flächen sind gemäss Abs. 2 der Zonenvorschrift ausnahmsweise nebst Hochbauten für den Sport- und Erholungszweck auch kleinere Nebenanlagen wie Restaurant, Kiosk, usw. erlaubt, sofern auch diese der Erholung der Bevölkerung dienen. Es geht hier demnach um Nebenanlagen zur öffentlichen Zone (hier der Quaianlage als Flaniermeile, Spielplatz usw.) und nicht von bestehenden Hochbauten in dieser Zone. Dass der geplante Kiosk in Anbetracht des bescheidenen Verpflegungsangebotes direkt am See auch als notwendig, weil einem öffentlichen Bedürfnis entsprechend, betrachtet werden kann, ist ebenfalls nicht zu bemängeln, zumal diese Einschätzung in erster Linie den örtlichen Behörden obliegt (...).

10.1 Die Beschwerdeführer rügen im Weiteren eine Verletzung des Seeuferabstandes. Gemäss § 66 Abs. 1 PBG haben Bauten und Anlagen gegenüber Seen einen Mindestabstand von 20 m ab Grenze der Wasserzone einzuhalten (vgl. auch § 34 VVzRPG). Ausnahmen sind möglich, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen und die Ausnahmebewilligung mit den öffentlichen Interessen vereinbar ist und keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzt werden (§ 73 PBG). Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführer haben die Vorinstanzen die Voraussetzungen für eine Bewilligung der Abstandsunterschreitung im vorliegenden Fall bejaht.

10.2 Auch wenn im Baugesuch nicht ausdrücklich um eine Ausnahmebewilligung nachgesucht wurde, weil die Beschwerdegegnerin möglicherweise der Auffassung war, das Bauvorhaben benötige gar keine solche, haben die Baubehörden das Recht von Amtes wegen anzuwenden und den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären (§§ 18 und 26 Abs. 1 VRP). Zu diesen Pflichten gehört es zu prüfen, ob das Baugesuch den

massgeblichen Bauvorschriften entspricht und demzufolge bewilligt werden kann, allenfalls mit der Erteilung eines Baudispenses.

Da der geplante Aussensitzplatz innerhalb des Seeuferabstandsbereichs von 20 m liegt (Abstand rund 10 m ab der vermarkten Wasserzone), ist für die Unterschreitung eine Ausnahmegewilligung notwendig. Ob die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, ist nachfolgend zu prüfen. Der geplante Kiosk im bestehenden Gebäude des Pumpwerks hält hingegen den gesetzlichen Abstand zum See ein.

10.3.1 Das Institut der Ausnahmegewilligung bezweckt, Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden, die sich aus der strikten Rechtsanwendung ergeben. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation. Die Rechtfertigung der Ausnahmegewilligung liegt im Einzelfall begründet. Unter Ausnahmesituationen sind hauptsächlich solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewendet werden müssen, obschon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge hatte. Ausnahmesituationen erlauben deshalb - unter Vorbehalt der Wahrung privater und öffentlicher Interessen - abweichende Lösungen. Als Rechtsfrage gilt dabei, ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, erfüllt sind. Wenn diese Frage bejaht werden kann, muss geprüft werden, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Diese Beurteilung ist eine Frage des Ermessens (EGV-SZ 1990, Nr. 19; RRB Nr. 505 vom 17. April 2007, E. 5.2 mit Hinweisen).

10.3.2 Der gesetzliche Seeuferabstand von 20 m (§ 66 Abs. 1 PBG) bezweckt, die Seeufer aus Gründen des Landschafts- und Seeuferschutzes generell von (zusätzlichen) Überbauungen möglichst freizuhalten. Damit wird der Planungsgrundsatz gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c RPG konkretisiert, wonach die Landschaft zu schonen ist, indem u.a. See- und Flussufer freigehalten werden (EGV-SZ 1982, Nr. 8, E. 7; RRB Nr. 745 vom 2. Juni 2004, E. 4.3). Wenn eine Seepromenade jedoch wie vorliegend einer öffentlichen Zone zugewiesen ist, in der in beschränktem Rahmen Bauten und Anlagen erlaubt sind, kann diesem gesetzlichen Ziel nicht vollumfänglich Rechnung getragen werden, weil der Zonenzweck vereitelt würde, wenn überhaupt keine (zonenkonformen) Bauten erstellt werden könnten (EGV-SZ 1993, Nr. 13 und Nr. 16; RRB Nr. 505 vom 17. April 2007, E. 5.3.1). Dem Schutz des Ufersaums muss aber trotzdem eine gewisse Bedeutung zukommen, weil andernfalls der Gesetzgeber davon abgesehen hätte, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen einen Gewässerabstand festzulegen. Dieser Diskrepanz kann mit

C 2.2

einem Baudispens Rechnung getragen werden, wie dies die Vorinstanzen vorliegend zu Recht getan haben.

10.3.3 Da der bewilligte Bereich für die Aussensitzplätze zonenkonform ist und demzufolge auch als standortgebunden im Seeuferabstandsbereich platziert werden kann, ist der Ausnahmegrund gemäss § 73 Abs. 1 Bst. c PBG zu bejahen, wonach auch Art und Zweckbestimmung einer Baute bzw. Anlage eine Ausnahmesituation begründen. Der begrenzte Bereich der Sitzplatzfläche nimmt überdies die Seepromenade nicht übermässig in Anspruch, sodass die Spaziergänger nach wie vor ohne grosse Einschränkungen zirkulieren können. Das Vorhaben wird deshalb der Ausnahmesituation durchaus gerecht und widerspricht weder dem Institut der Ausnahmegewilligung noch der Zielsetzung der Abstandsvorschrift, die Seeufer möglichst frei zu halten. Es ist insbesondere auch mit den öffentlichen Interessen vereinbar und verletzt keine wesentlichen Nachbarinteressen. Die Zonenkonformität in der öffentlichen Zone (s. vorstehend E. 9) begründet das öffentliche Interesse am geplanten Kiosk mit den attraktiven Sitzgelegenheiten am See im begrenzten Bereich, der gemäss Baubewilligung zwingend eingehalten werden muss. Übermässige (Lärm-)Immissionen sind ebenfalls nicht zu erwarten, zumal der Betrieb saisonal und tageszeitlich begrenzt ist (s. nachstehend E. 16).

(...)

13.1 Die Beschwerdeführer rügen im Weiteren die Nichteinhaltung der Vorschriften über das behindertengerechte Bauen. Geplant sei eine Aussengastwirtschaft mit 120 Sitzplätzen und nicht nur ein Kiosk für vorbeispazierende Fussgänger. Für einen solchen Betrieb müssten zumindest behindertenkonforme Parkplätze und behindertengerechte WC-Anlagen vorhanden sein, was hier eindeutig fehle.

13.2 Nach § 57 Abs. 1 PBG haben Bauten und Anlagen für Menschen mit Behinderungen die Anforderungen des Bundesrechts zu erfüllen. Gemäss Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3, BehiG) gilt dieses Gesetz für öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen, für welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Bewilligung für den Bau oder für die Erneuerung der öffentlich zugänglichen Bereiche erteilt wird. Dementsprechend sind bei der Errichtung und bei wesentlichen Erweiterungen von öffentlich zugänglichen Bauten (Gebäude und Anlagen) die dem Publikum zugänglichen Bereiche so zu gestalten, dass sie für Menschen

mit Behinderungen zugänglich und benutzbar sind (§ 57 Abs. 2 PBG, Art. 15 Abs. 3 BauR). Für die baulichen Anforderungen gelten die Normen über behindertengerechtes Bauen als Richtlinien (§ 36 Abs. 2 VVzPBG; gemeint ist damit die Schweizer Norm SN 521 500 „Behindertengerechtes Bauen“, die am 1. Januar 2009 durch die Norm SIA 500 „Hindernisfreie Bauten“ abgelöst wurde). Es stellt sich vorab die Frage, ob das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin diesen Bestimmungen untersteht.

13.3 Das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin gehört zur Kategorie der öffentlich zugänglichen Bauten im Sinne von Art. 3 Bst. a BehiG, wozu nebst Gebäuden auch Anlagen zählen (vgl. auch Art. 2 Bst. c Ziff. 1 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen [Behindertengleichstellungsverordnung; SR 151.31, BehiV]; Norm SIA 500 Ziff. 1.1). Es handelt sich dabei um Bauten und Anlagen, die von einem unbestimmten Personenkreis aufgesucht und genutzt werden können, wie beispielsweise öffentliche Plätze, Pärke, Cafés und Restaurants, Verkaufsläden, Museen, Kinos, Gartenanlagen, usw. Dazu gerechnet werden ganz allgemein auch Bauten und Anlagen für Sport, Spiel und Erholung (Norm SIA 500 Ziff. 1.3.2, Anhang A.6.1 und A.8.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 3. A. Bern 2010, Art. 22/23, N 8a und N 9; Bundesamt für Justiz, Erläuterung zur BehiV, November 2003, S. 2).

Die behindertengerechten Anforderungen ergeben sich aus der Norm SIA 500 Anhang A. Der Kioskbetrieb mit Aussensitzplätzen der Beschwerdegegner muss keine räumlichen Vorgaben erfüllen, da er über keine Publikumsräume verfügt. Auch behindertengerechte Parkplätze benötigt er keine, da er mit dem Motorfahrzeug nicht erreichbar ist. Hingegen müssen grundsätzlich rollstuhlgerechte Toiletten vorhanden sein, wobei gemäss Norm SIA 500 Anhang A.6.3 gewisse Abweichungen von den Anforderungen gemäss Ziff. 7.2.3 „bedingt zulässig“ sind. D.h. es muss allenfalls begründet werden, dass im konkreten Fall die Erfüllung der Regelvorgabe nicht möglich ist oder einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde (Norm SIA 500 Ziff. 1.2).

13.4 Die Vorinstanzen haben das Baugesuch in Bezug auf die Anforderungen an das behindertengerechte Bauen nicht geprüft. In ihren Vernehmlassungen gehen sie zu Unrecht davon aus, dass das Behindertengleichstellungsgesetz auf das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin nicht anwendbar ist bzw. dieses die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Es obliegt aber nicht dem Regierungsrat als Beschwerdeinstanz, diese Beurteilung abschliessend vorzunehmen. Eine solche Beurteilung ist

C 2.2

zudem im jetzigen Zeitpunkt nicht möglich, da der hiefür massgebliche Sachverhalt erst noch vollständig abgeklärt werden muss, was Aufgabe der Vorinstanz 1 ist. In Gutheissung der Beschwerde ist somit die Baubewilligung aufzuheben und zur Ergänzung der Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung in diesem Punkt an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Die zuständige Vorinstanz 1 kann dabei beratend die Procap March-Höfe beiziehen, die als Dienstleistung die Bauberatung für das hindernisfreie Bauen im Kanton Schwyz wahrnimmt.

14.1 Die Beschwerdeführer machen im Weiteren geltend, das Bauvorhaben widerspreche den Gastgewerbe- und Hygienevorschriften. Das Laboratorium der Urkantone verweise ohne nähere Abklärungen auf die Hygieneverordnung. Ein gastgewerblicher Betrieb müsse aber in privaten Räumen genügend Gästetoiletten aufweisen, deren Anzahl sich nach der Zahl der Sitzplätze berechne. Für 120 Sitzplätze müssten mindestens neun private Toiletten ausgewiesen werden, was vorliegend nicht der Fall sei.

14.2 Gemäss § 6 Abs. 2 und § 7 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken vom 10. September 1997 (SRSZ 333.100, GGG) müssen gastgewerbliche Räume, Anlagen und Einrichtungen u.a. den lebensmittelpolizeilichen Anforderungen entsprechen. Der Bewilligungsinhaber oder die von ihm beauftragten Personen sind zudem verpflichtet, im Betrieb sowie in dessen Umgebung für Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Hygiene zu sorgen. Die lebensmittelpolizeilichen Anforderungen ergeben sich aus Art. 7-24 der Hygieneverordnung des EDI vom 23. November 2005 (SR 817.024.1, HyV), auf die das Laboratorium der Urkantone in seinem Fachbericht hingewiesen hatte. Dementsprechend wurde im angefochtenen Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 25. März 2009 (unter Ziff. 1 Bst. a und b) als Auflagen verfügt, dass die erwähnten lebensmittelrechtlichen Bestimmungen einzuhalten und dem Betrieb angepasst umzusetzen sind, im Weiteren dass das Bauvorhaben nach Bauvollendung dem Lebensmittelinspektorat zur Abnahmekontrolle zu melden ist (vgl. auch Ziff. 7 der Baubewilligung vom 22. April 2009 [BRB-Nr. 172]).

14.3.1 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegenerin die Bewilligungsauflagen und damit auch die massgeblichen lebensmittelpolizeilichen Bestimmungen beachtet, sodass diese nicht noch einzeln verfügt werden müssen. Ergibt die Prüfung des Baugesuches (samt der Baupläne) hingegen, dass die Einhaltung bestimmter baulicher Vorschriften fraglich erscheint, weil dies in den Bauplänen nicht zum Ausdruck kommt, müssen sogleich entsprechende Anpassun-

gen verlangt werden (s. nachstehend E. 14.3.2). Sollte die nachfolgende Abnahmekontrolle weitere Mängel offenbaren, können die notwendigen Massnahmen auch nachträglich angeordnet werden. Im Weiteren besteht nebst der Selbstkontrolle (Art. 49 ff. der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung [SR 817.02, LGV]) eine gesetzliche Meldepflicht (Art. 12 Abs. 1 LGV). Auch Veränderungen im Betrieb müssen der kantonalen Vollzugsbehörde gemeldet werden (Art. 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 7 LGV). Schliesslich kann die Behörde, die im Rahmen der amtlichen Kontrollen ernsthafte Mängel feststellt, die Betriebsbewilligung sistieren oder entziehen (Art. 13 Abs. 6 LGV).

Trotzdem stellt sich die Frage, ob die massgeblichen Hygienevorschriften gemäss Art. 7-24 HyV von der Beschwerdegegnerin umgesetzt und eingehalten werden. Vorab besteht gemäss Art. 3 HyV eine gesetzliche Sorgfaltspflicht, wonach die verantwortliche Person dafür Sorge tragen muss, dass diese Vorschriften auf allen Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen eingehalten werden. Der Beschwerdegegnerin kann nicht einfach unterstellt werden, dass sie in dieser Hinsicht den gesetzlichen Vorgaben nicht gerecht werden wird. Hingegen ist aufgrund des Bauseuches nicht klar, ob sie alle Vorschriften „ihrem Betrieb angepasst“ umsetzen kann, wie die Vorinstanzen verfügt haben.

14.3.2 Die Beschwerdeführer beanstanden in diesem Zusammenhang das Fehlen der notwendigen Anzahl Toiletten. Gemäss Art. 10 Abs. 1 HyV müssen in Lebensmittelbetrieben genügend Toiletten mit Wasserspülung und Kanalisationsanschluss vorhanden sein. Diese dürfen sich nicht direkt in die Räume öffnen lassen, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird. Zu dieser Hygienevorschrift äusserte sich die Vorinstanz 2 bzw. das Laboratorium der Urkantone als zuständige Fachinstanz nicht, sodass angenommen werden muss, dass man diese Frage nicht genügend geklärt hat. Diesbezügliche Abklärungen wären jedoch vorliegend notwendig gewesen, zumal in den zahlreichen Baueinsprachen dieser Mangel des Bauvorhabens ausdrücklich geltend gemacht wurde. Gemäss § 18 Abs. 1 VRP hat die Behörde den für die Verfügung erheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln. Es genügt in diesem Fall nicht, in der Baubewilligung lediglich zu verlangen, die Hygienevorschriften müssten dem Betrieb angepasst umgesetzt werden. Benötigt der Betrieb der Beschwerdegegnerin zusätzliche Toiletten, dann müssen diese bereits aus den Bauplänen ersichtlich sein. Für den Fall, dass keine weiteren sanitären Einrichtungen erforderlich sind, muss dies im Fachbericht bzw. im angefochtenen Gesamtentscheid dargelegt werden (§ 31 Abs. 1 Bst. e VRP), damit die Beschwerdeinstanz die Richtigkeit dieser Beurteilung überprüfen kann. Vorliegend fehlt eine entsprechende Begründung, dass für das Bauvorhaben genügend Toiletten vorhanden

C 2.2

sind. Da auch in den Vernehmlassungen der Vorinstanzen darüber kein Wort verloren wird (die Vorinstanz 2 hätte die Fachinstanz beiziehen sollen [§ 41 Abs. 3 VVzRPG]), kann der Mangel im Beschwerdeverfahren nicht geheilt, sondern muss die Sache zur nochmaligen Beurteilung an die Vorinstanzen zurückgewiesen werden.

15.1 Die Verletzung von Arbeitsvorschriften beinhaltet die nächste Rüge der Beschwerdeführer. Ihrer Auffassung nach werde das Bauvorhaben den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung insofern nicht gerecht, als bei den Arbeitsplätzen für die Arbeitnehmer zu wenig freier Raum vorhanden sei und für die Frauen und Männer keine getrennten Garderoben, Waschanlagen und Toiletten vorgesehen würden, die zudem noch gewissen Anforderungen genügen müssten (Art. 24 Abs. 1 und Art. 29 ff. der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [Gesundheitsvorsorge] vom 18. August 1993 [SR 822.113, ArGV 3]). Der geplante Betrieb eines Kioskes mit bis zu 120 Aussensitzplätzen lasse sich nicht mit einer einzigen Arbeitskraft bewältigen, wie die Beschwerdegegnerin angegeben habe.

15.2 Das Amt für Arbeit hat im Rahmen der Planbegutachtung gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11, ArG) und Art. 82 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20, UVG) das Baugesuch der Beschwerdegegnerin in einem Fachbericht beurteilt. Nach diesen Bestimmungen hat der Arbeitgeber zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Das Amt für Arbeit ist hier von einem Einpersonenbetrieb ausgegangen, wie die Beschwerdegegnerin dies im Baugesuch angegeben hatte. In deren Stellungnahme vom 6. April 2010 (S. 6 unten) ist von einer zusätzlichen Hilfskraft für die tägliche Reinigung und Einrichtung der Aussensitzplätze die Rede. Die Beschwerdegegnerin ist bei diesen verbindlichen Personalangaben zu behaften. Sollten im geplanten Kioskbetrieb mit Aussensitzplätzen mehr Leute beschäftigt werden, muss der Betrieb überprüft werden, was im Rahmen der behördlichen Kontrolltätigkeit festgestellt werden kann (Art. 51 ff. ArG).

15.3 In Anbetracht dieser verbindlichen Baugesuchsvorgaben ist die arbeitsgesetzliche Beurteilung durch die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Arbeit als Fachinstanz nicht zu beanstanden. Die räumlichen Voraussetzungen für eine Arbeitskraft und eine zeitweilige Hilfskraft, die aber in erster Linie im Aussenraum beschäftigt ist, sind als genügend zu be-

zeichnen (Art. 24 ArGV 3). Auch die zur Verfügung stehenden öffentlichen Toiletten unmittelbar neben dem geplanten Kiosk können unter den gegebenen Umständen als ausreichend taxiert werden (Art. 32 ArGV 3). Eine Waschgelegenheit zum Waschen der Hände ist zudem neben der Eingangstüre geplant (Art. 31 ArGV 3). Diese betrieblichen Vorgaben können deshalb als den Verhältnissen des Betriebes angemessen bezeichnet werden, wie dies Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 82 Abs. 1 UVG verlangen (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 ArGV 3). Sodann versteht es sich von selbst, dass die weiteren Massnahmen zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer von Gesetzes wegen zu treffen sind (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ArGV 3), ohne dass diese in der Baubewilligung einzeln verfügt werden müssten.

16.1.1 Schliesslich machen die Beschwerdeführer eine Verletzung von Umweltvorschriften, insbesondere Lärmschutzvorschriften, geltend. Die Lärmproblematik sei von den Vorinstanzen völlig ignoriert worden. In Tat und Wahrheit müssten Lärmschutzaufgaben bzw. Betriebsbeschränkungen verfügt werden, sofern das Vorhaben wider Erwarten bewilligungsfähig sei.

16.1.2 Bei Bauten und Anlagen, die dem Arbeitsgesetz unterstehen, ist das Amt für Umweltschutz zuständig, die Lärmschutz-Verordnung zu vollziehen (§ 28 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 3. Juli 2001 zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz [SRSZ 711.111, USG-VV]). Bei nichtlandwirtschaftlichen Bauten und Anlagen, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstehen, obliegt diese Aufgabe dem Gemeinderat bzw. Bezirksrat (§ 36 Abs. 1 USG-VV). Ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind (Art. 1 Abs. 2 ArG). Gestützt auf diese Regelungen ist davon auszugehen, dass der Kioskbetrieb der Beschwerdegegnerin dem Arbeitsgesetz unterliegt (s. auch vorstehend E. 15). Das Amt für Umweltschutz hätte deshalb die Einhaltung der lärmschutzrechtlichen Bestimmungen überprüfen sollen.

Auch wenn diese Beurteilung fehlt, kann vorliegend auf deren nachträgliche Einholung verzichtet werden. Der Regierungsrat ist Aufsichtsbehörde über das Amt für Umweltschutz (§ 2 USG-VV) und Beschwerdeinstanz mit umfassender Kognition. Es ist deshalb angezeigt, wenn er vorliegend im Beschwerdeverfahren über die Frage des Lärmschutzes ausnahmsweise direkt entscheidet, dies jedoch nur, weil die Beurteilung ohne weitere Sachverhaltsabklärungen vorgenommen werden kann. Das Amt für Umweltschutz hat zudem am 5. Februar 2009 ausdrücklich auf einen Fachbericht verzichtet, was an sich falsch war. Schliesslich kann-

C 2.2

ten sich die Verfassensparteien im Beschwerdeverfahren eingehend auch zur Lärm-Problematik äussern. Ihr Gehörsanspruch ist damit gewahrt. Dieses Vorgehen wurde schliesslich vom Verwaltungsgericht in einem andern Verfahren (u.a. auch unter Hinweis auf § 9 Abs. 2 VRP) schon toleriert (VGE III 2009 213 vom 15. April 2010, E. 5.3.5; RRB Nr. 867 vom 31. August 2010, E. 1.4).

16.2 Die Frage, ob und inwieweit Immissionen unzulässig sind, wird heute in erster Linie in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes geregelt. Das kantonale Recht hat deshalb in dieser Hinsicht seine selbstständige Bedeutung verloren, soweit sich sein materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses. Das kantonale Recht behält seine Eigenständigkeit jedoch dort, wo es die bundesrechtlichen Bestimmungen ergänzt oder erlaubterweise verschärft (Art. 65 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz [SR 814.01, USG]). So haben kantonale und kommunale Bau- und Zonenvorschriften, die aus raumplanerischen Gründen bestimmte Nutzungen in gewissen Zonen festlegen, weiterhin ihre selbstständige Bedeutung, zumal das Umweltschutzrecht des Bundes nicht alle denkbaren Auswirkungen, die eine Baute oder Anlage mit sich bringt, erfasst, so z.B. die sog. Sekundärimmissionen, wie z.B. Nachtruhestörungen (EGV-SZ 2002, C. 2.5, E. 4 mit Hinweisen; EGV-SZ 1996, Nr. 52, E. 5a mit Hinweisen; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24, N 9 f.).

Von diesem öffentlichrechtlichen Immissionsschutz ist der privatrechtliche (nachbarrechtliche) Immissionsschutz nach Art. 679 und 684 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210, ZGB) zu unterscheiden (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24, N 40), der aber nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

16.3 Gemäss Art. 1 Abs. 1 USG bezweckt die Umweltschutzgesetzgebung den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und ihrer Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen, wie beispielsweise Lärmimmissionen (Art. 7 Abs. 1 USG). Einwirkungen, die schädlich oder lästig sein könnten, müssen frühzeitig durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt werden (Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 USG). Bauten und Anlagen sind so auszuführen, anzupassen und zu unterhalten, dass sie so wenig Lärm, Dünste, Gerüche, Erschütterungen und andere Emissionen erzeugen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist und die Planungswerte nicht überschritten werden (Art. 11 Abs. 2 USG; Art. 7 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 [SR 814.41, LSV]; § 55 Abs. 1 PBG; Art. 29 BauR). Die Baubewilligung ist zu verweigern, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und

Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zur Folge hat (§ 55 Abs. 2 PBG; Art. 19 BauR).

16.4.1 Das Lärmschutzrecht knüpft für die Beurteilung des Lärms an Belastungsgrenzwerte (Planungs-, Immissions- und Alarmwert) an, die in den Anhängen 3-8 zur Lärmschutz-Verordnung festgelegt sind. Diese erfassen nur bestimmte Lärmkategorien (Strassenverkehrs-, Eisenbahn-, Flug-, Industrie- und Schiesslärm) bzw. bloss einen Teil der potenziell Lärm emittierenden Anlagen. In Anhang 6 LSV sind zwar Belastungsgrenzwerte für den Lärm von Anlagen der Industrie, des Gewerbes und der Landwirtschaft aufgeführt. Bei diesen handelt es sich jedoch um Emissionen aus Berufsarbeit, die während den üblichen Arbeitszeiten anfallen (BGE 126 II 366, E. 5.a). Der Lärm aus einer Freizeitanlage (mit Nebenanlagen) kann jedoch länger andauern und folglich auch die Nachtruhe stören (auch vorliegend sind Öffnungszeiten bis 22.00 Uhr vorgesehen). Lärmimmissionen aus einer Gartenwirtschaft werden zudem überwiegend durch menschliches Verhalten verursacht (Unterhaltung der Gäste, Ausrufe, Lachen, Klirren der Gläser und Besteck, usw.). Solcher Lärm kann nicht zum Voraus gemessen werden, um ihn aufgrund der Belastungsgrenzen gemäss Anhang 6 LSV beurteilen zu können (BGE 123 II 325 ff. mit Hinweisen).

16.4.2 Soweit es sich um Lärm von Anlagen handelt, der nicht einer der vorerwähnten Lärmarten zugeordnet werden kann und somit Belastungsgrenzwerte fehlen, beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG (bzw. Art. 40 Abs. 3 LSV). Dementsprechend sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Da auf das Wohlbefinden der Bevölkerung abzustellen ist, können nur allgemeine Erfahrungswerte und nicht bloss Meinungen Einzelner als Massstab herangezogen werden. Das heisst, dass auch bei der Beurteilung von Lärmimmissionen direkt gestützt auf Art. 15 USG objektivierte Kriterien anzuwenden sind (s. nachstehend E. 16.4.3).

Bei solchen Einzelfallbeurteilungen stellt sich dann in der Regel die Frage nach emissionsbeschränkenden Betriebsvorschriften, insbesondere in Bezug auf die Betriebs-, Öffnungs- und Benutzungszeiten zum Schutz der Nacht-, Mittags- und Sonntagsruhe. Dabei ist eine Interessenabwägung zwischen dem Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer und dem Interesse der Nutzer der Erholungsanlagen am See vorzunehmen (BGE 126 II 366, E. 2d; VGE III 2007 46 vom 29. August 2007, E. 3.7; RRB Nr. 969 vom 8. September 2009, E. 5.2).

C 2.2

16.4.3 Die Zone für Sport- und Erholungsanlagen, in der das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin zu liegen kommt, grenzt im fraglichen Bereich an die Wohnzone (W3) an. Beide Zonen sind der Lärmempfindlichkeitsstufe II zugeordnet (Art. 20 BauR und Zonenplan Siedlung Küssnacht). Für die Lärmbelastung durch einen Kioskbetrieb mit öffentlichen Aussensitzplätzen wurden jedoch keine Grenzwerte festgelegt (Anhänge 3 ff. LSV). Demzufolge müssen die Aussenlärmimmissionen im Einzelfall nach den Kriterien von Art. 15 USG bewertet werden (Art. 40 Abs. 3 LSV). D.h. der Lärm, der beim Kioskbetrieb entsteht, darf die Bewohner in der Umgebung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören, was nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung zu beurteilen ist. Dabei muss auf den jeweiligen Immissionsort, den Charakter des Lärms, den Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der betroffenen Zone abgestellt werden. Im Weiteren ist nicht das subjektive Empfinden einzelner Personen massgebend, sondern eine objektivierete Betrachtungsweise unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (BGE 126 II 368, E. 2c-d mit Hinweisen; EGV-SZ 2009, B 8.9, E. 3.2; LGVE 2005 II, Nr. 6, E. 3c mit Hinweisen; GVP 2005, Nr. 102, E. 5c mit Hinweisen; RRB Nr. 1649 vom 13. Dezember 2005, E. 5.2).

16.5.1 Für die Beurteilung dieser Kriterien im vorliegenden Fall ist vorab Folgendes zu berücksichtigen: Die Zone für Sport- und Erholungsanlagen grenzt im fraglichen Bereich an die Wohnzone (W3) an, in der nicht störende Gewerbebetriebe zugelassen sind (Art. 75 BauR). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Anwohner der an eine öffentliche Zone angrenzenden Wohnzonen mehr Immissionen in Kauf nehmen müssen als die übrigen Bewohner der Wohnzonen, da die bestimmungsgemässe öffentliche Nutzung durch die Rücksichtnahme auf die Wohnzone nicht verunmöglicht oder sehr stark erschwert werden darf. Im Grenzbereich zu Wohnzonen sind deshalb Immissionen einer Mischzone zumutbar. Dies gilt auch für die Auswirkungen einer Freizeitanlage (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24, N 33; EGV-SZ 2009, B 8.9, E. 2.3).

16.5.2 Diejenigen Beschwerdeführer, die im Grenzbereich zur öffentlichen Zone für Sport- und Erholungsanlagen, hier zur Quaianlage, wohnen, haben somit den Lärm, der aus der Nutzung der Seepromenade durch die Erholung suchende Bevölkerung entsteht, grundsätzlich zu dulden. Dazu gehören u.a. nebst dem Kinderlärm (bestehender Spielplatz) auch diejenigen Immissionen, die durch den Betrieb des bewilligten zonenkonformen Kioskes mit Aussensitzplätzen entstehen. Die Befürchtungen der Beschwerdeführer sind übertrieben. Auch wenn dort Alkohol erhältlich ist, hat dies keineswegs zur Folge, dass andauernd

(120!) angeheiterte oder betrunkene Besucher die Umgebung belästigen und stören. Wäre dies tatsächlich der Fall, dann wären die übrigen Nutzer der Seepromenade gestört. Es versteht sich von selbst, dass bei solchen Verhältnissen das Gemeinwesen gefordert wäre und für Ordnung sorgen müsste. Die Attraktivität der Quaianlage besteht ja gerade darin, dass der Erholungsuchende spazieren und flanieren kann, was einigermaßen ruhige und geordnete Verhältnisse voraussetzt. Im Übrigen muss auch von der Beschwerdegegnerin erwartet werden, dass sie alles unternimmt, damit Alkoholexzesse möglichst vermieden werden.

