Rechtsprechung

kantonschwyz

Entscheide 2015 der Gerichts- und Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2015

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: Triner Media + Print, Schwyz 2016

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Justizgesetz	–
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.2
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.5
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.3
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 57
1.	Verfahren	1.1 – 1.3
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	–
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	4.1
5.	Kausalabgaben	5.1 – 5.2
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.11
9.	Enteignungsrecht	9.1
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1
12.	Strassenverkehrsrecht	12.1
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.6
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	18.1

C	Regierungsrat	Seite 161
1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.3
3.	Umweltschutz	3.1 – 3.3
4.	Abgaben	4.1
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1
8.	Bildung	–
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	–
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	18.1
19.	Verschiedenes	19.1 – 19.2

D	Aufsatz	Seite 262

	Sachregister	Seite 276

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 Strafgerichte Seite 9

2. Zivilrecht
2.1 Revision des Sorgerechts, gemeinsame elterliche Sorge
2.2 Werkmangel, zugesicherte Eigenschaften eines Panoramafensters

3. Zivilprozessrecht
3.1 Sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts als einzige Instanz
3.2 Negative Feststellungsklage als Widerklage
3.3 Sicherheit für die Parteientschädigung und Verrechnungseinrede
3.4 Rechtskraft des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen
3.5 Rückzug der Scheidungsklage im Berufungsverfahren, Kompetenzattraktion, zwingende Einigungsverhandlung

4. Strafrecht
4.1 Putativnotwehr eines Polizeibeamten („Windstock“)
4.2 Strafzumessung
4.3 Ernsthafte Rückfallgefahr als Voraussetzung der Verwahrung
4.4 Rückversetzung in den Strafvollzug, Auslandstat

5. Strafprozessrecht
5.1 Ernennung eines amtlichen Verteidigers und Anfechtbarkeit
5.2 Anklageprinzip und Möglichkeiten der Anklageverbesserung
5.3 Fahrzeughalterhaftung einer Vermieterin, Art. 6 OBG

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
6.1 Ausstand im Falle einer Betreibung der Gemeinde als Gläubigerin

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren
1.1 Rechtliches Gehör
1.2 Öffentliche Verhandlung
1.3 Unentgeltlicher Rechtsbeistand

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer
4.1 Motorfahrzeugsteuer

5. Kausalabgaben
5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 Strassengesetz
5.2 Baubewilligungsgebühren

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte
7.1 Unzulässigkeit einer Initiative

8. Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz
8.1 Nichtgenehmigung der Einzonung einer Intensiverholungszone
8.2 Moorbiotopschutz
8.3 Umweltschutzrecht (Partikelfilter)
8.4 Lärmbelastung (Froschgequake)
8.5 Zweitwohnungsbau
8.6 Grenzabstand
8.7 Grenzabstand
8.8 Technische Bewilligungen
8.9 Bestandesgarantie
8.10 Bestandesgarantie
8.11 Gebühren

9. Enteignungsrecht
9.1 Tunnelbau (formelle Enteignung eines Baurechts)

10. Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft
10.1 Psychomotoriktherapie

11. Arbeitsvergebung (Submission)
11.1 Ausschluss aus dem Verfahren

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Zuständigkeit für ein Administrativverfahren

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Unentgeltlicher Rechtsbeistand
16.2 Kindesschutz (Gutachten)
16.3 Kindesschutz (Persönlicher Verkehr)
16.4 Erwachsenenschutz (Verzicht auf eine Massnahme)
16.5 Erwachsenenschutz (Ernennung einer Beistandsperson)
16.6 Erwachsenenschutz (Mandatsentschädigung)

18. Verschiedenes

18.1 Betriebsbewilligung für eine Kindertagesstätte

C Regierungsrat Seite 161

2. Baurecht
2.1 Bauvorhaben im Gewässerraum und in schützenswerter Umgebung
2.2 Bewilligung für den Einbau eines Lifts am bestehenden Wohnhaus
2.3 Umbau und Erweiterung eines Gewerbegebäudes

3. Umweltschutz
3.1 Ableitung von Sickerwasser
3.2 Schutz vor Baulärmimmissionen
3.3 Ausbau eines Schlachtbetriebs in einer Industriezone

4. Abgaben
4.1 Steuererlass

7. Sozialwesen
7.1 Kostengutsprache für eine Fremdplatzierung bei einer Pflegefamilie

18. Ausländerrecht
18.1 Erlöschen der Niederlassungsbewilligung

19. Verschiedenes
19.1 Entzug einer Betriebsbewilligung zum Personalverleih
19.2 Kostentragung für den Eintrag eines gesetzlichen Pfandrechts

D Aufsatz Seite 262

Die Rechtsprechung des Schwyzerischen Zwangsmassnahmengerichts zum ausländerrechtlichen Haftverfahren, von Dr. iur. Ruedi Beeler, Rothenthurm

Sachregister Seite 276

A Zivil- und Strafgerichte[1]

2. Zivilrecht

2.1 Revision des Sorgerechts, gemeinsame elterliche Sorge

- *Die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern bildet nach neuem Recht den Regelfall (Erw. 2.b und c).*
- *Obhut befugt dazu, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben und es zu betreuen (Erw. 2.d).*
- *Unterhaltsansprüche (Erw. 3 und 4).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

b) aa) Bis 30. Juni 2014 galt der Grundsatz, dass der Scheidungsrichter die elterliche Sorge einem Elternteil zuzuweisen hatte (aArt. 133 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Hatten sich die Eltern in einer genehmigungsbedürftigen Regelung des persönlichen Verkehrs über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so beliess das Gericht auf gemeinsamen Antrag der Parteien beiden Eltern die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar war (aArt. 133 Abs. 3 ZGB). Gemäss der am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Revision des Sorgerechts steht die Sorge den Eltern zivilstandsunabhängig im Grundsatz gemeinsam zu (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Bei einer Scheidung wird das alleinige Sorgerecht gemäss Art. 298 Abs. 1 ZGB dann zugewiesen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (BGer, Urteil 5A_92/2014 vom 23. Juli 2014 E. 2.1).

bb) Während des vorliegend hängigen Rechtsmittelverfahrens ist demnach eine Rechtsänderung eingetreten. Gestützt auf Art. 7b sowie 12 Abs. 1 SchlT ZGB hat eine kantonale Instanz das neue Scheidungsrecht auf hängige Verfahren sofort anzuwenden (BGer, Urteil 5A_92/2014 vom

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

23. Juli 2014 E. 2.1). Es gelten damit vorliegend die neuen Bestimmungen des ZGB.

c) aa) Nach neuem Recht ist die gemeinsame Sorge beider Eltern mithin auch bei geschiedenen und unverheirateten Paaren der Regelfall (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Eine Zuteilung der elterlichen Sorge an nur einen Elternteil im Scheidungsurteil setzt voraus, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Dabei dürfte eine Gefährdung des Kindeswohls genügen, die noch nicht die Schwere der in Art. 311 ZGB genannten Gründe für die Entziehung der elterlichen Sorge im Zusammenhang mit einem Kindesschutzverfahren erreicht, umgekehrt aber soll noch nicht jede Uneinigkeit der Eltern zum alleinigen Sorgerecht eines Elternteils führen. Eine Gefährdung des Kindeswohls kann insbesondere vorliegen, wenn die Eltern nicht in der Lage sind, gemeinsame Entscheide zu fällen, selbst wenn jeder einzeln erziehungsfähig ist (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, Rz 17.73, 17.77 und 17.87 ff.).

bb) Der Vorderrichter sprach in Anwendung der bisherigen Bestimmungen über die elterliche Sorge (gültig bis 30. Juni 2014) das Sorgerecht der Mutter zu (vgl. aArt. 133 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB). (…).

Nach dem Gesagten sind die beiden Kinder (…) unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien zu stellen, welche Regelung dem Kindeswohl nicht widerspricht (vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 17.77 und 17.87 ff.). Bei dieser Sachlage erübrigen sich weitere Beweisabnahmen. Dass sich der Beklagte unter diesem Titel nicht substantiiert mit den Erwägungen des Vorderrichters auseinandersetzte, wie die Klägerin diesem vorhält, ist insoweit unbedeutend, als sich die Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge erstinstanzlich mangels entsprechenden gemeinsamen Antrags nicht stellte.

d) Die Klägerin verlangt eventualiter für den Fall, dass die Kinder unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien gestellt werden, dass die Kinder unter ihre Obhut zu stellen seien. (…).

aa) Es ist unklar, wie der Begriff Obhut unter revidiertem Recht zu verstehen ist. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller vertreten im Ergebnis die Auffassung, die Bedeutung des Begriffs der Obhut habe sich nicht verändert, mit der Begründung, dass dieser im Zusammenhang mit verschiedenen unverändert gebliebenen Bestimmungen, unter anderem beim persönlichen Verkehr (Art. 273 ff. ZGB) und beim Wohnsitz des Kindes (Art. 25 Abs. 1 ZGB), im bisherigen Sinne zu verstehen sei (vgl. Haus-

heer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 17.100 f. und 17.105 ff.; siehe auch Gloor, Der Begriff der Obhut, in: FamPra 2015, S. 344). Vor Inkrafttreten der Revision über die gemeinsame elterliche Sorge wurde der Begriff Obhut von der Lehre in die rechtliche und faktische Obhut aufgeteilt. Die rechtliche Obhut ist das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Die Definition der faktischen Obhut ist nicht ganz einheitlich, indessen besteht Einigkeit darüber, dass ein faktisches Betreuungs- und Fürsorgeverhältnis bestehen muss (vgl. hierzu Gloor, a.a.O., S. 339 ff. mit Verweisen).

Aus Art. 301a ZGB geht nun aber hervor, dass das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, neu Bestandteil der elterlichen Sorge ist und nicht wie bis anhin Ausfluss der elterlichen Obhut. Entsprechend wurde die Marginalie von Art. 310 ZGB von „Aufhebung der elterlichen Obhut" in „Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts" geändert. Nach neuem Recht dürfte folglich mit dem Begriff Obhut „nur" noch die faktische Obhut gemeint sein, welche Ansicht auch von einem grossen Teil der Lehre vertreten wird. Ebenso ist laut der Botschaft der Begriff Obhut nur noch im Sinne der faktischen Obhut zu verstehen (Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter vom 11. August 2014; BBl 2011 S. 9101; Bericht über die Begriffe „Obhut", „Betreuung" und „Aufenthaltsort" des Bundesamtes für Justiz vom 11. Juni 2012, S. 5 f.; Widrig, Alternierende Obhut, Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, in: AJP 2013, S. 907; Sunderhauf/Widrig, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, in: AJP 2014, S. 902).

Fraglich ist indessen, was heute unter dem Begriff „faktische Obhut" konkret zu verstehen ist. Aus einer vom Bundesamt für Justiz anfangs 2014 publizierten Synopse über die Begriffe „Elterliche Sorge", „Obhut" und „Betreuung" geht hervor, dass im Rahmen der Gesetzgebung von einer neuen Definition der faktischen Obhut ausgegangen wurde und dass die faktische Obhut nach dem neuen Recht die Befugnis bezeichnet, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben, und die tägliche Betreuung des Kindes und Ausübung der Rechte und Pflichten betreffend die alltägliche Pflege und Erziehung (Bundesamt für Justiz, „Elterliche Sorge", „Obhut" und „Betreuung": Synopse, S. 2). Gemäss den Ausführungen des Bundesamtes für Justiz in seinem Bericht vom 11. Juni 2012 bedeutet faktische Obhut, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben und dem Kind täglich das zu geben, was es für seine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht benötigt (Bericht BJ, a.a.O., S. 6). Auch vorliegend wird davon ausgegangen, dass Inhaber der Obhut noch derjenige Elternteil ist, der mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt

(vgl. Büchler/Maranta, a.a.O., S. 7; Widrig, a.a.O., S. 907; Sunderhauf/Widrig, S. 90; kritisch zum Ganzen: Gloor, a.a.O., S. 331 ff.).

bb) Die Fälle der gemeinsamen Obhut sind selten. Aufgrund der Organisation des Alltagslebens entscheiden sich die Eltern, die die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, dahingehend, dass das Kind primär bei einem von ihnen lebt und daher der persönliche Verkehr zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil geregelt wird (Bericht BJ, a.a.O., S. 5). (…). Die Betreuung der Kinder im Alltag ist somit nach wie vor der Klägerin zu belassen und sie hat die (faktische) Obhut (…) inne. (…).

3. (…).

a) Für den Unterhalt des Kindes haben die Eltern aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB wird der Kinderunterhalt durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet (Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, N 87 zu Art. 276 ZGB). Grundsätzlich kann der obhutsberechtigte Elternteil über die persönlich erbrachten Leistungen nicht auch noch dazu verpflichtet werden, geldwerte Unterhaltsbeiträge zu leisten. Hiervon ausgenommen sind aber unter anderem die Fälle gemeinsamer elterlicher Sorge (BGer, Urteil 5A_705/2013 vom 29. Juli 2014 E. 3.2; Büchler/Wirz, in: Schwenzer, Familienkommentar Scheidung, Bd. I, 2. Aufl. 2011, N 33 zu Art. 133 ZGB; Wullschleger, in: Schwenzer, a.a.O., N 6 zu Allg. Bem. zu Art. 276-293 ZGB).

b) Bei gemeinsamer elterlicher Sorge oder bei einem ungewöhnlich weitgehenden Besuchsrecht ist der Barunterhalt angemessen aufzuteilen (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 10.150). Vorliegend hat die Klägerin die (faktische) Obhut inne und entspricht der Betreuungsanteil des Beklagten trotz gemeinsamer elterlicher Sorge etwa einem gerichtsüblichen Besuchsrecht. Zudem vermag die Klägerin weder bei einem 50 %- noch 100 %-Pensum für ihren eigenen Bedarf sowie zusätzlich für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. In Anbetracht dessen ist die Regelung, gemäss welcher der Beklagte der Klägerin (…) je Fr. 1‘000.-- an Kinderunterhalt zu entrichten hat, zu bestätigen (…).

4. Gemäss angefochtenem Urteil ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin bis zum 31. Dezember 2019 an ihren persönlichen Unterhalt monatlich Fr. 2‘460.-- zu bezahlen.

a) (…).

b) Der Beklagte macht geltend, dass keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen seien, da bei einem gemeinsamen Sorgerecht beide Parteien zum Unterhalt und zur Erziehung der Kinder sowie auch zum Erwerb der Familie beitragen würden bzw. müssten. Gemeinsame Sorge umschliesse auch die Sorge um die finanzielle Sicherheit der Familie. Eventualiter sei er zu verpflichten, der Klägerin einen vorübergehenden Unterhaltsbeitrag von Fr. 1‘200.-- zu bezahlen. Weder begründet der Beklagte seine Ausführungen näher noch setzt er sich auch nur ansatzweise mit den entsprechenden vorderrichterlichen Erwägungen auseinander, womit er seiner Begründungspflicht nicht nachkommt (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 36 f. zu Art. 311 ZPO). Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass die Klägerin nach wie vor den Hauptteil der Betreuung der beiden Kinder übernimmt und sie deshalb aufgrund ihres monatlichen Nettoeinkommens (…) ihren gebührenden Bedarf (…) nicht decken kann. Bei einem beklagtischen Nettoeinkommen von (…) ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin – nach Abzug der Kinderunterhaltsbeiträge – an ihren persönlichen Unterhalt Fr. 2‘460.-- (…) im Monat zu bezahlen, was angemessen erscheint. Da die Kinder weiterhin bei der Klägerin wohnen, sind deren Grundbeträge sowie Krankenkassenkosten nach wie vor im Bedarf der Klägerin zu berücksichtigen. (…).

(Urteil vom 9. Juni 2015, ZK1 2014 13; eine den Unterhalt betreffende Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_631/2015 vom 12. Januar 2016 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.2 Werkmangel, zugesicherte Eigenschaften eines Panoramafensters

- *Der Unternehmer haftet für die nach Auslegung von Werkvertrag und Plänen zugesicherte Ästhetik eines Panoramafensters (Erw. 1).*
- *Die Dreiteilung eines zugesicherten zweigeteilten Panoramafensters ist keine kleine Projektänderung (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1. Der Vorderrichter ist zutreffend und im Berufungsverfahren unbestritten davon ausgegangen, dass werkvertragliche Abreden ausserhalb

des öffentlich beurkundeten Vertrags nicht unbeachtlich seien. Er stellte fest, dass abgesehen vom (visierten) Baubeschrieb und vom durch die Parteien unterzeichneten Grundrissplan, die beide keine Aussagen zu einer Fenstereinteilung enthalten, auf mehreren Plänen (Werkplan, Haustechnik-Montageplan, Elektroplan, Pläne zur Erklärung auf Begründung von Stockwerkeigentum und Fassadenplan), im Kurzbaubeschrieb und im Verkaufsprospekt ein durch eine schmale Sprosse zweigeteiltes Panoramafenster visualisiert sei. Aufgrund des im öffentlich beurkundeten Vertrag mehrfach verwendeten Wortes „Pläne“ hielt er dafür, dass mehrere Pläne vertragliche Grundlage der Bauausführung waren und nicht nur der Baubeschrieb und der Grundrissplan. Aus dem Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss, nämlich der Zugabe der Beklagten, sie habe die Realisierbarkeit eines zweiteiligen Fensters abgeklärt, schloss er weiter, dass entsprechend den Visualisierungen im Kurzbaubeschrieb und im Verkaufsprospekt zur Zeit der Vertragsunterzeichnung der Wille der Parteien auf eine zweiteilige Ausführung des Panoramafensters gerichtet war. Dieses Auslegungsergebnis ist nicht zu beanstanden. Es stützt sich mangels gegenteiliger Schlussfolgerungen aus andern Auslegungsmitteln auf die wörtlich deutlich eine Mehrzahl von Plänen umfassenden Grundlagen der Bauausführung laut Vertragsziffer III./2. ab und wird mit Erwägungen zum Vertragszweck und der Interessenlage der Parteien überzeugend ergänzt. Die Beklagte reicht auch im Berufungsverfahren keine Pläne bzw. Ausführungspläne oder Unterlagen ein, aus welchen hervorginge, dass abweichend vom Prospekt oder in Abänderung der aktenkundigen Werkpläne schon zur Zeit der Vertragsunterzeichnung (alternativ) ein mit zwei breiteren Sprossen dreigeteiltes Panoramafenster geplant und mithin überhaupt hätte Gegenstand eines Parteiwillens sein können. Dazu bestand umso mehr Anlass, als der Vorderrichter auf einen entsprechend fehlenden Beweis ausdrücklich hingewiesen hat. Die Käufer durften daher aufgrund der ihnen verfügbaren Pläne davon ausgehen, dass die Beklagte sich verpflichte, wie auf dem Foto im Prospekt abgebildet, nur ein durch eine schmale Sprosse zweigeteiltes Panoramafenster (in den dazugehörigen Plänen gar ohne Unterteilung) einzubauen (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 2011[5], Rz 1391). (…).

2. Hat nach dem Gesagten der Vorderrichter zutreffend festgestellt, dass die Parteien ein durch eine schmale Sprosse zweigeteiltes Panoramafenster vereinbart haben, stellt der davon abweichende Einbau eines durch zwei breitere Sprossen dreigeteilten Panoramafensters einen Werkmangel im Sinne von Art. 368 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) dar (Gauch, a.a.O., Rz 1354 ff., u.a. auch bezüglich der Fensterästhetik vgl. Rz 1363 in fine sowie Rz 1438 ff.; CHK-

Hürlimann/Siegenthaler, 2012[2], OR 367 N 3; vgl. auch Art. 166 SIA Norm 118). Der Mangel kann ästhetischer Art sein (Zindel/Pulver/Schott, BSK OR I, 2015[6], Art. 368 N 9). Die Beklagte beruft sich indes noch auf ihr vertragliches Recht, kleine Projektänderungen vorzunehmen. Eine solche wäre aufgrund energetischer Bauauflagen sowie aus Sicherheits- und Stabilitätsgründen notwendig gewesen. Indes ist auch bezüglich dieser Kritik den vorinstanzlichen Erwägungen, mit welchen sich die Beklagte in der Berufung nicht auseinandersetzt, zuzustimmen, wonach angesichts der Bedeutung, welche die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Wohnzimmer mit dem Panoramafenster beimassen, nicht von einer kleinen Änderung ohne Qualitätseinbusse die Rede sein kann. Es handelt sich um eine erhebliche Änderung, welche mit den Klägern hätte abgesprochen werden müssen. Im Übrigen bestreitet die Beklagte nicht, die durch die Kläger eingereichte Offerte für ein zweiteiliges Panoramafenster würde die Bauauflagen erfüllen. Daher kann sie aber auch nicht ernsthaft behaupten, dass die Dreiteilung des Panoramafensters mit breiteren Sprossen notwendig gewesen wäre.

(Urteil vom 15. Dezember 2015, ZK1 2015 4).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts als einzige Instanz

- *Für Forderungsklagen, die das geistige Eigentum nur vorfrage- oder einredeweise oder überhaupt nicht betreffen, besteht keine sachliche Zuständigkeit des oberen kantonalen Gerichts als einzige Instanz nach Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO (Erw. 2.a).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) bezeichnet das kantonale Recht das Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum einschliesslich der Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte. Gemäss § 19 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Obligationenrecht vom

25. Oktober 1974 (EGzOR; SRSZ 217.110) ist im Kanton Schwyz das Kantonsgericht einzige kantonale Instanz nach Art. 5 ZPO.

Zwar soll die einzige kantonale Instanz nach Auffassung in der Lehre nebst den spezifischen Bestandes- und Verletzungsklagen des gewerblichen Rechtsschutzes auch für Klagen über Ansprüche zuständig sein, die sich aus Verträgen ergeben, die Immaterialgüterrechte zum Gegenstand haben (vgl. Übersicht über Lehre und Materialien im Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2011, publ. in: ZR 110 [2011] Nr. 113 S. 318 ff.; zustimmend mittlerweile auch Wey, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., N 11 zu Art. 5 ZPO).

Es erscheint indessen fraglich, ob Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO im Zusammenhang mit reinen Forderungsklagen wie der vorliegenden die Zuständigkeit des oberen kantonalen Gerichts als einzige Instanz tatsächlich vorgibt resp. ob sich dies rechtfertigt. Diese Frage ist soweit ersichtlich bislang nicht bundesgerichtlich geklärt.

Zunächst liefert eine Wortlautanalyse von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO für die erwähnte Auffassung keine Hinweise: Die Rede ist zwar von „Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum“, als inkludiert aufgezählt werden aber nur Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte, nicht aber Streitigkeiten, die ausschliesslich Forderungen aus solchen Verträgen betreffen. Bekanntlich waren für die Rechte aus geistigem Eigentum schon vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO per 1. Januar 2011 „einzige Instanzen“ auf Kantonsebene zuständig. Diese zivilprozessualen Regelungen fanden sich damals noch in den jeweiligen Spezialgesetzen. So lautete im Markenschutzgesetz die frühere Formulierung (Art. 58 Abs. 3 aMSchG): „Die Kantone bezeichnen das Gericht, das für das ganze Kantonsgebiet als einzige Instanz für Zivilklagen zuständig ist“; im Urheberrechtsgesetz fand sich dieselbe Formulierung (Art. 64 Abs. 3 aURG), um nur zwei der Gesetze herauszugreifen (vgl. die Übersicht in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 7221-7411, 7260). Unter altem Recht waren reine Forderungsklagen unstreitig nicht vor der „einzigen Instanz“ auszutragen, obwohl der damalige Wortlaut in den erwähnten Spezialgesetzen („für Zivilklagen“) eine solche Auslegung ohne Weiteres erlaubt hätte.

Eine subjektiv-historische Auslegung erbringt keine Hinweise, dass Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO zwingend in dem von der herrschenden Lehre vertretenen Sinne zu verstehen wäre, also insbesondere weder die Botschaft, die parlamentarische Beratung noch die Vorberatung durch die Kommissionen. Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 7221-7411, erklärt zu Art. 5 ZPO nur etwa,

dass diese Spezialmaterien „nach einer Konzentration des rechtlichen und fachlichen Wissens bei einem einzigen kantonalen Gericht“ verlangen würden (Botschaft ZPO, 7260), und dass Art. 5 Abs. 1 ZPO „im Wesentlichen den heutigen Rechtszustand“ übernehme, „wobei ausdrücklich auch die Lizenzstreitigkeiten unter diese exklusive Zuständigkeit“ fielen (Botschaft ZPO, 7260). In der parlamentarischen Beratung lassen sich soweit ersichtlich keine einschlägigen Voten finden; weder der National- noch der Ständerat debattierten über Art. 5 ZPO. Und auch die vorberatenden Kommissionen diskutierten diese Frage mit keinem Wort. Demgegenüber vertritt das Zürcher Handelsgericht die Auffassung, gerade aufgrund der Materialien sei der Meinung zu folgen, vertragliche Streitigkeiten fielen in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO (Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2011, a.a.O., E. 6). Allerdings stützt sich die Auslegung des Handelsgerichts vornehmlich auf die Vernehmlassung. Zwar ist im Rahmen der subjektiv-historischen Auslegung ungeklärt, in welchem Rangverhältnis die Materialien zueinander stehen, nach der hier vertretenen Auffassung kann jedenfalls der Vernehmlassung nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen, zumal der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO in der der Vernehmlassung folgenden Überarbeitung ohnehin nur geringfügig geändert wurde, wie das Handelsgericht selber erklärt (Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2011, a.a.O., E. 6.3). Das handelsgerichtliche Argument, wenn der Bundesgesetzgeber nach den Hinweisen im Vernehmlassungsverfahren, dass der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut auch Vertragsklagen einschliesse, an dieser Formulierung grundsätzlich festhalte, sei davon auszugehen, dass er sich bewusst für eine derartige Lösung entschieden habe, vermag für sich allein besehen jedenfalls nicht zu überzeugen. In diesem Zusammenhang ist vielmehr zu beachten, dass in der Vorberatung durch die Kommissionen erklärt wurde, „im Zusammenhang“ (Art. 5 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, UWG, SR 241) bedeute, dass auch UWG-Streitigkeiten, welche in einem sachlichen Zusammenhang mit den immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten stünden, unabhängig des Streitwertes von der einzigen kantonalen Instanz beurteilt würden. Diese Erklärung wurde zwar im Rahmen der mit der Schaffung der eidgenössischen ZPO einhergehenden Änderungen des UWG abgegeben; trotzdem lässt sie darauf schliessen, dass die Wendung „im Zusammenhang“ keineswegs nur so zu verstehen ist, dass damit sämtliche reinen Vertragsklagen direkt vor der einzigen kantonalen Instanz ausgetragen werden müssten. Schliesslich ist in Bezug auf die historische Auslegung zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Materialien gerade bei jüngeren Gesetzen ein wichtiges

Erkenntnismittel darstellen würden, von dem im Rahmen der Auslegung stets Gebrauch zu machen sei (BGer 5A_378/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 5.4.3, m.H.). Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO auch alle Forderungsklagen erfasst, wäre zu erwarten gewesen, dass er sich ausgiebiger mit dieser Frage befasst, ist sie doch von erheblicher praktischer Bedeutung.

Teleologisch betrachtet sollen Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum in die einzige kantonale Zuständigkeit fallen, für die das Gericht besondere Fachkenntnis benötigt und welche deshalb an einer Stelle im Kanton zu konzentrieren sind. Zudem wird argumentiert, dass der Verlust einer kantonalen Instanz zu einer Beschleunigung der Verfahren führe, und dass die sachliche Aufspaltung in verschiedene kantonale Instanzen entfiele (Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2011, a.a.O., E. 6.5). Diese Argumente sprechen zwar für die Praxis des Handelsgerichts Zürich. Zu beachten ist jedoch, dass in Fällen wie dem vorliegenden, in dem es insbesondere um die Pflicht zur Leistung des Werklohns geht, die also gerade nicht von spezifischen Fragen zu Immaterialgüterrechten handeln, die vorgenannten Argumente nicht spielen, das heisst, für solche Prozesse sind gebündeltes Fachwissen und Beschleunigung gerade nicht erforderlich. Die Spezialisierung und die damit erhoffte bessere Abklärung sollen nach dieser Idee ja dazu führen, dass auf eine zweite kantonale Instanz verzichtet werden könne (Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, 14./15. Februar 2008, 25). Zwar mag es sein, dass sich in Einzelfällen Vorfragen zu Immaterialgüterrechten stellen, die bei Klageeinleitung evtl. nicht absehbar sind, was für die umfassende Verlegung derartiger Prozesse zu der einzigen kantonalen Instanz spräche (also wegen der latenten Gefahr der Aufspaltung der Rechtsstreitigkeit in verschiedene kantonale Instanzen). Allerdings ist zu bedenken, dass bei direkter Zuständigkeit des oberen Gerichts als erste Instanz nicht nur das Schlichtungsverfahren zwingend entfällt (Art. 198 lit. f ZPO), sondern auch das vereinfachte Verfahren keine Anwendung findet (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Überdies wird das Prinzip der „double instance“ in Direktprozessen auf Kantonsebene nicht gewährleistet. Zwar steht die Beschwerde an das Bundesgericht in jedem Fall, in dem das obere kantonale Gericht nicht als Rechtsmittelinstanz, sondern als einzige Instanz entscheidet, offen, die ansonsten geltende Streitwertbegrenzung spielt mithin nicht (Art. 74 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110); jedoch entscheidet das Bundesgericht auch in diesen Fällen nur mit im Vergleich insbesondere zur Berufung eingeschränkter Kognition (Art. 95 ff. BGG; Art. 320 ZPO). Das Prinzip der „double instance“ stellt die Regel dar; legt man Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO in dem

Sinne extensiv aus, dass auch alle reinen Forderungsklagen, die im Zusammenhang mit geistigem Eigentum stehen, zwingend direkt vor der einzigen kantonalen Instanz auszutragen sind, wird dieses Prinzip durchbrochen, was aus den dargelegten Gründen und im Sinne des Grundsatzes „singularia non sunt extenda“ zu vermeiden ist. Zu beachten ist auch, dass anders als etwa für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, für welche die einzige kantonale Instanz nur dann direkt zuständig ist, wenn der Streitwert mehr als Fr. 30‘000.-- beträgt, oder sofern der Bund sein Klagerecht ausübt (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG), für Klagen im Zusammenhang mit geistigem Eigentum die einzige kantonale Instanz für sämtliche Streitigkeiten zuständig ist, also auch für solche, in denen der Streitwert Fr. 30‘000.-- oder weniger beträgt.

Zusammengefasst ergibt sich, dass den Vorteilen, die eine weite Auslegung von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO mit sich brächte (Konzentration des gerichtlichen Fachwissens, Verfahrensbeschleunigung, keine Aufspaltung in verschiedene kantonale Instanzen), gewichtige Nachteile entgegenstehen: Verlust des Schlichtungsverfahrens, Verlust des vereinfachten Verfahrens, Verletzung des Grundsatzes der „double instance“ auf kantonaler Ebene, teilweise Übernahme dieser Funktion durch das Bundesgericht. Diese Umstände dürften sich besonders nachteilig auf diejenigen Parteien auswirken, die rechtsunkundig sind und nicht willens sind, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Zudem dürfte die Grenzziehung, wann eine Klage vorliegt, die „im Zusammenhang“ mit Immaterialgüterrechten steht, auch bei einer weiten Auslegung bestehen: So wären wohl etwa sämtliche Forderungsprozesse, die Architekturleistungen betreffen, zukünftig als Direktprozesse zu führen, ist es doch nicht ausgeschlossen, dass sich insbesondere noch urheberrechtliche Fragen stellen könnten. Dem Vernehmen nach und ohne dies empirisch einer näheren Prüfung unterzogen zu haben, werden allein im Kanton Schwyz Hunderte solcher Streitigkeiten bereits auf Schlichtungsstufe erledigt. Dass den Parteien dieses offensichtlich erfolgreiche und kostengünstige Instrument aus den Händen genommen werden soll und das Bundesgericht in diesen Fällen als „double instance“ funktionieren soll, vermag nicht zu überzeugen. Allem Anschein nach sind die Schlichter mit diesen Klagen auch nicht überfordert – was im Gesetzgebungsprozess als Argument dafür vorgebracht wurde, gerade für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum keinen Schlichtungsversuch vorzusehen (vgl. Protokoll der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen, Geschäft Nr. 06.062, 15./16. November 2007, 44; vgl. auch Protokoll der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, 15./16. Februar 2007, 31). Mithin erfasst Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO im Gegensatz zu der Zürcher

Praxis rein vertragsrechtliche Klagen, bei denen das den Vertragsgegenstand bildende Schutzrecht nur vorfrage- oder einredeweise oder überhaupt nicht zu prüfen ist, nicht.

(Verfügung vom 27. Februar 2015, ZK1 2014 51 = CAN 3-15 Nr. 51).

3.2 Negative Feststellungsklage als Widerklage

- *Gegen eine im vereinfachten Verfahren eingereichte Teilklage kann widerklageweise keine negative Feststellungsklage erhoben werden, welche im ordentlichen Verfahren zu behandeln wäre (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

a) Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO, SR 272). Mit der Teilklage kann der Kläger – entsprechend der Dispositionsmaxime – nur einen Teil des gesamten Anspruchs einklagen. Der Zweck liegt insbesondere darin, bewusst nur den liquiden Teil des Anspruchs geltend zu machen oder die Prozesskosten zu reduzieren (vgl. Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm, 2. Auflage, 2012, Art. 86 N 6; vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221 ff., 7288). Rechtsmissbräuchlich (vgl. Art. 52 ZPO) wäre die Teilklage, wenn der Kläger beispielsweise seine Gesamtforderung in viele kleine Teilbeträge aufteilen würde, um lediglich den Beklagten zu schikanieren (Bopp/Bessenich, a.a.O, Art. 86 N 7; vgl. Beschluss des Obergerichts ZH vom 22. Mai 2015, NP140020, E. 3.1).

Die Kläger reichten am 25. Juni 2014 eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO am Bezirksgericht Schwyz ein und halten darin fest, dass der Schadensverlauf noch nicht abgeschlossen sei. Die Kläger erwähnen in der im vorliegenden Verfahren eingereichten Duplik vom 15. Juli 2015, dass sie ein grosses Rechtsschutzinteresse hätten, baldmöglichst zu wissen, ob die Widerklage über den gesamten Streitwert zulässig sei, weil die finanziellen Prozessrisiken bei einer Zulässigkeit der Widerklage massiv steigen würden. Aus diesen angeführten Unterlagen geht hervor, dass die Kläger beabsichtigen, mit der Teilklage die Prozesskosten zu reduzieren. Dies stellt ein legitimes Motiv zur Einreichung einer Teilklage

dar. In dem Vorgehen der Kläger, vom Vorteil des kostengünstigeren vereinfachten Verfahrens zu profitieren, liegt mithin kein Rechtsmissbrauch.

b) Bei dem für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 14 Abs. 1 ZPO). Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Übersteigt der Streitwert der Widerklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so hat dieses beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so bestimmt sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Die letztgenannte Bestimmung ist insbesondere im Zusammenhang mit der Überweisung beider Klagen an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu verstehen (vgl. Art. 224 Abs. 2 ZPO); vorausgesetzt bleibt jedoch, dass die Haupt- und Widerklage nach der gleichen Verfahrensart beurteilt werden (Rüegg, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, Art. 94 N 2).

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet es nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der Teilklage beträgt Fr. 30‘000.--, weil das Rechtsbegehren auf diesen Betrag beziffert wurde. Die Beklagte beantragt mit der Klageantwort einerseits die Abweisung der Teilklage. Anderseits erhebt sie die negative Feststellungswiderklage über den gesamten Restbetrag. Die Kläger beziffern den Gesamtanspruch auf Fr. 7‘845‘000.--, wobei es sich dabei um eine Grobkostenschätzung mit einer Ungenauigkeit von +/- 25 % handle. Des Weiteren sei der Schadensverlauf noch nicht abgeschlossen. Die Beklagte erwähnt in ihrer Klageantwort, dass die Beklagten von den Klägern im Betrag von Fr. 10‘000‘000.-- betrieben worden seien. Weil die Angaben der Parteien zum Gesamtschaden nicht übereinstimmen, der Gesamtschaden – gemäss Angaben der Kläger – nicht bezifferbar sei, die Beklagte jedoch von einer Betreibung in Höhe von Fr. 10‘000‘000.-- spricht, ist der Streitwert des Gesamtschadens und damit der Streitwert der Widerklage – in Anlehnung zu Art. 91 Abs. 2 ZPO – auf Fr. 10‘000‘000.-- zu schätzen.

Unbestritten ist, dass der Streitwert der vorliegenden Widerklage den Streitwert der Hauptklage um ein Vielfaches übersteigt. Bestritten und zu prüfen bleibt, ob auf die vorliegende Widerklage einzutreten ist.

aa) Der grammatikalischen Auslegung von Art. 224 Abs. 1 ZPO folgend ist die Zulassung der Widerklage davon abhängig, ob die Haupt- und Widerklage nach der gleichen Verfahrensart beurteilt werden; mithin hängt die Zulassung der Widerklage von der Höhe des Streitwertes ab. Gemäss dieser Auslegung ist auf die vorliegende Widerklage nicht einzutreten, weil der geltend gemachte Anspruch im ordentlichen Verfahren zu behandeln ist, wohingegen die Hauptklage dem vereinfachten Verfahren unterliegt und damit die Haupt- und Widerklage nicht nach der gleichen Verfahrensart beurteilt werden.

bb) Nach dem Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. und 18. Januar 2008 schützt die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart einerseits die Ressourcen der Justiz und bewahrt anderseits die Parteien vor zusätzlichen Kosten. Schliesslich sollen Ansprüche effizient behandelt werden können, wenn sie nach dem vereinfachten (oder summarischen) Verfahren beurteilt werden, weshalb die widerklageweise Geltendmachung von Ansprüchen, welche im ordentlichen Verfahren behandelt werden, nicht zuzulassen sind (Protokoll der Sitzung [der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen] vom 17. und 18. Januar 2008, S. 16 f.). Auch gemäss der Botschaft zur ZPO ist die Widerklage unter anderem an die Voraussetzung geknüpft, dass sie nach der gleichen Prozessart wie die Hauptklage beurteilt wird: „Gilt für die Hauptklage beispielsweise das vereinfachte Verfahren (Art. 239), so kann keine Widerklage erhoben werden, die ins ordentliche Verfahren gehört“ (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221 ff., 7339). Die historische Auslegung von Art. 224 ZPO führt mithin ebenfalls zum Schluss, auf die vorliegende Widerklage nicht einzutreten.

cc) Der Zweck von Art. 224 ZPO liegt darin, gegenseitige Ansprüche der Parteien in einem gemeinsamen Verfahren zu beurteilen und insoweit eine effiziente Erledigung zusammenhängender Streitsachen zwischen denselben Parteien zu ermöglichen (Willisegger, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 3 zu Art. 224). Die Widerklage ist u.a. an die Voraussetzung geknüpft, dass sie nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage beurteilt wird (Willisegger, a.a.O., Art. 224 N 41 ff.; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 224 N 14; Pahud, DIKE-Komm-ZPO,

Art. 224 N 15 f.). Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass – insbesondere aufgrund prozessökonomischer Überlegungen – entgegen dem Wortlaut von Art. 224 Abs. 1 ZPO auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart verzichtet werden solle, wenn die Unterscheidung zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren nur vom Streitwert abhänge. Diesem Ansatz folgend solle Art. 94 Abs. 1 ZPO – wonach sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren von Haupt- und Widerklage bestimmt – auch auf die Verfahrensart angewendet werden (Haas/Schlumpf, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, in: SJZ/RSJ 107/2011, S. 305 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 6.29). Diese Lehrmeinung ist jedoch abzulehnen, weil die Verfahrensart zum Schutz der klagenden Partei erhalten bleiben soll, welche ihre Ansprüche im (kostengünstigeren) Verfahren geltend macht (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, 2. Auflage, Art. 224 N 3). Nicht verkannt wird dabei, dass das Argument der Schutzwürdigkeit des Klägers in der Konstellation von Teilklage und negativer Feststellungswiderklage weniger deutlich zu Tage tritt, weil die Teilklage und negative Feststellungswiderklage anders als in den sonstigen Fällen der Widerklage auf demselben materiellen Anspruch basieren (vgl. nur Haas/Schlumpf, a.a.O., 305 f.); anders als (explizit) gesetzlich vorgesehen zu entscheiden hiesse aber in solchen Konstellationen, den Teilbeklagten bzw. Widerkläger zuungunsten des Teilklägers bzw. Widerbeklagten zu begünstigen (statt den Teilkläger zuungunsten des Widerklägers zu privilegieren). (…).

(Urteil vom 24. November 2015, ZK1 2015 15).

3.3 Sicherheit für die Parteientschädigung und Verrechnungseinrede

- *Die kautionspflichtige Partei kann nicht geltend machen, die Prozesskosten aus früheren Verfahren seien mit ihrer (von der um Kaution ersuchenden Partei bestrittenen) Gegenforderung verrechnet und damit getilgt worden, solange über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der bestrittenen Gegenforderung nicht rechtskräftig entschieden wurde (Erw. 2.d).*

Aus den Erwägungen:

2. d) Der Kautionsgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) setzt voraus, dass unbezahlte Prozesskosten aus einem früheren Verfahren be-

stehen und der entsprechende Kostenentscheid formell rechtskräftig und vollstreckbar ist (Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, Art. 99 N 26; vgl. Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 99 N 16). Bezahlt sind Prozesskosten jedenfalls mit Eingang der tatsächlichen Zahlung (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 73 N 31). Wie es sich hinsichtlich einer Tilgung durch Verrechnung verhält, lässt sich weder der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. BBl 2006, S. 7293 f.) noch den Protokollen der vorberatenden Kommissionen entnehmen. Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO spricht von „Schuld". Dass eine Geldschuld nach privatrechtlichen Bestimmungen auch durch Verrechnung getilgt werden kann, steht ausser Frage (vgl. Art. 120 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220). Unproblematisch ist es daher, wenn Prozesskosten aus früheren Verfahren mit einer unbestrittenen Gegenforderung verrechnet und damit getilgt werden. Diesfalls liegt kein Kautionsgrund vor. Eine differenzierte Betrachtungsweise drängt sich auf, wenn die kautionspflichtige Partei im Kautionsverfahren geltend macht, die Prozesskosten aus früheren Verfahren seien mit ihrer bestrittenen Gegenforderung verrechnet und damit getilgt worden. Art. 120 Abs. 2 OR lässt auch im Falle einer bestrittenen Gegenforderung die Verrechnung zu. Ob die Verrechnung erfolgreich erklärt wurde, kann jedoch erst nach (bzw. mit) der gerichtlichen Feststellung des Bestandes und der Durchsetzbarkeit der Gegenforderung beurteilt werden. Wird die Gegenforderung rechtskräftig abgewiesen, so stand und steht der kautionspflichtigen Partei auch kein Verrechnungsrecht zu (Zellweger-Gutknecht, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Obligationenrecht, Band VI, Bern 2012, Art. 120 N 330 ff.). Art. 99 ZPO bezweckt, die beklagte Partei gegen das Risiko abzusichern, dass die ihr allenfalls zulasten der unterliegenden (klagenden) Partei zugesprochene Parteientschädigung nicht einbringlich ist, sofern Gründe vorliegen, die das spätere Eintreiben schwierig erscheinen lassen (BBl 2006, S. 7294; BGer 4A_46/2015 vom 27. März 2015, E. 4.3). Solange über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der bestrittenen Gegenforderung nicht rechtskräftig entschieden wurde, besteht diese Gefahr fort bzw. hätte die ausgesprochene Verrechnung bei einer späteren vollständigen Abweisung der Gegenforderung keine Grundlage mehr. Die Kautionspflicht würde ihres Sinnes entleert, könnte sich die kautionspflichtige Partei ihr durch Erklärung der Verrechnung mit einer bestrittenen Gegenforderung entziehen (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 25. August 2014, ZK 14 262, E. 3; vgl. Ent-

scheid des Obergerichts Thurgau vom 30. Januar 2001, RBOG 2001 Nr. 33, E. 2.b).

(Verfügung vom 24. Juni 2015, ZK1 2015 19).

3.4 Rechtskraft des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen

- *Rechtskraft von Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (Erw. 4).*
- *Nach dem Rückzug eines Gesuchs um Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren ist ein neues Abänderungsgesuch nur unter der Voraussetzung veränderter Verhältnisse zulässig (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

4. Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren werden in Art. 276 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) geregelt, wobei die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Abs. 1). Vorsorgliche Massnahmen besitzen keine bzw. nur eine beschränkte materielle Rechtskraft und sind unter bestimmten Voraussetzungen abänderbar. Eine Abänderung ist zulässig, wenn seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eintrat oder sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen. Ebenso kann eine Abänderung verlangt werden, wenn sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmerichter wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren oder wenn er die Verhältnisse klar unzutreffend würdigte (Sutter-Somm/Vontobel, ZPO Komm., Art. 276 N 33 ff.; BSK ZGB-Isenring/Kessler, 2010, Art. 179 N 3 f.; BSK ZPO-Sprecher, 2013, Art. 268 N 14 ff.). Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutzentscheids einer Abänderung entgegen. Wird ein Gesuch abgewiesen, so scheitert ein neuer Antrag bei unverändertem Sachverhalt an der Rechtskraftwirkung (BK ZPO-Zingg, 2012, Art. 59 N 111). Eine Änderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die vermeintlich neue Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt wurde (KUKO ZPO-Van de Graaf, Art. 276 N 5; Urteile des BGer 5A_136/2014 vom 5. November 2014, E. 3.2; 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 3.1; 5A_101/2013 vom 25. Juli 2013, E. 3.1).

a) (…).

b) Bei dieser Sachlage ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass dem Abänderungsbegehren vom 25. Juni 2013 im Wesentlichen die gleichen Einkommensverhältnisse des Gesuchstellers zugrunde lagen, wie bereits bei demjenigen vom 10. November 2010. Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit ist deshalb nicht die Frage der Abänderbarkeit der mit Eheschutzverfügung vom 3. Februar 2009 angeordneten Massnahmen, sondern ob bei unveränderten Verhältnissen dasselbe Gesuch um Abänderung von vorsorglichen Massnahmen erneut gestellt werden kann, nachdem das erste Abänderungsgesuch zurückgezogen wurde.

5. a) Bei vorsorglichen Massnahmen über vermögensrechtliche Angelegenheiten im Scheidungsverfahren gilt die Dispositionsmaxime (Fankhauser, Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch, 2004, S. 45). Im Rahmen der Dispositionsmaxime sind die Parteien frei, das Verfahren jederzeit ohne Entscheid zum Abschluss zu bringen (Leumann Liebster, in: Kommentar zur ZPO, 2013, Art. 241 N 6). Der Klagerückzug ist mithin unbeschränkt und jederzeit zulässig (BSK ZPO-Steck, 2013, Art. 241 N 29 ff.). Ein vorbehaltloser Klagerückzug hat die gleiche Wirkung wie eine Klageabweisung und bewirkt die materielle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Die klagende Partei ist wegen der Fortführungslast grundsätzlich gezwungen, die Klage weiterzuverfolgen oder ihres angeblichen Rechts verlustig zu gehen. Dies gilt dann nicht, wenn der Klagerückzug „angebrachtermassen" gemäss Art. 63 ZPO erfolgt oder nach Zustellung der Klage an die beklagte Partei diese dem Klagerückzug vorbehaltslos zustimmt (Art. 65 ZPO) (BSK ZPO-Steck, Art. 241 N 35).

b) Demzufolge muss der Rückzug eines Gesuchs auch im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen zulässig sein (vgl. Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2014, Nr. 1.15). Ob der Rückzug eines solchen Gesuches jedoch dieselben Wirkungen zeitigt wie bei einem Klagerückzug, ist nicht geklärt (vgl. BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 90 ff.). Zumindest sollte eine Neuerhebung nach einem Rückzug des Gesuchs zulässig sein, wenn der Rückzug des ersten Gesuchs erfolgt ist, nachdem das Gericht ihn der Gegenpartei zugestellt und diese dem Rückzug zugestimmt hat; bevor das Gericht entschieden hat; nach einem abweisenden Entscheid über die superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen oder einem Nichteintretensentscheid, ohne dass das Gesuch der Gegenpartei zugestellt wurde; nach einem gutheissenden Ent-

scheid über die superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen, bevor er vollstreckt wird; unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung, wenn es um die Verbesserung fehlerhafter Gesuchseinreichung geht (Art. 65 ZPO); sowie unter den Bedingungen von Art. 268 ZPO (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 90 ff.). Wurde demnach ein früheres Massnahmebegehren vorbehaltlos zurückgezogen und das Verfahren in der Folge vom Gericht abgeschrieben, sollte bei der Einreichung eines (neuen) Gesuchs mit identischen Begehren im Verfahren derselben Erkenntnisstufe materielle Rechtskraft angenommen werden (vgl. BSK ZPO-Sprecher, Art. 268 N 7; vgl. BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 111).

c) Demgegenüber wird im Rahmen des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens keine Verletzung des Grundsatzes der abgeurteilten Sache angenommen, wenn ein erstmaliges Massnahmegesuch zurückgezogen und in der Folge erneut eingereicht wird (vgl. Urteil des BGer 5A_770/2013 vom 13. Februar 2014, E. 2.3.1). Diese Rechtsfolge kann indessen nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden, da der Rückzug eines Abänderungsbegehrens nicht vergleichbar ist mit dem Rückzug eines Gesuchs um erstmaligen Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Dies zumal im letzteren Fall gerade keine Massnahmen angeordnet werden, weshalb bei erneutem Gesuch nicht über eine Abänderung derselben zu befinden wäre, sondern originär, d.h. auch ohne Vorliegen von Abänderungsgründen, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen wären (vgl. Urteil des BGer 5A_770/2013 vom 13. Februar 2014, E. 2.3.1; vgl. Urteil des BG Meilen Nr. 47 vom 18. Januar 1989, in: SJZ 85/1989, S. 265 ff.). Nach dem Gesagten verhält es sich so, dass die Einreichung des Abänderungsbegehrens vom 25. Juni 2013, welches – wie das zurückgezogene Gesuch vom 10. November 2010 – wiederum mit den seit dem Erlass der (Eheschutz-)Massnahmen am 3. Februar 2009 eingetretenen Veränderungen begründet wird, nicht zulässig ist. Weitere Gründe, welche bei unveränderten Verhältnissen zu einer erneuten Einreichung des Abänderungsbegehrens berechtigen würden, bringt der Gesuchsteller keine vor. Das Vorgehen der Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden. (…).

(Urteil vom 3. März 2015, ZK2 2014 58; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGE 141 III 376 abgewiesen).

3.5 Rückzug der Scheidungsklage im Berufungsverfahren, Kompetenzattraktion, zwingende Einigungsverhandlung

- *Der Rückzug der Scheidungsklage dürfte nach neuem Recht im Berufungsverfahren vorbehältlich des Rechtsmissbrauchs zulässig sein (Erw. 1.c).*
- *Der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist mit dem in der Hauptsache gegebenen Rechtsmittel anzufechten, sofern auch in der Hauptsache Berufung erklärt wird (Erw. 2).*
- *Die Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO ist grundsätzlich zwingend (Erw. 3.a).*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

c) Schliesslich ist zu prüfen, ob der Rückzug der Scheidungsklage im Berufungsverfahren zulässig ist. Gemäss Bundesgerichtsurteil vom 22. Mai 1958 galt unter dem damaligen Scheidungsrecht der Grundsatz, dass der Rückzug einer Scheidungsklage in jeder Instanz zulässig ist, solange die Scheidungsfrage noch rechtshängig ist (BGE 84 II 232 E. 3; Lüchinger/Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, 1996, N 11 zu Vorbemerkungen zu Art. 137 ff. ZGB und N 6 zu Art. 143 ZGB). Nachdem am 1. Januar 2000 die Totalrevision des Scheidungsrechts in Kraft trat, waren die Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren auch auf die Scheidungsklage anwendbar, sofern der beklagte Ehegatte der Scheidung ausdrücklich zustimmt oder Widerklage erhebt (Art. 116 aZGB). Allerdings konnte die ausdrückliche Zustimmung zur Klage durch die beklagte Partei vor Ablauf der zweimonatigen Bedenkfrist gemäss Art. 111 Abs. 2 aZGB frei widerrufen werden. Erfolgte innert der zweimonatigen Bedenkfrist kein Widerruf, war der geäusserte Scheidungswille für beide Parteien bindend und grundsätzlich unwiderruflich. Ein Widerruf zur Zustimmung zur Scheidung oder ein einseitiger Rückzug der Klage oder Widerklage war dann nicht mehr möglich (Steck, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, 2002, N 26 ff. zu Art. 116 ZGB). Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Jahr 2011 wurde das Scheidungsverfahren erneut revidiert. Neu übernimmt Art. 292 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) die Funktion von Art. 116 aZGB. Die Formulierung weicht jedoch von Art.

116 aZGB ab und auch inhaltlich ergibt sich eine wesentliche Änderung bzw. Einschränkung insofern, als nicht mehr jedes nachträgliche Einverständnis der beklagten Partei mit der Scheidung zu einem Verfahrenswechsel führt. Ausserdem wurde die in Art. 111 Abs. 2 aZGB festgehaltene zweimonatige Bedenkfrist per 1. Februar 2010 abgeschafft (Gloor, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2014, N 10 zu Art. 111 ZGB). Demnach dürfte der Rückzug der Scheidungsklage nach neuem Recht im Berufungsverfahren wieder zulässig sein.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet (Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Der Kläger führt als einzige Begründung für den Klagerückzug die angebliche Voreingenommenheit des Vorderrichters an. Er macht nicht geltend, dass er sich zwischenzeitlich nicht mehr von der Beklagten scheiden lassen will. Viel mehr weist die Begründung darauf hin, dass der Kläger ein Scheidungsurteil des betreffenden Einzelrichters nicht akzeptieren will, obschon dessen Unvoreingenommenheit sowohl vom Kantonsgericht als auch vom Bundesgericht festgestellt wurde. Der Kläger führt denn auch nicht näher aus, inwiefern der Vorderrichter voreingenommen sein soll. Offenbar will der Kläger durch den Klagerückzug eine andere Zuständigkeit erwirken (…). Ein Rückzug der Scheidungsklage einzig zur Erwirkung einer anderen Zuständigkeit ist jedoch rechtsmissbräuchlich, weshalb der Klagerückzug nicht zu schützen ist. (…).

2. (…). Der Entscheid über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist grundsätzlich mit Beschwerde innert 10 Tagen anzufechten (Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO). Erging der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege jedoch zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache, ist in der Lehre umstritten, welches Rechtsmittel zu ergreifen ist. Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege immer mit Beschwerde anzufechten ist, auch wenn er gemeinsam mit dem Entscheid in der Hauptsache erging (Jent-Sørensen; in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkommentar ZPO, N 1 zu Art. 121 ZPO; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, N 4 zu Art. 121 ZPO; Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, Rz. 883). Eine Minderheit ist der Auffassung, dass der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Hauptrechtsmittel anzufechten ist, wenn der Entscheid gemeinsam mit dem Entscheid in der Hauptsache erging (Bühler, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, N 6 zu Art. 121 ZPO; vgl. auch Blickenstorfer, in:

Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2011, N 20 zu Art. 319 ZPO; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 493). Vorliegend erging der Entscheid über das Gesuch zur unentgeltlichen Rechtspflege zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache. Entgegen der überwiegenden Lehrmeinung ist davon auszugehen, dass der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege mit dem in der Hauptsache gegebenen Rechtsmittel anzufechten ist, sofern auch in der Hauptsache Berufung erklärt wird. Die Anfechtung des Entscheids über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege mittels Beschwerde würde zu einer Spaltung des Rechtsmittelweges führen. Dies erscheint gerade im vorliegenden Fall nicht praktikabel, da die Erwägungen zur Hauptsache auch für die Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege relevant sind oder sein können. (...).

3. (...).

a) (...). Gemäss Art. 291 ZPO lädt das Gericht die Ehegatten zu einer Einigungsverhandlung vor und klärt ab, ob der Scheidungsgrund gegeben ist. Steht der Scheidungsgrund fest, versucht das Gericht zwischen den Ehegatten eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Einigungsverhandlung grundsätzlich immer durchzuführen. Das Bundesgericht begründet dies mit dem Wortlaut des Gesetzes, der systematischen Stellung von Art. 291 Abs. 1 ZPO sowie dem Zweck der Einigungsverhandlung. Der Versuch, eine Einigung über die Scheidungsfolgen zu erzielen, geniesst unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung einen hohen Stellenwert. Das Bundesgericht hat bislang aber offen gelassen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen Ausnahmen von diesem Grundsatz zulässig sind (BGE 138 III 366 E. 3.1.5). Der überwiegende Teil der Lehre geht mit dem Bundesgericht darin überein, dass die Einigungsverhandlung grundsätzlich immer durchzuführen ist. In Ausnahmefällen soll aber davon abgewichen werden können (van de Graaf, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkommentar ZPO, N 1 zu Art. 291 ZPO; Spycher, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N 20 zu Art. 291 ZPO; Bähler, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2011, N 2 ff. zu Art. 291 ZPO; Siehr/Bähler, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar ZPO, 2013, N 2 zu Art. 291 ZPO). Eine abweichende Meinung vertreten Sutter-Somm/Lazic, welche die Durchführung einer Einigungsverhandlung zwar nicht als zwingend erachten; auch ihrer Auffassung nach soll es aber die Regel bilden (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

2013, N 5a zu Art. 291 ZPO). Als Ausnahme kommen gemäss der herrschenden Lehre vor allem prozessökonomische Gründe in Frage, bspw. wenn die beklagte Partei nachrichtenlos abwesend ist oder wenn sich aus der Eingabe der beklagten Partei eindeutig ergibt, dass das Ziel einer Einigung anlässlich der Verhandlung als illusorisch erscheint. Nach Ansicht von Bähler macht die Durchführung einer Einigungsverhandlung ausserdem dann keinen Sinn, wenn die beklagte Partei den Scheidungsgrund bestreitet und die Klage bekämpfen will (Sutter-Somm/Lazic, a.a.O., N 5a zu Art. 291 ZPO; van de Graaf, a.a.O., N 1 zu Art. 291 ZPO; Spycher, a.a.O., N 20 zu Art. 192 ZPO; Bähler, a.a.O., N 5 zu Art. 291 ZPO; Siehr/Bähler, a.a.O., N 2 zu Art. 291 ZPO). Zu den Folgen einer nicht durchgeführten Einigungsverhandlung hat sich das Bundesgericht bislang nicht geäussert. Lediglich in einem früheren Entscheid betreffend die Anfechtung einer erstinstanzlichen prozessualen Anordnung in einem Scheidungsverfahren, mit welcher die Durchführung einer Einigungsverhandlung verweigert wurde, hielt das Bundesgericht fest, dass eine Einigungsverhandlung nicht nachgeholt werden kann. Die Angelegenheiten, welche Gegenstand der Einigungsverhandlung bilden, müssten dann allenfalls in anderem Zusammenhang behandelt werden. Selbst falls die Möglichkeit bestehen sollte, die übergangenen Verfahrensinhalte in einer anderen Prozessphase nachzuholen, ändere dies aber nichts daran, dass in womöglich rechtswidriger Weise ein Prozessabschnitt übersprungen worden sei. Dieser verfahrensmässige Nachteil lasse sich im weiteren Prozess und im Endurteil nicht beseitigen, weshalb das Bundesgericht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bejaht hat (BGE 137 III 380 E. 1.2.4).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger am 27. Juni 2011 eine begründete Scheidungsklage eingereicht. Anstatt die Parteien zu einer Einigungsverhandlung vorzuladen, hat der Vorderrichter der Gegenpartei mit Verfügung vom 12. Juli 2011 Frist angesetzt, um eine Klageantwort einzureichen. (…). Aus den vorinstanzlichen Unterlagen ergibt sich, dass keine Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 Abs. 1 ZPO angesetzt wurde. Nach oben Gesagtem ist die Einigungsverhandlung grundsätzlich zwingend. Aus dem vorinstanzlichen Scheidungsurteil geht nicht hervor, weshalb keine Einigungsverhandlung durchgeführt wurde. Auch in den Eingaben der Parteien deutet nichts darauf hin, dass ein Ausnahmefall vorliegen könnte, zumal keine Partei nachrichtenlos abwesend war oder eine Einigung von Vornherein ausser Frage gestellt hat. Der Vorderrichter hat damit unrechtmässigerweise keine Einigungsverhandlung durchgeführt. Ob alleine die Tatsache, dass keine Einigungsverhandlung durchgeführt wurde, zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führen würde, kann vorliegend offen gelassen werden. (…).

(Beschluss vom 15. Dezember 2015, ZK1 2015 38 und 41 sowie ZK2 2015 39; eine Beschwerde in Zivilsachen BGer 5A_62/2016 ist im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch hängig).

4. Strafrecht

4.1 Putativnotwehr eines Polizeibeamten („Windstock")

- *Abgrenzungen der polizeitaktischen Vorgaben von den strafrechtlich massgebenden Rechtfertigungsumständen: Objektiv liegt keine Notwehrsituation vor (Erw. 4.c).*
- *In dubio pro reo ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte hinreichenden Anlass zur Annahme einer Notwehrsituation hatte und nicht nur in einer blossen Vorstellung eines möglichen Angriffs handelte (Erw. 4.d).*
- *Bei vorsichtiger Befolgung der polizeitaktischen Grundsätze hätte der Beschuldigte seinen Irrtum vermeiden können (Erw. 4.e).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 12. September 2012 folgten die beiden Polizeibeamten P. und T. in einem Polizeibus dem als gestohlen gemeldeten VW-Bus T 5, (...) vom „Wolfsprung" aus durch den Mositunnel und nach einigen Umwegen im Talkessel Schwyz auf der Ibergereggstrasse in Richtung Passhöhe. Sie verdächtigten aufgrund von Polizeiinformationen die Insassen der Beteiligung an Einbrüchen und Fahrzeugdiebstählen im Urnerland. Beim Lichtsignal einer Baustelle oberhalb des „Windstockes" beschlossen die Polizisten, den verdächtigen VW-Bus zu stoppen. Dabei erschoss P. mit seiner Dienstwaffe den Beifahrer V. sel. und verletzte den Fahrer am rechten Oberarm. Deswegen wurde P. durch die kantonale Staatsanwaltschaft der vorsätzlichen Tötung des Beifahrers im Sinne von Art. 111 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), eventualiter dessen fahrlässiger Tötung im Sinne von Art. 117 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 StGB sowie der fahrlässigen Körperverletzung des Fahrers im Sinne von Art. 125 Abs. 1 StGB angeklagt.

Aus den Erwägungen:

4. (...).

c) In der nach dem Aufreissen der Türe durch den wider Erwarten auftauchenden Beifahrer ausgelösten Phase der individuellen Handlungsentscheidung zum Schusswaffengebrauch war der Beschuldigte auf sich allein gestellt (vgl. unten lit. d). Er wusste, dass ihm niemand helfen konnte. Davon ist die teilweise an polizeitaktischen Grundsätzen zu beurteilende Vorgehensweise des Beschuldigten in der bis und mit Türöffnung dauernden ersten Phase abzugrenzen (lit. e). In den beiden Phasen stellen sich unterschiedliche Anforderungen an die Verhältnismässigkeit (vgl. auch Dienstbefehl „Polizeilicher Schusswaffengebrauch" Ziff. 4.4.1; zur Unterscheidung von vorhersehbaren und nicht vorhersehbaren Einsätzen vgl. auch Hug, Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Zürich 1980, S. 99 ff.). Ob ein Schusswaffengebrauch gerechtfertigt war oder nicht, entscheidet sich nach dem Wissen, das der Betreffende zum Zeitpunkt der Schussabgabe hatte und nicht aufgrund der erst nachträglich gewonnenen Kenntnis aller und in Ruhe präzis abgewogenen Umstände der Ausgangssituation (ebd. Ziff. 4.5.1; Hug, a.a.O., S. 115 ff.). Auch polizeirechtlich bestehen unterschiedliche Tatbestände. In der ersten Phase stehen die Voraussetzungen des Schusswaffeneinsatzes zur Fluchtverhinderung von Personen, die sich schwerer Straftaten verdächtig gemacht haben, im Vordergrund (§ 21 Abs. 2 lit. b des Polizeigesetzes vom 22. März 2000, PolG, SRSZ 520.110). In der zweiten Phase geht es um die Anforderungen einer Rechtfertigung des Schusswaffengebrauchs zur Abwehr eines unmittelbaren gefährlichen Angriffs nach der Vorschrift von § 21 Abs. 2 lit. a PolG (vgl. auch oben lit. a). Dieser Bestimmung gehen jedoch die strafrechtlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen vor (vgl. oben lit. b). Es ist zu beachten, dass durch den Phasenwechsel der direkte handlungsgenerische Einfluss polizeitaktischer Vorgaben unterbrochen wird. Mit dem Schusswaffengebrauch sind schliesslich ethisch-moralische Fragen verbunden, deren Diskussion auch im vorliegenden Urteil nicht abschliessend erfolgen können. Jegliche Gewaltanwendung gegenüber gefährlichen Personen muss aber primär darauf gerichtet sein, sie unter Schonung ihres Lebens widerstands- und/oder fluchtunfähig zu machen, wobei eine absichtliche Tötung in Notwehr rechtmässig sein kann, wenn keine andere Möglichkeit der Abwehr eines unmittelbar lebensbedrohlichen Angriffes mehr gegeben ist. Die Anforderungen an eine solche Ausnahmesituation sind allerdings so hoch, als zuvor versucht werden muss, schon das Entstehen einer unmittelbar lebensbedrohlichen Situation mit entsprechend gezieltem takti-

schem Vorgehen zu verhindern (Mohler, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, 2012, N 369 f.).

Daraus ergibt sich in casu Folgendes: Grundsätzlich hatten die Insassen des verfolgten, gestohlenen VW-Busses den Polizeieinsatz zu dulden und durften sich dagegen nicht wehren, da dieser zufolge der vorliegenden Informationen über eine Beteiligung an Einbruchdiebstählen im Urnerland polizeirechtlich gerechtfertigt war (vgl. dazu Stratenwerth, AT I, 2011[4], § 10 N 72). Selbst wenn das Öffnen der Beifahrertüre nicht durch die Polizeitaktik gedeckt sein sollte, ändert dies für die zweite Phase des Geschehens also nichts daran, dass die VW-Bus-Insassen die Anhaltung – unter mit gestreckten Armen vorgehaltener Schusswaffe – nicht abwehren durften und der Beschuldigte im Falle eines Gegenangriffs zur Notwehr befugt war (vgl. auch oben lit. b in fine). Zur Beurteilung der Situation nach der Türöffnung stehen polizeitaktische Anweisungen bzw. Überlegungen und mithin das zu diesem Thema beantragte Gutachten nicht im Vordergrund (vgl. in tatsächlicher Hinsicht: oben E. 3.a). Da der verstorbene Beifahrer unbewaffnet war und den Arm bloss von unten nach oben, aber nicht in Richtung des Beschuldigten bewegt hatte, bestand objektiv betrachtet keine Notwehrsituation. Von einer blossen Bewegung einer unbewaffneten Hand ging der Beschuldigte laut eigenen Aussagen aber nie aus. Er befürchtete stets, dass sich in der durch die Armanhebung bewegten Hand eine Waffe befand, und stellte sich nicht vor, eine Bewegung einer unbewaffneten Hand allein würde ihn schon zur Abwehr berechtigen (allfälliger Rechtsirrtum). Unabhängig von polizeitaktischen Überlegungen (unten lit. e) ist daher zunächst die Situation nach der Türöffnung in Bezug auf die geltend gemachte Putativnotwehr zu beurteilen (lit. d).

d) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll der vermeintlich Angegriffene Umstände nachweisen können, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, er befinde sich in einer Notwehrlage. Die blosse Vorstellung von der Möglichkeit eines Angriffs genügt nicht für die Annahme von Putativnotwehr (BGer 6B_466/2012 vom 8. November 2012 E. 3.4.3 mit Hinweis auf BGE 93 IV 81 S. 84 f. lit. b; BGer 6P.76/2005 vom 15. November 2005 E. 5.3; Stratenwerth, a.a.O., N 71). Der damit an sich statuierten Beweislast des Beschuldigten ist jedoch zufolge des Grundsatzes „in dubio pro reo“ mit Vorsicht zu begegnen, da der bundesgerichtlichen Praxis ein alter Entscheid über einen Zivilanspruch zugrunde liegt (BGE 44 II 152). (...).

aa) Zutreffend gibt die Vorinstanz zu bedenken, dass der Beschuldigte über den Schusswaffengebrauch innert Sekundenbruchteilen zu ent-

scheiden hatte (wobei sie sich allerdings auf den nicht einschlägigen, nämlich einer Konstellation von § 21 Abs. 2 lit. b PolG ähnlichen Fall beruft: BGer 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 3). Der Faktor Zeit ist bei der Notwehr in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Einerseits genügt das Vorliegen einer unmittelbaren Bedrohung, da die Wirksamkeit der Verteidigung oft davon abhängt, dass der Abwehrende dem rechtswidrigen Angriff zuvorzukommen vermag (vgl. schon Dubs, ZStrR 1973 S. 342 f.). Mit anderen Worten vermag ein bevorstehender Angriff eine Abwehr schon zu rechtfertigen, obwohl er noch nicht begonnen hat. Andererseits soll sich die wirksame Abwehr nicht aufgrund der Auswahl des Abwehrmittels verspäten (vgl. dazu auch Stratenwerth, a.a.O., N 76). Beides ändert aber nichts an der Bedeutung von Umständen, welche den behaupteten Glauben des Beschuldigten bestätigen, dass ihm ein Angriff vom Beifahrer unmittelbar drohte. Zu beurteilen ist also, ob Umstände ersichtlich sind, die beim Beschuldigten den Glauben erwecken konnten, er befinde sich schon in einer Notwehrlage, die ihm keine Zeit mehr liesse, den Beginn eines konkreten Angriffs wahrzunehmen und die Angemessenheit seiner Abwehr abzuschätzen. Ein derart drohender Angriff muss an äusseren Anzeichen, namentlich dem Verhalten des Angreifenden erkennbar sein (vgl. auch Hug, a.a.O., S. 33). Psychische, Wahrnehmungsfähigkeiten einschränkende Belastungen allein können Falschinterpretationen des Sachverhalts nicht rechtfertigen (BGer 6P.76/2005 vom 15. November 2005 E. 5.3), was umso mehr in vorliegendem Fall eines für solche Situationen polizeifachmännisch ausgebildeten Beschuldigten gelten muss. Auch polizeitaktische Überlegungen sind in dieser Phase, in welcher sich der Beschuldigte in eine Notwehrlage versetzt wähnte, wie gesagt nicht von Belang (vgl. oben lit. c).

V. sel. hatte keine Waffe zur Verfügung, womit objektiv keine Notwehrsituation gegeben war (vgl. schon oben E. 2 und 4.c). Nach den Aussagen des Beschuldigten war äusserer Anlass seines Schusswaffengebrauchs eine nicht speziell gegen ihn gerichtete, sondern nur von unten nach oben geführte Armbewegung des daraufhin erschossenen Beifahrers, der ihm zudem innert denselben Sekundenbruchteilen zugleich noch das Gesicht zugewandt haben soll. Soweit die Rechtsprechung für die subjektive Rechtfertigung (Putativnotwehr) die Wahrnehmung von Anzeichen für das Vorliegen einer die entsprechende Abwehr nahelegenden unmittelbaren Gefahr verlangt, wie zum Beispiel eine Bewegung, die in diesem Sinne gedeutet werden kann (BGE 93 IV 83; vgl. auch Hug, S. 107 f. sowie Fall FN 16 brüske Schulterbewegung gegen den nach Waffen abtastenden Polizeibeamten), hält die Staatsanwaltschaft die Wahrnehmung des Beschuldigten nicht ohne Grund für dürftig (vgl. oben E. 3.c). Der Beschuldigte bemerkte nur eine von ihm nicht näher be-

schriebene, von unten nach oben geführte Bewegung des rechten Arms, ohne die Hände bzw. die weissen Handschuhe, geschweige denn die ohnehin nicht vorhandene Waffe wahrgenommen zu haben. Dass diese Hand- resp. Armbewegung besonders schnell gewesen sei, lässt sich seinen ersten Aussagen jedoch nicht entnehmen. Diese Aussagen enthalten wenig konkrete äusserliche Anhaltspunkte, welche auf einen unmittelbar drohenden Angriff hinweisen würden. Sie schildern eine Wahrnehmung, die sich insoweit kaum von einer Putativnotwehr nicht rechtfertigenden blossen Vorstellung einer Angriffsmöglichkeit unterscheidet. Daher erweist sich vorliegender Sachverhalt als heikler Grenzfall. In dubio pro reo legen aber der äussere Tathergang sowie die nachvollziehbaren inneren Einstellungen des Beschuldigten nahe, dass ihm der lebensgefährliche Angriff nicht nur als blosse Möglichkeit vorschwebte, sondern er davon tatsächlich überzeugt vermeinte, sich keine weitere Zeit mehr zur Abklärung der Situation lassen zu können. (…).

dd) Es ist mithin von Umständen auszugehen, die beim Beschuldigten den Glauben erwecken konnten, dass er mit einer Waffe angegriffen werde und keine Zeit mehr habe, sich zu vergewissern, ob es sich tatsächlich so verhielt. Die Staatsanwaltschaft beantragt angesichts des polizeilichen Grundsatzes „Im Zweifel nicht schiessen“ und den erwähnten hohen Anforderungen an die Annahme einer Notwehrsituation in einem Polizeieinsatz (vgl. oben E. 4.c) zwar mit guten Gründen eine nicht zu rechtfertigende vorsätzliche Tötung. Nach dem Gesagten sind aber die für den Strafrichter ausschlaggebenden, zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigenden, massgebenden praktischen Zweifel daran, dass die nicht erwartete Präsenz des Beifahrers und dessen Armbewegung massgebliche Ursache für die Schussabgabe war, vorliegend im Ergebnis nicht restlos auszuräumen. Dass der Beschuldigte sich vom Beifahrer überraschen liess und sich aufgrund der Armbewegung seines Lebens bedroht sah, lässt darauf schliessen, dass es ihm nicht um die Deckung unzulässiger eigenmächtiger Ausübung polizeilicher Funktionen ging (vgl. dazu Stratenwerth, ebd. N 70). Die Befürchtung des Beschuldigten, der Beifahrer, mit dessen Anwesenheit er zufolge fehlerhafter Annahme in der ersten Phase des Geschehens vor der Türöffnung (dazu unten lit. e/cc), nicht gerechnet hatte, würde eine Waffe gegen ihn einsetzen, war aufgrund der dargelegten Umstände akut, so dass er konkreten Anlass zu einer wirksamen Abwehr innert Sekundenbruchteilen hatte. Da vor den Schranken des Gerichts der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt, ist dem Beschuldigten Putativnotwehr zuzubilligen. (…).

e) Wer eine Person in vermeintlicher Notwehr tötet, tötet sie willentlich, doch richtet sich der Wille des Täters nicht auf die Verwirklichung von Unrecht, sondern auf die Ausübung eines Rechts, weshalb es an dem für vorsätzliches Verhalten charakteristischen Handlungsunwert fehlt wie beim Sachverhalts- bzw. Tatbestandsirrtum (Niggli/Maeder, BSK StPO, 2013[3], Art. 13 N 13; Stratenwerth, a.a.O., N 113). Handelte der Beschuldigte in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt (vorliegend das Bestehen einer Notwehrsituation), so beurteilt das Gericht die Tat zu seinen Gunsten nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellte (Art. 13 Abs. 1 StGB). Nicht aufgewogen wird dadurch ein allenfalls in der ungewollten Herbeiführung des Erfolgs liegendes Unrecht, weshalb der Täter, der den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können, wegen Fahrlässigkeit strafbar ist, wenn die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist (Art. 13 Abs. 2 StGB; Niggli/Maeder, a.a.O. mit Hinweisen), was vorliegend der Fall ist (vgl. Art. 117 StGB).

aa) Das Strafgericht befand, der Beschuldigte hätte seine falschen Vorstellungen über die Notwehrsituation bei pflichtgemässer Vorsicht, nämlich unter Einhaltung der polizeitaktischen Grundsätze, vermeiden können, und sprach ihn im Sinne der Eventualanklage der fahrlässigen Tötung schuldig. Auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz kann an dieser Stelle mit folgenden Bemerkungen verwiesen werden: Die Strafkammer geht in Abweichung zur Vorinstanz davon aus, dass sich in vorliegender Situation ein längeres Zuwarten mit dem Zugriff gerechtfertigt hätte. Zum einen kreuzte der verkehrsregelkonform fahrende VW-Bus erst kurz vorher einen entgegenkommenden Personenwagen, ohne diesen zu gefährden bzw. ohne dessen Insassen gegenüber gefährlich zu werden. Morgens um 06.00 Uhr war auf der Strecke über die Ibergeregg nicht mit regem Fahrzeug- und Personenverkehr und damit mit einer akuten erheblichen Gefährdung von Dritten zu rechnen. Zudem konnten die Polizisten in absehbarer Zeit auf Verstärkung zählen, waren doch zwei Polizeifahrzeuge weniger als einen Kilometer hinter ihnen und hätten bei der gemächlichen Nachfahrt schnell aufschliessen können, bevor der verdächtige VW-Bus wieder stärker besiedeltes Gebiet erreicht hätte. Ferner war auch eine Patrouille von Einsiedeln her in Richtung Ibergeregg unterwegs, so dass eine Standardkontrolle mit Legen von Nagelgurten in Aussicht stand. Selbst wenn die Anhaltung des VW-Busses beim Rotlicht oberhalb des „Windstockes“ polizeitaktisch nicht zu bemängeln wäre, bestand für den Beschuldigten kein Grund, die Türe aufzureissen, bevor sein Kollege Position bezogen hatte und sie zusammen mit der nahen Verstärkung feststellen konnten, ob sich wie erwartet nur eine

oder mehrere Personen im VW-Bus befänden (dazu auch noch unten lit. cc). (…).

cc) Wie oben dargetan, entlastet die Überraschung wegen der Anwesenheit des Beifahrers den Beschuldigten im Schuldpunkt wesentlich (lit. d/aa/ccc und d/dd). Dass er sich nicht hätte von einem zweiten Insassen überraschen lassen dürfen, entspringt einer Unvorsichtigkeit, welche nicht direkt polizeitaktischer Natur ist. Sie betrifft nämlich einen Fehler bei der Evaluation von Informationen, derer er sich sicher sein musste. Ohne gesicherte Informationen können namentlich die für die Planung eines Einsatzes erforderlichen Massnahmen (beispielsweise die Aufbietung einer genügenden Anzahl von Polizeibeamten, die sich bei der Aktion gegenseitig sichern können) nicht getroffen werden, die unliebsame Überraschungen auf ein Mindestmass zu reduzieren vermögen (vgl. Hug, a.a.O., S. 102 f.). Der Beschuldigte und sein Polizeikollege hatten keinen hinreichend sicheren Anlass auszuschliessen, dass sich neben dem Fahrer weitere Insassen im VW-Bus aufhalten könnten; denn derart sichere Beobachtungen waren ihnen bei der nächtlichen Nachfahrt nicht möglich. Diesen Umstand musste auch der Beschuldigte einräumen. Es war deshalb leichtsinnig, bloss aus dem Umstand, dass sie während der nächtlichen Nachfahrt ausser dem Fahrer keine weiteren Personensilhouetten sahen, zu schliessen, im verfolgten Fahrzeug würde sich nur ein Fahrer befinden. Diese Schlussfolgerung war umso fragiler, als sie von bandenmässigem Vorgehen und davon ausgingen, als Polizisten erkannt worden zu sein. Die Vermutung hätte deshalb offensichtlich vor dem Türöffnen einer Überprüfung bedurft. So verlangen die IPH-Ausbildungsunterlagen vor einer Festnahme aus dem Fahrzeug nachvollziehbar, dass dieses grob nach weiteren Personen durchsucht wird und unter Waffendrohung die Hände der Insassen zu zweit von aussen kontrolliert werden, um Überraschungen zu vermeiden. Erst dann erfolgt im polizeitaktisch vorgegebenen Ablauf der Zugriff, nämlich werden die Personen in der Regel beginnend mit dem Fahrer aus dem Fahrzeug genommen. Diese Überprüfung verhinderte der Beschuldigte in der Folge dadurch, dass er die Beifahrertüre aufriss, anstatt sich selber in eine sichere Position zu begeben und abzuwarten, bis wenigstens sein Kollege ihn sichern konnte (vgl. unten lit. dd). Er vereitelte damit von Vornherein ein polizeitaktisch richtiges, verhältnismässiges Vorgehen, wie er es in der Ausbildung gelernt hatte und wie durch Weiterbildung sowie „differenzierendes“ Denken zu gewährleisten ist.

dd) Entgegen der Auffassung der Verteidigung entspricht das Verhalten des Beschuldigten bis zur Öffnung der Beifahrertüre auch nicht den

polizeitaktischen Vorgaben, ganz abgesehen davon, dass der Beschuldigte es unterliess, sich überhaupt das erforderliche Wissen für taktisch korrekte Entscheidungen zu verschaffen (namentlich betreffend die Anzahl der Insassen), um sich nicht überraschen zu lassen (oben lit. cc).

aaa) (…). Aus den erwähnten polizeilichen Ausbildungsunterlagen geht jedoch insgesamt klar hervor, dass Fahrzeugkontrollen wenigstens zu zweit derart abgestimmt vorzunehmen sind, dass die Möglichkeit akustischer und visueller Kommunikation gewährleistet ist. Dies setzt voraus, dass vor einer Kontrolle bzw. einem Zugriff in das Innere eines Fahrzeugs allenfalls unterbrochener Blick- und Sprachkontakt wieder hergestellt sein muss, um gesichert vorgehen zu können. Vorzuwerfen ist daher dem Beschuldigten, dass er mit der Kontrolle bzw. dem Zugriff durch das Aufreissen der Beifahrertür begann, ohne sich der Position und der visuellen und verbalen Kontaktmöglichkeiten mit seinem Kollegen zu vergewissern. Ohne solche Kontaktmöglichkeiten kommt eine Kontrolle aus Sicherheitsgründen nicht in Frage. Zuerst ist das Fahrzeug zu sichern, um dann koordiniert die Anzahl der Insassen evaluieren zu können (vgl. oben lit. cc). Erst dann hätte entschieden werden dürfen, wie weiter zu verfahren ist, wobei bei der Feststellung einer Mehrzahl von Tätern das Eintreffen der Verstärkung abzuwarten gewesen wäre.

bbb) Der Übergang zur zweiten Phase des Zugriffs, sei es mit dem Ziel einer Kontrolle oder Festnahme, bedingt neben sichergestellten Kommunikationsmöglichkeiten das Vorhandensein der Waffenhoheit. Waffenhoheit bedeutet Sicherheit darüber, dass kein überraschender Angriff mit Waffen von der Gegenseite erfolgen kann. Indem der Beschuldigte die Türe auf der Beifahrerseite aufgerissen hatte, bevor sein Kollege in Position gehen und das Fahrzeug sowie ihn absichern konnte, verstiess er in schwerwiegender Weise gegen polizeitaktische Grundsätze. Diesen Entscheid fällte er alleine relativ spontan, weil er angeblich bei den damaligen Wetterverhältnissen bei geschlossenen Türen und verregneten Fenstern den Fahrer besser erkennen wollte. Sein Kollege hatte offenbar ein anderes Ziel. Er verneinte, sie hätten die Täterschaft bereits festnehmen wollen, bevor Kollegen hätten Unterstützung leisten können, und gab zu Protokoll, wie polizeitaktisch korrekt vorzugehen gewesen wäre:

> So wie wir es lernten, hätten wir die Täter mit gezogener Waffe gestellt und hätten die Situation eingefroren, bis die Unterstützung da gewesen wäre. So lernten wir es.

(…).

ccc) (…). Ebenso ist erstellt und unbestritten, dass die „L-Position“ nie eingenommen wurde. Allerdings meint die Verteidigung, dass die Beamten in diesem Bestreben vorliegend durch die Notwehrsituation unterbrochen worden seien. Dies trifft nicht zu, weil der Beschuldigte nicht einmal abwartete, bis sein Kollege in Position gehen konnte. Im Übrigen vertauscht die Verteidigung Ursache und Wirkung. Nach polizeitaktischen Vorgaben ist das gestoppte Fahrzeug sowie die eigene Sicherheit zuerst aus der „L-Position“ zu sichern, bevor in einer zweiten Phase die Kontrolle des Fahrzeuginneren bzw. der Zugriff erfolgt.

ddd) Es ist nichts dagegen einzuwenden (zu den Vorbehalten hinsichtlich dem Zeitpunkt und den Örtlichkeiten vgl. oben lit. aa), dass die beiden Beamten bemüht waren, ihren Entscheid, das Fahrzeug anzuhalten, schnell und evtl. unter Ausnützung eines Überraschungseffektes umzusetzen (Phase 1). Aber die eigenmächtige Einleitung der zweiten Phase mit der Türöffnung durch den Beifahrer war wie gesagt nicht abgesprochen (oben lit. bbb) und entgegen der Verteidigung alles andere als von Vornherein klar. Die Türe hätte erst aufgemacht werden dürfen, nachdem die Sicherung in der „L-Position“ abgeschlossen war und die Beamten allenfalls mit der nahenden Verstärkung die vermutete Anzahl der Insassen hätten feststellen und diese mit der Waffe in Schach halten können. In ihren Kontakten mit der Einsatzzentrale und mit der nicht mehr weit entfernten Luchs-Einsatzkraft war denn auch nur vom Anhalten des Fahrzeugs, aber nicht von einem Zugriff auf die Personen die Rede, wobei der Entscheid zur Anhaltung immer ihrer Verantwortung überlassen wurde. In der konkret noch nicht gesicherten Situation hätte der Beschuldigte die Türe deshalb noch nicht öffnen sollen. (…).

ee) Aus all diesen Gründen sind dem Beschuldigten polizeitaktische und andere Fehler anzulasten. Ohne diese Unsorgfalt hätte er die Beifahrertüre nicht verfrüht geöffnet und sich nicht in eine vermeintliche Notwehrlage gebracht. Die diesbezügliche irrtümliche Annahme war mithin vermeidbar und das Strafgericht verurteilte den Beschuldigten deshalb zu Recht der fahrlässigen Tötung.

