

Rechtsprechung

kantonschwyz 

Entscheide 2012
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2012
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2012

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 2013

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Straferichte	Seite 9
1.	Justizverordnung	–
2.	Zivilrecht	2.1
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.6
4.	Strafrecht	4.1 – 4.2
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.5
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.2
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 43
1.	Verfahren	1.1 – 1.8
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.3
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.4
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Schule / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1 – 10.3
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	–
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	13.1 – 13.4
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	17.1 – 17.3
18.	Verschiedenes	18.1

C	Regierungsrat	Seite 118
1.	Gemeindewesen	1.1
2.	Baurecht	2.1 – 2.5
3.	Umweltschutz	–
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Vormundschaftsrecht	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Erziehungswesen	–
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1 – 10.2
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	19.1

Sachregister		Seite 185
---------------------	--	-----------

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgen nicht nur die in der Buchform veröffentlichten, sondern auch die im Lauf des Jahres auf der Homepage des Kantons Schwyz und des Kantonsgerichts aufgeschalteten Entscheide (www.sz.ch, Rubrik: Entscheide bzw. www.kgsz.ch/rechtsprechung). Dadurch soll ermöglicht werden, dass im Internet aufgeschaltete Entscheide gleich zitiert werden können wie jene später in der Buchform erscheinenden (z.B. Entscheid des Verwaltungsgerichts, VGE III 2009 247 vom 28. Juli 2009, EGV-SZ 2009, B 8.4). Die im Internet laufend aufgeschalteten Entscheide werden 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
----------	--------------------------------	---------

2. Zivilrecht

2.1 Ersatzvornahme

3. Zivilprozessrecht

3.1 Nebenintervention

3.2 Gültigkeit der Klagebewilligung

3.3 Rechtskraftwirkung eines Vergleichs

3.4 Kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen

3.5 Anfechtbarkeit einer verweigerter Fristerstreckung

3.6 LugÜ, Exequatur

4. Strafrecht

4.1 Verjährung bei Konkursdelikten

4.2 SVG, Rechtsfahren auf schneebedeckter Fahrbahn

5. Strafprozessrecht

5.1 Haftverfahren

5.2 Unverhältnismässige Untersuchungshaft

5.3 Beschlagnahme eines Fahrzeugs im Eigentum Dritter

5.4 Notwendige Verteidigung

5.5 Rechtsmittel gegen einen selbständigen Widerrufsentscheid

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Zustellfiktion

6.2 Begründung von Kosten- und Entschädigungsentscheiden

1. Verfahren

- 1.1 Beschwerdebefugnis (im Nutzungsplanverfahren)
- 1.2 Beschwerdebefugnis (Konkurrentenbeschwerde)
- 1.3 Kognition (Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat)
- 1.4 Parteientschädigung (obsiegender Behörden)
- 1.5 Kostenverlegung im enteignungsrechtlichen Verfahren
- 1.6 Gleichbehandlung im Unrecht
- 1.7 Klageverfahren (Beiladung)
- 1.8 Vertretungsbefugnis der Fürsorgebehörde (siehe B 10.2, Erw. 1)

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

- 3.1 Prämienverbilligung (KVG)

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Wahl eines vollamtlichen Bezirksrichters
- 7.2 Zulässigkeit eines Initiativbegehrens (betreffend die Errichtung eines Schulsozialdienstes)
- 7.3 Politische Rechte (Öffentliche Ausschreibung einer Gemeindeschreiberstelle)

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

- 8.1 Landwirtschaftszone (Zonenkonformität einer Zufahrtsstrasse und einer Parkierungsanlage)
- 8.2 Besitzstandsgarantie (Verhältnis zur Bewilligungspflicht)
- 8.3 Altrechtlicher Quartiergestaltungsplan
- 8.4 Mobilfunk (Anlagebegriff)

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

- 10.1 Schulrecht (Weisungsrecht der Schulleitung bei der Zuteilung von Lektionen)
- 10.2 Verordnung über Ausbildungsbeiträge (VAB; SRSZ 661.110) vom 29. Mai 2002 (Anrechnung des Lehrlingslohnes)
- 10.3 Landwirtschaft (Erwerb eines ausserhalb der Bauzone gelegenen Einfamilienhauses)

13. Sozialhilfe

- 13.1 Bezahlung der Miete durch die Fürsorgebehörde
- 13.2 Kürzung überhöhter Wohnkosten
- 13.3 Wöchentliche Meldepflicht
- 13.4 Abgrenzung der Anrechnung des Lehrlingslohnes nach der VAB und dem Sozialhilfegesetz (siehe B 10.2)

17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen

- 17.1 Vollstreckungsrecht (tägliche Ordnungsbusse; Vollstreckungsfähigkeit)
- 17.2 Vollstreckungsrecht (tägliche Ordnungsbusse; unverzügliche Baueinstellung)
- 17.3 Vollstreckungsrecht (tägliche Ordnungsbusse; Pflichterfüllungsfrist)

18. Verschiedenes

- 18.1 Beiträge an Schulanlagen (Teuerungsanpassung)

1. Gemeindewesen

- 1.1 Genehmigungspflicht für Kostenverteilpläne

2. Baurecht

- 2.1 Regelung der Feinerschliessung von Bauland
2.2 Gastwirtschaft in einem Zelt ausserhalb der Bauzone
2.3 Bewilligungspflicht für die Bepflanzung auf einer Dachterrasse
2.4 Kaninchenhaltung in der Landwirtschaftszone
2.5 Einfahrtsbewilligung und Parkraum für gewerblich genutzte Liegenschaften

7. Sozialwesen

- 7.1 Umfang von situationsbedingten Leistungen der Sozialhilfe
7.2 Kostenübernahme für familienergänzende Betreuung von Kindern

10. Raumplanung

- 10.1 Erlass einer Planungszone für eine künftige Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen
10.2 Rechtmässigkeit verschiedener Bestimmungen eines Baureglements

16. Verwaltungsverfahren

- 16.1 Parteistellung der Grundeigentümer in bau- und planungsrechtlichen Verfahren

19. Verschiedenes

- 19.1 Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden

A Zivil- und Straferichte¹

2. Zivilrecht

2.1 Ersatzvornahme

- Hätte Art. 98 OR einen erfüllungsrechtlichen Charakter, würde die richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme kein Leistungsurteil voraussetzen (Erw. 2).
- Prüfung der Frage, ob Art. 98 OR einen vollstreckungs- oder erfüllungsrechtlichen Charakter aufweist (Erw. 4).
- Entsprechend der Minderheit der Lehrmeinungen ist Art. 98 OR indes ein materiellrechtlicher Charakter zuzusprechen (Erw. 5).

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend ist primär strittig, ob es sich bei Art. 98 OR um eine materiell-rechtliche Anspruchsnorm oder um eine prozessrechtliche Vollstreckungsregel handelt. Der praktische Effekt der Unterscheidung findet seinen Niederschlag in der Frage, ob – bei Bejahung des Zweiten – ein vorhergehendes Leistungsurteil Voraussetzung für eine richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach Art. 98 OR bildet. Zu beurteilen ist somit in einem ersten Schritt, ob die Vorinstanz, indem sie der Erfüllungstheorie folgt und kein Leistungsurteil für die Ermächtigung zur Ersatzvornahme voraussetzt, (Bundes-)Recht falsch anwendet.

4. Unter dem Marginale „A. Ausbleiben der Erfüllung“, Submarginalen „I. Ersatzpflicht des Schuldners (...) 2. bei Verbindlichkeit zu einem Tun oder Nichttun“ statuiert Art. 98 Abs. 1 OR, dass der Gläubiger, wenn der Schuldner zu einem Tun verpflichtet ist, sich unter Vorbehalt seiner Ansprüche auf Schadenersatz ermächtigen lassen kann, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.

a) Das Bundesgericht hatte sich bis anhin nicht eingehend und abschliessend mit der konkreten Frage auseinanderzusetzen, ob Art. 98 OR vollstreckungs- oder erfüllungsrechtlichen Charakter aufweist, führte aber

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

A 2.1

in Entscheid 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 aus, dass durch eine zügige Anhandnahme der Ersatzvornahme die Verzögerung (der Ausführung) in sehr engen Grenzen gehalten werden könne. Zwar hat sich das Bundesgericht hier – in Abweichung von der vorliegenden Problematik – mit der Frage zu beschäftigen, ob infolge Vorliegens einer besonderen Dringlichkeit eine Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR angezeigt sei, welche das Absehen von einer richterlichen Ermächtigung zu begründen vermöchte. Dennoch kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht ganz allgemein die Beschleunigung, resp. das Minimieren von Verzögerungen bei der Ersatzvornahme als Prämisse heranzieht. Der gleiche Schluss kann auch aus BGE 126 III 230 E. 7 gezogen werden, was prima vista darauf schliessen lässt, dass das Bundesgericht aus Gründen der Beschleunigung dazu tendiert, Art. 98 OR aus prozessökonomischen Gründen materiellrechtlichen Charakter zuzubilligen, und somit der sog. „Erfüllungstheorie“ das Wort redet.

Auch das Luzerner Obergericht favorisiert in LGVE 1985 I, Nr. 11, S. 24 ff. die Erfüllungstheorie. Als Spezialnorm zu Art. 97 OR gebe Art. 98 OR dem Gläubiger im Falle einer Leistungsunmöglichkeit das Recht, die Fälligkeit real zu erwirken, also erfüllen zu lassen.

b) Ein grösserer Teil der Lehre spricht Art. 98 OR einen rein vollstreckungsrechtlichen Charakter zu (summarisch zusammenfassend: Gauch/Schluop/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 3283 ff.; eingehend: Gauch, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts, in: recht 1987 S. 24.; ders., Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1805; Wiegand, BSK OR I, N 6, Art. 98; von Thur/Escher, OR AT, S. 90; Weber, BK, N 46 f., Art. 98 OR und weitere). Demgegenüber spricht sich hauptsächlich Walter Fellmann in seinem beachteten Aufsatz aus dem Jahr 1993 (Die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR Abs. 1 – „Vollstreckungstheorie“ oder „Erfüllungstheorie“, recht 1993, S. 109 ff.) für die Erfüllungstheorie aus, welche im Wesentlichen noch auf Heinrich Fick (v.a. H. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Zürich 1911-1915) zurückgeht.

5. Unklare Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach deren Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht klar genug, so ist nach seinem Sinngehalt unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente zu suchen (vgl. BGE 135 II 195, E. 6.2).

Vorliegend ist der Wortlaut dahingehend unklar, als dass Art. 98 OR kein prozessualer Aspekt entnommen werden kann.

a) Das Luzerner Obergericht stützt seine Erkenntnis (in LGVE 1985 I, Nr. 11, S. 24 ff.) auf die These, wonach Art. 98 OR als Spezialnorm zu Art. 97 OR stehen und somit dessen Modus der Vollstreckung (Art. 97 Abs. 2 OR) teilen würde. Insbesondere unter Beachtung der Marginalien ist ein systematischer Kontext durchaus nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; so spricht Art. 97 OR von der „Ersatzpflicht des Schuldners im Allgemeinen“, Art. 98 OR von der „Ersatzpflicht bei Verbindlichkeit zu einem Tun oder Nichttun“. Als Spezialbestimmung würde Art. 98 OR somit die prozessuale Komponente von Art. 97 OR teilen, welcher in Abs. 2 statuiert, dass sich die Vollstreckung nach den Bestimmungen von SchKG und ZPO richtet. Demgegenüber legt eine sinn-gemässe Auslegung von Art. 98 OR den Schluss nahe, dass dieser eine von Art. 97 OR unabhängige Rechtsnorm vollstreckungsrechtlichen Charakters darstellt. Das Recht auf Ersatzvornahme richtet sich nämlich unbestrittenermassen nur auf Leistungen, die in einem Tun, also einer Handlung bestehen und somit auch von jemand anderem als dem Schuldner erbracht werden können. Es gestattet dem Gläubiger, seinen fälligen Anspruch durchzusetzen, indem er die geschuldete Leistung auf Kosten des Schuldners vornimmt oder durch einen Dritten vornehmen lässt. Das Recht auf Ersatzvornahme dient somit der realen Durchsetzung eines Erfüllungsanspruchs, wogegen Art. 97 Abs. 1 OR die ursprüngliche Leistungspflicht durch eine sekundäre Schadenersatzpflicht ersetzt. Die Vollstreckungsregel nach Art. 97 Abs. 2 OR kann somit nicht für die Frage nach dem Rechtscharakter von Art. 98 OR herangezogen werden (vgl. Fellmann, a.a.O., S. 110 und 113 f., gleicher Ansicht: Gauch, Die Ersatzvornahme, S. 25 f.).

b) Die Vorinstanz hat richtig ausgeführt, dass in der eidgenössischen ZPO die Vollstreckung von Entscheiden, mithin Leistungsentscheiden, den Regeln von Art. 335 ff. ZPO folgt und Art. 339 hierfür das summarische Verfahren vorschreibt. Ebenfalls zutreffend ist die Feststellung, dass die Ersatzvornahme gemäss Art. 250 ZPO zusammen mit materiell-rechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts (ebenfalls) dem summarischen Verfahren unterworfen wird. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, dass Gesetze – so die gerichtsnotorische Tatsache – durchaus systematisch unvollkommen und somit beispielsweise unvollständig und/oder widersprüchlich sein können. Die rein (zeitgenössische) systematische Auslegung von Art. 98 OR greift damit bezüglich beider vorgenannter Auslegungsstränge zu kurz und wird denn sowohl von Fellmann wie auch von Gauch kritisiert. Vielmehr ist es angezeigt, nachfolgend im Rahmen der historischen Entwicklung von Art. 98 OR ein

A 2.1

Augenmerk auf die Stellung der Bestimmung in den Entwürfen zum OR zu richten.

c) In entwicklungshistorischer Auslegung überzeugen die Ausführungen von Fellmann, wonach Art. 111 aOR (der Vorgängerartikel des heutigen Art. 98 OR) im Entwurf von Walther Munzinger im fünften Titel („Erfüllung der Obligationen“) untergebracht war. Dieser Titel habe sich nicht mit der Frage nach der Vollstreckung beschäftigt, sondern vielmehr mit dem Problem, wie das Leistungsinteresse des Gläubigers durch Verschaffung der geschuldeten Leistung zu befriedigen sei. Art. 111 aOR habe somit auch die Frage geklärt, ob der Gläubiger die Realerfüllung der versprochenen Leistung verlangen könne, oder sich bisweilen auch eine Umwandlung in das Interesse gefallen lassen müsse, obschon die Realerfüllung grundsätzlich noch möglich wäre. Die Frage nach der Realerfüllung sei damit klar in den Kreis materieller Rechtserörterung gewiesen worden. Zusammenfassend und in Untersuchung der weiteren Entwürfe zum OR kommt Fellmann zum Schluss, dass das OR von 1881 ganz auf dem Boden der sogenannten „Erfüllungstheorie“ stand. Sollten doch die kantonalen Prozessordnungen erst dort einsetzen, wo ein materiellrechtlicher Anspruch bereits rechtskräftig geklärt war. Dieser Auffassung habe wohl auch der Gesetzgeber von 1911 beigegeben, indem er die Wendung „jede Verbindlichkeit, etwas zu tun, löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf“ aus dem Art. 111 aOR entfernt und das Recht auf die Ersatzvornahme als eigenständigen materiellen Rechtsanspruch ausgestaltet habe (Fellmann, a.a.O., S. 114). Es muss somit gefolgert werden, dass der Gesetzgeber dem Gläubiger – gewollt oder ungewollt – mit Art. 98 OR eine materiellrechtliche Grundlage zur Ersatzvornahme geschaffen hat.

d) Zusammenfassend ist soweit festzuhalten: Die Vorinstanz hat sich zwar in ihren Schlussfolgerungen auf eine systematische Auslegung mit Blick auf die Stellung der prozessualen Vorgaben für die Beurteilung von Klagen nach Art. 98 OR beschränkt; doch auch unter Berücksichtigung des historischen Sinngehalts und der ratio legis von Art. 98 OR ist das Ergebnis der vorinstanzlichen Auslegung zu teilen, wonach der Minderheit der Lehrmeinungen der Vorrang zu geben und Art. 98 OR ein materiellrechtlicher Charakter zuzusprechen ist. Sinn und Zweck der Bestimmung kann nämlich nur sein, dem Gläubiger möglichst rasch zur Erfüllung zu verhelfen, zumal ein Verfahren um Schadenersatz in der Regel umständlich und insbesondere langwierig ist.

(Beschluss vom 12. Dezember 2012, ZK2 2012 26).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Nebenintervention

Selbst im Fall einer unabhängigen (oder Streitgenössischen) Nebenintervention hat die für den ihr subrogierten Lohnanspruch intervenierende Arbeitslosenkasse keine Dispositionsbefugnisse über den Prozess, sondern sie ist, wie auch der abhängige Nebenintervenient, nur Nebenpartei. Die Zulassung als abhängiger oder unabhängiger Nebenintervenient hat somit keine Klageänderung und trotz Übersteigen der Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- keinen Wechsel der Verfahrensart zur Folge (Art. 93 Abs. 1 ZPO; Art. 243 Abs. 1 ZPO).

(Beschluss vom 6. Februar 2012, ZK2 2011 33).

3.2 Gültigkeit der Klagebewilligung

- *Klagebewilligungsfrist in einem unter altem Recht angehobenen Sühneverfahren (Erw. 3).*
- *Verbesserungsmöglichkeiten beim Einreichen einer ungültigen Klagebewilligung (Erw. 3.a).*
- *Die Parteien haben sich im vorliegenden Fall einer Streitigkeit von mindestens Fr. 100'000.-- in einem nach Art. 199 Abs. 1 ZPO disponiblen Bereich mit einer dreimonatigen Klagebewilligungsfrist einverstanden erklärt (Erw. 3.b).*
- *Dieses Einverständnis ist gleichbedeutend einer Zusicherung der Einlassung (Erw. 3.c).*
- *Zur übergangsrechtlichen Lage im Kanton Schwyz (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist, ob die Klage gestützt auf einer nach neuem Recht drei Monate gültigen Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 3 ZPO) oder auf einer nach altem Recht nur zwei Monate gültigen Weisung (§ 90 aZPO) angehoben werden muss. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der be-

A 3.2

troffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat das Einreichen einer nach neuem Recht gültigen Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 ZPO bejaht und ist auf die Klage eingetreten. Die Beklagte behauptet, der Begriff der Rechtshängigkeit in Art. 404 Abs. 1 ZPO müsse nach neuem Recht ausgelegt werden. Diese sei mithin mit der Anhebung des Sühneverfahrens schon im Dezember 2010 eingetreten, weshalb das Sühneverfahren nach altem Recht hätte mit einer zwei Monate gültigen Weisung abgeschlossen werden müssen. Unbestritten und mithin im Berufungsverfahren nicht weiter zu prüfen ist, dass im erstinstanzlichen Verfahren und damit auch für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen neues schweizerisches Zivilprozessrecht anwendbar ist.

a) Eine gültige, mit der Klage einzureichende Klagebewilligung (Art. 209 und 221 Abs. 2 lit. b ZPO) ist allgemeine Prozessvoraussetzung (Müller, DIKE-KO ZPO, Art. 59 N 68; Zürcher in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 59 N 57; Sutter-Somm, ZZZ 2007, S. 317). Anderweitig wird von der „Prozessentstehungsvoraussetzung“ der gehörigen Verfahrens- bzw. Klageeinleitung gesprochen, worunter der obligatorisch voranzugehende amtliche Schlichtungsversuch fällt (Schwander, ZZZ 2008/09, S. 202 und 207; Domej, KUKO ZPO, Art. 59 N 29; Müller, a.a.O. N 82 ff.). Nach der Praxis zum kantonalen Prozessrecht trat die Rechtshängigkeit bei Einreichen einer verfallenen Weisung nicht ein (KG 464/98 RK1 vom 12. Juli 1999 E. 3.b); es war aber bei allfälligen Mängeln das Geeignete zur Verbesserung anzuordnen (§ 97 aZPO; KG 464/98 RK 1 vom 12. Juli 1999 E. 3.c; RK1 2005 26 vom 19. Mai 2006 E. 3.a). Das neue Recht enthält dagegen betreffend Verbesserungsmöglichkeiten keine Regelung (Müller, a.a.O., N 37). Sie sind zumindest analog zu Art. 132 Abs. 1 ZPO indes nicht auszuschliessen (ebd. N 86; Domej, KUKO ZPO, Art. 59 N 29; Schwander, ZZZ 2008/09 S. 202 und 204 ff.; umso weniger als die Vollmacht des Vertreters auch Eintretensvoraussetzung war, vgl. § 97 aZPO), zumal Art. 59 Abs. 1 ZPO wörtlich kein Nichteintreten anordnet. Deshalb wäre in casu ein sofortiges Nichteintreten selbst dann nicht zwingend, wenn sich die Klagebewilligung, was vorliegend indes laut Nachfolgendem (lit. b-d) nicht der Fall ist, als ungültig erweisen würde.

b) Zu berücksichtigen ist vorliegend, dass die Prozessvoraussetzung entfällt, wenn die Parteien nach Art. 199 Abs. 1 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.-- gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten (Müller, a.a.O., Art. 59 N 69). Die vorliegende vermö-

gensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 950'000.-- liegt mithin in diesem dispositiven Bereich und ein amtlicher Sühneversuch hat einer Klageanhebung nicht obligatorisch voranzugehen. Freilich haben die Parteien vorliegend nicht auf das Sühneverfahren verzichtet, sondern ist ein solches erfolglos durchgeführt worden. Im Recht liegt indes die unbestrittene, protokollierte Vereinbarung, dass das Vermittleramt eine Klagebewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von drei Monaten ausstellt (KB 48). Können die Parteien auf die Prozessvoraussetzung der Klagebewilligung verzichten, so sind in maiore minus keine Gründe ersichtlich, das vorliegende Einverständnis der Beklagten zur Ausstellung einer neurechtlichen, drei Monate gültigen Klagebewilligung ebenfalls als solchen Verzicht für den Fall aufzufassen, dass die Klage wenn nicht innert zwei so doch innert drei Monaten eingereicht wird.

c) Im Weiteren hat die Beklagte mit dem Einverständnis zur Ausstellung einer Klagebewilligung nach neuem Recht den Rechtsanschein erweckt, einer Klageerhebung innert drei Monaten nicht mit dem Einwand zu opponieren, diese sei nach anwendbarem altem Recht nicht rechtzeitig erfolgt. Das Einverständnis ist als Zusicherung der Einlassung auf eine innert drei Monaten angehobene Klage bzw. als möglicher (vgl. oben lit. b) Verzicht auf die zur allfälligen Verbesserung erforderliche Durchführung eines neuen Schlichtungsverfahrens zu verstehen. Die Bestreitung des Vorliegens einer gültigen Klagebewilligung erweist sich infolgedessen als widersprüchlich, verzögert das Verfahren und ist deshalb als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 52 ZPO zu betrachten (vgl. dazu Oberhammer, KUKO ZPO, Art. 52 N 8; Gehri, BSK, Art. 52 ZPO N 10; Gösku, DIKE-KO ZPO, Art. 52 N 28). Ein Nichteintreten wäre zudem überspitzt formalistisch (Gehri, BSK, Art. 52 ZPO N 20).

d) Abgesehen vom bisher Gesagten wird die übergangsrechtliche Frage, ob der Begriff der Rechtshängigkeit in Art. 404 Abs. 1 ZPO nach bisherigem kantonalem oder neuem schweizerischem Zivilprozessrecht zu verstehen ist, kontrovers behandelt (BGer 4A_131/2012 vom 28. August 2012, E. 3.4). Eine Eigentümlichkeit der kontroversen Lösungsansätze besteht darin, dass die Auslegung des Begriffs nach neuem Recht die Anwendung des bisherigen, dagegen die Interpretation der Rechtshängigkeit nach altem Recht diejenige des neuen Verfahrensrechts wie folgt nach sich ziehen würde. Nach kantonalem Recht wurde der Rechtsstreit erst mit Einreichung der Weisung beim Gericht rechtshängig (§ 91 Abs. 1 aZPO). Vorliegend wurde die Klagebewilligung erst am 6. Mai 2011 nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung beim Gericht eingereicht, weshalb neues Verfahrensrecht zur An-

A 3.2

wendung käme. Dagegen wäre altes kantonales Prozessrecht anwendbar, wenn der Begriff der Rechtshängigkeit in Art. 404 Abs. 1 ZPO nach neuem Verfahrensrecht zu verstehen wäre, weil danach die Einreichung des Schlichtungsgesuches im Dezember 2010 die Rechtshängigkeit vor Inkrafttreten des vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessrechts begründete (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Dem Begriff der Rechtshängigkeit die Bedeutung nach bisherigem kantonalem Recht beizulegen ist nicht nur „denkbar“ (vgl. Frei/Willisegger, BSK, Art. 404 ZPO N 8), sondern wird zumindest von einem Kommentar befürwortet (Sutter-Somm/Seiler in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 404 N 8).

Übergangsrechtlich wurden im Kanton Schwyz die Vermittlerämter vom Kantonsgericht angewiesen, ab 1. Januar 2011 die bisherigen Formulare nicht mehr zu verwenden (PR 2010 37 vom 20. Dezember 2010). Dieser publizierte Beschluss (vgl. ABI Nr. 51 vom 24. Dezember 2010, S. 2798) betrifft zwar nicht direkt die Frage nach dem anwendbaren Recht, aber deutet auf die weitere Lösungsmöglichkeit hin, nämlich anzunehmen, dass die Rechtshängigkeit „altrechtlicher Klageanhebungen“ ipso iure am 1. Januar 2011 eintritt, sofern die Weisung nicht vorher eingereicht worden ist (JHB-SZ, § 172 N 4). Da an dieser Kommentirstelle Klageanhebungen zu Weisungen in Bezug gesetzt werden, die nicht schon vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht worden sind, ergibt sich, dass Streitigkeiten bereits angehobener Sühneverfahren erst per 1. Januar 2011 rechtshängig werden, also erst bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes rechtshängig werden. Sie sind somit im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO also noch nicht rechtshängig, so dass auf sie, namentlich auf noch nicht eröffnete Klagebewilligungen, neues Recht anwendbar ist. Selbst Autoren, welche davon ausgehen, dass auf ein noch im Jahr 2010 eingeleitetes Sühneverfahren altes Recht anwendbar sei, halten dafür, dass sich die Frist für die Klageeinreichung nach dem bei der Eröffnung der Klagebewilligung geltenden Recht richten soll (Domej, KUKO ZPO, Art. 404 N 2).

Nach dem Gesagten ist also auch übergangsrechtlich betrachtet nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Ergebnis die Gültigkeit der am 10. Februar 2011 nach neuem Recht erlassenen Klagebewilligung angenommen und auf die innert der dreimonatigen Prosequierungsfrist eingereichte Klage eingetreten ist. Dieses Ergebnis entspricht schliesslich der intertemporalrechtlichen Regel der sofortigen Anwendung des neuen Zivilprozessrechts (vgl. Schwander, DIKE-KO ZPO, Art. 404 N 30 zu den Inkohärenzen von Art. 404 Abs. 1 ZPO).

(Beschluss vom 11. Dezember 2012, ZK1 2011 54).

3.3 Rechtskraftwirkung eines Vergleichs

- *Ein Vergleich hat grundsätzlich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Erw. 3.a).*
- *Die Rechtskraftwirkung gilt auch im Fall eines Vergleichs über vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht (Erw. 3.b).*
- *Streitgegenstandsbestimmung (Erw. 3.c). Die neue Werbung beruht auf derselben, nach natürlicher Betrachtungsweise zu erwartenden Tatsachenlage, bezüglich welcher sich die Parteien verglichen haben (Erw. 3.c/aa-cc).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass das Gesuch (...) den gleichen Streitgegenstand beschlage, über welchen sich die Parteien letztes Jahr vor Kantonsgericht rechtskräftig verglichen hätten, weshalb eine nochmalige Behandlung dieses Streitgegenstandes aufgrund der Rechtskraftwirkung unzulässig sei. Soweit der Gesuchsteller behauptete, der Vergleich werde durch die neue Werbung nicht eingehalten, läge eine Vollstreckungsfrage vor, worüber nach § 102 Abs. 1 JV der Einzelrichter am Bezirksgericht im summarischen Verfahren entscheide. Der Gesuchsteller bestreitet dies.

a) Ein Vergleich hat grundsätzlich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO) und ist mithin ein nach Art. 335 ff. ZPO vollstreckbares Entscheidsurrogat (Gasser/Rickli, ZPO KK, Art. 335 N 2; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 241 N 1 und 12). Bei Nichterfüllung des gerichtlichen Vergleichs kann die berechnete Partei Vollstreckung anbegehren (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 23 N 31). Wer eine Klage zurückzieht, kann gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand keinen zweiten Prozess mehr führen (Art. 65 ZPO). Wird daher in einem gerichtlichen Vergleich eine Klage zurückgezogen, ist grundsätzlich von einer res iudicata auszugehen und die Prozessvoraussetzung von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO nicht erfüllt (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 62; Leumann Liebster in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, Art. 241 N 18 f.).

b) Vorliegend haben sich die Parteien in der Hauptsache geeinigt, da Ziffer 1 des Vergleichs eine definitive Regelung ohne Klagevorbehalt und Befristung enthält und in Ziffer 2 folglich auf provisorische Massnahmen

A 3.3

verzichtet werden konnte. Ein Vergleich in der Hauptsache schliesst aber auch vorsorgliche Massnahmen aus.

Hinzu kommt, dass eine *res iudicata* vorbehältlich in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht geänderter Umstände im Sinne von Art. 268 Abs. 1 ZPO auch auf vorsorglicher Erkenntnisstufe bei der Einreichung eines neuen Massnahmebegehrens gelten würde (Sprecher, BSK, Art. 268 ZPO, N 7 mit Hinweisen; Rohner/Wiget, of-Komm-ZPO, Art. 268 N 1). Soweit der Gesuchsteller im letztjährigen vorsorglichen Verfahren das Gesuch vergleichsweise zurückgezogen hat, hat er zusätzlich auf diesen einstweiligen Rechtsschutz in Bezug auf die damals den Streitgegenstand bestimmenden Verfügungsansprüche verzichtet. Er kann darüber mithin kein zweites vorsorgliches Massnahmeverfahren mehr führen.

c) Zu prüfen ist somit (bezogen sowohl auf die Hauptsache wie entsprechende Massnahmen), ob die neuen Begehren den gleichen Streitgegenstand, also die glaubhaft zu machenden Verfügungsansprüche betreffen wie der letztes Jahr abgeschlossene Vergleich samt Massnamerückzug. Das ist der Fall, wenn sie identische, auf den gleichen Lebenssachverhalt gründende Verfügungsansprüche betreffen. Das bedingt indes nicht Ereignisidentität, sondern es geht vielmehr um die hinter der vorliegend umstrittenen Werbung stehenden Tatsachen (Kunden, Margen, Bedingungen für einen Wechsel), weshalb das Vorliegen abgeänderter Werbeinserate allein noch nicht zwingend die Annahme eines anderen Streitgegenstands gebietet. Zu einem abgeurteilten Streitgegenstand gehören alle Tatsachen, die nach natürlicher Betrachtungsweise (praktisch und nicht theoretisch) zum Lebenssachverhalt gehören, unabhängig davon, ob sie gehörig im ersten Verfahren eingebracht worden sind oder nicht (Berti, KK ZPO, Art. 65 N 8; Oberhammer, BSK, vor Art. 84 N 11 f.), d.h. erwartungsgemäss alles, wodurch sich die einmal gestellten und verglichenen Begehren in tatsächlicher Hinsicht erklären liessen.

aa) Im letztjährigen Verfahren wurde beantragt, der Gesuchsgegnerin das mit einem Esel illustrierte Werbeinserat „(...)“ zu verbieten, namentlich unrichtige Margenansätze zu veröffentlichen und zu behaupten, ein Wechsel zu ihr sei nach drei Monaten ohne weiteres möglich. Gegenstand des Vergleiches waren denn auch erstens die Werbevergleiche der Abrechnungsformel mit denjenigen anderer Dienstleister (Margenvergleiche), zweitens eine als diffamierend bezeichnete Äusserungsweise (Ersatz von „blöd“ durch neutrale oder positive Werbeausdrücke) und drittens die Bedingungen für einen allfälligen Vertragspartnerwechsel (aus-

drücklicher Vorbehalt der gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsfristen).

bb) Mit den neuen Massnahmebegehren wird verlangt, der Gesuchsgegnerin das mit einem Fuchs illustrierte Werbeinserat „(...)“ (...) zu verbieten, namentlich unrichtige Margenansätze zu veröffentlichen, ihre Leistungen mit den Leistungen der Mitglieder des Gesuchstellers zu vergleichen, ohne die Unterschiede deutlich zu machen sowie zu behaupten, ein Wechsel zu ihr sei ohne weiteres möglich. Ausserdem sei ihr zu befehlen, das Werbeinserat von ihren Webseiten zu löschen.

cc) In der zweiten Werbekampagne setzt die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen die unter anderem vom Vergleich geforderte Positivität konsequent und illustrativ um. Daran beanstandet der Gesuchsteller dieselben Werbemethoden wie im letztjährigen Verfahren, nämlich mit unrichtigen Margenvergleichen – Gleiches günstiger als andere Verleihbetriebe zu leisten – potenziellen Kunden (...) seiner Mitglieder einen ohne weiteres möglichen Wechsel zur Gesuchsgegnerin unlauter anzupreisen. Korrekte Margenvergleiche setzen voraus, dass für den Preis gleiche Leistungen erbracht werden. Entsprechend war schon im ersten Massnahmeverfahren die angebliche Unterschiedlichkeit der Leistungen Thema, sodass die Forderung nach deren Deutlichmachen keine neuen Tatsachen betrifft. (...) Bei natürlicher Betrachtungsweise hat sich mithin die Gefährdungslage durch die neue Werbekampagne der Gesuchsgegnerin nicht derart verändert, als ihr nicht durch Vollstreckung des Vergleichs Rechnung getragen werden könnte.

d) Liegen nach dem Gesagten weder ein neuer Streitgegenstand noch geänderte Umstände vor, hat der Vergleich vorliegend in Bezug auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren Rechtskraftwirkung und ist auf das vorliegende Gesuch zufolge Fehlens einer zwingenden Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) nicht einzutreten.

(Verfügung vom 7. Mai 2012, GPR 2012 3).

3.4 Kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen

- *Weder die Anordnung noch die (teilweise) Abweisung einer superprovisorischen Massnahme noch eine diesbezügliche Nichteintretensverfügung kann mit einem Rechtsmittel angefochten werden (Erw. 3).*

A 3.4

Aus den Erwägungen:

3. Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. Mit der Anordnung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor, die unverzüglich stattzufinden hat, oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch (Art. 265 Abs. 1 und 2 ZPO).

Es herrscht Einigkeit darüber, dass eine superprovisorische Anordnung einer vorsorglichen Massnahme als solche keinem Rechtsmittel unterliegt (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7356; Sprecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 32 zu Art. 265 ZPO; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N 12 zu Art. 265 ZPO; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2010, N 2 zu Art. 265 ZPO; Kofmel/Ehrenzeller, in: Oberhammer, Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N 6 zu Art. 265 ZPO; Reetz/Theiler und Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 34 zu Art. 308 ZPO und N 20 zu Art. 265 ZPO). Dass auch im Falle des Nichteintretens oder einer vollständigen oder teilweisen Abweisung des Gesuchs um superprovisorische Anordnung für die gesuchstellende Partei kein Rechtsmittel besteht, hat das Bundesgericht entschieden, ist in der Lehre auf breite Zustimmung gestossen und entspricht insbesondere auch der Rechtsprechung des Kantons Bern. Erst der „definitive“ Entscheid über die vorsorgliche Massnahme ist mit Berufung oder Beschwerde anfechtbar (BGer, 4A_577/2011, Urteil vom 4. Oktober 2011 mit zahlreichen Hinweisen; Sprecher, a.a.O., N 32 und 46 zu Art. 265 ZPO; Kofmel/Ehrenzeller, a.a.O., N 6 zu Art. 265 ZPO; Gasser/Rickli, a.a.O., N 3 zu Art. 265 ZPO; Can 2012 Nr. 10 S. 38, Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 15. April 2011; ZR 102 [2003] Nr. 66 zur alten ZPO ZH; anderer Auffassung: Reetz/Theiler, a.a.O., N 34 zu Art. 265 ZPO). Das Bundesgericht war offenbar schon in seiner Vernehmlassung zum Vorentwurf der ZPO (S. 694) der Auffassung, dass superprovisorische Massnahmeentscheide generell nicht mit einem kantonalen Rechtsmittel angefochten werden können (vgl. Sprecher, a.a.O., N 33 zu Art. 265 ZPO; Huber, a.a.O., N 21 zu Art. 265 ZPO). Für diese Rechtsauffassung spricht, dass der Gesuchsteller bei Weiterverfolgung des Massnahmeverfahrens nach Art. 261 ff. ZPO in aller Regel rascher zum Ziel kommt als

mit einem anderen Rechtsmittel, dessen Ergreifung zudem zu Doppelspurigkeiten führen würde. Ebenso entspricht es dem System des Massnahmeverfahrens, für welches die Vorschriften des summarischen Verfahrens gelten (Art. 248 lit. d ZPO), dass dieses rasch vorangetrieben und abgeschlossen wird. Die generelle Unanfechtbarkeit superprovisorischer Massnahmeentscheide steht überdies mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Einklang, die kein Rechtsmittel gegen kantonal erstinstanzliche Entscheide über superprovisorische Massnahmen vorsieht (BGer, 4A_577/2011, Urteil vom 4. Oktober 2011 E. 1.2 und 1.3). Die gegenteilige Ansicht würde zudem der Natur des superprovisorischen Rechtsschutzes widersprechen. Dieser soll ein sehr rasches, aber auf nur einseitiger Schilderung des Sachverhalts beruhendes, vom gegnerischen Anspruch auf rechtliches Gehör losgelöstes und somit bloss vorläufiges, in zeitlicher Hinsicht eng begrenzt wirksames Handeln ermöglichen, das im Rahmen des eigentlichen Massnahmeentscheids ohne Verzug vertieft und erweitert geprüft wird. Könnte dagegen der kantonale Rechtsmittelweg gegen superprovisorische Entscheide beschritten werden, bestünde die Gefahr, dass das Massnahmeverfahren verzögert und der Rechtsstreit (über vorsorgliche Massnahmen) ins Rechtsmittelverfahren gegen den ohnehin bloss (super-)provisorischen (Zwischen-)Entscheid verlagert würde, was es zu verhindern gilt. Darüber hinaus ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dem mit seinem Begehren nicht durchdringenden Gesuchsteller gegen den negativen Entscheid ein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, dem vom Erlass einer solchen Anordnung betroffenen Gesuchsgegner das gleiche Rechtsmittel indessen zu verweigern (ZR 102 [2003] Nr. 66 E. 2c noch zur alten kantonalen ZPO mit Hinweisen auf die überwiegende Zustimmung des Schrifttums). Aus diesen Gründen schliesst sich die 2. Zivilkammer des Kantonsgerichts der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung sowie der herrschenden Lehre an. Auf die Berufung der Gesuchstellerin ist deshalb nicht einzutreten.

(Beschluss vom 1. Oktober 2012, ZK2 2012 52).

3.5 Anfechtbarkeit einer verweigten Fristerstreckung

Gewöhnliche prozessleitende Verfügungen im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO unterliegen der Beschwerde nur dann, wenn der Beschwerdeführer einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darzutun vermag (Gasser/Rickli, ZPO KK, Art. 124 N 3). Die selbständige Anfechtung der verweigten Fristerstreckung ist in aller Regel ausgeschlossen, da für solche Entscheide kaum Gründe denkbar sind, welche zu einem nicht

A 3.6

wiedergutzumachenden Nachteil führen (Benn, BSK, Art. 144 ZPO N 15), weshalb sie grundsätzlich erst im Rahmen des Hauptrechtsmittels gegen den Endentscheid anfechtbar sind (Merz in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, Art. 144 N 21). Die Nichtberücksichtigung der Eingabe des Klägers ist kein Nachteil, welcher mit dem Hauptrechtsmittel nicht wiedergutzumachen wäre und deshalb nicht als Beschwerde entgegenzunehmen bzw. darauf präsidial nicht einzutreten (§ 40 Abs. 2 JV).

(Verfügung vom 27. Dezember 2012, ZK2 2012 79).

3.6 LugÜ, Exequatur

- Voraussetzungen für die Aussetzung des Exequaturverfahrens (Art. 46 Ziff. 1 LugÜ; Erw. 2), sowie
- für die Auferlegung einer Sicherheitsleistung (Art. 46 Ziff. 3 LugÜ; Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

2. (...)

a) Das mit dem Rechtsbehelf nach Art. 43 oder 44 LugÜ befasste Gericht kann auf Antrag des Schuldners das Verfahren aussetzen, wenn gegen die Entscheidung im Ursprungsstaat ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt oder die Frist für einen solchen Rechtsbehelf noch nicht verstrichen ist (Art. 46 Ziff. 1 LugÜ). Eine Aussetzung bzw. Sistierung des Verfahrens kommt aufgrund der angestrebten Beschleunigung und des summarischen Charakters des Verfahrens nur ausnahmsweise in Betracht (BGE 137 III 261 Erw. 3.2.2 = Pra 2011 Nr. 119). Das Gericht verfügt dabei über einen Ermessensspielraum; es hat diejenige Rechtsfolge zu wählen, welche der konkreten Interessenlage der Parteien und der Prozessökonomie am besten gerecht wird (Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel, Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, N 49 zu Art. 46 LugÜ). Massgeblich ist primär die Prognose über die Erfolgsaussichten des ordentlichen Rechtsmittels im Urteilsstaat. Eine Sistierung sollte nur angeordnet werden, wenn ein hohes Risiko einer Aufhebung der Entscheidung besteht, d.h. wenn mit einer Aufhebung im Urteilsstaat ernsthaft gerechnet werden muss bzw. die Entscheidung erkennbar fehlerhaft erscheint und ihre Aufhebung mindestens überwiegend wahrscheinlich ist. Neben den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels im Urteilsstaat sind folgende Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen: die Erfolgsaussichten

des Rechtsbehelfs im Vollstreckungsstaat, die Dauer des Rechtsmittelverfahrens im Urteilsstaat, die Nachteile einer Fortführung des Verfahrens für den Titelschuldner, die wirtschaftlichen Risiken für die Parteien sowie ob und aus welchen Gründen die Rechtsmittelinstanz im Urteilsstaat die Aussetzung der Vollstreckung ablehnte, da dies mitunter auf schlechte Erfolgsaussichten des Rechtsmittels hindeuten kann (Hofmann/Kunz, a.a.O., N 56 ff. und N 66 zu Art. 46 LugÜ m.H.).

b) Die Gesuchsgegnerin hat gegen das Urteil des Tribunale di Como unbestrittenermassen ein ordentliches Rechtsmittel im Sinne der zitierten Bestimmung eingelegt. Gegen eine Aussetzung des Verfahrens spricht als Erstes, dass das Berufungsgericht Mailand den Antrag der Gesuchsgegnerin auf Erteilung der Suspensivwirkung abgewiesen hat. Daraus ist zu schliessen, dass das Berufungsgericht dem Rechtsmittel eher geringe Erfolgsaussichten beimisst (...). Die Gesuchsgegnerin selber tut in ihrer Beschwerdeschrift keine weiteren Gründe dar, aufgrund derer ein hohes Risiko für eine Aufhebung des Urteils des Tribunale di Como ersichtlich wäre. Auch der Umstand, dass gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Gesuchsgegnerin die Schlussverhandlung vor dem Berufungsgericht Mailand erst im Mai 2014 angesetzt wurde und dementsprechend mit einer langen Verfahrensdauer zu rechnen ist, muss mit Blick auf die Verfahrensökonomie gegen eine Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens sprechen.

Indessen ist nebst den Erfolgsaussichten im Erkenntnisverfahren auch möglichen Nachteilen, welche der Gesuchsgegnerin aus der Fortführung des Vollstreckungsverfahrens entstehen, Rechnung zu tragen. Die Gesuchsgegnerin bringt diesbezüglich vor, eine Vollstreckbarerklärung ohne Auflagen durch das Kantonsgericht würde dazu führen, dass die Gesuchstellerin nach Erteilung der definitiven Rechtsöffnung das Fortsetzungsbegehren stellen könne, was unweigerlich in den Konkurs münde und zur Liquidation der Gesuchsgegnerin führe (Beschwerdeschrift S. 11). Zweifellos ist die Konkursöffnung und die damit verbundene Auflösung einer Gesellschaft eine schwerwiegende Folge der Vollstreckbarerklärung und vermag unter Umständen eine Sistierung zu rechtfertigen (AppGer BS, Urteil vom 12. Februar 1997 Erw. 2, in: BJM 1999 S. 107; vgl. auch OGer BL, Urteil vom 13. August 2001 Erw. 5, in: BJM 2002 S. 317). Jedoch hätte die Gesuchsgegnerin die Gefahr eines Konkurses konkret substantiieren und mithin anhand ihrer Geschäftszahlen belegen müssen, dass sie nicht in der Lage wäre, einen drohenden Konkurs durch die (vorläufige) Bezahlung der geforderten Summe abzuwenden. Die Gesuchsgegnerin hat diesbezüglich indessen nichts vorgebracht, so dass ihr Argument des drohenden Konkurses mangels hinreichender Substan-

A 3.6

zierung nicht zu hören ist. Mit anderen Worten ist die bloss theoretische Möglichkeit eines Konkurses für eine Sistierung nicht ausreichend. (...)

4. (...)

a) Nach Art. 46 Ziff. 3 LugÜ kann das Gericht auch die Zwangsvollstreckung von der Leistung einer Sicherheit, die es bestimmt, abhängig machen. Mittels dieser vom Gläubiger zu erbringenden Sicherheitsleistung soll der Schuldner davor geschützt werden, dass er das von ihm Geleistete bei Aufhebung des Titels im Urteilsstaat vom Gläubiger nicht mehr zurückerstattet erhält (Hofmann/Kunz, a.a.O., N 100 zu Art. 46 LugÜ). Bei der Prüfung einer Sicherheitsleistung sind alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen, wobei auch hier den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels im Urteilsstaat wichtige Bedeutung zukommt. Die Anordnung der Vollstreckung bloss gegen Sicherheitsleistung setzt eine Gefährdung des Schuldners im Falle einer Aufhebung des Entscheides des Urteilsstaates voraus, d.h. dass der Schuldner objektiv zu befürchten hat, dass er die durch eine Zwangsvollstreckung potenziell entstehenden Schadenersatz- bzw. Rückforderungsansprüche nicht erfolgreich wird einbringlich machen können, insbesondere wenn Schäden drohen, welche der Gläubiger nicht zu decken vermöchte. Die Gefährdung des Schuldners kann sich nicht nur aus einer nicht gesicherten Zahlungsfähigkeit des Gläubigers, sondern auch sonstigen Hindernissen bei der Durchsetzung von Schadenersatz- bzw. Rückforderungsansprüchen ergeben (Hofmann/Kunz, a.a.O., N 114 ff. zu Art. 46 LugÜ; Plutschow, in: Schnyder [Hrsg.], Kommentar Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, N 10 zu Art. 46 LugÜ; ZR 107 Nr. 52 S. 186).

b) Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die Gesuchstellerin könnte nicht mehr liquide sein, falls und sobald das Berufungsgericht Mailand die Berufung gutheisst. (...) Es bestünden erhebliche Zweifel an der langfristigen Stabilität und Bonität der Gesuchstellerin. (...)

c) Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass im Urteilsstaat keine Sicherheitsleistung erbracht worden ist, was die Leistung einer solchen im Vollstreckungsstaat a priori ausschliessen würde (vgl. Hofmann/Kunz, a.a.O., N 120 zu Art. 46 LugÜ). Wie unter Erw. 2 ausgeführt, sind die Erfolgsaussichten des von der Gesuchsgegnerin im Urteilsstaat Italien eingereichten Rechtsmittels als gering einzustufen. Demgegenüber spricht der Umstand, dass die Gesuchstellerin in der Schweiz anerkanntermassen über keine dauerhaften Werte verfügt, mittels derer sich die Gesuchsgegnerin gegebenenfalls schadlos halten könnte, tendenziell für

die Anordnung einer Sicherheitsleistung, vermag eine solche jedoch nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Was die finanzielle Lage der Gesuchstellerin anbelangt, ist festzuhalten, dass während einer längeren Verfahrensdauer bei den beteiligten Parteien grundsätzlich jederzeit eine Veränderung bzw. Verschlechterung eintreten kann. (...) Die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Belege (...) vermögen indessen weder ein umfassendes Bild der finanziellen Situation der Gesuchstellerin zu vermitteln noch kann aus den vorhandenen, weder besonders positiven noch klar negativen Geschäftszahlen abgeleitet werden, dass deren Zahlungsfähigkeit längerfristig gefährdet ist. In Würdigung der gesamten Umstände, insbesondere des primär ins Gewicht fallenden Umstandes, dass dem Berufungsverfahren im Urteilsstaat kaum Erfolg beschieden sein wird, rechtfertigt sich die Anordnung einer Sicherheitsleistung vorliegend nicht.

(Beschluss vom 12. September 2012, ZK2 2012 11).

4. Strafrecht

4.1 Verjährung bei Konkursdelikten

- *Tathandlungen von Art. 169 und 289 StGB sind nicht ein Aufrechterhalten eines rechtswidrigen Zustandes und mithin kein Dauerdelikt, weshalb die Verjährung am Ausführungstag der strafbaren Handlung zu laufen beginnt (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, an dem die Täterin die strafbare Handlung ausführt, bei einem Dauerdelikt mit dem Tag, an dem das Verhalten aufhört (Art. 98 lit. a und c StGB). Die Verjährung von Konkursdelikten beginnt am Tag, an dem die Handlungen begangen wurden (Brunner, BSK, Art. 163 StGB N 41 i.V.m. Art. 169 StGB N 26). Das gilt auch im vorliegenden Fall. Ein Dauerdelikt liegt vor, wenn die Handlungen zur Begründung sowie das Verhalten zur Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands eine Einheit bilden und auf die Perpetuierung des deliktischen Erfolgs gerichtet sind (Trechsel, StGB PK, Art. 98 N 5). Tathandlung von Art. 169 und Art. 289 StGB ist die Aufhebung oder Behinderung des amtlichen Beschlags durch Verfügen oder Entziehen,

A 4.2

u.a. auch durch aktives Verheimlichen oder das Bringen von Vermögenswerten an einen Ort, wo sie dem Zugriff des Betreibungsamtes entzogen sind, wobei auch die vorübergehende Behinderung des Betreibungsverfahrens zum Nachteil der Gläubiger genügt. Vorausgesetzt ist ein Tätigwerden und nicht ein blosses Aufrechterhalten eines rechtswidrigen Zustandes. Das wahrheitswidrige Behaupten gegenüber dem Betreibungsbeamten, ein noch vorhandener Vermögenswert sei veräussert worden, ist nicht tatbestandsmässig (vgl. Trechsel/Ogg bzw. Vest, StGB PK, Art. 169 N 5 bzw. Art. 289 N 5 mit Hinweisen). Das blosses Verborgenlassen von Gegenständen bildet damit mit dem auf den tatbestandsmässigen Erfolg gerichteten Verfügen keine Einheit. Es liegt also kein Dauerdelikt vor und die Verjährung kann nicht von einem vom Verhalten der Täterin unabhängigen Ereignis, wie dem Wiederauffinden der inkriminierten Vermögenswerte im Rahmen einer Hausdurchsuchung, abhängig gemacht werden (Pra 1975 Nr. 106), sondern beginnt am Ausführungstag der strafbaren Handlung zu laufen.

(Beschluss vom 4. September 2012, BEK 2012 42).

4.2 SVG, Rechtsfahren auf schneebedeckter Fahrbahn

- *Umfang der Prüfung einer Berufung im Falle einer Übertretung nach Art. 398 Abs. 4 StPO (Erw. 2).*
- *Bestimmung der Strassenmitte und der konkret angemessenen Abstände bei schneebedeckter Fahrbahn (Erw. 3.a bis c).*

Aus den Erwägungen:

2. (...) Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war ausschliesslich eine Übertretung, weshalb nur geltend gemacht werden kann, das angefochtene Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Die Rügen, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Sachverhaltsfeststellung beruhe auf einer Rechtsverletzung, entsprechen denjenigen der ordentlichen Berufung im Sinne von Art. 398 Abs. 3 lit. a StPO, sodass materielle und prozessuale Rechtsfragen – in casu das Vorliegen einer Verkehrsregelverletzung – mit freier Kognition prüfbar sind (Hug in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 398 N 23). Im Lichte von Art. 398 Abs. 3 lit. b StPO (unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung) ist die Prüfung dage-

gen auf die Offensichtlichkeit (aktenwidrige oder willkürliche Beweiswürdigung) eingeschränkt. Schliesslich gänzlich entfällt hier die nach Art. 398 Abs. 3 lit. c StPO bei der ordentlichen Berufung zulässige Rüge der Unangemessenheit (Schmid, StPO PK, Art. 398 N 12).

3. Nach Art. 34 Abs. 1 SVG müssen Fahrzeuge rechts, auf breiten Strassen innerhalb der rechten Fahrbahnhälfte fahren (Satz 1); sie haben sich möglichst an den rechten Strassenrand zu halten, namentlich bei langsamer Fahrt und auf unübersichtlichen Strecken (Satz 2). Das Rechtsfahrgebot gilt allerdings nicht absolut. Dessen Einhaltung ist nach den Verkehrs- und Sichtverhältnissen der konkreten Situation zu beurteilen. Der Fahrzeugführer kann auf gewölbten oder sonst schwer zu befahrenden Strassen und in Linkskurven von der Regel abweichen, wenn die Strecke übersichtlich ist und weder der Gegenverkehr noch nachfolgende Fahrzeuge behindert werden (Art. 7 Abs. 1 VRV). Er hat einen genügenden Abstand vom rechten Fahrbahnrand namentlich bei schneller Fahrt, nachts und in Kurven zu halten (Art. 7 Abs. 2 VRV). Der Fahrzeuglenker muss sich immer an das Rechtsfahrgebot halten, wenn wegen besonderer Verhältnisse jede Abweichung von der Regel den Verkehr unmittelbar gefährden müsste. Wo mit entgegenkommenden Fahrzeugen zu rechnen ist, die nicht auf Distanz wahrgenommen werden können, muss zum vornherein der zum Kreuzen notwendige Zwischenraum in der Mitte der Strasse freigelassen werden. Dieser Zwischenraum wurde in der Praxis auf mindestens 50 cm festgesetzt (BGE 129 IV 44 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 107 IV 44 E. 2c).

a) Der Vorderrichter ging davon aus, dass die Unfallbeteiligten aufgrund der Wetterbedingungen und der schneebedeckten Fahrbahn nicht erkennen konnten, wo genau sich die weisse unterbrochene Leitlinie, welche die Fahrbahnmitte kennzeichnet, befand (Art. 73 Abs. 3 sowie Abs. 6 lit. b SSV, ebenso der unterbrochene Radstreifen gemäss Art. 74 Abs. 5 SSV), und hielt daher in tatsächlicher Hinsicht die optische Mitte der gesamten 8.70 m breiten Strasse für erheblich. Mit guten Gründen stellte der Einzelrichter nicht auf die nicht sichtbare markierte Mittelleitlinie, in deren Bereich die Kollision stattfand, und mithin nicht die Fahrstreifenbreite von 3.70 m, sondern auf die optische Mitte der ganzen Strassenfläche von 4.35 m ab. Unbestritten bleibt in der Beschwerde die Feststellung des Vorderrichters, dass der Angeklagte im Kollisionszeitpunkt mit einem Abstand von 1.55 m zum rechten Fahrbahnrand fuhr (vgl. aber noch unten lit. d). Daraus folgt, dass der Angeklagte bei einer Breite seines Fahrzeuges von rund 2 m (inkl. Aussenspiegel) zur optischen Mitte von 4.35 m noch einen Abstand von ca. 80 cm hatte, mit-

A 4.2

hin in der eigenen Fahrbahn seinen Wagen doppelt so weit vom rechten Rand als von der Mitte entfernt lenkte.

b) Mit rund 80 cm zur optischen Mitte der schneebedeckten Strasse hielt der Angeklagte grundsätzlich einen genügend grossen Abstand ein, um Kursabweichungen oder Fehlreaktionen entgegenkommender Fahrzeuglenker Rechnung zu tragen (vgl. Giger, SVG Kommentar, Art. 34 N 19). Er durfte ausserdem angesichts der Witterung und der Strassenverhältnisse darauf vertrauen, dass entgegenkommende Fahrzeuge einen ähnlichen Abstand von der optischen Mitte hielten, so dass der Abstand beim Kreuzen eines entgegenkommenden Fahrzeuges in etwa demjenigen entsprach, welchen der Angeklagte zum rechten Strassenrand wahrte (1.55 m).

c) Soweit der Vorderrichter die Auffassung vertritt, gerade aufgrund der vorliegenden äusseren Verhältnisse wäre es notwendig gewesen, sich auch innerhalb der eigenen Fahrbahn möglichst weit rechts zu halten, um so das Risiko einer allfälligen Kollision zu vermindern, kann ihm nicht beigespflichtet werden. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass dem Angeklagten in der Anklage zu Recht nicht vorgehalten wird, er hätte sich zufolge seiner Geschwindigkeit von ca. 30 km/h möglichst an den rechten Strassenrand halten sollen, da diese Geschwindigkeit angesichts der prekären Strassenverhältnisse auch ausserorts bei einer massgebenden Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h nicht unangepasst bzw. ungewöhnlich langsam war. Es war durchaus nicht regelwidrig, nachts bei schneebedeckter Fahrbahn und Schneefall mit dieser Geschwindigkeit so zu fahren, dass der Abstand zu entgegenkommenden Fahrzeugen in etwa demjenigen entsprach, welcher zum rechten Fahrbahnrand eingehalten wurde. Abrupte Ausweich- oder Bremsmanöver waren bei diesen Witterungsverhältnissen und Strassenbedingungen zu vermeiden, was bedingte, dass die seitlichen Abstände im Sinne einer „Sicherheitszone“ nach rechts und nach links in etwa gleichmässig verteilt waren (vgl. Giger, SVG Kommentar, Art. 34 N 19). Damit hat der Angeklagte den zufolge Schneefalls eingeschränkten Sichtverhältnissen sowie der wegen schneebedeckter Fahrbahn beeinträchtigten Steuerungs- und Bremsmöglichkeiten Rechnung getragen. Eine Verkehrsregelverletzung liegt unter diesen Umständen nicht vor.