16.5.3 Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass hier mit Verstärker- und Lautsprecheranlagen Lärm verursacht werden soll, was tatsächlich kaum mit dem Erholungszweck der öffentlichen Zone, die der breiten Bevölkerung offen steht, vereinbar wäre. Schon deshalb ist anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin auf solche unnötigen Lärmquellen verzichtet. Dasselbe gilt für die weiteren von den Beschwerdeführern genannten möglichen Immissionsquellen (Bar- und Verkaufswagen, Zelte, Fahrnisbauten, Warenautomaten, Grillanlagen und dergleichen). Diese sind nicht Gegenstand des Baugesuchs und wären damit von der Baubewilligung auch nicht gedeckt, was nichts anderes heisst, als dass ein neues Baubewilligungsverfahren notwendig wäre. Im Weiteren hat es die Vorinstanz 1 nach wie vor in der Hand, mit der gastgewerblichen Betriebsbewilligung entsprechende Auflagen zu machen.

Im Weiteren ist zu beachten, dass die meisten Beschwerdeführer in einiger Distanz zum Kioskbetrieb wohnen, was sich auf deren Ruhebedürfnis positiv auswirkt, d.h. Lärmimmissionen werden weniger ausgeprägt wahrgenommen.

Hinzu kommt, dass der Betrieb saisonal auf die warme Jahreszeit zwischen Frühling und Herbst ausgerichtet ist. Abends soll er nicht länger als bis 22.00 Uhr geöffnet sein, sodass die Nachtruhe kaum tangiert wird. Da zudem keine Speisen zubereitet werden und die Gäste auch nicht bedient werden, sind weniger gastwirtschaftsspezifische Geräusche als üblich zu erwarten (Klirren des Geschirrs, der Gläser, des Bestecks). Bei normalen Verhältnissen, von denen auszugehen ist, wird sich auch der Geräuschpegel des Stimmengewirrs der Menschen, die sich hier aufhalten, in einem erträglichen Mass halten.

16.5.4 Daraus ergibt sich, dass das Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer nicht übermässig gestört wird, da bei objektiver Betrachtungsweise und nach allgemeiner Lebenserfahrung kaum mit wahrnehmbar stärkeren Immissionen zu rechnen ist. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der geplante Kioskbetrieb mit der Nutzung einer öffentlichen Erholungszone auch in lärmässiger Hinsicht vereinbar ist. Als nicht stören-

C 5.1

der Betrieb verträgt er sich auf der einen Seite mit der angrenzenden Wohnzone. Auf der andern Seite genügt er aber auch den lärmschutzrechtlichen Anforderungen. Von der Anordnung entsprechender (Schutz-) Massnahmen nach Art. 7 Abs. 1 LSV bzw. Art. 11 Abs. 1 und 2 USG und § 55 Abs. 1 PBG ist deshalb abzusehen (Art. 36 Abs. 1 LSV). Das öffentliche Interesse an einer Attraktivitätssteigerung der Seepromenade durch die geplante Verpflegungsmöglichkeit überwiegt das Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer, das nicht übermässig gestört wird.

Sollten sich diese Annahmen nicht bewahrheiten oder sollte sich die Situation lärmässig tatsächlich verschlimmern, können die Behörden künftig immer noch notwendige Sanierungsmassnahmen, z.B. eine Beschränkung der Betriebszeiten, anordnen (Art. 16 ff. USG, Art. 13 ff. LSV).

17.1 Zusammenfassend ist die Beschwerde demzufolge im Sinne der Erwägungen gutzuheissen. Die angefochtene Baubewilligung der Vorinstanz 1 vom 22. April 2009 (BRB-Nr. 172) sowie der angefochtene Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 25. März 2009 sind aufzuheben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen Ziff. 13 und 14 zur Vornahme der ergänzenden Sachverhaltsabklärungen und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanzen zurückgewiesen.

(RRB Nr. 1291 vom 14. Dezember 2010).

5. Zivilrecht

5.1 Betreuung von Kindern bei gemeinsamer elterlicher Sorge

- *Können sich die Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge nicht auf eine Regelung der Anteile an der Betreuung verständigen, so muss die Vormundschaftsbehörde darüber befinden (Erw. 2.1 – 2.2).*
- *Beibehaltung der ausgeglichenen Verteilung der Anteile an der Betreuung der Kinder (Erw. 3.1 – 3.5).*

Aus dem Sachverhalt:

A. X. und Y. sind die Eltern von K. (geboren 13. Oktober 1992) und L. (geboren 7. April 1995). Mit Scheidungsurteil vom 30. April 2003 wurden die Kinder unter die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern gestellt.

Gleichzeitig wurde eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB angeordnet.

B. K. und L. besuchten von 1998 bis 2008 bzw. von 2001 bis 2009 eine Internatsschule in Indien. Seit 2008 besucht K. die High School in den U.S.A. X. und Y. konnten sich nicht auf eine Anschlusslösung für L. nach seinem Verlassen der Internatsschule Ende 2009 einigen. Mithin verfügte die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde am 24. Februar 2010 was folgt:

„1. Gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB werden an die Eltern von L., X. und Y., folgende verbindliche Weisungen durch die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde, mittels Präsidialverfügung gestützt auf § 53 Abs. 3 GOG, erlassen:

- a) L. bleibt bis 13. März 2010 bei der Mutter Y. in Genf, wo er vom Vater X. abgeholt wird und am 14. März 2010 in die Staaten fliegt;*
- b) L. absolviert die Einführungs- und Probezeit an der ... High School in ... vom 22. März – 21. Mai 2010;*
- c) Nach dem Rückflug in die Schweiz, gemeinsam mit Schwester K. Ende Mai, verbringt L. den Sommer bis zum Schuleintritt bei der Mutter Y. in Genf. Besuche beim Vater erfolgen nach Rücksprache mit der Mutter;*
- d) Ohne gegenteilige Meldung des Beistandes ... an die Vormundschaftsbehörde wird L. auf das Schuljahr 2010/2011 im August an der ... High School eingeschult;“*

Die Vormundschaftsbehörde genehmigte diese Präsidialverfügung ...

C. Dagegen erhob X. am 4. März 2010 Beschwerde an den Regierungsrat. Er beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1 Bst. c.

Aus den Erwägungen:

1. In der angefochtenen Präsidialverfügung ordnete die Vorinstanz die Einschulung des Sohnes an der High School in den U.S.A. ab Anfang August 2010 an (...). Gleichzeitig regelte sie die Anteile der Eltern an der Betreuung, indem sie den Verbleib des Sohnes bei der Beschwerdegegnerin von Ende Mai 2010 bis zum Schuleintritt im August 2010 verfügte (...). Den Verbleib bei der Beschwerdegegnerin begründete die Vorinstanz damit, dass der Sohn seine Zeit bis Ende Mai mehrheitlich bei seinem Vater verbringe.

C 5.1

Der Beschwerdeführer beanstandet lediglich die Regelung des Anteils der Eltern an der Betreuung für den Zeitraum von Ende Mai 2010 bis zum Schuleintritt Anfang August 2010. Er beantragt deren Aufhebung mit der Begründung, die Feststellung der Vorinstanz, sein Sohn habe sich bis Ende Mai 2010 mehrheitlich bei ihm aufgehalten, sei unzutreffend. Der Aufenthalt seines Sohnes könne schliesslich in gegenseitigem Einvernehmen aller Beteiligten geregelt werden.

2.1 Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so belässt das Gericht auf gemeinsamen Antrag beider Eltern die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 133 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]; Ingeborg Schwenzer, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 133 N 17 ff.). Damit liegt es in erster Linie in der gemeinsamen elterlichen Verantwortung, eine einvernehmliche Regelung der Anteile an der Betreuung des Kindes zu treffen. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung der Anteile an der Betreuung gilt das Kindeswohl, das es anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen gilt. Allfällige Interessen der Eltern haben dahinter zurückzustehen (vgl. RRB Nr. 919 vom 26. August 2008, E. 2.1).

2.2 Nachdem L. Mitte Dezember 2009 das Schulinternat in Indien verliess, vermochten der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin weder die weitere Beschulung noch die zu regelnden Anteile an der Betreuung ihres Sohnes in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln. Dies äusserte sich dahingehend, dass die Eltern nach der Rückkehr ihres Sohnes aus Indien am 16. Dezember 2009 eigenmächtig und ohne gegenseitige Absprache Vorkehrungen betreffend seinen Aufenthalt getroffen haben, die nicht miteinander vereinbar waren (...). Die Vorinstanz war daher im Hinblick auf das Kindeswohl verpflichtet, die Anteile der Eltern an der Betreuung ihres Sohnes zu regeln.

3.1 Mit Urteil vom 30. April 2003 hatte der Scheidungsrichter die Anteile an der Betreuung des dannzumal im Internat in Indien untergebrachten Sohnes wie folgt geregelt (...): „*Donne acte aux parties, qui ont placé leurs enfants dans un internat, de ce qu'elle se répartiront les vacances scolaires de leurs enfants, en tenant compte de l'intérêt de ceux-ci, mais en principe un mois chez leur père et un mois chez leur mère, le mois restant étant réparti d'entente entre les parents.*“ Diese Minimalregelung der Anteile an der Betreuung des Sohnes läuft auf eine

Gleichberechtigung der Eltern hinaus, namentlich eine gleichmässige Aufteilung der Schulferien des Sohnes unter den beiden Elternteilen. Die vorinstanzliche Aktenlage vermittelt zudem den Eindruck, dass die Eltern die Schulferien des Sohnes jeweils in diesem Sinne denn auch gleichmässig untereinander aufgeteilt hatten. Diese Aufteilung erwies sich als mit dem Kindeswohl vereinbar (...).

3.2 Zwischenzeitlich ergab sich, dass der Sohn das kommende Schuljahr nicht mehr an der Internatsschule in Indien, sondern an einer High School in den U.S.A. absolvieren wird. Mit dem Schulwechsel hat sich indes an den konkreten Verhältnissen im Grundsatz nichts bzw. nichts Wesentliches geändert. Der Sohn besucht nach wie vor ein Bildungsinstitut im Ausland (bis Mitte Dezember 2009 in Indien, ab Anfang August in den U.S.A.). Dem Sohn stehen denn auch nach wie vor Schulferien zu, die er in der Schweiz bzw. bei seinen Eltern verbringen möchte. Lediglich der Zeitpunkt bzw. der Umfang seiner Schulferien hat sich verschoben. Da sich demzufolge die Umstände mit dem Schulwechsel von Indien in die U.S.A. nicht in relevanter Weise verändert haben, kann zur Regelung der Betreuungsanteile bis zum Beginn der Schulferien Anfang August 2010 auf die vom Scheidungsrichter am 30. April 2003 getroffene gleichberechtigte Betreuungsregelung zurückgegriffen werden.

3.3 Unbestrittenermassen hielt sich der Sohn vom 16. bis 29. Dezember 2009 und vom 14. Februar bis 13. März 2010 bei der Beschwerdegegnerin in Genf auf. Demgegenüber verbrachte er die Zeit vom 30. Dezember 2009 bis 13. Februar 2010 beim Beschwerdeführer (...). Der Sohn hielt sich somit seit seiner Rückkehr aus Indien am 16. Dezember 2009 bis zum 13. März 2010 42 Tage bei der Beschwerdegegnerin und 46 Tage beim Beschwerdeführer auf. Damit ergibt sich, dass die Eltern die Schulferien des Sohnes vom 16. Dezember 2009 bis 13. März 2010 weitestgehend gleichmässig aufgeteilt hatten. Der Betreuungsanteil der Eltern ist insoweit ausgeglichen.

3.4 Ferner gilt es zu beachten, dass der Sohn vom 14. März bis 21. Mai 2010 in den U.S.A. weilte, um eine Einführungs- bzw. Probezeit an der High School zu absolvieren (vgl. Dispositiv-Ziffer 1 Bst. a und b des angefochtenen Entscheides). Der Beschwerdeführer begleitete ihn in die U.S.A. und blieb bis zum 13. April 2010 bei seinem Sohn. Vom 14. April 2010 bis zu seiner Rückkehr in die Schweiz Ende Mai 2010 hielt sich der Sohn ohne elterliche Begleitung in den U.S.A. auf. Zur Beurteilung, ob der Aufenthalt des Beschwerdeführers vom 14. März bis zum 13. April 2010 bei der vorliegenden Regelung der Betreuungsanteile zu berücksichtigen ist, gilt es die Betreuungsregelung des Scheidungsurteils

C 5.1

vom 30. April 2003 beizuziehen. Dieses hält unmissverständlich fest, dass die Eltern lediglich die Schulferien und nicht auch die Schulzeit gleichmässig untereinander bzw. in Absprache miteinander aufzuteilen haben (vgl. Dispositiv-Ziffer 2 des Scheidungsurteils vom 30. April 2003). Vorliegend besteht kein Grund, von dieser Regelung abzuweichen. Während des Aufenthaltes des Beschwerdeführers vom 14. März bis 13. April 2010 besuchte sein Sohn die Schule (Einführungs- bzw. Probezeit) und musste somit an schulischen Aktivitäten teilnehmen. In jener Zeit hatte er somit keine Schulferien. Erst mit Abschluss der Einführungs- bzw. Probezeit bzw. mit seiner Rückkehr in die Schweiz Ende Mai 2010 beginnen seine Schulferien. Unter Berücksichtigung der Betreuungsregelung des Scheidungsrichters durfte somit die Vorinstanz die Schulzeit des Sohnes in den U.S.A. und damit den Aufenthalt des Beschwerdeführers vom 14. März bis 13. April 2010 bei der Beurteilung der Betreuungsanteile vom 16. Dezember 2009 bis Anfang August 2010 nicht mitberücksichtigen. Letztlich zeigt sich, dass es sich beim umstrittenen Aufenthalt des Beschwerdeführers um eine einmalige Angelegenheit gehandelt hat. Es ist nicht zu erwarten, dass seine weiteren Aufenthalte in den U.S.A. bei seinem Sohn in diesem Ausmass ausfallen werden.

3.5 Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz den Aufenthalt des Beschwerdeführers vom 14. März bis 13. April 2010 bei der Beurteilung der Betreuungsanteile nicht berücksichtigen durfte. Der Sohn hat sich somit vom 16. Dezember 2009 bis Ende Mai 2010 nicht mehrheitlich beim Beschwerdeführer aufgehalten. Die Betreuungsanteile der Eltern waren bis dahin weitestgehend ausgeglichen. Demnach rechtfertigt es sich denn auch, die Betreuungsanteile des Sohnes während seiner Schulferien von Ende Mai bis Anfang August 2010 gleichmässig auf den Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin aufzuteilen. Die Dispositiv-Ziffer 1 Bst. c gilt es insoweit anzupassen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

(RRB Nr. 540 vom 26. Mai 2010).

7. Sozialwesen

7.1 Ermittlung des verfügbaren Einkommens bei quellenbesteuerten Personen

- *Grundlagen für die Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe (Erw. 1).*
- *Der Betrag für die Quellensteuer ist bei der Ermittlung des verfügbaren Einkommens als Einkommen aufzurechnen (Erw. 2.1 – 3.2).*

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 11 Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfe Suchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird (Abs. 1). Diese umfasst unter anderem auch die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe (Abs. 2). Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Sie erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Vollzugsverordnung (Vollzugsverordnung vom 30. Oktober 1984 zum Gesetz über die Sozialhilfe, SRSZ 380.111, ShV) sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet (§ 5 Abs. 1 ShV). Für die Bemessung der Hilfe haben die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegleitenden Charakter (§ 5 Abs. 2 ShV). Mit diesem Hinweis hat der Gesetzgeber das von ihm vorgegebene Existenzminimum (§ 16 Abs. 1 ShG) konkretisiert. Der Regierungsrat wendet diese Richtsätze bei der Beurteilung von Beschwerden über die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe konsequent an (RRB Nr. 179 vom 5. Februar 2002; RRB Nr. 1681 vom 20. Dezember 2005).

2.1 Bei der Bemessung von finanziellen Leistungen der Sozialhilfe wird prinzipiell das ganze verfügbare Einkommen einbezogen. Auf das Erwerbseinkommen wird ein Freibetrag nicht angerechnet (E.I.I-SKOS-Richtlinien). Das heisst, dass grundsätzlich nur der Einkommensbetrag, der auch zur Verfügung steht, bei der Berechnung des Anspruchs auf wirtschaftliche Hilfe berücksichtigt wird. Dies würde vorliegend dazu führen, dass der Nettolohn (ohne Aufrechnung der Quellensteuer) in die

C 7.2

Berechnung einfließen würde. Dies hätte wiederum zur Folge, dass die Vorinstanz die Steuern trägt, da sich der Fehlbetrag um die vom Einkommen abgezogene Quellensteuer erhöht. Dies führt jedoch zu einer Ungleichbehandlung mit Fürsorgebezüglern, welche nicht der Quellenbesteuerung unterliegen.

2.2 Mit Mitteln der wirtschaftlichen Sozialhilfe dürfen keine Steuern bezahlt werden. Der Sozialdienst stellt in der Regel keine Stundungs- oder Erlassgesuche an das Steueramt, soll aber den Klienten eine Bestätigung über den Bezug von wirtschaftlicher Sozialhilfe abgeben. Diese sollten selbst ein Gesuch um Stundung oder Erlass einreichen unter Beilage der Bestätigung des Sozialdienstes (vgl. C.1.5 SKOS-Richtlinien; Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Ausgabe 2006, C.1.5). Steuerpflichtigen, für die infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses, einer Busse wegen Übertretung oder von Kosten eine grosse Härte bedeuten würde, können die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden (§ 194 Steuergesetz vom 9. Februar 2000, StG, SRSZ 172.200).

3.1 Die Ehefrau des Beschwerdeführers geht einer Teilzeitarbeit nach. Vom Bruttolohn wird ihr eine Quellensteuer abgezogen. Bei der Berechnung des Sozialhilfebudgets hat die Vorinstanz den Betrag für die Quellensteuer zum Nettoeinkommen hinzugerechnet und diesen Gesamtbetrag als Einkommen ins Budget einfließen lassen. Dieses Vorgehen ist korrekt. Würde im Sozialhilfebudget das Nettoeinkommen (ohne Betrag für die Quellensteuer) berücksichtigt, würde faktisch mit Sozialhilfegeldern Steuern bezahlt. Dies ist aber nicht im Sinne der Sozialhilfe.

3.2 Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit, bei der kantonalen Steuerverwaltung ein Steuererlassgesuch zu stellen. Es liegt im Interesse des Beschwerdeführers und darf auch von ihm erwartet werden, dass er sich darum kümmert. Im Weiteren erhält die Ehefrau aufgrund ihrer Arbeitstätigkeit einen Einkommensfreibetrag. Mit diesem kann der monatlich abgezogene Betrag der Quellensteuer überbrückt werden.

(RRB Nr. 296 vom 16. März 2010).

7.2 Missbräuchliche Geltendmachung wirtschaftlicher Hilfe

- *Die Inanspruchnahme wirtschaftlicher Hilfe setzt voraus, dass der Ansprecher die Möglichkeiten der Selbsthilfe vollumfänglich ausgeschöpft hat (Erw. 4).*

- *Wer sein Vermögen in der Absicht schmälert, die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Ergänzungsleistungen und/oder von Sozialhilfe zu schaffen, handelt rechtsmissbräuchlich und verwirkt den Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (Erw. 5.1 – 5.5).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz hat die wirtschaftliche Hilfe mit der Begründung verweigert, dass der zwischen dem Beschwerdeführer und seinen fünf Kindern abgeschlossene Abtretungsvertrag vom 27. März 2009 nichtig sei bzw. der Beschwerdeführer mit der Abtretung seiner ehelichen Liegenschaft rechtsmissbräuchlich gehandelt habe. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 12 BV seitens der erstinstanzlichen Behörde geltend. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe verweigern durfte.

3.1 – 3.3 (Grundlagen für die Ausrichtung und Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe).

4.1 Ein Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe besteht nur soweit, als die zu unterstützende Person sich nicht rechtsmissbräuchlich verhält (vgl. LGVE 2006 III Nr. 17, E. 2). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (vgl. RRB Nr. 355 vom 30. März 2010, E. 4.4; BGE 134 I 65, E. 5.1). Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs muss nach den Umständen des Einzelfalls und mit Zurückhaltung beurteilt werden. Dabei gilt es zu beachten, dass die Sozialhilfe Notlagen verhindern und beheben soll. Auf die Ursachen der Bedürftigkeit kommt es grundsätzlich nicht an. Im Sozialhilfebereich liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn das Verhalten des Bedürftigen einzig darauf ausgerichtet ist, in den Genuss von Unterstützungsleistungen zu gelangen (vgl. LGVE 2006 III Nr. 17, E. 3.1 mit Hinweisen) bzw. wenn jemand seine materielle Notlage absichtlich herbeiführt, um Sozialhilfegelder zu erhalten (vgl. BGE 121 I 367, E. 3d mit Hinweisen). Dieser Wille muss klar und unbestreitbar festgestellt werden (vgl. BGE 134 I 65, E. 5.2; LGVE 2006 III Nr. 17, E. 3.1 letzter Satz mit Hinweisen).

4.2 Umstritten ist, welche Rechtsfolgen ein Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit der Gewährung wirtschaftlicher Sozialhilfe hat. Das Bundesgericht anerkannte in seiner bisherigen Rechtsprechung, dass bei Rechtsmissbrauch der Anspruch auf Unterstützungsleistungen gekürzt bzw. verweigert werden kann (vgl. BGE 134 I 65, E. 5.1; BGE 130 I 71

C 7.2

E. 4.3; 122 II 193 E. 2c/ee S. 198 sowie Urteile des Bundesgerichts 2P.147/2002 vom 4. März 2003 E. 3.5.3 und 2P.7/2003 vom 14. Januar 2003 E. 2.3). Die Lehre vertritt demgegenüber die Ansicht, dass im Bereich der Ausübung der sich aus Art. 12 der BV ergebenden Rechte kein Raum für Rechtsmissbrauch existiere, da diese Bestimmung ein unantastbares Existenzminimum garantiert (vgl. BGE 134 I 65 E. 5.1 mit Hinweisen). Möglich seien - gestützt auf eine gesetzliche Grundlage sowie nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips - lediglich Sanktionen wie zum Beispiel (befristete) Leistungskürzungen, ohne dass der absolut geschützte, unerlässliche Existenzbedarf im Sinn von Artikel 12 BV angetastet werden dürfe. Dessen ungeachtet hält das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung fest. Es begründet dies damit, dass der Verfassungsgeber mit der Aufnahme der Wendung „*Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen...*“ in Art. 12 BV und mit der Marginalie „*Recht auf Hilfe in Notlagen*“ dem Grundsatz der Subsidiarität zentrale Bedeutung eingeräumt habe. Durch die ausdrückliche Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips habe er (bereits) den Anspruch als solchen relativiert. Die Lehre trage mit ihrer Auffassung dem Grundsatz der Subsidiarität beziehungsweise dem Vorrang der Selbsthilfe, dem der Verfassungsgeber zentrale Bedeutung eingeräumt habe, nicht genügend Rechnung und überzeuge daher nicht. Das Grundrecht auf Existenzsicherung entlaste schliesslich den Einzelnen nicht davon, selbst in schwierigen Lebenssituationen zunächst seine Eigenkräfte zu mobilisieren (vgl. BGE 134 I 65 E. 5.1; LGVE 2006 III Nr. 17, E. 3.2 mit Hinweisen). An diese bundesgerichtliche Rechtsprechung hält sich denn auch der Regierungsrat, zumal der Grundsatz der Subsidiarität auch im Schweizer Sozialhilferecht verankert ist (§ 2 ShG).

5.1 Die Ehefrau des Beschwerdeführers lebte von Mitte März bis 13. Mai 2008 im Alterszentrum K. Seit dem 14. Mai 2008 hält sie sich im Seniorenzentrum L. auf. Der Beschwerdeführer bewohnt das Einfamilienhaus in M. Am 27. März 2009 trat der Beschwerdeführer rückwirkend auf den 1. Januar 2009 seinen fünf Kindern das mit einer Hypothekarschuld von Fr. 100'000.-- belastete Einfamilienhaus zu einem Verkaufspreis von Fr. 100'000.-- ab (...). Der Vermögenssteuerwert des Einfamilienhauses beträgt Fr. 778'430.-- (vgl. Schätzungsverfügung vom 21. August 2008). Alsdann vereinbarten die Parteien, dass der Beschwerdeführer das Einfamilienhaus zu einem Mietzins von monatlichen Fr. 100.-- während der nächsten zehn Jahre bewohnen darf (vgl. Mietvertrag vom 31. Mai 2009). Dabei gilt es zu beachten, dass das Wohnrecht während der nächsten zehn Jahre bis zu einem Betrag von Fr. 175'500.-- (10 Jahre à 18'750.-- Eigenmietwert abzüglich des Mietzinses von Fr. 12'000.--) aufgerechnet werden könnte. Damit steht fest, dass der Be-

schwerdeführer das Einfamilienhaus mindestens um Fr. 502'930.-- (Vermögenssteuerwert von Fr. 778'430.-- abzüglich des Verkaufspreises von Fr. 100'000.-- und des entgeltlichen Wohnrechts von Fr. 175'500.--) unter dem Vermögenssteuerwert veräussert hat. Der Einwand, der Beschwerdeführer bezahle nurmehr einen Mietzins von Fr. 100.-- gegenüber einem ortsüblichen Mietzins bzw. dem Eigenmietwert von rund Fr. 18'750.-- pro Jahr, vermag nicht darüber hinweg zu täuschen, dass die Liegenschaft massiv unter dem Verkehrssteuerwert veräussert wurde bzw. sich der Vermögensverzicht auf rund Fr. 500'000.-- beläuft. Sodann bleibt zu beurteilen, ob angenommen werden kann, dass der Beschwerdeführer mit der Abtretung die Notlage absichtlich herbeigeführt hat, um wirtschaftliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

5.2 Bereits am 2. Februar 2009 hatte die Ausgleichskasse Schwyz mit je separaten, an den Beschwerdeführer und seine Ehefrau gerichteten Verfügungen über die Gewährung von Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2009 befunden. Aus den beigelegten Berechnungsblättern ging unmissverständlich hervor, dass bei der Ermittlung der Ergänzungsleistungen neben den Sparguthaben, Wertschriften und Barschaften von Fr. 81'641.-- auch das sich dazumal noch im Eigentum des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau befindende Einfamilienhaus als anrechenbares Vermögen von je Fr. 389'215.-- (abzüglich Freibetrag von je Fr. 56'250.-- und Hypothekarschuld von je Fr. 50'000.--) mitberücksichtigt wurde. Diese Verfügungen vom 2. Februar 2009 erwuchsen unangefochten in Rechtskraft. Die Vermögensabtretung des Einfamilienhauses erfolgte keine zwei Monate nach Erhalt dieser Verfügungen und zwar rückwirkend auf den 1. Januar 2009 (...). Daraufhin, d.h. im Mai 2009, informierte der Sohn des Beschwerdeführers die Ausgleichskasse Schwyz darüber, dass der Beschwerdeführer das Einfamilienhaus verkauft bzw. abgetreten habe. Hernach berechnete die Ausgleichskasse Schwyz die Ergänzungsleistungen neu und forderte die vom 1. Januar 2009 bis 30. Juni 2010 zuviel ausgerichteten Leistungen zurück (vgl. Verfügungen vom 2. Juli 2010). Gleichzeitig legte es die Berechnungsblätter bei, die darauf hinwiesen, dass das Einfamilienhaus trotz dessen Abtretung im Betrag von Fr. 678'430.-- bei beiden je zur Hälfte als „*Vermögen: Schenkung*“ mitberücksichtigt wurde. Diese Verfügungen erwuchsen unangefochten in Rechtskraft. Unmittelbar im Anschluss an diese Verfügungen reichte der Beschwerdeführer am 21. Juli 2010 bei der Vorinstanz erneut ein Gesuch um Gewährung wirtschaftlicher Hilfe ein.

5.3 Dabei fällt auf, dass der Abtretungsvertrag vom 27. März 2009 mit Rückwirkung auf den 1. Januar 2009 kurz nach Kenntnisaufnahme der Berechnungsgrundlage der Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2009

C 7.2

vom 2. Februar 2009 abgeschlossen wurde. Zu jenem Zeitpunkt hatte sich die Ehefrau des Beschwerdeführers bereits in verschiedenen Alters- und Pflegeheimen aufgehalten. Der Beschwerdeführer wusste daher bereits im Zeitpunkt der Abtretung der ehelichen Liegenschaft, dass die Alters- und Pflegeheimkosten (vgl. Rechnungen ...) höher ausfallen würden als die laufenden Einnahmen (Renten, Ergänzungsleistungen usw.) und dass das Ausgabedefizit aus dem Vermögen des Ehepaares zu decken ist. In Kenntnis dieser Situation trat er das eheliche Einfamilienhaus gleichwohl zu einem massiv weit unter dem Verkehrssteuer- bzw. Marktwert liegenden Preis an seine fünf Nachkommen ab. Dabei gilt es anzumerken, dass der Eigentümer einer Liegenschaft erfahrungsgemäss versucht, einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Hätte der Beschwerdeführer dementsprechend, zumal in Kenntnis der hohen Alters- und Pflegeheimkosten für den Aufenthalt seiner Ehefrau im Seniorenzentrum L., das eheliche Einfamilienhaus in M. mindestens zum Vermögenssteuerwert verkauft, hätte er den Lebensbedarf (inklusive Alters- und Pflegeheimkosten) für sich und seine Ehefrau bis auf Weiteres leicht decken können.

5.4 Für den Verkauf des Einfamilienhauses erheblich unter dem Verkehrssteuerwert lassen sich keine plausiblen Gründe eruieren. Der Beschwerdeführer führt aus, er habe das Einfamilienhaus deshalb veräussert, da der Unterhalt der Liegenschaft für ihn als 82-Jährigen beschwerlich gewesen sei. Ferner seien hohe Pflege- und Heimkosten angefallen. Letzteres spricht dafür, dass der Beschwerdeführer einen möglichst hohen Verkaufserlös hätte anstreben müssen. Diesbezüglich weist denn auch die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass diese Argumentation zwar die Veräusserung des Einfamilienhauses, indes nicht den tiefen Verkaufspreis an seine Nachkommen rechtfertigt. Die hohen Alters- und Pflegeheimkosten hätten den Beschwerdeführer dazu veranlassen müssen, einen weitaus höheren Verkaufspreis anzustreben. Der Beschwerdeführer bringt zudem nicht vor, dass die Nachkommen für ihn und seine Ehefrau Geschäfte besorgt hätten, welche eine Reduktion des Verkaufspreises im besagten Umfang gerechtfertigt hätten. Insbesondere wird zu Recht nicht geltend gemacht, die Nachkommen hätten ihn sowie seine Ehefrau gepflegt. Schliesslich benötigen die Nachkommen das Einfamilienhaus offenbar auch nicht für den Eigenbedarf, andernfalls sie es nicht an den Beschwerdeführer vermietet hätten.