(Urteil vom 20. Januar 2015, STK 2014 42-44).

4.2 Strafzumessung

- *Die Strafkammer hält entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung daran fest, dass die Vorstrafenlosigkeit strafmindernd angerech-*

net werden kann (Erw. 2.c; zum Schuldpunkt vgl. EGV-SZ 2014, A 4.1 und BGer 6B_853/2014 vom 9. Februar 2015).

Aus den Erwägungen:

2. (…).

c) Das Bundesgericht scheint in letzter Zeit Vorschläge zur Technik der Strafzumessung eines seiner ehemaligen Richter zu berücksichtigen (vgl. Mathys, SJZ 2004 S. 173 ff.). Diese Vorschläge lassen sich indes nicht auf Art. 47 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) abstützen und ihnen fehlt abgesehen von der ausdrücklich eingeräumten Nichtwissenschaftlichkeit der Bezug zu den Sicherungszwecken (vgl. oben einleitend E. 2). General- und Spezialprävention können nach unterschiedlichen Sanktionen rufen, wobei die strikte Orientierung an diesen Zwecken im Einzelfall mit dem Prinzip der Bestrafung nach dem tatbezogenen Verschulden und dem Gleichbehandlungsgebot in Konflikt gerät. Derart kann der richterliche Entscheidungsprozess bei der Strafzumessung daher nicht in Stein gemeisselt sein. Warum etwa das Nichtvorhandensein einschlägiger Vorstrafen nur bei aussergewöhnlicher Gesetzestreue strafmindernd berücksichtigt werden soll (BGE 136 IV 1 ff.; vgl. dazu Mathys, a.a.O., S. 176 f.; kritisch Wiprächtiger/Keller, BSK StGB, 2013[3], Art. 47 N 142 ff.), wurde wenig überzeugend unter anderem mit registertechnischen Gründen gerechtfertigt. Die strafmindernde Wirkung der Vorstrafenlosigkeit lässt sich mit einer niedrigeren Vorwerfbarkeit nachvollziehen, weil dem Ersttäter die Warnung einer einschlägigen Vorstrafe und mithin ein Grund fehlt, der ihn hätte zu normgemässen Verhalten bewegen können. Der Normalfall ist dabei nicht der im Strafregister nicht verzeichnete Bürger. Zu vergleichen sind vielmehr Ersttäter und vorbestrafte Täter, wobei nicht ersichtlich ist, dass hier ein logisch neutraler Bereich ausgemacht werden müsste (a.M. aber Mathys, ebd.). (…).

(Urteil vom 2. Juni 2015, STK 15 19; eine Beschwerde in Strafsachen des Beschuldigten wurde mit BGer 6B_785/2015 vom 18. November 2015 abgewiesen).

4.3 Ernsthafte Rückfallgefahr als Voraussetzung der Verwahrung

- *Das Vorliegen einer „mindestens deutlichen" Rückfallgefahr genügt für die Erfüllung des gesetzlichen Erfordernisses der Ernsthaftigkeit nicht (Erw. 5e/bb).*

Aus den Erwägungen:

5. a) (...) Das Gericht ordnet nach Art. 64 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn: (lit. a) auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht; oder (lit. b) auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 StGB keinen Erfolg verspricht. Zum Verhältnis zwischen Art. 64 Abs. 1 lit. a und b StGB ist festzuhalten, dass die Variante nach lit. a erst dann zum Tragen kommt, wenn eine psychische Störung nicht diagnostiziert werden kann (BSK StGB I-Heer, 3. A., N 45 zu Art. 64 StGB m.H. auf abweichende Meinung von Stratenwerth, AT/2, 2. A., § 12 N 11).

b) Die in Nachachtung von Art. 64 Abs. 1 StGB in Frage stehende einzige Anlasstat (sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB), welche mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bedroht ist, fällt zweifellos unter die Auffangklausel von Art. 64 Abs. 1 StGB. (...).

e) Von zentraler Bedeutung ist sodann das Erfordernis der Gefährlichkeit eines Täters. Das Gesetz verlangt eine „ernsthafte" Rückfallgefahr. In Literatur und Rechtsprechung finden sich, soweit ersichtlich, nur wenige Anhaltspunkte dazu, wann das Erfordernis der Ernsthaftigkeit erfüllt ist. Heer verlangt mit Blick auf die Verhältnismässigkeit, dass ausserordentlich hohe Anforderungen an die Annahme der Ernsthaf-

tigkeit der Rückfallgefahr gestellt werden müssen (BSK StGB I-Heer, 3. A., N 46 und 51 zu Art. 64 StGB). Die Anordnung einer Verwahrung als rein sichernde Massnahme soll ultima ratio sein und zählt zu den schwersten Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte eines Straftäters; sie soll mithin auf Extremfälle beschränkt sein (BSK StGB I-Heer, 3. A., N 8 zu Art. 64 StGB; BGE 139 IV 57 E. 1.3.3). Trechsel verlangt das Vorliegen einer „hohen Rückfallgefahr", d.h. eine Rückfallgefahr mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit", welche zu bejahen sei, wenn sich das Gericht kaum vorstellen könne, dass der Täter nicht wiederum eine gleichartige Tat begeht (Trechsel, in: Trechsel/Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. A., N 18 zu Art. 64 StGB). Das Bundesgericht erachtete die Voraussetzungen für eine Verwahrung in einem kürzlich ergangenen Entscheid als gegeben, wobei in jenem Fall die Rückfallgefahr von den Gutachtern als „deutlich erhöht" beurteilt wurde bzw. weitere Delikte ohne Behandlung als „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten" seien (BGer, Urteil 6B_685/2014 vom 25. September 2014 E. 3.3). In einem weiteren Entscheid betreffend schwerer Körperverletzung und sexuellen Handlungen mit Kindern beurteilte das Bundesgericht die Verwahrung eines Täters, bei dem eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine Störung der Sexualpräferenz diagnostiziert wurden, als rechtmässig, wobei dort der psychiatrische Gutachter das Rückfallrisiko bezüglich sexualdelinquentem Verhalten ebenfalls als „hoch" einstufte (BGer, Urteil 6B_240/2010 vom 3. Mai 2010 E. 3.2). (…).

bb) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gutachterin (…) maximal von einer „mindestens deutlichen" Rückfallgefahr ausgeht. Die Gutachterin führte auf Nachfrage aus, es gäbe keine Übereinkunft unter den Forensikern für das Mass der Rückfallgefahr. Sie arbeite mit den Abstufungen „keine" – „geringe" – „moderate" – „deutliche" – „hohe" bzw. „sehr hohe" (Rückfallgefahr). Dabei sei „deutlich" und „hoch" nicht dasselbe, ein relevantes Rückfallrisiko entspreche der Abstufung „deutlich". Mit „deutlich" sei wiederum gemeint, dass ein Rückfall wahrscheinlicher sei als das Nichteintreten von Delinquenz (…). Indem die Gutachterin von einer „deutlichen" bzw. „relevanten" Rückfallgefahr spricht, attestiert sie damit klarerweise keine „hohe" Gefahr. Indessen zeigt der vorstehende Überblick über Lehre und Rechtsprechung, dass grundsätzlich eine „hohe" Gefahr verlangt wird, mithin eine nur „deutliche" Rückfallgefahr das Kriterium der Ernsthaftigkeit nicht erfüllt. Die Strafkammer hält daher die Anforderungen an eine ernsthafte Rückfallgefahr vorliegend nicht für gegeben. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass es sich beim Beschuldigten um einen Ersttäter handelt (zumindest in Bezug auf die für eine Verwahrung relevante Anlasstat), was

zwar die Verwahrung nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht a priori ausschliesst, diese aber mit Blick auf die Verhältnismässigkeit umso mehr nur dann auszusprechen ist, wenn klarerweise eine hohe Rückfallgefahr prognostiziert wird, was in casu nicht der Fall ist. (...).

(Urteil vom 25. August 2015, STK 2015 13 und 14).

4.4 Rückversetzung in den Strafvollzug, Auslandstat

- *Rückversetzung in den Strafvollzug nach Art. 89 Abs. 1 StGB bei einer Auslandstat.*

Aus den Erwägungen:

8. Der Beschuldigte wurde am 28. Januar 2008 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen und delinquierte am 20. Mai 2009, am 30. September 2009 und am 18. Oktober 2009 erneut (...). Da es sich bei diesen Delikten um Auslandstaten handelt, ist zu prüfen, ob auch diese zur Rückversetzung in den Strafvollzug gemäss Art. 89 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 19. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) führen können.

(...)

Die Rückversetzung in den Strafvollzug nach Art. 89 Abs. 1 StGB ist analog zum Widerruf der bedingten Strafe zufolge Nichtbewährung nach Art. 46 Abs. 1 StGB geregelt. Die Fragen des Widerrufs und der Rückversetzung in den Strafvollzug sind mithin gleich zu behandeln, zumal die gesetzlichen Voraussetzungen (grundsätzlich) dieselben sind, weshalb die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 46 Abs. 1 StGB beigezogen werden kann (vgl. BSK StGB-Koller, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 89 N 1; Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 89 N 2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (zu Art. 46 Abs. 1 StGB) geben ausländische Urteile zum Widerruf Anlass, wenn es um ein Verbrechen oder Vergehen geht, die Tat von einem ausländischen Richter rechtskräftig beurteilt worden ist und die Bestrafung nicht dem schweizerischen ordre public widerspricht. Das Bundesgericht ist zudem der Auffassung, dass es sich bei der neuen Tat um ein Auslieferungsdelikt handeln muss, das in der Schweiz verfolgt und bestraft werden kann und mithin dem Schweizerischen Strafgesetzbuch unterworfen ist (BGE 86 IV 151 E. 1, in: Pra

1961 Nr. 10). Diese Rechtsprechung stösst zwar in der Lehre auf Kritik (vgl. Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 2. Bd., 4. Aufl., Bern 1982, S. 113; ders., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Strafsachen im Jahre 1960, in: ZBJV 98 [1962] S. 105 f.; BSK StGB-Schneider/Garré, a.a.O., Art. 46 N 33; Trechsel/Stöckli, in: Trechsel [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich et al. 2008, Art. 46 N 2), wurde durch das Bundesgericht und durch kantonale Gerichte jedoch wiederholt bestätigt (BGE 95 IV 125 E. 1; BGE 86 IV 151 E. 1, in: Pra 1961 Nr. 10; in diese Richtung bereits BGE 80 IV 214 E. 5, in: Pra 1956 Nr. 73; vgl. auch Urteil der Strafkammer des Kantons St. Gallen vom 12. Januar 1970 E. 2 f., in: GVP 1970 Nr. 12; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 11. Mai 1977, in: BJM 1977 S. 310 ff.). Dem Strafgericht erscheint die Argumentation des Bundesgerichts als sachgemäss, zumal es stossend wäre, die Rückversetzung in den Strafvollzug von einem Delikt abhängig zu machen, welches (mangels entsprechender Berührungspunkte) nicht unter die schweizerische Strafgerichtshoheit fällt. Eine Rückversetzung in den Strafvollzug im Sinne von Art. 89 Abs. 1 StGB kommt mithin nur in Frage, wenn die neue Tat Gegenstand einer Strafverfolgung in der Schweiz bilden könnte. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Antragsgegner (als ausländischer Staatsangehöriger) delinquierte in Österreich, wo er sich derzeit im Strafvollzug befindet. Eine schweizerische Zuständigkeit nach den Art. 3-7 StGB ist dabei nicht ersichtlich und wird von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht, womit eine Auslieferung für die neuen Taten des Antragsgegners mangels Strafhoheit bzw. Berührungspunkten zur Schweiz nicht in Betracht fiele. Damit sind die Voraussetzungen für eine Rückversetzung in den Strafvollzug im Sinne von Art. 89 Abs. 1 StGB nicht erfüllt, womit der Antrag der Antragstellerin abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Parteien einzugehen.

(Beschluss des Strafgerichts Schwyz vom 20. Dezember 2015, SGN 2015 3).

5. Strafprozessrecht

5.1 Ernennung eines amtlichen Verteidigers und Anfechtbarkeit

- *Die Ernennung eines amtlichen Verteidigers im Gerichtsverfahren ist ein verfahrensleitender Entscheid (Erw. 2).*

- *Einen anfechtbaren, nicht wiedergutzumachenden Nachteil legt die Staatsanwaltschaft nicht dar (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Im Gerichtsverfahren leitet der Präsident das Verfahren (Art. 61 lit. c der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0). (...). Die Verfahrensleitung ordnet nach Möglichkeit unter Berücksichtigung der Wünsche des Beschuldigten eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person trotz Aufforderung keine Wahlverteidigung bestimmt (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 133 StPO). Die Ernennung eines amtlichen Verteidigers ist mithin ein verfahrensleitender Entscheid im Sinne von Art. 62 StPO, der nicht in formelle Rechtskraft treten kann (Jent, BSK StPO, 2014[2], Art. 62 N 3 und 5 sowie zu der mit dem Begriff „Verfahrensleitung" bezweckten sprachlichen Vereinfachung ebd. Vor Art. 61-65 N 4).

3. Die Staatsanwaltschaft kann ein Rechtsmittel zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person ergreifen (Art. 381 Abs. 1 StPO). Die Beschwerde ist zulässig gegen die Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte; ausgenommen sind verfahrensleitende Entscheide (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO). Verfahrensleitende Anordnungen können nur mit dem Endentscheid angefochten werden (Art. 65 Abs. 1 StPO). Mit der eingeschränkten Anfechtbarkeit verfahrensleitender Entscheide sollen Verfahrensverzögerungen vermieden werden. Der Ausschluss der Beschwerde ist jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung restriktiv auszulegen. Entscheide der Verfahrensleitung weitreichender Natur, wie etwa die Verweigerung der amtlichen Verteidigung oder unentgeltlichen Rechtspflege sind anfechtbar, sofern sie für die betroffene Partei mit einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden sind (vgl. Reichmuth Pfammatter, SWR 12, 2010, S. 125; BGer 1B_569/2011 vom 23. Dezember 2011, in: Pra 2012 Nr. 68 E. 2; Ruckstuhl bzw. Guidon, BSK StPO, 2014[2], Art. 133 N 5 bzw. 393 N 13). Inwiefern sie von einem solchen Nachteil betroffen wäre, legt die Staatsanwaltschaft nicht dar. Verfahrensverteuerungen reichen praxisgemäss dazu auch nicht aus. Daher ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

(Verfügung vom 16. Juli 2015, BEK 2014 192).

5.2 Anklageprinzip und Möglichkeiten der Anklageverbesserung

- *Anforderungen an die Anklage bei Unterlassungsdelikten (Erw. 3.a).*
- *Die Anklage vermag nicht darzulegen, inwiefern der Beschuldigte als Geschäftsführer konkret für eine Unterlassung oder ein fahrlässiges Verhalten verantwortlich ist (Erw. 3.b, c und e).*
- *Die Anklage kann in Bezug auf einen anderen, nicht aber den angeklagten Straftatbestand geändert werden (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Berufungsführer rügt, die angefochtenen Verurteilungen verletzten das Anklageprinzip. Der Vorderrichter sei zu Unrecht davon ausgegangen, ihm als Beschuldigten würden in der Anklageschrift hinreichend Unterlassungen vorgeworfen.

a) Der Kanton Schwyz kennt kein Übertretungsstrafverfahren, weshalb nach Art. 9 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) eine Straftat gerichtlich nur beurteilt werden kann, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhebt. Die Anklage bezeichnet unter anderem möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung sowie die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (Art. 325 Abs. 1 lit. f und g StPO). Umschreibt die Anklageschrift das dem Angeklagten vorgeworfene strafbare Verhalten als aktives Tun, verletzt ein Schuldspruch wegen (unechter) Unterlassung den Anklagegrundsatz (BGer 6P.1/2006 vom 9. Juni 2006 E. 1.4.2). Bei unechten Unterlassungsdelikten ist auszuführen, aus welchen tatsächlichen Umständen auf die Garantenstellung zu schliessen ist (BGE 116 Ia 202 E. 2; dazu vgl. auch Schubarth, ZStrR 2010, S. 175 f.; BGE 120 IV 348 E. 3.c; BGer 6P.151/2002 vom 5. März 2003 = SJZ 2003 Nr. 11; KG 279/92 SK vom 21. Januar 2003 E. 2.1; KG 108 und 116/99 SK vom 5. September 2000 E. 1.b; Greiner, ZStrR 2005, S. 106). Die Darlegung der aus der Garantenstellung konkret resultierenden Garantenpflichten ist darüber hinaus erforderlich, weil eine Verurteilung die Feststellung erfordert, dass die Verpflichtung zur Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig ist (Art. 11 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937, StGB, SR 311.0; vgl.

Donatsch, OFK StGB, 2013[19], Art. 11 N 17). An dieser Praxis ist auch unter neuem schweizerischem Strafprozessrecht festzuhalten, da Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO es unter anderem erfordert, dass die Art der Tatausführung in der Anklageschrift zwar „möglichst kurz, aber genau" beschrieben werden muss. Auf die Untersuchungsakten ist daher nur insoweit Bezug zu nehmen, als sie für die in der Anklage umschriebenen Vorwürfe wesentlich sind. Könnte zur Umschreibung der eingeklagten Tat jederzeit auf den gesamten Akteninhalt zurückgegriffen werden, würde das Anklageprinzip ausgehöhlt (BGE 120 IV 348 E. 3.c mit Hinweis).

b) Vorliegend liess der Vorderrichter den Anklagevorwurf, der Beschuldigte habe übermässig laute Musik laufen lassen, für den Vorwurf eines unechten Unterlassungsdelikts genügen, weil sich aus der Anklage ergäbe, dass der Beschuldigte als Geschäftsführer zum Einschreiten verpflichtet gewesen wäre, respektive hätte Vorkehrungen treffen müssen, um es gar nicht zu diesen übermässigen Immissionen kommen zu lassen. Es kann offengelassen werden, ob die Formulierung der Anklage bloss die Schilderung eines aktiven Tuns oder auch die Beschreibung einer Unterlassung abdeckt; denn selbst wenn die Beschwerdekammer dem Vorderrichter folgte und in weiter Auslegung die Anklage einer Unterlassung nicht für ausgeschlossen halten würde, fehlte es ihr an der ereignisbezogenen Darlegung der die Garantenstellung und -pflichten des Beschuldigten konkret begründenden Sachverhalte. Der Vorderrichter erachtete den Anklagesachverhalt zwar auch insoweit als hinreichend, da sich der Anklageschrift klar entnehmen lasse, dass dem Beschuldigten als Geschäftsführer des Restaurants ein strafrechtlicher Vorwurf gemacht wird. Das genügt indes nicht, da sonst jeder Geschäftsführer für alle Unterlassungen in dem von ihm geleiteten Betrieb strafbar zu werden drohte, abgesehen davon, dass die Beschwerdekammer dem Hinweis des Vorderrichters auf die sich aus dem Gastgewerbegesetz ergebenden Verpflichtungen konkret nicht nachvollziehen kann (vgl. oben E. 2.c). Inwiefern der Beschuldigte in dieser Funktion für das Abspielen übermässig lauter Musik strafrechtlich tatsächlich verantwortlich sein soll, wird in der Anklage nicht ausgeführt. Der Vorderrichter und die Berufungsinstanz können sich mithin auch unter Einbezug des Gastgewerbegesetzes keine Überzeugung darüber bilden, ob sich der Beschuldigte durch pflichtwidriges Untätigbleiben im Sinne von Art. 11 StGB in Verbindung mit § 18 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht vom 13. Januar 1972 (SRSZ 220.100) strafbar gemacht hat. Beide Instanzen (und nicht nur der Beschuldigte) können aufgrund der Anklage überhaupt nicht – also auch nicht bloss lückenhaft – zu dem zur Annahme von Strafbarkeit erforderlichen Faktenwissen gelangen. Die fehlerhafte Anklage hat Un-

wägbarkeiten und Ungewissheiten nicht nur im objektiven Tatbestand, sondern, wie die Verteidigung zu Recht geltend macht, auch im Subjektiven derart zur Folge (vgl. dazu Schubarth, ZStrR 2010 S. 177), dass dem Richter schon der nötige sachliche Konnex zur Rückweisung zur Verbesserung der Anklage (vgl. näheres unten lit. d) von Vornherein fehlt, zumal nicht einmal gewiss ist, dass Unterlassungen angeklagt werden sollten (dazu noch unten lit. e).

c) Soweit die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufungsantwort geltend macht, dem Beschuldigten sei schon in den Einvernahmen die Verantwortlichkeit als Geschäftsführer und mögliche konkrete Anweisungen (etwa die Lautstärke der Musik zu reduzieren) vorgehalten worden, übersieht sie Folgendes: Allein die Anklage seiner Geschäftsführerstellung lässt tatsächlich offen, inwiefern der Beschuldigte in den angeklagten Fällen die beanstandeten Lärmimmissionen konkret hätte verhindern müssen und können. Abgesehen davon geht es nicht an und unterhöhlte wie gesagt das Anklageprinzip, dem Beschuldigten zuzumuten, sich die entsprechenden Vorhalte aus Einvernahmen der Voruntersuchung zusammenzureimen.

d) Zur Ergänzung und Verbesserung kann die Anklage gestützt auf Art. 329 Abs. 2 StPO zwar später im Verfahren zurückgewiesen werden. Dabei handelt es sich um eine vorläufige, auf die Formalien beschränkte und regelmässig summarische Prüfung (BGE 141 IV 20 E. 1.5.4). Änderungen oder Ergänzungen der Anklage sind indes gestützt auf den klaren Wortlaut von Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO nach Behandlung der Vorfragen in der Hauptverhandlung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 333 StPO zulässig (Lehrmeinungen wie etwa Niggli/Heimgartner, BSK StPO, 2014[2], Art. 9 N 41 sowie Schmid, StPO PK, 2013[2], Art. 329 N 10 und Art. 333 N 2 setzen sich damit nicht auseinander). Der vorliegend fragliche Art. 333 Abs. 1 StPO sieht entgegen dem alten zürcherischen Recht (vgl. dazu BGE 126 I 68 E. 3.d) nur vor, dass der Richter in der (abstrakten) Auffassung, dass ein *anderer* Straftatbestand vorliegen *könnte*, der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Änderung der Anklage geben kann. Diese Voraussetzungen sind in casu nicht gegeben, da die Anklage bezüglich des angeklagten Tatbestandes zu ändern wäre (so auch Griesser in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, 2014[2], Art. 333 N 4 unter Hinweis auf Stephenson/Zalunardo-Walser, BSK StPO, 2010[1], Art. 333 N 7, die in der alten Auflage noch zutreffend auf den kritischen Zeitpunkt des Beginns des Beweisverfahrens hinwiesen).

Um eine geringfügige Verbesserung eines im Detail ungenauen (dazu vgl. Schmid, Handbuch, 2013[2], N 1296; BGE 126 I 68 E. 3.d) oder versehentlich vergessenen Sachverhaltselements (vgl. auch unten E. 4) handelt es sich auch nicht. Vielmehr müssten in die Anklageschrift die vom Vorderrichter als tatsächlich erheblich erachteten Verletzungen angeblicher Garantenpflichten vollständig nachgeschoben werden. Ein derart umfassendes Änderungsunterfangen verbietet sich aber umso mehr, als nicht einmal auszuschliessen ist, dass der Beschuldigte deswegen angeklagt ist, weil er selber Musik abspielte (vgl. oben lit. b), was aber auch laut der Staatsanwaltschaft unbestritten häufig nicht der Fall gewesen sein soll. Die richterliche Aufforderung, die Garantenpflichten konkret darzulegen, wäre unter diesen Umständen mit dem Grundanliegen des Anklageprinzips, dass ein verurteilendes Erkenntnis nur gestützt auf eine Anklage ergehen kann, die vom Ankläger einem von diesem unabhängigen Richter unterbreitet wurde (Schmid, Handbuch, N 205), nicht zu vereinbaren. Dass der Richter in der nach dem Beweisverfahren konkret gewonnenen Überzeugung der Strafbarkeit des angeklagten Tatbestandes der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit soll einräumen können, die Anklage in derartigem, zu einer Verurteilung hinreichenden Mass, wie das vorliegend nötig wäre, zu präparieren, kann nicht mehr als Ausnahme begriffen werden (dazu Schmid, Handbuch, N 210 FN 349), ohne das Grundanliegen des Anklageprinzips zu vernachlässigen und dem Grundsatz selber jede Regelungswirkung zu nehmen.

e) Es bleibt noch darauf hinzuweisen, dass die Anklage in Klammer gesetzt dem Beschuldigten eventualiter Fahrlässigkeit vorwirft. Das ist vorliegend insoweit bemerkenswert, weil sich im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte die Frage der Garantenstellung nicht in gleicher Weise stellt, da als Fahrlässigkeit von vornherein auch eine Unterlassung in Frage kommen kann und die pflichtwidrige Unvorsichtigkeit sehr häufig in einer die Sorgfaltspflicht verletzenden Unterlassung besteht. Die Vorsichtspflicht lässt sich dabei direkt und einfacher begründen ohne Bezugnahme auf die Kriterien des Garanten, die im Bereich der vorsätzlichen Unterlassungsdelikte restriktiv sein müssen (BGE 110 IV 68 E. 2). Insofern wären die bisher genannten Anklagemängel nicht erheblich. Indes sind bei Fahrlässigkeitsdelikten auch sämtliche tatsächlichen Umstände anzuführen, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des vorgeworfenen Verhaltens sowie die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des eingetretenen Erfolges ergeben sollen (BGE 120 IV 355 f.; 116 Ia 458 f.; KG 27/02 SK vom 9. Dezember 2003 E. 2.b). Diesen Anforderungen genügt die Anklage nach dem Gesagten auch in Bezug auf den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht, da eine Beschreibung der Umstände fehlt, aus

denen sich konkret die pflichtwidrige Unaufmerksamkeit des Beschuldigten ergeben soll.

(Urteil vom 12. Mai 2015, BEK 2014 126).

5.3 Fahrzeughalterhaftung einer Vermieterin, Art. 6 OBG

- *Nennt die Fahrzeugvermieterin den Namen des Fahrzeugmieters, haftet sie nach Art. 6 OBG nicht ohne weiteres für alle anderen Sanktionierungsschwierigkeiten (Erw. 2).*
- *Eine Busse nach Art. 6 OBG kann der Fahrzeughalterin nicht durch einen gegen eine unbekannte Täterschaft gerichteten Strafbefehl auferlegt werden (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Vorderrichter hob den angefochtenen Strafbefehl mit guten Gründen auf. (...).

a) Der Vorderrichter hielt fest, die Beschwerdegegnerin habe die Identität des fehlbaren Fahrzeugführers genannt, weshalb sich ab diesem Zeitpunkt das Verfahren gegen diese Person zu richten hatte. Deswegen befand er Art. 6 Abs. 1 des Ordnungsbussengesetzes vom 24. Juni 1970 (OBG, SR 741.03) als nicht anwendbar. Die Staatsanwaltschaft macht dagegen geltend, dass die Beschwerdegegnerin lediglich melden konnte, wer bei ihr ein Fahrzeug gemietet, nicht aber, wer dieses bei der Widerhandlung geführt habe. Dabei übersieht sie indes, dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers war, die Beweislast für die Täterschaft vollumfänglich der Halterin aufzubürden. Nur die „Problematik" einerseits des Zeugnisverweigerungsrechts unter Familiengenossen und andererseits des Umstandes, dass viele Firmen oft nicht in der Lage oder nicht willens sind, der Polizei jene Person anzugeben, die das Fahrzeug zur fraglichen Zeit benutzte, sollte „gemildert" werden (BBl 2010 S. 8486). Der vorliegende Fall liegt indes anders. Es geht nicht um eine Firma, die nicht anzugeben vermag bzw. willens ist, welcher ihrer Angestellten ein Firmenauto zur fraglichen Zeit benutzt hatte. Vielmehr gibt die Beschwerdegegnerin die Person an, welcher sie zur fraglichen Zeit den Wagen vermietet hatte. Sie macht damit jene Angaben zur Identität einer mutmasslichen Täterschaft, zu welchen sie unter den vorliegenden Umständen imstande ist. Die Täterschaft ist daher zumindest vorläufig indi-

vidualisierbar (BBl 2010 S. 8487), mithin nicht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 OBG unbekannt.

b) Die Mutmassungen der Staatsanwaltschaft über mögliche Fallkonstellationen, in welchen ein genannter Fahrzeugmieter nicht der Lenker sein könnte, sind unbeachtlich. Den polizeilichen Ermittlungen lassen sich keine konkreten Anhaltspunkte zur Annahme entnehmen, der von der Halterin genannte Fahrzeugmieter wäre nicht der fehlbare Lenker. Vielmehr räumt die Staatsanwaltschaft ein, vorliegend weise der genannte Fahrzeugmieter dasselbe Geschlecht und ein ähnliches Alter wie der auf dem Radarfoto erkennbare Täter auf. Die Polizei hat denn auch ein Verfahren gegen diesen Mieter gestützt auf Art. 6 Abs. 2 bis 4 OBG eingeleitet. Der Umstand, dass der mutmassliche Täter in diesem Verfahren die Busse nicht bezahlte, hat nichts mit der Problematik der Ermittlung der Person zu tun, welche die Widerhandlung begangen hat. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, eine Halterin auch in einem Fall büssen zu lassen, in welcher die von ihr genannte Person aus Gründen, für die sie nichts kann (vorliegend: ausländischer Wohnsitz), nicht belangbar ist. Zumindest solange die Person, welcher die Beschwerdegegnerin nach eigenen Angaben das Auto zur fraglichen Zeit überlassen hat, ihre Täterschaft nicht bestreitet, kann die Beschwerdegegnerin nicht nach Art. 6 Abs. 1 OBG verantwortlich gemacht werden. Dies umso weniger, als die Staatsanwaltschaft nicht dartut, dass die Beschwerdegegnerin ihr noch verfügbare Informationen vorenthalten würde.

c) Mithin ist auch nicht zu widerlegen, dass die Fahrzeugführeridentität entgegen Art. 6 Abs. 5 OBG nicht schon mit geringem Aufwand festgestellt ist.

3. Abgesehen davon ist zwar grundsätzlich von der Gültigkeit von Verfahrenshandlungen auszugehen. Unbeachtlich und nichtig sind nach der Lehre und Praxis aber krass fehlerhafte Verfahrenshandlungen, beispielsweise den Parteien nicht eröffnete Entscheide (Schmid, Handbuch StPO, 2013^2, N 1440). Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit, einer Verfügung wird angenommen, wenn sie mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel behaftet ist, wenn dieser schwerwiegende Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge; erforderlich ist hierzu ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde

sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (wie z.B. der Umstand, dass der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen). Fehlt einer Verfügung in diesem Sinne jegliche Rechtsverbindlichkeit, so ist das durch jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (vgl. u.a. BGE 137 I 273 E. 3.1 mit Hinweisen). Überschreitet die Staatsanwaltschaft ihre nach Strafhöhen von Art. 352 Abs. 1 StPO definierte sachliche Zuständigkeit sind ihre Verfahrenshandlungen bzw. ein Strafbefehl nichtig (vgl. BEK 2015 72 vom 23. Oktober 2015 E. 3 mit Hinweisen).

a) Der Beschwerde der Staatsanwaltschaft lässt sich unschwer entnehmen, dass die rechtliche Natur der Halterbussenauflage umstritten ist und dementsprechend die Kantone Art. 6 OBG sehr unterschiedlich umsetzen. Insoweit ist daher (noch) nicht leicht erkennbar, dass der Strafbefehl nichtig wäre, zumal die Bussenauflage in die sachliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft fällt (Art. 352 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0; dazu sowie zu den nachfolgenden Buchstaben vgl. BEK 2015 72 vom 23. Oktober 2015 E. 3).

b) In Ziffer 1 des Strafbefehls wird die Schuld einer unbekannten Täterschaft festgehalten. Mit diesem Schuldspruch überschreitet die Staatsanwaltschaft ihre sachliche Zuständigkeit. Ein Strafbefehl darf erst erlassen werden, wenn der Sachverhalt ausreichend geklärt ist (Art. 352 Abs. 1 StPO).

aa) Unter der Voraussetzung, dass die Halterbusse als Strafe qualifiziert würde, wäre dennoch nicht ohne weiteres auszuschliessen, dass die Staatsanwaltschaft in sicherer Kenntnis der Unbekanntheit der Täterschaft die Halterin nach Art. 6 Abs. 1 OBG mit einem Strafbefehl schuldig sprechen und büssen könnte. Ziffer 1 des Strafbefehls wäre dann nicht als Schuldspruch, sondern als Begründung der indes vorliegend ohne expliziten Schuldspruch verfügten Halterbusse zu betrachten. Selbst dann dürfte die Staatsanwaltschaft indes keinen Strafbefehl erlassen, wenn nicht ausreichend geklärt ist, dass die Täterschaft unbekannt ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. oben E. 2).

bb) Würde hingegen davon ausgegangen, dass mit der Legiferierung von Art. 6 Abs. 1 OBG die strafrechtliche Natur der Ordnungsbusse aufgegeben sein sollte, kommt ein Strafbefehl von Vornherein nicht in Betracht, da mit ihm nur Angebote in Strafsachen gemacht werden dürfen, welche zu Strafurteilen mutieren können (Art. 80 Abs. 1 sowie Art. 354

Abs. 3 StPO). Mit Strafbefehl können auch keine Zivilforderungen erledigt werden (Art. 353 Abs. 2 StPO).

Der vorliegende Strafbefehl ist auch aus diesen Gründen als zumindest ungültig aufzuheben und die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden.

(Beschluss vom 10. November 2015, BEK 2015 113 = CAN 2-16 Nr. 41).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Ausstand im Falle einer Betreibung der Gemeinde als Gläubigerin

- *Allein der Umstand, dass die Betreibungs- und Konkursbeamten sowie die anderen Mitarbeiter der Ämter teilweise Angestellte der Bezirke oder der Gemeinden sind, begründet keinen Ausstandsgrund, wenn die betreffende öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Betreibung einleitet (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer rügt – wie im vorderrichterlichen Verfahren – die Missachtung der Ausstandsvorschriften nach Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1). Er verlangt den Ausstand sämtlicher im Betreibungsamt X beschäftigten Personen, weil diese Angestellte und Lohnempfänger der Gemeinde X seien. Sie würden ausserdem in den Büros der Gemeinde X arbeiten; der Betreibungsbeamte sei gegenüber den Gemeindebehörden, in deren Büros er arbeite, weisungsgebunden. In der Gemeindeverwaltung X könnten sich alle Behördenmitglieder und Angestellten der Gemeinde X, der Gemeindepräsident, der Gemeindekassier, frei bewegen, auch in den Räumlichkeiten des Betreibungsamtes X.

a) Die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und der Konkursämter dürfen unter anderem in Sachen einer Person, deren gesetzliche Vertreter, Bevollmächtigte oder Angestellte sie sind, keine Amtshandlungen vornehmen (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Diese Ausstandspflicht gilt auch für Angestellte juristischer Personen des öffentlichen Rechts,

zu welchen auch die Bezirke und Gemeinden gehören (vgl. BGE 97 III 105, E. 3; Peter, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 10 N 9; vgl. auch § 69 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, KV, SRSZ 100.100). Allein der Umstand, dass die Betreibungs- und Konkursbeamten sowie die übrigen Mitarbeiter der Ämter teilweise Angestellte der Bezirke oder der Gemeinden sind, begründet jedoch keinen Ausstandsgrund, wenn die betreffende öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Betreibung einleitet (vgl. Möckli, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 10 N 7, mit Verweis auf BGE 97 III 105, E. 3; vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 4. Auflage, Zürich 1997, Art. 10 N 5; vgl. BlSchKG 1986, S.93). Ansonsten könnten Betreibungen der Bezirke und Gemeinden (je nach Organisation des Betreibungswesens; vgl. § 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 25. Oktober 1974, EGzSchKG, SRSZ 270.110) generell nicht mehr ordnungsgemäss durchgeführt werden (vgl. BGE 97 III 105, E. 3) und würde dies je nach Art der Entschädigung der Betreibungsbeamten (Sportelsystem oder feste Besoldung; vgl. Art. 3 SchKG; vgl. § 7 EGzSchKG) zu unterschiedlichen Ergebnissen führen (vgl. Jaeger/Walder/Kull/ Kottmann, a.a.O., Art. 10 N 5), da bei Vorliegen des Sportelsystems nicht die Rede von einem Angestelltenverhältnis sein kann. Eine Ausstandspflicht wäre höchstens dann anzunehmen, wenn der mit der Betreibung befasste Beamte in einem besonders engen Verhältnis zu jener staatlichen Stelle stünde, von der die Betreibung ausging. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn ein nebenamtlicher Betreibungsbeamter hauptberuflich der Inkassostelle vorstehen würde (BGE 97 III 105, E. 3; vgl. Peter, a.a.O., Art. 10 N 10). Vollamtliche Betreibungsbeamte, die von der Gemeinde besoldet werden, aber ansonsten ausserhalb der Gemeindeverwaltung stehen, fallen nicht unter die Ausstandspflicht (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., Art. 10 N 5; vgl. BGE 97 III 105, E. 3).

b) (…). Das Ausstandsgesuch richtet sich sodann gegen sämtliche im Betreibungsamt X beschäftigten Personen (…). Pauschale Ausstandsgesuche gegen eine Behörde als Ganzes sind nach der Bundesgerichtspraxis grundsätzlich nicht zulässig. Vielmehr haben sich solche Gesuche auf einzelne Behördenmitglieder zu beziehen und der Gesuchsteller hat den Ausstandsgrund für die jeweilige Person ausreichend zu substantiieren. Dies hat der Beschwerdeführer nicht getan. Insbesondere nimmt er eine Differenzierung im Sinne der angeführten bundesgerichtlichen Recht-

sprechung (vgl. BGE 97 III 105, E. 3) nicht vor bzw. legt bei keiner der vom Ausstandsgesuch betroffenen Personen ein besonderes Näheverhältnis zur Gemeinde X bzw. zur Gemeindeverwaltung dar. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Betreibungsbeamten von den Gemeinderäten gewählt werden (vgl. § 1 Abs. 1 EGzSchKG), weil den Gemeinderäten gegenüber den Betreibungsbeamten kein Weisungsrecht zukommt. Die Aufsicht über die Betreibungsämter üben der Betreibungsinspektor (vgl. § 11 EGzSchKG) und die Bezirksgerichtspräsidenten (vgl. § 10 Abs. 1 EGzSchKG, § 32 Abs. 1 des Justizgesetzes vom 18. November 2009, JG, SRSZ 231.110) aus, in zweiter Linie das Kantonsgericht (vgl. § 10 Abs. 2 EGzSchKG). Es besteht also kein Grund, von der gesetzmässigen Besetzung des Betreibungsamtes X abzuweichen, nur weil die Betreibungsbeamten und das übrige Personal des Betreibungsamtes X eine feste Besoldung der Gemeinde X erhalten.

Schliesslich vermag der Beschwerdeführer der Berücksichtigung der Rechtsprechung in BGE 97 III 105 nicht die Anwendung zu versagen, indem er darauf hinweist, dass es im Kanton Schwyz auch noch andere mehr oder weniger weit entfernte Betreibungsämter gibt (...), zumal er auch dies (unzulässigerweise) erstmals vor dem Kantonsgericht vorträgt. Der Umstand, dass der Schwyzer Gesetzgeber eine Stellvertretungsordnung aufstellte (vgl. § 5 EGzSchKG; vgl. auch § 3 Abs. 1 EGzSchKG), führt nicht dazu, dass Ausstandsgründe (und damit ein Abweichen von der gesetzmässigen Besetzung) leichter zu bejahen wären. Der Ausstand muss die Ausnahme bleiben.

Das Betreibungsamt ist im Übrigen kein Organ der Gemeinde (vgl. §§ 7 ff. des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, Gemeindeorganisationsgesetz, GOG, SRSZ 152.100), so dass nicht die Rede davon sein kann, der Betreibungsbeamte habe in eigener Sache im Sinne von § 10 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG gehandelt.

(Beschluss vom 18. Juni 2015, BEK 2015 48).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Rechtliches Gehör

- *Verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Rechtsgutachten einer Fachbehörde (siehe EGV-SZ 2015, B 8.1, Erw. 5.4).*

1.2 Öffentliche Verhandlung

- *Kein Anspruch einer staatlichen Behörde auf eine öffentliche Verhandlung.*

Aus den Erwägungen:

4. Der Schulrat lässt die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung beantragen. Dieser Antrag wird damit begründet, dass die Beschwerdeführerin die Beschulung ihrer Kinder ab dem 2. Januar 2015 samt deren Kosten zu belegen hat.

Nach Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (sog. „civil right") zu entscheiden hat. Zur Geltendmachung der EMRK-Garantien ist „jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personenvereinigung" (Art. 34 EMRK) berechtigt (Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Rz. 99). Von der Rüge der Verletzung der EMRK-Garantien ausgeschlossen sind alle Organisationen, welche im weiteren Sinne zur staatlichen Gewalt gerechnet werden, also auch öffentliche Anstalten und öffentlich-rechtliche Körperschaften, darunter vor allem Gemeinden (Villiger, a.a.O., Rz. 101 m.H.).

Der durch den Schulrat vertretenen Gemeindeschule steht mithin kein Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestützt auf die EMRK zu. Ein Anspruch kann auch nicht aus § 140 des Justizgeset-

zes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) abgeleitet werden. Gemäss § 17 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) ist das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, den selbständigen Rekurskommissionen und dem Verwaltungsgericht unter Vorbehalt abweichender Vorschriften schriftlich. Es liegt in der Kompetenz der Behörde, auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung anzuordnen (§ 17 Abs. 2 VRP). Die Bestimmung von § 140 Abs. 1 JG, wonach die Verhandlungen und die mündliche Eröffnung des Entscheides öffentlich sind, gelangt nur zur Anwendung, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung angeordnet wurde. Darauf besteht nach kantonalem Recht jedoch kein Rechtsanspruch. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Bundesrecht. Insbesondere verleiht auch Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 kein Recht auf eine mündliche Verhandlung; sie garantiert nur, dass, wenn eine Gerichtsverhandlung stattfindet, diese – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – öffentlich sein muss (VGE III 2014 116+129 vom 25. November 2014 mit Hinweis auf BGE 128 I 288 Erw. 2; Urteil des Bundesgerichts 2C_370/2010 vom 26. Oktober 2010 Erw. 2.4).

Mit der beantragten öffentlichen Verhandlung wird gemäss der Antragsbegründung des Schulrates zudem die Befragung der Beschwerdeführerin bezweckt, womit der Antrag auf öffentliche Verhandlung im Kern als Beweisantrag zu qualifizieren ist.

Bei dieser Ausgangslage ist dem Antrag des Schulrates auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nicht zu entsprechen.

(VGE III 2015 70+71 vom 24. September 2015).

1.3 Unentgeltlicher Rechtsbeistand

- *Notwendigkeit bzw. sachliche Gebotenheit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Verwaltungsverfahren.*

Aus den Erwägungen:

1.3 Voraussetzungen für die Zusprechung einer unentgeltlichen anwaltlichen Verbeiständung im Verwaltungsverfahren sind praxisgemäss die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei, die fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren sowie zusätzlich die Notwendigkeit bzw.

sachliche Gebotenheit des Beizugs eines Anwalts (vgl. Bundesgerichtsurteil 9C_407/2014 vom 27. Juni 2014 Erw. 1).

1.3.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beurteilt sich die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (Bundesgerichtsurteil 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 Erw. 4.4.1 und 4.4.2). Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie das Alter, die soziale Situation, Sprachkenntnisse und allgemein die Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (BGE 128 I 255 Erw. 2.5.2; BGE 123 I 145 Erw. 2b/cc; BGE 125 V 32 Erw. 4; VGE III 2015 117 vom 24. September 2015 Erw. 3).

1.3.2 Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 130 I 180 Erw. 2.2 mit Hinweisen) und (insbesondere im Bereich des Sozialversicherungsrechts) eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt (vgl. BGE 132 V 201 Erw. 4.1 mit Hinweisen; siehe auch Bundesgerichtsurteil 9C_991/2008 vom 18. Mai 2009 Erw. 4.2, publ. in SVR-Rechtsprechung 2009 IV Nr. 48, S. 147; VGE I 2013 125+148 vom 5. Februar 2014 Erw. 5.2).

1.3.3 Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Offizialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird (Bundesgerichtsurteil 5A_491/2007 vom 15. November 2007 Erw. 2.1; BGE 130 I 180 Erw. 3.2 und Erw. 3.3 mit Hinweisen). Die Offizialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine anwaltliche Verbeiständung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 125 V 32 Erw. 4b; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 8C_463/2007 vom 28. April 2008 mit Hinweisen; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., Rz. 660 mit Hinweisen).

1.3.4 Von Bedeutung ist auch das Prinzip der Waffengleichheit, welches im Kindes- und Erwachsenenschutz meist ausschlaggebend dafür ist, ob unbemittelten Verfahrensbetroffenen die unentgeltliche Rechts-

pflege bzw. Rechtsverbeiständung zugesprochen werden soll (vgl. VGE III 2015 117 vom 24. September 2015 Erw. 3 mit Verweis auf KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.174).
(VGE III 2015 99 vom 18. November 2015).

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer

4.1 Motorfahrzeugsteuer

- *Rechtsnatur. Gesetzgebung. Bemessungskriterien. Elektrofahrzeuge (Erw. 1 – 4).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss dem (deklaratorischen) Vorbehalt in Art. 105 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) sind die Kantone zur Besteuerung der Fahrzeuge berechtigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.54/2005 vom 30. September 2005 Erw. 2.1 mit Hinweisen auf Benno Willi, Das Problem des schweizerischen Motorfahrzeugsteuersystems, Diss. Bern 1960, S. 73; René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2002, N 240 ff.). Zuständig zur Steuererhebung ist der Standortkanton (Art. 105 Abs. 2 SVG).

1.2 Die Motorfahrzeugsteuern werden in der Lehre und Rechtsprechung als Zwecksteuern oder Kostenanlastungssteuern bezeichnet. Die steuerpolitische Rechtfertigung der Motorfahrzeugsteuern besteht grundsätzlich darin, den Unterhalt und die Verbesserung der Strassen, welche durch den Motorfahrzeugverkehr stark in Mitleidenschaft gezogen werden, zu finanzieren (vgl. dazu Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 5. A., S. 197 unten; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Rz. 2670 f. mit Hinweisen; Klaus A. Vallender/René Wiederkehr, in: St. Galler Kommentar zu Art. 127 BV, 2. A., Rz. 35, S. 1976).

2. Der Schwyzer Regierungsrat hat das Gesetz über die Motorfahrzeugabgaben vom 20. April 2011 (MfzG; SRSZ 782.300), welches von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern des Kantons Schwyz an der Volks-

abstimmung vom 27. November 2011 mit 25'700 Ja gegen 17'009 Nein angenommen worden ist, per 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt (vgl. Amtsblatt Nr. 52 vom 30. Dezember 2011, S. 2738).

2.1 Nach § 2 Abs. 1 und 2 MfzG erhebt der Kanton für alle Motorfahrzeuge, die der Bundesgesetzgebung über den Strassenverkehr unterstehen, ihren Standort auf Kantonsgebiet haben und zum Verkehr zugelassen sind, Steuern und Gebühren.

2.2 Die Ausgestaltung der Steuer erfolgt nach den Grundsätzen der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung (§ 4 Abs. 1 MfzG). Es ist auf Bemessungskriterien abzustellen, die mit der Strassenbelastung in einem vernünftigen Verhältnis stehen, eine nachhaltige Finanzierung des Baus und Unterhalts von Strassen ermöglichen und Anreize zum Einsatz energie- und umwelteffizienter Motorfahrzeuge schaffen (§ 4 Abs. 2 MfzG).

2.3 Steuerpflichtig ist der Motorfahrzeughalter bzw. die Motorfahrzeughalterin. Die Motorfahrzeugsteuer wird für das laufende Kalenderjahr zum Voraus erhoben (§ 7 Abs. 1 Satz 1 MfzG).

2.4 Nach § 8 Abs. 1 MfzG werden die Steuern für leichte und schwere Personenwagen, leichte Motorwagen und Kleinbusse nach der Leistung in Kilowatt (kW) und dem Gesamtgewicht gemäss Fahrzeugausweis bemessen.

§ 9 MfzG mit der Überschrift „Besteuerung nach Leistung über Gesamtgewicht“ lautet wie folgt:

> [1] Die jährlichen Steuern für Motorfahrzeuge, die nach Leistung (kW) über Gesamtgewicht (kg) besteuert werden, werden nach folgender Formel berechnet:
> a) Steuerbetrag = „Leistung$^{0.9}$“ geteilt durch „Gesamtgewicht$^{0.05}$“ mal „Steuerindex“
> b) Der Steuerindex beträgt 9.50 Punkte und ist durch den Kantonsrat nach § 15 anzupassen.
> [2] Die jährliche Mindeststeuer beträgt Fr. 160.--.

2.5 Nach § 19 MfzG kann gegen Verfügungen nach diesem Gesetz gemäss den Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 6. Juni 1974, VRP; SRSZ 234.110) Beschwerde beim Verwaltungsgericht eingereicht werden.

3. Gemäss Fahrzeugausweis für den fraglichen Personenwagen (Elektrofahrzeug ...) sind als Leistung 386.0 kW und als Gesamtgewicht 2640 kg ausgewiesen (Vi-act. 4/21.7.15 und 1/28.9.15). Diese Angaben entsprechen dem von der Vorinstanz ebenfalls eingereichten Fahrzeug-Datenblatt (Vi-act. 1/21.7.15 und 3/28.9.15). Auf Grund der im Gesetz enthaltenen Berechnungsformel ergibt dies einen jährlichen Steuerbetrag von Fr. 1'363.2389.... (3'860.9 : 26'400.05 x 9.5). Insofern erweist sich die Rechnungstellung als zutreffend.

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob dieser Steuerbetrag den dem Gesetz zugrunde liegenden Grundsätzen widerspricht (nachfolgend Erw. 4) (...).

4. Das Verwaltungsgericht hat in VGE II 2012 17 vom 6. März 2012 Erw. 4, unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien (RRB Nr. 345/2010 vom 30. März 2010, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat; RRB Nr. 310/2011 vom 22. März 2011, Stellungnahme zu den Ergebnissen der Kommissionsberatung; Kantonsratssitzung vom 20. April 2001) festgestellt, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung der Steuerbemessung für Motorfahrzeugabgaben verschiedene Varianten evaluiert, deren Vor- und Nachteile diskutiert sowie sich in der Folge für ein bestimmtes Bemessungskonzept entschieden habe. Die Auswahl aus verschiedenen Steuerbemessungsmodellen sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, welchem ein grosser Gestaltungsspielraum zukomme. Ein solcher Gestaltungsspielraum könne je nach politischen Wertungen und Ansichten zu unterschiedlichen Konkretisierungen führen (vgl. Klaus A. Vallender/René Wiederkehr, a.a.O. Art. 127 BV Rz. 3 mit Hinweisen), was vom Richter aus Gründen des Gewaltentrennungsprinzips zu respektieren sei. Soweit sich der Beschwerdeführer sinngemäss darauf berufe, dass nach § 4 Abs. 2 letzter Satzteil MfzG Anreize zum Einsatz energie- und umwelteffizienter Motorfahrzeuge zu schaffen seien, übersehe er, dass dieser Aspekt, welcher vom Gesetzgeber gleichrangig neben weiteren Aspekten aufgezählt werde („die mit der Strassenbelastung in einem vernünftigen Verhältnis stehen" und „eine nachhaltige Finanzierung des Baus und Unterhalts von Strassen ermöglichen"), dem einzelnen Steuerpflichtigen keinen konkreten Anspruch auf ein bestimmtes Bemessungsmodell verleihe, zumal im gleichen Gesetzeserlass das bemängelte Bemessungsmodell explizit ausgewählt und legiferiert worden sei. Des Weiteren nahm das Verwaltungsgericht im zitierten Entscheid Bezug auf das Eintretensreferat des Präsidenten der kantonsrätlichen Kommission vom 20. April 2011, welcher u.a. ausführte:

- dass die Kommission bewusst auf ein kompliziertes Bonus-/Malussystem oder auf die Berücksichtigung einer Energieetikette oder die bereits wieder annullierte Umweltetikette verzichtet habe,

- dass es die Kommission ablehnte, die Steuereinnahmen an stets wechselnde Faktoren zu binden, die fremdbestimmt werden und somit eine geregelte Strassenfinanzierung schwer kalkulierbar machen,
- dass dem ökologischen Gedanken insofern Gewicht gegeben wurde, als die Kommission die Berechnungsformel mit einer moderaten Progression unterlegt habe; als Förderungsmassnahme entlaste diese neu die kleinen, leichten und sinnvoll motorisierten Fahrzeuge und belaste entsprechend die stärkeren Fahrzeuge,
- dass eine gerechte und langlebige Bemessungsgrundlage unabhängig von den Antriebstechnologien sein müsse, weshalb auf bewährte, stabile und verlässliche Fahrzeugdaten abgestützt werde,
- dass der Hubraum keine verlässliche Messgrösse mehr für ein Gesetz sei,
- dass insgesamt die Leistung in kW als Merkmal zur Besteuerung vom technischen Standpunkt aus gesehen die ideale Grösse darstelle, da sie sämtliche Antriebstechnologien abdecke,
- dass mit der Leistung als alleinige Messgrösse das Fahrzeug noch zu ungenau beschrieben werde, wobei sich als zusätzliche Bemessungsgrundlage für eine aussagekräftige Fahrzeugdefinition Nutzlast oder Gesamtgewicht eignen würden,
- und dass die Kommission das Gesamtgewicht als zweiten Parameter gewählt habe, weil es eine allgemein verständliche Grösse darstelle und darüber hinaus im System des Verkehrsamtes bereits vorhanden sei.

Diese verwaltungsgerichtlichen Erwägungen haben nach wie vor Gültigkeit. Der Gesetzgeber hat im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes das vorliegende Bemessungsmodell bewusst sowie in zulässiger und nachvollziehbarer Weise legiferiert. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, soweit der Beschwerdeführer die im Gesetz vorgesehenen Bemessungsgrundlagen in Frage stellt.

(VGE II 2015 70 vom 12. November 2015).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 Strassengesetz

- *Bevorstehende Änderung der Strassenträgerschaft tangiert das Recht des aktuellen Strassenträgers nicht, eine Vorteilsabgabe zu veranlagen (Erw. 3).*

B 5.1

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Beschwerdeführerin spricht dem Kanton das Recht ab, mit der Einfahrtsbewilligung in die …strasse gegenüber der Beschwerdeführerin eine Vorteilsabgabe gemäss § 58 Strassengesetz vom 15. September 1999 (StraG; SRSZ 442.110) zu veranlagen. Sie begründet ihren Standpunkt mit der zwischen dem Kanton und der Gemeinde … im Zusammenhang mit … am 26. August/2. September 2008 vereinbarten Übernahme der …strasse (…) durch die Gemeinde (Vi-act. 2 S. 8; kurz Kooperationsvertrag).

3.2 (…)

3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Wortlaut von § 58 StraG finde sich kein Hinweis, ob die Gemeinde … „als stipulierte Strassenträgerin oder der Kanton als noch im Grundbuch eingetragener Eigentümer die Hoheit <habe>, die Vorteilsabgabe zu erheben". Aus Sicht der Gemeinde als zukünftige Strassenträgerin sei es sachgerecht, dass sie die Vorteilsabgabe erhebe. Die Vorteilsabgabe diene der Beteiligung der vom Sondervorteil begünstigten Beschwerdeführerin an den zukünftigen Unterhalts- und Erneuerungskosten. Bei den Instandstellungskosten (Fr. 119'000.--; …) sei die konkrete Vorteilsabgabe nicht berücksichtigt worden. Der Kanton könne auch keine Vorteilsabgabe pro rata temporis einverlangen. Er habe zwischen der Vereinbarung und Änderung der Trägerschaft keine weiteren Kosten zu tragen und würde gegen das Kostendeckungsprinzip verstossen, wenn er noch Beiträge einziehen würde. Ebenso werde das Äquivalenzprinzip verletzt.

3.4 Diesem Standpunkt kann nicht gefolgt werden. Gemäss klarem Wortlaut erhebt der Strassenträger die Vorteilsabgabe (§ 58 Abs. 1 StraG). Im Zeitpunkt der Zufahrtsbewilligung (14. November 2012) und der Festsetzung der Vorteilsabgabe (26. Mai 2015) war und ist der Kanton Strassenträger, weshalb er die Vorteilsabgabe auch veranlagen durfte.

Es gilt zu beachten, dass die Vorteilsabgabepflicht von der Zufahrts-/Zugangsbewilligung gemäss § 47 StraG bzw. der Ausnahmebewilligung für die Strassenabstandsunterschreitung nach § 42 StraG abhängig ist. Massgebender Zeitpunkt ist deshalb derjenige der Bewilligungserteilung (§ 58 Abs. 2 StraG; EGV-SZ 2004, B. 5.1 Erw. 2.1; VGE 711/06 vom 7. Januar 2006 betr. Fälligkeit). Die Zuweisung der Erhebung der Vorteilsabgabe in ein separates Verfahren ist gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung zulässig (EGV-SZ 2002, B 5.1) und vermag an der

Festlegung des massgebenden Zeitpunktes nichts zu ändern. Wird die Bewilligung nicht konsumiert werden, entfällt die Vorteilsabgabe (VGE 711/06 vom 7. November 2006 Erw. 2.4.2).

Für den Fall, dass im Zeitpunkt der Entstehung der Abgabepflicht eine Änderung der Strassenträgerschaft im Gange ist, liegt keine Gesetzeslücke vor. Sowohl der Gesetzestext als auch eine systematische wie teleologische Auslegung lassen keinen begründeten Zweifel offen, dass bis zur Übertragung der Strassenträgerschaft der aktuelle Strassenträger die Vorteilsabgabe einfordern kann. Bis zu diesem Zeitpunkt steht der bisherige Strassenträger als solcher auch weiterhin in der Pflicht. Als Hoheitsträger hat er u.a. die Strasse zu verwalten (§ 10 Abs. 1 StraG) und die verschiedenen (weiteren) Bewilligungsverfahren (z.B. gesteigerter Gemeingebrauch [§ 29 StraG], Konzession [§ 31 StraG], Verkehrsanordnung [§ 36 StraG], Reklame [§ 46 StraG]) ordnungsgemäss durchzuführen. Er hat die Strasse so zu unterhalten, dass sie in ihrer Substanz erhalten bleibt und zweckentsprechend genutzt werden kann (§ 11 Abs. 1 StraG), wobei er als Strassenträger die Kosten für den Bau und den Unterhalt seiner Strassen zu tragen hat (§ 49 Abs. 1 StraG). Der Strassenträger hat dementsprechend auch eine umfassende und wichtige Aufsichtspflicht wahrzunehmen. Bei dieser Rechtslage wäre es von der Systematik und vom Gesetzeszweck her nicht nachvollziehbar, wenn dem bisherigen Strassenträger bis zur Übertragung der Strassenträgerschaft an die neue Strassenträgerin die Pflichten zwar aufgetragen bleiben, das Recht auf Einforderung der Vorteilsabgabe im Sinne einer Vorwirkung jedoch dahinfallen würde. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Instandstellungskosten mit Fr. 119'000.-- bereits im Kooperationsvertrag vom 26. August/2. September 2008 festgelegt wurden. Wie eben dargelegt, sind unbesehen davon bis zur Übertragung der Strassenträgerschaft die gesetzlichen Pflichten vom bisherigen Strassenträger wahrzunehmen. Zum andern schliesst eine vorzeitige Festlegung der Instandstellungskosten nicht aus, dass dem zeitlichen Aspekt eine gewisse Beachtung geschenkt werden konnte.

Auch aus der spezifischen Sicht der Vorteilsabgabe erweist sich die beschwerdeführerische Argumentation, die das Verhältnis der Strassenträger untereinander mit demjenigen des zuständig veranlagenden Strassenträgers zum Abgabepflichtigen vermischt, als nicht stichhaltig. Mit Bezug auf die konkrete Strasse besteht für die Beschwerdeführerin der Sondervorteil vor und nach der Übertragung der Strassenträgerschaft und mithin auch die rechtliche Begründetheit der Vorteilsabgabepflicht. Die Einwände betreffend Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip vermögen im Zusammenhang mit der Änderung der Strassenträgerschaft deshalb nicht zu greifen. Massgebend ist, dass die Beschwerdeführerin nicht

zweimal für den gleichen Sondervorteil ins Recht gefasst wird. Solches ist jedoch nicht zu erwarten. Es ist in der konkreten Angelegenheit für die Zeit nach der Übertragung der Strassenträgerschaft kein bauliegenschaftsbezogener Anlass voraussehbar, um die Vorteilsabgabe (unzulässigerweise) ein zweites Mal veranlagen zu können, wogegen sich die Beschwerdeführerin im Übrigen mit den Erkenntnissen des vorliegenden Verfahrens zur Wehr setzen könnte.

(VGE II 2015 67 vom 15. September 2015).

5.2 Baubewilligung

- *Gebühren.*

Aus dem Sachverhalt:

In einem Baubewilligungsverfahren wurde R. die Baubewilligung unter Auflagen erteilt und dem Baubewilligungsnehmer die Gebühren und Kosten auferlegt. Die Beschwerde Dritter wurde vom Regierungsrat gutgeheissen, diejenige des Baubewilligungsnehmers abgewiesen. Die Verfahrenskosten wurden je zur Hälfte der Gemeinde und dem Baubewilligungsnehmer auferlegt.

In der Folge reichte der Baubewilligungsnehmer ein neues Baugesuch ein, welches vom Gemeinderat bewilligt wurde. Dabei wurden dem Baubewilligungsnehmer auch die mit dem erneuten Baugesuch angefallenen Gebühren in Rechnung gestellt. Der Gemeinderat schrieb das bewilligte Baugesuch infolge der Aufhebung durch den Regierungsrat als gegenstandslos am Protokoll ab. Betreffend die Kosten hielt er fest, die Rechnung könne nur in Bezug auf die Baukontrollgebühren reduziert werden. Es verblieben die Kosten für die Baubewilligungsgebühren, die Publikations- und Kanzleigebühren, den Aufwand des kommunalen Brandschutzexperten und weitere Auslagen beim Baubewilligungsnehmer. Der Regierungsrat bestätigte diese gemeinderätliche Kostenregelung.

Aus den Erwägungen:

1. Die Bewilligungsbehörde erhebt für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen Gebühren nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (§ 89 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14. Mai 1987).

Die Gemeinden können abweichende Gebührenordnungen erlassen (§ 89 Abs. 2 PBG). Gemäss Art. 92 Abs. 1 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 7. März 2010 erhebt der Gemeinderat für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen, die Baukontrolle sowie den Entscheid über Einsprachen Gebühren. Er erlässt hierfür eine Gebührenordnung (Art. 92 Abs. 2 BauR). Von dieser Kompetenz hat der Gemeinderat mit dem Erlass der kommunalen Gebührenordnung für das Bauamt vom 17. Januar 2011 (GRB Nr. 25), angepasst bzw. ersetzt durch die Gebührenordnung für das Bauamt vom 24. Juni 2013 (GRB 2013.192 vom 24. Juni 2013), Gebrauch gemacht.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, mit dem RRB Nr. 696/2013 vom 13. August 2013 sei der GRB Nr. 334 vom 13. August 2012 vollumfänglich, d.h. inkl. Kostenentscheid, aufgehoben worden. Es bestehe somit keine Möglichkeit mehr, das Baubewilligungsverfahren nachträglich noch einmal im Rahmen eines Abschreibungsbeschlusses zu erledigen und Gebühren zu erheben. Der erstinstanzliche Kostenentscheid sei durch den Kostenentscheid im Rechtsmittelverfahren ersetzt worden, wo der Gemeinde und der Beschwerdeführerin die Kosten von insgesamt Fr. 1'200.-- je zur Hälfte auferlegt worden seien (Beschwerde S. 3 Ziff. III.1 f.). Es stelle sich die Frage, ob für eine aufgehobene Baubewilligung eine spezielle Gebühr erhoben werden könne.

2.2.1 Die Baubewilligung ist die behördliche Feststellung, dass der Verwirklichung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse im Wege stehen (vgl. § 83 Abs. 2 PBG; Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 847; vgl. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Bern 2007, Art. 1 N 2). Mit der Baubewilligung können Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

2.2.2 Die Baubewilligungsgebühr ist eine Verwaltungsgebühr, welche die vom Pflichtigen veranlasste Amtshandlung abgelten soll (Bundesgerichtsurteile 2C_517/2007 vom 15. August 2008 Erw. 2.4; 2P.286/2006 vom 27. Februar 2007 Erw. 3.2; Gossweiler, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 5 N 17). Die Kostenverlegung folgt dem Verursacherprinzip (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, Rz. 755). In diesem Sinne bestimmt § 5 Abs. 1 der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (GebO; SRSZ 173.111) vom 20. Januar 1975, dass derjenige die Gebühr trägt, der die öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat. Die

kommunale Gebührenordnung hat zwar keine entsprechende Bestimmung, verweist indessen ergänzend auf die GebO sowie das Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden (SRSZ 153.100) vom 27. Januar 1994, dessen § 7 die Verursacherfinanzierung normiert, wonach derjenige die zumutbaren Kosten zu tragen hat, welcher besondere Leistungen beansprucht.

2.2.3 Der Natur des Baubewilligungsverfahrens entsprechend erwachsen dem Gesuchsteller keine eigentlichen Pflichten, die mit Verwaltungszwang durchgesetzt werden können. Vielmehr geht der Pflichtige zumeist Obliegenheiten ein. Bleibt er mit deren Vornahme säumig, so treffen ihn gewisse Rechtsnachteile. Als einzige allgemeine Rechtspflicht des Gesuchstellers besteht der Zwang zur Entrichtung einer Gebühr. Gegen die Gebührenauflage kann selbständig der Rechtsmittelweg beschritten werden (Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 117 und Rz. 397 mit FN 44).

2.2.4 Die Kosten für eine Baubewilligung entstehen (unter Vorbehalt der Kosten für die Baukontrolle und Bauabnahme) unabhängig davon, ob eine allfällige Baubewilligung konsumiert wird bzw. werden kann oder nicht. Sie entstehen ebenso unabhängig von einem allenfalls anschliessenden Rechtsmittelverfahren und unabhängig von dessen Ausgang. Das Verursacherprinzip bringt es ebenso mit sich, dass ein Bauherr für die Kosten des Baubewilligungsverfahrens aufzukommen hat, die bis zu einem allfälligen Rückzug eines Baugesuchs entstanden sind. Bei der Entrichtung der Gebühr und einem allfälligen Kostenersatz (für externe Kosten) handelt es sich um selbständige Rechtspflichten (vgl. Mäder, a.a.O., Rz. 441).

Die Baubewilligung als solche (samt allfälliger Nebenbestimmungen) ist mithin grundsätzlich vom Kostenentscheid abzugrenzen, auch wenn beide im gleichen Beschluss (Dispositiv) ergehen. Dies illustriert vorliegend der Abschreibungsbeschluss, womit die Baubewilligungsgebühren um die nicht angefallenen Baukontrollgebühren von Fr. 230.-- reduziert wurden. Ob dies auf die Aufhebung einer Baubewilligung oder eine Nichtkonsumation derselben zurückzuführen ist, spielt keine Rolle.

Wird eine Baubewilligung im Rekurs- (oder Beschwerde-)verfahren daher aufgehoben und in der Folge von der örtlichen Baubehörde ein nachgebessertes Projekt bewilligt, so schuldet die Bauherrschaft – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Eingabe vom 29. Oktober 2014 S. 1 f. Ziff. 2) – die Gebühr für beide Verfahren (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 354 mit

Hinweis auf RB 1992 Nr. 77; vgl. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 971).

2.2.5 Nichts anderes gilt vorliegend. Von der Aufhebung der Baubewilligung vom 13. August 2012 durch den RRB Nr. 696/2013 vom 13. August 2013 wurden die Baubewilligungsgebühren nicht betroffen. Über die Baubewilligungsgebühren hatte der Regierungsrat nicht zu befinden. Es lassen sich dem RRB denn auch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass er „richtigerweise keine Baubewilligungsgebühren mehr erhoben“ hat (Beschwerde S. 3 Ziff. III.2). Entsprechend besteht auch kein Anlass, die Bewilligungsgebühr zu halbieren (so die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 29. Oktober 2014 S. 2 Ziff. 4), nachdem die Gemeinde die Baubewilligung erteilt hat, und diese erst auf Beschwerde hin aufgehoben wurde.

Im Übrigen wären einerseits die beiden Drittparteien betreffend die Baubewilligungsgebühren nicht beschwerdebefugt gewesen und hätte der Regierungsrat auf entsprechende Rügen nicht eintreten dürfen. Anderseits hat die Beschwerdeführerin ausdrücklich nur die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 5.1, 5.5, 8.1 und 8.10 Abs. 2 des Baubewilligungsbeschlusses beantragt, nicht aber die Ziff. 13 betreffend die Gebühren.

2.2.6 Mit der Baubewilligungsgebühr haben die Kosten des regierungsrätlichen Beschwerdeverfahrens, welche sich grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip (hierzu vgl. Wiederkehr/Richli, a.a.O., Rz. 770 ff.) nach § 72 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 richten, nichts gemeinsam. Diese Kostenverlegung tritt nicht an die Stelle der Baubewilligungsgebühr. Hierfür lassen sich dem RRB Nr. 696/2013 vom 13. August 2013 denn auch keinerlei Hinweise entnehmen. Aus der Kostenverlegung dieses RRB kann die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Mit der Baubewilligung bzw. den hierfür aufgrund des Verursacherprinzips erhobenen Gebühren ist auch keine Garantie verbunden, dass ein Bauherr in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren obsiegt. Der Beschwerdeführerin ist die Argumentation, die Vorinstanz habe zumindest eine Mitursache für die Aufhebung der ersten Baubewilligung gesetzt (Beschwerde S. 5 Ziff. 3), daher ebenfalls unbehelflich.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung; eine solche sei vor dem Hintergrund allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze auch unzulässig (Beschwerde S. 5 Ziff. 3). Baubewilligungsgebühren seien

durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip gedeckt. Der Wert der Leistung bemesse sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringe. In der Gemeinde Wollerau würden die Gebühren für die Baubewilligungen mittels eines Promillesatzes anhand der Bausumme festgelegt. Sinn und Zweck sei, damit die Kosten ins Verhältnis zum geplanten Bauobjekt, mithin auch zum Nutzen, der dem Bauherrn entsteht, zu setzen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit dürfe auch das Interesse des Gebührenpflichtigen an der Amtshandlung berücksichtigt werden. Ein Bauherr habe erst dann einen Nutzen, wenn die Baubewilligung rechtskräftig geworden sei. Vorliegend habe gestützt auf die aufgehobene Baubewilligung keine Baute erstellt werden können. Die Beschwerdeführerin habe überdies den Sachverhalt selber abklären und nochmals ein Baugesuch einreichen müssen (Beschwerde S. 4 Ziff. 3).

3.2 Mit § 89 PBG, der GebO und der kommunalen Gebührenordnung sind die gesetzlichen Grundlagen für die Erhebung der Baubewilligungsgebühr entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vorhanden.

3.3.1 Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 126 I 180 Erw. 3a/bb mit Hinweisen; eingehend: Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, in: ZBl 104/2003 S. 522 ff.).

Für die Bestimmung des abzugeltenden Aufwandes einer Baubewilligung als einer Verwaltungsgebühr darf mithin auf schematische Kriterien abgestellt werden. Dabei ist es nicht unüblich, dass Baubewilligungsgebühren nach einem Prozent- bzw. Promillesatz der geschätzten Bausumme (Baukosten) bzw. des Gebäudeversicherungswertes festgelegt werden. Ein derartiges Kriterium vereinfacht die Gebührenbemessung. Es führt in den meisten Fällen schon deshalb zu vertretbaren Ergebnissen, weil mit der Grösse eines Bauvorhabens tendenziell auch der Prüfungsaufwand der Behörde wächst. Im Übrigen darf bei der Bemessung von

Verwaltungsgebühren innerhalb eines gewissen Rahmens auch dem involvierten wirtschaftlichen Interesse des Pflichtigen Rechnung getragen werden. Es ist dem Gemeinwesen nicht verwehrt, mit Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen (BGE 97 I 193 Erw. 6; BGE 103 Ia 80 Erw. 2). Dies gilt in ausgeprägtem Masse etwa für Gerichtsgebühren (vgl. BGE 130 III 225 Erw. 2.3 mit Hinweisen) und muss im Grundsatz auch bei Baubewilligungsgebühren zulässig sein. Wo allerdings bei hohen Bausummen ein starres Abstellen auf einen festen Gebührensatz zu einem offensichtlich übersetzten, durch den tatsächlichen Verwaltungsaufwand in keiner Weise mehr zu rechtfertigenden Abgabebetrag führt, kann das Äquivalenzprinzip eine Korrektur der Berechnungsweise gebieten (Bundesgerichtsurteil 2C_517/2007 vom 15. August 2008 Erw. 2.3 f.).
(...).

3.3.3 Die Rechtmässigkeit der Publikations- und Kanzleigebühren, des Aufwandes des kommunalen Brandschutzexperten sowie für die externe Prüfung des Kanalisationsplanes, welche ebenfalls gestützt auf die kommunale Gebührenordnung (Ziff. II.1.5 und 1.6; Ziff. III) in Rechnung gestellt wurden, wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten (Beschwerde S. 5 Ziff. 4). Im Sinne der vorstehenden Ausführungen (Erw. 2.2.1 ff., bes. Erw. 2.2.5) kann der Beschwerdeführerin indessen nicht gefolgt werden, wenn sie gestützt auf den RRB Nr. 696/2013 vom 13. August 2013 nur für die Hälfte dieser Kosten aufkommen will.

3.3.4 Der Nutzen des Baubewilligungsverfahrens, welches allenfalls in eine Baubewilligung mündet, besteht in der Überprüfung, ob das Bauvorhaben mit den gesetzlichen Normen in Einklang steht und der mit dieser Überprüfung seitens der Behörden erforderlichen Abklärungen. Die Sichtweise der Beschwerdeführerin, nur eine konsumierte Baubewilligung stelle einen Nutzen dar, greift insoweit zu kurz. Ein Nutzen besteht selbst bei einem negativen Verfahrensausgang (Verweigerung der Baubewilligung) und den sich hieraus für ein allfälliges neues Projekt ergebenden Erkenntnissen. Baubewilligungsgebühren sind auch rechtmässig, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die betreffenden Arbeiten keiner Baubewilligungspflicht unterstehen (Wiederkehr/Richli, a.a.O., Rz. 593). Ebenso ist ein allfälliger Vorentscheid, womit wichtige Baufragen im Voraus abgeklärt werden können (§ 84 Abs. 2 PBG), kostenpflichtig, unabhängig davon, ob die abgeklärten Fragen im nachfolgenden Bewilligungsverfahren verwertet werden oder nicht.
Abgesehen davon steht der Nutzen einerseits alternativ neben dem Kostenaufwand des konkreten Gesuchs im Verhältnis zum gesamten

Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges (vgl. vorstehend Erw. 3.3.1); es bestehen keine Hinweise dafür, dass diesbezüglich im vorliegenden Fall ein Missverhältnis besteht. Anderseits handelt es sich bei diesen beiden Kriterien um blosse Hilfsmittel zur Bestimmung des Werts der staatlichen Leistung (Wiederkehr/Richli, a.a.O., Rz. 564).
(VGE III 2014 192 vom 19. Februar 2015).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Unzulässigkeit einer Initiative

- *Die Anordnung einer Tempo-40-Zone fällt in die Zuständigkeit des Gemeinderats.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Stimmberechtigte können gemäss § 37 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Schwyz (KV; SRSZ 100.100) vom 24. November 2010 einzeln oder zusammen beim Bezirks- oder Gemeinderat eine Initiative einreichen. Diese muss sich auf den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines rechtsetzenden Erlasses oder eines Verwaltungsaktes beziehen, welche in die Zuständigkeit der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung fallen (§ 37 Abs. 2 KV). Die Initiative ist schriftlich und in der Form der allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfes einzureichen (§ 37 Abs. 3 KV).

1.2 Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG; SRSZ 152.100) vom 29. Oktober 1969 sind Initiativbegehren dem Gemeinderat schriftlich einzureichen. Der Gemeinderat tritt auf ein Initiativbegehren nicht ein (§ 8 Abs. 1 zweiter Satz GOG), wenn:
- es sich auf einen Gegenstand bezieht, zu dessen Behandlung die Gemeindeversammlung nicht zuständig ist,
- der Grundsatz der Einheit der Materie nicht gewahrt ist,
- es dem Bundes- oder kantonalen Recht widerspricht,
- oder einen unmöglichen Inhalt aufweist.
(...).

3.1 Gegenstand eines Initiativbegehrens kann gemäss ausdrücklicher Regelung in Verfassung und Gesetz (vorstehend Erw. 1.1 u. 1.2) nur sein, was in den Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung fällt.

Die Gemeinden üben die staatlichen Tätigkeiten aus, die ihnen das kantonale Recht überträgt (§ 71 Abs. 1 KV). Bezirke und Gemeinden sind demokratisch organisiert (§ 72 Abs. 1 KV). Im zweiten Titel des GOG wird die Organisation der Gemeinden und Bezirke normiert; unter lit. A finden sich die Bestimmungen zur Gemeindeversammlung (und der Bezirksgemeinde; §§ 7-30 GOG), unter lit. B diejenigen zum Gemeinderat (§§ 31-42 GOG).

Die Befugnisse der Gemeindeversammlung sind in § 7 Abs. 2 GOG abschliessend aufgezählt. Die Gemeindeversammlung beschliesst neben den ihr gemäss lit. a bis i aufgezählten Befugnissen über weitere durch das Gesetz vorgesehene Geschäfte (lit. k).

Der Gemeinderat ist vollziehendes und verwaltendes Organ der Gemeinde (§ 31 Abs. 1 GOG). Ihm stehen alle Befugnisse zu, die nicht durch kantonales oder kommunales Recht einem andern Gemeindeorgan zugewiesen sind (§ 31 Abs. 2 GOG; sog. Kompetenz-Kompetenz; vgl. EGV-SZ 1998 Nr. 11 Erw. 4.a).

Dort wo eine abschliessende Kompetenz einer andern Behörde als der Gemeindeversammlung zugewiesen ist, ist mithin eine Initiative ausgeschlossen. (...). Die Kompetenzen der Gemeinde- bzw. Bezirksgemeindeversammlung können nicht nach Belieben aus dem Volkssouveränitätsprinzip abgeleitet werden, sondern sie müssen sich aus Verfassung und Gesetz ergeben. Das Volk ist, anders ausgedrückt, nur in den ihm von Verfassung und Gesetz übertragenen Materien zuständig (EGV-SZ 1981 S. 13; vgl. A. Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, S. 172).

3.2.1 Gemäss Art. 82 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 erlässt der Bund Vorschriften über den Strassenverkehr. Den Kantonen bleibt aber, unter gewissen Vorbehalten, das Recht gewahrt, den Automobil- und Fahrradverkehr zu beschränken oder zu untersagen. Hinsichtlich der den Kantonen und Gemeinden verbleibenden Befugnisse unterscheidet Art. 3 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01) vom 19. Dezember 1958 zwischen zwei Arten von Einschränkungen des Motorfahrzeug- und Fahrradverkehrs, nämlich zwischen dem vollständigen Verbot oder der zeitlichen Beschränkung des Verkehrs auf bestimmten, nicht dem allgemeinen Durchgangsverkehr geöffneten Strassen gemäss Art. 3 Abs. 3 SVG, und den „anderen Beschränkungen oder Anordnungen“ gemäss Art. 3 Abs. 4 SVG. Bei letzteren – den so genannten funktionellen Ver-

kehrsanordnungen – handelt es sich um Massnahmen, die nicht in einem (vollständigen oder zeitlich beschränkten) Fahrverbot bestehen. Ihre Zulässigkeit wird durch Art. 3 Abs. 4 SVG an besondere sachliche Voraussetzungen geknüpft (vgl. Bundesgerichtsurteil 2A.387/2003 vom 1. März 2004 Erw. 1.1).

Soweit nicht der Bundesrat mit dem Vollzug des SVG betraut ist, führen die Kantone das SVG aus. Sie treffen die dafür notwendigen Massnahmen und bezeichnen die zuständigen kantonalen Instanzen (vgl. Art. 106 Abs. 2 SVG). Die innerkantonale Zuständigkeit für den Vollzug des SVG wird durch dieses nicht geregelt.

3.2.2 Der Bundesrat beschränkt die Geschwindigkeit der Motorfahrzeuge auf allen Strassen (Art. 32 Abs. 2 SVG). Die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit kann für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur auf Grund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen (Art. 32 Abs. 3 SVG).

Art. 4a der Verkehrsregelnverordnung (VRV; SR 741.11) vom 13. November 1962 regelt die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten im Sinne einer Grundregel. Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit für Fahrzeuge beträgt unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen (Abs. 1) 50 km/h in Ortschaften (lit. a), 80 km/h ausserhalb von Ortschaften, ausgenommen auf Autostrassen und Autobahnen (lit. b), 100 km/h auf Autostrassen (lit. c) und 120 km/h auf Autobahnen (lit. d). Abweichende signalisierte Höchstgeschwindigkeiten gehen den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten vor, ebenso niedrigere Höchstgeschwindigkeiten für einzelne Fahrzeugarten nach Art. 5 VRV und für einzelne Fahrzeuge nach Anordnung der zuständigen Behörde (Art. 4a Abs. 5 VRV).

Gemäss Art. 108 Abs. 1 der Signalisationsverordnung (SSV; SR 741.21) vom 5. September 1979 kann die Behörde oder das Bundesamt für bestimmte Strassenstrecken zur Vermeidung oder Verminderung besonderer Gefahren im Strassenverkehr, zur Reduktion einer übermässigen Umweltbelastung oder zur Verbesserung des Verkehrsablaufs Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten anordnen. Auf Strassen innerorts sind tiefere Höchstgeschwindigkeiten als 50 km/h in Abstufungen von je 10 km/h zulässig (Art. 108 Abs. 5 lit. d SSV). Das UVEK regelt die Einzelheiten für die Festlegung abweichender Höchstgeschwindigkeiten (Art. 108 Abs. 6 Satz 1 SSV).

Zuständig zum Erlass von Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten ist die nach kantonalem Recht zuständige Behörde (vgl. Weisungen des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements zur Festle-

gung abweichender Höchstgeschwindigkeiten vom 13. März 1990, S. 9 Ziff. 8.1; Art. 32 Abs. 3 SVG).

3.2.3 Bei der Einführung von Tempo-30-Zonen gemäss Art. 2a und 22a SSV sowie der Verordnung über die Tempo-30-Zonen und die Begegnungszonen (SR 741.213.3) vom 28. September 2001 handelt es sich um funktionelle Verkehrsanordnungen im Sinne von Art. 3 Abs. 4 SVG (BGE 136 II 539 Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 1C_206/2008 vom 9. Oktober 2008 Erw. 2.1; 2A.90/2006 vom 26. Juni 2006 Erw. 1.1).

Es besteht kein ersichtlicher Grund, die vom Beschwerdeführer initiierte Anordnung einer Tempo-40-Zone nicht auch als funktionelle Verkehrsanordnung zu qualifizieren.

3.3.1 § 36 Satz 1 des Strassengesetzes (StraG; SRSZ 442.110) vom 15. September 1999 erklärt den Strassenträger für zuständig, Verkehrsanordnungen nach Massgabe des Bundesrechts und den kantonalen Planungen zu treffen. Verkehrsanordnungen von Gemeinden und Bezirken bedürfen der Genehmigung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes (§ 37 Abs. 1 StraG). Gemäss § 18 Abs. 1 der Strassenverordnung (StraV; SRSZ 442.111) vom 18. Januar 2000 werden Verkehrsanordnungen von der Exekutive des Strassenträgers angeordnet.

3.3.2 Das Strassengesetz unterscheidet zwischen Hauptstrassen, deren Träger der Kanton ist (vgl. § 5 Abs. 1 und 2 StraG), Verbindungsstrassen, deren Träger in der Regel der Bezirk oder die Gemeinde ist (§ 6 Abs. 1 und 2 StraG) sowie Nebenstrassen, wozu „alle übrigen öffentlichen Strassen“ zählen (§ 7 Abs. 1 StraG). Träger der Nebenstrassen sind in der Regel Gemeinden, Genossenschaften des öffentlichen Rechts und Private (§ 7 Abs. 2 StraG).

3.4 Bei den von der Initiative betroffenen beiden Strassen handelt es sich unbestrittenermassen um Gemeindestrassen. Trägerin ist folglich die Gemeinde. Die gesetzliche Zuständigkeit für Verkehrsanordnungen liegt bei der Exekutive des Strassenträgers, d.h. vorliegend beim Gemeinderat. Eine Übertragung dieser Zuständigkeit vom Gemeinderat an die Gemeindeversammlung wäre bzw. ist nicht zulässig (vgl. EGV-SZ 1998 Nr. 11 Erw. 4a f. mit Hinweis auf Huwyler, Das Gemeindeorganisationsgesetz 1977 S. 21; vgl. vorstehend Erw. 3.1 i.f.; P. Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. Aufl. 2001, Rz. 07 mit Hinweisen).

Mithin fällt die Anordnung einer Tempo-40-Zone nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung. Die Vorinstanz ist folglich zu Recht nicht auf die Initiative (...) eingetreten.

(VGE III 2015 102 vom 24. September 2015).