(Urteil vom 4. Mai 2012, BEK 2011 127).

5. Strafprozessrecht

5.1 Haftverfahren

- *Der Privatkläger hat keinen prozessualen Anspruch darauf, dass die Staatsanwaltschaft einen Haftantrag oder ein Haftverlängerungsgesuch stellt (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

b) Fehl geht die Forderung der Beschwerdeführerin, die kantonale Staatsanwaltschaft anzuhalten, Antrag auf Weiterführung der Haft für die Dauer der Begutachtungszeit zu stellen und dadurch das Strafverfahren weiterzuführen. Obschon die Beschwerdeführerin Opfer im Sinne von Art. 116 StPO ist und sie sich unbestrittenermassen als Privatklägerin im Sinne von Art. 118 StPO konstituiert hat, findet sich in der Strafprozessordnung keine Bestimmung, welche der Privatklägerschaft ein Mitwirkungsrecht im Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft bzw. im Rahmen des Haftverlängerungsgesuchs einräumt (vgl. Art. 224 und 227 StPO). Ebenso wenig wird der Privatklägerschaft von der Strafprozessordnung ein Teilnahmerecht im Haftprüfungsverfahren zugestanden (vgl. Art. 225 StPO), noch kann sie gegen einen negativen Haftentscheid Beschwerde führen (vgl. Art. 222 StPO: Beschwerdelegitimation der verhafteten Person sowie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bejaht für die Staatsanwaltschaft [vgl. u.a. BGE 137 IV 22]). Selbst die besonderen, dem Opfer zustehenden prozessualen Rechte im Sinne von Art. 117 StPO sehen diesbezüglich keine Ausnahmeregelung vor. Mit anderen Worten, der Beschwerdeführerin fehlt es an einem prozessualen Anspruch, die kantonale Staatsanwaltschaft zu einem Haftantrag resp. einem Haftverlängerungsgesuch anzuhalten. Fehlt es jedoch an einem Anspruch auf Vornahme einer Untersuchungshandlung, ist diesbezüglich auf die (Rechtsverweigerungs-)Beschwerde bereits mangels eines rechtlich geschützten Interesses nicht einzutreten (vgl. auch Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Ausgabe 2009, N 14 f. zu Art. 224 StPO).

(Beschluss vom 28. Januar 2013, BEK 2012 148).

A 5.2

5.2 Unverhältnismässige Untersuchungshaft

- *Verhältnismässigkeit von Zwangsmassnahmen sowie bei Untersuchungshaft im Allgemeinen (Erw. 3.a).*
- *Der Umstand, dass keine Freiheitsstrafe zu erwarten ist, muss bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden (Erw. 3.b) und rechtfertigt in casu Untersuchungshaft nicht (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. In der Sache hat der Vorderrichter ohne weitere Prüfung der Haftgründe erwogen, dass die Beschuldigten lediglich eine Geldstrafe zu gewärtigen hätten, was Untersuchungshaft ausschliesse, wobei er die Frage, ob es sich um Bagatelldelinquenz handle, ausdrücklich offen gelassen hat. Zudem müssten allfällige Sanktionen mangels Vorstrafen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bedingt ausgesprochen werden. Mit diesen beiden Erklärungen wurden die Untersuchungshaft unabhängig vom Vorliegen von Haftgründen als unverhältnismässig betrachtet und die Haftanträge der Staatsanwaltschaft abgewiesen.

a) Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist bei Zwangsmassnahmen allgemein aufgrund des Gesetzes in drei Richtungen zu beurteilen: nach der Qualität des Tatverdachts (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO), nach der Subsidiarität der Massnahmen (lit. c) sowie nach der Bedeutung der Straftat (lit. d). Hinzu kommt namentlich das in Bezug auf die Dauer der Untersuchungshaft und damit vor allem für Haftverlängerungen wesentliche Verhältnis zur zu erwartenden Freiheitsstrafe (Art. 212 Abs. 3 StPO). Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz entzieht sich indes weitgehend der näheren gesetzlichen Regelung, weshalb er von den Strafbehörden im Einzelfall anzuwenden ist (Schmid, StPO PK, Art. 197 N 7). Mithin darf selbst bei Vorliegen eines dringenden Tatverdachts auf ein Vergehen oder Verbrechen sowie eines speziellen Haftgrundes im Sinne von Art. 221 StPO Untersuchungshaft nicht angeordnet werden, wenn mildere Massnahmen möglich sind, die Bedeutung der Straftaten eine Anordnung nicht rechtfertigt oder Untersuchungshaft überhaupt, bzw. ihre Dauer im Verhältnis zur zu erwartenden Freiheitsstrafe unverhältnismässig erscheint. Die Verhältnismässigkeit kann mithin vorweg geprüft werden.

b) Bei einem mit Freiheitsstrafe bedrohten Vergehen ist zu prüfen, ob im konkreten Fall überhaupt eine freiheitsentziehende Sanktion wahrscheinlich erscheint (BSK-Forster, Art. 221 StPO N 2). Zudem ist die

hohe Wahrscheinlichkeit eines bedingten Vollzugs nicht unbeachtlich (BSK-Albertini/Armbruster, Art. 212 StPO N 14; BSK-Forster, Art. 227 StPO N 9). Zwar schliessen die in eine Freiheitsstrafe umwandelbaren Geldstrafen Untersuchungshaft nicht grundsätzlich aus. Der Umstand, dass die zu erwartende Strafe keine Freiheitsstrafe ist, muss bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit aber berücksichtigt werden (Weder in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 212 N 22).

c) Den Beschwerdegegnern werden Vergehen gegen das Ausländergesetz vorgeworfen, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht sind, nämlich rechtswidrige Einreise, rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. a bis c AuG). Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb die nach momentanem Aktenstand vorstrafenlosen Beschwerdegegner mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen hätten, auch wenn sie sich bereits jahrelang widerrechtlich in der Schweiz aufhalten sollten. Die Staatsanwaltschaft bestreitet nicht, dass bedingte Geldstrafen, allenfalls mit Verbindungsbussen, zu gewärtigen sind. Sie will zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Ausfällung einer Freiheitsstrafe bloss nicht ausschliessen, ohne dies jedoch konkret zu begründen. Sie legt auch nicht dar, inwiefern erhebliche Ersatzfreiheitsstrafen wahrscheinlich werden könnten. Zudem bezwecken diese Strafbestimmungen des Ausländergesetzes, das verwaltungsrechtliche Kontroll- und Ordnungssystem zu schützen, wobei bezüglich des Tatbestandes der rechtswidrigen Einreise für den Fall der sofortigen Ausschaffung ein materiellrechtlicher Opportunitätstatbestand besteht (vgl. Art. 115 Abs. 4 AuG; Maurer, of-Kommentar StGB, Art. 115 AuG N 1 und 31). Es handelt sich mithin anders als in den von der Beschwerdeführerin genannten Fällen des Raufhandels oder schwerer Drohungen gegen Leib und Leben nicht um Straftatbestände, die erhebliche Strafverfolgungsinteressen zur Verbrechenskontrolle betreffen. Keine Rede davon kann sein, dass der Entscheid des Vorderrichters bedeute, Ausländern zu ermöglichen, rechtswidrig sich während einer längeren Zeit in der Schweiz aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Einer Bestrafung steht sein Entscheid nicht entgegen und im Übrigen ist es nicht primär Sache der Strafbehörden, sondern diejenige des verwaltungsrechtlichen Kontrollsystems, rechtswidriges Einreisen, Verweilen und Arbeiten zu verhindern. Die zu erwartenden Strafen rechtfertigen daher vorliegend angesichts der Bedeutung der Straftatbestände Untersuchungshaft nicht (vgl. auch BEK 2012 95 vom 2. August 2012 E. 4.b).

(Beschluss vom 26. Oktober 2012, BEK 2012 140-142).

A 5.3

5.3 Beschlagnahme eines Fahrzeugs im Eigentum Dritter

- Fahrzeuge „in der Hand“ eines mehrfach wegen Fahrten trotz entzogenen Führerausweises Bestraften können eingezogen werden, wenn das Auto als Tatwerkzeug auch in Zukunft Menschen konkret gefährdet (Erw. 3).
- In casu hat der Geschäftsführer einer Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin mit deren Fahrzeug in der Vergangenheit Menschen unverbesserlich gefährdet (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 69 Abs. 1 StGB sind Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person einzuziehen, wenn sie die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Solche Gegenstände können beschlagnahmt werden (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO). Eine solche sog. Konfiskationsbeschlagnahme ist gegeben bzw. bundesrechtlich vorgeschrieben, wenn die spätere, dem Sachrichter vorbehaltene Einziehung wahrscheinlich ist (Riklin, StPO of-Kommentar, Art. 263 N 6; Trechsel/Jean-Richard, StGB PK, vor Art. 69 N 4; Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, S. 80 f., 100 und S. 132 ff.).

Fahrzeuge „in der Hand“ eines mehrfach wegen Fahrten trotz entzogenen Führerausweises Bestraften können eingezogen werden (Trechsel/Jean-Richard, StGB PK, Art. 69 N 3 mit Hinweisen). Die an dieser Kommentarstelle zitierten Fälle betrafen indes Sachverhalte, in welchen die Täter nicht einfach nur ohne Fahrerlaubnis unterwegs waren, sondern zudem konkret die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer gefährdet hatten (vgl. ZBJV 2003 S. 563, schwere Verkehrsregelverletzungen und Trunkenheit; SJZ 1982 Nr. 18, zahlreiche Unfälle mit erheblichem Sachschaden; LGVE 1999 I Nr. 48, akute Gefährdung von anderen Verkehrsteilnehmern; vgl. RK2 2009 67 = EGV-SZ 2010 A 5.2, Trunkenheitsfahrten und Verkehrsregelverletzungen). Die Einziehung des Autos ist nur zulässig, wenn das Auto als Tatwerkzeug auch in Zukunft Menschen konkret gefährdet (Schubarth, AJP 2005 S. 531; Heimgartner, a.a.O., S. 141).

4. Im Beschwerdeverfahren sind die aktenkundigen, einschlägigen Vorstrafen des Leiters der Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin unbestritten. Er hat das Fahrzeug mit Kennzeichen X. schon in der Ver-

gangenheit ohne Fahrberechtigung mehrfach gefahren. In der Schweiz ist er wegen dieses Tatbestands in drei Fällen und in Deutschland zuvor in fünf Fällen verurteilt worden. In Deutschland wurde ihm erstmals 1998 die Fahrerlaubnis entzogen und ist zuletzt bis 2009 gesperrt worden. Er hat sie nicht wieder beantragt und in der Schweiz keinen Führerausweis erworben. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin das ihm zur Verfügung stehende und bereits wiederholt zur einschlägigen Deliktsbegehung verwendete Firmenauto wieder lenken wird, obwohl er über keine Fahrberechtigung verfügt. Ob allein dieser Umstand genügt, um die zur Beschlagnahme erforderliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung im weitesten Sinn anzunehmen (vgl. Schmid, Kommentar Einziehung, organisierte Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Auflage, Zürich 2007, StGB 69 N 63), kann vorliegend offen gelassen werden, da der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin bei den Fahrten ohne Fahrberechtigung die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer gefährdet hat. Laut rechtskräftigem Strafbefehl vom 7. September 2012 war er bei einer Fahrt angetrunken mit 0.52 Gewichtspromillen unterwegs. Schwererer Trunkenheitsfahrten hat er sich 1998 und 2006 in Deutschland mit 1.88 bzw. 1.81 Gewichtspromillen schuldig gemacht. Im Jahr 2010 hat er überdies die Geschwindigkeit um 28 km/h überschritten, wofür er administrativ mit einem Ausweisentzug von einem Monat belegt wurde. Das Verhalten des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin erscheint daher wahrscheinlich nicht nur unverbesserlich, sondern auch als für andere Verkehrsteilnehmer gefährlich. Die Beschlagnahme ist angesichts dieser Gefahren verhältnismässig (vgl. auch BGE 137 IV 249 E. 4.4 f.). Es ist kein milderes Mittel als die provisorische Sicherstellung ersichtlich, zumindest solange als die Beschwerdeführerin nicht Gewähr bieten kann, dass ihr Geschäftsführer das Auto nicht mehr fahren wird. Die Beeinträchtigungen ihres Betriebs sind notwendig mit der durch dieses unverbesserliche Verhalten nötig gewordenen Beschlagnahme verbunden und vermögen daher die behauptete Unzumutbarkeit der Massnahme nicht darzutun (vgl. EGV-SZ 2010 A 5.2 E. 3.c/cc).

(Beschluss vom 13. Dezember 2012, BEK 2012 147).

5.4 Notwendige Verteidigung

- *Eine beschuldigte Person ist im Fall einer notwendigen Verteidigung grundsätzlich verpflichtet, sich verteidigen zu lassen (Erw. 3.a).*

A 5.4

- *Die Verhandlungsfähigkeit ist nur ausnahmsweise zu verneinen (Erw. 3.b), die Anordnung einer notwendigen Verteidigung erweist sich in casu unabhängig davon als unverhältnismässig (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer opponiert nicht der Person des eingesetzten Verteidigers, sondern bestreitet das Vorliegen der Voraussetzungen zur Bestellung eines solchen an sich und behauptet, zur Verfahrensinteressenwahrung nicht unfähig zu sein. (...).

a) Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Eine Verteidigung ist notwendig, wenn die beschuldigte Person wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann (Art. 130 lit. c StPO). Der Beschuldigte ist diesfalls verpflichtet, sich verteidigen zu lassen (Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, Basel 2011, § 28 N 941 mit Hinweisen; Ruckstuhl, BSK, Art. 130 StPO N 1) bzw. kann sich der Anordnung einer solchen nicht widersetzen (Lieber in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 130 N 2, indes kritisch N 6 ff.); denn es handelt sich dabei anders als bei der unentgeltlichen Rechtsverteidigung nicht bloss um eine Rechtswohltat zugunsten des Beschuldigten, auf die er verzichten könnte, sondern vielmehr um eine im öffentlichen Interesse liegende Anordnung, die dem geordneten Ablauf des Verfahrens und der Wahrheitsfindung dient (KG 327/00 RK2 vom 23. September 2000 E. 3.a und b).

b) Das Gesetz definiert die Unfähigkeit, sich zu verteidigen, nicht näher. Massgebend ist, ob eine allfällige Behinderung sich auf die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte bzw. die Fähigkeit zur Selbstverteidigung auswirkt. Dabei muss es sich nicht um eine Behinderung im Sinne einer psychischen Krankheit handeln, sondern es genügt ein Verhalten, das sich ausserhalb der allgemein anerkannten Wert- und Tatsachenvorstellungen bewegt und Zweifel daran weckt, ob der Beschuldigte das Wesen des Strafprozesses überhaupt erkennen bzw. Verhandlungen folgen kann (Lieber, a.a.O., Art. 130 N 18 f. mit Hinweisen; Schmid, StPO PK, Art. 130 N 9; Ruckstuhl, BSK, Art. 130 StPO N 32; Riklin, StPO of-Kommentar, Art. 130 N 1). Fremdsprachigkeit ist in der Regel mit dem Beizug eines Übersetzers zu begegnen (vgl. Lieber, a.a.O., Art. 130 N 21). Die Verhandlungsfähigkeit ist nur ganz ausnahmsweise zu vernei-

nen, nämlich dann, wenn eine beschuldigte Person nicht in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen, die gegen sie erhobenen Beschuldigungen zu verstehen und zu diesen vernunftgemäss Stellung zu nehmen (BGer 1B_332/2012 vom 15. August 2012, E. 2.4).

aa) Vorliegend begründet die Staatsanwaltschaft die erst im Beschwerdeverfahren behauptete Verfahrensunfähigkeit weder mit der durchgeführten fürsorgerischen Freiheitsentziehung noch mit den psychotherapeutischen Behandlungen. Diesbezüglich bestehen keine Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich nur beschränkt oder gar nicht verhandlungsfähig sein könnte.

bb) Die von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren konkret geltend gemachte Verweigerung der Unterzeichnung des Protokolls der Konfrontationseinvernahme sowie das widersprüchliche Verhalten bezüglich der Entbindung von der Schweigepflicht legen nicht ausreichend eine verminderte Verhandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers dar. Dessen beschränkte Entbindungserklärungen sind zwar mit seiner später geäusserten Absicht, Strafanzeige gegen X. wegen Verletzung des Arztgeheimnisses in der heutigen Einvernahme erstatten zu wollen, nicht vereinbar, widersprechen aber seiner Ansicht, nur eine Entbindungserklärung für „spezifische Fragen“ abgegeben zu haben, nicht dermassen, dass angenommen werden könnte, er sei nicht hinreichend in der Lage, dem Strafprozess zu folgen. Ebensowenig kann eine massgebende Beeinträchtigung der Fähigkeit des Beschwerdeführers, seine Verfahrensrechte wahren zu können, aus dem Umstand abgeleitet werden, dass es beim Lesen des Protokolls offenbar zu einem Konflikt mit dem Rechtsanwalt der Gegenpartei wegen der Weitergabe der Protokollseiten kam. Diese Fragen müssen indes aus nachfolgenden Gründen nicht abschliessend beurteilt werden.

c) Hausfriedensbruch, Drohung und Tätlichkeiten sind Antragsdelikte, an welchen nur ein beschränktes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Zudem handelt es sich vorliegend nicht um einen komplexen Fall. Angesichts dessen ist die Anordnung einer notwendigen Verteidigung unverhältnismässig, abgesehen davon, dass das Verhalten des Beschwerdeführers nach dem Gesagten wohl eher als lästig erscheint, als auf eine verminderte Verhandlungsfähigkeit zurückzuführen ist. Hinzu kommt, dass die von der Vorinstanz für die behauptete Verfahrensunfähigkeit geltend gemachten Umstände auf einer einzigen Einvernahme basieren. Deswegen wird das öffentliche Interesse an einem geordneten Verfahrensablauf aber (noch) nicht derart beeinträchtigt, dass

A 5.5

sich vorliegend rechtfertigt, dem Beschwerdeführer eine Verteidigung aufzuzwingen.

(Beschluss vom 12. Dezember 2012, BEK 2012 114).

5.5 Rechtsmittel gegen einen selbständigen Widerrufsentscheid

- *Ein selbständiger Widerrufsentscheid nach Art. 46 StGB ist kein Urteil im Sinne von Art. 80 Abs. 1 StPO und deshalb mit Beschwerde anfechtbar (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. Der angefochtene Beschluss erfolgte in Anwendung neuen schweizerischen Prozessrechts (Art. 450 StPO, angef. Beschluss S. 4 E. I.). Die Beschwerde ist zulässig gegen Beschlüsse der erstinstanzlichen Gerichte (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO), soweit nicht die Berufung möglich ist (Art. 394 lit. a StPO). Sind Widerrufsentscheide sowie Anordnungen in Nebenpunkten Bestandteil eines Urteils, so sind sie mit Berufung anfechtbar (vgl. Schmid, StPO PK, Art. 394 N 2; Reichmuth Pfammatter, SWR 12, S. 130; BEK 2011 158 vom 20. Dezember 2011 betr. Einstellungen). Dagegen unterliegen nach mehrheitlicher Auffassung nachträglich in Form einer Verfügung oder eines Beschlusses erlassene selbständige Entscheide (Art. 363 ff. StPO), worunter ein Widerrufsentscheid nach Art. 46 StGB fällt (Riklin, StPO of-Kommentar, Vorbem. Art. 363-365 N 1), der Beschwerde (Reichmuth Pfammatter, SWR 12, S. 124; Riklin, a.a.O., und Art. 365 N 2; Schmid, Nochmals zum Rechtsmittel gegen selbständig gefällte Entscheide nach Art. 365 StPO, FP 4/2011 S. 222; so auch Schnell, Entscheide nach Art. 365 StPO – berufungsfähig oder nur der Beschwerde zugänglich?, FP 2/2011 S. 111, die aber für die Berufungslösung eintritt). Dieser überwiegenden, dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden (Botschaft BBI 2006 II S. 1299) Auffassung ist zu folgen. Die Urteilsdefinition von Art. 80 Abs. 1 bzw. 398 Abs. 1 StPO darf aus systematischen Gründen nicht zu weit gefasst werden (Schmid, ebd.). Sie betrifft in einem engeren Sinn nur Entscheide, die über den Schuldpunkt bzw. aufgrund einer Hauptverhandlung ergehen (Riklin, a.a.O., Vorbem. Art. 80-83 N 5 sowie Art. 80 N 1). Eine Hauptverhandlung über eine Anklage mit dem in Art. 325 StPO definierten Inhalt (ohne weitere Angaben und Anträge der Staatsanwaltschaft nach Art. 326 StPO) findet im Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts jedoch nicht statt. Eine Verhandlung ist

nicht einmal zwingend (Art. 365 StPO). Ausserdem verfügt die Beschwerdeinstanz ebenso wie die Berufungsinstanz und das erstinstanzliche Gericht über gerichtliche Befugnisse (Art. 13 StPO). Die Eingabe des Verurteilten ans Kantonsgericht ist deshalb als Beschwerde zu behandeln.

(Beschluss vom 4. Oktober 2012, BEK 2011 98).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Zustellfiktion

- *Formen der Zustellung nach Art. 138 ff. ZPO (Erw. 2).*
- *Zweimaliger (erfolgloser) Zustellversuch per Einschreiben: Keine Zustellfiktion bezüglich Konkursbegehren und Anzeige zur Konkursverhandlung trotz vorgängig zugestellter Konkursandrohung; weiterer Versand mit A-Post verspätet (Erw. 3).*
- *Die Nichtzustellung bzw. nicht rechtzeitige Zustellung der Anzeige zur Konkursverhandlung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, welche zur Aufhebung der Konkursöffnung führt (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht in Art. 138 verschiedene Zustellungsformen vor, nämlich eine qualifizierte (Abs. 1 und 2; gegen Empfangsbestätigung), eine fiktive (Abs. 3; bei Nicht-abholen von Einschreibesendungen, sofern mit einer Zustellung gerechnet werden musste oder bei Verweigerung einer persönlichen Zustellung) und eine einfache (Abs. 4; gewöhnliche Post). Daneben existieren die alternative Möglichkeit einer elektronischen Zustellung nach Art. 139 (mit Einverständnis der betroffenen Person) oder die Ersatzform der öffentlichen Bekanntmachung (Publikation, Ediktalzustellung) unter den Voraussetzungen von Art. 141.

a) Das Konkursbegehren ist eine Eingabe der Gegenpartei und als solche der Partei zwingend zuzustellen (Art. 136 lit. c ZPO), wobei dies grundsätzlich auch mit gewöhnlicher Post geschehen kann (Art. 138 Abs. 4 ZPO; vgl. Jenny, OF-Kommentar-ZPO, Zürich 2010, N 13 zu

A 6.1

Art. 138; Huber, DIKE-Kommentar-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 7 zu Art. 136, mit Hinweis betreffend Botschaft in Fn 9).

b) Demgegenüber sind Vorladungen, Verfügungen und Entscheide gegen Empfangsbestätigung zuzustellen. Die Anzeige einer Konkursverhandlung stellt jedoch keine Vorladung im technischen Sinn dar (auch wenn die Bezeichnung „Vorladung“ von der Vorinstanz verwendet wurde ...), weshalb Art. 138 Abs. 1 ZPO „jedenfalls nur analog anzuwenden wäre“ (obiter dictum in BGE 138 III 225 ff. E. 3.4).

Die bisherige Literatur (vgl. BSK-Nordmann, N 8 zur Art. 168 SchKG, KUKO-SchKG-Diggelmann/Müller, N 1 zu Art. 168) und kantonale Rechtsprechung (vgl. bspw. Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. Januar 2012, Geschäftsnummer PS110238, abrufbar via www.gerichte-zh.ch, Rubrik Entscheide) gehen soweit ersichtlich (und soweit dieser Punkt überhaupt thematisiert wird) von der Notwendigkeit einer qualifizierten Zustellung (gegen Empfangsbestätigung) aus.

Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sah für die gerichtliche Zustellung noch ausschliesslich jene gegen Empfangsbestätigung vor, ein Versand mit gewöhnlicher Post war noch nicht erwähnt (Art. 130 VE-ZPO). Anlässlich der Vernehmlassungen wurde unter anderem vorgebracht, es sei „sachlich keineswegs erforderlich und [verursache] den Kantonen unnötige Mehrkosten“, wenn „sämtliche zuzustellenden Urkunden auf die vorgeschriebene, kostspielige Art zugestellt“ würden. Es wurde vorgeschlagen, nur die „Zustellung von Vorladungen sowie von fristauslösenden Entscheiden und dergleichen“ der qualifizierten Zustellungsform zu unterwerfen (Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum VE-ZPO S. 370, [...]). Der nachfolgende Entwurf sah dann eine Zustellung gegen Empfangsbestätigung noch für Vorladungen, Verfügungen und Entscheide vor, für die übrigen Schriftstücke genügte nun der Versand mit gewöhnlicher Post (Art. 136 E-ZPO). Die beiden Räte stimmten dieser geänderten Regelung diskussionslos zu (Amtliches Bulletin des Ständerats, 2007 S. 513 f., Amtliches Bulletin des Nationalrats, 2008 S. 945; Geschäftsnr. 06.062).

Mit der Teilnahme an der Konkursverhandlung wird dem Schuldner Gelegenheit gegeben, sich zur Schuld, den Zinsen und sämtlichen Kosten zu äussern und einen Antrag betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen des Konkursöffnungsverfahrens zu stellen. Auch wenn den Beteiligten eine Teilnahme an der Konkursverhandlung grundsätzlich freigestellt ist, rechtfertigt es sich dennoch, die Anzeige einer Konkursverhandlung zustellungsmässig gleich zu behandeln wie eine Vorladung im technischen Sinn. Dies entspricht auch dem Sinn der Regelung, welche nicht primär eine Einschränkung der qualifizierten Zu-

stellung für die genannten Kategorien von Schriftstücken erreichen wollte, sondern vielmehr aus Effizienzüberlegungen eingeführt wurde, damit nicht unnötigerweise alle Schriftstücke qualifiziert zugestellt werden müssen. Ausserdem erscheint gerechtfertigt, wenn mindestens ein Schriftstück in einem Konkursverfahren vor Abschluss durch den Konkursöffnungsentscheid in qualifizierter Form zugestellt wird.

Im vorliegenden Fall spielen die verschiedenen Anforderungen an die Zustellung bezüglich Konkursbegehren und Anzeige der Konkursverhandlung indes keine Rolle, wie sogleich aufzuzeigen sein wird.

3. Vorliegend wurde die Anzeige zur Konkursverhandlung zusammen mit dem Konkursbegehren zweimal per Einschreiben und einmal per A-Post versandt.

a) Bei einer nicht abgeholtten Einschreibesendung kann diese als zugestellt gelten (sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion), wenn der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 III 225 ff. E. 3.2) führt die Zustellung einer Konkursandrohung (...) jedoch nicht bereits dazu, dass der Schuldner mit der Anzeige einer Konkursverhandlung rechnen muss bzw. die Zustellung eines behördlichen Aktes im Falle der Nichtabholung einer eingeschriebenen Postsendung fingiert wird. Die Zustellung des Konkursbegehrens (als auch der Anzeige zur Konkursverhandlung) kann somit aufgrund des ersten Versands per Einschreiben nicht fingiert werden.

b) Auch ein zweiter (erfolgloser) Zustellversuch per Einschreiben führt nicht ohne weiteres dazu, dass eine Zustellung zu fingieren wäre (vgl. BGer 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010). Wird die erste eingeschriebene Sendung nicht abgeholt, erhält der Adressat eine Abholeinladung der Post, auf welcher die Art der Sendung (angekreuztes Kürzel „R“, „GU“ etc.), die Postleitzahl des Absenders sowie die letzten fünf Ziffern der Sendungsnummer aufgeführt werden (...). Der Beschwerdeführer konnte somit auf der Abholeinladung der Post – selbst wenn sie vollständig ausgefüllt wurde – nur erkennen, dass er eine Einschreibesendung (vorliegend erfolgte kein Versand als Gerichtsurkunde) eines Absenders aus (...) erhalten hatte. Die letzten fünf Ziffern der Sendungsnummer dienen der eindeutigen Identifizierung der Sendung, lassen aber für den Adressaten keine weiteren Rückschlüsse auf die Sendung zu. Aus den Angaben der Abholeinladung konnte der Adressat somit nicht auf den Zustellversuch einer Anzeige zur Konkursverhandlung schliessen. Weitere Indizien, welche einen solchen Schluss zugelassen hätten, wurden weder vorgebracht noch wären sie aus den Akten ersichtlich. Auch aus der

A 6.2

zweiten Abholeinladung (welche einen analogen Inhalt aufweist) musste der Beschwerdeführer nach dem Gesagten nicht auf den Zustellversuch eines Konkursbegehrens oder einer Anzeige zur Konkursverhandlung schliessen. Eine Zustellung ist somit auch für den zweiten Versand nicht zu fingieren.

c) Der dritte Zustellversuch per A-Post erweist sich überdies als verspätet. Der Versand erfolgte am Vortag der Konkursverhandlung und es ist nicht nachgewiesen (und wurde von der Vorinstanz auch nicht behauptet), dass dem Beschwerdeführer die Sendung noch vor der Konkursverhandlung (welche um 9.00 Uhr stattfand) zugegangen wäre (vgl. auch BGE 138 III 225 ff. E. 3.4). Der Beschwerdeführer gab denn auch an, über den „Vorgang“ der Konkursöffnung „erst durch das Konkursamt (...) resp. durch dessen vorläufige Konkursanzeige im Amtsblatt (...) in Kenntnis gesetzt“ worden zu sein (...).

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der rechtzeitige Zugang des Konkursbegehrens als auch der Anzeige zur Konkursverhandlung vorliegend nicht erstellt ist.

4. Die vorgängige Anzeige einer Konkursverhandlung ist formelles Erfordernis der Konkursöffnung, deren Nichtvorliegen eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs der Parteien darstellt. Dieser Mangel ist zudem „dermassen schwerwiegend, dass eine Heilung vor der Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen erscheint“; eine vorbehaltlose Einlassung liegt überdies mangels Teilnahme des Beschwerdeführers an der Konkursverhandlung nicht vor (BGE 138 III 225 ff. E. 3.3). Zusammenfassend ist die Konkursöffnung vorliegend bereits mangels genügender Anzeige der Konkursverhandlung aufzuheben. Auch die Nichtzustellung bzw. nicht rechtzeitige Zustellung des Konkursbegehrens würde indes eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen (Art. 136 lit. c ZPO).

(Beschluss vom 19. Juli 2012, BEK 2012 65).

6.2 Begründung von Kosten- und Entschädigungsentscheiden

- *Kosten- und Entschädigungsentscheide brauchen in der Regel nicht begründet zu werden; eine Begründung ist aber insbesondere dann erforderlich, wenn die Behörde die Honorarnote kürzt oder sich nicht an die geltenden Tarife und Reglemente hält (Erw. 4.a).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Gesuchsteller rügt, sein Rechtsvertreter habe der Vorinstanz zur Bemessung der Parteientschädigung am 16. Oktober 2012 eine spezifizierte Honorarnote über Fr. 1032.50 eingereicht. Ohne jegliche Begründung habe der Vorderrichter die Parteientschädigung um über 60 % gekürzt und deshalb § 6 Abs. 1 und 3 GebTRA i.V.m. Art. 105 ZPO sowie Art. 29 BV und Art. 238 lit. g ZPO verletzt. Die Höhe der geltend gemachten Parteientschädigung sei auch gestützt auf § 10 GebTRA angemessen.

a) Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu. Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Massgeblich für die Entschädigung ist der Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA).

Am 16. Oktober 2012 reichte der Gesuchsteller der Vorinstanz eine Honorarnote mit detaillierten Leistungssätzen ein. Damit hat er seine Tätigkeit und Auslagen i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 1 GebTRA spezifiziert. Der Vorderrichter hätte die Angemessenheit der Honorarnote prüfen müssen, da eine angemessene Kostennote der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen bzw. nur bei Unangemessenheit die Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen ist (§ 6 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GebTRA). Die Vorinstanz ist aber mit keinem Wort auf die vom Gesuchsteller eingereichte Honorarnote eingegangen. Da sich der Vorderrichter zur Höhe der Parteientschädigung mit keinem Wort geäussert, sondern bloss festgehalten hat, ausgangsgemäss werde die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungspflichtig, hat er nicht nur § 6 Abs. 1 und 3 GebTRA i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO verletzt, sondern ist auch seiner durch Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 238 lit. g ZPO vorgeschriebenen Begründungspflicht nicht nachgekommen. Kosten- und Entschädigungsscheide brauchen in der Regel zwar nicht begründet zu werden; eine Begründung ist aber insbesondere dann erforderlich, wenn die Behörde die Honorarnote kürzt oder sich nicht an die geltenden Tarife und Reglemente hält. Das rechtliche Gehör wird verletzt, wenn die Behörde eine rechtzeitig eingereichte detaillierte Kostennote des unentgeltlichen Rechtsvertreters nicht unbesehen übernimmt und nicht zumindest kurz in nachvollziehbarer Weise darlegt, weshalb es welche der in Rechnung gestellten Aufwandpositionen für übersetzt hält. Der Entscheid ist wenigstens summarisch zu begründen (BGer, Urteil 6B_109/2010 vom 22. Februar 2011 E. 3.3; BGer, Urteil 6B_136/2009 vom 12. Mai 2009 E. 2.3; BGer, Urteil 6B_464/2007 vom 12. November 2007 E. 2.1; Weissenberger, Zum Anspruch des amtlichen Rechtsbeistandes auf Par-

A 6.2

teientschädigung im Beschwerdeverfahren gegen Honorarentscheide am Beispiel des basel-städtischen Rechts, in: BJM 2000, S. 221 ff. S. 226 f.). Der Vorderrichter wäre demnach verpflichtet gewesen, sich mit dem vom Gesuchsteller im Detail ausgewiesenen Aufwand auseinanderzusetzen und nachvollziehbar darzulegen, welche Positionen er konkret nicht entschädigt (BGer, Urteil 6B_136/2009 vom 12. Mai 2009 E. 3.3).

(Beschluss vom 6. Februar 2013, BEK 2012 199).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Beschwerdebefugnis

- *Das Mitwirkungsverfahren nach Art. 4 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) begründet keine Beschwerdebefugnis im Nutzungsplanverfahren.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Der kantonale Gesetzgeber regelt unter der Marginalie „D. Erlass kommunaler Nutzungspläne“ das Gestaltungsplanverfahren anders als dasjenige des Zonen- und Erschliessungsplanes (§§ 25 PBG). Beim letzteren hat der Gemeinderat die Öffentlichkeit über die Zielsetzungen seiner Planungen zu informieren und Einwendungen sowie Vorschläge entgegenzunehmen. Alsdann arbeitet er den Entwurf und die dazugehörigen Vorschriften aus und unterbreitet diese dem zuständigen Departement. Über den Stand der Planung hat er periodisch zu informieren. Wird der Entwurf alsdann öffentlich aufgelegt, kann jedermann während der Auflagefrist beim Gemeinderat Einsprache erheben (Populareinsprache). Im weiterführenden Rechtsmittelverfahren ist die Populärbeschwerde indes ausgeschlossen. Die Pläne erlässt schliesslich die Gemeindeversammlung (§ 25 f. PBG).

Beim Gestaltungsplan sind die Grundeigentümer des Gestaltungsplangebietes Antragsteller und der Gemeinderat ist die Erlassbehörde (§ 30 Abs. 1 PBG). Eine Vorprüfung durch die kantonale Behörde ist fakultativ (§ 22 PBV). Gegen den aufgelegten Gestaltungsplan und die entsprechenden Sonderbauvorschriften kann beim Gemeinderat Einsprache erheben, wer berührt ist und an der Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse hat (§ 30 Abs. 3 PBG).

Nach kantonalem Recht ist somit beim Erlass der Grundordnung (Zonenplan und Erschliessungsplan) grundsätzlich ein Mitwirkungsverfahren durchzuführen (betr. untergeordnete Planänderungen siehe Muggli in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Art. 4 Rz. 25; Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Art. 4 N 15; VGE III 2011 106 vom 21. September 2011, Erw. 5.3). Im

B 1.1

Gestaltungsplanverfahren ist dies nicht der Fall. Nur besonders berührte Personen können sich im Rahmen des Auflage- und Einspracheverfahrens einbringen. Entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht widerspricht dies nicht Art. 4 RPG.

4.2. Art. 4 RPG verlangt, dass die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden die Bevölkerung über Ziele und Ablauf der Planungen unterrichten. Sie sorgen auch dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann.

Informationspflicht und Mitwirkungsrecht wollen die demokratische Legitimation des Planungsprozesses (politischer Meinungsprozess) stärken. Davon abzugrenzen ist die Gewährung der rechtsstaatlichen Garantien (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 4 N 1). Das vorliegende individuelle Rechtsschutzverfahren hat hinsichtlich der Beschwerdebefugnis nicht Mindestanforderungen gemäss Art. 4 RPG zu beachten. Die Beschwerdeberechtigung bestimmt sich vielmehr nach Art. 33 RPG (Waldmann/Hänni, a.a.O. Art. 4 N 5). Das jedermann zugestandene Mitwirkungsverfahren nach Art. 4 RPG verschafft keine Parteistellung (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 4 N 2 erstes Lemma in fine).

Bei dieser Rechtslage ist klar, dass sich die vom Beschwerdeführer geltend gemachte erweiterte Beschwerdebefugnis nicht begründen lässt. Daran vermag auch der Verweis auf die sog. „Star“-Praxis nichts zu ändern. Diese Praxis besagt, dass ein Beschwerdeführer, der in der Sache selbst nicht zur Beschwerdeführung berechtigt ist, dem aber im kantonalen Verfahren Parteistellung zukam, die Verletzung von Parteirechten rügen kann, die ihm von Verfassungs wegen zustehen. Ausnahmsweise kann dies auch bei Popularbeschwerdeführern der Fall sein, die vorinstanzlich über besondere Verfahrensrechte verfügten (BGE 136 II 383 Erw. 3.3). Art. 4 RPG verlangt von den Kantonen nicht die Einführung eines Popularbeschwerderechts. Vielmehr geht es – wie bereits erwähnt – um einen politischen Meinungsbildungsprozess, bei dem, im Gegensatz zum rechtlichen Gehör im rechtsstaatlichen Verfahren, kein Anspruch auf individuelle Beantwortung besteht (Waldmann/Hänni, a.a.O. Art. 5 N 15 erstes Lemma). Dem Beschwerdeführer kommt somit weder nach kantonalem noch nach Bundesrecht Parteistellung zu.

4.3 Unbesehen davon gilt zu beachten, dass gemäss kantonaler Rechtsprechung ein Gestaltungsplan Zonenzweck und Zonencharakter nicht grundsätzlich in Frage stellen darf und dass er sich in ein bestehendes Ganzes einzufügen hat (EGV-SZ 2009, B 8.5). Im Lichte des politischen Meinungsprozesses nach Art. 4 RPG kommt den vom Gestaltungsplan her möglichen Abweichungen nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Es

ist Sache der Erlass- und Genehmigungsbehörde (§ 30 Abs. 1 und 5 PBG), dafür zu sorgen, dass Zonenzweck und Zonencharakter eingehalten werden. Zudem können beschwerdebefugte Personen gemäss § 37 Abs. 1 VRP i.V.m. Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG und Art. 89 Abs. 1 BGG den Rechtsweg beschreiten. Hierzu gehört, wie dargelegt, der Beschwerdeführer aber nicht.

(VGE III 2011 21 vom 20. Juni 2012).

1.2 Beschwerdebefugnis

- *§ 65 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (VRP; SRSZ 234.110) und § 30 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) im Verhältnis zu § 37 Abs. 1 VRP (Erw. 2.1).*
- *Konkurrentenbeschwerde und richtplanerische Vorgaben (Erw. 2.5, 3.2).*

Aus den Erwägungen:

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

¹Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist berechtigt, wer:

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

Diese Anpassung wurde vom Gesetzgeber vorgenommen, damit auch inskünftig zwischen der kantonalen und bundesrechtlichen Rechtsmittelbefugnis keine Differenz besteht. Inhaltlich ändert sich, vorbehaltlich einer Verschärfung der Legitimation durch das Bundesgericht auf Grund der Formulierung „besonders berührt“ (hiezü Marantelli-Sonanini/Huber in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 11 ff.), an der Rechtsmittelbefugnis grundsätzlich nichts (RRB Nr. 724/2007 vom 20. Mai 2007, Änderung der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 11 mit Hinweis

B 1.3

auf BBl 2001 4329). Dass die Einsprachebefugnis in § 65 VRP redaktionell nicht in gleicher Weise angepasst wurde, ist wohl auf ein Versehen zurückzuführen. Dies gilt auch für die in § 30 Abs. 3 PBG speziell erwähnte Einsprachebefugnis im Gestaltungsplanverfahren.

(...).

2.5 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es für die Zulässigkeit einer Konkurrentenbeschwerde einer spezifischen, qualifizierten Beziehungsnähe etwa durch eine spezielle wirtschaftsverwaltungsrechtliche Zulassungs- oder Kontingentierungsordnung, welcher die Konkurrenten gemeinsam unterworfen sind (BGE 123 II 382 Erw. 5b/aa; EGV-SZ 2005, B 8.3 Erw. 8.2.3).

(...).

3.2 Die Voraussetzungen für eine Konkurrentenbeschwerde (siehe oben Erw. 2.5) sind offenkundig nicht gegeben. Die richtplanerischen Vorgaben insbesondere im Zusammenhang mit verkehrsintensiven Einrichtungen (Richtplangeschäft R_H-3 Ergänzung Richtplan/Region ...) stellen keine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ordnung dar. Abgesehen davon ist der Richtplan nur behördenverbindlich und tangiert Gewerbetreibende nicht unmittelbar. Wirtschaftspolitische Überlegungen vermögen im Übrigen keine Einsprachebefugnis zu begründen. (...).

(VGE III 2012 59 vom 24. Juli 2012; eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat das Bundesgericht mit Urteil 1C_437/2012 vom 21. Februar 2013 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

1.3 Kognition

- *Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat. Gemeinde ist Bauherrin.*

Aus den Erwägungen:

1.3 Wenn ein Gemeinderat sowohl als Vertreter der Bauherrschaft (Gemeinde) wie auch als Baubewilligungsbehörde auftritt, hat der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz seine Kognition vollumfänglich und ohne Zurückhaltung wahrzunehmen (EGV-SZ 1989 Nr. 4). Soweit keine persönlichen Interessen der Behördemitglieder vorliegen, stellt die personelle Verknüpfung zwar keinen Ausstandsgrund dar (betreffend Ausstand von Behördemitglieder im Milizsystem, siehe auch EGV-SZ 2006,

B 1.1). Umso mehr rechtfertigt sich aber im Beschwerdefall, dass die erste Beschwerdeinstanz, welche zugleich Aufsichtsbehörde ist, ihre Überprüfungszuständigkeit vollumfänglich wahrnimmt, um so den Gefahren eines Zielkonfliktes präventiv und repressiv zu begegnen.

(VGE III 2012 81 vom 24. Juli 2012).

1.4 Parteientschädigung

- *Anspruch der bloss teilweise obsiegenden beanwalteten Partei auf eine Parteientschädigung; Anspruch auch beanwalteter (ganz oder teilweise) obsiegender Behörden auf eine Parteientschädigung.*

Aus den Erwägungen:

2.3 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, „die Betrachtungsweise des Regierungsrates (...) würde dazu führen, dass die Gegenseite und die Vorinstanz noch dafür belohnt werden sollen, dass ich keinen Anwalt beigezogen habe. Mit anderen Worten, ich soll nun den Anwalt der Gegenpartei bezahlen, obschon ich mindestens im gleichen (in Wirklichkeit in grösserem) Umfang Recht bekommen habe wie die Gegenseite“ (...). In der Stellungnahme (...) bringt er zudem vor, gemäss § 74 VRP bestehe kein Anspruch auf eine Parteientschädigung, wenn keine Partei gesamthaft als obsiegende betrachtet werden könne. Eine Wettschlagung von Kosten sei abwegig und entspreche auch nicht der Usanz, „weder in verwaltungsgerichtlichen und schon gar nicht in zivilrechtlichen Verfahren“.

3.1 Es entspricht dem Gerechtigkeitsempfinden, dass der im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Partei sämtliche Kosten ersetzt werden (Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 467). Das Unterliegerprinzip, das § 74 VRP wie auch § 72 VRP innewohnt, rechtfertigt es, die obsiegende Partei nach Massgabe von deren Obsiegen für sämtliche Parteikosten zu entschädigen. Auch der bloss teilweise obsiegenden Partei steht eine Entschädigung zu, die allerdings entsprechend zu reduzieren ist (vgl. M. Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 134 Rz. 234).

Auch wenn § 74 VRP im Gegensatz zur Regelung der Kostenaufgabe in § 72 Abs. 2 VRP, wonach die Kosten bei nur teilweisem Unterliegen anteilmässig auf die Parteien verteilt werden, die Parteientschädigung

B 1.4

für teilweises Obsiegen nicht explizit erwähnt, entspricht die diesbezügliche Rechtsfolge mithin den dargelegten Grundsätzen sowie dem allgemeinen Grundsatz des „in maiore minus“. Es besteht für das Verwaltungsgericht daher kein Anlass, von seiner diesbezüglichen Rechtsprechung abzuweichen (vgl. statt vieler EGV-SZ 2005 B 1.14, Erw. 1.3 mit Hinweisen; VGE 376/01 vom 19. Juni 2002, Erw. 4; VGE 415/02 vom 20. November 2002, Erw. 2). Im erwähnten Verfahren VGE 415/02 vom 20. November 2002 erfolgte die Kostenverlegung, nachdem das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) das Verwaltungsgericht mit Urteil U 344/01 vom 11. September 2002 aufgrund der Teilgutheissung der Beschwerde angewiesen hatte, „über eine Neuverlegung der Parteikosten für das kantonale Verfahren, entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses“ zu befinden. Die Zusprechung einer dem teilweisen Obsiegen entsprechenden reduzierten Parteientschädigung wurde dadurch also vom Bundesgericht implizit als rechtmässig bestätigt.

3.2 Gemäss ständiger Praxis wird grundsätzlich nur eine ausserrechtliche Entschädigung zugesprochen, wenn die Partei einen Anwalt mit ihrer Vertretung beauftragt hat (EGV-SZ 1982 Nr. 3, Erw. 1a; J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S. 149). Dies entspricht auch der Bundesgerichtspraxis, wonach grundsätzlich die Parteivertretung durch Personen, die nicht Anwalt sind, nicht entschädigt wird, wie auch derjenige nicht entschädigt wird, der seine Beschwerde selber verfasst (Seiler/von Werdt/Güntherich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2007, Art. 68 Rz. 14 ff.; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 17 N 16).

3.3 In der Literatur wird diskutiert, ob bzw. wie weit sich eine Parteientschädigung für beanwaltete Behörden rechtfertigen lässt (vgl. Bernet, a.a.O., S. 97 ff. Rz. 181 ff.; Praxisübersicht in Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 722 ff., mit Hinweisen). Im Verfahren vor dem Bundesgericht wird dem Bund, den Kantonen und Gemeinden sowie den mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen nur „in der Regel“ keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 68 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110] vom 17. Juni 2005). Da auf jeden Fall kleinere Gemeinden ohne die Hilfe eines rechtskundigen Vertreters oft überfordert sein dürften, rechtfertigt es sich jedoch, ihnen einen Anspruch auf Parteientschädigung einzuräumen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 17 Rz. 20; auch die Praxis des Bundesgerichts sprach kleineren und mittleren Gemeinden,

die über keinen Rechtsdienst verfügen und daher auf einen Anwalt angewiesen sind, eine Parteientschädigung zu [BGE 125 I 182, Erw. 7]; im Urteil 2C_10/2007 vom 8. Oktober 2007, Erw. 4.3, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass diese Praxis auch unter dem BGG weiterzuführen ist). Als kleinere Gemeinden gelten grundsätzlich Gemeinwesen bis zu einer Einwohnerzahl von etwa 10'000 (vgl. Seiler/von Werdt/Güngerich, a.a.O., Art. 68 BGG N 29; im Bundesgerichtsurteil 2C_10/2007 vom 8. Oktober 2007 wurde die Gemeinde Amriswil mit rund 11'000 Einwohnern nicht mehr als kleine Gemeinde qualifiziert). Die Gemeinde X. mit rund 7'000 Einwohnern wäre mithin noch als kleine Gemeinde einzustufen. Im Kanton Schwyz ist der Anspruch auf eine Parteientschädigung anwaltschaftlich vertretener Gemeinwesen in § 74 Abs. 2 VRP indes explizit vom Gesetzgeber vorgesehen (vgl. EGV-SZ 1989 Nr. 5 Erw. 4.b; vgl. Gadola, a.a.O., S. 469). Mithin besteht kein Anlass für ein quantitatives Kriterium.

3.4 Vielfach hat das Bundesgericht im Rahmen der Regelung der Parteientschädigung bei einem teilweisen Obsiegen ausgeführt, es erscheine gerechtfertigt, die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (z.B. Urteile 5A_135/2011 vom 23. Mai 2011, Erw. 4; 4A_681/2010 vom 7. April 2011, Erw. 3.1; 5A-79/2009 vom 28. Mai 2009, Erw. 6; 1P.534/2004 vom 22. Dezember 2004, Erw. 2.4).

3.5 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen (3.1 bis 3.4) sind die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Bestreitungen der Rechtmässigkeit der Auferlegung einer Parteientschädigung zu Gunsten der beanwalteten Gemeinde sowie der beanwalteten Beschwerdegegner für deren teilweises Obsiegen unbegründet. Die gesetzliche Regelung hat zur Folge, dass eine nicht beanwaltete Partei keinen Anspruch auf eine Entschädigung geltend machen kann. Bei einem teilweisen Obsiegen kann sie entsprechend keinen Verrechnungsanspruch gegen eine ebenfalls teilweise obsiegende, jedoch beanwaltete Partei geltend machen.

(VGE III 2012 44 vom 23. Mai 2012).

1.5 Kostenverlegung im enteignungsrechtlichen Verfahren

Aus den Erwägungen:

1.4.2 Nach konstanter Rechtsprechung verhält es sich so, dass in enteignungsrechtlichen Verfahren die Schätzungskommission die Kostenver-

B 1.5

teilung für ihre Tätigkeit grundsätzlich nach § 72 Abs. 1 VRP vorzunehmen hat. Nach dieser Bestimmung trägt die Kosten für den Erlass von Verfügungen in der Regel die Partei, welche den Erlass verlangt hat. Demnach hat in enteignungsrechtlichen Verfahren auf der Stufe der Schätzungskommission in aller Regel der oder die Enteigner die in Betracht fallenden Verfahrenskosten zu übernehmen. Diese Rechtsprechung wird damit begründet, es sei auch sachlich richtig, dass nicht der Enteignete, welcher gegen seinen Willen in ein Verfahren miteinbezogen werde, sondern der Enteigner kostenpflichtig erklärt werde (vgl. u.a. VGE 648/94 vom 10. Februar 1995 betr. Verfahrenskosten der Schätzungskommission bei vorzeitiger Besitzeseinweisung, Erw. 1b, Prot. S. 215 mit weiteren Hinweisen; siehe auch VGE 1044+1049/97 vom 27. Januar 1999, Erw. 9; VGE 1043/98 vom 14. Oktober 1998, Erw. 6, Prot. S. 1000).

1.4.3 Allerdings gilt diese in Erwägung 1.4.2 dargelegte Regelung nicht uneingeschränkt, d.h. der Enteigner hat nicht a priori sämtliche Kosten des Verfahrens vor der Schätzungskommission zu übernehmen. Denn zum einen erwähnt der Wortlaut von § 72 Abs. 1 VRP „in der Regel“, was eine Abweichung in besonderen Fällen miteinschliesst. Zum andern ist nach der Rechtsprechung der betroffene Eigentümer nicht berechtigt, sich dem Enteignungsbegehren mit jedem Mittel und unter beliebigem Kostenaufwand zu widersetzen (vgl. VGE 1029/2000 vom 30. März 2001, Erw. 4a, mit weiteren Verweisen, u.a. auf EGV-SZ 1989 Nr. 19, S. 48 oben).

1.4.4 Hinzu kommt folgende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach dann, wenn eine Behörde für die Rechtsanwendung, für welche sie zuständig ist, externe Berater zuzieht, sie diese Kosten nicht direkt, sondern nur im Rahmen der kantonalen Gebührenordnung in Rechnung stellen darf, d.h. innerhalb des festgesetzten Gebührenrahmens nach der Bedeutung der Sache und nach dem Zeitaufwand (vgl. VGE III 2008 49 vom 19. November 2009, Erw. 6.2.2 betr. Entschädigung für Erschliessungshilfe nach § 41 PBG; VGE III 2008 72 und 74 vom 11. Juli 2008 Erw. 8.3 betreffend Beizug eines Rechtsanwaltes durch die Gemeinde für ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren, publ. in EGV-SZ 2008, B 1.6, S. 80, mit Hinweis). In analoger Beachtung dieser Rechtsprechung haben die Schätzungskommissionen die anfallenden Verfahrenskosten nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (GebO, SRSZ 173.111) festzusetzen. Gemäss § 3 Abs. 2 Satz 2 GebO darf für die Berechnung des Zeitaufwandes ein Ansatz von Fr. 180.-- für die Stunde nicht überschritten werden. Die in

§ 3 Abs. 3 GebO enthaltene Ausnahme zur Überschreitung des Höchstansatzes um bis zu 50 % ist für äusserst komplexe Fälle vorbehalten, welche nicht nur viel Zeitaufwand für die Bearbeitung beinhalten, sondern auch von der Bedeutung der Sache her besonders ins Gewicht fallen (siehe VGE III 2008 49 vom 19. November 2009, Erw. 6.2.2). Des Weiteren hat das Verwaltungsgericht im erwähnten Präjudiz festgehalten, dass es aus der Sicht der rechtsuchenden Partei hinsichtlich der Festlegung der Verfahrenskosten keine Rolle spielen kann, wie die angerufene Instanz zusammengesetzt ist, bzw. ob sie fest besoldete voll- oder teilamtliche Mitglieder und/oder nebenamtliche Mitglieder aufweist (usw.). In diesem Sinne ist es Sache des zuständigen Gemeinwesens, für die angemessene Entschädigung der Mitglieder einer Rechtspflegeinstanz zu sorgen (vgl. VGE III 2008 49 vom 19. November 2009, Erw. 6.2.3). (VGE III 2012 5 vom 20. Juni 2012).

1.6 Gleichbehandlung im Unrecht

- *Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung im Unrecht.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Eine langjährige, rechtswidrige Praxis kann unter gewissen Voraussetzungen zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht führen. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip indessen in der Regel vor. Es ist davon auszugehen, dass sich eine Behörde inskünftig (nach einem entsprechenden Beschwerdeentscheid) an die gesetzlichen Bestimmungen halten wird (VGE 1040/06 vom 30. November 2006, Erw. 5.3.2 in fine), andernfalls der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde eingreifen müsste (VGE III 2008 74 und III 2008 72 vom 11. Juli 2008, Erw. 2.5, mit Hinweis auf VGE 704/06 vom 10. August 2006, Erw. 4.4.2). Weicht indessen die Behörde dennoch nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz ab, ohne dass der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde einschreitet, und gibt sie zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, so kann der Bürger verlangen, gleich behandelt, d.h. ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu werden. Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzuheben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit (VGE III 2007 144 vom 30. Oktober 2007, Erw. 3.4 in fine, mit Hinweis auf BGE 2A.449/2003

B 1.7

vom 12. März 2004 i.S. T., Erw. 5.2 mit Hinweis; VGE III 2007 173 vom 24. Januar 2008, Erw. 1.4: VGE III 2009 66 vom 27. August 2009, Erw. 5.2.2).

(VGE III 2011 160 vom 18. Januar 2012).

1.7 Klageverfahren

- *Beiladung.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Für das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren sind die §§ 9 bis 33 sowie 60 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 und im Übrigen die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar (vgl. § 70 Abs. 1 VRP). § 14 VRP regelt die Beiladung. Werden durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich schützenswerte Interessen eines Dritten betroffen, so kann ihn die Behörde auf sein Gesuch hin oder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbeziehen (Abs. 1). Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge nur zu Gunsten oder zu Lasten der Hauptparteien stellen (Abs. 2). Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (Abs. 3).