5.5 Unter Berücksichtigung der obgenannten Umstände ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer das Einfamilienhaus offensichtlich in der Absicht abgetreten hat, dass die eheliche Liegenschaft bei der Berechnung des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen nicht berücksich-

tigt wird bzw. um von der Sozialversicherung zu profitieren. Dabei muss der Beschwerdeführer auch die mit der Abtretung des Einfamilienhauses verbundene Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit vorausgesehen bzw. in Kauf genommen haben. Bei diesem Verhalten kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer seine Bedürftigkeit und diejenige seiner Ehefrau „nur“ in gröblicher Weise selber verschuldet hat (vgl. BGE 121 I 367, E. 3d). Mit seinem Verhalten wollte der Beschwerdeführer sein Vermögen, aus dem das monatliche Defizit gedeckt werden sollte, bewusst schmälern. Damit hat er seine Vermögenslosigkeit absichtlich herbeigeführt. Ihm muss insoweit ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Fürsorgeleistungen mit der Begründung verweigert hat, der Beschwerdeführer habe zugunsten seiner Nachkommen auf sein Vermögen verzichtet. Damit kann die Frage der Rechtmässigkeit des Abtretungsvertrages vom 27. März 2009 bzw. die Anrechenbarkeit der Liegenschaft als eigene Mittel offen bleiben.

(RRB Nr. 1250 vom 7. Dezember 2010).

8. Erziehungswesen

8.1 Unzulässige Kürzung der Prüfungsdauer

- *Überprüfung von Prüfungs- und Promotionsentscheidungen durch den Regierungsrat (Erw. 3).*
- *Regelungen für die Abschlussprüfung für Montage-Elektriker (Erw. 4.1 – 4.3).*
- *Fehlen einer Rechtsgrundlage für eine Kürzung der Prüfungszeit für Repetenten (Erw. 5.1 – 5.3) bzw. für eine Kürzung von 1 ½ Stunden (Erw. 6.1 – 6.6).*
- *Folgen einer zu Unrecht erfolgten Kürzung der reglementarischen Prüfungsdauer (Erw. 7).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer ist damit [mit der Prüfungsbewertung] nicht einverstanden. Es sei ihm als Erstrepentent bei der Lehrabschlussprüfung 2010 zu wenig Zeit eingeräumt worden. Anstelle der gesetzlich vorgegebenen rund 14 Stunden hätten ihm lediglich 10.75 Stunden zur Verfügung gestanden. An der Lehrabschlussprüfung 2009, die bezüglich Um-

C 8.1

fang und Schwierigkeitsgrad derjenigen im Jahre 2010 entsprochen habe, habe man ihm noch 13.91 Stunden zugestanden. Wenn ihm für die Lehrabschlussprüfung 2010 mindestens die Zeit des Vorjahres zur Verfügung gestanden wäre, hätte er mehr Arbeiten bzw. diese sorgfältiger ausführen können. Damit hätte er bei den „Praktischen Arbeiten“ mindestens die Note 4 erreicht, die Lehrabschlussprüfung 2010 insgesamt erfolgreich absolviert und das eidgenössische Fähigkeitszeugnis erhalten.

3. Grundsätzlich steht dem Regierungsrat bei der Beurteilung von Verwaltungsbeschwerden eine umfassende Prüfungsbefugnis zu (§ 46 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Bei Beschwerden gegen Prüfungs- und Promotionsentscheide legt er sich jedoch praxismässig aufgrund der besonderen Natur des Beurteilungsgegenstandes eine gewisse Zurückhaltung auf (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Auflage, Bern 2003, S. 723 ff.; BVGE 2008/14 E. 3.1; RRB Nr. 1264 vom 1. Dezember 2009, E. 2.2). Die Begründung dafür liegt darin, dass schulische Leistungen nicht ohne Weiteres einer nachträglichen Bewertung unterzogen werden können, da die zur Beurteilung führende Situation unwiederbringlich ist. Ferner liegt die Beurteilung von Schulleistungen sowie der Entwicklungsaussichten von Schülern in der Verantwortung der Prüfungsorgane. Ihre Entscheidung ist ein auf besonderer Fachkenntnis beruhendes pädagogisches Werturteil, das einer Kontrolle durch eine Beschwerdeinstanz nur beschränkt zugänglich ist. Der Regierungsrat schreitet deshalb nur ein, wenn Verfahrensfehler vorliegen, die sich auf den Entscheid effektiv auswirkten oder wenn offensichtlich falsche Bewertungen vorgenommen worden sind oder sich die verfügende Behörde bzw. die beteiligten Fachinstanzen oder Fachpersonen von Erwägungen leiten liessen, die keine oder keine massgebliche Rolle spielen dürfen (RRB Nr. 264 vom 18. März 2008, E. 3.1 mit Hinweisen; VGE 1019/02 vom 30. August 2002, E. 2; EGV-SZ 1994, Nr. 48, E. 1c). Die dargelegte Zurückhaltung gilt nur für die materielle Bewertung der Prüfungsleistungen. Sind die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel im Prüfungsablauf gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen in freier Kognition zu prüfen (BVGE 2008/14, E. 3.3 mit Hinweisen).

4.1 Die beruflichen Qualifikationen werden nachgewiesen durch eine Gesamtprüfung, eine Verbindung von Teilprüfungen oder durch andere vom Bundesamt anerkannte Qualifikationsverfahren (Art. 33 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002, Berufsbildungsgesetz, BBG, SR 412.10). Der Bundesrat regelt die Anforderungen an die Qualifikationsverfahren. Die in den Qualifikationsverfahren ver-

wendeten Beurteilungskriterien müssen sachgerecht und transparent sein sowie die Chancengleichheit wahren (Art. 34 Abs. 1 BBG). Die Kantone, namentlich das kantonale Amt, sorgen für die Durchführung der Qualifikationsverfahren (Art. 40 Abs. 1 BBG i.V.m. § 27 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über die Berufsbildung, Berufsberatung und Weiterbildung vom 17. Mai 2006, SRSZ 622.110, VBBW).

4.2 Gemäss Art. 10 des bisherigen Reglements ist die Abschlussprüfung in „Praktische Arbeiten“ (rund 14 Stunden), „Berufskennnisse“ (rund 4 Stunden) und „Allgemeinbildung“ (nach dem Reglement über das Fach Allgemeinbildung an der Lehrabschlussprüfung in den gewerblich-industriellen Berufen) unterteilt. Den Prüfungsstoff der „Praktischen Arbeiten“ konkretisiert Art. 11 Abs. 2 des bisherigen Reglements insoweit, als dass der Lehrling folgende Aufgaben selbstständig ausführen muss: Wohnungs-Kleinverteilanlage montieren und anschliessen (etwa 1 ½ Std.), Werkzeuge vorbereiten und zurichten; Installationsrohre und Kanäle montieren; Kabel verlegen und anschliessen; Arbeits- und Materialrapport erstellen (etwa 8 Std.), Abzweigdosen, Schalter, Steckdosen und Leuchten montieren und anschliessen (etwa 2 Std.), einfache Wärmeapparate und Motoren montieren und anschliessen (etwa 1 Std.), einfache Sonnerieanlagen installieren (etwa 1 Std.) und einfache Messungen durchführen sowie einfache Störungen feststellen (etwa ½ Std.).

4.3 Dem Beschwerdeführer standen für die „Praktischen Arbeiten“ der Lehrabschlussprüfung 2009 13 Stunden und 30 Minuten (exklusive Pausen und Mittagessen) zur Verfügung (vgl. Arbeitszeiten LAP 2009 vom 25. April 2009). Demgegenüber dauerte die Prüfung „Praktische Arbeiten“ der Lehrabschlussprüfung 2010 nur mehr 10 Stunden und 55 Minuten (exklusive Pausen und Mittagessen; vgl. Arbeitszeiten LAP 2010 vom 28. Februar 2010). Der Beschwerdeführer beanstandet lediglich die Prüfungsdauer der „Praktischen Arbeiten“ der LAP 2010.

5. Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass die Prüfungsdauer der „Praktischen Arbeiten“ an der Lehrabschlussprüfung 2010 gekürzt wurde. Sie bringt indes vor, der Berufsverband VSEI habe über die Kürzung der Prüfungsdauer für Repetenten entschieden.

5.1 Die Gesetzgebung enthält keine Bestimmungen, wonach den Prüfungsrepetenten gegenüber den Erstabsolventen strengere Prüfungsanforderungen, d.h. Kürzung der Prüfungsdauer, abzuverlangen wären. Art. 33 Abs. 1 letzter Satz der Verordnung über die Berufsbildung vom 19. November 2003 (Berufsbildungsverordnung, BBV, SR 412.101) sieht zwar vor, dass Bildungserlasse für die Wiederholungspflicht stren-

C 8.1

gere Anforderungen aufstellen können. Eine entsprechende Regelung fehlt jedoch im bisherigen Reglement wie auch in der neu ab 1. Januar 2007 gültigen Fassung vom 20. Dezember 2006 (BiVO). Selbst der vom Bundesamt für Berufsbildung und Technologie genehmigte und auf den 1. Januar 2007 in Rechtskraft erwachsene Bildungsplan (vgl. Bst. D [Qualifikationsverfahren] des Bildungsplanes Montage-Elektriker, Ausgabe 2006) und die Wegleitung zum Qualifikationsverfahren Montage-Elektriker/in EFZ vom 31. Dezember 2008 sehen keine solche Bestimmung vor. Auch fehlt eine entsprechende Regelung in der kantonalen Verordnung über die Berufsbildung, Berufsberatung und Weiterbildung, in der kantonalen Vollzugsverordnung vom 31. Oktober 2006 zur Verordnung über die Berufsbildung, Berufsberatung und Weiterbildung (SRSZ 622.111, VVzVBBW) und im Qualifikationsverfahrensreglement. Repetenten sind demnach den Erstabsolventen bei der Lehrabschlussprüfung grundsätzlich und insbesondere auch bei der Prüfungsdauer gleichzustellen.

5.2 Eine Kürzung der Prüfungszeit um eine Stunde allein gestützt darauf, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen Repetenten handelt, ist somit unzulässig, weil dafür eine gesetzliche Grundlage fehlt. Soweit die Vorinstanz die Kürzung damit begründet, dass der Berufsverband VSEI diese für alle Repetenten vorgenommen habe, gilt es zu beachten, dass ein entsprechendes Bestätigungsschreiben des Berufsverbandes VSEI nicht vorliegt (vgl. Schreiben des Chefexperten vom 21. Juli 2010). Zudem würde es sich bei einem solchen Schreiben ohnehin nicht um einen Bildungserlass im Sinne von Art. 33 Abs. 1 BBV handeln.

5.3 Soweit daher dem Beschwerdeführer als Repetenten im Verhältnis zu den Erstabsolventen die Prüfungsdauer um eine Stunde gekürzt wurde, ist dies mangels einer gesetzlichen Grundlage zu Unrecht erfolgt.

6. Gestützt auf das Schreiben des Chefexperten vom 21. Juli 2010 wird die Kürzung der Prüfungsdauer um weitere 1 ½ Stunden damit begründet, dass man im Prüfungsfach „Praktische Arbeiten“ auf die Erstellung des Material- und Arbeitsrapports verzichtet habe, da der Beschwerdeführer diesen Teilbereich bereits zuvor mit den schriftlichen Arbeiten erfolgreich abgeschlossen hatte. Demgegenüber bringt der Beschwerdeführer vor, auch 2009 sei die Erstellung des Material- und Arbeitsrapports nicht Bestandteil der „Praktischen Arbeiten“ gewesen, eine Kürzung der Prüfungsdauer sei dazumal nicht erfolgt. Schliesslich habe man ihm zugesichert, dass die Lehrabschlussprüfung 2010 dem Umfang und Schwierigkeitsgrad der letzten Jahre entsprechen würde. Diese Zusicherung beziehe sich auch auf die Prüfungsdauer.

6.1 Bereits früher bestandene Teile müssen nicht wiederholt werden (Art. 33 Abs. 1 BBV). Die Position 2 des Prüfungsfaches „Praktische Arbeiten“ umfasst unter anderem die Erstellung eines Arbeits- und Materialrapports (Art. 12 Abs. 1 des bisherigen Reglements; vgl. E. 4.2). Für die Erledigung sämtlicher unter Position 2 verlangten Arbeiten stehen dem Prüfling rund acht Stunden zur Verfügung (Art. 11 Abs. 2 des bisherigen Reglements).

6.2 Mit Schreiben vom 28. Februar 2010 informierte der Chefexperte den Beschwerdeführer darüber, dass die Prüfung „Praktische Arbeiten“ dem Umfang und Schwierigkeitsgrad der letzten Jahre entsprechen würde. Gleichzeitig legte der Chefexperte ein Orientierungsblatt bezüglich der vorgegebenen Arbeitszeiten der LAP 2010 bei. Gestützt auf dieses war klar und unmissverständlich erkennbar, dass die Prüfungsdauer der „Praktischen Arbeiten“ 2010 kürzer ausfallen würde als diejenige im Vorjahr. Infolgedessen durfte der Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass ihm bei den „Praktischen Arbeiten“ die nämliche Prüfungsdauer wie im Jahre 2009 zur Verfügung stehen würde.

6.3 Den Prüfungskandidaten stehen im Qualifikationsfach „Praktische Arbeiten“ grundsätzlich 14 Stunden zur Erledigung der genannten Arbeiten (inklusive Erstellung eines Arbeits- und Materialrapports) zur Verfügung. Muss ein Prüfungskandidat einen Teil jener Arbeiten nicht (mehr) ablegen, rechtfertigt sich insoweit eine Kürzung der Prüfungsdauer, da andernfalls die anderen Prüfungskandidaten benachteiligt wären. Gestützt auf die vorinstanzliche Aktenlage ergibt sich, dass der Beschwerdeführer anlässlich „Praktische Arbeiten“ im Jahre 2010 keine Material- und Arbeitsrapporte erstellen musste, da er diese bereits bei der ersten Prüfung im Vorjahr mit den schriftlichen Arbeiten erfolgreich abgeschlossen hatte (vgl. Schreiben des Chefexperten vom 21. Juli 2010). Infolgedessen wurde ihm die Prüfungsdauer denn auch zu Recht gekürzt.

6.4 Nachfolgend gilt es nunmehr zu beurteilen, ob die Nichterstellung des Arbeits- und Materialrapports eine Kürzung der Prüfungsdauer um 1 ½ Stunden rechtfertigt. Dabei gilt es zu beachten, dass das bisherige Reglement keine konkrete Dauer zur Erstellung eines Arbeits- und Materialrapports vorgibt. Infolgedessen rechtfertigt es sich, auf die Wegleitung zum Qualifikationsverfahren Montage-Elektriker/in EFZ vom 31. Dezember 2008 abzustellen. Diese gibt für die Erstellung des Material- und Arbeitsrapports eine Dauer von einer Stunde vor (vgl. S. 6 der Wegleitung zum Qualifikationsverfahren Montage-Elektriker/in EFZ vom 31. Dezember 2008). Demnach hat die Vorinstanz die entsprechende Prüfungsdauer zu Unrecht um 1 ½ Stunden gekürzt und dem Beschwerde-

C 8.1

führer daher zur Erledigung der verlangten Arbeiten (exklusive Erstellung eines Arbeits- und Materialrapports) eine halbe Stunde zu wenig eingeräumt.

6.5 Der Vollständigkeit halber rechtfertigen sich die folgenden Hinweise. Der Beschwerdeführer musste bereits im Vorjahr die Material- und Arbeitsrapporte nicht im Rahmen der „Praktischen Arbeiten“, sondern im Rahmen der schriftlichen Arbeiten erstellen (vgl. Schreiben des Chefexperten vom 21. Juli 2010). Gleichwohl hatte man im Vorjahr von einer Kürzung der Prüfungsdauer bei den „Praktischen Arbeiten“ abgesehen (vgl. Arbeitszeiten LAP 2009 vom 25. April 2009). Ob indes bereits dannzumal auf die Erstellung von Arbeits- und Materialrapports im Rahmen der „Praktischen Arbeiten“ verzichtet (vgl. Art. 12 Abs. 1 des bisherigen Reglements; vgl. ferner Seite 6 der Wegleitung zum Qualifikationsverfahren Montage-Elektriker/in EFZ vom 31. Dezember 2008) bzw. der Arbeits- und Materialrapport im Rahmen der schriftlichen Arbeiten erstellt werden durfte und die Prüfungsdauer daher zu kürzen war, kann dahingestellt bleiben, da dies vorliegend dem Beschwerdeführer nicht zu seinen Gunsten gereichen darf (vgl. E. 6.2).

6.6 Es zeigt sich somit, dass die Kürzung der Prüfungsdauer im Umfang einer halben Stunde zufolge Verzichts auf die Erstellung der Material- und Arbeitsrapporte zu Unrecht erfolgt ist.

7. Insgesamt ergibt sich, dass dem Beschwerdeführer die Prüfungsdauer der „Praktischen Arbeiten“ zu Unrecht gesamthaft um 1 ½ Stunden gekürzt wurde. Damit ist die gesetzlich vorgegebene Prüfungsdauer von rund 14 Stunden wesentlich unterschritten. Die Qualifikation der vom Beschwerdeführer anlässlich der Lehrabschlussprüfung 2010 erbrachten Leistungen weist damit einen erheblichen formellen Mangel auf, der das Prüfungsergebnis als unzutreffend erscheinen lässt (vgl. insbesondere Pos. 1, 4.2 und 4.3 [„*fehlt*“] der Bewertungsunterlagen vom 27. Mai 2010). Dem Regierungsrat ist es unmöglich zu beurteilen, wie das Ergebnis ausgefallen wäre, wenn dem Beschwerdeführer mehr Zeit zur Verfügung gestanden hätte. Insofern ist es dem Regierungsrat auch nicht möglich, das Ergebnis im Rahmen seiner Kognition (vgl. E. 3) zu überprüfen. Damit kann entgegen dem beschwerdeführerischen Antrag nicht ohne Weiteres die ungenügende Note nach oben korrigiert werden. Die Beschwerde ist daher insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einzuräumen ist, die erste Wiederholungsprüfung im Fach „Praktische Arbeiten“ noch einmal abzulegen. Die Vorinstanz hat in Absprache mit dem Prüfungsleiter in Zug sowie dem Prüfungsexperten die Möglich-

keit der Prüfungswiederholung bis Ende Oktober 2010 in Aussicht gestellt (vgl. E-Mail der Vorinstanz vom 4. Oktober 2010 und Aktennotiz des Rechts- und Beschwerdedienstes vom 4. Oktober 2010/Rü). Sofern der Beschwerdeführer erneut eine ungenügende Leistung erzielen sollte, hätte er die Möglichkeit, die Lehrabschlussprüfung ein weiteres, letztes Mal zu wiederholen (Art. 33 Abs. 1 BBV).

(RRB Nr. 1008 vom 12. Oktober 2010).

8.2 Zuständigkeit für die Anordnung einer Sonderschulung

- *Zuständigkeit und Kostentragung für die Sonderschulung (Erw. 5.1 – 5.4).*
- *Ist die Sonderschulung ausserschulisch begründet, so ist für deren Anordnung nicht das Amt für Volksschulen und Sport zuständig (Erw. 6.1 – 6.5).*
- *Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen (Erw. 8.1 – 8.2).*
- *Die Kosten für Kinderschutzmassnahmen sind Unterhaltskosten. Bei Bedürftigkeit sind sie von der Gemeinde zu tragen (Erw. 9.1 – 9.4).*

Aus den Erwägungen:

4. Mit Verfügung vom 18. September 2008 ordnete die Vorinstanz [Amt für Volksschulen und Sport] für die Beschwerdeführerin II [A.] eine externe Sonderschulung an und übernahm die individuellen Transportkosten. Am 26. Juni 2009 verlängerte sie die externe Sonderschulung. Gleichzeitig übernahm sie nur mehr die Transportkosten des öffentlichen Verkehrs. Diese Verfügungen erwuchsen unangefochten in Rechtskraft. Die Anordnung der externen Zuweisung ist unumstritten.

In der angefochtenen Verfügung vom 8. Februar 2010 hat die Vorinstanz eine Umplatzierung der Beschwerdeführerin II vom Externat ins Internat der Institution X. bzw. eine interne Sonderschulung aus schulischen Gründen abgelehnt. Sie begründet dies damit, dass die Umplatzierung vom Externat ins Internat allenfalls aus ausserschulischen, nicht jedoch aus schulischen Gründen angezeigt gewesen sei.

Demgegenüber vertreten die Beschwerdeführerin II und die Beigeladene [Vormundschaftsbehörde] die Ansicht, dass die Umplatzierung aus schulischen Gründen erfolgt sei und daher von der Vorinstanz anzuordnen sei.

C 8.2

Nachfolgend gilt es somit zu prüfen, welche Gründe zur Umplatzierung der Beschwerdeführerin II geführt haben bzw. ob es sich dabei um eine Sonderschulmassnahme oder um eine Kinderschutzmassnahme handelt.

5.1 Im Zuge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) wurden die Kantone verpflichtet, für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen (Art. 62 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Mit der NFA hat sich der Bund bzw. die Invalidenversicherung aus der Sonderschulung zurückgezogen, sodass seit dem 1. Januar 2008 die Kantone die gesamte fachliche, rechtliche und finanzielle Verantwortung für die Sonderschulung tragen (vgl. RRB Nr. 1345 vom 10. Dezember 2008). Mit Art. 197 Ziffer 2 BV wurde zudem eine Übergangsbestimmung zu Art. 62 BV eingeführt, welche die Kantone explizit dazu verpflichtet, die bisherigen Leistungen der Invalidenversicherung an die Sonderschulung zu übernehmen, bis sie über kantonal genehmigte Sonderschulkonzepte verfügen. Gestützt darauf wurde das „Sonderschulkonzept Kanton Schwyz: Übergangskonzept 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2010“ vom August 2007 erlassen.

5.2 Die Verordnung über die Volksschule vom 19. Oktober 2005 (VSV, SRSZ 611.210) bzw. die Vollzugsverordnung vom 14. Juni 2006 zur Verordnung über die Volksschule (VVzVSV, SRSZ 611.211) regeln in § 30 ff. bzw. § 11 ff. die Sonderschulung. Zuständig für die Sonderschulung ist der Kanton (§ 30 Abs. 1 VSV). Kinder und Jugendliche mit besonderen heilpädagogischen oder erzieherischen Bedürfnissen haben für die Dauer der Schulpflicht Anspruch auf eine ihrer Bildungsfähigkeit entsprechende Sonderschulung (§ 30 Abs. 2 VSV; Art. 19 und 64 Abs. 2 BV). Das Amt für Volksschulen und Sport entscheidet über die Zuweisung in eine Sonderschule und den Durchführungsort nach Anhören des Schulträgers und der Erziehungsberechtigten und gestützt auf den Antrag der Abteilung Schulpsychologie (§ 31 Abs. 2 VSV i.V.m. § 11 Abs. 1 VVzVSV und § 12 Abs. 1 und 3 VVzVSV).

5.3 Bei der Zuweisung in eine Sonderschule gilt es zu beachten, dass die Indikation für eine (externe oder interne) Sonderschulplatzierung primär im schulischen, pädagogischen Bereich (Lern- und Leistungsprobleme in der Klasse u.ä.) liegen muss (vgl. Ziffer 5.2.4.2 Bst. a des Übergangskonzepts August 2007). Dies erweist sich als sachgerecht, da den Schulbehörden der Schutz des Kindes nur im Bereich der Schulbildung obliegt (vgl. EGV-SZ 2002, B 13.1, E. 4d). Der verfassungsmässige

Bildungsauftrag verschafft den Schulbehörden lediglich eine auf die Schule beschränkte Stellung, weshalb sie denn auch nur im schulischen Rahmen die notwendigen Schritte anordnen können (vgl. EGV-SZ 1991, Nr. 45, E. 3a und E. 6).

5.4 Die Wohnsitzgemeinde leistet einen angemessenen Beitrag an die Sonderschulung (§ 30 Abs. 1 VSV und § 32 Abs. 2 VSV i.V.m. § 14 VVzVSV). Die Erziehungsberechtigten leisten Beiträge an die Kosten von Verpflegung und Unterkunft. Diese werden vom Regierungsrat festgelegt und sind bei einer internen Sonderschulung auf Fr. 2'700.-- und bei einer externen auf Fr. 1'000.-- pro Jahr begrenzt (§ 32 Abs. 3 VSV i.V.m. § 15 VVzVSV). Der Kanton trägt die Kosten der Sonderschulung, die nach Abzug aller Beiträge verbleiben (§ 32 Abs. 4 VSV).

6.1 Bereits in der ersten Schulwoche des Schuljahres 2009/2010 zeigte sich, dass die Beschwerdeführerin II Schwierigkeiten bei der Bewältigung des Schulweges mit öffentlichen Verkehrsmitteln bekundete. Mithin wurde für sie vorübergehend wieder ein individueller Taxitransport organisiert. Anlässlich der Krisensitzung vom 26. August 2009 diskutierten der Beistand, der Schulpsychologe, die IG Familienplätze und die Pflegefamilie über die Schulwegproblematik. Dabei kamen sie zum Schluss, dass eine interne Platzierung der Beschwerdeführerin II in der Institution X. die beste Lösung sei, zumal die Vorinstanz nur die Kosten des öffentlichen Verkehrs und nicht die individuellen Taxitransportkosten bezahlen wolle.

6.2 Dem Auszug aus dem Résumé des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Zentrums Klinik X. vom 14. Oktober 2005 ist Folgendes zu entnehmen: *„Es entstand der Eindruck, dass A. selbst unbekanntem Menschen recht distanzlos begegnet und bei der Wahl von KollegInnen und Betreuungspersonen nicht wählerisch ist. A. bringt im Alltag eine grosse Bedürftigkeit zum Ausdruck und ihr Wunsch nach Aufmerksamkeit und Zuwendung scheint viele ihrer Verhaltensweisen zu bestimmen.“* Auch wies die Schulleitung der Privatschule Y., in welcher die Beschwerdeführerin II als externe Sonderschülerin betreut wurde, mit Schreiben vom 28. März 2009 auf Folgendes hin: *„A. selbst ist sehr kontaktbedürftig und erreicht ihre Ziele eher bei den Kleineren und bei Erwachsenen, erlebt aber immer wieder Zurückweisungen, da ihre Kontaktaufnahme ihr Gegenüber massiv überfordert.“* Zur Schulwegproblematik äusserte sich die Abteilung Schulpsychologie am 27. Mai 2009 folgendermassen: *„Obwohl in der Regel von Schülern der Sek I Stufe erwartet wird, dass sie selbständig die öffentlichen Verkehrsmittel benützen, ist dies bei A. im Moment noch nicht möglich. Aufgrund der sozio/emotionalen Schwierigkeiten u.a. mit angemessener Nähe und Distanz wäre sie allein unter-*

wegs auf dem Schulweg, als gefährdet zu betrachten.“ Der Beistand hält in seinem Schreiben vom 4. November 2008 fest: *„Schon in der ersten Woche zeigte sich, dass A. die heute ihren 14. Geburtstag feiert, nicht die Fähigkeit mitbringt, allein mit dem Zug zu reisen. Wegen ihrer Distanzlosigkeit ist sie höchst gefährdet, Opfer von sexuellen Übergriffen zu werden. ... Die Kosten für das Internat betragen 48'100 Franken pro Jahr und sind von der Gemeinde zu bezahlen, weil die Platzierung aus vormundschaftlich-kinderschutz-rechtlichen Gründen erfolgt ist, und nicht aus schulischen Gründen.“* In ihrem Schreiben vom 1. Oktober 2009 bestätigt die Beschwerdeführerin I, dass die Schulwegproblematik auf die Beziehungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin II zurückzuführen ist. Der Direktor des Instituts X. weist ferner in seinem Bericht vom 7. Dezember 2009 darauf hin, dass das Problem nicht auf Seiten der Schule, sondern im privaten Bereich anzusiedeln sei. Mit der internen Platzierung habe sich zwar das Verhalten der Beschwerdeführerin II gegenüber der Wohngruppe verbessert, indes seien Auswirkungen im Unterricht selber bis dahin ausgeblieben. Schliesslich hält die Abteilung Schulpsychologie in ihrem Bericht vom 15. Dezember 2009 Folgendes fest: *„A. konnte von ihrer sozio-/emotionalen Entwicklung her nicht die Verantwortung für die Reise in einem öffentlichen Verkehrsmittel übernehmen. Zum Teil kam sie nicht rechtzeitig in die Schule, weil sie zu weit fuhr. Sie sprach die meisten Leute des Zugswagens an und hatte am zweiten Tag einen ‚Freund‘, dem sie hinterherfuhr. Die Schule war konfrontiert mit diesen Verhaltensweisen und A.'s diesbezüglicher Unruhe“.*

6.3 In Würdigung dieser übereinstimmenden Stellungnahmen muss davon ausgegangen werden, dass die Umplatzierung ins Internat einzig aufgrund der Schulwegproblematik erfolgt ist. Die Schwierigkeiten bzw. die damit verbundene Gefährdung der Beschwerdeführerin II sind auf ihr auffälliges Verhalten bzw. ihre Verhaltensstörung (d.h. Beziehungsstörung mit Distanzlosigkeit bzw. sozio-emotionale Störung), nicht aber auf ihre intellektuellen Ressourcen bzw. schulische Schwierigkeiten zurückzuführen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin II infolge ihrer intellektuellen Fähigkeiten den Schulweg nicht mit den öffentlichen Verkehrsmitteln hat zurücklegen können. Entsprechendes bringt die Beschwerdeführerin II auch nicht vor. In seinem Bericht vom 7. Dezember 2009 hält der Direktor des Instituts X. explizit fest, dass sich mit dem Wechsel vom Externat ins Internat die schulischen Leistungen der Beschwerdeführerin II nicht verbessert haben. Schulische Probleme standen damit für den Wechsel der Beschwerdeführerin II ins Internat nicht im Vordergrund. Die Beschwerdeführerin II wurde nur deshalb im Internat platziert, um auf dem Schulweg zufolge ihrer Verhaltensstörung (u.a. Distanzlosigkeit) nicht Opfer eines allfälligen sexuellen

Missbrauchs zu werden. Die Umplatzierung erfolgte somit nicht aus schulischen, sondern ausschliesslich aus ausserschulischen Gründen.