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

8.1 Nichtgenehmigung der Einzonung einer Intensiverholungszone (IE)

- *Anwendbares Recht auf die (Nicht-)Genehmigung einer Einzonung (Erw. 2.1 ff.).*
- *Aus der Vorgeschichte (Erfüllung eines früheren Genehmigungsvorbehalts) und dem Vertrauensschutz lässt sich kein unbedingter Anspruch auf eine spätere Einzonung ableiten (Erw. 4.1.2 ff.).*
- *Bedeutung von Bundesinventaren bei der Nutzungsplanung (Erw. 4.3 und Erw. 5.4 f.).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 genehmigt eine kantonale Behörde die Nutzungspläne und ihre Anpassungen (Abs. 1). Sie prüft diese auf ihre Übereinstimmung mit den vom Bundesrat genehmigten kantonalen Richtplänen (Abs. 2). Mit der Genehmigung durch die kantonale Behörde werden die Nutzungspläne verbindlich (Abs. 3; vgl. § 28 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100).

2.2.1 Per 1. Mai 2014 hat der Bundesrat das revidierte RPG sowie die revidierte Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) vom 28. Juni 2000 in Kraft gesetzt. Der seit diesem Zeitpunkt geltende Art. 38a Abs. 1 RPG verpflichtet die Kantone, ihre Richtpläne innert fünf Jahren nach Inkrafttreten der Änderung des RPG vom 15. Juni 2012 an die Anforderungen der Artikel 8 und 8a Abs. 1 RPG anzupassen (Abs. 1). Bis zur Genehmigung dieser Richtplananpassung durch den Bundesrat darf im betreffenden Kanton die Fläche der rechtskräftig ausgeschiede-

nen Bauzonen insgesamt nicht vergrössert werden (Abs. 2). Nach Ablauf der Frist von Absatz 1 ist die Ausscheidung neuer Bauzonen unzulässig, solange der betreffende Kanton nicht über eine vom Bundesrat genehmigte Richtplananpassung verfügt (Abs. 3). Gegenstand dieser Übergangsbestimmung sind die kantonalen Richtpläne.

2.2.2 In Art. 52a Abs. 1 RPV, ebenfalls in Kraft seit dem 1. Mai 2014, wird bestimmt, dass auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 2. April 2014 hängige Beschwerden gegen den Entscheid der kantonalen Behörde nach Art. 26 RPG über die Genehmigung einer Einzonung Art. 38a Abs. 2 RPG nicht anwendbar ist, wenn die Beschwerde weder zu einer Überprüfung noch zu einer materiellen Teilkorrektur des Genehmigungsentscheides führt oder wenn sie mutwillig erhoben worden ist. Gemäss Absatz 2 dürfen während der Übergangsfrist nach Art. 38a Abs. 2 RPG Einzonungen nur genehmigt werden, wenn a) im Kanton seit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung mindestens die gleiche Fläche ausgezont wurde oder dies mit dem gleichen Entscheid erfolgt, b) Zonen für öffentliche Nutzungen geschaffen werden, in denen der Kanton sehr wichtige und dringende Infrastrukturen plant, oder c) andere Zonen von kantonaler Bedeutung geschaffen werden, die dringend notwendig sind, und bei der Genehmigung nach Art. 26 RPG die Fläche festgelegt und planungsrechtlich gesichert ist, die rückgezont werden muss; die Pflicht zur Rückzonung fällt dahin, wenn diese sich aufgrund des genehmigten Richtplans erübrigt.

2.2.3 Massgebender übergangsrechtlicher Kernpunkt ist die kantonale Genehmigung einer unter dem alten (bis 30. April 2014 geltenden) Raumplanungsrecht aufgelegten Nutzungsplanung(srevision). Ist eine Genehmigung vor dem Inkrafttreten erfolgt und eine hiergegen erhobene Beschwerde unter dem revidierten Recht (noch) hängig, ist das revidierte Recht in den drei in Art. 52a RPV geregelten Konstellationen nicht anwendbar (zur übergangsrechtlichen Problematik vgl. VGE III 2013 176 vom 25. Juni 2014 Erw. 1.4.1 ff.; VGE III 2013 169 vom 25. Juni 2014 Erw. 1.2.1 ff.).

2.3 Vorliegend erfolgte die regierungsrätliche (Nicht-)Genehmigung nach dem Inkrafttreten des revidierten RPG. Mithin ist das revidierte Recht uneingeschränkt beachtlich.

Mit der Beschwerde wird eine über den angefochtenen Genehmigungsbeschluss hinausgehende Einzonung beantragt. Dies ist indes nur unter den Voraussetzungen des revidierten RPG zulässig, was bedeutet, dass grundsätzlich eine gleiche Fläche, wie sie zur Einzonung beantragt wird,

ausgezont werden müsste. Es ist nicht davon auszugehen, dass eine solche kompensatorische Auszonung derzeit möglich ist. Die Beschwerde müsste daher bereits aus diesem Grunde abgewiesen werden. Wie es sich hiermit verhält, kann indessen offen bleiben, da sich die Beschwerde so oder anders als unbegründet erweist.

3.1.1 Gemäss Art. 26 Abs. 2 RPG hat die Genehmigungsbehörde die Nutzungspläne mindestens auf ihre Übereinstimmung mit den vom Bundesrat genehmigten kantonalen Richtplänen zu überprüfen (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 26 N 12). (...). Nebst der tatsächlichen ist die rechtliche Eignung erforderlich. Gegen eine Zuweisung in eine Bauzone können die Planungsziele und -grundsätze sprechen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 15 N 14 ff.; VGE III 2012 183/184/185 vom 12. März 2013 Erw. 7.3).

3.1.2 Stillschweigend setzt Art. 26 Abs. 2 RPG zudem voraus, dass die Nutzungspläne mit dem Bundesrecht in Einklang stehen, wozu die Wahrung der angesprochenen Planungsgrundsätze (Art. 1, 3 und 15 ff. RPG) und Verfahrensvorschriften (Art. 4 und 33 RPG) des RPG wie die Eigentumsgarantie (Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) und die Vorschriften des Umweltrechts zählen (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 26 RPG N 14; Ruch, Kommentar RPG, Art. 26 Rz. 27).

(...).

Neben den Grundsätzen von Art. 3 RPG bleiben die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden auch den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen (wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeitsprinzip) verpflichtet. Allerdings kommt diesen Grundsätzen im Bereich der Plansetzung nur eine beschränkte Bedeutung zu. Sinn und Zweck der Planungsgesetze erscheinen regelmässig unbestimmt, und der Rechtsgleichheit lässt sich für die Planung herkömmlich nur abgeschwächte Bedeutung beilegen, da sie im Wesentlichen mit dem Willkürverbot zusammenfällt (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 17 zu Art. 3 RPG, S. 81 mit Hinweisen; vgl. auch VGE 1044+1049/97 vom 27. Januar 1999 Erw. 2d mit Verweis auf BGE 121 I 249, wonach Parzellen ähnlicher Lage und Art unter Vorbehalt des Willkürverbotes völlig verschieden behandelt werden können; vgl. auch VGE 934/00 vom 29. Mai 2001 Erw. 2d).

(...).

3.1.3 Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, über die Mindestanforderungen von Art. 26 Abs. 2 RPG weitere Genehmigungsvoraussetzungen vorzusehen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 26 RPG N 15).

4.1.2 Nach Art. 21 Abs. 2 RPG werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben. Ein Zonenplan kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist (BGE 120 Ia 227 Erw. 2b mit Hinweisen). Andererseits sind Pläne revidierbar, da dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen (BGE 123 I 175 Erw. 3a).
(…).

4.1.3 Vorliegend wurden die fraglichen Parzellen im Jahr 2000 von der regierungsrätlichen Genehmigung ausgenommen und in der Folge bis heute nicht in eine IE eingezont. Hieran ändert sich mit der regierungsrätlichen Nichtgenehmigung dieser Einzonung nichts. Auch wenn der damalige Genehmigungsvorbehalt (rechtsgenügliche Erschliessung mit Trinkwasser) mittlerweile erfüllt ist, stellt sich mithin die Frage, wie weit das Argument, es fehle an den erforderlichen erheblich veränderten Verhältnissen als Voraussetzung für eine Planänderung, überhaupt greifen kann. Dabei fällt ins Gewicht, dass seit dem Genehmigungsvorbehalt mittlerweile fünfzehn Jahre verstrichen sind, womit dem Vertrauen in die Planbeständigkeit, d.h. vorliegend das Vertrauen in die vorbehaltene Einzonung, nur noch eine geringe Bedeutung zukommen kann.

4.2.1 Die Vorgeschichte und der Vertrauensschutz verleihen einem Grundeigentümer (gleich wie eine vollständige Erschliessung) keinen unbedingten Anspruch auf Zuteilung seiner Parzelle zu einer RPG-konformen Bauzone. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt, dass die Verwirklichung der Raumplanungsgrundsätze Vorrang vor der Beständigkeit eines altrechtlichen Plans hat. Wesentlich ist zunächst, ob die Vorgeschichte eine Abfolge von Ereignissen umfasst, die auf die Einzonung des Gebiets ausgerichtet war. Die Berufung auf Vertrauensschutzinteressen setzt weiter voraus, dass keine Kollision zum Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts – hier einer RPG-konformen Nutzungsplanung – absehbar war (Bundesgerichtsurteil 1C_493/2013 vom 28. Januar 2014 Erw. 2.3; BGE 132 II 218 Erw. 6.1 f.).
Zum einen kann vorliegend nicht von einer „Abfolge von Ereignissen“ gesprochen werden, die auf die Einzonung des Gebietes B. ausgerichtet

waren. Zum andern lässt sich dem Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) vom 23. Dezember 2011 entnehmen, dass am 9. März 2004 eine Stellungnahme der ENHK betreffend (...) verfasst wurde. Dem Genehmigungsbeschluss (...) lässt sich des Weiteren entnehmen, dass bereits im Vorprüfungsverfahren der letzten kommunalen Nutzungsplanrevision 2000 „Bedenken bezüglich der landschaftlichen Einordnung und der Nähe zu schützenswerten Bauten geäussert" wurden. Zudem zitiert der Regierungsrat aus einem Mitbericht des Amtes für Kultur (Denkmalpflege), welches eine „wesentliche Beeinträchtigung des Weilers" als Folge der Einzonung befürchtete.

(4.2.2 ...).

4.3 Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass allein in der Tatsache, dass die Gemeinde eine Revision der Ortsplanung vorgenommen hat, nicht zwingend auf (erheblich) veränderte Verhältnisse bezüglich einzelner Parzellen und Gebiete geschlossen werden kann. Das gleiche gilt auch hinsichtlich der vom Regierungsrat angeführten „gebietsspezifischen Änderungen", welche er namentlich in der Lage des fraglichen Gebietes „an einer landschaftlich sensiblen Stelle im Umgebungsbereich des Weilers (...)" erkennen will.

Indessen weist der Regierungsrat zu Recht auf BGE 135 II 209 und die von verschiedenen Bundesämtern herausgegebene Empfehlung zur Berücksichtigung der Bundesinventare nach Art. 5 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) vom 1. Juli 1966 hin. Diese Empfehlung nimmt einleitend Bezug auf den BGE 135 II 209, womit „klar" gemacht worden sei, „dass für die Kantone und Gemeinden auch bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben eine Pflicht zur Berücksichtigung dieser Bundesinventare besteht", nachdem bis anhin „umstritten" gewesen sei, „ob besagte Inventare auch ausserhalb der Erfüllung einer Bundesaufgabe beachtet werden müssen". Mithin ist aufgrund dieser bundesgerichtlichen Klärung von erheblich veränderten rechtlichen Verhältnissen auszugehen. Insofern widerspiegelt sich hierin gleichzeitig auch eine erhebliche Veränderung tatsächlicher Verhältnisse. Wie das Volkswirtschaftsdepartement vernehmlassend zutreffend festhält, werden die Anliegen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes heute anders wahrgenommen und weisen einen höheren Stellenwert auf als noch vor rund 15 Jahren. Die geänderte Wahrnehmung der räumlichen Entwicklung durch die breite Öffentlichkeit hat sich auch in verschiedenen Volksinitiativen (Revision des RPG; Zweitwohnungsinitiative; Verschärfung der Gewässerschutzgesetzgebung) artikuliert. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass seit der letzten Zonen-

planrevision der Betrieb (…) im zur Einzonung in die IE beantragten Gebiet (…) eingestellt wurde (Vernehmlassung des Volkswirtschaftsdepartements S. 2), womit auch mit Blick auf die touristische (Wintersport-)Nutzung (erheblich) veränderte tatsächliche Verhältnisse eingetreten sind.

Im Weiteren bestehen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine Anhaltspunkte dafür, dass im Jahr 2000 die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes (rechtsgenüglich) berücksichtigt wurden; jedenfalls äussert sich der regierungsrätliche Genehmigungsbeschluss vom 12. September 2000 (RRB Nr. 1368) hierzu nicht. (…).

(…).

5.4 Beim Gutachten der ENHK handelt es sich um ein Rechtsgutachten einer Fachbehörde zur Frage der Zulässigkeit verschiedener Einzonungen. Bei Rechtsgutachten gelten nicht die gleichen verfahrensrechtlichen Anforderungen wie für Gutachten, welche Sachverhaltsfragen betreffen. Es genügt grundsätzlich, wenn sich die Parteien nachträglich, allenfalls im Rechtsmittelverfahren, zu den im Rechtsgutachten behandelten Fragen äussern können (Bundesgerichtsurteil 2C_212/2013 vom 18. März 2014 i.Sa. R. vs. VerwGer SZ Erw. 2 [= nicht publizierte Erwägung in BGE 140 II 233]).

Unbegründet ist somit die Rüge des Beschwerdeführers, er sei im Rahmen des Gutachtens der ENHK nicht angehört worden. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren konnte er sich (und hat er sich auch) hierzu einlässlich äussern (geäussert).

5.5.1 Auszugehen ist bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Nichtgenehmigung der Einzonung des Gebietes Boden in die IE von der bundesrechtlichen Verpflichtung, die Bundesinventare bei der kommunalen Ortsplanung zu berücksichtigen (vgl. auch § 15 Abs. 3 PBG). Insoweit kann a priori kein Eingriff in die Gemeindeautonomie vorliegen.

Die Beurteilung der ENHK lässt keinen Zweifel offen, dass eine Einzonung des Gebietes mit den Anliegen des Schutzzweckes für das Ortsbild des Weilers (…) als eines Weilers von nationaler Bedeutung nicht zu vereinbaren ist. Dieser Schutzzweck betrifft nicht nur den Weiler im engeren Sinne, sondern insbesondere auch dessen Einbettung in die Landschaft. Das fragliche Gebiet liegt mitten im engeren Umgebungsbereich I, das vom prioritären Schutzzweck miterfasst wird. Das Gutachten der ENHK äussert sich auch ausführlich zu diesem Umgebungsbereich, für welchen nicht nur ein Erhaltungsgebot, sondern auch eine Pflicht zur Beseitigung störender Veränderungen gilt. Dem Beschwerdeführer kann

daher nicht gefolgt werden, wenn er die Auffassung vertritt, das Gutachten befasse sich nur marginal mit dem fraglichen Gebiet.
(VGE III 2014 242 vom 23. April 2015).

8.2 Moorbiotopschutz

- *Kantonaler Nutzungsplan „Hopfräben". Gesetzliche Grundlage (Erw. 2.2, 2.3).*
- *Nutzungsdruck, Erfordernis von Schutzmassnahmen (Erw. 2.4, 2.5).*
- *Neuanlegung des Wanderweges am Rande des Flachmoorperimeters, schutzzieldienliche Verbesserungen (Erw. 2.6 – 2.8).*
- *Perimeterarrondierung durch Kanton (Erw. 3).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Mündungsgebiet der Muota befindet sich die „Hopfräben" mit einem Flachmoor, welches seit 1994 Bestandteil des Inventars der Flachmoore von nationaler Bedeutung ist (Objekt Nr. 2906 Hopfräben). Es gehört zusammen mit fünf weiteren Objekten zu den einzigen noch bestehenden Flachmooren von nationaler Bedeutung am Vierwaldstättersee. Das Umweltdepartement liess den kantonalen Nutzungsplan Hopfräben (Plan- und Verordnungsentwurf sowie Erläuterungsbericht) öffentlich auflegen. Er bezweckt, die bestehende kommunale Verordnung zum Schutz der Hopfräben aus dem Jahre 1990 abzulösen und die Rechtsgrundlage für die Lösung bestehender Nutzungskonflikte (Erholungsnutzung, ökologische Defizite) und den neuen Wanderweg durch das Flachmoor Hopfräben zu schaffen. Gegen den aufgelegten kantonalen Nutzungsplan wurden Einsprachen erhoben, welche das Umweltdepartement abwies. Beschwerden beim Regierungsrat und Verwaltungsgericht blieben ohne Erfolg.

Aus den Erwägungen:

2.2 Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung sind geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen (Art. 78 Abs. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen-

schaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Es handelt sich um ein absolutes Veränderungsverbot sowohl für Moore als auch für Moorlandschaften und lässt Ausnahmen nur zu, wenn sie dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Dem Schutz von Mooren und Moorlandschaften wird absoluter Vorrang eingeräumt und der Abwägung mit anderen Interessen im Einzelfall kein Raum belassen (BGE 138 II 295 Erw. 6.2 mit weiteren Hinweisen).

In Art. 23a ff. des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG) wird im Gegensatz zum Verfassungsartikel zwischen dem Schutz der Moore (Verweis auf Art. 18a, 18c und 18d NHG = Biotopschutz) und dem Schutz der Moorlandschaften unterschieden. Beim letzteren tritt anstelle der Schutzzieldienlichkeit die Schutzzielverträglichkeit (Art. 23d Abs. 1 NHG; BGE 123 II 252 Erw. 3a/cc); BGE 138 II 281 Erw. 6.2).

2.3 Das Gebiet Hopfräben ist nicht im Moorlandschaftsinventar enthalten (siehe Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996, Moorlandschaftsverordnung, SR 451.35, Anhang 1). Hingegen ist es seit 1994 unter der Objekt-Nr. 2906 und der Bezeichnung „Hopfräben“ mit einer Gesamtfläche von 6.91 ha als Flachmoorbiotop inventarisiert (Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung, Flachmoorverordnung, vom 7. September 1994, SR 451.33, Anhang 1). Die Zusammensetzung wird wie folgt umschrieben: (Schilf)röhricht, Grosseggenried, Kalk-Kleinseggenried, Pfeifengraswiese, Hochstaudenried, Nasswiese, Übriges: Extensivkulturland, Hecken, Gehölze.

Die Kantone legen den genauen Grenzverlauf der Objekte (Flachmoore) fest und scheiden ökologisch ausreichende Pufferzonen aus (Art. 3 Abs. 1 erster Satz Flachmoorverordnung). Die Objekte müssen ungeschmälert erhalten werden; in gestörten Moorbereichen soll die Regeneration, soweit es sinnvoll ist, gefördert werden. Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung der standortheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Grundlagen sowie die Erhaltung der geomorphologischen Eigenart (Art. 4 Flachmoorverordnung). Die Kantone treffen nach Anhören der Betroffenen die zur ungeschmälerten Erhaltung der Objekte geeigneten Schutz- und Unterhaltsmassnahmen. Dabei kommt der Erhaltung und Förderung der angepassten landwirtschaftlichen Nutzung eine besondere Bedeutung zu (Art. 5 Abs. 1 Flachmoorverordnung). Die Kantone sorgen insbesondere dafür (Art. 5 Abs. 2 Flachmoorverordnung), dass

b. keine Bauten und Anlagen errichtet und keine Bodenveränderungen vorgenommen werden, …; ausgenommen sind, …, Bauten und An-

lagen und Bodenveränderungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzziels dienen;

l. die Moore vor dauernden Schäden durch unangepasste Beweidung und durch Trittbelastung geschützt werden;

m. die touristische und die Erholungsnutzung mit dem Schutzziel in Einklang stehen.

2.4 Dem bestehenden Nutzungsdruck im Gebiet Hopfräben und der deswegen beabsichtigten Besucherlenkung kommt bei der Beurteilung der Wegerstellung im Flachmoorgebiet eine massgebliche Bedeutung zu.

Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) hält in seinem Schreiben vom 11. März 2009 fest, man habe sich anlässlich der Begehung vom 2. Februar 2009 „ein gutes Bild vom enormen Nutzungsdruck insbesondere betreffend die Erholungsnutzung sowie der besonders ausgesetzten Lage machen“ können. Nur eine solide und breit abgestützte Lösung sei eine nachhaltige, die von allen Beteiligten akzeptiert werden könne. Es seien nur Lösungen möglich, die insgesamt eine wirkliche Verbesserung, so besonders auch im Vollzug, bewirkten. Das BAFU weist in einem weiteren Schreiben vom 5. April 2011 darauf hin, dass das Gebiet Hopfräben durch die umgebenden Nutzungen (Badanstalt, freier Badebetrieb, Camping auf zwei Seiten, Siedlung, Kiesverlad) stark unter Druck sei und in den letzten Jahrzehnten zweifellos darunter gelitten habe. Im Ornithologischen Gutachten als Grundlage für das Besucherlenkungskonzept im Flachmoor „Hopfräben“ der O. AG vom Juni 2010 wird darauf hingewiesen, dass das Gebiet das ganze Jahr von Erholungssuchenden stark genutzt werde. Im Speziellen ist u.a. vom illegalen Trampelpfad vom Campingplatz Urmiberg mitten durch Schutzgebiet ans Ufer die Rede (S. 6; insgesamt werden 5 Konfliktstellen im Ist-Zustand beschrieben). Im Erläuterungsbericht zum aufgelegten Kantonalen Nutzungsplan Hopfräben wird dargelegt, das Muotadelta sei für Bevölkerung und Touristen ein bedeutendes Erholungsgebiet (Campingplatz, gebührenfreie Bademöglichkeiten auf dem geschütteten Damm vor dem Flachmoor). Die intensive Erholungsnutzung sei teilweise nicht mit den Schutzzielen vereinbar: Trampelpfade im Flachmoor, Lagern und Feuermachen nahe der empfindlichen natürlichen Uferbereiche, Littering etc. (S. 2). Auch im angefochtenen RRB weist der Regierungsrat auf die illegalen Trampelpfade hin (Erw. 9.2), ebenso der Gemeinderat Ingenbohl in seiner Vernehmlassung vom 22. Januar 2015 (S. 3).

Nachdem die ortskundigen Behörden und Fachinstanzen übereinstimmend von einem grossen Nutzungsdruck und insbesondere von illegalen Trampelpfaden ausgehen, muss dieser (auch plausibel erscheinende) Sachverhalt als zutreffend angenommen werden. Soweit die Beschwerde-

führer unter diesem Aspekt mit der Behauptung, der neue Wanderweg sei nicht erforderlich, das Gegenteil behaupten wollen, ist dies nicht belegt und nicht zu hören.

2.5 Um den grossen Nutzungsdruck und den illegalen Aktivitäten im Flachmoorperimeter zu begegnen, hat der Kanton die entsprechenden Schutzmassnahmen zu treffen. Vorliegend erlässt er einen Nutzungsplan mit den entsprechenden Vorschriften, der schutzzieldienlich sein muss. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b Flachmoorverordnung ist die Errichtung von Anlagen (und mithin auch von Wegen) zulässig, wenn sie der Aufrechterhaltung des Schutzzieles dient. Wenn nun der Nutzungsdruck mit seinen illegalen Auswirkungen in geordnete Bahnen gelenkt wird, indem am Rand des Flachmoores ein (legaler) Weg erstellt wird, so ist dies in Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 2 lit. l und m Flachmoorverordnung schutzzieldienlich, sofern aufgrund einer Gesamtbilanz von einer klaren schutzzieldienlichen Verbesserung auszugehen ist (siehe auch Keller, Kommentar NHG, Art. 23d Rz. 4, wo von einem „insgesamt positiven Beitrag“ gesprochen wird). In diesem Sinne hat das BAFU in seinem Schreiben vom 11. März 2009 die Erstellung eines Wanderweges als Prügelweg entlang der Grenze des Flachmoors als zulässig erachtet, „wenn alle weiteren flankierenden Massnahmen zur Erhaltung und Förderung des Flachmoores kompromisslos in einer Schutzverordnung festgehalten und konsequent vollzogen werden“. Bei einer weiteren Beurteilung vom 5. April 2011 führt das BAFU aus, „wenn der Weg am Rand, d.h. entlang des Camping-Platzes verlaufe, sei er im Sinne einer allgemeinen Verbesserung der Situation und zusätzlicher Aufwertungen für das Moor tolerierbar“. Weiter spricht das BAFU von einem entscheidenden Schritt für die Umsetzung des Moorschutzes (direkte qualitative Verbesserung, Entflechtung der Nutzungen). Es handle sich um „einen Kompromiss nach langer Vorarbeit“. Ohne die Realisierung der erwähnten Massnahmen sei eine Bewilligung des Weges nicht mit dem Moorschutz konform, sei „doch das Ziel die Verbesserung der Gesamtsituation im Gebiet“. Schliesslich begrüsst das BAFU mit Schreiben vom 23. Januar 2012 die nunmehr angepasste Linienführung des Weges, indem dieser nun gänzlich am Rand des Flachmoorobjektes Nr. 2906 verlaufe. Gegen die vorgesehene Bauweise (Prügelweg statt Weg auf Stelzen) habe man nichts einzuwenden. Die gesamtheitliche Betrachtungsweise geht auch aus dem ENHK-Gutachten vom 20. August 2010 hervor, wobei dort insbesondere der Aspekt der Landschaftsverträglichkeit miteinbezogen wird.

2.6 Mit der Neuanlegung des Wanderweges im Flachmoorperimeter (Naturschutzzone) wird das Flachmoor am Rande der Zone auf einer Länge von ca. 230 m (gemessen in WebMap SZ) auf einer maximalen Breite von 1.5 m und einer südseitig mindestens 1.4 m hohen Sichtblende beeinträchtigt (§ 5 Verordnung betreffend Schutz und Nutzung der Hopfräben, SchutzV). Sichtblende (Schutz für brütende Vögel) wie auch die Abschrankung des Wanderweges in der Umgebungszone gegenüber der Naturschutzzone (§ 5 Abs. 3 SchutzV) reduzieren die Beeinträchtigung bzw. die Beeinträchtigungsgefahr.

Dieser Beeinträchtigung stehen gewichtige, schutzzieldienliche Verbesserungen gegenüber. Gemäss § 1 Abs. 2 SchutzV soll das Gebiet Hopfräben „als Lebensraum einer möglichst vielfältigen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und in seiner landschaftlichen Eigenart erhalten, gepflegt und gefördert werden." Es sollen insbesondere (a) die offene Riedzone, die Umgangsbereiche und Flachwasserzone mit der natürlichen Ufervegetation erhalten und gefördert, (b) gestörte Moorbereiche und Seeufervegetation regeneriert, (c) Massnahmen zur ökologischen Aufwertung und Vernetzung umgesetzt werden, und (d) eine nachhaltige und den Schutzzielen angepasste Erholungsnutzung gewährleistet werden (§ 1 Abs. 3 SchutzV). Diese Schutzziele werden u.a. mit einem umfangreichen Verbotskatalog (§ 4 SchutzV, Allgemeine Schutzvorschriften) umgesetzt. Insbesondere werden darin auch die schutzzielwidrigen Freizeitaktivitäten sowie das Befahren und Betreten des Schutzzielgebietes bei Bussenandrohung (§ 16 SchutzV) rigoros untersagt. Damit diese Verbote aber auch eingehalten werden, ist aufgrund des grossen Nutzungsdruckes eine attraktive Besucherlenkung unerlässlich. Diese Funktion übernimmt aufgrund der geplanten Bauweise (Prügelweg, Sichtblende) und Situierung (am Rand der Naturschutzzone) in das Flachmoor schonender Weise der geplante Wanderweg. Die Besucherlenkung wird zusätzlich durch ein Informationskonzept mit Informationstafeln/-standorten sowie Abschrankungen ergänzt (§ 4 Abs. 1 lit. a; orientierender Planinhalt, Erläuterungsbericht Ziffer 3.5). Vorgesehen ist des Weiteren, dass Schutzgebietsaufseher/-innen die Besucher informieren und die Einhaltung der Schutzvorschriften kontrollieren. Den eingangs erwähnten Beeinträchtigungen des Flachmoors stehen mithin mit der Erstellung des Wanderweges verbunden mit den Schutzvorschriften und dem Informations- und Kontrollkonzept entscheidende schutzzieldienliche Verbesserungen gegenüber.

Hinzu kommen gemäss § 6 SchutzV ökologische (Aufwertungs-)Massnahmen, welche mit der Erstellung des Wanderweges gleichzeitig zu realisieren sind. Es sind dies (a) die ökologische Aufwertung des Seeuferbereiches inklusive Rückbau des bestehenden Dammes, (b) die Er-

stellung einer Bucht und eines Amphibiengewässers in der östlichen Umgebungszone, und (c) bauliche Massnahmen zur Vermeidung störender Auswirkungen der Campingplätze und der Lastwagen-Waschanlage gegenüber dem Naturschutzgebiet.

Des Weiteren sind als Aufwertungsmassnahmen die Aufhebung des bestehenden Weges östlich des Flachmoores (siehe verbindlicher Planinhalt, gemäss welchem der Seezugang neu über das Campingplatzareal führt) sowie die künftig extensive Bewirtschaftung der Umgebungszone zu qualifizieren (Erläuterungsbericht Ziffer 3.4 in fine; Einspracheentscheid Erw. 2.7, angef. RRB Erw. 9.4). Entgegen den Darlegungen im Erläuterungsbericht kennt die Schutzverordnung zwar keinen § 4 Abs. 1 lit. m, in welchem die Extensivierung ausdrücklich vorgeschrieben wird. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass eine Extensivierung in der Umgebungszone als Pufferzone geboten ist und auch umgesetzt wird (§ 8 SchutzV; BUWAL, Pufferzonen-Schlüssel, Leitfaden zur Ermittlung von ökologisch ausreichenden Pufferzonen für Moorbiotope, 1997). Des Weiteren wird im Erläuterungsbericht festgehalten, im Verbot, Dünger, Giftstoffe und Pflanzenschutzmittel zu verwenden, sei die Extensivierung der Umgebungszonen enthalten (S. 10).

Der im Nutzungsplan vorgesehene öffentlich begehbare Weg am Rand der Naturschutzzone ist somit aus Sicht des Moorschutzes aufgrund einer klar positiven Gesamtbilanz und in Beachtung von Art. 5 Abs. 2 lit. b, l, m der Flachmoorverordnung als rechtlich zulässig zu qualifizieren.

2.7 Der Hauptwanderweg Nr. 5 (Waldstätterweg – Brunnen – Riemenstalden) (Anhang des Kantonalen Fuss- und Wanderweggesetzes vom 18. Mai 2004, KFWG, SRSZ 443.210) geht aktuell nicht durch das Flachmoorgebiet Hopfräben. Vielmehr führt er entlang der vielbefahrenen Gersauerstrasse auf einem asphaltierten Trottoir (angef. RRB Erw. 10.3). Nach Art. 7 Abs. 2 lit. c und d des Bundesgesetzes über Fuss- und Wanderwege vom 4. Oktober 1985 (FWG; SR 704) sind Fuss- und Wanderwege zu ersetzen, wenn sie auf einer grösseren Wegstrecke (c) stark befahren oder für den allgemeinen Verkehr geöffnet oder (d) mit Belägen versehen werden, die für den Fussgänger nicht geeignet sind. Die Nichteignung des bestehenden Wanderweges im fraglichen Bereich ist offenkundig. Wanderwege müssen frei und möglichst gefahrenlos begangen werden und der öffentliche Zugang muss gesichert sein (Art. 6 Abs. 1 lit. b und c FWG). Der Kanton ist für die im Anhang erwähnten Hauptwanderwege zuständig (§ 5 Abs. 1 KFWG). Eine neue Linienführung legt er, soweit notwendig, in einem kantonalen Nutzungsplan fest (§ 6 Abs. 2 KFWG).

Bei dieser Sach- und Rechtslage war der Kanton gehalten, zusammen mit dem Schutzzonenplan den Ersatz des nicht geeigneten Wanderweges bzw. dessen Verlegung in koordinierter Weise anzugehen. Er prüfte vier Varianten für die Linienführung und gab der Wegführung am Rand des Flachmoors mit nachvollziehbarer Begründung den Vorrang (Erläuterungsbericht Ziffer 3.3; Einspracheentscheid Erw. 2.6, angef. RRB Erw. 9.1, 9.5). Aufgrund der positiven Gesamtbilanz (siehe oben Erw. 2.6) sowie der schonenden Linienführung wird damit die Schutzzieldienlichkeit des Kantonalen Nutzungsplanes Hopfräben insgesamt nicht in Frage gestellt.

2.8 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die beschwerdeführerischen Rügen unbegründet sind. Hervorzuheben bzw. zu ergänzen ist was folgt:

Der schutzzieldienliche Nutzen der vorgesehenen Wegführung in Verbindung mit den ökologischen Aufwertungsmassnahmen wurde einlässlich dargelegt (Erw. 2.6). Für eine nachhaltige Nutzungsentflechtung bedarf es einer gewissen Attraktivität der Besucherlenkung. Dass davon auch die Badanstalt profitiert, gefährdet die Schutzzieldienlichkeit des Nutzungsplanes nicht. Nachvollziehbar sind auch Bauweise und mögliche Dimensionierung des Wanderweges (Schreiben BAFU vom 23. Januar 2013, angef. RRB, Erw. 9.7; Vernehmlassung Sicherheitsdepartement/Umweltdepartement vom 27. Januar 2015, S. 4). Dass im Fall „Jakobsweg“ (Bundesgerichtsurteil 1C_64/2012 vom 22. August 2012) keine baulichen Massnahmen erforderlich waren, lässt keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren zu. Im Übrigen steht hier die Detailplanung mit dem entsprechenden Baubewilligungsverfahren noch aus.

Die Gesamtbilanzierung über die negativen und positiven Punkte des aufgelegten Nutzungsplanes ist keine unzulässige Interessenabwägung (siehe auch Erw. 2.5). Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Schutzziele wird nicht durch andere öffentliche oder private Interessen in Frage gestellt.

Das ornithologische Gutachten der O. AG vom Juni 2010 geht davon aus, dass die hier gewählte Variante den Biotopwert des Naturschutzgebietes für störungsintolerante Vögel erhöhen dürfte (S. 16). Schilfrohrsänger sind in der Bestandesaufnahme von 2010 keine festgestellt worden (Anhang I). Im Einspracheentscheid wurde nachvollziehbar zum ornithologischen Einwand Stellung genommen (Erw. 2.8; siehe auch angef. RRB Erw. 9.3, worin auf den Teichrohrsänger und nicht auf den Schilfrohrsänger Bezug genommen wird, und Vernehmlassung Sicherheitsdepartement/Umweltdepartement vom 27. Januar 2015, S. 4).

Die privaten Interessen vermögen die vorgesehene Wegführung im Flachmoorperimeter nicht zu verhindern. Auf die Sichtblende als schutzzieldienliche Massnahme kann nicht verzichtet werden. Es liegt zudem im Interesse des Moorschutzes, dass die Schutzvorschriften und Besucherlenkungsvorkehren (inkl. Hundeleinepflicht) strikte eingehalten und kontrolliert werden, und dies bei Bedarf auch in den Nachtzeiten. Allein schon dies wird allfällige Immissionen auf ein zumutbares Mass beschränken. Des Weiteren kann man mit Abschrankungen und Hinweistafeln und allenfalls privatrechtlichen Verboten präventiv einwirken und lenken. Die Fortsetzung des Wanderweges ist nicht Gegenstand des aufgelegten Nutzungsplanes und somit auch nicht Verfahrensgegenstand. Dieses Vorgehen ist gestützt auf § 6 Abs. 2 KFWG zulässig. Sollte für die Fortsetzung des Wanderweges eine nutzungsplanerische Festlegung erforderlich sein, so ist dies in einem separaten Verfahren durchzuführen. Soweit es um bauliche Massnahmen zur Vermeidung störender Auswirkungen der Campingplätze und der Lastwagen-Waschanlage gegenüber dem Naturschutzgebiet geht (§ 6 lit. c SchutzV), ist diese ökologische Massnahme grundsätzlich unbesehen der Wanderwegführung zu treffen. Die genaue Ausgestaltung wird Gegenstand der Detailplanung (Erläuterungsbericht Ziffer 3.4) und des Baubewilligungsverfahrens (angef. RRB Erw. 10.5) sein. Im Übrigen ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen zu verweisen (Einspracheentscheid Erw. 2.17, 2.18; angef. RRB Erw. 10.5, 10.6).

Ob es aufgrund des Nutzungsplanes zu formellen und/oder materiellen Enteignungen kommt, ist ebenfalls nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die Linienführung entlang des (erweiterten) Flachmoorperimeters sachlich begründet ist (siehe oben Erw. 2.6, 2.7) und wegen privaten Interessen aus enteignungsrechtlichen Gründen nicht abgeändert werden kann (§ 32 Abs. 2 Enteignungsgesetz vom 22. April 2009, EntG, SRSZ 470.100; siehe auch Schreiben BAFU vom 5. April 2011, S. 2 unten).

3. Streitgegenstand ist des Weiteren, ob die Ausdehnung des Flachmoorperimeters auf die Liegenschaft KTN 464 zulässig ist.

3.1 Der Bundesrat bezeichnet nach Anhören der Kantone die Biotope von nationaler Bedeutung. Er bestimmt die Lage dieser Biotope und legt die Schutzziele fest. Die Kantone ordnen den Schutz und den Unterhalt der Biotope von nationaler Bedeutung. Sie treffen rechtzeitig die zweckmässigen Massnahmen und sorgen für ihre Durchführung (Art. 18a Abs. 1 und 2 NHG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Flachmoorverordnung legen die Kantone den genauen Grenzverlauf der Objekte fest und schei-

den ökologisch ausreichende Pufferzonen aus. Soweit die Beschwerdeführer dem Kanton die Kompetenz der Objektarrondierung absprechen wollen, ist dieser Einwand mithin unbegründet (siehe auch angef. RRB Erw. 6.1 betr. kantonalen Beurteilungsspielraum, Erw. 6.4 in fine).

3.2 Die umstrittene Arrondierung des Flachmoorperimeters wird im Erläuterungsbericht mit dem Hinweis begründet, die Vegetation sei gleichwertig wie im übrigen Flachmoor (S. 6 oben). Im Einspracheentscheid verweist das Umweltdepartement ergänzend vor allem auf das Vegetationsmonitoring der Flachmoore am Vierwaldstättersee 2009. Es handle sich hier um einen Schilfbestand (Phragmition) und eine kleine Pfeifengraswiese (Molinion). Bei beiden Vegetationstypen handle es sich um Flachmoorvegetation und die Fläche sei nicht vom übrigen Flachmoor abgetrennt, sondern bilde mit diesem eine Einheit (Erw. 2.11). Im angefochtenen RRB führt der Regierungsrat aus, eine Grenzziehung ergebe sich zwischen dem eigentlichen Campingplatz und dem südwestlichen Streifen auf KTN 464. Unter Bezugnahme auf die Beurteilung der Vegetation durch das Umweltdepartement gelangt der Regierungsrat zum Schluss, der fragliche Streifen auf KTN 464 gehöre faktisch zum Flachmoor Hopfräben und bilde mit diesem eine Einheit. Er müsse ungeschmälert erhalten bleiben. Der heutige Schutzzonenperimeter entlang der Parzellengrenze KTN 464 und Y bzw. entlang der Bauzonengrenze sei wenig sinnvoll. Damit werde den tatsächlichen Verhältnissen (frei von Bauten und Anlagen, Flachmoorvegetation) zu wenig Rechnung getragen. Die Arrondierung sei sinnvoll und vertretbar und das Umweltdepartement habe über den Bundesinventarperimeter hinausgehen dürfen (Erw. 6.4). Zu ergänzen ist, dass das BAFU in seinem Schreiben vom 5. April 2011 gegen die Arrondierung nicht opponiert (S. 1 unten), sondern diese offensichtlich begrüsst. Jedenfalls hält es unmissverständlich fest, dass heute die Moorvegetation bis an den Rand des Campingplatzes reiche (S. 2 unten). Des Weiteren werden auch im auf WebMap SZ einsehbaren Grundstückbeschrieb zu KTN 464 unter „Art Bodenbedeckung / Hoch-, Flachmoor“ 9 a und 82 m^2 ausgewiesen.

Das Gericht sieht keinen Anlass, die Sachdarlegungen der zuständigen Fachinstanzen in Frage zu stellen. Vielmehr ist deren Bewertung der Arrondierungsfläche als Flachmoorvegetation nachvollziehbar begründet. Die vorgenommene Ausweitung des Flachmoorperimeters auf KTN 464 (teilweise) erweist sich deshalb als rechtsbeständig.

(VGE III 2015 2 vom 25. März 2015; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

mit Urteil 1C_222/2015 vom 26. Januar 2016 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

8.3 Umweltschutzrecht

- *Partikelfilterpflicht auf stationär dieselbetriebenen Anlagen ab 37 kW Leistung. Gesetzliche Grundlage (Erw. 4, 5.1 – 5.4, 5.6, 5.8).*
- *Rechtsgleichheit (Erw. 5.5).*
- *Handelshemmnisse („Cassis de Dijon"-Prinzip) (Erw. 5.7).*

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Allgemeinverfügung des Amtes für Umweltschutz von 29. April 2014, wonach stationär dieselbetriebene Maschinen ab einer Leistung von 37 kW und einer jährlichen Betriebsdauer von mehr als 50 h bis spätestens 1. Mai 2015 mit Partikelfilter nachzurüsten oder stillzulegen und neue Maschinen nur noch mit Partikelfilter zu beschaffen sind (...). Soweit der Regierungsrat die Sache an das Amt für Umweltschutz zur Neubeurteilung zurückgewiesen hat (Prüfung der Rechts-/Lastengleichheit bei der Nachrüstungspflicht von Abbaumaschinen im Verhältnis zu Forstmaschinen und Pistenfahrzeugen, ...), ist dies nicht Streitgegenstand.

3. Die Beschwerdeführer rügen die fehlende gesetzliche Grundlage für die statuierte Partikelfilterpflicht. Der Regierungsrat räume selbst ein, dass es im kantonalen Recht keine gesetzliche Grundlage gebe. Die Partikelfilterpflicht lasse sich aber auch nicht auf den auf Art. 11 Abs. 3 und 44 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) beruhenden Massnahmeplan stützen und verstosse auch anderweitig gegen Bundesrecht. Die Voraussetzungen für eine kantonale Verschärfung nach Art. 11 Abs. 3 USG seien nicht erfüllt. Es fehle eine flächendeckende Vorsorgemassnahme gegen Dieselruss für alle Branchen, die sich als unzureichend erwiesen hätte und die dem Grundsatz der Lastengleichheit Rechnung trage. Zudem ergebe sich aus der angeführten Schadstoffkarte, dass der Jahresmittelwert im Kanton Schwyz in den letzten Jahren nie überschritten worden sei und es mithin an übermässigen Immissionen fehle. Die Partikelfilterpflicht stehe auch im Widerspruch zur abschliessenden Regelung der Luftreinhalteverordnung für Baumaschinen auf Baustellen (Art. 19a f. und Anhang 4 Ziff. 3 der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985, LRV, SR

814.318.142.1). Die Entstehungsgeschichte zeige, dass der Bundesrat bewusst davon abgesehen habe, für Maschinen auf Abbaustellen dieselben Vorschriften zu erlassen wie für Baumaschinen auf Baustellen. Die Partikelfilterpflicht stelle des Weiteren im heutigen Zeitpunkt (und auch in den nächsten Jahren) ein technisches Handelshemmnis im Sinne des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG, SR 946.51) dar und stehe im Widerspruch zum Cassis-de Dijon-Prinzip gemäss Art. 16a THG. Die Beschwerdeführer machen im Übrigen eine Ungleichbehandlung geltend (wobei sie konkret insbesondere auf die Landwirtschaft hinweisen) und weisen auf Widersprüche zum WTO-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse und zur Logik, zu den Grundsätzen sowie Zielsetzungen des Umweltschutzgesetzes hin.

4.1 Das Umweltschutzrecht beruht auf einem zweistufigen Schutzkonzept. Auf der ersten Stufe sind unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (1. Stufe = Vorsorgeprinzip, Art. 1 Abs. 2, 11 Abs. 2 USG; Art. 3 f. LRV). Steht fest oder ist zu erwarten, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen, ohne dass die technische und betriebliche Möglichkeit und die wirtschaftliche Tragbarkeit hierfür Grenzen setzen (Art. 11 Abs. 3 USG; 2. Stufe). Emissionen können für beide Stufen u.a. durch Grenzwerte, Bau- und Ausrüstungsvorschriften sowie Verkehrs- oder Betriebsvorschriften begrenzt werden (Art. 12 Abs. 1 USG).

4.2 Steht fest oder ist zu erwarten, dass schädliche oder lästige Einwirkungen von Luftverunreinigungen durch mehrere Quellen verursacht werden, so erstellt die zuständige Behörde einen Plan der Massnahmen, die zur Vermeidung oder Beseitigung dieser Einwirkungen innert angesetzter Frist beitragen (Art. 44a Abs. 1 USG, Art. 31 LRV). Der Massnahmeplan ist der zweiten Stufe zuzuordnen (Loretan, in Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 2004, Art. 44a N 3, 5, 8, 33). Er bezweckt in Beachtung des Koordinationsgebotes und der Lastengleichheit die Vermeidung übermässiger Immissionen namentlich durch Stickstoffdioxid (NO_2), bodennahem Ozon (O_3) und lungengängigem Feinstaub (PM10) (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 13 ff.). Der Massnahmeplan ist ein Sanierungsinstrument für die übermässig belastete Luft und erfasst sowohl alte wie neue Anlagen. Das Sanierungsobjekt besteht mithin in der übermässig belasteten Luft, deren Zustand zu verbessern ist, und nicht

etwa in den Anlagen, die unzulässige Emissionen verursachen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei kleinen bzw. durchschnittlichen Emittenten verschärfte Emissionsbegrenzungen ohne Massnahmeplan mit dem Prinzip der Lastengleichheit nicht vereinbar, während bei Grossemittenten der fehlende Massnahmeplan zur Sistierung des Bewilligungsentscheides führt (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 33, 35 f.). Mit schädlichen oder lästigen Einwirkungen sind übermässige Immissionen gemeint (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 6, 8). Wo die Belastung bereits übermässig ist (d.h. ein oder mehrere Immissionsgrenzwerte nach Anhang 7 überschritten werden, Art. 2 Abs. 5 LRV), ist in der Regel ein Massnahmeplan nötig. Bei der Auswahl der Emissionsbeschränkungen steht der Behörde ein bedeutender Ermessenspielraum zu, welcher pflichtgemäss unter Beachtung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (Verhältnismässigkeit, insbesondere Zweckmässigkeit; Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse) wahrzunehmen ist (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 17).

4.3 Die Massnahmepläne sind für die Behörden verbindlich, die von den Kantonen mit Vollzugsaufgaben betraut sind. Sie unterscheiden Massnahmen, die unmittelbar angeordnet werden können, und solche, für welche die rechtlichen Grundlagen noch zu schaffen sind (Art. 44a Abs. 2 USG). Der Massnahmeplan legt die zu treffenden Massnahmen fest, stellt dafür jedoch regelmässig nicht selbst die Rechtsgrundlage dar. Die unmittelbar anzuordnenden Massnahmen stützen sich mithin auf eine bereits bestehende gesetzliche Grundlage, die typischerweise in einer Weisung zur Auslegung oder Anwendung der betreffenden Norm bestehen. Es ist auch möglich, dass Massnahmen, die unmittelbar gestützt auf eine gesetzliche Grundlage verfügt werden können, in Form einer Verordnung ergehen. So bestimmt Art. 12 Abs. 2 USG, dass Emissionsbegrenzungen durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben werden. Diese Regelung setzt keine Prioritäten fest und darf nicht zur Annahme verleiten, der Erlass von Verfügungen sei in den durch Verordnungsrecht abgedeckten Bereichen nicht mehr möglich oder nötig. Emissionsbegrenzungen können somit (i) durch Verordnungen mit unmittelbarer Rechtswirkung für die Anlageinhaber, (ii) durch Verordnungen, die von den Behörden durch Verfügungen im Einzelfall aktualisiert werden müssen, um die Anlageinhaber zu verpflichten, oder (iii) durch fallweise direkt auf das Gesetz abgestützte Verfügungen ergehen (Loretan, a.a.O., Art. 12 N 47 f., Art. 44a N 55 f.). Daraus ergibt sich, dass der Massnahmeplan weder eine Verfügung noch ein generell-abstrakter Erlass ist. Der individuelle Rechtsschutz ist im Rah-

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

5.1 Im Zentralschweizer Massnahmeplan Luftreinhaltung II vom 21. Mai 2007 wird unter Ausgangslage (S. 5) festgestellt, die Luftschadstoff-Messwerte zeigten, dass in der Zentralschweiz auch mit der Umsetzung des Massnahmeplanes I die Grenzwerte von Stickstoffdioxid, Feinstaub und Ozon immer noch grossräumig überschritten würden. Es bestehe nicht nur Handlungsbedarf für die Fortsetzung der bisherigen Luftreinhaltemassnahmen, sondern auch für zusätzliche Massnahmen. Letztere sollen insbesondere die Emissionen von flüchtigen organischen Verbindungen (VOC), Stickoxid und Feinstaub weiter reduzieren. Die Effektivität (Emissions-Reduktionspotenzial) wird bei der hier umstrittenen Massnahme Z5 (Partikelfilterpflicht für Fahrzeuge/Maschinen im ortsfesten Einsatz [Abbau-, Deponiefahrzeuge, Gapelstapler etc. > 37kW]) mit „mittel“ umschrieben. Ergänzend wird erwähnt, die neuen Massnahmen würden die aktuellen Lufthygiene-Probleme berücksichtigen und dazu dienen, die Emissionen folgender Stoffe zu reduzieren: (i) Verbrennungspartikel (Feinstaub) aus Dieselmotoren und Holzfeuerungen, deren Toxizität nachgewiesen sei und zu deren Vermeidung heute technische Mittel auf dem Markt seien, sowie (ii) Stickoxide, flüchtige organische Verbindungen, Ammoniak, die nicht nur als primäre Luftschadstoffe relevant seien, sondern alle auch als Vorläufersubstanzen für Ozon und sekundäre Feinstaubpartikel eine Schlüsselrolle spielten (S. 6). Durch die Partikelfilterpflicht gemäss Massnahme Z5 liessen sich die Partikelemissionen um über 95 % reduzieren und das Reduktionspotential betrage ungefähr 40 t pro Jahr (Zustand 2020) (S. 52). Zu erwähnen ist, dass mit der Massnahme Z7 bei der Landwirtschaft die Reduktion der Ammoniakverluste angestrebt wird. Das Emissions-Reduktionspotential wird dabei als hoch bezeichnet (S. 6). Als Massnahmen kommen insbesondere (i) organisatorische Vorkehren bei der Hofdünger-Ausbringung, (ii) der Einsatz von Schleppschlauchverteilern, (iii) die Güllenverdünnung, und (iv) die Abdeckung neuer Güllengruben in Frage (S. 56).

5.2 Die hier massgeblichen vorsorglichen Emissionsbegrenzungen (1. Stufe, Vorsorgeprinzip, siehe Erw. 3.1) sind im Anhang 1 LRV festgelegt (Art. 3 Abs. 1 LRV). Die Emissionen von krebserzeugenden Stoffen sind unabhängig vom Risiko der durch sie verursachten krebserzeugenden Belastung so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Ziffer 82 Abs. 1). Dieselruss wird

in der Tabelle der krebserzeugenden Stoffe mit der Klasse 3 aufgeführt. Danach sind gemäss Ziffer 82 Abs. 2 die Dieselrussemissionen soweit zu begrenzen, dass die Emissionskonzentrationen bei einem Massenstrom von 25 g/h oder mehr den Wert von 5 mg nicht übersteigen (Anhang 1 LRV Ziffer 82 f.). Entgegen der beschwerdeführerischen Argumentation besteht mithin bereits eine bundesrechtliche, flächendeckende vorsorgliche Emissionsbegrenzung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 USG.

5.3 Verschärfte Emissionsbegrenzungen sind erforderlich, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). In der Luftreinhalteverordnung wird konkret normiert, dass ergänzende oder verschärfte Emissionsbegrenzungen zu verfügen sind, wenn zu erwarten ist, dass eine einzelne Anlage übermässige Immissionen verursachen wird, obwohl die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen eingehalten sind. Die Emissionsbegrenzungen sind soweit zu ergänzen oder zu verschärfen, dass keine übermässigen Immissionen verursacht werden (Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 9 Abs. 1 und 2 LRV). Übermässig sind Immissionen, die einen oder mehrere Immissionsgrenzwerte nach Anhang 7 überschreiten (Art. 2 Abs. 5 LRV). Für Schwebestaub (PM10) gelten folgende Immissionsgrenzwerte: 20 µg/m^3 Jahresmittelwert (arithmetischer Mittelwert); 50 µg/m^3 24-h-Mittelwert; darf höchstens einmal pro Jahr überschritten werden (Anhang 7 LRV).

Die PM10-Jahresmittelwerte sind vor der Verabschiedung des Massnahmeplanes Luftreinhaltung II in der Zeit von 2000 bis 2006 sowohl hinsichtlich Standort als auch Jahr grossmehrheitlich überschritten worden, wobei beim Standort Schwyz bei den ausgewiesenen sechs Messjahren die Werte immer über dem Immissionsgrenzwert lagen (MaPla II ZUDK S. 15). Der zweite Immissionsgrenzwert, die Anzahl Tage mit mittlerer Immission über 50 µg/m^3, wurde gemäss Massnahmeplan in den letzten Jahren an allen Messstationen überschritten (MaPla II ZUDK S. 16). Verschärfte Emissionsbegrenzungen waren somit geboten. Da die Luftqualität grossflächig den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprach und die Messwerte mehrerer Leitschadstoffe die Grenzwerte überschritten, drängten sich im Rahmen des Massnahmeplanes weitere zusätzliche Massnahmen auf (MaPla II ZUDK S. 16). Zwischenzeitlich hat sich die Situation nicht derart verändert, dass die hier angefochtene Partikelfilterpflicht nicht mehr erforderlich wäre. Die auf der Website des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) einsehbaren Jahreswerte bis 2013 (www.bafu.admin.ch --> Themen --> Luft --> Luftbelastung --> Historische Daten --> Datenabfrage Jahreswerte) belegen dies unmissverständlich, so insbesondere bei der Anzahl Tage über dem Tagesmittel

50 µg/m^3 (es ist nur eine Überschreitung pro Jahr zulässig). So ist letzterer Immissionsgrenzwert am Standort Schwyz von 2001 bis 2013 immer überschritten worden. Der Jahresmittelwert von 20 µg/m^3 wurde dort in der gleichen Zeitspanne 10 x überschritten, 2008 betrug er 19.6 µg/m^3, 2012 17.4 µg/m^3 und 2013 18.9 µg/m^3. Aufgrund dieser dreimaligen Unterschreitung des Jahresmittelwertes kann indes noch nicht von einer hinsichtlich des Feinstaubes P10 sanierten Luftbelastungssituation ausgegangen werden, zumal – wie bereits erwähnt – der 2. Immissionsgrenzwert in allen Jahren überschritten wurde. Aufgrund dieser Sachlage ist weiterhin von übermässigen PM10-Immissionen auszugehen, dies auch im Lichte der wegen der Transmission der Emissionen gebotenen grossflächigen Betrachtungsweise (betr. ähnliche Belastungen und vergleichbarem Klima in den zentralschweizerischen Kantonen siehe Vernehmlassung AfU vom 6. Juni 2014, S. 2 oben).

5.4 Die im Massnahmeplan vorgesehene Partikelfilterpflicht stützt sich direkt auf Bundesrecht (insbesondere Art. 11 Abs. 3, 12, 44a USG, Art. 5 und 9 i.V. mit Art. 2 Abs. 5 und Anhang 7, 31 LRV; siehe auch MaPla II ZUDK S. 52, Vernehmlassung AfU vom 6.6.2014, S. 3 in fine, angef. RRB Erw. 11.3; EGV-SZ 2010, B 8.5), weshalb die gesetzliche Grundlage gegeben ist. Der Kanton bedarf mithin für die Umsetzung der Massnahme Z5 keiner speziellen kantonalen gesetzlichen Grundlage. Nicht zweifelhaft ist, dass die Partikelfilterpflicht im öffentlichen Interesse liegt (Erw. 3.5 und 3.6) und verhältnismässig ist, letzteres umso mehr, als aus Gründen der Verhältnismässigkeit weniger strenge Vorschriften als für Baumaschinen stipuliert werden (siehe Art. 19a ff. LRV; Vernehmlassung AfU vom 6. Juni 2014, S. 2) und für Härtefälle bei der Nachrüstung gewisse Abweichungen möglich bleiben (Allgemeinverfügung vom 29. April 2014, Disp.Ziff. 3 und 4). Es kann in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen RRB, Erw. 11.4 und 11.5, verwiesen werden. Der Behörde kommt ein bedeutender Ermessensspielraum zu (Erw. 4.2), welcher hier nicht rechtsfehlerhaft angewendet wurde (siehe auch nachfolgend Erw. 5.5 betr. Rechtsgleichheit). Es sind Prioritäten zu setzen und die Emissionen in erster Linie dort zu vermindern, wo dies mit einem günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis möglich ist und wo die Massnahmen am ehesten zuzumuten sind (Loretan, a.a.O., Art. 44a N 20, 22; siehe auch MaPla II ZUDK S. 52 f. betr. Kosten/Umweltschutz-Nutzen und RRB Nr. 682/2008 vom 17. Juni 2008, Inkraftsetzung MaPla II ZUDK, Ziffer 1.15 betr. volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Analyse). Zudem kommt der Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit und der Verhältnismässigkeit im Rahmen der verschärften Emissionsbegrenzungen eine teilweise ab-

geschwächte Bedeutung zu (Schrade/Loretan, in Kommentar zum Umweltschutzgesetz Art. 11 N 43a; Griffel/Rausch, Kommentar USG, Ergänzungsband, Art. 11 N 25). Im Übrigen sind die meisten neuen Fahrzeuge/Maschinen im ortsfesten Einsatz, welche Kategorie hier vor allem zu beurteilen ist (siehe vorn Erw. 2), offenbar bereits mit dem erforderlichen Partikelfilter ausgerüstet (RRB Nr. 681/2008 vom 17. Juni 2008, Inkraftsetzung, S. 7). Die Betreiber sind bereits mit Schreiben des AfU vom 15. Februar 2010 und 9. August 2013 ersucht worden, neue Fahrzeuge/Maschinen nurmehr mit geschlossenen Partikelfiltern anzuschaffen.

5.5 In Ziffer 1 der Allgemeinverfügung wird die Nachrüstungs- oder Stilllegungspflicht für stationär dieselbetriebene Maschinen ab einer Leistung von 37 kW und einer jährlichen Betriebsdauer von mehr als 50 h statuiert. Davon ausgenommen sind landwirtschaftlich genutzte Maschinen sowie Fahrzeuge, für welche anderweitige Vereinbarungen abgeschlossen wurden. Gemäss Ziffer 2 sind neue Maschinen nur noch mit Partikelfilter zu beschaffen. Fahrzeuge mit mindestens Euro VI erfüllen die Vorgaben der Massnahme bereits. Aufgrund dieser vom Amt für Umweltschutz gewählten Verfügungssystematik müsste man eigentlich davon ausgehen, dass die Ausnahme für landwirtschaftlich genutzte Maschinen sowie Fahrzeuge sich nur auf die Nachrüstungspflicht (Sanierungspflicht) bezieht, nicht aber auf die Pflicht, neue Maschinen nur mit Partikelfilter zu beschaffen (siehe auch Erwägung Ziffer 2.9 zur Allgemeinverfügung). Im angefochtenen RRB nimmt der Regierungsrat ebenfalls Bezug auf Ziffer 1 der Allgemeinverfügung, hält aber fest, die Landwirtschaft werde generell von der Partikelfilterpflicht ausgenommen (Erw. 5.2, 14.6). Es macht damit den Anschein, dass nach Lesart des Regierungsrates die Befreiung von der Partikelfilterpflicht auch bei Neuanschaffungen angeordnet wurde. Ähnlich wird auch in der Vernehmlassung des AfU vom 6. Juni 2014 im Verfahren VB 148/2014 argumentiert, anders als die Forstwirtschaft werde die Landwirtschaft zurzeit durch das Ammoniak-Projekt (Reduktion von Ammoniakemissionen in der Landwirtschaft) und die neue Agrarpolitik stark gefordert, so dass vorläufig auf eine Partikelfilterpflicht für diese Branche verzichtet werde (siehe auch Schreiben ZUDK an BAFU vom 14. Februar 2014, S. 1 FN 1). Wie es sich hinsichtlich des Ausmasses der (vorläufigen) Befreiung von der Partikelfilterpflicht genau verhält, kann hier offenbleiben, da die Partikelfilterpflicht in der Landwirtschaft nicht unmittelbar Verfahrensgegenstand ist. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass das Amt für Umweltschutz bei Bedarf den Inhalt der Allgemeinverfügung noch erläutern oder präzisieren wird. Vorliegend interessiert die Befreiung der

Landwirtschaft von der Partikelfilterpflicht unter dem Gesichtspunkt der Rechts- und Lastengleichheit. Nachdem einerseits der Behörde bei der Prioritätensetzung und bei der Auswahl der von der Massnahme betroffenen Emittenten ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht und anderseits die Zumutbarkeit von massgeblicher Bedeutung ist (oben Erw. 5.4), ist die vorläufige Befreiung der Landwirtschaft von der Partikelfilterpflicht (bei bestehenden und neuen Maschinen) in Anbetracht der sie in Pflicht genommenen Massnahme Z7 (Reduktion der Ammoniakverluste, siehe vorn Erw. 5.1 in fine) zur Zeit rechtlich noch vertretbar. Allerdings wird bei anhaltenden übermässigen P10-Immissionen der Kanton nicht umhinkommen, diese landwirtschaftsbezogene Befreiung ernsthaft zu hinterfragen und neu zu beurteilen. Bei der vorliegenden Sach- und Rechtslage ist mithin nicht von einer Verletzung der Rechts- und Lastengleichheit auszugehen, die auf die Inpflichtnahme der Betreiber von Abbaumaschinen Auswirkungen haben könnte.

Hinsichtlich der Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit bestehenden (Abbau-)Maschinen im Verhältnis zu vorhandenen Forstmaschinen und Pistenfahrzeugen hat das Amt für Umweltschutz aufgrund des regierungsrätlichen Beschwerdeentscheides eine Neubeurteilung vorzunehmen. Es bleibt ihm unbenommen, allenfalls bereits in diesem Konnex eine auch die Landwirtschaft miteinzubeziehende neue Auslegeordnung vorzunehmen.

5.6 Unbehelflich ist der Einwand, die Entstehungsgeschichte von Art. 19a LRV (Anforderungen an Baumaschinen für den Einsatz auf Baustellen und deren Partikelfiltersysteme) zeige auf, dass der Bundesrat bewusst davon abgesehen habe, für Maschinen auf Abbaustellen dieselben Vorschriften zu erlassen wie für Baumaschinen auf Baustellen. Es liege mithin eine abschliessende Regelung des Bundes bzw. ein qualifiziertes Schweigen des Bundes mit Bezug auf Maschinen auf Abbaustellen vor. Ein solcher Rückschluss lässt sich aus Art. 19a f. LRV indes nicht ableiten. Insbesondere werden Abbaumaschinen nicht explizit von der Partikelfilterpflicht ausgenommen, was jedoch zu erwarten gewesen wäre, wenn der Bundesrat tatsächlich diese sachlich schwerlich oder zumindest nicht leichthin zu begründende Ausnahme von der Partikelfilterpflicht auf Verordnungsebene generell-abstrakt, verbindlich und unbefristet hätte zugestehen wollen. Die Beschwerdeführer legen auch keine bundesrätliche Erklärung ins Recht, welche ein derart weitreichendes legislatorisches Zugeständnis belegen könnte. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Vollzugskompetenz des Kantons im Bereich der Abbaumaschinen mit der Legiferierung der Art. 19a lit. f LRV unangetastet blieb (Art. 36 USG; Loretan, a.a.O., Art. 44a N 31; siehe

auch Schreiben BAFU vom 16. April 2014 an ZUDK, Antwort zu Frage 10). Die Ausführungen des Regierungsrates erweisen sich als zutreffend (angef. RRB Erw. 10.3). Es liegt keine bewusst negative Antwort des Verordnungsgebers hinsichtlich der Partikelfilterpflicht bei Abbaumaschinen vor (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., N 143; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., N 234). Dass die Massnahme Z5 eine gesetzliche Grundlage hat, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist, wurde bereits dargelegt (Erw. 5.4).

5.7 Im Zusammenhang mit dem geltend gemachten technischen Handelshemmnis beruft sich der Regierungsrat zu Recht auf das öffentliche (überwiegende) Interesse sowie darauf, dass das durch das „Cassis de Dijon"-Prinzip gewährleistete Inverkehrbringen von Produkten durch die Partikelfilterpflicht nicht verletzt wird.

Gemäss Art. 4 THG (siehe Gesetzeszitat vorn Erw. 3 in fine) sind technische Vorschriften so auszugestalten, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken. Technische Handelshemnnisse werden als Behinderungen des grenzüberschreitenden Verkehrs von Produkten aufgrund (1) unterschiedlicher technischer Vorschriften oder Normen, (2) der unterschiedlichen Anwendung solcher Vorschriften oder Normen oder (3) der Nichtanerkennung insbesondere von Prüfungen, Konformitätsbewertungen, Anmeldungen oder Zulassungen definiert (Art. 3 lit. a THG). Technische Vorschriften sind rechtsverbindliche Regeln, deren Einhaltung die Voraussetzung bildet, damit Produkte angeboten, in Verkehr gebracht, in Betrieb genommen, verwendet oder entsorgt werden dürfen, insbesondere Regeln hinsichtlich (1) der Beschaffenheit, der Eigenschaften, der Verpackung, der Beschriftung oder des Konformitätszeichens von Produkten, (2) der Herstellung, des Transportes oder der Lagerung von Produkten und (3) der Prüfung, der Konformitätsbewertung, der Anmeldung, der Zulassung oder des Verfahrens zur Erlangung des Konformitätszeichens (Art. 3 lit. b THG). Abweichungen vom Grundsatz gemäss Art. 4 Abs. 1 THG sind nur zulässig, soweit (a) überwiegende öffentliche Interessen sie erfordern, (b) sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen und (c) sie verhältnismässig sind (Art. 4 Abs. 3 THG). Interessen nach Art. 3 lit. a THG sind u.a. (b) der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie (c) der natürlichen Umwelt (Art. 4 Abs. 4 THG). Auf den 1. Juli 2010 hat der Bundesgesetzgeber autonom das „Cassis De Dijon"-Prinzip eingeführt (Art. 16a ff. THG). Danach dürfen Produkte in Verkehr gebracht werden, wenn sie (a) den technischen Vorschriften der Europäischen Gemein-

schaft (EG) und, bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG, den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaates der EG oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) entsprechen; und (b) im EG- oder EWR-Mitgliedstaat nach lit. a rechtmässig in Verkehr sind (Art. 16a Abs. 1 lit. a THG).

Aufgrund der bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die Partikelfilterpflicht im öffentlichen (Gesundheits-)Interesse liegt, verhältnismässig ist und das Gleichheitsgebot einhält (oben Erw. 5.2 – 5.5). Das gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. b THG gewährleistete Inbetriebnehmen von Abbaumaschinen kann deshalb gestützt auf Art. 4 Abs. 3 THG insofern eingeschränkt werden, als vorgängig der Inbetriebnahme der erforderliche Partikelfilter angebracht werden muss.

Das „Cassis de Dijon"-Prinzip ermöglicht das Inverkehrbringen von Produkten. Gemäss der in Art. 3 THG normierten Begriffsdefinitionen, welche auch für das „Cassis de Dijon"-Prinzip gelten, wird zwischen der Inbetriebnahme (erstmalige Verwendung eines Produktes durch Endbenutzerinnen und Endbenutzer) und dem Inverkehrbringen (entgeltliches oder unentgeltliches Überlassen eines Produkts, unabhängig davon, ob dieses neu, gebraucht, wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden ist) unterschieden (Art. 3 lit. d und e THG). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Regierungsrat basierend auf dieser Differenzierung das Inverkehrbringen von Abbaumaschinen (Einfuhr und Handel) im Lichte des „Cassis de Dijon"-Prinzips als nicht verletzt qualifiziert. Abgesehen davon hätte eine gegenteilige Beurteilung zur Folge, dass für unter dem „Cassis de Dijon"-Prinzip in Verkehr gebrachte ausländische Produkte konsequenterweise auch die nach schweizerischem Umweltrecht sich aufdrängende Nachrüstungs- bzw. Sanierungspflicht (2. Stufe des Schutzkonzeptes) auf unbestimmte Zeit untersagt werden müsste, was aus Sicht des Umweltschutzrechtes und der Inländerdiskriminierung nicht nachvollzieh- und verantwortbar wäre, wobei eine allfällige Verhinderung der Inländerdiskriminierung (Art 16b THG) sogar zu einer teilweisen Vollzugsblockierung des schweizerischen Umweltschutzrechtes hinsichtlich der (gesundheitsrechtlich wichtigen) verschärften Emissionsbegrenzungen führen könnte. Würde man aber dennoch eine spätere Nachrüstungspflicht zulassen, dann stellte sich die Frage, weshalb die nötige Aufrüstung nicht schon bei der ersten Inbetriebnahme verlangt wird.

5.8 Nicht stichhaltig sind die weiteren Einwände. Insbesondere ist der angebliche Widerspruch zur Logik sowie den Grundsätzen und Zielsetzungen des USG nicht erkennbar. Das Umweltschutzrecht geht von einem weiten Anlagebegriff aus, der flexibel je nach Problemstellung (Ein-

wirkungsbegriff, Emissionsbegrenzung, Sanierungspflicht, UVP-Pflichtigkeit, Prüfungsumfang im Rahmen einer UVP) zu handhaben ist (Griffel/Rausch, a.a.O., Art. 7 N 24). Hinsichtlich Stand der Technik, wirtschaftliche Tragbarkeit und Kontraproduktivität ist auf das aktenkundige Schreiben des BAFU vom 16. April 2014 an die ZUKD hinzuweisen (zur Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit und der Verhältnismässigkeit siehe auch vorn Erw. 5.4). Im Übrigen vermag die aktuelle und mögliche künftige Rechtslage in den europäischen Ländern die Anwendung des schweizerischen Umweltschutz- und Wirtschaftsrechts nicht derart zu beeinflussen, dass deswegen von einer Partikelfilterpflicht für stationäre dieselbetriebene Abbaumaschinen im Rahmen eines Massnahmeplanes bzw. von verschärften Emissionsbegrenzungen zwingend abzusehen wäre.

(VGE III 2015 7+8 vom 25. März 2015).

8.4 Lärmbelastung

- *Schwimmteichanlage in Wohnzone. Froschgequake (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Beschwerdeführer rügen, dass die Teichanlage bzw. insbesondere die sich unvermeidlich ansiedelnden Frösche zu einer übermässigen Lärmbelastung für die Umgebung führen. Sie berufen sich auf § 55 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) und Art. 18 Abs. 1 BauR, wonach die Baubewilligung zu verweigern ist, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zur Folge hätte (§ 55 Abs. 2 PBG).

Die Beschwerdeführer halten dem Regierungsrat vor, seine Auffassung, beim Bauvorhaben handle es sich um eine Schwimmteichanlage ohne Frösche, sei völlig realitätsfremd und willkürlich. Sie verweisen darauf, dass der Beschwerdegegner selber von einem Biotop spreche und der Projektverfasser in einer Anzeige (Publireportage) über Schwimmteiche festhalte, es sei nur eine Frage der Zeit, bis der Schwimmteich „mit Libellen, Fröschen und Vögeln belebt sein“ werde. Wenn die Frösche einmal da seien, könne man sie auf legalem Weg kaum mehr wegbringen. Man hätte im Rahmen einer Lärmprognose für ortsfeste Anlagen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom

7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) die Frage der übermässigen Immissionen prüfen müssen.

3.2 Für den Gemeinderat ist unklar, ob Frösche die Anlage aufsuchen werden. Eine praktisch identische Anlage habe keine negativen Rückmeldungen zur Folge gehabt bzw. der Einzug von Fröschen sei nicht bekannt. Im letzteren Falle müsste man nach Art. 18 Abs. 2 BauR vorgehen (repressiver Immissionsschutz). Danach sind auftretende „Übelstände" durch angemessene Schutzvorkehren zu beheben oder auf ein Mindestmass herabzusetzen. Allenfalls ist die entschädigungslose Entfernung oder Einstellung des störenden Betriebes oder der Anlage zu verfügen.

3.3 Der Regierungsrat macht nebst seiner Auffassung, dass es sich um ein Bauvorhaben einer Schwimmteichanlage ohne Frösche handle, im Wesentlichen unter Hinweis auf das Merkblatt der Koordinationsstelle für Amphibien- und Reptilienschutz in der Schweiz (Karch), quakende Frösche und Lärmbelästigung durch Amphibien, S. 3, und die Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) zur Beurteilung des Alltagslärms, S. 44 f. (angef. RRB Erw. 6.1, mit Internetseiten) geltend, der geplante Schwimmteich sei für Frösche weniger attraktiv als ein (Zier-)Teich, da sich die Wasseroberfläche durch die Benützung der Schwimmteichanlage und durch das Wasser, welches aus der Wand im Westen der Anlage in den Schwimmteich fliesse, stetig bewege. Es bestehe kein begründeter Anlass, bereits heute davon auszugehen, dass sich im Schwimmteich Frösche ansiedeln würden.

3.4 Die regierungsrätliche Argumentation ist nachvollziehbar und rechtlich vertretbar. Zum einen wird im Baugesuch das Bauvorhaben nur mit Schwimmteich umschrieben und bei der Kanalisation auf das „geschlossene System" verwiesen, welches keinen Anschluss benötige. Auch aus den Plänen ergibt sich nichts anderes. Nebst dem Schwimmbereich wird eine Regenerationszone sowie eine Klär- und Reinigungszone erwähnt. Der Gemeinderat hat mithin keinen Schwimmteich zur Ansiedlung von Fröschen bewilligt. Dies deckt sich auch mit der Erklärung des Beschwerdegegners im regierungsrätlichen Beschwerdeverfahren, wonach er in seinem Teich keine Frösche haben möchte. Würden sich solche wider Erwarten ansiedeln, werde er Massnahmen gemäss BAFU ergreifen (Stellungnahme vom 10. Januar 2013, S. 10).

Es besteht aufgrund des bestimmungsgemässen Gebrauchs zur Zeit kein Anlass zur Annahme, dass in der konkreten Wohnzone übermässige Einwirkungen, insbesondere durch Froschgequake, auftreten werden. Zu

Recht weist der Regierungsrat zudem auf die Bewegung des Wassers als Attraktivitätshindernis hin.

Sollten sich dennoch Frösche ansiedeln wollen, kann dem mit geeigneten Massnahmen rechtzeitig begegnet werden (siehe oben in Erwägung 3.3 zitierte Fachliteratur sowie Art. 18 Abs. 2 BauR). Als ultima ratio wäre auch ein (bewilligtes) Wegfangen der Frösche möglich.

3.5 An dieser Beurteilung vermag der Hinweis auf die erwähnte Publireportage der Projektverfasserin (oben Erw. 3.1) nichts zu ändern. Diese Aussagen sind allgemein gehalten und nehmen direkt weder auf das konkrete Bauvorhaben noch die konkreten Absichten des Bauherrn Bezug.

3.6 Unbehelflich ist auch der Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1999 (= URP 2000, S. 242 ff.). In jenem Fall wurde nach Abschluss eines Schulhausbaus der Bauinstallationsplatz nicht wieder in den ursprünglichen Zustand versetzt, „sondern mit gezielten Massnahmen verschiedener und namentlich auch baulicher Art ein Lebensraum gestaltet, der für die wertvollen und weitgehend geschützten Teichlebensgemeinschaften besonders geeignet sein sollte“ (Erw. 4.a). Im hier zu beurteilenden Fall wird kein vergleichbarer Lebensraum für wertvolle und weitgehend geschützte Teichlebensgemeinschaften geschaffen, so dass nicht von einer lärmigen Anlage auszugehen ist, welche gestützt auf Art. 25 Abs. 1 USG allenfalls einer Lärmprognose bedürfte. Unbesehen davon lassen die Ausführungen im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich erahnen, dass die Lärmbeurteilung des Froschquakens (und mithin auch eine entsprechende Lärmprognose) schwierig wäre, da es für Froschquaken keine Belastungsgrenzwerte gibt (Erw. 4.b zweiter Abschnitt). Es wäre auch, so das Zürcher Urteil, miteinzubeziehen, dass dem Quaken von Fröschen im Rhythmus der Jahreszeiten ein fester Platz zukommt.

3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass (zur Zeit) bei bestimmungsgemässem Gebrauch des Schwimmteiches nicht von übermässigen Einwirkungen durch Frösche oder anderes Getier auszugehen ist. Insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

(VGE III 2014 227 vom 25. März 2015).

8.5 Zweitwohnungsbau

- *Unter die Bestandesgarantie fallende Erweiterung bestehender Zweitwohnungen.*

Aus den Erwägungen:

6.1 Im Eventualstandpunkt machen die Beschwerdeführer geltend, das Bauvorhaben [redaktionelle Ergänzung: das eine Baute ausserhalb der Bauzonen betraf] verstosse gegen Art. 75b Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 i.V. mit den Übergangsbestimmungen (Beschwerde S. 29 ff. Ziff. 15). Unter anderem bringen sie vor, BGE 139 II 243, wonach der harte Kern der neuen speziellen Verfassungsnorm sofort anwendbar sei, laufe auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen hinaus. Es müsse damit gerechnet werden, dass die Beschwerdeführerin die neue Baute als Zweitwohnung verwende. Sie behaupte sogar explizit, es sei eine Nutzung als Ferienwohnung geplant. (...).

6.2.1 Art. 75b Abs. 2 BV bestimmt, dass der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt ist. Gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV sind Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b BV folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, nichtig.

6.2.2 Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB den neuen Art. 75b BV als nicht anwendbar erachtet (Erw. 5.1.4). Der Gesetzgeber habe die Besitzstandsgarantie im Rahmen dieser Bestimmung noch nicht konkretisiert. Zudem lehne sich der Vorentwurf zum künftigen Bundesgesetz über Zweitwohnungen an Art. 24c Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) an. Vernehmlassend weist das Sicherheitsdepartement darauf hin, dass mit dem Neubau keine zusätzliche Bruttogeschossfläche realisiert werde (S. 4 Ziff. 11).

Laut der Beschwerdegegnerin, welche nicht dementiert, die Neubaute als Zweit-/Ferien-Wohnung benutzen zu wollen, ist der „Zweitwohnungsartikel“ in den verfassungsrechtlichen Kontext einzubetten. Dies bedeute, dass er die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsgarantie nicht auszuhebeln vermag. Das Bauvorhaben komme deshalb auch

unter diesem Aspekt in jedem Fall in den Genuss der Bestandesgarantie (…).

6.3.1 Gemäss der Verordnung über Zweitwohnungen (ZWV; SR 702) vom 22. August 2012 fällt U. mit einem Zweitwohnungsanteil von 29 % (…) unter den Geltungsbereich der Verordnung (Anhang der Verordnung). Wohnungen, die am 11. März 2012 bereits bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren, können im Rahmen der vorbestandenen, anrechenbaren Bruttogeschossfläche und unter Vorbehalt bestehender Nutzungseinschränkungen von Erst- in Zweit- und von Zweit- in Erstwohnungen umgenutzt werden (Art. 3 Abs. 1 ZWV).

Art. 12 des Entwurfs zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen (EntZWG) regelt die baulichen und nutzungsmässigen Änderungen. Altrechtliche Wohnungen sind unter Vorbehalt bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts in der Art der Wohnnutzung frei (Abs. 1). Solche Wohnungen dürfen im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden. Werden in diesem Rahmen zusätzliche Wohnungen geschaffen, so können diese ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (Abs. 2). Altrechtliche Wohnungen dürfen erweitert werden, sodass neue Hauptnutzflächen für das Wohnen geschaffen werden, wenn die Wohnung als Erstwohnung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a, b oder c deklariert wird und die entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Baubewilligungsbehörde ordnet in der Baubewilligung eine entsprechende Nutzungsbeschränkung an und weist unmittelbar nach Rechtskraft der Baubewilligung das Grundbuchamt an, die Nutzungsbeschränkung zum betreffenden Grundstück im Grundbuch anzumerken (Abs. 3).

Laut der vom Bundesrat am 19. Februar 2014 zuhanden des Parlaments verabschiedeten Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen (BBl 2014 S. 2287 ff.) dürfen altrechtliche Wohnungen nur unter den Voraussetzungen gemäss den Absätzen 2 und 3 von Art. 12 EntZWG erweitert werden, weil durch die Erweiterung einer als Zweitwohnung genutzten altrechtlichen Wohnung der Umfang der durch Zweitwohnnutzungen belegten Flächen erhöht würde, was der Zielrichtung des Verfassungsartikels entgegenläuft. Im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche dürfen altrechtliche Wohnungen erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden. Hauptnutzflächen definiert der Bundesrat als diejeni-

gen Flächen eines Geschosses, die der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinne dienen. Bei Wohnhäusern sind dies beispielsweise die Wohnräume, die Küche, das Bad und das WC. Zusammen mit den Nebennutzflächen, den Verkehrsflächen, den Funktionsflächen und den Konstruktionsflächen bilden sie die sogenannte Geschossfläche (BBl 2014 S. 2309 f.; 2321).

6.3.2 Im nun in BGE 140 II 378 publizierten Urteil 1C_68/2014 vom 15. August 2014 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 bis zum Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes anzuwenden ist, soweit sie den Anwendungsbereich von Art. 75b BV und damit auch der Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV in zulässiger Weise präzisiert (Erw. 4.1). Nicht in der Verordnung geregelt sei der Ausbau von am 11. März 2012 bereits bestehenden Zweitwohnungen, die weiterhin als Zweitwohnungen genutzt werden sollen (Erw. 4.2). Der zu beurteilende streitige Umbau von Neben- zu Hauptnutzflächen könne bis zur Klärung durch den Gesetzgeber nicht bewilligt werden; eine entsprechende Bewilligung wäre nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig.

Konkret hatte das Bundesgericht den geplanten Umbau eines bestehenden Aufenthaltsraumes in einem Dachgeschoss in ein Studio zu beurteilen. Die Gemeinde St. Moritz hatte die Bewilligung unter Verweis auf Art. 75b BV, der von „für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche“ spreche, verweigert; das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden bewilligte das Bauvorhaben indessen.

Das Bundesgericht verwies in seiner Begründung unter anderem auf das Bundesamt für Raumentwicklung, welches daran erinnere, dass in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % die anrechenbare Bruttogeschossfläche von Zweitwohnungen nicht vergrössert werden dürfe. Dabei müsse der Begriff der Bruttogeschossfläche bundesweit einheitlich ausgelegt werden. Nach Auffassung des Bundesamtes für Raumentwicklung könne dessen Vollzugshilfe für Bewilligungen nach Art. 24c RPG beigezogen werden (Erw. 3.4). Das Bundesgericht erachtete die Auslegung des Bundesamtes für Raumentwicklung als eine mögliche, mit Art. 75b BV vereinbare Auslegung, die auch der Botschaft des Bundesrats vom 19. Februar 2014 zugrunde liege (BBl 2014 S. 2307 zu Art. 9 und S. 2310 zu Art. 12 EntZWG). Ob und wenn ja inwieweit das künftige Gesetz eine derartige Erweiterung zulassen werde, sei noch ungewiss. Im Vernehmlassungsverfahren habe der Bundesrat zwei Varianten vorgeschlagen: Nach der einen sollten altrechtliche Wohnungen weitgehend frei umgenutzt und auch geringfügig erweitert werden dürfen; nach der anderen dürften sie nur im Rahmen der bestehen-

den Hauptnutzfläche geändert werden. Der vom Bundesrat beschlossene Gesetzesentwurf sehe nunmehr in Art. 12 Abs. 3 vor, dass die Erweiterung der Hauptnutzflächen einer altrechtlichen Wohnung nur zulässig sei, wenn diese als Erstwohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung deklariert werde (Erw. 5.2). Der vorgesehene Umbau des Estrichs (als Nebennutzfläche gemäss SIA-Norm 416) zu einem Studio vergrössere die Hauptnutzfläche. Es handle sich somit um einen baubewilligungspflichtigen Tatbestand, dessen Vereinbarkeit mit Art. 75b Abs. 1 BV zweifelhaft erscheine und bis zur Klärung durch den Gesetzgeber nicht bewilligt werden könne; eine entsprechende Bewilligung wäre gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig (Erw. 5.3). Unter diesen Umständen verletze der angefochtene Entscheid Bundesrecht (Erw. 6).

6.3.3 In der vergangenen Herbstsession (2014) hat der Ständerat als Erstrat den EntZWG behandelt. Einer der umstrittensten Grundsatzentscheide betraf die Erweiterung als Zweitwohnungen genutzter altrechtlicher Wohnungen. Nach Auffassung der Kommissionsmehrheit sollte auch in diesem Fall eine Vergrösserung um maximal 30 Prozent der ursprünglichen Nutzfläche, aber um höchstens 30 m^2 bewilligt werden, sofern dadurch keine zusätzliche Wohnung entsteht. Dieser Antrag wurde mit 29 Stimmen angenommen (vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates [25. September 2014] AB 2014 S. 920 und 947 f.).