2.2 Die Beiladung ist ein Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18. April 1999). Im Beschwerdeverfahren setzt das Beiladungsinteresse die voraussichtlich schützenswerten Interessen eines Dritten voraus. Schützenswert sind vor allem jene Interessen, die zur Beschwerdebefugnis nach § 37 lit. a VRP ausreichen. Die Besonderheit der Beiladung liegt nun darin, dass sich die Interessensbeeinträchtigung noch nicht aktualisiert hat, wie dies bei einer beschwerdeführenden Partei der Fall ist (EGV-SZ 2007 B 1.5, Erw. 1.2; Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 35).

Das Betroffensein in schützenswerten Interessen im Sinne von § 37 lit. a VRP, der vom Verweis in § 70 Abs. 1 VRP nicht erfasst ist (vgl. vorstehend Erw. 2.1), als Voraussetzung für die Beiladung weist darauf hin, dass die Beiladung vor allem ein Rechtsinstitut des Beschwerdeverfahrens ist. Im Klageverfahren kann sich eine Beiladung indes unter

anderem rechtfertigen, falls ein Dritter mit Regressforderungen zu rechnen hat (vgl. VGE 603/89 vom 30. Januar 1991, Erw. 2).

Zweck der Beiladung ist es im Wesentlichen, die Rechtskraft des Entscheides auf Drittpersonen auszudehnen, die nicht Verfahrenspartei sind, durch den ausstehenden Entscheid aber voraussichtlich in ihren schützenswerten Interessen betroffen werden (vom Entscheid indirekt betroffene Personen, vgl. VGE 809/02 vom 20. Dezember 2002, Erw. 1; VGE 603/89 vom 30. Januar 1991, Erw. 2). Diese Rechtskraftausdehnung verhindert ein zweites Verfahren über den gleichen Streitgegenstand. In einem späteren Prozess muss die beigeladene Person das Urteil des Beiladungsprozesses gegen sich gelten lassen (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 6 N 13). Die Beiladung dient mithin der Prozessökonomie, der Rechtssicherheit und den Interessen Dritter. In der Praxis wird den Verfügungs- und Entscheidungsinstanzen bei der Frage, ob eine Beiladung anzuordnen ist, ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Das Verwaltungsgericht bejaht das Beiladungsinteresse umso eher, wenn der Beizuladende zur Sachverhaltsermittlung Wesentliches beitragen kann (EGV-SZ 2007 B 1.5, Erw. 1.3; VGE III 2007 147 vom 29. August 2007, Erw. 3.3; VGE 1047+1048/03 vom 29. Januar 2004, Erw. 4.3 = EGV-SZ 2004 B 1.7; VGE 594/95Z vom 20. Juli 1995, Erw. 2; VGE 539/92Z vom 12. Mai 1992, Erw. 2a; EGV-SZ 1990 Nr. 5 Erw. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 14 N 1). Selbst ein absehbar massgeblicher Beitrag an die Sachverhaltsermittlung kann allein indes eine Beiladung nicht rechtfertigen.

3.1 Die Beklagte begründet das Gesuch vom 29. Mai 2012 um Beiladung der X AG ins Verfahren damit, dass die tatsächliche ...lieferung durch die X AG (...) erfolgt sei (...). Zudem beruhen die ...preise auf Berechnungsgrundlagen der X AG (S. 3 Ziff. 7). Da die Passivlegitimation der Beklagten zum Streitgegenstand nicht gegeben sei, worauf in der Klageantwort näher eingegangen werde, werde der Kläger, sofern er an der Forderung festhalte, gegebenenfalls an einem weiteren gerichtlichen Verfahren am Sitz der ...lieferantin nicht vorbeikommen (...). Infolge der Unbegründetheit der Klage trage der Kläger im Rahmen der Kostenaufgabe im Endentscheid insbesondere die Kosten hinsichtlich der Beiladung der X AG als Nebenpartei und habe der Kläger die Beklagte auch für ihren diesbezüglichen Parteiaufwand angemessen zu entschädigen (...).

In ihrer Klageantwort hält die Beklagte einleitend fest, die Parteien hätten sich „ausführlich zum Streitgegenstand geäußert und zahlreiche Beweisurkunden eingereicht“; grundsätzlich könne ohne weiteren Schrif-

B 1.7

tenwechsel entschieden werden (...). Sie bestreitet im Weiteren erneut ihre Passivlegitimation (S. 3, S. 14), was sie namentlich damit begründet, dass die konzessionsrechtliche ...lieferverpflichtung seitens der beizuladenden X AG wahrgenommen worden sei (...). Die diesbezüglichen Ausführungen nehmen einen erheblichen Teil der Klageantwort ein. Bestritten wird überdies die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz zur Beurteilung der vorliegenden Klage (...).

3.2.1 Die bestrittene Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wie auch die bestrittene Passivlegitimation der Beklagten (vgl. vorstehend Erw. 1.2) sind grundsätzlich mit der Hauptsache zu prüfen. Sollte eine Entscheidungsvoraussetzung bzw. die Passivlegitimation (Sachlegitimation) der Beklagten nicht gegeben sein und das Verwaltungsgericht demzufolge nicht auf die Klage eintreten bzw. diese mangels Sachlegitimation der Beklagten abweisen, ist einerseits nicht ersichtlich, inwiefern die Beizuladende durch ein Nichteintreten in ihrem schutzwürdigen Interesse unmittelbar betroffen sein könnte, und würde sich andererseits insbesondere die Beiladung auch aus prozess- und verfahrensökonomischen Gründen nicht als sinnvoll erweisen. In diesem Fall wäre der Kläger so oder anders geheissen, entweder die Beklagte und/oder die Beizuladende in einem anderen Verfahren und/oder an einem anderen Gerichtsstand ins Recht zu fassen.

3.2.2 Im Weiteren ist angesichts der Aktenlage nicht erkennbar, wie weit das verwaltungsgerichtliche Urteil eine Bindungswirkung auch auf die Beizuladende entfalten könnte. Beliehene der ...rechtsverleihung vom 7. Mai 1961 ist ausschliesslich die Beklagte. Hieran ändert die Tatsache, dass sie im Ingress der ...rechtsverleihung als „Partnerwerk ...“ bezeichnet wird, nichts.
(...).

Das Verhältnis zwischen der Beklagten und der Beizuladenden erweist sich mithin aufgrund einer summarischen Prüfung als privatrechtlicher Natur. Mithin ist sehr fraglich, wie weit – bzw. ob überhaupt – sich die Rechtskraft eines allfälligen verwaltungsgerichtlichen Entscheides, der die Beklagte bindet, auch auf die Beizuladende erstrecken könnte. Zur Beurteilung des zivilrechtlichen Verhältnisses zwischen der Beklagten und der Beizuladenden ist das Verwaltungsgericht angesichts der vertraglichen Gerichtsstandsklausel jedenfalls weder örtlich noch sachlich zuständig. Auch auf diesem Hintergrund lässt sich nicht ohne weiteres auf ein schützenswertes Interesse der Beizuladenden an einer Beiladung schliessen.

3.2.3 Im Weiteren ist angesichts der einen umfassenden Eindruck erweckenden Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort, was – gemäss der eigenen Auffassung der Beklagten – im Verbund mit den Ausführungen des Klägers einen weiteren Schriftenwechsel grundsätzlich entbehrlich machen könnte, nicht prima vista ersichtlich, dass bzw. inwiefern die Beizuladende Wesentliches zum für die Beurteilung relevanten Sachverhalt beitragen könnte. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf ...preise oder Tarife, zumal vorliegend nicht deren Berechnungsgrundlagen (Klageantwort S. 2) zur Diskussion stehen. Sollte – entgegen dem Antrag der Beklagten – auf die Klage einzutreten und sie überdies (ganz oder teilweise) gutzuheissen sein, sind zur Beurteilung in numerischer Hinsicht grundsätzlich nur die Angaben zu den ...tarifen erforderlich, welche aktenkundig sind (Kläg-act. 20; Beklag-act. 5). Selbst wenn einzig ein absehbar wesentlicher Beitrag an die Sachverhaltsermittlung eine Beiladung rechtfertigen könnte (vgl. vorstehend Erw. 2.2 i.f.), wäre mit hin diese Voraussetzung vorliegend nicht erfüllt.

3.3 Zusammenfassend sind – unter Beachtung und in Wahrung des dem Verwaltungsgericht zustehenden Ermessensspielraumes – die Voraussetzungen für eine Beiladung nicht gegeben. Der Antrag der Beklagten auf Beiladung der X AG ist abzuweisen.

(VGE III 2012 158 vom 18. Oktober 2012).

1.8 Vertretungsbefugnis der Fürsorgebehörde

(siehe EGV-SZ 2012, B 10.2)

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Prämienverbilligung (KVG)

- *Kein Anspruch für dasjenige Kalenderjahr, in welchem der Zuzug (in casu aus dem Ausland) erfolgt.*

B 3.1

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Kantone gewähren den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen (Art. 65 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, KVG, SR 832.10). Die Kantone sorgen dafür, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden (Art. 65 Abs. 3 Satz 1 KVG).

1.2 Die Ausgestaltung des Vollzugs der Prämienverbilligung überliess der Bundesgesetzgeber den Kantonen. Die Kantone können die in Art. 65 Abs. 1 KVG vorgeschriebene Prämienverbilligung grundsätzlich in eigener Kompetenz und Verantwortung durchführen (vgl. R. Kocher, Die Wirkung der Prämienverbilligung in der Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit 3/1996, S. 135, 3. Spalte). Das kantonale Recht, welches in Ausführung von Art. 65 KVG die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung regelt, ist somit autonomes kantonales Recht. Die Kantone haben nicht nur bezüglich der materiellrechtlichen Anspruchsberechtigung, sondern auch hinsichtlich des Verfahrens einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. Bundesgerichtsurteil 2P.37/2003 vom 15. April 2003, Erw. 1.1).

1.3 Nach § 5 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 19. September 2007 (PVG; SRSZ 361.100) können Personen in den Genuss von Prämienverbilligungen kommen:

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

Der Regierungsrat regelt die Anspruchsberechtigung in Sonderfällen (§ 5 Abs. 3 PVG).

Massgebend für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Jahres, in dem die Prämienverbilligung beansprucht wird (§ 12 Abs. 1 PVG). Der Regierungsrat bestimmt die Ausnahmen (§ 12 Abs. 2 PVG).

Anzufügen ist, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger des Kantons Schwyz anlässlich der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012 eine Teilrevision des Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung mit 30'626 Ja-Stimmen gegen 9'545 Nein-Stimmen angenommen haben. Diese Teilrevision hat für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine Auswirkungen, da sie andere Fragen betrifft (namentlich die Auszahlung der individuellen Prämienverbilligungen direkt an die Krankenkassen sowie das Verfahren beim Vorliegen von Verlustscheinen) und im Übrigen erst am 1. Januar 2013 in Kraft tritt (vgl. dazu die Botschaft zur Volksabstimmung vom 17. Juni 2012 i.V.m. Amtsblatt Nr. 25 vom 22. Juni 2012, S. 1461).

2. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde geltend, dass die (gemäss § 5 Abs. 1 lit. a PVG i.V.m. § 12 Abs. 1 PVG) festgelegte Voraussetzung der zwingenden Wohnsitznahme per 1. Januar im Kanton Schwyz gegen Art. 65 Abs. 1 KVG verstosse, wonach die Kantone verpflichtet seien, Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen zu gewähren. So habe beispielsweise jemand, der vom Ausland kommend am 2. Januar Wohnsitz im Kanton Schwyz nehme, unabhängig von seinen wirtschaftlichen Verhältnissen keinen Anspruch auf Prämienverbilligung. Im vorliegenden Fall treffe diese Regelung den Beschwerdeführer und seine inzwischen fünfköpfige Familie besonders hart, da sie im laufenden Jahr ohne Einkommen Prämien von rund Fr. 9000.-- selber zu tragen hätten. Andere Kantone gewährten Zuzüglern aus dem Ausland Prämienverbilligung, beispielsweise per Folgemonat der Wohnsitznahme, und würden damit ihre Pflicht nach Art. 65 Abs. 1 KVG wahrnehmen.

3.1 Der Argumentation des Beschwerdeführers kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden. Wie in Erwägung 1.2 ausgeführt wird, handelt es sich bei der konkreten Regelung, welche in Ausführung von Art. 65 KVG den Anspruch auf Prämienverbilligung in der Krankenversicherung bestimmt, um autonomes kantonales Recht. Die Voraussetzungen, unter denen Prämienverbilligungen ausbezahlt werden, sind im Bundesrecht nicht geregelt (vgl. BGE 136 I 220 vom 15. April 2010, Erw. 4.1; BGE 124 V 19 vom 23. Februar 1998, Erw. 2.a) Die Kantone sind damit nicht nur frei, autonom festlegen zu können, was sie unter dem Rechtsbegriff der „bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse“ verstehen, sie sind auch frei in der Festlegung der massgebenden Verhältnisse bzw. in der Festlegung des Zeitpunktes, in welchem die massgebenden Verhältnisse bestimmt werden. Dabei ist es Sache des kanto-

B 3.1

nenalen Gesetzgebers (und nicht des Richters), im Einzelnen festzulegen, ab wann ein Anspruch auf Prämienverbilligung gewährt wird.

3.2.1 Nach der unmissverständlichen Regelung von § 5 Abs. 1 lit. a PVG i.V.m. § 12 Abs. 1 PVG setzt ein Anspruch auf Prämienverbilligung für das laufende Kalenderjahr voraus, dass der Gesuchsteller am 1. Januar dieses Kalenderjahres den Wohnsitz im Kanton Schwyz hat. Daraus ergibt sich, dass nach dem Willen des kantonalen Gesetzgebers Personen, welche ihren Wohnsitz erst im Verlaufe eines Jahres in den Kanton Schwyz verlegen, nicht sofort Anspruch auf Prämienverbilligung haben, sondern grundsätzlich erst ab dem 1. Januar des Folgejahres (es sei denn, es liege ein Ausnahmefall im Sinne von § 12 Abs. 2 bzw. § 5 Abs. 3 PVG vor, für welchen der Gesetzgeber eine abweichende Regelung trifft; auf letztere Fragestellung ist nachfolgend unter Erwägung 3.3 zurückzukommen).

3.2.2 Für eine Regelung, wonach ein Anspruch auf Prämienverbilligung den Wohnsitz per 1. Januar des betreffenden Jahres im Kanton (Schwyz) voraussetzt, welcher die Leistung zu erbringen hat, spricht beispielsweise, dass ein im Verlaufe des Kalenderjahres in diesen Kanton (Schwyz) zugezogener Leistungsansprecher möglicherweise bereits in einem anderen Kanton Prämienverbilligung für das gleiche Jahr bezogen hat. Indem bei den Anspruchsvoraussetzungen an den Wohnsitz per 1. Januar angeknüpft wird, kann ohne grossen (Kontroll-)Aufwand ein Doppelbezug ausgeschlossen werden. Sodann lässt es sich bei einem Zuzug aus dem Ausland im Verlaufe eines Kalenderjahres grundsätzlich rechtfertigen, nicht sofort einen Leistungsanspruch zu gewähren, sondern quasi eine Wartezeit bis zum Beginn des nächsten Kalenderjahres vorzusehen. Jedenfalls steht die Kompetenz zur Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen und allfälliger Ausnahmen grundsätzlich dem kantonalen Gesetzgeber, und nicht dem Richter zu. Zusammenfassend ist das Verwaltungsgericht grundsätzlich nicht befugt, in die Kompetenzen des Gesetzgebers einzugreifen.

3.3 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass andere Kantone eine eigene Regelung für Zuzüger aus dem Ausland kennen und diesen bereits im Jahr des Zuzugs eine Prämienverbilligung gewähren, auch wenn der Zuzug während des laufenden Jahres erfolge. In der Tat ist es möglich, dass hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzung „Wohnsitz per 1. Januar des betreffenden Kalenderjahres im Kanton Schwyz“ für aus dem Ausland zuziehende Personen eine andere Regelung getroffen werden könnte, welche sich auf die §§ 5 Abs. 3 und 12 Abs. 2 PVG abstüt-

zen liesse. Nach diesen zuletzt genannten Bestimmungen regelt der Regierungsrat die Anspruchsberechtigung in Sonderfällen. Von dieser Kompetenz hat der Regierungsrat in den §§ 6 ff. der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (VVzPVG; SRSZ 361.111) vom 11. Dezember 2007 Gebrauch gemacht, allerdings hat er für Zuzüger aus dem Ausland keine Sonderregelung in die Vollzugsverordnung aufgenommen. Diesen gesetzgeberischen Entscheid hat das Gericht zu respektieren, zumal der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 VVzPVG festgelegt hat, dass (abgesehen vom in § 15 Abs. 1 VVzPVG geregelten Sonderfall) Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem 1. Januar des massgebenden Jahres erst im Folgejahr berücksichtigt werden (siehe dazu auch die künftige Regelung gemäss der am 17. Juni 2012 angenommenen und ab 1. Januar 2013 geltenden Teilrevision des PVG, wonach sich gemäss dem Wortlaut des neuen § 8 Abs. 1 nPVG die wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem anrechenbaren Einkommen der jüngsten rechtskräftigen Steuerveranlagung bestimmen, welche am 1. April des dem Anspruchsjahr vorangehenden Jahres im Kanton vorliegt).

3.4 Dennoch ist nicht zu übersehen, dass das Ergebnis der angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführer und seine Familie hart trifft. Mit anderen Worten würde es die ratio legis nahe legen, für Personen, welche im Verlaufe eines Jahres in den Kanton zuziehen, nicht erst ab dem 1. Januar des Folgejahres einen Anspruch auf Prämienverbilligung zu gewähren, sondern – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – bereits zu einem früheren Zeitpunkt. In diesem Sinne wird der Regierungsrat eingeladen zu prüfen, ob gestützt auf § 5 Abs. 3 PVG und § 12 Abs. 2 PVG eine Sonderregelung für Zuzüger aus dem Ausland eingeführt werden soll. An dieser Stelle ist abschliessend nochmals zu betonen, dass die Einführung und Ausgestaltung einer solchen Sonderregelung Sache des Gesetzgebers (und nicht des Richters) ist.

4. Zusammenfassend hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht an die aktuell geltenden Vorgaben des kantonalen Gesetzgebers gehalten. Demnach setzt der Anspruch auf Prämienverbilligung für das Jahr 2012 voraus, dass der Wohnsitz am 1. Januar 2012 im Kanton Schwyz vorlag, was im konkreten Fall nicht gegeben ist. Eine allfällige Lockerung von diesem Wohnsitzerfordernis (per 1. Januar des Anspruchsjahres) ist Sache des kantonalen Gesetzgebers, und nicht des Richters. Im Umstand, wonach der kantonale Gesetzgeber diesbezüglich bis anhin keine Lockerung des Wohnsitzerfordernisses (per 1. Januar des Anspruchsjahres) vorgenommen hat, ist entgegen der Auffassung des

B 7.1

Beschwerdeführers keine Verletzung von Bundesrecht zu erblicken. In diesem Sinne erweist sich die Beschwerde als unbegründet.
(VGE II 2012 138 vom 19. Dezember 2012).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Wahl eines vollamtlichen Bezirksrichters

- § 26 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG; SRSZ 152.100) vom 29. Oktober 1969 betreffend die Behandlung von formellen Anträgen ist auf Wahlgeschäfte nicht anwendbar (Erw. 2.1 f.).
- Stille Wahl; kein Anspruch auf eine Abstimmung über die Wahl eines vollamtlichen Bezirksrichters bei einer einzigen Kandidatur (Erw. 3.3 ff.).

Aus dem Sachverhalt:

An der Bezirksgemeinde X. vom ... war unter Traktandum 10 die Wahl eines vollamtlichen Richters für das Bezirksgericht X. auf vier Jahre angeführt, wobei in der an die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger vorgängig versandten Botschaft ergänzend festgehalten wurde, Y. kandidiere für eine weitere Amtsperiode (...).

Anlässlich der Versammlung stellte Z. den Antrag, dass über die Wahl von Y. abgestimmt werde. Der Bezirksammann hielt daraufhin fest, es sei nur ein Wahlvorschlag für das Amt eines vollamtlichen Richters am Bezirksgericht X. eingegangen, weshalb der Vorgeschlagene als gewählt gelte. Nur wenn weitere Vorschläge erfolgten, könne abgestimmt werden. Die Frage des Bezirksammanns, ob Z. weitere Vorschläge machen könne, verneinte dieser. Daraufhin erklärte der Bezirksammann, dass er den Antrag auf Abstimmung nicht entgegen nehme. Damit galt Y. als gewählt.

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Beschwerdeführer beanstandet zunächst, die Nichtzulassung seines Ordnungsantrages zu Traktandum 10 auf Durchführung einer

Abstimmung verletzte § 26 GOG, wonach über Ordnungsanträge sofort abzustimmen sei.

2.2 § 26 GOG regelt für die Gemeindeversammlung (und gestützt auf § 3 Abs. 2 GOG analog auch für die Bezirksgemeinde) die Behandlung von formellen Anträgen (insbes. Antrag auf Rückweisung, Verschiebung, Trennung eines Geschäfts; § 26 Abs. 2 GOG) und von materiellen Anträgen (Eintreten/Nichteintreten, Abänderung; § 26 Abs. 4 GOG), wobei zunächst über allfällige formelle Anträge und anschliessend über materielle Anträge abzustimmen ist (§ 26 Abs. 2 und 4 GOG, vgl. Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, 2009, S. 111). Die Vorschriften von §§ 26 bis 28 GOG beziehen sich, was sich aus der Gesetzessystematik klar ergibt (und worauf auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht hinweist) auf Sachabstimmungen und nicht auf Wahlgeschäfte. Die Überschrift zu § 26 GOG lautet „f. Abstimmungen“. Die Durchführung von Wahlgeschäften wird in § 29 GOG geregelt (vgl. die entsprechende Überschrift: „g. Durchführung von Wahlen“). Für das vorliegende streitige Wahlgeschäft kann der Beschwerdeführer aus § 26 GOG somit nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.1 Der Beschwerdeführer moniert, eine Wahl müsse von Amtes wegen durchgeführt werden, auch wenn nur eine Einerkandidatur vorliege. Eine „stille Wahl“ sei im Gesetz nicht vorgesehen. Gemäss § 44a des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen (WAG, SRSZ 120.100) vom 15. Oktober 1970 sei eine stille Wahl erst im zweiten Wahlgang möglich. Analoges habe auch für Wahlen an der Bezirksgemeinde zu gelten.

3.2 (...).

3.3 Die Wahl der Bezirksrichter und der Ersatzmitglieder sowie des Bezirksgerichtspräsidenten obliegt gemäss § 83 lit. e der Kantonsverfassung (KV, SRSZ 100.000) vom 23. Oktober 1898 der Bezirksgemeinde. Gemäss § 72 Abs. 1 KV werden Wahlen und Abstimmungen an der Bezirksgemeinde mit offenem Handmehr vorgenommen. Die Bezirksgemeinde kann geheime Wahl oder Abstimmung beschliessen. Den Bezirken steht es frei, für die Wahlen das Urnensystem einzuführen (§ 72 Abs. 2 KV). Es ist vorliegend unbestritten, dass der Bezirk X. das Urnensystem für Wahlen nicht eingeführt hat und die Wahlen entsprechend grundsätzlich mit offenem Handmehr durchzuführen sind.

Gemäss § 76 KV werden die Behörden und die Beamten der Bezirke – ausser den Mitgliedern von Bezirksparlamenten (wobei ein solches im Bezirk X. nicht existiert) – nach dem Mehrheitssystem gewählt.

B 7.1

Weitere Vorschriften über die Wahlen und Abstimmungen in den Bezirken finden sich im Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen (WAG) sowie im Gemeindeorganisationsgesetz (GOG). Das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen ist bei allen dem Volk zustehenden Abstimmungen in eidgenössischen, kantonalen, Bezirks- und Gemeindeangelegenheiten, für welche das Urnsystem eingeführt ist, anwendbar (§ 1 Abs. 1 WAG). Für Abstimmungen und Wahlen, die in den Bezirken und Gemeinden offen durchgeführt werden, gelten die Bestimmungen der §§ 3-7 und 54, für geheime Wahlen und Abstimmungen an Bezirksgemeinden und Gemeindeversammlungen überdies §§ 37 Abs. 1 Bst. b-g und 49 Abs. 1 (§ 1 Abs. 2 WAG). Die §§ 3-7 WAG regeln das Stimmrecht. § 54 WAG zählt (nicht abschliessend) Gründe für die Aufhebung von Wahl- und Abstimmungsergebnissen auf. Die Bestimmung von § 44a WAG regelt die stille Wahl im Urnsystem und gilt nach den erwähnten Bestimmungen nicht für Wahlen im Versammlungssystem.

3.4 Für Wahlen in der Bezirksgemeinde gelangt somit gestützt auf § 3 Abs. 2 i.V.m. § 1 GOG die Regelung des GOG zur Anwendung. Allerdings befasst sich im GOG einzig § 29 mit der Durchführung von offenen Wahlen. Werden gemäss § 29 Abs. 1 GOG für ein Amt zwei Kandidaten vorgeschlagen, ist gewählt, wer die Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Stimmen auf sich vereinigt. Sind mehr als zwei Kandidaten vorgeschlagen, so fällt bei jedem Wahlgang derjenige, der die wenigsten Stimmen auf sich vereinigt hat, aus der Wahl (§ 29 Abs. 2 WAG). Bei Stimmgleichheit entscheidet das Los (§ 29 Abs. 3 GOG). Eine ausdrückliche Regelung des Wahlprozederes bei Vorliegen nur eines Wahlvorschlages für ein Amt findet sich im Gesetz nicht. Es stellt sich damit die Frage, ob die stille Wahl im Versammlungssystem bei Vorliegen nur einer Kandidatur zulässig ist.

3.5 Eine stille Wahl bedeutet, dass Kandidaten für ein Amt von einer Behörde in einem Verwaltungsakt als gewählt erklärt werden, wenn nicht mehr Kandidaten vorgeschlagen werden, als Sitze zu verteilen sind (vgl. BGE 1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008, Erw. 3.1). Die Lehre geht im Kanton Schwyz seit jeher und übereinstimmend davon aus, dass bei Wahlen im offenen Versammlungssystem bei Vorliegen nur eines Wahlvorschlages eine stille Wahl zulässig ist (Appert, Die Volksbeschlüsse im Kanton Schwyz, 1965, S. 128 f.; Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, EGV-SZ 1999 S. 219 m.H.; Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, 2009, S. 100). Appert verweist in seiner Dissertation zudem auf einen Entscheid der kantonalen Kassationsbehörde aus dem Jahre 1937, wonach sich eine

Abstimmung durch Handerhebung erübrige, wenn zu einem bestehenden Wahlvorschlag kein Gegenvorschlag gemacht wird (RBR 1937 S. 9 ff.). In der Praxis werden denn stille Wahlen im Rahmen des Versammlungssystems auch regelmässig durchgeführt.

Stille Wahlen widersprechen weder dem Demokratiegebot nach Art. 51 BV noch verbietet der Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV die Durchführung von stillen Wahlen (vgl. Ruch in: St. Galler Kommentar zu Art. 51 BV, Rz. 10; Steinmann in: St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rz. 6 m.H.). Gerade bei Richterwahlen ist eine stille Wahl durchaus üblich (vgl. Wullschleger in: Buser, Hrsg., Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, S. 148; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Vorbem. zu §§ 72 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind stille Wahlen bei hinreichender Information zulässig und verletzen den Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmenabgabe im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BV nicht (5D_71/2010 vom 12. August 2010, Erw. 3.2; 1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008, Erw. 3.1; BGE 112 Ia 233, Erw. 2e).

(...).

3.6 Im Übrigen gilt es zu beachten, dass die Durchführung einer formellen Wahl an einer Versammlung und eine Auszählung bei unbestrittenen Vorschlägen, d.h. wenn nicht mehr Vorschläge gemacht werden als Sitze zu besetzen sind, grundsätzlich nur dann Sinn machen würde, wenn auch Stimmen, die sich gegen den einzigen Kandidaten aussprechen, zu zählen wären und so trotz Vorliegens einer Kandidatur keine Wahl zustande käme. Es gilt jedoch zu beachten, dass das GOG für die Wahl im Rahmen des offenen Versammlungssystems keine qualifizierten Anforderungen an das zu erreichende Mehr stellt. Gewählt ist grundsätzlich, wer die meisten Stimmen hat; bei mehreren Kandidaten wird für eine Wahl im ersten Wahlgang das absolute Mehr verlangt, im zweiten Wahlgang genügt das relative Mehr. Allerdings ist im Gesetz nirgends festgelegt, wie das absolute Mehr bei Wahlbeschlüssen im Versammlungssystem zu bestimmen ist. Es liegt diesbezüglich eine echte Lücke vor, die auszufüllen ist. Der Richter hat nach objektiven Kriterien eine generelle abstrakte Regel aufzustellen, wie er es als Gesetzgeber tun würde. Dabei hat sich der Richter soweit als möglich an das bestehende objektive Recht anzulehnen (Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 23 B VI., m.H.). Für das Urnenwahlsystem ist die Ermittlung des absoluten Mehrs im WAG wie folgt geregelt:

B 7.1

§ 41 b) Erster Wahlgang

aa) Absolutes Mehr

¹ Gewählt ist im ersten Wahlgang, wer das absolute Mehr der gültigen Stimmen erhalten hat.

² Zur Ermittlung des absoluten Mehrs wird die Zahl der gültigen Stimmen durch die doppelte Anzahl der zu vergebenden Sitze geteilt. Die erste über diesem Teilungsergebnis liegende ganze Zahl ist das absolute Mehr.

§ 49 5. Ungültige Stimmzettel

¹ Ungültig sind:

a) leere Stimmzettel

Stellt man Stimmenthaltungen bei offenen Wahlen den leeren Stimmzetteln bei Urnenwahlen gleich, so kann (und muss) ein einziger Kandidat auch gewählt sein, wenn er nur wenige Stimmen erzielt. Auch nach § 76 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Kantonsrates (SRSZ 142.110) entscheidet bei Wahlen das absolute Mehr der Stimmenden, wobei ungültige Stimmen ausser Betracht fallen. Es wird also unterschieden zwischen „Stimmenden“ und „Nicht-Stimmenden“ (= Stimmenthaltungen).

Die Bezirksgemeinde hat nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, die Behörden gemäss § 83 KV zu bestellen, worauf schon die Formulierung „Der Bezirksgemeinde obliegen“ hinweist (vgl. dazu VGE 816/05 vom 1. März 2005 in EGV-SZ 2005 B 16.3, Erw. 3.4 S. 262 f.). Ein Wahlmodus mit Ja- und Nein-Stimmen ist dem Schwyzer Wahlrecht und der Wahlpraxis fremd. Ein solcher Wahlvorgang käme einem Verzicht auf eine Wahl gleich und ist unzulässig (Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, 2009, S. 31 unter Hinweis auf den zitierten VGE). Wird einem Kandidaten kein Gegenkandidat gegenübergestellt, so können die Stimmberechtigten ihr Nichteinverständnis nur dadurch zum Ausdruck bringen, dass sie sich der Stimme enthalten. Die Wahl hat den einzigen Zweck, die Ämter einer staatlichen Behörde zu besetzen. Dem verantwortungsbewussten Stimmbürger geht es bei der Wahl nicht darum, einem missliebigen Kandidaten einen Denkmittel zu verpassen. Vielmehr ist es, wie bereits erwähnt, Aufgabe der Stimmbürger, die in der Verfassung vorgesehenen Ämter nach Möglichkeit zu besetzen und damit die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu gewährleisten. Vakanzen gefährden die einwandfreie Aufgabenerfüllung der staatlichen Institutionen und können zu Verfahrensverzögerungen führen. Gerade ein Gericht mit nur zwei vollamtlichen Richtern wie das Bezirksgericht X. wird in seiner Funktionsfähigkeit bei Vakanz einer vollamtlichen Richterstelle erheblich eingeschränkt. Auch in Berücksichtigung des dargelegten Zwecks der Wahlgeschäfte würde es wenig Sinn machen, bei

Majorzwahlen die leeren Stimmen bzw. die Stimmen, welche sich für keinen Kandidaten aussprechen, bei der Festlegung der Mehrheit zu berücksichtigen (vgl. BGE 108 Ia 243, Erw. 3d m.H.). Insgesamt ist festzuhalten, dass bei einer Majorzwahl im Versammlungssystem bei Vorliegen nur eines Wahlvorschlages die Durchführung einer Abstimmung wenig Sinn gemacht hätte und somit das Vorgehen des Bezirkrates, eine stille Wahl durchzuführen, auch aus diesem Grund nicht zu beanstanden ist. Im Übrigen ist und war es nicht Aufgabe des Bezirkrates, für Wahlkonkurrenz zu sorgen.

(VGE III 2012 68 vom 15. Juni 2012).

7.2 Zulässigkeit eines Initiativbegehrens

- *Die Errichtung eines Schulsozialdienstes fällt nicht in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Gegenstand eines Initiativbegehrens kann gemäss ausdrücklicher Regelung in Verfassung und Gesetz (...) nur sein, was in den Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung fällt. Die Befugnisse der Gemeindeversammlung sind in § 88 KV und darauf gestützt in § 7 GOG abschliessend aufgezählt. Der Gemeindeversammlung obliegen u.a. der Erlass von Rechtssätzen im Bereich der den Gemeinden zukommenden Aufgaben, soweit nicht nach kantonalem Recht ein anderes Organ zuständig ist, sowie die Festsetzung des jährlichen Voranschlages und der Gemeindesteuern (§ 88 lit. a bzw. f KV; § 7 Abs. 1 lit. b bzw. e GOG). Der Gemeinderat ist vollziehendes und verwaltendes Organ der Gemeinde (§ 89 Abs. 2 KV; § 31 Abs. 1 GOG). Ihm stehen alle Befugnisse zu, die nicht durch kantonales Recht einem andern Gemeindeorgan zugewiesen sind (§ 89 Abs. 3 KV; sog. Kompetenz-Kompetenz).

Dort wo eine abschliessende Kompetenz einer andern Behörde gegeben ist, ist mithin eine Initiative ausgeschlossen. So darf über eine Initiative nicht in die selbständigen Befugnisse des Schulrates, der Fürsorgebehörde, des Gemeinderates usw. eingegriffen werden (VGE III 2008 5 vom 21. Februar 2008, Erw. 3.1.3 mit Hinweis auf F. Huwyl, Das Recht der Volksinitiative in den Bezirken und Gemeinden des Kantons Schwyz, in: EGV-SZ 1986 S. 160). Mit dem Initiativrecht soll nicht die Gewaltenteilung oder die Kompetenzteilung zwischen den verschiedenen Gemeindeorganen unterlaufen werden (vgl. H.R. Thalman, Kommentar

B 7.2

zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Auflage, Wädenswil 2000, § 50 Rz. 3.2; Peter Friedli, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Art. 17 N 4).

3.2.1 Der Kantonsrat ordnet unter anderem das Erziehungswesen (§ 40 lit. e KV). Diesem verfassungsmässigen Auftrag ist der Kantonsrat mit dem Erlass der Verordnung über die Volksschule (VSV; SRSZ 611.210) vom 19. Oktober 2005 nachgekommen. Die VSV definiert nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 1-10), den Schularten (§§ 11-17: Kindergarten, Primarstufe, Sekundarstufe I), den ergänzenden Schulangeboten (§ 18 f.: Begabungsförderung; Tagesstrukturen), der Organisation (§§ 20-23), dem Schulbetrieb (§§ 24-27), dem sonderpädagogischen Angebot (§ 28 f.) und der Sonderschulung (§§ 30-32) auch die Spezialdienste (§§ 33-36). In den §§ 54-59 VSV werden die Organe des Kantons und in den §§ 60-65 VSV die Organe der Gemeinden und Bezirke bestimmt.

3.2.2 Gemäss § 35 VSV kann der Schulträger einen Schulsozialdienst als Spezialdienst anbieten (Abs. 1). Dieser berät Schülerinnen und Schüler, Erziehungsberechtigte, Lehrpersonen und Schulbehörden bei schwierigen Schulsituationen und Problemen im Schulalltag (Abs. 2). Die Kosten dieses Dienstes trägt der Schulträger (Abs. 3). In § 20 VSV werden die Gemeinden als Schulträger des Kindergartens und der Primarstufe definiert (Abs. 1) und die Bezirke als Schulträger der Sekundarstufe I (Abs. 2).

3.2.3 Organe des Kantons sind der Regierungsrat (§ 54 VSV), der Erziehungsrat (§§ 55-57 VSV), das Departement und Amt (§ 58 VSV) sowie der (vom Regierungsrat gewählte) Schulrat und die (vom Regierungsrat angestellte) Schulleitung (§ 59 VSV). Organe der Gemeinden und Bezirke sind der Bezirks- und Gemeinderat (§ 60 VSV), der (vom Bezirks- bzw. Gemeinderat gewählte) Schulrat (§§ 61-64 VSV) sowie die (vom Bezirks- bzw. Gemeinderat angestellte) Schulleitung (§ 65 VSV).

3.2.4 Die auf der Basis des verfassungsmässigen Auftrages erlassene und demokratisch legitimierte VSV nennt die Gemeindeversammlung nicht als Organ des Schulträgers. Sie lässt also grundsätzlich keinen Raum für eine Organkompetenz der Gemeindeversammlung im Bereich des Volksschulwesens auf Gemeindeebene. Analog besteht eine solche Kompetenz auf Bezirksebene auch nicht für die Bezirksgemeinde.

3.3.1 Der Bezirks- bzw. Gemeinderat legt das kommunale Volksschulangebot auf Antrag des Schulrates und unter Berücksichtigung der kantonalen Vorgaben fest (§ 60 Abs. 1 VSV). Das kommunale Volksschulangebot umfasst die vorerwähnten (Erw. 3.2.1) Angebote, die teils verbindlich zu führen sind (z.B. Kindergarten, Primarstufe, Sekundarstufe, vgl. § 20 Abs. 1 f. VSV), teils fakultativ geführt werden können (z.B. Einführungsklassen und Kleinklassen, vgl. § 20 Abs. 1 VSV; Tagesstrukturen, vgl. § 19 VSV), wie dies auch beim Schulsozialdienst der Fall ist.

§ 63 VSV normiert die Aufgaben und Kompetenzen des vom Gemeinderat gewählten (vgl. § 61 VSV) Schulrates. Dieser übt die unmittelbare Aufsicht über die vom Schulträger geführten Schulen aus. Er ist für die strategischen Belange zuständig und vertritt die Schule nach aussen. Ihm obliegen alle Aufgaben, die nicht einem anderen Organ des Schulträgers zugewiesen sind (Abs. 1). Er hat das Recht, dem Bezirksrat oder dem Gemeinderat in allen das Schulwesen betreffenden Angelegenheiten Antrag zu stellen (Abs. 2).

3.3.2 Einerseits wird also ohne Wenn und Aber der Bezirks- bzw. Gemeinderat als zuständig erklärt, das kommunale Volksschulangebot, welches in der VSV definiert wird, festzulegen. Andererseits können mit dem „anderen Organ des Schulträgers“ gemäss § 63 Abs. 1 VSV sowohl gemäss Wortlaut wie auch aus gesetzessystematischer Sicht nur die in der VSV genannten Bezirks- und Gemeinderäte sowie die Schulleitung als weitere Organe neben dem Schulrat gemeint sein. Mithin lässt sich auch aus § 60 und § 63 VSV keine Organkompetenz der Gemeindeversammlung (oder Bezirksgemeinde) im Rahmen der Festlegung des Schulangebotes ableiten.

Die Kompetenz, auf Antrag des (kommunalen) Schulrates als Fachgremium auf Gemeindeebene einen Schulsozialdienst im Sinne von § 35 Abs. 1 VSV anzubieten, liegt mithin ausschliesslich beim Gemeinderat.

3.4 Die Vorinstanz ist angesichts der unmissverständlichen und abschliessenden Bestimmung der den Schulträger repräsentierenden Organe in der VSV sowie der dargelegten Kompetenzenregelung der VSV zu Recht davon ausgegangen, dass die Einführung eines Schulsozialdienstes gemäss dem gesetzgeberischen Willen nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung fällt bzw. alternativ oder ergänzend zur dargelegten Ordnung fallen kann. Mithin kann die Einführung bzw. Nichteinführung eines Schulsozialdienstes auch nicht Gegenstand einer Initiative auf Gemeindeebene sein.

(VGE III 2012 47 vom 20. Juni 2012).

B 7.3

7.3 Politische Rechte

- *Eine Gemeindeschreiberstelle ist nur bei einer Neubesetzung öffentlich auszuschreiben.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Beschwerdeführerin stützt ihren Antrag Ziff. 1, wonach die Gemeindeschreiberstelle für die Amtsperiode 2012-2016 (beginnend am 1. Juli 2012) öffentlich auszuschreiben sei und der Gemeinderat die Stimmberechtigten über die angemeldeten Bewerber ausgewogen und rechtzeitig zu informieren habe, auf die §§ 12 und 14 des Reglements über die Prüfung und die Wahl der Land- und Gemeindeschreiber vom 21. Oktober 1997, welches der Regierungsrat gestützt auf § 55 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 erlassen hat (Prüfungsreglement, SRSZ 152.113). § 12 dieses Reglements legt fest:

Die Gemeinderäte schreiben die Stelle eines Gemeindeschreibers frühzeitig öffentlich aus.

Der Abschnitt E des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG, SRSZ 152.100) handelt in den §§ 55 bis 58 über den Gemeindeschreiber. In § 55 wird unter dem Marginalen „1. Wahlvoraussetzungen Ausschreibung“ legiferiert:

¹ Zur Wahl als Gemeindeschreiber sind nur Bewerber zugelassen, welche eine Prüfung bestanden haben.

² Der Regierungsrat erlässt ein Prüfungsreglement.

³ Die Stelle des Gemeindeschreibers wird im kantonalen Amtsblatt und in den allfälligen übrigen Publikationsorganen der Gemeinde ausgeschrieben, wenn das Amt durch Tod oder Demission des bisherigen Inhabers verwaist ist.

Nach dem Grundsatz der Normenhierarchie geht das übergeordnete Recht (hier das GOG als Gesetz im formellen und materiellen Sinne, welches in der Volksabstimmung vom 24. Mai 1970 vom Volk beschlossen worden ist [ABI 1970, 484]) einer regierungsrätlichen Ausführungsverordnung, die hier als Reglement erlassen worden ist, vor. Dieser Grundsatz kommt auch in § 26 VRP zum Ausdruck, wonach das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist und das Verwaltungsgericht an Erlasse

des Regierungsrates, welche Gesetzen oder gesetzvertretenden Verordnungen widersprechen, nicht gebunden ist (§ 26 Abs. 1 und 4 VRP). Ob die Delegation gemäss § 55 Abs. 2 GOG den Regierungsrat überhaupt ermächtigt, eine Bestimmung hinsichtlich der öffentlichen Ausschreibung des Amtes des Gemeindeschreibers zu erlassen, erscheint fraglich, kann aber offen bleiben. In jedem Fall ist § 12 des Prüfungsreglements gesetzeskonform auszulegen, was bedeutet, dass die öffentliche Ausschreibung nur bei einer Neubesetzung zu erfolgen hat, d.h. wenn das Amt durch Tod oder Demission des bisherigen Amtsinhabers verwaist ist (vgl. auch Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, 2009 S. 48). Die Regelung, wonach nur neu zu besetzende Stellen öffentlich auszuschreiben sind, gilt im Übrigen auch für andere Ämter, bei denen die öffentliche Ausschreibung vorgeschrieben ist (vgl. § 34 Abs. 5 JV). (VGE III 2012 10 vom 8. Februar 2012).

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

8.1 Landwirtschaftszone

Zufahrtsstrasse und Parkierungsmöglichkeit:

- *Zonenkonformität (Erw. 5).*
- *Ausnahmebewilligung (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Zonenkonform sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 Satz 1 RPG). Art. 34 bis 38 der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) vom 28. Juni 2000 konkretisieren die gesetzliche Umschreibung der Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone. Zonenkonform sind unter anderem Bauten für den Wohnbedarf, die für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich sind, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (Art. 34 Abs. 4 RPV). Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft gelten gemäss Art. 34 Abs. 5 RPV nicht als zonenkonform.

B 8.1

5.2 Die Zonenkonformität der Zufahrtsstrasse und der Parkierungsanlage in der Landwirtschaftszone ist im vorliegenden Fall zu verneinen. Zonenkonform sind nur Bauten für den Wohnbedarf, der für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich ist, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (Art. 34 Abs. 4 RPV). Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt gemäss Art. 7 Abs. 1 BGG eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist (vgl. VGE III 2011 169 vom 23. Mai 2012, Erw. 4.3). Der Sohn der Beschwerdeführer Ziff. 2 bewirtschaftet einen Landwirtschaftsbetrieb auf dem nördlich zu KTN X angrenzenden Flurgebiet X. KTN Y wird von ihm als Lagerparzelle genutzt, weshalb die umstrittene Zufahrtsstrasse aus Kies regelmässig auch von landwirtschaftlichen Nutzfahrzeugen befahren wird. Gemäss den Berechnungen des ARE beträgt die Betriebsgrösse des vom Sohn der Beschwerdeführer Ziff. 2 geführten Betriebes 0.207 SAK und erreicht damit nicht die Mindestgrösse von 0.25 SAK, die zum Bezug von Direktzahlungen berechtigen würden (Art. 18 Abs. 1 DZV). Dem Schreiben vom 4. November 2011 des ARE lässt sich entnehmen, dass die Angaben des Sohnes im Betriebskonzept vom 3. Oktober 2011 (...) zu vage seien, um einen Betriebsstatus für die Zukunft festzulegen, weshalb auf die heutige Betriebssituation abgestellt werde. Aufgrund der heutigen Betriebsdaten müsse der Landwirtschaftsbetrieb des Sohnes als Hobbybetrieb bzw. Freizeitlandwirtschaftsbetrieb eingestuft werden (...). Diese Einstufung wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten (...). Somit ist die Annahme eines freizeitlandwirtschaftlichen Betriebs durch die Vorinstanzen nicht zu beanstanden. Dementsprechend liegt kein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGG vor, weshalb die Zonenkonformität der Zufahrtsstrasse und der Parkplätze zum Wohnhaus nach Art. 34 Abs. 3 und Abs. 5 RPV zu verneinen ist.

6. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die im angefochtenen RRB dargelegte Verweigerung der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG zu Recht erfolgte oder nicht.

6.1 (...).

6.2.1 Gemäss Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen

einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b). Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Beurteilung der Standortgebundenheit eines Vorhabens strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedlung der Landschaft entgegenzuwirken. Positive Standortgebundenheit bedeutet, dass eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit sowohl im Grundsatz als auch in ihren räumlichen Dimensionen auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Nicht verlangt ist allerdings der ohnehin kaum zu erbringende Nachweis, dass es sich um den einzigen möglichen Ort handle (sog. absolute Standortgebundenheit); es reicht vielmehr aus, dass wichtige objektive Gründe vorliegen, die den beanspruchten Standort gegenüber Standorten innerhalb der Bauzone als erheblich vorteilhafter erscheinen lassen (sog. relative Standortgebundenheit) (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24 N 8 u. 10). Dem standortgebundenen Bauvorhaben dürfen ausserdem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG). Es sind alle sich widerstreitenden räumlichen Interessen (öffentlicher oder privater Natur) zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen und mit sachgerechten Erwägungen zu gewichten (vgl. Art. 3 Raumplanungsverordnung, RPV, SR 700.1 und Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24 N 21 ff.; vgl. auch VGE III 2008 184 vom 20. November 2008, Erw. 2.2).

6.2.2 Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 1A.256/2004 vom 31. August 2005, Erwägung 5 in einem vergleichbaren Fall zum Kriterium der Standortgebundenheit einer Zufahrtsstrasse, die in der Landwirtschaftszone gelegene Häuser unterschiedlicher Natur (landwirtschaftlicher und nichtlandwirtschaftlicher Art) erschliesst, u.a. wie folgt:

(...) Das Verwaltungsgericht hat die Standortgebundenheit der umstrittenen Zufahrtsstrasse deshalb bejaht, weil die zu erschliessenden Liegenschaften in der Landwirtschaftszone liegen; die Zufahrt müsse daher zwangsläufig durch die Landwirtschaftszone führen, wenn überhaupt eine Zufahrt geschaffen werden solle. Die Standortgebundenheit einer Erschliessungsanlage kann jedoch nicht ohne den Zweck, den sie erfüllen soll, beurteilt werden. Wie dargelegt, besteht der Zweck der fraglichen Erschliessungsstrasse in erster Linie darin, erstmals eine Zufahrtsmöglich-

B 8.1

keit zu den Wohnbauten in der Landwirtschaftszone ganzjährig zu gewährleisten. Diese Wohnbauten werden heute, wie ebenfalls schon ausgeführt, nicht (mehr) von Personen benutzt, die in der Landwirtschaft tätig sind. Die Häuser und der zu ihnen führende Fussweg geniessen lediglich Bestandesschutz. Aus der Bestandesgarantie kann aber kein Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt bzw. – genereller gesagt – auf eine zeitgemässe Erschliessung abgeleitet werden. Eine solche Auslegung stünde im Widerspruch zu den Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes, das für die Änderung besitzstandgeschützter Bauten enge Grenzen setzt. Sie liefe der Absicht des Gesetzgebers zuwider, die bauliche Entwicklung zonenwidrig gewordener Zustände im Interesse der Trennung des Siedlungsgebietes vom Kulturland wenn nicht vollständig zu untersagen, so doch stark einzuschränken. Das Bundesgericht hat es daher in seiner Rechtsprechung stets abgelehnt, die Standortgebundenheit mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Baute zu rechtfertigen, welche selbst zonenfremd ist (vgl. BGE 115 Ib 295 E. 2c S. 298, 114 Ib 317 E. 4d, Urteil 1A.88/1999 vom 8. November 1999 E. 4c, je mit Hinweisen). Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts sind somit unvereinbar mit dem Grundsatz, dass auch Erschliessungsanlagen grundsätzlich dem Gebot der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet unterliegen. Da demnach die Standortgebundenheit der fraglichen Zufahrtsstrasse verneint werden muss, erübrigt sich die Prüfung, ob der Strasse im Sinne von Art. 24 lit. b RPG überwiegende Interessen entgegenstünden. (...).

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist vorliegend zu berücksichtigen. Die umstrittene Zufahrtsstrasse und die Parkplätze liegen in der Landwirtschaftszone. Bei der Beurteilung der Standortgebundenheit der Zufahrtsstrasse und der Parkplätze ist der Zweck, den sie erfüllen sollen, zu berücksichtigen. Es sollte erstmals eine befahrbare Zufahrt zum Wohnhaus der Beschwerdeführer geschaffen werden, welches vorher einzig über einen Fussweg von der ...strasse von Süden her erreichbar war (...). Das Wohnhaus, welches dem Beschwerdeführer Ziff. 1 als Ferienwohnung und den Beschwerdeführern Ziff. 2 der nichtlandwirtschaftlichen Wohnnutzung dient, ist als zonenfremde Baute zu qualifizieren (vgl. vorne Erwägung Ziff. 5.2). In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es deshalb abzulehnen, die Standortgebundenheit der Zufahrtsstrasse und der Parkplätze mit der Zugehörigkeit zum Wohnhaus der Beschwerdeführer zu begründen. Da im Weiteren der südliche Fussweg und das Wohnhaus lediglich Bestandesschutz geniessen und sich aus der Bestandesgarantie kein Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt bzw. eine zeitgemässe Erschliessung ableiten lässt, sind die von den Beschwerdeführern diesbezüglich vorgebrachten Einwände nicht zu

hören (...). Da nach bundesrechtlicher Vorschrift für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen (Art. 24 lit. a RPG „und“) und die Standortgebundenheit nach Art. 24 lit. a RPG verneint wurde, erübrigt sich die Vornahme einer Interessenabwägung nach Art. 24 lit. b RPG.

6.3 Soweit sich die Beschwerdeführer auf die „weniger strengen Voraussetzungen als sonst“ von Art. 24c RPG berufen (Beschwerde, S. 6), erweist sich dieser Einwand als unbegründet. Um in den Anwendungsbebereich nach Art. 24c RPG zu fallen, muss eine bestehende zonenwidrige Anlage rechtmässig erstellt worden sein (Abs. 2), was vorliegend nicht der Fall ist. Dass die Beschwerdeführer aus der Bestandesgarantie für die Wohnbaute grundsätzlich nichts ableiten können, wurde bereits dargelegt (Erw. 6.2).

6.4 Die Beschwerdeführer berufen sich im Weiteren auf Art. 24d Abs. 1 RPG, wonach in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden können (vgl. Beschwerde, S. 11, Ziff. 4). Die angerufene Gesetzesbestimmung ist jedoch lediglich auf neurechtliche landwirtschaftliche Wohnbauten (d.h. nach 1972 erstellte landwirtschaftliche Wohnbauten) anwendbar. Nachdem die Sanierung des Wohn- und Ferienhauses der Beschwerdeführer mit GRB Nr. 303 vom 18. November 2009 gestützt auf die Bestimmung von Art. 24c RPG betreffend altrechtliche Bauten und Anlagen bewilligt wurde (vgl. auch RR-act. II. 02, Gesamtentscheid ARE vom 4. November 2009, S. 2 und 3) und das Wohn- und Ferienhaus nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführer über 200 Jahre alt ist (Beschwerde, S. 3, Vorbemerkung), kommt Art. 24d Abs. 1 RPG in casu nicht zur Anwendung.

6.5 Soweit die Beschwerdeführer vorbringen, die Wiederherstellungsmassnahmen würden für sie zu einer unzumutbaren Härte gemäss § 73 Abs. 1 lit. a PBG führen, so kann ihnen nicht gefolgt werden. Diese Gesetzesvorschrift kommt ausschliesslich bei Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone zur Anwendung. § 74 Abs. 1 PBG sieht vor, dass sich die Erteilung von Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone nach den Bestimmungen des Bundesrechts richtet. Gemäss den vorstehenden Erwägungen sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen von Art. 24 RPG nicht erfüllt.

6.6 Ebenfalls nicht zu hören ist auch der Einwand der Beschwerdeführer, wonach ihr Anspruch auf eine hinreichende Zufahrt im Sinne der

B 8.2

Erschliessungspflicht nach Art. 19 Abs. 1 RPG durch den angefochtenen RRB verletzt würde. Da das Wohnhaus der Beschwerdeführer über den bisherigen Fussweg, südlich von der ...strasse her nach wie vor erreichbar ist und sich wie bereits erwähnt aus der Bestandesgarantie kein Anspruch auf zeitgemässe Erschliessung ableiten lässt, ist in Anbetracht der Tatsache, dass nach § 37 Abs. 3 PBG ausnahmsweise auch bloss ein Zugang das Erfordernis der genügenden Zugänglichkeit erfüllt, im vorliegenden Fall grundsätzlich nicht von einer unzureichenden Erschliessung des Wohnhauses auszugehen (...).

(VGE III 2012 117 vom 14. Dezember 2012).

8.2 Besitzstandsgarantie

- *Im Verhältnis zur Bewilligungspflicht.*

Aus den Erwägungen:

3.1.3 Die Besitzstandsgarantie beschlägt nicht die Frage der Bewilligungspflicht, sondern die Frage der Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens. Es muss ja unter Umständen gerade geklärt werden, ob eine in besitzstandsrechtlicher Hinsicht zu schützende Rechtsposition vorliegt oder nicht, was nur mittels Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens erfolgen kann (Gisler, Das Wiederaufbaurecht, S. 28 mit Hinweis auf EGV-SZ 1997 Nr. 54 Ziff. 2). Diese Klärung, ob sich eine – gemessen an der geltenden Rechtslage allenfalls als widerrechtlich bzw. nicht bewilligungsfähig zu qualifizierende – Baute oder Anlage auf den Bestandesschutz berufen kann, ist als Gegenstand einer Sachverfügung in einem (nachträglichen) Baubewilligungsverfahren bei der Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit möglich (vgl. VGE III 2009 173 vom 27. Oktober 2009 [= EGV-SZ 2009 B 17.2 nicht publizierte] Erw. 4.1 und 4.2 i.f.).

Eine solche Klärung einer Besitzstandsgarantie im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens dürfte sich bei bestehenden Bauten und (dreidimensionalen) Anlagen kaum aufdrängen, weil bei Gebäuden das Alter/Baujahr und somit ein Anspruch auf den Bestandesschutz in der Regel entweder offensichtlich ist oder sich aus datierbaren Planunterlagen, Photographien und anderen (schriftlichen) Dokumenten ohne weiteres ergibt, und der Bestandesschutz einer bestehenden Baute daher auch kaum bestritten werden dürfte. In diesen Fällen entfaltet der Bestandesschutz seine Bedeutung hingegen namentlich bei der Dimen-

sionierung einer allfälligen Ersatzbaute oder eines Wiederaufbaus (innerhalb der gesetzlich zulässigen Frist von fünf Jahren).