6.4 Allein aus dem Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg lässt sich ebenso wenig eine interne Platzierung aus schulischen Gründen begründen. Denn die Frage der Zumutbarkeit des Schulweges hängt auch von der Person der Beschwerdeführerin II ab. Dabei ist letztlich entscheidend, dass die Beschwerdeführerin II infolge ihrer Verhaltensstörung und der damit verbundenen Gefahr des sexuellen Missbrauchs den Schulweg nicht mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurückzulegen vermag (vgl. E. 6.2). Dabei rechtfertigt sich der Hinweis, dass der umstrittene Schulweg für ein durchschnittlich entwickeltes Kind im Alter der Beschwerdeführerin II durchaus als zumutbar zu betrachten ist (vgl. Bericht der Abteilung Schulpsychologie am 27. Mai 2009).

Schliesslich vermag auch die Wiedereinräumung der elterlichen Obhut an die Beschwerdegegnerin (vgl. Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Beigeladenen vom 5. November 2009) nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Umplatzierung aus ausserschulischen Gründen erfolgt ist. Die Beigeladene begründet die Aufhebung des Obhutsentzugs damit, dass die Beschwerdegegnerin sich nunmehr kooperativ verhalte. Indes zeigte sie sich von Anfang an kooperativ, sodass sämtliche Platzierungen der Beschwerdeführerin II im Einvernehmen mit der „*durchaus verantwortungsbewussten*“ Beschwerdegegnerin erfolgt sind (vgl. Seite 2, letzter Absatz des Schreibens des Beistandes vom 20. November 2009). Es erscheint daher, als habe sich die Beigeladene mit der Aufhebung des Obhutsentzugs aus der Verantwortung für die Anordnung der Umplatzierung bzw. von Kinderschutzmassnahmen und einer allfällig damit verbundenen Kostentragungspflicht stehlen wollen.

6.5 Insgesamt ergibt sich, dass die Umplatzierung der Beschwerdeführerin II vom Externat ins Internat der Institution X. nicht aus schulischen, sondern ausschliesslich aus ausserschulischen Gründen erfolgt ist. Die Vorinstanz hat es somit zu Recht abgelehnt, aus schulischen Gründen eine Umplatzierung bzw. eine interne Sonderschulung anzuordnen. Die angefochtene Verfügung ist daher nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

7. Da der Regierungsrat Aufsichtsbehörde über die Gemeinden und Bezirke (§ 53 der Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz vom 23. Oktober 1898, KV, SRSZ 100.000 i.V.m. § 88 ff. des Gesetzes vom 29. Oktober 1969 über die Organisation der Gemeinden und Bezirke, GOG, SRSZ 152.100) und vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (Art. 361 ZGB i.V.m. § 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes vom 14. Sep-

C 8.2

tember 1978 zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, EGzZGB, SR 210.100) ist, rechtfertigen sich die nachfolgenden Ausführungen.

8. Die Beigeladene hat mit Verfügung Nr. 149 vom 5. November 2009 den Obhutsentzug (mit Fremdplatzierung in einer Pflegefamilie) gegenüber der Beschwerdegegnerin aufgehoben und von der Umplatzierung der Beschwerdeführerin II in eine andere Pflegefamilie (an den Wochenenden) Kenntnis genommen (...). Gleichzeitig wies sie das Gesuch um Umplatzierung der Beschwerdeführerin II vom Externat ins Internat der Institution X. mit der Begründung ab, dass diese nicht als Kinderschutzmassnahme zu qualifizieren sei (...). Schliesslich ersuchte sie die Fürsorgebehörde B. um subsidiäre Kostengutsprache für den Internatsaufenthalt, bis die Frage der Anordnung der Umplatzierung geklärt sei (...). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

8.1.1 Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 315 Abs. 1 ZGB). Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Vormundschaftsbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB). In die Kompetenz der Vormundschaftsbehörde fällt ebenso die Änderung und Aufhebung der Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB.

8.1.2 Muss ein Kind aus ausserschulischen Gründen (Erziehungsnotstand, Selbst- oder Fremdgefährdung u.ä.) den Erziehungsberechtigten weggenommen und in einem Heim platziert werden, kommt dies einer Aufhebung der elterlichen Obhut gleich, da die erziehungsrechtlichen Aufgaben (Obhut, Pflege und Erziehung ausserhalb der Ausbildung) an anderweitige Personen übertragen werden (vgl. EGV-SZ 2002, B 13.1, E. 2e; vgl. EGV-SZ 1991, Nr. 45, E. 4 und E. 6). Die Indikation für eine kinderschutzrechtliche Um-/Platzierung eines Kindes liegt daher primär im ausserschulischen Bereich (vgl. Ziffer 5.2.4.2 Bst. b des Übergangskonzepts August 2007).

8.1.3 Bei unmündigen Kindern gehören die Kosten für Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB zum Unterhalt, für den die Eltern aufzukommen haben (vgl. RRB Nr. 1070 vom 23. August 2008, E. 3.2 mit Hinweisen). Wie die Kinderschutzmassnahme zu finanzieren ist, hat sich daher die Vormundschaftsbehörde vorerst im Einvernehmen mit den Unterhaltspflichtigen zu überlegen. Bei einer Fremdplatzierung

im Rahmen von Kinderschutzmassnahmen gilt das Gemeinwesen gegenüber dem Heim als Auftraggeber, welches anschliessend die geleisteten Unterhaltskosten auf dem Zivilweg vom Unterhaltspflichtigen zurückfordern kann (Art. 289 Abs. 2 ZGB; vgl. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, 3. Auflage 2006, [kurz Basler Kommentar], N 9 ff. zu Art. 289, N 16 zu Art. 310 ZGB). Erst wenn keine Unterhaltsleistungen erhältlich sind bzw. eine unzureichende Leistungsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen feststeht, hat das Gemeinwesen die verbleibenden Unterhaltskosten nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Sozialhilferechts zu tragen (Art. 293 ZGB; vgl. RRB Nr. 707 vom 7. Juni 2005, E. 3.6.2 mit Hinweisen).

8.2 Gestützt auf die obgenannten Ausführungen (vgl. E. 6) zeigt sich, dass die Beschwerdeführerin II ausschliesslich aus ausserschulischen Gründen (Gefahr sexuellen Missbrauchs auf dem Schulweg zufolge ihrer Verhaltensstörung) vom Externat ins Internat der Institution X. umplatziert werden musste. Die Umplatzierung ist somit als Kinderschutzmassnahme im Sinne von Art. 310 ZGB zu definieren (vgl. E. 8.1.2). Damit ergibt sich denn auch, dass die Beigeladene mit Verfügung vom 5. November 2009 die Umplatzierung vom Externat ins Internat zu Unrecht nicht als Kinderschutzmassnahme qualifiziert bzw. es dannzumal zu Unrecht unterlassen hatte, die erforderlichen Kinderschutzmassnahmen zum Schutze der Beschwerdeführerin II vor sexuellem Missbrauch auf dem Schulweg infolge ihrer Verhaltensstörung anzuordnen.

9.1 Zusammenfassend gilt es festzustellen, dass die Umplatzierung der Beschwerdeführerin II vom Externat ins Internat der Institution X. nicht als Sonderschulmassnahme, sondern als Kinderschutzmassnahme zu qualifizieren ist. Die Vorinstanz hat es daher zu Recht abgelehnt, die umstrittene Umplatzierung anzuordnen. Demgegenüber anerkennt die Beigeladene die Umplatzierung zu Unrecht nicht als Kinderschutzmassnahme.

9.2 Nachdem feststeht, dass die Umplatzierung der Beschwerdeführerin II als Kinderschutzmassnahme zu qualifizieren ist und die Fürsorgebehörde B. mit Verfügung Nr. 181 vom 12. November 2009 subsidiäre Kostengutsprache für den Internatsaufenthalt geleistet hat, trägt die Gemeinde die bis anhin angefallenen Internatskosten. Sie wird prüfen müssen, in welchem Umfang sich die Eltern daran beteiligen können, namentlich ob eine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann bzw. ob die Internatskosten auf dem Zivilweg einzufordern sind.

C 16.1

9.3 Auch für die künftig anfallenden Internatskosten gilt es zu beachten, dass es sich beim Internatsaufenthalt der Beschwerdeführerin II weiterhin um eine Kindesschutzmassnahme handelt. Insoweit wird sich die Beigeladene überlegen müssen, wie die künftig anfallenden Internatskosten zu finanzieren sind. Sie kann gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB die Unterhaltskosten zurückfordern. Dabei wäre abzuklären, ob die unterhaltspflichtigen Eltern einen Beitrag leisten können. Wenn die Leistungsunfähigkeit der Unterhaltspflichtigen festgestellt werden sollte, wird die Vorinstanz die (verbleibenden) Internatskosten nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Sozialhilferechts tragen (Art. 293 Abs. 1 ZGB).

9.4 Sollte die Beigeladene anderweitige Kindesschutzmassnahmen (bspw. Übernahme der individuellen Taxitransportkosten bei externer Sonderschulung) anstelle der Platzierung der Beschwerdeführerin im Internat der Institution X. zufolge veränderter Verhältnisse bzw. neuer Erkenntnisse in Betracht ziehen, bleibt es ihr unbenommen, über entsprechende Kindesschutzmassnahmen zu befinden. Die Beigeladene wird ersucht, einen allfälligen diesbezüglichen Entscheid dem Regierungsrat zur Kenntnisnahme zu kommen zu lassen.

(RRB Nr. 983 vom 21. September 2010).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Erlass einer Verfügung über die Schneeräumung als Realakt

- *Ist die Vorinstanz auf ein Gesuch nicht eingetreten, so hat die Beschwerdeinstanz in der Regel nur zu prüfen, ob der Nichteintretensentscheid rechtlich haltbar ist (Erw. 1.2 – 1.3).*
- *Voraussetzungen, unter welchen der Erlass einer Verfügung über einen Realakt im Sinne von § 34a VRP verlangt werden kann (Erw. 3.1 – 3.2).*
- *Die Voraussetzungen gemäss § 34a VRP sind erfüllt, weshalb ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht (Erw. 4.1 – 4.4.3).*
- *Fehlen eines Unterlassungs- oder Feststellungsanspruchs (Erw. 4.5.1 – 4.5.4).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der Schneeräumung in der Gemeinde Wollerau (und insbesondere im Gebiet Rebbbergstrasse/Niederwiesstrasse) kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Gemeinderat Wollerau und P. Mit Schreiben vom 17. November 2009 ersuchte P. um Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 34a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110, VRP) und stellte die folgenden Anträge zur Schneeräumung in der Gemeinde (Routen, Reihenfolge, eingesetzte Geräte). Der Gemeinderat hat dem Gesuch um Erlass einer Verfügung nicht entsprochen, wogegen P. Beschwerde beim Regierungsrat erhoben hat.

Aus den Erwägungen:

1.2 Der Beschwerdeführer hat von der Vorinstanz am 17. November 2009 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 34a VRP verlangt. Die Vorinstanz hat in ihrem Antwortschreiben vom 23. November 2009 festgehalten, dass diesem Gesuch nicht entsprochen werden könne. Sie hat dieses Ergebnis damit begründet, dass keine Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers berührt würden und er über kein schutzwürdiges Interesse verfüge. Diesen Ausführungen zufolge ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Eintretensvoraussetzungen gemäss § 34a VRP nicht erfüllt sind. Daraus ist zu schliessen, dass die Vorinstanz sinngemäss auf das Gesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist. Soweit sie darüber hinaus zu den Begehren des Beschwerdeführers betreffend Zeitplan des Winterdienstes sowie Fahrzeug- und Maschineneinsatz Stellung genommen bzw. diesbezüglich auf den geführten Schriftverkehr verwiesen hat, ist darin aber zumindest teilweise auch ein materieller Entscheid zu erblicken.

Demnach liegt eine anfechtbare Verfügung im Sinne von § 36 Abs. 1 lit. a VRP vor und auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Wird Beschwerde gegen eine auf Nichteintreten lautende Verfügung erhoben, bilden grundsätzlich nur die Eintretensvoraussetzungen das materielle Prozessthema im Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz (vgl. Beatrice Weber-Dürler in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25a Rz. 49). Welche Fragen im Verfahren gemäss Art. 25a VwVG zu den Eintretensvoraussetzungen gehören und welche der materiellen Prüfung zuzurechnen sind, ist allerdings nicht unumstritten (vgl. Weber-Dürler, a.a.O., Art. 25a Rz. 44). Wie bereits erwähnt, lässt sich denn auch nicht eindeutig feststellen, inwieweit die Vorinstanz eine Nichteintretensverfü-

C 16.1

gung erlassen bzw. das Gesuch materiell abgewiesen hat. Es ist deshalb angezeigt, die vorinstanzliche Verfügung umfassend auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen.

2. Der Beschwerdeführer bemängelt die Art und Weise der Schneeräumung durch die Vorinstanz. Die drei an seine Liegenschaft grenzenden Strassen würden unkoordiniert und unnötig häufig gepflügt. Seinen Ausführungen zufolge fährt der erste Pflug zwischen 4.00 und 4.15 Uhr über die Runggelmatt in die Rebbergstrasse. Der Pflug müsse dabei direkt vor seinem Haus bzw. Schlafzimmer wenden, wobei er wegen der Hanglage viel Gas geben müsse, was besonderen Lärm verursache. Um ca. 5.15 Uhr räume ein weiterer Pflug, ein Aebi-Traktor ohne Salzgefäss, den Schnee von der Niederwiesstrasse und der Strasse Am Rebberg. Anschliessend würden die Trottoirs der Niederwiesstrasse und der Rebbergstrasse zwischen 5.45 Uhr und 6.00 Uhr durch einen separaten, kleinen Pflug vom Schnee gereinigt. Darauf folge zwischen 6.30 Uhr und 7.00 Uhr nochmals ein Pflug mit Salzgefäss, um auf der Rebbergstrasse, der Niederwiesstrasse und der Strasse Am Rebberg Salz zu streuen. Somit würden insgesamt vier Schneepflüge um die Liegenschaft des Beschwerdeführers fahren, was für diesen zu unerträglichen Lärmimmissionen führe. Nach seiner Ansicht könnten durch eine bessere Koordination des Einsatzplanes sämtliche drei Strassen, welche an seine Liegenschaft angrenzen, mit einem einzigen Pflug (nebst einem kleineren Pflug für das Trottoir) und in einem Durchgang vom Schnee befreit werden. Zudem müsse aus dem Quartier des Beschwerdeführers nach dessen Kenntnis niemand früh am Morgen zur Arbeit, sodass die erste Pflugfahrt (um circa 5.15 Uhr) nicht notwendig sei. Der Einsatzplan solle deshalb vorsehen, dass Quartiere, welche auf früh gepflügte Strassen angewiesen sind, anstelle des Quartiers des Beschwerdeführers früher gepflügt würden. Schliesslich sei der Einsatz des Aebi-Traktors unverständlich bzw. überflüssig.

3.1 Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann gemäss § 34a Abs. 1 VRP von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (lit. a), die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt (Bst. b) oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Bst. c). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (§ 34a Abs. 2 VRP). Diese Bestimmung entspricht - mit der Abweichung, dass sich die betreffende Handlung auch auf anderes öffentliches Recht als jenes des Bundes stützen kann - der Regelung in Art. 25a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

3.2 Der § 34a VRP bildet - in Analogie zu Art. 25a VwVG - die Grundlage für ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren, indem quasi eine „Verfügung über Realakte“ (ein „Verwaltungsrechtsverhältnis über Realakte“) erlassen wird. Dementsprechend bildet nicht der Realakt an sich Gegenstand der Verfügung, sondern § 34a VRP vermittelt einen individuellen Rechtsanspruch, vom Staat in Bezug auf den in Frage stehenden Realakt eine konkrete Positionierung zu erhalten. Diese kann in der Form einer Stellungnahme (Feststellung über die [Un]-Rechtmässigkeit) oder in einer Korrekturhandlung (Unterlassen/Folgenbeseitigung) ausgestaltet sein und ergeht in der Form einer Verfügung (vgl. Markus Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, in: Pierre Tschannen [Hrsg.], Neue Bundesrechtspflege, Bern 2007, S. 344 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 28 Rz. 60 ff.).

4.1 Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Vorinstanz gehen zu Recht davon aus, dass es sich bei der Schneeräumung bzw. dem Winterdienst um einen Realakt handelt. Unter Realakten werden jene Verwaltungsmassnahmen bzw. -handlungen verstanden, die nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind und somit in der Regel keine Rechte und Pflichten der Privaten begründen. Die Realakte dienen unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, wobei zwischen einfachen Tathandlungen, Vollzugshandlungen, Wissens- bzw. Willenserklärungen (Auskünfte/Zusicherungen/Stellungnahmen), behördlichen Informationen, informellen Absprachen und Verwaltungsinnenakten unterschieden wird. Die Schneeräumung fällt dabei unter die Kategorie der Tathandlungen, da es sich dabei um eine „formlose“ Tätigkeit der Verwaltung bzw. eines Verwaltungsmitarbeiters handelt (vgl. Müller, a.a.O., S. 323; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 730a sowie Rz. 883; Isabelle Häner, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 25a N 6 ff.).

4.2 Ebenfalls unbestritten ist, dass die Vorinstanz für die Organisation und Abwicklung des Winterdienstes zuständig ist und dass sich diese Handlung auf öffentliches Recht stützt. Gemäss § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 2 der Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV, SRSZ 442.110) übt die Vorinstanz die Strassenhoheit über die Gemeindestrassen aus. In Vertretung der Gemeinde als Strassenträgerin hat sie die Strassen so zu unterhalten, dass sie in ihrer Substanz erhalten bleiben und zweckentsprechend genutzt werden können (vgl. § 11

C 16.1

Abs. 1 StrV). Der Strassenunterhalt umfasst insbesondere auch den Winterdienst.

Für die Frage der Zuständigkeit nicht von Bedeutung ist sodann, ob die Vorinstanz selber für den Unterhalt sorgt oder damit einen Dritten beauftragt hat. Wenn die Besorgung von staatlichen Aufgaben einem Privaten übertragen wurde, ist jene Behörde für deren ordnungsgemässe Erfüllung zuständig, welcher die Aufsicht über die Handlungen des Privaten zukommt (vgl. Müller, a.a.O., S. 345 f.; Häner, a.a.O., Art. 25a N 30 ff.; Enrico Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte, Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in SJZ 103 [2007] Nr. 14, S. 337 ff., S. 345 f.; Marianne Tschopp-Christen, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes [Art. 25a VwVG], Diss., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 99 ff.).

4.3.1 Ferner setzt § 34a VRP voraus, dass der fragliche Realakt Rechte oder Pflichten der davon betroffenen Person berührt. Die Tragweite des Begriffs des Berührtseins in Rechten und Pflichten ist noch nicht abschliessend geklärt. Während ein Teil der Lehre ein Berührtsein in subjektiven Rechten fordert, erachten andere Autoren „gewichtige Nachteile“ als genügende Eintretensvoraussetzung (vgl. etwa: Weber-Dürler, a.a.O., Art. 25a Rz. 19 ff.). Nach einhelliger Meinung ist aber auf jeden Fall vorausgesetzt, dass der Betroffene einen gewichtigen Nachteil erleiden bzw. dass das Berührtsein von einer gewissen Intensität sein muss.

4.3.2 Es ist unbestritten, dass um circa 4.00 Uhr mit der Schneeräumung begonnen wird und zu diesem Zweck Fahrzeuge und Maschinen eingesetzt werden, die Lärm verursachen. Dass die frühmorgendliche Schneeräumung geeignet ist, den Beschwerdeführer in seinem Wohlbefinden und seinem Ruhebedürfnis zu stören, liegt deshalb auf der Hand. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Rechtsschutzinteresse, das ausnahmsweise eine Rechtsmittelmöglichkeit rechtfertigt, nicht nur vorliegen, wenn es um Ansprüche einer Person geht, sondern auch dann, wenn dieser besondere Verhaltenspflichten oder sonstige besondere Nachteile zugemutet werden (vgl. Weber-Dürler, a.a.O., Art. 25a Rz. 26 mit Hinweis auf BGE 2P.324/2001 vom 28. März 2002, in ZBI 2007, S. 170ff. und in Pra 2002 Nr. 140).

Die Schneeräumung wirkt sich wegen der damit verbundenen Lärmimmissionen für den Beschwerdeführer zwar nachteilig aus. Ob diese Beeinträchtigung indessen eine genügende Intensität aufweist bzw. einen derart gewichtigen Nachteil darstellt, dass der Beschwerdeführer dadurch im Sinne von § 34a VRP in seinen Rechten oder Pflichten berührt ist, kann offen bleiben. Da das Begehren des Beschwerdeführers

bereits aus anderen Gründen abgewiesen werden muss (vgl. E. 4.5.1 ff.), erübrigt sich eine weitergehende Prüfung dieser Frage.

4.4.1 Wer um Erlass einer Verfügung über einen Realakt ersucht, muss ein schutzwürdiges Interesse dartun. Der Begriff des schutzwürdigen Interesses ist hierbei im selben Sinne wie bei Art. 25 Abs. 2, Art. 25a Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG sowie Art. 89 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) auszulegen.

4.4.2 In formaler Hinsicht muss das schutzwürdige Interesse entweder tatsächlicher oder rechtlicher Natur und im Zeitpunkt des Erlasses der angebehrten Verfügung aktuell und praktisch sein (aktuelles Rechtsschutzinteresse). Wenn von einem Realakt eine Vielzahl von Personen betroffen ist, muss bei der gesuchstellenden Person ein Sondernachteil, d.h. eine stärkere Betroffenheit als bei jedermann, vorliegen. Es ist dementsprechend erforderlich, dass der Gesuchsteller zum Streitgegenstand eine besondere Beziehungsnähe hat, wodurch Popularbeschwerden verhindert werden sollen. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse berechtigt somit nicht zu einer Beschwerde. Schliesslich muss die prozessuale Vorkehr auch geeignet sein, dem Rechtsuchenden im Erfolgsfall einen besonderen Nutzen zu verschaffen (vgl. Müller, a.a.O., S. 347 sowie S. 373; Weber-Dürler, a.a.O., Art. 25a Rz. 27 ff.; Tschopp-Christen, a.a.O., S. 125 ff.; Häner, a.a.O., Art. 25a N 34 ff.; Riva, a.a.O., S. 345; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 9 zu Art. 65 VRPG; BGE 123 II 376, E. 2; BGE 121 II 176, E. 2; BGE 120 Ib 431, E. 1).

4.4.3 Es ist der Schneeräumung immanent, dass sie zu gewissen Immissionen führt. Zu diesen Immissionen kommt es auf dem gesamten Strassennetz der Vorinstanz, weshalb zahlreiche Anwohner davon betroffen sind. Für den Beschwerdeführer liegt jedoch ein Sondernachteil vor. Wie den Akten zu entnehmen ist, wird die Liegenschaft des Beschwerdeführers (...) U-förmig von der Rebbergstrasse, Am Rebberg und der Niederwiesstrasse umgeben. Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass der Winterdienst im Bereich des beschwerdeführerischen Grundstücks in der von ihm geschilderten Art und Weise erfolgt. Dass die Schneeräumung für den Beschwerdeführer besondere Lärmimmissionen zur Folge hat, lässt sich deshalb nachvollziehen. Die Lage seines Grundstücks führt dazu, dass er von der Schneeräumung mehr als die Allgemeinheit betroffen ist. Der Beschwerdeführer verlangt von der Vorinstanz, die Schneeräumung im Umkreis seines Grundstücks anders zu organisieren. Die Nieder-

C 16.1

wiesstrasse, die Rebbergstrasse und die Strasse Am Rebberg sollen nicht vor 6.30 Uhr bzw. 7.00 Uhr gepflügt werden. Zudem fordert er, es sei auf den Einsatz von Traktoren als Schneepflüge zu verzichten. Diese Begehren zielen darauf ab, die Lärmimmissionen zulasten des Beschwerdeführers zu minimieren bzw. zeitlich zu verschieben. Würde seinen Anträgen auf Unterlassung gefolgt, könnte der Beschwerdeführer daraus einen praktischen Nutzen ziehen. Auch wenn sein Rechtsschutzinteresse derzeit saisonbedingt in den Hintergrund rückt, wird es auf jeden Fall im nächsten Winter wieder von Aktualität sein (vgl. dazu: BGE 128 II 34, E. 1b). Demnach verfügt der Beschwerdeführer über ein unmittelbares und persönliches schutzwürdiges Interesse an der angebehrten Verfügung, welches zudem praktisch und aktuell ist.

4.5.1 Die Widerrechtlichkeit der beanstandeten Handlung ist eine materiellrechtliche Frage und Voraussetzung für die Gutheissung aller Begehren, welche gestellt werden können. Im Rahmen der Prüfung der Widerrechtlichkeit wird die Rechtmässigkeit der beanstandeten Handlung des Gemeinwesens behandelt, wobei jeder formelle oder materielle rechtliche Mangel eines Realaktes zur Widerrechtlichkeit führt. Widerrechtlichkeit liegt dabei immer vor, wenn das massgebende Recht verletzt worden ist. Es genügt jedoch nicht, wenn bloss die Unangemessenheit des Realaktes gerügt wird. Wenn nämlich eine Behörde innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums bleibt, jedoch nicht die optimale bzw. opportuniste Handlungsmöglichkeit auswählt, ist ihr Handeln wohl unangemessen, jedoch noch nicht rechtswidrig (Weber-Dürler, a.a.O., Art. 25a Rz. 40; Häner, a.a.O., Art. 25a N 13; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26 N 14; Riva, a.a.O., S. 342).

4.5.2 Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) geltend macht, kann ihm nicht gefolgt werden. Gemäss dieser Bestimmung müssen die Lärmemissionen von Motor-, Luft-, Wasser- und Schienenfahrzeugen so weit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Diese Bestimmung bildet die Grundlage für Emissionsbegrenzungen bei Fahrzeugen. Weder ist ersichtlich noch macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Fahrzeuge, welche die Vorinstanz für den Winterdienst einsetzt, die darauf anwendbaren Emissionsbegrenzungen überschreiten würden. Ebenso wenig sind anderweitige Verletzungen von formellen oder materiellen Rechten durch die Schneeräumung auszumachen.

4.5.3 Wie bereits erwähnt, ist der Unterhalt des Strassennetzes eine hoheitliche Aufgabe. Sowohl die Privaten, welche die Strassen benützen,

als auch der Staat als Strassenträger haben ein grosses Interesse an einem effizienten und einwandfreien Winterdienst. Das Interesse des Staates rührt dabei insbesondere daher, dass er als Eigentümer oder Unterhaltsverpflichteter bei Vorliegen von Mängeln bzw. mangelhafter Schneeräumung haftbar werden kann (Anton K. Schnyder, in: Hon-sell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 58 N 21; Roland Brehm, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Lieferung, Bern 1990, Art. 58 OR, N 164 und N 206). Deshalb haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Strassen regelmässig und gründlich von Schnee befreit werden. Dies hat insbesondere auch zur frühen Morgenstunde zu erfolgen, damit die Strassen zu Beginn des Berufs- bzw. Schulverkehrs von Schnee und Eis befreit sind. Solange die Strassen nicht oder kaum befahren werden, können die Räumungsfahrzeuge ungehindert verkehren und den Schnee wegräumen, bevor er festgefahren ist. Dass es dabei zu Immissionen kommt, ist unausweichlich.

4.5.4 Selbst wenn die Argumentation des Beschwerdeführers zutreffen sollte, dass der Winterdienst „unkoordiniert“ bzw. einige Fahrten „unnötig“ sein sollten, so hat er noch immer keinen Anspruch, dass diese unterlassen werden, da der Behörde bei der Bewältigung des Winterdienstes ein weiter Ermessensspielraum beim Einsatz der Mittel und der Wahl der Routen zusteht. Ein Ermessensfehler wäre höchstens dann zu bejahen, wenn mit der Schneeräumung entweder bereits nach Mitternacht oder erst im Verlauf des Tages begonnen würde, was offensichtlich nicht der Fall ist. Auch hat ein Bürger zweifellos keinen Anspruch darauf, dass eine bestimmte Strasse früher oder später gepflegt wird. Die Bevorteilung eines Bürgers hätte nämlich unweigerlich die Benachteiligung eines anderen Bürgers zur Folge. Deshalb dürfen für die Planung der Schneeräumung einzig ökologische, organisatorische und wirtschaftliche Überlegungen massgeblich sein.

Hinzu kommt, dass es - wie die Vorinstanz treffend ausgeführt hat - in Gefilden wie Wollerau nur an einigen wenigen Tagen pro Winter zu Schneefällen kommt, welche einen solch intensiven und frühmorgendlichen Winterdienst erforderlich machen. Dementsprechend treten die vom Beschwerdeführer gerügten Immissionen nur selten auf und sind jeweils auch nur von kurzer Dauer. Damit sind sie - auch wenn die Fahrten für ihn etwas unkoordiniert erscheinen - von einer Intensität, welche er im Rahmen der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe hinzunehmen hat. (RRB Nr. 500 vom 11. Mai 2010).

Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz

Prof. Dr. iur. August Mächler, Pfäffikon¹

Inhalt

1. Justizreform des Bundes und das Verwaltungsverfahren der Kantone
2. Schliessen von Lücken im gerichtlichen Staats- und Verwaltungsrechtsschutz
 - 2.1 Bundesrechtliche Anforderungen
 - 2.2 Rechtsschutz gegen Beschlüsse des Kantonsrates
 - 2.2.1 Begnadigung
 - 2.2.2 Einbürgerungen
 - 2.2.3 Personalrechtliche Anordnungen
 - 2.2.4 Richtplanung
 - 2.2.5 Politische Rechte
 - 2.2.6 Verleihung von Wasserrechtskonzessionen
 - 2.3 Akte der Justizverwaltung der Gerichte (Exkurs)
 - 2.4 Verwaltungsbehörden
 - 2.4.1 Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz
 - 2.4.2 Einzelbereiche
 - 2.4.2.1 Endgültige Verfügungen oder Entscheide
 - 2.4.2.2 Zulässigkeit eines Weiterzugs an den Bundesrat oder an das Bundesverwaltungsgericht
 - 2.4.2.3 Richtpläne
 - 2.4.2.4 Ausrichtung von Beiträgen, auf die kein Anspruch besteht
 - 2.4.2.5 Infrastrukturplanung

¹ Der Beitrag basiert auf Referaten, die der Autor vor Mitarbeitenden der Verwaltungen des Kantons, der Bezirke und Gemeinden gehalten hat. Er ist Vorsteher des Rechts- und Beschwerdedienstes im Sicherheitsdepartement, vertritt in diesem Beitrag aber seine persönlichen Auffassungen.