6.4 Nachdem die Nutzung der Neubaute als Zweitwohnung(en) unbestritten ist und das Bauvorhaben eine Erweiterung der massgebenden anrechenbaren Bruttogeschossfläche um 62 m^2 vorsieht, kann im Lichte der zitierten aktuellsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zweitwohnungsinitiative die Bewilligung (jedenfalls derzeit) nicht erteilt werden. Dabei ist es ohne Bedeutung, dass zur Zeit noch unbekannt ist, ob bzw. in welchem Umfang dereinst eine Erweiterung gemäss dem zukünftigen ZWG zulässig ist (die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates [UREK] spricht sich gemäss Medienmitteilungen für eine grosszügigere zulässige Erweiterung von maximal 30 % aus). Das grundsätzliche Wiederaufbaurecht der Beschwerdegegnerin bleibt hiervon nicht betroffen. Dies gilt namentlich unbesehen einer Verschlechterung des baulichen Zustandes der bestehenden Baute in der Zwischenzeit.

(VGE III 2014 144 vom 28. Januar 2015; Bemerkung: Gemäss Art. 11 Abs. 3 des am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über Zweitwohnungen [Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702] vom 20. März 2015 dürfen altrechtliche Wohnungen innerhalb der Bauzonen um maximal 30 Prozent der am 11. März 2012 vorbestehenden Haupt-

nutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden. Ausserhalb der Bauzonen bleiben Erweiterungen im Rahmen der Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen zulässig).

8.6 Grenzabstand

- *Baurechtliche Qualifikation einer Scheiterbeige.*

Aus den Erwägungen:

1. (...). An die nördliche Längsseite des Nebengebäudes schliesst sich im Osten die als „Holzlager" beschriftete Scheiterbeige an mit einer (planerischen) Länge von 4.80 m, einer Tiefe von 0.28 m und einer Höhe von 2.0 m.

2.3 Der Regierungsrat hat im vorliegend angefochtenen RRB Nr. 744/2014 vom 1. Juli 2014 erwogen, die Scheiterbeige gleiche in ihrer Wirkung einer Mauer bzw. einer Stützmauer, weniger aber einer Anlage mit fassadenähnlicher Wirkung. Deshalb sei eine Anwendung des ordentlichen Grenzabstandes gemäss Art. 28 Abs. 4 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 3. März 2002 ausgeschlossen. Das BauR enthalte keine Bestimmungen über den Grenzabstand von Anlagen bzw. (Stütz-)Mauern. Der Gemeinderat habe daher zu Recht sinngemäss auf die privatrechtliche Regelung gemäss § 55 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGzZGB; SRSZ 210.100) vom 14. September 1978 zurückgegriffen. Bei einer Länge von rund 4.80 m, einer Breite von circa 0.35 m und einer Höhe von rund 2 m halte die Scheiterbeige den geforderten Grenzabstand von 0.5 m ein (Erw. 1.4 ff.).
(...).

2.4 Der Beschwerdeführer rügt namentlich, (...).
Die Holzbeige sei von ihrer Konstruktion (gestützt von im Boden einbetonierten Kanthölzern, überdacht) her als Baute im baurechtlichen Sinne zu qualifizieren (Ziff. 34-36). Darüber hinaus habe sie offensichtlich nicht den primären Zweck, als Holzvorrat für das nicht mit Holz beheizte Haus der Beschwerdegegner zu dienen, sondern soll in erster Linie einen Sichtschutz gegen das Nachbargrundstück bieten. Eine solche Baute falle unter den Grenzabstand nach Art. 28 Abs. 4 BauR i.V.m. Art. 35

Abs. 2 BauR (Ziff. 37 f.). Die Holzbeige lasse sich entgegen der Auffassung des Regierungsrates nicht analog einer Stützmauer behandeln (Ziff. 39). Zu Recht habe der Regierungsrat bereits mit RRB Nr. 1030 vom 25. Oktober 2011 festgehalten, dass es sich bei der Holzbeige nicht um eine Einfriedung im Sinne von § 57 EGzZGB handle (Ziff. 40). Der Abbruch erscheine ohne weiteres als verhältnismässig (Ziff. 41).
(...).

3.1.1 Als Bauten gelten im Allgemeinen ober- und unterirdische Gebäude oder gebäudeähnliche Objekte sowie Fahrnisbauten, die über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden. Als Anlagen werden hingegen eher Einrichtungen bezeichnet, die das Gelände oder den umliegenden Raum verändern (Waldmann/Hänni; Handkommentar, RPG 2006, Art. 22 N 11; Baumann, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 N 8). Gemäss § 75 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100; ebenso Art. 55 Abs. 3 BauR) gelten als Anlagen namentlich Verkehrseinrichtungen wie Strassen und Plätze, soweit diese nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erhebliche Geländeveränderungen, Silos, offene Materiallagerplätze und ortsfeste Krananlagen.

3.1.2 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade (§ 59 Abs. 1 Satz 1 PBG; Art. 28 Abs. 1 Satz 1 BauR). Der Gebäudeabstand ist die kürzeste Entfernung zwischen zwei Fassaden (§ 63 Abs. 1 erster Satzteil PBG; Art. 31 Abs. 1 erster Satzteil BauR). Die minimal einzuhaltenden Grenzabstände richten sich unter Vorbehalt der Mindestabstandsvorschriften gemäss § 60 PBG und den Schutzabständen gemäss Brandschutzvorschriften nach Art. 35 Abs. 2 BauR (Art. 28 Abs. 4 BauR).
Der Wortlaut der Grenz- und Gebäudeabstandsbestimmungen beschränkt sich sinngemäss auf Bauten, welche eine „Fassade“ aufweisen. Allgemeine Grenz- und Gebäudeabstandsvorschriften für Anlagen fehlen sowohl im kantonalen wie auch im kommunalen Baurecht.

3.1.3 Im VGE 1054/97 vom 8. April 1998 (vgl. auch VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000 Erw. 2.a) war zu prüfen, ob eine (gewerbliche) Holzlageranlage Abstandsvorschriften einzuhalten hat. Das Verwaltungsgericht führte dabei aus (Erw. 2.aa), Holz- und Bretterbeigen veränderten sich zwar ständig bezüglich Lage, Umfang und Höhe. Das Ausmass und die Höhe der im fraglichen Betrieb gelegenen Holzbeigen hätten dennoch, anders als die häufig an Waldstrassen anzutreffenden und umfangmässig beschränkten Holzbeigen, Auswirkungen auf die Nachbar-

grundstücke, welche sich hinsichtlich ihrer Einwirkungen auf Licht, Sonne und Aussicht nicht unterschieden von Gebäuden. Anders als z.B. Schwimmbadanlagen, Antennenanlagen, Tiergehege oder Mastenkonstruktionen könnten Holzbeigen, sofern sie wie die im konkreten Fall bereits bestehenden und umzulagernden Holzbeigen eine Höhe bis zu mehreren Metern aufwiesen, gegenüber Nachbargrundstücken wie Fassaden wirken. Von daher sei es gerechtfertigt, auch bei Holzlagerplätzen Grenzabstandsbestimmungen zur Anwendung zu bringen. Für die Nachbarn mache es keinen Unterschied, ob ihr Grundstück durch eine Gebäudefassade oder durch eine Holzbeige bezüglich Licht, Aussicht und Sonne eingeschränkt werde. Auch der feuerpolizeiliche Zweck der Grenz- und Gebäudeabstandsbestimmungen impliziere grundsätzlich eine Anwendung dieser Bestimmungen bei der Anlage eines Holzlagerplatzes im geplanten Ausmass. Trotzdem sei zu beachten, dass die Grenz- und Gebäudeabstandsvorschriften des kantonalen und kommunalen Rechts nicht uneingeschränkt auf die sich bezüglich Umfang und Höhe ständig ändernden Holzbeigen angewendet werden könnten. Aus Nachbarschutzinteressen und aus feuerpolizeilichen Interessen einerseits und in Berücksichtigung der Schwierigkeiten bei der Festlegung der Fassadenhöhe rechtfertige es sich vorliegend für die mehrere Meter hohen Holzbeigen, welche wie Fassaden wirken, den minimalen Grenzabstand von 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG) zu verlangen.

3.2 Auf dem Hintergrund dieser Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der Dimensionierung der Scheiterbeige sowie deren konkreter Gestaltung, wie sie sich aus den aktenkundigen Planunterlagen sowie Fotos ergibt (RR-act. II/01/11; RR-act. I/01/17; RR-act. I/01/6-1-3), ist der Beurteilung des Regierungsrates beizupflichten, dass es sich hierbei weder um eine Baute noch um eine Anlage im baurechtlichen Sinne handelt, sondern dass die Scheiterbeige am ehesten mit einer Mauer bzw. Stützmauer verglichen werden kann. Allfällige einbetonierte Stützelemente sowie ein Dächlein als Schutz des Brennholzes gegen die Witterung machen die Scheiterbeige weder zu einer Baute noch zu einer Anlage. Bei dieser Sachlage wurde die Anwendbarkeit der Grenzabstandsregel von Art. 28 Abs. 4 BauR zu Recht verneint. Dies gilt auch für die Anwendbarkeit von Art. 22 Abs. 2 BauR, wonach sich unter anderem Abstände von Einfriedungen und Mauern gegenüber Strassen nach den Bestimmungen der kantonalen Strassengesetzgebung richten. Die fragliche Scheiterbeige richtet sich nicht gegen eine Strasse. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen sinngemäss auf die privatrechtliche Regelung gemäss § 55 Abs. 1 EGzZGB abgestellt haben, wonach Stützmauern bis 2.50 m bis einen halben Meter an die Grenze

gestellt werden dürfen. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die im Boden einbetonierten Kanthölzer ist unbehelflich und macht die Scheiterbeige nicht zu einer Baute. Auch Stützmauern sind regelmässig gemauert oder betoniert. Selbst wenn der Scheiterbeige eine gewisse Sichtschutzfunktion nicht abgesprochen werden kann, ändert dies an der Beurteilung nichts. In dieser Hinsicht ist dem Gemeinderat beizupflichten, der im GRB Nr. 76/13 ausführte (S. 5 Ziff. II.3), es sei nicht ersichtlich, wie diese Scheiterbeige den Nachbarn in seinen wohlbegründeten Interessen ernsthaft beschränken oder belasten soll, zumal die Distanz vom Sitzplatz des Nachbarn zur Scheiterbeige rund 10 m betrage. Eine Einschränkung der Liegenschaft des Beschwerdeführers in Licht, Aussicht und Sonne ist nicht erkennbar und wird auch nicht belegt geltend gemacht. Abgesehen davon dürfte ein gewisser Sichtschutz auch im Interesse des Nachbarn liegen. Angesichts der Tatsache, dass aus den aktenkundigen Fotos hervorgeht, dass die Beschwerdegegner auch über dem Garagentor Holz aufgeschichtet haben, lässt sich die Scheiterbeige indes nicht auf eine (blosse) Sichtschutzfunktion reduzieren. Von der Nutzung als Brennstoff zeugt zudem das (in seiner Rechtmässigkeit nicht bestrittene) Cheminée.

Soweit sich der Gemeinderat vernehmlassend gegen den Fortbestand der Scheiterbeige ausspricht, setzt er sich in Widerspruch zu seinem dem angefochtenen RRB Nr. 744/2014 zu Grunde liegenden GRB Nr. 76/13 vom 5. April 2013. Das Argument der Verkehrssicherheit kann nicht überzeugen, da es sich gemäss den eigenen Angaben des Gemeinderates um eine wenig befahrene Quartierstrasse handelt, welche nur wenige Häuser erschliesst. Es kann auch weder von einer unverhältnismässigen Länge noch von einer störenden Wirkung der Mauer gesprochen werden. Die Länge der Scheiterbeige entspricht rund einem Drittel der Länge der Nebenbaute bzw. sie nimmt einen Viertel der gesamten nördlichen Gebäudefront ein und ist bedeutend niedriger als die Nebenbaute, an welche sie anschliesst.

(VGE III 2014 140 vom 28. Januar 2015).

8.7 Grenzabstand

- *Grundsätzliche Zulässigkeit der Grenzabstandsunterschreitung durch eine notwendige, nachträgliche Aussenisolation (Erw. 9.3.2).*
- *Grenzabstand bei einem Carport mit offener Überdachung (Erw. 9.5.3).*

B 8.7

Aus den Erwägungen:

9.3.2 Unbestritten ist, dass der Grenzabstand gemäss Art. 59 Abs. 4 aBauR bzw. § 72 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) durch die notwendige nachträgliche Aussenisolation unterschritten werden darf. Bestritten wird jedoch, dass die notwendige Aussenisolation der geplanten Tiefe bedarf und die geplante Holzschalung ebenfalls unter die genannten gesetzlichen Bestimmungen fällt.

Im Kanton Schwyz ist, bspw. im Gegensatz zum Kanton Zürich, betreffend die nachträgliche Aussenisolation keine maximale Grenzabstandsunterschreitung gesetzlich festgelegt (vgl. § 33a der Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen [Allgemeine Bauverordnung; SRZH 700.2] vom 22. Juni 1977, wonach der massgebliche Abstand bis zu 15 cm unterschritten werden dürfe; aus einer Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, SECO [Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 18]: Rechtliche und verfahrensmässige Hemmnisse für energetische Massnahmen im Gebäudebereich, Bern 2009, ergibt sich jedoch, dass die im Kanton Zürich zugelassenen 15 cm eher knapp erscheinen, S. 11). Die Einschränkung der Masse besteht vielmehr in der Notwendigkeit für eine ausreichende Wärmedämmung. Energiesparende Innovationen bei Bauten und Anlagen sollen nicht auf widersprechende Bauvorschriften stossen, weshalb eine nachträgliche Aussenisolation den Grenzabstand nicht tangieren sowie bei der Berechnung der Ausnützung nicht zu Nachteilen führen soll. Auf eine optimale Isolation des Mauerwerks zur Verbesserung der Energieeffizienz soll demnach nicht aufgrund von Nachteilen (bspw. aus rechtlichen, finanziellen oder Platzgründen) verzichtet werden (vgl. RRB Nr. 88/2007 vom 17. Januar 2007, S. 13 Ziff. 7.9).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass mit der geplanten Wärmedämmung der Energienachweis erbracht ist. Betrachtet man die genannte Auflistung der Beschwerdegegnerin, so ergibt sich eine Wärmedämmung von ca. 30 cm (ohne Hinterlüftung und Holzschalung). Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die geplante Wärmedämmung unverhältnismässig ist. Eine nachträgliche Wärmedämmung von ca. 30 cm erscheint zudem noch im Rahmen des Üblichen, weshalb die geplante Wärmedämmung vorliegend gemäss Art. 59 Abs. 4 aBauR und § 72 Abs. 4 PBG zulässig ist. Die hinterlüftete Holzschalung macht noch 6 cm aus. Die Frage, ob eine neue (tiefere) Fassadengestaltung ebenfalls noch unter die Bestimmungen Art. 59 Abs. 4 aBauR und § 72 Abs. 4 PBG fällt, kann vorliegend offen bleiben. (...).

9.5.3 Das Verwaltungsgericht hat mit Entscheid VGE 1010/01 vom 22. Juni 2001 festgehalten, dass die Abstandsprivilegierung nach § 59 Abs. 2 PBG grundsätzlich auch für Nebenbauten und unterirdische Bauten gemäss § 61 PBG gilt (publ. in EGV-SZ 2001 B 8.2 Erw. 1c/aa). In diesem Entscheid hat sich das Verwaltungsgericht auch zum Begriff der Fassade als für die Bemessung vorspringender Gebäudeteile massgeblicher Bezugsfläche geäussert (Erw. 1.c/cc; vgl. VGE III 2009 213 vom 15. April 2010 Erw. 5.1). Als Fassade im baurechtlichen Sinn ist die Umfassungswand eines Gebäudes zu verstehen (wobei auch unterirdische Bauten eine Umfassungswand haben und es diesbezüglich auf deren Sichtbarkeit nicht ankommt).

Im vorliegenden Fall liegt beim geplanten Carport jedoch eine offene Überdachung, ohne Fassade, vor. Bei solchen Bauten wird der Grenzabstand von der Dachkante und nicht von den tragenden Stützen aus gemessen (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 2, 5. A., Zürich 2011, S. 840; vgl. auch VGE III 2009 213 vom 15. April 2010 Erw. 6.2). Dies erscheint auch deswegen als richtig, weil einerseits der Positionierung der Stützen etwas Zufälliges anhaftet, und sich anderseits – und unabhängig von der Positionierung der Stützen – am optischen Erscheinungsbild des als Terrasse genutzten Flachdaches des Carports nichts ändert, namentlich die über die Stützen hinaus ragende Fläche der Terrasse kaum – wenn überhaupt – den Eindruck eines privilegierungsfähigen, vorspringenden Gebäudeteiles hinterlässt, zumal sich die Terrasse auf allen drei Seiten über die Stützen hinaus erstreckt. Sofern vorspringende Gebäudeteile so gestaltet sind, dass man kaum mehr erkennt, dass es sich um vorspringende Gebäudeteile handelt, ist eine (teilweise) Ausnahme von den Abstandsvorschriften grundsätzlich nicht gerechtfertigt (VGE III 2009 213 vom 15. April 2010 Erw. 6.1).

Mithin kann beim geplanten Carport nicht von einem „über die Fassade vorspringenden Gebäudeteil“ gesprochen werden, welcher eine Abstandsprivilegierung nach § 59 Abs. 2 PBG rechtfertigen kann.

(VGE III 2014 234 vom 28. Mai 2015).

8.8 Technische Bewilligungen

- *Energienachweis. Rechtsschutz (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Der Beschwerdeführer erachtet es als unzulässig, dass der Energienachweis erst nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens vor der Baufreigabe eingereicht werden muss (§ 17 Kantonales Energiegesetz vom 16. September 2009; SRSZ 420.100). Damit werde die Überprüfung des Energienachweises dem Rechtsschutz entzogen.

5.2 In der Baubewilligung können technische Bewilligungen vorbehalten und nach Rechtskraft der Baubewilligung erteilt werden (§ 81 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Technische Bewilligungen sind ergänzende Konkretisierungen der Baubewilligung, welche Erschliessung, Lage, Dimension und Erscheinungsbild eines Bauvorhabens nicht verändern. In der Baubewilligung ist darzustellen, welche technischen Bewilligungen für die Baufreigabe vorbehalten bleiben (§ 44 Abs. 1 und 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997, PBV, SRSZ 400.111). In den Gesetzesmaterialen (RRB Nr. 88/2007 vom 17. Januar 2007, Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat) wird unter dem Titel „7. Revisionsziele und Grundzüge der Vorlage / 7.9 Verbesserung der Energieeffizienz“ festgehalten, „zudem sollen die technischen Bewilligungen von der eigentlichen Baubewilligung abgekoppelt werden können, sodass auch verfahrensmässig Vereinfachungen möglich“ sind (siehe auch angef. RRB Erw. 6.2). Gemäss § 17 Abs. 1 des Kantonalen Energiegesetzes ist der Energienachweis im Baubewilligungsverfahren zu erbringen. Im Vernehmlassungsentwurf vom 23. September 2008 war der Nachweis, „dass die Vorschriften des Energiegesetzes eingehalten werden“, „vor Erteilung der Bewilligung“ zu leisten (§ 19 Abs. 1 Entwurf vom 23. September 2008). In der Vorlage an den Kantonsrat wurde die heute geltende Bestimmung gemäss § 17 Abs. 1 vorgeschlagen. Im RRB Nr. 562/2009 vom 26. Mai 2009 (Kantonales Energiegesetz, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat) erläutert der Regierungsrat diese Bestimmung dahingehend, dass in § 81 Abs. 3 PBG technische Bewilligungen, wie der Energienachweis, vorbehalten und nach Rechtskraft der Baubewilligung erteilt würden (S. 16 unten; siehe auch Vernehmlassung des Beschwerdegegners vom 14. Oktober 2014, S. 17). Es kann mithin nicht zweifelhaft sein, dass es der Absicht des kantonalen Gesetzgebers entspricht, wenn der Energienachweis als technische Bewilligung qualifiziert wird. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass der Energienachweis zwangsläufig dem Einspracheverfahren entzogen bleibt (siehe auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3.A., Art. 44 N 7). So-

wohl im Lichte der Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101), als auch von Art. 33 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) ist diese verfahrensökonomisch sinnvolle kantonale Regelung nicht zu beanstanden. Zum einen ist kein Eingriff in schützenswerte Rechtspositionen und Interessen erkennbar, zum anderen ist beim Energienachweis nicht von einer massgeblich raumplanerischen Funktion auszugehen (siehe auch Aemisegger/Haag, Kommentar RPG, Art. 33 Rz. 29).

(VGE III 2014 191 vom 28. Januar 2015).

8.9 Bestandesgarantie

- *Wiederaufbaurecht. Praxis (Erw. 2.1, 4.3).*
- *Zeitgemässe Anpassungen (Erw. 4.1, 4.2).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, sind in ihrem Bestand garantiert (§ 72 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen (§ 72 Abs. 3 erster Satz PBG). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu § 72 Abs. 3 erster Satz PBG verlangt die Beanspruchung des Wiederaufbaurechts für ein abzubrechendes Gebäude nicht ein sklavisches Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen. Indessen hat praxisgemäss der frühere Umfang als Richtschnur des Wiederaufbaus zu gelten. Ausserdem muss auch die nutzungsmässige Wesensgleichheit gewährleistet sein (VGE 1014/02 vom 27. September 2002 Erw. 4c/dd). Diese Voraussetzungen entsprechen der bundesgerichtlichen, zu Art. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) entwickelten Rechtsprechung, wonach eine Wiederaufbaute dem alten Bauwerk in Grösse und Nutzungsart ungefähr entsprechen muss (VGE III 2011 102 vom 2. Dezember 2011 Erw. 3.1; VGE 1000/05 vom 30. Juni 2005 Erw. 3.3; EGV-SZ 1995 Nr. 8, Erw. 3e mit zahlreichen Hinweisen; vgl. M. Joos, Raumplanungsgesetz, Zürich 2002, S. 219 ff. mit Hinweisen; Gisler, Das Wiederaufbaurecht, Zürich 2003, S. 56 ff.). Die Nutzungsänderung

einer Baute ist mit dem Recht auf Wiederaufbau vereinbar, wenn sie keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht schafft, den bestehenden Zustand somit weiterführt oder allenfalls der bestehenden Nutzungsordnung näher bringt, mitunter eine Verbesserung des bestehenden Zustandes, gemessen an den Zielen des Gesetzgebers, herbeiführt (EGV-SZ 2011 B 8.4 Erw. 3.4; VGE III 2010 183 vom 21. Dezember 2010 Erw. 3.3; VGE 1003/97 vom 24. März 1997; vgl. EGV-SZ 1988 Nr. 49, Erw. 7; Gisler, a.a.O., S. 66).

4.1 Vorliegend ist im Wesentlichen umstritten, in welchem Ausmass zeitgemässe Anpassungen zulässig sind, um der Voraussetzung des Wiederaufbaus im „früheren Umfang" noch zu genügen (§ 72 Abs. 3 PBG). Zulässig sind insbesondere wohnhygienische Verbesserungen, welche eine Angleichung an den aktuellen Minimalstandard ermöglichen (Gisler, a.a.O., S. 57 f.). Zu denken ist an technische und sanitarische Einrichtungen, energietechnische Sanierungen (Isolationen) und Anpassungen von zu geringen Raumhöhen. Unter gewissen Umständen können auch „Gegenleistungen" kompensiert werden, die zu einer teilweisen Anpassung an die geltende Rechtslage führen. Vom Wiederaufbaurecht nicht mehr gedeckt ist hingegen die Befriedigung erhöhter oder sogar luxuriöser Komfortansprüche, sofern und soweit sie die bestehende Rechtswidrigkeit verschärfen oder neue Rechtswidrigkeiten schaffen. Solche Attraktivitätssteigerungen laufen dem Gebot zuwider, die Widersprüche des Ist-Zustandes zur geltenden Rechtslage mittel- und längerfristig zu beseitigen, was indes bereits wegen der möglichen Perpetuierung der Lebensdauer einer Baute durch das Wiederaufbaurecht auch bei einem freiwilligen Abbruch in Frage gestellt ist. Zumindest darf aber der Widerspruch zum aktuellen Recht nicht derart anwachsen, dass in Verletzung des Legalitätsprinzips die raumplanungsrechtlichen Festlegungen in verstärktem und unzulässigem Masse unterlaufen werden (siehe auch Gisler, a.a.O., S. 49 ff.).

4.2 Soweit der Beschwerdeführer die Raumhöhen im Untergeschoss um 10 cm auf 2.70 m sowie im Erd- und Obergeschoss um 20 cm auf 2.80 m anheben möchte, ist dies eine zulässige Anpassung. Ob die Verminderung des Dachwinkels von 30° auf 20° mit der damit bewirkten Erhöhung des Kniegeschosses und der Verbesserung der Wohnnutzung noch vertretbar ist, kann aufgrund der vorliegenden Aktenlage nicht abschliessend beurteilt werden. (...). Nicht mehr nachvollziehbar ist hingegen, weshalb die Gebäudegrundfläche von 157 m^2 auf 176 m^2 (+19 m^2 = +12.1 %; hinzu kommen noch ca. 11 m^2 Gartensitzplatz-/Terrassenfläche) erweitert bzw. die Flächen im Untergeschoss (Keller) um

5.47 m², im Erdgeschoss um 25.02 m², im Obergeschoss um 10.22 m² und im Dachgeschoss (basierend auf der Flächenberechnung vom 11. Mai 2015) um 26.56 m², das heisst total um 67.27 m² (+11.4 %) vergrössert werden müssen, um die zulässigen zeitgemässen Anpassungen vornehmen zu können. Die bestehenden Geschossflächen von ca. 150 m² bzw. knapp 130 m² (Dachgeschoss) bieten genügend Platz, um bei einem Wiederaufbau eine zeitgemässe Raumeinteilung mit den erforderlichen wohn- und energietechnischen sowie sanitarischen Einrichtungen vornehmen zu können. (…).

4.3 (…) Diese Attraktivitätssteigerung darf nicht zusätzlich über das Mass zeitgemässer Anpassungen hinaus zugestanden werden. Eine solche Erweiterung wird durch die Bestandesgarantie für Wohnbauten auch nicht gewährleistet, wie ein Vergleich zwischen § 72 Abs. 1 und 2 PBG zeigt, wobei letzterer Absatz nur bestehenden zonenwidrigen gewerblichen und industriellen Betrieben und Anlagen unter bestimmten Voraussetzungen eine nicht nur höchstens geringfügige, sondern weitergehend eine angemessene Erweiterung zugesteht (Gisler, a.a.O., S. 30). Der Hinweis auf die Rechtsprechung zu Art. 24 RPG (Erw. 2.1) steht unter diesem kantonalrechtlichen Vorbehalt.
(VGE III 2015 92 vom 26. August 2015).

8.10 Bestandesgarantie

- *Geringfügige Änderungen. Schaffung eines behindertengerechten Zugangs (Erw. 2.4, 2.5; vgl. auch EGV-SZ 2015, C 2.2, Erw. 2 – 4.4).*

Aus den Erwägungen:

2.4 Vorab fällt – entgegen der beschwerdeführerischen Darlegung – die Geringfügigkeit der Abänderungen sowohl im Grundriss als auch im Aufriss auf. Diese Feststellung trifft ausgeprägt im Verhältnis zur ganzen Liegenschaft wie auch zum südlichen Bereich der bestehenden Wohnbaute zu, sie gilt aber auch im engeren Bezug zur von der Änderung betroffenen südöstlichen Ecke. Die eigentlichen Aussenwände des Hauses bleiben unverändert, während der Eingangsbereich zwecks Schaffung eines behindertengerechten Zugangs (Senkrechtaufzug) eine moderate Anpassung mit geringfügiger Ausdehnung erfährt. Die Verschiebung der Aussentreppe in Richtung der beschwerdeführerischen Liegenschaft sowie gegen die Strasse hin (…), die (Neu-)Erstellung des Senkrechtauf-

zuges zwischen Hauswand und Aussentreppe sowie die weiteren Anpassungen vor allem im 1. Obergeschoss (Podest vor dem Hauseingang) und Dachbereich vermögen die bisherige Identität des bestehenden Eingangsbereichs nicht in Frage zu stellen, dies erst recht nicht, wenn Bezug zum südlichen Bereich der Wohnbaute oder zur gesamten Liegenschaft genommen wird. Ein relevanter zusätzlicher Widerspruch zum geltenden Recht ist ebenfalls nicht auszumachen, dies insbesondere auch nicht hinsichtlich des Nachbarschutzes und der Verkehrssicherheit.

2.5 An dieser Beurteilung ändern die beschwerdeführerischen Einwände nichts.

Das Wiederaufbaurecht gemäss § 72 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) ist verfassungskonform. Das Verwaltungsgericht hat sich bereits früher zu dieser Frage geäussert, worauf zu verweisen ist (EGV-SZ 2011, B 8.4 Erw. 2.3). Es besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

Die Identität des bisherigen Eingangsbereichs geht durch eine zeitgemässe und behindertengerechte Gestaltung der vorliegenden Art nicht verloren. Es ist kein sklavisches Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen erforderlich. Wenn eine zeitgemässe, modern(er)e Architektur durchaus zulässig ist (EGV-SZ 2011, B 8.4 Erw. 3.3), muss dies umso mehr auch für funktionelle Anpassungen gelten. Dies betrifft hier sowohl das durch das Erstellen einer steileren Treppe ermöglichte Podest vor dem Hauseingang im ersten Obergeschoss, als auch den Senkrechtaufzug. Beide Vorkehren sind nicht nur zeitgemäss (vor allem die Podesterstellung), sondern stellen auch eine objektivermassen begründete Verbesserung der liegenschaftsinternen Hauserschliessung dar. Daran ändert der Umstand nichts, dass behindertengerechtes Bauen hier rechtlich nicht gefordert wird (§ 57 PBG, Art. 16 Abs. 3 BauR; Art. 3 lit. c Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, SR 151.3) und die konkrete Veranlassung des Bauvorhabens die Behinderung einer Hausbewohnerin ist. Beim Senkrechtaufzug kommt hinzu, dass er durch seine teilweise versteckte Positionierung die bisherige Erscheinung des Eingangsbereichs nur marginal verändert.

Marginal sind auch – wie dies die Baupläne unmissverständlich ausweisen (gelb: Abbruch; rot: Neuerstellung) – die nach Süden und Osten vorgesehenen Abweichungen, insbesondere im Bereich der Aussentreppe, des Hauseingangsbereichs im 1. OG und des Dachvorsprungs. Der zusätzliche Senkrechtaufzug (mit schalldämmender Schachtverkleidung, siehe Vernehmlassung der Bauherrschaft zur Einsprache vom 7. April

2014) vom Erdgeschoss ins 1. Obergeschoss als funktionelle Ergänzung der Aussentreppe beansprucht (ohne Zu- und Weggang) nur eine Fläche von etwas über 2 m^2. Von einer ins Gewicht fallenden Verschärfung des baurechtswidrigen Zustandes ist mithin nicht auszugehen, zumal die bestehende zonenkonforme Wohnnutzung unter verbesserten Umständen weitergeführt wird.

Die Nutzungsfrequenz des neugestalteten Eingangsbereichs, insbesondere auch des Senkrechtaufzuges, wird sich in Grenzen halten, weshalb die immissionsmässigen Auswirkungen offenkundig im Rahmen der Zonenvorschriften (in der Zentrumszone sind mässig störende Betriebe zulässig, Art. 35 Abs. 1 BauR) liegen und auch nicht von einer relevant höheren Gefährdung der Verkehrssicherheit auszugehen ist, zumal bei der untergeordneten Bedeutung der X.strasse als Nebenstrasse, welche geprägt ist von kleinräumigen und engen Verhältnissen (GRB vom 22. Mai 2014 Erw. 4.7, 8.3). Unbestritten geblieben ist die beschwerdegegnerische Darlegung, wonach es sich bei dieser Strasse um eine selten befahrene Einbahnstrasse mit Tempo 30 handle (Vernehmlassung Bg vom 21. April 2015, S. 8).

(...).

(VGE III 2015 55 vom 16. Juli 2015).

8.11 Baubewilligungsgebühren

- *Vgl. EGV-SZ 2015, B 5.2.*

9. Enteignungsrecht

9.1 Enteignungsrecht

- *Tunnelbau. Formelle Enteignung eines Baurechts (§ 7 Abs. 1 lit. a EntG) (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4.1 Gemäss Art. 667 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nach oben und unten auf

den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Wie gross diese räumliche Ausdehnung ist, lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht in allgemein gültiger Weise festlegen, sondern bestimmt sich von Fall zu Fall nach den konkreten Umständen und dem schutzwürdigen Interesse des Eigentümers, diesen Raum selbst zu nutzen oder zu beherrschen und das Eindringen anderer abzuwehren. Das Bundesgericht hat es daher – in der zivilrechtlichen und in der enteignungsrechtlichen Praxis – stets abgelehnt, generell zu bestimmen, auf welcher Höhe z.B. ein Flugzeug in die Interessensphäre der Grundeigentümer und damit in das Grundeigentum selbst eindringe. Dies hänge von der Nutzung und Lage der konkret betroffenen Liegenschaft, aber auch von der Art und Grösse der Flugzeuge und den entsprechenden Auswirkungen des Überflugs ab (vgl. BGE 131 II 137 Erw. 3.1.2, Erw. 3.2.2 und 3.2.3; Urteil des Bundesgerichts 1E.9/2007 vom 28. April 2008 Erw. 4.1). Gleiches gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für die Nutzung des Untergrunds. Fest steht, dass das Grundeigentum nicht weiter in die Tiefe reicht, als sich der Grundeigentümer über ein entsprechendes Interesse ausweisen kann (Urteil des Bundesgerichts 1C_27/2009 vom 17. September 2009 Erw. 2.4).

Ein entsprechendes Interesse und damit eine enteignungsrechtliche Entschädigungspflicht hat das Bundesgericht für die Erstellung eines Eisenbahntunnels in der Innenstadt von Zürich, der rund 7 – 8 m unter dem Boden verläuft, bejaht (BGE 122 II 246 Erw. 4b). In zivilrechtlicher Hinsicht hat es ein schutzwürdiges Interesse an der Beherrschung des Untergrunds auch bis in die Tiefe von ca. 23 m bejaht für eine ortsübliche unterirdische Erschliessung und die unterirdische Nutzung eines Privatgrundstückes in Hanglage (Urteil des Bundesgerichts 5A_639/2010 vom 7. März 2011 Erw. 4.2.1). Bei einem Eisenbahntunnel ca. 10 m unter Wald bei Bern hat es die Notwendigkeit einer enteignungsrechtlichen Beanspruchung des oben liegenden Grundstücks demgegenüber verneint (BGE 128 II 368 Erw. 2.3; zum Ganzen: Kessler Coendet, in: FHB Verwaltungsrecht, N 26.21).

Für die vertikale Abgrenzung des Grundeigentums kommt es des Weiteren nicht auf die gegenwärtige Nutzung durch den konkreten Eigentümer an. Vielmehr ist der künftigen möglichen Entwicklung Rechnung zu tragen. Ein künftiges Interesse genügt mithin, vorausgesetzt dass seine Verwirklichung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in absehbarer Zukunft wahrscheinlich ist (BGE 100 IV 155 Erw. 2; 132 II 353 Erw. 4.2).

4.2 Vorliegend beansprucht der geplante Tunnelbau die beschwerdeführerischen Grundstücke im Bereich der Baulinie ab einer Tiefe von 3 m. Zudem wird die Bebauung der Grundstücke insoweit eingeschränkt, dass nur Bauten und Anlagen mit setzungsunempfindlichen Konstruktionen erstellt werden dürfen. Die Beanspruchung des Untergrundes der beschwerdeführerischen Grundstücke ab einer Tiefe von 3 m und die Bebauung des Untergrundes mit dem Tunnelbau ab einer Tiefe von weniger als 4 m (vgl. VGE III 2014 29 vom 18. Juli 2014 Erw. 5.3.1 sowie Technischer Bericht vom 8. Februar 2013, S. 57, wonach die Grundstücke KTN C und A mit einer Überdeckung von teilweise weniger als 4 m durch den Tunnel unterquert werden) stellt im Lichte der obzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung offenkundig einen Eingriff in die Substanz der beschwerdeführerischen Grundstücke dar. Der Bau einer Tiefgarage oder eines Kellers auf den fraglichen Grundstücken wird durch den Bau des Tunnels eingeschränkt. Die unterirdische bauliche Nutzung der beschwerdeführerischen Grundstücke, welche in der Kernzone liegen, wäre ansonsten baurechtlich nicht beschränkt und auch technisch zweifellos bis in den tieferen Untergrund – zumindest bis in den durch den Strassenbau beanspruchten Bereich – möglich.

Auch wenn die Grundstücke der Beschwerdeführer KTN A und B gemäss Ausführungen des Baudepartementes durch neuere Bauten überbaut sind (Baujahr 1989 und 2000), muss dennoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der künftigen möglichen Entwicklung Rechnung getragen werden. Die bestehende Bebauung schliesst einerseits eine zulässige bauliche Entwicklung auf diesen beiden Grundstücken nicht aus und sie schliesst insbesondere auch bauliche Veränderungen mit einer Nutzung des Untergrundes auf der hauptsächlich vom Tunnel betroffenen Liegenschaft KTN C in absehbarer Zukunft nicht aus.

Nachdem der Bau des Tunnels im Bereich der Grundstücke der Beschwerdeführer nicht nur die grundeigentümerrechtlichen Abwehransprüche tangiert, sondern einen eigentlichen Eingriff in die Substanz darstellt, erfordert dieser die formelle Enteignung von dinglichen Rechten im Sinne von § 7 Abs. 1 lit. a des Enteignungsgesetzes vom 22. April 2009 (EntG, SRSZ 470.100) durch die Einräumung eines entsprechenden Baurechts (wohl im Sinne von Art. 675 ZGB), ansonsten gestützt auf das sachenrechtliche Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 2 ZGB) dem Grundeigentümer das Recht zukommen würde, seine Liegenschaft ungehindert und unbeschränkt zu nutzen und die sich auf seinem Grundeigentum befindlichen Dauerbauten automatisch seinem Eigentum zufielen (vgl. Rey/Strebel, BSK ZGB II, Art. 667 Rz 11).

4.3 Soweit der Regierungsrat und das Baudepartement sinngemäss davon ausgehen, dass der rechtskräftige kantonale Nutzungsplan … Abschnitt 1 die zulässige Nutzung des Untergrundes im Bereich der beschwerdeführerischen Grundstücke durch den Kanton als Strassenträger in verbindlicher Weise regle, weshalb die Einräumung einer Dienstbarkeit nicht erforderlich sei, kann ihnen aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Gemäss § 32 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) sind Grundeigentümer verpflichtet, das in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmte Land dem zuständigen Gemeinwesen abzutreten und die erforderlichen dinglichen Rechte einzuräumen. Im Beschwerdeverfahren gegen die Enteignung sind Begehren, welche die Änderung eines Planes bezwecken, der einem Auflage- und Einspracheverfahren unterzogen wurde, unzulässig (§ 32 Abs. 1 EntG). In diesem Falle sind die enteignungsrechtlich relevanten Rügen, soweit diese die Pläne betreffen, bereits im Bau- und Projektbewilligungsverfahren anzubringen (§ 32 Abs. 2 EntG). Im eigentlichen Enteignungsverfahren kann somit die Enteignungsvoraussetzung des öffentlichen Interesses grundsätzlich nicht mehr Gegenstand einer Prüfung sein. Auch die Frage der Verhältnismässigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) kann grundsätzlich nicht mehr Gegenstand der Prüfung sein, mithin kann z.B. auch die Linienführung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht mehr zur Diskussion gestellt werden. Gemäss schwyzerischem Recht wird das eigentliche Enteignungsverfahren jedoch durch den Planerlass nicht obsolet (vgl. VGE III 2009 40 vom 28. Juli 2009 Erw. 11.5). Entsprechend ist denn in § 25 des kantonalen Strassengesetzes vom 15. September 1999 (StraG; SRSZ 442.110) auch ausdrücklich vorgesehen, dass die für den Strassenbau erforderlichen Rechte freihändig oder im Enteignungsverfahren zu erwerben sind. Der Eigentumserwerb bzw. der Erwerb der erforderlichen dinglichen Rechte durch den Kanton für die Erstellung von Strassenbauten hat somit auf dem Weg der formellen Enteignung zu geschehen (vgl. BGE 118 Ib 196). Das Enteignungsrecht wird nicht unmittelbar mit dem Erlass des Nutzungsplanes eingeräumt. Der Nutzungsplan bildet mithin die Basis für das nachfolgende Enteignungsverfahren, in welchem Fragen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht mehr zur Diskussion gestellt werden können. Entsprechend ist auch ohne Belang, dass die Beschwerdeführer gegen den kantonalen Nutzungsplan keine Rechtsmittel erhoben haben. Dadurch haben sie auf ihre Eigentumsrechte nicht verzichtet.

Entgegen der Ansicht des Regierungsrates und des Baudepartementes ist der vorliegende Fall auch nicht mit einer generellen Umzonung oder

einer Abzonung im Rahmen einer Zonenplanrevision zu vergleichen. Solche Nutzungsbeschränkungen gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel nicht als besonders schwere und daher gemäss Art. 26 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) entschädigungspflichtige Eingriffe, sofern auf den fraglichen Liegenschaften noch eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung möglich bleibt. Die Eigentumsgarantie als Wertgarantie gewährleistet nicht, dass eine Baulandparzelle dauernd bestmöglich ausgenutzt werden kann; mit Änderungen im zulässigen Nutzungsmass und in der Art der baulichen Nutzung muss der Eigentümer grundsätzlich rechnen, solange er vom Grundstück noch einen bestimmungsgemässen Gebrauch machen kann (vgl. BGE 123 II 481 Erw. 6d; BGE 114 Ib 112 Erw. 6b; BGE 111 Ib 257 Erw. 4a S. 263, je mit Hinweisen; Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., S. 241). Vorliegend geht es nicht um eine rein planungsrechtliche Einschränkung des Eigentums, sondern vielmehr um eine bauliche Beanspruchung des Grundstückes durch den Kanton. Es wird in die Substanz des Grundeigentums eingegriffen. Im Übrigen gelten Planungsmassnahmen dann als entschädigungspflichtig, wenn sie zwar eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich gute Nutzung weiterhin zulassen, aber ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so getroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (Sonderopfer, vgl. BGE 131 II 728 Erw. 2 m.H.). In einem solchen Fall liegt eine materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) vor (welche allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist). Auch wenn mithin vorliegend entsprechend den Ausführungen der Vorinstanz eine formelle Enteignung nicht erforderlich wäre, wäre ein Entschädigungsanspruch zu prüfen, da unstreitig nur einige wenige Grundeigentümer im Bereich der Baulinie III betroffen und in ihren Eigentumsrechten eingeschränkt werden. Offen bleiben kann dabei, ob auch Grundeigentümer im Baulinienbereich II entweder im Rahmen einer formellen oder im Rahmen einer materiellen Enteignung zu entschädigen sind.

Soweit die Vorinstanz geltend macht, die von den Beschwerdeführern zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf Beanspruchung des Untergrundes durch Verkehrsanlagen sei nicht massgeblich, da es dabei um die Einräumung einer Dienstbarkeit gegangen sei und eine entsprechende Nutzungsplanung nicht durchgeführt worden sei, ist darauf hinzuweisen, dass auch Bahninfrastrukturanlagen – welche Gegenstand der obzitierten Entscheide BGE 122 II 246 und BGE 128 II 368

bildeten – planungsrechtliche Entscheide zu Grunde liegen (vgl. Art. 18 Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, EBG, SR 742.101).

4.4 Soweit die Beschwerdeführer allerdings geltend machen, durch den Tunnelbau würden jegliche baulichen Massnahmen oder Veränderungen auf ihren Grundstücken ausgeschlossen, die bestehenden Bauten würden durch die Untertunnelung einsturzgefährdet und die Untertunnelung habe faktisch die Enteignung der ganzen Grundstücke zur Folge, weshalb sie eine vollumfängliche Enteignung ihrer Grundstücke gestützt auf § 12 EntG verlangen, kann ihnen nicht gefolgt werden.

Gemäss § 12 Abs. 1 EntG kann der Enteignete die Enteignung des Ganzen verlangen, wenn von einem Grundstück oder mehreren wirtschaftlich zusammenhängenden Grundstücken nur ein Teil in Anspruch genommen und dadurch die bestimmungsgemässe Verwendung des verbleibenden Teils verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird. Dasselbe gilt gemäss § 12 Abs. 2 EntG, wenn durch die Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts die bestimmungsgemässe Verwendung des Grundstückes verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird.

Vorliegend führen die (teilweise) Untertunnelung der beschwerdeführerischen Grundstücke ab einer Tiefe von teilweise weniger als 4 m und das Bauverbot ab einer Tiefe von 3 m offenkundig nicht zu einer Verunmöglichung oder unverhältnismässigen Erschwerung der bestimmungsgemässen Verwendung der Grundstücke. Die bestehende Nutzung bleibt uneingeschränkt erhalten. Auch bauliche Massnahmen sind weiterhin in umfassender Form möglich. Eingeschränkt ist lediglich die Bebauung des Untergrundes. Was die geltend gemachte Einsturzgefahr anbelangt, kann auf Erw. 5.3.1 in VGE III 2014 29 vom 18. Juli 2014 verwiesen werden. Danach besteht kein Anlass daran zu zweifeln, dass der Tunnel gefährdungsfrei erstellt werden kann.

Dem Hauptantrag der Beschwerdeführer, es sei festzustellen, dass mit der Ausführung des Bauprojekts …, Abschnitt …, ihre Liegenschaften enteignet würden, kann dementsprechend nicht gefolgt werden. Für die unterirdische Beanspruchung der Grundstücke sind dingliche Rechte im Sinne von § 7 Abs. 1 lit. a EntG zu enteignen und es ist eine entsprechende Dienstbarkeit zu errichten. Über den genauen Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit für die Unterquerung der beschwerdeführerischen Grundstücke hat die Vorinstanz zu beschliessen. Ein Anspruch auf Ausdehnung der Enteignung im Sinne von § 12 EntG besteht nicht.

(VGE III 2015 35 vom 28. Mai 2015).

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

10.1 Psychomotoriktherapie

- *Es liegt in der Entscheidungsfreiheit der Gemeinden (Gemeindeautonomie), Psychomotoriktherapie als sonderpädagogisches Angebot zu führen (Erw. 2 ff.).*
- *Anspruch von Schülern einer (anerkannten) Privatschule auf Psychomotoriktherapie bei ausgewiesenem Bedarf, sofern Psychomotoriktherapie vom Schulträger als sonderpädagogisches Angebot geführt wird (Erw. 4.1 ff.).*

Aus dem Sachverhalt:

Zwei (Zwillings-)Mädchen, welche den staatlichen Kindergarten besuchten, erhielten logopädischen Unterricht. Für eines wurde auch Psychomotoriktherapie angeordnet und gewährt. Nach dem Wechsel in einen privaten Kindergarten wurde es vom zuständigen Schulrat nicht mehr zur Therapie zugelassen. Der Regierungsrat bestätigte den entsprechenden Schulratsbeschluss (RRB Nr. 431 vom 23. April 2014 = EGV-SZ 2014, C 8.3). Das Verwaltungsgericht verneinte auf Beschwerde hin ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des geltend gemachten Anspruches auf Psychomotoriktherapie mit dem Argument, eine diesbezügliche Notwendigkeit bestehe nicht mehr. Dieser Entscheid wurde von den Eltern des Mädchens ans Bundesgericht weitergezogen, welches das Verwaltungsgericht anwies, die Beschwerde zu behandeln, da sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen Umständen wieder stellen könne, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein öffentliches Interesse bestehe und eine rechtzeitige bundesgerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (Bundesgerichtsurteil 2C_973/2014 vom 1. April 2015).

Aus den Erwägungen:

2. Der Regierungsrat hat im RRB Nr. 431/2014 im Wesentlichen erwogen, bei der Psychomotoriktherapie handle es sich nicht – was unbestritten sei – um einen kantonalen Spezialdienst, sondern ein kommuna-

les sonderpädagogisches Angebot. Über den allfälligen Anspruch auf Psychomotoriktherapie habe daher der kommunale Schulträger, der in diesem Bereich autonom sei, zu entscheiden (Erw. 2.5). Der Schulrat habe mit Beschluss Nr. 149 vom 17. November 2009 bestimmt, dass die Gemeinde keine Therapiekosten für in der Gemeinde wohnhafte Kinder, welche eine Privatschule besuchten, übernehme (Erw. 2.6). Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht beschränke sich auf die öffentliche Volksschule und erstrecke sich nicht auf das sonderpädagogische Angebot. Dies gelte umso mehr für die von Gemeinden freiwillig angebotene Psychomotoriktherapie. Das sonderpädagogische Angebot falle auch nicht unter die Sonderschulung. Aus dem Grundrecht auf einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (bzw. auf eine ausreichende Sonderschulung) könnten die Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Zulassung ihrer Töchter zur Psychomotoriktherapie ableiten (Erw. 3.2). Für eine diesbezügliche Ungleichbehandlung von Schülern der öffentlichen Volksschule und einer Privatschule gebe es gute Gründe (Erw. 4.1 ff.). (…).

3.1.1 Art. 19 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 gewährleistet den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. (…). Die Kantone sorgen für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr (Art. 62 Abs. 3 BV).

Mit dieser im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) in die Verfassung aufgenommenen und per 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bestimmung zog sich die Invalidenversicherung aus der Sonderschulung zurück. Massnahmen für besondere Schulung waren bis anhin gestützt auf Art. 19 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) vom 19. Juni 1959 gewährt worden. Hierzu gehörten auch besondere Entschädigungen für zusätzlich zum Sonderschulunterricht notwendige Massnahmen pädagogisch-therapeutischer Art wie unter anderem Sondergymnastik zur Förderung gestörter Motorik für Sinnesbehinderte und hochgradig geistig Behinderte (Abs. 2 lit. c; vgl. altArt. 8ter Abs. 2 lit. d der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201] vom 17. Januar 1961). Mit dem Rückzug der IV aus der Sonderschulung wurde die volle fachliche und finanzielle Verantwortung in diesem Bereich den Kantonen übertragen. Der gegenüber den Kantonen bestehende Individualanspruch auf Sonderschulung wurde bundesverfassungsrechtlich abgestützt. Gleichzeitig fiel die oft künstliche Trennung zwischen IV-Berechtigten und Nicht-IV-Berechtigten dahin und der

integrative Ansatz zur Förderung und Schulung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen konnte verwirklicht werden. Damit übernahmen die Kantone die Gesamtverantwortung von der heilpädagogischen Früherziehung bis zum Abschluss der Sonderschulung (BBl 2001 S. 2415-2417 [Botschaft zur Neugestaltung des NFA vom 14. November 2001, S. 2291 ff.]).

3.1.2 Mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot müssen die Kantone dafür besorgt sein, dass auch bildungsschwache und namentlich behinderte Menschen geeigneten Sonderschulen zugewiesen werden können (Ehrenzeller, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 23). Zur Sonderschulung im Sinne von Art. 62 Abs. 3 BV gehören neben den heilpädagogischen Spezialschulen auch die heilpädagogische Früherziehung sowie die pädagogisch-therapeutischen Massnahmen in Ergänzung zur Regelschule (Ehrenzeller, a.a.O., Rz. 41). Die sonderpädagogischen Massnahmen werden zum grössten Teil auch im Rahmen des laufenden Schulbetriebes angeboten und durchgeführt (Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007 [welcher der Kanton Schwyz nicht beigetreten ist] S. 10 unten).

3.2.1 Das Volksschulgesetz (VSG; SRSZ 611.210) vom 19. Oktober 2005 regelt das Volksschulwesen, welches den Kindergarten, die Primarschule, die Sekundarstufe I, die Sonderschulung, das Sonderpädagogische Angebot und die Spezialdienste beinhaltet (§ 1). Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton haben das Recht und die Pflicht, die öffentliche Volksschule zu besuchen. Vorbehalten bleibt der Besuch von privaten Sonderschulen, anerkannten privaten Volksschulen und bewilligtem Privatunterricht (§ 4 Abs. 1 VSG).

Nach den Allgemeinen Bestimmungen des ersten Teils (§§ 1-10b VSG) regelt das VSG im zweiten Teil die öffentliche Volksschule (§§ 11-27) und im dritten Teil (§§ 28-29) das sonderpädagogische Angebot.

Gemäss § 28 VSG sorgen die Bezirke und Gemeinden für ein sonderpädagogisches Angebot. Dieses dient der Schulung von Schülerinnen und Schülern mit besonderen pädagogischen Bedürfnissen (§ 28 VSG). Das sonderpädagogische Angebot umfasst integrative Förderung, Therapien und besondere Klassen (§ 29 Abs. 1 VSG). Therapie ist die Unterstützung von Schülerinnen und Schülern mit besonderen pädagogisch-therapeutischen Bedürfnissen durch Fachpersonen (§ 29 Abs. 3 VSG). Der Regierungsrat regelt nach Anhören des Erziehungsrates Art und Um-

fang der einzelnen Angebote sowie das Zuweisungsverfahren durch Verordnung (§ 29 Abs. 5 VSG).

3.2.2 Die entsprechenden Regelungen des sonderpädagogischen Angebots hat der Regierungsrat in §§ 5-10 der Volksschulverordnung (VSV; SRSZ 611.211) vom 14. Juni 2006 getroffen. Bei den Arten des Angebots werden die integrative Förderung (§ 5 VSV), die Therapie (§ 6 VSV) sowie besondere Klassen (§ 7 VSV) unterschieden. Gemäss § 6 VSV können die Schulträger für die Unterstützung von Schülerinnen und Schülern mit besonderen pädagogisch-therapeutischen Bedürfnissen Psychomotoriktherapie anbieten. Die Zuweisung zur Psychomotoriktherapie erfolgt durch die Schulleitung nach Abklärung durch die zuständige Fachperson und im Einverständnis mit den Erziehungsberechtigten. Es kann zusätzlich eine ärztliche Begutachtung verlangt werden (§ 10 Abs. 1 VSV). Die Klassenlehrperson oder die Abteilung Schulpsychologie können im Einverständnis mit den Erziehungsberechtigten Antrag auf Therapiezuweisung bei der Schulleitung stellen (§ 10 Abs. 2 VSV).

3.2.3 Gestützt auf §§ 28 f. VSG sowie die VSV hat der Erziehungsrat des Kantons Schwyz am 5. Juli 2006 Weisungen über das sonderpädagogische Angebot (SRSZ 613.131) erlassen. Die Psychomotoriktherapie dient der Förderung von Kindern, die in ihrem Bewegungs- und Beziehungsverhalten und damit in ihren Entwicklungsmöglichkeiten eingeschränkt sind (§ 7 Abs. 1). Die Schulträger können Psychomotoriktherapie als freiwilliges sonderpädagogisches Angebot anbieten. Wird das Angebot geführt, haben die Schulträger entsprechende Räume einzurichten (§ 7 Abs. 2). Den Erziehungsberechtigten entstehen für die Therapie ihres Kindes keine Kosten (§ 7 Abs. 3).
(…).

3.2.4 § 6 Abs. 1 der Weisungen zur Führung von privaten Volksschulen (SRSZ 618.111) vom 1. Februar 2006 räumt den im Kanton Schwyz schulpflichtigen Schülerinnen und Schülern, die privat unterrichtet werden oder die eine private Volksschule besuchen, einen Anspruch auf die Leistungen der kantonalen Spezialdienste Schulgesundheitsdienst, Abteilung Logopädie und Abteilung Schulpsychologie ein. Die Leistungen erfolgen ausschliesslich in deutscher Sprache.

3.3 (…).
Ein geschützter Autonomiebereich kann nach der Rechtsprechung auch bei der Anwendung kantonalen Rechts bestehen, wenn dieses der Gemeinde eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt und der

bestehende Spielraum „gemeindefreiheitsbezogen“, d.h. auf die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse in den jeweiligen Gemeinden ausgerichtet ist (BGE 118 Ia 218 Erw. 3d/e; Bundesgerichtsurteil 2P.43/2003 vom 16. Mai 2003 Erw. 2.2). Dies ist nicht bei jedem Ermessensentscheid der Fall. So besteht keine Autonomie der kommunalen Schulbehörden, wenn diese als erste Instanz ein pädagogisches Sachurteil über einen einzelnen Schüler zu fällen haben; die Offenheit der anwendbaren Norm will hier lediglich eine einzelfallgerechte Sachentscheidung und nicht die Rücksichtnahme auf besondere lokale Bedürfnisse ermöglichen. Bejaht wurde die Autonomie einer Gemeinde hinsichtlich der Zuteilung eines Schülers in ein bestimmtes Schulhaus, weil dies eine organisatorische Frage betrifft. Verneint wurde die Autonomie hingegen bezüglich der Frage, ob ein Kind die Voraussetzungen für eine vorzeitige Einschulung erfüllt (Beispiele aus Bundesgerichtsurteil 2P.43/2003 vom 16. Mai 2003 Erw. 2.3 mit Hinweisen). (…).

4.1 (…).

Insgesamt kann angesichts der vorstehend dargelegten kantonalgesetzlichen Grundlagen kein Zweifel bestehen, dass der Kanton die Entscheidung, ob eine Psychomotoriktherapie als sonderpädagogisches Angebot geführt wird oder nicht, den jeweiligen Schulträgern (Bezirk oder Gemeinde) überliess. Insoweit besteht eine Autonomie bzw. eine Entscheidungsfreiheit der Gemeinden im Sinne eines Entschliessungsermessens.

Damit ist indes nicht gesagt, dass auch eine Autonomie bzw. ein Entscheidungsspielraum der Gemeinde (bzw. des Schulträgers), die sich dafür entschieden hat, Psychomotoriktherapie in ihr Angebot aufzunehmen, besteht bei der Entscheidung über den allfälligen Anspruch eines Schülers mit Wohnsitz in der Gemeinde auf Psychomotoriktherapie, falls dieser eine Privatschule besucht.

4.2.1 (…).

Vorab ist festzuhalten, dass dem Regierungsrat grundsätzlich nicht beigepflichtet werden kann, wenn er die Auffassung vertritt, der Anspruch auf (unentgeltlichen) Grundschulunterricht beschränke sich auf die öffentliche Volksschule und erstrecke sich nicht auf das sonderpädagogische Angebot (angefochtener Entscheid Erw. 3.2). Im Sinne der Zweckbestimmung in § 28 Abs. 1 Satz 2 VSG besteht – jedenfalls für Schüler der öffentlichen Volksschule – grundsätzlich ein Anspruch auf die jeweiligen Leistungen, sofern die Voraussetzungen (besonderes pädagogisches Bedürfnis) erfüllt sind, welche mittels vorangehender Abklärungen zu beurteilen sind (betreffend Psychomotoriktherapie vgl. vorste-

hend Erw. 3.2.2 f.). Das gleiche gilt im Übrigen auch für die Sonderschulung und die Spezialdienste. Nichts anderes lässt sich der VSV und den jeweiligen Weisungen entnehmen.

4.2.2 Aus dem Besuch einer (anerkannten) privaten Volksschule lässt sich nicht ohne weiteres ableiten, dass gleichzeitig ein Verzicht auf das übrige Angebot des Volksschulwesens einhergeht und/oder dass dieser Besuch zu einem Ausschluss von diesem Angebot führt. Hierfür lässt sich auch dem Gesetz kein Hinweis entnehmen. Mit dem Besuch einer Privatschule geht grundsätzlich nur der Verzicht auf die Unentgeltlichkeit des von der öffentlichen Volksschule erteilten Unterrichts einher (Art. 62 Abs. 2 BV; § 8 Abs. 1 VSG).

§ 4 Abs. 1 VSG normiert nur das Recht und die Pflicht auf den/zum Besuch der öffentlichen Volksschule. Aus Wortlaut und Systematik des Gesetzes lässt sich mithin nur ableiten, dass mit dem Besuch einer (anerkannten) privaten Volksschule grundsätzlich ein Verzicht auf das im II. Teil des VSG („öffentliche Volksschule") geregelte Angebot (wie z.B. die Begabungsförderung gemäss § 18 VSG) sowie allenfalls auf Leistungen, die sich mit dem Besuch einer (anerkannten) privaten Volksschule grundsätzlich nicht vereinbaren lassen (wie z.B. eine Sonderschulung gemäss § 30 ff. VSG), bzw. ein Ausschluss von solchen Leistungen, einhergeht. Diesbezüglich ist gleichzeitig festzuhalten, dass der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht – sowohl bei behinderten wie bei nichtbehinderten Kindern – nicht gleichbedeutend ist mit dem Anspruch auf die optimale bzw. geeignetste (Sonder-)Schulung eines Kindes (vgl. Bundesgerichtsurteile 2C_528/2012 vom 2. November 2012 Erw. 2.1; BGE 138 I 162 Erw. 3.2, beide betreffend Kt. SZ).

4.3.1 (...).

4.5 Insgesamt spricht mithin die Konzeption der kantonalen Volksschulgesetzgebung, der gesetzlichen Ausgestaltung des sonderpädagogischen Angebots sowie deren Zielsetzung weniger für denn vielmehr gegen eine Autonomie der Gemeinde bei der Frage, welche Schülerinnen und Schüler (mit Wohnsitz in der Gemeinde und unbesehen des Besuches der öffentlichen oder einer privaten Volksschule) zu einem Angebot zugelassen werden oder nicht, selbst wenn der Gemeinde hinsichtlich der Frage, ob das Angebot überhaupt zu führen ist, die vorerwähnte Autonomie im Sinne eines Entschliessungsermessens zukommt. Vorbehalten bleiben praktische Schwierigkeiten, welche einer Inanspruchnahme entgegenstünden, wie beispielsweise die räumliche Distanz beim Besuch

einer ausserkantonalen Privatschule und ein damit verbundener unverhältnismässiger Aufwand (unverhältnismässige Folgen für die öffentlichen Ressourcen).

5.1 Zum gleichen Ergebnis führt auch der im vorliegenden Kontext bedeutsame, vorstehend dargestellte Teilaspekt der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), in deren Rahmen die Sonderschulung vollständig vom Bund (namentlich von der Invalidenversicherung) in den Bereich der Kantone übertragen wurde und diese verpflichtet wurden, ein Sonderschulkonzept zu entwickeln (Art. 197 Ziff. 2 BV). Die entsprechende Botschaft spricht von der Gesamtverantwortung der Kantone von der heilpädagogischen Früherziehung bis zum Abschluss der Sonderschulung (vgl. vorstehend Erw. 3.1.1).

Einerseits lässt sich auch hieraus ableiten, dass es sich um eine kantonale Kompetenz handelt, welche grundsätzlich keinen Raum für eine Gemeindeautonomie zulässt, soweit es Leistungsansprüche als solche betrifft. Anderseits bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Neugestaltung eine Reduktion des Angebots und/oder eine Einschränkung der Anspruchsberechtigungen in Betracht gezogen wurden. Für das Gegenteil spricht die grundsätzliche Aufhebung der Trennung zwischen IV-berechtigten und nicht-IV-berechtigten Schülern in diesem Zusammenhang. Entscheidend ist für die vorliegende Beurteilung indessen, dass das Kriterium des Besuchs einer privaten oder öffentlichen Volksschule vor der Neugestaltung des Finanzausgleichs keine Rolle spielte, woraus zu schliessen ist, dass diesem Kriterium auch nach der Neugestaltung des Finanzausgleichs keine Bedeutung zukommen kann. In diesem Sinne wird auch im vom Beschwerdeführer angeführten Urteil U 10 2 des Kantons Graubünden vom 6. Juli 2010 (Bf-act. 6) festgehalten, der verfassungsrechtliche Anspruch (gemäss Art. 62 Abs. 3 BV) trete „in gewisser Weise an die Stelle der Versicherungsleistung“ (Erw. 3).

5.2.1 Dem Regierungsrat (wie auch dem Schulrat) kann auch nicht gefolgt werden, wenn er hinsichtlich des Anspruchs auf sonderpädagogische Massnahmen bzw. vorliegend Psychomotoriktherapie eine Ungleichbehandlung von Schülern der öffentlichen Volksschulen und Privatschulen als gerechtfertigt erachtet. (…).

5.2.2 Die psychomotorische Therapie richtet sich ganz gezielt auf psychomotorische Störungen, d.h. Auffälligkeiten, die sich in einer mangelhaften Harmonie der Bewegungsabläufe äussern. Psychomotorische

Störungen äussern sich in einer Disharmonie zwischen Denken, Fühlen und Bewegen. Psychomotoriktherapie hat Einfluss auf die Wahrnehmung, das Bewegungsverhalten, die Emotionen, die Kognition und Konzentration und das Sozialverhalten (Kantonales Sonderpädagogisches Konzept S. 21 Ziff. 5.5.2).

Die Psychomotoriktherapie steht insbesondere im Zeichen der verfassungsrechtlich geschützten Förderung der Entwicklung der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV). Damit werden grundsätzlich erst die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass das Kind eine ihm an der Volksschule – sei es einer öffentlichen Volksschule, sei es einer Privatschule – „angemessene Grundausbildung nach Massgabe seiner Anlagen und Eignungen" (§ 3 Abs. 1 VSG) erlangen kann. (…).

Mit den pädagogisch-therapeutischen Massnahmen im Allgemeinen und der Psychomotoriktherapie im Speziellen werden mithin dem heranwachsenden Jugendlichen die seinen Altersgenossen, welche keiner entsprechenden Förderung bzw. Therapie bedürfen, gleichen oder vergleichbaren Startbedingungen geschaffen, was letztlich im Zeichen der Chancengleichheit steht, die namentlich im Schul- und Ausbildungswesen eine wichtige Rolle spielt (Art. 8 BV; vgl. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 32 und 34).

(…).

5.3 (…).

Im Lichte der Verhältnismässigkeit (im Verbund mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz) können Kinder unbesehen des Besuches einer öffentlichen oder privaten Volksschule gleichermassen auf sonderpädagogische Stütz- und Fördermassnahmen angewiesen sein und solche Massnahmen entsprechend notwendig werden, soweit auch deren Eignung gegeben ist und ebenso die Zweck-Mittel-Relation gewährleistet bleibt. Was Letzteres anbelangt, fällt ins Gewicht, dass – wie erwähnt (Erw. 4.2.2 i.f.) – kein Anspruch auf ein Optimum besteht.

Im Weiteren darf auch berücksichtigt werden, dass ein Kind, das seine obligatorische Schulpflicht an einer Privatschule erfüllt, das Leistungsvermögen des Staates soweit nicht beansprucht, als die staatlichen Schulträger nicht dem Träger der betreffenden privaten Volksschule (anteilsmässig) Beiträge ausrichten (vgl. § 71 Abs. 1 VSG). Aus dieser Optik wäre es – gerade auch im Lichte der Gleichbehandlung und Chancengleichheit – stossend, einem Kind, das infolge des Besuches einer Privatschule die öffentlichen Ressourcen nicht bzw. jedenfalls (wesentlich) weniger beansprucht, gerade wegen dieses Besuches einer Privatschule auch weitere Leistungen vorzuenthalten, welche zwar dem Volksschulwe-

sen angegliedert sind, indessen grundsätzlich unabhängig von diesem gewährt werden können.

5.4 Schliesslich sprechen auch praktische Überlegungen dafür, dass Schüler einer privaten Volksschule vom sonderpädagogischen Angebot, namentlich der Psychomotoriktherapie, Gebrauch machen können bzw. hierauf einen Anspruch haben. Der (initiale) Besuch einer Privatschule hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass die ganze Volksschulpflicht an der Privatschule absolviert wird bzw. werden muss. Der Staat kann indessen kein Interesse daran haben, bei einem späteren Übertritt eines Schülers in die öffentliche Volksschule allenfalls bestehende Defizite, welche zu einem früheren Zeitpunkt aus jugendpsychologischen und -pädagogischen Gründen einfacher und somit auch kostengünstiger zu kompensieren wären, mit (kostenintensiveren) verstärkten Massnahmen noch wettmachen zu müssen.

5.5 Zusammenfassend ist die Beschwerde somit im Sinne der vorstehenden Ausführungen gutzuheissen (…).

Dies setzt die weisungsgemäss vorgesehenen Abklärungen voraus, (…). Bei der Durchführung einer allfälligen Psychomotoriktherapie ist seitens der Beschwerdeführer der diesbezügliche organisatorische und administrative Ermessensspielraum der Gemeinde zu respektieren. Zu beachten gilt es auch den von § 8 VSV definierten Lektionenrahmen.

(VGE III 2015 57 vom 16. Juli 2015).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Ausschluss aus dem Verfahren

- *Verspätetes Einreichen des Angebots (Erw. 2.2.1 ff.).*
- *Folgen des Ausschlusses des obsiegenden Angebots: Kassation oder Reformation des Vergabeentscheides? (Erw. 4.1 ff.).*

Aus dem Sachverhalt:

Der bei der Offertöffnung anwesende Anbieter legte eine Kopie seiner Offerte vor, nachdem die postalisch (A-Post) versandte Offerte beim Besteller noch nicht eingegangen war.

Aus den Erwägungen:

2.2.1 § 12 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 (VIVöB, SRSZ 430.130) definiert den Mindestinhalt der Ausschreibung. Hierzu gehören auch die Adresse und die Frist für die Einreichung des Angebots (Abs. 1 lit. j). Die Angebote müssen, ausser im freihändigen Verfahren, bis zum Öffnungstermin verschlossen bleiben (§ 25 Abs. 1 VIVöB). Die fristgerecht eingereichten Angebote werden durch mindestens zwei Vertreter der Auftraggeberin oder des Auftraggebers geöffnet. Die Anbieterinnen und Anbieter können an der Öffnung teilnehmen, soweit nicht aus Gründen des Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses ein Ausschluss geboten ist (§ 25 Abs. 2 VIVöB). § 26 VIVöB nennt die Ausschlussgründe. Unter anderem wird eine Anbieterin oder ein Anbieter von der Teilnahme insbesondere ausgeschlossen, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist (Abs. 1 lit. g).

In vergleichbarer Weise verlangt Art. 23 Abs. 1 der Vergaberichtlinien (VRöB) vom 15. April 2003 zur IVöB, dass das Angebot innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe oder per Post vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen muss. Eine Anbieterin oder ein Anbieter wird von der Teilnahme insbesondere ausgeschlossen, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist (Art. 27 lit. h VRöB). Der Ausschluss von Anbietenden vom Verfahren infolge Verletzung wesentlicher Formvorschriften, wozu insbesondere auch die Nichteinhaltung der Eingabefrist gehört, stellt entsprechend einen in den kantonalen Gesetzgebungen zum Beschaffungswesen verbreitet geregelten Grundsatz dar (vgl. auch § 28 Abs. 1 lit. g des Submissionsdekrets des Kantons Aargau [SubmD; SRAG 150.910] vom 26. November 1996; § 23 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen des Kantons Baselland [SRBL 420] vom 3. Juni 1999; Art. 24 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Bern [SRBE 731.21] vom 16. Oktober 2002; Art. 48 Abs. 1 lit. a der Submissionsverordnung des Kantons Uri [SubV; Urner Rechtsbuch 3.3112] vom 15. Februar 2006; § 26 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung des Kantons Zug [SRZG 721.53] vom 20. September 2004).

Formvorschriften enthält des Weiteren auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) vom 16. Dezember 1994. Gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BöB müssen die Anbieter

und Anbieterinnen ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern werden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB).

2.2.2 Die fristgerechte Einreichung der Offerte ist mithin als wesentliches Formerfordernis zu qualifizieren, deren Nichtbeachtung bzw. Nichtwahrung zum Ausschluss vom Verfahren führt. Obschon ein Formfehler grundsätzlich nicht leichthin anzunehmen ist, stellt der Ausschluss eines verspätet eingereichten Teilnahmeantrages oder einer verspätet eingereichten Offerte keinen überspitzten Formalismus dar (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 507-511 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

In einem jüngeren Entscheid (WBE.2013.315 vom 12. Juli 2013 Erw. 4.1.2, mit Hinweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. August 1998, in: Baurecht 1998, S. 126, Nr. 336, sowie Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 446 f. und 507) hat das aargauische Verwaltungsgericht betont, dass die einschlägige Rechtsprechung den Formvorschriften im Submissionsrecht einen sehr hohen Stellenwert zumisst, jedenfalls insofern sie – wie die Fristwahrung – im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen. Es hat darauf hingewiesen, dass das Vergaberecht generell vom Grundsatz der Formstrenge beherrscht ist. Dieses habe nicht Selbstzweck, sondern sei für die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens und der Durchsetzung des materiellen Rechts unerlässlich. Zu den Formvorschriften, die die Gleichbehandlung der Anbieter und ein transparentes Verfahren gewährleisten sollten, gehöre insbesondere die Pflicht zur Fristwahrung bei der Einreichung der Angebote. Die Missachtung dieser Frist sei stets ein schwerer Formmangel. Eine diesbezüglich laxe Praxis würde der Willkür Tür und Tor öffnen. Selbst wenn das Angebot nur wenige Minuten nach Ablauf der Eingabefrist bei der Vergabestelle eintreffe, sei der Ausschluss zwingend und lasse sich auch nicht mit dem Hinweis auf das Verbot des überspitzten Formalismus abwenden (Erw. 4.2 i.f.; vgl. auch „Kriterium“, Informationen zur Submissionspraxis der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, Nr. 23 März 2008 S. 2).

Im ähnlichen Sinne hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft in einem Entscheid (810 14 27) vom 4. Juni 2014 (Erw. 5.3) unter Verweis auf Beyeler (Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1747) unter anderem die verspätete Einreichung einer Offerte als

schwerwiegenden Offertfehler bezeichnet, welcher zwingend zum Ausschluss bzw. zur Nichtberücksichtigung beim Zuschlag führen müsse.

Beyeler (a.a.O., Rz. 1747 sowie Rz. 1853 mit FN 1806 [Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 Erw. 2.4]) hält dafür, dass betreffend die fristgerechte Einreichung einer Offerte keine Toleranz zu gewähren ist. Diese höchste Formstrenge wird damit begründet, dass „jedwelche Auflockerung wie ein Dammbruch wirkte und immer nach einer noch weitergehenden Toleranz riefe" (Beyeler, a.a.O., Rz. 1855).

2.2.3 Im dargelegten Sinne hält auch das vom kantonalen Baudepartement herausgegebene Handbuch „Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz" (vom 15. März 2007, Stand 10. Januar 2011) fest, dass zu spät oder unvollständig eingereichte Offerten auszuschliessen sind. Das Risiko eines falschen oder verspäteten Offerteinganges tragen die Anbietenden (S. 47 Ziff. 8.1).

2.3 Gemäss der im Amtsblatt Nr. 5 vom 30. Januar 2015 publizierten Ausschreibung waren Angebote an die unter „Auftraggeber" angegebene Adresse zu schicken. Die Frist für die Einreichung der Angebote wurde auf den 18. Februar 2015, 11.00 Uhr, und die Offertöffnung auf denselben Tag (18.2.2015), 13.30 Uhr, terminiert.

Die Ausschreibung im simap.ch nannte unter Ziff. 1.2 die Zustelladresse und unter Ziff. 1.4 die Frist für die Einreichung des Angebotes (18.2.2015, 11.00 Uhr) sowie in Ziff. 1.5 den Termin der Offertöffnung (18.2.2015, 13.30 Uhr).

2.4 Es ist unbestritten, dass am 18. Februar 2015, 11.00 Uhr, das Angebot der Beschwerdegegnerin bei der Vorinstanz noch nicht eingegangen war, sondern erst anlässlich der Offertöffnung abgegeben wurde (vgl. Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin S. 2; Vernehmlassung der Vorinstanz S. 2 Ziff. II.1). Mithin erfolgte die Einreichung der Offerte seitens der Beschwerdegegnerin verspätet und ist daher grundsätzlich vom Verfahren auszuschliessen.

(...).

4.1 Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB). Die inhaltlich gleiche Bestimmung enthält Art. 32 Abs. 1 BöB.

4.2 Ohne das vom Wettbewerb auszuschliessende Angebot der Beschwerdegegnerin lagen der Vorinstanz neun (gültige) Offerten vor. Es liegt daher unbestreitbar eine genügende Zahl von Angeboten vor, um den verlangten wirksamen Wettbewerb (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; Art. 11 lit. b IVöB) zu garantieren. Auch anderweitige (allenfalls von Amtes wegen zu beachtende) Gründe, das Verfahren zu wiederholen (vgl. § 35 VIVöB) sind weder erkennbar noch werden solche geltend gemacht. Damit ist indes nicht gesagt, dass der Zuschlag ohne weiteres antragsgemäss dem Beschwerdeführer erteilt werden kann.

4.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass die Anbieter, welche den erfolgten Zuschlag nicht angefochten haben, sich mit ihm abgefunden haben und bei einer Rückweisung nicht mehr in die allfällige Neubeurteilung miteinzubeziehen sind (vgl. Urteil B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 Erw. 4.1 und 4.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1397 f.). Führt die Aufhebung eines Vergabebeschlusses somit nicht dazu, dass infolge eines Verfahrensfehlers eine umfassende Neubeurteilung oder eine Wiederholung des Verfahrens vorzunehmen ist, kann grundsätzlich eine Vergabe direkt an den beschwerdeführenden Anbieter bzw. bei mehreren beschwerdeführenden Anbietern an die besser platzierte Offerentin erfolgen. Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht gleichwohl festgehalten (a.a.O., Erw. 4.3), dass ein Spannungsverhältnis besteht zwischen der prozessualen Sichtweise, die seiner Praxis zugrunde liegt, und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbes und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes.

4.3.2 (...).

4.4.1 Die Frage, ob bei Gutheissung einer Beschwerde ein Auftrag direkt oder durch verbindliche Weisung an die Vorinstanz vergeben werden kann, ist einerseits mit der Frage der (rechtlichen) Wirkung der Aufhebung eines Vergabeentscheides, anderseits auch mit der Frage der Beschwerdelegitimation verknüpft (vgl. vorstehend Erw. 1.3.1; vgl. Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 2003 S. 1 ff. [S. 11 f. und S. 27 f.]).

4.4.2 Was die erste Frage anbelangt, vertritt Wolf die Auffassung, mit dem Zuschlag werde in erster Linie entschieden, wer den Auftrag erhalte. Die Nichtberücksichtigung der übrigen Anbieter sei eher eine Reflexwirkung des Zuschlags als eine individuelle Zurückweisung derselben. Es

erscheine daher naheliegend, dass die Rechtswirkungen der Aufhebung eines ursprünglichen Zuschlags auch gegenüber den anderen Anbietern dahinfielen.

4.4.3 Mit Bezug auf die zweite Frage sind im Wesentlichen folgende Konstellationen möglich:

- Wird ein Verfahrensfehler gerügt, welcher zur Wiederholung (Neuausschreibung) des Verfahrens führen muss, ist grundsätzlich jeder Offerent als beschwerdelegitimiert zu betrachten. Dringt ein Offerent mit einer entsprechenden Beschwerde durch, sind seine Chancen auf einen Zuschlag bei einer neuen Offertrunde wieder – wie diejenigen anderer Anbieter – intakt. Dringt er mit seiner Rüge nicht durch, bleibt es unverändert beim angefochtenen Vergabeentscheid.
- Rügt ein nicht berücksichtigter Offerent die (Modalitäten der) Bewertung (zu tiefe eigene Punktezahl, zu hohe Punktierung der Offerte des obsiegenden Anbieters) – ohne dass dies zu einer Wiederholung des Verfahrens führen muss – und erweisen sich seine Vorbringen als zutreffend, so dass er aufgrund der gerichtlichen Beurteilung einen höheren Punktewert als der im Vergabeverfahren siegreiche Anbieter erzielt, kann ihm der Zuschlag grundsätzlich direkt erteilt werden oder ist der Vorinstanz eine entsprechende Anweisung zu erteilen (...). In diesem Sinne hat das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz im VGE III 2007 107 vom 12. Juli 2007 die Arbeitsvergabe der im Vergabeverfahren zweitplatzierten Beschwerdeführerin erteilt, welche mit ihrer Rüge betreffend die Preisbewertung durchdrang und insgesamt einen höheren Punktewert als die zunächst berücksichtigte Offerentin erzielte. Bei dieser Konstellation kann davon ausgegangen werden, dass die übrigen, nicht beschwerdeführenden Offerenten mit der Bewertung der eigenen wie auch derjenigen der siegreichen Offerte einverstanden sind.
- Macht ein Offerent den Ausschluss des siegreichen Angebots geltend und dringt er damit durch, sind seine Chancen auf den Zuschlag ebenfalls intakt. Dies gilt unabhängig von seiner Rangierung, wenn davon ausgegangen wird, dass die den Vergabeentscheid nicht anfechtenden Offerenten nicht weiter zu berücksichtigen, d.h. gewissermassen „aus dem Rennen“ sind; unter dieser Voraussetzung wäre ihm die Arbeitsvergabe (direkt) zuzusprechen. Während durch eine solche Vergabe Zielsetzungen des öffentlichen Beschaffungswesens wie Gewährleistung der Gleichbehandlung und Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (Art. 1 Abs. 3 lit. b und c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001, IVöB, SRSZ 430.120.1) kaum bzw. nicht be-

einträchtigt würden und das gleiche grundsätzlich auch für die Zielsetzung der Förderung des wirksamen Wettbewerbs gelten kann (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB), kann dies unter Umständen zu einem eklatanten Widerspruch zur Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel führen.

4.4.4 Dem Widerspruch bei der dritten Konstellation wird durch Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis begegnet. So hat das Verwaltungsgericht im VGE 1040/00 vom 23. Oktober 2000 (= EGV-SZ 2000 Nr. 11) Erw. 2.b (vgl. BR 2002 S. 79 S 23) einer Beschwerdeführerin die Beschwerdebefugnis abgesprochen, weil sie preislich nur im vierten Rang figurierte und der Abstand zu dem zweit- und drittplatzierten Offerenten zu gross war, um bei einer Ausschaltung der preisgünstigsten Anbieterin den Auftrag bekommen zu können. In ähnlicher Weise hat das Verwaltungsgericht bereits mit VGE 603/79 vom 28. Dezember 1979 (EGV-SZ 1979 S. 17-19 Erw. 5) die Beschwerdelegitimation einer an fünfter Stelle platzierten Beschwerdeführerin negiert, weil ihr Rückstand auf die Ränge zwei bis vier viel zu gross war, als dass sie mit dem Auftrag hätte betraut werden können. Mit der Beschwerde hätte sie somit „höchstens für einen Mitkonkurrenten die Kastanien aus dem Feuer holen“ können, wofür der Rechtsschutz nicht eingerichtet sei. Wenn die anderen Offerenten, insbesondere der zweitrangierte, die Vergebung nicht für rechtskonform gehalten hätten, hätten sie selber Beschwerde führen müssen.

4.4.5 Auf dem Hintergrund der dargelegten Lehre und Rechtsprechung liesse es sich rechtfertigen, einem obsiegenden Beschwerdeführer – jedenfalls wenn es sich bei ihm um den zweitplatzierten Anbieter handelt – die Arbeitsvergabe direkt (oder durch entsprechende Anweisung an die Vorinstanz) zuzusprechen.

Indes steht das öffentliche Vergaberecht insbesondere im Zeichen der erwähnten wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. auch die Grundsätze gemäss § 2 des Gesetzes über den kantonalen Finanzhaushalt [FHG; SRSZ 144.110] vom 22. Oktober 1986 sowie § 6 FHG, wonach für jedes Vorhaben jene Variante zu wählen ist, die bei gegebener Zielsetzung die wirtschaftlich günstigste Lösung gewährleistet). Handelte es sich bei einem obsiegenden Beschwerdeführer beispielsweise um einen Offerenten, dessen Beschwerdelegitimation trotz einer hinteren Platzierung zu bejahen ist, könnte dies mithin zur Folge haben, dass bei einer direkten (gerichtlichen) Vergabe nicht das (im Wettbewerb verbleibende) wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt würde, was der erwähnten Zielsetzung zuwider liefe.

Wird der erstplatzierte Anbieter vom Wettbewerb ausgeschlossen, kann dies überdies Auswirkungen auf die Bewertung haben, namentlich was Kriterien anbelangt, welche relativer Natur sind.

Daher drängt es sich auf, es bei einem auf Beschwerde hin erfolgten Ausschluss des erstplatzierten Anbieters bei der gerichtlichen Aufhebung des angefochtenen Vergabeschlusses bewenden zu lassen und die Sache ansonsten an die Vergabeinstanz zurückzuweisen zur Überprüfung der Bewertung auf allfällige relative Bewertungselemente und sich deshalb allenfalls aufdrängenden Anpassungen/Korrekturen der Bewertung sowie anschliessenden Neuvergabe. Unzulässig wäre indessen eine grundsätzlich neue Bewertung der im Wettbewerb verbleibenden Angebote, insbesondere eine andere Ermessensbetätigung gegenüber der aufgehobenen Erstbewertung. Eine Anpassung/Korrektur kann allenfalls bei denjenigen Offerten unterbleiben, welche so oder anders offensichtlich zu weit zurückliegen, als dass Aussicht auf einen Zuschlag besteht.

(VGE III 2015 69 vom 24. Juni 2015).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Administrativverfahren

- *Interkantonale Zuständigkeit.*

Aus dem Sachverhalt:

X hatte im September 2013 auf der Autobahn im Kanton Bern die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten. Damals hatte er Wohnsitz im Kanton Waadt. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2013 teilte das Verkehrsamt VD (Service des automobiles et de la navigation) X mit, dass ein administrativrechtliches Verfahren eingeleitet worden sei und ein Führerausweisentzug in Betracht gezogen werde. Dagegen opponierte X und verwies auf ein pendentes Strafverfahren im Kanton Bern, worauf das Verkehrsamt VD das administrativrechtliche Verfahren sistierte. Mit Urteil vom 1. Dezember 2014 hat das zuständige Berner Gericht X (welcher zwischenzeitlich seinen Wohnsitz in den Kanton Schwyz verlegt hatte) der einfachen Verkehrsregelverletzung durch Überschreiten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit schuldig gesprochen und ihn mit einer Busse bestraft. Auf eine gegen dieses Strafurteil erhobene Berufung ist

das Obergericht des Kantons Bern am 4. Februar 2015 nicht eingetreten. Mit Schreiben vom 20. März 2015 gewährte das Verkehrsamt VD das rechtliche Gehör zum in Betracht gezogenen Führerausweisentzug, worauf X die Zuständigkeit des Verkehrsamtes VD für den Erlass einer administrativrechtlichen Massnahme bestreiten liess. In der Folge übermittelte das Verkehrsamt VD am 30. April 2015 das Dossier an das Verkehrsamt SZ, welches die Übernahme des Verfahrens ablehnte. Dagegen erhob X erfolglos Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 22 Abs. 1 (Satz 1 und 2) des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) werden die Ausweise von den Verwaltungsbehörden erteilt und entzogen. Zuständig ist für Fahrzeuge der Standortkanton, für Führer der Wohnsitzkanton.