Anders verhält es sich hingegen in Fällen, wenn eine (behauptete) gewohnheitsmässige Nutzung einer Grundfläche – wie vorliegend – für Parkzwecke ernsthaft und aufgrund einer ersten Prüfung nachvollziehbar in Frage gestellt wird. In diesem Zusammenhang können sich durchaus Fragen nach der konkret als Parkplatz genutzten Fläche, deren Dimensionierung und Situierung stellen, die zu klären sind. Es kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass eine Fläche in ihrer gesamten Ausdehnung und ohne jegliche Ordnung als Parkfläche benutzt wird. Gewisse diesbezügliche Einschränkungen ergeben sich von selbst einerseits aus der angesprochenen gewohnheitsmässigen Nutzung, welche es erfahrungsgemäss mit sich bringt, dass Hauseigentümer wie Mieter ihre Fahrzeuge grundsätzlich und regelmässig in der gleichen Weise parkieren und ebenso dafür besorgt sind, dass allfällige Drittbenutzer eine gewisse Ordnung beachten. Andererseits dürfte sich eine geordnete Nutzung auch aus nachbarschaftlichen Überlegungen aufdrängen. Des Weiteren handelt es sich bei Parkplätzen um eine wesensgemäss temporäre Nutzung. Es können sich somit Abgrenzungsprobleme gegenüber einem bloss kurzfristigen Anhalten/Abstellen eines Fahrzeuges zu Umschlags- oder anderen Zwecken stellen, was nicht mehr als Parknutzung zu qualifizieren ist.

Angesichts dieser verschiedenen Fragen kann sich die Klärung aufdrängen, ob die behauptete Parknutzung einer bestimmten Fläche überhaupt unter die Bestandesgarantie fällt. Dies ist sinnvollerweise in einem (nachträglichen) Baubewilligungsverfahren vorzukehren.

(VGE III 2011 151+155 vom 18. Januar 2012).

8.3 Altrechtlicher Quartiergestaltungsplan

- *Übergangsrecht nach § 94 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) (Erw. 3.1).*
- *Anpassung an neues kommunales Recht (Erw. 3.2).*
- *Anpassung an neues überkommunales Recht (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Der 1972 erlassene (Quartier-)Gestaltungsplan ist noch in Rechtskraft. Bei der Ablösung des alten Baugesetzes durch das neue Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) sind die Richt- und Nutzungspläne (wozu auch die Gestaltungspläne zu zählen sind) des

B 8.3

Kantons und der Gemeinden explizit in Rechtskraft geblieben, während sich ihre Änderungen und Anpassungen nach dem neuen Recht zu richten haben (§ 94 Abs. 3 PBG). Gleiches gilt auch nach kommunalem Recht (Art. 133 BauR).

3.2 Vorliegend ist die Änderung eines altrechtlichen (Quartier-)Gestaltungsplanes umstritten. Für das Abänderungsverfahren ist – wie eben dargelegt (Erw. 3.1) – das aktuelle Gestaltungsplanverfahren massgebend. In materieller Hinsicht ist in erster Linie auf den geltenden Gestaltungsplan abzustellen. Kann aufgrund des Planes wenigstens die Positionierung der Baubereiche, die vertikale Ausdehnung und Dachgestaltung sowie mit dem Hinweis auf die W3 (...) die Ausnützung einigermaßen abgeleitet werden, fragt sich, wie das Fehlen jeglicher ausdrücklicher Sonderbauvorschriften zu würdigen ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Änderung der (kommunalen) Grundordnung sich nicht automatisch auf Sondervorschriften eines Gestaltungsplanes auswirkt. In der Regel ist vielmehr der Gestaltungsplan im gesetzlich vorgesehenen Verfahren anzupassen (EGV-SZ 1989 Nr. 45; VGE III 2009 85 vom 27. August 2009, Erw. 2.1; VGE III 2011 185 vom 8. Februar 2012, Erw. 3.3). Es gibt keine Anhaltspunkte, weshalb dieser Grundsatz nicht auch bei altrechtlichen Plänen ohne Sonderbauvorschriften gelten soll. Andernfalls könnten gewichtige Änderungen in der kommunalen Grundordnung bei automatischer Anpassung die erforderliche ausgewogene Korrelation zwischen Vorteilen und Abweichungen massiv verändern. Bei Einhaltung des gesetzlich vorgesehenen Änderungsverfahrens kann dagegen dieser Aspekt soweit erforderlich mitberücksichtigt werden. Soweit der Bezirksrat gegenteiliger Ansicht ist (...), erweist sich diese zumindest mit Blick auf die kommunale Grundordnung (z.B. Ausnützungsziffer) als nicht haltbar.

3.3 Anders ist die Situation, wenn sich überkommunale Vorschriften ändern. Hier wird dem Vorrang des übergeordneten Rechts insbesondere im Umweltschutzrecht besonderes Gewicht beizumessen sein (z.B. im Energierecht, VGE III 2011 80 vom 23. November 2011, Erw. 4.12 in fine). Im vorliegenden Fall steht der Waldabstand zur Disposition (siehe oben Erw. 2.2). Seit dem Erlass des hier abzuändernden Planes aus dem Jahre 1972 hat sich das Waldrecht massgeblich weiterentwickelt (Arnold Marti, Waldrecht, in: Rausch/Marti/Griffel, Umweltrecht, Zürich 2004, N 433 ff.). Bei der Abgrenzung von Wald und Bauzonen greift das Waldfeststellungsverfahren (Art. 10, 13 Waldgesetz, WaG, SR 921.0). Zudem dürfen Bauten und Anlagen in Waldesnähe die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen und die Kantone haben einen

angemessenen Mindestabstand vom Waldrand vorzuschreiben (Art. 17 WaG). Wie bereits erwähnt verlangt der Kanton Schwyz zum einen einen Mindestabstand von 15 m (§ 67 Abs. 1 PBG in der Fassung vom 8. Mai 1996). Zum anderen richtet sich die Änderung eines altrechtlichen (Quartier-)Gestaltungsplanes nach dem neuen Planungs- und Baugesetz. Daraus ist zu folgern, dass hinsichtlich des Waldabstandes von § 67 Abs. 1 PBG auszugehen ist. Selbst wenn keine Änderung des Gestaltungsplanes vorgesehen wäre, müsste eine Unterschreitung des aktuell gültigen Waldabstandes aufgrund der bisherigen Erwägungen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens ernsthaft hinterfragt und geprüft werden, zumal keine verbindliche Abweichung vom damaligen Waldabstand zugestanden wurde (...).

(VGE III 2011 204 vom 20. Juni 2012).

8.4 Mobilfunk

- *Anlagebegriff gemäss der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710).*
- *Bewilligung zweier Mobilfunkanlagen in unmittelbarer Nachbarschaft. Eine oder zwei Anlagen?*

Aus dem Sachverhalt:

Die X und die Y beabsichtigen in der Wohnzone W3 auf dem Flachdach des Wohnhauses A bzw. auf dem Flachdach des Wohnhauses B eine neue Mobilfunkanlage zu erstellen. Die geplanten Anlagen sind ca. 75 m voneinander entfernt. Die X-Mobilfunkanlage besteht u.a. aus einem Mast mit zwei GSM900 und zwei UMTS Antennen mit einem Anlageperimeter von 90.32 m Radius. Die Y-Mobilfunkanlage besteht u.a. aus einem Mast mit drei GSM900 und drei UMTS Antennen und einem Anlageperimeter von 78 m Radius. Der Antennenmast der Y steht im Anlageperimeter der Antennengruppe der X, nicht jedoch der Antennenmast der X im Anlageperimeter der Antennengruppe der Y.

Der Gemeinderat ... erteilte der X am 20. April 2011 und der Y am 5. Mai 2011 mit separaten Beschlüssen unter gleichzeitiger Abweisung der Einsprachen und Eröffnung der kantonalen Gesamtentscheide die Baubewilligung. Der Regierungsrat hob beide Baubewilligungen auf Beschwerde hin auf. Er geht davon aus, dass die beiden projektierten Mobilfunkantennen unter dem Aspekt der von ihnen ausgehenden Strahlung als eine Anlage gelten. Für beide Antennen zusammen bzw. pro Anlage

B 8.4

sei nur ein Standortdatenblatt zu erstellen. Anhand der vorliegenden Standortdatenblätter könne nicht geprüft werden, ob mit der gesamten Anlage, bestehend aus beiden Antennen, die Grenzwerte noch eingehalten würden. Es sei ein Standortdatenblatt für die gesamte Anlage zu erstellen bzw. einzureichen.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist, ob die beiden Anlagen der Beschwerdeführerinnen neu gemäss der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) eine oder zwei Anlagen darstellen.

2.1 Bis Ende August 2009 galt folgender Anlagebegriff (Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 1 NISV):

Als Anlage gelten alle Sendeantennen für die Funktionsdienste nach Ziffer 61, die auf demselben Mast angebracht sind oder die in einem engen räumlichen Zusammenhang, namentlich auf dem Dach des gleichen Gebäudes stehen.

Dieser Anlagebegriff wurde in der Vollzugsempfehlung zur NISV (Mobilfunk- und WLL-Basisstationen) näher umschrieben (Ziffer 2.1.2). Es wurde dabei u.a. festgehalten, dass der Begriff „enger räumlicher Zusammenhang“ in der NISV nicht abschliessend festgelegt sei. Er wurde nachstehend mit Hilfe des sogenannten Anlageperimeters präzisiert. Dessen Ausdehnung hing von der Sendeleistung und den Funkdiensten der auf dem Mast oder Dach vorhandenen Antennen ab. Bei den bisher beantragten und bewilligten Sendeleistungen habe dies einen Radius von wenigen Metern bis ca. 70 Meter ergeben. Befanden sich weitere Sendeantennen für zellularen Mobilfunk oder drahtlose Teilnehmeranschlüsse in diesem Anlageperimeter, standen sie in einem engen räumlichen Zusammenhang. Des Weiteren wurde in der Vollzugsempfehlung die Ermittlung des Anlageperimeters genauer umschrieben und dann abschliessend festgehalten:

5. Zuletzt wird auf dem Situationsplan um den Mast ein Kreis mit Radius r gezogen. Sind die Antennen auf mehrere Masten verteilt, wird um jeden Mast ein Kreis mit demselben Radius r gezogen. Diese Kreise stellen den Anlageperimeter dar. Befinden sich innerhalb dieses Perimeters weitere Sendeantennen für Mobilfunk oder drahtlose Teilnehmeranschlüsse, dann gehören diese ebenfalls zur Anlage. Der Anlageperimeter wird dadurch jedoch nicht weiter ausgedehnt. Die zusätz-

lich zu berücksichtigenden Antennen werden ins Standortdatenblatt (Zusatzblatt 1) aufgenommen und müssen bei der NIS-Berechnung einbezogen werden. Antennen, die ausserhalb dieses Perimeters liegen, werden nicht ins Standortdatenblatt aufgenommen.

Keine Rolle spielen bei der Anlagedefinition die Besitzverhältnisse der Antennen (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1A.10/2001/sta). Auch Sendeantennen verschiedener Mobilfunk- oder WLL-Betreiber bilden demnach zusammen eine Anlage, sofern sie sich auf dem gleichen Mast oder Dach oder innerhalb des oben beschriebenen Anlageradius befinden.

2.2 Seit 1. September 2009 gilt gemäss revidierter Ziffer 62 des Anhanges 1 NISV folgende Anlagedefinition:

62 Begriffe

¹ Eine Antennengruppe umfasst alle Sendeantennen, die am selben Mast oder an oder auf demselben Gebäude angebracht sind.

² Antennengruppen, die aus einem engen räumlichen Zusammenhang senden, gelten als eine Anlage, unabhängig davon, in welcher Reihenfolge sie erstellt oder geändert werden.

³ Aus einem engen räumlichen Zusammenhang senden zwei Antennengruppen, wenn sich von jeder der beiden Antennengruppen mindestens eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Antennengruppe befindet.

⁴ Der Perimeter einer Antennengruppe ist die horizontale Fläche aus Kreisen mit Radius r um jede Sendeantenne der Antennengruppe. Der Radius r in Metern beträgt: $r = F \sqrt{\text{ERP}_{90}}$; dabei bedeutet:

- a. F den Frequenzfaktor. Dieser beträgt:
 1. für Antennengruppen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 900 MHz oder in niedrigeren Frequenzbereichen senden: 2,63,
 2. für Antennengruppen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 1800 Hz oder in höheren Frequenzbereichen senden: 1,76,
 3. für alle anderen Antennengruppen: 2,10;
- b. ERP_{90} die kumulierte ERP in W, die durch die Sendeantennen einer Antennengruppe in einen Azimutsektor von 90° emittiert wird. Massgebend ist der Azimutsektor mit der höchsten kumulierten ERP.

⁵ Als Änderung einer Anlage gilt: (...).

B 8.4

Im Rundschreiben des Bundesamts für Umwelt (BAFU) vom 22. Juli 2009 wird ausgeführt, der Bundesrat habe im Rahmen der Verordnungsrevision erstmals rechtsverbindlich festgelegt, unter welchen Bedingungen benachbarte Mobilfunkantennen als eine Anlage im Sinne der NISV gelten würden. Die Anlagedefinition gemäss Abschnitt 2.1.2 (S. 12-14) der Vollzugsempfehlung für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen werde durch die neue Festlegung abgelöst und gelte nicht mehr.

2.3 Der Regierungsrat stützt sich im angefochtenen Entscheid zunächst auf die revidierte Ziffer 62 des Anhanges 1 NISV. Er stellte sich alsdann die Frage, ob Absatz 3 von Ziffer 62 NISV auf einzelne Antennen anwendbar sei. Er bejahte diese Frage unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung zu Ziffer 62. Danach habe das Bundesgericht das Anlageperimetermodell vertreten. Zwei Mobilfunkantennen würden als eine Anlage gelten, wenn die eine Antenne im Anlageperimeter der anderen Antenne liege (URP 2008 S. 354 ff.). Infolgedessen sei davon auszugehen, dass unter Anhang 1 Ziffer 62 Abs. 3 NISV nicht nur Antennengruppen, sondern auch einzelne Antennen fallen würden. Des Weiteren führte der Regierungsrat aus, der Radius des Perimeters der Antenne der X betrage 90.32 m. In deren Perimeter komme die projektierte Mobilfunkantenne der Y zu stehen. Es handle sich somit um eine Anlage, für die ein Standortdatenblatt zu erstellen sei.

2.4 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren übereinstimmend, es handle sich vorliegend um „zwei Antennengruppen“, würden sich „diese beiden Antennen doch auf zwei verschiedenen Gebäuden“ befinden. Die Anlage der Y befinde sich im Perimeter der X, nicht jedoch die Anlage der X im Perimeter der Y. Die Voraussetzung des engen räumlichen Zusammenhanges gemäss Anhang 1 Ziffer 62 Abs. 3 NISV sei deshalb nicht erfüllt. Dieser Ansicht schliesst sich vernehmlassend das kantonale Amt für Umweltschutz an (...), während das instruierende Sicherheitsdepartement weiterhin geltend macht, der enge räumliche Zusammenhang sei gemäss Wortlaut von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 3 NISV bereits schon gegeben, wenn sich eine Antenne im Perimeter der anderen Antenne befinde. Die Bestimmung verlange nicht, dass die beiden Antennen gegenseitig im Perimeter der anderen Antenne stehen müssten, damit sie als eine Anlage zu betrachten seien.

Die Beschwerdegegnerinnen beharren weiterhin auf einer Koordination der beiden Baubewilligungsverfahren. Sie beziehen sich dabei vor allem auf die von ihnen angesprochene Richtplanthematik, wozu der angefochtene RRB nicht Stellung nimmt. Des Weiteren machen sie ohne vertiefte

Ausführungen geltend, der Regierungsrat wende die einschlägigen Bestimmungen richtig an.

2.5 Abzustellen ist auf den Wortlaut einer Vorschrift. Ist der Wortlaut klar und bestehen keine Zweifel, dass der klare Wortlaut auch den wahren Sinn der Norm wiedergibt, bedarf es keiner Auslegung (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., N 214). Liegt indes Auslegungsbedürftigkeit vor, wird in Lehre und Rechtsprechung der Methodenpluralismus bejaht, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt, wenngleich in der bundesgerichtlichen Praxis die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund steht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 217 f.).

2.6 Der Wortlaut von Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 3 NISV ist klar und lässt keinen Zweifel offen, was damit gemeint ist. Der bereits in Erwägung 2.2 wörtlich zitierte Absatz 3 besagt, aus einem engen räumlichen Zusammenhang würden zwei Antennengruppen senden, wenn sich von jeder der beiden Antennengruppen mindestens eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Antennengruppe befinde. Das heisst unmissverständlich, dass von jeder Antennengruppe eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Antennengruppe stehen muss, um den engen räumlichen Zusammenhang zu bejahen. Es genügt mithin nicht, dass nur von einer Antennengruppe eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Gruppe steht.

2.7 Es bestehen keine Zweifel, dass mit dem klaren Wortlaut auch der wahre Sinn der Norm wiedergegeben wird. Weder der Regierungsrat noch die Beschwerdegegner machen Gegenteiliges von Relevanz geltend. Die Historie zu Anhang 1 Ziffer 62 NISV führt ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung.

Nach der bis Ende August 2009 geltenden Regelung in Anhang 1 Ziffer 62 Abs. 1 NISV (siehe oben Erw. 2.1) galten als Anlage alle Sendeantennen, die auf demselben Mast angebracht sind oder die in einem engen räumlichen Zusammenhang, namentlich auf dem Dach des gleichen Gebäudes, standen.

Nach dieser alten Regelung, der Vollzugsempfehlung (siehe oben Erw. 2.1) und der darauf basierenden Praxis hätte sich die Situation im vorliegenden Fall wie folgt dargestellt. Wäre die X-Anlage mit dem grösseren Anlageperimeter als erste Anlage rechtskräftig bewilligt worden, wäre die später projektierte Anlage der Y mit dem kleineren Anlageperimeter isoliert zu beurteilen gewesen, weil die Anlage der X nicht im Anlageperimeter der Y-Anlage steht. Umgekehrt hätte die Anlage der Y als

B 8.4

erstbewilligte bei der Beurteilung der Anlage der X als nachträglich zu bewilligende mitberücksichtigt werden müssen (= eine Anlage), weil sie im Anlageperimeter der X-Anlage steht. Bei gleichzeitiger Beurteilung wäre wohl massgebend gewesen, dass die Anlage der Y in den Anlageperimeter der X-Anlage zu stehen kommt, womit eine gemeinsame Beurteilung erforderlich gewesen wäre, auch wenn im Gegenzug die Anlage der X nicht in den Anlageperimeter der Y zu stehen gekommen wäre. Es ist davon auszugehen, dass der Regierungsrat in Anlehnung an diese Regelung entschieden hat.

Das Bundesgericht stellte in BGE 1C_40/2007 vom 6. November 2007 (in URP 2008, S. 354 ff.) nun fest, dass das Anlageperimeter-Modell der Abstandsregel gemäss (damaligem) Anhang 1 Ziffer 62 Abs. 2 NISV widerspreche. Wie beim weniger restriktiven Isolinien-Modell (Überlappen der Anlageperimeter) werde der enge räumliche Zusammenhang variabel berechnet, und zwar in Abhängigkeit von Strahlungsstärke, -richtung und -frequenz der Antennen und widerspreche, wie das Isolinien-Modell, der Abstandsregel. Es bedürfte hierfür einer vorherigen Änderung der NISV (Erw. 6.5). Des Weiteren hielt das Bundesgericht fest, es sei unbefriedigend, wenn die Reihenfolge der Bewilligungen zu unterschiedlichen Beurteilungen führe. Diese Widersprüche würden vermieden, wenn auf einen fixen Abstand abgestellt werde (Erw. 6.5 in fine). Es sei nicht Aufgabe des Bundesgerichts, eine Abstandsregel zu erlassen (Erw. 6.6).

Mit der neuen Regelung in Anhang 1 Ziffer 62 NISV trägt der Bundesrat dem Richterspruch dadurch Rechnung, dass er einerseits die Reihenfolge der Erstellung und Änderung der Anlage als unerheblich erklärt (Ziffer 62 Abs. 2) und andererseits den engen räumlichen Zusammenhang neu in der NISV genau definiert (Ziffer 62 Abs. 3 und 4). Dass weiterhin Variablen der Abstandsregelung zugrunde gelegt werden, liegt in der Verordnungskompetenz des Bundesrats, welcher sich auf das Fachwissen des BAFU stützen kann. Dies gilt ebenfalls für die Tatsache, dass nunmehr von jeder Antennengruppe eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Antennengruppe stehen muss. Eine Verletzung von Art. 4 und 11 NISV ist darin nicht zu erkennen (betreffend Sicherheitsmarge zwischen Immissionsgrenzwert und Anlagegrenzwert siehe BGE 1C_118/2010 vom 20. Oktober 2010, Erw. 4.2.3: gemäss BAFU bräuchte es 100 isoliert zu beurteilende Mobilfunkanlagen, die den ihnen zustehenden Anlagegrenzwert ausschöpfen, um den Immissionsgrenzwert mit Bezug auf einen OMEN [Ort mit empfindlicher Nutzung] zu überschreiten).

2.8 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Anlage der X nicht in den Anlageperimeter der Y zu liegen kommt. Damit erweist sich der angefochtene Beschwerdeentscheid bzw. die darin geforderte Einreichung eines gemeinsamen Standortdatenblattes sowie die Beurteilung der beiden Anlagen als eine Anlage als rechtswidrig. Der regierungsrätliche Beschwerdeentscheid ist demzufolge aufzuheben und die Sache an den Regierungsrat zurückzuweisen, damit er die Beurteilung der Verwaltungsbeschwerden hinsichtlich der übrigen Rügen vornehmen kann. (...). (VGE III 2011 189+191 vom 18. April 2012).

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

10.1 Schulrecht

- *Kein Anspruch auf einen Einsatz als Klassenlehrer bzw. Klassenlehrerin; Weisungsrecht der Schulleitung bei der Zuteilung von Lektionen (Erw. 1 und 2).*
- *Rechtsschutz bei Dienstsanweisungen (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der an den öffentlichen Volksschulen tätigen Lehrpersonen werden in der Personal- und Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen an der Volksschule (PBVL, SRSZ 612.110) geregelt (§ 1 Abs. 1 PBVL; siehe auch § 48 der Verordnung über die Volksschule, VSV, SRSZ 611.210). (...).

2.1 Kern- bzw. Ausgangspunkt des vorliegenden Streites bildet der Umstand, wonach die Klägerin an der Gemeindeschule X. nicht mehr (wie seit vielen Jahren) als Klassenlehrperson, sondern seit Beginn des Schuljahres ... als Fachlehrperson eingesetzt wird. Nach ihrer sinngemässen Argumentation stellt dies eine einseitige Vertragsänderung dar, welche unzulässig sei, weil ihre Zustimmung fehle. Mithin beruft sie sich in der Hauptsache auf eine Verletzung ihrer aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Schulträger resultierenden Ansprüche.

B 10.1

2.2 (...).

2.3.1 Es wurde bereits erwähnt, dass das Anstellungsverhältnis der Lehrpersonen an der öffentlichen Volksschule in der Personal- und Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen an der Volksschule geregelt wird (§ 48 VSV; § 1 Abs. 1 PBVL). Dabei wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass die Lehrperson den für den betreffenden Unterricht anerkannten Ausbildungsabschluss aufweist (siehe § 49 VSV). Nach § 28 Abs. 1 PBVL erfüllen die Lehrpersonen einen schulischen Gesamtauftrag, der durch die Bildungsziele, die Gesetzgebung der Volksschulen und die Leitideen des Schulträgers umschrieben wird. Die Lehrpersonen tragen gemäss den Bildungszielen die Verantwortung für die ihnen anvertrauten Schülerinnen und Schüler. Sie verbinden den Unterricht mit Erziehung und leiten die Lernenden zu verantwortungsbewusstem und selbständigem Verhalten an (§ 28 Abs. 2 PBVL). Die Lehrpersonen arbeiten mit den Erziehungsberechtigten, Schulbehörden, Schulleitungen und Spezialdiensten zusammen. Sie unterstehen im Rahmen der Gesetzgebung dem Weisungsrecht der Vorgesetzten (§ 28 Abs. 4 PBVL). Nach § 3 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zur PBVL (VVzPBVL, SRSZ 612.111) haben die Lehrpersonen neben der Unterrichtszeit für die Erfüllung des umfassenden beruflichen Auftrages weitere Arbeitszeit aufzuwenden. Diese ist so zu bemessen, dass der berufliche Auftrag fachgemäss erfüllt werden kann.

2.3.2 Aus diesen vorgenannten, aktuell geltenden Bestimmungen ist nicht zu entnehmen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers zwischen „Klassenlehrertätigkeit“ und „Fachlehrertätigkeit“ differenziert werden soll. Vielmehr geht es darum, den von der Bundesverfassung normierten Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht (siehe Art. 62 Abs. 2 BV) sicherzustellen. Dieser ausreichende Grundschulunterricht wird i.d.R. dadurch gewährleistet, dass die angestellten bzw. eingesetzten Lehrpersonen über die erforderliche Ausbildung verfügen (vgl. § 49 VSV). Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, dass der kantonale Gesetzgeber beabsichtigt hat, die für eine Schulplanung erforderliche Flexibilität zu erschweren und zwingend vorzuschreiben, dass eine als Klassenlehrperson eingesetzte Lehrperson künftig nicht mehr (bzw. nur mit deren Einverständnis) als Fachlehrperson eingesetzt werden dürfe. Eine solche gesetzliche Bestimmung ist weder ersichtlich, noch wird sie von der Klägerin bezeichnet. Sie würde denn auch keinen Sinn machen, zumal es für die Schulleitung aus verschiedenen Gründen nötig werden kann, die angestellten Lehrpersonen anders einzusetzen (sei es beispielsweise aufgrund schwankender Schülerzahlen, aufgrund von Absenzen/Vakanzen

infolge Mutterschaft, Zusatzausbildungen, Militärdienst, bewilligtem unbezahltem Urlaub und anderem mehr; hinsichtlich der Aufgaben der für die operativen Belange der Schule zuständigen Schulleitung vgl. § 65 VSV). In diesem Sinne steht es grundsätzlich der Schulleitung zu, im Rahmen der Schulplanung (§ 65 Abs. 3 lit. a VSV) eine bisher als Klassenlehrperson eingesetzte Lehrperson als Fachlehrperson einzusetzen (oder umgekehrt).

2.3.3 In diesem Zusammenhang versteht es sich von selbst, dass solche bei der Schulplanung ins Auge gefasste Wechsel nach Möglichkeit einvernehmlich abzusprechen sind (wobei festzuhalten ist, dass im konkreten Fall die Lektionenzahl unverändert blieb; mithin geht es hier nicht darum, ein Arbeitspensum zu verkleinern oder zu vergrössern). Eine solche einvernehmliche Regelung wurde denn auch nach der Aktenlage im Rahmen des Mitarbeitergesprächs vom 29. März 2012 anvisiert (scheiterte indessen an der fehlenden Zustimmung der Klägerin, was auch dadurch dokumentiert wird, dass die Klägerin das entsprechende Schriftstück nicht unterzeichnet hat, vgl. KB 3).

2.3.4 Im Bereich der Verwaltung oder auch der Privatwirtschaft umfasst das Weisungsrecht des Vorgesetzten (Vertreter des Arbeitgebers) grundsätzlich, einem Untergebenen (Arbeitnehmer) Arbeit zuzuweisen, für welche er ausgebildet und angestellt worden ist. Nicht anders verhält es sich bei der Zuteilung von Lektionen im Hinblick auf die Unterrichtstätigkeit einer angestellten Lehrperson. Es liegt in der Verantwortung und Kompetenz der Schulleitung zu bestimmen, welche (vom Schulträger angestellte) Lehrperson welche Lektionen in welcher Klasse zu unterrichten hat, wobei als besonders wichtiges Kriterium bei der Zuteilung zu beachten ist, ob die jeweilige Lehrperson über die für die betreffenden Lektionen nötige Ausbildung verfügt. So fällt die Zuteilung von Fremdsprachenlektionen an eine bestimmte Lehrperson offenkundig ausser Betracht, wenn sie dafür nicht ausgebildet ist (bezüglich gewisser Ausnahmen bei nicht ganz hinreichender Ausbildung, vgl. § 6 Abs. 2 PBVL, mit Verweis auf vom Erziehungsrat geregelte Einzelheiten). Solche ausbildungsmässigen Einschränkungen sind im konkreten Verfahren nicht von Relevanz, jedenfalls macht die Klägerin nicht geltend, sie sei für die im aktuellen Schuljahr zugewiesenen Lektionen nicht hinreichend ausgebildet (...).

Nach dem Gesagten hat die Klägerin als an der Volksschule angestellte Lehrperson keinen Anspruch darauf, nur in einer bestimmten Klasse ihrer Wahl zu unterrichten, sondern sie hat sich nach den Vorgaben der vorgesetzten Stelle (Schulleitung) zu richten. In diesem Sinne steht ihr

B 10.1

bei der Zuteilung von Lektionen, welche ihrer Ausbildung entsprechen, grundsätzlich kein Ablehnungsrecht zu, auch wenn sie bezüglich der von der Schulleitung geltend gemachten Begründung für die getroffenen Dispositionen anderer Meinung sein sollte. Auf die Frage des Rechtsschutzes bei Dienstanweisungen ist nachfolgend zurückzukommen (siehe Erw. 4).

2.3.5 Aus diesen dargelegten Gründen bleibt es dabei, dass die gesetzlichen Bestimmungen der Klägerin keinen Anspruch darauf vermitteln, nur als Klassenlehrerin eingesetzt zu werden. Im Übrigen ist – wie bereits erwähnt – im vorliegenden Verfahren unbestritten, dass die von der Klägerin zu erbringenden Unterrichtslektionen nicht gekürzt wurden.

2.3.6 Sodann wird im vorliegenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag eine „Anstellung als Primarlehrperson“ festgehalten. Von einer (ausschliesslichen) Tätigkeit als Klassenlehrperson bzw. einem Anspruch darauf ist nirgends die Rede. Welche Formulierung des Arbeitsvertrages einen Anspruch auf einen (ausschliesslichen) Einsatz als Klassenlehrperson vermittele, wurde von der Klägerin vor Verwaltungsgericht nicht substantiiert dargelegt. Daraus, dass die Klägerin in früheren Schuljahren als Klassenlehrperson eingesetzt wurde, kann entgegen der Meinung der Klägerin kein Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Situation bzw. Zuteilung einer bestimmten Klasse hergeleitet werden. Ihr Anspruch beschränkt sich grundsätzlich auf die im gültigen Arbeitsvertrag enthaltene Anzahl Unterrichtslektionen (mit entsprechender Entlohnung). Die Höhe des Unterrichtspensums ist denn auch nicht streitig.

2.4 Im Lichte dieser Ausführungen ist festzuhalten, dass die Klagebegehren, soweit sie sich gegen die Beklagte Ziffer 1 richten und aus dem aktuellen Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit dem bisherigen bzw. früheren Einsatz als Klassenlehrperson hergeleitet werden, abzuweisen sind, da der Klägerin kein Anspruch auf Beibehaltung einer Klassenlehrfunktion zukommt.

3.1 (...).

4. Soweit die Klägerin mit ihren Klagebegehren Dienstanweisungen ihrer Vorgesetzten beanstanden bzw. aufheben lassen will, wurde bereits im Zwischenbescheid III 2012 86 vom 3. Juli 2012 unter Erwägung 3.2 ausgeführt, dass fraglich ist, ob gegen solche Anordnungen mit organisatorischem Charakter wie beispielsweise die Zuweisung bestimmter Unterrichtslektionen (für welche die Lehrperson hinreichend ausgebildet ist)

ein Rechtsmittel besteht. Nach der kantonalen Rechtsprechung, wie sie in VGE 673/92 vom 24. März 1993 (Prot. S. 287 ff.; teilweise publ. in EGV-SZ 1993, Nr. 6, S. 15 ff., mit Verweis auf EGV-SZ 1977, S. 6 ff.) und in EGV-SZ 1980, S. 73 f. (= RRB Nr. 1093 vom 16. Juni 1980) dargelegt wurde, ist jedenfalls § 3 lit. d VRP zu beachten, wonach die VRP nicht anwendbar ist auf Weisungen und Dienstbefehle an untergeordnete Behörden und Funktionäre. Eine klare Abgrenzung zwischen einer nicht anfechtbaren Dienstanweisung bzw. einem Dienstbefehl einerseits (z.B. die Art und Weise, wie eine zugewiesene Aufgabe im öffentlichen Dienst zu erfüllen ist), und einer (anfechtbaren) Anordnung andererseits, welche die Elemente einer Verfügung im Sinne von § 6 VRP beinhaltet, erweist sich als nicht einfach (vgl. dazu Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2.A., Bern 2011, S. 113 mit Hinweisen; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.A., Bern 2009, § 41 S. 368 ff.; siehe insbesondere auch Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, S. 159 f. mit weiteren Hinweisen, namentlich auch mit einem Verweis auf EGV-SZ 2001, S. 191 ff. = Bundesgerichtsurteil 2P.324/2001 vom 28. März 2000 betr. Primarschulhauszuteilung). Von einer anfechtbaren schulorganisatorischen Anordnung ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der disziplinarische Charakter der Massnahme im Vordergrund steht (siehe auch Müller, a.a.O., S. 114, wonach eine disziplinarische Massnahme allenfalls dann den Verfügungen gleichgestellt wird, wenn mit ihr die Vorstufe einer möglichen schärferen Massnahme erreicht ist und durch sie die aktuelle private Rechtsstellung bereits verschlechtert wird; siehe auch Fussnote 208 a.a.O., wonach der Verweis nach kantonalem Lehreranstellungsrecht als anfechtbare Verfügung zu qualifizieren ist; vgl. auch BVR 2010, S. 147 ff.). Ob und inwieweit im konkreten Fall die betreffenden schulorganisatorischen Anordnungen auch als disziplinarische Massnahme gegenüber der Klägerin zu verstehen sind, und ob ein derartiges Vorgehen unter Mitberücksichtigung weiterer Grundsätze wie Verhältnismässigkeitsprinzip als zulässig zu qualifizieren wäre, ist im vorliegenden Klageverfahren nicht zu prüfen. Diesbezüglich ist auf § 73 VSV hinzuweisen, wonach der Schulrat Beschwerdeinstanz gegen Entscheide der Schulleitung ist (Abs. 2) und der Regierungsrat Beschwerdeinstanz gegen Entscheide u.a. der Schulräte (§ 73 Abs. 1 VSV). (...).

(VGE III 2012 85 vom 18. Oktober 2012).

B 10.2

10.2 Verordnung über Ausbildungsbeiträge (VAB; SRSZ 661.110) vom 29. Mai 2002

- *Vertretungsbefugnis der Fürsorgebehörde (Erw. 1).*
- *Keine doppelte Anrechnung des Lehrlingslohnes bei der Ermittlung des Anspruchs auf Ausbildungsbeiträge einerseits und bei der Ermittlung des Unterstützungsbedarfs gemäss § 15 des Gesetzes über die Sozialhilfe (ShG; SRSZ 380.100) vom 18. Mai 1983 andererseits (Erw. 3.1-4.5).*
- *Vorrang der Anrechnungsregel gemäss § 15 ShG gegenüber derjenigen gemäss §§ 8 f. VAB (Erw. 4.6-4.9).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Nichteintretensantrag in der Vernehmlassung des Sicherheitsdepartements wird sinngemäss damit begründet, dass die im Namen des Beschwerdeführers erhobene Beschwerde vom Präsidenten und dem Sekretär der kommunalen Fürsorgebehörde unterzeichnet wurde. Mithin lasse sich der Beschwerdeführer im Verfahren vor Verwaltungsgericht durch die Fürsorgebehörde vertreten, was unzulässig sei und nach § 27 Abs. 1 lit. c VRP zu einem Nichteintretensentscheid führen müsse.

1.2 Einmal abgesehen davon, dass bei fraglicher Vertretungsbefugnis des Parteivertreters praxisgemäss der Beschwerde führenden Partei noch das rechtliche Gehör zu gewähren und ihr Gelegenheit zu geben ist, den allfälligen Mangel zu beheben (beispielsweise durch Ansetzung einer Frist zur Abgabe der Erklärung, dass die Beschwerde führende Person auf einen Parteivertreter verzichte und im Verfahren alleine auftrete, siehe dazu auch § 39 Abs. 1 i.V.m. § 16 Abs. 2 VRP), sind insbesondere folgende Aspekte zu beachten: Nach § 70 der Kantonsverfassung sind Bezirke und Gemeinden selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts. Das kantonale Gesetz über die Sozialhilfe (ShG, SRSZ 380.100) verpflichtet die Gemeinden in § 7 ShG, eine Fürsorgebehörde zu bestellen, welcher nach § 8 ShG alle ihr durch dieses Gesetz übertragenen Aufgaben obliegen, insbesondere auch die Geltendmachung von familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsansprüchen sowie von Rückerstattungsansprüchen (siehe § 8 lit. d ShG). Zu diesen Aufgaben gehört auch, Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe (§ 11 Abs. 1 ShG) sowie u.a. Beratung und Betreuung auf freiwilliger Basis (persönliche Hilfe, siehe § 11 Abs. 2 lit. b ShG und § 1 Abs. 2 lit. b ShG) zu gewähren. In Anbetracht dieser gesetzlichen Bestimmun-

gen ist die kommunale Fürsorgebehörde ohne weiteres befugt, einer Hilfesuchenden Person aus ihrer Gemeinde im Verfahren zur Erlangung von staatlichen Leistungen (Ausbildungsbeiträgen) beizustehen und sie im betreffenden Rechtsmittelverfahren als Parteivertreter zu unterstützen. Dies gilt erst recht, als nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung auch die Rechtsmittelbefugnis der Fürsorgebehörde bejaht wird, wenn es um pekuniäre (vermögensrechtliche) Interessen der betroffenen Gemeinde geht, welche je nach Ausgang des jeweiligen Verfahrens zur Folge haben, dass diese Gemeinde im Ergebnis mehr oder auch weniger zu bezahlen hat (vgl. VGE III 2010 26 vom 20. Mai 2010, Erw. 1.2 und 1.3, mit Hinweisen; zur Stellung der Fürsorgebehörde siehe auch Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation im Kanton Schwyz, Rickenbach/Schwyz 2009, S. 157 ff.; ferner auch: Adrian Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, S. 237 ff.).

1.3 Zusammenfassend ist die Fürsorgebehörde entgegen der Auffassung des Sicherheitsdepartements befugt, den Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu vertreten. (...).

3.1 Die vom Kantonsrat am 29. Mai 2002 erlassene Verordnung über Ausbildungsbeiträge (VAB, SRSZ 661.110) sieht in § 1 Abs. 1 VAB vor, dass der Kanton nach Massgabe dieser Verordnung Beiträge an die Kosten der beruflichen Aus- und Weiterbildung ausgerichtet, wenn die erforderlichen Mittel anderweitig nicht zur Verfügung stehen.

3.2 Nach § 8 Abs. 1 VAB werden Ausbildungsbeiträge nur ausgerichtet, wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern, anderer gesetzlich Verpflichteter und der auszubildenden Person nicht ausreicht, um die Kosten der Ausbildung und des Lebensunterhalts zu decken.

3.3 Ein Anspruch auf Ausbildungsbeiträge entsteht, wenn die massgebenden Ausbildungs- und Lebenshaltungskosten die anrechenbare Eigenleistung um mehr als Fr. 500.-- übertreffen.

3.4 Die massgebenden Kosten setzen sich nach § 10 Abs. 1 VAB zusammen aus den Kosten für den Besuch einer Ausbildungsstätte (wie Schulgeld, Material- und Reisekosten) sowie den Kosten für Verpflegung, Unterkunft und allgemeine Lebenshaltung.

3.5 Nach § 9 Abs. 1 VAB bestimmt sich die anrechenbare Eigenleistung nach dem Einkommen und Vermögen der auszubildenden Person, ihrer Eltern, ihres Ehegatten sowie anderer Personen, die gesetzlich zur

B 10.2

Tragung oder Mittragung der Ausbildungskosten verpflichtet sind. Einkommen und Vermögen werden anhand der Steuerdaten ermittelt. Nach § 9 Abs. 3 VAB ist der Regierungsrat ermächtigt, die Einzelheiten zu regeln. Von dieser Befugnis hat der Regierungsrat in der Vollzugsverordnung zur VAB (VVzVAB, SRSZ 661.111) Gebrauch gemacht. Gemäss § 7 Abs. 1 Satz 1 VVzVAB sind hinsichtlich des Beitrags der auszubildenden Person die Einkommensverhältnisse der auszubildenden Person während und die Vermögensverhältnisse zu Beginn der Beitragsperiode massgebend. Der Beitrag ergibt sich aus dem zumutbaren Eigenerwerb pro Jahr zuzüglich der zumutbaren Vermögensleistung (§ 7 Abs. 2 VVzVAB). Nach § 8 Abs. 1 lit. a VVzVAB gilt als zumutbarer Eigenerwerb pro Jahr bei Ausbildungen mit Einkünften aus dem Ausbildungsverhältnis (Lehre, Praktikum) 70 % des Bruttoeinkommens, mindestens jedoch Fr. 1500.--.

4.1 (...).

4.4 Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, wie das Einkommen (Lehrlingslohn) eines jungen Erwachsenen anzurechnen ist, welcher eine Erstausbildung absolviert und auf staatliche Unterstützung angewiesen ist, weil die Eltern die Kosten der Erstausbildung nicht finanzieren können.

4.5 Für die Beantwortung dieser Fragestellung ist von der Erkenntnis auszugehen, dass das gleiche Einkommen (Lehrlingslohn) nicht zweimal angerechnet werden kann, weil die auszubildende Person nur einmal darüber verfügen kann. Es ist somit nicht zulässig, den gleichen Lehrlingslohn sowohl bei der Ermittlung des Anspruchs auf Ausbildungsbeiträge als Eigenleistung nach § 9 VAB (i.V.m. §§ 7 und 8 VVzVAB) anzurechnen, als auch dieses Einkommen bei der Ermittlung des Anspruchs auf wirtschaftliche Sozialhilfe als eigene Mittel nach § 15 ShG (i.V.m. § 6 ShV) zu berücksichtigen.

4.6 Bei dieser Sachlage verhält es sich so, dass bezüglich des Anspruchs auf staatliche Unterstützungsleistungen (nach VAB einerseits und ShG andererseits) zwei verschiedene Anrechnungsregeln das gleiche Einkommen (d.h. den gleichen Lehrlingslohn) beanspruchen, mithin zwei verschiedene Regelwerke miteinander kollidieren. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Gesetzgeber für diese Konstellation eine Kollisionsnorm geschaffen hat, bzw. welcher Anrechnungsregel in einer solchen Konstellation Vorrang zukommt mit der Konsequenz, dass der Lehrlingslohn nur in jenem Regelwerk angerechnet wird.

4.7 Eine Überprüfung des für Ausbildungsbeiträge erlassenen kantonalen Regelwerks zeitigt folgende Ergebnisse.

4.7.1 In § 8 Abs. 1 VAB hat der kantonale Gesetzgeber normiert, dass die Ausbildungsbeiträge nur ausgerichtet werden, wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern, anderer gesetzlich Verpflichteter und der auszubildenden Person nicht ausreicht, um die Kosten der Ausbildung und des Lebensunterhalts zu decken. Anknüpfungspunkt bildet nach dem Wortlaut dieser Bestimmung die finanzielle Leistungsfähigkeit verschiedener Personen (der Eltern, von anderen durch das Gesetz verpflichteten Personen sowie der auszubildenden Person selber). Mit dieser Formulierung ist jedenfalls aber nicht eine Gemeinde gemeint, andernfalls nicht von einer Anknüpfung an die finanzielle Leistungsfähigkeit gesprochen worden wäre, sondern vielmehr die Leistungspflicht im Zusammenhang mit einem Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe thematisiert worden wäre. Zusammenfassend ist in § 8 Abs. 1 VAB keine Kollisionsnorm für eine Konstellation in der vorliegenden Art zu erblicken.

4.7.2 Analoges gilt auch für die in § 9 VAB und den §§ 7 und 8 VVzVAB enthaltenen Regelungen. In diesen Bestimmungen wird nirgends darauf Bezug genommen, was gelten soll, wenn die auszubildende Person von den Eltern keine finanzielle Unterstützung erfährt und nicht in der Lage ist, mit dem (Lehrlings-)Lohn sowohl den Lebensbedarf, als auch die Ausbildungskosten zu finanzieren. Daraus, dass der kantonale Gesetzgeber in § 9 Abs. 1 VAB festgehalten hat, die anrechenbare Eigenleistung bestimme sich nach dem Einkommen der auszubildenden Person, kann nicht abgeleitet werden, die Anrechnung des Lehrlingslohnes müsse zwingend erfolgen. Denn der Gesetzgeber hat im Absatz 3 der gleichen Bestimmung dem Regierungsrat die Befugnis eingeräumt, die Einzelheiten zu regeln, und zudem in § 9 Abs. 3 lit. b VAB normiert, dass der Regierungsrat namentlich festlegt, „inwieweit Einkommen und Vermögen angerechnet werden“. Mit dieser Formulierung hat der kantonale Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass es (nach seiner Einschätzung) Fälle geben kann, in welchen das Einkommen bzw. der Lehrlingslohn überhaupt nicht oder nur zum Teil anzurechnen ist (anzufügen ist, dass die teilweise Anrechnung explizit in § 9 Abs. 2 VAB geregelt wird), wobei es dem Regierungsrat überlassen wurde, diese Ausnahmefälle zu konkretisieren. Wäre es der Willen des Gesetzgebers gewesen, keine Ausnahmen von der Anrechnung des Einkommens der auszubildenden Person bzw. des Lehrlingslohnes zuzulassen, wäre die Bestimmung von § 9 Abs. 3 lit. b VAB unnötig gewesen.

B 10.2

Der Vollzugsverordnung zur VAB ist nicht zu entnehmen, welche Regelung gelten soll, wenn ein Lehrling (ohne finanzielle Unterstützung seiner Eltern) nicht in der Lage ist, mit seinem Lehrlingslohn sowohl den Lebensunterhalt, als auch die Ausbildungskosten zu tragen. In den §§ 7 und 8 VVzVAB wird lediglich von einem zumutbaren Eigenerwerb gesprochen, ohne dass die Frage der Zumutbarkeit der Anrechnung thematisiert wird, wenn die auszubildende Person keine finanzielle Unterstützung durch die Eltern hat und ein Unterstützungsbedarf im Bereich des Lebensunterhalts vorliegt.

4.7.3 Nach dem Gesagten wird weder in der Ausbildungsbeitragsverordnung (VAB), noch in der dazu gehörenden Vollziehungsverordnung (VVzVAB) die Zumutbarkeit der Anrechnung des Lehrlingslohnes einer auszubildenden erwachsenen Person geregelt, welche ohne finanzielle Unterstützung der Eltern auskommen muss und einen Unterstützungsbedarf im Bereich des Lebensunterhalts aufweist. Zusammenfassend enthält das Regelwerk für Stipendien (VAB/VVzVAB) keine Kollisionsregel für einen Sachverhalt, wie er beim Beschwerdeführer vorhanden ist und oben dargelegt wurde.

4.8 Ob es sich im kantonalen Sozialhilferecht anders verhält, wird nachfolgend geprüft.

4.8.1 In § 6 Satz 1 ShV wird normiert, dass u.a. Sonderhilfen aufgrund besonderer Erlasse zu den eigenen Mitteln im Sinne von § 15 ShG zählen. Darunter fallen ohne weiteres auch Ausbildungsbeiträge nach der VAB. Mit der Regelung in § 6 ShV wird somit zum Ausdruck gebracht, dass grundsätzlich andere finanzielle Quellen vorab in Anspruch zu nehmen sind, bevor ein Anspruch auf wirtschaftliche Sozialhilfe entsteht.

4.8.2 Dieser Grundsatz der Subsidiarität und des Vorranges anderer finanzieller Quellen wird auch in den SKOS-Richtlinien thematisiert, welchen gemäss § 5 Abs. 2 ShV wegleitender Charakter zukommt. Namentlich in Ziffer A.4-1 und A.4-2 wird explizit festgehalten, dass kein Wahlrecht zwischen vorrangigen Hilfsquellen und der Sozialhilfe besteht, und der Anspruch auf Stipendien bzw. Ausbildungsbeiträgen dem Bezug von Sozialhilfe ausdrücklich vorgeht (siehe oben, Erw. 2.3).

4.8.3 Im Lichte dieser im Sozialhilferecht enthaltenen Stufenfolge, wonach zunächst sämtliche in Frage kommenden Finanzierungsquellen auszuschöpfen sind und erst ganz am Schluss, wenn der Unterstützungsbedarf nicht anderweitig gedeckt werden kann, als letztes Auffang-

netz die von der Wohnsitzgemeinde zu leistende wirtschaftliche Sozialhilfe zum Zuge kommt, ist die eingangs gestellte Fragestellung im Sinne der Ausführungen in der Beschwerde zu beantworten. Dies bedeutet, dass bei einem jungen Erwachsenen, welcher für die Erstausbildung keine finanzielle Unterstützung durch die Eltern erhält (weil die Eltern ihrerseits auf wirtschaftliche Sozialhilfe angewiesen sind), zur Ermittlung des allfälligen Anspruchs auf Ausbildungsbeiträge die Anrechnung des Lehrlingslohnes dann nicht zumutbar ist, wenn dieser Lehrling einen Unterstützungsbedarf im Bereich des Lebensunterhalts aufweist und diesbezüglich die zuständige Fürsorgebehörde den Lehrlingslohn bereits bei den eigenen Mitteln nach § 15 ShG angerechnet hat. In diesem Sinne kommt der Anrechnungsregel nach § 15 ShG (i.V.m. § 6 ShV) gegenüber der Anrechnungsregel nach den §§ 8 und 9 VAB (i.V.m. den §§ 7 und 8 VVzVAB) der Vorrang zu, d.h. bei einer Kollision dieser dargelegten Anrechnungsregeln entfällt die Anrechnung des Lehrlingslohnes bei der Ermittlung des Anspruchs auf Ausbildungsbeiträge jedenfalls in dem Umfange, als der gleiche Lehrlingslohn bei der Ermittlung des Unterstützungsbudgets gemäss Sozialhilferecht berücksichtigt wird. (...).

4.9 Für das vorliegende Ergebnis, welches mit der Formel „Stipendien statt Sozialhilfe“ umschrieben werden kann, sprechen auch noch folgende Aspekte:

4.9.1 Zum einen kann Sozialhilfeabhängigkeit zu Herabminderung und Stigmatisierung führen, ausgehend von der stereotypen Auffassung, die Lage des Betroffenen sei Ausdruck persönlichen Versagens oder gründe auf selbstverschuldetem Scheitern oder gar moralischer Schwäche (vgl. BGE 1D_19/2007 vom 16. Dezember 2008, Erw. 5 mit Hinweis). Mit dem oben dargelegten Lösungsansatz „Stipendien statt Sozialhilfe“ kann der angesprochenen Gefahr der Stigmatisierung entgegengewirkt werden.

4.9.2 Zum andern hat die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) unlängst in einem Grundlagenpapier vom Dezember 2011 detailliert und mit zahlreichen Hinweisen dargelegt, dass im Bereich der Sozialhilfe für Jugendliche und junge Erwachsene, bei welchen die berufliche Grundausbildung ansteht, ein Paradigmenwechsel im Sinne von „Stipendien statt Sozialhilfe“ mit Nachdruck empfohlen wird. Der genaue Inhalt dieses Grundlagenpapiers kann im Internet unter „http://www.skos.ch/store/pdf_d/schwerpunkte/medienkonferenzen/3.1.2.012/Grundlagenpapier_Stipendienstatt_Sozialhilfe.pdf“ nachgelesen werden.

(VGE III 2012 22 vom 18. April 2012).

B 10.3

10.3 Landwirtschaft

- *Erwerb eines ausserhalb der Bauzone gelegenen Einfamilienhauses, welches bis anhin nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörte, durch einen Landwirt:*
- *Befugnis der Steuerbehörde, den Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 84 BGGB zu verlangen, bejaht (Erw. 3.4).*
- *Beim Wohnhaus auf dem umstrittenen Grundstück handelt es sich um eine zonenwidrige Baute im Sinne von Art. 24c RPG, welche in ihrem Bestand geschützt ist. Ein solches Grundstück wird nicht allein deshalb, weil es von einem Betreiber eines landwirtschaftlichen Gewerbes erworben wird, zu einem landwirtschaftlichen Grundstück. Unterstellung unter das BGGB verneint (Erw. 4.3 und 4.4).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Die steueramtliche Schätzung eines Grundstückes richtet sich u.a. danach, ob es sich um ein landwirtschaftliches oder um ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück handelt. (...). Die steueramtliche Schätzung von landwirtschaftlichen Grundstücken und Gewerben wird in der Verordnung über die steueramtliche Schätzung landwirtschaftlicher Grundstücke und Gewerbe (LSchätzV, SRSZ 172.220) geregelt. Gemäss § 1 Abs. 2 Satz 1 LSchätzV gilt ein Grundstück als landwirtschaftlich, wenn es in den Geltungsbereich des BGGB fällt. (...).

3.1 Nach Art. 84 BGGB kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Bewilligungsbehörde (dazu Art. 80 BGGB) feststellen lassen, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück dem Realteilungsverbot, dem Zerstückelungsverbot, dem Bewilligungsverfahren oder der Belastungsgrenze unterliegt (lit. a) oder der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks bewilligt werden kann (lit. b). Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend. Generell können sämtliche aufgrund der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des BGGB zu würdigenden Sachverhalte Gegenstand einer Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 84 BGGB sein. So können insbesondere sämtliche Fragen in Bezug auf den örtlichen Geltungsbereich des BGGB (Art. 2-5 BGGB), aber auch die allgemeinen Begriffsbestimmungen von Art. 6-10 BGGB zum Gegenstand einer Feststellungsverfügung gemacht werden (BGE 129 III 186 Erw. 2.1; 693 Erw. 3; 132 III 515 Erw. 3.2.2; Herren-

schwand/Stalder, in: Büsser et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl. 2011, Art. 84 Rz. 4).

3.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Steuerverwaltung habe kein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 84 BGG. Die Unterstellung des Grundstückes KTN ..., X., unter das BGG führe zu einer tieferen steuerlichen Bewertung, was nicht im Interesse der Steuerverwaltung liege. Die Steuerverwaltung hätte die bisherige Schätzung für das fragliche Grundstück weiterhin übernehmen müssen; den Erlass einer Feststellungsverfügung hätten einzig die Grundeigentümer verlangen können.

3.3 Die Feststellungsverfügung stellt eine Art der Auskunftserteilung über die Rechtslage dar, verändert diese aber nicht (BGer 5A_393/2011 vom 3. November 2011 Erw. 6.1.1). Feststellungsverfügungen, die auf Feststellungsbegehren hin bei einem schutzwürdigen Interesse ergehen (vgl. auch Art. 25 Abs. 2 VwVG), sollen dem Privaten meist eine vorteilhafte Grundlage für zukünftige Dispositionen verschaffen (Weber-Dürler in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 25 Rz. 8). In diesem Sinne wird ein Feststellungsinteresse nach Art. 84 BGG immer dann bejaht, wenn ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft bevorsteht oder Ungewissheit über eine allfällige Bewilligungspflicht besteht (ZBGR 1998 S. 100; Stalder in Kommentar BGG, Art. 84 Rz. 7; BGE 116 II 169). (...).

3.4 Die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses ist grundsätzlich auf die Rechtsstellung des Privaten ausgerichtet. Feststellungsverfügungen können jedoch auch von Amtes wegen erlassen werden. Dabei sprechen prozessökonomische Gründe für die vorgängige Feststellung z.B. der Steuerpflicht, der Bewilligungspflicht usw. Dank der Feststellungsverfügung kann möglicherweise auf die Einleitung eines für Behörde und Parteien aufwendigen Verfahrens verzichtet werden. Die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses gilt bei den von Amtes wegen erlassenen Feststellungsverfügungen nicht. Diese werden vielmehr mit Rücksicht auf spezifisch öffentliche und prozessökonomische Interessen erlassen (Weber-Dürler in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 25 Rz. 7-8 m.H.).

Für die vorliegend auf Begehren der Steuerverwaltung erlassene Feststellungsverfügung muss somit nicht das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 84 BGG geprüft werden. Vielmehr gilt zu beachten, dass das Steuerrecht bezüglich der Frage, ob der

B 10.3

Wert eines Grundstücks nach den landwirtschaftlichen Bewertungsregeln festzulegen ist, ausdrücklich auf die Bestimmungen des BGGB verweist (vgl. § 1 Abs. 2 LSchätzV sowie vorstehend Erw. 1.2 und 1.3). Die steuerrechtliche Bewertung der Grundstücke ist somit im Einklang mit den Bestimmungen des BGGB vorzunehmen. Zuständige Behörde für den Erlass von Feststellungsverfügungen im Sinne von Art. 84 BGGB ist das Amt für Landwirtschaft (§ 34 lit. d der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Landwirtschaft, LG-VV, SRSZ 312.111). Die Klärung des steuerrechtlichen Begriffs des landwirtschaftlichen Grundstückes (§ 41 Abs. 2 StG) setzt zwar nicht in jedem Fall zwingend den Erlass einer Feststellungsverfügung voraus; es ist aber in Berücksichtigung des dargelegten Koordinationsgebotes und aus verfahrensökonomischen Gründen nicht zu beanstanden, wenn bei Unklarheiten auf Seiten der Steuerverwaltung auf deren Gesuch hin das Amt für Landwirtschaft eine Feststellungsverfügung erlässt. Diesbezüglich ist die angefochtene Verfügung somit nicht zu beanstanden.