- 2.4.3 Ausnahmen von der Geltung der VRP
 - 2.4.3.1 Zahlungserleichterungen für öffentliche Abgaben
 - 2.4.3.2 Vertragliches Handeln der Verwaltung
 - 2.4.4 Realakte
3. Verweise auf die Schweizerische Zivilprozessordnung
 - 3.1 Streitgenossenschaft und Parteiwechsel
 - 3.2 Beweisverfahren
 - 3.3 Revision
 - 3.4 Verwaltungsgerichtliche Klage
 - 3.5 Privatrechtliche Baueinsprache
 4. Justizverordnung
 - 4.1 Vorschriften für die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren
 - 4.2 Verwiesenes Recht
 - 4.2.1 Überblick
 - 4.2.2 Ausstand
 - 4.2.3 Fristen
 - 4.2.4 Allgemeine Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts
 - 4.3 Die Verwaltungsrechtspflege des Zwangsmassnahmengerichts
 - 4.4 Klagen gegen den Kanton (Exkurs)
 - 4.5 Aufsichtsbeschwerde gegen die Oberstaatsanwaltschaft
 5. Ausblick

1. Justizreform des Bundes und das Verwaltungsverfahren der Kantone

Am 12. März 2000 stimmten Volk und Stände der Justizreform des Bundes zu. Revidiert wurden damit die Regelungen in der Bundesverfassung zum Bundesgericht und zum gerichtlichen Rechtsschutz im Bund und in den Kantonen². Der Bund hat die Justizreform auf Gesetzesstufe umgesetzt, indem er neue Organisationsgesetze für das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesstrafgericht geschaffen hat³. Ausserdem wurden mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung

² Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999, BBl 1999, S. 8633, AS 2002, S. 3148.

³ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110; Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungs-

(Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008⁴, der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007⁵ und der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) vom 20. März 2009⁶ drei neue, vor allem für die Kantone geltende Prozessgesetze erlassen⁷.

Die Justizverfassung des Bundes in der Fassung gemäss Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 und die neuen Bundesgesetze zur Gerichtsorganisation und zum Verfahren wirken sich auf die Gerichtsorganisation und das Verfahren der Kantone aus. Bedeutender sind dabei die Folgen für die Zivil- und die Strafrechtspflege. Änderungs- und Anpassungsbedarf ergab sich aus der Justizreform in den Kantonen aber auch für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren. Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und die Verpflichtung der Kantone in Art. 191b BV, richterliche Behörden für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen zu bestellen, veranlassten die Kantone, Lücken im gerichtlichen Rechtsschutz zu schliessen. Weiterer Anpassungsbedarf für das Verwaltungsverfahren ergab sich daraus, als dieses mannigfache Querbezüge zum Gerichtsorganisationsrecht und zum Zivilprozessrecht aufweist.

Im Kanton Schwyz wurde die Justizreform des Bundes im Wesentlichen in zwei Schritten umgesetzt: Zunächst hat der Kantonsrat nach dem Erlass des neuen Bundesgerichtsgesetzes und des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 am 24. Oktober 2007 die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP) vom 6. Juni 1974⁸ einer Teilrevision unterzogen. Nach Vorliegen der neuen schweizerischen Prozessordnungen wurde am 18. November 2009 sodann die Gerichtsordnung (GO) vom 10. Mai 1974⁹ durch die Justizverordnung (JV) er-

gerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32; Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) vom 4. Oktober 2005, SR 173.71.

⁴ SR 272.

⁵ SR 312.

⁶ SR 312.1.

⁷ Die Strafprozessordnung gilt für das Verfahren vor Strafbehörden des Bundes und der Kantone (Art. 1 Abs. 1 StPO). Die Zivilprozessordnung ist nur für die Verfahren vor den kantonalen Instanzen massgebend (Art. 1 ZPO). Die Verfahren in den vom Bundesgericht als einziger Instanz auf Klage zu beurteilenden Streitigkeiten richten sich nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273. Über die Anwendung der Prozessordnungen (ZPO, StPO, JStPO) befindet das Bundesgericht bei der Behandlung von Beschwerden in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) bzw. in Strafsachen (Art. 78 ff. BGG).

⁸ SRSZ 234.110.

⁹ GS 16-427.

setzt¹⁰. Von dieser Revision des Schwyzer Gerichtsorganisationsrechts gingen zahlreiche - grossenteils mehr formelle - Rechtsanpassungen für die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren aus.

Im Folgenden sollen die von der Justizreform des Bundes unmittelbar oder mittelbar ausgelösten Neuerungen im Recht für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz dargestellt werden.

2. Schliessen von Lücken im gerichtlichen Staats- und Verwaltungsrechtsschutz

2.1 Bundesrechtliche Anforderungen

Die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV gewährt jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Konkretisiert wird die Rechtsweggarantie bei öffentlichrechtlichen Angelegenheiten für Vorinstanzen der Kantone in den Art. 86-88 BGG. Entscheide letzter kantonalen Instanzen, die direkt an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG), müssen nach Art. 86 Abs. 2 BGG von einem oberen kantonalen Gericht ausgehen¹¹. Vom Erfordernis eines oberen kantonalen Gerichts sind Bereiche ausgenommen, in welchen ein Bundesgesetz die direkte Anfechtung des Entscheides einer unteren kantonalen richterlichen Behörde beim Bundesgericht zulässt¹². Öffnet sodann ein Bundesgesetz den Rechtsweg gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen an das Bundesverwaltungsgericht, so müssen die Kantone keine richterliche Behörde als Vorinstanz bestimmen¹³.

¹⁰ ABI 2009, S. 2770 ff.; SRSZ 231.110.

¹¹ Zum Begriff des oberen kantonalen Gerichts siehe BGE 136 II 470 (Rekurskommission der EDK und der GDK) = Praxis 2011, S. 259 ff. und BGE 136 II 233 (BewG-Rekurskommission). - Das bundesrechtlich vorgeschriebene Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG muss dabei nicht als Rechtsmittelinstanz entschieden haben. Anders als in der Zivil- und Strafrechtspflege wird in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kein doppelter Instanzenzug verlangt (s. Esther Tophinke, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 86 BGG, Rz. 16). Weiterhin zulässig ist damit die verwaltungsgerichtliche Klage als Form der originären Verwaltungsgerichtsbarkeit gemäss §§ 67 ff. VRP. Zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der Justizverwaltung der oberen kantonalen Gerichte siehe nachstehend Ziff. 2.3.

¹² Art. 86 Abs. 2 BGG. Zu den wenigen Beispielen im öffentlichen Recht siehe Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 15.

¹³ Siehe dazu unten Ziff. 2.4.2.2.

Für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter dürfen die Kantone anstelle eines Gerichts andere Behörden als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts einsetzen¹⁴. Beschwerden beim Bundesgericht gegen kantonale Erlasse muss nur dann die Entscheidung durch ein oberes kantonales Gericht vorausgehen, wenn und soweit das kantonale Recht überhaupt ein Rechtsmittel gegen Erlasse vorsieht¹⁵. Die Kantone haben schliesslich gemäss Art. 88 Abs. 2 BGG gegen Akte, die politische Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten verletzen können, ein Rechtsmittel vorzusehen¹⁶. Diese Pflicht erstreckt sich nicht auf Akte des Parlaments und der Regierung der Kantone in Stimmrechtssachen.

In welchen Fällen die Kantone den gerichtlichen Rechtsschutz in öffentlichrechtlichen Fragen ausschliessen dürfen, wird im Rahmen der angeführten gesetzlichen Vorgaben letztlich das Bundesgericht entscheiden müssen¹⁷. Gestützt auf die Regelungen in der Bundesverfassung und im Bundesgerichtsgesetz lassen sich folgende Grundsätze zusammenfassen:

- Bundesrechtlich geboten ist den Kantonen für Rechtsstreitigkeiten aus dem öffentlichen Recht ein gerichtlicher Rechtsschutz.
- Die Kantone dürfen Ausnahmen vorsehen, sofern und soweit eine Angelegenheit überwiegend politischen Charakter aufweist. Kommt Rechten und Pflichten Einzelner, um die gestritten wird, ein ebenso starkes oder gar grösseres Gewicht zu, darf der gerichtliche Rechtsschutz nicht ausgeschlossen werden.

¹⁴ Art. 86 Abs. 3 BGG.

¹⁵ Art. 87 BGG. Siehe dazu nachstehend Ziff. 2.2.

¹⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss ein gerichtlicher Rechtsschutz eingeführt werden (BGE 134 I 199, E. 1.2; Urteil 1P.338/2006 + 1P.582/2006 vom 12. Februar 2007, ZBI 2007, S. 313 ff., E. 3.10). Kritisch dazu Tobias Jaag, Ausgangslage: Justizreform des Bundes und neue Kantonsverfassung, in: Alain Griffel-/Tobias Jaag (Hrsg.), Reform der Zürcher Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2010, S. 7.

¹⁷ Auszugehen ist in den Worten des Bundesgerichts davon, dass „la notion juridique de ‚décision revêtant un caractère politique prépondérant‘ est en elle-même indéterminée“ (BGE 136 I 42, 45, E. 1.5). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht der Entscheidung des Regierungsrates des Kantons Genf über die Befreiung einer Stiftung von der so genannten Einregistrierungs- und/oder Erbschaftssteuer nicht entscheidend überwiegend politischen Charakter beigemessen. Siehe ferner BGE 135 II 94, 97, E. 3.4 (Ausschaffungshaft) und BGE 1C_346/2009 vom 6. November 2009, E. 4.1 (Entzug des Führerausweises). In allen drei Fällen verlangte das Bundesgericht eine Beurteilung durch ein oberes kantonales Gericht. Anders sah das Bundesgericht die Sache in BGE 135 I 113, 116, E. 1 in Bezug auf die Entscheidung betreffend die Ermächtigung zur Durchführung einer Strafuntersuchung.

- Politischen Charakter kann eine Angelegenheit wegen ihres Inhaltes oder wegen ihres Umfeldes aufweisen. Zur ersten Gruppe gehören Rechtsstreitigkeiten um nicht justiziable Rechtspositionen. Entscheidungen der zweiten Gruppe werden vom Volk, vom Parlament oder von der Kantonsregierung nach politischen Gesichtspunkten getroffen.
- Vom Bundesgesetzgeber werden die Kantone ermächtigt, Erlasse und Akte um das Stimmrecht, die vom Parlament und von der Regierung getroffen werden, von einem gerichtlichen Rechtsschutz auszunehmen.

2.2 Rechtsschutz gegen Beschlüsse des Kantonsrates

Beschlüsse des Kantonsrates können im Kanton Schwyz bislang kantonsintern nicht angefochten werden¹⁸. Das Fehlen eines gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Anordnungen des Kantonsparlamentes steht bei einem Grossteil der Beschlüsse des Parlamentes ohne weiteres in Einklang mit der Rechtsweggarantie und deren Konkretisierung im Bundesgerichtsgesetz. Bei Erlassen, Erwahrungsbeschlüssen zu Volkswahlen, Finanzbeschlüssen und Akten der parlamentarischen Aufsicht besteht kein Anspruch darauf, eine Streitigkeit daraus einem unabhängigen Gericht vorlegen zu dürfen¹⁹. Im Bericht und in seiner Vorlage zur Änderung der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 30. Mai 2007²⁰ hat der Regierungsrat einzelne Gegenstände aus dem Kompetenzbereich des Kantonsrates angesprochen und einen gewissen Anpassungsbedarf festgestellt. Geöffnet wurde allerdings bislang der Rechtsweg an Gerichte innerhalb des Kantons gegen Beschlüsse des Kantonsrates nicht. Im Folgenden sollen einzelne Geschäfte des Kantonsrates angeführt werden, bei denen sich allenfalls eine Öffnung des innerkantonalen Rechtsweges aufdrängen kann.

¹⁸ Siehe dazu BGE 1C_161/2009 vom 3. März 2010 betreffend die direkte Anfechtung der Ungültigerklärung einer Volksinitiative beim Bundesgericht; BGE 1C_393/2008 vom 12. März 2009 betreffend Erwahrung der Ergebnisse der Kantonsratswahlen vom 16. März 2008; BGE 1P.537/2002 vom 14. Januar 2003 betreffend Erwahrung der Regierungsrats-Ersatzwahl vom 2. Juni 2002; BGE 1P.269/1998 vom 19. November 1998 betreffend den ersatzweisen Erlass des Organisationsstatuts der Römisch-katholischen Kantonalen Kirche durch den Kantonsrat, ohne dieses dem Referendum zu unterstellen; BGE 1P.703/1994 vom 5. Oktober 1995 betreffend Referendumpflicht einer Änderung von Gesetzen; BGE 102 Ia 457 betreffend Nichtunterstellung eines Strassenbaukredits unter das Finanzreferendum; BGE 95 I 213 betreffend Nichtunterstellung eines Baukredits für das Lehrerseminar Rickenbach.

¹⁹ Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 22. Siehe dazu VGE 666/92 vom 22. Dezember 1992, EGV-SZ 1992, Nr. 3 betreffend die Anfechtung einer Teilrevision der Kantonsverfassung.

²⁰ RRB Nr. 724/2007.

2.2.1 Begnadigung

Das Recht zur Begnadigung steht im Kanton Schwyz bei Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung und bei Straftaten, die mit einem solchen Verbrechen oder Vergehen in Zusammenhang stehen, dem Kantonsrat und in den übrigen Fällen der zuständigen Kommission des Kantonsrates zu²¹. In der Literatur wird die Begnadigung als Akt mit vorwiegend politischem Charakter angesehen, der von einer gerichtlichen Überprüfung ausgenommen werden darf²². Der Kantonsrat und der Begnadigungsausschuss als zuständige Kommission entscheiden gemäss § 126 JV endgültig²³.

2.2.2 Einbürgerungen

Der Kantonsrat erteilt das Kantonsbürgerrecht²⁴. Gemäss Art. 50 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, BÜG) vom 29. September 1952²⁵ haben die Kantone Gerichtsbehörden einzusetzen, die als letzte kantonale Instanzen Beschwerden gegen ablehnende Entscheide über die ordentliche Einbürgerung entscheiden²⁶. Der Regierungsrat schlägt in seiner Vorlage vom 14. Dezember 2010 das Verwaltungsgericht als zuständiges kantonales Gericht im Sinne der erwähnten Bestimmung vor²⁷. Es soll ablehnende Entscheide der kommunalen Einbürgerungsbehörden und der kantonsrätlichen Kommission beurteilen. Die derzeit noch geltende Regelung, die

²¹ Siehe § 123 JV. In der Geschäftsordnung für den Kantonsrat des Kantons Schwyz vom 28. April 1977, SRSZ 142.110, wird die Vorberatung bzw. der Entscheid von Begnadigungsgesuchen der Rechts- und Justizkommission übertragen (Aufgabenbereiche der ständigen Kommissionen des Kantonsrates im Anhang).

²² Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 22. BGE 118 Ia 104, E. 2b. Kritisch dazu Regina Kiener/Melanie Krüsi, Beschwerde an das Verwaltungsgericht, in: Alain Griffl/Tobias Jaag (Hrsg.), Reform der Zürcher Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2010, S. 73 ff., 92 ff.

²³ Der Begnadigungsausschuss der Rechts- und Justizkommission versieht seine Beschlüsse mit der Rechtsmittelbelehrung für das Bundesgericht (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) [Beschluss vom 19. Januar 2011/Proz.-Nr.1/10 BG].

²⁴ § 35 Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz (KV) vom 23. Oktober 1898, SRSZ 100.000; § 13 Gesetz über Erwerb und Verlust des Kantons- und Gemeindebürgerrechts vom 19. Februar 1970, SRSZ 110.100.

²⁵ SR 141.

²⁶ Die Bestimmung ist auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt worden (AS 2008, S. 5911 f.).

²⁷ RRB Nr. 1325 vom 14. Dezember 2010. Siehe auch Beschluss des Kantonsrates vom 20. April 2011, Verhandlungsprotokoll, S. 1295 ff.

gegen ablehnende Einbürgerungsentscheide des Kantonsrates keinen innerkantonalen Rechtsschutz vorsieht, ist bundesrechtswidrig²⁸.

2.2.3 Personalrechtliche Anordnungen

Anders als beim Bund und bei einzelnen Kantonen tritt das Schwyzer Kantonsparlament nur in sehr engen Grenzen als Arbeitgeber auf. Gewählt und damit als Beamte angestellt werden vom Kantonsrat der Oberstaatsanwalt und dessen Stellvertreter, der Staatsschreiber und der Standesweibel²⁹. Sie unterstehen grundsätzlich der Personal- und Besoldungsverordnung (PBV) vom 26. Juni 1991³⁰. Über die Verletzung von gesetzlichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dieser Beamten entscheidet im Klageverfahren das Verwaltungsgericht³¹. Aus dem Wortlaut von § 9 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 8. Mai 1996³² ist zu schliessen, dass dieser Erlass für Streitigkeiten über die Gleichstellung im Erwerbsleben zwischen Kanton und dem vom Kantonsrat angestellten Personal nicht gilt. Ansprüche aus dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995³³ sind folglich ebenfalls direkt mittels Klage beim Verwaltungsgericht geltend zu machen. Ein Schlichtungsverfahren muss der Klageerhebung nicht vorausgehen, zumal die Kantone lediglich für Arbeitsverhältnisse nach dem Obligationenrecht ein solches einführen müssen³⁴.

Behördenmitglieder, die vom Volk oder vom Kantonsrat gewählt werden, unterstehen nicht der Personal- und Besoldungsverordnung³⁵. Deren Rechtsstellung wird in der Kantonsverfassung und in den Organisations-

²⁸ Sie wäre es auch ohne die Vorgabe in Art. 50 BÜG. Mit den beiden Entscheiden BGE 129 I 217 (Gemeinde Emmen) und BGE 129 I 232 (Stadt Zürich) wurde klargestellt, dass die Verleihung des Bürgerrechts nicht im freien Ermessen des zuständigen Organs liegt, das eine Einbürgerung auch dann ablehnen darf, wenn an sich die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Im Einbürgerungsverfahren wird über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden. Daraus ist zu schliessen, dass die Bürgerrechtsverleihung kein Akt mit überwiegend politischem Charakter ist. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist zwar ausgeschlossen (Art. 83 Bst. b BGG). Zulässig ist dagegen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG, womit die Vorschriften für die gerichtlichen Vorinstanzen in den Kantonen ebenfalls gelten (Art. 114 in Verbindung mit Art. 86 BGG).

²⁹ § 36 Abs. 1 Bst. e und h KV in Verbindung mit § 47 Abs. 2 JV.

³⁰ SRSZ 145.110.

³¹ § 62 PBV.

³² SRSZ 140.310.

³³ SR 151.1.

³⁴ Art. 11 GIG.

³⁵ § 1 in Verbindung mit § 2 PBV.

erlassen der verschiedenen Behörden geordnet³⁶. Für deren „Entlöhnung“ sind Spezialerlasse anwendbar³⁷. Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann gilt allerdings dem Grundsatz nach auch für das Rechtsverhältnis zwischen Kanton und Magistratspersonen. Vorbehalte bestehen lediglich in Bezug auf die Begründung und Beendigung des Amtes³⁸. Zur Durchsetzung von finanziellen Ansprüchen von Behördemitgliedern steht die verwaltungsgerichtliche Klage gemäss § 67 Abs. 1 Bst. c VRP zur Verfügung.

2.2.4 Richtplanung

Im Rahmen der kantonalen Richtplanung legt der Kantonsrat gemäss § 8 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz (PBG) vom 14. Mai 1987³⁹ die Grundlagen der anzustrebenden räumlichen Entwicklung in einem Leitbild fest. Dagegen ist im kantonalen Recht keine Anfechtungsmöglichkeit bei einer Gerichtsbehörde vorgesehen⁴⁰. Die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes durch die Kantone ist vom Bundesrecht für die Richtplanung nicht geboten⁴¹.

³⁶ §§ 26 ff. KV für den Kantonsrat, §§ 46 ff. KV für den Regierungsrat sowie §§ 60 ff. KV für die Gerichte. Ferner Geschäftsordnung für den Kantonsrat des Kantons Schwyz vom 28. April 1977, SRSZ 142.110; Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 27. November 1986, SRSZ 143.110 sowie Justizverordnung vom 18. November 2009, SRSZ 231.110. Ausserdem für die vermögensrechtliche, strafrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit das Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre vom 20. Februar 1970, SRSZ 140.100.

³⁷ Verordnung über die Besoldung der Behörden und das Dienstverhältnis des Staatspersonals vom 20. November 1968, SRSZ 140.510; Verordnung über die Entschädigung der nebenamtlichen Richter, Erziehungsräte und ausserparlamentarische Kommissionsmitglieder vom 29. Oktober 1997, SRSZ 140.520.

³⁸ Kathrin Arioli in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, Art. 13 GlG, Rz. 6.

³⁹ SRSZ 400.100.

⁴⁰ Siehe für die Richtplanung im Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörden § 53 Abs. 2 Bst. a VRP, der ausdrücklich die Anfechtung beim Verwaltungsgericht ausschliesst.

⁴¹ Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 22. Ebenso der Bundesrat in seiner Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, S. 4202 ff., 4327. In BGE 119 Ia 285 hat das Bundesgericht der Festlegung in einem Richtplan ausdrücklich die Verfügungsqualität abgesprochen (S. 292 f.). Zugelassen hat das Bundesgericht dagegen die Beschwerde einer Gemeinde gegen einen vom Kanton festgesetzten Richtplan wegen Verletzung der Gemeindeautonomie (BGE 111 Ia 129, 131).

2.2.5 Politische Rechte

Dem Kantonsrat obliegt die Erhaltung der vom Volk getroffenen Wahlen in das Kantonsparlament, in die Regierung, in das Kantonsgericht und in den Ständerat. Dem Parlament steht gemäss § 44 Abs. 1 KV die Prüfung und Anerkennung der Gesetzmässigkeit aller Wahlen in die Kantonsbehörden zu. Im Rahmen dieser Prüfung entscheidet der Kantonsrat Beschwerden gegen die Ergebnisse von Wahlen in die Kantonsbehörden und in den Ständerat⁴². Angefochten werden kann bei einem kantonalen Gericht weder der Erhaltungsbefehl noch der Beschwerdeentscheid⁴³. Wird im Zusammenhang mit einer Wahl keine Beschwerde eingelegt, steht diese Regelung mit Art. 88 Abs. 2 BGG durchaus in Einklang.

Heikel zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn der Kantonsrat im Rahmen der Erhaltung zugleich über Wahlbeschwerden befindet. *Kiener/Krüsi*⁴⁴ nehmen für Zürich - allerdings lediglich in Bezug auf die Kantonsratswahlen - an, dass schon aus Gründen der Gewaltenteilung eine gerichtliche Beurteilung der Wahl des Kantonsrates nicht beim Verwaltungsgericht vorzusehen sei. Es könne nicht sein, dass das Verwaltungsgericht über die Wahl der eigenen Wahlbehörde befände. *Steinmann*⁴⁵ hält fest, dass sich wohl eine Auftrennung in Erhaltungsbefehl und Beschwerdeentscheid aufdränge. Für den zweitgenannten Beschluss müssten die Kantone den Rechtsweg an ein kantonales Gericht vorsehen⁴⁶. Wie das Bundesgericht die Vorgaben aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und aus Art. 88 Abs. 2 BGG in Bezug auf Beschwerden bei Wahlen in die obersten kantonalen Behörden konkretisiert, ist derzeit offen. Es gibt aber gute Gründe für die Annahme, dass die Kantone gegen Beschwerdeentscheide des Kantonsrates keinen ge-

⁴² § 53 Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen (WAG) vom 15. Oktober 1970, SRSZ 120.100.

⁴³ Für die bisher geltende Regelung siehe BGE 1C_393/2008 vom 12. März 2009 betreffend Erhaltung der Ergebnisse der Kantonsratswahlen vom 16. März 2008; BGE 1P.537/2002 vom 14. Januar 2003 betreffend Erhaltung der Regierungsrats-Ersatzwahl vom 2. Juni 2002.

⁴⁴ Anm. 22, S. 86 f.

⁴⁵ in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2008, Art. 88 BGG, Rz. 13, FN 28.

⁴⁶ Eine Art Aufteilung nimmt der Bundesgesetzgeber für die Wahl in den Nationalrat vor. Über die Erhaltung beschliesst der Nationalrat in seiner konstituierenden Sitzung (Art. 53 Bundesgesetz über die politischen Rechte [BPR] vom 17. Dezember 1976, SR 161.1). Wahlbeschwerden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung der Nationalratswahlen beurteilen die Kantonsregierungen (Art. 77 BPR). Gegen deren Entscheid kann Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden (Art. 80 Abs. 1 BPR).

richtlichen Rechtsschutz einführen müssen. Auf den Aspekt mit der Gewaltenteilung haben wir unter Berufung auf *Kiener/Krüsi* schon hingewiesen. In der Erhaltung und im Beschwerdeverfahren werden zudem in einem Beschluss die gleichen Fragestellungen mit gleicher Kognition beurteilt⁴⁷. Eine Aufteilung in Erhaltungs- und Rechtsmittelverfahren wirkte daher künstlich. Mit dem Verzicht auf die Einführung einer gerichtlichen Beurteilung im Kanton erhalten die Kantone für die obersten Organe einen vergleichbaren Instanzenzug wie bei der Wahl in den Nationalrat. Anzunehmen ist, dass dieser Instanzenzug den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV zu genügen vermag. Der Wortlaut in Art. 88 Abs. 2 BGG lässt es durchaus zu, dass unter Akte des Parlaments und der Regierung auch Rechtsmittelentscheide subsumiert werden. Zudem ist in der Bestimmung nur von einem Rechtsmittel und nicht von einem gerichtlichen Rechtsschutz die Rede⁴⁸. Würde der Rechtsweg gegen den Beschwerdeentscheid des Kantonsrates an ein kantonales Gericht geöffnet, so könnten die obersten Behörden bei einer Anfechtung ihr Amt kaum mehr je rechtzeitig antreten⁴⁹.

Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung oder Durchführung von Sachabstimmungen des Volkes können mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden⁵⁰. Zugelassen sind bei dieser Beschwerde allerdings lediglich die in § 54 WAG angeführten Beschwerdegründe. Geltend gemacht werden kann somit eine Verletzung der Abstimmungsfreiheit. Dagegen kann mit Beschwerde gegen Sachabstimmungen des Volkes, insbesondere gegen Abstimmungen über den Erlass oder die Änderung der Kantonsverfassung, von Gesetzen und von kantonsrätlichen Verordnungen nicht gerügt werden, die vom Volk beschlossenen Erlasse seien inhaltlich bundesrechtswidrig⁵¹. Gestützt auf § 53a Abs. 1 Bst. b WAG und § 51 Bst. e VRP darf das Verwaltungsgericht kantonale Erlasse nicht einer abstrakten Normenkontrolle unterziehen.

⁴⁷ § 54 WAG.

⁴⁸ Anders die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. den Nachweis in Anm. 16).

⁴⁹ Aus diesem Grunde legt für die Nationalratswahlen Art. 77 BPR eine Beschwerdefrist von drei Tagen und Art. 79 Abs. 1 BPR eine Behandlungsfrist von zehn Tagen fest. Für die Beschwerde gegen die Nationalratswahlen an das Bundesgericht gilt alsdann eine Beschwerdefrist von wiederum drei Tagen (Art. 100 Abs. 4 BGG). Die Beschwerdefrist bei Wahlen in kantonale Behörden beträgt zehn Tage (§ 53a Abs. 2 WAG). Für einen Weiterzug an das Bundesgericht gilt bei kantonalen Wahlen die Frist von 30 Tagen (Art. 100 Abs. 1 BGG).

⁵⁰ § 53a Abs. 1 Bst. b WAG; § 51 Bst. e VRP.

⁵¹ VGE 666/92 vom 22. Dezember 1992, EGV-SZ 1992, Nr. 3. Allgemein für die Stimmrechtsbeschwerde bestätigt in einem neueren Entscheid des Bundesgerichts 1C_92/2010 vom 6. Juli 2010, ZBI 112/2011, S. 262 ff.

Im Einklang mit dem Bundesrecht steht, dass Beschlüsse des Kantonsrates über das Zustandekommen und die Gültigerklärung bzw. Ungültigerklärung von Volksinitiativen und über die Unterstellung bzw. Nichtunterstellung eines Verpflichtungskredites unter das Finanzreferendum nicht bei einem Gericht im Kanton angefochten werden können⁵².

2.2.6 Verleihung von Wasserrechtskonzessionen

Die Wasserrechtsgesetzgebung bestimmt neben den Bezirksgemeinden den Kantonsrat als Konzessionsbehörde für die Verleihung des Rechts zur Nutzung der Wasserkräfte zur Energieerzeugung⁵³. Zum Rechtsschutz bei der Erteilung oder der Verweigerung von Konzessionen und bei Streitigkeiten aus Konzessionsverhältnissen hielt der Regierungsrat in seinem Bericht vom 30. Mai 2007 fest⁵⁴:

„Die Entscheidung des Kantonsrates über die Erteilung oder Nichterteilung einer Konzession kann nach geltendem Recht nicht an ein kantonales Gericht weitergezogen werden. Dem gerichtlichen Rechtsschutz unterliegen lediglich Streitigkeiten aus Wasserrechtskonzessionen (§ 67 Abs. 1 Bst. b VRP). Ebenfalls ausgeschlossen von einer Anfechtung waren ursprünglich Beschlüsse des Regierungsrates über die Erteilung, Verweigerung oder Übertragung von Konzessionen (§ 54 Bst. c VRP; GS 16, S. 465). Dieser Ausschlussgrund wurde vom Kantonsrat am 10. Februar 1999 aufgehoben. Die Konzessionserteilung des Regierungsrates sollte zusammen mit den baurechts- und umweltrelevanten Bewilligungen erfolgen. Gegen den gesamten Entscheid sollte alsdann

⁵² Nach BGE 1C_161/2009 vom 3. März 2010 steht die Kompetenz, die Gültigkeit von Volksinitiativen zu prüfen, dem Kantonsrat auch ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetzesrecht zu. - Ebenso die Beurteilung für Zürich Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 85. Zu weiteren Anordnungen (Kreditbeschlüsse für Informationen vor Abstimmungen, Anordnung oder Verweigerung einer Nachzählung, Wahlanordnung, Erwahrungsbeschlüsse, Formulierung von Abstimmungsfragen) und Realakten (Unterstützung vor Abstimmungen und Wahlen, Abstimmungserläuterungen, Informationen vor Abstimmungen und Wahlen, Verzögerungen in der Behandlung von Initiativen) des Parlamentes, für die kein gerichtlicher Rechtsschutz eingeführt werden muss, siehe die Hinweise bei Steinmann, Anm. 45, Art. 88 BGG, Rz. 13. In Bezug auf eidgenössische Abstimmungserläuterungen siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 10. Juli 2011 an das Bundesgericht und Beschluss des Bundesrates vom 29. Juni 2011 i.S. Beschwerdeverfahren betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 über das Unternehmenssteuerreformgesetz II.