2.2 Der Begriff des Wohnsitzes im Sinne von Art. 22 SVG richtet sich nach den Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches (vgl. Bernhard Rütsche/Danielle Schneider in: Basler Kommentar zum SVG, Basel 2014, N 33 zu Art. 22 SVG). Ändert der Fahrzeugführer seinen Wohnsitz während eines Administrativverfahrens, bleibt die bei Verfahrenseinleitung gegebene örtliche Zuständigkeit bestehen (perpetuatio fori; siehe Rütsche/Schneider, a.a.O., N 35 zu Art. 22 SVG; René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Die Administrativmassnahmen, Rz. 2637, S. 421 oben, mit Verweis auf BGE 108 Ib 139 = Bf-act. 27).

2.3 Das Bundesgericht hat im zugrunde liegenden Präjudiz von BGE 108 Ib 141 Erw. 2c zur Festlegung des massgebenden Zeitpunktes zur Fixierung der Zuständigkeit was folgt ausgeführt (...):

> c) En l'occurrence, le but de l'art. 22 LCR est, sans aucun doute, de fixer des règles de compétence strictes pour éviter que le conducteur fautif échappe à la mesure administrative qui doit être prise contre lui. On peut dès lors déduire de ces règles que le domicile du conducteur, lorsqu'il est connu, détermine le for de la procédure. Or celui-ci est précisément fixé au moment où l'on ouvre la procédure administrative, soit lorsque l'autorité compétente pour prononcer le retrait offre à l'intéressé l'occasion de consulter le dossier et de s'exprimer oralement ou par écrit sur la mesure envisagée.

2.4 In einem Schreiben vom 17. Oktober 2013, welches an die damalige Adresse des Beschwerdeführers in (...) VD zugestellt wurde, teilte das Verkehrsamt VD dem Beschwerdeführer in der Überschrift (...) was folgt mit (...):

> Mesure administrative en matière de circulation routière –– Avis d'ouverture de procédure

Sodann teilte das Verkehrsamt VD im Text dieses Schreibens mit, „votre dossier est à disposition pour consultation auprès de la réception des mesures administratives du Service des Automobiles et de la Navigation, bâtiment principal, 2ème étage, du lundi au vendredi de 7h15 à 16h15 ...“ (...).

2.5 Bei dieser Sachlage hat das Verkehrsamt VD dem Beschwerdeführer unmissverständlich am 17. Oktober 2013 mitgeteilt, dass es hinsichtlich der Geschwindigkeitsüberschreitung vom ... September 2013 ein administrativrechtliches Verfahren eröffnet hatte. Klarer als mit dem Vermerk „Avis d'ouverture de procédure“ kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass diese waadtländische Behörde gegenüber dem Beschwerdeführer ein Verfahren eröffnet hat. Nachdem im Mitteilungszeitpunkt (17. Oktober 2013) der Beschwerdeführer unbestrittenermassen noch seinen Wohnsitz im Kanton Waadt hatte, bleibt die einmal begründete Zuständigkeit des Verkehrsamtes VD erhalten (perpetuatio fori).

2.6 Am dargelegten Ergebnis vermögen sämtliche Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich auch der Einwand, dass nicht der Zeitpunkt der formellen Verfahrenseröffnung, sondern der Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs massgebend sei (vgl. ...). Der Beschwerdeführer übersieht, dass bereits im zugrundeliegenden Schreiben vom 17. Oktober 2013 ihm vom Verkehrsamt VD Gelegenheit gegeben wurde, Einblick ins Dossier zu nehmen („votre dossier est à disposition pour consultation auprès de la réception des mesures administratives ...“, siehe oben bzw. ...). Nicht ausschlaggebend ist, dass der Beschwerdeführer auf diese erste Einräumung des rechtlichen Gehörs nach der Aktenlage noch nicht reagiert hat, sondern erst viel später Einblick in die Akten nahm. Die vom Beschwerdeführer angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts ist – entgegen der sinngemässen Meinung des Beschwerdeführers – nicht so zu verstehen, dass sinngemäss die Eröffnung eines Verfahrens durch eine kantonale Administrativbehörde und die erste Gewährung des rechtlichen Gehörs hinsichtlich der Fixierung der Zuständigkeit unbeachtlich sei, wenn der

betroffene Fahrzeuglenker in der Folge mitteile, dass er zunächst das Ergebnis des strafrechtlichen Verfahrens abwarten wolle. Wollte man der Auffassung des Beschwerdeführers folgen, würde dies letztlich bedeuten, dass zwei unterschiedliche Zeitpunkte für die Fixierung der Zuständigkeit massgeblich wären, je nachdem ob ein betroffener Fahrzeuglenker im Strafverfahren ein Rechtsmittel ergreift oder nicht. Im ersten Fall („kein Abwarten des Strafverfahrens bzw. des damit zusammenhängenden Rechtsmittelverfahrens") verhielte es sich so, dass „die Verfahrenseröffnung mit der ersten Gewährung des rechtlichen Gehörs" für die Fixierung der kantonalen Zuständigkeit für das Administrativverfahren massgebend wäre, derweil im zweiten Fall („Abwarten des Strafverfahrens bzw. des damit zusammenhängenden Rechtsmittelverfahrens") „die Verfahrenseröffnung mit der ersten Gewährung des rechtlichen Gehörs" für die Fixierung der kantonalen Zuständigkeit für das Administrativverfahren unbeachtlich wäre, mithin im zweiten Fall darauf abzustellen wäre, wo der Fahrzeuglenker zwischenzeitlich seinen Wohnsitz hat, wenn ihm nach Vorliegen des Strafbescheides nochmals bzw. zum zweiten Mal das rechtliche Gehör gewährt wird. Eine solche Differenzierung bei der Zuständigkeitsfrage kann weder vom Gesetzgeber gewollt, noch vom Bundesgericht beabsichtigt sein. Dies gilt erst recht, als im zweiten Fall der betroffene Fahrzeuglenker mit der nachträglichen Wahl seines Wohnsitzes Einfluss auf die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage nehmen könnte, was nicht angehen kann und dem Zweck der perpetuatio fori widerspricht.

(VGE III 2015 135 vom 25. März 2015; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 1C_482/2015 vom 15. März 2016 abgewiesen).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Unentgeltlicher Rechtsbeistand

- *Notwendigkeit bzw. sachliche Gebotenheit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (siehe EGV-SZ 2015, B 1.3).*

16.2 Kindesschutz

- *Anordnung eines Gutachtens bei Streitigkeiten zwischen geschiedenen Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge?*

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer sowie die Beschwerdegegnerin sind voneinander geschieden und leben in zwei verschiedenen Gemeinden. Ihnen kommt die gemeinsame elterliche Sorge über die drei Kinder zu (...).

3.1 Wer Inhaber der elterlichen Sorge ist, trifft die für das minderjährige Kind notwendigen Entscheidungen. Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet im Grundsatz, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, gemeinsam entscheiden. Kein Elternteil hat einen Vorrang oder einen Stichentscheid. Das Gesetz sieht auch nicht vor, dass ein Gericht oder eine Behörde entscheiden kann, wenn sich die Eltern in einer Angelegenheit nicht einig sind. Ein behördlicher bzw. gerichtlicher Eingriff ist prinzipiell nur möglich, wenn die Uneinigkeit bzw. der Konflikt der Eltern das Kindeswohl gefährdet (vgl. Hausherr/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, Rz. 17.126, S. 400). Im Hinblick darauf, was im Einzelfall dem Prinzip des Kindeswohls und der Achtung der Persönlichkeit entspricht, besitzen die Eltern ein „Konkretisierungsmonopol, das bis zur Grenze der Gefährdung des Kindeswohls reicht" (vgl. Ingeborg Schwenzer, in: Basler Kommentar zum ZGB, 4. Aufl., Rz. 2 zu Art. 301 ZGB, mit Hinweisen, u.a. auf: Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Diss. 1989, S. 119 ff.). Erst bei Überschreitung dieser Grenze kann und muss der Staat im Wege von Kindesschutzmassnahmen eingreifen (Schwenzer, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 301 ZGB in fine).

3.2 Leben die Eltern zusammen, ergeben sich daraus in aller Regel auch keine Schwierigkeiten. Meinungsverschiedenheiten gehören in jeder lebendigen Beziehung zum Alltag. Der konstruktive Umgang mit Differenzen ist Teil der Qualität einer guten Beziehung. Anders kann es sich namentlich dann verhalten, wenn die Eltern nicht mehr zusammenleben und weiterhin die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die (getrennt lebenden) Eltern für das Kind unterschiedlich entscheiden wollen. Soweit es um alltägliche Angelegenheiten geht oder die Entscheidung dringlich ist oder der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand

zu erreichen ist, kann jeder Elternteil die Entscheidungen allein treffen (Art. 301 Abs. 1bis des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Als alltäglich sind jene Angelegenheiten anzusehen, welche die Ausübung der Elternrechte durch den anderen Elternteil nicht betreffen (vgl. Hausherr/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz. 17.126 und 17.127).

In den anderen Fällen (welche über das Alltägliche hinausgehen) ist grundsätzlich eine Absprache zwischen den Eltern geboten, wobei eine gewisse pragmatische Haltung unerlässlich ist, d.h. dem jeweils betreuenden Elternteil ist *ein erheblicher Beurteilungsspielraum* zuzugestehen. Dies schliesst es mit ein, dass der Erziehungsstil der Eltern verschieden ausfallen kann (z.B. mit oder ohne Anwendung einer Sanktion bei Missachten von elterlichen Anordnungen durch das Kind, wie beispielsweise Zimmerarrest/kein TV-Konsum etc.). Sodann ist es im Regelfall hinzunehmen, dass u.a. aufgrund unterschiedlicher Charaktere der Eltern ein ähnlicher Vorfall nicht gleich behandelt wird (z.B. wenn ein Kind Fieber hat, wird ein ängstlicher Elternteil schneller den Haus- oder Kinderarzt aufsuchen, als ein Elternteil, welcher beispielsweise zunächst auf Hausmittel vertraut etc.).

So oder anders müssen sich Eltern bewusst sein, dass der andere Elternteil regelmässig „auch das Beste für das eigene Kind“ will, indes meistens verschiedene Antworten und Lösungen in Frage kommen zur Beantwortung der Fragestellung, was in der konkreten Situation für das jeweilige Kind angebracht ist.

Des Weiteren entspricht es allgemeiner Erfahrung, dass es grundsätzlich wenig hilfreich ist, die so genannten Fehler des anderen Elternteils anzukreiden, und dabei den Umstand auszublenden, wonach vielfach das eigene Verhalten beim anderen Elternteil eine Gegenreaktion auslösen kann. Wer dazu neigt, ständig das (Erziehungs-)Verhalten des anderen Elternteils zu kritisieren, muss sich nicht wundern, dass der andere Elternteil als Gegenreaktion dazu tendiert, die Kommunikation auf der Elternebene auf ein Minimum zu beschränken etc. (…).

3.3.3 Nach dem Gesagten verhält es sich so, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin schwerwiegende Vorwürfe im Bereich der Betreuung und Erziehung der gemeinsamen Kinder macht, indes sich gleichzeitig dagegen wehrt, dass diese Vorwürfe im Rahmen eines Fachgutachtens näher abgeklärt werden. (…).

4.1 Zur Beantwortung der Fragestellung, ob im konkreten Fall ein Fachgutachten nötig ist oder nicht, sind insbesondere die nachfolgenden Aspekte einzubeziehen. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass auch die

Beschwerdegegnerin ein Gutachten ablehnt mit der sinngemässen Argumentation, wonach die Befragungen für das Gutachten zu einer (weiteren) erheblichen Belastung der Kinder führen würden. Zum andern ist mit der von der Vorinstanz eingesetzten Beiständin eine weitere Person in das Leben der Kinder getreten, welche sich mit den Streitigkeiten zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin befasst (vgl. …). In diesem Zusammenhang fällt insbesondere ins Gewicht, dass beide Elternteile von einem positiven Wirken dieser Beistandsperson berichten. Der Beschwerdeführer lässt in seiner Eingabe vom 16. Januar 2015 (…) ausführen, dass er „auch bereits einen ersten positiven Effekt der Einflussnahme von … feststellen" konnte (…). Analog streicht auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 29. Januar 2015 (…) die „positive Wirkung" hervor, welche „die Einsetzung von Frau … auf diese Situation hatte" (siehe auch S. 6 in fine der gleichen Eingabe: „Zum Schluss möchte ich den spürbar positiven Einfluss der Beiständin herausstreichen").

4.2.1 Im Lichte dieser dargelegten positiven Entwicklung, welche durch die von der Vorinstanz eingesetzte Beistandsperson bewirkt werden konnte und offensichtlich zu einer gewissen Entspannung geführt hat, rechtfertigt es sich, derzeit von der Durchführung einer Begutachtung durch eine Fachperson abzusehen.

Alle Beteiligten werden hiermit mit Nachdruck ermuntert, diesen Weg weiterzugehen und die eingeleitete positive Entwicklung in konstruktiver Zusammenarbeit mit der Beistandsperson zu fördern bzw. alles zu unterlassen, was zu Rückschlägen führen könnte. Die Eltern müssen sich bewusst sein, dass die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge einen Modus Vivendi erfordert, welcher sich nicht nur an den eigenen Massstäben orientiert, sondern auch noch mit den Ansichten des andern Elternteils kompatibel sind. Dies kann es mit sich bringen, dass mitunter Abstriche an den eigenen (Ideal-)Vorstellungen gemacht werden müssen, um den gegebenenfalls etwas abweichenden Vorstellungen des anderen Elternteils Platz zu gewähren. Zudem leuchtet es offenkundig ein, dass die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge eine gewisse (minimale) Kommunikation zwischen den Eltern erfordert.

(VGE III 2014 221 vom 19. Februar 2015).

16.3 Kindesschutz

- *Ausübung des Besuchsrechts: Hol- oder Bringprinzip?*

Aus den Erwägungen:

1. Im vorliegenden Fall geht es um die Modalitäten der Ausübung des Besuchsrechts. Zwischen den Eltern des derzeit 4½-jährigen Kindes, welches unter der elterlichen Sorge der Kindsmutter steht, ist unbestritten, dass dem Kindsvater ein regelmässiges Besuchsrecht zukommt. (...) Zum andern sind sich die Eltern uneinig, wo die Übergabe des Kindes für den Beginn des Besuchsrechts erfolgen soll. Während die Beschwerdeführerin darauf beharrt, dass der Kindsvater das Kind bei ihr in (...) auf seine Kosten abholen müsse, hat die Vorinstanz eine andere Regelung angeordnet, indem die Kindsmutter das Kind jeweils zu den Besuchszeiten zum Kindsvater (nach ...) zu bringen habe. Zur Begründung führte die Vorinstanz sinngemäss aus, dass das bisher gelebte Modell, wonach der Vater das Kind bei der Mutter abholte, deshalb nicht funktionierte, weil das Kind bei der Übergabe derart weinte und sich sträubte, mit dem Vater mitzugehen, dass mehrfach die Ausübung des Besuchsrechts scheiterte. Mit dem so genannten „Bringprinzip" werde dem Kind unmittelbar vorgelebt, dass die Mutter mit den Treffen beim Vater einverstanden sei und sie diese auch tatkräftig unterstütze.
(...).

2.2 Der vorinstanzliche Lösungsansatz, wonach der sorgeberechtigte Elternteil das Kind zum besuchsberechtigten Elternteil bringt (und anschliessend das Kind vom anderen Elternteil wieder zurückgebracht wird), erweist sich im Grundsatz als überzeugend. Durch ein solches Modell wird dem Kind nicht nur durch Worte, sondern insbesondere auch durch Handlungen klar signalisiert, dass der obhutsberechtigte Elternteil den Besuch beim andern Elternteil begrüsst und sogar mit eigenen Taten unterstützt. Diese Vorgehensweise kann massgeblich dazu beitragen, beim Kind Loyalitätskonflikte zu vermeiden. Umgekehrt wird das Kind stärker in einen Loyalitätskonflikt gedrängt, wenn bislang die geplanten Übergaben jeweils in der dem Kind vertrauten Umgebung stattfanden und der andere Elternteil es noch nicht erreicht hat, ein tragfähiges Vertrauensverhältnis zwischen Kind und Elternteil (Vater) aufzubauen.

2.3 Ein solches „Bringprinzip" ist nicht in jedem Fall und auf Dauer vorzuziehen, sondern insbesondere dann, wenn bei einem jüngeren Kind Schwierigkeiten auftreten, die Übergabe in der dem Kind im Alltag vertrauten Umgebung zu organisieren. In einer solchen Konstellation erweist es sich grundsätzlich als hilfreich und im Einklang mit kinderpsychologischen Erkenntnissen, wenn bei der Ausübung des Besuchs jeweils ein

Elternteil das Kind zum anderen bringt, wie auch das Kantonsgericht Luzern kürzlich entschieden hat (vgl. NZZ Nr. 43 vom 21. Februar 2015, S. 14: „Nicht nur Sache der Väter"; das Kantonsgericht Luzern verpflichtet Mutter zur Begleitung des Kindes).

2.4 Sodann geht es im konkreten Fall insbesondere darum, die Anfangsschwierigkeiten zu überwinden, bis ein regelmässiges Besuchsrecht etabliert und eingespielt ist. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass nach einer Reihe von erfolgreichen Besuchstagen die Übergabe weniger konfliktanfällig sein sollte, mit anderen Worten es sogar möglich werden kann, dass das Kind sich auf regelmässige Begegnungen und gemeinsame Anlässe mit seinen Halbgeschwistern freut. Bis es soweit ist, bedarf es einer „Starthilfe", welche die Vorinstanz mit dem erwähnten „Bringprinzip" an sich in überzeugender Weise aufgegleist hat.

3.4 Sodann macht es Sinn, einen Übergabeort auszuwählen, welcher für Kinder grundsätzlich attraktiv ist. Dafür bietet sich für ein Kind im Alter von 4½ Jahren ein grosszügiger Spielplatz an, welcher zum Verweilen und Spielen einlädt. (...).

3.5 Wie bereits erwähnt, steht es den Eltern frei, andere Übergabemodalitäten (namentlich einen anderen Übergabeort wie z.B. ...) einvernehmlich abzusprechen. Solange dies aber nicht möglich ist, bleibt es dabei, dass der Übergabeort von der zuständigen Behörde verbindlich festgelegt wird. Im Lichte aller konkreten Aspekte rechtfertigt es sich, den Übergabeort in etwa auf halber Strecke zwischen ... und ... anzusiedeln. Dies erweist sich im konkreten Fall, in welchem die Übergaben am Wohnort des Kindes und der Kindsmutter mehrfach scheiterten, als gerechtfertigt und verhältnismässig. (...).
(VGE III 2014 234 vom 23. März 2015).

16.4 Erwachsenenschutz

- *Verzicht auf eine Massnahme.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Sohn (= Beschwerdeführer) hatte mit einer Gefährdungsmeldung an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde geltend gemacht, dass

seine Mutter im Rentenalter (= Beschwerdegegnerin) in finanziellen Angelegenheiten überfordert und deswegen zu verbeiständen sei.

Aus den Erwägungen:

3.1 (…) Nachdem in dieser Gefährdungsmeldung auch geltend gemacht wurde, dass die Beschwerdegegnerin an „Senilität, Verfolgungswahn, Demenz“ leide, eröffnete die Vorinstanz zu Recht ein Verfahren und lud die Beschwerdegegnerin zu einem Abklärungsgespräch ein, an welchem die Beschwerdegegnerin mit dem von ihr beauftragten Rechtsanwalt erschien. Allein schon dieser von der Beschwerdegegnerin veranlasste Beizug eines Rechtsanwaltes dokumentiert, dass die Beschwerdegegnerin in der Lage ist, adäquat auf anfallende Konstellationen zu reagieren.

3.2 Zu Recht haben sich sodann die zuständigen Personen der Vorinstanz nicht mit dem eigenen Eindruck begnügt, welchen sie selber anlässlich des Abklärungsgesprächs vom (…) gewinnen konnten, sondern zusätzlich veranlasst, dass die Beschwerdegegnerin am (…) eine Erklärung unterzeichnete, wonach sie ihren Hausarzt von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden hat (…). Daraufhin hat die Vorinstanz diesem Hausarzt am (…) einen schriftlichen Fragenkatalog unterbreitet, welcher in überzeugender Weise den aktuellen geistigen Gesundheitszustand der Beschwerdegegnerin, die Einschätzung einer Schutzbedürftigkeit im Sinne des Gesetzes, die Fragestellung eines erhöhten Ausnützungsrisikos, Einschränkungen der Urteilsfähigkeit namentlich in Bezug auf die Verwaltung von Geld- und Immobilienvermögen etc. betrifft (vgl. …).

3.3 In seinem Arztbericht vom (…) führte Dr. med. (…) aus, dass der aktuelle geistige Gesundheitszustand der Beschwerdegegnerin aus hausärztlicher Sicht nicht eingeschränkt sei und die Beschwerdegegnerin in der Lage sei, alle Arten von Lebensaufgaben und Problemen gut zu bewältigen. Es gebe keine Anzeichen für eine geistige Behinderung oder psychische Störungen oder einen ähnlichen Schwächezustand. Auch bestünden aktuell keine Anzeichen für eine vorübergehende Urteilsunfähigkeit, zumal die Beschwerdegegnerin gerade im laufenden Jahr „häufig wichtige selbständige Handlungen“ entschieden und durchgeführt habe. Auch habe er keine Anzeichen für ein erhöhtes Ausnützungsrisiko oder Handlungen gegen das eigene Interesse festgestellt (vgl. …).

3.4 Im Lichte dieser Abklärungsergebnisse (eigene Beurteilung anlässlich eines Abklärungsgesprächs sowie Auskünfte des befragten Hausarztes) ist es – entgegen der Meinung des Beschwerdeführers – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz weder zusätzliche Abklärungen (Befragungen/Einholung eines Gutachtens/Durchleuchtung der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin) durchgeführt hat, noch im angefochtenen Beschluss vom (…) gegenüber der Beschwerdegegnerin erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen angeordnet hat. (…)
(VGE III 2015 1 vom 28. Mai 2015).

16.5 Erwachsenenschutz

- *Privat- oder Berufsbeistand?*

Aus den Erwägungen:

4.1 Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet auf Antrag hin oder von Amtes wegen eine Vertretungsbeistandschaft, wenn die volljährige Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung, eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands oder wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit sowie des daraus resultierenden Unvermögens ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann (Art. 390 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1937 [ZGB, SR 210] i.V.m. Art. 394 ZGB; vgl. auch Henkel in: Basler Kommentar, Erwachsenenschutzrecht [BSK Erw.Schutz], N 1 ff. zu Art. 390 ZGB). Ist die hilfsbedürftige Person im Bereich der Vermögensverwaltung zu vertreten, so ist die Vertretungsbeistandschaft gestützt auf Art. 395 ZGB entsprechend zu ergänzen (Henkel, a.a.O., N 1 zu Art. 395 ZGB).

4.2.1 Nach Art. 400 Abs. 1 Satz 1 ZGB ernennt die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand oder Beiständin eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt.

4.2.2 Das Gesetz unterscheidet zwischen Berufsbeiständen und den übrigen Beiständen, den sog. Privatbeiständen (vgl. Ruth Reusser, in: BSK Erw.Schutz, a.a.O., N 14 zu Art. 400 ZGB).

Zwischen Privat- und Berufsbeistand gibt es keine Hierarchie. Hauptkriterium für die Wahl ist, wer für das konkrete Mandat besser geeignet ist. Dabei spielt insbesondere die Vielfalt und die Schwierigkeit der Aufgabe eine Rolle. Mitentscheidend sind aber auch die Wünsche der betroffenen Person und ihrer Angehörigen (vgl. noch nachfolgend, Art. 401 ZGB). Nach der Lehre, die sich auf die Praxis in gewissen Kantonen stützt, sollten die Beistandschaften für folgende Personen grundsätzlich nicht einem Privatbeistand übertragen werden: Drogenabhängige; Personen mit schweren psychischen Störungen; Personen, die nicht fähig sind, mit ihrem Geld umzugehen; sehr überschuldete Personen; Personen in sehr konfliktbeladenen Familiensituationen (etc., vgl. Reusser, a.a.O., N 17 zu Art. 400 ZGB).

4.2.3 Schlägt die betroffene Person eine Vertrauensperson als Beistand oder Beiständin vor, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 401 Abs. 1 ZGB ihrem Wunsch, wenn die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft geeignet und zu deren Übernahme bereit ist. Die Behörde berücksichtigt, soweit tunlich, dabei auch die Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen (Art. 401 Abs. 2 ZGB).

Nach der bis 31. Dezember 2012 geltenden Rechtslage (Art. 380 aZGB …) wurde von einer widerlegbaren Eignungsvermutung für nahe Angehörige ausgegangen. Sprachen keine wichtigen Gründe dagegen, so hatte die Behörde einem tauglichen Verwandten bei der Wahl den Vorzug zu geben, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes. Das neue, seit dem 1. Januar 2013 geltende Recht verzichtet auf die Eignungsvermutung für nahe Verwandte (vgl. Reusser, a.a.O., N 1 f. zu Art. 401 ZGB; VGE III 2014 27 vom 27. März 2014 Erw. 2.2.3).

4.2.4 Dass zwischen betroffener Person und Beistand soweit wie möglich ein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden kann (siehe Art. 406 Abs. 2 ZGB), ist für das erfolgreiche Wirken des Beistandes und das Gelingen der Massnahme wichtig. Es ist deshalb folgerichtig, dass der betroffenen Person im Ernennungsverfahren Gelegenheit gegeben wird, eine Vertrauensperson als Beistand vorzuschlagen oder eine von der Behörde in Aussicht genommene Person abzulehnen. Damit wird das Selbstbestimmungsrecht verstärkt (vgl. Reusser, a.a.O., N 5 zu Art. 401 ZGB).

4.2.5 Auch den Angehörigen und weiteren nahestehenden Personen, welche den von der Massnahme Betroffenen kennen, wird in Art. 401

Abs. 2 ZGB erlaubt, Vorschläge für die Person des Beistandes zu unterbreiten. Zwischen den Wünschen der betroffenen Person und den Vorschlägen der Angehörigen und weiterer nahestehender Personen besteht aber eine klare Hierarchie: Sobald die betroffene Person Wünsche unterbreitet, denen entsprochen werden kann, müssen Vorschläge der nahestehenden Personen unberücksichtigt bleiben (vgl. Reusser, a.a.O., N 6 zu Art. 401 ZGB).

(VGE III 2015 3+16 vom 19. Mai 2015).

16.6 Erwachsenenschutz

- *Mandatsentschädigung.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Wie bereits im Entscheid III 2014 41 vom 24. April 2014 ausgeführt wurde, hat nach Art. 404 Abs. 1 Satz 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 101) der Beistand oder die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person (siehe analog auch § 31 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978, EGzZGB, SRSZ 210.100). Die Erwachsenenschutzbehörde legt die Höhe der Entschädigung fest. Sie berücksichtigt dabei insbesondere den Umfang und die Komplexität der dem Beistand oder der Beiständin übertragenen Aufgaben (Art. 404 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 404 Abs. 3 ZGB erlassen die Kantone Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung und den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können.

4.2 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei der Festlegung der Entschädigung im Einzelfall insbesondere der zeitliche und sachliche Umfang sowie die Komplexität der dem Beistand übertragenen Aufgaben zu berücksichtigen. Nebst der Art der geleisteten Tätigkeit und des konkreten Aufwands im Einzelfall sind auch die wirtschaftliche Lage der verbeiständeten Person und die besonderen beruflichen Fähigkeiten, die die Aufgabe erfordert, von Bedeutung (vgl. zit. VGE III 2014 41 vom 24. April 2014 Erw. 3.1.2 mit Verweis auf VGE III 2013 190 vom 18. Dezember 2013 Erw. 2.2.2; Ruth E. Reusser, in Basler Kommentar zum ZGB, Erwachsenenschutz, N. 18 zu Art. 404 ZGB mit Hinweisen). Zu

beachten ist, dass der Kanton bei der Festlegung von Grundsätzen für die Bemessung der Entschädigung ein weites Ermessen im Rahmen der vom Bundesgericht entwickelten Vorgaben hat (vgl. Reusser, a.a.O., N. 44 zu Art. 404 ZGB).

4.3.1 Im kantonalen Recht hat der Regierungsrat gestützt auf § 1 Abs. 2 der Gebührenordnung vom 20. Januar 1978 (GbO, SRSZ 173.111) und in Ausführung von § 31 Abs. 3 EGzZGB den anwendbaren Gebührentarif mit Änderung vom 18. Dezember 2012 (in Kraft seit dem 1. Januar 2013) und in der Fassung vom 29. Oktober 2013 (in Kraft seit dem 1. Januar 2014) dahingehend umschrieben, dass die Entschädigung für die Führung eines Mandates im Kindes- und Erwachsenenschutzbereich mit Vermögensverwaltung pro ordentliche Berichtsperiode bei einem Vermögen zwischen Fr. 100'001.-- bis Fr. 250'000.-- bis zu Fr. 6'000.-- betragen darf (vgl. Amtsblatt Nr. 51 vom 21. Dezember 2012, S. 2953 Ziff. 20 lit. e und Amtsblatt Nr. 45 vom 8. November 2013, S. 2552, Ziff. 21 lit. e). Dieser maximale Betrag von Fr. 6'000.-- für eine zweijährige Periode entspricht einer maximalen Entschädigung pro Jahr von Fr. 3'000.--.

4.3.2 Gemäss § 16 Abs. 1 der per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Vollzugsverordnung zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (VVzKESR, SRSZ 211.311) erhält der Mandatsträger je nach den Anforderungen an die Mandatsführung, der Höhe des Vermögens und dem zeitlichen Aufwand eine Entschädigung zwischen Fr. 50.-- und Fr. 180.-- pro Stunde. Diese Entschädigung kann bei ausgewiesenem ausserordentlichem Aufwand erhöht werden (§ 16 Abs. 2 VVzKESR). Fahrspesen und Auslagen richten sich gemäss § 17 VVzKESR nach den Ansätzen der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 4. Dezember 2007 (SRSZ 145.111). Die betroffene Person trägt die Kosten für die Amtshandlungen, die Massnahmen sowie die Entschädigung und den Spesenersatz für den Beistand (§ 18 Abs. 1 Satz 1 VVzKESR). Beträgt das Reinvermögen der betroffenen Person nicht mehr als Fr. 15'000.-- oder bei Ehepaaren nicht mehr als Fr. 25'000.--, kann auf eine Kostenerhebung verzichtet werden (§ 18 Abs. 2 VVzKESR).
(VGE III 2015 164 vom 28. Oktober 2015).

18. Verschiedenes

18.1 Kindertagesstätte

- *Betriebsbewilligung.*

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b der (eidgenössischen) Pflegekinderverordnung vom 19. Oktober 1977 (PAVO, SR 211.222.338) bedarf unter anderem einer Bewilligung der Behörde, wer mehrere Kinder unter zwölf Jahren regelmässig tagsüber zur Betreuung aufnimmt. Das entsprechende Gesuch muss nach Art. 14 Abs. 1 lit. b PAVO unter anderem Auskunft über Anzahl, Alter und Art der aufzunehmenden Minderjährigen geben. Art. 15 PAVO umschreibt die Voraussetzungen der Bewilligung. Nach Art. 15 Abs. 1 PAVO darf die Bewilligung nur erteilt werden:
- wenn eine für die körperliche und geistige Entwicklung förderliche Betreuung der Minderjährigen gesichert erscheint (lit. a);
- wenn der Leiter und seine Mitarbeiter nach Persönlichkeit, Gesundheit, erzieherischer Befähigung und Ausbildung für ihre Aufgabe geeignet sind und die Zahl der Mitarbeiter für die zu betreuenden Minderjährigen genügt (lit. b);
- wenn für gesunde und abwechslungsreiche Ernährung und für ärztliche Überwachung gesorgt ist (lit. c);
- wenn die Einrichtungen den anerkannten Anforderungen der Wohnhygiene und des Brandschutzes entsprechen (lit. d);
- wenn das Heim eine gesicherte wirtschaftliche Grundlage hat (lit. e);
- wenn eine angemessene Kranken-, Unfall- und Haftpflichtversicherung der Minderjährigen gewährleistet ist (lit. f).

Nach Art. 16 Abs. 1 PAVO wird die Bewilligung dem verantwortlichen Leiter erteilt und gegebenenfalls dem Träger angezeigt. Die Bewilligung hält fest, wie viele und was für Personen aufgenommen werden dürfen; sie kann auf Probe erteilt oder befristet und mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden (Art. 16 Abs. 2 PAVO). Wechselt der verantwortliche Leiter, so ist eine neue Bewilligung einzuholen.

Nach Art. 18 Abs. 2 PAVO sind alle besonderen Vorkommnisse zu melden, welche die Gesundheit oder die Sicherheit der Minderjährigen betreffen, insbesondere schwere Krankheiten, Unfälle und Todesfälle.

Die Bewilligung darf nur bestehen bleiben, wenn das Wohl der Minderjährigen weiterhin gewährleistet ist; sie ist gegebenenfalls zu ändern und mit neuen Auflagen und Bedingungen zu verbinden.

Sachkundige Vertreter der Behörde müssen jedes Heim sooft als nötig, wenigstens aber alle zwei Jahre besuchen (Art. 19 Abs. 1 PAVO). Sie haben die Aufgabe, sich in jeder geeigneten Weise, namentlich auch im Gespräch, ein Urteil über das Befinden und die Betreuung der Minderjährigen zu bilden (Art. 19 Abs. 2 PAVO). Sie wachen darüber, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung erfüllt und die damit verbundenen Auflagen und Bedingungen eingehalten werden (Art. 19 Abs. 3 PAVO). Können Mängel durch Beratung oder Vermittlung fachkundiger Hilfe nicht beseitigt werden, so fordert die Behörde den Leiter des Heims unter Mitteilung an den Träger auf, unverzüglich die zur Behebung der Mängel nötigen Vorkehren zu treffen (Art. 20 Abs. 1 PAVO). Sind diese Massnahmen erfolglos geblieben oder erscheinen sie von vornherein ungenügend, so entzieht die Behörde die Bewilligung (Art. 20 Abs. 3 Satz 1 PAVO). Zuständig für die Bewilligung oder die Entgegennahme von Meldungen und für die Aufsicht ist im Bereich der Familien-, Heim- und Tagespflege die Kindesschutzbehörde am Ort der Unterbringung des Kindes (Art. 2 Abs. 1 lit. a PAVO).

2. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Vorinstanz für die Aufsicht über die vorliegende Kindertagesstätte zuständig sowie befugt bzw. verpflichtet ist, derartige Einrichtungen regelmässig zu besuchen und die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen zu prüfen sowie nötigenfalls korrigierende Massnahmen zu ergreifen. (...).

4. Die im angefochtenen Beschluss von der Vorinstanz thematisierten Mängel betreffen im Wesentlichen drei Bereiche. Es geht zum einen um den Personalbestand, namentlich um die Fragestellung, wie viele Stellenprozente für ausgebildetes Personal und wie viele Stellenprozente für das eingesetzte Hilfspersonal nötig sind, und welche Folgen damit verbunden sind, wenn gegebenenfalls eine Unterdeckung vorhanden ist (siehe nachfolgend Erwägung 6 ff.). (...).

6.1 Was die Anforderungen an das Personal einer Kindertagesstätte anbelangt, wird in Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO ausgeführt, dass der Leiter und seine Mitarbeitenden nach Persönlichkeit, Gesundheit, erzieherischer Befähigung und Ausbildung für ihre Aufgabe geeignet sein müssen und die Zahl der Mitarbeitenden für die zu betreuenden Minderjährigen zu genügen hat. Wann dies der Fall ist bzw. wie die Mindestzahl der

Mitarbeitenden zu ermitteln ist, wird in der bundesrechtlichen Verordnung (PAVO) nicht näher ausgeführt, woraus abzuleiten ist, dass den Kantonen ein erheblicher Handlungsspielraum verbleibt, um das Minimum zu umschreiben.

6.2 Im Kanton Schwyz hat der Kantonsrat im Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG, SRSZ 380.300) vom 28. März 2007 in § 2 Abs. 3 SEG festgelegt, dass „nicht stationäre Heimplätze gemäss Pflegekinderverordnung" nicht als Soziale Einrichtungen im Sinne des SEG gelten. In § 13 SEG mit dem Randtitel „6. Familienergänzende Kinderbetreuung" hat der kantonale Gesetzgeber was folgt normiert:

> Die Gemeinden können bei Bedarf private Einrichtungen für die familienergänzende Kinderbetreuung unterstützen oder eigene Angebote führen (Abs. 1).
> Bei Gewährung von finanziellen Beiträgen schliesst der Gemeinderat mit dem Träger der Einrichtung eine Leistungsvereinbarung ab (Abs. 2).
> Darin sind mindestens das Angebot, die Beiträge der Benützer und die Beitragsleistung der Gemeinde zu regeln (Abs. 3).

Im Vorwort zu den Qualitätsrichtlinien für die Aufsicht von Krippen und Horten im Kanton Schwyz des Departements des Innern (vom März 2008) wird ausgeführt, dass mit der Annahme des SEG in der betreffenden Volksabstimmung die familienergänzende Kinderbetreuung in die Zuständigkeit der Gemeinden übergegangen sei. Auf eine spezifische Gesetzgebung für diesen Bereich sei verzichtet worden. Massgebende gesetzliche Grundlage sei die bundesrechtliche Verordnung (PAVO). Da diese Verordnung die Bewilligungskriterien nicht näher umschreibe, habe das Departement des Innern Qualitätsrichtlinien herausgegeben, welche sich an der bisherigen Praxis orientieren und den Standards der Fachstelle Kinderbetreuung Luzern entsprechen würden.

6.3.1 Hinsichtlich der Qualitätsanforderungen an eine Kindertagesstätte sind verschiedene Aspekte von Bedeutung. Als Ausgangspunkt ist nach Art. 1a Abs. 1 PAVO bei der Erteilung (oder dem Entzug) einer Bewilligung vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen. Es versteht sich von selbst, dass eine gute Kinderbetreuung grundsätzlich gute Arbeitsbedingungen erfordert. Ein gut dotierter Personalbestand bietet in aller Regel besser Gewähr für eine gute Kinderbetreuung, als ein knapper Personalbestand, allerdings hängt die Qualität der Kinderbetreuung nicht (allein) von der Personalzahl ab. Ebenso wenig ist der Ausbildungsstand des Personals für sich allein betrachtet ausschlaggebend, denn eine gut

ausgebildete (aber beispielsweise wenig motivierte) Angestellte bewirkt offenkundig nicht a priori eine bessere Kinderbetreuung als eine weniger gut ausgebildete (aber beispielsweise Erfahrungen mit eigenen Kindern aufweisende) Angestellte. Abgesehen davon verhält es sich so, dass Auszubildende (welche im Stellenplan nicht zu den ausgebildeten Betreuungspersonen gezählt werden) gegen Ende ihrer Ausbildung das Niveau des ausgebildeten Personals erreichen können. Analog vermag eine Praktikantin am Ende ihrer Praktikumszeit in der Regel mehr zu leisten als in der Anfangsphase.

6.3.2 Zudem können in Kindertagesstätten verschiedene Zweckbestimmungen ein unterschiedliches Gewicht aufweisen. In den meisten Fällen wird es insbesondere darum gehen, mit familienergänzender Betreuung in Kindertagesstätten Eltern die Vereinbarkeit von Familie und Berufstätigkeit zu erleichtern. Dies vor dem Hintergrund, dass die familienergänzende Betreuung nicht als ergänzende Hilfe zur Erziehung zu verstehen ist, sondern in erster Linie erwerbstätige Eltern in ihrer Betreuungsarbeit entlasten soll (vgl. Bildungsdirektion des Kantons Zürich, in: NZZ Nr. 271 vom 21. November 2014, S. 16 mit der Überschrift: Weniger Hürden für Krippen; Bildungsdirektion lockert Voraussetzungen). Je mehr (ausgebildetes) Personal vorhanden ist, desto eher ist es möglich, bei den einzelnen Kindern individuelle (Früh-)Förderung und beispielsweise bei Kindern aus unterschiedlichen Kulturkreisen Integrationsarbeit zu leisten. Umgekehrt gilt, dass bei knappem Personalbestand (bzw. einer geringen Zahl entsprechend ausgebildeter Mitarbeitender) der Fokus auf die gesamthafte Betreuung aller Kinder der Gruppe zu richten ist und für die besondere Förderung der einzelnen Kinder weniger Ressourcen zur Verfügung stehen.

6.3.3 Sodann ist zu beachten, dass die Personalkosten einer Kindertagesstätte in aller Regel als wichtigste Ausgaben ins Gewicht fallen. Je mehr Personal und je mehr qualifiziertes Personal für die Bewilligungserteilung gefordert werden, desto höher wird diese Ausgabenposition. Wie die Finanzierung der Ausgaben einer (privaten) Kindertagesstätte erfolgt, wird von Einrichtung zu Einrichtung unterschiedlich sein. In allen Fällen ist damit zu rechnen, dass die Eltern der zu betreuenden Kinder einen erheblichen Beitrag zu leisten haben. Wie hoch diese Beiträge bei der Beschwerdeführerin konkret ausfallen, ist nicht aktenkundig. Indes ist zu vermuten, dass diese Elternbeiträge (zur Finanzierung zusätzlicher Stellenprozente) nicht beliebig angehoben werden können, auch wenn die Eltern grundsätzlich daran interessiert sind, dass ihre eigenen Kinder in einer Kindertagesstätte möglichst optimal betreut werden. Denn die

Bandbreite der Familieneinkommen (bzw. Vermögenssituation) kann sehr breit ausfallen (beispielsweise von sehr knappen Verhältnissen bei einem alleinerziehenden Elternteil bis guten Verdienstverhältnissen bei Eltern, welche beide erwerbstätig sind).

Nebst den (gegebenenfalls einkommensabhängigen) Beiträgen der Eltern können weitere finanzielle Zuwendungen zur Finanzierung der Personalkosten von Bedeutung sein. Denkbar sind beispielsweise namhafte Beiträge von Arbeitgebern oder Beiträge von Gemeinden. Je nach Höhe dieser zusätzlichen Beiträge vermag eine Kindertagesstätte mehr Personal zu finanzieren, ohne dass die finanzielle Belastung der Eltern übermässig erhöht werden muss.

Mit der in § 13 Abs. 2 SEG statuierten Leistungsvereinbarung hat der kantonale Gesetzgeber den Gemeinden ein Instrument zur Verfügung gestellt, mit welchem die Gewährung einer bestimmten finanziellen Unterstützung von der Einhaltung von gewissen Standards abhängig gemacht werden kann. In diesem Sinne können die Gemeinden mit der Gewährung von Beiträgen eine bestimmte Ausgestaltung des Betriebs beeinflussen (z.B. Gewährung eines Sozialtarifs für Eltern mit knappen finanziellen Verhältnissen mit Abgeltung der dadurch entstehenden Finanzierungslücke durch das Gemeinwesen etc.). Mit entsprechender finanzieller Unterstützung kann die Gemeinde der Kindertagesstätte ermöglichen, mehr (ausgebildete) Stellenprozente zu finanzieren.

6.3.4 Es besteht kein Zweifel, dass die vorliegenden Qualitätsrichtlinien des Departements des Innern für die Aufsicht von Kindertagesstätten im Kanton Schwyz auf ausgewiesenen Erfahrungswerten beruhen und – im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohls – sinnvoll sind. Mit anderen Worten ist es offenkundig wünschbar, dass die Kindertagesstätten im Kanton Schwyz die erwähnten Richtlinien einhalten.

6.3.5 Eine andere Fragestellung ist, was gelten soll, wenn eine Kindertagesstätte die in den Richtlinien vorgegebenen Stellenprozente für ausgebildetes und für nicht ausgebildetes Personal nicht (vollumfänglich) erreicht. Soll in einem solchen Fall von Unterdeckung – nachdem eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels diese Unterdeckung nicht zu beseitigen vermag (beispielsweise weil die finanziellen Möglichkeiten der Kindertagesstätte beschränkt sind und die Elternbeiträge bereits verhältnismässig hoch sind; siehe auch die Schwierigkeiten, qualifiziertes Personal zu rekrutieren, gemäss NZZ, Nr. 21 vom 27. Januar 2015, S. 14, Ergebnisse einer Befragung in der Stadt Zürich) – als Konsequenz der Widerruf bzw. der Entzug der Bewilligung zur Anwendung kommen oder nicht?

In gravierenden Fällen, wenn eigentliche Missstände festgestellt werden, wird sich der Widerruf der Bewilligung grundsätzlich auf Art. 20 PAVO abstützen lassen (siehe dazu noch nachfolgend).

Wenn indes lediglich die in den Richtlinien der Verwaltung formulierten Stellenprozente nicht erreicht werden, ohne dass eigentliche Klagen im Betrieb der Kindestagesstätte ausgewiesen sind, lässt sich die Androhung und Durchführung des Bewilligungsentzugs grundsätzlich nur dann rechtfertigen, wenn die entsprechenden Bestimmungen zu den minimal erforderlichen Stellenprozenten auf einer hinreichenden kantonalrechtlichen Grundlage basieren. Daran gebricht es im vorliegenden Fall. Die Richtlinien des Departements (vom März 2008) und die darin enthaltenen Vorgaben zum Stellenplan beruhen nicht auf einer im Gesetz (siehe namentlich das oben angeführte SEG) enthaltenen Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung (siehe oben, Erwägung 3.1.1 und die zit. Ausführungen im Zürcher Verwaltungsgerichtsentscheid VB.2013.00489 vom 6. November 2013; siehe auch Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., S. 368 ff., v.a. § 41 Rz. 15 ff.). Im Einklang damit steht im Vorwort dieser Departements-Richtlinien, dass „auf eine spezifische Gesetzgebung für diesen Bereich“ verzichtet wurde. Aber ohne eine solche „spezifische Gesetzgebung“ fehlt eine hinreichende Grundlage, um einer Kindertagesstätte die Betriebsbewilligung zu entziehen, wenn die in den Richtlinien der Verwaltung formulierten Anforderungen an den Personalbestand nicht vollständig erreicht werden. Mit diesen Ausführungen soll nicht in Frage gestellt werden, dass es wünschbar ist, die in diesen Richtlinien enthaltenen Vorgaben zum Personalbestand einzuhalten. Indes erfordert die (schwerwiegende) Rechtsfolge, wonach bei einer festgestellten Differenz im Personalbestand zwischen den Richtlinien und dem aktuellen Ist-Zustand die Kindertagesstätte zu schliessen sei, eine Abstützung in einer rechtskonform erlassenen Rechtsbestimmung (Rechtsverordnung). Mit anderen Worten ist das Verwaltungsgericht an die in den genannten Richtlinien des Departements enthaltenen Stellenplan-Vorgaben nicht gebunden (siehe auch Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., S. 373, Rz. 16; zit. VGE-ZH vom 6. November 2013, Erw. 2.4 f.), was es indes nicht ausschliesst, diese Richtlinien bei der Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung (hier von Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO) im Sinne einer Empfehlung mitzuberücksichtigen. Werden die empfohlenen Richtzahlen nicht erreicht, hängt die allfällige Rechtsfolge eines Widerrufs (nach Art. 20 Abs. 3 PAVO i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO) im Wesentlichen davon ab, wie gross die Unterdeckung ausfällt, bzw. ob von einem eigentlichen Missstand gesprochen werden muss. Von einem solchen Missstand ist jedenfalls dann auszugehen, wenn (beispielsweise durch Eltern, Nach-

barn oder weitere Personen) eine unzureichende Betreuung der Kinder beobachtet wird und entsprechende ins Gewicht fallende Beanstandungen vorliegen. Für dieses Ergebnis, wonach eine gewisse Unterschreitung der empfohlenen Richtzahlen nicht zwangsläufig zu einem Widerruf der Betriebsbewilligung bzw. zu einer Schliessung dieser Kindertagesstätte führt, spricht insbesondere auch, dass mit einem solchen Vorgehen die Eltern (und namentlich Alleinerziehende), welche auf einen Betreuungsplatz für ihr Kind angewiesen sind, oft nicht einfach auf eine andere Kindertagesstätte ausweichen können (zumal wenn das lokale Angebot an bezahlbaren Betreuungsplätzen knapp ist).

(…)

6.5 Eine gerichtliche Würdigung all dieser Ausführungen führt zu folgenden Ergebnissen. Der Bestand hinsichtlich der zu betreuenden Kinder kann im Jahresverlauf ohne weiteres – auch kurzfristig – Änderungen erfahren, indem beispielsweise eine Familie bzw. das Kind (z.B. bei Obhutswechsel von getrennt lebenden Eltern) wegzieht, oder die Situation in einer Familie (z.B. durch Krankheit der bisherigen Betreuungsperson) einen Betreuungsplatz erfordert etc. Auf der anderen Seite hat die Trägerschaft der Kindertagesstätte Arbeitsverträge mit den angestellten Betreuerinnen abzuschliessen und einzuhalten, welche bei Schwankungen in der Anzahl der betreuten Kinder nicht ohne weiteres kurzfristig angepasst werden können. Von daher ist es grundsätzlich hinzunehmen, dass die schematischen Vorgaben der zit. Richtlinien nicht immer eingehalten werden. Den Stellenplan-Vorgaben dieser Richtlinien kommt wie erwähnt Empfehlungscharakter zu, d.h. die Nichteinhaltung dieser empfohlenen Richtzahlen führt nicht zwingend zu einem Bewilligungswiderruf, nachdem diese Richtzahlen nicht auf einer rechtskonform erlassenen gesetzlichen Grundlage (bzw. Rechtsverordnung) basieren. Ein solcher (auf Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO abgestützter) Bewilligungswiderruf kommt grundsätzlich erst in Frage, wenn die Unterdeckung derart gravierend ist, dass erhebliche Missstände bzw. entsprechende, ins Gewicht fallende Beanstandungen vorliegen. Davon kann nach der vorliegenden Aktenlage keine Rede sein. (…).

(VGE III 2014 224 vom 28. Januar 2015).

C Regierungsrat

2. Baurecht

2.1 Bauvorhaben im Gewässerraum und in schützenswerter Umgebung

- *Gewässerabstandsvorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts (Erw. 2).*
- *In dicht überbauten Gebieten dürfen für zonenkonforme Bauten und Anlagen Ausnahmen bewilligt werden, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Erw. 3.2): Ausnahmebewilligungen nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV werden vom Amt für Umweltschutz im Rahmen des Gesamtentscheides erteilt (Erw. 3.3 – 3.4). Situierung der Bauparzelle im dicht überbauten Gebiet (Erw. 3.5 – 3.9). Fehlen von entgegenstehenden überwiegenden Interessen (Erw. 3.10 – 3.11).*
- *Erteilung einer Ausnahmebewilligung im Sinne von § 73 PBG für die Unterschreitung des kantonalen Seeuferabstandes (Erw. 4).*
- *Bedeutung des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) für die Kantone: Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (Erw. 5.1 – 5.2); bei der Erteilung kantonaler und kommunaler Bewilligungen (Erw. 5.2 – 5.4.2); keine Verpflichtung zur Einholung eines Gutachtens (Erw. 5.4.3); Beurteilung des Abbruchs der bestehenden Baute und des Neubaus (Erw. 5.5.1 – 5.7).*

Aus den Erwägungen:

2. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der geplante Neubau im Gewässerraum liegt sowie den kantonalen Gewässerabstand unterschreitet. Die Beschwerdeführer sind jedoch der Auffassung, dass die Vorinstanzen dafür zu Unrecht die entsprechenden Ausnahmebewilligungen erteilt haben.

2.1 Bauten und Anlagen haben gegenüber Seen einen Mindestabstand von 20 m ab Grenze der Wasserzone einzuhalten (§ 66 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Neben diesem kantonalen Gewässerabstand müssen zudem in erster Linie die revidierten gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen des Bun-

des beachtet werden. Seit dem 1. Januar 2011 sind die Artikel 36a ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20) und seit dem 1. Juni 2011 die Ausführungsbestimmungen in den Artikeln 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201) in Kraft. Diese (neuen) Vorschriften des Bundes über den Gewässerraum sind auch beim vorliegenden Bauvorhaben zu beachten und gehen den kantonalen und kommunalen Gewässerabstandsvorschriften vor, soweit diese nicht weiter gehen. Altrechtliche kantonalrechtliche Instrumente zur Sicherung des für die Gewässer erforderlichen Raums (Gewässerabstandslinien, Schutzzonen, Gewässerabstände, Gewässerbaulinien) behalten ihre Verbindlichkeit nach Massgabe des kantonalen Rechts. Sie können die bundesrechtlichen Minimalanforderungen ergänzen. Dies gilt einerseits im Fall, wo die kantonalen Instrumente breitere Korridore zum Schutz der Gewässer vorsehen. Andererseits stellen die auf dem kantonalen Recht beruhenden Festlegungen eine zusätzliche Schranke auch innerhalb des bundesrechtlich ausgeschiedenen Gewässerraums dar, falls nach Bundesrecht eine Ausnahme als zulässig erscheint (siehe Hans W. Stutz, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2/2012, S. 110).

2.2 Für den Zürichsee wurde in der Gemeinde Altendorf noch kein Gewässerraum nach den neuen Bestimmungen ausgeschieden. Am 31. Januar 2014 wurde in der Gemeinde Altendorf das behördenverbindliche Gewässerrauminventar im Rahmen eines Mitwirkungsverfahrens öffentlich aufgelegt. Dieses Inventar wurde jedoch bislang weder vom Gemeinderat erlassen noch vom Regierungsrat genehmigt. Allerdings ist dies für den vorliegenden Fall unerheblich, da das behördenverbindliche Gewässerrauminventar lediglich für Fliessgewässer massgebend ist. Für stehende Gewässer wie den Zürichsee gilt somit momentan die Übergangsregelung des Bundes, wonach gegenüber stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0.5 ha ein Gewässerraum von 20 m einzuhalten ist (vgl. Abs. 2 Bst. c der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 der GSchV). Im vorliegenden Fall sehen somit sowohl die neue bundesrechtliche Gewässerschutzgesetzgebung als auch der kantonale Gewässerabstand gemäss § 66 Abs. 1 PBG einen Gewässerraum bzw. einen Gewässerabstand von 20 m vor. Damit geht das kantonale Instrument zur Sicherung des für die Gewässer notwendigen Raums zurzeit nicht weiter als die bundesrechtlichen Minimalanforderungen. Deswegen sind vorliegend primär die Gewässerschutzbestimmungen des Bundes massgebend. Allerdings muss auch der kantonale Gewässerabstand überprüft werden, da dieser Abstand und der von Bun-

desrechts wegen vorgesehene Gewässerraum nicht unter den gleichen Voraussetzungen beeinträchtigt werden dürfen. Als erstes ist die Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit den Gewässerschutzbestimmungen des Bundes zu prüfen.

3.1 Das geplante Neubauprojekt weist im Norden des Baugrundstückes gegenüber dem Zürichsee lediglich einen Abstand von 15 m auf (...). Damit liegt es im Gewässerraum des Zürichsees, was zwischen den Parteien unbestritten ist.

3.2 Bauten und Anlagen sind im Gewässerraum nur zulässig, wenn sie Bestandesgarantie geniessen (Art. 41c Abs. 2 GSchV) oder eine Ausnahmebewilligung nach GSchV erteilt werden kann. Das vorliegende Bauvorhaben kann nicht vom Recht der alten Baustelle profitieren. Dies ist zwischen den Beteiligten nicht strittig (...). Die Vorinstanzen haben deshalb das im Gewässerraum liegende Bauvorhaben gestützt auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV bewilligt. Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV sieht vor, dass die zuständige Behörde in dicht überbauten Gebieten für zonenkonforme Bauten und Anlagen Ausnahmen bewilligen kann, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

3.3 Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen erteilt im Kanton Schwyz nicht die Vorinstanz 1 [Gemeinderat Altendorf] eine Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV. Gemäss § 73 Abs. 1 PBG kann die zuständige Baubewilligungsbehörde (i.c. die Vorinstanz 1) für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen nur Ausnahmen von den im kantonalen Planungs- und Baugesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen. Ebenso verlangt § 76 Abs. 3 PBG lediglich bei Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften eine vorgängige Zustimmung des zuständigen Amtes für Raumentwicklung (§ 47 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997, PBV, SRSZ 400.111). Die genannten Bestimmungen enthalten jedoch keine Zuständigkeitsregelung in Bezug auf die Erteilung von Ausnahmen vom Bundesrecht. Bei einer Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV handelt es sich aber offensichtlich um eine solche Ausnahme von bundesrechtlichen Vorschriften. Die Zuständigkeitsvorschriften des Planungs- und Baugesetzes sind deshalb vorliegend nicht anwendbar. Die Zuständigkeit für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV bestimmt sich vielmehr nach § 5 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz vom 19. April 2000 (EGzGSchG, SRSZ 712.110). Danach ist das

Amt für Umweltschutz als kantonale Gewässerschutzfachstelle für den Vollzug der Vorschriften der Gewässerschutzgesetzgebung zuständig, soweit keine besonderen Zuständigkeiten festgelegt sind (§ 5 Abs. 3 EGzGSchG i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. c der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VVzGSchG, SRSZ 712.111). Da in Bezug auf die Erteilung der Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV keine andere Zuständigkeitsregelung besteht, ist das Amt für Umweltschutz gestützt auf die genannten Normen für das Prüfen sowie das Erteilen der Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV im Rahmen des Gesamtentscheides zuständig (vgl. auch RRB Nr. 1129 vom 4. November 2014, E. 10.3).

3.4 Von dieser Zuständigkeit geht auch der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 [Amt für Raumentwicklung] vom 9. September 2014 aus. In diesem wird die Beurteilung des Amtes für Umweltschutz wiedergegeben, in der dieses das Bauvorhaben auf die Vereinbarkeit mit den neuen Gewässerschutzbestimmungen überprüft hat. Dabei kam es zum Schluss, dass aus Sicht des Gewässerschutzes ein Gewässerraum von 15 m ausreichend sei. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 äusserte sich das zuständige Amt für Umweltschutz ausserdem dahingehend, dass seine Ausnahmebewilligung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 GSchV erteilt werden könne, da es sich einerseits um dicht überbautes Gebiet handle und keine öffentlichen Interessen dagegen sprechen würden. Andererseits müsse die Tatsache beachtet werden, dass mit einem Gewässerraum von 15 m die definitiven Bestimmungen von Art. 41b GSchV eingehalten werden, was ebenfalls für eine Ausnahmebewilligung spreche.

3.5 In Anwendung von Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV muss in einem ersten Schritt überprüft werden, ob das Baugrundstück in einem „dicht überbauten Gebiet" liegt. Ist das Kriterium des „dicht überbauten Gebietes" erfüllt, wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob der Ausnahmebewilligung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Zu denken ist an Anliegen des Hochwasserschutzes sowie des Natur- und Landschaftsschutzes oder an das Interesse der Öffentlichkeit an einem erleichterten Zugang zu den Gewässern. Wenn eine Interessenabwägung ergeben sollte, dass die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung erfüllt sind, bedeutet dies nicht, dass die Baute direkt am Gewässer erstellt werden darf. Der Uferstreifen ist räumlich so wenig wie möglich in Anspruch zu nehmen. Dabei ist es Sache der Bauherrschaft, nachzuweisen, dass keine weniger starke Beanspruchung des Gewässerraumes durch die vorgesehene Baute möglich ist (Lage, Parzellenform, usw.; vgl. dazu BGE 1C_41/2012 vom 28. März 2013, E. 4.5).

3.6 Im erläuternden Bericht des Bundesamtes für Umwelt [BAFU] zur Änderung der Gewässerschutzverordnung wird dargelegt, dass die Ausscheidung eines Gewässerraums in Städten oder Dorfzentren, die dicht überbaut sind, oft nicht oder nur den Gegebenheiten angepasst sinnvoll sei. Der Schutz vor Hochwasser muss jedoch auch hier gewährleistet sein. Ausserhalb der dicht überbauten Zentren ist der Gewässerraum nach dem erläuternden Bericht jedoch gemäss den Vorgaben von Art. 41a Abs. 1-3 bzw. Art. 41b Abs. 1 und 2 GSchV auszuscheiden (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Umwelt vom 20. April 2011, Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer, 07.492, – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, nachfolgend: Erläuternder Bericht, S. 12 ff.). Im Gewässerraum dürfen grundsätzlich nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen neu erstellt werden; zur Füllung von Baulücken sind jedoch in dicht überbauten Gebieten Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich (Erläuternder Bericht, S. 4 oben). Dies soll eine Siedlungsentwicklung nach innen und eine aus Sicht der Raumplanung erwünschte städtebauliche Verdichtung ermöglichen (Erläuternder Bericht, S. 15 oben). Der Verordnungsgeber hat jedoch mit dem Begriff „dicht überbaut“ zum Ausdruck gebracht, dass eine „weitgehende Überbauung“ (wie in Art. 36 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) nicht genügt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 36a GSchG als indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative „Lebendiges Wasser“ konzipiert wurde. Der Rückzug der Initiative erfolgte nach Annahme des Gesetzes, aber vor Erlass der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des „dicht überbauten Gebiets“, der Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes und der extensiven Nutzung des Gewässerraums gemäss Art. 36a GSchG erlaubt, restriktiv auszulegen (vgl. BGE 1C_565/2013 vom 12. Juni 2014, E. 7).

3.7 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich beim Begriff „dicht überbautes Gebiet“ um einen bundesrechtlichen Begriff, der bundesweit einheitlich auszulegen ist. Ein Spielraum der Kantone besteht gemäss dem Bundesgericht nur beim Vollzug im Einzelfall (siehe BGE 1C_565/2013 vom 12. Juni 2014, E. 7). Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) und das BAFU haben in Zusammenarbeit mit den Kantonen am 18. Januar 2013 das „Merkblatt Gewässerraum im Siedlungsgebiet zur Anwendung des Begriffs ‚dicht überbaute Gebiete‘ der Gewässerschutzverordnung“ (nachfolgend: Merkblatt) erarbeitet. Dieses Merkblatt stellt klar, dass Ausnahmen von den Gewässer-

raumbestimmungen nicht generell in den Bauzonen, sondern nur in dicht überbauten Gebieten ermöglicht werden sollen. Gemäss diesem Merkblatt ist es Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung, Siedlungsgebiet zu verdichten und Baulücken zu nutzen, sofern das Interesse an der Nutzung überwiegt. Das Merkblatt enthält eine Kriterienliste zur Bestimmung des „dicht überbauten Gebietes". Die Verfasser des Merkblattes räumen jedoch selbst ein, dass diese Kriterien nicht abschliessend sind und fallweise gewichtet werden müssen (Merkblatt S. 4, Abschnitt C). Für dicht überbautes Gebiet spricht gemäss dem Merkblatt der Umstand, dass es sich um eine Zentrums- oder Kernzone oder einen Entwicklungsschwerpunkt handelt. Gegen die Qualifizierung als „dicht überbautes Gebiet" spricht hingegen das Vorhandensein bedeutender Grünräume oder von Gewässerabschnitten mit ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung (im Ist-Zustand oder nach getroffenen Aufwertungsmassnahmen). Weiter sind nach dem Merkblatt die Bebaubarkeit und die Parzellenfläche, die bauliche Nutzung in der Umgebung und die Nähe zu öffentlichen Anlagen an Gewässern zu berücksichtigen (Merkblatt S. 4 f.).

3.8 Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung nahm die Einzelfallbeurteilung anhand der im Merkblatt aufgelisteten Kriterien vor und stützte sich insbesondere auf das im Merkblatt aufgeführte Schema (vgl. Merkblatt, S. 11). Das Bundesgericht fasste im Gegensatz zum Merkblatt einzig den Betrachtungsperimeter für die Frage, ob „dicht überbautes Gebiet" vorliegt oder nicht, nicht allzu eng. Bei der Festlegung der Gewässerräume sei nämlich für eine sachgerechte Planung ein genügend grosser Perimeter vorausgesetzt. Deshalb hat das Bundesgericht in seinem Urteil 1C_565/2013 vom 12. Juni 2014 festgehalten, dass zumindest in kleineren Gemeinden der Planungsperimeter in der Regel das Gemeindegebiet ist, wobei der Fokus jedoch auf dem Land entlang der Gewässer und nicht auf dem gesamten Siedlungs- oder Baugebiet liegt (vgl. BGE 1C_565/2013 vom 12. Juni 2014, E. 7).

3.9.1 Für die Beantwortung der Frage, ob es sich beim Baugrundstück um „dicht überbautes Gebiet" handelt, erscheint es nach dem Gesagten sachgerecht, eine Einzelfallbeurteilung anhand des Merkblattes bzw. insbesondere des darin aufgeführten Schemas vorzunehmen. Danach ist von „dicht überbautem Gebiet" auszugehen, wenn das Vorhaben Teil einer urbanen Baugruppe oder eines historischen Gewerbes mit Bezug zu einem Gewässer (nach Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Ortsbilder von nationaler Bedeutung Kanton Schwyz, Bern 1990, ISOS) ist. Dies ist vorliegend der Fall. Denn das Baugrundstück

liegt in der Seestatt in Altendorf. Der eigenartige Name dieses Ortes rührt von seiner Funktion als Landestelle („Staad“) am Pilgerweg nach Einsiedeln her (vgl. dazu ISOS, S. 252). Die Seestatt und damit auch das Baugrundstück figuriert im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981, VISOS, SR 451.12). Im ISOS wird der Seestatt hohe räumliche Qualität dank der ausserordentlich dichten Bebauung attestiert. Der alte Weiler liegt auf einer schwach ausgeprägten Landzunge direkt am Zürichsee. Hauptmerkmal der Siedlung ist gemäss ISOS u.a. ihre Kompaktheit. Das Baugrundstück KTN 73 befindet sich im Gebiet Nr. 1 des ISOS, das als „kompakte Altbebauung mit Gasthöfen und Fischerhäusern“ beschrieben wird (vgl. ISOS, a.a.O., S. 252 f.). Aufgrund dieser Beschreibungen im ISOS handelt es sich bei der Seestatt, in welcher die Bauparzelle liegt, um „dicht überbautes Gebiet“ im Sinne der Gewässerschutzgesetzgebung.

3.9.2 Die Beschwerdeführer sind hingegen der Auffassung, dass sich die gedrängte Überbauung auf den Innenbereich der Seestatt beschränke. Dies ergebe sich aus dem Eintrag im ISOS, wonach die sehr gedrängte Anordnung der Bebauung dadurch verstärkt werde, dass die Häuser dicht am Wegrand stehen und sich die Gärten auf der strassenabgewandten Seite befinden würden. Ferner müsse gemäss den speziellen Erhaltungshinweisen im ISOS auf ein weiteres Überbauen der Umgebung verzichtet werden. Dabei übersehen die Beschwerdeführer jedoch, dass es sich vorliegend nicht um eine neue Überbauung, sondern um einen Ersatzbau für ein bereits bestehendes Gebäude handelt. Ferner bezieht sich der von den Beschwerdeführern erwähnte spezielle Erhaltungshinweis grundsätzlich auf den noch unverbauten Geländestreifen südlich der Seestatt bis zur Bahnlinie (vgl. ISOS, a.a.O., S. 253). Im Übrigen spricht allein der Umstand, dass sich Gärten auf der strassenabgewandten Seite befinden, nicht gegen die Qualifizierung der Seestatt als „dicht überbautes Gebiet“ im Sinne der Gewässerschutzgesetzgebung. Vielmehr muss unter Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Fokus in erster Linie auf das Ufer im Bereich des Baugrundstückes bzw. im fraglichen Abschnitt des Zürichsees gelegt werden. Dabei fällt auf, dass der Uferbereich in der Seestatt weitestgehend hart verbaut ist mit einem Bootshafen im Osten, der Schiffsanlagestelle der Zürichsee-Schifffahrtsgesellschaft AG (ZSG), mit dem ehemaligen Hotel Hecht, welches unmittelbar am See über einen Anbau verfügt, sowie mit diversen Wohnhäusern (siehe Abbildungen im ISOS, vgl. auch Fotos Nr. 11-16 des Augenscheinprotokolls vom 9. März 2015 sowie Beilage 3 zur

Vernehmlassung der Beschwerdegegner vom 17. November 2014 und Beilage 3 zur Vernehmlassung der Vorinstanz, versandt am 14. November 2014). Insbesondere das moderne Wohnhaus der Beschwerdeführer sowie das dazugehörige Bootshaus liegen unmittelbar am See (vgl. Foto Nr. 12 des Augenscheinprotokolls vom 9. März 2015). Vom See aus betrachtet erscheint das Gebiet Seestatt daher als dicht überbaut (vgl. analoger Fall in BGE 1C_803/2013 vom 14. August 2014, E. 5.3).

3.9.3 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Bauparzelle in einem „dicht überbauten Gebiet" gemäss der bundesrechtlichen Gewässerschutzgesetzgebung liegt. Dies ergibt sich auch aus dem kommunalen Zonenplan und dem Baureglement. Das Baugrundstück liegt zwar – wie die Beschwerdeführer richtig festgestellt haben – nicht in einer Zentrums- bzw. einer Kernzone. Allerdings befindet es sich in der Spezialzone „Seestatt". In dieser wurde auf eine Beschränkung der Ausnützung sowie der Gebäudelänge verzichtet. Ferner gilt lediglich der kantonale Mindestgrenzabstand (vgl. Art. 48 des Baureglements der Gemeinde Altendorf, BauR). Diese Baumasse sind ein weiteres Indiz dafür, dass es sich vorliegend um „dicht überbautes Gebiet" handelt.

3.10 Neben dem Kriterium des „dicht überbauten Gebietes" ist vorliegend auch die zweite Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV erfüllt. Denn die Vorinstanzen haben festgestellt, dass keine überwiegenden öffentlichen Interessen einer solchen Ausnahmebewilligung entgegenstehen. Einerseits liege das Baugrundstück ausserhalb der Gefahrenbereiche gemäss der kantonalen Naturgefahrenkarte (vgl. dazu auch WebGis des Kantons Schwyz, besucht am 9. Februar 2015), sodass durch die Ausnahmebewilligung kein Konflikt mit den Anliegen des Hochwasserschutzes entsteht (siehe Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 9. September 2014, S. 4). Ferner hielt das Amt für Umweltschutz in der Stellungnahme vom 17. Dezember 2014 fest, dass aus gewässerökologischer Sicht aus dem geplanten Bauvorhaben keine Einschränkung einer allfälligen Gewässerrevitalisierung resultiere, da der minimale Gewässerraum von 15 m eingehalten sei. Diese Einschätzung der Vorinstanzen und der Fachbehörde ist nachvollziehbar und wird von den Beschwerdeführern auch nicht substantiiert bestritten. Hinzu kommt, dass die Seestatt unabhängig vom Bauvorhaben weiterhin über die Anlagestelle der ZSG über einen öffentlichen Zugang zum Zürichsee verfügt.

3.11 Insgesamt ist somit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmebewilligung nach

Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV erfüllt sind. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Beanspruchung des Gewässerraumes durch das Bauprojekt könnte geringer ausfallen, übersehen sie, dass die geplante Baute mit einem Gewässerraum von 15 m die definitiven Bestimmungen von Art. 41b GSchV einhält. Schon dieser Umstand spricht dafür, dass das Mass der Beanspruchung des Gewässerraumes durch den Neubau nicht zu beanstanden ist. Hinzu kommt, dass der Neubau im Vergleich zur bestehenden Baute weiter in Richtung Osten, zum Tüchelweg hin, verschoben wird (vgl. Plan …). Eine weitergehende Verschiebung in diese Richtung, wie dies die Beschwerdeführer verlangen, ist aus Gründen der Verkehrssicherheit sowie auch unter dem Aspekt des Ortsbildschutzes nicht sinnvoll. Denn der Neubau übernimmt die Fassadenflucht der bestehenden Wohnhäuser am Tüchelweg (…). Ferner verfügt der geplante Neubau mit dem eingehaltenen Grenzabstand von 3 m in etwa über denselben Grenzabstand zum Tüchelweg wie die anderen Bauten (vgl. Plan …).

4. Als nächstes ist die Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes sowie die dafür erteilte Ausnahmebewilligung nach § 73 PBG zu überprüfen. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das geplante Bauvorhaben den einzuhaltenden Gewässerabstand von 20 m um 5 m unterschreitet (vgl. Plan …). Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 73 PBG zur Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes nicht erfüllt sind.

4.1 Die Vorinstanz 1 als Baubewilligungsbehörde ist für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 73 PBG zuständig (vgl. § 73 Abs. 1 PBG). Da es sich beim Gewässerabstand um eine kantonale Abstandsvorschrift handelt, ist ausserdem die Zustimmung des Amtes für Raumentwicklung notwendig (§ 66 Abs. 1 PBG i.V.m. § 76 Abs. 3 PBG und § 47 Abs. 3 PBV). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz 2 mit Gesamtentscheid vom 9. September 2014 für das Bauvorhaben diese Zustimmung zur Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes gegenüber dem Zürichsee erteilt. Die Vorinstanz 1 verweist in ihrem Beschluss vom 26. September 2014 in Bezug auf die Unterschreitung des Gewässerabstandes auf den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2, ohne explizit eine Ausnahmebewilligung nach § 73 PBG zu erteilen (…). Vielmehr weist die Vorinstanz 1 auf die Bestimmungen der Gewässerschutzgesetzgebung hin, deren Einhaltung jedoch vom Amt für Umweltschutz zu prüfen ist (vgl. vorangehende Erwägung 3.3). Mit dem Verweis der Vorinstanz 1 auf

den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 hat diese jedoch sinngemäss auch eine Ausnahmebewilligung nach § 73 PBG erteilt.

4.2 Die zuständige Bewilligungsbehörde kann gemäss § 73 Abs. 1 PBG für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (Bst. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (Bst. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (Bst. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (Bst. d). Eine Ausnahmebewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG).

4.3 Das Institut der Ausnahmebewilligung bezweckt, Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden, die sich aus der strikten Rechtsanwendung ergeben. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation. Die Rechtfertigung der Ausnahmebewilligung liegt im Einzelfall begründet. Unter Ausnahmesituationen sind hauptsächlich solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewendet werden müssen, obschon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge hatte. Ausnahmesituationen führen bei strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu harten und unbilligen Lösungen. Sie erlauben deshalb – unter Vorbehalt der Wahrung privater und öffentlicher Interessen – abweichende Lösungen, die sich mit dem Gesetzestext vereinbaren lassen oder materiell wesentlich besser erscheinen (vgl. RRB Nr. 828 vom 17. August 2010, E. 4.2.2).

4.4 Ob besondere Verhältnisse vorliegen, welche eine Ausnahmebewilligung rechtfertigen, gilt dabei als Rechtsfrage. Erst wenn diese Frage bejaht werden kann bzw. die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung gegeben sind, muss geprüft werden, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Rein wirtschaftliche Überlegungen vermögen indessen eine Ausnahmesituation nicht zu begründen. Sie ist auch nicht dazu da, dem Bauherrn eine Ideallösung zu verschaffen und maximales Ausnützungsbestreben zu unterstützen. Im Übrigen ist auf die Praxis zu verweisen, wonach es, wenn eine Baute über das Bestandesprivileg des Wiederaufbaurechts nach § 72 PBG hinausgeht, besonders wichtiger Gründe be-

darf, um überhaupt über das Wiederaufbaurecht hinausgehende zusätzliche Abweichungen von den Bauvorschriften zu dulden. In solchen Fällen ist bei der Bewilligung weiterer Ausnahmen äusserste Zurückhaltung geboten (EGV-SZ 2009 C 2.2, E. 5.3; VGE III 2010 159 und 160 vom 18. November 2010, E. 3.1.5).

4.5 Es stellt sich somit die Frage, ob eine Ausnahmesituation vorliegt, die eine Unterschreitung des Gewässerabstandes rechtfertigt. Die verwinkelte Form der Bauliegenschaft, welche sich nach Osten in Richtung Tüchelweg verengt, sowie das Angrenzen an den Zürichsee im Südwesten, in welchem die Bauliegenschaft eigentlich breiter wäre, erschweren eine sinnvolle Überbauung des Grundstücks unter Einhaltung sämtlicher massgebenden Abstandsvorschriften erheblich. Dass das Grundstück ohne die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nicht sinnvoll überbaut werden kann, ergibt sich zudem aus dem Umstand, dass schon die auf KTN 73 bereits bestehende Baute (Hauptbaute inklusive zweigeschossiger Anbau, vgl. dazu Plan …) deutlich im Gewässerunterabstand liegt (siehe Plan …). Es liegt somit grundsätzlich eine Ausnahmesituation vor. Die Ausnahmebewilligung für das Bauprojekt kann mithin nur verweigert werden, wenn es der Ausnahmesituation nicht mehr gerecht wird (vgl. RRB Nr. 828 vom 17. August 2010, E. 4.3.2). Es geht demnach vorliegend lediglich um die Ausgestaltung bzw. das Mass der Ausnahmebewilligung (vgl. RRB Nr. 1032 vom 25. Oktober 2011, E. 7.1).

4.6 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Neubau den Seeuferabstandsbereich deutlich mehr beansprucht als die bestehende Baute. Allerdings kann festgehalten werden, dass der Neubau neben dem Gewässerabstand keine weiteren neuen Abstandsverletzungen generiert und auch sonst keine zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Recht schafft. Für die zusätzliche Beanspruchung des Seeuferabstandsbereiches durch den Neubau müssen besonders wichtige Gründe vorliegen. Dies ist vorliegend der Fall.

4.7.1 Das Baugrundstück liegt im Gewässerschutzbereich Au (vgl. WebGis des Kantons Schwyz, besucht am 11. Februar 2015). Gemäss der geologischen Beurteilung der Dr. Gübeli AG vom 6. Mai 2013 liegt der Grundwasserspiegel innerhalb des Projektareals (KTN 73) knapp circa 2 m unter Terrain. Eine Unterkellerung wäre deshalb mit vernünftigem Aufwand nicht möglich. Für den Bau eines Kellergeschosses müsste schätzungsweise eine 3 m tiefe Baugrube erstellt werden. Um das innerhalb der kiesreichen Schichten in die Baugrube zuströmende Grundwasser aufzuhalten, sei im Normalfall eine Umspundung bis in eine Tiefe

von mindestens 10 m erforderlich. Da das Einbringen einer Umspundung intensive Erschütterungen mit entsprechenden Setzungen bis circa 10 m Abstand zur Spundwand zur Folge hätte, sei ein derartiges Vorhaben gemäss der geologischen Beurteilung der Dr. Gübeli AG vom 6. Mai 2013 als Killerkriterium für ein Kellergeschoss zu betrachten. Gestützt auf diese Abklärungen haben sich die Beschwerdegegner gegen die Realisierung eines Kellergeschosses entschieden. Aufgrund der schützenswerten Umgebung, in welcher das Baugrundstück liegt, ist diese Entscheidung nicht zu beanstanden. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, diese Einwände würden keine besonderen Verhältnisse darstellen, da sie bei nahezu allen Bauvorhaben in der Seestatt vorgebracht werden könnten, übersehen sie, dass sich das Baugrundstück in unmittelbarer Nähe zum KIGBO-Objekt „Haus Seestatt" (ehem. zur Krone, KIGBO-Nr. 18.011) befindet (vgl. Augenscheinprotokoll …). Es rechtfertigt sich vorliegend, auf ein Kellergeschoss beim Neubau auf KTN 73 zu verzichten, um dieses unmittelbar angrenzende KIGBO-Objekt vor Erschütterungen und Verkippungen zu schützen (vgl. § 73 Abs. 1 Bst. d PBG).

4.7.2 Bislang verfügt das Baugrundstück lediglich über einen Abstellplatz (vgl. …). Um die gemäss Art. 14 Abs. 2 Bst. a BauR notwendige Anzahl Abstellplätze zu gewährleisten, ist u.a. eine Garage mit zwei Abstellplätzen vorgesehen (vgl. Plan …). Diese Garage muss wegen des Verzichts auf das Untergeschoss oberirdisch erstellt werden. Die Beschwerdegegner planen die Garageneinfahrt im nördlichen Bereich des Gebäudes. Sie haben die Einfahrt auf diese Seite des Gebäudes gelegt, um den Vorgaben des Denkmalpflegers gemäss dem Vorentscheid vom 17. Januar 2012 gerecht zu werden, wonach der Gassensituation Rechnung zu tragen sei (vgl. Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 17. Januar 2012, S. 7). Indem die Garageneinfahrt auf die Nordseite des Gebäudes verlegt wird, bleibt die Ostfassade entlang des Tüchelweges weitestgehend intakt, was dem Erhalt des Gassencharakters dient (vgl. Plan …). Die geplante Lage sowie die Ausgestaltung der Garage bzw. der Garageneinfahrt sind somit sachlich begründet, zumal die Voraussetzungen von Art. 13 BauR damit ebenfalls erfüllt sind. Die geplante Garage sowie die Garageneinfahrt beanspruchen einen erheblichen Teil der Fläche innerhalb des Gewässerraumes, welche von den Beschwerdegegnern deshalb nicht als effektive Wohnfläche genutzt werden kann. Da die vorgesehene oberirdische Ausgestaltung und Lage der Garage und der Garageneinfahrt jedoch gesamthaft eine bessere Lösung darstellen und der im ISOS liegenden Umgebung sowie dem angrenzenden geschützten KIGBO-Objekt „Haus Seestatt" (ehem. zur Krone) bes-

ser Rechnung tragen, ist es gerechtfertigt, dass den Beschwerdegegnern eine Wohnraumerweiterung in Richtung Westen gewährt wird. Die Vorinstanzen haben für das geplante Bauvorhaben (bzw. dessen Ausmass) zu Recht eine Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes erteilt (§ 73 Abs. 1 Bst. b und d PBG). Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdegegner mit ihrem Bauvorhaben nicht nach einer maximalen und optimalen Ausnützung streben (siehe dazu analog RRB Nr. 1044 vom 13. November 2013, E. 4.6.4). Der Neubau orientiert sich diesbezüglich am bestehenden Gebäude auf dem Baugrundstück. Tatsächlich konsumiert der geplante Neubau sogar weniger Ausnützung als die bestehende Baute auf KTN 73.

4.8 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Bauprojekt bzw. dessen geplantes Ausmass im Gewässerunterabstand der Ausnahmesituation gerecht wird. Hinzu kommt, dass die Ausnahmebewilligung für die Unterschreitung des Gewässerabstandes keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzt, zumal die Grenzabstände gegenüber den benachbarten Parzellen eingehalten sind. Ebenso wenig sprechen öffentliche Interessen gegen die Erteilung der Ausnahmebewilligung (§ 73 Abs. 2 PBG). Es kann dabei auf die bereits gemachten Ausführungen in Erwägung 3.10 verwiesen werden.

Die Vorinstanzen haben für die vorgesehene Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes somit zu Recht eine Ausnahmebewilligung erteilt. Da die Vorinstanz 1 diesen Baudispens in der angefochtenen Baubewilligung (Beschluss vom 26. September 2014) nur sinngemäss und nicht explizit aufgeführt hat, rechtfertigt es sich der Vollständigkeit halber, die Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses entsprechend zu ergänzen.

5. Die Beschwerdeführer machen zudem geltend, das Bauprojekt verstosse gegen die für das Gebiet „Seestatt“ geltenden Gestaltungs- und Ästhetikvorschriften. Sie sind insbesondere der Auffassung, dass die Schutzziele des ISOS nicht in die Beurteilung des Bauprojektes eingeflossen seien. Ferner dränge sich aufgrund der Tatsache, dass die „Seestatt“ im ISOS figuriert, eine Begutachtung des Bauvorhabens durch das Bundesamt für Kultur (BAK) auf.

5.1 Die Seestatt, in welcher das Baugrundstück liegt, figuriert im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (vgl. Anhang zur VISOS). Das Baugrundstück KTN 73 liegt im Gebiet Nr. 1 „Kompakte Altbebauung mit Gasthöfen und Fischerhäusern“. Im Gebiet Nr. 1 gilt das Erhaltungsziel A: Erhalten der Substanz; Integrales Erhalten aller

Bauten, Anlageteile und Freiräume; Beseitigen störender Eingriffe (vgl. ISOS, a.a.O., S. 251 und S. 294). Anhand der Umschreibung des Schutzgehaltes und der Schutzziele sind die möglichen Beeinträchtigungen des Inventarobjekts zu messen. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass der Schutzbereich des ISOS keine Einzelelemente (Objektschutz), sondern insbesondere zusammenhängende Gebiete umfasst (siehe dazu VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.5).

5.2 Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966, NHG, SR 451). Die Schutzbestimmung des Art. 6 NHG gilt allerdings nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise. Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben wird der Schutz von Ortsbildern durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet. Auch bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben sind indessen Bundesinventare wie das ISOS von Bedeutung. Ihrer Natur nach kommen sie Sachplänen und Konzepten gemäss Art. 13 RPG gleich. Im Rahmen der allgemeinen Planungspflicht der Kantone (Art. 2 RPG) legen diese die Planungsgrundlagen in ihrer Richtplanung im Allgemeinen fest (Art. 6 RPG) und berücksichtigen die Bundesinventare als besondere Form von Konzepten und Sachplänen im Speziellen (Art. 6 Abs. 4 RPG). Aufgrund der Behördenverbindlichkeit der Richtplanung (Art. 9 RPG) finden die Schutzanliegen des Bundesinventars auf diese Weise Eingang in die Nutzungsplanung (Art. 14 ff. RPG), insbesondere in die Ausscheidung von Schutzzonen (Art. 17 Abs. 1 RPG) und in die Anordnung von anderen Schutzmassnahmen (Art. 17 Abs. 2 RPG). Die derart ausgestaltete Nutzungsplanung ist auch für die Eigentümer verbindlich. Insoweit besteht für die Kantone (und Gemeinden) eine Pflicht zur Berücksichtigung von Bundesinventaren (BGE 135 II 209 E. 2.1).