4.1 Die Beschwerdeführer bestreiten, dass das von ihnen erworbene Grundstück KTN ... zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört und damit dem BGGB unterstellt ist. Das Grundstück sei seit 1964 (Verkauf durch die X.) nicht mehr der Landwirtschaft gewidmet gewesen. Es habe seither keiner landwirtschaftlichen Nutzung im Sinne von Art. 6 BGGB mehr gedient. Das Grundstück sei von ihnen auch nicht zu landwirtschaftlichen Zwecken erworben worden. Vielmehr solle es als Wohnraum eines Sohnes dienen, der nicht in der Landwirtschaft tätig sein werde. Das Grundstück sei kein örtlicher und funktioneller Bestandteil des landwirtschaftlichen Gewerbes. Mit der Unterstellung dieses Grundstückes werde die Hofübergabe an den jüngsten Sohn verunmöglicht, da die Übernahme dieses Grundstückes mit Wohnhaus nicht finanzierbar sei. (...).

Die Beschwerdeführer machen zudem geltend, der Einbezug des Grundstückes KTN ... als Bestandteil des Gewerbes verletze ihre Eigentumsgarantie. Als Bestandteil des landwirtschaftlichen Gewerbes verliere das Grundstück einen grossen Teil seines Wertes. (...).

4.2 Die Vorinstanz macht vernehmlassend geltend, der Beschwerdeführer verfüge auf seinem Betrieb nicht nur über zu wenig Wohnfläche, sondern auch über zu wenige Wohneinheiten. Die Liegenschaft KTN ... liege ausserhalb der Bauzone und unterstehe damit gestützt auf Art. 2 BGGB diesem Gesetz. Es sei unerheblich, dass dieses Grundstück bisher nicht der Landwirtschaft gewidmet war. (...).

4.3 Wie bereits erwähnt (Erw. 1.1), sind dem BGGB einzelne oder zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende landwirtschaftliche Grundstücke unterstellt, die ausserhalb einer Bauzone nach Art. 15 RPG liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGGB). Weitere, vorliegend nicht massgebliche Fälle des örtlichen Geltungsbereichs werden in Art. 2 Abs. 2 BGGB definiert (vgl. Erw. 1.1). Als landwirtschaftlich gilt ein Grundstück, das für die landwirtschaftliche oder gartenbauliche Nutzung geeignet ist (Art. 6 Abs. 1 BGGB). Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt gemäss Art. 7 Abs. 1 BGGB eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist.

Die Definition des landwirtschaftlichen Grundstückes in Art. 6 Abs. 1 BGGB stimmt inhaltlich mit der Definition der Landwirtschaftszone in Art. 16 Abs. 1 lit. a RPG überein. Im Normalfall decken sich örtlicher und sachlicher Geltungsbereich, jedoch nicht durchwegs. Auch Flächen in der Landwirtschaftszone können aus dem durch Art. 6 BGGB bestimmten sachlichen Geltungsbereich fallen, weil sie unproduktiv sind oder weil die landwirtschaftliche Nutzung nicht mehr in Frage kommt. In der Landwirtschaftszone bestehen z.B. nichtlandwirtschaftliche Gebäude wie besitzstandsgeschützte Wohnhäuser, Ausflugsrestaurants oder andere standortgebundene Anlagen. In der Landwirtschaftszone existieren viele nichtlandwirtschaftliche Bauten verschiedenster Art (vgl. Hofer in: Kommentar BGGB, 2. A., Vorbem. zu Art. 6-10 Rz. 5).

4.4 Das umstrittene Grundstück KTN ... liegt ausserhalb der Bauzone und hat eine Grundfläche von ... m². Es wurde gemäss den Akten 1964 von der X. an Y. veräussert (Bf-act. 14). Dieser erstellte noch im selben Jahr ein Zweifamilienhaus auf dem Grundstück (Bf-act. 13). Es ist unbestritten, dass diese Liegenschaft spätestens ab 1964 nicht mehr landwirtschaftlich genutzt worden ist; das Wohnhaus gehörte nie zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe. Beim Wohnhaus auf KTN ... handelt es sich somit um eine vor Inkrafttreten des RPG (bzw. des aGSchG) erstellte, bestimmungsgemäss nutzbare Baute ausserhalb der Bauzone, die nicht mehr zonenkonform ist, gestützt auf Art. 24c Abs. 1 RPG in ihrem Bestand aber geschützt ist und gestützt auf Art. 24c Abs. 2 RPG auch teilweise geändert oder erweitert werden kann. Aufgrund dieser Bestandesgarantie bestehen nichtlandwirtschaftlich genutzte Bauten ausserhalb der Bauzone, also im örtlichen Geltungsbereich des BGGB (Schmid-Tschirren/Bandli in: Kommentar BGGB, 2. A., Art. 2 Rz. 19).

B 10.3

Landwirtschaftliche Grundstücke können nur Grundstücke sein, die sich zur landwirtschaftlichen Nutzung eignen. Für die landwirtschaftliche Nutzung geeignet ist die landwirtschaftliche Nutzfläche. Eine landwirtschaftliche Nutzung besteht jedoch auch bei Hofraum, Gebäudegrundflächen und privaten Wegen, soweit sie der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung und der Zufahrt zum Hof dienen (Hofer in: Kommentar BGG, 2. A., Art. 6 Rz. 5d). Nicht landwirtschaftliche Bauten und Anlagen sind hingegen jene, die als Ausnahme nach Art. 24 RPG bewilligt werden können sowie Gebäude, für die eine Zweckänderung nach Art. 24a RPG bewilligt worden ist. Ebenfalls nichtlandwirtschaftlich sind die zonenwidrigen Bauten und Anlagen nach Art. 24c RPG (Hofer in: Kommentar BGG, 2. A., Art. 6 Rz. 16a). Zum landwirtschaftlichen Gewerbe gehören jedoch nur die landwirtschaftlichen Grundstücke, Bauten und Anlagen. Nichtlandwirtschaftliche Grundstücke, die keinen landwirtschaftlichen Teil enthalten, sind nicht Bestandteil des Gewerbes (Hofer, a.a.O., Art. 7 Rz. 37k).

Ein Grundstück wird nicht allein deshalb, weil es von einem Betreiber eines landwirtschaftlichen Gewerbes erworben wird, zu einem landwirtschaftlichen Grundstück. Es müssen vielmehr die Voraussetzungen von Art. 2 BGG erfüllt sein. Zu einem Gewerbe gehören alle im Eigentum derselben Person liegenden Grundstücke, welche unter das BGG fallen, die anderen – nicht unter den Geltungsbereich des BGG fallenden Grundstücke – gehören jedoch nicht dazu (Hofer, a.a.O., Art. 7 Rz. 37).

Das fragliche Grundstück ist bis anhin nie unter das BGG gefallen. Für den Erwerb des Grundstückes war offenkundig auch keine Bewilligung im Sinne von Art. 61 BGG erforderlich. Auch wenn zumindest ein Teil des Wohnhauses auf dem Grundstück KTN ... für den Wohnbedarf der Beschwerdeführer als Betreiber des benachbarten landwirtschaftlichen Gewerbes geeignet ist, so ändert dies nichts daran, dass es sich um eine zonenwidrige Baute nach Art. 24c RPG und damit um eine nichtlandwirtschaftliche Baute handelt. Unbestritten ist, dass auf dem Grundstück neben dem Wohnhaus keine landwirtschaftlich nutzbare Fläche vorhanden ist. Insgesamt ist das Grundstück KTN ... somit nicht als landwirtschaftliches Grundstück zu qualifizieren.

Diese Schlussfolgerung drängt sich auch in Beachtung der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV auf. Die Liegenschaft wurde rechtmässig als nicht dem BGG unterstelltes Grundstück erworben; entsprechend wurde wie bereits erwähnt auch keine Erwerbsbewilligung verlangt. Es galt beim Erwerb weder die Preisgrenze gemäss Art. 66 BGG noch war die Belastungsgrenze nach Art. 73 Abs. 1 BGG zu beachten. Gemäss dieser Bestimmung dürfen landwirtschaftliche Grundstücke nur bis zur Belastungsgrenze mit Grundpfandrechten belastet werden. Die Belastungs-

grenze entspricht der Summe des um 35 Prozent erhöhten landwirtschaftlichen Ertragswerts und des Ertragswerts der nichtlandwirtschaftlichen Teile. Aufgrund der bis anhin fehlenden Belastungsgrenze konnten die Beschwerdeführer für den Erwerb der Liegenschaft bei der Bank ein Darlehen aufnehmen (Bf-act. 14 und 16). Wie hoch der landwirtschaftliche Ertragswert der Liegenschaft KTN ... ausfallen würde, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Der landwirtschaftliche Ertragswert eines Grundstückes liegt jedoch regelmässig weit unter dem Verkehrswert einer nicht dem BGGB unterstellten Liegenschaft. (...).

Die Zuordnung des als nichtlandwirtschaftliche Liegenschaft erworbenen und entsprechend belehnten Grundstückes zum landwirtschaftlichen Gewerbe und damit die Unterstellung unter das BGGB hätte somit relevante negative vermögensrechtliche Auswirkungen auf die Beschwerdeführer.

(...).

4.5 Nicht zu entscheiden ist vorliegend, ob bei einem allfälligen Ausbau des Wohnhauses auf dem landwirtschaftlichen Gewerbe die Wohnmöglichkeiten auf der Liegenschaft KTN ... mit zu berücksichtigen sind. (VGE III 2011 169 vom 23. Mai 2012).

13. Sozialhilfe

13.1 Bezahlung der Miete durch die Fürsorgebehörde

Aus den Erwägungen:

4.1 Gemäss den vorliegenden Akten hat der Beschwerdeführer für die Monate Mai 2011 bis und mit August 2011 aufgrund einer mietrechtlichen Auseinandersetzung mit seinem Vermieter keine Mietzinszahlungen mehr geleistet (...).

4.2 Mit Beschluss ... beschloss die Fürsorgebehörde X. u.a., dass der vom Beschwerdeführer monatlich zu entrichtende Mietzins in Höhe von Fr. 775.-- dem Vermieter ab Oktober 2011 direkt angewiesen wird. (...).

4.5 Gemäss § 9 ShV kann die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit Bedingungen verbunden werden, wenn dadurch die richtige Verwendung

B 13.1

der Hilfe sichergestellt werden soll oder die Lage des Hilfeempfängers und seiner Angehörigen verbessert werden kann (Abs. 1).

4.6 Wirtschaftliche Sozialhilfe wird in der Regel in Geld ausgerichtet. Was eine zweckdienliche Nutzung der ausbezahlten finanziellen Leistungen beinhaltet, ist im Einzelfall zu beurteilen. Grundsätzlich ist es Sache der unterstützten Person, zu entscheiden, wie die Gelder konkret eingesetzt werden, ob damit teurere oder billigere Lebensmittel eingekauft werden oder das Geld teilweise für kulturelle Bedürfnisse oder Freizeitbeschäftigungen verwendet wird. Die Handlungsfähigkeit und damit auch die Entscheidungsfreiheit in der Lebensgestaltung der unterstützten Person werden durch den Sozialhilfebezug nicht eingeschränkt. Die Sozialhilfeorgane haben daher nur mit Zurückhaltung in diesen Bereich einzugreifen, wenn objektiv tatsächlich eine erhebliche Zweckentfremdung vorhanden ist. So z.B. bei Nichtbezahlen des Mietzinses oder der Krankenkassenprämien oder massivem Alkoholabusus. Besteht keine Gewähr, dass die Sozialhilfeleistungen entsprechend dem Zweck verwendet werden, kann im Einzelfall auch eine Ausrichtung an eine Drittperson in Erwägung gezogen werden oder es können Leistungen im Sinne von Kostengutsprachen direkt an die Leistungserbringer ausbezahlt werden (Vermieter, Krankenkasse etc.) (Vogel, Rechtsbeziehungen – Rechte und Pflichten der unterstützten Personen und der Organe der Sozialhilfe, in: Häfeli, Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 181 f.; vgl. auch Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 93).

4.7 Sinn und Zweck des dargelegten Systems und der dargelegten gesetzlichen Ausgestaltung der öffentlichen Sozialhilfe ist namentlich die materielle Grundsicherung, d.h. die Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz der in finanzielle Not geratenen Mitmenschen. Sie ist grundsätzlich gegenwartsbezogen und bezweckt weder die Schuldensanierung von Menschen in finanzieller Not noch will und kann sie für bzw. anstelle Unterstützungsbedürftiger vertraglichen Schuldverpflichtungen nachkommen, sofern dies nicht (ausnahmsweise) im übergeordneten Interesse der Existenzsicherung geschehen muss.

4.8 Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch für die Sicherstellung eines Obdaches für Menschen in Not. Die Übernahme laufender Mietkosten steht nicht im Zeichen der vertragskonformen Erfüllung einer Mieterpflicht, sondern der Sicherstellung des Obdaches des Unterstützungsbedürftigen (vgl. VGE 852/05 vom 30. Juni 2005, Erw. 3.4).

4.9 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen erweist sich die von der Fürsorgebehörde X. (...) beschlossene Direktanweisung des Mietzinses an den Vermieter ab Oktober 2011 als gerechtfertigt. Indem der Beschwerdeführer die Mietzinszahlungen für die Monate Mai bis August 2011 zurückbehält, um sich nach eigenen Angaben einen Vorteil in einem mietrechtlichen Verfahren zu verschaffen, und er es im Übrigen nicht einmal für nötig erachtete, die Fürsorgebehörde über sein Vorgehen zu informieren, hat er diese Gelder entgegen ihrem zugewiesenen Zweck verwendet. Da es sich bei den Geldern um zweckgebundene Beiträge der Fürsorgebehörde X. handelte, hätte eine allfällige Mietzinshinterlegung erst nach Rücksprache mit ihr erfolgen dürfen. Eine Auseinandersetzung darüber, ob das eigenmächtige Zurückhalten der Mietzinszahlungen des Beschwerdeführers gegenüber dem Vermieter gerechtfertigt war oder nicht, kann somit offen bleiben, zumal das Verwaltungsgericht darüber ohnehin nicht zu entscheiden hat. Festzuhalten bleibt, dass der Beschwerdeführer mit seinem eigenmächtigen Handeln die Gefahr einer Notlage im Sinne von § 7 Abs. 2 ShV bedeutend erhöht hat. Die Fürsorgebehörde war somit gemäss § 17 ShG i.V.m. § 9 Abs. 2 lit. d ShV befugt, den monatlichen Mietzins von Fr. 775.-- dem Vermieter ab Oktober 2011 direkt zu überweisen.

(VGE III 2012 32 vom 23. Mai 2012).

13.2 Kürzung überhöhter Wohnkosten

- *Eine Kürzung überhöhter Wohnkosten ist zulässig, wenn die fürsorgeabhängige Person den zumutbaren und lückenlosen Nachweis nicht erbringt, keine günstigere Wohnung finden zu können, und sie eine von der Fürsorgebehörde angebotene zumutbare Ersatzwohnung ausschlägt.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Im Sozialhilferecht gilt der Grundsatz der Subsidiarität (...). Demnach ist es primär Sache der um wirtschaftliche Hilfe nachsuchenden Person, eine günstigere Wohnung zu suchen. Allerdings hat die Fürsorgebehörde bei der Suche nach einer günstigeren Wohnung Mithilfe zu leisten (vgl. auch SKOS-Richtlinien, Ziff. B.3). Diese Unterstützungspflicht ergibt sich auch aus den §§ 1 Abs. 2 lit. b und 27 Abs. 2 ShG (vgl. auch EGV-SZ 1998, S. 72). Indessen kann die unterstützte Person, welche in einer im Vergleich zu den Richtwerten zu teuren Wohnung

B 13.2

lebt, sich nicht darauf beschränken, die Fürsorgebehörde nach einer günstigeren Wohnung suchen zu lassen. Vielmehr obliegt es grundsätzlich der Wirtschaftshilfe beziehenden Person, den Nachweis zu erbringen, dass sie sich ernsthaft und fortwährend um eine günstigere Wohnung bemüht.

4.1.2 Wenn eine kommunale Fürsorgebehörde Personen, welche Wirtschaftshilfe auf der Basis von überhöhten Wohnkosten beanspruchen, bei der Wohnungssuche unterstützt und ihnen lokale Wohnungsangebote zukommen lässt, darf sie einen lückenlosen Nachweis verlangen, welcher belegt, dass die unterstützte Person jeweils umgehend den jeweiligen Vermieter kontaktiert und sich um die freie Wohnung beworben hat.

4.1.3 Soweit ein solcher zumutbarer Nachweis lückenlos erbracht wird und die unterstützte Person jeweils hinreichend belegt, dass sie sich ständig ernsthaft um günstige Wohnungen bemüht, indessen aus Gründen, die der unterstützten Person nicht anzulasten sind (beispielsweise infolge Stellenlosigkeit etc.), den Zuschlag nicht erhalten hat, kann der unterstützten Person grundsätzlich kein Vorwurf gemacht werden. In einem solchen Fall (mit anhaltenden und umfassend dokumentierten erfolglosen Bemühungen um eine günstigere Wohnung) ist im Einklang mit dem Regierungsrat festzuhalten, dass eine Kürzung des Anteils für die überhöhten Mietkosten nur in Frage kommt, wenn die kommunale Fürsorgebehörde eine konkrete zumutbare Ersatzwohnung anbietet oder vermittelt, welche von der unterstützten Person indessen ausgeschlagen wird.

4.1.4 Soweit indessen ein solcher zumutbarer Nachweis (betreffend ernsthafte Bemühungen um eine günstigere Wohnung im Gemeindegebiet) *nicht* lückenlos erbracht wird, ist darin ein Verhalten zu erblicken, dass die unterstützte Person gar nicht gewillt ist, die bisher bewohnte (und im Vergleich zu den Richtwerten zu teure) Wohnung zu verlassen. Auch wenn es durchaus achtenswerte Gründe geben kann, in der bisherigen Wohnung zu verbleiben (beispielsweise um in der Nähe lebende Angehörige besser betreuen zu können, um ein eingespieltes gutes Nachbarschaftsverhältnis nicht zu verlieren etc.), kann die unterstützte Person in einem solchen Fall (mit geringer Motivation, die bisherige Wohnung zu verlassen) nicht verlangen, dass die Fürsorgebehörde – über eine angemessene Frist hinaus, welche die Kündigungsfrist und mindestens einen Monat Bedenkfrist abdecken muss – weiterhin die vollen, den Mietrichtwert überschreitenden Wohnkosten übernimmt. Hingegen steht es der unterstützten Person frei, sich in solchen Fällen von überhöhten

Wohnkosten anderweitig stärker einzuschränken und ab dem Zeitpunkt, in welchem die Fürsorgebehörde der unterstützten Person mangels hinreichender Bemühungen um eine günstigere Wohnung nur noch den kommunalen Mietrichtwert für die betreffende Haushaltskategorie anrechnet (hier Fr. 800.--), den Fehlbetrag für die Miete der bisherigen Wohnung durch Einsparungen beispielsweise beim Grundbedarf abzudecken. In diesem Sinne ist der Fürsorgebehörde zuzugestehen, dass sie bei unzureichenden Bemühungen der unterstützten Person um eine günstigere Wohnung nach einer Übergangszeit anstelle der höheren Mietkosten den Mietrichtwert anrechnen darf.

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

(Bemerkung: i.c. wurden die Bemühungen um eine günstigere Wohnung vom Beschwerdeführer nicht in genügendem Masse dokumentiert und eine Kürzung der anrechenbaren Mietkosten als gerechtfertigt erachtet).

(VGE III 2012 55 vom 23. Mai 2012).

B 13.3

13.3 Wöchentliche Meldepflicht

- *Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit der wöchentlichen Meldepflicht eines Sozialhilfeempfängers.*

Aus den Erwägungen:

2.2 § 9 Abs. 1 ShV ermöglicht es den Fürsorgebehörden, die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit Bedingungen zu verbinden, wenn dadurch die richtige Verwendung der Hilfe sichergestellt werden soll oder die Lage des Hilfeempfängers und seiner Angehörigen verbessert werden kann. Dabei wird auf § 3 Abs. 2 und 3 ShG verwiesen, die besagen, dass die Ursachen einer Notlage abzuklären und diese nach Möglichkeit zu beseitigen seien, sowie dass in der Sozialhilfe durch allgemeine Aufklärung dafür zu sorgen sei, dass Notlagen vermieden werden können. Weiter wird auf § 4 Abs. 2 ShG verwiesen, wonach die Eigenständigkeit und Menschenwürde des Hilfesuchenden zu achten und zu fördern seien und ihm insbesondere ein angemessenes Mitspracherecht zu gewähren sei.

2.3 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen. Sie müssen zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den allfälligen Beschränkungen der Grundrechte stehen, die dem Bürger auferlegt werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101] vom 18. April 1999; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St.Gallen 2010, NN 581 ff.).

Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt, d.h. keinerlei Wirkung im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 587 m.H. auf BGE 130 I 140 Erw. 5.3.6).

Die Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Die Erforderlichkeit der Massnahme muss sowohl als Übermass- wie auch als Untermassverbot aufgefasst werden, d.h. auch Massnahmen, die zu wenig zur Erreichung des Schutzzieles beitragen, sind dem Zweck nicht angemessen und damit unverhältnismässig (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., NN 591 ff.).

Sodann ist eine wertende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und der durch ihre Wirkung beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen vorzunehmen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 614).

2.4 Die Fürsorgebehörde X. begründete die Auflage, dass sich der Beschwerdeführer mindestens einmal pro Woche beim Sozialdienst X. zu melden habe, damit, dass die wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit gefördert und die zweckdienliche Verwendung der Sozialhilfegelder sichergestellt werden sollen. Insbesondere hegt sie den Verdacht, dass sich der Beschwerdeführer jeweils für längere Zeit in Deutschland bei ... aufhält und somit die Absicht dauernden Verbleibens in der Gemeinde X nach Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG; SR 851.1) vom 24. Juni 1977 in Frage gestellt sei.

2.5.1 Die Auflage ermöglicht es der Fürsorgebehörde zu überprüfen, ob der Beschwerdeführer vor Ort ist. Die Massnahme erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer sich jederzeit um Arbeit bemühen kann und auch für allfällige Nachfragen von Arbeitgebern oder für Vorstellungsgespräche zur Verfügung steht, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat. Sie ist demnach unbestrittenermassen geeignet, die wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit zu fördern und zudem die zweckdienliche Verwendung der Sozialhilfegelder sicherzustellen.

2.5.2 Eine gleich geeignete oder mildere Massnahme wird weder von der Vorinstanz noch vom Beschwerdeführer vorgebracht noch ist eine solche ersichtlich.

2.5.3 Schliesslich erweist sich die Auflage auch als zumutbar. Der Beschwerdeführer ist schon seit längerem auf Sozialhilfe angewiesen. Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass der Beschwerdeführer seine erwerbliche Selbständigkeit wiedererlangen kann. Im Sinne der Schadenminderungspflicht (SKOS-Richtlinien A.5.2) hat der Beschwerdeführer nach seinen Kräften zur Verminderung und Behebung der Notlage beizutragen. Betrachtet man beispielsweise die in den Akten liegenden Bewerbungen, so sprechen diese grundsätzlich nicht für eine motivierte Stellensuche: Der Beschwerdeführer sendet Standardtexte an teilweise ungeeignete Unternehmen (...). Demgegenüber wird der Beschwerdeführer in seinen Grundrechten nicht sehr stark eingeschränkt. So ist er zwar verpflichtet, einmal wöchentlich – und nicht zweimal, wie

B 17.1

von ihm behauptet – den in der Nähe seines Wohnortes gelegenen Sozialdienst aufzusuchen. Beachtet man jedoch, dass ein Arbeitstätiger die ganze Woche zu bestimmten Zeiten an seiner Arbeitsstelle zu erscheinen hat und dort zwischen 40 und 45 Stunden wöchentlich zu arbeiten hat, und berücksichtigt man gleichzeitig, dass der Beschwerdeführer weder sozialen noch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht, so kann von ihm mindestens erwartet werden, einmal wöchentlich die genannte Arbeitsstelle aufzusuchen. Wenn der Beschwerdeführer darüber hinaus, wie von ihm behauptet, lediglich an den gesetzlichen Feiertagen und den ihm gemäss OR zustehenden Ferien nach Deutschland reist, so ist nicht ersichtlich, inwiefern ihn die Auflage der Fürsorgebehörde einschränkt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer den nächsten Termin mit dem Sozialdienst jeweils individuell absprechen kann. Zusammenfassend ist aus den Akten nichts (...) zu entnehmen, was die angefochtene Auflage als unzumutbar erscheinen liesse.

(VGE III 2011 150 vom 8. Februar 2012).

13.4 Abgrenzung der Anrechnung des Lehrlingslohnes nach der VAB und dem Sozialhilfegesetz

(siehe EGV-SZ 2012, B 10.2)

17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen

17.1 Vollstreckungsrecht

- *Vollstreckungsmassnahme. Tägliche Ordnungsbusse (§ 78 Abs. 1 lit. d VRP):*
- *Fehlende Vollstreckungsfähigkeit.*

Aus den Erwägungen:

1.7 Verfügung und Entscheid sind vollstreckbar, wenn sie nicht mehr angefochten werden können (formelle Rechtskraft) oder wenn den

Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung zukommt oder wenn die aufschiebende Wirkung entzogen wurde (§ 76 VRP).

1.8 Die Sachverfügung muss auch vollstreckungsfähig sein. Die fehlende Verfügungsberechtigung des Pflichtigen bzw. die fehlende Duldungsverpflichtung der Berechtigten stellt beispielsweise ein Vollstreckungshindernis dar. Die Sachverfügung muss auch genügend bestimmt sein. Ist ihr Inhalt unbestimmt und auch durch Auslegung nicht zu ermitteln, kann der Mangel im Vollstreckungsverfahren nicht mehr behoben werden (Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen; S. 207 f.).

1.9 Die (administrativrechtliche) Vollstreckung angedrohter Ordnungsbussen ist dort nicht mehr möglich, wo die angeordnete Pflichterfüllung gar nicht mehr möglich ist (...). Dies gilt deshalb, weil es sich bei der täglichen Ordnungsbusse gemäss § 78 Abs. 1, 4 und § 79 Abs. 3 VRP nicht um eine Strafe, sondern um eine Beugemassnahme handelt, mit welcher anstelle einer Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwangs jemand zur persönlichen Pflichterfüllung angehalten werden soll (EGV-SZ 2001 B 17.1; 1999 Nr. 15).

2.1 Ursprünglich ist der Beschwerdeführerin per sofort die Nutzung der Zeltbaute untersagt worden (...). Diese Rechtsverpflichtung ist klar und deren Einhaltung kann problemlos überprüft werden, womit auch die Vollstreckungsfähigkeit bzw. die Vollstreckbarkeit gegeben ist.

2.2 Aufgrund der Beschwerdeführung hat zunächst das Sicherheitsdepartement mit Zwischenbescheid vom 19. Juni 2012 und alsdann der Regierungsrat mit RRB Nr. 823/2012 vom 28. August 2012 das sofortige Nutzungsverbot gemildert ..., dies unter der Auflage, die Musik in der Zeltbaute nach Mitternacht so zu reduzieren, dass sie in der Umgebung nicht mehr wahrgenommen werden kann (...). Die Vollstreckungsfähigkeit bzw. Vollstreckbarkeit dieser konkreten Auflage ist im Gegensatz zum generellen und sofortigen Nutzungsverbot höchst fraglich. Dies aus nachfolgenden Gründen.

2.3 Ziel der Auflage ist, ab Mitternacht die Nachtruhe zu gewährleisten. Konkret bezieht sich die Rechtsverpflichtung aber nur auf die Musik (insbesondere Live-Musik oder Abspielen von Tonträgern), womit ein nicht mehr als Musik identifizierbares allfälliges Gegröle grundsätzlich von der Auflage unerfasst bleibt, was wiederum zu Abgrenzungsproblemen bei der Vollstreckung führen kann. Entscheidend ist aber, dass die

B 17.1

Musik nicht etwa generell untersagt wird, sondern nur „so zu reduzieren ist, dass sie in der Umgebung nicht mehr wahrgenommen werden kann“. Wenn nun aber – nebst nichtmusikalischen Lärmemissionen – Musik in der Zeltbaute grundsätzlich erlaubt ist, sind folgerichtig gewisse geringfügige Lärmmissionen zumindest in der näheren Umgebung von der Auflage nicht erfasst, andernfalls – aus Sicht der Vollstreckungsfähigkeit bzw. Vollstreckbarkeit sowie der Festsetzung von Ordnungsbussen – die Musik ab Mitternacht unmissverständlich und vorbehaltlos hätte verboten werden müssen (womit notabene die Problematik anderer Lärmmissionen aber noch nicht gelöst wäre), was jedoch nicht der Fall ist. Bei dieser Ausgangslage müsste somit die hier zu vollstreckende Auflage hinsichtlich zulässiges Mass der Musikemissionen und des Begriffs „Umgebung“ genügend bestimmt sein, was jedoch ebenfalls nicht der Fall ist. Dass dem so ist, zeigt das vorliegende Verfahren exemplarisch.

2.4 Im Zwischenbescheid des Sicherheitsdepartements vom 19. Juni 2012 wird in Erwägung 4.3.4 festgehalten, dass die Sach- und Rechtslage betreffend Lärm umstritten sei und im vorsorglichen Massnahmeverfahren nicht abschliessend geprüft und beurteilt werden könne. Deshalb sei die Beschwerdeführerin bei ihrer Zusage zu behaften, sich einer Auflage zu unterziehen, wonach die Musik nach Mitternacht so zu reduzieren sei, dass sie in der Umgebung nicht mehr wahrgenommen werden könne. Dieses Zugeständnis vermag die fehlende Bestimmtheit der Auflage weder zu ersetzen noch die vorliegende Beschwerdeerhebung als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen (siehe auch nachfolgend Erw. 2.6).

Im RRB Nr. 823/2012 vom 28. August 2012 hält der Regierungsrat fest, dass Anhaltspunkte bestünden, dass die Beschwerdeführerin sich – insbesondere hinsichtlich der zu vollstreckenden Auflage – nicht vollumfänglich an die vorläufige Regelung halte (...). Dies veranlasste den Regierungsrat jedoch nicht, die Auflage bestimmter zu gestalten oder die vorsorglichen Massnahmen zu verschärfen. Vielmehr liess er es im Wesentlichen beim Hinweis bewenden, es würden sich wohl in erster Linie Vollstreckungsmassnahmen aufdrängen.

Im hier angefochtenen Beschluss nimmt der Gemeinderat Bezug auf den Bericht der Kantonspolizei Schwyz vom 23. August 2012 und eine Strafanzeige derselben vom 1. September 2012. Aus diesen Unterlagen geht einerseits hervor, dass die Kontrollgänge auf Meldungen von Dritten hin erfolgten, und andererseits die ausgerückten Polizisten ihre gemachten Wahrnehmungen festhielten (z.B.: 28. Juli 2012, 01.14 Uhr: in der Zeltbaute herrschte Musik mit normaler Lautstärke, 100 Meter nach dem ... in RichtungMusik ...nicht mehr hörbar). Der Gemeinderat stellte

fest, dass aufgrund der Polizeirapporte bei den vier Kontrollgängen „in der Umgebung jeweils Musik aus der Zeltbaute beim ... wahrnehmbar war“. Daraus ist zu schliessen, dass der Gemeinderat grundsätzlich jede Wahrnehmung von Musik in der Umgebung als Verstoss gegen die Auflage qualifizierte, was aber – wie bereits dargelegt (siehe oben Erw. 2.3) – aus Sicht des Vollstreckungsrechts so nicht verstanden werden darf, da kein generelles Musikverbot nach Mitternacht ausgesprochen wurde. Der Gemeinderat bekräftigt seinen Standpunkt in der Vernehmlassung vom 16. November 2012 und führt aus, aufgrund des Wortlautes beginne die Umgebung ausserhalb der Zeltbaute. Es gehe nicht an, dass sich die Beschwerdeführerin und die Polizei darauf einigten, es genüge, wenn die Musik bei der Abzweigung ... nicht mehr wahrnehmbar sei (...).

2.5 Der Regierungsrat und das Sicherheitsdepartement argumentieren als Beigeladene ähnlich wie der Gemeinderat. Für sie ist es klar, dass nach Mitternacht vom Partyzelt „keine störende Wirkung mehr ausgehen kann“. Die Umgebung beginne demnach „grundsätzlich unmittelbar ausserhalb des Zeltes.“ Zumindest leuchte jedermann ein, dass die Musik soweit reduziert, allenfalls eingestellt werden müsste, dass sie in der Umgebung, wo Dritte durch störende Lärmimmissionen in der Nachtruhe gestört sein könnten, nicht mehr hörbar sei. Dies sei logischerweise zumindest bei den ersten betroffenen Häusern in der Umgebung der Fall. Die Beschwerdeführerin könne und müsse den Störungsperimeter selbst beurteilen und festlegen können. Ihre Schutzbehauptung in Bezug auf die angebliche Auslegungsbedürftigkeit des Begriffes „Umgebung“ sei spitzfindig und grenze sogar an Rechtsmissbrauch. Es liege allein im Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin dafür zu sorgen, dass nach Mitternacht keine störenden Wirkungen von ihrem Betrieb ausgehen. Bei Unklarheiten hätte sie klärende Erläuterungen bei den verfügbaren Behörden einholen können. Es wäre zudem unverhältnismässig, wenn vor dem Vollzug noch ein Lärmgutachten erstellt werden müsste. Ein solcher administrativer Aufwand sei im Vollstreckungsverfahren schon aus rein zeitlichen Gründen gar nicht möglich, aber auch nicht notwendig.

2.6. Vorinstanz und Beigeladene verkennen, dass es Sache der Behörde und nicht der Verfügungsadressatin ist, die Rechtspflichten so klar zu formulieren, dass deren Anwendung und Vollstreckung sofort und grundsätzlich ohne weitere Abklärungen möglich wird. Eine genügend bestimmte Umschreibung der Rechtspflicht liegt im konkreten Fall trotz gegenteiliger Beteuerungen nicht vor. Der Umstand, dass eine praktikable(re) Umschreibung der Rechtsverpflichtung schwierig ist, ersetzt die

B 17.2

erforderliche Bestimmtheit nicht. Dies zeigt indes auf, dass die an sich sinnvolle, auf einen Interessenausgleich zielende vermittelnde vorläufige Regelung aus vollstreckungsrechtlicher Sicht – im Gegensatz zu inhaltlich und zeitlich klaren Nutzungsverböten – offenkundig wenig geeignet war und ist. Dass die Behörden mit der Auflage der Beschwerdeführerin entgegengekommen sind und sich diese nun nachträglich gegen die Ordnungsbussenverfügung wehrt, mag bei den Behörden auf (zum Teil nachvollziehbares) Unverständnis stossen. Deswegen kann indes noch nicht von Rechtsmissbrauch gesprochen werden, da Erlass und Formulierung der Auflage in der Verantwortung der Behörden liegen.

2.7 Es ergibt sich somit, dass die in der Auflage gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 des Zwischenbescheides vom 19. April 2012 bzw. gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 des RRB Nr. 823/2012 vom 28. August 2012 angeordnete Verpflichtung zu Lasten der Beschwerdeführerin zu wenig bestimmt formuliert ist, um sie vollstreckungsrechtlich auch umsetzen zu können.

(...).

(VGE III 2012 167 vom 14. Dezember 2012).

17.2 Vollstreckungsrecht

- *Vollstreckungsmassnahme. Tägliche Ordnungsbussen (§ 78 Abs. 1 lit. d VRP):*
- *Nichterfüllung der angeordneten Pflicht der unverzüglichen Baueinstellung.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Verpflichtung der unverzüglichen Baueinstellung stützt sich auf § 87 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) ab. Danach kommt einer dagegen erhobenen Beschwerde ex lege keine aufschiebende Wirkung zu. Die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Pflichterfüllung ist mithin vollstreckbar. Dieser legislatorischen Lösung bedarf es, andernfalls das Institut der sofortigen Baueinstellung unterlaufen und zur Farce verkommen würde.

2.2 Die verfügte unverzügliche Baueinstellung ist offenkundig auch nicht nichtig und verstösst ebenso nicht gegen unverjährende und unver-

zichtbare Grundrechte (...). Es handelt sich um ein Bauvorhaben, das ohne Abklärung der Bewilligungspflicht grundsätzlich nicht einfach erstellt werden darf. Der Erlass der Baueinstellungsverfügung erscheint zumindest nicht als qualifiziert unrichtig im Sinne eines Nichtigkeitsgrundes. Das vorliegende Verfahren ist deshalb auch nicht zu sistieren, bis der Regierungsrat über die Beschwerde gegen die Verfügung vom 12. Juli 2012 entschieden hat (...).

2.3 Die Vorinstanz begründet die Pflichtverletzung im angefochtenen Beschluss wie folgt:

Die Verfügung des Gemeindepräsidenten vom 12. Juli 2012 wurde tags darauf am 13. Juli 2012 (um 10.10 Uhr) X persönlich in Anwesenheit von drei Gemeindevertretern und zwei Beamten der Kantonspolizei Schwyz übergeben. X liess sich indessen durch die präsidiale Baustoppverfügung nicht beeindrucken; er setzte die Bauarbeiten unbekümmert und eigenmächtig fort, was fotografisch auch aktenkundig entsprechend dokumentiert ist. Es wurden Fotoaufnahmen am 13. Juli 2012 (09.50 Uhr), am 20. Juli 2012 (11.00 Uhr) und am 27. Juli 2012 (11.00 Uhr) erstellt, nach Massgabe derer festzustellen ist, dass die Bauarbeiten nach der am 13. Juli 2012 erfolgten Übergabe der präsidialen Baustoppverfügung vom 12. Juli 2012 bis mindestens zum 20. Juli 2012 fortgesetzt wurden.

Der Beschwerdeführer X hält dem in der Beschwerdeschrift vom 27. August 2012 Folgendes entgegen:

Diese Behauptung ist nicht bewiesen. Die Baueinstellungsverfügung wurde mir gemäss Gemeinderatsbeschluss um 10.10 Uhr übergeben. Die Fotoaufnahmen stammen jedoch von 9.50 Uhr. Die Fotoaufnahmen mögen somit nicht zu beweisen, dass ich am fraglichen Tage weitergearbeitet habe. Für die Folgetage besteht ebenfalls kein Beweis. Insbesondere ist nicht belegt, dass ich bis zum 20. Juli 2012 Bauarbeiten ausgeführt habe. Die Gemeinde hat zwischen dem 13. und dem 20. Juli nach eigener Sachdarstellung keine Abklärungen getroffen.

Ich habe lediglich an drei Tagen die Arbeiten fortgesetzt. Am 14. Juli 2012 hatte ich nachweislich Besuch von meinen Töchtern. Ab 18. und 19. Juli war ich auslandabwesend. Damals habe weder ich noch eine Drittperson gearbeitet. Bestritten ist auch, dass ich am 20. Juli gearbeitet habe.

(...).

Kann die Gemeinde nicht nachweisen, dass ich angeblich während acht Tagen der Einstellungsverfügung nicht Folge geleistet habe, ist der Gemeinderatsbeschluss aufzuheben.

B 17.3

2.4 Die beschwerdeführerische Argumentation ist grundsätzlich unbehelflich. Die aktenkundige Fotodokumentation weist den aktuellen Bebauungszustand per 12. Juli 2012 (08.00 Uhr), 13. Juli 2012 (09.50 Uhr), 20. Juli 2012 (11.00 Uhr) und 27. Juli 2012 (11.00 Uhr) aus. Daraus ist unschwer zu erkennen, dass in der Zeitperiode ab Zustellung der Baueinstellungsverfügung 13. Juli 2012 bis und mit 20. Juli 2012 trotz der angeordneten Baueinstellung Bauarbeiten verrichtet wurden, für welche der Bauherr einzustehen hat (der Beschwerdeführer anerkennt, dass er „lediglich an drei Tagen die Arbeiten fortgesetzt habe“). Aufgrund des in den Aufnahmen vom 27. Juli 2012 belegten weiteren Baufortschrittes kann nicht angenommen werden, dass man in der fraglichen Zeitperiode vom 13. bis 20. Juli 2012 der amtlichen Aufforderung zur unverzüglichen Baueinstellung tatsächlich nachgekommen ist. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass an gewissen Tagen möglicherweise nicht gearbeitet wurde. Es würde sich hier offenkundig um Arbeitspausen bzw. -unterbrüche handeln, die nicht auf eine Respektierung der Baueinstellungsverfügung schliessen lassen. Letzteres könnte man allenfalls dann folgern, wenn die Aufnahmen vom 20. und 27. Juli 2012 keine Baufortschritte dokumentieren würden. Dies ist jedoch nicht der Fall, weshalb für die Zeitperiode vom 13. bis 20. Juli 2012 von der Nichterfüllung der angeordneten Pflicht der unverzüglichen Baueinstellung auszugehen ist.

(VGE III 2012 136 vom 15. November 2012).

17.3 Vollstreckungsrecht

- *Vollstreckungsmassnahme. Tägliche Ordnungsbusse (§ 78 Abs. 1 lit. d VRP):*
- *Fehlender Ablauf der (Pflicht-)Erfüllungsfrist.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat A. verpflichtete mit Beschluss vom 16. August 2010 die Bauherrschaft X., „die bestehende Wohnung gemäss der Baubewilligung ... zu nutzen“. Er gewährte hierzu X. eine Frist von 180 Tagen ab Rechtskraft des Beschlusses. Bei nicht fristgerechter Erfüllung drohte er X. tägliche Ordnungsbussen von Fr. 150.-- bis Fr. 300.-- an. Regierungsrat und Verwaltungsgericht wiesen dagegen erhobene Beschwerden ab.

Mit Beschluss vom 22. Februar 2012 setzte der Gemeinderat wegen Nichterfüllens der auferlegten Pflicht tägliche Ordnungsbussen fest.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Vorinstanz auferlegte für die Zeitperiode vom 6. bis 22. Februar 2012 Tagesordnungsbussen à Fr. 150.--, d.h. 17 Tage à Fr. 150.-- = Fr. 2550.--. Es stellt sich zunächst die Frage, ob für diese Zeitperiode die Erfüllungsfrist von 180 Tagen seit Inkrafttreten des Gemeinderatsbeschlusses vom 16. August 2010 bereits abgelaufen war (...).

3.2 Die Vorinstanz geht sinngemäss zu Recht davon aus, dass der Verwaltungsgerichtsentscheid VGE III 2011 48 vom 16. Juni 2011 mit der Eröffnung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Gegen diesen kantonalen Gerichtsentscheid konnte vielmehr beim Bundesgericht das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110; Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 N 5; Niggli/Übersax/Wiprächtiger, Bundesgerichtsgesetz, Art. 82 N 4). Die Vorinstanz setzt den Fristbeginn in Verbindung mit der gegenüber dem Gemeinderat erfolgten Zustellung (4. Juli 2011) gleich. Massgebend ist in casu aber die Zustellung gegenüber dem Beschwerdeführer. Das Verwaltungsgericht versandte den Entscheid am Freitag, 1. Juli 2011. Mit hoher Wahrscheinlichkeit hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers den Entscheid somit frühestens am Montag, 4. Juli 2011 erhalten. Genauere Abklärungen können indes aus nachfolgenden Gründen unterbleiben.

3.3 Entgegen der vorinstanzlichen Ansicht kommen hier nicht die Fristenstillstandsbestimmungen gemäss § 157 der Justizverordnung (JV, SRSZ 231.110) zur Anwendung, sondern vielmehr diejenigen gemäss Bundesgerichtsgesetz in Art. 46 Abs. 1 lit. b. Das hat zur Konsequenz, dass kein Ausnahmegrund den Sommergerichtsferien entgegensteht, wie dies nach kantonalem Recht der Fall ist (§ 157 Abs. 2 JV). Geht man davon aus, dass die 30-tägige Beschwerdefrist am 5. Juli 2011 zu laufen beginnt, so endet sie unter Berücksichtigung der Sommergerichtsferien am 4. September 2011, womit feststeht, dass die Erfüllungsfrist von 180 Tagen während der hier massgebenden Zeitperiode vom 6. bis 22. Februar 2012 noch nicht abgelaufen war, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Dies gilt selbst, wenn der am 1. Juli 2011 versandte

B 18.1

Verwaltungsgerichtsentscheid wider Erwarten schon vor dem 4. Juli 2011 zugestellt wurde, und natürlich erst recht, wenn dies später der Fall war. Bei dieser Sachlage entfällt die Grundlage der hier angefochtenen Ordnungsbusse zum vornherein, weshalb in Gutheissung der Beschwerde Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses aufzuheben ist. (...).

(VGE III 2012 34 vom 18. April 2012).

18. Verschiedenes

18.1 Beiträge an Schulanlagen

- *Teuerungsanpassung.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Kanton sicherte einem Gemeinwesen einen Kantonsbeitrag für den Neubau eines Schulhauses zu. Dagegen erhob der Beitragsadressat beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Er bemängelte, dass der Regierungsrat die Teuerung nicht mitberücksichtigte.

Aus den Erwägungen

3.1 Der Kantonsrat regelt gestützt auf § 40 lit. e der Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1898 (KV, SRSZ 100.000) u.a. das Erziehungswesen mit gesetzvertretenden Verordnungen (F. Huwyler, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, S. 104 ff.). Die Verordnung über die Beiträge an Schulanlagen vom 26. November 1986 (BeitrV, SRSZ 611.310) bezweckt durch Beitragsleistungen die Erstellung von zweckmässigen Schulanlagen für die Volksschule (§ 1). Der Kanton leistet ordentliche Beiträge von 20 Prozent an die subventionsberechtigten Kosten des Neu- und Erweiterungsbaus von Schulanlagen (§ 3 Abs. 1). Gemeinden mit Anspruch auf Strukturzuschläge im Finanzausgleich erhalten einen Zuschlag von 30 Prozent zum ordentlichen Beitrag (§ 3 Abs. 2). Der Regierungsrat legt die subventionsberechtigten Kosten anhand von Erfahrungswerten realisierter Projekte und unter Berücksichtigung der Teuerung pauschal fest. Einbezogen werden die Kosten von

Projektierung, Bau und Erstausrüstung, die mit der Erstellung einer einfachen, zweckmässigen Schulanlage verbunden sind (§ 4 Abs. 1). Ausser Betracht fallen die Kosten des Landerwerbs und der Erschliessung. Im Einzelfall können die subventionsberechtigten Kosten angemessen erhöht werden, wenn die Geländebeschaffenheit und der Baugrund zu überdurchschnittlichen Baukosten führen (§ 4 Abs. 2 und 3).

3.2 Die Anspruchsberechtigung für den Neubau des Schulhauses ... mit Turnhalle und Aussenanlage auf der Basis von 20 % der subventionsberechtigten Kosten ist unbestritten. Strittig ist, ob die subventionsberechtigten Kosten richtig berechnet wurden, konkret, ob das Kriterium „unter Berücksichtigung der Teuerung“ rechtsgenügend mitberücksichtigt wurde.

3.3 Das instruierende Bildungsdepartement räumt vernehmlassend ein, dass die Pauschalbeiträge an Schulanlagen letztmals mit RRB Nr. 578 vom 18. April 2000 festgelegt wurden (Stand ZBK-Index 117.2 Punkte; 1988 = 100 Punkte) und dass der Regierungsrat auf eine kurzfristige Anpassung der geltenden Vorgaben wegen der bevorstehenden Teilrevision und des Gebots der Gleichbehandlung verzichtete. Die aktuelle Verordnung gebe nicht vor, wie die Teuerung zu berücksichtigen bzw. dass diese automatisch anzupassen sei. Es liege eindeutig im Ermessen des Regierungsrates, die subventionsberechtigten Kosten anhand von Erfahrungswerten und der Teuerung pauschal festzulegen. Dabei habe er sich insbesondere auch an die Grundsätze des Haushaltsgleichgewichts und der Sparsamkeit gemäss Finanzhaushaltsverordnung zu halten. Aufgrund der schwierigen finanziellen Lage des Kantons (vgl. Sparmassnahmeplan) und der positiven Finanzlage der Gemeinden und Bezirke habe der Regierungsrat die Anpassung der Pauschale demzufolge zurückhaltend vorgenommen, was die Schulträger immer akzeptiert hätten.

3.4 Es trifft zu, dass § 4 Abs. 1 BeitrV keine automatische Teuerungsanpassung verlangt. Vielmehr legt der Regierungsrat unter Berücksichtigung der Teuerung die Pauschalen bzw. pauschalierten subventionsberechtigten Kosten fest. Die subventionsberechtigten Kosten sind mithin einerseits schematisierend festzulegen. Andererseits weist der Miteinbezug der Teuerung auf die Anpassungsbedürftigkeit dieser Pauschalen hin, wobei die Verordnung den Anpassungszeitpunkt weder zeitlich noch teuerungsbezogen bestimmt. Es ergibt sich somit als Zwischenergebnis, dass dem Regierungsrat bei der Festlegung bzw. Anpassung der Pauschalen ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht.

B 18.1

3.5 In den auf www.sz.ch einsehbaren Vernehmlassungsunterlagen zur Teilrevision der Verordnung über Beiträge an Schulanlagen wird festgehalten, dass der Regierungsrat 1994 zum ersten Mal auf Empfehlung des Finanzdepartementes die beitragsberechtigten Kosten in Pauschalbeiträgen pro m² Nutzfläche für Schulräume und Aussenanlagen sowie Pauschalbeiträge für Turnhallen beschloss. Die Pauschalbeiträge wurden seither nicht mehr angepasst, mit Ausnahme der Berücksichtigung einer negativen Teuerung im Jahr 1997 (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage Ziffer 1.2). An anderer Stelle wird hingegen deckungsgleich zur Vernehmlassung (oben Erw. 3.3) bestätigt, dass die letzte gültige Festlegung der Pauschalbeiträge am 18. April 2000 beschlossen wurde (allerdings wird der Index-Stand mit 118.2 Punkten festgehalten, recte wohl: 117.2 Pkt., siehe Zürcher Index der Wohnbaukosten Basis 1988 = 100 Pkt.). So oder anders steht indes fest, dass mit Bezug auf die vorliegend betroffene Schulanlage eine Veränderung der Teuerung von 22.9 Punkten (Basis 1988 = 100 Pkt.; 2000: 117.2 Pkt.; 2011: 140.1 Pkt.) bzw. 18 Pkt. (Basis 1998 = 100 Pkt.; 2000: 105.1 Pkt.; 2011: 123.6 Pkt.) unberücksichtigt bleibt. Dieses Ausmass an ausstehender Teuerungsanpassung vermag offenkundig auch ein erheblicher Ermessensspielraum nicht mehr zu rechtfertigen. Diese Feststellung würde ohne weiteres selbst dann zutreffen, wenn auf den Baukostenindex per 2010 (prov. Beitragszusicherung am 17. Dezember 2010) abzustellen wäre.

3.6 Dass dem so ist, belegt auch die Tatsache, dass man inskünftig eine Teuerungsanpassung vorsieht, wenn der Baukostenindex einen Sprung von mehr als 5 Punkten erreicht (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Ziffer 5; Bemessungsrichtlinien über Baubeiträge für Schulanlagen der Volksschule [Anhang 2 der Richtlinien über Baubeiträge], Ziffer 2.1). Die im Vernehmlassungsverfahren vorgestellten Bemessungsrichtlinien sehen zudem Pauschalen auf der Basis von 123.6 Pkt. (1998 = 100 Pkt.) vor. Mit dem Hinweis auf dieses künftige Recht geht indessen das Gericht nicht davon aus, dass beim noch geltenden Recht von gleich grossen Abstufungen (5 Punkte) auszugehen ist, damit die Ermessensausübung nicht mehr als rechtsfehlerhaft qualifiziert werden muss. Vielmehr liegt es im pflichtgemässen Ermessen des Regierungsrates, für den vorliegenden Fall die Teuerungsanpassung rechtsfehlerfrei vorzunehmen.

3.7 Dass die Festlegung der Pauschalbeiträge heute nicht mehr nachvollziehbar ist, da offenbar die Berechnungsgrundlagen und die Refe-

renzkostenwerte fehlen (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Ziffer 1), tangiert das Kriterium der Berücksichtigung der Teuerung nicht.

3.8 Der Umstand, dass andere Schulträger die mangelhafte Berücksichtigung der Teuerung nicht bemängelten bzw. akzeptierten, kann dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf das Gleichheitsgebot nicht vorgehalten werden. Ob hinsichtlich der anderen Schulträger ein Wiedererwägungstatbestand vorliegt, braucht hier nicht beurteilt zu werden.

3.9 Unbehelflich ist auch der Hinweis auf den Finanzhaushalt. Zum einen sind Leistungsansprüche durch entsprechende gesetzliche Anpassungen einzuschränken. Dass solches im Rahmen der Sparbemühungen bzw. der Umsetzung der Sparmassnahmenplanung veranlasst wurde, macht die Vorinstanz nicht geltend. Die Subventionen werden in der hier anwendbaren Verordnung über Beiträge an Schulanlagen auch nicht von finanzrechtlichen und/oder finanzpolitischen Voraussetzungen abhängig gemacht (Vorbehalt § 3 Abs. 2 BeitrV). Die rechtliche Grundlage für die Ausgabe ist vielmehr gegeben (§ 3 Verordnung über den Finanzhaushalt vom 22. Oktober 1986, SRSZ 144.110 i.V.m. der Verordnung über Beiträge an Schulanlagen). Zum anderen geht man im Rahmen der anstehenden Teilrevision von einer moderaten Erhöhung der Pauschalbeiträge aus (unter Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung der letzten 14 Jahre) und will künftig Teuerungsanpassungen vornehmen, wenn der Baukostenindex einen Sprung von mehr als 5 Punkten erreicht. Damit wird das finanzrechtliche/ -politische Argument erheblich relativiert.

4. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Regierungsratsbeschluss aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen.

(VGE III 2012 113 vom 28. August 2012).

C **Regierungsrat**

1. **Gemeindewesen**

1.1 **Genehmigungspflicht für Kostenverteilpläne**

- *Kostenverteilpläne von Flurgenossenschaften bedürfen für ihre Gültigkeit nicht der Genehmigung durch den Regierungsrat.*

Aus den Erwägungen:

6.2 Soweit die Genossenschafter nicht zum Voraus eine Kostenverteilung vereinbart haben, ermittelt die Schätzungskommission den Nutzen des Unternehmens für das einzelne beteiligte Grundstück und Werk und erstellt den Kostenverteilplan (§ 7 Abs. 1 FIGV). Weiter ist unter anderem auch für den Kostenverteilplan das Auflage- und Einspracheverfahren durchzuführen (vgl. § 8 FIGV). Nach Abschluss des Einspracheverfahrens und der sich daraus ergebenden Bereinigungen unterbreitet der Vorstand das Ausführungsprojekt, den Kostenvoranschlag und den Plan des Einzugsgebietes den Mitgliedern der Genossenschaft zur Beschlussfassung. Gegen Beschlüsse der Versammlung kann Beschwerde beim Regierungsrat geführt werden (vgl. § 9 FIGV). Der Vorstand unterbreitet die aufgelegten Unterlagen dem Regierungsrat. Der Regierungsrat genehmigt das Ausführungsprojekt, den Plan des Einzugsgebietes sowie den Kostenvoranschlag, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 weiterhin gegeben sind (vgl. § 10 FIGV).

6.3 Die Genossenschaftsversammlung beschliesst über Änderungen der Statuten, des Beizugsgebietes und des Ausführungsprojektes; diese bedürfen der Genehmigung des Regierungsrates (§ 13 Abs. 1 FIGV). Der Einbezug von Grundstücken ausserhalb des bisherigen Einzugsgebietes und der Einbezug neuer Werke bedarf der schriftlichen Zustimmung der betroffenen Eigentümer; wird die Zustimmung nicht erteilt, ist das Gründungsverfahren anzuwenden (§ 13 Abs. 2 FIGV). Ändert sich die Bewirtschaftung oder Nutzung eines beteiligten Grundstückes und wirkt sich diese Änderung auf das Interesse des Genossenschafers aus, ist das Kostentreffnis auf Antrag der Schätzungskommission vom Vorstand neu festzusetzen. Ergibt sich daraus eine Mehrbelastung der übrigen Genos-

senschafter, ist das Verfahren nach § 8 durchzuführen (§ 13 Abs. 4 FIGV). Tritt in der Bewirtschaftung eines beteiligten Grundstückes eine Änderung ein, welche zu einer Mehrnutzung der Strasse führt, so veranlasst der Vorstand eine Neuberechnung der beitragsbestimmenden Perimeter-Punkte durch die Schätzungskommission (§ 10 Abs. 2 und § 26 Ziffer 1 Statuten).

6.4 (...)

6.4.3 Es stellt sich sodann die Frage, ob der Kostenverteilplan vom Regierungsrat zu genehmigen ist. Die Praxis dazu ist uneinheitlich. Der Regierungsrat hat Kostenverteilpläne in den vergangenen Jahren – soweit sie ihm unterbreitet wurden – genehmigt. Für eine Genehmigung eingefordert hat er sie in der Regel allerdings nicht. Das Verwaltungsgericht hat sodann in mehreren neueren Entscheiden entgegen einer älteren Rechtsprechung, die mindestens nicht eindeutig war, von einer Genehmigungspflicht abgesehen (VGE 714/00 vom 31. August 2001; VGE 530/531/90 vom 22. Januar 1991). Der Regierungsrat stützte sich bei seiner Praxis auf den Wortlaut von § 10 Abs. 1 FIGV, wonach die aufgelegten Unterlagen – wozu eben auch der Kostenverteilplan gehört – dem Regierungsrat zur Genehmigung zu unterbreiten sind. Aufgelegt wird gemäss § 8 FIGV neben dem Ausführungsprojekt und dem Kostenvorschlag auch der Kostenverteilplan. Nicht genannt wird dagegen der Kostenverteilplan in § 10 Abs. 2 FIGV, worin als Massstab für eine Prüfung auf § 4 FIGV verwiesen wird. Grund für die Nichtnennung des Kostenverteilplanes in § 10 Abs. 2 FIGV kann nun nicht allein eine fehlende Genehmigungspflicht für den Kostenverteilplan sein. Ebenso gut lässt sich argumentieren, dass die Richtlinien für die Kostenverteilung nicht in § 4 FIGV, sondern in § 7 FIGV umschrieben werden. Aufgrund der Praxis des Verwaltungsgerichtes ist aber davon auszugehen, dass die Genehmigung von Kostenverteilplänen durch den Regierungsrat nicht Gültigkeitsvoraussetzung ist und damit nicht konstitutiv wirkt.