⁵³ Konzessionserteilung für Seen und Grundwasservorkommen: § 29 Wasserrechtsgesetz (WRG) vom 11. September 1973, SRSZ 451.100; Konzessionserteilung für grenzüberschreitende Flüsse und Bäche, sofern sich die Bezirke nicht einigen können: § 35 WRG; Genehmigung der Bezirkskonzessionen: § 34 WRG.

⁵⁴ RRB Nr. 724.

beim Verwaltungsgericht auch Beschwerde geführt werden können. Anzunehmen ist weiter, dass alle neben der Konzession für Anlagen der Wasserkraftnutzung erforderlichen Bewilligungen ohnehin einem gerichtlichen Rechtsschutz unterliegen. Ob die Konzessionserteilung durch den Kantonsrat als politischer, rechtlich nur wenig determinierter und folglich nicht gerichtlich überprüfbarer Entscheid angesehen werden kann, ist fraglich. Die Erteilung bzw. Genehmigung von Wasserrechtskonzessionen durch den Kantonsrat ist kein alltäglicher Vorgang. Eine definitive Lösung des Problems kann jedoch ohne weiteres später im Zusammenhang mit einer Revision des Wasserrechtsgesetzes angegangen werden.“

Das kantonale Wasserrechtsgesetz ist bislang noch nicht revidiert worden. Das Bundesgericht hat in einem neuen Urteil festgestellt, dass die Erteilung einer Wasserrechtskonzession keinen Entscheid mit überwiegend politischem Charakter darstelle, für welchen der Kanton Glarus an Stelle eines Gerichts den Landrat als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen dürfe⁵⁵.

2.3 Akte der Justizverwaltung der Gerichte (Exkurs)

Nicht der Rechtspflege zuzurechnen sind Anordnungen und Handlungen der Gerichte, mit welchen diese die sachlichen und personellen Voraussetzungen für die Ausübung der Rechtsprechung schaffen und aufrechterhalten⁵⁶. Für den Rechtsschutz sind aus diesen Akten der Justizverwaltung vor allem Anordnungen über die Anstellung des Personals, über Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis und über die Beendigung desselben von Interesse. Fragen zum Rechtsschutz können sich aber auch in Bezug auf die Gewährung von Akteneinsicht an Drittpersonen⁵⁷ und bei Anordnungen im Zusammenhang mit der Gerichtsberichterstattung⁵⁸ ergeben.

Gegen Justizakte der unteren Gerichte steht die Aufsichtsbeschwerde beim Kantonsgericht bzw. beim Verwaltungsgericht offen⁵⁹. Bei dieser Aufsichtsbeschwerde handelt es sich wenigstens dann um ein förmliches Rechtsmittel, wenn sie sich gegen Verfügungen oder Entscheide rich-

⁵⁵ BGE 136 II 436 ff.

⁵⁶ Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 87 f.

⁵⁷ § 97 JV.

⁵⁸ § 46 JV. Siehe dazu Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 24. Oktober 2003, ZBl 106/2005, S. 201 ff.

⁵⁹ §§ 85 ff. JV.

tet⁶⁰. Aufsichtsbeschwerdeführern kommt in diesen Fällen ein durchsetzbarer Erledigungsanspruch zu. Sie haben ausserdem Parteirechte. Die Rechtsmittelfrist beträgt, sofern sich die Aufsichtsbeschwerde gegen einen bestimmten Entscheid oder eine bestimmte Handlung richtet, dreissig Tage seit der Mitteilung oder Kenntnisaufnahme⁶¹. Das Verfahren richtet sich sinngemäss nach der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974⁶². Die Aufsichtsbeschwerde im Sinne der §§ 85 ff. JV ist allerdings nur zulässig, wenn nach eidgenössischem oder kantonalem Recht kein Rechtsmittel oder kein anderer Rechtsbehelf ergriffen werden kann⁶³. Bei Streitigkeiten aus dem Personalrecht des Kantons geht damit die Klage gemäss § 62 PBV der Aufsichtsbeschwerde vor. Anders verhält es sich nur bei Streitigkeiten um die Gleichstellung im Erwerbsleben zwischen dem Kanton und dem Gerichtspersonal. Für diese Art von Auseinandersetzung gilt ein modifiziertes Anfechtungsverfahren⁶⁴. Die Gerichte des Kantons und der Bezirke befinden mittels Verfügungen über die Unterlassung, die Beseitigung und die Feststellung von Diskriminierungen im Erwerbsleben. Die Verfügungen können beim Verwaltungsgericht angefochten werden⁶⁵. Nicht ausreichend ist damit in Diskriminierungsstreitigkeiten der Rechtsschutz für das Personal des Verwaltungsgerichtes selbst, da diesem keine Anfechtungsmöglichkeit bei einem unabhängigen Gericht zur Verfügung steht.

Allgemein lässt sich feststellen, dass bei Akten der Justizverwaltung in Einzelbereichen gewisse Rechtsschutzlücken bestehen.

2.4 Verwaltungsbehörden

2.4.1 Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz

Bei der Einführung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schwyz auf den 1. Januar 1975 wurde die Zuständigkeit des

⁶⁰ Die Regelung der Aufsichtsbeschwerde in § 85 ff. JV ist der Beschwerde in den §§ 67 ff. der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974, GS 16-447, GS 17-808, nachgebildet. Sie darf folglich nicht mit dem Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde verwechselt werden, die im Kanton Schwyz keine gesetzliche Regelung erfahren hat und in der Administrativaufsicht gründet (vgl. dazu RRB Nr. 2148 vom 23. Dezember 1986, EGV-SZ 1986, Nr. 32).

⁶¹ § 87 Abs. 1 JV.

⁶² § 88 Abs. 2 JV.

⁶³ § 85 JV.

⁶⁴ Siehe §§ 9 und 10 der Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann (VGIG) vom 8. Mai 1996, SRSZ 140.310.

⁶⁵ § 10 Abs. 1 VGIG.

Verwaltungsgerichtes mit einer Generalklausel mit negativer Enumeration umschrieben⁶⁶. Die Anzahl der Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz in Verwaltungssachen war beim Erlass der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 vergleichsweise klein und wurde im Laufe der Zeit durch Verordnungsgeber und Praxis weiter vermindert⁶⁷.

Die Ausnahmen von einem gerichtlichen Rechtsschutz lassen sich vereinfacht in drei Gruppen einteilen:

- Der Weiterzug an das Verwaltungsgericht war ausgeschlossen, wenn einzelne in der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege umschriebene Rechtsmittel bei Bundesbehörden eingelegt werden konnten⁶⁸.
- In einem Ausnahmekatalog wurden Anordnungen aus bestimmten Sachbereichen von der Anfechtung beim Verwaltungsgericht ausgenommen⁶⁹.
- Wo die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege nicht anwendbar war, blieb auch der Rechtsweg an das Verwaltungsgericht in der Regel verschlossen. Das war in Verfahren der Fall, die nicht mit einer Verfügung abgeschlossen wurden⁷⁰. Ausserdem nahm § 3 VRP bestimmte Sach- und Regelungsbereiche von der Geltung dieses Erlasses aus. Damit war auch der Beschwerdeweg an das Verwaltungsgericht versperrt⁷¹.

⁶⁶ Siehe dazu Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Diss., Zürich 1980, S. 55 ff.; ferner allgemein Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 850 ff.

⁶⁷ So wurde aus dem Ausnahmekatalog die Erteilung, Verweigerung oder Übertragung von Konzessionen gestrichen (GS 19-373, 382). In der Praxis wurden Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das kantonale Verwaltungsgericht auch dann zugelassen, wenn neben der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde für Teilfragen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig war. Vermieden sollte eine Gabelung des Rechtsweges (siehe die Hinweise bei Hensler, Anm. 66, S. 89; VGE 505/509/85 vom 23. April 1985, EGV-SZ 1985, Nr. 1; VGE 563/85 vom 23. Juni 1986, Nr. 9). Gegen die Nichtgenehmigung eines kommunalen Nutzungsplanes durch die zuständige kantonale Behörde (Art. 26 RPG) mussten die Kantone bereits seit längerem den Zugang an ein unabhängiges Gericht öffnen, da damit in der Regel in private Rechte (civil rights) gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK eingegriffen wird (BGE 122 I 294). Das Verwaltungsgericht ist daher auf Beschwerden gegen die Nichtgenehmigung eines Zonenplanes eingetreten (VGE 891/02Z vom 20. Dezember 2002, EGV-SZ 2002, B 1.1). Es hat damit festgestellt, dass der Ausschlussgrund in alt§ 54 Bst. a VRP in Bezug auf Pläne nicht konventionskonform ist.

⁶⁸ § 53 Bst. b VRP (GS 16-455, 465 und GS 19-77, 78).

⁶⁹ § 54 VRP (GS 16-455, 464) bzw. die Gegen Ausnahme in § 54a VRP in der Fassung vom 14. Dezember 1995, GS 19-77, 78.

⁷⁰ § 1 VRP.

⁷¹ Siehe Hensler, Anm. 66, S. 97 ff.

Die bestehenden gesetzlichen Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz waren nach dem Erlass des Bundesgerichtsgesetzes auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht zu überprüfen. Der Kantonsrat strich als Folge dieser Prüfung einzelne Ausnahmen⁷². Andere Ausnahmeregelungen präziserte er⁷³. Den Ausnahmekatalog ergänzte der Kantonsrat zudem mit einer Gegenausnahme, nach welcher die Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz insoweit nicht greifen, als übergeordnetes Recht einen gerichtlichen Rechtsschutz verlangt⁷⁴. Schliesslich wurde gegen Realakte der Beschwerdeweg geöffnet, indem nach dem Vorbild in Art. 25a Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968⁷⁵ über Realakte der Erlass einer Verfügung verlangt werden kann⁷⁶.

In nachstehend dargestellten Sachgebieten und Rechtsbereichen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich ausgeschlossen. Ist dabei gegen einen Entscheid oder eine Verfügung die Beschwerde an das Verwaltungsgericht nicht zulässig, so gilt Gleiches in Bezug auf Zwischenbescheide und verfahrensleitende Anordnungen. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit des Prozesses⁷⁷.

2.4.2 Einzelbereiche

2.4.2.1 Endgültige Verfügungen oder Entscheide

Unzulässig ist nach § 53 Abs. 1 Bst. a VRP die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid in der Gesetzgebung ausdrücklich endgültig erklärt wird. Zulässig ist dieser Ausschluss der Beschwerde an das Verwaltungsgericht nur insoweit, als bundesrechtlich

⁷² Aufgehoben wurden namentlich folgende Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde:

- Genehmigung von Erlassen und Verwaltungsakten (alt§ 54 Bst. a VRP, GS 16-455, 465);
- Erlass von öffentlichen Abgaben (alt§ 54 Bst. d VRP, GS 16-455, 465);
- Zeitlich dringende Verfügungen, die zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder aus gesundheitspolizeilichen Gründen getroffen werden (alt§ 54 Bst. e VRP, GS 16-455, 465).

⁷³ In alt§ 54 Bst. b VRP (GS 16-455, 465), neu § 53 Abs. 2 Bst. b VRP, wurde das Zusatzkriterium „oder sie [die öffentlichen Beiträge] von der Bedürftigkeit des Bewerbers abhängig macht“ gestrichen.

⁷⁴ § 53 Abs. 3 VRP.

⁷⁵ SR 172.021.

⁷⁶ § 34a VRP.

⁷⁷ Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 99. Ferner BGE 134 II 192, E. 1.3.

für die Kantone nicht ein gerichtlicher Rechtsschutz geboten ist. Von grösserer Relevanz ist dieser Ausschlussgrund bei Anordnungen von Verwaltungsbehörden nicht mehr⁷⁸.

2.4.2.2 Zulässigkeit eines Weiterzugs an den Bundesrat oder an das Bundesverwaltungsgericht

Ausgeschlossen ist gemäss § 53 Abs. 1 Bst. b VRP die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wenn sie sich auf einen Beschwerdeentscheid bezieht, der an den Bundesrat weitergezogen werden kann. Dem Wortlaut nach gilt dieser Ausschluss nur bei Vorliegen eines Beschwerdeentscheides. Zulässig ist dagegen die Beschwerde an das Verwaltungsgericht, wenn der Regierungsrat erstinstanzlich verfügt⁷⁹. Vom Gegenstand her kommt ein Weiterzug an den Bundesrat unter Umgehung des Verwaltungsgerichts praktisch nur in Angelegenheiten der inneren und äusseren Sicherheit des Landes in Betracht⁸⁰. Insgesamt dürfte die Beschwerde an den Bundesrat ohnehin Seltenheitswert haben⁸¹, womit auch der Ausschlussgrund gemäss § 53 Abs. 1 Bst. a VRP - soweit er den Bundesrat betrifft - von geringer praktischer Bedeutung ist.

Ebenfalls unzulässig ist gemäss § 53 Abs. 1 Bst. b VRP die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen Beschwerdeentscheide, die an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden können. Mit der Festle-

⁷⁸ Der Ausschlussgrund hat bereits bei der Aufnahme der Tätigkeit des Schwyzer Verwaltungsgerichts keine grössere Bedeutung mehr gehabt (s. dazu Hensler, Anm. 66, S. 87). Vgl. ferner Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 98. Der Regierungsrat hat in Bezug auf ein kommunales Musikschulreglement erst vor kurzem festgestellt, dass ein darin enthaltener Ausschluss des Rechtsschutzes mit der Rechtsweggarantie nicht vereinbar sei (RRB Nr. 828 vom 11. August 2009).

⁷⁹ Wenn im Kanton Schwyz allerdings ein Gericht eingesetzt wird, dürfte in vielen Fällen völkerrechtlich ein letztinstanzlicher Entscheid durch eine Verwaltungsbehörde (also durch den Bundesrat) ohnehin unzulässig sein (Art. 72 Bst. a, letzter Satzteil VwVG). Siehe dazu Marino Leber, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 73 VwVG, Rz. 6. - Eine solche Konstellation besteht beim Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten (s. dazu Art. 4 des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten vom 6. Oktober 1966, SR 520.3, in Verbindung mit § 26 Abs. 1 Bst. h des Gesetzes über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 16. März 2005, SRSZ 512.100 sowie mit § 3 Abs. 2 Bst. e der Vollzugsverordnung zum Gesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 29. November 2005, SRSZ 512.111). Vgl. zu diesem Beispiel Martin Scheyli, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 72 VwVG, Rz. 10.

⁸⁰ Art. 72 Bst. a VwVG. - Siehe dazu Leber, Anm. 79, Art. 72 VwVG, Rz. 9 und Art. 72 VwVG, Rz. 8 ff. und Scheyli, Anm. 79, Art. 72 VwVG, Rz. 10.

⁸¹ Scheyli, Anm. 79, Art. 72 VwVG, Rz. 4.

gung einer Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen wird vom Modellinstanzenzug abgewichen, nach welchem bei kantonalen Anordnungen auf das Verwaltungsgericht das Bundesgericht folgt und das Bundesverwaltungsgericht nur bei Anordnungen der Bundesbehörden tätig wird⁸². Auch in Bezug auf das Bundesverwaltungsgericht ist die kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur bei Vorliegen eines Beschwerdeentscheides ausgeschlossen. Trifft der Regierungsrat eine erstinstanzliche Entscheidung in einem Bereich, für den die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist, so ist zuerst Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht zu erheben. Anders verhält es sich nur, wenn bundesrechtlich eine direkte Anfechtung beim Bundesverwaltungsgericht vorgeschrieben ist⁸³. Nicht zulässig ist aufgrund von § 53 Abs. 1 Bst. b VRP die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in folgenden Angelegenheiten:

- Beschwerdeentscheide des Regierungsrates gestützt auf das Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz (BZG) vom 4. Oktober 2002, SR 530.1 (Art. 66);
- Beschwerdeentscheide gestützt auf das Landesversorgungsgesetz (LVG) vom 8. Oktober 1982, SR 531 (Art. 38 Abs. 2);
- Beschlüsse der Kantonsregierungen gestützt auf das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.110 (Art. 53);
- Beschwerdeentscheide gestützt auf das Bundesgesetz über die Regionalpolitik vom 6. Oktober 2006, SR 901.0 (Art. 23);
- Beschwerdeentscheide gestützt auf das Landwirtschaftsgesetz (LwG) vom 29. April 1998, SR 910.1 (Art. 166 Abs. 2).

2.4.2.3 Richtpläne

Ausgenommen von der Anfechtung beim Verwaltungsgericht sind gemäss § 53 Abs. 2 Bst. a VRP Richtpläne im Sinne von Art. 6 ff. RPG⁸⁴.

⁸² Siehe dazu Philippe Weissenberger, Das Bundesverwaltungsgericht, AJP 2006, S. 1491 ff., 1509.

⁸³ Siehe altArt. 34 VGG bzw. Art. 53 KVG. Gemäss dieser Bestimmung ist gegen Beschlüsse der Kantonsregierung betreffend Leistungserbringer die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig. Vgl. dazu die Pflegeheimliste des Kantons Schwyz vom 18. Januar 2011, ABI 2011, S. 175 f. Vgl. ausserdem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-6062/2007 vom 20. April 2010 = BVGE 2010, Nr. 15, betreffend Spitalliste (Regierungsrat Graubünden) und Entscheid 5733/2007 vom 7. September 2009 = BVGE 2009, Nr. 48, betreffend Heimliste (Regierungsrat Aargau). - Siehe dagegen BGE 134 II 287, in welchem in einem Fall um Direktzahlungen auf den Regierungsrat als Beschwerdeinstanz, das Verwaltungsgericht, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht folgten.

⁸⁴ Zum Rechtsschutz gegen die Beschlüsse des Kantonsrates zum Siedlungsleitbild siehe oben Ziff. 2.2.4.

Das gilt sowohl für die Richtplanung des Kantons wie auch für jene der Gemeinden⁸⁵. Dass Richtpläne von einem gerichtlichen Rechtsschutz ausgenommen werden dürfen, wird in der Literatur überwiegend anerkannt⁸⁶.

2.4.2.4 Ausrichtung von Beiträgen, auf die kein Anspruch besteht

Unzulässig ist gemäss § 53 Abs. 2 Bst. b VRP die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen und Entscheide über die Bewilligung oder Verweigerung von öffentlichen Beiträgen, wenn die Rechtsordnung keinen Rechtsanspruch darauf einräumt. Anders als unter der ursprünglich geltenden Regelung ist der Weg an das Verwaltungsgericht nicht mehr verschlossen, wenn die Ausrichtung von Beiträgen von der „Bedürftigkeit des Bewerbers“ abhängig gemacht wird⁸⁷.

Ein Anspruch auf einen Beitrag besteht, wenn im Gesetzes- oder Verordnungsrecht die Voraussetzungen für die Ausrichtung erschöpfend geregelt und die Zuspreehung nicht ins Ermessen der Verwaltungsbehörden gelegt wird. Ein Anspruch entfällt dabei nicht bereits, wenn der Verwaltung hinsichtlich einzelner Voraussetzungen oder der Bestimmung des Beitragssatzes in einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen ein Ermessensspielraum eingeräumt wird⁸⁸. Ein Anspruch kann selbst dann bestehen, wenn Subventionen nur im Rahmen der vom Parlament bewilligten Ausgaben ausgerichtet werden⁸⁹. Zulässig ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde immer auch bei Ermessenssubventionen, wenn deren

⁸⁵ §§ 5 ff. PBG und § 13 PBG.

⁸⁶ Siehe die Hinweise bei Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 22 mit weiteren Hinweisen. – Eine Kommissionsminderheit wollte den Weg an das Verwaltungsgericht gegen Richtpläne öffnen. Mit einem Richtplan würden Standorte für bedeutende Projekte (z. B. Kehrrechtdeponien, Einkaufszentren) bereits parzellengenau festgelegt. Im Nutzungsplanverfahren sei es Privaten kaum mehr möglich, die Richtplanentscheidung in Frage zu stellen, obschon diese nicht grundeigentümer-, sondern lediglich behördenverbindlich sei (RRB Nr. 1271 vom 25. September 2007). Im Kantonsrat wurde der Minderheitsantrag zurückgezogen (Sitzung vom 24. Oktober 2007).

⁸⁷ Schon Hensler, Anm. 66, S. 93 f. wollte diesen Ausschlussgrund nur zurückhaltend anwenden. In der Praxis trat das Verwaltungsgericht auf Beschwerden ein, in welchen um die Ausrichtung von Beiträgen des Finanzausgleichs (Hinweis bei Hensler, Anm. 66, S. 93; VGE 560/93 vom 17. Dezember 1993, EGV-SZ 1993, Nr. 5) und um wirtschaftliche Hilfe (statt vieler VGE 809/06 vom 30. März 2006, EGV-SZ 2006, B 13.1) gestritten wurde.

⁸⁸ Kölz/Häner, Anm. 66, Rz. 864 f.

⁸⁹ Siehe die Hinweise bei Thomas Häberli, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2008, Art. 83 BGG, Rz. 201.

Widerruf Gegenstand der Beschwerde bildet⁹⁰. Da der Rechtsanwendung bei der Ausrichtung von Staatsbeiträgen auch bei einem erheblichen Ermessen der Verwaltungsbehörden als Folge der Bindung an die Grundsätze der rechtsstaatlichen Verwaltung in aller Regel die Justiziabilität nicht abgesprochen werden kann, ist der Ausnahmegrund von § 53 Abs. 2 Bst. b VRP eng auszulegen.

Ansprüche auf öffentliche Beiträge bestehen nach der Praxis bei:

- Entschädigungen und Genugtuungen der Opferhilfe⁹¹;
- Wirtschaftlicher Hilfe⁹²;
- Beiträgen an die Strukturverbesserungen und soziale Begleitmassnahmen in der Landwirtschaft⁹³;
- Beiträgen des Kantons an den Neubau und die Erweiterung von Feuerwehrlokalen sowie die Beschaffung von Fahrzeugen für die Schadenwehr sowie von Lösch- und Rettungsgeräten⁹⁴;
- Kantonsbeiträgen für die Erstellung von Schulanlagen für die Volksschule⁹⁵;
- Stipendien⁹⁶.

Ausgenommen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind Verfügungen und Entscheide über Beiträge nur in Ausnahmefällen. Zu denken ist etwa an Beiträge von Kanton, Bezirken und Gemeinden, die aus ganz besonderem Anlass zugesprochen werden und wegen ihrer Singularität auch keine umfassende gesetzliche Grundlegung voraussetzen⁹⁷.

⁹⁰ Häberli, Anm. 89, Art. 83 BGG, Rz. 205 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

⁹¹ Art. 19 ff. Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23. März 2007, SR 312.5. Siehe VGE 1027/06 vom 24. Mai 2006, teilweise publiziert in EGV-SZ 2006, B 18.2; VGE 1005/04 vom 16. April 2004, EGV-SZ 2005, B 18.1.

⁹² §§ 15 ff. Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, SRSZ 380.100, ShG. So in VGE III 2007 16 vom 19. April 2007, EGV-SZ 2007, B 13.1.

⁹³ §§ 5 ff., 16 Gesetz über die Landwirtschaft vom 26. November 2003, SRSZ 312.100. VGE 644/93 vom 25. März 1994, EGV-SZ 1994, Nr. 20. Siehe noch BGE 134 II 287, wo ein Beschwerdeentscheid des Regierungsrates über Direktzahlungen an das Verwaltungsgericht, alsdann an das Bundesverwaltungsgericht und schliesslich an das Bundesgericht weitergezogen wurde.

⁹⁴ § 31 der Verordnung über die Schadenwehr vom 27. Januar 1994, SRSZ 530.110.

⁹⁵ §§ 3 ff. Verordnung über Beiträge an Schulanlagen vom 26. November 1986, SRSZ 611.310. Als Beispiele siehe VGE 575/94 vom 23. September 1994, EGV-SZ 1994, Nr. 18; VGE 640/93 vom 25. März 1994, EGV-SZ 1994, Nr. 19.

⁹⁶ §§ 3 ff. der Verordnung über Ausbildungsbeiträge vom 29. Mai 2002, SRSZ 661.110.

⁹⁷ BGE vom 22. Januar 1988, ZBI 91/1990, S. 27 ff. betreffend die Übernahme der Restkosten für die Verbauung eines Fliessgewässers durch eine Schwyzer Gemeinde. Das Bundesgericht hatte sich vor allem mit der Frage zu befassen, ob die Gemeinde für diese Tätigkeit über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügt. - In Betracht kommen vor allem Beiträge an einmalige Veranstaltungen (eidgenössische Feste, kul-

2.4.2.5 Infrastrukturplanung

Nach dem Ausnahmekatalog in § 53 Abs. 2 VRP ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesslich auch gegen Verfügungen und Entscheide betreffend die Infrastrukturplanung unzulässig. Der Begriff der Infrastrukturplanung wird durch die beispielhafte Aufzählung in § 53 Abs. 2 Bst. c VRP weiter ausgeführt. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist darnach gegen die Festlegung von Schulstandorten⁹⁸ und des Angebots des öffentlichen Verkehrs⁹⁹ sowie die Bestimmung des Leistungsumfanges für Träger einer öffentlichen Aufgabe¹⁰⁰ unzulässig¹⁰¹. Wie auf Bundesebene für das Bundesverwaltungsgericht soll mit diesen Ausnahmen der gerichtliche Rechtsschutz für kaum justiziable Akte der Staatsleitung mit stark politischem Einschlag oder anders ausgedrückt wirtschaftlich, ökologisch oder politisch sehr bedeutungsvolle Grossverwaltungsakte ausgeschlossen werden¹⁰².

turelle Anlässe usw.). Keine Beschwerde beim Verwaltungsgericht eingelegt werden kann nach der derzeit geltenden Regelung, soweit der Kanton aus Spezialfonds im Sinne von § 27 der Verordnung über den Finanzhaushalt vom 22. Oktober 1986, SRSZ 144.110, Beiträge ausrichtet.

⁹⁸ Der Regierungsrat bezeichnet die Schulorte der Sekundarstufe I (§ 21 Abs. 3 der Verordnung über die Volksschule [VSV] vom 19. Oktober 2005, SRSZ 611.210).

⁹⁹ Nach § 11 Bst. a Gesetz über die Förderung des öffentlichen Verkehrs (GöV) vom 26. November 1987, SRSZ 781.100, legt der Regierungsrat das Grundangebot des öffentlichen Verkehrs vor, das der Kantonsrat genehmigt (§ 10 Bst. a GöV). - Als zulässig beurteilte das Zürcher Verwaltungsgericht eine Ausnahme vom gerichtlichen Rechtsschutz für Entscheide über Fahrplanfestlegungen (Streichung des sogenannten „Gipfelschiffes“) [VB.2009.00170 vom 30. April 2009].

¹⁰⁰ Der Regierungsrat erarbeitet die Spitalplanung und erlässt die Spitalliste (§ 10 Spitalverordnung [SpitV] vom 22. Oktober 2003, SRSZ 574.110). Der Regierungsrat erteilt mit Genehmigung des Kantonsrates den Leistungsauftrag für die innerkantonale Spitalversorgung und schliesst Leistungsvereinbarungen (§§ 11 ff. SpitV) ab. Für die Spezialversorgung schliesst er Verträge ab (§ 9 SpitV).

¹⁰¹ Mit dem Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne von § 53 Abs. 2 Bst. c VRP kann offen bleiben, ob die von der Beschwerde an das Verwaltungsgericht ausgenommenen staatlichen Akte überhaupt Gegenstand einer Beschwerde sein könnten. Wird mit den Anordnungen und Vereinbarungen mit einem ausgelagerten Aufgabenträger ein Rechtsverhältnis begründet, bleibt der Rechtsweg für deren Durchsetzung durch die Vertragsparteien nicht ausgeschlossen (z. B. für Leistungen aus einer Leistungsvereinbarung).

¹⁰² Weissenberger, Anm. 82, S. 1509; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühl, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 1.25 und 1.27. - Zu einzelnen vergleichbaren Ausschlussgründen im Zürcher Recht siehe Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 96 ff.

2.4.3 Ausnahmen von der Geltung der VRP

2.4.3.1 Zahlungserleichterungen für öffentliche Abgaben

Verfügungen und Entscheide betreffend Steuererlass und Steuerstundung waren im Kanton Schwyz traditionell von der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht ausgenommen¹⁰³. Diese Ausnahme vom gerichtlichen Rechtsschutz wurde mit der Revision der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 24. Oktober 2007 aufgehoben. Beschwerdeentscheide des Regierungsrates über Steuererlassgesuche sind nunmehr beim Verwaltungsgericht anfechtbar¹⁰⁴. Von der Anwendbarkeit der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege ausgenommen wurde mit der erwähnten Revision die Gewährung oder Verweigerung von Zahlungserleichterungen für öffentliche Abgaben, namentlich deren Stundung¹⁰⁵. Damit ist auch eine Anfechtung beim Regierungsrat und beim Verwaltungsgericht ausgeschlossen. Die Zulässigkeit einer solchen Ausnahme vom gerichtlichen Rechtsschutz wird in der Literatur allerdings mehrheitlich verneint¹⁰⁶.

2.4.3.2 Vertragliches Handeln der Verwaltung

Über Streitigkeiten aus den von den Verwaltungsbehörden abgeschlossenen Verträgen urteilen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen das Verwaltungsgericht¹⁰⁷ und bei privatrechtlichen Verträgen die Zivilgerichte¹⁰⁸. Diese Klageverfahren vor Verwaltungsgericht und den Zivilgerichten dienen allerdings im Wesentlichen nur der Durchsetzung von Ansprüchen aus Verträgen. Die Verwaltungsbehörden sind nun aber nicht nur durch Verträge gebunden und verpflichtet, diese zu erfüllen. Sie sind - weit mehr und anders als Private - auch beim Abschluss eines Vertrages und hinsichtlich der Inhaltsgebung rechtlich gebunden¹⁰⁹. Für die Einforderung dieser Verpflichtungen der Verwaltungsbehörden besteht nach wie vor keine ausgebaute Verfahrens- und infolgedessen auch keine umfas-

¹⁰³ Alt§ 54 Bst. d VRP.

¹⁰⁴ § 194 Steuergesetz vom 9. Februar 2000, SRSZ 172.200, StG.

¹⁰⁵ § 3 Bst. b VRP. Siehe ausserdem § 189 StG.

¹⁰⁶ Kiener/Krüsi, Anm. 22, S. 90 und Tophinke, Anm. 11, Art. 86 BGG, Rz. 22 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁷ § 67 Abs. 1 Bst. a VRP.