5.3 Die gemäss ISOS schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung sind im Richtplan des Kantons Schwyz als Hinweise aufgeführt (vgl. Richtplan Kanton Schwyz vom 20. Oktober 2004). Weiter hat die Vorinstanz 1 das ISOS grundeigentümerverbindlich umgesetzt, indem sie für das Gebiet Seestatt die Spezialzone „Seestatt“ ausgeschieden hat. Neben der generellen Einordnungsnorm in Art. 5 BauR enthält das geltende Baureglement für die Spezialzone „Seestatt“ in Art. 40 BauR Ästhetik- und Gestaltungsvorschriften. Ferner gilt für den historischen Kern

der Seestatt die kommunale Schutzverordnung zur Erhaltung des Orts- und Landschaftsbildes der Gemeinde Altendorf (nachfolgend: kommunale Schutzverordnung; vgl. Art. 40 Abs. 3 BauR).

5.4.1 Damit ist vorliegend das ISOS im Hinblick auf die Beurteilung von Bauvorhaben kantonal durch den Richtplan und kommunal durch die Bestimmungen im Baureglement für die Spezialzone „Seestatt" sowie die kommunale Schutzverordnung umgesetzt (vgl. dazu auch VGE III 2014 116 und III 2014 129 vom 25. November 2014, E. 6.4). Für die Beurteilung der Einordnung des geplanten Bauvorhabens sind diese Bestimmungen massgebend (BGE 135 II 209 E. 5.3).

5.4.2 Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild in Einklang steht, muss ausserdem in erster Linie die zuständige örtliche Behörde (Gemeinderat) unter Anwendung der genannten Bestimmungen beurteilen. Sie verfügt über die besten Ortskenntnisse und ihr obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b RPG; §§ 17 ff. und § 56 PBG; EGV-SZ 1983, Nr. 2). Allerdings muss vorliegend beachtet werden, dass das Baugrundstück in einem ISOS-Gebiet mit dem Erhaltungsziel A liegt. Deswegen ist zudem eine Beaufsichtigung durch die Denkmalpflege, die offiziellen Fachinstanzen oder andere Fachleute vorgeschrieben (vgl. ISOS, a.a.O., S. 294; siehe auch VGE III 2014 116 und III 2014 129 vom 25. November 2014, E. 6.7). Der Beizug der kantonalen Denkmalpflege für die Bewilligung von Bauten und Anlagen im Gebiet Seestatt wird zudem auch von Art. 15 der kommunalen Schutzverordnung vorgeschlagen.

5.4.3 Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführer ist jedoch keine Begutachtung durch eine Bundesstelle wie das Bundesamt für Kultur (BAK) notwendig. Es kann auf das bereits im früheren Beschwerdeverfahren Gesagte verwiesen werden. Der Regierungsrat hat hierzu in E. 8 des Beschwerdeentscheides vom 4. Februar 2014 (RRB Nr. 101) Folgendes ausgeführt:

„Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass eine Begutachtung durch eine Bundesstelle wie die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EDK) oder die Eidgenössische Kommission für Natur- und Heimatschutz (ENHK) vorliegend nicht angezeigt ist. Dies ist erst nötig, wenn es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe geht. Die Bewilligungserteilung für ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen gilt nicht als Bundesaufgabe (vgl. Jean-Baptiste Zufferey, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, NHG-Kommentar, Zürich 1997, Kommentar

zu Art. 2 NHG, Rz. 1 ff.). Daran ändert der Umstand nichts, dass die Seestatt in Altendorf im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) verzeichnet ist (VGE III 2013 75 vom 18. Dezember 2013, E. 5.2).“

5.5.1 Die Beschwerdegegner planen, das bestehende Wohnhaus abzubrechen und durch einen Neubau zu ersetzen. Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dies widerspreche dem im ISOS für das Baugrundstück definierten Erhaltungsziel A, wonach die Substanz grundsätzlich zu erhalten sei. Sie übersehen jedoch, dass dieses Erhaltungsziel A des ISOS insoweit relativiert wurde, als die Regelbauweise in der Seestattzone einen Abbruch unter bestimmten Umständen zulässt. Gemäss Art. 40 Abs. 2 BauR sind in der Seestattzone die bauliche Einheit und die Eigenart zu erhalten. Neu- und Umbauten haben sich in das Landschafts- und Ortsbild einzufügen. Ferner ist gemäss der kommunalen Schutzverordnung der Abbruch von Gebäuden und Gebäudeteilen in der Seestatt nur zulässig, wenn keine Beeinträchtigung von historisch oder künstlerisch wertvoller Substanz eintritt oder ausnahmsweise, wenn deren Rekonstruktion gewährleistet ist und wenn überwiegende öffentliche Interessen den Abbruch erfordern. Mit dem Abbruch darf erst begonnen werden, wenn die Baubewilligung für einen Neubau vorliegt und die unverzügliche Durchführung der Bauarbeiten, die den Abbruch bedingen, gesichert ist (Art. 6 Abs. 2 und 3 der kommunalen Schutzverordnung).

5.5.2 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die kommunale Schutzverordnung beim vorliegenden Bauvorhaben zur Anwendung kommt, da das Baugrundstück unbestrittenermassen in jenem Teil der Seestatt liegt, welcher im ISOS figuriert (Art. 2 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 6 Abs. 1 der kommunalen Schutzverordnung). Dabei muss jedoch beachtet werden, dass sich das Baugrundstück nicht im Kern, sondern am westlichen Rand des erwähnten historischen Kerns befindet (vgl. ISOS, a.a.O., S. 250; siehe auch Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, S. 3, Antwort 1, 2 und 7).

5.5.3 Die kantonale Denkmalpflege als zuständige kantonale Fachstelle äusserte sich unter Berücksichtigung des Standortes zum geplanten Abbruch des bestehenden Hauses auf KTN 73 wie folgt (vgl. … sowie die analogen Aussagen am Augenschein vom 3. März 2015, Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, S. 3, Antwort 7):

„Der geplante Neubau ersetzt ein älteres Bauernhaus, das nicht als erhaltenswert erachtet wird und daher nicht im KIGBO verzeichnet ist. Der Standort des Neubaus liegt zurückversetzt am östlichen (recte wohl:

westlichen) Rand der Bebauung der Seestatt Altendorf, die im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) national mit dem Erhaltungsziel A eingestuft ist. Hier auf der Westseite des Tüchelwegs sind die historischen Bauten bereits weitgehend ersetzt. Eine Ausführung in zeitgemässer Form wie etwa die Bauten Seestattstrasse 19 oder Tüchelweg 7 erscheint daher möglich. Der historische Kern der Seestatt am Kronenweg und der unteren Seestattstrasse wird daher aus unserer Sicht in seiner Wirkung nicht beeinträchtigt."

5.5.4 Auch die Vorinstanz 1, welche in erster Linie für die Anwendung der kommunalen Schutzverordnung zuständig ist, führt als Begründung für den Abbruch der bestehenden Baute auf KTN 73 an, dass es sich beim bestehenden Haus nicht um ein schützenswertes Objekt handle. Ferner weise der Neubau eine sehr gute Qualität auf, füge sich gut ins Ortsbild ein und beeinträchtige die schützenswerten Bauten im Kern nicht (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, S. 3, Antwort 9). Die Vorinstanz 1 erachtet damit die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 der kommunalen Schutzverordnung für einen Abbruch der bestehenden Baute auf KTN 73 als erfüllt. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden, zumal sie einerseits von der kantonalen Fachstelle bestätigt wurde und andererseits im Rahmen des Augenscheins festgestellt werden konnte, dass die bestehende Baute auf KTN 73 nicht mehr dem heutigen Standard entspricht und sich deshalb eine Ersatzbaute aufdrängt (vgl. Fotos Nr. 1 bis 3 des Augenscheinprotokolls vom 9. März 2015).

5.5.5 Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, Art. 6 Abs. 2 der kommunalen Schutzverordnung verlange für einen Abbruch zusätzlich ein öffentliches Interesse, was vorliegend nicht gegeben sei (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, S. 3, Antwort 2). Bei einer strengen wörtlichen Auslegung von Art. 6 Abs. 2 der kommunalen Schutzverordnung wäre der Auffassung der Beschwerdeführer, wonach das Vorliegen eines öffentlichen Interesses für einen Abbruch eine kumulative Voraussetzung darstellt, grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings würde diese wörtliche Auslegung von Art. 6 Abs. 2 der kommunalen Schutzverordnung dem Gesetzeszweck nicht entsprechen (vgl. dazu BGE 103 Ia 480 E. 6). Aufgrund der von der Vorinstanz 1 als primär zuständige Rechtsanwendungsinstanz gemachten Aussagen ist davon auszugehen, dass lediglich dann ein öffentliches Interesse für einen Abbruch gegeben sein muss, wenn die Beeinträchtigung von historisch oder künstlerisch wertvoller Substanz im Raum steht, was vorliegend gerade nicht der Fall ist und von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet wird (vgl. Augen-

scheinprotokoll vom 9. März 2015, S. 3, Antwort 9). Es ist deshalb grundsätzlich nicht zu bestanden, dass die Vorinstanz 1 einem Abbruch des bestehenden Hauses auf KTN 73 zugestimmt hat, zumal es sich bei den Bestimmungen der Schutzverordnung um kommunales Recht handelt, dessen Anwendung in erster Linie der Vorinstanz 1 obliegt (vgl. RRB Nr. 355 vom 27. März 2012, E. 4.1.3). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall der Abbruch des bestehenden Hauses auf KTN 73 aufgrund des bestehenden Zustandes der Altbaute im öffentlichen Interesse liegt, sofern der geplante Neubau die bauliche Einheit und Eigenart der Seestatt erhält.

5.5.6 Somit ist nach dem Gesagten aufgrund der geltenden Ästhetikvorschriften grundsätzlich nichts gegen einen Abbruch einzuwenden (vgl. dazu BGE 135 II 209 E. 5.5). Als nächstes ist zu prüfen, ob der geplante Neubau gestalterisch den Einordnungsvorschriften zu genügen vermag.

5.6.1 Gemäss Art. 40 Abs. 2 BauR sind die bauliche Einheit und die Eigenart in der Seestattzone zu erhalten. Neu- und Umbauten haben sich in das Landschafts- und Ortsbild einzufügen; insbesondere sind die Giebeldächer zu erhalten und bei Neubauten wieder zu erstellen. Wie bereits erwähnt, liegt das Baugrundstück zudem in der im ISOS figurierenden Seestatt. Gemäss dem ISOS sind die Hauptmerkmale dieser Siedlung Seestatt ihre Kompaktheit, ihre dreieckige bzw. halbkreisförmige Anlage und die konsequente Ausrichtung der Häuserfassaden auf den See hin. Die knapp fünfzehn dicht nebeneinander stehenden Häuser sind mehrheitlich gemauert, zum Teil auch aus Fachwerk oder Holz konstruiert. Häufig sind die Fassaden verschindelt. Die zwei- bis dreigeschossigen Wohnhäuser besitzen Giebeldächer mit uneinheitlichen Firstrichtungen (vgl. ISOS, a.a.O., S. 253). Für das Baugrundstück gilt das Erhaltungsziel A. Dies bedeutet, dass ein Neubau auf dem Baugrundstück sich am bestehenden Altbau zu orientieren hat.

5.6.2 Der Altbau auf KTN 73 besteht aus einem Hauptbau, einem Erweiterungsbau in Richtung Norden sowie einem Flachdachanbau in Richtung Westen (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, ...). Der geplante Neubau übernimmt diese Gebäudetypologie grundsätzlich. Es ist wiederum ein Hauptbau direkt am Tüchelweg geplant, wobei auf einen gesondert ausgestalteten Erweiterungsbau in Richtung Norden verzichtet wird. Ferner soll anstelle des bestehenden Anbaus im Westen ein zweiter Baukörper mit einem Flachdachabschluss, welcher als Terrasse genutzt wird, an den Hauptbaukörper angebaut werden. Damit wird die

Gebäudetypologie des bestehenden Gebäudes übernommen, auch wenn der neue westliche Anbau voluminöser ausgestaltet ist als der bestehende Flachdachanbau. Denn einerseits drängt sich die in diesem westlichen Anbau vorgesehene Wohnraumerweiterung aus den in Erwägung 4.7.2 gemachten Überlegungen auf. Andererseits muss beachtet werden, dass aus denkmalpflegerischer Sicht die Ausgestaltung der rückwärtigen Anbaute im Vergleich zum Hauptbaukörper, welcher direkt am Tüchelweg liegt, von untergeordneter Bedeutung ist, zumal das Baugrundstück trotz des grösseren Anbaus immer noch über einen grosszügigen rückwärtigen Garten verfügt (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, …).

5.6.3 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass auch das Amt für Kultur in seinem Entscheid B2011-1652 die Auflösung des Baukörpers in verschiedene Kuben beanstandet habe, übersehen sie, dass sich das Amt für Kultur in diesem Entscheid vom 17. Januar 2012 zu einem Vorgängerprojekt des umstrittenen Bauvorhabens geäussert hat und deshalb diese Ausführungen für das vorliegende Bauprojekt nicht zutreffen. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz 1 auf Empfehlung des kantonalen Denkmalpflegers im angefochtenen Beschluss für die Südfassade Auflagen angeordnet hat, um einen klareren Baukörper zu erhalten (vgl. Dispositivziffer 4 des angefochtenen Beschlusses). Mit diesen Auflagen wurde der beanstandeten Auflösung der Baute in verschiedene Baukuben ausreichend Rechnung getragen. Insgesamt ist die vorgesehene Gliederung des Baukörpers deswegen nicht zu beanstanden.

5.6.4 Ferner verfügen der geplante Neubau sowie die Altbaute auf KTN 73 über ein Giebeldach (vgl. Foto Nr. 1 des Augenscheinprotokolls vom 9. März 2015). Damit werden sowohl die Anforderungen im Baureglement (Art. 40 Abs. 2 BauR) als auch die Vorgaben im ISOS erfüllt. Auch wenn die Dachform teilweise neu ausgestaltet wurde, stimmt sie in Bezug auf die Ausrichtung und Stellung noch mit der bestehenden Form überein. Soweit die Beschwerdeführer behaupten, dass es quartiertypisch sei, dass der Hauptbau in die Längsrichtung zum Tüchelweg angeordnet sei, übersehen sie, dass dies lediglich auf die Bauten auf der Ostseite des Tüchelweges zutrifft. Der grösste Teil der Bauten auf der westlichen Seite des Tüchelweges sind jedoch giebelständig zur Gasse (Tüchelweg) ausgerichtet (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, …). Da auch der auf der Westseite des Tüchelweges geplante Neubau giebelständig zur Gasse errichtet werden soll, fügt er sich in das bestehende Ensemble ein und zwar unabhängig davon, ob der Altbau bereits giebelständig war oder nicht. Aufgrund der historischen Argumentation des kantonalen Denkmalpflegers anlässlich des Augenscheins sowie den

Feststellungen vor Ort ist allerdings auch davon auszugehen, dass der Hauptbaukörper der Altbaute grundsätzlich giebelständig zum Tüchelweg ausgerichtet ist und zwar mit einer ost-westlichen Firstausrichtung (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, …). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der von den Beschwerdeführern beanstandete westseitige Anbau bzw. dessen beanstandete voluminöse Wirkung (vgl. Augenscheinprotokoll vom 9. März 2015, …) die giebelständige Ausrichtung des Neubaus zum Tüchelweg zusätzlich verstärkt.

5.7 Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der geplante Neubau auf KTN 73 allen Ästhetikvorschriften zu genügen vermag.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Da die Vorinstanz 1 die Ausnahmebewilligung für die Unterschreitung des kantonalen Gewässerabstandes in der angefochtenen Baubewilligung nur sinngemäss und nicht explizit aufgeführt hat, wird die Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses der Vollständigkeit halber mit diesem Baudispens ergänzt. (…)
(RRB Nr. 321 vom 14. April 2015).

Anmerkung: Das Verwaltungsgericht hat den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates bestätigt (VGE III 2015 81 vom 26. August 2015). Eine dagegen beim Bundesgericht erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist bei Redaktionsschluss hängig.

2.2 Bewilligung für den Einbau eines Lifts am bestehenden Wohnhaus

- *Einsprache- und Rechtsmittelverzicht bzw. Zustimmung zu Abstandsunterschreitungen (Erw. 1).*
- *Wiederaufbaurecht nach dem Schwyzer Baurecht: Umfang des Wiederaufbaurechts (Erw. 2); keine nennenswerte zusätzliche Verminderung von Grenz- und Gebäudeabständen (Erw. 3) sowie des Strassenabstandes (Erw. 4).*
- *Alter und Gebrechlichkeit begründen für sich genommen keine Ausnahmesituation. Die zusätzlichen Unterschreitungen von Grenz-, Gebäude- und Strassenabständen rechtfertigen – soweit sie überhaupt bestehen – die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ohne weiteres (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

C. ist Eigentümer des Grundstückes KTN 630 an der Rebstockstrasse 6 in Pfäffikon. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Freienbach in der Zentrumszone (Z). Am 7. Februar 2014 ersuchte C. den Gemeinderat Freienbach um eine Bewilligung für die Änderung bzw. Verschiebung der Aussentreppe und den Einbau eines Lifts am bestehenden Wohnhaus auf KTN 630. Weil das Baugespann nicht rechtzeitig erstellt worden ist, wurde das Baugesuch ein zweites Mal publiziert (Abl 2014, S. 539) und öffentlich aufgelegt. Dagegen ging eine Einsprache ein. Die Einsprache wurde vom Gemeinderat Freienbach im Sinne der Erwägungen abgewiesen und es wurde die Baubewilligung erteilt. Gegen die Verfügungen von Gemeinderat und Amt für Raumentwicklung wurde Beschwerde beim Regierungsrat erhoben.

Aus den Erwägungen:

1. Vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für eine Sachverfügung oder einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft insbesondere die Rechtsmittelbefugnis (§ 27 Abs. 1 Bst. d des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde eine Nichteintretensverfügung oder einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.1 Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids oder der Verfügung hat (§ 37 Abs. 1 VRP). Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, das eine betroffene Person geltend machen kann; es muss mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinstimmen. Immerhin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (EGV-SZ 2009, B 1.1, E. 2.3; Martin Bertschi, in: Alain Griffel, Hrsg., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zü-

rich/Basel/Genf 2014, § 21 N 14). Insoweit muss das erfolgreiche Rechtsmittel der beschwerdeführenden Person einen praktischen Nutzen eintragen. Ausserdem muss das Interesse aktuell sein, was bedeutet, dass es sowohl im Zeitpunkt der Rechtsmittelerhebung als auch im Zeitpunkt des Entscheids vorliegen muss.

1.2 Dass der Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ist unbestritten. Der Beschwerdegegner stellt sich jedoch auf den Standpunkt, auf die Beschwerde vom 20. Juni 2014 sei nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer habe in einer schriftlichen Vereinbarung vom 5. März 2010 zugesichert, er werde ihm (dem Beschwerdegegner) bei „etwelchen baulichen Veränderungen auf KTN 630 bei der Abstandswahrung entgegen kommen". Indem der Beschwerdeführer sich nun gegen das Bauvorhaben wehre, verhalte er sich rechtsmissbräuchlich bzw. treuwidrig und habe somit kein schützenswertes Interesse an der Beschwerdeführung.

1.3 Es ist fraglich, was ein „Entgegenkommen" bei der Abstandswahrung genau beinhalten soll. Ein Einsprache- bzw. Rechtsmittelverzicht kann daraus zweifellos nicht abgeleitet werden. Ein im Voraus abgegebener Rechtsmittelverzicht wäre ohnehin unbeachtlich (vgl. Bertschi, Kommentar VRG, Vorbem. zu §§ 19-28a N 59). Zweifelhaft ist sodann, ob mit dieser Vereinbarung generell die Zustimmung zu Abstandsunterschreitungen gegeben wurde. Die Auslegung von zivilrechtlichen Dispositionen bzw. Verträgen sowie die Beurteilung der Rechtmässigkeit von Vertragsauflösungen obliegen in erster Linie den dafür zuständigen Zivilgerichten und nicht dem Regierungsrat. Hinzu kommt, dass die Zustimmung zu Abstandsunterschreitungen nur für Nebenbauten sowie unterirdische Bauten und nur in Bezug auf den Grenzabstand möglich ist (§ 61 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Unbeachtlich wäre eine solche Zustimmung z.B. für Abstandsunterschreitungen gegenüber Strassen. Indem der Beschwerdeführer Einsprache gegen das Bauprojekt erhoben hat, zieht er seine damalige „Zustimmung" offensichtlich zurück. Dadurch verliert er aber nicht automatisch seine Beschwerdelegitimation. Die Verneinung des schutzwürdigen Interesses gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben ist ohnehin nur mit Zurückhaltung anzunehmen, da Private grundsätzlich nicht an ihr früheres Handeln gebunden sind (vgl. Bertschi, Kommentar VRG, § 21 N 22 mit Hinweisen). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2. Das Grundstück KTN 630 grenzt im Süden an das Grundstück des Beschwerdeführers (KTN 629) und im Osten an die Rebstockstrasse (KTN 628). Die Rebstockstrasse ist eine öffentliche Strasse. Auf KTN 630 befindet sich bereits das bestehende Wohnhaus (Assek.-Nr. 676) des Beschwerdegegners. Es ist unbestritten, dass dieses Wohnhaus rechtmässig erstellt wurde. Unbestritten ist auch, dass das bestehende Wohnhaus bereits heute den Grenzabstand zu KTN 629 und den Strassenabstand zur Rebstockstrasse massiv unterschreitet. Im südlichen Bereich des Wohnhauses, also angrenzend an KTN 629, besteht zurzeit eine Aussentreppe, über welche man von der Rebstockstrasse her ins 1. Obergeschoss des Wohnhauses gelangt. Diesen Eingangsbereich möchte der Beschwerdegegner nun leicht ändern, indem die bestehende Aussentreppe abgebrochen und mit einer neuen Treppenkonstruktion ersetzt wird. Zwischen der Hausfassade und der Treppe soll sodann ein rollstuhlgängiger Lift bzw. „Senkrechtaufzug" installiert werden, weil der Ehefrau des Beschwerdegegners (...) das Treppensteigen zunehmend schwer fällt. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob das Bauvorhaben (Treppe und Lift) unter das Wiederaufbaurecht fällt.

2.1 Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, sind in ihrem Bestande garantiert (§ 72 Abs. 1 PBG). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen. Die Sonderbestimmungen der Strassengesetzgebung bleiben vorbehalten (§ 72 Abs. 3 PBG). Bestehende Bauten und Anlagen innerhalb der Strassenabstände oder besonderer Baulinien dürfen unterhalten und zeitgemäss erneuert werden (§ 45 Abs. 1, Satz 1 des Strassengesetzes vom 15. September 1999, StraG, SRSZ 442.110).

2.2 Beim Wiederaufbaurecht als Teil des Bestandesschutzes geht es um die Befugnis, anstelle einer abgerissenen oder zerstörten Baute oder Anlage, selbst wenn sie dem geltenden Recht widerspricht, eine solche im Wesentlichen umfangs- und nutzungsgleich sowie im unmittelbaren Bereich des bisherigen Standortes wieder zu errichten (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Diss. Zürich 2003, S. 38). Im Kanton Schwyz ist selbst der Wiederaufbau einer freiwillig abgebrochenen Baute zulässig (siehe Gisler, a.a.O., S. 49). Die Beanspruchung des Wiederaufbaurechts für eine zerstörte bzw. abgebrochene oder abgeänderte Baute verlangt kein sklavisches, exaktes Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen. In diesem Sinne ist keine Identität zwischen Altbau und Ersatzbau bzw.

zwischen Altbau und Umbau erforderlich. Praxisgemäss hat der „frühere Umfang“ als Richtschnur zu gelten. Grundsätzlich muss sich deshalb der Umfang des Ersatz- oder Umbaus insbesondere bezüglich Grundriss, Volumen und Höhe an die Masse des Altbaus halten, wobei ein Unterschreiten des bisherigen Umfangs mit dem Wiederaufbaurecht vereinbar ist. Für den unbefangenen Betrachter, der bereits den Altbau kannte, muss aufgrund der äusseren Erscheinung klar sein, dass es sich um eine Ersatzbaute und nicht um einen Neubau handelt (Gisler, a.a.O., S. 56 ff.).

2.3 Es rechtfertigt sich ferner, eine geringfügige Änderung des bisherigen Umfangs dann zuzulassen, wenn sie sich beispielsweise gebieterisch aufdrängt, z.B. zur Anpassung der Raumhöhen an heutige wohnhygienische Vorschriften, oder wenn sie durch „Gegenleistungen“ kompensiert wird, die insgesamt zu einer Verbesserung des bestehenden Zustandes, d.h. zu einer teilweisen Anpassung an das geltende Recht führen. Solche Änderungen müssen jedoch gesondert betrachtet werden. Denn selbst wenn die bestehende Baute unter dem Titel des Bestandesschutzes zugelassen ist, können allfällige Änderungen die bereits bestehende Rechtswidrigkeit (z.B. Minderabstände) noch verstärken. Zusätzliche oder verstärkte Rechtsverletzungen schützt die Besitzstandsgarantie hingegen nicht. Im Rahmen des Wiederaufbaurechts darf der Ersatz- oder Umbau demnach keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht und zur geltenden Zonenordnung schaffen, sondern muss den bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern (Gisler, a.a.O., S. 57; EGV-SZ 2011, B 8.4, E. 3.1 mit Hinweisen; EGV-SZ 1984, Nr. 45, E. 3).

2.4 Wie bereits erwähnt, wird die bestehende Aussentreppe abgebrochen. Die Mauer unter der Treppe bleibt hingegen erhalten. Diese Mauer verläuft heute bereits fassadenbündig mit dem südwestlichen Hausteil bzw. führt dessen Fassade weiter. Diese tragende Mauer wird als sog. „Wandscheibe“ leicht erhöht und nach Osten hin verlängert. Auf dieser „Wandscheibe“ soll sodann die neue Aussentreppe mit Relinggeländer montiert werden. Damit der Lift zwischen der Treppe und der südlichen Hausfassade Platz findet, wird die Treppe leicht nach Süden verschoben. Zudem wird sie leicht nach Osten in Richtung Rebstockstrasse verschoben und steigt steiler an als die bestehende Treppe, damit ein kleines „Podest“ bzw. ein Vorplatz vor dem bestehenden Hauseingang entsteht. Insofern wird die neue Aussentreppe ungefähr im gleichen Umfang wieder aufgebaut wie die bestehende Treppe. Die Änderungen sind nur minim. Die Verschiebung in Richtung Süden beträgt lediglich etwa 30 cm

und betrifft nur die Treppenstufen. Die tragende Wand bleibt als „Wandscheibe“ weiter bestehen. Die Verschiebung nach Osten in Richtung Rebstockstrasse beträgt ebenfalls nur etwa 30 cm bzw. eine Stufenbreite. Die neue Treppe wahrt somit die Anforderungen an die Identität mit dem Altbau. Für einen aussenstehenden Betrachter ist durchaus erkennbar, dass es sich bei der neuen Aussentreppe um einen Ersatz der bestehenden Treppe handelt und diese nicht eine völlig neue Baute darstellt. Fraglich ist jedoch, ob mit der neuen Aussentreppe zusätzliche Widersprüche zum Baurecht geschaffen werden. Der Beschwerdeführer macht geltend, die neue Treppe verkleinere die ohnehin schon geringen Abstände zu seinem Grundstück sowie zur Rebstockstrasse.

2.5 Beim geplanten Liftanbau präsentiert sich die Lage etwas anders. Dieser ist zwischen der Aussentreppe und der Hausfassade geplant und soll vom Erdgeschoss bis unter den bestehenden Dachvorsprung im 1. Stock reichen. Von einem Wiederaufbau kann hierbei nicht die Rede sein. Das bestehende Wohnhaus hatte keinen Lift, der jetzt abgebrochen und wieder aufgebaut werden soll. Es handelt sich um eine Änderung der bestehenden Baute. Soweit jedoch bauliche Änderungen an der bestehenden Altbaute erfolgen, dürfen diese zu keiner Verkleinerung der bestehenden Abstände bzw. zu keiner Verschärfung des bisher baurechtswidrigen Zustandes führen (vgl. RRB Nr. 298 vom 13. August 2013, E. 2.4 mit Hinweisen). Es ist somit nachfolgend zu prüfen, ob sowohl die Aussentreppe als auch der Liftanbau zusätzliche Widersprüche zum geltenden Recht schaffen, indem sie den Grenz- und den Strassenabstand unterschreiten.

3. Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Freienbach, nachfolgend: BauR). Über die Fassade vorspringende Gebäudeteile wie Dachvorsprünge, Balkone, Erker usw. werden nur insoweit mitberechnet, als ihre Ausladung 1.50 m übersteigt (§ 59 Abs. 2 PBG; vgl. auch Art. 27 Abs. 5 BauR). Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50 % der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). Art. 35 Abs. 2 BauR enthält keine spezifischen Vorschriften bzw. Mindestgrenzabstände für die Zentrumszone (Z), sondern verweist auf die Regelung im PBG.

3.1 Das bestehende Wohnhaus hält gegenüber dem beschwerdeführerischen Grundstück KTN 629 bereits heute lediglich einen Abstand von etwa 1.25 m ein. Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers

wird der Grenzabstand gegenüber KTN 629 mit der neuen Aussentreppe nicht verkleinert. Das tragende Mauerwerk der Treppe bzw. die „Wandscheibe“ bleibt an ihrem heutigen Standort bestehen. Insofern führt die neue Aussentreppe zu keinen zusätzlichen Abstandsunterschreitungen. Die einzelnen Treppenstufen haben keine Fassade bzw. fassadenähnliche Wirkung und müssen deshalb bei der Grenzabstandsbemessung auch nicht miteinbezogen werden. Dass die neuen Treppenstufen knapp 30 cm über diese Wandscheibe vorspringen, ändert an dieser Beurteilung nichts. Der Beschwerdeführer wird dadurch in seinen nachbarlichen Interessen nicht zusätzlich beeinträchtigt. Die Behauptung, das Bauvorhaben würde zusätzlich Licht und Sonne entziehen, ist nicht nachvollziehbar. Der Einwand, der Zugang für Rettungsdienste werde verunmöglicht, ist ebenfalls unbegründet.

3.2 Dasselbe gilt grundsätzlich für den Liftanbau. Dieser befindet sich (von KTN 629 her betrachtet) hinter der Aussentreppe und wird von dieser mindestens zur Hälfte verdeckt. Da bereits die Aussentreppe bzw. die „Wandscheibe“ im Unterabstand zu KTN 629 steht, bewirkt der Liftanbau in diesem Sinne keine zusätzliche Verschärfung des bestehenden baurechtswidrigen Zustandes. Die in ihrem Bestand geschützte Aussentreppe verletzt den Grenzabstand bereits massiv. Der dahinter liegende Liftanbau fällt daher mit seinen geringen Ausmassen (circa 1.20 m x 1.50 m) nicht mehr ins Gewicht, zumal er von Süden her nicht einmal komplett sichtbar ist. Die Vorinstanz 1 ist zwar zum Schluss gekommen, der Liftanbau verletze die Grenz- und Gebäudeabstände, weshalb sie dafür eine Ausnahmebewilligung erteilt hat. Die Vorinstanz 2 hat dafür im Gesamtentscheid vom 25. April 2014 die vorgängige Zustimmung gegeben. Nach dem soeben Ausgeführten wäre eine Ausnahmebewilligung indes grundsätzlich gar nicht nötig gewesen. Dass die Vorinstanz 1 eine solche erteilt hat, ist im Endeffekt allerdings nicht schädlich, da die Voraussetzungen hierfür ohnehin erfüllt sind (vgl. unter Ziffer 5).

4. Der Abstand gegenüber öffentlichen Strassen richtet sich nach den Vorschriften der Strassengesetzgebung (§ 65 Abs. 1 PBG). Wenn Baulinien fehlen, sieht § 41 Abs. 1 Bst. a StraG für Gebäude und ähnlich wirkende Anlagen einen Abstand von 6 m an Hauptstrassen, 4 m an Verbindungs- und Groberschliessungsstrassen nach § 23 PBG und einen Abstand von 3 m an Nebenstrassen vor. Die Vorinstanz 1 und der Beschwerdeführer qualifizieren die Rebstockstrasse als Nebenstrasse, was nicht zu beanstanden ist. Das bestehende Wohnhaus müsste folglich an der Ostfassade gegenüber der Rebstockstrasse einen Abstand von 3 m einhalten, was unbestritten ist.

4.1 Der Strassenabstand will den Bewohnern entlang der Strasse genügend Licht, Luft und Sonne gewährleisten und diese vor allzu starken Auswirkungen des Verkehrs bewahren. Im Weitern dient der gesetzliche Strassenabstand der Verkehrssicherheit, insbesondere der ungehinderten Abwicklung des Verkehrs. Ausserdem soll der notwendige Planungsspielraum für einen künftigen Strassenausbau erhalten bleiben. Schliesslich kommt den Abständen auch eine siedlungsgestalterische Funktion zu (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 72 N 1; EGV-SZ 1991, Nr. 52, E. 3a mit Hinweisen; EGV-SZ 1988, Nr. 47, E. 3c mit Hinweisen).

4.2 Auch dieser Abstand wird bereits heute massiv unterschritten. So weist die südöstliche Gebäudeecke des bestehenden Wohnhauses einen Strassenabstand von lediglich etwa 30 cm auf. Indem die erste Treppenstufe nun circa 30 cm näher bei der Strasse zu liegen kommt, wird die siedlungsgestalterische und wohnhygienische Funktion des Strassenabstandes nicht zusätzlich beeinträchtigt. Ein Strassenausbau in der Zukunft ist aufgrund der heutigen Situation ohnehin nicht problemlos möglich, zumal sich die südöstliche Gebäudeecke sowie die bestehende Aussentreppe bereits innerhalb des Strassenabstandes befinden. Die Verkehrssicherheit wird durch die geringe Verschiebung ebenfalls nicht stärker beeinträchtigt als bisher.

4.3 Die gleichen Überlegungen gelten für den Liftanbau. Dieser verbirgt sich von Osten her betrachtet in der „Nische“ zwischen der Aussentreppe und der Hausfassade und zudem hinter dem bestehenden Balkon im 1. Obergeschoss. Der Liftanbau ist somit auch von Osten her nicht komplett sichtbar. Er fügt sich unauffällig in den Zwischenraum zwischen der Treppe und der Hausfassade ein. Die geringen Auswirkungen auf den Strassenabstand sind damit nicht von nennenswerter Tragweite und durchaus vernachlässigbar.

4.4 Als Zwischenfazit lässt sich folglich festhalten, dass die Aussentreppe vom Wiederaufbaurecht profitieren kann. Namentlich bewirkt diese keine zusätzlichen Widersprüche zum bereits heute bestehenden baurechtswidrigen Zustand bzw. sie verschlechtert die gegenwärtige Situation nicht. Dass die Vorinstanz 1 die Aussentreppe bewilligt hat, ist demnach nicht zu beanstanden. Das gleiche gilt für den Liftanbau. Die Vorinstanz 1 hätte für den Lift somit nicht einmal eine Ausnahmebewilligung erteilen müssen. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung sind allerdings ebenfalls erfüllt, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

5. Nach § 73 Abs. 1 PBG kann die zuständige Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (Bst. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (Bst. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (Bst. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (Bst. d). Zudem muss eine Ausnahmebewilligung mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG). Eine analoge Regelung besteht in § 42 Abs. 1 StraG, wonach der Strassenträger ausnahmsweise das Unterschreiten des Strassenabstandes nach §§ 40 oder 41 bewilligen kann, wenn die Verkehrssicherheit nicht gefährdet wird und besondere Verhältnisse vorliegen, wie namentlich zur Vermeidung unzumutbarer Härtefälle oder aus Gründen des Ortsbildschutzes.

5.1 Die Ausnahmeregelung stellt im öffentlichen Baurecht ein allgemeines Rechtsinstitut dar mit dem Zweck, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ist daher immer, dass besondere Umstände vorliegen. Als Rechtsfrage gilt dabei, ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmebewilligung rechtfertigen, erfüllt sind. Kann dies bejaht werden, stellt sich die weitere Frage, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung getragen werden kann, was im Rahmen der behördlichen Ermessensbetätigung festgelegt wird. Besondere Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigen, können z.B. in der Form, Lage oder Topographie eines Baugrundstückes liegen, dann aber auch in der Art des Bauwerkes, der Architektur oder der Zweckbestimmung einer Baute (vgl. Zimmerlin, a.a.O., § 155 N 6). Eine Ausnahmesituation kann auch dann leichter bejaht werden, wenn dem Zweck der Abstandsbestimmung, von deren Einhaltung eine Ausnahme gemacht werden soll, im konkreten Fall keine oder keine massgebliche Bedeutung mehr zukommt, weil er entweder bereits erfüllt ist oder trotz Abstandsunterschreitung nach wie vor erfüllbar ist oder weil er aufgrund der konkreten Umstände nicht mehr erstrebenswert erscheint (RRB Nr. 762 vom 27. August 2013, E. 4.3; RRB Nr. 298 vom 13. August 2013, E. 4.1; RRB Nr. 402 vom 17. April 2012, E. 5.3). Der Zweck der Ausnahmebewilligung besteht hingegen nicht darin, einem Bauherrn zu einer optimalen Lösung zu verhelfen.

Rein wirtschaftliche Interessen und maximale Ausnützungsbestrebungen vermögen eine Ausnahmesituation nicht zu begründen (EGV-SZ 2009, C 2.2, E. 5.3).

5.2 Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, begründen Alter und Gebrechlichkeit für sich genommen keine Ausnahmesituation, da sie in einer Vielzahl von Fällen geltend gemacht werden könnten (vgl. RRB Nr. 762 vom 27. August 2013, E. 4.5). Vorliegend besteht jedoch eine Ausnahmesituation insoweit, als das bestehende Wohnhaus auf KTN 630 bereits massiv im Unterabstand zur Rebstockstrasse und zur Parzelle KTN 629 steht. Dieses Wohnhaus (mit der bestehenden Aussentreppe) ist in seinem Bestande geschützt. Dem Strassen- und Grenzabstand kommt insoweit keine massgebliche Bedeutung mehr zu. Der Liftanbau hat dabei so geringe Auswirkungen auf den Grenz- und Strassenabstand, dass eine Verweigerung der Bewilligung unverhältnismässig wäre.

6. Zusammenfassend lässt sich folglich festhalten, dass die Aussentreppe und der Liftanbau vom Wiederaufbaurecht im Sinne von § 72 Abs. 3 PBG gedeckt sind. Diese Bauvorhaben bedürfen demnach keiner Ausnahmebewilligung. Dass die Vorinstanz 1 für den Liftanbau eine Ausnahmebewilligung erteilt hat, ist allerdings nicht zu beanstanden, da die Voraussetzungen für eine solche ebenfalls erfüllt sind. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. (...).

(RRB Nr. 225 vom 10. März 2015).

Anmerkung: Das Verwaltungsgericht hat den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates bestätigt (VGE III 2015 55 vom 16. Juli 2015 = EGV-SZ 2015, B 8.10).

2.3 Umbau und Erweiterung eines Gewerbegebäudes

- *Anwendbarkeit der Weisung des Regierungsrates zu verkehrsintensiven Einrichtungen vom 14. Juli 2006 mit Massnahmen zu ergänzenden und verschärfenden Emissionsbegrenzungen (Erw. 3).*
- *Ausreichende Anzahl Parkplätze (Erw. 4).*
- *Abmessung der Parkfelder (Erw. 5) und Anzahl behindertengerechte Parkfelder (Erw. 6).*
- *Ausreichende Erschliessung des Bauvorhabens, einschliesslich des genügenden Fassungsvermögens der Basiserschliessung (Erw. 7).*

C 2.3

Aus dem Sachverhalt:

Die Genossenschaft Migros Zürich ist Eigentümerin der Parzellen KTN 623 und KTN 843 in der Gemeinde Wollerau. Darauf befindet sich ein Gewerbegebäude. Die Genossenschaft Migros Zürich ersuchte den Gemeinderat Wollerau am 6. Dezember 2012 um Bewilligung eines Umbaus und einer Erweiterung des Gewerbegebäudes auf KTN 623 und KTN 843. Sie plant, im Erdgeschoss dieses Gewerbegebäudes eine Migros-Filiale zu eröffnen. Gegen das Bauvorhaben sind mehrere Einsprachen erhoben worden. Gegen den Beschluss des Gemeinderates, in welchem die Baubewilligung erteilt und die Einsprachen abgewiesen wurden, erhoben drei Einsprecher Beschwerde beim Regierungsrat.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die Migros-Filiale zusammen mit den übrigen Gewerbenutzungen im Gebäude Roosstrasse 23 (folglich das ganze Gewerbegebäude) eine verkehrsintensive Einrichtung darstelle. Neue verkehrsintensive Einrichtungen seien in der Gemeinde Wollerau nicht zulässig.

3.1 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 (LRV, SR 814.318.142.1) 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 Emissi-

onsbegrenzungen (Art. 5 Abs. 1 LRV). Zur Koordination verschiedener verschärfender Emissionsbegrenzungen haben die Zentralschweizer Kantone gestützt auf Art. 44a USG und Art. 31 LRV sodann einen Massnahmenplan erarbeitet (Massnahmenplan I im Kanton Schwyz, mit RRB Nr. 527 vom 11. April 2000 verabschiedet) und in Ausführung desselben hat der Regierungsrat die Weisung zu verkehrsintensiven Einrichtungen vom 14. Juli 2006 (nachfolgend: VE-Weisung) erlassen.

3.2 Als verkehrsintensive Einrichtungen gelten insbesondere Einkaufszentren mit mehr als 5‘000 m^2 Verkaufsfläche oder mehr als 300 Parkplätzen (Art. 1 Abs. 2 VE-Weisung). Die geplante Migros-Filiale verfügt über eine Verkaufsfläche von 1‘180 m^2. Für das gesamte Gewerbegebäude sind 117 Abstellplätze geplant. Nach Art. 1 Abs. 2 VE-Weisung stellt das Gewerbegebäude deshalb noch keine verkehrsintensive Einrichtung dar. Die VE-Weisung gilt jedoch auch für Einrichtungen, welche an hundert Tagen pro Jahr mehr als 1‘500 Fahrten pro Tag (Summe der Zu- und Wegfahrten) erzeugen (Art. 1 Abs. 3 Bst. c VE-Weisung). Zudem sind in der Gemeinde Wollerau Konsum- und Freizeitanlangen, welche an 100 Tagen pro Jahr mehr als 1‘500 Fahrten pro Tag erzeugen, nicht zulässig (Art. 67 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Wollerau vom 7. März 2010, BauR). Gemäss den Erläuterungen zur VE-Weisung (RRB Nr. 797 vom 14. Juni 2006, E. 2.2.2) ist bei Billigdiscountern davon auszugehen, dass bereits ab 80 Parkplätzen die Mengenschwelle für die Fahrtenzahl überschritten wird. Bei dieser Annahme handelt es sich um einen Richtwert, welcher (unter Berücksichtigung von diversen Faktoren) im konkreten Einzelfall überprüft werden muss. Bei mehr als 80 Parkplätzen darf nicht automatisch eine Überschreitung der Fahrtenlimite angenommen werden (RRB Nr. 204 vom 9. März 2010, E. 4.2).

3.3 Bei der Frage der täglichen Fahrtenzahlen ist von drei Fallkategorien auszugehen. Bei den ersten beiden Kategorien liegt die Fahrtenzahl offenkundig unter oder offenkundig über dem Schwellenwert (1‘500 Fahrten pro Tag an mehr als 100 Tagen pro Jahr). In diesen beiden Fällen ist die Beurteilung, ob eine verkehrsintensive Einrichtung vorliegt oder nicht, ohne weiteres möglich. Zur dritten Fallkategorie gehören jene Fälle, in denen eine Prognose, ob der Schwellenwert erreicht wird oder nicht, nicht mit der erforderlichen Klarheit möglich ist, mithin die Fahrtenzahl prognostisch im Bereich des Schwellenwertes anzusiedeln ist. Bei dieser Kategorie ist es angezeigt, in einer ersten Phase unmittelbar keine Massnahmen gemäss VE-Weisung umzusetzen, für den Fall einer Übertretung des Schwellenwertes jedoch bereits die erforderlichen Massnahmen mittels jederzeit durchsetzbaren Nebenbestimmungen anzuord-

nen (VGE III 2010 55 vom 16. Juli 2010, E. 4.3 ff., in: EGV-SZ 2010, B 8.5).

3.4 Ob es sich bei der vorliegenden Migros-Filiale um einen Billigdiscounter im Sinne der Erläuterungen zur VE-Weisung (vgl. RRB Nr. 797 vom 14. Juni 2006, E. 2.2.2) handelt, kann letztlich offen gelassen werden, da so oder anders im konkreten Einzelfall geprüft werden muss, ob der Schwellenwert von 1‘500 Fahrten pro Tag an mehr als 100 Tagen pro Jahr überschritten wird. Die Migros-Filiale, zusammen mit den anderen Gewerbenutzungen im Gewerbegebäude Roosstrasse 23, ist als eine Anlage zu betrachten. Gemäss dem AKP-Verkehrsgutachten (S. 4, 20 und 22) verursacht die Migros-Filiale an den Werktagen (Montag bis Freitag) 1‘122 Fahrten und an den frequenzstarken Tagen (circa 60 Tage pro Jahr; Samstage und Tage vor Feiertagen) 1‘516 Fahrten. Dabei orientierten sich die Gutachter an Kennwerten von vier vergleichbaren Filialstandorten der Migros sowie des erwarteten Jahresumsatzes am Standort Wollerau. Bei den übrigen Nutzungen des Gewerbegebäudes nach dem Umbau bzw. der Umnutzung geht das Gutachten von 285 Tagesfahrten aus (S. 4 und 20). Das Gewerbegebäude verursacht somit gemäss dem AKP-Verkehrsgutachten insgesamt 1‘407 Tagesfahrten an den Werktagen (1‘122 + 285) und 1‘801 Tagesfahrten an den frequenzstarken Tagen (1‘516 + 285). Den Ausführungen der Vorinstanz 2 [Amt für Raumentwicklung] im angefochtenen Gesamtentscheid vom 9. Dezember 2013 (S. 9 oben) – das AKP-Verkehrsgutachten äussere sich nur zum Verkehrsaufkommen in den Spitzenstunden, nicht aber zum erwarteten Tagesverkehr – kann nicht gefolgt werden. Nachfolgend ist zu prüfen, ob auf diese im AKP-Verkehrsgutachten errechneten Tagesfahrten abgestellt werden kann.

3.5 Die Vorinstanz 1 [Gemeinderat Wollerau] hat die „Remund + Kuster Büro für Raumplanung AG“ am 20. Dezember 2012 beauftragt, das AKP-Verkehrsgutachten einer Plausibilisierung zu unterziehen. In der Beurteilung vom 18. Januar 2013 (nachfolgend: Beurteilung R + K) führt die „Remund + Kuster Büro für Raumplanung AG“ aus, die Anzahl Tagesfahrten an den Werktagen von circa 1‘400 erreiche den Schwellenwert von 1‘500 knapp nicht. Diese Differenz von 7 % sei sehr klein. Deshalb könne zum heutigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden, ob das Gewerbegebäude eine verkehrsintensive Einrichtung sei oder nicht. In der Beurteilung R + K werden folglich die im AKP-Verkehrsgutachten errechneten Tagesfahrten nicht in Frage gestellt. Insbesondere sagt die Beurteilung R + K nicht, die errechneten Tagesfahr-

ten seien zu hoch oder zu tief. In dieser Beurteilung wird denn auch keine andere Anzahl an Tagesfahrten errechnet.

3.6 Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, dass es sich bei den errechneten Tagesfahrten nur um eine Prognose handelt. Die Zahl der tatsächlichen Fahrten ist naturgemäss gewissen Schwanken unterworfen. Zudem widerspiegelt ein Vergleichsstandort einer anderen Migros-Filiale nie die konkreten Verhältnisse eines anderen künftigen Standortes. Die Vergleichbarkeit ist zum Vornherein beschränkt (vgl. dazu VGE III 2010 55 vom 16. Juli 2010, E. 4.2, in: EGV-SZ 2010, B 8.5). Da die hier umstrittene Migros-Filiale jedoch noch nicht in Betrieb ist, kann gar nicht auf konkrete Messungen der Fahrtenzahlen, sondern es muss auf Vergleichszahlen anderer Filialen abgestellt werden. Die Beschwerdeführer stellen die im AKP-Verkehrsgutachten errechneten Fahrtenzahlen nicht substantiiert in Frage. Ihrem Vorbringen, die neue Migros-Filiale werde eine viel grössere Anzahl Kunden anlocken, weil sie sich (im Gegensatz zur Migros Seedamm Center oder zur Migros Obersee) nicht in einem Einkaufszentrum befinde, kann nicht gefolgt werden. Es gibt keine konkreten Hinweise darauf, dass Migros-Lebensmittelmärkte in Einkaufszentren weniger frequentiert werden als solche, die nicht in einem Einkaufszentrum stationiert sind. Folglich gibt es keine Gründe, die im AKP-Verkehrsgutachten errechnete Anzahl Tagesfahrten anzuzweifeln. Die Vorinstanz 2 hat zu Recht darauf abgestellt.

3.7 Die Anzahl Tagesfahrten an den Werktagen (folglich an mehr als 100 Tagen pro Jahr) von 1‘401 weicht nur sehr gering vom Schwellenwert (1‘500) ab. Diesem Umstand hat die Vorinstanz 2 Rechnung getragen und die Beschwerdegegnerin verpflichtet, während mindestens zwei Jahren Verkehrszählungen im Bereich der Ein- und der Ausfahrt durchzuführen und diese periodisch dem Amt für Umweltschutz und der Vorinstanz 1 unaufgefordert vorzulegen. Wird nach einem Jahr seit Inbetriebnahme der Migros festgestellt, dass der Schwellenwert von 1‘500 Tagesfahrten an mehr als 100 Tagen pro Jahr überschritten wird, hat die Beschwerdegegnerin Massnahmen im Sinne der VE-Weisung (Parkplatz-Bewirtschaftung, Anbindung an den Langsamverkehr, Reduktion der Parkplatzzahl) umzusetzen (...). Jedenfalls führt die Tatsache, dass die Anzahl Tagesfahrten an den Werktagen nur knapp unter dem Schwellenwert liegt, nicht dazu, dass die VE-Weisung vorliegend zur Anwendung gelangt. Entscheidend ist, dass die geplante Migros-Filiale zusammen mit den anderen Gewerbenutzungen den Schwellenwert von 1‘500 Tagesfahrten an mehr als 100 Tagen pro Jahr nicht überschreitet. Das

Bauvorhaben stellt damit keine (unzulässige) verkehrsintensive Einrichtung dar. Es fällt nicht unter die VE-Weisung.

4. Die Beschwerdeführer rügen eine ungenügende Anzahl Parkplätze.

4.1 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 Umbauten, Erweiterungen oder Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen besteht die Pflicht zur Schaffung von Abstellflächen im Umfang des durch die baulichen Vorkehren geschaffenen Mehrbedarfs (§ 58 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Bei gewerblichen Bauten sowie bei Geschäfts- und Hotelbauten legt die Bewilligungsbehörde für motorisiertes Personal und Besucher die erforderliche Anzahl Abstellplätze entsprechend den Bedürfnissen der einzelnen Bauvorhaben fest. Die VSS-Norm (SN 640 281) gilt als Richtlinie (Art. 23 Abs. 1 Bst. b BauR). Lassen bestimmte Baugesuche einen starken Individualverkehr erwarten, kann die Zahl der Ein- bzw. Abstellplätze erhöht werden. Die Ein- und Abstellplätze sind so anzuordnen und auszubauen, dass sie ohne Gefährdung, insbesondere ohne Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit, benützt werden können. Für verkehrsintensive Einrichtungen gelten die kantonalen Weisungen (Art. 23 Abs. 2 BauR).

4.2 Die Beschwerdegegnerin ist einerseits zu Recht der Ansicht, dass die Migros-Filiale zusammen mit den übrigen Gewerbenutzungen keine verkehrsintensive Einrichtung darstellt. Andererseits bringt sie vor, aus Art. 3 VE-Weisung lasse sich ableiten, dass für ihr Bauvorhaben keine Mindestanzahl an Parkplätzen gelte. Das fragliche Gewerbegebäude ist keine verkehrsintensive Einrichtung. Die VE-Weisung ist vorliegend nicht anwendbar (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 3). Somit richtet sich die (minimale) Anzahl Parkplätze nach § 58 Abs. 1 PBG und Art. 23 Abs. 1 Bst. b BauR.

4.3 Die Norm SN 640 281 sieht für die Berechnung der erforderlichen Anzahl Parkplätze das vereinfachte Verfahren für wenig verkehrsintensive Anlagen und das detaillierte Verfahren für verkehrsintensive Anlagen vor. Das vereinfachte Verfahren kommt zur Anwendung, wenn das Parkfelder-Angebot weniger als 300 oder das im Durchschnitt über die Betriebstage erzeugte Aufkommen des motorisierten Individualverkehrs (MIV) weniger als 1‘500 Fahrten pro Tag beträgt (SN 640 281, Ziff. C.6.3). Vorliegend verursacht das Gewerbegebäude insgesamt 537‘195 Fahrten pro Jahr ([60 x 1‘801] + [305 x 1‘407]; AKP-Verkehrsgutachten, S. 20), was

einen Tagesdurchschnitt von 1‘472 Fahrten ergibt (537‘195: 365). Die durchschnittlichen Tagesfahrten liegen damit knapp unter der Grenze von 1‘500. Gemäss Baugesuch vom 6. Dezember 2012 (S. 2) sind für das Gewerbegebäude insgesamt 117 Abstellplätze (41 Tiefgaragenplätze, 76 Aussenparkplätze) geplant. Die Vorinstanz 1 hat damit zu Recht das vereinfachte Verfahren angewandt.

4.4 Die Argumentation der Vorinstanz 1, die Migros-Kunden könnten bei allfälligen Parkplatz-Engpässen auch auf dem gegenüberliegenden, öffentlichen Gemeindeparkplatz auf KTN 95 parkieren, verfängt nicht. Bei der Frage der hinreichenden Anzahl Abstellplätze sind nur diejenigen Parkplätze zu berücksichtigen, welche ausdrücklich als solche für das Gewerbegebäude auf KTN 843 ausgewiesen und reserviert werden. Auszugehen ist damit von 116 ausgewiesenen Parkplätzen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 5).

4.5 Bei der Berechnung der erforderlichen Anzahl Parkfelder für verschiedene Nutzungen ist auf die Tabelle 1 der VSS-Norm SN 640 281 abzustellen. Für kundenintensive Verkaufsgeschäfte wie z.B. Lebensmittelläden sind pro 100 m^2 Verkaufsfläche zwei Parkplätze für das Personal und acht Parkplätze für die Kunden zu erstellen. Die geplante Migros-Filiale weist eine Verkaufsfläche von 1‘180 m^2 auf. Dafür sind folglich insgesamt 118 Parkplätze zu erstellen (1‘180 : 100 x [8 + 2]). Im Untergeschoss des Gewerbegebäudes befinden sich 489 m^2 Lagerräume. Diese werden auch nach dem Umbauvorhaben bestehen bleiben. Dafür ist ein Parkplatz zu erstellen (489 : 100 x [0.1 + 0.01] = 0.54). Im Gewerbegebäude liegen weiter insgesamt 2‘474 m^2 Gewerbefläche (Erdgeschoss: 461 m^2; erstes Obergeschoss: 1‘413 m^2; zweites Obergeschoss: 600 m^2), welche durch das Umbauvorhaben ebenfalls nicht tangiert werden. Darin sind verschiedene Dienstleistungsbetriebe angesiedelt. Für übrige Dienstleistungsbetriebe sind pro 100 m^2 Bruttogeschossfläche 2.5 Parkplätze zu schaffen. Somit sind für die Gewerberäume im ersten, zweiten und dritten Obergeschoss insgesamt 62 Parkplätze ([461 + 1‘413 + 600] : 100 x 2.5) erforderlich. Die Parkplätze für das aktuell im Gewerbegebäude eingemietete Fitnesscenter sind hier zu berücksichtigen. Massgebend ist der Sachverhalt im Entscheidzeitpunkt. Es ist durchaus denkbar, dass der bis 31. Dezember 2015 befristete Mietvertrag verlängert bzw. erstreckt wird (...). Für Fitnesscenter sind pro Garderobenplatz 0.3 Parkplätze erforderlich. Die Vorinstanz 1 geht beim Fitnesscenter der Beschwerdeführerin 1 von 50 Garderobenplätzen und damit von 15 Parkplätzen aus. Sie führt dazu jedoch selber aus, dass sie über keine Angaben über die genaue Anzahl Garderobenplätze verfüge.

Gemäss der Beschwerdeführerin 1 hat ihr Fitnesscenter 40 Herren- und 40 Damengarderobenplätze. Auf diese Anzahl Garderobenplätze ist abzustellen, zumal diese weder die Vorinstanz 1 noch die Beschwerdegegnerin bestreiten. Folglich würde das Gewerbegebäude insgesamt 205 Parkplätze benötigen (118 + 1 + 62 + [80 x 0.3]). Wenn die Annahme der Vorinstanz 1 von 50 Garderobenplätzen stimmt, wären 196 Parkplätze (118 + 1 + 62 + [50 x 0.3]) erforderlich. Die nicht näher begründete und nicht nachvollziehbare Parkplatzberechnung der Vorinstanz 1 in der Baubewilligung von 165 erweist sich damit als falsch.

4.6 Die VSS-Norm SN 641 281 (Ziff. 10.2) unterscheidet fünf Standorttypen (A, B, C, D und E). Die Zuordnung zu diesen Standorttypen erfolgt nach den Kriterien „Anteil Langsamverkehr am gesamten erzeugten Personenverkehr“ sowie „mit erschlossenen Einwohnern gewichtete Bedienungshäufigkeit des öffentlichen Verkehrs während der massgebenden Betriebszeit“. In der angefochtenen Baubewilligung ist die Vorinstanz 1 (ohne nähere Begründung) vom Standorttyp D ausgegangen. In der Vernehmlassung vom 30. Januar 2014 führt sie aus, das Gewerbegebäude sei gut an den öffentlichen Verkehr angeschlossen. Es werde fünf Mal pro Stunde (3x vom Dorf her; 2x von der Richtung Roos) mit dem Bus bedient. Der Anteil am Langsamverkehr betrage mehr als 25 %. Deshalb sei das Bauvorhaben dem Standorttyp C zuzuordnen. Das Gewerbegebäude wird entgegen den Ausführungen der Vorinstanz 1 nur vier Mal pro Stunde mit dem öffentlichen Verkehr erschlossen. Die Bushaltestelle „Wollerau, Obermühli“ befindet sich in zumutbarer Gehdistanz (circa 50 m) vom Gewerbegebäude entfernt. Von dort aus fährt der Bus Nr. 176 zwei Mal pro Stunde in Richtung „Wollerau, Roos“ und zwei Mal pro Stunde Richtung „Richterswil, Bahnhof“ (www.sbb.ch; eingesehen am 11. März 2015). Das AKP-Verkehrsgutachten (S. 3 f.) geht von einem MIV-Anteil von 75 % - 80 % aus. Der Anteil am Langsamverkehr beträgt daher weniger als 25 %. In Anwendung der Tabelle 2 der VSS-Norm SN 641 281 ist das Gewerbegebäude entgegen den Ausführungen der Vorinstanz 1 in der Vernehmlassung vom 30. Januar 2014 dem Standorttyp D zuzuordnen. Die Beschwerdegegnerin müsste demnach zwischen 144 und 185 Parkplätze (zwischen 70 % bis 90 % von 205, vgl. SN 641 281, Tabelle 3) ausweisen können.

4.7 Weiter führt die Vorinstanz 1 aus, die fürs übrige Gewerbe vorgesehenen 62 Parkplätze stünden ausserhalb der Bürozeiten den Kunden der Migros-Filiale zur Verfügung. Bei Projekten mit verschiedenen Nutzungsarten ergibt sich das Parkfelderangebot aus der Summe der Angebote für die einzelnen Nutzungen abzüglich der Parkfelder, welche zeit-

lich gestaffelt durch verschiedene Benutzerkategorien genutzt werden können (SN 640 281, S. 17). Die geplante Migros-Filiale verursacht an den Samstagen und vor Feiertagen mehr Fahrten als an den Werktagen (AKP-Gutachten, S. 5 oben). An den Samstagen stehen die Parkplätze der Büronutzungen den Migros-Kunden grundsätzlich zur Verfügung. An den Werktagen hingegen ist während der Abendspitzenstunde (zwischen 17.00 und 18.00 Uhr) vom gesamten Gewerbegebäude (Gewerbenutzungen zusammen mit der Migros-Filiale) ein hohes Verkehrsaufkommen zu erwarten (AKP-Gutachten, S. 5, Abbildung 2). Während dieser Abendspitzenstunde steht nur ein Teil der Gewerbeparkplätze den Migros-Kunden zur Verfügung. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz 1 führen im Detail aus, wie die übrigen Gewerberäume genutzt werden. Unklar bleibt namentlich, ob und in welchem Umfang diese Räumlichkeiten Publikumsverkehr verursachen und ob der Publikumsverkehr nur während der Bürozeiten stattfindet. Fest steht, dass das Fitnesscenter der Beschwerdeführerin 1 werktags am Abend bis 21.30 Uhr und auch am Wochenende geöffnet ist (http://www.freetime.ch/oeffnungszeiten/oeffnungszeiten.html, eingesehen am 11. März 2015). Diese 24 Parkplätze stehen den Migros-Kunden praktisch gar nicht zur Verfügung. Es ist jedoch davon auszugehen, dass zumindest ein Teil der Gewerberäumlichkeiten mit Büros belegt ist, welche an den Samstagen ganztags und an den Werktagen zumindest ab circa 18.00 Uhr kaum mehr Parkplätze benötigen. Insgesamt darf davon ausgegangen werden, dass von den 38 Gewerbeparkplätzen (62 Gewerbeparkplätze abzüglich 24 Parkplätze fürs Fitnesscenter) zumindest ein Teil auch durch Migros-Kunden und damit doppelt genutzt werden kann. Durch diese zeitlich gestaffelten Doppelnutzungen können die fehlenden 28 Parkplätze (144 Mindestparkplätze abzüglich der 116 ausgewiesenen Parkplätze) kompensiert werden. Somit verfügt das Bauvorhaben gerade noch über genügend Parkplätze.

5. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, gewisse ausgewiesene Parkplätze seien zu kurz bzw. zu schmal.

5.1 Weder das Planungs- und Baugesetz (PBG) noch die entsprechende Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 (PBV, SRSZ 400.111) sehen spezifische Bestimmungen zur konkreten Anordnung von Parkierungsanlagen vor. Abzustellen ist diesbezüglich auf die Schweizer Norm (SN) 640 291a des VSS „Parkieren – Anordnung und Geometrie der Parkierungsanlagen“. Für die Parkplätze der Migros-Filiale und des Fitnesscenters ist die Komfortstufe B „Personenwagen PW, öffentlich zugänglich“ einzuhalten. Ein Senkrechtparkfeld mit einem Parkwinkel von

90° muss 5 m lang sowie zwischen 2.5 m und 2.8 m breit sein. Zwei zusammenhängende Senkrechtparkfelder mit einem Parkwinkel von 90° (Parkfelderblock) müssen dementsprechend insgesamt 10 m lang sein. Die Breite der Fahrgasse bei Senkrechtparkfeldern hat zwischen 4 m und 6.5 m zu betragen (SN 640 291a, S. 5 und 13).

5.2 Die Parkplätze Nr. 24-41 in der Tiefgarage mit einer Länge von 4.7 m sind zu kurz. Die dazugehörende Fahrgasse mit einer Breite von 6.58 m kann jedoch um 30 cm verkürzt werden, sodass die Länge der Parkplätze Nr. 24-41 wiederum 5 m beträgt. Damit werden sowohl die minimale Parkplatzlänge von 5 m als auch die minimale Fahrgassenbreite von 6 m eingehalten. Die Beschwerdegegnerin wird angewiesen, die Parkplätze Nr. 24-41 dementsprechend so zu realisieren bzw. zu markieren. Die Aussenparkplätze Nr. 8-31 mit einer Länge von 5 m halten die Anforderungen der Schweizer Norm 640 291a ein. Auch ist der Parkfelderblock, bestehend aus den Tiefgaragenparkfeldern Nr. 15-31, mit 10 m genügend lang. Die sechs Tiefgaragenparkfelder Nr. 18-23 sind nur 2.43 m breit. Sie können damit die Anforderungen der Komfortstufe B zwar nicht erfüllen, halten jedoch die minimale Breite der Komfortstufe A von 2.35 m noch ein. Sie sind noch als genügend zu erachten, zumal sie auch als Angestelltenparkplätze (für welche die Komfortstufe A „Personenwagen PW, nicht öffentlich zugänglich“ gilt) ausgewiesen werden können und der Schweizer Norm 640 291a nur Richtliniencharakter zukommt. Das Parkfeld Nr. 40 in der Tiefgarage hingegen ist nur 2.3 m breit und erfüllt auch die Anforderungen der Komfortstufe A nicht. Es darf nicht als Parkplatz ausgewiesen werden. Somit halten 116 Parkplätze (76 Aussen- und 40 Tiefgaragenparkplätze) die Anforderungen bezüglich Dimensionierung ein (vgl. oben Ziff. 4.7).

6. Die Beschwerdeführer monieren eine ungenügende Anzahl rollstuhlgängige Parkplätze.

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

Publikum zugänglichen Bereiche so zu gestalten, dass sie für Menschen mit Behinderungen zugänglich und benutzbar sind (§ 57 Abs. 2 PBG). Für die baulichen Anforderungen gelten die Normen über behindertengerechtes Bauen als Richtlinien (§ 36 Abs. 2 PBV; gemeint ist damit die Schweizer Norm SN 521 500 „Behindertengerechtes Bauen", die am 1. Januar 2009 durch die Norm SIA 500 „Hindernisfreie Bauten" abgelöst wurde). Zu den öffentlich zugänglichen Bauten gehören unter anderem Verkaufsgeschäfte sowie Sport- und Wellnessanlagen (Norm SIA 500, Ziff. 1.3.2.2), folglich auch die geplante Migros-Filiale und das Fitnessstudio der Beschwerdeführerin 1. Rollstuhlgerechte Parkplätze müssen mindestens 3.5 m breit und vorzugsweise nahe beim rollstuhlgerechten Gebäudezugang sein (Norm SIA 500, Ziff. 7.10.3).

6.2 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass drei rollstuhlgerechte Parkplätze erforderlich sind, da das Gewerbegebäude über 101-150 Parkplätze verfügt. Ob hier nicht lediglich zwei rollstuhlgerechte Parkplätze ausgewiesen werden müssen, da von den 116 ausgewiesenen Parkplätzen nur rund 99 (70 % von [118 + 24]; vgl. die Ausführungen unter Ziff. 4.5) der Migros-Filiale und dem Fitnessstudio zuzuordnen sind, ist fraglich, kann letztlich aber offen bleiben. Denn die Beschwerdegegnerin kann im Erdgeschoss zwei rollstuhlgerechte Aussenparkplätze (welche auch als solche gekennzeichnet werden) direkt neben dem Migros-Ladeneingang ausweisen. Zudem sind in der Tiefgarage die Parkplätze Nr. 1, 2, 5 und 6 in der Nähe des Personenliftes ebenfalls mehr als 3.5 m breit. Somit werden auch die Anforderungen an behindertengerechtes Bauen erfüllt.

7. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die geplante Migros-Filiale sei ungenügend erschlossen. Die Verkehrssituation beim Autobahnanschluss Nord und beim Kreisel Zentrum sei bereits heute kritisch. Mit dem von der Migros-Filiale ausgehenden Mehrverkehr seien die beiden Knoten nicht mehr verkehrssicher.

7.1 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 PBG). 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 verkehrs-

sicher und so beschaffen ist, dass sie der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung durch Benützer und öffentliche Dienste gewachsen ist (§ 37 Abs. 3 PBG). Die Anforderungen an die Erschliessung sind je nach der beanspruchten Nutzung und nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall verschieden. Ein Bauvorhaben muss spätestens im Zeitpunkt der Realisierung über die für den ordnungsgemässen Betrieb erforderliche strassenmässige Erschliessung verfügen, ansonsten die Baubewilligung nicht erteilt werden kann (BGE 127 I 103, E. 7.d). Für die Beurteilung der technischen Anforderungen an eine Zufahrt sind die Normen der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) beizuziehen (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 19 N 21). Dabei gilt es zu beachten, dass diesen Normen zwar Richtliniencharakter, indes nicht Rechtssatzcharakter zukommt. Die Richtlinien entbinden daher nicht davon, den einzelnen Fall im Lichte aller erheblichen Umstände zu beurteilen (VGE 714/94 vom 10. März 1995, E. 3.a).

7.2 Im Baubewilligungsverfahren ist für Konsum- und Freizeitanlagen, welche Nutzflächen von mehr als 1'000 m^2 oder mehr als 80 Motorfahrzeugabstellplätze vorsehen, mit dem Baugesuch ein Gutachten über die verkehrlichen Auswirkungen einzureichen. Die Bauherrschaft muss die genügende Erschliessung für den motorisierten Individualverkehr, den öffentlichen Verkehr sowie den Langsamverkehr nachweisen (Art. 67 Abs. 1 BauR). Es ist insbesondere der Nachweis betreffend dem „Durchschnittlichen Täglichen Verkehr" (DTV) sowie dem „Spitzenstundenverkehr" (SSV) zu erbringen. Die Bewilligungsbehörde kann in besonderen Fällen weitere Unterlagen und Auskünfte einverlangen, wenn dies für die Beurteilung des Baugesuches notwendig ist (Art. 67 Abs. 2 BauR).

7.3 Bei der hinreichenden Erschliessung ist stets von der erwarteten Gesamtbeanspruchung der Erschliessungsstrasse unter Einschluss der Nachbarschaft und der Allgemeinheit auszugehen. Die hinreichende Zufahrt hat sich nach den zonengerechten Baumöglichkeiten jener Flächen zu richten, die sie erschliessen soll. Das Erschliessungserfordernis bezieht sich auch auf die Basiserschliessung. In welchem Umkreis eines Bauvorhabens das übergeordnete Strassennetz in die Beurteilung miteinzubeziehen ist, muss aufgrund der konkreten Verhältnisse beurteilt werden. Dabei sind folgende Grundsätze zu befolgen: Verschärft ein Bauvorhaben eine bestehende Überlastung des übergeordneten Strassennetzes wesentlich oder wird eine bis anhin knapp genügende Strassenkapazität derart beansprucht, dass sie neu wesentlich überlastet wird, so ist die hinreichende Erschliessung ernsthaft in Frage gestellt und anhand der

konkreten Umstände zu überprüfen. Je weiter weg ein übergeordneter und überlasteter Strassenknoten vom Bauvorhaben entfernt ist, desto weniger fällt der Aspekt der Überlastung ins Gewicht, da sich in der Regel das Verkehrsaufkommen eines konkreten Bauobjektes mit der Zunahme der Entfernung auf verschiedene Verkehrsträger verteilt und Kurzfahrten nicht zu entfernteren Engpässen führen. Beim übergeordneten Strassennetz kommt der Gesamtbeanspruchung nicht die gleiche entscheidende Bedeutung zu wie bei der Fein- und Groberschliessung (VGE III 2013 103 vom 19. Februar 2014, E. 2.2; VGE III 2008 6 und 7 vom 15. April 2008, E. 3.1; VGE 728/95 vom 18. Juli 1996, E. 2.e; Josef Hensler, Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte, in: EGV-SZ 2004, S. 284 mit Hinweisen).

7.4 Zurzeit wird das Gewerbegebäude auf KTN 843 hauptsächlich über die Roosstrasse erschlossen. Vereinzelt nutzen die Autofahrer aber auch die nordöstliche Zufahrt von der Verenastrasse her. Nach dem umstrittenen Umbau soll das Gewerbegebäude vollständig über die Roosstrasse erschlossen und damit die Verenastrasse entlastet werden (AKP-Verkehrsgutachten, S. 18; Verkehrsgutachten R + K, S. 23). Das AKP-Verkehrsgutachten äussert sich zur hier umstrittenen Frage, ob das übergeordnete Strassennetz den durch die Migros verursachten Mehrverkehr noch zu tragen vermag. Darin wurden der Ist-Zustand (aktuelle Situation ohne Migros-Filiale), der Ausgangszustand 2030 (Situation im Jahr 2030 ohne Migros-Filiale) sowie der Betriebszustand 2030 (Situation im Jahr 2030 mit der geplanten Migros-Filiale) untersucht. Beurteilt wird die Verkehrsqualitätsstufe jeweils während der Abendspitzenstunde (ASP, zwischen 17.00 und 18.00 Uhr), während welcher das Verkehrsaufkommen am grössten ist. Gemäss dem AKP-Verkehrsgutachten weist die Zufahrt Roospark (Verkehrsknoten Roosstrasse – Einfahrt Gewerbegebäude) auch im Betriebszustand 2030 eine gute Verkehrsqualitätsstufe C und der A3-Anschlussknoten Süd eine genügende Verkehrsqualitätsstufe D (gemäss Schweizer Norm SN 640 022, Knoten ohne Lichtsignalanlage, Ausgabe 1999) aus. Diese Verkehrsknoten seien auch mittelfristig (im Jahr 2030) mit dem Mehrverkehr der geplanten Migros funktionsfähig. Nur der A3-Anschlussknoten Nord (Verena-/Roosstrasse) weise im Jahr 2030 (Betriebszustand) insgesamt eine ungenügende Verkehrsqualitätsstufe F (Überlastung) auf. Durch die Linkseinmünder von der A3-Rampe sowie die Linksabbieger auf die A3-Rampe entstehe ein Rückstau auf der A3-Ausfahrtsrampe. Die geplante Migros sei nicht die Ursache dieser Problematik, würde diese aber zusätzlich verschärfen (AKP-Verkehrsgutachten, S. 14 ff.).

7.5 Die Beurteilung R + K hat das AKP-Verkehrsgutachten einer Plausibilisierung unterzogen. Sie kommt zum Schluss, dass bei der Verkehrssicherheit auch die Entwicklungen im Gebiet „Roos“ (insbesondere diejenige des Gestaltungsplangebietes „Bächlipark“ auf KTN 122) zu berücksichtigen seien. Die Folgen aller geplanten Entwicklungen im Gebiet Roos (inklusive der geplanten Migros) auf den Autobahnanschluss Wollerau und das angrenzende Strassennetz (vor allem auf den Kreisel Zentrum) seien noch nicht abschliessend aufgezeigt.

7.6 Daraufhin hat die „Remund + Kuster Büro für Raumplanung AG“ das Verkehrsgutachten R + K erstellt. Dort werden vier Szenarien untersucht. Das Szenario 0 stellt den Ist-Zustand 2013 dar. Demgemäss stossen der Kreisel Zentrum sowie der Anschlussknoten Nord in der ASP bereits heute an ihre Grenzen. Nur der Anschlussknoten Süd weist heute genügend Reserven aus. Das Szenario 1 zeigt den Ist-Zustand 2013 ergänzt mit der geplanten Migros-Filiale. Die Situation beim Kreisel Zentrum und beim Anschlussknoten Nord werde sich beim Szenario 1 weiter verschärfen, der Anschlussknoten Süd und der Anschlussknoten Roospark hingegen könnten das Verkehrsaufkommen bewältigen. Beim Szenario 2 wird der Zustand 2013 zusammen mit dem Mehrverkehr von der Migros-Filiale sowie den noch unüberbauten, eingezonten Flächen im Gebiet Roos untersucht. Dabei habe der Anschlussknoten Süd auch für den Mehrverkehr von der Migros-Filiale sowie den noch unüberbauten Flächen im Gebiet Roos noch genügend Reserven. Die Verkehrsqualität der Ausfahrt aus dem Gewerbegebäude Roospark könne beim Szenario 2 immer noch als gut bezeichnet werden. Der Kreisel Zentrum weise gerade noch eine ausreichende Verkehrsqualität auf. Einzig der Anschlussknoten Nord müsse als ungenügend bezeichnet werden. Beim Szenario 3 geht man vom Zustand im Jahr 2035 inklusive des Verkehrs der Migros-Filiale sowie den unüberbauten, eingezonten Flächen in Wollerau aus. Im Jahr 2035 wird das gesamte Hauptverkehrsnetz in Wollerau überlastet sein (Verkehrsgutachten R + K, S. 18 ff.).

7.7 Die Vorinstanz 1 und die Beschwerdegegnerin bestreiten nicht, dass im Rahmen der Gesamtbeanspruchung vorliegend der voraussichtliche Mehrverkehr der unüberbauten Flächen im Gebiet Roos zu berücksichtigen ist. Massgebend ist hier also das Szenario 2, gemäss welchem der Kreisel gerade noch als ausreichend, der Anschlussknoten Nord aber als ungenügend zu bezeichnen sei. Der Anschlussknoten Süd sowie der Anschlussknoten Roospark (Verkehrsflüsse Nr. 8, 88, 9, 99, 10, 101, 555, 556, 666 und 667; Verkehrsgutachten R + K, S. 15) weisen auch nach der Realisierung der Migros-Filiale sowie den Bauvorhaben im Ge-

biet Roos immer noch die Verkehrsqualitätsstufe A (sehr gut) aus (Verkehrsgutachten R + K, S. 15 und 32). Im Jahr 2030 (mit der Migros-Filiale) ist der Anschlussknoten Süd immer noch der Verkehrsqualitätsstufe D (ausreichend) und der Anschlussknoten Roospark der Verkehrsqualitätsstufe C (gut) zuzuordnen (AKP-Verkehrsgutachten, S. 17 und 19). Diese beiden Knoten können den durch die geplante Migros generierten Mehrverkehr tragen. Insoweit ist das Bauvorhaben hinreichend erschlossen. Darüber sind sich die Parteien auch einig. Zu prüfen bleibt, ob die Migros-Filiale die Überlastung des Kreisels Zentrum sowie des Anschlussknotens Nord zu einem wesentlichen Teil verursacht bzw. verschärft.

7.8.1 Das bestehende Gewerbegebäude verursacht während der Abendspitzenstunde insgesamt 113 Hin- und Wegfahrten (davon je die Hälfte Hin- bzw. Wegfahrten; AKP-Verkehrsgutachten, S. 3, Abbildung 1; Verkehrsgutachten R + K, S. 18). Beim Gewerbegebäude zusammen mit der Migros-Filiale (abzüglich der wegfallenden Gewerbenutzungen) ist von insgesamt rund 190 Hin- und Wegfahrten während der Abendspitzenstunde an frequenzstarken Tagen auszugehen. Davon sind circa 100 Weg- und 90 Hinfahrten (AKP-Verkehrsgutachten, S. 5, Abbildung 2; Verkehrsgutachten R + K, S. 23). Folglich ist von 77 Mehrfahrten (Hin- und Wegfahrten) auszugehen.

7.8.2 Der Anschlussknoten Nord ist eine Basiserschliessungsanlage (Erschliessungsplan der Gemeinde Wollerau vom 7. März 2010) und demnach für die Frage der Erschliessung grundsätzlich zu berücksichtigen. Die Distanz zum Baugrundstück beträgt nur rund 250 m. Zurzeit wird der Anschlussknoten Nord während der Abendspitzenstunde von insgesamt 1‘497 Fahrzeugen befahren (Verkehrsgutachten R + K, S. 18). Das AKP-Verkehrsgutachten (S. 9) geht von 1‘488 Fahrzeugen aus, welche während der Abendspitzenstunde den Anschlussknoten befahren. Zusammen mit dem Mehrverkehr der Migros-Filiale fahren 1‘579 Fahrzeuge über den Anschlussknoten Nord (Verkehrsgutachten R + K, S. 24). Der Mehrverkehr beträgt zwischen 82 und 91 Fahrten bzw. zwischen 5 % und 6 %. Problematisch sind hier die Wartezeiten von der Autobahn von Richtung Chur her über die Verenastrasse in die Roosstrasse (Verkehrsströme Nr. 6 und 66; Verkehrsgutachten R + K, S. 15). Heute beträgt die Verkehrsqualität des Verkehrsstromes Nr. 6 B (sehr gut) und diejenige des Verkehrsstromes Nr. 66 C (gut; Szenario 0). Die Migros-Filiale führt zwar zu zusätzlichen Wartezeiten beim Anschlussknoten Nord, die Verkehrsqualitäten der Verkehrsströme Nr. 6 und 66 sind beim Szenario 1 aber immer noch der Stufe D (ausreichend)

zuzuordnen (Verkehrsgutachten R + K, S. 20 und 26). Alleine die Migros-Filiale führt also nicht zu einer Überschreitung der Leistungsgrenze am Anschlussknoten Nord. Erst bei Berücksichtigung des Mehrverkehrs der unüberbauten Flächen im Gebiet Roos zusammen mit dem Mehrverkehr der Migros-Filiale (Szenario 2) erreicht der Anschlussknoten Nord die Verkehrsqualitätsstufe E (kritisch; Verkehrsgutachten R + K, S. 32). Die Migros wird diese Überschreitung der Leistungsgrenze zwar zusätzlich verschlechtern. Angesichts ihres Mehrverkehrs zwischen 5 % und 6 % auf dem Knoten trägt sie aber nicht wesentlich zu dieser Verschlechterung bei. Vielmehr ist die Überlastung auch hier hauptsächlich auf eine allgemeine Verkehrszunahme und auf die Realisierung von Bauvorhaben auf eingezontem Land in der Gemeinde Wollerau zurückzuführen. Der Anschlussknoten Nord wird im Jahr 2030 bzw. 2035 (Szenario 3) überlastet sein, und zwar auch ohne die geplante Migros-Filiale. Auch diese Überlastung ist nicht primär auf den Mehrverkehr der Migros-Filiale, sondern auf die allgemeine Verkehrszunahme zurückzuführen (Verkehrsgutachten R + K, S. 43; AKP-Verkehrsgutachten, S. 15). Somit vermag der Anschlussknoten Nord den durch die Migros verursachten Mehrverkehr zu tragen.

7.8.3 Der Kreisel Zentrum ist eine Basiserschliessungsanlage (Erschliessungsplan der Gemeinde Wollerau vom 7. März 2010) und demnach für die Frage der Erschliessung grundsätzlich ebenfalls zu berücksichtigen. Der Kreisel befindet sich rund 500 m vom Bauvorhaben entfernt. Bei dieser Distanz ist der von der Migros-Filiale verursachte Mehrverkehr für die Frage der Überlastung des Kreisels nicht mehr allzu stark zu gewichten. Der Kreisel Zentrum wird während der Abendspitzenstunde zurzeit von insgesamt 1‘990 Fahrzeugen befahren. Nach der Realisierung der Migros-Filiale fahren während der Abendspitzenstunde 2‘049 Fahrzeuge durch den Kreisel (Verkehrsgutachten R + K, S. 18 und 24). Diese 59 Mehrfahrten machen nur 2.88 % des gesamten Kreiselverkehrs aus. Gemäss dem Verkehrsgutachten R + K (S. 15) führen die Verkehrsflüsse Nr. 1, 11, 111, 2, 22, 222, 3, 33, 333, 4, 44 und 444 über den Kreisel. Heute weisen diese Verkehrsflüsse die Verkehrsqualitätsstufen A bis C auf (sehr gut bis gut; Szenario 0), nach der Realisierung der Migros betragen die Verkehrsqualitätsstufen immer noch zwischen A bis D (sehr gut bis genügend; Szenario 1). Sogar nach einer Überbauung der Flächen im Gebiet Roos (Szenario 2) betragen die Verkehrsqualitätsstufen des Kreisels immer noch zwischen A bis D (sehr gut bis genügend; Verkehrsgutachten R + K, S. 20, 26 und 32). Die Migros alleine führt also beim Kreisel Zentrum nicht zu einer Überschreitung der Leistungsgrenze. Die Leistungsfähigkeit des Kreisels wird im Jahr

2035 überschritten sein (Verkehrsqualitätsstufen C bis E bzw. gut bis kritisch; Szenario 3; Verkehrsgutachten R + K, S. 40), und zwar vorwiegend aufgrund einer allgemeinen Verkehrszunahme sowie der Bebauung unüberbauter Bauzonen in der Gemeinde Wollerau. Die Leistungsgrenze würde im Jahr 2035 auch ohne die Migros-Filiale überschritten werden (Verkehrsgutachten R + K, S. 43). Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch die Migros-Filiale zu einer Verschärfung der Verkehrssituation beim Kreisel Zentrum beitragen wird. Jedoch ist ihr Beitrag angesichts des durch sie beim Kreisel verursachten Mehrverkehrs von 2.88 % nicht wesentlich. Auch der Kreisel Zentrum vermag folglich den Anforderungen an eine hinreichende Erschliessung zu genügen. Die geplante Migros-Filiale ist hinreichend erschlossen.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bauvorhaben allen einschlägigen Bauvorschriften entspricht und demnach zu Recht bewilligt wurde. (...).

(RRB Nr. 251 vom 17. März 2015).