(RRB Nr. 942 vom 25. September 2012).

2. Baurecht

2.1 Regelung der Feinerschliessung von Bauland

- *Die Feinerschliessung von Bauland ist grundsätzlich Sache der Grundeigentümer (Erw. 6.2).*
- *Erst wenn Bemühungen für eine Feinerschliessung auf vertraglicher Grundlage oder durch Gründung einer Flurgenossenschaft gescheitert sind, kommt – unter Vorbehalt von § 42 Abs. 2 PBG – eine Ersatzvornahme im Sinne von § 42 Abs. 1 und § 43 PBG in Betracht (Erw. 6.3 – 6.5).*

Aus den Erwägungen:

6.2 Wie bereits erwähnt, obliegt die Feinerschliessung den Grundeigentümern (§ 40 Abs. 1 PBG). Gemäss § 40 Abs. 3 PBG können diese Erstellung und Unterhalt von Erschliessungsanlagen, die mehreren Grundstücken dienen, vertraglich regeln oder zu diesem Zweck eine öffentlichrechtliche Flurgenossenschaft im Sinne von § 68 des Einführungsgesetzes vom 14. September 1978 zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (SRSZ 210.100, EGZGB) nach den Vorschriften der Verordnung über die Flurgenossenschaften vom 28. Juni 1979 (SRSZ 213.110, FIGV) gründen. Ob eine vertragliche Lösung möglich ist, erscheint in Anbetracht der offenbar bereits vorgängig ergebnislos verlaufenen Gespräche zwischen den Verfahrensparteien unter sich bzw. mit der Vorinstanz und den in diesen Verfahren geäusserten unterschiedlichen Auffassungen (insbesondere über die Kostenverteilung) eher als unwahrscheinlich. Ein gangbarer Weg wäre deshalb die Gründung einer Flurgenossenschaft, die nicht Einstimmigkeit erfordert, sondern mit der Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des einbezogenen Bodens gehört, zustande kommt. Liegen diese beiden Quoren vor (Kopf- und Landmehrheit), sind die übrigen Grundeigentümer im Einzugsgebiet zum Beitritt verpflichtet (vgl. hiezu das Gründungsverfahren nach §§ 2 ff. FIGV). Nach der Genehmigung der Gründung durch den Regierungsrat veranlasst der Vorstand die Ausarbeitung eines Ausführungsprojektes mit Voranschlag (§ 6 Abs. 1 FIGV). Können sich die Mitglieder über die Kosten nicht einigen, arbeitet die gewählte Schätzungskommission einen Plan für die Verteilung der Erstellungs- und Unterhaltskosten aus (§ 6 Abs. 2 FIGV), wobei der Kostenanteil des einzelnen Mitgliedes sich nach dem Nutzen für seine Liegen-

schaft zu bemessen hat (§ 7 FIGV). Ein anschliessendes Auflage- und Einspracheverfahren sorgt für den notwendigen Rechtsschutz der Mitglieder (§§ 8 ff. FIGV). In den Statuten kann zudem die rechtliche Sicherstellung der Zufahrtberechtigungen geregelt werden, indem alle Mitglieder verpflichtet werden, sich gegenseitig die notwendigen Wegrechte einzuräumen, ohne dass dies dienstbarkeitsrechtlich geregelt werden müsste.

6.3 Sollte auf diesem Weg keine Feinerschliessung realisiert werden können, bleibt noch die Ersatzvornahme durch den Gemeinderat gemäss §§ 42 f. PBG. Diese wird auf Begehren eines oder mehrerer Grundeigentümer durchgeführt, wenn diese die Kosten für das Projekt vorschliessen (§ 42 Abs. 1 PBG). Selbst kann der Gemeinderat dann aktiv werden, wenn ein dringender Bedarf an baureifem Land besteht oder die Feinerschliessung sonst im öffentlichen Interesse liegt (§ 42 Abs. 2 PBG). Die Ersatzvornahme ist nach dem im § 43 PBG festgelegten (Spezial-)Verfahren durchzuführen (und nicht nach § 78 Abs. 1 Bst. b VRP). Nach der rechtskräftigen Verfügung der Ersatzvornahme und Festlegung des Kreises der mitwirkungspflichtigen Grundeigentümer (§ 43 Abs. 1 PBG) lässt der Gemeinderat ein Projekt mit Kostenvorschlag ausarbeiten und einen Kostenverteilplan erstellen (§ 43 Abs. 2 PBG). Die Kostenverteilung hat nach § 45 Abs. 1 PBG sowie nach den Vorschriften der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen vom 7. Februar 1990 (SRSZ 400.220, GrundeigentümerbeitragsVO) zu erfolgen (§ 1 Abs. 1 Bst. a GrundeigentümerbeitragsVO). Anschliessend folgt auch hier das Auflage- und Rechtsschutzverfahren (gemäss § 43 Abs. 3 und 4 PBG).

6.4 Eine weitere Möglichkeit der Realisierung ist die private Erstellung der Erschliessungsstrasse eines bauwilligen Grundeigentümers, allenfalls mit dem Mittel der behördlichen Erschliessungshilfe nach § 41 PBG.

6.5 Für das weitere Vorgehen massgebend ist, ob die zur Diskussion stehende Feinerschliessung mehr oder weniger dringlich ist. Je nachdem kann den betroffenen Grundeigentümern von Seiten der Vorinstanz nochmals eine angemessene Frist eingeräumt werden, einen in § 40 PBG aufgezeigten Weg (Vertragslösung, Flurgenossenschaft) einzuschlagen. Werden diesbezüglich keine ernsthaften Anstalten getroffen, steht es der Vorinstanz frei zu prüfen, ob der Weg der Ersatzvornahme beschritten werden soll. Zu empfehlen ist, falls keine vertragliche Einigung zustande kommt, die Gründung einer Flurgenossenschaft, in deren Rahmen die gerechte Verteilung der Kosten nach den individuellen Interessen der

C 2.2

einzelnen Mitglieder sowie die gegenseitigen Wegberechtigungen geregelt werden können.

(RRB Nr. 97 vom 24. Januar 2012).

2.2 Gastwirtschaft in einem Zelt ausserhalb der Bauzone

- *Die Zulässigkeit von Bauten ausserhalb von Bauzonen regelt das Bundesrecht abschliessend (Erw. 2.1).*
- *Bauliche Massnahmen, für die das zuständige kantonale Amt bereits frühere Ausnahmegewilligungen erteilt hatte (Erw. 2.2).*
- *Eine erleichterte Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24a RPG (Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzonen) kann nicht erteilt werden, weil die Zweckänderung mit baulichen Vorkehrungen (Zeltaufbau) und mit zusätzlichen Belastungen der Umwelt verbunden ist (Erw. 3.1 – 3.5).*
- *Bau und Betrieb des Partyzeltes können auch nicht als Zweckänderung für eine bestehende zonenfremde gewerbliche Baute oder Anlage im Sinne von Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 RPV bewilligt werden (Erw. 4).*
- *Die Nutzung des Zeltes für Festanlässe begründet keine Standortgebundenheit, weshalb die Erteilung einer (ordentlichen) Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24 RPG entfällt (Erw. 5).*
- *Zulässigkeit der Verpflichtung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Erw. 6).*
- *Kein Vertrauensschutz (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

Beim Restaurant Luegeten, Pfäffikon, wird alljährlich von April bis Oktober zur Bewirtung von Gästen im übrigen Gemeindegebiet ohne Bewilligung ein Zelt aufgestellt. Nach Reklamationen aus der Nachbarschaft wegen Lärmimmissionen forderten die Baubehörden der Gemeinde Freienbach die Betreiberin am 16. Juni 2011 erstmals auf, ein vollständiges Baugesuch einzureichen. Diese ersuchten mit Eingabe vom 19. September 2011 die Bewilligungsinstanzen um Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung für eine temporäre Zeltbaute auf dem Grundstück KTN 3552 in Pfäffikon (ausserhalb der Bauzone). Das Bauvorhaben wurde im Amtsblatt Nr. 38 vom 23. September 2011 (S. 1972) öffentlich ausgeschrieben. Dagegen wurde Baueinsprache erhoben.

Der Gemeinderat Freienbach hiess die Einsprache gut und verweigerte – gestützt auf die Verfügung des Amtes für Raumentwicklung – die nachträgliche Bewilligung. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Regierungsrat – von Nebenpunkten abgesehen – abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden, wenn diese dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, SR 700, RPG]; § 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100, PBG]). Der Standort der zur Diskussion stehenden Zeltbaute befindet sich gemäss Zonenplan der Gemeinde Freienbach im Übrigen Gemeindegebiet und somit ausserhalb der Bauzonen (Art. 52 des Baureglementes der Gemeinde Freienbach [BauR]). Ob und inwieweit im Nichtbauggebiet gebaut und vom Gebot der Zonenkonformität abgewichen werden darf, regeln die Bestimmungen von Art. 24, Art. 24a-Art. 24d und Art. 37a RPG abschliessend (vgl. auch § 74 Abs. 1 und 2 PBG). Bewilligungen für Bauten und Anlagen können erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG). Dieser Grundtatbestand kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung. Im Vordergrund steht die Erteilung von erleichterten Ausnahmbewilligungen nach Art. 24a-Art. 24d und Art. 37a RPG, falls die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, was vorab zu prüfen ist (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Vorbemerkungen Art. 24 ff. Rz 1 und Rz 12 ff., Art. 24 Rz 1, Art. 37a Rz 1). Solche privilegierten Bewilligungen sind für die Weiterverwendung bestehender Bauten und Anlagen nach Art. 24a RPG für Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen, nach Art. 24b RPG für nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe, nach Art. 24c RPG für bestehende, zonenwidrige Bauten und Anlagen, nach Art. 24d RPG für landwirtschaftsfremde Wohnnutzung, hobbymässige Tierhaltung und schützenswerte Bauten und Anlagen sowie nach Art. 37a RPG für zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen möglich.

2.2 Zuständig zur Erteilung der raumplanerischen Ausnahmbewilligung ist eine kantonale Behörde, vorliegend das Amt für Raumentwicklung (früher Amt für Raumplanung; Art. 25 Abs. 2 RPG; § 76 Abs. 2

C 2.2

PBG in Verbindung mit § 46 Abs. 3 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz [SRSZ 400.111, VVzPBG]). Die Vorinstanz 2 [Amt für Raumentwicklung] hat der Beschwerdeführerin die Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 24c RPG in Verb. mit Art. 42 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1, RPV) verweigert, weil mit den bereits früher bewilligten Änderungen und Erweiterungen das bundesrechtlich zulässige Erweiterungsmass ausgeschöpft sei. Mit Ausnahmegewilligung vom 19. September 2001 hatte das damalige Amt für Raumplanung bereits einen Umbau und eine Erweiterung des Restaurants sowie eine teilweise Nutzungsänderung im Nebengebäude zu Wohn- und Lagerzwecken (gestützt auf Art. 24 RPG und Art. 42/43 RPV), mit Ausnahmegewilligung vom 23. April 2002 eine zweite Parkplatzanlage mit Umgebungsgestaltung bzw. Terrainanpassungen (gestützt auf Art. 24c RPG) sowie mit Ausnahmegewilligung vom 23. Juli 2007 eine Überdachung und Einzäunung des Containerplatzes (gestützt auf Art. 24 RPG) genehmigt.

3.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, das zur Diskussion stehende Bauvorhaben müsse nach Art. 24a RPG beurteilt und bewilligt werden, weil das Zelt nicht fest mit dem Boden verbunden sei und ohne bauliche Massnahmen jeweils anfangs April aufgestellt und anfangs Oktober wieder demontiert werde. Im Weiteren stehe das Zelt auf einem bewilligten Kiesplatz, auf dem ein Teil der Gartenwirtschaft (wie auf dem östlichen Kiesplatz) betrieben werde. Mit der Bewilligungsverweigerung werde deshalb eine bereits als Gartenwirtschaft nutzbare Fläche im Nachhinein eingeschränkt, was nicht zulässig sei. Die blosser Zweckänderung habe zudem keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt.

3.2 Erfordert die Änderung des Zwecks einer Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzone keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG, ist die Bewilligung nach Art. 24a Abs. 1 RPG zu erteilen, wenn dadurch keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen (Bst. a) und sie nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist (Bst. b). Die Ausnahmegewilligung ist unter dem Vorbehalt zu erteilen, dass bei veränderten Verhältnissen von Amtes wegen neu verfügt wird (Art. 24a Abs. 2 RPG). Unter den Voraussetzungen von Art. 24a RPG kann der Zweck bestehender (auch zonenfremder) Bauten oder Anlagen ausserhalb der Bauzone somit geändert werden, ohne dass der neue Zweck standortgebunden sein muss. Art. 24a RPG beschränkt sich nicht auf landwirtschaftliche Bauten, sondern erlaubt auch Zweckänderungen anderer, z.B. gewerblicher Bauten oder Anlagen ausserhalb

der Bauzonen. Was zudem die Voraussetzung nach Art. 24a Abs. 1 Bst. a RPG anbetrifft, ist nicht massgebend, ob es sich um erhebliche oder bloss geringfügige Auswirkungen handelt. Sobald die Zweckänderung mit einer Mehrbelastung der Erschliessung und Umwelt verbunden ist, fällt eine Bewilligung gemäss Art. 24a RPG ausser Betracht (BGE 127 II 223 E. 4c; Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a RPG, Rz 1 ff. mit Hinweisen; Balthasar Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz 446 ff.).

3.3 Auf dem im Jahre 2002 bewilligten nordwestlich gelegenen Kiesplatz des Restaurants „Luegeten“ (...), der nach Darstellung der Beschwerdeführerin als (erweiterte) Gartenwirtschaft genutzt worden war, wird seit dem Jahre 2006 alljährlich ein Zelt aufgestellt, das während rund sieben Monaten als geschlossener Raum für grössere Festanlässe gastgewerblich genutzt wird. Die Zeltbaute weist eine Fläche von rund 170 m² auf, die mit einem Holzboden belegt ist. Die Firsthöhe beträgt 3.60 m, die Traufhöhe 2.30 m. Die Metallkonstruktion ist allseitig mit mehreren Riemen im Boden verankert. Das Zelt bietet bis zu 150 Gästen Platz. Es wird denn auch insbesondere an Wochenenden intensiv für Hochzeitsanlässe und andere Festivitäten genutzt (...).

Unabhängig davon, ob der Kiesplatz lediglich als befestigte Fläche oder mit der von der Beschwerdeführerin behaupteten Nutzung als Teil der bestehenden Gartenwirtschaft bewilligt worden war, wird dieser Platz mit der Errichtung des Partyzeltes offensichtlich einer neuen und intensiveren Nutzung zugeführt. Sie kommt einer Erweiterung des Gastgewerbebetriebes gleich, da die dort verköstigten Gäste im Gebäude des Restaurants „Luegeten“ nicht untergebracht werden können. Die Zeltbaute erlaubt (im Gegensatz zu einer offenen Gartenwirtschaft) eine witterungsunabhängige gastgewerbliche Mehrnutzung, die sich mit der (angeblich bisherigen) Nutzung als reine Gartenwirtschaft in verschiedener Hinsicht nicht mehr vergleichen lässt. Die zahlreichen lärm- und zeitintensiven Anlässe mit grossen Banketten und musikalischer Unterhaltung könnten in einer offenen und ungeschützten Gartenwirtschaft auch dann nicht durchgeführt werden, wenn man dort grosse Gastro-Sonnenschirme aufstellen würde. Auf der Homepage des Restaurants „Luegeten“ wird denn auch das „weisse Festzelt“, das bei kühlem Wetter auch beheizbar ist, für spezielle Anlässe bis zu 150 Personen angeboten (...). Mit der erstellten Zeltbaute erfolgt somit eine Zweckänderung der bestehenden Anlage (Kiesplatz bzw. Gartenwirtschaft), die nach Art. 24a Abs. 1 RPG unabhängig von der Standortgebundenheit bewilligt werden kann, wenn sich diese neue bzw. zusätzliche Nutzung ohne bauliche Massnahmen realisieren lässt.

C 2.2

3.4.1 Der Begriff der baulichen Massnahmen knüpft an Art. 22 Abs. 1 RPG an, d.h. geht die Umnutzung bzw. Zweckänderung mit Vorkehrungen einher, die von Bundesrechts wegen baubewilligungspflichtig sind, ist eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24a RPG nicht möglich (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a RPG Rz 4).

Das Zelt erfüllt die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung notwendigen Voraussetzungen für ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben. Auf der einen Seite handelt es sich um eine auf längere Dauer (mehrere Monate) angelegte Einrichtung und nicht nur um eine für kurze Zeit aufgestellte Fahrnisbaute. Auf der andern Seite ist sie im Erdboden fest verankert, damit sie als Dauerbaute auch bei schlechtem Wetter genutzt werden kann. Dies ist auch notwendig, weil die zum Teil lange Zeit im Voraus gebuchten Anlässe von der Witterung unabhängig durchgeführt werden müssen, da sie nicht ins Restaurationsgebäude verlegt werden können. Die Zeltbaute ist aber auch geeignet, die Vorstellungen über die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Sie verändert allein schon optisch durch ihre Dimensionen und äussere Gestaltung (weiss) die räumliche Umgebung. Ausserdem bewirkt die Nutzungsintensivierung aufgrund der grossen Anzahl zusätzlicher Gäste eine Mehrbelastung der ganzen Infrastruktur des Restaurationsbetriebes, der Erschliessung und der Umwelt. Abzustellen ist dabei vor allem auf die räumliche Wirkung des Vorhabens insgesamt und nicht allein auf die baulichen Vorrichtungen, denn Bauvorhaben können auch weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr aufgrund ihres Betriebes bewilligungspflichtig sein (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 22 RPG, Rz 10-12).

Die Zeltbaute der Beschwerdeführerin muss mit einer Metallkonstruktion erstellt und im Boden fest verankert werden. Der Betrieb als Partyzelt mit Banketten und Festveranstaltungen für bis zu 150 Gäste hat in immissionsmässiger, ästhetischer, erschliessungsmässiger und bautechnischer Hinsicht beträchtliche raumwirksame Auswirkungen, die es notwendig machen, das Bauvorhaben einem Bewilligungsverfahren zu unterziehen und (vor dessen Ausführung) auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen.

3.4.2 Die Baubewilligungspflicht der ohne Bewilligung erstellten „temporären Zeltbaute“ ist zu Recht unbestritten. Auch die Beschwerdeführerin selbst stellt diese Bewilligungspflicht grundsätzlich nicht infrage, andernfalls sie sich bereits gegen die Einleitung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens hätte zur Wehr setzen müssen (...). Da das Aufstellen des Zeltes von April bis Oktober als baubewilligungspflichtige

Massnahme anzusehen ist, fällt eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24a RPG schon deshalb ausser Betracht.

3.5 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24a RPG nicht infrage kommt, da die Zeltbaute baubewilligungspflichtig ist und damit das Erfordernis der Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen nicht erfüllt. Im Weiteren sind die Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt evident, weil die unterschiedliche Nutzung der Anlage (Kiesplatz) als Gartenwirtschaft oder als Partyzelt und deren Auswirkungen die Umwelt derart belasten, dass keine erleichterte Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, zumal bereits geringfügige Auswirkungen die Nichtanwendbarkeit von Art. 24a RPG begründen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a RPG, Rz 6). In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen denn auch vor allem stille Nutzungen wie z.B. die Einlagerung von Gegenständen oder die blosser Umnutzung (ohne Aus- oder Umbauten) von ehemals landwirtschaftlich genutzten Wohnräumen in Wohnraum für Nichtlandwirte und Feriengäste (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a RPG, Rz 5 mit Beispielen aus der Gerichtspraxis).

4. Es bleibt im Weiteren zu prüfen, ob die Vorinstanz 2 das Bauvorhaben zu Recht nach Art. 24c RPG beurteilt hat oder ob dieses nicht vielmehr nach Art. 37a RPG zu beurteilen ist.

4.1.1 Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die seinerzeit rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, werden in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt und können erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern dies mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist (Art. 24c Abs. 1 und 2 RPG). Noch weitergehende Zweckänderungen und Erweiterungen können nach Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 RPV für zonenwidrig gewordene gewerbliche Bauten und Anlagen, die vor dem 1. Januar 1980 erstellt wurden und seither als Folge von Änderungen der Nutzungspläne zonenwidrig geworden sind, bewilligt werden, wobei die zonenwidrig genutzte Fläche gemäss Art. 43 Abs. 2 und 3 RPV nur in einem bestimmten Umfang erweitert werden darf. Es handelt sich dabei um Sondervorschriften zu Art. 24c RPG bzw. Art. 42 RPV. Erneuerungen und Wiederaufbauten sind hingegen auch für gewerbliche Bauten und Anlagen nach Art. 24c RPG und Art. 42 RPV zu beurteilen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 37a, Rz 3 f.; Heer, a.a.O., Rz 484 ff.; Bundesamt für Raumentwicklung, Neues Raumplanungsrecht, Bern 2001, I/Ziff. 2.4.5; RRB Nr. 739 vom 9. August 2011, E. 2.3 mit Hinweisen).

C 2.2

4.1.2 Voraussetzung für eine Bewilligung nach Art. 37a RPG in Verb. mit Art. 43 RPV ist, dass die gewerblichen Bauten und Anlagen seinerzeit rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (Art. 43 Abs. 1 Bst. a RPV), aus der Zweckänderung oder Erweiterung keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt entstehen (Art. 43 Abs. 1 Bst. b RPV), die neue Nutzung nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist (Art. 43 Abs. 1 Bst. c RPV), höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig ist (Art. 43 Abs. 1 Bst. d RPV), sämtliche Infrastrukturkosten auf den Eigentümer überwältzt werden (Art. 43 Abs. 1 Bst. e RPV) und keine wichtigen Anliegen der Raumplanung entgegenstehen (Art. 43 Abs. 1 Bst. f RPV; BGE 1C_328/2010 vom 7. März 2011 in URP 2011 Nr. 14, E. 4.1, S. 214 f.). Im Weiteren darf die zonenwidrig genutzte Fläche um 30 % erweitert werden, wobei Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nur zur Hälfte angerechnet werden (Art. 43 Abs. 2 RPV). Soll die zonenwidrig genutzte Fläche ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens um mehr als 100 m² erweitert werden, so darf dies nur dann bewilligt werden, wenn die Erweiterung für die Fortführung des Betriebs erforderlich ist (Art. 43 Abs. 3 RPV).

4.2 Mit der erstellten Zeltbaute wird der bestehende Restaurationsbetrieb „Luegeten“ der Beschwerdeführerin erweitert und dient somit der gewerblichen Nutzung im Sinne von Art. 37a RPG (s. vorstehend E. 2.3; Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 37a Rz 3, S. 890). Das Restaurant „Luegeten“ war angeblich in den Jahren 1830/40 errichtet und als solches betrieben worden. Damals gab es noch längere Zeit keine strikte Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet. Als altrechtliche Baute, die mit dem Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes (1.1.1980) zonenwidrig geworden war, wurde das bestehende Haupt- und Nebengebäude im Jahre 2001 gestützt auf Art. 24 RPG umgebaut, erweitert sowie nutzungsmässig teilweise geändert (vgl. Ausnahmegewilligung des Amtes für Raumplanung vom 19. September 2001). Die Frage, ob für die umstrittene Erweiterung des Gastgewerbebetriebes mit der bereits erstellten Zeltbaute, die auch ausserhalb des bestehenden Gebäudes möglich ist, eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, beurteilt sich demzufolge nach Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 RPV. Art. 24c RPG ist für die Beschwerdeführerin nicht günstiger und kann deshalb ausser Acht gelassen werden. Für die Beurteilung, ob mit der Zeltbaute das nach Art. 43 Abs. 2 und 3 RPV zulässige Höchstmass überschritten wird, wie die Vorinstanz 2 geltend macht (analog zu Art. 24c RPG in Verb. mit Art. 42 Abs. 2 RPV), sind sämtliche seit dem 1.1.1980 vorgenommenen

Um- und Erweiterungsbauten zu berücksichtigen (URP 2011 Nr. 14, E. 4.3, S. 215 f. mit Hinweisen; s. nachstehend E. 3.3.1).

4.3.1 In der Ausnahmegewilligung vom 19. September 2001 ging das Amt für Raumplanung von einem standortgebundenen Berg- und Ausflugsrestaurant mit einer erweiterten Bestandesgarantie aus. In diesem Sinne wurden Nutzflächenerweiterungen von 29 % (177 m² Gewerbe), 30 % (58 m² Wohnen) und 27 % (75 m² Lager) bewilligt, und zwar ausdrücklich unter Hinweis auf Art. 42 und Art. 43 RPV. Diese Bewilligung ist rechtskräftig und deshalb nicht unbeachtlich, weil die Möglichkeit der Erweiterung oder Änderung nur einmal ausgeschöpft werden darf. Demzufolge sind die bisherigen baulichen Massnahmen in die Beurteilung mit einzubeziehen. Möglich sind zwar zeitlich getrennte Erweiterungen oder Änderungen an einem Objekt, solange gesamthaft das zulässige Mass nach Art. 42 und Art. 43 RPV eingehalten wird. Massgeblicher Vergleichszustand für die Beurteilung bleibt dabei stets der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder Planänderung befand (Art. 37a RPG; vorliegend ist dies der 1.1.1980). Nach diesem Zeitpunkt vorgenommene Änderungen und Erweiterungen, die dasselbe Objekt betreffen, sind somit im Hinblick auf das maximal zulässige Mass anzurechnen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 37a, Rz 6; Bundesamt für Raumentwicklung, a.a.O., I/Ziff. 2.4.4/5, S. 46 und S. 48 f.; RRB Nr. 739 vom 9. August 2011, E. 6.2.1 mit Hinweisen).

Mit dem zur Diskussion stehenden Bauvorhaben der Beschwerdeführerin sind die Massbeschränkungen gemäss Art. 43 Abs. 2 und 3 RPV nicht mehr eingehalten.

4.3.2 Die Zeltbaute weist eine zusätzliche gewerblich nutzbare Grundfläche von rund 170 m² auf. Eine solche Betriebserweiterung um mehr als 100 m² ist nach Art. 43 Abs. 3 RPV nur möglich und bewilligungsfähig, wenn diese für die Fortführung des Betriebes erforderlich ist. Dies trifft kaum zu und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Das Restaurant „Luegeten“ wurde schon vor Errichtung der Zeltbaute seit der Wiedereröffnung mehrere Jahre betrieben, offenbar mit Erfolg. Die Beschwerdeführerin führt in ihrem Baugesuch vom 9. September 2011 denn auch aus, dass das Restaurant seither zu einem zentralen Treffpunkt und Ausflugsziel geworden sei und eine grosse Nachfrage zur Durchführung von Festanlässen verschiedener Art bestehe. Auch wenn solche Anlässe mit einer grösseren Gästeschar (angeblich über 50 Personen) im Restaurationsgebäude nicht möglich sein sollten, bedeutet dies nicht, dass eine Erweiterung für die Existenz des Betriebes notwendig ist (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 37a, Rz 6). Auch ohne die Zeltbaute kann

C 2.2

das Restaurant offenbar erfolgreich geführt werden, zumal die Beschwerdeführerin geltend macht, das Zelt werfe keine hohen Gewinne ab und sei höchstens selbsttragend (Eingabe vom 8. Juni 2012, Ziff. 4).

4.3.3 Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das Restaurationsgebäude seit dem massgeblichen Zeitpunkt (1. Januar 1980) bereits eine Nutzflächenerweiterung von rund 30 % erfahren hat (s. vorstehend E. 3.3.1). Auch wenn die zonenwidrig genutzte Fläche im bisherigen Gebäudevolumen nur zur Hälfte angerechnet werden muss, würde die zusätzliche Fläche von 170 m² der Zeltbaute ausserhalb des altrechtlichen Gebäudevolumens die gemäss Art. 43 Abs. 2 RPV zulässige 30-prozentige Erweiterung mit 42 % überschreiten (altrechtliche Nutzfläche Gewerbe 618 m² [=100 %], Erweiterung im Jahre 2001 177 m² : 2 = 88.5 m², Zeltbaute 170 m²; Gesamtnutzfläche Gewerbe 876.5 m² = 142 %).

4.4 Einer Bewilligung des Bauvorhabens stehen nebst den quantitativen Grenzen gemäss Art. 43 Abs. 2 und 3 RPV auch die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b RPV entgegen. Danach dürfen mit der Betriebserweiterung keine neuen Nutzungskonflikte geschaffen werden. Es können deshalb nur Erweiterungen bewilligt werden, die keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt zur Folge haben. Dass diese Voraussetzung bei der Zeltbaute der Beschwerdeführer nicht zutrifft, wurde bereits vorstehend (E. 2.4.2) ausgeführt. Als Partyzelt für bis zu 150 Personen hat das Bauvorhaben gesamthaft betrachtet wesentliche Auswirkungen auf die räumliche Umgebung.

4.5 Daraus ergibt sich, dass für die umstrittene Zeltbaute auch keine Ausnahmegewilligung nach Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 RPV erteilt werden kann. Dies würde im Übrigen auch für die Anwendung von Art. 24c RPG in Verb. mit Art. 41 und Art. 42 RPV gelten. Die Vorinstanz 2 hat somit die Ausnahmegewilligung zu Recht verweigert.

5. Da die Voraussetzungen für eine erleichterte Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24a-Art. 24d und Art. 37a RPG nicht gegeben sind, bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin eine ordentliche Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG erteilt werden kann.

5.1 Gemäss Art. 24 RPG kann abweichend von Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG eine Baubewilligung erteilt werden, wenn der Zweck der Baute bzw. Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Bst. a) und

keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b). Nicht zonenkonforme Bauten sind demnach nur erlaubt, wenn sie standortgebunden sind. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Diese kann technischer oder betriebswirtschaftlicher Natur sein. Sie muss einem aktuellen und tatsächlichen Bedarf entsprechen. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach objektiven Massstäben und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Beurteilung der Standortgebundenheit eines Vorhabens strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken. Es müssen besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort gegenüber einem Standort innerhalb der Bauzone als vorteilhafter erscheinen lassen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24, Rz 8 f. mit Hinweisen; BGE 125 II 281; URP 2011 Nr. 14, E. 3.2, S. 212).

5.2.1 Die Zeltbaute der Beschwerdeführerin dient einzig und allein der Durchführung von Festanlässen wie Hochzeiten, Geburtstagsfeiern, Firmenanlässen, usw. Eine solche Nutzung ist nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Insbesondere sind keine wichtigen und objektiven Gründe ersichtlich, die einen solchen Standort gegenüber einem Standort innerhalb der Bauzone als vorteilhafter erscheinen lassen. Auch wenn das Restaurant „Luegeten“ im Jahre 2001 als standortgebundenes Berg- und Ausflugsrestaurant und damit als Ausgangs- und Zielpunkt für Wanderer bewilligt wurde (vgl. Ausnahmegewilligung vom 19. September 2001 des Amtes für Raumplanung, E. 2), hat dies nicht zur Folge, dass eine zusätzliche Baute oder Anlage als standortgebundener neuer Betriebsteil zu qualifizieren ist. Ob damals die Standortgebundenheit des Betriebes zu Recht bejaht wurde, kann dahingestellt bleiben, da jene Bewilligung rechtskräftig ist. Diese Rechtskraft erfasst jedoch nur die bewilligten Erweiterungen der bestehenden Bauten und Anlagen. Beim Vorliegen eines Änderungs- oder wie vorliegend eines Erweiterungsgesuches sind die Behörden berechtigt, die Standortgebundenheit erneut zu prüfen (URP 2011 Nr. 14, E. 3.3, S. 212 f.).

5.2.2 Der rechtmässige Bestand des bisherigen Betriebs an sich begründet zudem noch keine Standortgebundenheit für ein Partyzelt. Sie kann – unter dem Titel einer „abgeleiteten“ Standortgebundenheit (BGE 124 II 256) – nur als gegeben erachtet werden, wenn die Zeltbaute für eine ordnungsgemässe Nutzung des bestehenden Betriebs erforderlich ist. Dies trifft indessen offensichtlich nicht zu. Es mag zwar für die Be-

C 2.2

schwerdeführerin aus wirtschaftlichen und weiteren Überlegungen wünschenswert sein, wenn sie die Zeltbaute am jetzigen Standort betreiben könnte, doch sind keine betriebsorganisatorischen oder technischen Gründe ersichtlich, welche eine solche Standortwahl objektiv zwingend verlangen. Ebenso wenig wäre von Belang, wenn hinter der beabsichtigten Nutzungserweiterung finanzielle Sachzwänge stünden, zumal die Weiterführung des Betriebs ohne Bewilligungsergänzung nicht bedroht ist (s. vorstehend E. 3.2.2). Solche subjektiven Gesichtspunkte dürfen zudem generell bei der raumplanungsrechtlichen Beurteilung keine Berücksichtigung finden (AGVE 2003 53, S. 207).

5.2.3 Die Frage, ob dem Bauvorhaben der Beschwerdeführerin keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann folglich dahingestellt bleiben. Da die Standortgebundenheit zu verneinen ist, fällt auch eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG ausser Betracht.

6.1 Da die (widerrechtliche) Zeltbaute der Beschwerdeführerin weder ordentlich noch ausnahmsweise bewilligungsfähig ist, stellt sich die Frage, wie der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Solche Wiederherstellungsmassnahmen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, welche das kantonale Recht in § 87 Abs. 2 PBG vorsieht. Dieser Bestimmung zufolge verfügt die Bewilligungsbehörde auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist. Zudem müssen die Wiederherstellungsmassnahmen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Demzufolge ist die nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz geeignetste und notwendigste Massnahme auszuwählen. Die Beurteilung der Angemessenheit einer Massnahme erfolgt in erster Linie aus der subjektiven Sicht des Betroffenen. Auf eine Massnahme muss deshalb verzichtet werden, wenn sie in keinem Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Nachteilen für den Betroffenen steht, d.h. wenn ein Missverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs besteht. Das öffentliche Interesse der Baubehörde an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes muss die entgegenstehenden privaten Interessen des Betroffenen überwiegen (Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984, S. 67 f.).

6.2 Die unbewilligte Zeltbaute widerspricht dem Raumplanungsrecht klar (ob sie auch andere Vorschriften, insbesondere des kommunalen Baurechts, verletzt, konnte bis anhin offen gelassen werden und ist auch in diesem Verfahren nicht zu beurteilen). Bauen ohne Bewilligung aus-

serhalb der Bauzonen stellt eine grobe Verletzung der planungs- und baurechtlichen Ordnung dar (BGE 111 Ib 224 ff.). Die Auswirkungen des Bauvorhabens der Beschwerdeführerin auf Raum und Umwelt sind zudem erheblich. Der Rückbau erweist sich daher als geeignete und notwendige Massnahme, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dass mildere Massnahmen möglich wären, wird zu Recht nicht geltend gemacht. Ebenso bedeutet die Rückführung in den ursprünglichen Zustand für die Beschwerdeführerin keine unverhältnismässige Einschränkung, zumal sie jedes Jahr das Zelt im Herbst ohnehin wieder abbaut. Die erforderlichen Abbrucharbeiten bringen demnach keinen grossen Aufwand mit sich. Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit kann deshalb auch der finanzielle Aufwand für den Rückbau nicht als übermässig betrachtet werden. Wenn die Beschwerdeführerin zudem in diesem Zusammenhang Investitionen von Fr. 190'000.-- geltend macht, vermag ihr dies unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ebenfalls nicht zu helfen. Auf der einen Seite hat die Beschwerdeführerin über Jahre durch die widerrechtliche Nutzung der unbewilligten Zeltbaute finanziell profitiert und dürfte die finanziellen Investitionen mehr als wettgemacht haben. Auf der andern Seite handelt es sich dabei weitgehend um Anschaffungen wie Mobiliar, Geschirr, Maschinen, usw. (...), die weiter verwendet oder teilweise auch wieder verkauft werden können. Betriebskosten entfallen zudem, wenn das Zelt nicht mehr aufgestellt werden darf.

7.1 Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, sie habe das Zelt gestützt auf eine Auskunft der Gemeindeverwaltung in den Jahren 2004 und 2006 durch die damalige Gemeindeschreiber-Stellvertreterin, wonach ein solches ohne Verankerung keiner Baubewilligung bedürfe, aufgestellt (diese Auskunft wird von der Vorinstanz 1 [Gemeinderat Freienbach] allerdings bestritten). Das Zelt sei zudem von den kommunalen und kantonalen Baubehörden während sechs Jahren widerspruchlos geduldet worden. Ein Abbruch der Zeltbaute würde deshalb auch gegen Treu und Glauben verstossen, da sie auch im Vertrauen auf jene Auskunft für die Nutzung des Zeltes die Fr. 190'000.-- investiert habe.

Aber auch aus Gründen des Vertrauensschutzes kann auf den Abbruch der Zeltbaute nicht verzichtet werden.

7.2.1 Gemäss Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101; BV) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben dem Bürger einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Ver-

C 2.2

trauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörde. Eine (selbst unrichtige) Auskunft oder Zusicherung, welche eine Behörde dem Bürger erteilt und auf die er sich verlassen hat, ist unter gewissen Umständen bindend. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Angaben der Behörde auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit beziehen, dass die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, hierfür zuständig war, dass der Bürger die Unrichtigkeit des Bescheids nicht ohne Weiteres hat erkennen können, dass er im Vertrauen auf die Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat und dass die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung des Tatbestandes noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung (BGE 117 Ia 285 E. 2b mit Hinweisen; RRB Nr. 568 vom 31. Mai 2011, E. 2.3).

7.2.2 Nicht jede behördliche Auskunft oder jedes behördliche Verhalten taugt als Vertrauensbasis. Ein Verstoss gegen das Vertrauensprinzip kann etwa angenommen werden, wenn die Behörde in voller Kenntnis die Bauarbeiten zulässt und hinterher den Abbruch verfügt. Solange die Behörde aber nicht beim Bauherrn die Meinung hat aufkommen lassen, er handle rechtmässig, solange somit ihre blossе Untätigkeit infrage steht, ist bei deren Deutung als Duldung des rechtswidrigen Zustandes Zurückhaltung geboten. Grundsätzlich hindert die bloss vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an dessen späterer Behebung. Nur wenn der polizeiwidrige Zustand sehr lange hingenommen wurde und die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt, vermag die Untätigkeit der Behörde allein einen Vertrauensstatbestand zu begründen. Unter Vorbehalt baupolizeilicher Gründe erlischt zudem die Befugnis der Behörden zur Anordnung des Abbruchs widerrechtlicher Bauten erst 30 Jahre nach deren Fertigstellung (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 30, Rz 54 mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz 652). Auf Vertrauensschutz kann sich überdies nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht erkannte bzw. nicht hätte erkennen sollen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 655; RRB Nr. 568 vom 31. Mai 2011, E. 2.4 mit Hinweisen).

7.2.3 Die umstrittene Zeltbaute der Beschwerdeführerin wird seit 2006 permanent während rund sieben Monaten im Jahr genutzt. Vorher (seit 2004) wurde das Zelt jeweils für einzelne Anlässe aufgestellt. Auch wenn die Baubehörden der Gemeinde Freienbach erst im Jahre 2011

einschritten, vermag dieses Verhalten noch keinen Vertrauenstatbestand zu begründen. Auf der einen Seite lässt die Zeitspanne von fünf Jahren auf eine höchstens vorübergehende Duldung des rechtswidrigen Zustandes schliessen, die der Anordnung von Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht entgegensteht. Auf der andern Seite liegt ein schwerwiegender Verstoss gegen die raumplanungsrechtliche Ordnung vor, deren Beseitigung im überwiegenden öffentlichen Interesse an der strikten Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet liegt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 665 und 686).

7.2.4 Schliesslich durfte auch die Beschwerdeführerin nicht von einer Vertrauensgrundlage ausgehen, selbst wenn sie von der Gemeindeverwaltung eine falsche Auskunft erhalten hätte, was allerdings umstritten ist. Insbesondere hätte ihr bzw. ihren Vertretern aufgrund der früheren Baubewilligungsverfahren (zwecks Erweiterungen und Zweckänderungen des Gastrobetriebes) und der damit zusammenhängenden Beratung durch Baufachleute bekannt sein müssen, dass es einer Gemeindeglied-Stellvertreterin nicht zusteht, in verbindlicher Weise die Zusicherung abzugeben, ein konkretes Bauvorhaben unterliege keiner Baubewilligungspflicht. Hinzu kommt, dass für das Bauen ausserhalb der Bauzone strenge Anforderungen gelten und primär eine kantonale Bewilligungsbehörde zuständig ist. Dies war auch der Beschwerdeführerin schon aufgrund der bisherigen Baubewilligungsverfahren bekannt, im Weiteren aber auch, weil sie sich für ihren Gastrobetrieb bereits im Rahmen der Revision der Nutzungsplanung der Gemeinde Freienbach um bessere planungs- und baurechtliche Voraussetzungen bemüht hat (vgl. Zwischenbescheid vom 19. Juni 2012, E. 4.3.1). Zumindest aber hätte von der Beschwerdeführerin erwartet werden müssen, dass sie sich diesbezüglich nicht nur telefonisch, sondern schriftlich absichert bzw. vorgängig einen baurechtlichen Vorentscheid von der zuständigen Baubewilligungsbehörde einholt (§ 84 PBG; Art. 56 Abs. 7 BauR). Weil sie deshalb die Fehlerhaftigkeit der Auskunft kannte bzw. bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen, kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vertrauensschutz berufen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 657, 675 und 682; RRB Nr. 570 vom 31. Mai 2011, E. 4.5).

Hätte die Beschwerdeführerin zudem im Vertrauen auf die (behauptete) Auskunft, das Bauvorhaben benötige keine Baubewilligung, dieses erstellt, hätte sie sich konsequenterweise gestützt auf diese behauptete Vertrauensgrundlage sofort gegen die Einleitung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zur Wehr setzen müssen. Da sie dies nicht getan hat und sich im nachträglichen Baubewilligungsverfahren zudem erst im Beschwerdeverfahren auf die angeblich durch die Auskunft der Gemein-

C 2.3

beschreiber-Stellvertreterin geschaffene Vertrauensgrundlage beruft, entfällt der Vertrauensschutz vorliegend auch aus diesem Grunde (Häfelein/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 656).

7.2.5 Ferner ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die angebliche Zusicherung nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hätte (s. auch vorstehend E. 5.2.2). Diese Voraussetzung für den Anspruch auf Vertrauensschutz ist somit ebenfalls nicht erfüllt.

8.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz 2 zu Recht die Raumplanungsbewilligung und damit auch die kantonale Baubewilligung verweigert und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verfügt hat (Gesamtentscheid vom 5. April 2012). Demzufolge hat auch die mit dem Vollzug beauftragte Vorinstanz 1 zu Recht den Rückbau der Zeltbaute angeordnet und die entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen angedroht (Beschluss Nr. 181 vom 19. April 2012). In diesem Sinne ist deshalb auch die Beschwerde abzuweisen.

(RRB Nr. 823 vom 28. August 2012).

2.3 Bewilligungspflicht für die Bepflanzung auf einer Dachterrasse

- *Die bundesrechtliche Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen erfasst nicht einzelne Pflanzen. In die baurechtliche Beurteilung von Bauten und Anlagen sind aber Pflanzen und Bepflanzungen einzubeziehen, wenn deren Art, Dichte und Anordnung für die Umgebung von massgebender Bedeutung ist (Erw. 4.1.1 – 4.1.2).*
- *Die Bepflanzung in Trögen mit rund 30 Thujas auf einer begehbaren Dachterrasse entlang einer Fassadenflucht auf einer Länge von 16 m und mit einer Höhe von 2 m ist in die baurechtliche Beurteilung einzubeziehen (Erw. 4.2.1 – 4.2.3).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, dass die Vorinstanz das nachträgliche Baubewilligungsgesuch nur unvollständig beurteilt habe. Es seien nicht nur die auf der begehbaren Dachterrasse aufgestellten Pflanzentröge, sondern auch die darin gepflanzten Thujas bewilligungspflichtig. Diese würden in ihrer Gesamtheit als massive Sichtschutzwand in Erscheinung treten. Mithin überschreite diese Sicht-

schutzwand, die ihm die Aussicht auf den See nehme, die zulässige Gebäudehöhe. Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, dass die Thujas – anders als die Blumentröge – nicht bewilligungspflichtig seien. Sie seien daher auch nicht den baupolizeilichen Vorschriften bzw. den Vorschriften über die Gebäude- und Firsthöhe unterstellt. Die Parteien sind sich uneins darüber, ob die Thujas bewilligungspflichtig sind und daher die Gebäude- und Firsthöhe einhalten müssen. Nachfolgend gilt es somit vorerst zu beurteilen, ob die Thujas bewilligungspflichtig sind.

4.1.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (vgl. Art. 22 Abs. 1 RPG; § 75 Abs. 1 PBG). Bauten und Anlagen werden namentlich dann geändert, wenn sie äusserlich umgestaltet, erweitert, erheblich umgebaut oder einer neuen, baupolizeilich bedeutsamen Zweckbestimmung zugeführt werden (§ 75 Abs. 2 PBG).

4.1.2 Den bundesrechtlichen Begriff „Bauten und Anlagen“ hat der eidgenössische Gesetzgeber nicht näher umschrieben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind jedoch als Bauten und Anlagen bewilligungsbedürftig „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten 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, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen“ (BGE 113 Ib 315, E. 2b; vgl. RRB Nr. 31 vom 17. Januar 2012, E. 5.5.1). In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht bereits mit Urteil BGE 118 Ib 49 einen 2 m hohen Drahtmaschenzaun und mit Urteil 1A.202/2003 vom 17. Februar 2004 das Ersetzen eines 1.2 m hohen durch einen 1.5 m hohen Zaun als bewilligungspflichtig erklärt. Das kantonale Recht darf schliesslich den Umfang der nach Bundesrecht bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen nicht unterschreiten.

4.1.3 Für Baumbepflanzungen braucht es in der Regel keine Baubewilligung (vgl. BGE vom 5. Juli 1988, E. 3b in ZBI 1989, S. 361). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass solche Bepflanzungen – wie Terrainveränderungen oder Vorrichtungen wie etwa Zäune oder Barrieren – ähnlich wie eine Anlage wirken. Anpflanzungen können eine einschneidende Veränderung der Landschaft zur Folge haben. Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht abstrakt beantworten. Vielmehr muss der konkrete Einfluss einer Bepflanzung auf das Landschaftsbild beurteilt werden. Dabei sind die Bedeutung und die Art der Bepflanzung, ihre Dichte und Anordnung wie auch ihre Situation innerhalb der bestehenden Umgebung von Be-

C 2.3

deutung. Unter Umständen besteht somit auch für Bepflanzungen eine Bewilligungspflicht (vgl. BGE 1A.77/2003 vom 18. Juli 2003, E. 3.3; vgl. RRB Nr. 31 vom 17. Januar 2012, E. 5.5.1).

4.2.1 Der Beschwerdegegner hat auf dem Dach des Attikageschosses des Gebäudes Nr. 1142 auf KTN 414, das er als begehbare Dachterrasse nutzen will, entlang der Fassadenflucht südseitig auf einer Länge von ca. 16 m im Abstand von ca. 50 Zentimetern rund 30 Thujas mit einer Höhe von je ca. 2 m gepflanzt (vgl. Fotodokumentation [...]). Die Vorinstanz hat die Pflanzentröge, in welche der Beschwerdegegner die Thujas eingepflanzt hat, als bewilligungspflichtig anerkannt, nicht aber die Pflanzen selber. Dabei ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz die Frage der Bewilligungspflicht für die Pflanzentröge und die Thujas unabhängig bzw. differenziert voneinander beurteilt hat. Denn die als Sichtschutz für die begehbare Dachterrasse dienenden Thujas bedingen deren Einpflanzung in die unbestrittenermassen bewilligungspflichtigen Pflanzentröge, einem künstlich geschaffenen Gefäss. Dabei rechtfertigt sich der Hinweis, dass Thujas nicht von sich auf einer Dachterrasse in 20 m Höhe ab gewachsenem Terrain wachsen. Mit den Pflanzentrögen zusammen sind die Thujas denn auch künstlich angelegt. Weder die Pflanzentröge noch die Thujas machen vorliegend für sich alleine einen Sinn und können daher auch nicht unabhängig voneinander beurteilt werden. Mithin hätte die Vorinstanz bezüglich der Frage der Bewilligungspflicht die Pflanzentröge mit den Thujas in ihrer Gesamtheit beurteilen müssen.

4.2.2 Die Pflanzentröge und die Thujas dienen in ihrer Gesamtheit als Bestandteil der begehbaren Dachterrasse unbestrittenermassen einzig dem Sichtschutz. Entsprechendes ergibt sich denn auch aus der Anordnung, Verdichtung und Höhe der Bepflanzung und deren sichtbehinderndem Gesamteindruck. Die Pflanzentröge treten zusammen mit den Thujas wie eine Wand in Erscheinung und verändern infolge des dominanten Ausmasses das Erscheinungsbild des Gebäudes und der näheren Umgebung ganz entscheidend. Der dadurch entstandene Sichtschutz fällt in der von Geschäfts- und Gewerbebetrieben, Gaststätten, Verwaltungsbauten sowie Wohnungen geprägten Zentrumszone (vgl. Art. 35 Abs. 1 BauR) als überaus dominant auf (vgl. Fotodokumentation [...]). Die Thujas sind denn auch offenbar auf Dauer angelegt, gleichwohl sie in Pflanzentröge eingepflanzt sind. Es handelt sich somit um eine ausgedehnte, künstlich geschaffene Anpflanzung, die in ihrem Ausmass nicht mehr als geringfügig betrachtet werden kann. Sie tritt in Erscheinung wie eine Mauer bzw. eine Holzwand. Die Auswirkungen dieses mauerähnli-

chen Sichtschutzes sind daher auf die unmittelbare Nachbarschaft erheblich und können deshalb nicht vernachlässigt werden (vgl. Fotodokumentation [...]). Unter diesen konkreten Umständen muss die Bepflanzung (Pflanzentröge und Thujas) in ihrer Gesamtheit als Anlage und somit als bewilligungspflichtig betrachtet werden. In diesem Sinne haben denn auch der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht bereits bei Pflanzentrögen, die eng und praktisch unverrückbar nebeneinander auf eine Umgebungsmauer bzw. ein Garagendach gereiht waren, die Bewilligungspflicht bejaht, weil sie den Eindruck eines wandartigen Aufbaus und damit einer Erhöhung der Mauer bzw. der Garage vermittelten (vgl. RRB Nr. 31 vom 17. Januar 2012, E. 5.3.1 mit Hinweis auf RRB Nr. 1501 vom 21. September 1999, E. 3.2.2; VGE 1049/99 vom 26. Januar 2000, E. 3b; RRB Nr. 560 vom 25. April 2006, E. 3.4). Auch für eine primär dem Sichtschutz dienende Holzbeige hat der Regierungsrat die Bewilligungspflicht bejaht (vgl. RRB Nr. 1030 vom 25. Oktober 2011, E. 5.2). Die Vorinstanz hätte die umstrittenen Thujas in das nachträgliche Baubewilligungsverfahren einbeziehen müssen.

4.2.3 Zu erwähnen bleibt, dass mit der Bejahung der Bewilligungspflicht über die Bewilligungsfähigkeit der Bepflanzung nichts ausgesagt wird, sondern nur festgestellt ist, dass für diese das Bedürfnis für eine Kontrolle durch die hierfür zuständige Baubewilligungsbehörde besteht. (RRB Nr. 990 vom 23. Oktober 2012).

2.4 Kaninchenhaltung in der Landwirtschaftszone

- *Die hobbymässige Kaninchenzucht ist in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform (Erw. 2.1 – 2.3).*
- *Erteilt werden kann für den Kaninchenstall weder eine erleichterte Ausnahmegewilligung im Sinne der Art. 24a RPG (Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen), Art. 24b RPG (nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe), Art. 24c RPG (bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen) und Art. 24d RPG (landwirtschaftliche Wohnnutzung, hobbymässige Tierhaltung und schützenswerte Bauten und Anlagen) noch eine ordentliche Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG (Erw. 4 und 5).*

C 2.4

Aus den Erwägungen:

2. Zu beurteilen ist, ob die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer die nachträgliche Bewilligung für den Kaninchenstall auf dem Grundstück KTN 5055 in E. zu Recht verweigert haben.

2.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700; § 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Das Amt für Landwirtschaft ist zuständig für landwirtschaftliche Bauvorhaben. Das Amt für Raumentwicklung verfasst gestützt auf die Stellungnahmen der kantonalen Fachinstanzen die kantonale Baubewilligung (§ 46 Abs. 2 und § 43 Abs. 1 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz, VVzPBG, SRSZ 400.111).

2.2 Voraussetzung einer Baubewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 RPG; vgl. § 19 Abs. 1 und 2 PBG). Art. 34 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) umschreibt die allgemeine Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Mit Art. 16a RPG wird an den strengen Kriterien, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die Zonenkonformität aufgestellt hatte, festgehalten (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einer Teilrevision vom 22. Mai 1996 des RPG, BBl 1996 III 533). Danach gelten Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft als nicht zonenkonform (vgl. Art. 34 Abs. 5 RPV). Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Betrieb von zonenwidriger Freizeitlandwirtschaft handelt, ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Die Botschaft zu einer Teilrevision des RPG vom 2. Dezember 2005 (BBl 2005/7097 ff.), die auch Erleichterungen für die hobbymässige Tierhaltung in der Landwirtschaftszone beinhaltet, konkretisiert, dass als hobbymässig Tierhaltungen anzusehen seien, die nicht auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens ausgerichtet seien, sondern durch die Eigentümerinnen und Eigentümer der Tiere aus Liebhaberei ausgeübt würden und der Freizeitgestaltung dienen (vgl. hierzu Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. November 2011, E. 4.2.2 mit Hinweis auf BBl 2005/7114, unter www.gerichte.sg.ch/home/dienst-

leistungen/rechtsprechung/verwaltungsgericht/entscheide_2011/b_2010_195.html, eingesehen am 10. Mai 2012).

2.3 Der Beschwerdeführer züchtet Kaninchen. Hierfür hat er auf seiner Parzelle KTN 5055 einen Kaninchenstall (8.09 m x 2.5 m) mit 30 Kaninchenboxen erstellt (vgl. Baugesuchsunterlagen vom 30. Juni 2011). Da sich das entsprechende Grundstück ausserhalb der Bauzone in der Landwirtschaftszone befindet, ist für den Kaninchenstall eine Bewilligung gestützt auf Art. 22 bzw. Art. 24 ff. RPG erforderlich. Bei der vom Beschwerdeführer betriebenen Kaninchenzucht handelt es sich unbestritten um einen Hobbybetrieb (vgl. Schreiben des Beschwerdeführers vom 28. Dezember 2008 an die Vorinstanz 1). In der Folge ist dieser Kaninchenstall als Freizeitlandwirtschaft im Sinne von Art. 34 Abs. 5 RPV zu qualifizieren. Mithin entspricht der im Streit liegende Kaninchenstall, der einzig und allein der hobbymässigen Kaninchenzüchtung dient, nicht dem Zweck der Landwirtschaftszone, sodass eine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 RPG bzw. Art. 16 ff. RPG nicht erteilt werden kann. Zu prüfen bleibt, ob eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG zu erteilen ist.

3. Abweichend von Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG können Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegen stehen (vgl. Art. 24 RPG). Dieser Grundtatbestand kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung. Im Vordergrund steht die Erteilung einer erleichterten Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24a bis Art. 24d RPG, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Vorbemerkungen zu Art. 24ff., Rz. 12).

4. Mit Hinblick auf die Weiterverwendung bestehender Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sind in Art. 24a RPG (Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen), Art. 24b RPG (Nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe), Art. 24c RPG (Bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen) und Art. 24d RPG (Landwirtschaftsfremde Wohnnutzung, hobbymässige Tierhaltung und schützenswerte Bauten und Anlagen) vier gegenüber Art. 24 RPG privilegierte Tatbestände geregelt (vgl. RRB Nr. 1023 vom 28. August 2001, E. 2). Während Ausnahmen innerhalb der Bauzonen durch das kantonale Recht geregelt werden (Art. 23 RPG; § 73 PBG), beurteilt sich die Erteilung einer Ausnahmbewilligung für die Errichtung oder Zweckänderung von zonenwidrigen Bauten und Anla-

C 2.4

gen ausserhalb der Bauzonen abschliessend nach den Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. Art. 24 ff. RPG; § 74 Abs. 1 PBG).

4.1 Die Art. 24a bis 24c RPG gelangen beim vorliegend umstrittenen Kaninchenstall, bei dem es sich unbestrittenermassen um einen freistehenden Neubau handelt, zum Vornherein nicht zur Anwendung, da es weder um eine Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzonen noch um einen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetrieb ausserhalb der Bauzonen oder um bestimmungsgemäss nutzbare zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen geht.