¹⁰⁸ § 2 Kantonale Vollzugsverordnung zum Schweizerischen Obligationenrecht und den dazu gehörenden Ergänzungs- und Ausführungserlassen vom 25. Oktober 1974, SRSZ 217.110, in Verbindung mit § 12 Abs. 1 JV (für das Kantonsgericht) und § 31 JV (für die Bezirksgerichte).

¹⁰⁹ August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Habil., Zürich 2005, § 4, Rz. 10 ff., § 6, Rz. 1 ff.

sende Rechtsschutzordnung. Die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege gilt nach deren § 1 nur für Verfahren, die mit einer Verfügung oder einem Entscheid abgeschlossen werden. Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen sind - ohne anderslautende Festlegungen im Gesetzesrecht - keine hoheitlichen Akte, weshalb auf sie die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege nicht anwendbar ist¹¹⁰. Entsprechend stehen die in der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege geregelten Rechtsmittel der Verwaltungsbeschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim vertraglichen Handeln der Verwaltungsbehörden nicht zur Verfügung¹¹¹.

Spezialgesetzlich sind allerdings Rechtswege gegen das vertragliche Handeln in einzelnen für die Praxis bedeutsamen Gebieten eingeführt worden:

- Die Beschaffungen von Bauwerken, von Gütern und Dienstleistungen durch die Verwaltung werden als administrative Hilfstätigkeit oder als Bedarfsverwaltung bezeichnet und unterstehen dem Privatrecht¹¹². Die Ausschreibung, die Zulassung zum Wettbewerb und vor allem der Zuschlag gelten von Gesetzes wegen als Verfügung, die der Anfechtung beim Verwaltungsgericht unterliegt¹¹³.
- Konzessionen gelten als Akte der Verwaltung, die hoheitliche und vertragliche Elemente umfassen¹¹⁴. Die Nähe zur Verfügung sowie die Tatsache, dass Konzessionen häufig im Verbund mit Bewilligungen erteilt werden, begünstigen die Einbindung in die Verwaltungsverfahrensd-

¹¹⁰ Siehe dazu Markus Müller, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 VwVG, Rz. 1 ff., 16.

¹¹¹ §§ 35 ff. VRP. - VGE 509/81 vom 2. Juli 1981, EGV-SZ 1981, Nr. 2.

¹¹² Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 279 f.

¹¹³ Art. 15 ff. Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001, SRSZ 430.120.1, in Verbindung mit § 3 Kantonsratsbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2003, SRSZ 430.120. Siehe ferner Art. 9 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02, der für Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens, den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt (Abs. 1). Die Kantone haben zudem ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorzusehen (Abs. 2). Nicht anfechtbar sind Arbeitsvergaben im unter-schweligen Bereich (VGE 1055/05 vom 9. Dezember 2005, B 11.2).

¹¹⁴ Siehe Häfelin/Müller/Uhlmann, Anm. 112, Rz. 2593. Teilweise wird ihnen in der Literatur in erster Linie vertraglicher Charakter beigemessen: Siehe dazu Mächler, Anm. 109, § 12, Rz. 31 ff.

nung und in das Anfechtungsverfahren nach der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege¹¹⁵.

- Die Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung sind mehrheitlich auf der Grundlage eines öffentlichrechtlichen Vertrages angestellt¹¹⁶. Gemäss § 62 Abs. 1 PBV entscheidet das Verwaltungsgericht im Klageverfahren über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kanton und den Mitarbeitenden¹¹⁷. In § 9 der Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 8. Mai 1986¹¹⁸ wird den Verwaltungsbehörden und den Gerichten des Kantons und der Bezirke sodann aufgetragen, mittels Verfügungen über die Unterlassung, die Beseitigung und die Feststellung von Diskriminierungen im Erwerbsleben zu befinden. Gemäss § 10 derselben Verordnung kann gegen diese Verfügung Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Aus dem Wortlaut von § 62 PBV muss - von den Diskriminierungsstreitigkeiten einmal abgesehen - der Schluss gezogen werden, dass der gerichtliche Rechtsschutz für Streitigkeiten aus dem Personalrecht auf Auseinandersetzungen aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis beschränkt bleibt.
- Korporationen und Genossamen gelten im Kanton Schwyz als Körperschaften des öffentlichen Rechts¹¹⁹. Beschlüsse der Genossenversammlung, die Gesetze oder Statuten verletzen oder ein wohlerworbenes Recht aufheben oder beeinträchtigen, können gemäss § 20 EGZGB von jedem Mitglied innert zehn Tagen seit der Beschlussfassung beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Liegt die Verfügung über die Güter einer Korporation oder Genossame in der Kompetenz der Genossenversammlung, so kann damit zwangsläufig auch die Einräumung von Kaufs- und von Baurechten sowie die Veräusserung eines Gutes und die Eingehung eines Miet- oder Pachtverhältnisses bei einem Gericht angefochten werden¹²⁰. Vergeben Genossenrat oder Verwaltung

¹¹⁵ Siehe VGE III 2010 192 vom 14. April 2011 betreffend Konzessionsgesuch für die Grundwasserentnahme und die Baubewilligung für Bauvorhaben auf der Insel Ufnau.

¹¹⁶ §§ 6, 12 ff. PBV.

¹¹⁷ VGE 1028/01 vom 14. März 2002, EGV-SZ 2002, B 18.2: Eine Kündigung kann nicht angefochten werden. Es ist Klage beim Verwaltungsgericht zu erheben.

¹¹⁸ SRSZ 140.310.

¹¹⁹ §§ 18 ff. Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978, SRSZ 210.100, EGZGB.

¹²⁰ VGE 835 + 837/04 vom 24. März 2005; VGE 863/05 vom 31. August 2005; VGE 540/89 vom 13. Juni 1989, EGV-SZ 1989, Nr. 13; VGE 613/614 vom 28. Februar 1989, EGV-SZ 1989, Nr. 12; VGE 621/85 vom 23. Juni 1986, EGV-SZ 1986, Nr. 6. Im Vordergrund solcher Beschwerdeverfahren stehen allerdings häufig Fragen des Stimmrechts der Korporations- und Genossenbürger sowie des Zustandekommens der Beschlüsse. Mindestens teilweise anders VGE 565/89 vom 13. Februar 1990, EGV-SZ 1990, Nr. 14.

ein Nutzungsrecht, so kann dagegen nicht Beschwerde beim Regierungsrat oder im Anschluss daran beim Verwaltungsgericht erhoben werden, weil die Vergabung keine Verfügung darstellt¹²¹.

Anzunehmen ist, dass als Folge der Rechtsweggarantie in Art. 29a BV die Anfechtung des Verwaltungshandelns bei der Eingehung von Vertragsverhältnissen der Verwaltung bei einem Gericht noch in weiterem Masse zu ermöglichen ist. Solange das massgebende Verfahrensrecht den Rechtsweg nicht allgemein öffnet, wird sich die Praxis behelfen müssen. Angeknüpft werden kann dabei an gesetzlich eingeführte Rechtsmittel, indem die Zuständigkeitsregelung zur Beurteilung von verwaltungsgerichtlichen Klagen ausdehnend interpretiert und rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen entweder direkt Verfügungscharakter beigemessen oder ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung darüber eingeräumt wird¹²².

¹²¹ § 36 VRP.

¹²² Siehe dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Oktober 2010 (A-2757/2009 bzw. BVGE 2010, Nr. 53), mit Bemerkungen von Tobias Jaag, AJP 2011, S. 421 ff. Jaag hält wörtlich fest: „Die Tatsache, dass das Dienstverhältnis des Bundespersonals durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird (Art. 8 Abs. 1 BPG), schliesst nicht aus, dass den nicht berücksichtigten Bewerbern die Nichtanstellung in Form einer Verfügung eröffnet wird. Wie beim öffentlichen Beschaffungswesen kann auch bei der Anstellung von Personal die Zweistufentheorie fruchtbar gemacht werden, indem das Auswahlverfahren einerseits und der Abschluss eines Anstellungsvertrags mit dem erfolgreichen Bewerber andererseits auseinandergehalten werden. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt nicht, dass jede Nichtberücksichtigung einer Stellenbewerbung in der Form einer begründeten Verfügung eröffnet wird; falls aber ein nicht berücksichtigter Stellenbewerber eine Verfügung verlangt, hat er im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren Anspruch darauf. Damit überträgt das Gericht die Zweistufentheorie in modifizierter Form auf das Verfahren zur Besetzung von staatlichen Stellen.“ - Die Stadt Schaffhausen ist Eigentümerin von landwirtschaftlich nutzbarem Grundeigentum. Das Obergericht (als Verwaltungsgericht) stellte fest, die Kündigung sei zwar eine privatrechtliche Willenserklärung, doch gehe ihr bei Verträgen eines Gemeinwesens eine behördliche Beschlussfassung voraus, welche als Verfügung betrachtet werden könne. Gegen diese Verfügung stehe der verwaltungsrechtliche Rechtsweg offen (Urteil vom 9. November 2009, ZBl 109/2008, S. 539 ff.). - Ferner Urteil des Bundesgerichtes vom 8. Dezember 2010, 1C_312/2010, AJP 2011, S. 705 mit redaktionellen Bemerkungen von Yvo Hangartner. Die Stadt Genf verweigerte einem Schausteller die Zuteilung des Alhambra-Saals für eine Vorstellung. Die Stadt stellte sich auf den Standpunkt, sie sei in der Zuteilung dieses Saales frei, weil dieser im Finanzvermögen der Stadt stehe. Das Genfer Verwaltungsgericht, das mit seiner Auffassung vom Bundesgericht geschützt wurde, stellte sich dagegen auf den Standpunkt, dass über die Benützung des Saales aufgrund öffentlichrechtlicher Vorgaben in Verfügungsform zu befinden sei. Ob das Benützungsverhältnis selbst dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht unterstehe, sei belanglos. Die Stadt Genf hat in der Praxis jeweils mit den Benützern des Saales einen „Mietvertrag“ abgeschlossen. - Siehe zur Tragweite des neuen § 34a VRP mit dem Titel „Verfügung über Realakte“ unten Ziff. 2.4.4.

2.4.4 Realakte

Um Lücken im Rechtsschutz gegen das Handeln der Verwaltungsbehörden zu schliessen, hat der Kantonsrat mit § 34a VRP in die Verfahrensordnung eine Bestimmung über Realakte eingefügt. Darnach kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Die Behörde befindet darüber durch Verfügung. Zur Bestimmung von § 34a VRP, die sich eng an ihr Vorbild in Art. 25a VwVG anlehnt, hat sich bislang noch keine gefestigte Praxis entwickelt¹²³. Auch in der Lehre ist die Tragweite von Art. 25a VwVG und damit auch von § 34a VRP noch wenig geklärt¹²⁴.

Überschrieben ist die Bestimmung von § 34a VRP mit „Verfügung über Realakte“. Den Realakten werden in der Lehre in der Regel Handlungsweisen zugerechnet, die nicht final auf Bewirkung bestimmter Rechtsfolgen, sondern auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges gerichtet sind¹²⁵. Der Wortlaut von § 34a VRP selbst, die Literatur und die bislang entwickelte Praxis namentlich zu Art. 25a VwVG legen den Schluss nahe, dass der Begriff des Realaktes im Sinne von § 34a VRP weiter zu fassen ist. Den Realakten wird darnach fast jedes staatliche Handeln

¹²³ Siehe immerhin folgende Entscheide:

- Die Schneeräumung bzw. der Winterdienst für eine Strasse wurde vom Regierungsrat in einem Beschwerdeentscheid als Realakt angesehen (RRB Nr. 500 vom 11. Mai 2010, EGV-SZ 2010, C 16.1).
- Die Umbenennung einer Strasse bzw. die Umnummerierung eines Gebäudes wurde vom Regierungsrat ebenfalls als Realakt angesehen (RRB Nr. 797 vom 10. August 2010).
- Bei der „Nicht-Traktandierung“ bzw. Verweigerung der Antragstellung des Gemeinderates an die Gemeindeversammlung, eine Strasse zu übernehmen, handelt es sich um einen Realakt, der allerdings keine Rechte oder Pflichten von Privaten berührt (RRB Nr. 868 vom 31. August 2010).

¹²⁴ Siehe dazu Beatrice Weber-Dürler, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25a, Rz. 6 ff.; Marianne Tschopp-Christen, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Art. 25a VwVG), Diss., Zürich/Basel/Genf 2009.

¹²⁵ Dirk Ehlers, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/New York 2010, § 3, Rz. 58; ferner Häfelin/Müller/Uhlmann, Anm. 112, Rz. 730a und 883; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 38 Rz. 1 ff. Ausserdem mit einer Abgrenzung zur verfahrensfreien Verfügung Jürg Bickel/Magnus Oeschger/Andreas Stöckli, Die verfahrensfreie Verfügung, Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG, ZBI 110/2009, S. 593 ff., 596 ff.

oder Nichthandeln zugerechnet, das nicht in einer der gefestigten Handlungsformen der Verwaltung (Verfügung, Vertrag, Plan oder Verordnung) ergeht und für deren Anfechtung ein legitimes Rechtsschutzinteresse besteht. Es kann daher angenommen werden, dass nicht allein Realakte in einem engeren Sinne (also auf einen Taterfolg gerichtete Akte der Verwaltung), sondern auch auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zielende Akte der Verwaltung der Bestimmung unterstehen können¹²⁶. Den Realakten im Sinne von § 34a VRP werden deshalb Tathandlungen, Vollzugshandlungen, Wissens- und Willenserklärungen (Auskünfte, Zusicherungen, Stellungnahmen), behördliche Informationen, informelle Absprachen zugerechnet¹²⁷.

Unter den Geltungsbereich von § 34a VRP fallen nur Handlungen, die sich auf öffentliches Recht stützen. Die Verwaltungsbehörden dürfen demnach gestützt auf § 34a VRP nicht über den Bestand von privatrechtlichen Ansprüchen mittels Verfügung befinden. Umstritten ist, ob die Beschränkung auf das öffentliche Recht es ausschliesst, dass über den Abschluss und die Inhaltsgebung eines privatrechtlichen Vertrages gestützt auf § 34a VRP der Erlass einer Verfügung verlangt werden kann¹²⁸. In Rechnung zu stellen ist dabei, dass die Verwaltungsbehörden beim Abschluss von privatrechtlichen Rechtsgeschäften keine Privatautonomie geniessen, sondern durch das Verfassungs- und Gesetzesrecht und durch die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts geleitet werden¹²⁹. Dieses privatrechtsgeschäftliche Handeln wird somit weitgehend durch öffentliches Recht (mit-)bestimmt. Folglich wird es im Lichte der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV der Praxis nicht verwehrt bleiben, über die Eingehung und die inhaltliche Ausgestaltung eines privat- und erst recht eines verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnisses

¹²⁶ Siehe die Hinweise bei Weber-Dürler, Anm. 124, Art. 25a VwVG, Rz. 6 f.

¹²⁷ Siehe dazu etwa Isabelle Häner, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 25a, Rz. 6 ff.; Enrico Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte, Überlegungen zu Art. 25a VwVG, SJZ 103/2007, S. 337 ff., 345 f.

¹²⁸ Kritisch verneinend Weber-Dürler, Anm. 124, Art. 25a VwVG, Rz. 16 mit zahlreichen Hinweisen auch auf abweichende Meinungen; ebenso Häner, Anm. 127, Art. 25a VwVG, Rz. 15. Ferner BGE 129 III 32, den Yvo Hangartner, AJP 2011, S. 706, als „grundrechtlichen Irrläufer“ bezeichnet. In BGE 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 schützte das Bundesgericht das Genfer Verwaltungsgericht in der Annahme, die Entscheidung über die Benützung eines Saales der Stadt Genf stelle unabhängig davon eine Verfügung dar, ob das Rechtsverhältnis dem Privatrecht - wovon die Stadt Genf ausging - oder dem öffentlichen Recht unterstehe. Siehe zu diesem Entscheid und zu den Bemerkungen von Michel Hottelier, AJP 2011, S. 698 ff., sowie von Yvo Hangartner, AJP 2011, S. 705 ff.

¹²⁹ Mächler, Anm. 109, § 6, Rz. 4 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

in Verfügungsform zu befinden¹³⁰. Erst damit kann über weite Strecken ein effektiver Rechtsschutz sichergestellt werden¹³¹.

Lehre und Praxis bekunden sodann bei der Auslegung und Handhabung von § 34a VRP bzw. von analogen Bestimmungen im Bundesrecht und im kantonalen Recht beim Kriterium des „Berührtsein in Rechten und Pflichten“ Mühe. Auch bei der Anwendung dieses Normteils ist in erster Linie vom Zweck der Bestimmung auszugehen. Mit der Schaffung der Hilfskonstruktion im Sinne von § 34a VRP und vergleichbarer Bestimmungen sollte in erster Linie und zur Hauptsache der Individualrechtsschutz verbessert werden. Für die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und wohl auch das Erfordernis einer wirksamen Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK sollte auf Gesetzesstufe der verfahrensrechtliche Unterbau dafür bereitgestellt werden¹³². Geht man von dieser Zielsetzung aus, so kann gestützt auf § 34a VRP nur dann der Erlass einer Verfügung verlangt werden, wenn über die Anwendung einer Norm gestritten wird, die eine individuelle Rechtsposition regelt. Keine Verfügung über einen Realakt kann dagegen angebeht werden, wenn die Handhabung von Organisationsrecht umstritten ist, dem keine Schutzfunktion für Individuen beigemessen werden kann. Unbeachtlich ist, ob die Rechte oder die Pflichten einzelner im Verfassungs- oder im Gesetzesrecht eingeräumt werden¹³³.

Eine Verfügung über einen Realakt verlangen kann nach § 34a Abs. 1 VRP im Weiteren nur, wer ein schutzwürdiges Interesse hat. Es liegt auf der Hand, dass dieses Erfordernis in Abstimmung auf § 37 Abs. 1 Bst. c VRP gehandhabt wird¹³⁴. Dieses schutzwürdige Interesse kann darnach

¹³⁰ Siehe dazu die Hinweise bei Ziff. 2.4.3.2, FN 122. Ferner zum öffentlichen Personalrecht und zur Umgestaltung eines Anstellungsverhältnisses BGE 136 I 323 = Praxis 2011, Nr. 36, S. 251 ff.

¹³¹ In dieser Richtung auch Weber-Dürler, Anm. 124, Art. 25a VwVG, Rz. 16. Ferner die Bemerkungen zu BGE 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 von Yvo Hangartner, AJP 2011, S. 705 ff. und die Urteilsanmerkung von August Mächler, ZBI 104/2003, S. 375 f.

¹³² Ob die Norm auch noch der Durchsetzung des Legalitätsprinzips im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV dienen soll - wie Häner, Anm. 127, Art. 25a BV, Rz. 5 und Riva, Anm. 127, S. 342 annehmen - sei dahingestellt. Der sicherlich nicht in allen Teilen geglättete Wortlaut von Art. 25a VwVG stützt diese Annahme nicht. Auf alle Fälle bildet die Durchsetzung des Legalitätsprinzips kein primäres Ziel der Bestimmung von Art. 25a VwVG.

¹³³ BGE 130 I 369, E. 6.1 und 130 I 388, E. 5 betreffend Demonstrationen anlässlich des WEF (Hinderung am Zugang nach Davos und Schutz der Meinungs- und Versammlungsfreiheit). Urteil des Bundesgerichts 2C_450/2010 vom 15. Dezember 2010 betreffend eine Liefersperre von Elektrizität gestützt auf die kantonale Gesetzgebung.

¹³⁴ Weber-Dürler, Anm. 124, Art. 25a VwVG, Rz. 27.

rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Es besteht in einem praktischen Nutzen, den ein erfolgreiches Verfahren der ersuchenden Person in rechtlicher oder auch in tatsächlicher Hinsicht erzielen kann. Es muss dabei ein praktisches sowie ein aktuelles Interesse vorhanden sein¹³⁵. Ob aufgrund dieser Formulierung in § 34a VRP auch Behörden oder Organisationen, denen ein gesetzliches Beschwerderecht zusteht, den Erlass einer Verfügung verlangen können, scheint ungeklärt. Die Individualrechte schützende Ausrichtung von Art. 29a BV sowie von Art. 13 EMRK, die hinter dem Erlass von § 34a VRP steht, spricht gegen das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses von Behörden und Verbänden.

Schliesslich ist eine Behörde nur dann verpflichtet, gestützt auf § 34a VRP eine Verfügung zu erlassen, wenn die Sachentscheidsvoraussetzungen erfüllt sind¹³⁶. Insbesondere muss die angegangene Behörde im fraglichen Bereich zuständig sein, was sich ebenfalls aus dem Wortlaut von § 34a VRP ergibt. Anzunehmen ist weiter, dass der Erlass einer Verfügung über einen Realakt dann ausgeschlossen ist, wenn für die Rechtsdurchsetzung ein wirkungsvolles Klageverfahren vor dem Verwaltungsgesicht oder vor einem Zivilgericht vorgesehen ist¹³⁷.

3. Verweise auf die Schweizerische Zivilprozessordnung

3.1 Streitgenossenschaft und Parteiwechsel

§ 13 VRP enthält für die Streitgenossenschaft und den Parteiwechsel neu einen Verweis auf die Schweizerische Zivilprozessordnung. Es sind dies für die Streitgenossenschaft die Art. 70-72 ZPO¹³⁸ und für den Parteiwechsel Art. 83 ZPO.

¹³⁵ Siehe zur Tragweite von § 37 Abs. 1 VRP VGE III 2008 239 vom 25. Februar 2009, EGV-SZ 2009, B 1.1.

¹³⁶ § 27 VRP.

¹³⁷ Z. B. für personalrechtliche Streitigkeiten siehe dazu oben Ziff. 2.2.3 sowie 2.3 und 2.4.3.2.

¹³⁸ Zur Parteifähigkeit einzelner Mitglieder einer notwendigen Streitgenossenschaft siehe Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 21 VRG-ZH, Rz. 10. Siehe ferner Kölz/Häner, Anm. 66, Rz. 533, wonach auch einzelne Mitglieder eines Gesamthandsverhältnisses eine belastende oder pflichtenbegründende Anordnung anfechten dürfen (ebenso VGE 724/03 vom 27. Februar 2004, EGV-SZ 2004, B 1.6). - Die einfache Streitgenossenschaft trifft man namentlich bei einer Verfahrensvereinigung an (Kölz/Bosshart/Röhl, Anm. 138, Vorbem. zu den §§ 4-31 VRG-ZH, Rz. 35. Ebenso VGE 863/05 vom 31 August 2005).

3.2 Beweisverfahren

Nach § 18 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen und erhebt die erforderlichen Beweise¹³⁹. Soweit dies nötig und auch zumutbar ist, sind die Parteien gemäss § 19 VRP verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss § 21 VRP ergibt sich ein Recht auf Beweis und auf Teilnahme an der Beweisabnahme. Die Behörde darf aber von der Erhebung eines Beweismittels absehen, wenn dieses zur Beweisführung nicht tauglich ist oder der Beweis bereits auf andere Weise erbracht ist¹⁴⁰. § 24 Abs. 1 und 2 VRP enthält sodann eine nicht abschliessende Regelung der Beweismittel für Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgericht. Nach § 25 VRP sind die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen. Den Behörden sind damit keine festen Regeln für die Beweiswürdigung vorgegeben¹⁴¹. Für die Beweisabnahme und die Beweissicherung sind die Vorschriften nunmehr neu der Schweizerischen Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar¹⁴². Der Verweis auf die Schweizerische Zivilprozessordnung erscheint dem Wortlaut nach als zu eng. Die Regeln des Beweisrechts der Schweizerischen Zivilprozessordnung werden - wie bereits bislang jene des kantonalen Zivilprozessrechts - gesamthaft sinngemäss als anwendbar erklärt, soweit sie mit den Verfahrensgrundsätzen der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege und den Bestimmungen über Vorladungen sowie die allgemeinen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts¹⁴³ vereinbar sind¹⁴⁴.

Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung enthält im 10. Titel zum Beweis ein eigenes Kapitel über die Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten im Beweisverfahren. Diese Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte werden für alle Beweismittel in allgemeiner Weise geordnet. Sie beziehen sich damit nicht nur auf das Zeugnis als Beweismittel¹⁴⁵. Für Dritte sind diese Mitwirkungs-

¹³⁹ Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings in der Praxis in starkem Masse relativiert (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Anm. 138, § 60 VRG-ZH, Rz. 1 f).

¹⁴⁰ Kölz/Bosshart/Röhl, Anm. 138, § 8 VRG-ZH, Rz. 34.

¹⁴¹ Siehe dazu Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., 7314 f.

¹⁴² § 24 Abs. 3 VRP.

¹⁴³ Siehe die Verweise in § 4 Abs. 1 VRP.

¹⁴⁴ Hensler, Anm. 66, S. 140; Kölz/Bosshart/Röhl, Anm. 138, § 60 VRG-ZH, Rz. 6. - Die bloss sinngemässe Übernahme der Regelungen der Zivilprozessordnung zum Beweisrecht wird es den Behörden erlauben, die Vorgaben etwas einfacher zu handhaben.

¹⁴⁵ In § 132 der Zivilprozessordnung des Kantons Schwyz vom 25. Oktober 1974, GS 16-427, wurde das Verweigerungsrecht speziell für den Zeugenbeweis geordnet.

pflichten echte Pflichten, für die Parteien dagegen prozessuale Lasten oder Obliegenheiten¹⁴⁶.

3.3 Revision

Die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege bestimmt unter dem Abschnitt Revision in § 61 die zulässigen Revisionsgründe und in § 62 die Revisionsinstanz sowie die Fristen. In § 63 VRP wird festgelegt, dass dem Revisionsbegehren ohne gegenteilige Anordnung keine aufschiebende Wirkung zukommt. Nach § 63a VRP sind gegen Revisionsentscheide die ordentlichen Rechtsmittel zulässig. Für das Verfahren gelten im Übrigen die Verfahrensvorschriften für die Rechtsmittel nach §§ 35 ff. VRP¹⁴⁷. Im Übrigen sind gemäss § 63b VRP die Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung über die Revision sinngemäss anwendbar. Dieser Verweis ist allerdings nicht sonderlich ergiebig: Eine beschränkte Bedeutung kommt Art. 333 ZPO zum zweistufigen Vorgehen im Revisionsverfahren zu¹⁴⁸. Weiter stellt sich die Frage, ob der zusätzliche Revisionsgrund in Art. 328 Abs. 1 Bst. c ZPO (Unwirksamkeit einer Klageanerkennung, eines Klagerückzuges oder eines gerichtlichen Vergleichs [wegen Willensmängeln]) für das Verwaltungsverfahren und das verwaltungsgerichtliche Verfahren ebenfalls gilt¹⁴⁹.

3.4 Verwaltungsgerichtliche Klage

Zwei weitere Verweise auf die Schweizerische Zivilprozessordnung sind im Abschnitt über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zu fin-

¹⁴⁶ Siehe dazu Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., 7316.

¹⁴⁷ Vor allem zur Rechtsmittelbefugnis (§ 37 VRP), zur Rechtsmitteleingabe (§§ 38 f. VRP), zur Vernehmlassung (§ 40 VRP) und teilweise zum Rechtsmittelentscheid (§ 43 VRP).

¹⁴⁸ August Mächler, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 68 VwVG, Rz. 1 unterscheidet zwischen drei Teilschritten: „Als erstes ist zu prüfen, ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Anhandnahme eines Revisionsbegehrens erfüllt sind. Trifft dies zu, so ist über die Begründetheit des angerufenen Revisionsgrundes zu befinden. Erst wenn und soweit ein solcher ausgewiesen ist (iudicium rescidens), hat die Revisionsinstanz in der Sache neu zu entscheiden (iudicium recissorium). Über die ersten beiden Teilschritte wird nur dann ein eigenständiger Entscheid gefällt, wenn damit das Verfahren abgeschlossen wird.“

¹⁴⁹ Siehe die Hinweise bei Mächler, Anm. 109, § 14, Rz. 16 f., wonach ein solcher Revisionsgrund in der Praxis anerkannt wird.

den¹⁵⁰. Sie betreffen insbesondere die für Klageverfahren typischen Gegenstände über die Widerklage, die Rechtshängigkeit der Klage, das Hauptverfahren und das Säumnisverfahren. Mit dem verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren in Zusammenhang steht § 77 Abs. 2 VRP betreffend die Vollstreckung von Urteilen des Verwaltungsgerichts in Klagefällen, für die ebenfalls auf die Schweizerische Zivilprozessordnung verwiesen wird.

3.5 Privatrechtliche Baueinsprache

Nach § 80 Abs. 2 PBG sind privatrechtliche Baueinsprachen nach Massgabe der Justizverordnung beim zuständigen Einzelrichter für den Ort der gelegenen Sache einzureichen. Der Einzelrichter beurteilt diese Einsprache im summarischen Verfahren¹⁵¹. Das früher im beschleunigten Verfahren abgewickelte Baueinspracheverfahren wurde damit nicht dem vereinfachten Verfahren im Sinne der Art. 243 ff. ZPO unterstellt. Es wurde befürchtet, dass mit dieser Verfahrensart mit dem vorgeschriebenen Schlichtungsverfahren ein Baubeginn zu stark verzögert werde. Regierungsrat und die vorberatende Rechts- und Justizkommission gingen davon aus, dass die in Art. 254 ZPO vorgesehene Beweismittelbeschränkung für das summarische Verfahren bei Baueinsprachen im Regelfall nicht greife¹⁵².

4. Justizverordnung

4.1 Vorschriften für die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren

Die Justizverordnung regelt vorab die Organisation der Justizbehörden, in erster Linie der Behörden der Zivil- und Strafrechtspflege. Darüber hinaus enthält sie kantonales Ausführungsrecht zu den schweizerischen Prozessordnungen (ZPO, StPO und JStPO). Gesetzlich geordnet wird in der Justizverordnung aber auch das Verwaltungsgericht. Die Verordnung enthält ausserdem Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege¹⁵³. Ein Teil dieser Vorschriften ist auch für nicht der Justizverordnung unterste-

¹⁵⁰ § 67 Abs. 3 sowie § 70 VRP.

¹⁵¹ § 80 Abs. 4 PBG; § 31 Abs. 2 Bst. d JV.

¹⁵² RRB Nr. 351 vom 31. März 2009, S. 19.