3. Umweltschutz

3.1 Ableitung von Sickerwasser

- *Zulässigkeit von Nebenbestimmungen in einem Baubewilligungsverfahren (Erw. 1).*
- *Verpflichtung des Grundeigentümers, für die Entwässerung der eigenen Liegenschaft besorgt zu sein (Erw. 2.1 – 2.5).*
- *Entwässerung weiterer privater Liegenschaften durch einen Grundeigentümer (Erw. 2.6).*

Aus dem Sachverhalt:

Auf zwei unmittelbar angrenzenden Liegenschaften bewilligte der Gemeinderat 2009 zwei Bauvorhaben (Neubau Gewerbebaute mit Büros und Betriebswohnung sowie Gewerbegebäude für eine Bauspenglerei). Am 6. November 2013 ersuchte die Fa. X. AG den Gemeinderat um die Baubewilligung für den Anbau von überdachten Kragarmregalen mit ostseitigem Vordach, die Erstellung einer Böschungssicherung und die Montage von Reklamen beim bestehenden Gewerbegebäude. Mit Ge-

samtentscheid vom 13. Februar 2014 erteilte das Amt für Raumentwicklung im Sinne der Erwägungen und mit Nebenbestimmungen die kantonale Baubewilligung. Der Gemeinderat bewilligte am 6. März 2014 unter Eröffnung dieses Gesamtentscheides das Bauvorhaben unter Nebenbestimmungen:

„ 1. Auflagen und Bedingungen:
1.17 Kanalisation/Liegenschaftsentwässerung:
1.17.1 Die Gemeinde X. hat im Jahre 2013 die Strassenentwässerung der Büelgasse von der Liegenschaftsentwässerung des Grundstücks GB-Nr. 1576 abgehängt. Die Hinweise auf Bauleistungen seitens der Gemeinde X. sind nichtig.
1.17.2 Die Entwässerung des Grundstücks GB-Nr. 1576 ist auf den Abwasseranfall auf diesem Grundstück selbst, sowie allfällige Sickerwasserzuflüsse aus oberhalb liegenden Grundstücken auszulegen. Diese Sickerwasserleitungen sind privatrechtlicher Natur und fallen nicht in die Zuständigkeit der Gemeinde X.
2.-8. (…)“

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 1.17 des angefochtenen Beschlusses sei unzulässig. Sie habe um die Baubewilligung für den Anbau von Kragarmregalen ersucht. Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin in der Baubewilligung, für die vollständige Entwässerung von benachbarten Grundstücken zu sorgen, sei sachfremd. Diese Nebenbestimmung stehe in keinem Zusammenhang zum Bauprojekt und sei deshalb rechtswidrig.

1.1 Verfügungen können mit Nebenbestimmungen – wie einer Befristung, Bedingung oder Auflage – verbunden werden. Das Legalitätsprinzip gilt auch bezüglich Nebenbestimmungen, weshalb zum Erlass einer solchen eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Es genügt jedoch bereits, wenn die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung aus dem durch das Gesetz verfolgten Zweck hervorgeht. Eine Verfügung kann insbesondere dann mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, wenn sie auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte. Unzulässig sind auf jeden Fall Nebenbestimmungen, die sachfremd sind. Des Weiteren müssen Nebenbestimmungen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein (Ulrich Häfelin/Georg Mül-

ler/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 918 ff.; vgl. EGV-SZ 2006, C 2.1, E. 2.3).

1.2 Damit eine Baubewilligung für eine Baute oder Anlage erteilt werden kann, muss unter anderem das Land erschlossen sein (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700; § 53 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Land ist (in tatsächlicher Hinsicht) erschlossen, wenn insbesondere auch die erforderlichen Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG).

Die Anforderungen an die abwassertechnische Erschliessung werden weitestgehend durch die Gewässerschutzgesetzgebung umschrieben (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 19 Rz. 26). Die Inhaber von Gebäuden müssen bei deren Erstellung oder bei wesentlichen Änderungen dafür sorgen, dass das Niederschlagswasser und das stetig anfallende nicht verschmutzte Abwasser bis ausserhalb des Gebäudes getrennt vom verschmutzten Abwasser abgeleitet werden (Art. 11 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998, GSchV, SR 814.201).

1.3 Die Vorinstanz 1 hat der Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2009 die Baubewilligung für ihr Bauvorhaben „Neubau Gewerbebaute mit Büros und Betriebswohnung“ erteilt. Am 6. November 2013 hat die Beschwerdeführerin die Vorinstanz 1 um die Bewilligung für den Anbau von überdachten Kragarmregalen mit Vordach an die inzwischen erstellte Gewerbebaute, die Erstellung einer Böschungssicherung und die Montage von Reklamen ersucht. Es handelt sich bei diesem Bauvorhaben im Wesentlichen um einen Anbau an das bestehende Gewerbegebäude und damit um eine wesentliche Änderung desselben. Die Vorinstanz 1 hatte bei der Beurteilung des Bauvorhabens deshalb unter anderem zu prüfen, ob die Erschliessungsanforderung einer genügenden Entwässerung des Baugrundstücks erfüllt ist. Die angefochtene Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 1.17 des angefochtenen Beschlusses betreffend Kanalisation/Liegenschaftsentwässerung steht deshalb in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Bauvorhaben und erweist sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht als sachfremd.

2. Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, die Anordnung sei geradezu willkürlich. Die Gemeinde X. habe die durch das Grundstück KTN 1576 führende Meteorwasserleitung vom Kanalisationsnetz abgehängt

und die Leitung in die Y.-gasse hinein verlegt. Die Meteorwasserleitung durch das Grundstück KTN 1576 habe jedoch nicht nur der Entwässerung der Liegenschaft KTN 1576 gedient, sondern auch diverse andere Liegenschaften im Gebiet der Y.-gasse entwässert. Durch die Verlegung der Leitung in die Y.-gasse sei für diese Liegenschaften keine vollständige Entwässerung mehr gewährleistet. Die Gemeinde X. treffe die Unterhaltspflicht für die ursprünglich durch das Grundstück KTN 1576 führende Leitung, da diese in ihrem Eigentum stehe und eine öffentliche Leitung im Sinne von Art. 3 des Abwasserreglements der Gemeinde X. darstelle. Sie habe deshalb für die Liegenschaften, welche nicht mehr vollständig über diese Leitung entwässert werden könnten, eine Ersatzlösung zu finden.

2.1 Die Groberschliessung besteht in der Ausstattung des Baugebietes mit den Hauptsträngen der Strassen-, Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen (§ 37 Abs. 4 PBG). Die Gemeinden sind für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich. Sie bezeichnen die Anlagen der Groberschliessung in den Erschliessungsplänen (§ 38 Abs. 1 PBG). Die Feinerschliessung verbindet die einzelnen Baugrundstücke mit den Anlagen der Groberschliessung (§ 37 Abs. 5 PBG). Die Feinerschliessung der Baugrundstücke obliegt den Grundeigentümern, soweit sie nicht nach den einschlägigen Gemeindevorschriften oder durch Ersatzvornahme von der Gemeinde besorgt wird (§ 40 Abs. 1 PBG).

2.2 In der Baubewilligung vom 3. Dezember 2009 für die Gewerbebaute auf der Parzelle KTN 1576 hat die Vorinstanz 1 die Beschwerdeführerin in Dispositiv-Ziffer 1.26.1 verpflichtet, spätestens vier Wochen vor Baubeginn „das Liegenschaftsentwässerungs-Konzept mit detaillierten Angaben bezüglich Schmutz- und Meteorwasserableitung sowie dem anfallenden Platzwasser des Baugrundstücks zur Prüfung und Genehmigung durch die Tiefbaukommission X. einzureichen“. Die Beschwerdeführerin hat das verlangte Liegenschaftsentwässerungs-Konzept am 16. Dezember 2009 eingereicht. Dieses Konzept galt sowohl für das Bauvorhaben der Beschwerdeführerin wie auch für das Bauvorhaben von Z. auf dem nördlich an die Parzelle KTN 1576 angrenzenden Grundstück KTN 1575, zumal es sich bei den beiden Bauvorhaben um ein einheitliches bzw. zusammengebautes Gewerbegebäude handelt. Folglich hat die Tiefbaukommission der Gemeinde X. für die beiden Bauvorhaben zwei gleich lautende Kanalisationsbewilligungen ausgestellt (vgl. Ingress Bst. E zur Kanalisations-Bewilligung vom 19. Februar 2010).

2.3 Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Liegenschaftsentwässerungs-Konzept bzw. der Kanalisationsplan vom 27. November 2009 sahen den Abbruch der bestehenden, durch die Liegenschaften KTN 1575 und 1576 verlaufenden Meteor- und Sickerwasserleitung der Gemeinde ab dem Kontrollschacht Nr. 8 bis zum Kontrollschacht Nr. 7 vor. Stattdessen sollte eine neue Leitung ab dem Kontrollschacht Nr. 8 entlang der Stützmauer der Gewerbebaute bis zum Kontrollschacht Nr. 7 geführt werden. Die Tiefbaukommission der Gemeinde X. bewilligte diesen Kanalisationsplan mit der Kanalisations-Bewilligung vom 19. Februar 2010. In ihren Erwägungen hielt sie fest, dass die bestehende Meteor- und Sickerleitung der Gemeinde verlegt werden müsse und mit der Sickerleitung für den Neubau kombiniert werde. Vor dem Bau dieser Leitung müssten entsprechende Querschnitte „Neubau bis und mit Strassenböschung" vorgelegt werden. Zudem sei in einer separaten Vereinbarung mit der Gemeinde ein Kostenteiler für Betrieb, Unterhalt und Sanierung des gemeinsamen Leitungsabschnitts zwischen der Gemeinde und der Bauherrschaft auszuarbeiten.

2.4 Der Beschwerdeführerin wurde am 22. Februar 2010 unter gleichzeitiger Eröffnung der technischen Bewilligungen (unter anderem der Kanalisations-Bewilligung vom 19. Februar 2010) die Baufreigabe erteilt. Über die genaue Linienführung der neuen Leitung und über den Kostenteiler wurden sich die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz 1 zwar nicht einig. Die Beschwerdeführerin begann aber dennoch mit dem Neubau des Gewerbegebäudes, brach dabei die alte Meteor- und Sickerwasserleitung der Gemeinde ab und installierte stattdessen eine Förderpumpe. Die Gemeinde X. baute daraufhin einen neuen Leitungsabschnitt entlang der Y.-gasse und hängte den Leitungsabschnitt durch das Grundstück KTN 1576 von ihrem Abwassersystem ab. Die Entwässerung des gesamten Einzugsgebiets der Y.-gasse erfolgt nun über diese neue Leitung, wie sich auch aus dem aktuellen Erschliessungsplan ergibt. Während die vormals durch das Grundstück der Beschwerdeführerin verlaufende Meteor- und Sickerwasserleitung im Erschliessungsplan X. Nord der Gemeinde X. noch als bestehende Groberschliessungsanlage (Sammelleitung Meteorwasser) verzeichnet war, ist diese Leitung im neuen Erschliessungsplan Nord der Gemeinde X. nicht mehr enthalten. Stattdessen wird darin für das Einzugsgebiet Y.-gasse die neue, entlang der Y.-gasse realisierte Leitung als bestehende Groberschliessungsanlage (Sammelleitung Meteorwasser) aufgeführt.

2.5 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin leitet die Gemeinde X. demnach kein Meteor- oder Sickerwasser mehr in die ehema-

lige Leitung durch das Grundstück KTN 1576. Die Gemeinde X. kommt ihrer Pflicht zur abwassertechnischen Groberschliessung im Einzugsgebiet der Y.-gasse mit der Leitung entlang der Y.-gasse nach. Für die Feinerschliessung des Grundstücks KTN 1576, namentlich den Anschluss an die öffentliche Meteor- und Sickerwasserleitung, ist hingegen die Beschwerdeführerin als Grundeigentümerin zuständig. Soweit die Beschwerdeführerin im Baubeschrieb vom 5. November 2013 ausgeführt hat, dass die Umlegung der Sicker-/Meteorwasserleitung gemäss dem Plan „Entwurf Leitungsverlegung“ von der Gemeinde ausgeführt werde, ergeben sich daraus keine Verpflichtungen für die Gemeinde X. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz 1 in der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 17.1 festgehalten hat, dass die Hinweise auf Bauleistungen seitens der Gemeinde X. nichtig seien.

2.6 Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass sie für die Entwässerung ihres eigenen Grundstücks KTN 1576 zuständig ist. Sie wehrt sich jedoch gegen die Anordnung in der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 1.17.2, die Entwässerung des Grundstücks KTN 1576 auch auf allfällige Sickerwasserzuflüsse aus oberhalb liegenden Grundstücken auszulegen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob diese Anordnung rechtens ist.

2.6.1 Die Vorinstanz 1 führt aus, dass vermutlich Sickerwasser aus einer ehemals zur Entwässerung des Wieslandes erstellten, privaten Sickerleitung aus der Richtung des nordwärts bzw. „oberhalb“ der beschwerdeführerischen Liegenschaft liegenden Grundstücks KTN 863 (Liegenschaft …) in den Kontrollschacht Nr. 8 (bzw. Kontrollschacht A) fliesse, der sich im Grundstück der Beschwerdeführerin befindet (…). Solange die durch das Grundstück KTN 1576 verlaufende Meteor- und Sickerwasserleitung der Gemeinde in Betrieb war, wurde dieses Sickerwasser in diese Leitung eingeleitet. Mit der Aufgabe dieser Leitung dürfte dieses Sickerwasser nunmehr auf die Liegenschaft KTN 1576 fliessen. Diese vermutete Sickerleitung aus der Richtung des Grundstücks KTN 863 gehört jedoch nicht zum öffentlichen Abwassersystem der Gemeinde X.. Die Vorinstanz 1 bringt glaubhaft vor, dass das Grundstück KTN 863 über eine ordnungsgemässe Entwässerung verfügt und das beschwerdeführerische Grundstück davon nicht tangiert wird (…). Demzufolge hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf, dass die Gemeinde für die Ableitung dieses Sickerwassers aus einer privaten Sickerleitung sorgt. Falls die Beschwerdeführerin sich gegen den Zufluss dieses Sickerwassers zur Wehr setzen will, hat sie sich auf privatrechtlichem Weg mit den entsprechenden Grundeigentümern bzw. den Eigen-

tümern der vermuteten Sickerleitung auseinanderzusetzen. In der Annahme, dass das Sickerwasser aus der vermuteten privaten Sickerleitung bis auf weiteres auf das Grundstück KTN 1576 fliesst, hat die Vorinstanz 1 die Beschwerdeführerin zu Recht verhalten, ihre Liegenschaftsentwässerung darauf auszurichten.

2.6.2 Dasselbe gilt, soweit die Vorinstanz 1 von der Beschwerdeführerin verlangt, dass sie bei ihrer Liegenschaftsentwässerung das Sickerwasser von der Liegenschaft KTN 1575 zu berücksichtigen habe. Wie bereits dargelegt, hat die Tiefbaukommission der Gemeinde X. für die beiden Bauvorhaben auf den Grundstücken KTN 1575 und 1576 (bestehend aus einem zusammengebauten Gewerbegebäude) zwei gleich lautende Kanalisationsbewilligungen erteilt. Der damit bewilligte Kanalisationsplan vom 27. November 2009, welcher die Entwässerung beider Liegenschaften beinhaltet, hat grundsätzlich nach wie vor Gültigkeit. Der nachvollziehbaren Darlegung der Vorinstanz 1 zufolge wurde denn auch auf der Hangseite des zusammengebauten Gebäudes eine Sickerleitung erstellt, um das ganze Gebäude vor Hangwasser zu schützen. Soweit sich nun durch das Bauprojekt der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Liegenschaftsentwässerung Änderungen ergeben sollten (vgl. Plan „Entwurf Leitungsverlegung“ vom 31. Oktober 2013), muss die Entwässerung des Grundstücks KTN 1575 über das Grundstück KTN 1576 dennoch gewährleistet bleiben. Die Anordnung der Vorinstanz 1 in der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 1.17.2 ist demnach auch in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

(RRB Nr. 840 vom 8. September 2015).

3.2 Schutz vor Baulärmimmissionen

- *Zulässigkeit und Rahmen der Aufsichtsbeschwerde (Erw. 1).*
- *Richtlinie über bauliche und betriebliche Massnahmen zur Begrenzung des Baulärms des Bundesamtes für Umwelt: Inhalt (Erw. 2.1); Verbindlichkeit im Kanton Schwyz (Erw. 2.2); Verpflichtung der kommunalen Baubehörden zur Durchsetzung (Erw. 2.3).*
- *Verzicht auf aufsichtsrechtliche Anordnungen (Erw. 2.4 – 2.5).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 8. Oktober 2014 bewilligte die zuständige Baubehörde den Neubau eines Mehrfamilienhauses. Die Eigentümer des Nachbargrundstücks

beschwerten sich nach Baubeginn mehrmals mündlich bei den kommunalen Baubehörden über den Baulärm und reichten am 3. Juni 2015 bei diesen eine „Klage wegen Ruhestörungen“ ein. Aufgrund dieses Schreibens beauftragte der zuständige Gemeinderat seinen Umweltschutzbeauftragten, die Ruhezeiten zu kontrollieren. Zudem erfolgte nach weiteren Lärmbeanstandungen am 22. Juni 2015 eine Besprechung zwischen den Gemeindebehörden, dem verantwortlichen Bauführer sowie der Bauherrschaft. Zwei Tage später gelangten die Grundeigentümer der Nachbarliegenschaft mit einer Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat mit den Anträgen:

> „ Wir verlangen einen sofortigen Baustopp, bis X. alle Unternehmer die am Neubau … Arbeiten ausführen, schriftlich informiert hat, über die Baulärm-Richtlinien.
> Jeder Unternehmer muss die Richtlinien einhalten.
> Wir verlangen von X. (oder der Y. AG) eine finanzielle Entschädigung, für Ruhestörungen, Aerger, Telefonate mit diversen Behörden, Klage und Aufsichtsbeschwerde.“

Der Regierungsrat leistete der Aufsichtsbeschwerde keine Folge.

Aus den Erwägungen:

1.1 Weder das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) noch ein anderer Erlass regeln den Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde ausdrücklich. Auch die Bestimmungen der §§ 85 ff. des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) sind nach Massgabe der Verweisung von § 4 Abs. 1 VRP im Verfahren vor Verwaltungsbehörden nicht anwendbar (RRB Nr. 263 vom 11. März 2014, E. 1.1). Die Aufsichtsbeschwerde leitet sich indes aus der Aufsichtsbefugnis der hierarchisch übergeordneten Verwaltungsbehörde über die untere ab und bedarf keiner gesetzlichen Grundlage. Es entspricht sodann einer allgemein anerkannten Auffassung, dass jedermann eine Aufsichtsbehörde angehen kann, wenn eine untergeordnete Behörde pflichtwidrig handelt oder untätig ist (Martin Bertschi, in: Alain Griffel, Hrsg., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 61 ff. zu Vorbemerkungen zu §§ 19-28a).

1.2 Der Regierungsrat übt einerseits die Aufsicht über die Organisation und die Verwaltung der Bezirke und Gemeinden aus und ist somit Aufsichtsbehörde über den Bezirks- bzw. Gemeinderat (§ 61 der Verfassung

des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, SRSZ 100.100, KV; § 88 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, Gemeindeorganisationsgesetz, GOG, SRSZ 152.100). Andererseits obliegt ihm gemäss § 91 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) in planungs- und baurechtlichen Angelegenheiten die Aufsicht über die Gemeinden bzw. Bezirke. Deshalb ist die Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde gegen den Aufsichtsbeschwerdegegner 1 gegeben.

1.3 Die Aufsichtsbeschwerde ist ein blosser Rechtsbehelf und hat im Verhältnis zu den Rechtsmitteln nur subsidiären Charakter. Der Regierungsrat sieht sich zudem regelmässig nur dann zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten veranlasst, wenn das Verhalten der Behörde, das beanstandet wird, qualifiziert rechtswidrig ist, was dann zutrifft, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (EGV-SZ 1986 Nr. 32; EGV-SZ 2005, C 7.1, Erw. 2.1; RRB Nr. 1343 vom 10. Dezember 2008, E. 2.1 mit Hinweisen; RRB Nr. 159 vom 3. März 2015, E. 2). Es besteht zudem kein Anspruch auf eine förmliche Behandlung und Erledigung der Eingabe (Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 156 f.; Bertschi, a.a.O., N 62 zu Vorbemerkungen zu §§ 19-28a). Auch kommt den Verfahrensbeteiligten keine eigentliche Parteistellung zu, was etwa im Zusammenhang mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs, der Parteientschädigung oder den Verfahrenskosten konkrete Auswirkungen zeitigt (RRB Nr. 1373 vom 21. Dezember 2010, E. 3.2 mit Hinweisen).

2. Die Aufsichtsbeschwerdeführer beanstanden vorliegend, dass bei der Realisierung des auf dem Grundstück GB K. bewilligten Bauvorhabens die Arbeitszeiten gemäss der Baulärm-Richtlinie nicht eingehalten werden. Insbesondere würden lärmige Arbeiten vor 7.00 Uhr und über die Mittagszeit erfolgen. Es müsse daher ein Baustopp erfolgen.

2.1 In der Baubewilligung vom 8. Oktober 2014 hat der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 die Bauherrschaft in Dispositiv-Ziffer 6.1 dazu verpflichtet, sich bei lärmintensiven Bauarbeiten an die „Baulärm-Richtlinie“ des Bundesamtes für Umwelt zu halten. Diese Richtlinie über bauliche und betriebliche Massnahmen zur Begrenzung des Baulärms, Bern 2006, Stand 2011, (nachfolgend: Baulärm-Richtlinie) sieht Beschränkungen der Zeiten vor, in denen lärmintensive Bauarbeiten ausge-

führt werden dürfen. Die Zeitbeschränkung für *lärmintensive Bauarbeiten* erfolgt bei der

- Massnahmenstufe A auf 9 Stunden pro Tag (7.00-12.00 Uhr und 13.00-17.00 Uhr), bei der
- Massnahmenstufe B auf 8 Stunden pro Tag (7.00-12.00 Uhr und 14.00-17.00 Uhr) und der
- Massnahmenstufe C auf 7 Stunden pro Tag (8.00-12.00 Uhr und 14.00-17.00 Uhr; Baulärm-Richtlinie, Ziff. 3.1.4).

Als „lärmintensive Bauarbeiten" gelten dabei alle lärmintensiven Tätigkeiten innerhalb der Baustelle (bspw. Sprengarbeiten, Abbrechen von hartem Gestein mit Bohrhammer, Abtragen mit Hochdruckreinigern; vgl. Baulärm-Richtlinie, S. 23). Für die *lärmige Bauphase* sind hingegen etwas grössere Zeitbeschränkungen (7.00-12.00 Uhr und 13.00-17.00 Uhr, ausnahmsweise bis 19.00 Uhr) vorgesehen (Baulärm-Richtlinie, Ziff. 3.1.4). Dies ist die Zeitspanne, während der lärmempfindliche Räume den (sonstigen) Bauarbeiten ausgesetzt sind. In diese Kategorie gehört auch durch Kompressoren, Transformatoren, sachgerechten Materialumschlag oder einen Baukran verursachter Lärm (vgl. Stefanie Rüttener/Walter Egli, ZUP Nr. 43/Dezember 2005, S. 26).

2.2 Gemäss § 40 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2001 (VVzUSG, SRSZ 711.111) ist die Baulärm-Richtlinie für den Lärmschutz auf Baustellen verbindlich. Diese Bestimmung ist seit dem 1. April 2010 in Kraft. Der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 muss den Lärm auf einer Baustelle nach der Baulärm-Richtlinie beurteilen. Beträgt die Distanz von der Baustelle zu lärmempfindlichen Räumen bloss 300 m oder weniger und finden die Bauarbeiten oder die lärmintensiven Bauarbeiten über eine Woche bzw. in der Nacht statt, so muss der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 u.a. die Einhaltung der Arbeitszeiten gemäss der Baulärm-Richtlinie verlangen bzw. durchsetzen. Die konkrete Arbeitszeitbeschränkung sollte er künftig in der Baubewilligung verbindlich festlegen (vgl. Baulärm-Richtlinie, S. 11 u. S. 14). Eine Ausdehnung der Arbeitszeiten oder eine Verschiebung derselben in die Nachtstunden muss mit anderen Massnahmen kompensiert werden (vgl. Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute, Cercle Bruit, Anwendungshilfe zur Baulärm-Richtlinie, Stand August 2005, S. 10, nachfolgend: Anwendungshilfe). Der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 muss daher sein Merkblatt Umweltschutz überarbeiten. Der Bauherr seinerseits hat die in der Baubewilligung gestellten Bedingungen und Auflagen umzusetzen und in die Verträge mit den Unternehmern zu übernehmen (vgl. Anwendungshilfe, S. 8).

2.3 Während der Bauphase ist die Vollzugsbehörde sodann verpflichtet, die Einhaltung dieser öffentlich-rechtlichen Immissionsvorschriften durch den Bauherrn nötigenfalls zu überwachen. Allenfalls muss sie die erforderlichen Massnahmen treffen, um den gesetzmässigen Zustand (wieder-)herzustellen. Dabei stehen ihr die Vollstreckungsmassnahmen zur Verfügung (vgl. § 78 VRP). In Frage kommt namentlich die Ersatzvornahme, der unmittelbare Zwang gegen Sachen, die Ordnungsbusse oder die Strafverfolgung wegen Ungehorsams nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0, StGB). In gravierenden Fällen kann der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 gar die Einstellung der Bauarbeiten verfügen (vgl. Peter Hänni, Bauimmissionen – ein Problem des öffentlichen und des privaten Rechts, in: Tagungsunterlagen Baurechtstagung 1997, Band I, S. 65).

2.4 Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten ist vorliegend nicht angezeigt. Bereits vor Einreichung der Aufsichtsbeschwerde suchte der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 am 22. Juni 2015 das Gespräch mit der Aufsichtsbeschwerdegegnerin 2 und wies diese auf die einzuhaltenden Vorschriften hin. Ab dem 29. Juni 2015 führt nun die Abteilung Planen Bauen Umwelt Energie des Aufsichtsbeschwerdegegners 1 aufgrund von weiteren Lärmbeanstandungen beinahe täglich Kontrollen auf der Baustelle durch. Zwar wurde am 29. Juni 2015 bereits eine erneute Ruhestörung festgestellt. Der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 hat jedoch die Aufsichtsbeschwerdegegnerin 2 nochmals ausdrücklich auf die Einhaltung der Arbeitszeiten hingewiesen. Offenbar werden seither keine Bauarbeiten vor 7.00 Uhr und während der Mittagszeit (12.00-13.00 Uhr) durchgeführt. Der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 kommt insoweit seiner Kontrollpflicht nach. Er muss aber weiterhin sicherstellen, dass für die lärmigen Bauarbeiten als auch für die lärmintensiven Bauarbeiten die Arbeitszeitbeschränkungen gemäss Ziff. 3.1.4 der Baulärm-Richtlinie beachtet werden (vgl. oben E. 2.1). Zudem hat der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2015 festgehalten, dass er bei weiteren Verstössen gegen die Arbeitszeiten nicht zögern werde, die Durchsetzung dieser Vorschriften mit notwendigen Massnahmen anzudrohen bzw. anzuordnen.

2.5 Gestützt auf diese Ausführungen ist das Verhalten des Aufsichtsbeschwerdegegners 1 nicht zu beanstanden. Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Regierungsrates ist nicht angezeigt, weshalb der Aufsichtsbeschwerde keine Folge geleistet wird. Es wird jedoch von der Aufsichtsbeschwerdegegnerin 2 als Bauherrschaft erwartet, dass sie die Arbeitszeiten einhält. Der Aufsichtsbeschwerdegegner 1 muss die Einhal-

tung der massgebenden Vorschriften weiterhin kontrollieren und bei weiteren Verstössen die von ihm erwähnten Vollstreckungsmassnahmen unverzüglich anordnen.

(RRB Nr. 967 vom 13. Oktober 2015).

3.3 Ausbau eines Schlachtbetriebs in einer Industriezone

- *Umweltschutzrechtliche Immissionsvorschriften und Vorschriften über die Nutzungsart in einer Industriezone (Erw. 4.1 – 4.7).*
- *Einhaltung der Immissionsvorschriften der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes bei einer Industrie- und Gewerbeanlage (Erw. 5.1 – 5.3.4), insbesondere bei Auftreten von Tierlauten (Erw. 5.4.1 – 5.5.2).*
- *Umweltverträglichkeitsprüfung bei Schlächtereien und fleischverarbeitenden Betrieben (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

4. In der Sache selbst bestreiten die Beschwerdeführer die Zonenkonformität des Bauvorhabens (Anbau/Erweiterung Schlachtbetriebsgebäude) in der Industriezone sowie die Immissions- bzw. Lärmproblematik. Die Tieranlieferung ab 03.00 Uhr morgens könne nicht mehr als mässig störend betrachtet werden.

4.1.1 Die Frage, ob und inwieweit Immissionen unzulässig sind, wird heute in erster Linie in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes geregelt. Die zonenbedingten (planungsrechtlichen) Immissionsvorschriften der Kantone und Gemeinden haben ihre Bedeutung weitgehend verloren. Sie haben jedoch ihre selbständige Bedeutung behalten, wo sie bundesrechtliche Bestimmungen ergänzen oder erlaubterweise verschärfen (vgl. Art. 65 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01; BGE 114 Ib 220 f. E. 4a). Indessen haben kantonale und kommunale Bau- und Zonenvorschriften weiterhin selbständigen Gehalt, soweit sie die Nutzungsart und -intensität aus raumplanerischen Gründen normieren. Dies gilt auch, wenn die für den Charakter eines Quartiers wesentlichen Nutzungsvorschriften mittelbar dem Schutz der Nachbarschaft vor Übelständen verschiedenster Art dienen. Das Umweltschutzrecht des Bundes erfasst nämlich nicht alle denkbaren Auswirkungen, die eine Baute oder Anlage mit sich bringt, so z.B. die sogenannten Sekundärimmissionen wie Gefährdung von Fussgängern, Parkprobleme usw. (vgl. Urteil BGer 1C_538/2011 vom 25.

Juni 2012, E. 5.2 m.w.H.; EGV-SZ 2002, C 2.5, S. 187 f.; EGV-SZ 1996, Nr. 52, S. 133 f.). Deshalb ist es auch zulässig, in einer bestimmten Zone gewisse Arten von Nutzungen zu verbieten, auch wenn die bundesrechtlichen Lärmimmissionen nicht überschritten werden. Das Verbot darf aber nicht einzig mit der konkreten Lärmbelastung begründet werden (vgl. Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 161 f. und S. 367 f. m.w.H.).

4.2.1 Als Nutzungsvorschriften haben solche baurechtlichen Immissionsbeschränkungen aber lediglich abstrakte Geltung. Die Behörde muss nicht prüfen, ob im konkreten Fall der Betrieb unzulässige Störungen verursacht oder nicht. Wenn eine Nutzung typischerweise Belästigungen zur Folge hat, die über das hinausgehen, was mit der betreffenden Zone verträglich ist, so ist sie unzulässig, unbesehen darum, ob sie im konkreten Fall unzulässige Störungen verursacht oder nicht. Erst in einer zweiten Beurteilungsstufe werden die konkreten Immissionen einer Baute oder Anlage – gestützt auf das USG und seine Ausführungsbestimmungen – geprüft (vgl. VGE III 2011 50 vom 31. Mai 2011, E. 6.1.4 mit Hinweis auf Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Auflage, Bern 2007, Band I, N 8a zu Art. 24).

4.2 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Das Bauvorhaben muss mit anderen Worten zonenkonform sein. Massgeblich für die Beurteilung der Zonenkonformität sind die für den jeweiligen Zonentyp geltenden kantonalen und kommunalen Vorschriften (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 20 f. zu Art. 22). Allgemein gilt, dass die Zonenkonformität einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck verlangt. Ein Bauvorhaben muss demzufolge jener Nutzung dienen, für welche die Zone bestimmt ist (Hänni, a.a.O., S. 196; EGV-SZ 2008, B 8.8, E. 2.2; EGV-SZ 2003, B 8.1, E. 2a).

4.3 Die Grundstücke der Beschwerdegegnerin liegen gemäss Zonenplan der Gemeinde Schwyz in der Industriezone (I). Die Industriezone ist gemäss Art. 33 Abs. 1 BauR für Industrie-, Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt. Dabei ist der Industriezone Wintersried die Empfindlichkeitsstufe IV gemäss Art. 43 LSV zugeordnet, wonach „stark störende“ Betriebe zugelassen sind (vgl. Zonenplan vom 26. September

2010 der Gemeinde Schwyz sowie Art. 11 BauR i.V.m. Art. 26 Abs. 2 BauR). Den einzelnen Nutzungszonen werden in den Zonenvorschriften zudem Immissionsgrade zugeordnet (Art. 12 Abs. 1 BauR). Art. 26 Abs. 2 BauR lässt in der Industriezone höchstens „mässig störende" Betriebe zu. Als mässig störend gelten nach Art. 12 Abs. 3 BauR Betriebe mit Auswirkungen, die im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die üblichen Arbeitszeiten während des Tages beschränkt sind und nur vorübergehend auftreten. Betriebe mit weitergehenden Auswirkungen gelten als stark störend (Art. 12 Abs. 4 BauR).

4.4 Am 5. Mai 1995 hat die Vorinstanz 1 die Baubewilligung für den Neubau eines Metzgerei-Zerlegebetriebes mit einem Bürotrakt auf den Grundstücken GB 4210 und GB 4071 mit Projektänderungen vom 22. März 1996 und 17. Mai 1996 erteilt. Mit Beschluss Nr. 925 vom 23. Juli 2009 erteilte die Vorinstanz 1 die Baubewilligung für die Erweiterung des bestehenden Produktionsbetriebes (Anbau und Aufstockung des nordwestlich gelegenen Gebäudetraktes). Im vorliegenden Baubewilligungsverfahren beabsichtigt die Beschwerdegegnerin, den bisherigen Produktionsbetrieb mit einem Schlachtbetrieb zu erweitern. An das bestehende Gebäude werden drei Geschosse für ein Schlachthaus und die dazugehörigen Nebenräume (u.a. Stallung) gebaut. Der Speditionsplatz bleibt weiterhin umzäunt. Die Zufahrt für die Tieranlieferung wird auf dem Grundstück realisiert (vgl. Baubeschrieb …). Die Beschwerdegegnerin möchte nun, dass die Betriebs- bzw. Arbeitszeiten an maximal drei von sechs Tagen in einer Betriebswoche (inkl. Samstag) in die frühen Morgenstunden ausgedehnt werden. Es ist vorgesehen, dass an einem solchen Tag ein maximal fünfstündiger Schlachtprozess durchgeführt wird. Ein solcher soll zwischen 5.00 und 7.00 Uhr beginnen. Zwei Stunden vor dem Beginn des Schlachtprozesses sollen die Tiere angeliefert und in den Stall gebracht werden (…).

4.5 Bereits bei den Baubewilligungen aus den Jahren 1995 bzw. 2009 hat die Vorinstanz 1 den Metzgerei-Zerlegebetrieb inklusive Bürotrakt in der Industriezone Wintersried als zonenkonform betrachtet. Die Erweiterung des fleischverarbeitenden Produktionsgebäudes mit dem neuen Schlachtbetriebsgebäude führt nicht zur Zonenwidrigkeit. Der vorliegende Industrie- bzw. Gewerbebetrieb entspricht dem Nutzen der Zone. Ein solches Produktionsgebäude inklusive Schlachtgebäude sollte gar vorzugsweise in nicht oder nur wenig bewohnten Gebieten betrieben werden. Die Tieranlieferung hat sodann einen funktionellen Bezug zum Betrieb. Unter Vorbehalt abweichender Erkenntnisse aus der umwelt-

rechtlichen Überprüfung ist ausserdem nicht mit Sekundärimmissionen zu rechnen, die zur Zonenwidrigkeit des Bauvorhabens führen würden. Das vorliegende Bauprojekt ist in der Industriezone Wintersried zonenkonform.

4.6 Fragwürdig ist hingegen die Bestimmung von Art. 26 Abs. 2 BauR, wonach allen Industriezonen der Immissionsgrad „mässig störend" zugeordnet ist. Dies, obwohl gemäss eidgenössischem Lärmschutzrecht „stark störende" Betriebe in den Industriezonen erlaubt sind (Empfindlichkeitsstufe IV; Art. 26 Abs. 2 BauR; Art. 43 Abs. 1 Bst. d der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, LSV, SR 814.41). Solche unterschiedlichen Zuweisungen können laut Bundesgericht inkohärent oder gar illegal erscheinen. Dabei darf zwar die Vorinstanz 1 im Rahmen der Zonenkonformität nur aufgrund raumplanerischer Aspekte prüfen, ob ein „mässig störender" Betrieb vorliegt (vgl. Urteil BGer 1C_453/2007 vom 3. März 2008, E. 7, in: VLP-ASPAN Nr. 2/09, S. 19; siehe vorstehend E. 4.1.1). Vorliegend sind jedoch in der Industriezone sowie aufgrund der Baureglementsbestimmung auch auf dem gesamten Gemeindegebiet „stark störende" Betriebe raumplanerisch ausgeschlossen. Eine solche Nutzungsbeschränkung verstösst zum einen gegen die Raumplanungsvorgaben des Bundes. Bund, Kantone und Gemeinden müssen mit Massnahmen bestrebt sein, die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft zu schaffen und zu erhalten (Art. 1 Abs. 2 Bst. b RPG; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 Satz 3 RPG). Die Vorinstanz 1 muss bei ihrer Raumplanung darauf achten, dass eine Industriezone eben gerade bezweckt, einerseits Wohnzonen vor Immissionen zu schützen und andererseits Industriebetrieben eine möglichst ungehinderte Entfaltung bei intensiver baulicher Ausnutzung zu gewährleisten (vgl. RRB Nr. 1113 vom 26. November 2013, E. 4.3 m.w.H., bestätigt in VGE III 2014 4 vom 25. Juni 2014; vgl. auch EGV-SZ 2008, B 8.6, E. 2.2 f.). Im Weiteren ist die Wirtschaftsfreiheit zu beachten. Es wäre unverhältnismässig, wenn einem Betrieb wie dem hier in Frage stehenden nirgends in der Gemeinde Schwyz eine Zone zur Verfügung stünde, in der die raumplanerisch begründeten Betriebszeitenregelungen nicht beachten werden müssen. Zumindest bei einem grossen Gemeindegebiet wie der Gemeinde Schwyz sollte es gewisse Industriezonen geben, in denen die Betriebe nicht auf die „üblichen Arbeitszeiten während des Tages" beschränkt sein müssen. Eine solche intensivere Nutzung ist wohl mit einer Industriezone am verträglichsten. Aus diesem Grund ist der Immissionsgrad gemäss Art. 12 Abs. 3 i.V.m. Art. 26 Abs. 2 BauR für die vorliegende Industriezone nicht anwendbar.

4.7 Nach dem Gesagten ist das fleischverarbeitende Produktionsgebäude mit dem neuen Schlachtbetriebsgebäude in der Industriezone Wintersried zonenkonform. Die Betriebszeiten sind nicht nach raumplanerischen Gründen (Zonenkonformität) zu beurteilen, sondern vielmehr im Rahmen der umweltschutzrechtlichen bzw. lärmschutzrechtlichen Beurteilung durch die zuständige Vollzugsbehörde zu überprüfen und festzulegen (vgl. E. 5 ff.).

5. Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Betrieb der Beschwerdegegnerin mit den Immissionsvorschriften der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes vereinbar ist.

5.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 USG bezweckt die Umweltschutzgesetzgebung den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen, ihrer Lebensgemeinschaften und ihrer Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen wie beispielsweise Luftverunreinigungen und Lärmimmissionen (Art. 7 Abs. 1-3 USG). Einwirkungen, die schädlich oder lästig sein könnten, müssen frühzeitig durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt werden (Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 USG). Zunächst gilt das Vorsorgeprinzip, wonach unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG; § 55 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). In einem zweiten Schritt werden die Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastungen schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Emissionsbegrenzungen können u.a. durch den Erlass von Emissionsgrenzwerten oder Verkehrs- sowie Betriebsvorschriften erreicht werden (Art. 12 Abs. 1 USG). Die Baubewilligung ist zu verweigern, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zur Folge hat (§ 55 Abs. 2 PBG; EGV-SZ 2010, C 2.2, E. 16.3).

5.2 Ob von schädlichen oder lästigen Einwirkungen auszugehen ist, bestimmt sich nach den Immissionsgrenzwerten (Art. 13 Abs. 1 USG). Der Bundesrat hat für einige häufige, oft als besonders störend empfundene Schall- bzw. Lärmquellen gestützt auf Art. 13 USG in den Anhängen 3 bis 9 LSV mit den Belastungsgrenzwerten (Planungs-, Immissions-, Alarmwerte gemäss Art. 2 Abs. 5 LSV) objektive Beurteilungskriterien aufgestellt, die auf die durchschnittliche Reaktion normal lärmempfindlicher Personen abgestützt sind (BGE 133 II 292 E. 3.2). Diese

sind für die jeweiligen Empfindlichkeitsstufen sowie für Tag und Nacht verschieden hoch angesetzt (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Auflage, Bern 2013, Band I, N 12 zu Art. 24). Die verschiedenen Empfindlichkeitsstufen I-IV werden in der Nutzungsplanung festgelegt (Art. 43 LSV). Die Lärmimmissionen einer neuen ortsfesten Anlage dürfen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten (Art. 25 Abs. 1 USG; Art. 7 Abs. 1 Bst. b LSV). Gleiches gilt hinsichtlich der Änderung einer neuen ortsfesten Anlage, die nach Inkrafttreten des USG bewilligt wurde und deshalb lärmrechtlich als neue Anlage gilt (vgl. Art. 8 Abs. 4 LSV; BGE 123 II 325 E. 4c/cc). Fehlen Belastungsgrenzwerte, beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG, unter Berücksichtigung der Art. 19 und Art. 23 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV).

5.3 Vorliegend bemängeln die Beschwerdeführer, dass die Anlieferung der Tiere in der Nacht mit übermässigen und unzumutbaren Lärmimmissionen verbunden sei. Zu unterscheiden ist somit sowohl der Tierlärm als auch der Verkehrslärm, welcher bei der Tieranlieferung auf dem Betriebsareal entsteht. Denn einer Anlage muss der Lärm zugerechnet werden, der mit ihrem Betrieb unmittelbar verbunden ist (Robert Wolf, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 35 f. zu Art. 25). Zunächst ist auf den betriebsbedingten bzw. arealinternen Verkehrslärm näher einzugehen.

5.3.1 Die geplante Erweiterung des Schlachtgebäudes inklusive Betriebsareal für die Tieranlieferung stellt eine Industrie- bzw. Gewerbeanlage dar. Offen bleiben kann, ob es sich um die Änderung einer neuen Anlage im Sinne von Art. 8 Abs. 4 LSV oder um eine „übergewichtige“ Erweiterung einer Anlage handelt (vgl. BGE 115 Ib 456 E. 5). In beiden Fällen sind die Planungswerte für Industrie- und Gewerbelärm gemäss Anhang 6 LSV massgebend (vgl. Art. 7 LSV). Das geplante Bauvorhaben befindet sich in der Industriezone, die der Lärmempfindlichkeitsstufe IV zugeordnet ist (Art. 11 i.V.m. Art. 26 BauR; Anhang 6 LSV, Ziff. 2). Die Lärmschutzverordnung ist jedoch nicht anwendbar für den Schutz gegen Lärm, der auf einem Betriebsareal erzeugt wird, soweit er auf Betriebsgebäude und zugehörige Wohnungen innerhalb des Areals einwirkt (vgl. Art. 1 Abs. 3 LSV). Die Beurteilung der Empfindlichkeitsstufe des Anlagestandortes ist demnach unerheblich. Relevant sind vielmehr die Empfindlichkeitsstufen der lärmbetroffenen Umgebung. Die Belastungsgrenzwerte gelten jedoch nur bei Gebäuden mit lärmempfindlichen Räumen. Für Gebiete oder Gebäude, in denen sich Personen in der Regel nur am Tag oder in der Nacht aufhalten, gelten für die Nacht bzw. den

Tag keine Belastungsgrenzwerte (Art. 41 Abs. 1 Abs. 3 LSV). Davon abgesehen gelten in Betriebsräumen, die u.a. in Gebieten mit Empfindlichkeitsstufen III liegen, um 5 dB(A) höhere Planungswerte (Art. 41 Abs. 1 LSV).

5.3.2 Die Grundstücke der Beschwerdegegnerin werden östlich von der Lückenstrasse begrenzt. Auf der anderen Seite der Lückenstrasse schliesst südlich die Intensiverholungszone „Wintersried“ (IEa) und nördlich die Landwirtschaftszone an. In letzterer liegen die Grundstücke der Beschwerdeführer. Diese Landwirtschaftszone ist der Empfindlichkeitsstufe III zugewiesen (Art. 43 Abs. 1 Bst. c LSV). Die südwestlichen und südlichen Grundstücke sind der öffentlichen Zone bzw. der Intensiverholungszone (IEa) mit der Empfindlichkeitsstufe III zugeteilt (Art. 26 Abs. 2 BauR und Zonenplan vom 26. September 2010 der Gemeinde Schwyz). Gemäss Bundesrecht sind Zonen mit einer Empfindlichkeitsstufe III jene, in denen „mässig störende Betriebe“ zugelassen sind (Art. 43 Abs. 1 Bst. c LSV). Für die Empfindlichkeitsstufe III gelten die Planungswerte von 50 dB(A) nachts (zwischen 19.00 Uhr und 07.00 Uhr) und 60 dB(A) am Tag (zwischen 07.00 Uhr und 19.00 Uhr; Anhang 6 Ziff. 2 LSV).

5.3.3 Das von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegebene Lärmgutachten vom 25. März 2014 der X. AG (nachfolgend: Lärmgutachten) kommt zum Schluss, dass die Planungswerte bei sämtlichen Nachbargebäuden sowohl am Tag als auch in der Nacht eingehalten werden. Die prognostizierte Lärmbelastung beträgt beim Haus auf dem Grundstück GB 2777 46 dB(A) am Tag und 47 dB(A) in der Nacht. Die Häuser der Beschwerdeführer Ziff. 2.1-2.3 halten ebenfalls mit je 42 dB(A) am Tag und je 43 dB(A) in der Nacht die Planungswerte ein (vgl. Lärmgutachten, S. 12). Das Gutachten umfasst sowohl den bestehenden Betrieb als auch die geplante Erweiterung. Als Lärmquellen wurden die Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlagen, die Parkierungsanlagen, der Güterumschlag sowie der Verkehr auf dem Betriebsareal (Zu- und Wegfahrt inklusive Rangieren) bei der bestehenden Produktion und dem neuen Schlachthof berücksichtigt. Dabei gehen die Vorwürfe der Beschwerdeführer, die Rückfahrtakustik sowie die Kühlaggregate der Lastwagen seien nicht erfasst und die Lastwagen seien nur als Zugfahrzeuge berechnet worden, ins Leere. Zum einen gehört diese Rückfahrtakustik zum Rangieren eines Fahrzeuges und zum anderen hat der Gutachter für die Lärmbeurteilung bereits höhere Emissionsansätze für die Lastwagen verwendet (Lärmgutachten, S. 9). Zudem ist die Rückfahrtakustik auch abschaltbar. Im Übrigen hatte die X. AG auch die verschiedenen Lärmphasen berücksichtigt

(vgl. Lärmgutachten, S. 8 und Anhang; vgl. Grundlagen BAFU, S. 13 f. und Ziff. 32 Abs. 2 Anhang 6 zur LSV). Auch ist die Beurteilung des Gutachters insofern nachvollziehbar, als er sich auf die Angaben der Beschwerdegegnerin stützt, welche beim Schlachtgebäude von zirka vier Lastwagenfahrten im Nachtzeitraum ausgeht. Das Lärmgutachten lässt deshalb einen Schluss auf den zu erwartenden Beurteilungspegel des beanstandeten Verkehrslärms durchaus zu. Sollten sich die getroffenen Annahmen jedoch nicht bewahrheiten oder sollte sich die Situation verkehrsmässig tatsächlich anders darstellen, können bzw. müssen die Vorinstanzen künftig die für die Einhaltung der massgebenden Grenzwerte notwendigen Massnahmen anordnen (Art. 16 ff. USG; Art. 13 ff. LSV; vgl. RRB Nr. 1291 vom 14. Dezember 2010, E. 16.5.4).

5.3.4 Die zuständige Vollzugsbehörde kann sich demnach auf das Lärmgutachten abstützen, soweit sich dieses auf den arealinternen Verkehrslärm stützt. Für den Regierungsrat besteht in dieser Hinsicht keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des Lärmgutachtens zu zweifeln. Das Lärmgutachten ist von einem spezialisierten Ingenieurbüro erstellt worden. Es legt die Grundlagen, die Ermittlung sowie die Ergebnisse der Lärmbelastung nachvollziehbar dar. Zwar handelt es sich vorliegend bei dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Lärmgutachten der X. AG vom 25. März 2014 um ein Gutachten einer Verfahrenspartei. Einem solchen Gutachten muss die Behörde in der Regel mit Vorsicht begegnen, weil zu vermuten ist, dass das Gutachten den Standpunkt, den die das Gutachten einreichende Partei vertritt, untermauern und belegen soll. Indes ist es zulässig, dass sich die Behörde bei der Beurteilung einer bestimmten Frage auf ein von einer Partei eingereichtes Gutachten stützt, wenn ihr dieses sachlich objektiv erscheint und keine begründeten Zweifel an der richtigen Beurteilung der Sachlage bestehen (RRB Nr. 851 vom 26. Mai 1999, E. 3.4.2; RRB Nr. 690 vom 5. Juli 2011, E. 5.2).

5.4 Die eidgenössische Lärmschutzverordnung enthält allerdings nicht für alle Lärmarten Belastungsgrenzwerte. Solche fehlen insbesondere für sogenannten „untechnischen“ Alltagslärm wie Tierlärm.

5.4.1 Soweit Belastungsgrenzwerte fehlen, sind die Immissionen im Einzelfall so zu begrenzen, dass die Bevölkerung in der Umgebung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird (Art. 15 USG; Art. 40 Abs. 3 LSV; Urteil BGer 1C_336/2007 vom 21. Mai 2008, E. 4.3). Da auf das Wohlbefinden der Bevölkerung abzustellen ist, können nur allgemeine Erfahrungswerte und nicht bloss das subjektive Empfinden

einzelner Personen als Massstab herangezogen werden. Die Erheblichkeit der Lärmimmissionen bestimmt sich nach einer objektivierten Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG; BGE 126 II 300 E. 4c/aa und BGE 126 II 366, E. 2c). Hierfür kann sich die Vollzugsbehörde auf Angaben von Experten und Fachstellen abstützen. Als Entscheidungshilfe können auch fachlich genügend abgestützte ausländische bzw. private Richtlinien herangezogen werden, sofern die Kriterien, auf welchen diese Unterlagen beruhen, mit denjenigen des schweizerischen Lärmschutzrechtes vereinbar sind (BGE 133 II 292 E. 3.3).

5.4.2 Nach Art. 36 Abs. 1 LSV ermittelt die Vollzugsbehörde die Aussenlärmimmissionen ortsfester Anlagen oder ordnet deren Ermittlung an, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die massgebenden Belastungsgrenzwerte überschritten sind oder ihre Überschreitung zu erwarten ist. Dies gilt auch für Anlagen, für die keine Belastungsgrenzwerte bestehen (BGE 115 Ib 446 E. 3b). Bei der Frage, ob Grund für die Annahme einer Grenzwertüberschreitung besteht, kommt der Behörde ein gewisses Ermessen zu. Beim so genannten Alltagslärm sind Abklärungen nur nötig, wo ernsthafte Gründe für die Annahme bestehen, dass unzulässiger Lärm auftritt. Bei Bagatellbelästigungen, wie etwa dem Lärm, den der Kinderspielplatz eines Mehrfamilienhauses erzeugt, sind weder Messungen noch Lärmgutachten erforderlich (vgl. BGE 123 II 74 E. 5a = Pra 1997 Nr. 103 = URP 1997, S. 122; Wolf, a.a.O., N 33 zu Art. 25).

Die für die Ermittlung der Aussenlärmimmissionen zuständige „Vollzugsbehörde“ gemäss Art. 36 Abs. 1 LSV ist vorliegend das Amt für Umweltschutz. Denn bei Bauten und Anlagen, die dem Arbeitsgesetz unterstehen, ist das Amt für Umweltschutz zuständig, die Lärmschutz-Verordnung zu vollziehen (§ 28 Abs. 1 VVzUSG i.V.m. § 20 Abs. 1 des Einführungsgesetzes vom 24. Mai 2000 zum Umweltschutzgesetz, SRSZ 711.110, EGzUSG). Bei nichtlandwirtschaftlichen Bauten und Anlagen, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstehen, obliegt diese Aufgabe dem Gemeinderat bzw. Bezirksrat (§ 36 Abs. 1 VVzUSG). Ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, Arbeitsgesetz, SR 822.11, ArG). Gestützt auf diese Regelungen unterliegt der Produktions- und Schlachtbetrieb der Beschwerdegegnerin dem Arbeitsgesetz.

5.4.3 Der Lärmgutachter hat die Tierlaute in seinem Gutachten berücksichtigt. Die „sinngemässe“ Anwendung der Grenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm wird aber grundsätzlich als problematisch betrachtet (vgl. BGE 123 II 325 E. 4d/bb m.w.H.). Vielmehr müssen diese Aussenlärmimmissionen im Einzelfall nach den Kriterien von Art. 15 USG bewertet werden (Art. 40 Abs. 3 LSV). D.h. der Tierlärm, der bei der Anlieferung entsteht, darf die Bewohner in der Umgebung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören, was nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung zu beurteilen ist. Dabei muss auf den jeweiligen Immissionsort, den Charakter des Lärms, den Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der betroffenen Zone abgestellt werden (EGV-SZ 2010, C 2.2, E. 16.4.3 m.w.H).

5.4.4 In dieser Hinsicht hat die zuständige Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz (welches von der Vorinstanz 2 im Rahmen des kantonalen Bewilligungsverfahrens konsultiert werden musste) keine Abklärungen vorgenommen. Es ist unklar, inwieweit der Tierlärm sich auf die umliegende Bevölkerung auswirkt und ob allenfalls eine erhebliche Störung der Bevölkerung vorliegt. Bei der Beurteilung hat die Vollzugsbehörde daher die umliegenden Zonen zu berücksichtigen. Gewisse Tierlaute werden die Nachbarn nebst den gewerblichen bzw. industriellen Immissionen jedoch in Kauf nehmen müssen. Zumal sich vorliegend der Betrieb inmitten der Industriezone, umgeben von der öffentlichen Zone, der Intensiverholungszone und der Landwirtschaftszone befindet. Für die Beurteilung der Erheblichkeit der allfälligen Störung werden jedoch wohl die Häufigkeit und der Zeitpunkt des Tierlärms entscheidend sein. Dem Ruhebedürfnis während der Nacht und der Vermeidung von Schlaflosigkeit infolge Lärms kommt besonderes Gewicht zu (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band II, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 1075 ff.). Bei der Störung des Schlafes in der Nacht ist relevant, wie viele Aufwachreaktionen pro Nacht und Schläfer in der Nachbarschaft durch die Tierlaute zu erwarten sind (vgl. Beurteilung Alltagslärm, Vollzugshilfe im Umgang mit Alltagslärm, BAFU 2014, S. 17 f.). Zudem wird die Vollzugsbehörde insbesondere auch den Charakter des Tierlärms berücksichtigen müssen. Denn unerwartete sowie impulsartige Geräusche stören mehr als voraussehbare sowie konstante Laute (Christoph Zäch/Robert Wolf, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 20 zu Art. 15). Bereits der Lärmgutachter hat festgehalten, dass es wichtig sei, keine Schweine, sondern eher „ruhigere“ Tiere wie Schafe, Kälber und Rinder

anzuliefern (Lärmgutachten, S. 10). Die Vollzugsbehörde hat deshalb auch abzuklären, welche und wie viele Tiere ungefähr angeliefert werden.

5.4.5 Den Vollzugsbehörden kommt bei der Wahl des Vorgehens und der Massnahmen ein Ermessensspielraum zu. Ein stufenweises Vorgehen ist grundsätzlich geeignet, die Verhältnismässigkeit der Massnahmen zu wahren. Bestehen hingegen Anhaltspunkte für unzulässige Lärmimmissionen, so dürfen die erforderlichen Ermittlungen und allfällige Massnahmen nicht hinausgeschoben werden (Urteil BGer 1C_161-167/2013 vom 27. Februar 2014, E. 5.3 = URP 2014 Nr. 24, S. 658). Die zu erwartenden Immissionen müssen schon im Baubewilligungsverfahren ermittelt werden. Es widerspricht dem Grundsatz der Vorsorge nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 25 USG, die Abklärungen über die Einwirkungen der Anlage und den Erlass von Massnahmen zur Begrenzung der Lärmemissionen nicht vorzunehmen oder auf einen Zeitpunkt nach der Erstellung bzw. der Inbetriebnahme der Anlage zu verschieben (URP 1997, 577). Die Baubewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Anlage die massgebenden Belastungsgrenzwerte in der Umgebung voraussichtlich einhalten wird bzw. keine erhebliche Störung des Wohlbefindens der Bevölkerung zur Folge haben wird; unter Umständen müssen hierfür emissionsmindernde Massnahmen angeordnet werden. Dies schliesst spätere Kontrollmessungen nach Inbetriebnahme der Anlage und die nachträgliche Anordnung weiterer emissionsmindernder Massnahmen bei einer festgestellten Überschreitung der Belastungsgrenzwerte bzw. einer erheblichen Störung nicht aus. Solche Massnahmen dürfen und müssen gegebenenfalls in der Baubewilligung vorbehalten werden, vermögen aber die gebotene Prüfung im Baubewilligungsverfahren nicht zu ersetzen (vgl. Urteil BGer 1A.58/2002 vom 2. September 2002, E. 2.1-2.3; RRB Nr. 1085 vom 19. November 2013, E. 5.2).

5.4.6 Bei Einzelfallbeurteilungen nach Art. 15 USG stellt sich in der Regel die Frage nach emissionsbeschränkenden Betriebsvorschriften im Sinne von Art. 12 USG, insbesondere in Bezug auf die Betriebs-, Öffnungs- und Benutzungszeiten zum Schutz der Nacht-, Mittags- und Sonntagsruhe. Denn unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen bestehen die emissionsbeschränkenden Massnahmen in der Regel nicht in einer Reduktion des Schallpegels (oder hier in der Beschränkung auf die Anzahl und Art der Tiere). Dabei ist eine Interessenabwägung zwischen dem Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer und dem Interesse der Beschwerdegegnerin an der Lärm verursachenden Tätigkeit vorzunehmen (vgl. EGV-SZ 2010, Nr. C 2.2, E. 16.4.1 f. m.w.H.). Daher wird die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz prüfen müssen, ob

(weitere) Massnahmen zur Emissionsbegrenzung anzuordnen sind. Die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz wird weiter beurteilen müssen, ob es tatsächlich nötig ist, mit der Tieranlieferung bereits ab 03.00 Uhr bzw. mit dem Schlachtprozess ab 05.00 Uhr zu beginnen, zumal die Beschwerdegegnerin selber festhält, dass die Tieranlieferung bzw. der Schlachtprozess auch durchaus später beginnen könne (vgl. Vernehmlassung Beschwerdegegnerin vom 21. Juli 2014, S. 7). Auch hat sie zu klären, ob die von den Beschwerdeführern geforderte Anlieferung am Vorabend (bis 22.00 Uhr) praktikabel ist. Dabei ist zu beachten, dass nur Tiere, welche bis zu ihrer Schlachtung in Transportbehältern bleiben, spätestens zwei Stunden nach der Ankunft in der Schlachtanlage geschlachtet werden müssen. Andere Tiere als Rinder, Schafe, Ziegen und Schweine sind spätestens vier Stunden nach ihrer Ankunft in der Schlachtanlage zu schlachten (Art. 4 der Verordnung des BLV über den Tierschutz beim Schlachten vom 12. August 2010, VTSchS, SR 455.110.2).

5.4.7 Nach dem Gesagten hat das Amt für Umweltschutz die Einhaltung der lärmschutzrechtlichen Bestimmungen nicht genügend überprüft. Es hat zwar vorliegend einen Fachbericht von der Bauherrin verlangt. Eine eigentliche Ermittlung der Aussenlärmimmissionen (insbesondere betreffend Tierlärm) sowie die Anordnung von Massnahmen zur Emissionsbegrenzung (insbesondere Betriebszeitenregelung) hat es jedoch nicht vorgenommen. Daher muss nun das Amt für Umweltschutz prüfen, ob die Tieranlieferung eine erhebliche Störung im Sinne von Art. 15 USG verursacht. Es muss abklären, ob das Betriebsareal mit dem Produktionsgebäude sowie dem geplanten Schlachtgebäude den lärmschutzrechtlichen Anforderungen genügt bzw. ob dazu allenfalls weitere Massnahmen im Sinne von Art. 12 USG notwendig sind (Art. 37a Abs. 1 und 2 LSV, Art. 40 Abs. 3 LSV). Allenfalls sind vorliegend die Betriebszeiten aufgrund des Vorsorgeprinzips anzupassen (vgl. E. 5.5.1). Die Sache ist deshalb zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz zurückzuweisen.

5.5 Im Bereich des Lärmschutzes gelten die Voraussetzungen der Einhaltung der Belastungsgrenzwerte bzw. von Art. 40 Abs. 3 LSV und der vorsorglichen Emissionsbegrenzung kumulativ. Auch wenn ein Projekt die Belastungsgrenzwerte bzw. Art. 40 Abs. 3 LSV einhält, muss anhand der in Art. 11 Abs. 2 USG und Art. 7 Abs. 1 Bst. a LSV genannten Kriterien geprüft werden, ob das Vorsorgeprinzip weitergehende Beschränkungen erfordert. Daraus folgt, dass sich die Baubewilligungsbehörde nicht

darauf beschränken darf, dem Baugesuchsteller die Auswahl zwischen verschiedenen, die Belastungsgrenzwerte einhaltenden Projektvarianten zu lassen. Vielmehr muss sie sich für jene Massnahmen entscheiden, welche im Rahmen des Vorsorgeprinzips und des Verhältnismässigkeitsprinzips den besten Lärmschutz gewährleisten. Dies kann auch dazu führen, dass verschiedene Lärmschutzmassnahmen kumulativ anzuordnen sind (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., Ziff. 19.3.2.1; Urteil BGer 1C_506/2008 vom 12. Mai 2009, E. 3.3 = URP 2009, Nr. 20, S. 541 ff.; RRB Nr. 145 vom 7. Februar 2012, E. 5.2).

5.5.1 Die Vorinstanz 2 bzw. das zuständige Amt für Umweltschutz (Abteilung Lärmschutz) muss sich bei ihrer Neubeurteilung auch mit der Möglichkeit vorsorglicher Emissionsbegrenzungen auseinandersetzen und festlegen, ob allenfalls konkrete zusätzliche Massnahmen im Sinn von Art. 11 Abs. 2 USG zu treffen sind. Bisher ist sie dem Lärmgutachten der Planteam AG gefolgt und hat festgehalten, dass die massgebenden Planungswerte im erweiterten Betriebszustand nach Art. 7 LSV eingehalten werden. Daher beantragte sie, dass das Baugesuch mit einem Vorbehalt bewilligt werden könne. Sofern es technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar sei, seien schallabsorbierende Verkleidungen im Bereich der Schlachthausanlieferung (Innenflächen) anzubringen. Die entsprechenden Abklärungen seien dem Amt für Umweltschutz zur Genehmigung einzureichen (vgl. Gesamtentscheid vom 8. Mai 2014, S. 7). In der Vernehmlassung bzw. im Mitbericht vom 23. Juli 2014 erwähnt das Amt für Umweltschutz ausserdem, dass es die beantragte Prüfung der schallabsorbierenden Verkleidung der Schlachthausanlieferung nach wie vor als sinnvoll erachte. Alternativ zur Auflage im Gesamtentscheid könne auch ein Tor bei der Schlachthausanlieferung in Betracht gezogen werden.

5.5.2 Die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz hat zwar vorliegend einen Vorbehalt bzw. eine Auflage verfügt. Der Vorbehalt bzw. die Auflage ist aber zu unbestimmt und zu wenig konkret und beruht insbesondere auf keiner genügenden Sachverhaltsabklärung. Auflagen müssen zur Erreichung des angestrebten Zieles notwendig und geeignet und vor allem auch durchsetzbar sein. Deshalb sind die notwendigen Pflichten detailliert festzulegen sowie klar und eindeutig zu formulieren (Zaugg/Ludwig, a.a.O., N 15a f. zu Art. 38/39). Es muss klar und unmissverständlich mit der Baubewilligung bzw. dem Gesamtentscheid verfügt werden, welche Massnahmen baulicher, technischer und/oder betrieblicher Art notwendig sind, um dem Erfordernis des bestmöglichen Lärmschutzes gerecht zu werden. Von der Bauherrin darf dabei erwartet

werden, dass sie im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht (§ 19 VRP) von sich aus Lösungen aufzeigt (RRB Nr. 145 vom 7. Februar 2012, E. 5.5.3). Die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz muss daher vor Erteilung der Bewilligung von der Bauherrin die nötigen Abklärungen verlangen. Danach muss sie die allenfalls notwendigen Lärmschutzmassnahmen konkret anordnen.

6. Es ist überdies darauf hinzuweisen, dass das Amt für Arbeit prüfen muss, ob das Bauvorhaben allenfalls einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) untersteht (Ziff. 70.9 des Anhanges zum VVzUSG inklusive Fussnote; vgl. Art. 5 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988, UVPV, SR 814.011). Denn gemäss Ziff. 70.9 des Anhanges 1 UVPV besteht bei Schlächtereien und fleischverarbeitenden Betrieben mit einer Produktionskapazität von mehr als 5'000 Tonnen im Jahr eine UVP-Pflicht.
(RRB Nr. 600 vom 23. Juni 2015).

4. Abgaben

4.1 Steuererlass

- *Voraussetzungen und Verfahren für den Erlass der Kantons-, Bezirks- und der Gemeindesteuern sowie der direkten Bundessteuer (Erw. 1.1 – 2.2).*
- *Kein Erlass von Steuern, wenn andere gleichrangige Gläubiger nicht auch auf einen Teil der Forderungen verzichten (Erw. 3.2 – 3.4).*
- *Ausreichende Begründung der angefochtenen Verfügung (Erw. 4.1 – 4.2).*
- *Ist die Existenz einer Notlage nicht nachgewiesen, so dürfen Steuerforderungen nicht erlassen werden (Erw. 5.1 – 5.4).*
- *Unzureichender Nachweis der Unterschreitung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (Erw. 6).*

Aus dem Sachverhalt:

A. wurde am 26. März 2013 von der Steuerverwaltung für das Jahr 2009 veranlagt. Die Verfügung wurde nicht angefochten. Mit Gesuch vom 31. Mai 2013 gelangte A. an die Steuerverwaltung und ersuchte um

Erlass der Ausstände bei den Kantons-, Bezirks- und Gemeindesteuern von Fr. 22‘716.45 sowie um Erlass des Restbetrages von Fr. 21‘193.35 bei der Bundessteuer. Das Gesuch wurde am 28. März 2014 von der Steuerverwaltung abgewiesen. Gegen diesen Steuererlassentscheid erhob A. mit Eingabe vom 22. April 2014 Beschwerde beim Regierungsrat.

Am 30. Juni 2014 legte A. den Entwurf für einen Sanierungsvorschlag ins Recht, bei welchem die privaten Gläubiger auf 50 bis 65 Prozent ihrer Forderungen verzichtet hätten. Zudem beantragte er, dass die Steuerverwaltung sowohl bei den Kantons-, Bezirks- und Gemeindesteuern wie auch bei der direkten Bundessteuer auf jeweils 60 Prozent der ausstehenden Steuerforderungen des Jahres 2009 verzichte.

Nachdem das Beschwerdeverfahren sistiert worden war, teilte A. am 11. Dezember 2014 mit, dass die Bemühungen für eine Gesamtsanierung gescheitert seien und dass das Verfahren fortzusetzen sei. Am 30. Januar 2015 stellte A. die definitive Rechtsöffnungsverfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts March vom 23. Januar 2015 zu, welche die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch die Finanzverwaltung des Kantons Schwyz, erwirkt hatte.

Aus den Erwägungen:

1.1 § 194 des Steuergesetzes vom 9. Februar 2000 (StG, SRSZ 172.200) regelt den Steuererlass. Danach gilt: Steuerpflichtigen, für die infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses, einer Busse wegen Übertretung oder von Kosten eine grosse Härte bedeuten würde, können die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden (Abs. 1). Das Erlassgesuch muss schriftlich begründet und mit den nötigen Beweismitteln der kantonalen Steuerverwaltung eingereicht werden. Diese holt die Stellungnahme der Gemeinde ein und entscheidet über das Gesuch (Abs. 2). Gegen den Entscheid der kantonalen Steuerverwaltung kann Beschwerde beim Regierungsrat gemäss dem Verwaltungsrechtspflegegesetz erhoben werden (Abs. 3). Die Einreichung eines Steuererlassgesuches hemmt den Bezug nicht (Abs. 4). Bei offensichtlich unbegründeten Gesuchen können Verfahrenskosten erhoben werden (Abs. 5).

1.2 Der Erlass der direkten Bundessteuer ist in Art. 167 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) geregelt. Danach können dem Steuerpflichtigen, für

den infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses oder einer Busse wegen Übertretung eine grosse Härte bedeuten würde, die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden. Das Gesuch um Erlass der direkten Bundessteuer ist nach Art. 167 Abs. 2 DBG der zuständigen kantonalen Verwaltung für die direkte Bundessteuer einzureichen. Die kantonale Erlassbehörde entscheidet bis zu einem Betrag von Fr. 25'000.-- auch über Gesuche um Erlass der direkten Bundessteuer (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung des EFD über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer, Steuererlassverordnung vom 19. Dezember 1994, SR 642.121). Dafür ist im Kanton Schwyz die Vorinstanz zuständig (vgl. § 5 Ziff. 7 kantonale Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 20. Dezember 1994, VVzDBG, SRSZ 171.111). Gegen deren Erlassentscheid besteht nach § 3 VVzDBG in Verbindung mit § 194 Abs. 3 StG ebenfalls die Beschwerdemöglichkeit an den Regierungsrat.

2. Die Voraussetzungen für den Steuererlass werden in § 194 Abs. 1 StG umschrieben. Das kantonale Recht enthält keine § 194 Abs. 1 StG konkretisierenden Bestimmungen. Insbesondere wird der Steuererlass auch in der Vollzugsverordnung zum Steuergesetz vom 22. Mai 2001 (VVzStG, SRSZ 172.211) nicht näher behandelt. Dagegen finden sich in der vorerwähnten Steuererlassverordnung des Bundes detaillierte Regelungen über den Erlass der direkten Bundessteuer. Da die Voraussetzungen für einen Steuererlass in § 194 Abs. 1 StG und Art. 167 Abs. 1 DBG praktisch gleich umschrieben sind, können die Bestimmungen der eidgenössischen Steuererlassverordnung auch für die Beurteilung des Erlasses der Kantonssteuer herangezogen werden. Dies entspricht im Übrigen auch der gängigen Praxis.

2.1 Der Steuererlass soll zu einer langfristigen und dauernden Sanierung der wirtschaftlichen Lage der steuerpflichtigen Person beitragen. Er hat dabei bestimmungsgemäss der steuerpflichtigen Person selbst und nicht ihren Gläubigern zugutezukommen (Art. 1 Abs. 1 Steuererlassverordnung). Die Erlassbehörde entscheidet dabei nach pflichtgemässem Ermessen aufgrund aller im Sinne von Art. 167 DBG wesentlichen Tatsachen (Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Steuererlassverordnung). Die Erlassbehörde berücksichtigt bei ihrem Entscheid die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der steuerpflichtigen Person. Massgebend sind dabei in erster Linie die Situation im Zeitpunkt des Entscheides, daneben auch die Entwicklung seit der Veranlagung, auf die sich das Erlassbegehren bezieht, sowie die Aussichten für die Zukunft (Art. 3 Abs. 1 Steuererlassverordnung). Wäre der steuerpflichtigen Person im Zeitpunkt der Fällig-

keit eine fristgerechte Zahlung möglich gewesen, so ist dies im Erlassentscheid zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 3 Steuererlassverordnung).

2.2 Art. 9 der Steuererlassverordnung konkretisiert den Rechtsbegriff der Notlage: Eine Notlage liegt vor, wenn der ganze geschuldete Betrag in einem Missverhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Person steht (Abs. 1 Satz 1). Bei natürlichen Personen ist ein Missverhältnis insbesondere dann gegeben, wenn die Steuerschuld trotz Einschränkung der Lebenshaltungskosten auf das Existenzminimum in absehbarer Zeit nicht vollumfänglich beglichen werden kann (Satz 2). In jedem Fall liegt eine Notlage vor bei Einkommens- und Vermögenslosigkeit oder wenn die öffentliche Hand für die Lebenshaltungskosten der steuerpflichtigen Person und deren Familie aufkommen muss (Abs. 2). Unter Vorbehalt von Art. 10 ist es für den Erlassentscheid unerheblich, aus welchem Grund die steuerpflichtige Person in die geltend gemachte Notlage geraten ist (Art. 2 Abs. 2 Steuererlassverordnung). Dieser Vorbehalt bezieht sich jedoch nur auf Abs. 2 des Art. 10 und nicht auf Abs. 1 (vgl. Michael Beusch, in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, 2. Auflage, Basel 2008, Art. 167 DBG, N 14).

3. Die Vorinstanz wies das Erlassgesuch einerseits sinngemäss mit der Begründung ab, der Beschwerdeführer verfüge noch über ein Wertschriftendepot im Wert von Fr. 116‘000.--. Andererseits habe er neben den Steuerschulden noch weitere private Darlehen ausstehend und die öffentliche Hand könne nicht einseitig auf ihre Steuerforderungen verzichten.

3.1 Der Steuererlass gehört nicht zur Steuerveranlagung, sondern zum Steuerbezug bzw. zur Steuervollstreckung (Beusch, a.a.O., Art. 167 DBG, N 7 mit Hinweisen). Im Erlassverfahren kann deshalb nie eine Revision der Veranlagung verlangt und die Begründetheit der Steuerforderung überprüft werden. Da ein Steuererlass nur unter den gesetzlich statuierten Voraussetzungen möglich ist und die Begründetheit der steuerlichen Veranlagung im Erlassverfahren nicht überprüft werden kann, muss sich der Beschwerdeführer die rechtskräftige Veranlagungsverfügung 2009 entgegenhalten lassen.

3.2 Der Steuererlass verfolgt vorrangig den Zweck, zu einer langfristigen und dauernden Sanierung der wirtschaftlichen Lage der steuerpflichtigen Person beizutragen. Der Steuererlass hat dabei bestimmungsgemäss der steuerpflichtigen Person selbst und nicht ihren Gläu-

bigern zugutezukommen (vgl. vorstehend Erw. 2.1). Der Beschwerdeführer weist gemäss Aufstellung zum Sanierungsvorschlag folgende Schulden aus: B. (Fr. 5‘000.--); C. (Fr. 40‘000.--); D. (Fr. 35‘000.--); E. (Fr. 25‘000.--); F. (Fr. 1‘719.--), was einem Zwischentotal von Fr. 106‘719.-- entspricht. Hinzu kommen noch Beiträge an die Ausgleichskasse Schwyz im Umfang von Fr. 29‘690.70 (nicht definitiv, Einsprache hängig). Wie der Beschwerdeführer am 11. Dezember 2014 mitteilte, ist eine private Schuldensanierung nicht zustande gekommen bzw. gescheitert. Bei diesem Sanierungsvorschlag hätten die privaten Gläubiger auf rund 60 bis 65 Prozent ihrer Forderungen verzichtet. Allein schon aus diesem Grund ist die Beschwerde somit abzuweisen. Der anbegehrte Steuererlass kommt mithin nicht in Frage, denn damit würde einseitig die öffentliche Hand zu Gunsten der privaten Gläubiger auf ihre rechtskräftigen Steuerforderungen verzichten. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, darf die öffentliche Hand jedoch durch einen Steuererlass nicht zugunsten anderer Gläubiger auf die Geltendmachung ihrer Steuerforderungen verzichten.

3.3 Vorliegend hängt die rechtskräftige Steuerforderung mit wieder eingebrachten Abschreibungen von rund Fr. 475‘000.-- auf dem Grundstück „X.“ zusammen, was beim Beschwerdeführer im Jahr 2009 zu einem (Buch-)Gewinn von rund Fr. 275‘000.-- führte, obwohl aus der Abtretung des Grundstückes „X.“ an die hypothezierende Bank für den Beschwerdeführer zunächst ein Verlust von rund Fr. 200‘000.-- entstanden ist. Das fragliche Grundstück „X.“ stand ursprünglich im Eigentum eines Baukonsortiums bzw. einer einfachen Gesellschaft, an welcher neben dem Beschwerdeführer noch zwei weitere Personen beteiligt waren. Eine dieser beiden Personen ist Mitte der 90er Jahre in Konkurs gegangen und die andere Person ist vorher verstorben (und deren Erben haben die Erbschaft offenbar ausgeschlagen), so dass die finanziellen Folgen dieses Grundstücksgeschäfts bzw. der Abtretung an die Bank nun am Beschwerdeführer alleine hängen geblieben sind. Der Beschwerdeführer muss für den geschäftlichen Misserfolg, die überhöhte Hypothekarforderung und die Steuerfolgen nun allein einstehen.

3.4 Als Ursachen, die zu einer Notlage führen, werden namentlich anerkannt: erhebliche Geschäfts- und Kapitalverluste bei selbstständig Erwerbenden und juristischen Personen, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz der Unternehmung sowie Arbeitsplätze gefährdet sind. Ein Erlass soll jedoch in der Regel nur gewährt werden, wenn auch die anderen gleichrangigen Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten (Art. 10 Abs. 1 Bst. c Steuererlassverordnung). Liegen andere Gründe für

die Überschuldung vor, als sie in Absatz 1 genannt sind, wie z.B. geschäftliche Misserfolge, Bürgschaftsverpflichtungen, hohe Grundpfandschulden, Kleinkreditschulden als Folge eines überhöhten Lebensstandards usw., kann der Bund nicht zugunsten anderer Gläubiger auf seine gesetzlichen Ansprüche verzichten. Verzichten andere Gläubiger ganz oder teilweise auf ihre Forderung, kann ein Erlass im selben prozentualen Umfang gewährt werden (Art. 10 Abs. 2 Steuererlassverordnung). Aus der Abtretung des Grundstückes „X." an die Bank resultierte offenbar für den Beschwerdeführer ein Verlust von rund Fr. 200'000.-- (vgl. auch Erw. 3.3 zur Vorgeschichte). Insoweit liegt ein Geschäftsverlust vor, von welchem der Beschwerdeführer betroffen ist. Ob hingegen ein Verlust von Arbeitsplätzen droht oder seine wirtschaftliche Existenz tatsächlich gefährdet ist, lässt sich aufgrund der Aktenlage nicht eindeutig eruieren. Dass ein solches Szenario, nämlich der Konkurs des Beschwerdeführers, aber unmittelbar droht, erscheint eher unwahrscheinlich. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, könnte ein Steuererlass in diesem Fall dennoch nicht gutgeheissen werden, weil der Verlust letztlich auf einen geschäftlichen Misserfolg und/oder auf eine überhöhte Grundpfandschuld zurückzuführen ist und vor allem, weil die anderen Gläubiger in eine private Schuldensanierung gerade nicht eingewilligt haben, was aber Voraussetzung für den (teilweisen) Erlass der fraglichen Steuerforderungen darstellte (vgl. auch Erw. 3.2).

4.1 Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör geltend, weil die Vorinstanz den angefochtenen Steuererlassentscheid ungenügend begründet habe.

4.2 Nach § 128 StG i.V.m. § 31 Abs. 1 Bst. e des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) müssen Verfügungen und Entscheide eine Begründung enthalten. Die Begründungspflicht leitet sich bereits aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ab (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101; vgl. auch Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, N 1672 ff.). Die Begründung einer Verfügung ist genügend, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1706). Die Behörde ist befugt, sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte zu beschränken; sie muss nicht jeden einzelnen Rügepunkt ausdrücklich widerlegen. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde

leiten liess (vgl. BGE 135 III 513 ff. E. 3.6.5). Vorliegend hat die Vorinstanz klar dargelegt, dass sie der Ansicht ist, dass der Beschwerdeführer über genügend Vermögen verfüge, um die Steuerausstände zu begleichen. Weiter vertritt sie die Auffassung, dass es nicht angehen könne, dass die öffentliche Hand einseitig zugunsten privater Gläubiger auf ihre Forderungen verzichte. Mit diesen beiden Argumenten hat die Vorinstanz den Erlassentscheid in rechtsgenüglicher Weise begründet, zumal die Rechts- bzw. Steuervertreterin des Beschwerdeführers über viel Erfahrung im Steuerrecht verfügt und für sie daher der Tatbestand des Steuererlasses kein Neuland darstellt, wie auch die Ausführungen in der Beschwerdeschrift hinlänglich zeigen.

5. Der Beschwerdeführer begründet seine angebliche Notlage u.a. mit folgenden Stichworten: gesundheitliche Probleme, Scheidung, Tod Lebenspartnerin, lediglich Nutzniessung an den Liegenschaften (kein Verkauf möglich), Bauprojekt Y. in den 90er Jahren ausgezont, tiefes Einkommen gemäss Scheidungsurteil, drohender Privatkonkurs. Auf diese Punkte ist nachfolgend der Vollständigkeit halber kurz einzugehen.

5.1 Die persönlichen Lebensumstände wie Krankheit, Scheidung oder ein tragischer Todesfall weisen keinen unmittelbaren Bezug zu den Steuerforderungen der öffentlichen Hand auf. Solche Umstände wären nur dann massgebend, wenn sie sich direkt auf die finanzielle Situation des Beschwerdeführers auswirken würden. Wollte man diesen Punkt grundsätzlich anders sehen, so könnten viele Steuerpflichtige erfolgreich ein Erlassgesuch stellen.

5.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es gehe aus dem Scheidungsurteil vom 26. November 2007 des Bezirksgerichts (...) hervor, dass er über ein Einkommen von lediglich Fr. 24‘000.-- und über ein Vermögen von Fr. 0.-- verfüge, so trifft dies insoweit zu, als diese finanzielle Ausgangslage dem Verzicht auf die Ausrichtung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau zugrunde gelegt wurde. Es ist ihm jedoch entgegenzuhalten, dass aus diesem Urteil u.a. ebenfalls ersichtlich ist, dass gegen Zahlung eines Betrages von Fr. 450‘000.-- an seine Ehefrau mehrere Grundstücke in sein volles Alleineigentum (bzw. in jenes einer seiner juristischen Personen) übertragen worden sind, darunter auch zwei Mehrfamilienhäuser (Z1 und Z2). Darüber hinaus wären die im Scheidungsurteil genannten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers, die auf eine Periode vor dem Jahr 2007 Bezug nehmen, heute offensichtlich ohnehin nicht mehr aktuell.

5.3 Was das ausgezonte (aber angeblich bereits im Bau befindliche) Projekt in Y. anbelangt, müsste in diesem Fall eine Enteignung stattgefunden haben, so dass der Beschwerdeführer Anspruch auf eine volle Entschädigung des Wertes gehabt hätte. Weshalb ihm von der Gemeinde lediglich ein symbolischer Betrag bezahlt worden sein soll, obwohl der ihm daraus entstandene finanzielle Schaden Fr. 400‘000.-- betragen haben soll, ist überhaupt nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer hat denn auch seine Parteibehauptungen nicht mit entsprechenden Unterlagen bewiesen. Für dieses Beschwerdeverfahren spielt die Frage aber ohnehin keine Rolle.

5.4 Dass der Beschwerdeführer heute lediglich noch Nutzniesser der beiden Mehrfamilienhäuser sein soll bzw. wer stattdessen Eigentümer dieser Liegenschaften ist, weist er ebenfalls nicht näher mit öffentlich beurkundeten Verträgen und Grundbuchauszügen nach. Sodann wird nicht dargelegt, weshalb der Beschwerdeführer auf das Eigentum an diesen Mehrfamilienhäusern verzichtet hat und allenfalls gegen welche Entschädigung. Gemäss dem vorerwähnten Scheidungsurteil wurde das volle Eigentum an den fraglichen Immobilien auf den Beschwerdeführer übertragen. Die Vorgehensweise mit der Nutzniessung mutet eigenartig an. Angeblich soll er die beiden Mehrfamilienhäuser seinen Söhnen überschrieben haben. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren spielen die genauen Eigentumsverhältnisse aber letztlich ebenfalls keine entscheidende Rolle, weil dem Beschwerdeführer im Jahr 2012 für das Mehrfamilienhaus Z1 ein Bruttoertrag von Fr. 59‘060.-- und für das Z2 ein solcher von Fr. 85‘952.--, also total Fr. 145‘012.-- zugeflossen ist. Aus dieser Grössenordnung ist ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer alleine aus den beiden Mehrfamilienhäusern genügend Bruttoertrag zufliesst, um die Steuerausstände ratenweise zu tilgen, wenn der Unterhalt auf das notwendige Minimum reduziert wird.

6. Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer auf die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums, welches ein Manko von rund Fr. 370.-- ergebe.