4.2.1 Bauliche Massnahmen können zugelassen werden in unbewohnten Gebäuden oder Gebäudeteilen, wenn sie Bewohnern oder Bewohnerinnen einer nahe gelegenen Wohnbaute zur hobbymässigen Tierhaltung dienen und eine besonders tierfreundliche Haltung gewährleisten (Art. 24d Abs. 1bis Satz 1 RPG). Gestützt auf Art. 24d Abs. 1bis RPG sollen unbewohnte Gebäudeteile, worunter die mit einem Wohngebäude zusammengebauten Ökonomiebereiche gemeint sind, sowie frei stehende Gebäude – im Vordergrund stehen hier ehemalige, für die Landwirtschaft nicht mehr benötigte Ställe oder Remisen – zum Zwecke der hobbymässigen Tierhaltung umgebaut werden dürfen. Denkbar ist beispielsweise, dass die Wohnbaute in der Bauzone liegt und sich das umzunutzende Gebäude auf einer unmittelbar angrenzenden Parzelle innerhalb der Landwirtschaftszone befindet (vgl. BBl 2005/7102 und 7114 f.). Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass die hobbymässige Tierhaltung als Erweiterung der Wohnnutzung der nahe gelegenen Wohnbaute gilt (Art. 42b Abs. 1 RPV). Sie ist an allfällige Möglichkeiten zur Erweiterung der Wohnbaute nach Artikel 42 Abs. 3 oder 42a Abs. 2 anzurechnen (Art. 42b Abs. 2 RPV). Ist eine Erweiterung innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nicht möglich oder nicht zumutbar, so kann sie ausserhalb erfolgen; die gesamte Erweiterung darf in diesem Fall weder 30 % der zonenwidrig genutzten Fläche noch 100 m² überschreiten; die Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens werden nur halb angerechnet (Art. 42 Abs. 3 Bst. b RPV).

4.2.2 Beim im Streit liegenden Kaninchenstall, der keinen körperlichen Zusammenhang zur Wohnbaute auf KTN 5087 aufweist, handelt es sich um einen freistehenden Neubau auf der bisher nicht überbauten Parzelle KTN 5055. Dies ergibt sich aufgrund der Baugesuchsunterlagen vom 30. Juni 2011 (vgl. Fotos vom 19. November 2010 sowie Katasterplan vom 5. Januar 2011) und ist denn auch unbestritten. Da der Kaninchenstall folglich auf einer separaten Parzelle erstellt worden ist,

kann dieser denn auch nicht als teilweise Änderung oder massvolle Erweiterung des Wohnhauses auf KTN 5087 betrachtet werden. Im Übrigen besteht infolge des im Jahre 1988 bewilligten An- und Umbaus des bestehenden Wohngebäudes auf KTN 5087 bei diesem denn auch kein Erweiterungspotenzial im Sinne von Art. 42 Abs. 3 Bst. b RPV mehr (anrechenbare Bruttogeschossfläche: Zustand 1972: 150 m² [100 %]; Projekt 1988: 207 m² [139 %]; Erweiterung: + 57 m² [+ 39 %]; Gesamtnutzfläche: Zustand 1972: 223 m² [100 %]; Projekt 1988: 356 m² [160 %]; Erweiterung: +133 m² [+60 %]). Die entsprechende Berechnungsgrundlage ist denn auch unbestritten. Mithin fällt eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach Art. 24d Abs. 1bis RPG ausser Betracht.

4.2.3 Soweit der Beschwerdeführer diese Regelung sinngemäss als wenig sinnvoll erachtet, rechtfertigen sich die folgenden Ausführungen. Es mag zwar durchaus zutreffen, dass sich die gerügte Regelung aus Sicht des Beschwerdeführers als stossend erweist. Der Regierungsrat kann diese bundesrechtliche Bestimmung jedoch nicht im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens praktisch ausser Kraft setzen. Wird eine Regelung allgemein als nicht (mehr) sinnvoll erachtet, muss die entsprechende Rechtsgrundlage geändert werden. Die Kritik des Beschwerdeführers richtet sich daher primär an den Gesetzgeber. Im vorliegenden Anwendungsfall muss sie jedoch unbeachtlich bleiben, zumal der Regierungsrat das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (vgl. § 26 VRP).

4.3 Die Voraussetzungen für eine erleichterte Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24a bis Art. 24d RPG liegen demnach nicht vor. Es bleibt nurmehr zu beurteilen, ob dem Beschwerdeführer eine ordentliche Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG erteilt werden kann.

5.1 Gemäss Art. 24 RPG kann abweichend von Artikel 22 Abs. 2 Bst. a RPG eine Baubewilligung erteilt werden, wenn der Zweck der Baute bzw. Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (vgl. Bst. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (vgl. Bst. b; vgl. E. 3). Nicht zonenkonforme Bauten sind demnach nur erlaubt, wenn sie standortgebunden sind. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Diese kann technischer oder betriebswirtschaftlicher Natur sein. Sie muss einem aktuellen und tatsächlichen Bedarf entsprechen und fehlt, wenn sie im Hinblick auf eine künftige, sich nur möglicherweise realisierende Situation behauptet wird. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach objektiven Massstäben und es kann

C 2.4

weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Beurteilung der Standortgebundenheit eines Vorhabens strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stimmt der Begriff der Zonenkonformität im Sinne von Art. 16a Abs. 1 RPG im Wesentlichen mit demjenigen der Standortgebundenheit nach Art. 24 Bst. a RPG überein (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24 N 8 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2004, 1A.133/2004, E. 3.2; BGE 125 II 281; BGE 115 Ib 295, E. 3).

5.2 Der umstrittene Kaninchenstall dient einzig und allein der hobby-mässigen Kaninchenzucht, weshalb er nicht dem Zweck der Landwirtschaftszone entspricht. Eine Baute, die der hobby-mässigen Zucht und damit der hobby-mässigen Landwirtschaft dient, ist ausserhalb der Bauzone gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht standortgebunden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Mai 2007, E. 4 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 1994, 1A.90/1993, publiziert in ZBI 96/1995, S. 178 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Februar 2007, E. 4.1). Es liegen zudem keine gewichtigen und objektiven Gründe vor, welche den beanspruchten Standort auf dem Grundstück KTN 5055 gegenüber anderweitigen Standorten innerhalb der hierfür zulässigen Bauzone für den Kaninchenstall als erheblich vorteilhafter erscheinen lassen. In diesem Zusammenhang behauptet der Beschwerdeführer denn auch nicht, dass er auf den betreffenden Standort in der Landwirtschaftszone angewiesen sei bzw. ein anderer Standort nicht in Frage käme. Der Beschwerdeführer kann seine Kaninchen auch anderweitig unterbringen. Es ist ihm auch zuzumuten, für seine Kaninchen einen geeigneten Standort innerhalb der hierfür zulässigen Bauzone zu suchen. Immerhin lassen die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer hierfür ein Jahr Zeit. Die Standortgebundenheit des Kaninchenstalles ist daher zu verneinen. Die Frage, ob dem Bauvorhaben des Beschwerdeführers keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann folglich dahingestellt bleiben. Mithin fällt auch eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG ausser Betracht.

(RRB Nr. 472 vom 15. Mai 2012).

2.5 Einfahrtsbewilligung und Parkraum für gewerblich genutzte Liegenschaften

- *Begriff der hinreichenden Erschliessung (Erw. 4).*
- *Voraussetzungen für die Erteilung einer Einfahrtsbewilligung (Erw. 5).*
- *Erforderlichkeit einer Einfahrtsbewilligung, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet wird (Erw. 6).*
- *Bemessung der Pflichtparkplätze für gewerblich genutzte Liegenschaften (Erw. 7 und 8).*

Aus den Erwägungen:

4. Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung ist, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Bauten und Anlagen dürfen deshalb nur auf erschlossenen Grundstücken errichtet werden (§ 53 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Land ist erschlossen, wenn unter anderem die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG). Genügende Zugänglichkeit setzt eine rechtlich gesicherte und technisch hinreichende Zufahrt, ausnahmsweise einen blossen Zugang voraus. Technisch hinreichend ist eine Zufahrt, wenn sie verkehrssicher und so beschaffen ist, dass sie der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung durch Benützer und öffentliche Dienste gewachsen ist (§ 37 Abs. 3 PBG). Bei der Frage der Gesamtbeanspruchung einer Industriezone sind unter anderem die künftige Nutzung des Industrielandes abzuschätzen und deren Auswirkungen auf das Verkehrsaufkommen zu berücksichtigen (vgl. VGE III 2008 220 vom 12. März 2009, E. 4.1).

5. Von der Beurteilung der Erschliessung zu unterscheiden ist die Einfahrtsbewilligung nach § 47 f. der Strassenverordnung vom 15. September 1999 (StrV, SRSZ 442.110). Nach § 47 Abs. 1 StrV bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet werden soll (§ 47 Abs. 2 StrV; § 25 Abs. 1 Bst. b der Vollzugsverordnung vom 18. Januar 2000 zur Strassenverordnung, VVzStrV, SRSZ 442.111). Die Bewilligung wird verweigert, wenn der Gemeingebrauch erheblich behindert, die Umweltschutzvorschriften nicht eingehalten oder die Ver-

C 2.5

kehrssicherheit gefährdet würden (§ 48 Abs. 1 StrV). Der Regierungsrat erachtete es im Beschluss Nr. 915 vom 14. September 2010, E. 3.1.4, als vertretbar, dass bei einer Vergrößerung der Anzahl Parkplätze um 21.3 % von einem wesentlich grösseren Verkehrsaufkommen im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV und § 25 Abs. 1 Bst. b VVzStrV ausgegangen wurde.

6. Die Beschwerdeführer bemängeln, bei beiden Bauvorhaben habe die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt zu Unrecht die Notwendigkeit einer Einfahrtsbewilligung im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV für die Einfahrt des Schützenhausweges in die Bahnhofstrasse verneint.

6.1 Die beiden Bauvorhaben werden durch den Schützenhausweg erschlossen, welcher in die Bahnhofstrasse mündet. Diese gilt als Hauptstrasse im Sinne von § 5 StrV (vgl. Anhang zur StrV). Träger von Hauptstrassen – und damit auch der Bahnhofstrasse – ist der Kanton (vgl. § 5 Abs. 2 StrV). Bei beiden Bauvorhaben stellt sich die Frage, ob der Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg den durch die beiden Bauvorhaben verursachten Mehrverkehr noch zu tragen vermag. Gemäss den beiden Verkehrsgutachten vom 15. April 2011 (S. 4 ff.) und vom 5. Mai 2011 (S. 4 und 8), haben im Zeitraum vom 28. März 2011 bis am 4. April 2011 in der Abendspitzenstunde von 17.00 Uhr bis 18.00 Uhr durchschnittlich 1830 Fahrzeuge pro Stunde den Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg passiert. Davon bogen 60 Fahrzeuge von der Bahnhofstrasse in den Schützenhausweg ein, 94 Fahrzeuge bogen vom Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse ein und 1676 Fahrzeuge befuhren lediglich die Bahnhofstrasse. In der Spitzenstunde samstags (zwischen 10.00 Uhr und 11.00 Uhr) wurde der Knoten mit 1422 Fahrzeugen pro Stunde belastet. Davon bogen 77 Fahrzeuge von der Bahnhofstrasse in den Schützenhausweg ein, 74 Fahrzeuge fuhren vom Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse und 1271 Fahrzeuge befuhren lediglich die Bahnhofstrasse.

6.2 Die von der Beschwerdegegnerin I geplante Wertstoffsammelstelle wird gemäss Gutachten vom 15. April 2011 (S. 4 ff.) in der Abendspitzenstunde durchschnittlich 40 Fahrten (je 20 Zu- und Wegfahrten) mehr verursachen. In der Spitzenstunde samstags wird sogar von 120 Mehrfahrten (je 60 Zu- und Wegfahrten) ausgegangen. Somit biegen in Berücksichtigung der Wertstoffsammelstelle zusammen mit dem bestehenden Verkehr in der Abendspitzenstunde 80 Fahrzeuge von der Bahnhofstrasse in den Schützenhausweg und 114 Fahrzeuge vom Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse ein. In der Spitzenstunde samstags bie-

gen mit der Wertstoffsammelstelle sogar 137 Fahrzeuge von der Bahnhofstrasse in den Schützenhausweg und 134 Fahrzeuge vom Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse ein.

6.3 Der Beschwerdegegner II beabsichtigt, das bestehende Millcell-Produktionsgebäude auf der Bauparzelle KTN 4129 in eine Migros Outlet-Filiale umzuwandeln. Gemäss dem Verkehrsgutachten vom 5. Mai 2011 (S. 9) würden in Berücksichtigung des Migros Outlet – zusammen mit dem bestehenden Verkehr – in der Abendspitzenstunde insgesamt 90 Fahrzeuge von der Bahnhofstrasse in den Schützenhausweg und 98 Fahrzeuge vom Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse fahren. Massgebend für die Beurteilung sei aufgrund der Spitzenbelastung des übergeordneten Strassennetzes und der Öffnungszeiten die werktägliche Abendspitzenstunde (vgl. Verkehrsgutachten vom 5. Mai 2011, S. 6).

6.4.1 Vorab ist zu prüfen, ob für die Berechnung der Verkehrszunahme der Mehrverkehr bezogen auf den Schützenhausweg oder auf die Bahnhofstrasse massgebend ist. Beim Migros Outlet erachtete die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt die Verkehrszunahme auf dem Schützenhausweg als massgebend. Sie gingen von einem Mehrverkehr von 22 % ($[(90 + 98) \times 100 / (60 + 94)]$) in der Abendspitzenstunde aus. Bei der Wertstoffsammelstelle hingegen erachtete die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt die Verkehrszunahme in Bezug auf die Bahnhofstrasse als massgebend. In der Abendspitzenstunde wird die Bahnhofstrasse in Berücksichtigung der Wertstoffsammelstelle mit insgesamt 1870 (1830 + 40) Fahrten belastet, was nach Ansicht der Vorinstanz 2 eine Zunahme von nur 2 % ($1870 \times 100 / 1830$) ergibt. Bei der Spitzenstunde samstags berechnete die Vorinstanz 2 eine durch die Wertstoffsammelstelle verursachte Verkehrszunahme von lediglich 8 % ($[(1422 + 120) \times 100 / 1422]$).

6.4.2 Warum bei den beiden Bauvorhaben die Verkehrszunahme nicht gleich berechnet wurde, obwohl beide über den Schützenhausweg und die Bahnhofstrasse erschlossen werden, ist nicht nachvollziehbar und begründet die Vorinstanz 2 nicht näher. Die Verkehrszunahme darf nicht davon abhängen, wie stark die Bahnhofstrasse befahren wird. Die Fahrzeuge, die lediglich die Bahnhofstrasse befahren und gar nicht in den Schützenhausweg einbiegen, sollen für die vorliegende Frage des Mehrverkehrs keine Rolle spielen. Zudem ist die Einfahrtsbewilligung für den Schützenhausweg in die Bahnhofstrasse zu beurteilen. Somit ist für die Verkehrszunahme allein der Schützenhausweg massgebend. Für den Migros Outlet ist der Vorinstanz 2 zuzustimmen und von einer Verkehrs-

C 2.5

zunahme von 22 % in der Abendspitzenstunde auszugehen. Bei der Wertstoffsammelstelle hingegen beträgt die Verkehrszunahme in der Abendspitzenstunde 25 % ($[(60 + 94) \times 100 / (80 + 114)]$) und in der Spitzenstunde samstags sogar 79 % ($[(77 + 74) \times 100 / (137 + 134)]$).

6.5 Bei der Wertstoffsammelstelle ist von einem wesentlichen Mehrverkehr im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV auszugehen. Der Grenzwert gemäss Praxis des Tiefbauamtes von 25 % wird dort in der Spitzenstunde samstags deutlich überschritten und in der Abendspitzenstunde erreicht. Doch auch bei der durch den Migros Outlet verursachten Verkehrszunahme von 22 % ist von einem wesentlichen Mehrverkehr im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV auszugehen. Der Regierungsrat erachtete es schliesslich im Beschluss Nr. 915 vom 14. September 2010 als vertretbar, dass bei einer Vergrösserung der Anzahl Parkplätze um 21.3 % von einem wesentlich grösseren Verkehrsaufkommen ausgegangen wurde. Deshalb ist sowohl für die Wertstoffsammelstelle als auch für den Migros Outlet die Notwendigkeit einer neuen Einfahrtsbewilligung zu bejahen.

6.6 Bei der Prüfung, ob eine Einfahrtsbewilligung erteilt werden kann, ist unter anderem zu klären, ob die Zufahrt den Anforderungen der Erschliessung genügt (vgl. RRB Nr. 740 vom 9. August 2011, E. 2.2.2). Dabei ist von der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung der Zufahrt auszugehen und das künftige Verkehrsaufkommen abzuschätzen und zu berücksichtigen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 4). Hier darf die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt bei der Erteilung der Einfahrtsbewilligung somit nicht nur vom jeweiligen Bauvorhaben ausgehen. Vielmehr sind die beiden Bauvorhaben (Wertstoffsammelstelle und Migros Outlet) unter dem Gesichtspunkt der Gesamtbeanspruchung zu koordinieren. Hinzu kommt, dass die Senn Brunnen AG bei der Vorinstanz 1 ein Baugesuch für die Umnutzung eines Lagergebäudes in eine Autoreparaturwerkstätte auf KTN 422, Riedmattli 7, Seewen, eingereicht hat (vgl. ABI 2012, S. 2). Dieses Bauvorhaben muss ebenfalls über den Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg erschlossen werden. Somit ist dieses im Rahmen der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung des Schützenhausweges mit den vorliegenden Bauvorhaben zu koordinieren, soweit damit im Vergleich zur heutigen Nutzung von KTN 422 überhaupt Mehrverkehr generiert wird. Lidl Schweiz plant auf KTN 2904, Bahnhofstrasse 192, Seewen, ebenfalls einen Lebensmittelmarkt (vgl. ABI 2012, S. 290). Gemäss den Ausführungen im Gutachten vom 5. Mai 2011, S. 9, hat dieses Bauvorhaben einen massgeblichen Einfluss auf den Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg. Deshalb ist auch dieses Baugesuch mit den vorliegenden Bauvorhaben bei der Erteilung der Einfahrtsbewilli-

gung zu koordinieren. Der Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg weist bereits im heutigen Zustand nur noch die Verkehrsqualitätsstufe D (ausreichend; vgl. Gutachten vom 15. April 2011, S. 11; Norm SN 640 022) auf. Im Rahmen der Verfahrenskoordination ist zu prüfen, ob diese Verkehrsqualitätsstufe auch mit sämtlichen obgenannten Bauvorhaben noch eingehalten werden kann.

6.7 Die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt hat die Pflicht zur Erteilung einer Einfahrtsbewilligung damit zu Unrecht verneint. Deshalb sind die angefochtenen Gesamtentscheide vom 14. Juni 2011 und vom 4. August 2011 sowie die angefochtenen Beschlüsse Nr. 1098 und Nr. 1099 der Vorinstanz 1 vom 2. September 2011 aufzuheben.

7. Die Baubewilligung für den Migros Outlet ist aber auch wegen einer ungenügenden Anzahl von Parkplätzen aufzuheben. Dabei ist vorab auf die Frage einzugehen, ob es sich beim Migros Outlet um eine verkehrssensitive Einrichtung im Sinne der regierungsrätlichen Weisung zu verkehrssensitiven Einrichtungen vom 14. Juli 2006 (nachfolgend: VE-Weisung) handelt. Denn die VE-Weisung enthält ebenfalls Vorschriften über die Anzahl der erforderlichen Parkplätze.

7.1 Nach Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01) werden Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Dasselbe zweistufige Verfahren sieht die Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (SR 814.318.142.1, LRV) vor. Danach sind Emissionen, für die die LRV keine Emissionsbegrenzung festlegt oder eine bestimmte Begrenzung als nicht anwendbar erklärt, von der Behörde vorsorglich so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 4 Abs. 1 LRV). Ist zu erwarten, dass eine einzelne geplante Anlage übermässige Immissionen verursachen wird, obwohl die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen eingehalten sind, so verfügt die Behörde für diese Anlage ergänzende oder verschärfte Emissionsbegrenzungen (Art. 5 Abs. 1 LRV). Zur Koordination verschiedener verschärfender Emissionsbegrenzungen haben die Zentral-

C 2.5

schweizer Kantone gestützt auf Art. 44a USG und Art. 31 LRV sodann einen Massnahmenplan erarbeitet (Massnahmenplan I im Kanton Schwyz mit RRB vom 11. April 2000 verabschiedet) und in Ausführung desselben hat der Regierungsrat die VE-Weisung erlassen.

7.2 Als verkehrsintensive Einrichtungen gelten insbesondere Einkaufszentren mit mehr als 5000 m² Verkaufsfläche oder mehr als 300 Parkplätzen (Art. 1 Abs. 2 VE-Weisung). Die Weisung gilt zudem für Einrichtungen mit räumlich oder erschliessungstechnisch zusammenhängenden Anlagen, welche zusammen die Werte gemäss Abs. 2 oder Art. 2 übertreffen, und für Einrichtungen, welche an hundert Tagen pro Jahr mehr als 1500 Fahrten pro Tag (Summe der Zu- und Wegfahrten) erzeugen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b und c VE-Weisung). Dabei wird davon ausgegangen, dass bei Billigdiscountern bereits ab 80 Parkplätzen der Grenzwert gemäss Art. 1 Abs. 3 Bst. c VE-Weisung überschritten wird (vgl. RRB Nr. 797 vom 14. Juni 2006, E. 2.2.2; VGE III 2010 55 vom 16. Juli 2010, E. 2.4.2, in: EGV-SZ 2010 B. 8.5).

7.3 Der Migros Outlet weist eine Verkaufsfläche von 550 m² auf. Er verursacht durchschnittlich 270 Zu- und Wegfahrten pro Tag (vgl. Verkehrsgutachten vom 5. Mai 2011, S. 6). Gemäss Baugesuch weist er 41 Parkplätze auf. Deshalb ist der Migros Outlet keine verkehrsintensive Einrichtung, auch wenn man berücksichtigt, dass die angegebene Anzahl Parkplätze von 41 ungenügend ist und mindestens 61 Parkplätze benötigt werden (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 8.3). Auch weist er als Billigdiscounter deutlich weniger als 80 Parkplätze auf, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass er mehr als 1500 Zu- und Wegfahrten pro Tag verursacht. Er fällt somit nicht unter die VE-Weisung.

7.4 Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn der Migros Outlet und die Wertstoffsammelstelle als eine Anlage betrachtet werden, wie dies die Beschwerdeführer verlangen. Die Wertstoffsammelstelle verfügt über zehn Parkplätze. Ausgehend von einem Einzugsgebiet von 7300 Haushalten, einer Entsorgung pro Monat für jeden Haushalt und sechs Öffnungstagen pro Woche verursacht die Wertstoffsammelstelle durchschnittlich 300 Zu- und Wegfahrten pro Tag ($[7300 / (30 / 6 \times 5)]$; vgl. Verkehrsgutachten vom 15. April 2011, S. 4). Dem Vorbringen der Beschwerdeführer I, das Einzugsgebiet umfasse 8000 Haushalte und jeder Haushalt würde zweimal pro Monat eine Entsorgungsfahrt vornehmen, kann nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführer I begründen dieses Vorbringen nicht näher und legen nicht dar, weshalb die Ausführungen

im Gutachten falsch sein sollten. Somit ist für die Wertstoffsammelstelle von 300 und nicht – wie von den Beschwerdeführern behauptet – von 800 Zu- und Wegfahrten auszugehen. Der Migros Outlet und die Wertstoffsammelstelle verfügen zusammen über 64 Parkplätze und verursachen 570 Zu- und Wegfahrten pro Tag. Sie erreichen die Grenzwerte gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 VE-Weisung bei weitem nicht. Weder beim Migros Outlet noch bei der Wertstoffsammelstelle handelt es sich um eine verkehrsintensive Einrichtung. Damit ist die VE-Weisung für keines der beiden Bauvorhaben anwendbar.

8.1 Bei neuen Bauten und Anlagen sind in angemessener Nähe genügend Abstellflächen für Motorfahrzeuge auf privatem Grund zu schaffen und dauernd zu diesem Zweck zu erhalten. Bei Änderungen bestehender Bauten und Anlagen sind Abstellplätze im Umfang des geschaffenen Mehrbedarfs zu errichten (§ 58 Abs. 1 PBG; Art. 13 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Schwyz vom 26. September 2010, BauR). Bei Industrie-, Gewerbe- und Dienstleistungsbauten setzt die Bewilligungsbehörde die Abstellplätze nach Massgabe der Zahl der Betriebsangehörigen und des zu erwartenden Publikumsverkehrs fest (Art. 13 Abs. 2 Bst. b BauR). Obschon das Baureglement keine ausdrückliche Verweisung auf die einschlägige Norm SN 640 281 des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS) vom 1. Februar 2006 enthält, ist auf diese abzustellen (vgl. hierzu RRB Nr. 1234 vom 20. Dezember 2011, E. 3.4.1). Dabei gilt es zu beachten, dass dieser Norm zwar Richtliniencharakter, indes nicht Rechtssatzcharakter zukommt. Die Richtlinien entbinden daher keinesfalls davon, den einzelnen Fall im Lichte aller erheblichen Umstände zu beurteilen (vgl. VGE 714/94 vom 10. März 1995, E. 3.a). In diesem Sinne hält denn auch Art. 13 Abs. 3 BauR fest, dass die Bewilligungsbehörde die Anzahl Abstellplätze herabsetzen kann, namentlich bei guter Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr, aus Gründen der Belastungsgrenzen des Strassennetzes und in den Kernzonen aus Gründen des Ortsbildschutzes.

8.2 In der Norm SN 640 281 wird zwischen kundenintensiven und übrigen Verkaufsgeschäften unterschieden. Zu den kundenintensiven Verkaufsgeschäften zählen Lebensmittelläden, Apotheken, Drogerien, Warenhäuser oder Kioske. Dafür sind pro 100 m² Verkaufsfläche zwei Parkplätze für das Personal und acht Kundenparkplätze zu erstellen. Bei den übrigen Verkaufsgeschäften – dazu gehören Papeterien, Buchhandlungen, Haushalt-, Eisenwaren-, Uhren-, Schmuck- oder Möbelgeschäfte sowie Fachmärkte – sind pro 100 m² Verkaufsfläche 1.5 Personalparkplätze und 3.5 Kundenparkplätze zu erstellen. Gemäss Angaben des

C 2.5

Migros-Genossenschafts-Bundes wird in den Outlet Filialen ein begrenztes Angebot an Lebensmitteln zu günstigen Preisen angeboten. Daneben gebe es Produkte des täglichen Bedarfs wie Haushaltartikel, Kleider und Spielwaren (vgl. <http://www.migros.ch/de/ueber-die-migros/regionen/luzern/verkaufsstellen/outlet-migros.html>; eingesehen am 3. April 2012). Die Migros Outlet Filialen unterscheiden sich von den Migros Supermärkten lediglich dadurch, dass deren Sortiment begrenzt ist. Die Produktkategorien sind grundsätzlich dieselben. Da auch im Migros Outlet (wie in den „normalen“ Migros Supermärkten) ein breites Sortiment an Waren angeboten wird, ist dieser entgegen der Ansicht der Vorinstanz 1 nicht als Fachmarkt, sondern als Lebensmittelmarkt bzw. als Warenhaus einzustufen. Solche Warenhäuser sind als kundenintensive Verkaufsgeschäfte im Sinne der Norm SN 640 281 zu bezeichnen (vgl. RRB Nr. 1234 vom 20. Dezember 2011, E. 3.4.2; RRB Nr. 1053 vom 13. Oktober 2009, E. 8.3).

8.3 Demnach sind für den Migros Outlet gemäss der Norm SN 640 281 pro 100 m² Verkaufsfläche zwei Personal- und acht Kundenparkplätze, somit für die gesamte Verkaufsfläche von 540 m² 54 Parkplätze erforderlich. Hinzu kommen gemäss der Norm SN 640 281 ein Parkplatz für die Lagerfläche von 925 m² sowie sechs Parkplätze für die Bürofläche von 240 m². Insgesamt hat der Migros Outlet 61 Parkplätze aufzuweisen. Gemäss Baugesuch sind jedoch nur 41 Parkplätze vorgesehen.

8.4 Herabsetzungsgründe für die Anzahl der erforderlichen Abstellplätze sind keine gegeben. Das Baugrundstück KTN 4129 liegt rund einen Kilometer vom Bahnhof Schwyz mit Bushaltestelle entfernt. Zur nächst gelegenen Bushaltestelle Seewen Markt beträgt die Entfernung rund 600 m. Diese beiden Anbindungen an den öffentlichen Verkehr liegen beide ausserhalb der von Busbenutzern akzeptierten An- und Abmarschwege (vgl. RRB Nr. 1234 vom 20. Dezember 2011, E. 3.4.2). Im Gutachten wird denn auch von einem Anteil des Langsamverkehrs von nur 10 % ausgegangen, da der Migros Outlet im Industriegebiet liege und für Fussgänger nur schlecht erreichbar sei (vgl. Verkehrsgutachten vom 5. Mai 2011, S. 6). Aufgrund der allgemeinen Verkehrsentwicklung ist der Knoten Bahnhofstrasse/Schützenhausweg heute auch ohne Migros Outlet sehr stark belastet und weist keine grossen Reserven mehr auf. Im Jahr 2025 weist er auch ohne Migros Outlet eine ungenügende Verkehrsqualität auf (vgl. Verkehrsgutachten vom 5. Mai 2011, S. 11). Mit einer geringeren Anzahl Parkplätze des Migros Outlet könnte der Knoten gar nicht entlastet werden. Anderweitige, erhebliche Umstände, die eine

Parkplatzreduktion rechtfertigen würden, sind schliesslich keine auszumachen.

8.5 Damit ist die Baubewilligung (...) der Vorinstanz 1 vom 2. September 2011 für den Migros Outlet auch wegen ungenügender Anzahl Parkplätze aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens muss auf die weiter umstrittenen Fragen (Erschliessung, Zonenkonformität, Richtplanwidrigkeit, Altlasten, Gewässerschutz, Umweltverträglichkeitsprüfung) nicht mehr eingegangen werden.

(RRB Nr. 434 vom 24. April 2012).

7. Sozialwesen

7.1 Umfang von situationsbedingten Leistungen der Sozialhilfe

- *Art und Ausmass der wirtschaftlichen Hilfe (Erw. 1.1 – 1.2).*
- *Situationsbedingte Leistungen: Besuchsrechtskosten (Erw. 1.3 – 1.5.4); Fahrkosten für Arztbesuche (Erw. 2.1 – 2.3).*
- *Bei bedürftigen Personen in stationären Einrichtungen tritt an Stelle der Leistung des pauschalisierten Grundbedarfs eine niedrigere Pauschale für nicht in den Pensionskosten enthaltene Ausgabenpositionen (Erw. 3.1 – 3.2).*

Aus dem Sachverhalt:

X. (geb. 1979) ist seit 2004 geschieden. Ihr Sohn K. (geb. 1998) lebt während der Woche bei seinem Vater im Kanton Zürich. Die Wochenenden und die vereinbarten Ferientage verbringt er bei seiner Mutter. X. hatte im Jahre 2006 einen Autounfall. Ein Jahr später traten massive Rücken- und Kieferschmerzen auf. Die Ursache der Schmerzen ist noch nicht völlig geklärt, weshalb X. bei diversen Ärzten in Behandlung ist.

Seit Mai 2011 wird X. von der Fürsorgebehörde finanziell unterstützt. X. ersuchte die Fürsorgebehörde um Übernahme von Fahrspesen und Verpflegungsauslagen, welche im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht ihres Sohnes in der Zeit vom 1. Mai bis 31. Juli 2011 entstanden sind. Zudem bat sie um Übernahme von Fahrspesen, welche im Zusammenhang mit den diversen Arztbesuchen stehen sowie um Übernahme von

C 7.1

ausserordentlichen Ausgaben für die Anschaffung von Kleidern und Schuhen während ihrem Aufenthalt in einer Klinik. Die Fürsorgebehörde beschloss darüber wie folgt:

- „1. Für die im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht von Sohn K. während der Zeit vom 1. Mai 2011 bis 31. Juli 2011 angefallenen Transportkosten können rückwirkend in der Höhe von Fr. 1 461.00 entschädigt werden.
2. Für die Verpflegungsauslagen von Sohn K. während der Zeit vom 1. Mai 2011 bis 31. Juli 2011 können rückwirkend Fr. 310.00 entschädigt werden.
3. Die zusätzliche Fahrspesen von X., welche aufgrund notwendiger ärztlicher Konsultationen angefallen sind, können rückwirkend in der Höhe der Kosten für das günstigste Verkehrsmittel entschädigt werden. In Zukunft können solche Kosten nur noch vergütet werden, wenn sie im Voraus mit der Sozialberatung gesprochen wurden. Sie werden nachträglich gegen Vorweisen der entsprechenden Belege (Fahrkarten usw.) ausbezahlt.
4. Die Kosten, welche durch die Anschaffung für Kleider und Schuhen während dem Aufenthalt in der Klinik entstanden sind, werden rückwirkend nicht übernommen.
5. Sollte X. weiterhin darauf bestehen, dass sie bei Arztbesuchen aus medizinischen Gründen auf das Auto angewiesen ist, ist ein entsprechendes ärztliches Attest vorzulegen.
6. Für die Durchführung des Besuchsrecht werden für eine Begleitperson die Kosten für drei Besuche in der Höhe der Kosten für das öffentliche Verkehrsmittel entschädigt. Dies beinhaltet die günstigste Möglichkeit, K. dreimal von ... nach ... zu begleiten (6 Hin- und Rückfahrten). Die Fahrkosten für K. wird in der Höhe der günstigsten bzw. sinnvollsten Möglichkeit der Kosten für öffentliche Verkehrsmittel entschädigt. Die Sozialberatung hat die Kosten vorgängig zu prüfen und zu genehmigen.
7. Im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht anfallenden Verpflegungskosten können mit Fr. 10.00 pro Tag vergütet werden.
- 8.–9. (...)“

Die gegen die Verfügung der Fürsorgebehörde erhobene Beschwerde wurde vom Regierungsrat abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

1.1 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, ShV, SRSZ 380.111) 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).

1.2 Die materielle Grundsicherung umfasst alle in einem Privathaushalt notwendigen Ausgabenpositionen, namentlich den Grundbedarf für den Lebensunterhalt (nach Grösse des Haushaltes abgestuft), die Wohnkosten und die Kosten für die medizinische Grundversorgung (B.1-B.4 SKOS-Richtlinien). Daneben können bei besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen oder familiären Verhältnissen der Betroffenen situationsbedingte Leistungen ausgerichtet werden, sofern sie im Einzelfall hinreichend begründet sind (vgl. C.1 SKOS-Richtlinien; Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 152 f.). Die Aufwendungen für situationsbedingte Leistungen werden im individuellen Unterstützungsbudget berücksichtigt, sofern sie in einem sinnvollen Verhältnis zum erzielten Nutzen stehen.

1.3 Es gibt Kosten, welche in Abhängigkeit von einer bestimmten Situation zwingend anfallen. Diese sind zu übernehmen. Zwingend notwendige Leistungen sind Besuchsrechtskosten. Reisekosten und zusätzliche Auslagen im Zusammenhang mit der Pflege persönlicher Beziehungen können mit wirtschaftlicher Sozialhilfe finanziert werden. Die Kosten

C 7.1

für das Besuchsrecht (Reise, Verpflegungs- und Unterkunftskosten) sind grundsätzlich durch den besuchsberechtigten Elternteil zu tragen. Die Höhe der Auslagen ist im Einzelfall zu ermitteln und gemäss Praxiserfahrung wird von einer Verpflegungspauschale pro Tag und Kind von Fr. 10.-- bis Fr. 12.-- ausgegangen. Zudem ist dem besuchsberechtigten Elternteil das Mieten einer angemessenen Wohnung zu ermöglichen, damit die Kinder die Besuchszeiten und die Ferien tatsächlich bei ihm verbringen können. Allfällige Reisekosten in Zusammenhang mit dem Besuchsrecht sind in der Höhe der effektiven Auslagen zu übernehmen (C.1.8 SKOS-Richtlinien; Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Ausgabe Februar 2010, Teil C, S. 10).

1.4.1 Die Beschwerdeführerin ist geschieden. Ihr Sohn, der unter der Woche bei seinem Vater in (...) lebt, besucht sie jedes Wochenende in (...). Die Vorinstanz hat für die Zeit vom Mai 2011 bis August 2011 Verpflegungskosten von je Fr. 10.-- pro Tag, an welchem der Sohn bei der Beschwerdeführerin weilte, übernommen. Zudem hat sie beschlossen, auch inskünftig eine Verpflegungspauschale von Fr. 10.-- für die Besuchstage zu übernehmen. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Verpflegungspauschale von Fr. 10.-- pro Tag für einen 13-jährigen Jungen nicht ausreicht. Sie beantragt, dass die Verpflegungspauschale auf Fr. 12.-- pro Tag erhöht wird.

1.4.2 Bei der Festlegung der Verpflegungspauschale steht der Vorinstanz ein Ermessen zu. Der Betrag von Fr. 10.-- pro Tag reicht auch für die Verpflegung eines 13-jährigen Jungen aus. Dies insbesondere auch, weil der Sohn die Beschwerdeführerin jedes Wochenende besucht, so dass die Beschwerdeführerin den Einkauf der Lebensmittel besser planen und auch von grösseren Aktionen oder Multipacks profitieren kann, ohne dass die Ware bis zum nächsten Besuch bereits wieder verdorben ist. Sodann ist der Sohn nicht auf spezielle Nahrungsmittel angewiesen, die teurer sind als herkömmliche. Schliesslich ist der Fall zu vergleichen mit der Situation einer alleinerziehenden Person oder einer Familie mit bescheidenem Einkommen, die sich für die Verpflegung eines Kindes auch nicht mehr als Fr. 10.-- pro Tag leisten können. Die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkte abzuweisen.

1.5.1 Die Vorinstanz hat beschlossen, der Beschwerdeführerin für die Transportkosten zur Ausübung des Besuchsrechts im Zeitraum 1. Mai 2011 bis 31. Juli 2011 im Nachhinein mit Fr. 1461.-- zu vergüten. Die

Beschwerdeführerin verlangt jedoch eine Entschädigung von Fr. 3232.50 (= 4310 km à Fr. 0.75).

1.5.2 Die Vorinstanz zog in Betracht, dass bei den Transportkosten für die Ausübung des Besuchsrechts nur die kostengünstigste Variante entschädigt wird. Dies ist korrekt. Die kostengünstige Variante ist in diesem Fall ein Streckenabonnement der SBB sowohl für den Sohn wie auch für die Begleitperson. Es deutet nichts darauf hin, dass beim Sohn der Beschwerdeführerin besondere Umstände vorlagen, die das Zugreisen erschwert hätten. Solche werden auch nicht geltend gemacht. Die Beschwerdeführerin hat zudem auch nicht im Voraus ein Kostengutsprachege such für die Übernahme der Fahrspesen bei der Vorinstanz eingereicht. Die Beschwerde ist in diesem Punkte abzuweisen.

1.5.3 Die Vorinstanz hat sodann entschieden, dass künftig für die Durchführung des Besuchsrechts die Fahrkosten von Sohn K. in der Höhe der günstigsten bzw. sinnvollsten Möglichkeit, d.h. die Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel, übernommen werden. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie ihren Sohn nicht der Gefahr aussetzen möchte, dass er abends alleine durch den Zürcher Hauptbahnhof reisen müsse. Sie ersucht deshalb, dass die Vorinstanz ab dem 1. September 2011 die Autokilometer im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht mit Fr. 0.50/km entschädige.

1.5.4 Der Sohn der Beschwerdeführerin hat Jahrgang 1998. Einem bald 14-jährigen Jungen kann das Zugfahren allein zugemutet werden, insbesondere da ja die Vorinstanz die ersten Begleitfahrten ebenfalls übernimmt. Den vorgebrachten Befürchtungen der Beschwerdeführerin ist entgegen zu halten, dass Gefahren überall lauern, egal ob auf grossen oder kleinen Bahnhöfen. Im Gegenteil ist man auf grossen Bahnhöfen sicherer, da sich dort viel mehr Personen aufhalten als auf kleineren. Zudem ist es möglich, dass sich der Sohn etwas früher auf den Weg macht, damit er nicht allzu spät am Abend am Zielort ankommt. Insbesondere sprechen weder körperliche noch geistige Einschränkungen beim Sohn gegen das Zug fahren alleine. Auch wenn das Zurücklegen des Weges mit dem Zug nicht zur einfachsten oder bequemsten Art zu zählen ist, muss in Betracht gezogen werden, dass bei der Ausrichtung von wirtschaftlicher Hilfe die kostengünstigste Variante zu wählen ist, sofern nichts Schwerwiegendes dagegen spricht. Würde die Vorinstanz die Autokilometer pro Besuch mit Fr. 0.50 pro Kilometer übernehmen, würde dies pro Besuchswochenende Fr. 182.-- ausmachen (4 x 91 km x Fr. 0.50). Dies steht in keinem Verhältnis zu den Kosten für das öffentli-

C 7.1

che Verkehrsmittel. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkte ebenfalls abzuweisen.

2.1 Die Beschwerdeführerin ersuchte die Vorinstanz um Vergütung weiterer Fahrspesen für insgesamt 786 Kilometer. Die Vorinstanz übernahm die zusätzlichen Fahrspesen, die aufgrund notwendiger ärztlicher Konsultationen angefallen sind, rückwirkend in der Höhe der Kosten für das günstigste Verkehrsmittel. Die Beschwerdeführerin bringt nun vor, dass sie nicht mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zu den Arztterminen reisen könne, da es ihr übel werde und sie in Panik gerate. Ein ärztliches Attest, dass sie auf ein Auto angewiesen sei, könne sie nicht erbringen, da kein Arzt einen solchen Beleg unterschreiben wolle, da sie sehr starke Medikamente zu sich nehme und die Ärzte nicht haften wollen, wenn etwas passieren würde.

2.2 Das Vorgehen der Vorinstanz ist auch hier nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz ist bereit, die Fahrspesen zu den verschiedenen Arztterminen im Nachhinein zu übernehmen. Auch hier muss die jeweils günstigste Variante zum Zuge kommen und dies sind die öffentlichen Verkehrsmittel. Die Beschwerdeführerin legt denn auch kein Arztzeugnis vor, dass bestätigen würde, dass es ihr nicht möglich sei, mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu reisen. Das Arztzeugnis muss nicht zwingend enthalten, dass die Beschwerdeführerin auf ein Auto angewiesen sei, sondern eben, dass sie nicht mit den öffentlichen Verkehrsmitteln reisen kann. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkte abzuweisen.

2.3 In diesem Sinne ist auch der Entscheid der Vorinstanz, in Zukunft die Fahrspesen zu den ärztlichen Konsultationen nur für die öffentlichen Verkehrsmittel und nach Vorweisen der entsprechenden Belege (Billette) zu übernehmen, nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkte abzuweisen.

3. Die Beschwerdeführerin wird seit Mai 2011 durch die Vorinstanz wirtschaftlich unterstützt. Vom 18. Mai 2011 bis 20. Juli 2011 befand sich die Beschwerdeführerin in stationärer Behandlung. In dieser Zeit hat sie sich Kleider und Schuhe im Betrage von Fr. 374.55 angeschafft. Die Vorinstanz hat es abgelehnt, diese Kosten zu übernehmen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie nicht gewusst habe, dass sie sich vor dem Kauf dieser Kleidungsstücke mit dem Sozialamt hätte absprechen müssen. Sie ersucht um Übernahme dieser Kosten sowie von Fr. 85.-- für einen Coiffeurbesuch in der Klinik.

3.1 Allen Bedürftigen, die in einem Privathaushalt leben und fähig sind, einen solchen zu führen, steht der Grundbedarf für den Lebensunterhalt zu. Im Grundbedarf sind auch die Ausgaben für Bekleidung und Schuhe sowie für die Körperpflege (z.B. Coiffeur, Toilettenartikel) enthalten (B.2.1 SKOS-Richtlinien). Bedürftigen Personen in stationären Einrichtungen (Heimen, Kliniken usw.) ist an Stelle des Grundbedarfs für den Lebensunterhalt eine Pauschale zur Deckung der nicht im Pensionsarrangement enthaltenen Ausgabenpositionen zu gewähren (B.2.3 SKOS-Richtlinien). Die Pauschale beträgt Fr. 255.-- bis Fr. 510.-- pro Monat, falls nicht anderweitige kantonale Regelungen gelten.

3.2 Die Beschwerdeführerin erhielt während ihres Klinikaufenthaltes von zwei Monaten Fr. 510.-- Taschengelder. Davon hat sie die Kosten für die Kleider, Schuhe wie auch für den Coiffeur zu bezahlen. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Kosten von der Vorinstanz zu übernehmen sind, zumal auch nicht vorgängig ein Kostengutsprache gesuch gestellt worden ist. Ebenfalls ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin in dieser Zeit für Fr. 374.55 Kleider und Schuhe erwerben musste, wusste sie ja, dass sie nicht gerade auf Rosen gebettet ist. Ausserdem zahlte die Vorinstanz für die Tage, die die Beschwerdeführerin im Mai und Juli 2011 zu Hause weilte, den entsprechenden Grundbedarf aus. Die Beschwerde ist in diesem Punkte abzuweisen.

(RRB Nr. 207 vom 6. März 2012).

7.2 Kostenübernahme für familienergänzende Betreuung von Kindern

- *Voraussetzungen und Umfang einer Kostenübernahme für die familienergänzende Betreuung von Kindern während der Arbeitszeit (Erw. 2.2 – 2.4).*
- *Geht eine Person weisungsgemäss einer Erwerbstätigkeit nach, sind die anfallenden Betreuungskosten in der Regel in die Berechnung des sozialen Existenzminimums einzubeziehen (Erw. 3 – 4.3).*
- *Ist einer Person zuzumuten, einen günstigeren Krippenplatz oder eine besser bezahlte Arbeitsstelle zu suchen, ist der Wechsel nach sorgfältiger Abklärung mittels Verfügung anzuordnen (Erw. 5.1 – 5.4).*

C 7.2

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz erachtet die Kosten der Kinderkrippenbetreuung für die Tochter der Beschwerdeführerin im Verhältnis zum erzielten Einkommen der Beschwerdeführerin als zu hoch. Mithin will sie diese nicht mehr übernehmen (...). Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, es sei ihr unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Situation nicht zuzumuten, die Kinderkrippenkosten selber zu bezahlen.

2.1 (siehe EGV-SZ 2012, C 7.1, Erw. 1.1)

2.2 Die materielle Grundsicherung umfasst alle in einem Privathaushalt notwendigen Ausgabenpositionen, namentlich den Grundbedarf für den Lebensunterhalt, die Wohnkosten und die Kosten für die medizinische Grundversorgung (B.1-B.4 SKOS-Richtlinien). Daneben können bei besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen oder familiären Verhältnissen der Betroffenen situationsbedingte Leistungen ausgerichtet werden, sofern sie im Einzelfall hinreichend begründet sind (vgl. C.1 SKOS-Richtlinien; Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 152 f.). Die SKOS-Richtlinien (C.1.3) halten zur Integration und Betreuung von Kindern und Jugendlichen Folgendes fest (vgl. auch das Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Ausgabe Juli 2012, Seite 4):

„Bei erwerbstätigen Alleinerziehenden oder Elternpaaren fallen häufig Kosten für die stunden- oder tageweise familienergänzende Betreuung der Kinder während der Arbeitszeit an. Diese Auslagen sind nach ortsüblichen Ansätzen anzurechnen. ...“

Sofern demnach die erwerbstätigen Eltern die Kinderbetreuungskosten nicht tragen können, hat die Sozialhilfe subsidiär für den Unterhalt und die Unterbringung der Kinder aufzukommen. Entscheidend bei der Frage der Kostenübernahme durch das Gemeinwesen sind alleine die finanziellen Verhältnisse der Eltern und deren Leistungsfähigkeit (vgl. hierzu Claudia Hänzi, Leistungen der Sozialhilfe in den Kantonen, in „Das Schweizerische Sozialhilferecht“, Luzern 2008, Ziff. 3.2.5.4.3, S. 133 mit Hinweisen).

2.3 Gemäss § 9 Abs. 1 ShV kann die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit Bedingungen verbunden werden, wenn dadurch die richtige Verwendung sichergestellt werden soll oder die Lage des Hilfsempfängers und seiner Angehörigen verbessert werden kann (§ 3 Abs. 2 und 3 und § 4 Abs. 2 ShG). Bedingungen können u.a. bestehen in Bestimmungen über

die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit (§ 9 Abs. 2 Bst. d ShV). Die Fürsorgebehörde darf von einem Sozialhilfeempfänger verlangen, dass er eine geeignete Arbeit sucht und eine entsprechende Arbeitsstelle annimmt. Dieser ist gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip (§ 2 und § 15 ShG) verpflichtet, seinen Lebensunterhalt durch eigene Arbeitstätigkeit ganz oder zumindest teilweise selber zu finanzieren. Dabei zählt der Arbeitserwerb zu den eigenen Mitteln (§ 6 ShV). Diese sind für den Lebensunterhalt zu verwenden (vgl. EGV-SZ 1997 Nr. 49, E. 3.b; RRB Nr. 1521 vom 20. November 2007, E. 2.2).

2.4 Sozialhilfebezüger haben die Pflicht, zur Veränderung der Situation beizutragen, namentlich durch Aufnahme einer zumutbaren Erwerbstätigkeit. Insbesondere Alleinerziehenden soll dadurch die Möglichkeit gewährt werden, wieder ins Erwerbsleben einzusteigen. Dabei steht nicht allein der finanzielle Aspekt im Vordergrund. Den Alleinerziehenden soll zugestanden werden, allmählich stunden- und später tageweise einer Arbeit nachzugehen (vgl. Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Seite 4). Mithin ist es durchaus sinnvoll, vorübergehend relativ hohe Kosten – im Verhältnis zum erzielten Erwerbseinkommen – für die Fremdbetreuung der Kinder im Unterstützungsbudget zu berücksichtigen, wenn damit längerfristig die Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt erhalten bzw. erhöht werden kann. Ziel ist es, Alleinerziehende nicht zu isolieren und nicht von Sozialhilfeleistungen abhängig zu machen. Die Kinder ihrerseits können durch die Fremdbetreuung neue soziale Kontakte knüpfen und ihre Selbstständigkeit kann gefördert werden (vgl. zum Ganzen Katharina Schubiger, Sollen Alleinerziehende mit kleinen Kindern arbeiten gehen? in ZeSo 1/2010, S. 18). Mithin gilt es gemeinsam mit der unterstützten Person – immer mit dem Kindeswohl im Blick – die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familienpflichten abzuwägen und den beruflichen Einstieg zu planen und zu unterstützen. Eine gute Kinderbetreuung muss gewährleistet sein (vgl. C.1 SKOS-Richtlinien).

3. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin zur Erhöhung ihrer Erwerbstätigkeit auf 30 % ab 1. November 2012 verpflichtet. In Anbetracht dessen, dass die Beschwerdeführerin bereits seit dem 1. Juni 2011 während fünf Tagen pro Woche fünf bis sechs Stunden pro Tag arbeitete (...) bzw. bereits zuvor ein Arbeitspensum von über 30 % innehatte, mutet dies zwar etwas seltsam an. Da indes die Erhöhung des Arbeitspensums nicht angefochten ist und die Beschwerdeführerin einen Arbeitsvertrag ins Recht legt, wonach sie seit dem 1. Mai 2012 ein Arbeitspensum von 50 % wahrnimmt, braucht die Rechtmässigkeit der

C 7.2

angeordneten Erhöhung der Erwerbstätigkeit auf 30 % nicht beurteilt zu werden.

4.1 Die Tochter der alleinerziehenden Beschwerdeführerin besuchte bzw. besucht auch weiterhin unbestrittenermassen an drei Wochentagen die Kinderkrippe. Die monatlichen Kinderkrippenkosten beliefen sich auf Fr. 900.-- (...). Die Vorinstanz erachtet diese Kosten als unverhältnismässig, weshalb sie die Kündigung des Krippenplatzes verlangte bzw. die Kosten nach Ablauf der Kündigung nicht mehr übernehmen will. Sie begründete ihren Entscheid wie folgt (...):

„In der Auszahlung der wirtschaftlichen Hilfe Februar 2012 wurden bei X. Fremdbetreuungskosten von Fr. 900.00 im Budget angerechnet bei einem Erwerbseinkommen von Fr. 425.00 Dezember 2011. Die Verhältnismässigkeit ist hier nicht mehr gegeben. Die Sozialberatung wurde am 09.03.2012 gebeten, die Situation mit der Klientin zu besprechen (entweder ist eine andere Arbeit zu suchen, oder die Betreuungskosten sind zu senken, oder X. hat sich bis zum 3. Lebensjahr von N. d.h. bis 30.10.2012 ausschliesslich der Kinderbetreuung zu widmen). Ab 01.11.2012 hat sie gemäss internen Richtlinien eine 30 %-Tätigkeit zu suchen und höhere Einnahmen zu generieren als jetzt.“

Ferner zieht die Vorinstanz in Erwägung (vgl. E. 2):

„... Der Erwerb deckt die Kosten der Krippe und der Erwerbskosten im Jahresdurchschnitt nicht. Unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten auf Ende eines Monats für die Kinderkrippe (..) (gemäss Vertrag) ab Zustellung des FB-Beschlusses wird maximal noch der Grundbedarf, die Miete, sowie die Integrationszulage für Alleinerziehende von Fr. 200.00 ausgerichtet.“

4.2 Die Beschwerdeführerin ging bzw. geht einer Erwerbstätigkeit nach, wie es die Vorinstanz von ihr verlangt. Sie arbeitete bzw. arbeitet jeweils an drei Wochentagen sowie am Wochenende im Gastronomiebereich. Ihre Beschäftigung bietet ihr den Vorteil, an Wochenenden arbeiten zu können, was ihr eine unentgeltliche Kinderbetreuung durch die Familie ermöglicht. Lediglich an drei Wochentagen war bzw. ist sie auf einen Krippenplatz für ihre Tochter angewiesen. Wenn nun die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin eine Erhöhung des Arbeitspensums verlangt, müssen auch die damit verbundenen Kinderbetreuungskosten sozialhilferechtlich angerechnet werden. Denn die Vorinstanz ist gestützt auf die Sozialhilfegesetzgebung und die SKOS-Richtlinien unmissver-

ständiglich zur Übernahme der damit verbundenen Betreuungskosten verpflichtet (vgl. E. 2.2 und E. 2.4).

4.3 Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Kürzung der wirtschaftlichen Sozialhilfe um den Kinderkrippenbetrag verfügt hat. Denn solange die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin verlangt, dass sie einer Erwerbstätigkeit nachgeht, muss sie auch die Kosten für die Kinderkrippe tragen. Die Beschwerde erweist sich mithin als begründet.

5. Lediglich der Vollständigkeit halber rechtfertigen sich die folgenden Ausführungen.

5.1 Erachtet die Sozialhilfebehörde die Kinderbetreuungskosten im Verhältnis zum erzielten Einkommen als zu hoch, kann sie die Ausrichtung der wirtschaftlichen Hilfe mit der Auflage verbinden, einen günstigeren Krippenplatz und/oder eine besser bezahlte Arbeitsstelle zu suchen (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. d ShV). Die Sozialhilfebehörde darf indes nur dann den Wechsel des Krippenplatzes bzw. der Arbeitsstelle verlangen, wenn dadurch die Lebenshaltungskosten gesenkt bzw. Einnahmen aus Erwerbstätigkeit erhöht werden können und wenn nicht andere wichtige Gründe, insbesondere das Kindeswohl, dagegen sprechen. Insoweit gilt es auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen. Unter Umständen erfordern die konkreten Umstände, dass allfällige – im Verhältnis zum erzielten Einkommen – überdurchschnittliche Kinderkrippenkosten als angemessen betrachtet werden müssen. Verlangt jedoch die Behörde einen Kinderkrippen- bzw. Arbeitsstellenwechsel, muss sie der unterstützten Person hierfür eine angemessene Frist und gleichzeitig, sofern es die Umstände gebieten, Hilfe bei der Suche eines neuen Kinderkrippenplatzes bzw. einer neuen Arbeitsstelle gewähren (vgl. Wolfers, a.a.O., S. 142). Die Pflicht der Fürsorgebehörde, die Betroffenen bei der Suche zu unterstützen, ergibt sich aus den §§ 1 Abs. 2 Bst. b und 27 Abs. 2 ShG, die als Unterstützungsleistung auch die persönliche Hilfe vorsehen.

5.2 Erst wenn die unterstützte Person einen verfügbaren und zumutbaren Kinderkrippenplatz bzw. eine verfügbare und zumutbare Arbeitsstelle ablehnt, darf der Unterstützungsbeitrag maximal um die Differenz zwischen dem teureren Kinderkrippenplatz und der abgelehnten kostengünstigeren Kinderkrippenvariante bzw. um die Differenz zwischen dem tieferen und dem abgelehnten höheren Erwerbseinkommen gekürzt werden. Sollte sich die unterstützte Person weigern oder keine Anstrengungen unternehmen, eine günstigere Kinderkrippe zu suchen, dürfen die

C 7.2

Kinderkrippenkosten auf den ortsüblichen Ansatz reduziert werden (vgl. RRB Nr. 836 vom 11. August 2009, E. 2.2 f.).