¹⁵³ § 2 JV. Die Beweisabnahme, auf die explizit verwiesen wird, regelt in Art. 155 ZPO Fragen, die in der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege in den §§ 21 Abs. 1 und 23 Abs. 1 bereits weitgehend geregelt sind.

hende Verwaltungsbehörden anwendbar, weil in § 4 Abs. 1 VRP darauf verwiesen wird. Im Folgenden soll über diese verwiesenen Bereiche ein Überblick vermittelt werden. Hervorgehoben werden vor allem die wenigen Neuerungen. Ausserdem soll das neu geschaffene Zwangsmassengericht vorgestellt werden, das ebenfalls Aufgaben in der Verwaltungsrechtspflege wahrnimmt. Eingegangen wird schliesslich auf Änderungen in der Zuständigkeit für die Beurteilung einzelner Klagen gegen den Kanton aus dem Zivilgesetzbuch und die Aufsichtsbeschwerde, die beim Regierungsrat gegen die Oberstaatsanwaltschaft erhoben werden kann.

4.2 Verwiesenes Recht

4.2.1 Überblick

Nach § 4 Abs. 1 VRP gelten die Bestimmungen über den Ausstand (§§ 132-139 JV), über Vorladungen und andere Zustellungen (§§ 144-154 JV), über Fristen (§§ 155-163 JV), Erläuterung und Berichtigung (§§ 164-166 JV) sowie die allgemeinen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts (§§ 90-99 JV) in der Justizverordnung sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den selbständigen Rekursbehörden¹⁵⁴. Für das Verwaltungsgericht sind gemäss § 4 Abs. 2 VRP die Vorschriften der Justizverordnung massgebend, soweit die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege das Verfahren nicht selbst regelt.

4.2.2 Ausstand

Die aufgehobene Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974¹⁵⁵ ordnete den Ausstand für die Zivil- und Strafrechtspflege sowie die Verfahren vor Verwaltungsgericht und - aufgrund der Verweisung in § 4 Abs. 1 VRP - für Verwaltungsbehörden. Die schweizerischen Prozessordnungen enthalten nun für die Zivil- und Strafrechtspflege eigene Ausstandsregeln¹⁵⁶. In der Justizverordnung musste daher der Ausstand nur noch für die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren geregelt werden. Die Bestimmungen über den Ausstand in den §§ 132-139 JV wurden im Wesentlichen aus der Gerichtsordnung übernommen¹⁵⁷. Sie sind grund-

¹⁵⁴ Zur früheren, etwas weniger ausgreifenden Fassung siehe GS 19-77.

¹⁵⁵ GS 16-427.

¹⁵⁶ Art. 47 ff. ZPO und Art. 56 ff. StPO.

¹⁵⁷ §§ 52 ff. GO (GS 16-427).

sätzlich für alle Verfahren vor den Behörden von Kanton, Bezirken und Gemeinden sowie weiteren Trägern von Aufgaben dieser Ebenen anwendbar, soweit nicht bundesrechtliche Ausstandsvorschriften massgebend sind¹⁵⁸. Für die Urkunds- und Beglaubigungspersonen verweist § 14 Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978¹⁵⁹ für den Ausstand auf die entsprechenden Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung¹⁶⁰.

Die Regelungen in den schweizerischen Prozessordnungen sind kürzer und einfacher gehalten als die Ordnung des Ausstandes in den §§ 132-139 JV: Anders als im kantonalen Recht, wo weiterhin zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen unterschieden wird, gibt es im Recht des Bundes nur noch zwingende Ausschliessungsgründe. Sie sind von Amtes wegen zu beachten¹⁶¹. In Art. 47 Abs. 2 ZPO werden sodann einige Fälle angeführt, in welchen eine frühere Befassung (z. B. bei der Entscheidung über unentgeltliche Rechtspflege, bei Anordnung vorsorglicher Massnahmen) für sich allein nicht zur Voreingenommenheit einer Gerichtsperson führt¹⁶². Anders als im Bundesrecht muss ein Mitglied einer Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichts im Kanton Schwyz weiterhin in Sachen einer Cousine oder eines Cousins in den Ausstand treten, wogegen nach den Prozessordnungen des Bundes eine solche Verpflichtung nur bis zum Onkel und bis zur Tante zwingend ist¹⁶³. Weiterhin kein Ablehnungsgrund ergibt sich allein aus der Zugehörigkeit zum Kanton, zu einem anderen Gemeinwesen oder zu einer Allmeindkorporation¹⁶⁴. Nach der Praxis besteht ein Ausstandsgrund auch nicht, wenn etwa ein Mitglied eines Gemeinderates als Baubewilligungsbehörde über ein Baugesuch der Gemeinde befinden muss¹⁶⁵. Ausserhalb des Ab-

¹⁵⁸ Siehe etwa Art. 10 SchKG.

¹⁵⁹ SRSZ 210.100, EGZGB.

¹⁶⁰ Für diese Funktionäre bestand bereits bisher eine Sonderregelung mit Abweichungen von den §§ 52 ff. GO.

¹⁶¹ Siehe dazu Marc Weber, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010, Art. 47 ZPO, Rz. 17.

¹⁶² Vgl. dazu Weber, Anm. 161, Art. 47 ZPO, Rz. 49 ff. Siehe schon VGE 1030/06 vom 28. Juni 2006, EGV-SZ 2006, B 1.1. In diese Richtung auch das Verwaltungsgericht in VGE 623a/92 vom 1. Dezember 1992, EGV-SZ 1992, Nr. 2 bei der Wiederholung eines Auflage- und Einspracheverfahrens in der Nutzungsplanung.

¹⁶³ § 132 Bst. a JV für das Verfahren vor Verwaltungsgericht bzw. vor den Verwaltungsbehörden und Art. 47 Abs. 1 Bst. d ZPO und Art. 56 Bst. d StPO für die Zivil- und Strafrechtspflege.

¹⁶⁴ § 133 Bst. a JV.

¹⁶⁵ VGE 562/79 vom 13. September 1979, EGV-SZ 1979, Nr. 1; VGE 593/600/95 vom 23. August 1995, EGV-SZ 1995, Nr. 2. Siehe ferner Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 19. Juli 1997, Rechenschaftsbericht 1997, Nr. 103. - Anders verhält es

schnitts über den Ausstand unter der Überschrift „Missbräuchliche Ausstandsbegehren“ bestimmt § 90 Abs. 2 JV, dass offensichtlich missbräuchliche Ausstandsbegehren unter Mitwirkung der betroffenen Richter beurteilt werden können.

4.2.3 Fristen

Der Abschnitt über die Fristen stimmt im Grossen und Ganzen mit den entsprechenden Bestimmungen in den §§ 121-129 GO¹⁶⁶ überein. Neu in diesen Abschnitt eingefügt wurde die Regelung in § 157 JV über den Stillstand der Fristen. Die sogenannten Gerichtsferien vom 15. Juli bis zum 15. August gelten sodann neu auch für die Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und vor dem Verwaltungsgericht. Allerdings wurde der bereits umfangreiche Ausnahmekatalog im Gesetz erweitert. Fristen stehen darnach über die Osterfeiertage (7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern) und über den Sommer (15. Juli bis und mit dem 15. August) und während der Festtage über Weihnachten und Neujahr (18. Dezember bis und mit dem 7. Januar) für Verhandlungen in dringenden Fällen und vorsorgliche Massnahmen, das Einsprache- und Rechtsmittelverfahren in Planungs- und Bausachen sowie nach Steuergesetz, Rechtsmittelverfahren bei einer fürsorgerischen Unterbringung und betreffend die Aufnahme in Schulen, die Promotion und den Abschluss einer Schul- und Berufsausbildung, das öffentliche Beschaffungswesen sowie Verhandlungen und Fristansetzungen im Einvernehmen mit den Parteien nicht still¹⁶⁷. Die Ausweitung des Fristenstillstandes im Sommer für die Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren wurde mit praktischen Bedürfnissen namentlich kleinerer Anwaltskanzleien begründet¹⁶⁸.

sich selbstverständlich, wenn das Behördenmitglied als Privatperson an einer Planungsmassnahme oder einem Bauvorhaben interessiert ist.

¹⁶⁶ GS 16-427, GS 17-808, GS 21-147.

¹⁶⁷ Sachlich kaum begründbar ist, dass der Fristenstillstand über Weihnachten und Neujahr im Kanton bis zum 7. Januar dauert, während er beim Bund am 2. Januar endet (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG; Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG; Art. 145 Abs. 1 Bst. c ZPO; Art. 56 Ziff. 2 SchKG für die Betreibungsferien). Keine Gerichtsferien gibt es im Strafverfahren (Art. 89 Abs. 2 StPO).

¹⁶⁸ Siehe dazu ebenso Urs Peter Cavelti, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 22a VwVG, Rz. 5.

4.2.4 Allgemeine Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts

Anwendbar für die Verwaltungsverfahren sind sinngemäss im weiteren die allgemeinen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts¹⁶⁹. Diese allgemeinen Bestimmungen gemäss den §§ 90 ff. JV sind auch für die Verwaltungsbehörden von erheblicher Bedeutung. Sie betreffen das Verbot des Berichtens, die Verfahrenssprache, die elektronische Übermittlung, die Fristwahrung, Adressänderungen, die Protokollführung, die Akteneinsicht durch Dritte, die Mitteilung an andere Behörden und die Zustellung durch Veröffentlichung. Im Folgenden soll aus diesen allgemeinen Bestimmungen nur gerade auf zwei Bestimmungen etwas näher eingegangen werden.

Nach § 93 JV kann der Regierungsrat Bestimmungen über die elektronische Form von Eingaben und Zustellungen erlassen. Auf dieser Grundlage kann der Regierungsrat insbesondere auch die elektronische Übermittlung von Eingaben der Parteien und für behördliche Sendungen zulassen. Diese Ermächtigung hat zur Hauptsache für die Verfahren vor Verwaltungsbehörden und die Verwaltungsrechtspflege Bedeutung. Für die Verfahren der Zivil- (inklusive die Zwangsvollstreckung) und der Strafrechtspflege enthält das Bundesrecht bereits Vorschriften¹⁷⁰. Bislang hat der Regierungsrat von der Ermächtigung in § 93 JV keinen Gebrauch gemacht. Elektronisch können demnach weder Parteien noch Behörden in Verwaltungssachen rechtsgültig Dokumente übermitteln.

Über die Einleitung, den Stand und den Ausgang eines Verfahrens dürfen auch andere Behörden nicht beliebig ins Bild gesetzt werden. Dennoch bestehen natürlich bei verschiedenen Behörden sachlich ausgewiesene Informationsbedürfnisse über die Tätigkeit anderer Behörden. § 98 JV umschreibt nun in allgemeiner Weise die Befugnisse einer Behörde, andere eidgenössische, kantonale oder ausländische Behörden über einen Vorgang zu informieren. Eine Behörde darf Informationen weitergeben, wo eine entsprechende spezialgesetzliche Verpflichtung besteht¹⁷¹. Fehlt es an einer solchen Verpflichtung, so darf eine Informa-

¹⁶⁹ §§ 90-99 JV; Regelungen aus anderen Abschnitten des Titels zum kantonalen Prozessrecht sind für einzelne Behörden und Amtsstellen massgebend. Der Abschnitt über die Vollstreckung der Strafsentscheide ist für die Vollzugsbehörden (§§ 114 ff. JV) und jener über die Begnadigung ist teilweise für das Sicherheitsdepartement (§§ 123 ff. JV) anwendbar.

¹⁷⁰ Art. 130 und 139 ZPO, Art. 86 und 110 StPO, Art. 33a und 34 SchKG; Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 18. Juni 2010, SR 272.1.

¹⁷¹ § 98 Bst. a JV; als Beispiele können etwa angeführt werden: Art. 112 Abs. 4 BGG in Verbindung mit der Verordnung über die Eröffnung letztinstanzlicher kantonalen Ent-

tion dennoch weitergegeben werden, wenn die Empfängerbehörde zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe darauf angewiesen ist und das öffentliche Interesse an der Information gegenüber den Persönlichkeitsrechten der Parteien überwiegt. In diesem Fall besteht zudem die Verpflichtung der Behörde, die Betroffenen nachträglich zu informieren¹⁷². Eine Zustimmung braucht es dagegen nicht.

4.3 Die Verwaltungsrechtspflege des Zwangsmassnahmengerichts

Die Schweizerische Strafprozessordnung schreibt den Kantonen die Einführung oder Bezeichnung eines Zwangsmassnahmengerichts vor¹⁷³. Eine Verfassungsgrundlage besteht für dieses Gericht im Kanton Schwyz in § 63 KV. Von Bundesrechts wegen ist das Zwangsmassnahmengericht für die Anordnung und die Genehmigung verschiedener Zwangsmassnahmen nach Massgabe der Schweizerischen Strafprozessordnung zuständig, die es teils erstinstanzlich und teils auch ohne die Möglichkeit eines Weiterzugs im Kanton zu treffen hat¹⁷⁴. Die maximal vier Richterinnen und Richter werden vom Kantonsrat gewählt¹⁷⁵. Der Kantonsrat hat das Zwangsmassnahmengericht personell mit dem Strafgericht verbunden¹⁷⁶.

Dem Zwangsmassnahmengericht werden in zwei Bereichen aus dem Verwaltungsrecht Kompetenzen zugewiesen: Das Gericht beurteilt in Einzelrichterbesetzung die Anordnung und Verlängerung von Zwangsmassnahmen gemäss dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005¹⁷⁷. Das Verfahren richtet sich

scheide in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 8. November 2006, SR 173.110.47; §§ 14 ff. Grundstückgewinnsteuerverordnung (GGStV) vom 29. Mai 2001, SRSZ 172.213; § 37 Abs. 1 kantonale Verordnung zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 24. Mai 2000, SRSZ 711.110.

¹⁷² § 98 Bst. b JV; häufig werden solche Zustellungen aus den Zustellungsvermerken sichtbar.

¹⁷³ Art. 13 Bst. a und 18 StPO.

¹⁷⁴ Siehe für den Rechtsschutz gegen die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft die erste und die nunmehr geltende Fassung von Art. 222 StPO (AS 2006, S. 3545 und AS 2010, S. 3267).

¹⁷⁵ § 23 JV.

¹⁷⁶ Siehe die Wahl des Präsidenten des Zwangsmassnahmengerichts vom 21. April 2010, ABI 2010, S. 971; Wahl der teilsamtlichen Mitglieder des kantonalen Straf- und Zwangsmassnahmengerichts vom 23. und 24. Juni 2010, ABI 2010, S. 1455; zur Behandlung des Berichts und Antrages der Rechts- und Justizkommission betreffend Organisation des Zwangsmassnahmengerichts und Festsetzung der Richterzahl siehe Protokoll des Kantonsrates vom 21. April 2010, S. 772 ff.

¹⁷⁷ SR 142.20; § 27 Abs. 1 JV sowie §§ 7 Abs. 1 und 26 Abs. 1 Kantonales Gesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz (Migrati-

nach der Ausländergesetzgebung des Bundes¹⁷⁸. Gegen den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts kann nach Massgabe der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege innert zwanzig Tagen beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden¹⁷⁹. In der Fassung gemäss Vorlage des Regierungsrates war noch vorgesehen, dass das Zwangsmassnahmengericht als letzte kantonale Instanz über Zwangsmassnahmen nach dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer entscheidet. Da das Zwangsmassnahmengericht kein oberes kantonales Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG ist, wäre eine solche Regelung mit dem Bundesrecht nicht vereinbar gewesen¹⁸⁰.

Aus den Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen beurteilt ein Einzelrichter aus dem Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Polizeigewahrsam¹⁸¹. Das Verfahren richtet sich nach den Konkordatsbestimmungen und der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege¹⁸². Gegen den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts kann gemäss § 28 Abs. 3 JV innert zwanzig Tagen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Andere Massnahmen, die gestützt auf das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen getroffen werden, unterliegen der Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat. Dessen Beschwerdeentscheid kann beim Verwaltungsgericht angefochten werden¹⁸³.

onsgesetz, MigG) vom 21. Mai 2008, SRSZ 111.210, sowie zu den einzelnen Kompetenzen § 11 Vollzugsverordnung zum kantonalen Gesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz (MigG-VV) vom 2. Dezember 2008, SRSZ 111.211. Das Verwaltungsgericht, das bis Ende 2010 diese Kompetenz wahrnahm, hatte jährlich rund 30-40 Zwangsmassnahmen aus dem Ausländerrecht zu beurteilen (s. Rechenschaftsbericht 2009, S. 50 und Rechenschaftsbericht 2010, S. 50).

¹⁷⁸ § 27 Abs. 2 JV in Verbindung mit Art. 80 AuG.

¹⁷⁹ § 27 Abs. 2 JV sowie § 26 Abs. 4 MigG; gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts steht sodann die Beschwerde an das Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (BGE 134 II 201).

¹⁸⁰ Vgl. BGE 135 II 94, E. 4.1; ferner RRB Nr. 351 vom 31. März 2009; RRB Nr. 1119 vom 20. Oktober 2009, S. 5.

¹⁸¹ § 28 Abs. 1 JV in Verbindung mit Art. 8 Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007, SRSZ 520.230.1, und § 19a Abs. 3 Verordnung über die Kantonspolizei (Polizeiverordnung) vom 22. März 2000, SRSZ 520.110. Mit dieser Zuständigkeitsordnung soll das Erfordernis eines gerichtlichen Rechtsschutzes im Sinne von Art. 5 Abs. 4 EMRK erfüllt werden (BGE 137 I 31, E. 7). - Für die Praxis im Kanton Schwyz wird allerdings nicht mit einer grösseren Anzahl von Fällen gerechnet.

¹⁸² § 28 Abs. 2 JV.

¹⁸³ § 45 Abs. 1 Bst. b VRP und § 51 Bst. a VRP.

Mit den beiden Zuständigkeiten des Zwangsmassnahmengerichts im Ausländerrecht und bei Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen wird im Kanton in weiteren Bereichen eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt¹⁸⁴.

4.4 Klagen gegen den Kanton (Exkurs)

Nach dem inzwischen aufgehobenen § 8 Bst. b EGZGB beurteilte das Verwaltungsgericht Haftungsklagen gegen den Kanton im Sinne von Art. 46 ZGB, 429a ZGB und 955 ZGB. Die bisherige Regelung der sachlichen Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche aus dem Zivilgesetzbuch gegen den Kanton liess sich damit rechtfertigen, dass der Kanton bei der Führung des Zivilstandswesens, der fürsorgerischen Unterbringung und bei der Grundbuchführung für Schäden einzustehen hat, die aus einer amtlichen Tätigkeit heraus entstehen¹⁸⁵. Da die Haftung des Kantons aus Art. 46 ZGB, 429a ZGB und 955 ZGB dem nominellen Zivilrecht zuzurechnen ist, muss der Kanton als letzte kantonale Instanz ein oberes kantonaes Gericht einsetzen, das als Rechtsmittelinstanz entscheidet¹⁸⁶. Neu kann demnach der Kanton bei Schäden aus der Besorgung des Zivilstandswesens, aus der fürsorgerischen Unterbringung und aus der Grundbuchführung beim zuständigen Bezirksgericht verklagt

¹⁸⁴ Siehe zum Erfordernis einer zweifachen Überprüfung (nur eine davon muss allerdings ein Gericht sein) von Anordnungen von Verwaltungsbehörden im Kanton Zürich: Isabelle Häner, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, Art. 77 KV-ZH, Rz. 3 ff. - Ein weiteres Beispiel für ein erstinstanzliches innerkantonales Verwaltungsgericht bildet die Schätzungskommission in Enteignungssachen gemäss §§ 35 ff. Enteignungsgesetz (EntG) vom 22. April 2009, SRSZ 470.100. Ferner VGE 879/02 vom 2. August 2002, EGV-SZ 2002, B 1.2, E. 3. Ein anderes Beispiel bilden die Rekurskommissionen der Kantonalkirchen im Sinne von § 96 KV (VGE 935/00 vom 30. März 2001, EGV-SZ 2001, B 1.5).

¹⁸⁵ In der Literatur werden die Haftungsgrundlagen in Art. 46 ZGB, Art. 429a ZGB und 955 ZGB der Staatshaftung zugerechnet (vgl. Willi Heussler, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006, Art. 46 ZGB, Rz. 2; Jürg Schmid, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2007, 3. Aufl., Art. 955 ZGB, Rz. 8. Ebenso VGE 827/02 vom 9. August 2002, EGV-SZ 2002, B 14.1. - Das Bundesgericht ordnete die Haftungsgrundlagen in den erwähnten Bestimmungen des ZGB und in Art. 5 SchKG dem öffentlichen Recht des Bundes zu, weshalb es auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch eingetreten ist (BGE 126 III 431). Noch unter Geltung von Art. 42 OG ist das Bundesgericht regelmässig im Rahmen von zivilrechtlichen Direktprozessen auf Klagen gestützt auf die erwähnten Bestimmungen des ZGB eingetreten (BGE 121 III 204, 207; 118 II 254; 110 II 37, 40). Zum weiten Begriff der zivilrechtlichen Klage im Sinne von Art. 42 OG siehe Mächler, Anm. 109, § 18, Rz. 11 ff.

¹⁸⁶ Art. 75 Abs. 2 BGG.

werden. Rechtsmittelinstanz ist das Kantonsgericht¹⁸⁷. In der Praxis haben die Haftungsfälle gegen den Kanton zugenommen, wobei es bislang nur in seltenen Fällen zu gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen ist.

4.5 Aufsichtsbeschwerde gegen die Oberstaatsanwaltschaft

Nach § 54 Abs. 1 JV steht die Oberstaatsanwaltschaft unter der Aufsicht des Regierungsrates. Der Regierungsrat kann dabei der Oberstaatsanwaltschaft allgemeine Weisungen über die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erteilen. Ausgeschlossen sind konkrete Anweisungen zu einzelnen Verfahren¹⁸⁸. Die fallbezogene fachliche Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden wird zur Hauptsache und überwiegend in den ordentlichen Rechtsmittelverfahren wahrgenommen¹⁸⁹. Nach Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO ist die Beschwerde gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden zulässig. Gerügt werden können mit dieser Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und die Unangemessenheit¹⁹⁰. Soweit kein Rechtsmittel und auch keine andere Rechtsschutzmöglichkeit bestehen, ist die Aufsichtsbeschwerde nach den §§ 85 ff. JV zulässig. Neben den umfangreichen ordentlichen Beschwerdemöglichkeiten¹⁹¹ besteht nur mehr wenig Raum für die Aufsichtsbeschwerde im Sinne der §§ 85 ff. JV. Die Aufsichtsbeschwerde ist wohl auch dort ausgeschlossen, wo die Strafprozessordnung Anordnungen der Oberstaatsanwaltschaft oder der Staatsanwaltschaft als nicht anfechtbar bezeichnet¹⁹². Aufsichtsbeschwerden im Zusammenhang mit bestimmten Verfahrenshandlungen sind nur soweit zulässig, als damit allgemeine organisatorische und strukturelle Mängel in der Aufgabenerfüllung gerügt werden¹⁹³.

¹⁸⁷ § 31 JV; § 12 Abs. 1 JV. Nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d ZPO ist das Bezirksgericht Schwyz örtlich zuständig.

¹⁸⁸ § 54 Abs. 3 JV.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Hanspeter Uster in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 14 StPO, Rz. 16.

¹⁹⁰ Art. 393 Abs. 2 StPO.

¹⁹¹ Siehe dazu Jeremy Stephenson/Gilbert Thiriet, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 393 StPO, Rz. 7 ff., 10 ff. mit mehreren Seiten mit Gegenständen, die der Beschwerde unterliegen.

¹⁹² Siehe die Hinweise bei Stephenson/Thiriet, Anm. 191, Art. 393 StPO, Rz. 11.

¹⁹³ So etwa BGE 136 II 380, in Bezug auf die Aufsicht des Bundesgerichts über das Bundesverwaltungsgericht.

Raum für die Aufsichtsbeschwerde besteht hinsichtlich von Akten, Handlungen, Vorkehren und Unterlassungen, die den allgemeinen Betrieb der Oberstaatsanwaltschaft betreffen¹⁹⁴.

5. Ausblick

Mit der Änderung der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 24. Oktober 2007¹⁹⁵ sollten innert der kurzen Frist von Art. 130 Abs. 3 BGG die Vorgaben der Rechtsweggarantie in Art. 29a BV und des Bundesgesetzes über das Bundesgericht für die Rechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten im Kanton Schwyz umgesetzt werden. Aus der Vorlage ist erkennbar, dass zu verschiedenen Fragen Unsicherheiten bestanden¹⁹⁶. Die neue Justizverordnung diene sodann in erster Linie der Organisation der Behörden in der Zivil- und in der Strafrechtspflege. Die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren mussten beiläufig auch noch berücksichtigt werden¹⁹⁷. Wie die vorstehenden Darlegungen zeigen, besteht für die Rechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten im Kanton Schwyz noch das eine oder andere Überprüfungs- und Anpassungsbedürfnis. Es ist dabei sicher angezeigt, nach einigen Jahren der Erfahrung mit der neuen Rechtsweggarantie und mit den im Bundesgerichtsgesetz gestellten Anforderungen an die Vorinstanzen des Bundesgerichtes das Recht der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsverfahrens einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Dabei wird sich auch die Frage stellen, ob das Organisationsrecht für das Verwaltungsgericht und das Verwaltungsverfahren in einem Gesetz zusammengefasst werden sollen.

¹⁹⁴ Z. B. Informationstätigkeit, Beschaffungen, soweit sie direkt von der Oberstaatsanwaltschaft getätigt werden und nicht die Rechtsmittel des Beschaffungsrechts greifen. GS 21-148.

¹⁹⁵ RRB Nr. 724 vom 30. Mai 2007, S. 7 f., 9 ff.

¹⁹⁷ RRB Nr. 351 vom 31. März 2009, Bericht und Vorlage des Regierungsrates, S. 34 ff.

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abgaben (siehe Kausalabgaben)	
Arbeitnehmerschutz	C 2.2
Arbeitsvergebung	
- Abbruch/Wiederholung	B 11.1
- Ausschluss (wegen unvollständigem Angebot)	B 11.2

B

Baubewilligung	
- Baubewilligungspflicht	C 2.1
- Verfahren	C 2.1
Begründungspflicht	A 3.1
Beschlagnahme eines Fahrzeuges	A 5.2
Besitzeskonstitut	A 2.1
Besuchsrecht	A 3.2
Betreibungsbegehren, Rückweisung	A 6.2

E

Eigentumsvorbehaltsregister, Bereinigung	A 6.5
Enteignungsrecht	B 8.7
Entlastungsbeweis nach Art. 1 Abs. 1 EHG	A 2.4
Erteilung	A 3.3
Erziehungswesen	
- Prüfungsentscheide, formelle Mängel	C 8.1
- Sonderschulung	C 8.2

F

Fiduziarische Übertragung	A 2.2
Fristen (siehe Verfahren)	B 8.7
Fristwahrung	A 1.1

G

Gastwirtschaftsbetrieb C 2.2

H

Honorarnormierung A 3.1

K

Kausalabgaben

- Befreiung von Schadenwehrrersatzabgabe B 5.1

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung A 6.4

L

Lärmschutz C 2.2

M

Markenschutz A 2.5

P

Planungs- und Baurecht

- Baueinsprache C 2.2

- Behindertengerechtes Bauen C 2.2

- Einordnung (divergierende Stellungnahmen) B 8.8

- Gestaltungsplan (Gebäudehöhen) B 8.4

- Gewässerabstand (Ausnahmebewilligung) B 8.9

- Gewässerabstand (Seeuferparzelle) B 8.10

- Hygienevorschriften C 2.2

- Immissionsschutz (LRV/Massnahmeplan) B 8.5

- Koordination (Strassenbau-/Verkehrsrecht) B 8.6

- Nutzungsplanung		
- Einzonung von Landwirtschaftsland (gemäss Richtplan: FFF) als Bauland (Golfzone)	B	8.2
- Einzonung von Landwirtschaftsland (FFF) als Bauland (Intensiverholungszone am See)	B	8.3
- Seeuferabstandslinie (keine Plankorrektur nach § 29 Abs. 2 PBG)	B	8.1
- Profilierung	C	2.2
- Strassenbau (öffentl. Interesse an Massnahme)	B	8.7
- Umweltschutzrecht (LRV/Massnahmeplan)	B	8.5
- Verkehrsintensive Einrichtungen (Weisungen)	B	8.5
- Zonenkonformität	C	2.2

R

Realakt	C	16.1
Rechtsmissbrauch	C	7.2
Rechtsöffnung, Leitsätze	A	6.1

S

Schneeräumung	C	16.1
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht		
- Auskunftspflicht des Dritteigentümers	A	6.3
- Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister	A	6.5
- Betreibungsbegehren, Rückweisung	A	6.2
- Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung	A	6.4
- Leitsätze in Rechtsöffnungssachen	A	6.1
Simulation	A	2.2
Sozialhilfe		
- Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme	C	7.2
- Verfügbares Einkommen bei quellenbesteuerten Personen	C	7.1
Stimmrechtsbeschwerde		
- Besoldung von Betreibungsbeamten	B	7.2
- „Gelöcherte Wahlcouverts“	B	7.3
- Rückweisungsantrag (als verdeckter Ablehnungsantrag)	B	7.1
Strafbefreiung	A	5.1

Strafprozessrecht

- Beschlagnahme eines Fahrzeuges A 5.2
- Bussenumwandlung, Zuständigkeit A 5.3
- Einstellung einer Strafuntersuchung, Strafbefreiung A 5.1

Strafrecht

- Fahrlässige Tötung A 4.2 A 4.3
- Strafzumessung, Richtlinien A 4.1
- Unterlassung der Nothilfe A 4.4

Stützmauer

C 2.1

V

Verfahren

- Fristberechnung (Zustellfiktion/Abholfrist) B 1.1

Vollstreckung des Besuchsrechts, Zuständigkeit

A 3.2

Verwaltungsverfahren

- Anspruch auf Erlass einer Verfügung gestützt auf § 34a VRP C 16.1
- Kognition bei Prüfungsentscheiden C 8.1
- Realakt C 16.1
- Rechtsmittelbefugnis C 2.2

W

Wuhrkorporation

- Gründung (Stockwerkeigentümer) B 6.1

Z

Zivilprozessrecht

- Honorarnormierung, Begründungspflicht A 3.1
- Litispendenz von Erteilungsklage und Herabsetzungs- sowie Leistungsansprüchen A 3.3
- Zuständigkeit zur Vollstreckung des Besuchsrechts A 3.2

Zivilrecht

- Besitzeskonstitut		A	2.1	
- Drittsprache eines gepfändeten Fahrzeuges		A	2.1	
- Fiduziarische Übertragung		A	2.2	
- Gemeinsame elterliche Sorge		C	5.1	
- Haftung aus Vertragsverletzung		A	2.3	
- Haftung des Eisenbahnunternehmers		A	2.4	
- Kinderschutz	C	5.1	C	8.2
- Schutzfähigkeit einer Marke		A	2.5	
- Simulation		A	2.2	
- Unterhaltspflicht der Eltern		C	8.2	