5.3 Eine derart einschneidende Massnahme darf indes nur aufgrund eines korrekt durchgeführten Verfahrens erfolgen (vgl. SKOS-Richtlinien A.8.2). Die Kürzung der Sozialhilfeleistung muss in einem förmlichen Beschluss verfügt werden (vgl. Wolffers, a.a.O., S. 143; RRB Nr. 1084 vom 16. August 2006, E. 3 und E. 7). Ferner wird vorausgesetzt, dass vorgängig eindeutig umschrieben wird, welche Verhaltensweise vom Sozialhilfeempfänger verlangt wird. Gleichzeitig sind die Konsequenzen, namentlich die Kürzung der Leistung, bei Nichtbefolgung der Anordnung anzudrohen, damit sich die betroffene Person der Folgen ihres Handelns bewusst wird. Erst wenn diese Auflage nicht erfüllt wird, kann nach Abklärung des Sachverhaltes, nach Einräumung des rechtlichen Gehörs und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit eine Kürzung von Sozialhilfeleistungen erfolgen (vgl. SKOS-Richtlinien A.8.2; Peter Mösch Payot, „Sozialhilfemissbrauch?!“, in „Das Schweizerische Sozialhilferecht“, Luzern 2008, S. 299/304).

5.4 Sollte die Vorinstanz demnach nach Abklärung des Sachverhalts zur Überzeugung gelangen, dass es der nunmehr zu 50 % arbeitstätigen Beschwerdeführerin zuzumuten sei, eine günstigere Kinderkrippe bzw. eine lukrativere Arbeitsstelle zu suchen (und entsprechende Erfolgsaussichten auch tatsächlich bestehen), hat sie das von der Beschwerdeführerin erwartete Verhalten unter Androhung der Leistungskürzung bei Nichtbefolgung der Anordnung klar und unmissverständlich in einer anfechtbaren Verfügung zu umschreiben. Allgemein gehaltene mündliche Hinweise von der hierfür nicht zuständigen Sozialberatung vermögen der Klarheit und der Rechtssicherheit nicht zu genügen. Insbesondere müsste die Vorinstanz klar festhalten, bis wann bzw. bis zu welchem Betrag die Beschwerdeführerin einen neuen Kinderkrippenplatz bzw. eine neue Arbeitsstelle zu suchen hat, und um wie viel die wirtschaftliche Hilfe bei Nichtbefolgung dieser Anordnung gekürzt wird. Die Vorinstanz ist schliesslich verpflichtet, die Beschwerdeführerin bei der Suche eines Kinderkrippenplatzes bzw. einer neuen Arbeitsstelle zu unterstützen (vgl. RRB Nr. 393 vom 15. April 2008, E. 3.1).

6. Die Beschwerde ist gutzuheissen. (...)
(RRB Nr. 824 vom 28. August 2012).

10. Raumplanung

10.1 Erlass einer Planungszone für eine künftige Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen

- *Allgemeine Voraussetzungen für den Erlass einer Planungszone (Erw. 1.1 – 1.2).*
- *Das öffentliche Interesse an der Planungszone setzt eine einigermaßen gefestigte und begründete Planungsabsicht voraus (Erw. 3).*
- *Verhältnismässigkeit der Planungszone (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat Schwyz erliess am 20. März 2009 eine Planungszone mit folgenden Vorschriften:

- „1. In den Kernzonen, den Wohnzonen und den Wohnzonen mit Gewerbeerleichterung dürfen keine Mobilfunkanlagen erstellt werden. Ausnahmsweise ist die Erstellung von Mobilfunkanlagen in diesen Zonen zulässig, wenn ein überwiegendes Interesse an der Versorgung mit Mobilfunkdiensten besteht und diese auf andere Weise nicht sichergestellt werden kann. Eine Sicherstellung ist nicht gegeben, wenn sich kein geeigneter Standort ausserhalb der Bauzonen bzw. in Spezialzonen für Mobilfunkanlagen bzw. in anderen als den in Absatz 1 aufgeführten Zonen findet.
2. Die Planungszone wird mit der öffentlichen Auflage für jedermann verbindlich und gilt einstweilen bis zur rechtskräftigen Genehmigung des neuen Baureglements, jedoch längstens drei Jahre.
3. (...)“

Die gegen den Einspracheentscheid des Gemeinderates Schwyz erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat ab.

Aus den Erwägungen:

1.1 Müssen Nutzungspläne angepasst werden oder liegen noch keine vor, so kann die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszone bestimmen. Innerhalb der Planungszone darf nichts unter-

C 10.1

nommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [SR 700/RPG]). Im kantonalen Recht wird diese Kompetenz unter anderem dem Gemeinderat zugewiesen. Er kann bis zum Erlass oder während der Änderung von kommunalen Nutzungsplänen Planungszonen festlegen, in denen nichts unternommen werden darf, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Kommunale Planungszonen dürfen für längstens drei Jahre bestimmt werden. Die Geltungsdauer kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden (§ 14 Abs. 1 und 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100/PBG]). Die Planungszonen dienen der einstweiligen Sicherung der beabsichtigten Nutzungsplanung, im Besonderen der Bewahrung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit der Behörden, die nicht durch Vorhaben, die den Planungsabsichten widersprechen, beeinträchtigt werden soll (vgl. Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 27 Rz. 21).

1.2 Die Unterstellung unter eine Planungszone bewirkt für die Grundeigentümer im betroffenen Gebiet eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Sie ist mit der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101/BV) nur vereinbar, sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV; RRB Nr. 1366 vom 21. Dezember 2010, E. 3). Einschränkungen der Informationsfreiheit der Konsumenten (Art. 16 BV) sowie der von der Beschwerdeführerin als Mobilfunkanbieterin genannten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sind grundsätzlich ebenfalls nur unter diesen Voraussetzungen zulässig.

2. Die von der Vorinstanz erlassene Planungszone stützt sich auf Art. 27 Abs. 1 RPG sowie auf § 14 Abs. 1 PBG. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist somit erfüllt.

3. Das öffentliche Interesse an einer Planungszone bedingt erstens eine einigermassen gefestigte und begründete Planungsabsicht und setzt voraus, dass die Vorstellung über die künftige Planung zulässig ist. An die Planungsabsicht und die Zulässigkeit der künftigen Planung sind nicht zu hohe Anforderungen zu stellen. Eine einigermassen konkretisierte Planungsabsicht genügt bereits. Der Gemeinderat muss im Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone eine Revision des Nutzungsplanes beabsichtigen und eine Vorstellung darüber haben, wie die mit der Planungszone belegten Parzellen in Zukunft nutzungsplanerisch behandelt werden

sollen. Die Planungsabsicht muss ferner in einem Planungsbedürfnis begründet sein. Ein solches Bedürfnis besteht immer dann, wenn die Verfassung, die Gesetzgebung oder übergeordnete Planungen eine Anpassung der geltenden Nutzungsplanung gebieten. Zweitens muss ein öffentliches Interesse daran bestehen, dass das vorübergehend wirksame Instrument der Planungszone eingesetzt wird. Hierbei genügt das Interesse der Behörden an der Aufrechterhaltung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit. Der Zweck der behördlichen Massnahme bestimmt das öffentliche Interesse (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Art. 27 Rz. 13; Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 25 ff; RRB Nr. 1366 vom 21. Dezember 2010, E. 5.1).

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der Planungsabsicht dann besonders niedrig zu setzen, wenn die Planungszone von der Exekutive erlassen wird, während das Planungsorgan, dessen Handlungsmöglichkeiten gewahrt werden soll, Volk und Parlament sind. Im Allgemeinen genügt das Vorliegen eines Entschlusses des zuständigen Gemeinwesens, aus dem ein klar umrissener Wille auf Planänderung hervorgeht (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 27 Rz. 13; Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 28). Die Vorinstanz bekundet ihre Planungsabsicht insbesondere damit, dass sie den Entwurf für eine Ergänzung des Baureglements am 8. August 2011 beim Volkswirtschaftsdepartement zur Vorprüfung eingereicht hat. Im Übrigen ergibt sich die Planungsabsicht auch bereits aus ihrem Beschluss Nr. 319 vom 20. März 2009.

3.2 Notwendig ist ein Planungsbedürfnis. Gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG ist die Überprüfung und eine allfällige Anpassung der Nutzungspläne dann angezeigt, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Nach kantonalem Recht sind die Zonenpläne bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse, spätestens nach fünfzehn Jahren, zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen (§ 15 Abs. 2 PBG). Im Jahr 2008 kündigten mehrere Bürger der Gemeinde Schwyz die Einreichung einer Einzelinitiative für eine koordinierte Planung von Mobilfunkanlagen an. In der Folge setzte die Vorinstanz eine Arbeitsgruppe ein, welche das Anliegen prüfte. Die Vorinstanz hat schliesslich den infrage stehenden Entwurf für eine Ergänzung des Baureglements mit Beschluss Nr. 319 vom 20. März 2009 verabschiedet. Das zu jenem Zeitpunkt geltende Baureglement datiert vom 10. August 1990. Somit war der in § 15 Abs. 2 PBG definierte Planungshorizont von fünfzehn Jahren im damaligen Zeitpunkt abgelaufen, weshalb ein Planungsbedürfnis bzw. der Bedarf für eine

C 10.1

Überprüfung und nötigenfalls eine Ergänzung des Baureglements ausgewiesen ist. Eine Koordination mit der damals bereits weit fortgeschrittenen Revision der kommunalen Nutzungsplanung (in Kraft seit 1. Juni 2011) war offenbar nicht mehr möglich. Des Weiteren ist im vorliegenden Fall auch von erheblich veränderten Verhältnissen auszugehen. Solche liegen dann vor, wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen des Plans dahingefallen oder wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind. Das inzwischen in Kraft getretene kommunale Baureglement vom 26. September 2010 enthält keine Bestimmung zu den (un-)zulässigen Standorten von neuen Mobilfunkanlagen. Wie insbesondere aus der Vielzahl von in den letzten Jahren im ganzen Kantonsgebiet erhobenen Sammeleinsprachen gegen geplante Mobilfunkanlagen (sowie auch aus der im Jahr 2008 angekündigten Einzelinitiative) zu schliessen ist, besteht in der Bevölkerung aber tatsächlich ein Bedürfnis für eine planerische Lösung. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das (modernere) UMTS-Netz eher kleinräumige Zellen im Siedlungsgebiet (mit jeweils einer Basisstation) bzw. eine dichtere Anordnung von Mobilfunkanlagen erfordert. Die Ergänzung des Baureglements vom 26. September 2010 mit einer neuen Bestimmung ist somit nicht ausgeschlossen, weshalb auch ein Verstoss gegen die Rechtssicherheit verneint werden muss (vgl. BGE 1P.304/1994 vom 2. Februar 1995, in: ZBI 5/1996, S. 232).

3.3.1 Des Weiteren muss die Planungsabsicht zulässig sein. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass die von der Vorinstanz geplante Revision des Baureglements umweltrechtlich motiviert sei, was gegen das abschliessend geregelte Umweltrecht des Bundes verstosse. Zudem verletze die Bestimmung das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10/FMG) sowie das Raumplanungsgesetz.

3.3.2 In der Regel kann über die Rechtmässigkeit der künftigen Planung nicht schon beim Erlass der Planungszone entschieden werden, da der konkrete Inhalt der Nutzungsplanung in diesem Moment noch gar nicht feststeht (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 27 Rz. 13; BGE 117 Ib 243, E. 3.d). Die Zulässigkeit der Planungsabsicht ist daher grundsätzlich erst im Nutzungsplanverfahren (vgl. §§ 25 f. PBG) näher zu prüfen. Eine Planungszone liegt aber jedenfalls dann nicht im öffentlichen Interesse, wenn die Planungsabsicht offensichtlich gegen übergeordnetes Recht verstösst. Im vorliegenden Fall ist eher nicht davon auszugehen, dass der beabsichtigte Schutz der Bevölkerung vor ideellen Immissionen gegen das Umweltrecht des Bundes verstösst (vgl. dazu Benjamin Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2. Auflage Zürich 2008, S. 107 f. und 110). Noch offen ist, ob die von der Vorinstanz beabsich-

tigte Positivplanung (Mobilfunkanlagen sind vorrangig in den dafür vorgesehenen Zonen oder auf bestehenden Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone zu errichten und zu betreiben) tatsächlich zulässig ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es jedoch nicht möglich, im vorliegenden Beschwerdeverfahren (...) abschliessend zu prüfen, ob die planerische Lösung mit dem Raumplanungs- und dem Fernmeldegesetz vereinbar ist. Insbesondere hat die Vorinstanz die Möglichkeit, den von ihr verabschiedeten Entwurf für eine neue Bestimmung des Baureglements nach der Vorprüfung durch das Volkswirtschaftsdepartement oder nach dem Auflage- und Einspracheverfahren noch abzuändern. Soweit die Beschwerdeführerin die geplante Anpassung des Baureglements bemängelt, muss sie dies im Nutzungsplanverfahren vorbringen.

3.4 Zweck der vorliegenden Planungszone bildet die Verwirklichung der Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen im Rahmen der Revision des kommunalen Baureglements. Die Vorinstanz hat die Planungszone erlassen, damit in den Kernzonen, den Wohnzonen sowie den Wohnzonen mit Gewerbeerleichterung keine Antennen erstellt werden, die dem Zweck der neu formulierten Bestimmung des Baureglements widersprechen und um sicherzustellen, dass nichts unternommen wird, was die Nutzungsplanung erschwert. Indem die Vorinstanz Vorhaben einstweilen untersagt, welche die beabsichtigten neuen planerischen Festlegungen negativ beeinflussen könnten, hat sie sich ihre Entscheidungsfreiheit gesichert. Künftigen Planfestsetzungen wird auf diese Weise eine Vorwirkung zuerkannt, indem Mobilfunkantennen nur noch bewilligt werden, wenn sie die vorgesehene planerische Neuordnung nicht beeinträchtigen. Der Erlass der Planungszone durch die Vorinstanz dient somit der Verwirklichung der Nutzungsplanung und beruht folglich auch auf der gleichen Zielsetzung. Eine solche Massnahme dient der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Auftrags der Raumplanung (Art. 75 BV) und kann sich daher auf ein bedeutendes öffentliches Interesse stützen (BGE 118 Ia 514, E. 4.d).

4. Beim Erlass von Planungszone ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Wie jede öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung (und auch andere Grundrechtseingriffe) muss die Festsetzung von Planungszone geeignet und erforderlich sein zur Erreichung des von dieser Massnahme verfolgten Ziels und zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den Beschränkungen stehen, die dem Einzelnen auferlegt werden. Primärer Massstab ist der Zweck, der mit der Planungszone

C 10.1

ne – und nicht mit der später endgültig festzulegenden Nutzungsordnung – verfolgt wird (Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 30).

4.1 Als raumplanungsrechtliches Sicherungsinstrument der Nutzungsplanung ist die Planungszone zweifelsfrei geeignet, eine Beeinträchtigung der planerischen Neuordnung zu verhindern und die Entscheidungsfreiheit der Vorinstanz aufrechtzuerhalten (Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 30; RRB Nr. 1366 vom 21. Dezember 2010, E. 6.1).

4.2 Der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt, dass Planungszone in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des Zwecks unbedingt notwendig ist (vgl. Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 31).

4.2.1 In räumlicher Hinsicht ist die genaue Bezeichnung des Gebietes, für welches die Planungszone gilt, erforderlich (vgl. Art. 27 Abs. 1 RPG). Damit ist einerseits die Parzellengenauigkeit gemeint, andererseits aber auch die räumliche Begrenzung auf das erforderliche Mass. In sachlicher Hinsicht kann der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangen, dass die festgesetzte Planungszone nicht die strenge Wirkung eines vollständigen Bauverbots hat, sondern Veränderungen möglich sind, soweit sie die Nutzungsplanung nicht erschweren (Ruch, a.a.O., Art. 27 Rz. 31 f.). Aus dem Beschluss Nr. 320 der Vorinstanz vom 20. September 2009 geht hervor, dass die umstrittene Planungszone die Kernzonen, die Wohnzonen sowie die Wohnzonen mit Gewerbebeerleichterung umfasst. Somit kann dem geltenden Zonenplan der Gemeinde Schwyz ohne Weiteres eine parzellengenaue Festlegung der Planungszone entnommen werden. Im vorliegenden Fall scheint dagegen problematisch, dass die Planungszone einen erheblichen Teil des Siedlungsgebietes in der Gemeinde Schwyz (u.a. insbesondere sämtliche Wohnzonen) tangiert. Allerdings bleibt diesbezüglich zu beachten, dass Mobilfunkanlagen in der Zentrumszone, den Gewerbe- und Industriezonen sowie der öffentlichen Zone weiterhin zulässig sind. Zudem hat die Vorinstanz in den betroffenen Gebieten kein allgemeines Bauverbot für Mobilfunkantennen erlassen, sondern die Veränderungsmöglichkeiten vorläufig auf die Vorgaben von Abs. 2 des Entwurfs für eine neue Bestimmung im Baureglement beschränkt (vgl. dazu URP 2/2004, S. 144 ff.). Beim Bau von Mobilfunkantennen innerhalb der Bauzonen haben die Netzbetreiber grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung für den von ihnen vorgesehenen Standort, wenn die geplante Antennenanlage dem Zweck der Nutzungszone entspricht sowie die gesetzlichen Immissions- und Emissionsgrenzwerte und die Bauvorschriften einhält. Innerhalb der von der Vor-

instanz erlassenen Planungszone, welche die Kernzonen, die Wohnzonen sowie die Wohnzonen mit Gewerbeerleichterung umfasst, sind Mobilfunkantennen nur noch zulässig, wenn ein überwiegendes Interesse an der Versorgung mit Mobilfunkdiensten besteht und kein anderer geeigneter Standort ausserhalb dieser Zonen gefunden werden kann. Dies bedeutet, dass eine umfassende Interessenabwägung sowie eine Prüfung der Standortgebundenheit in Analogie zu Art. 24 RPG für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen vorgenommen werden muss (vgl. dazu Wittwer, a.a.O., S. 100 ff.). Dabei bleibt zu beachten, dass auch nach Erlass der Planungszone einem Standort ausserhalb der Bauzonen nur unter besonders qualifizierten Umständen der Vorzug gegeben werden darf (vgl. BGE 133 II 321, E. 4.3.3; Wittwer, a.a.O., S. 101 ff.). Des Weiteren ist die Dauer der Planungszone in zeitlicher Hinsicht von Gesetzes wegen (§ 14 Abs. 2 PBG) auf längstens drei Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit um weitere zwei Jahre) begrenzt. Eine solche Befristung auf drei bzw. fünf Jahre stellt keine übermässige Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten dar.

4.2.2 Die Planungszone für die Kernzonen, die Wohnzonen sowie die Wohnzonen mit Gewerbeerleichterung ist in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich, um die Durchsetzung der geplanten Revision des Baureglements zu sichern. Welche Mittel geeignet und erforderlich sind, um die gewünschte Standortsteuerung für den Bau von Mobilfunkantennen in der Gemeinde Schwyz zu erreichen, ist nicht in diesem Beschwerdeverfahren, sondern im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens zu prüfen.

4.3 Die Zumutbarkeit, das heisst das angemessene Verhältnis zwischen angestrebtem Ziel und Beschränkung der Freiheit des Einzelnen, beurteilt sich nur aufgrund der Planungszone und nicht aufgrund der beabsichtigten Nutzungsplanung. Gemäss Art. 27 RPG und § 14 Abs. 1 PBG darf im Gebiet der Planungszone nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Ob das geplante Vorhaben einer Privatperson die Nutzungsplanung erschwert, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Aufgrund der inhaltlichen Unstrukturiertheit einer Planungszone ist die Zumutbarkeit kein tauglicher Massstab, um die Zulässigkeit einer Planungszone zu prüfen (Ruch, a.a.O, Art. 27 Rz. 34). Bei der Verhältnismässigkeit bleibt die Prüfung somit auf die Eignung und die Erforderlichkeit beschränkt (vgl. RRB Nr. 1366 vom 21. Dezember 2010, E. 6.3). Immerhin bleibt zu betonen, dass die Planungszone kein totales Bauverbot für Mobilfunkanlagen umfasst.

(RRB Nr. 146 vom 7. Februar 2012).

C 10.2

10.2 Rechtmässigkeit verschiedener Bestimmungen eines Baureglements

- *Wahrung und Förderung der Eigenart des Orts- und Landschaftsbildes und guter Architektur als Zweckumschreibung in einem Baureglement (Erw. 4).*
- *Gesetzliche Grundlage für die Anmerkung von öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Erw. 5.1 und 6).*
- *Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen zwischen dem Bezirk und Grundeigentümern in der Nutzungsplanung im Allgemeinen (Erw. 7) und in Bezug auf Mehrwert- und andere Abgaben (Erw. 8).*
- *Vorschriften über den Umgang mit invasiven, gebietsfremden Pflanzen in einem kommunalen Baureglement (Erw. 9).*

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c rev. BauR bezweckt das Baureglement und die übrigen Planungsmittel unter anderem die Wahrung und Förderung der Eigenart des Orts- und Landschaftsbildes und guter zeitgenössischer Architektur. Im angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz in teilweiser Gutheissung der Einsprache das Wort „zeitgenössisch“ weggelassen. Die Beschwerdeführer I und II möchten nun aber auch den Satzteil „und guter Architektur“ gestrichen haben.

4.1 Bund, Kantone und Gemeinden unterstützen mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere die Bestrebung, wohnliche Siedlungen und die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft zu schaffen und zu erhalten (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. b RPG). In diesem Sinne hält § 56 Abs. 1 PBG fest, dass sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern müssen, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Das Baureglement enthält Bestimmungen, die den Zonenplan näher umschreiben (§ 21 Abs. 1 PBG). Unter anderem muss es mindestens Vorschriften enthalten über den Schutz des Orts- und Landschaftsbildes (§ 21 Abs. 2 Bst. b PBG).

4.2 Der Gesetzgeber ist nicht in der Lage, für jedes konkrete Problem die „richtige“ Regelung zu treffen. Häufig kann erst aufgrund der konkreten Umstände die sinnvolle und gerechte Lösung gefunden werden. In solchen Fällen können zu hohe Anforderungen an die Bestimmtheit eines

Rechtssatzes zu Ergebnissen führen, die mit der materiellen Gerechtigkeit in Widerspruch stehen. Hier müssen vielmehr weniger bestimmte Normen zulässig sein, die Entscheidungsspielraum für die rechtsanwendenden Behörden schaffen. Es handelt sich um so genannte offene Normen, die Ziele, unbestimmt umschriebene Voraussetzungen oder einen Rahmen für die Verwaltungstätigkeit festlegen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, N 427 ff.).

4.3 Durch das Ermessen erhalten die Verwaltungsbehörden einen Spielraum für den Entscheid im Einzelfall. Dies bedeutet aber nicht, dass die Behörden in ihrer Entscheidung völlig frei sind. Sie sind vielmehr an die Verfassung gebunden und müssen insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 441 ff.).

4.4 Mit dem Begriff „gute Architektur“ in Art. 1 Abs. 2 Bst. c rev. BauR wird das Erfordernis der Ästhetik an ein Bauvorhaben näher umschrieben. Der Ästhetik kommt in der Denkmal- und Ortsbildpflege grosse Bedeutung zu (vgl. Elsbeth Wiederkehr Schuler, Denkmal- und Ortsbildschutz, Zürich 1999, S. 74). Demnach kann entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers I kein Widerspruch zum Ortsbildschutz festgestellt werden. Zum Erlass von Bestimmungen über den Schutz des Ortsbildes ist die Vorinstanz gestützt auf § 56 Abs. 1 und § 21 Abs. 2 Bst. b PBG zuständig. Wie auch bei der Ästhetikklausel gemäss § 56 Abs. 1 PBG handelt es sich beim Begriff der guten Architektur zwar um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit einer Zielfestlegung, der den Behörden einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumt. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer II dürfen die Behörden diesen aber nicht willkürlich auslegen, sondern haben ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Gerade im Ortsbildschutz, wo der Ermessensspielraum naturgemäss gross ist, dürfen an die Bestimmtheit einer Norm nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. In Anbetracht dieser Umstände ist der Begriff „gute Architektur“ als hinreichend bestimmt zu betrachten. Den Beschwerdeführern II ist insoweit zuzustimmen, als Art. 1 Abs. 2 Bst. c rev. BauR mit den Art. 12 ff. rev. BauR konkretisiert wird. Ob Art. 1 Abs. 2 Bst. c rev. BauR selber überhaupt Rechte und Pflichten des Einzelnen begründet oder ob dieser lediglich programmatischen Charakter hat, ist von den rechtsanwendenden Behörden zu bestimmen. Solche Zielbestimmungen sind aber ebenfalls zulässig. Dem Einwand des Be-

C 10.2

schwerdeführers I, damit würde ein Architektenzwang eingeführt, kann nicht gefolgt werden. Nicht nur Architekten, sondern auch andere Projektverfasser können ein Vorhaben ausarbeiten, welches den Anforderungen an „gute Architektur“ entspricht. Der angefochtene Art. 1 Abs. 2 Bst. c rev. BauR ist unter Berücksichtigung des der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zukommenden Legiferierungsspielraums damit zu bestätigen. Letztlich werden die Stimmbürger des Bezirks Küssnacht zu entscheiden haben, ob sie (auch) diese – planungsrechtlich wie ausgeführt noch vertretbare – Bestimmung in ihrem Baureglement haben wollen.

5.1 Gemäss Art. 6 Abs. 3 rev. BauR kann der Bezirksrat bei Neueinzonungen und Umzonungen öffentlich-rechtliche Verträge mit den Grundeigentümern abschliessen, die unter anderem folgende Sachverhalte regeln und im Grundbuch angemerkt werden:

- a) Verhinderung von Baulandhortung,
- b) Erstellung von preisgünstigem Wohnraum,
- c) Einräumung von öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechten,
- d) Landerwerb durch den Bezirk,
- e) weitere Sachverhalte, die einen angemessenen Ausgleich des Planungsmehrwertes regeln.

Alle Beschwerdeführer verlangen die ersatzlose Streichung dieses Absatzes. (...)

6. Der Beschwerdeführer I bringt vor, die Vertragsgegenstände gemäss Art. 6 Abs. 3 rev. BauR könnten mangels kantonaler gesetzlicher Grundlage nicht im Grundbuch angemerkt werden.

6.1 Das Gemeinwesen oder ein anderer Träger einer öffentlichen Aufgabe muss eine für ein bestimmtes Grundstück verfügte Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts, die dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder grundstücksbezogene Pflicht auferlegt, im Grundbuch anmerken lassen (Art. 962 Abs. 1 ZGB). Die Anmerkung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen gestützt auf kantonales Recht bedarf einer Rechtsgrundlage im kantonalen Recht, sei es ein Gesetz im formellen Sinn oder eine Verordnung. Ein eigentlicher numerus clausus zulässiger Anmerkungstatbestände besteht nicht (vgl. Jürg Schmid, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basler Kommentar zum ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, Art. 962 N 8; Dieter Zobl, Grundbuchrecht, Zürich 1999, N 337).

6.2 Im Kanton Schwyz ist mit § 62 der Verordnung vom 26. Februar 1958 über die Bereinigung der dinglichen Rechte, die Anlage und Füh-

zung des eidgenössischen Grundbuches (SRSZ 213.410) eine solche gesetzliche Grundlage vorhanden. Danach können öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen sowie die Aufhebung oder Verminderung solcher Beschränkungen auf Begehren der zuständigen Behörde im Grundbuch angemerkt werden. Vertragsgegenstände gemäss Art. 6 Abs. 3 rev. BauR können demnach als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch angemerkt werden.

7. Weiter rügen die Beschwerdeführer, Verträge bei Neueinzonungen und Umzonungen seien generell nicht zulässig. Darin würde eine Einzonung oder Umzonung eines Grundstückes an Bedingungen geknüpft, welche die Planungsbehörde einseitig festlege. Die Grundeigentümer würden in unzulässiger Weise unter Druck gesetzt, den von der Planungsbehörde geforderten Bedingungen zuzustimmen.

7.1 Um zu vermeiden, dass das Legalitätsprinzip ausgehöhlt wird, müssen beim verwaltungsrechtlichen Vertrag zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Zunächst muss eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm den Vertrag vorsehen, dafür Raum lassen oder ihn jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliessen; eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich. Weiter muss der Vertrag nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung. Der Vertragsinhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen. Die Grundlage im Gesetz kann bei Verträgen im Allgemeinen weniger bestimmt sein als bei Verfügungen, weil die Einwilligung der Privaten teilweise kompensierend wirkt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., NN 1069 ff.; Georg Müller, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 26 ff.; BGE 136 II 415, E. 2.6.1).

7.2 Ob ein Gebiet in eine Bauzone aufzunehmen ist, beurteilt sich ausschliesslich nach planerischen Gesichtspunkten. Zulässig sind dagegen Verträge, mit welchen sich das Gemeinwesen verpflichtet, ein nach den massgebenden Vorschriften und Grundsätzen als Bauland geeignetes Grundstück einzuzonen, d. h. sein Planungsermessen in einem bestimmten, rechtlich zulässigen Sinn auszuüben, und der Grundeigentümer sich bereit erklärt, auf eine Entschädigung für die Auszonung eines anderen Grundstückes oder beim Verkauf eines Teils seiner Liegenschaft an das Gemeinwesen auf den Kaufpreis ganz oder teilweise zu verzichten (vgl.

C 10.2

Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1090; BGE 122 I 328 ff.; LGVE 2010 III Nr. 11, E. 5).

7.3 Verträge bei Neueinzonungen und Umzonungen sind demnach entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht generell unzulässig. Vielmehr sind solche dann nicht zu beanstanden, wenn sie den Planungsgrundsätzen nicht zuwiderlaufen, wenn also die Behörde ihr Planungsermessen pflichtgemäss ausübt. Die Zulässigkeit eines konkreten Vertrages über eine Neueinzonung oder Umzonung ist im Einzelfall zu prüfen. Im vorliegenden Verfahren geht es lediglich um die Überprüfung des angefochtenen Art. 6 Abs. 3 rev. BauR. Ansprüche aus einzelnen Verträgen bzw. von daraus resultierenden Nichteinzonungen sind selbstständig und nicht in diesem Nutzungsplanverfahren geltend zu machen. Zum Einwand der Beschwerdeführer, die Vorinstanz könne die Eigentümer bei Vertragsverhandlungen unter Druck setzen, gilt es zu wiederholen, dass die Vorinstanz nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen bzw. des ihr zustehenden Planungsermessens Einzonungs- und Umzonungsvereinbarungen wird abschliessen können. Im Übrigen ist es aber gerade Sinn solcher Vereinbarungen, der Vorinstanz zu ermöglichen, gewisse (baureglementarisch vorgesehene) Prämissen umzusetzen.

7.4 Die Beschwerdeführer II werfen der Vorinstanz vor, sie würde mit Art. 6 Abs. 3 rev. BauR für bereits abgeschlossene Verträge über Einzonungen und Umzonungen nachträglich eine gesetzliche Grundlage schaffen. Verträge, die vor Inkrafttreten dieser Bestimmung abgeschlossen wurden, seien deshalb ungültig. Dabei verkennen sie, dass öffentlich-rechtliche Verträge auch stillschweigend zugelassen sein können, sofern sie vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden (vgl. BGE 105 Ia 207, E. 2.a). Zudem ist die Gültigkeit von einzelnen, bereits abgeschlossenen Verträgen nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 7.3).

8. Die Beschwerdeführer beanstanden weiter, für Verträge gemäss Art. 6 Abs. 3 rev. BauR, bei welchen die Vorinstanz mit den jeweiligen Grundeigentümern die Entrichtung eines sogenannten Infrastrukturbeitrages oder einer Mehrwertabschöpfung vereinbart, sei im kantonalen Recht keine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden.

8.1 Das kantonale Recht regelt einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen nach diesem Gesetz entstehen (Art. 5 Abs. 1 RPG). Die Frage, ob ein finanzieller Ausgleich auch dann mittels Vertrag vereinbart werden kann, wenn das kantonale

Recht dazu keine Bestimmung enthält, ist umstritten. Insbesondere ist fraglich, ob das Legalitätsprinzip im Abgaberecht eingehalten ist, wenn das kantonale Gesetz zwar solche Zahlungen nicht regelt, aber auch nicht ausdrücklich ausschliesst (vgl. LGVE 2010 III Nr. 11; Enrico Riva, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen, Kommentar RPG, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 5 N 96; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 5 N 26). Diese Frage kann hier jedoch aus den folgenden Gründen offen gelassen werden.

8.2 Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, dass im Kanton Schwyz auf kantonaler Stufe für finanzielle Ausgleichszahlungen gemäss Art. 5 Abs. 1 RPG keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Art. 6 Abs. 3 rev. BauR lässt aber auch Verträge zu, gemäss welchen die Grundeigentümer den Planungsmehrwert mit nicht finanziellen Leistungen abzugelten haben. Dabei ist das im Abgaberecht geltende Legalitätsprinzip nicht einzuhalten. Auch Verträge über die Erschliessung von Bauland würden unter Art. 6 Abs. 3 rev. BauR fallen. Auf dem Gebiet der Erschliessungen kommen Vereinbarungen in der Praxis oft vor. Sie werden als zulässig betrachtet, wenn damit keine Abgabenvergünstigung verbunden ist (August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich/Basel/Genf 2005, § 12 N 82 ff.). In diesem Fall würden sich die finanziellen Leistungen auf § 39 Abs. 2 PBG bzw. auf die §§ 12 und 13 der Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen vom 7. Februar 1990 (SRSZ 400.220) und damit auf eine genügende gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht stützen. Somit sind Verträge im Sinne von Art. 6 Abs. 3 rev. BauR nicht generell unzulässig. Ob bei einzelnen Verträgen über finanzielle Leistungen zum Ausgleich von Planungsmehrwerten das Legalitätsprinzip eingehalten wird, ist nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 7.3).

8.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Art. 6 Abs. 3 rev. BauR zulässig und damit zu bestätigen ist. Die politische Wertung dieser Regelung obliegt dagegen nicht dem Regierungsrat, sondern dem Küssnacher Stimmvolk.

9.1 Die Umgebung von Bauten und Anlagen, insbesondere in Wohnzonen, soll genügend Grünbereiche, Bäume, Sträucher und Hecken enthalten. Auf vorhandene markante Bäume und Hecken ist bei Überbauungen Rücksicht zu nehmen. Zur Bepflanzung sind vorwiegend einheimische standortgerechte Pflanzen zu verwenden. Der Einsatz von Pflanzen, wel-

C 10.2

che sich invasiv verhalten oder das Potenzial haben, Schäden zu verursachen, ist untersagt (Art. 16 Abs. 1 rev. BauR). Die Beschwerdeführer II beantragen, die Sätze 3 und 4 von Art. 16 Abs. 1 rev. BauR seien aufzuheben.

9.2 § 56 Abs. 1 PBG (Schutz des Orts- und Landschaftsbildes) gilt auch für den Umschwung einer Baute. Zur Gestaltung des Umschwungs gehört eine angemessene, der baulichen und landschaftlichen Umgebung angepasste Begrünung (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 684 f.). Art. 16 Abs. 1 Satz 3 rev. BauR zielt darauf ab, dass sich auch die Umgebung einer Baute ins Orts- und Landschaftsbild einfügt. Denn mit vorwiegend einheimischer Bepflanzung kann die Umgebungsgestaltung vereinheitlicht und an bestehende einheimische Pflanzen angeglichen werden. Die Vorinstanz ist gestützt auf § 21 Abs. 2 Bst. b PBG zum Erlass von Bestimmungen über den Ortsbildschutz und damit auch zum Erlass von Art. 16 Abs. 1 rev. BauR zuständig. Wie hoch der Anteil an fremdartigen Pflanzen bei der Umgebungsgestaltung sein darf, wird von den rechtsanwendenden Behörden zu konkretisieren sein. So oder anders ist aber diese Einschränkung der Grundeigentümer verhältnismässig. Denn Art. 16 Abs. 1 Satz 3 rev. BauR verbietet nicht generell fremdartige Pflanzen, sondern lässt diese in einem gewissen Mass zu.

9.3.1 Der Bundesrat erlässt über den Umgang mit Organismen, ihren Stoffwechselprodukten und Abfällen weitere Vorschriften, wenn wegen deren Eigenschaften, deren Verwendungsart oder deren Verbrauchsmenge die Grundsätze von Artikel 29a verletzt werden können (Art. 29f des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz, USG, SR 814.01). Gestützt darauf hat der Bundesrat die Verordnung vom 10. September 2008 über den Umgang mit Organismen in der Umwelt (Freisetzungsverordnung, FrSV, SR 814.911) erlassen. Gemäss Art. 15 Abs. 2 FrSV darf mit invasiven gebietsfremden Tieren und Pflanzen nach Anhang 2 in der Umwelt nicht direkt umgegangen werden. Die Kantone dürfen keine neuen Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte oder Planungswerte festlegen und keine neuen Bestimmungen über Konformitätsbewertungen serienmässig hergestellter Anlagen sowie über den Umgang mit Stoffen oder Organismen erlassen. Bestehende kantonale Vorschriften gelten bis zum Inkrafttreten entsprechender Vorschriften des Bundesrates (Art. 65 Abs. 2 USG). Es ist den Kantonen nur erlaubt, Massnahmen zur Bekämpfung und Behandlung von Neobiota in den Schranken der FrSV zu ergreifen (vgl. auch Art. 48 FrSV).

9.3.2 Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Wenn der Bund in einem ihm zustehenden Kompetenzbereich eine umfassende und abschliessende Regelung aufgestellt hat, ist kein Raum mehr für kantonales Recht (vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1185).

9.3.3 Dem Bund steht die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über den Umgang mit invasiven gebietsfremden Pflanzen zu. Er hat dazu mit der Freisetzungsverordnung eine abschliessende Regelung getroffen. Invasive Organismen gemäss Anhang 2 der Freisetzungsverordnung sind nämlich von Bundesrechts wegen verboten. Es besteht kein Raum für kantonale oder kommunale Normen. Satz 4 von Art. 16 Abs. 1 rev. BauR ist folglich nur eine Wiederholung dessen, was bereits im Bundesrecht geregelt ist. Ihm kommt kein normativer Gehalt zu. Er hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Wiederholungen von Normen in anderen Erlassen sind zwar abzulehnen (vgl. Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 392 f.). Da kein Widerspruch zum Bundesrecht auszumachen ist, ist hier eine Aufhebung dieser Bestimmung nicht geboten. Art. 16 Abs. 1 rev. BauR ist somit zu bestätigen.

(RRB Nr. 954 vom 15. Oktober 2012; das Verwaltungsgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid VGE III 212 188 vom 12. März 2013 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Die Revision von Zonen- und Erschliessungsplan sowie der dazugehörigen Reglemente wurde von den Stimmberechtigten im Bezirk Küssnacht am 9. Juni 2013 verworfen).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Parteistellung der Grundeigentümer in bau- und planungsrechtlichen Verfahren

- *Mitglieder einer Erbengemeinschaft haben im Verfahren, in denen über die Erschliessung ihrer gemeinschaftlichen Liegenschaften gestritten*

C 16.1

wird, die Stellung einer Hauptpartei. Sie sind nicht nur als Nebenpartei ins Verfahren beizuladen (Erw. 2.1 – 2.2).

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Beschwerdegegner I/5 bzw. II/2, die als Erbengemeinschaft Gesamteigentümer der grösstenteils noch nicht überbauten Liegenschaft KTN 546 sind, möchten nicht als beschwerdegegnerische Hauptparteien, sondern (eventuell) nur als beizuladende Nebenparteien an den beiden Verfahren I und II beteiligt sein.

Werden durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich schützenswerte Interessen eines Dritten betroffen, so kann ihn die Behörde auf sein Gesuch hin oder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbeziehen. Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge aber nur zugunsten oder zulasten der Hauptparteien stellen. Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (§ 14 VRP).

2.2 Unter Beiladung wird allgemein der Einbezug weiterer Personen ins Verfahren verstanden, welche Parteistellung beanspruchen könnten, bisher jedoch nicht am Verfahren beteiligt waren (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 110 zu § 21 mit weiteren Hinweisen). Dies trifft vorliegend aber nicht zu. Die Beschwerdegegner I/5 bzw. II/2 waren Partei des Verfahrens vor Vorinstanz bzw. sie sind ebenfalls Adressaten der angefochtenen Verfügung. Als direkt Betroffene werden auch sie verpflichtet, sich an der Realisierung der definitiven Erschliessung über die Erlenstrasse zu beteiligen. Im Weiteren wird auch für ihre Liegenschaft KTN 546 die strassenmässige Erschliessung mit gewissen Einschränkungen in Bezug auf den anfallenden Schwerverkehr für Zuliefer- und Abholdienste allfälliger Gewerbebetriebe definitiv festgelegt. Verfügungsadressaten haben offenkundig Parteistellung. Sie sind von der Verfügung direkt betroffen und müssen deshalb zwingend an einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren teilnehmen, weil andernfalls eine rechtskräftige Verfügung gegen sie nicht vollstreckt werden kann. Direkt Betroffene können sich deshalb der Verfahrensbeteiligung nicht entziehen, auch nicht durch Verzicht auf eigene Rechtsbehörden (ausgenommen z.B. Baueinsprecher, die selbst entscheiden können, ob sie einen für sie negativen Baubewilligungs- oder Planungsentscheid anfechten wollen). Verzicht können sie lediglich auf die Ausübung von Partei-

rechten. Das Institut der Beiladung dient hingegen nur dem Einbezug von Personen in das Verfahren, deren Beteiligung als Hauptpartei nicht möglich ist, weil ihnen die Legitimation fehlt. Da die Beschwerdegegner I/5 bzw. II/2 jedoch als Verfügungsadressaten unmittelbar und direkt betroffen sind und deshalb ein rechtliches und tatsächliches Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens haben, sind sie als Hauptparteien am Verfahren zu beteiligen und nicht nur als Nebenpartei beizuladen (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 5 zu Art. 12, N 2 zu Art. 14; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, S. 149, Rz 320).

(RRB Nr. 97 vom 24. Januar 2012).

19. Verschiedenes

19.1 Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden

- *Bestimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde bei einer Strafuntersuchung, die lange vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung bzw. der Justizverordnung in Gang gesetzt worden ist (Erw. 1).*
- *Aufsicht über die Oberstaatsanwaltschaft und die kantonale Staatsanwaltschaft (Erw. 2).*
- *Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde im Sinne von §§ 85 ff. JV (Erw. 3 – 4).*
- *Parteientschädigung in einem Aufsichtsbeschwerdeverfahren (Erw. 5).*
- *Zulässiges Rechtsmittel gegen Aufsichtsbeschwerdeentscheide des Regierungsrates im Rahmen der Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden (Erw. 6).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Juni 2005 kam es in Arth nach einem gescheiterten Festnahmeversuch zu einem polizeilichen Zugriff auf einen Personenwagen mit Schwyzer Kontrollschildern durch Mitglieder einer Interventionseinheit der Kantonspolizei Luzern. Der Zugriff erfolgte in Absprache mit Einheiten anderer Polizeikörper und unter Beizug ausländischer Ermittler im Rahmen einer Fahndungsaktion gegen einen als gewaltbereit geltenden,

C 19.1

international zur Verhaftung ausgeschriebenen Tatverdächtigen. Die gesuchte Person konnte nicht angetroffen werden. Die betroffenen Fahrzeuginsassen erstatteten in der Folge Strafanzeige. Das Verhöramt des Kantons Schwyz (heute Staatsanwaltschaft) eröffnete zunächst eine Strafuntersuchung, stellte diese aber im Jahre 2007 ein. Die dagegen erhobenen Beschwerden wurden vom Kantonsgericht teilweise gutgeheissen, und es wurde eine Beweis- und Untersuchungsergänzung angeordnet. Nach langwierigen Verfahren wurden am 20. Januar 2012 zwei für den Einsatz verantwortliche Personen angeklagt. Die beiden angeklagten Polizisten wurden vom Strafericht des Kantons Schwyz erstinstanzlich freigesprochen. Der Freispruch wurde vom Kantonsgericht später bestätigt. Bereits vorher – am 22. März 2011 – hatte das Kantonsgericht eine Beschwerde eines der Drittbetroffenen teilweise gutgeheissen. Die Aufsichtsanzeige der gleichen Person wegen Verletzung von Amtspflichten wurde an den Regierungsrat weitergeleitet.

Aus den Erwägungen:

1. Die in der Aufsichtsbeschwerde erhobenen Vorwürfe betreffen zum grossen Teil die Zeit vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312, und der Justizverordnung vom 18. November 2009, SRSZ 231.110, JV. Aufgrund der Übergangsbestimmungen in § 172 Abs. 3 JV in Verbindung mit Art. 448 f. StPO sind die Regelungen über Zuständigkeit und Verfahren des neuen Rechts auf die vorliegende Aufsichtsbeschwerde anwendbar. Sind allerdings Handlungen der Strafverfolgungsbehörden aus der Zeit vor dem 1. Januar 2011 zu beurteilen, bildet das alte Recht Beurteilungsmassstab.

2. Nach § 54 Abs. 1 JV steht die Oberstaatsanwaltschaft unter der Aufsicht des Regierungsrates. Aufsichtsbehörde über die kantonale Staatsanwaltschaft ist dagegen die Oberstaatsanwaltschaft (§ 52 Abs. 1 JV). Soweit sich demnach die Aufsichtsbeschwerde gegen die Staatsanwaltschaft und insbesondere gegen den früheren Leitenden Staatsanwalt X. richtet, ist der Regierungsrat für deren Behandlung nicht zuständig. Auf die Aufsichtsbeschwerde ist folglich nicht einzutreten, soweit sie die kantonale Staatsanwaltschaft betrifft. Auf eine Überweisung an die Oberstaatsanwaltschaft kann aus nachfolgenden Erwägungen verzichtet werden.

3. Nach § 85 JV ist die Aufsichtsbeschwerde nur zulässig, wenn nach eidgenössischem oder kantonalem Recht kein Rechtsmittel oder kein anderer Rechtsbehelf ergriffen werden kann. Subsidiär ist die Aufsichtsbeschwerde insbesondere zur Beschwerde im Sinne von Art. 393 ff. StPO (siehe dazu und zum Folgenden August Mächler, Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz, EGV-SZ 2010, S. 186 ff., 225 f.). Soweit der Aufsichtsbeschwerdeführer der kantonalen Staatsanwaltschaft und insbesondere dem das Verfahren leitenden Staatsanwalt X. Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung vorwirft, kann dagegen Beschwerde erhoben werden (für das neue Recht siehe Art. 393 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Abs. 2 Bst. a StPO). Der Beschwerdeweg stand auch unter dem alten Recht offen und wurde in dieser Hinsicht auch genutzt, indem zunächst Beschwerde bei der Staatsanwaltschaft (heutige Oberstaatsanwaltschaft) und alsdann beim Kantonsgericht erhoben wurde. Das Kantonsgericht hat sich mit derselben einlässlich befasst (vgl. dazu den unter Bst. E zitierten Abschnitt aus dem Beschluss des Kantonsgerichtes vom 22. März 2011). Soweit der Aufsichtsbeschwerdeführer demnach eine Nichtanhandnahme oder eine zögerliche Behandlung in einem bestimmten Strafverfahren vor Regierungsrat rügt, kann dieser auf die Rügen nicht weiter eingehen. Es ist dem Regierungsrat gemäss dem klaren Wortlaut in § 54 Abs. 3, 2. Satz JV untersagt, auf den Gang eines bestimmten Strafverfahrens Einfluss zu nehmen. Auf die Beschwerde ist somit auch aus diesem Grunde nicht weiter einzugehen.

4. Anders verhält es sich, soweit der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe beim Regierungsrat als Aufsichtsbehörde allgemein eine unzureichende Amtsführung oder strukturelle Mängel bei den Strafverfolgungsbehörden geltend macht. Darauf dürfte der Regierungsrat im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde eingehen.

4.1 Wie der Aufsichtsbeschwerdeführer in seiner Eingabe vom 9. Januar 2012 allerdings selbst feststellt, sind seine Vorhaltungen gegen die Untersuchungsführung von Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter X. mit dessen Ausscheiden weitgehend gegenstandslos geworden. Auf die Aufsichtsbeschwerde ist daher, soweit sie die Tätigkeit von X. betrifft, nicht mehr weiter einzugehen. Aufsichtsrechtliche Anordnungen hinsichtlich der Person von X. können gar nichts mehr bewirken.

4.2 Gegen die Amtsführung der heutigen Oberstaatsanwaltschaft lassen sich den Eingaben keine konkreten Vorwürfe entnehmen. Auf deren

C 19.1

Geschäftsführung in einem einzelnen Straffall dürfte der Regierungsrat ebenfalls nicht einwirken (§ 54 Abs. 3, 2. Satz JV).

4.3 Für die Untersuchung der Geschäftsführung der Strafverfolgungsbehörden, namentlich der kantonalen Staatsanwaltschaft, hat der Regierungsrat einen externen unabhängigen Experten eingesetzt. Vor Vorliegen von dessen Bericht ist eine weitere Überprüfung nicht angezeigt. Da der Aufsichtsbeschwerdeführer nicht bis zum Vorliegen des Untersuchungsberichtes zuwarten mochte, muss es mit dieser Feststellung vorderhand sein Bewenden haben.

5. Verfahrenskosten werden keine erhoben. Für die Zuspreehung einer Parteientschädigung in einem Aufsichtsbeschwerdeverfahren besteht zudem keine gesetzliche Grundlage (§ 88 Abs. 2 JV in Verbindung mit § 74 VRP).

6. Aufsichtsbeschwerdeentscheide einer untergeordneten Aufsichtsbehörde können innert dreissig Tagen seit der Mitteilung an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (§ 89 JV). Der Regierungsrat ist in Bezug auf die Staatsanwaltschaft bzw. die Oberstaatsanwaltschaft die oberste Aufsichtsbehörde im Kanton Schwyz. Der Kantonsrat ist nicht Aufsichtsbehörde des Regierungsrates. Er übt lediglich die Oberaufsicht im Sinne einer parlamentarischen Aufsicht aus (§ 40 KV). Ein Weiterzug an den Kantonsrat gestützt auf § 89 JV entfällt damit. Ebenfalls nicht Aufsichtsbehörde über den Regierungsrat ist das kantonale Verwaltungsgericht. Ein Weiterzug an dieses im Anschluss an ein Aufsichtsbeschwerdeverfahren kommt lediglich in Betracht, wenn der Regierungsrat innerhalb des aufsichtsrechtlichen Verfahrens Verfügungen erlässt, namentlich wenn er die Verfahrenskosten auf eine der Parteien verlegt (VGE 1027/00 vom 27. September 2000 = EGV-SZ 2000, Nr. 9).

(RRB Nr. 171 vom 14. Februar 2012; die Staatswirtschaftskommission ist auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden	C	19.1
Ausbildungsbeiträge		
- Anspruch auf Ausbildungsbeiträge, Anrechnung des Lehrlingslohnes	B	10.2
Aussetzung des Exequaturverfahrens	A	3.6

B

Beiladung	C	16.1
- im Klageverfahren	B	1.7
Beschlagnahme	A	5.3
Beschwerdebefugnis		
- im Nutzungsplanverfahren	B	1.1
- Konkurrentenbeschwerde und richt- planerische Vorgaben	B	1.2
Besitzstandsgarantie		
- siehe Planungs- und Baurecht	B	8.2

E

Einfahrtsbewilligung (bei Mehrverkehr)	C	2.5
Enteignungsrecht		
- Kostenverlegung	B	1.5
Erfüllung nach Art. 98 OR	A	2.1
Ersatzvornahme	A 2.1	C 2.1
Exequatur	A	3.6

F

Feinerschliessung	C	2.1
Flurgenossenschaft	C	1.1
Fristerstreckung	A	3.5

G

Gemeindeschreiberstelle	
- Öffentliche Stellenausschreibung	B 7.3
Gestaltungsplan	
- Quartiergestaltungsplan, siehe Planungs- und Baurecht	B 8.3
Gleichbehandlung im Unrecht	B 1.6

I

Initiativbegehren	
- betreffend Errichtung eines Schulsozial- dienstes	B 7.2

K

Klagebewilligung	A 3.2
Klageverfahren	
- Beiladung	B 1.7
Kognition	
- im Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat	B 1.3
Konkurrentenbeschwerde	
- siehe Beschwerdebefugnis	B 1.2
Konkursdelikte	A 4.1
Kostenverlegung	
- im enteignungsrechtlichen Verfahren	B 1.5
Kostenverteilplan	C 1.1

L

Landwirtschaft	
- Erwerb eines Einfamilienhauses ausserhalb der Bauzone	B 10.3
Lehrpersonen	
- siehe Schulrecht	B 10.1
LugÜ	A 3.6

M

- Mitwirkungsverfahren nach Art. 4 RPG
- siehe Beschwerdebefugnis im Nutzungsplanverfahren B 1.1
- Mobilfunk (Anlagebegriff, Antennengruppe)
- siehe Planungs- und Baurecht B 8.4

N

- Nebenintervention A 3.1
- Notwendige Verteidigung A 5.4

O

- Ordnungsbusse, tägliche
- Fehlende Vollstreckungsfähigkeit B 17.1
- Fehlender Ablauf der (Pflicht-)Erfüllungsfrist B 17.3
- Nichterfüllung der Verpflichtung zur unverzüglichen Baueinstellung B 17.2

P

- Planungs- und Baurecht
- Altrechtlicher Quartiergestaltungsplan B 8.3
- Anpassung eines Quartiergestaltungsplanes an neues kommunales und überkommunales Recht B 8.3
- Ausnahmegewilligung (Landwirtschaftszone) B 8.1 C 2.4
- Ausnahmegewilligung (Übriges Gemeindegebiet) C 2.2
- Besitzstandsgarantie und Bewilligungspflicht B 8.2
- Bestimmungen im Baureglement C 10.2
- Bewilligungspflicht C 2.3
- Mobilfunk (Anlagebegriff, Antennengruppe) B 8.4
- Parteistellung der Grundeigentümer C 16.1
- Pflichtparkplätze C 2.5
- Planungszone C 10.1
- Übergangsrecht nach § 94 Abs. 3 PBG B 8.3

- Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes	C	2.2
- Zonenkonformität (hobbymässige Tierhaltung)	C	2.4
- Zonenkonformität einer Parkierungsanlage	B	8.1
- Zonenkonformität einer Zufahrtsstrasse	B	8.1
Parteientschädigung		
- Anspruch der bloss teilweise obsiegenden beanwalteten Partei	B	1.4
- Anspruch beanwalteter obsiegender Behörden	B	1.4
Politische Rechte		
- siehe Gemeindeschreiberstelle	B	7.3
- siehe Initiativbegehren	B	7.2
- siehe Wahlen	B	7.1
Prämienverbilligung		
- Kein Anspruch für das Kalenderjahr des Zuzugs aus dem Ausland	B	3.1

R

Rechtskraft	A	3.3
Rechtsmittel	A	3.4
	A	3.5
	A	5.5

S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht		
- Begründung von Kosten- und Entschädigungs- entscheiden	A	6.2
- Zustellfiktion	A	6.1
Schulrecht		
- Beiträge an Schulanlagen	B	18.1
- Kein Anspruch auf Einsatz als Klassenlehrer	B	10.1
- siehe Ausbildungsbeiträge	B	10.2
- Weisungsrecht der Schulleitung bei der Zuteilung von Lektionen	B	10.1
Sicherheitsleistung im Exequaturverfahren	A	3.6
Sozialhilfe		
- Anrechnung des Lehrlingslohnes; Verhältnis zur Anrechnung nach der VAB	B	10.2
- Bezahlung der Miete durch Fürsorgebehörde	B	13.1
- Kürzung überhöhter Wohnkosten	B	13.2

- Situationsbedingte Leistungen	C	7.1	C	7.2
- Wöchentliche Meldepflicht			B	13.3
Strafprozessrecht				
- Beschlagnahme eines Fahrzeugs im Eigentum Dritter			A	5.3
- Haftverfahren			A	5.1
- Notwendige Verteidigung			A	5.4
- Rechtsmittel gegen einen selbständigen Widerrufsentscheid			A	5.5
- Unverhältnismässige Untersuchungshaft			A	5.2
Strafrecht				
- Verjährung bei Konkursdelikten			A	4.1
Strassenverkehrsrecht				
- SVG, Rechtsfahren auf schneebedeckter Fahrbahn			A	4.2
Sühneverfahren			A	3.2
Superprovisorische Massnahmen			A	3.4

T

Teuerung				
- Beiträge an Schulanlagen			B	18.1

U

Untersuchungshaft	A	5.1	A	5.2
-------------------	---	-----	---	-----

V

Vergleich			A	3.3
Verjährung			A	4.1
Vertrauensschutz			C	2.2
Vertretungsbefugnis der Fürsorgebehörde			B	1.8
Vollstreckungsrecht				
- siehe Ordnungsbusse, tägliche			B	17.1
Vorsorgliche Massnahmen			A	3.3

W

Wahlen

- Stille Wahl eines vollamtlichen Bezirksrichters B 7.1
- Widerruf, selbständiger A 5.5

Z

Zivilprozessrecht

- Anfechtbarkeit einer verweigerten Fristerstreckung A 3.5
- Gültigkeit der Klagebewilligung A 3.2
- LugÜ, Exequatur A 3.6
- Nebenintervention A 3.1
- Rechtskraftwirkung eines Vergleichs A 3.3
- Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen A 3.4

Zivilrecht

- Ersatzvornahme A 2.1
- Zustellfiktion A 6.1