6.1 Bei der Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums des Beschwerdeführers ist jedoch – soweit diese Frage vorliegend überhaupt relevant sein sollte – dem Umstand angemessen Rechnung zu tragen, dass er als selbstständig erwerbender Generalunternehmer insbesondere über die Steuerung der Unterhaltskosten jener Liegenschaften, an denen er die Nutzniessung besitzt, in die Lage versetzt wird, sein steuerbares Einkommen insoweit zu minimieren, als er damit in wirt-

schaftlicher Hinsicht deutlich weniger leistungsfähig erscheint als er tatsächlich sein dürfte. So konnte der Beschwerdeführer trotz seiner angeblichen Notlage ein privates Darlehen vom 14. Dezember 2007 (B.) per Ende 2013 um Fr. 50‘000.-- amortisieren, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend festhält (vgl. …). Daher ist seine Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums, die ein Manko zur Folge hat, mit Vorbehalt zu würdigen, soweit denn diese Frage überhaupt noch eine Rolle spielen sollte. Ohnehin unerheblich ist das monatliche Manko von Fr. 370.-- vorliegend aber auch deshalb, weil die Argumente der Vorinstanz vollumfänglich zutreffen, wonach der Beschwerdeführer unter anderem mit einem (angeblich verpfändeten) Wertschriftendepot im Wert von Fr. 116‘000.-- über genügend Vermögen zur Begleichung der Steuerforderungen verfüge und dass ein Steuererlass nicht in Frage komme, weil die öffentliche Hand nicht zugunsten der privaten Gläubiger auf ihre Forderungen verzichten könne.

7. Zusammenfassend ist die Beschwerde aus den vorerwähnten Gründen daher abzuweisen und der vorinstanzliche Erlassentscheid zu bestätigen. Verfahrenskosten werden keine erhoben (vgl. auch § 194 Abs. 5 StG).

(RRB Nr. 322 vom 14. April 2015).

7. Sozialwesen

7.1 Kostengutsprache für eine Fremdplatzierung bei einer Pflegefamilie

- *Vertretungsbefugnis der Beiständin im Beschwerdeverfahren (Erw. 1).*
- *Obhutsentzug und Fremdplatzierung als Kindesschutzmassnahme (Erw. 2).*
- *Kostenübernahme zu Lasten der Sozialhilfe bei einer Fremdplatzierung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Erw. 3).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 26. November 2013 hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Innerschwyz einem Vater die elterliche Obhut über X., geboren 28. Februar 1999, entzogen. X. wurde bei der Pflegefamilie

Y. untergebracht. Im Weiteren hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Erziehungsbeistandschaft errichtet. Am 18. September 2014 ging bei der Fürsorgebehörde Z. ein Kostengutsprachegesuch für den Aufenthalt von X. bei der Pflegefamilie ein. Es wurde um Nachzahlung der Pflegekosten für die Zeit vom Januar bis und mit September 2014 im Betrag von Fr. 24‘487.65 und um Übernahme der Pflegekosten ab Oktober 2014 von monatlich Fr. 2‘720.85 ersucht.

Die Fürsorgebehörde Z. entsprach dem Gesuch für die Zeit ab dem 1. September 2014, lehnte das Gesuch im Übrigen ab. Die Sozialberatung wurde ausserdem von der Fürsorgebehörde angewiesen, die Erhältlichmachung eines Elternbeitrages abzuklären. Gegen den Beschluss erhob X. Beschwerde mit dem Begehren, die Gemeinde habe subsidiär die Kosten auch für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis Ende August 2014 zu übernehmen.

Aus den Erwägungen:

1. Vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für eine Sachverfügung oder einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft insbesondere die Vertretungsbefugnis der Parteivertreter (§ 27 Abs. 1 Bst. c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, trifft die Behörde eine Nichteintretensverfügung oder einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.1 Gemäss Art. 304 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge. Wenn es die Verhältnisse erfordern, ernennt die Kindesschutzbehörde nach Art. 308 Abs. 1 ZGB einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Sie kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft, bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte und die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB).

1.2 Mit Ernennungsurkunde vom 15. Dezember 2014 hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Innerschwyz die Beiständin ermächtigt, die Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber der Vor-

instanz wahrzunehmen, wozu sie eine Prozessvollmacht mit Substitutionsrecht erteilte. Die Beiständin ist daher für das vorliegende Beschwerdeverfahren, in welchem es um die Kostenübernahme für die Platzierung in der Pflegefamilie Y. vom 1. Januar 2014 bis und mit August 2014 geht, befugt, die Beschwerdeführerin zu vertreten. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.1 Nach Art. 310 Abs. 1 und 2 ZGB in Verbindung mit Art. 315 Abs. 1 ZGB hat die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes über dessen Unterbringung zu entscheiden, wenn seiner Gefährdung nicht anders begegnet werden kann und das Verhältnis zwischen Eltern und Kind so schwer gestört ist, dass sein Verbleiben in deren Haushalt unzumutbar geworden ist. Sie hat ihren Entscheid über eine allfällige (Um-) Platzierung alleine am Kindeswohl auszurichten (vgl. dazu Peter Breitschmid, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 4. Auflage 2010, N. 16 zu Art. 310 ZGB). Der Begriff des Kindeswohls lässt sich nicht allgemein konkretisieren. Er ist je nach der sich stellenden Frage (z.B. Neuregelung der elterlichen Sorge, Besuchsrecht, Adoption) und den konkreten Umständen des Einzelfalls verschieden. Der Inhalt des Kindeswohls bei Fragen des Kindesschutzes nach Art. 307 ff. ZGB ist nach objektiven Gesichtspunkten zu eruieren (vgl. Kurt Affolter, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 405 ZGB; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage 1999, Rz. 26.04a ff.)

2.2 Am 14. November 2013 orientierte die KESB Innerschwyz die Vorinstanz über die geplante Fremdplatzierung der Beschwerdeführerin in der Institution Q. und gab ihr gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme. In ihrem Schreiben vom 18. November 2013 unterstützte die Vorinstanz die Fremdplatzierung in der Institution Q. und leistete subsidiäre Kostengutsprache für die Aufenthaltskosten in der Institution Q. von Fr. 483.-- pro Tag, begrenzt auf drei Monate. Nachdem offenbar die Beschwerdeführerin mit einer Platzierung in der Institution Q. nicht einverstanden war, entschied sich die KESB Innerschwyz für die Unterbringung der Beschwerdeführerin bei der Pflegefamilie Y., ohne indes nochmals Rücksprache mit der Vorinstanz zu nehmen. Dies hielt sie mit Beschluss Nr. (...) vom 26. November 2013 fest. Dieser Beschluss wurde der Vorinstanz zugestellt und erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

3.1 Mit Schreiben vom 21. Juli 2014 (eingegangen bei der Vorinstanz am 18. September 2014) gelangte die Beiständin der Beschwerdeführerin mit dem Formular „Kenntnisnahme der Eltern über Kostenfolge der Platzierung und Antrag um Kostengutsprache an das fürsorgepflichtige

Gemeinwesen“, dem Pflegevertrag und dem Berechnungsblatt „Pflegegeld für Familienpflegekinder“ an die Vorinstanz und ersuchte diese um Kostengutsprache für die Platzierung der Beschwerdeführerin bei der Pflegefamilie Y. ab 1. Januar 2014. Die Vorinstanz hat die Kosten der Fremdplatzierung der Beschwerdeführerin ab 1. September 2014 bzw. ab dem Monat der Einreichung des Kostengutsprachegesuches subsidiär übernommen, jedoch für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. August 2014 abgelehnt (...). Sie hat dazu ausgeführt, dass gemäss § 17 Abs. 2 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) die Fürsorgebehörde für Leistungen, die ein Hilfsempfänger von Dritten erwirkt, nur einzustehen hat, soweit sie hierfür im Voraus oder rechtzeitig Gutsprache geleistet hat. Das Gesuch um Kostengutsprache sei erst am 18. September 2014 bei ihr eingegangen, weshalb sie für die Kosten, die vor der Einreichung des Gesuches anfielen, nicht einzustehen habe.

3.2 Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass die Vorinstanz bereits mit Schreiben der KESB Innerschwyz vom 14. November 2013 darüber informiert wurde, dass eine Fremdplatzierung der Beschwerdeführerin erfolgen müsse. Mit Beschluss Nr. (...) vom 26. November 2013 habe die KESB Innerschwyz dann die Fremdplatzierung angeordnet. Dieser Beschluss wurde der Vorinstanz zugestellt. Das Schreiben der Beiständin vom 18. September 2014 sei lediglich als Ergänzung zu betrachten. Insgesamt erweise sich deshalb das Gesuch um Kostengutsprache als rechtzeitig gestellt. Komme hinzu, dass die Vorinstanz nicht befugt sei, rechtmässig gefasste Entscheidungen einer zuständigen Kindesschutzbehörde mittels Ablehnung der Kostenübernahme nochmals zu überprüfen und sogar zu vereiteln. Damit verletze die Vorinstanz die der Kindesschutzbehörde kraft Bundesrecht zustehenden Kompetenzen. Die Auslegung der Vorinstanz von § 17 Abs. 2 ShG verstosse gegen Bundeszivil- und -verfassungsrecht (Art. 310 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 315 Abs. 1 ZGB; Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, BV).

3.3 Nach § 11 ShG haben die Gemeinden dafür zu sorgen, dass Hilfe Suchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird (Abs. 1), die unter anderem auch die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe umfasst (Abs. 2). Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinn eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 ShG). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Sozialhilfegesetzes und der Sozialhilfeverordnung sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohn-

sitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemässem Ermessen entscheidet (§ 5 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984, Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111). Gemäss § 17 Abs. 2 ShG hat die Fürsorgebehörde für Leistungen, die ein Hilfsempfänger von Dritten erwirkt (Ärzte, Spitäler, Wohnungsvermieter usw.) nur einzustehen, soweit sie hierfür im Voraus oder rechtzeitig Gutsprache geleistet hat. Die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsansprüche gehen der öffentlichen Sozialhilfe grundsätzlich vor (§ 24 Abs. 1 ShG).

3.4 Die Rechtmässigkeit der Unterbringung bei der Pflegefamilie Y. ist nicht zu überprüfen. Denn im Rahmen des sozialhilferechtlichen Verfahrens ist nicht über die Begründetheit einer vormundschaftlichen Anordnung zu entscheiden. Zu prüfen ist vielmehr, wer für die Kosten der angeordneten Massnahme aufzukommen hat. Nachdem die Zuständigkeit der Vorinstanz als Fürsorgebehörde am Unterstützungswohnsitz unbestritten ist, könnte höchstens gerügt werden, die Unterbringung sei aus sozialhilferechtlicher Sicht rechtsmissbräuchlich, mit der Folge, dass die Vorinstanz zwar nicht die Platzierung an sich, aber die Übernahme der Kosten für diese Unterbringung ablehnen könnte.

3.5 Die Vorinstanz vermag keine Gründe vorzubringen, welche die Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Pflegefamilie aus sozialhilferechtlicher Sicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen würden. Dies wäre etwa der Fall, wenn aus rein finanzieller Sicht eine teurere Institution berücksichtigt würde. Ebenfalls kann sich die Vorinstanz nicht darauf berufen, das Kostengutsprachegesuch sei verspätet im Sinne von § 17 Abs. 2 ShG eingereicht worden. Denn unter den gegebenen Umständen bedurfte es keiner vorgängigen Kostengutsprache seitens der Vorinstanz, da kantonale Verfahrensbestimmungen infolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) nicht dazu führen dürfen, dass die Umsetzung oder Durchführung von Bundesrecht verhindert oder übermässig erschwert wird (vgl. BGE 135 V 134 ff.). Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass die Vorinstanz die Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung vom 1. Januar 2014 bis 31. August 2014 nicht mit der Begründung verweigern darf, dass das Kostengutsprachegesuch erst am 18. September 2014 gestellt wurde. Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ihrer Situation angemessene Betreuung, welche offenbar am besten im Rahmen der Fremdplatzierung in der Pflegefamilie erfolgt. Somit hat die Vorinstanz für die Kosten der Fremdplatzierung aufzukommen, soweit diese nicht anderweitig gedeckt werden. Denn nach Art. 276 Abs. 1 ZGB haben in erster Linie

die Eltern für den Unterhalt der Kinder aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen. Erst wenn die Eltern für ihre Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen (§ 15 ShG), muss die Vorinstanz wirtschaftliche Hilfe leisten.

4. Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Vorinstanz das Gesuch um subsidiäre Kostengutsprache für die Fremdplatzierungskosten der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. August 2014 gestützt auf § 17 Abs. 2 ShG nicht ablehnen kann, da Bundesrecht kantonalem Recht vorgeht. Die Vorinstanz hat die Kosten der Fremdplatzierung für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. August 2014 zu übernehmen, soweit diese nicht anderweitig gedeckt werden. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz noch im November 2013 Kostengutsprache für die Unterbringung der Beschwerdeführerin in der Institution Q. für Fr. 483.-- pro Tag gesprochen hat. Wäre es zu dieser Platzierung gekommen, wäre die Vorinstanz wesentlich mehr belastet worden als mit der jetzigen Lösung. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. (…).

(RRB Nr. 810 vom 1. September 2015).

18. Ausländerrecht

18.1 Erlöschen der Niederlassungsbewilligung

- *Erlöschen von ausländerrechtlichen Bewilligungen bei Abmeldung ins Ausland und bei Verlassen des Landes ohne Abmeldung (Erw. 2.1).*
- *Die Bewilligung darf nur gelöscht werden, wenn die Abmeldung klar und eindeutig auf den Willen der Person schliessen lässt, die Schweiz definitiv zu verlassen und die Erklärung frei von Willensmängeln ist. Auf eine solche Absicht lässt sich aufgrund der Umstände vorliegend nicht schliessen (Erw. 2.2 – 2.6).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass die Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) der Beschwerdeführerin mit deren Wegzug nach Österreich automatisch erloschen ist. Die Beschwerdeführerin hingegen stellt sich

in ihrer Beschwerde vom 29. Dezember 2014 auf den Standpunkt, dass ihre Niederlassungsbewilligung nicht erloschen sei. Sie habe sich nicht mit der Absicht, die Schweiz definitiv und für immer zu verlassen, bei der Einwohnergemeinde A. abgemeldet. Sie habe nur vorübergehend nach Österreich zu ihrem neuen Partner reisen wollen, um zu testen, ob das Zusammenleben funktionieren werde. Die Abmeldung sei in diesem Sinne nur provisorisch gewesen. Die Behörden hätten sie überdies nicht hinreichend über die Folgen der Abmeldung aufgeklärt. Es handle sich vorliegend um einen rechtlich relevanten Erklärungsirrtum. Dass die Beschwerdeführerin sich von der Gemeinde A. nach Wien abgemeldet hat, ist vorliegend unbestritten. Fraglich ist lediglich, ob die Abmeldung ins Ausland automatisch das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung zur Folge hatte.

2.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20) erlischt eine Bewilligung unter anderem mit der Abmeldung ins Ausland (Bst. a). Verlässt die Ausländerin oder der Ausländer die Schweiz, ohne sich abzumelden, so erlischt die Kurzaufenthaltsbewilligung nach drei Monaten, die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten. Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 AuG).

2.2 Der Abmeldung ins Ausland kommt insofern besondere Bedeutung zu, als damit die Bewilligung der abgemeldeten Person sofort erlischt und nicht erst nach einer bestimmten Frist, wie dies dann der Fall ist, wenn die Person ohne Abmeldung ins Ausland wegzieht (vgl. Silvia Hunziker, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr, Hrsg., Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 61 N 4). Die Bewilligung darf deshalb nur gelöscht werden, wenn die Abmeldung klar und eindeutig auf den Willen der Person schliessen lässt, die Schweiz definitiv zu verlassen und die Erklärung frei von Willensmängeln ist (vgl. Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser, Hrsg., Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, 2. Auflage Basel 2009, Rz 8.8; Urteile des BGer 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001, E. 2a und 2A.149/2001 vom 31. August 2001, E. 3a). Die für die Abmeldung zuständige Stelle muss ausländische Personen mit einer Niederlassungsbewilligung bei der Abmeldung zudem auf das Erlöschen der Bewilligung aufmerksam machen (vgl. Philipp Egli/Tobias D. Meyer, Handkommentar AuG, Art. 15 N 6). Denn eine ausländische Person, welche sich ordnungsgemäss und gewis-

senhaft abmeldet, soll nicht schlechter gestellt werden als eine ausländische Person, welche die Schweiz ohne Abmeldung verlässt (vgl. Hunziker, Handkommentar AuG, Art. 61 N 5 mit Hinweisen). Im Weiteren kann die Abmeldung an einem Willensmangel, etwa an einem Erklärungsirrtum, leiden.

2.3 In den vorinstanzlichen Akten befindet sich ein Dokument „Gemeindemutation", auf welchem der Wegzug der Beschwerdeführerin von A. nach Wien per 31. Juli 2014 vermerkt ist. Zudem befindet sich darin eine handschriftliche Aktennotiz (vermutlich einer Sachbearbeiterin der Gemeindeverwaltung A.) mit dem Vermerk „gem. Tel. mit Frau X., Info: zieht per 31.7.14 nach Wien Österreich." Die näheren Umstände der Abmeldung sind jedoch nicht bekannt. Unbestritten ist, dass die Abmeldung nicht schriftlich erfolgte, obwohl die Vorinstanz für die definitive Abmeldung ein separates Formular zur Verfügung stellt, welches auch online abgerufen werden kann (http://www.sz.ch/documents/Abmeldeerklaerung_Definitiver_Wegzug_ins_Ausland.pdf; zuletzt aufgerufen am 26. Januar 2015). Es gibt zwar keine gesetzliche Vorschrift, wonach eine ausländerrechtlich wirksame Abmeldung schriftlich oder durch Unterzeichnung eines bestimmten Formulars erfolgen muss. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt dafür, dass die zuständige Behörde die tatsächlichen Umstände festhält, über die Wirkung der Abmeldung orientiert und dem ausreisewilligen Ausländer eine Abmeldebestätigung ausstellt (Urteil 2C_100/2009 vom 19. Oktober 2009, E. 3.3). Eine solche Abmeldebestätigung findet sich jedoch ebenfalls nicht in den vorinstanzlichen Akten.

2.4 In ihrem Schreiben vom 21. Oktober 2014 an die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin unter anderem ausgeführt, man habe ihr bei der Abmeldung in A. erklärt, dass sie sich bis zu sechs Monaten im Ausland aufhalten könne, ohne die Niederlassungsbewilligung zu verlieren. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass sie weiterhin einen gemeldeten Wohnsitz habe und sie weiterhin die Krankenkassenprämien sowie die Steuern bezahle. Auf ihre Frage, wie denn das konkret gehen soll, da sie ja kein Einkommen erziele, habe man ihr mitgeteilt, sie solle sich einfach abmelden und, falls sie zurückkehre, wieder neu anmelden. Ob die Mitarbeiter des Einwohneramtes A. der Beschwerdeführerin erklärt haben, dass ihre Niederlassungsbewilligung automatisch mit der Abmeldung bzw. nach einem Auslandaufenthalt von sechs Monaten erlöscht, ist nicht erstellt. Ausserdem ist nicht bekannt, ob die Beschwerdeführerin über die Möglichkeit einer Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung aufgeklärt wurde. Es ist somit zweifelhaft, ob der Beschwerde-

führerin die weitreichenden und einschneidenden Konsequenzen ihrer Abmeldung ins Ausland tatsächlich bewusst waren. Den vernehmlassenden Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin beweisen muss, dass sie nicht über die Konsequenzen einer Abmeldung informiert wurde, kann der Regierungsrat nicht folgen, weil sich das Nichtvorhandensein einer Tatsache regelmässig gar nicht beweisen lässt.

2.5 Die Beschwerdeführerin lebt seit ihrem dritten Lebensjahr in der Schweiz. Sie ist im Kanton Schwyz aufgewachsen und hat hier ordnungsgemäss die Schule besucht. Als sie im Jahr 2011 schwanger wurde, ihre Arbeitsstelle verlor bzw. aufgab und ihre Eltern sie verstossen hatten, wohnte sie vorübergehend im „Z.-haus“ in Z., bevor sie in die Nähe des Kindsvaters nach Brunnen zog. Von den Gemeinden Z. und Ingenbohl bezog sie in der Folge wirtschaftliche Sozialhilfe. Als sie sodann im Jahr 2014 ihren neuen Partner kennenlernte, wollte sie das Zusammenleben mit ihm in Wien ausprobieren, um allenfalls dort neu Fuss zu fassen. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass sie die Schweiz definitiv und endgültig verlassen wollte. Eine Erklärung, die klar auf den Willen schliessen lässt, die Niederlassung in der Schweiz aufzugeben bzw. hier „alle Zelte abzubrechen“, liegt jedenfalls nicht vor. Schliesslich hängt eine erfolgreiche Integration in einem neuen Land von vielen verschiedenen Faktoren ab, was auch der Beschwerdeführerin klar gewesen sein durfte. Sie hatte jedoch in Österreich keine Arbeitsstelle in Aussicht und erhielt auch keine Aufenthaltsbewilligung. Zudem leben nach wie vor ihre näheren Verwandten, Bekannten und Freunde sowie der Vater ihres Kindes in der Schweiz. In einer derartigen Situation muss davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin die Schweiz nicht endgültig verlassen wollte bzw. dass sie sich gar nicht abgemeldet oder zumindest ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung gestellt hätte, wenn sie über die Rechtslage ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre. Den vorinstanzlichen Akten lässt sich indes kein Beleg dafür entnehmen, dass die Beschwerdeführerin auf die weitreichende Konsequenz einer formellen Abmeldung und über die Möglichkeit einer Aufrechterhaltung der Bewilligung informiert worden ist.

2.6 Die Niederlassungsbewilligung der Beschwerdeführerin ist demnach vorliegend mit der Abmeldung ins Ausland nicht erloschen. Sodann ist die Beschwerdeführerin bereits nach zweieinhalb Monaten aus Wien wieder zurück in die Schweiz gereist, da es ihr dort nicht gelungen ist, neu Fuss zu fassen und ihr neuer Partner ihr gegenüber offenbar sogar gewalttätig wurde. Die sechsmonatige Frist i.S.v. Art. 61 Abs. 2 AuG war

daher im Zeitpunkt ihrer Rückkehr offensichtlich ebenfalls noch nicht verstrichen.

(RRB Nr. 105 vom 3. Februar 2015).

19. Verschiedenes

19.1 Entzug einer Betriebsbewilligung zum Personalverleih

- *Begriff des Personalverleihs (Erw. 1.1).*
- *Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebsbewilligung zum Personalverleih (Erw. 1.2 – 1.3).*
- *Bei einem Verleih von Personal für Spitex-Dienstleistungen von zwei bis 24 Stunden für Klienten (Einsatzbetriebe) ist von einem bewilligungspflichtigen Personalverleihverhältnis auszugehen, sofern den Kunden massgebliche Weisungsrechte zukommen (Erw. 2).*
- *Heilung einer allfälligen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, soweit sich die Beschwerdeführerin in einem Verfahren vor Bundesbehörden zum gleichen Gegenstand äussern konnte (Erw. 3).*
- *Bewilligungsentzug als Folge davon, dass die Inhaberin über kein zweckmässiges Geschäftslokal mehr verfügte, keine Gewähr für eine fachgerechte Verleihtätigkeit durch die für die Leitung verantwortliche Person mehr bot und ihre Meldepflicht verletzt hatte (Erw. 4).*
- *Verhältnismässigkeit des Entzugs der Betriebsbewilligung (Erw. 5).*
- *Zivil- und strafrechtliche Folgen eines Entzugs der Betriebsbewilligung zum Personalverleih (Erw. 6).*
- *Verzicht auf einen Entzug der aufschiebenden Wirkung, soweit es um bestehende Vertrags- und Betreuungsverhältnisse für ältere Menschen geht (Erw. 7).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 7. Oktober 2013 erteilte das Amt für Arbeit des Kantons Schwyz der damals in einer Schwyzer Gemeinde domizilierten Fa. X. eine Betriebsbewilligung zum Personalverleih. Seit dem 5. Februar 2014 verfügt diese zusätzlich über eine Betriebsbewilligung des Staatssekretariates für Wirtschaft (nachfolgend: SECO) zum grenzüberschreitenden Personalverleih. Seit dem 7. März 2014 hat die Fa. X. kein Geschäftslokal mehr im Kanton Schwyz. In der Folge wurde die Gesellschaft im Handelsregister

des Kantons Schwyz gelöscht und neu im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen.

Mit Verfügung vom 27. Mai 2015 entzog das SECO der Fa. X die Betriebsbewilligung vom 5. Februar 2014 zum grenzüberschreitenden Personalverleih. Es untersagte dieser ab Verfügungsdatum, grenzüberschreitend Personal zu verleihen. Einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung. Gegen diese Verfügung vom 27. Mai 2015 des SECO reichte die Fa. X am 4. Juni 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Zwischenverfügung vom 8. Juni 2015 hat dieses das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich bestehender Vertrags- und Betreuungsverhältnisse bezüglich älterer Menschen vorsorglich bis auf Weiteres gutgeheissen, im Übrigen jedoch zur Zeit abgewiesen. Ebenfalls am 27. Mai 2015 entzog das Amt für Arbeit des Kantons Schwyz per sofort die Betriebsbewilligung zum Personalverleih mit gleichzeitigem Entzug der aufschiebenden Wirkung.

Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2015 hat der Landammann wie bereits das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der Fa. X. hinsichtlich bestehender Vertrags- und Betreuungsverhältnisse bezüglich älterer Menschen gutgeheissen, im Übrigen jedoch abgewiesen. Der Regierungsrat genehmigte diese Präsidialverfügung.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) benötigen Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes. Für den Personalverleih ins Ausland ist neben der kantonalen Bewilligung zusätzlich eine Betriebsbewilligung des SECO nötig. Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht gestattet (12 Abs. 2 AVG). Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (Art. 26 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991, Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111). Die Weisungsbefugnis muss aber nicht vollständig beim Dritten liegen (vgl. Urteil BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.1). Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Personalver-

leiher demnach nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, die er durch Hilfspersonen ausführen lässt, sondern vielmehr dazu, dass er entsprechende Arbeitnehmer sorgfältig auswählt und gegen Entgelt dem Einsatzbetrieb unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse überlässt (Urteil BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.2 m.w.H.). Dabei verleiht gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder wer mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100‘000.-- erzielt (Art. 29 Abs. 1 AVV). Die erforderliche Regelmässigkeit besteht, wer mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmern abschliesst (Art. 29 Abs. 2 AVV).

1.2 Für die Erteilung der Betriebsbewilligung müssen sowohl betriebliche (Art. 13 Abs. 1 AVG; Art. 32 AVV) als auch persönliche Voraussetzungen (Art. 13 Abs. 2 AVG; Art. 33 AVV) erfüllt sein. Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVG wird die Betriebsbewilligung erteilt, wenn der Betrieb im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist (Bst. a), über ein zweckmässiges Geschäftslokal verfügt (Bst. b) sowie kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Arbeitnehmern oder von Einsatzbetrieben gefährden könnte (Bst. c). Nach Art. 13 Abs. 2 AVG müssen die für die Leistung verantwortlichen Personen überdies Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein (Bst. a), für eine fachgerechte Verleihtätigkeit Gewähr bieten (Bst. b) und einen guten Leumund geniessen (Bst. c). Die Bewilligung wird unbefristet erteilt. Die für die Leitung verantwortlichen Personen werden in der Bewilligung namentlich aufgeführt (Art. 15 Abs. 1 und 3 AVG). Gestützt auf Art. 16 Abs. 1 AVG kann die Bewilligung entzogen werden, wenn der Verleiher insbesondere die Bewilligung durch unrichtige oder irreführende Angaben oder durch Verschweigen wesentlicher Tatsachen erwirkt hat (Bst. a), wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen das AVG bzw. die AVV verstösst (Bst. b) oder die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt (Bst. c). Erfüllt der Verleiher einzelne der Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr, so hat ihm die Bewilligungsbehörde vor dem Entzug der Bewilligung eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu setzen (Art. 16 Abs. 2 AVG).

1.3 Zum Schutz der Arbeitnehmenden bezweckt das Arbeitsvermittlungsgesetz mit der Bewilligungspflicht eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte Vermittlungs- und Verleihtätigkeit (Art. 1 Bst. a und c AVG i.V.m. Art. 12 AVG; vgl. Botschaft zu einem revidierten Bun-

desgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985, S. 556 ff., nachfolgend: Botschaft, S. 608 ff.). Dabei berechtigt die kantonal zu erteilende Bewilligung grundsätzlich zur Tätigkeit in der ganzen Schweiz (Art. 15 Abs. 1 AVG). Die Verfahren und Bewilligungsbehörden bestimmen sich jedoch nach dem kantonalen Recht. Für jede Zweigniederlassung, die in einem anderen Kanton als der Hauptsitz liegt, muss eine separate bzw. zusätzliche Betriebsbewilligung eingeholt werden (vgl. Andreas Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 1994, S. 88; Michael Kull, Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2014, N 74 zu Art. 12). Blosse Betriebsstätten in einem anderen Kanton als der Hauptsitz sind ausserdem nicht zulässig (Kull, a.a.O., N 18 zu Art. 2).

2. Vorliegend bietet die Beschwerdeführerin mit ihrem Personalverleihbetrieb Spitex-Dienstleistungen von zwei bis 24 Stunden für Klienten (Einsatzbetriebe) an. Das Bundesgericht hielt kürzlich fest, dass bei einer solchen Ausgestaltung grundsätzlich von einem bewilligungspflichtigen Personalverleihverhältnis auszugehen ist, wenn dem Kunden massgebliche Weisungsrechte zukommen (Urteil BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014, E. 2.4 f. und E. 5). Die Beschwerdeführerin besitzt seit dem 7. Oktober 2013 eine Betriebsbewilligung zum Personalverleih. Die Vorinstanz hat ihr diese mit Verfügung vom 27. Mai 2015 entzogen, da die Beschwerdeführerin gewisse Bewilligungsvoraussetzungen (insbesondere zweckmässiges Geschäftslokal sowie fachgerechte Verleihtätigkeit durch die für die Leitung verantwortliche Person) nicht mehr erfüllt und die Meldepflicht verletzt habe. Die Rechtmässigkeit dieses Bewilligungsentzugs ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu überprüfen.

3. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, da ihr vorgängig keine Frist im Sinne von Art. 16 Abs. 2 AVG angesetzt worden sei.

3.1 Vor dem Bewilligungsentzug muss der Betroffene aufgrund der allgemeinen Verfahrensgrundsätze im Verwaltungsverfahren angehört werden (vgl. Art. 16 Abs. 2 AVG; Stefan Fierz, in: Michael Kull, Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2014, N 5 zu Art. 5). Nur in krassen Fällen nach Art. 16 Abs. 1 Bst. a und b AVG kann ein direkter Bewilligungsentzug erfolgen (Ritter, a.a.O., S. 90). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt den Betroffenen dabei das Recht, sich vorgängig zu den sie betreffenden hoheitlichen Anordnungen zu äussern, sowie den Anspruch, in ihren Vorbringen tatsächlich gehört und ernst genommen zu werden (§ 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP,

SRSZ 234.110; Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101; Alain Griffel, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Aufl., Zürich 2014, § 8 N. 30).

3.2 Grundsätzlich führt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 118 V 311 E. 3c m.H.). Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs indes als geheilt betrachtet werden, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 124 V 180 E. 4a; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz 1710 m.H.; Griffel, a.a.O., N 38 zu § 8; RRB Nr. 909 vom 15. Oktober 2013, E. 4.4). Da der Regierungsrat gemäss § 46 VRP mit einer umfassenden und freien Überprüfungsbefugnis ausgestattet ist, können leichte Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Verfahren vor dem Regierungsrat grundsätzlich geheilt werden.

3.3 Das SECO wurde informiert, dass die Beschwerdeführerin allenfalls als reine Briefkastenfirma in (...) fungiert. Die im Auftrag des SECO vorgenommenen Abklärungen der Vorinstanz im Frühjahr 2015 ergaben, dass die Beschwerdeführerin weder über einen Briefkasten an der Z.-strasse in Y. noch über ein Postfach bei der entsprechenden Poststelle verfügt. Vielmehr stellte sich heraus, dass die Beschwerdeführerin bereits am 7. März 2014 die Umleitung der Post an den V.-weg 2 in ... veranlasste (vgl. E-Mailverkehr vom 3. März 2015 zwischen SECO und Vorinstanz; Schreiben vom 4. März 2015 der Post CH AG). Mit Schreiben vom 9. März 2015 wies das SECO die Beschwerdeführerin auf diese Nachforschungen der Vorinstanz hin, erwähnte den beabsichtigten Bewilligungsentzug und gewährte der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 29. April 2015 schriftlich Stellung. Mit Schreiben vom 1. Mai 2015 forderte das SECO die Beschwerdeführerin dazu auf, eine umfassende und schriftliche Stellungnahme einzureichen. Am 27. Mai 2015 verfügte das SECO den Bewilligungsentzug für den grenzüberschreitenden Personalverleih.

Ebenfalls an diesem Tag erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung.

3.4 Das SECO hat der Beschwerdeführerin als Bewilligungsbehörde für den Personalverleih ins Ausland sowie als Aufsichtsbehörde (im Sinne von Art. 31 Abs. 2 AVG) das rechtliche Gehör gewährt. Zwar hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin in Bezug auf die kantonale Bewilligung nicht selber eine Wiederherstellungsfrist angesetzt. Eine solche Notwendigkeit der Fristansetzung erscheint jedoch bereits aufgrund der Meldepflichtverletzung (siehe unten E. 4.3) als fraglich (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. b AVG). Zudem teilte bereits das SECO in seinem Schreiben vom 9. März 2015 ausführlich die Gründe für den in Erwägung gezogenen Bewilligungsentzug mit und erwähnte die Abklärungen der Vorinstanz. Die Vorinstanz erhielt denn auch jeweils eine Orientierungskopie von den Schreiben des SECO (...) und den Stellungnahmen des damaligen Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz sowie das SECO arbeiteten eng zusammen. Der Beschwerdeführerin musste daher klar sein, dass ihr auch der Entzug der kantonalen Bewilligung durch die Vorinstanz droht. Somit konnte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Wiederherstellungsfrist auch für die inländische Betriebsbewilligung gilt und dass ihre Stellungnahme auf die kantonale Bewilligung Auswirkungen haben wird. Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör tatsächlich verletzte oder gar einen direkten Bewilligungsentzug hätte vornehmen können. Zum einen würde die Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegend nicht schwer wiegen, zum andern konnte sich die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Regierungsrat umfassend zum Bewilligungsentzug äussern. Damit gilt eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als im Verfahren vor Regierungsrat geheilt.

4. Im vorliegenden Fall nicht strittig ist, dass die Beschwerdeführerin für den Personalverleih einer Bewilligungspflicht untersteht. Fraglich ist vielmehr, ob die Vorinstanz die Betriebsbewilligung zum Personalverleih mit Verfügung vom 27. Mai 2015 zu Recht entzog. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Bewilligungsvoraussetzungen (zweckmässiges Geschäftslokal sowie fachgerechte Verleihtätigkeit durch die für die Leitung verantwortliche Person) tatsächlich nicht mehr erfüllt und ob sie ihre Meldepflicht verletzte.

4.1 Um die Betriebsvoraussetzungen zu erfüllen, benötigt der Verleiher u.a. ein zweckmässiges Geschäftslokal (Art. 13 Abs. 1 Bst. b AVG). Sinn

und Zweck dieser Bestimmung ist, dass getrennte Büroräume vorgewiesen werden können. Nur so kann einerseits ein geordneter Betriebsablauf gewährleistet werden. Anderseits soll damit verhindert werden, dass vertrauliche Gespräche in Privaträumlichkeiten oder gar an öffentlichen Orten stattfinden. Unter speziellen Umständen kann gar ein abgetrennter Raum in einer Privatwohnung den gesetzlichen Anforderungen genügen. Der Bewilligungsbehörde wird bei der Würdigung des Einzelfalles ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt (Kull, a.a.O., N 6 zu Art. 13; vgl. Weisungen und Erläuterungen des SECO vom Januar 2003 zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz, nachfolgend: Weisungen SECO, S. 25).

4.2 Vorliegend bringt die Beschwerdeführerin selber vor, dass sie im Kanton Schwyz über keine ausreichenden Geschäftsräumlichkeiten mehr verfüge. Sie habe aber Räumlichkeiten im Kanton Aargau, welche die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 Bst. b AVG ohne weiteres erfüllten. Dies reicht jedoch vorliegend nicht aus, damit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Betriebsbewilligung belassen kann. Vielmehr müsste ein zweckmässiges Geschäftslokal im Kanton Schwyz bestehen. Ist lediglich eine Postadresse in einem Kanton vorhanden und wird die Post im Rahmen eines sog. Nachsendeauftrages (vgl. …) an die Domiziländerung des Betriebes weitergeleitet, so genügt dies für den Nachweis des Vorhandenseins eines Geschäftslokals nicht. Auch eine telefonische Erreichbarkeit ändert nichts am Umstand, dass bei der in der Bewilligungsurkunde erwähnten Betriebsadresse in … kein Geschäftslokal vorliegt. Zudem haben weder der Gesellschafter und Geschäftsführer E. noch die für die Leitung verantwortliche G. Wohnsitz an der Z.-strasse in …. Davon abgesehen hat die Beschwerdeführerin ihren Sitz nicht mehr im Kanton Schwyz. Seit dem 31. März 2015 ist sie nicht mehr im schwyzerischen, sondern im aargauischen Handelsregister mit Sitz in … eingetragen. Ein Ort der effektiven Geschäftsausübung ist im Kanton Schwyz nicht auszumachen.

4.3 Die Beschwerdeführerin verschwieg den Bewilligungsbehörden die Tatsache, dass sie seit dem 7. März 2014 an der Z.-strasse 43 in … nicht mehr über ein Geschäftslokal verfügt. Sie gibt selber zu, dass sie die Meldepflicht verletzt hat. Nach Art. 17 Abs. 1 AVG hat der Verleiher eine Auskunftspflicht gegenüber der Bewilligungsbehörde. Diese Auskunftspflicht wird in Art. 43 AVV mit einer aktiven Informationspflicht erweitert. Gemäss Art. 43 AVV muss der Verleiher Änderungen gegenüber den Angaben im Bewilligungsgesuch der zuständigen kantonalen Behör-

de mitteilen. Änderungen im Betrieb, welche sich auf die Bewilligungsvoraussetzungen beziehen, sind unverzüglich bzw. innert wenigen Arbeitstagen unaufgefordert zu melden (Ritter, a.a.O., S. 128; Kull, a.a.O., N 4 zu Art. 17). Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz überhaupt keine solche Meldung gemacht. Erst am 29. April 2015 – und somit nach Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 3. März 2015 – teilte sie der Vorinstanz mit, dass sie ihre Geschäftstätigkeit ganz in den Kanton Aargau verlegen möchte. Die Meldung erfolgte somit erst nach über einem Jahr, nachdem sie ihre Geschäftsräumlichkeiten im Kanton Schwyz aufgegeben und ihre Tätigkeit in den Kanton Aargau verlegt hat. Ihr musste bewusst gewesen sein, dass sie die kantonale Betriebsbewilligung verliert, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit nicht vom Kanton Schwyz aus vornimmt und die Post an eine ausserkantonale Adresse weiterleitet. Da die Beschwerdeführerin in schwerwiegender Weise gegen die Ausführungsvorschriften in der Arbeitsvermittlungsverordnung verstossen hat, rechtfertigt sich der Bewilligungsentzug auch aus diesem Grund (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. b AVG).

4.4 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Beschwerdeführerin im Kanton Schwyz über kein zweckmässiges Geschäftslokal im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. b AVG mehr verfügt und die Meldepflicht nach Art. 43 AVV verletzt hat. Ob des Weiteren die persönlichen Voraussetzungen noch vorliegen, kann unter diesen Umständen offen gelassen werden.

5. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin erweist sich ein sofortiger Entzug als unverhältnismässig. Die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen seien in einem anderen als dem die Bewilligung ausstellenden Kanton erfüllt. Sie habe daher am 24. April 2015 das Bewilligungsgesuch beim Kanton Aargau eingereicht.

5.1 Jede Verwaltungsmassnahme muss (neben den Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses) auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die Verwaltungsmassnahmen ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581).

5.2 Die Betriebsbewilligung zum Personalverleih soll in erster Linie die Interessen der Stellensuchenden und der im Personalverleih tätigen Ar-

beitnehmer schützen, da deren Interessen infolge der Eigenheiten des Personalverleihgewerbes besonders gefährdet sind (Manfred Rehbinder, Arbeitsvermittlungsgesetz, Zürich 1992, N 4 zu Art. 1; Botschaft, S. 557, 575, 587). Der Entzug einer Betriebsbewilligung ist dabei geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Durch die Massnahme werden die Arbeitsuchenden bzw. Arbeitnehmer vor Ungereimtheiten bei der Beschwerdeführerin geschützt. Insbesondere soll mit einem zweckmässigen Geschäftslokal die Privatsphäre der Arbeitnehmer, der Datenschutz, ein geordneter Betriebsablauf sowie eine seriöse Geschäftstätigkeit gewährleistet werden (Fierz, a.a.O., N 4 zu Art. 3). Im Weiteren ist hier auch die Erforderlichkeit der Massnahme zu bejahen, da der Gesetzgeber im Falle des Fehlens der Bewilligungsvoraussetzungen kein milderes Mittel als den definitiven Bewilligungsentzug vorsieht. Insoweit handelt es sich bei der Entzugsverfügung um eine Administrativmassnahme (vgl. Urteil BGer 2C_879/2013 vom 17. Juni 2014, E. 4.6 und E. 7.2.2). Der Entzug der Betriebsbewilligung ist ausserdem zumutbar. Denn das öffentliche Interesse am Schutz der Arbeitnehmer und an einem seriösen Personalverleihbetrieb ist vorliegend höher zu gewichten als das private Interesse der Beschwerdeführerin, weiterhin Arbeitnehmer anzuwerben und an pflegebedürftige Personen zu verleihen. Die Beschwerdeführerin verfügte spätestens seit dem 7. März 2014 im Kanton Schwyz über kein zweckmässiges Geschäftslokal mehr und hat dies gegenüber der Bewilligungsbehörde pflichtwidrig mehr als ein Jahr lang verschwiegen. Sie hätte somit genügend Zeit gehabt, die Betriebsbewilligung eines anderen kantonalen Arbeitsamtes zu erlangen. Eine zusätzliche Übergangszeit zu Gunsten der Beschwerdeführerin rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht. Sie hat den Bewilligungsentzug der Vorinstanz deshalb hinzunehmen.

5.3 Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin angeblich über ein neues, zweckmässiges Geschäftslokal im Kanton Aargau verfügt. Sie belegt nicht ansatzweise, dass sie über ein Geschäftslokal verfügt, das die Anforderungen für die Betriebsbewilligung erfüllt. Am V.-weg 2 findet sich vielmehr ein ähnlicher Betrieb namens „Vitassist GmbH“ (www.zefix.ch, besucht am: 3. August 2015). Ausserdem enthält weder das elektronische Telefonbuch (https://tel.local.ch/de, besucht am: 3. August 2015) noch die Internetseite der Beschwerdeführerin einen Hinweis, dass sie über ein solches Geschäftslokal im Kanton Aargau verfügt. Sind hingegen die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen im Kanton Aargau tatsächlich erfüllt, so wird bzw. muss das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau die Bewilligung erteilen (vgl. Kull, a.a.O., N 59 zu Art. 12). Ausserdem ist aus den vorinstanzli-

chen Akten ersichtlich, dass bereits Behörden anderer Kantone auf gewisse Ungereimtheiten der Beschwerdeführerin bezüglich Anstellungsverhältnisse (Arbeitsverträge, fehlende Unfallversicherung) hinwiesen. Diese Vorwürfe sind im vorliegenden Verfahren nicht zu klären. Es ist aber ein zusätzliches Indiz, das für den Bewilligungsentzug spricht.

5.4 Zusammenfassend erweist sich der Entzug der Betriebsbewilligung als verhältnismässig. Die Vorinstanz entzog zu Recht die Betriebsbewilligung zum Personalverleih.

6. Die Beschwerdeführerin wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses die Arbeitsverträge mit ihren Arbeitnehmern ungültig sind (Art. 19 Abs. 6 AVG). Auch die Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und den Kunden bzw. Einsatzbetrieben sind alsdann nichtig (Art. 22 Abs. 5 AVG). Die Beschwerdeführerin wird weiter auf Art. 39 Abs. 1 Bst. a AVG aufmerksam gemacht, wonach sie mit Busse bis zu Fr. 100‘000.-- bestraft werden kann, wenn sie vorsätzlich ohne die erforderliche Bewilligung Personal verleiht. Die Vorinstanz muss als Aufsichts- und Vollzugsbehörde über den Personalverleih im Kanton Schwyz bei allfälligen Verstössen der Beschwerdeführerin gegen Art. 39 AVG Strafanzeige bei der zuständigen Strafbehörde einreichen (vgl. § 6 Abs. 2 u. § 12 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Arbeitsvermittlungsgesetz und zum Arbeitslosengesetz vom 12. September 1991, SRSZ 364.110; Weisungen SECO, S. 190).

7. Die Vorinstanz entzog im angefochtenen Beschluss einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2015 hiess der Landammann das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der Fa. X. vom 4. Juni 2015 hinsichtlich bestehender Vertrags- und Betreuungsverhältnisse bezüglich älterer Menschen gut. Im Übrigen wies er das Gesuch ab. Vorliegend rechtfertigt sich, einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung im gleichen Umfang zu entziehen (§ 41 Abs. 2 VRP). Für die Begründung ist sinngemäss auf die Ausführungen der Präsidialverfügung des Landammannes vom 16. Juni 2015 bezüglich Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu verweisen. Demnach kommt einer Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid nur hinsichtlich bestehender Vertrags- und Betreuungsverhältnisse bezüglich älterer Menschen die aufschiebende Wirkung zu. Im Übrigen ist die aufschiebende Wirkung entzogen.

(RRB Nr. 722 vom 11. August 2015).

19.2 Kostentragung für den Eintrag eines gesetzlichen Pfandrechts

- *Lässt die Gemeinde ein gesetzliches Pfandrecht für Vollstreckungsmassnahmen an Grundstücken eintragen, darf sie die dafür anfallenden Kosten dem Grundeigentümer auferlegen (Erw. 1).*
- *Kosten für die Rechtsverfolgung, die nicht zielführend war, dürfen von einer Gemeinde nicht weiterverlegt werden (Erw. 2).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat M. erteilte den Eheleuten B. für den Bau eines Einfamilienhauses die Baubewilligung. Die Bewilligung war mit der folgenden Auflage verbunden:

> „ Das Aushubmaterial ist für die Umgebungsgestaltung zu verwenden. Es darf kein zusätzliches Material (Fremdmaterial) zugeführt werden. Bezüglich Terrainveränderungen (Auffüllungen, Abgrabungen, Böschungsmauern und dergleichen sowie Bepflanzungen gelten die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum ZGB.“

Die Baukommission M. stellte in der Folge fest, dass mehrere Lastwagenladungen mit Fremdmaterial auf das Baugrundstück transportiert worden waren. Mit Präsidialverfügung vom 2. November 2011 wurden die Eheleute B. unter Androhung von Vollstreckungsmassnahmen aufgefordert, die Arbeiten mit dem nachträglich zugeführten Material sofort einzustellen. Zudem wurden sie aufgefordert, ein nachträgliches Baugesuch für die Terrainveränderung einzureichen. Nachdem die Eheleute B. kein nachträgliches Baugesuch eingereicht hatten, verlangte der Gemeinderat den Abtransport des zusätzlichen Materials. Die dagegen erhobene Beschwerde beim Regierungsrat konnte aufgrund eines Rückzugs als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden.

Nachdem die Eheleute B. erfolglos angehalten worden waren, das zusätzliche Material abzutransportieren und die Gemeinde diesen Abtransport ersatzweise durchgeführt hatte, erliess der Gemeinderat nachfolgende Verfügung:

> „ 1. Die Eheleute B. werden im Sinne der Erwägungen bei solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Gemeinde M. die Ersatzvornahmekosten im Betrage von CHF 9‘158.40 zu

bezahlen. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen an die Gemeindekasse zu überweisen.

2. Das Grundbuchamt Schwyz wird angewiesen, gestützt auf § 79a VRP zu Gunsten der Gemeinde M. und zu Lasten des Grundstücks KTN …, …, im Baurecht der Eheleute B., ein Grundpfandrecht (Grundpfandverschreibung) im Betrag von CHF 9'158.40 als gesetzliches Grundpfandrecht gemäss § 77a EGzZGB im Grundbuch einzutragen. Die Kosten für den Eintrag sind der Bauherrschaft in Rechnung zu stellen.

3.-4. (Rechtsmittel, Zustellung)"

Bereits am 11. April 2013 hatte der Grundbuchverwalter das Grundpfandrecht zur Eintragung im Grundbuch angemeldet. Das Grundbuchamt K. stellte dem Ehepaar B. daraufhin Rechnung für die Eintragungsgebühren von Fr. 231.50. Nach verschiedenen Eintreibungshandlungen und Rechtsvorkehren beschloss der Gemeinderat M.:

„ 1. Die Eheleute B. werden gemäss Erwägungen, unter solidarischer Haftung verpflichtet, die Kosten für den Grundbucheintrag von CHF 231.50 nebst Zins von 3.5 % seit 4. März 2014 an die Gemeindekasse M. zu vergüten.

2. Eheleute B. werden gemäss Erwägungen, unter solidarischer Haftung verpflichtet, die Kosten für das erfolglose Betreibungsverfahren des Bezirks K. von CHF 183.-- (Spruchgebühr CHF 150.--, Zahlungsbefehl CHF 33.--) nebst Zins von 3.5 % seit 4. März 2014 an die Gemeindekasse M. zu vergüten.

3. Eheleute B. werden gemäss Erwägungen, unter solidarischer Haftung verpflichtet, die Kosten für die erfolglosen Betreibungsverfahren der Gemeinde M. von CHF 366.60 nebst Zins von 3,5 % seit 17. Dezember 2014 an die Gemeindekasse zu vergüten.

4. Folgender Betrag ist an die Gemeindekasse M. zu überweisen:

Beschlussgebühr	CHF	90.--
Kosten Grundbucheintrag	CHF	231.50
Zins ab 4.3.2014	CHF	7.35
Betreibungsverfahren Bezirk	CHF	183.--
Zins ab 4.3.2014	CHF	5.80
Betreibungsverfahren Gemeinde	CHF	366.60
Zins ab 17.12.2014	CHF	1.55
Ausfertigungs- + Zustellkosten	CHF	40.--
Total	CHF	925.80

Der Betrag von CHF 925.80 ist innert 30 Tagen nach Erhalt der separaten Rechnung an die Gemeindekasse M. zu überweisen.

5.-6.(Rechtsmittel, Zustellung)“

Dagegen haben die Eheleute B. Beschwerde beim Regierungsrat erhoben.

Aus den Erwägungen:

1. Dem für die Vollstreckung zuständigen Gemeinwesen steht für die Kosten von Vollstreckungsmassnahmen an Grundstücken, für die der Grundeigentümer haftet, ein gesetzliches Grundpfandrecht gemäss § 77a des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (EGzZGB, SRSZ 210.100) zu (§ 79a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Gesetzliche Pfandrechte bedürfen zu ihrer Entstehung keiner Eintragung im Grundbuch (§ 77a Abs. 1 EGzZGB). Die gesetzlichen Pfandrechte entstehen mit der Forderung, deren Sicherung sie dienen. Sie gehen allen übrigen Pfandrechten vor und stehen untereinander im gleichen Rang (§ 77a Abs. 2 EGzZGB). Gesetzliche Pfandrechte im Betrag von über Fr. 1‘000.-- erlöschen, wenn sie nicht innert vier Monaten nach der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit der Entstehung der Forderung im Grundbuch eingetragen werden (§ 77a Abs. 3 EGzZGB).

1.1 Die Vorinstanz hat gestützt auf § 79a VRP ein solches gesetzliches Grundpfandrecht für die Kosten der Ersatzvornahme auf dem beschwerdeführerischen Grundstück KTN 866 in M. im Betrag von Fr. 9‘158.40 im Grundbuch der Gemeinde M. eintragen lassen. Die Kosten dieses Eintragungsverfahrens im Umfang von Fr. 231.50 hat das Bezirkskassieramt des Bezirks K. erfolglos vom Beschwerdeführer einzutreiben versucht, weshalb die Gemeinde M. diesen Betrag inzwischen dem Bezirkskassieramt K. überwiesen hat. Die Vorinstanz will diese Kosten nun dem Beschwerdeführer und dessen Ehefrau überbinden. In Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses vom 7. Januar 2015 hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer und dessen Ehefrau deshalb dazu verpflichtet, die Kosten für den Grundbucheintrag von Fr. 231.50 nebst Zins von 3.5 % seit dem 4. März 2014 an die Gemeindekasse M. zu vergüten. Der Beschwerdeführer stellt sich jedoch auf den Standpunkt, es sei rechtswidrig, ihm diese Kosten aufzuerlegen.

1.2 Gemäss Art. 954 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) dürfen die Kantone für die Eintragungen in das Grundbuch und für die damit verbundenen Vermessungsarbeiten Gebühren erheben. Der Regierungsrat hat dafür im Kanton Schwyz den Gebührentarif für Notare und Grundbuchverwalter sowie freiberufliche Urkundspersonen vom 27. Januar 1975 (SRSZ 213.512, nachfolgend: Gebührentarif) erlassen. Dieser Tarif regelt die Gebühren für alle Amtshandlungen, die von den Notariaten und Grundbuchverwaltern sowie den freiberuflichen Urkundspersonen vorgenommen werden (§ 1 Abs. 1 Gebührentarif). Die Höhe der Gebühren beanstandet der Beschwerdeführer vorliegend nicht. Fraglich ist lediglich, wer die Gebühren tragen muss. Dies richtet sich grundsätzlich nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (GebO, SRSZ 173.111). Gemäss § 5 Abs. 1 GebO trägt die Gebühr, wer die öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat.

1.3 Auftraggeberin des Grundbucheintrages ist zweifellos die Gemeinde M. Sie hat die Gebühren auch bereits beglichen, nachdem die Inkassobemühungen des Bezirkes K. beim Beschwerdeführer erfolglos geblieben waren. Indes hängen die Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechtes und die damit verbundenen Kosten unmittelbar mit der erfolgten Ersatzvornahme zusammen. Eine rechtmässige Ersatzvornahme zieht Kostenfolgen für die pflichtige Person nach sich (vgl. Christine Ackermann Schwendener, Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts, Diss. Zürich 1999, S. 36; vgl. auch Tobias Jaag, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 30 N 32). Die Kosten der Ersatzvornahme müssen selbstverständlich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau tragen. Die Einräumung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes für die Kosten der Ersatzvornahme beinhaltet eine vollständige Schadloshaltung des für die Vollstreckung zuständigen Gemeinwesens. „Verursacher“ der Eintragung des Grundpfandrechts sind der Beschwerdeführer und seine Ehefrau, da sie mit ihrem pflichtwidrigen Verhalten die Ersatzvornahme überhaupt erst veranlasst haben. Schliesslich musste die Vorinstanz das gesetzliche Grundpfandrecht gestützt auf § 77a Abs. 3 EGzZGB eintragen lassen, da dieses ansonsten erloschen wäre. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau auch für die mit der Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts zusammenhängenden Kosten aufkommen müssen. Die Vorinstanz darf die Notariats- und Grundbuchgebühren somit dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau überbinden.

2. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer in den Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Beschlusses vom 7. Januar 2015 zudem die Kosten des erfolglosen Betreibungsverfahrens des Bezirks K. im Betrag von Fr. 183.-- nebst Zins sowie die Kosten des erfolglosen Betreibungsverfahrens der Gemeinde M. im Betrag von Fr. 366.60 nebst Zins auferlegt. Der Beschwerdeführer bringt vor, diese Kosten seien durch eigenes Fehlverhalten der Vorinstanz entstanden und könnten daher nicht auf ihn abgewälzt werden. Es handle sich ausserdem um Gebühren, die gerichtlich der Gemeinde auferlegt worden seien.

2.1 Nach Eintragung des Grundpfandrechts hat das Grundbuchamt K. dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau direkt Rechnung gestellt, welche diese trotz Mahnungen nicht beglichen haben. Sodann hat der Bezirk K. den Beschwerdeführer betrieben, woraufhin dieser Rechtsvorschlag erhoben hat. Mit Verfügung vom 29. Januar 2014 (...) hat der Einzelrichter des Bezirksgerichtes K. das Rechtsöffnungsbegehren des Bezirks K. abgewiesen mit der Begründung, dass die Kostenauflage in Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Beschlusses Nr. (...) vom 2. April 2013 nur (intern) zwischen den Verfahrensbeteiligten wirke, nicht aber (extern) gegenüber dem Bezirk K. Folglich sei der Beschwerdeführer nicht Schuldner der Grundbuchgebühren und der Bezirk K. habe sich weiterhin an die Gemeinde M. zu halten. Die Prozesskosten des Rechtsöffnungsverfahrens hat der Einzelrichter in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) dem Bezirk K. als unterliegende Partei auferlegt. Die Verfügung vom 29. Januar 2014 erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Schliesslich hat der Bezirk K. die Notariats- und Grundbuchgebühren zuzüglich Spruchgebühr und Zahlungsbefehlskosten (insgesamt Fr. 414.50) am 8. Februar 2014 der Gemeinde M. in Rechnung gestellt, welche die Kosten auch bezahlte. Weshalb nun der Beschwerdeführer bzw. seine Ehefrau für die Betreibungskosten und die dem Bezirk K. auferlegte Spruchgebühr aufkommen sollen, ist nicht nachvollziehbar und entbehrt einer rechtlichen Grundlage. Der Bezirk K. hätte die Grundbuchgebühren von Beginn weg bei der Gemeinde M. als Auftraggeberin des Grundbucheintrages (siehe oben Ziff. 1.3) einfordern müssen. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau können nicht für die Kosten haftbar gemacht werden, die dem Bezirk K. durch falsches Vorgehen (Rückforderung beim Beschwerdeführer anstatt der Gemeinde M.) entstanden sind.

2.2 Die Gemeinde M. hat im Weiteren am 10. Oktober 2014 sowohl die Eheleute B. jeweils separat für einen Forderungsbetrag von je Fr. 414.50 nebst Zins von 3.5 % seit 4. März 2014 betrieben. Nachdem der Beschwerdeführer und seine Ehefrau Rechtsvorschlag erhoben hatten, verlangte die Gemeinde M. wiederum Rechtsöffnung. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2015 (ZES 2014 474) hat der Einzelrichter des Bezirksgerichtes K. das Rechtsöffnungsbegehren indes ebenfalls abgewiesen, da die Gebühren in keinem vollstreckbaren Entscheid festgesetzt waren und die Gemeinde M. daher keinen definitiven Rechtsöffnungstitel vorweisen konnte. Die Spruchgebühr von Fr. 150.-- wurde wiederum in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Gemeinde M. auferlegt. Auch diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Die Kosten dieses erfolglosen Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahrens hat sich die Gemeinde M. somit selbst zuzuschreiben, weil sie die Betreibung gegen den Beschwerdeführer und dessen Ehefrau eingeleitet hat, bevor sie ihnen überhaupt in einer (rechtskräftigen) Verfügung die Notariats- und Grundbuchgebühren auferlegt hat. Diese Kostenauflage erfolgte erst mit dem vorliegend angefochtenen Beschluss vom 7. Januar 2015. Die Überwälzung sämtlicher Betreibungskosten und Spruchgebühren auf den Beschwerdeführer und dessen Ehefrau ist folglich unrechtmässig.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau die Gebühren für den Grundbucheintrag übernehmen müssen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen. Die Kosten der erfolglosen Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren haben der Bezirk K. und die Gemeinde M. allerdings selbst verursacht. Diese Kosten können nicht auf den Beschwerdeführer und seine Ehefrau überwälzt werden. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. (...).

(RRB Nr. 757 vom 18. August 2015).

D Aufsatz

Die Rechtsprechung des Schwyzerischen Zwangsmassnahmengerichts zum ausländerrechtlichen Haftverfahren

Dr. iur. Ruedi Beeler, Rothenthurm[1]

Inhalt

1. Einleitung

2. Haftanordnung durch das Migrationsamt
   2.1 Allgemeine Hinweise
   2.2 Zulässigkeit der Neuinhaftierung

3. Haftüberprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht
   3.1 Allgemeine Hinweise
   3.2 Haftprüfungsfrist
   3.3 Prüfung der Rechtmässigkeit der Haft
   3.4 Prüfung der Angemessenheit der Haft
   3.5 Haftverhandlung
   3.6 Haftentscheid

4. Haftverlängerungs- und Haftentlassungsverfahren
   4.1 Allgemeine Hinweise zum Haftverlängerungsverfahren
   4.2 Unentgeltliche Verbeiständung im Haftverlängerungsverfahren
   4.3 Allgemeine Hinweise zum Haftentlassungsverfahren

5. Schlusswort

[1] Der Autor steht dem Zwangsmassnahmengericht des Kantons Schwyz seit Oktober 2012 als Präsident vor und amtete zuvor als dessen Vizepräsident.

1. Einleitung

Kaum ein Rechtsgebiet unterliegt dermassen häufigen Anpassungen wie das Ausländerrecht. Alleine die Bestimmungen über die Zwangsmassnahmen nach Art. 73 ff. AuG[2] wurden seit dem 1. Januar 2011 fünfmal geändert.[3] Bereits die mit diesen zahlreichen und raschen Änderungen einhergehende Rechtsunsicherheit bietet Grund genug, einen Überblick über die Praxis zum ausländerrechtlichen Haftverfahren zu geben. Ein solcher zeigt sich umso mehr an, als es mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vermehrt zu ausländerrechtlichen Haftverfahren kommen dürfte.[4] Dabei beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die wichtigsten der 133 Entscheide, welche das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Schwyz in den Jahren 2011 bis 2015 in diesem Rechtsbereich traf.[5]

Der Systematik von Art. 80 AuG folgend, wird zuerst auf die Haftanordnung durch das Migrationsamt (2.) und danach auf die Haftüberprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht eingegangen (3.), bevor Anmerkungen zum Haftverlängerungs- und Haftentlassungsverfahren folgen (4.). Die nachfolgende Abhandlung strebt dabei keinen vollständigen Überblick über das Administrativhaftverfahren an; hierzu sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.[6]

---

2 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz; SR 142.20).

3 Mit Wirkung ab dem 29. September 2012 (AS 2012 5359; BBl 2010 4455, 2011 7325), 1. Februar 2014 (AS 2013 4375, 5357; BBl 2010 4455, 2011 7325), 1. März 2015 (AS 2015 533; BBl 2014 3373), 1. Juli 2015 (AS 2015 1841; BBl 2014 2675) und 29. September 2015 (AS 2015 2047; BBl 2014 2087). Das AuG wurde seit dem 1. Januar 2011 im Übrigen bereits vierzehnmal (!) geändert.

4 Erläuternder Bericht vom 14. Mai 2012 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3-6 BV), S. 65 f., verfügbar unter: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2136/Ausschaffung-krimineller-Auslaender-05a-Bericht-de.pdf (besucht am 4. Juli 2016).

5 Davon 93 Ausschaffungshaft-, 35 Vorbereitungshaft- und 5 Durchsetzungshaftfälle, wobei die ausländerrechtlichen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts als *ZMV*-Entscheide bezeichnet werden. Von den bislang gefällten 133 Entscheiden wurden 16 mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten (Rechtsmittelquote: 12 %); keine davon wurde gutgeheissen.

6 Bspw. Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Diss. Zürich/Basel/Genf 2015; Tarkan Göksu, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009; Andreas Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka (Hrsg.), OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015.

2. Haftanordnung durch das Migrationsamt

2.1 Allgemeine Hinweise

Im Kanton Schwyz zeichnet das Migrationsamt für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung und damit für die Anordnung der ausländerrechtlichen Haft zuständig.[7] Das kantonale Recht regelt die Anforderungen an das Haftanordnungsverfahren in den §§ 35 ff. MigV-SZ recht detailliert, weshalb dieses in der Praxis wenig Probleme bereitet. Immerhin ist *erstens* zu beachten, dass es dem Migrationsamt obliegt, dem Inhaftierten auf Verlangen den Kontakt zu einem Rechtsbeistand zu ermöglichen.[8] *Zweitens* hat der Haftbefehl schriftlich und mit Begründung zu ergehen (§ 35 Abs. 2 Satz 1 MigV-SZ), wobei sämtliche der Dublin-Haftarten nach Art. 76a Abs. 3 lit. a-c AuG jeweils mit eigenen Haftbefehlen anzuordnen sind. Es geht mit anderen Worten nicht an, einen einzigen Haftbefehl zu erlassen, welcher alle Formen der Dublin-Haft miterfasst.[9] *Drittens* wird der Haftgrund der Untertauchensgefahr in den Ziff. 3 *und* 4 des Art. 76 Abs. 1 lit. b AuG gemeinsam umschrieben, weshalb beide im Haftbefehl aufzuführen sind.[10] *Viertens* ist das Haftbestätigungsgesuch dem Zwangsmassnahmengericht jeweils unverzüglich und nicht erst mit Verspätung zuzustellen.[11] Auf die Einreichung eines Haftüberprüfungsgesuchs kann indes verzichtet werden, wenn die Administrativhaft bloss einige Stunden dauert.[12]

Im Übrigen erscheint es als selbstverständlich, dass die Ausschaffungshaft nicht *vor* Erlass eines erstinstanzlichen Wegweisungsentscheids verfügt werden darf.[13] Die Rechtskraft des Wegweisungsent-

---

7 Art. 80 Abs. 1 AuG, §§ 4 MigG-SZ (Kantonales Gesetz vom 21. Mai 2008 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz [Migrationsgesetz]; SRSZ 111.200) und 5 MigV-SZ (Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 2008 zum Kantonalen Gesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz; SRSZ 111.211).

8 ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 11; ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 3 al. 6, je mit Hinweis auf Art. 81 Abs. 1 Satz 2 AuG und § 36 Abs. 2 Satz 1 MigV-SZ.

9 ZMV 2015 30 vom 25. September 2015 S. 3 al. 3.

10 ZMV 2012 24 vom 25. Mai 2012 E. 10d; ZMV 2011 17 vom 14. April 2011 E. 8.

11 ZMV 2014 1 vom 3. Januar 2014 S. 2 al. 6; selbst wenn es dazu eines Wochenendeinsatzes bedarf, so ZMV 2012 47 vom 27. November 2012 E. 11.

12 4 ¾ Std. im Falle von ZMV 2011 9 vom 7. Februar 2011 E. 7. Vgl. hierzu auch Businger, Fn 6, S. 234 m.w.H., wonach das Migrationsamt den Betroffenen gar für 96 Stunden ohne richterliche Prüfung festhalten könne.

13 ZMV 2011 17 vom 14. April 2011 E. 10; ZMV 2011 5 vom 25. Januar 2011 E. 10.

scheids muss demgegenüber nicht abgewartet werden.[14] Auch führt ein in Ausschaffungshaft gestelltes Asylgesuch nicht zwingend zur Umwandlung in Vorbereitungshaft, wenn mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung alsbald zu rechnen ist.[15] Keine Administrativhaft kann ferner angeordnet werden, wenn sich der Betroffene in Untersuchungshaft oder im (vorzeitigen) Strafvollzug befindet, welche der ausländerrechtlichen Inhaftierung vorgehen.[16] Ebenso wenig kommt ein Haftbefehl in Betracht, der sich auf einen nicht mehr bestehenden Haftgrund stützt.[17]

2.2 Zulässigkeit der Neuinhaftierung

Dem Migrationsamt steht es grundsätzlich frei, die Administrativhaft in verschiedenen Etappen anzuordnen, etwa weil vorderhand eine Ausschaffung nicht möglich ist. Für eine neue Inhaftierung zu einem späteren Zeitpunkt bedarf es indes neuer besonderer Umstände.[18] Vorbehalten bleiben überdies das Rechtsmissbrauchsverbot sowie der Ablauf der ordentlichen Haftmaximaldauer; in diesen Fällen erweist sich eine Neuinhaftierung als unzulässig.[19] Bei Haftentlassungen zufolge Verfahrensfehlern kommt eine neue Verhaftung (unter Ausbesserung der formalrechtlichen Unzulänglichkeiten) ebenso nur in Betracht, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse seit der Haftentlassung verändert haben. Ohne entsprechende Entwicklung des Verfahrens kommt eine Neuinhaftierung nicht in Frage.[20]

---

14 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 99 vom 6. Juni 2014 E. 2.3; ZMV 2014 40 vom 23. Dezember 2014 E. 11a; ZMV 2014 38 vom 4. Dezember 2014 E. 12a; ZMV 2014 13 vom 17. Mai 2014 E. 12a; ZMV 2012 17 vom 24. April 2012 S. 2 al. 3.

15 ZMV 2014 41 vom 15. Januar 2015 E. 8; ZMV 2014 39 vom 9. Dezember 2014 E. 6 ff.

16 ZMV 2014 1 vom 3. Januar 2014 S. 2 al. 4.

17 ZMV 2015 20 vom 15. Juli 2015 S. 2 al. 8, wo der Betroffene am 14. Juli 2015 in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 aAuG in Ausschaffungshaft versetzt werden sollte, welche Bestimmung per Ende Juni 2015 aufgehoben worden war (AS 2015 1841; BBl 2014 2675). Das entsprechende Haftbestätigungsgesuch wurde – ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs – an das Migrationsamt zurückgewiesen, wobei indes keine Haftentlassung erfolgte, vgl. S. 4 al. 1 f. des erwähnten Entscheids.

18 BGE 140 II 1 E. 5.2 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2C_658/2014 vom 7. August 2014 E. 3.1 ff.; a.M. damals noch ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 10.

19 ZMV 2012 15 vom 14. April 2012 E. 12, wo der Betroffene nach Ablauf der entsprechenden Maximaldauer von 30 Tagen (vgl. Art. 76 Abs. 2 aAuG) wiederum (!) in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 aAuG in Ausschaffungshaft versetzt wurde.

20 Vgl. nur Hugi Yar, Fn 6, N 10.158 ff.

Einer Neuinhaftierung steht demgegenüber nichts im Wege, wenn der frühere Wegweisungsentscheid als vollzogen gilt. Dies ist – neben einer kontrollierten Ausschaffung – bspw. der Fall, wenn sich der Betroffene nachweislich seit mehr als einem Jahr nicht mehr in der Schweiz, sondern rechtsgültig im Ausland aufgehalten hat.[21] Anders verhält es sich, wenn der Betroffene unkontrolliert in einen Drittstaat ausreist, in welchem er über keine Aufenthaltsberechtigung verfügt, und wieder in die Schweiz zurückkehrt (unbesehen der Dauer des Auslandaufenthalts und davon, ob die Rückkehr kontrolliert oder unkontrolliert erfolgt ist).[22]

3. Haftüberprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht

3.1 Allgemeine Hinweise

Die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft sind spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 AuG). Als richterliche Behörde fungiert im Kanton Schwyz das Zwangsmassnahmengericht.[23]

3.2 Haftprüfungsfrist

Die 96-stündige Haftprüfungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt der ausländerrechtlich begründeten Festhaltung zu laufen. Solange sich der Betroffene in strafprozessualer Haft befindet, beginnt der Fristenlauf nicht. Demgegenüber gilt die Zeit für den Transport in das Ausschaffungsgefängnis[24] als ausländerrechtlich begründet und ist an die Frist

---

[21] ZMV 2015 17 vom 26. Juni 2015 E. 7a; ZMV 2015 15 vom 5. Juni 2015 E. 6a; ZMV 2014 32 vom 22. September 2014 E. 13a; ZMV 2014 29 vom 26. August 2014 E. 9a; ZMV 2013 26 vom 24. September 2013 E. 7a. Bei einer kürzeren Ausreise gilt die Wegweisung nicht als vollzogen, so ZMV 2013 29 vom 17. Oktober 2013 E. 7a; ZMV 2013 5 vom 23. Februar 2013 E. 10a; ZMV 2011 29 vom 5. September 2011 E. 7a.

[22] ZMV 2015 16 vom 16. Juni 2015 E. 10a; ZMV 2015 6 vom 6. März 2015 E. 9; ZMV 2014 8 vom 16. April 2014 E. 13a; ZMV 2013 4 vom 14. Februar 2013 E. 7b.

[23] § 27 JG-SZ (Justizgesetz vom 18. November 2009; SRSZ 231.110), §§ 7 Abs. 1 und 26 MigG-SZ sowie 11 und 38 ff. MigV-SZ; hierzu August Mächler, Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz, in: EGV-SZ 2010, S. 186 ff., S. 222 ff.

[24] Im Kanton Schwyz grundsätzlich der Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg mit seinen acht Ausschaffungshaftplätzen.

anzurechnen.[25] Ebenso zu berücksichtigen ist eine der Administrativhaft vorangehende kurzfristige Festhaltung nach Art. 73 AuG.[26] Die 96-stündige Frist darf im Einverständnis des Betroffenen zur Wahrung dessen rechtlichen Gehörs geringfügig überschritten werden.[27]

3.3 Prüfung der Rechtmässigkeit der Haft

Das Prüfprogramm des Haftrichters umfasst *erstens* den Haftzweck, welcher im Falle der Ausschaffungshaft in der Sicherstellung des Vollzugs eines bereits vorliegenden erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids besteht.[28] *Zweitens* wird die Durchführbarkeit der Ausschaffung überprüft, d.h. die Frage beantwortet, ob die Ausschaffung – wenngleich nicht sofort – absehbar und damit rechtlich sowie tatsächlich überhaupt möglich ist. *Drittens* gilt es, die Einhaltung der Haftfristen zu kontrollieren. *Viertens* ist schliesslich das Bestehen eines besonderen Haftgrunds zu prüfen.[29]

Bei der Rechtmässigkeitsprüfung sind Ausführungen zum Asylverfahren grundsätzlich nicht zu hören, da sie nicht Gegenstand des Haftverfahrens bilden,[30] ausser der zu sichernde Wegweisungsentscheid erweise sich als offensichtlich unzulässig, d.h. geradezu willkürlich bzw. nich-

---

[25] Weshalb die Ausschaffungshaft – allenfalls rückwirkend – ab diesem Zeitpunkt anzuordnen ist, vgl. ZMV 2015 18 vom 9. Juli 2015 E. 7a; ZMV 2015 16 vom 16. Juni 2015 E. 10c; ZMV 2014 32 vom 22. September 2014 E. 13c; ZMV 2014 23 vom 8. August 2014 E. 7c; ZMV 2014 13 vom 17. Mai 2014 E. 12c; ZMV 2014 11 vom 1. Mai 2014 E. 10c; ZMV 2014 8 vom 16. April 2014 E. 13c; ZMV 2014 7 vom 3. April 2014 E. 10c; ZMV 2013 37 vom 14. November 2013 E. 7c; ZMV 2013 27 vom 3. Oktober 2013 E. 14c; ZMV 2013 14 vom 15. Mai 2013 E. 8c; ZMV 2013 11 vom 15. März 2013 E. 8c; ZMV 2013 5 vom 23. Februar 2013 E. 10c; ZMV 2012 45 vom 24. November 2012 E. 8c; ZMV 2012 17 vom 24. April 2012 E. 7d; ZMV 2012 12 vom 13. April 2012 E. 7c; ZMV 2012 8 vom 2. März 2012 E. 6c; ZMV 2011 34 vom 17. Oktober 2011 E. 8c; ZMV 2011 5 vom 25. Januar 2011 E. 10.

[26] ZMV 2015 32 vom 3. November 2015 S. 3 al. 1.

[27] ZMV 2014 22 vom 5. August 2014 E. 13c.

[28] Im selteneren Fall der Vorbereitungshaft liegt der Haftzweck in der Sicherstellung der Durchführung des Wegweisungsverfahrens. Die Durchsetzungshaft bezweckt als Beugehaft demgegenüber, der rechtskräftigen Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen.

[29] Hierzu statt vieler ZMV 2015 38 vom 11. Dezember 2015 E. 15. Für die Vorbereitungshaft kann im Übrigen auf Art. 75 AuG, insbesondere Abs. 1 lit. a-h leg.cit., für die Ausschaffungshaft auf Art. 76 AuG, insbesondere Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 1 und 3-5 leg.cit. sowie für die Durchsetzungshaft auf Art. 78 AuG verwiesen werden. Hinzu kommen noch die Dublin-Haft gemäss Art. 76a AuG und die „kleine" Ausschaffungshaft gemäss Art. 77 AuG.

[30] ZMV 2015 11 vom 15. Mai 2015 E. 10a; ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 8b; ZMV 2011 35 vom 20. Oktober 2011 E. 7; ZMV 2011 8 vom 4. Februar 2011 E. 8b.

tig.[31] Ebenso lässt die Bereitschaft, sich (ohne gültigen Aufenthaltstitel) in ein Drittland zu begeben, die Haft nicht dahinfallen.[32]

An die Möglichkeit zur Ausschaffung sind keine hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn diese geringfügig ist, wobei die Ausschaffung umso schneller durchgeführt werden kann, je aktiver sich der Inhaftierte an den Ausreisevorbereitungen und der Papierbeschaffung beteiligt.[33] Dies gilt auch für die Durchsetzungshaft, für deren Anordnung bereits eine gewisse Möglichkeit der Verhaltensänderung ausreicht, nachgerade wenn die Haftsituation noch nicht lange andauert.[34] Die Anordnung von Durchsetzungshaft ist im Übrigen bereits ohne vorgängigen Ausschaffungsversuch zulässig, wenn eine zwangsweise Rückschaffung ausser Betracht fällt und ein (unbegleiteter oder begleiteter)[35] Rückflug ohnehin verweigert würde.[36] Kommt demgegenüber eine freiwillige Ausreise in Frage, kann Ausschaffungshaft angeordnet werden. Bei Verweigerung des entsprechenden Flugs erfolgt – vorbehältlich der Durchsetzungshaftanordnung – die umgehende Haftentlassung.[37]

Bezüglich der materiellen Haftvoraussetzungen kann vorab auf die umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden. Anzumerken bleibt *erstens*, dass für den Haftgrund der Einreise trotz Verbot (Art. 75 Abs. 1 lit. c AuG) ein Wissen um die Einreisesperre bzw. ein vorsätzliches Handeln nicht erforderlich ist. Es genügt, wenn das Einreiseverbot rechtsgenüglich eröffnet wurde.[38] Anders verhält es sich

---

[31] Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 81 vom 22. Mai 2014 E. 1.2; III 2013 77 vom 27. Mai 2013 E. 1.3.1.

[32] So verlockend diese Möglichkeit auch klingen mag, vgl. ZMV 2015 22 vom 27. Juli 2015 E. 7b; ZMV 2015 18 vom 9. Juli 2015 E. 7c; ZMV 2015 16 vom 16. Juni 2015 E. 10b; ZMV 2015 9 vom 6. Mai 2015 E. 7b; ZMV 2015 4 vom 20. Februar 2015 E. 9b; ZMV 2014 6 vom 26. März 2014 E. 12; ZMV 2013 27 vom 3. Oktober 2013 E. 14b; ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 8b; ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 3 al. 4; ZMV 2013 4 vom 14. Februar 2013 E. 7c; ZMV 2012 35 vom 16. Juli 2012 E. 8b; ZMV 2012 15 vom 14. April 2012 E. 13b; ZMV 2012 5 vom 2. Februar 2012 E. 8b; ZMV 2011 42 vom 5. Dezember 2011 E. 9b.

[33] ZMV 2014 37 vom 4. November 2014 E. 7b; ZMV 2012 5 vom 2. Februar 2012 E. 8b; ZMV 2011 42 vom 5. Dezember 2011 E. 9b; ZMV 2011 41 vom 30. November 2011 E. 6b; ZMV 2011 29 vom 5. September 2011 E. 7b; ZMV 2011 27 vom 22. August 2011 E. 10b.

[34] ZMV 2015 22 vom 27. Juli 2015 E. 8.

[35] Sog. DEPU- bzw. DEPA-Flug.

[36] ZMV 2015 22 vom 27. Juli 2015 E. 7b.

[37] ZMV 2014 37 vom 4. November 2014 E. 7b; ZMV 2012 39 vom 27. August 2012 E. 6b; ZMV 2012 32 vom 6. Juli 2012 E. 19b.

[38] Andernfalls würde dieser Haftgrund in der Praxis wohl keine Anwendung mehr finden, da die genannte Einrede regelmässig vorgetragen wird, vgl. ZMV 2015 17 vom 26. Juni

beim Haftgrund der Missachtung der Ein- bzw. Ausgrenzung (Art. 75 Abs. 1 lit. b AuG), welcher bei Unkenntnis des Verbots als Haftgrund nicht in Betracht kommt.[39] *Zweitens* setzt der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG eine Verurteilung wegen eines Verbrechens voraus, die auch aus einem rechtskräftigen Strafbefehl herrühren kann.[40] Ist die Einsprachefrist noch nicht abgelaufen, gelangt der genannte Haftgrund mangels Rechtskraft des Strafbescheids nicht zur Anwendung.[41] Der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG setzt demgegenüber keine rechtskräftige Verurteilung voraus; eine strafrechtliche Verfolgung reicht aus.[42] *Drittens* sind für die Annahme des (in der Praxis wohl bedeutsamsten) Haftgrunds der Untertauchensgefahr (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG) u.a. folgende Anhaltspunkte zu werten: Verweigerung der freiwilligen Rückkehr, Angabe falscher Personalien, Nichtmitwirkung bei der Papierbeschaffung, früheres Untertauchen, Rücküberstellungen aus dem Ausland, mehrfache Asylgesuchstellung, Asylgesuchstellung in verschiedenen Staaten, Straffälligkeit, Missachtung von Ein- oder Ausgrenzungen, Nichtbefolgung von Verfahrensanordnungen, fehlender Aufenthaltsort oder Mittellosigkeit.[43]

2015 E. 7d; ZMV 2013 26 vom 24. September 2013 E. 7d; ZMV 2013 22 vom 6. Juli 2013 E. 7d; ZMV 2013 16 vom 8. Juni 2013 E. 10d; ZMV 2012 46 vom 24. November 2012 S. 4 al. 2; ZMV 2012 44 vom 17. Oktober 2012 S. 3 al. 4; ZMV 2012 43 vom 17. Oktober 2012 S. 3 al. 4; ZMV 2012 41 vom 21. September 2012 S. 4 al. 1; ZMV 2012 28 vom 14. Juni 2012 E. 7d; ZMV 2012 15 vom 14. April 2012 E. 13d; ZMV 2012 7 vom 28. Februar 2012 E. 7d; ZMV 2012 1 vom 5. Januar 2011 E. 7d; ZMV 2011 44 vom 16. Dezember 2011 E. 7d; ZMV 2011 43 vom 9. Dezember 2011 E. 7d; ZMV 2011 40 vom 16. November 2011 E. 7d; ZMV 2011 39 vom 16. November 2011 E. 7d; ZMV 2011 30 vom 12. September 2011 E. 7d; ZMV 2011 26 vom 16. August 2011 E. 9d; ZMV 2011 21 vom 9. Juni 2011 E. 7d; a.M. Göksu, Fn 6, Art. 75 N 13.

39 ZMV 2012 47 vom 27. November 2012 E. 8. Der wiedergewonnenen Freiheit durfte sich der Betroffene nur für kurze Zeit erfreuen, zumal er drei Tage später wiederum gegen die (mittlerweile bekannte) Eingrenzung verstiess, vgl. ZMV 2012 48 vom 7. Dezember 2012.

40 Selbst wenn die Verurteilung aus der Zeit vor einer unkontrollierten Ausreise in einen Drittstaat stammte, in welchem der Betroffene über keinen gültigen Aufenthaltstitel verfügte, so ZMV 2014 11 vom 1. Mai 2014 E. 10d.

41 ZMV 2013 9 vom 12. März 2013 E. 7; ZMV 2013 8 vom 12. März 2013 E. 7.

42 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 99 vom 6. Juni 2014 E. 2.4; ZMV 2014 13 vom 17. Mai 2014 E. 13.

43 Vgl. nur ZMV 2015 38 vom 11. Dezember 2015 E. 15d.

3.4 Prüfung der Angemessenheit der Haft

Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist vorab den Haftbedingungen sowie dem Gesundheitszustand des Inhaftierten Beachtung zu schenken, wobei grundsätzlich weder ein Hungerstreik[44] noch eine Suizidandrohung einen Haftentlassungsgrund darstellen.[45] Immerhin obliegt es dem Migrationsamt, den Gesundheitszustand des Inhaftierten laufend zu überprüfen und gegebenenfalls die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um dessen Befinden gebührend Rechnung zu tragen.[46]

Daneben ist bei der Frage der Angemessenheit einerseits der zeitliche Horizont der (allenfalls zwangsweisen) Rückschaffung zu berücksichtigen, wobei die erstmalige Haftbestätigung jeweils für die Dauer von *höchstens* drei Monaten erfolgt, da der Betroffene im Verlängerungsverfahren Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand besitzt.[47] Andererseits sind formalrechtliche Unzulänglichkeiten sowie das Beschleunigungsgebot in Haftsachen zu beachten, welche – je nach Ergebnis der konkreten Güterabwägung – durchaus zu einer Haftentlassung führen können.[48] Dabei finden selbst Verfahrensfehler Beachtung, die aus früheren (abgeschlossenen) Verfahren stammen, sofern die damalige Inhaftierung nicht richterlich geprüft wurde (und die damalige Wegweisung nicht als vollzogen gilt).[49] Aus einem früheren Verfahren ist ebenso

---

44 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 164 vom 28. August 2014 E. 2.7; ZMV 2014 6 vom 26. März 2014 E. 13; ZMV 2013 14 vom 15. Mai 2013 E. 9; ZMV 2012 15 vom 14. April 2012 E. 14; ZMV 2011 26 vom 16. August 2011 E. 10.

45 ZMV 2015 16 vom 16. Juni 2015 E. 11; ZMV 2014 6 vom 26. März 2014 E. 13.

46 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2012 23 vom 8. März 2012 E. 3.4; ZMV 2015 16 vom 16. Juni 2015 E. 11; ZMV 2015 6 vom 6. März 2015 E. 10; ZMV 2015 5 vom 5. März 2015 E. 8; ZMV 2014 32 vom 22. September 2014 E. 14; ZMV 2014 8 vom 16. April 2014 E. 14; ZMV 2013 39 vom 22. November 2013 E. 9; ZMV 2013 27 vom 3. Oktober 2013 E. 15; ZMV 2013 14 vom 15. Mai 2013 E. 9; ZMV 2011 34 vom 17. Oktober 2011 E. 10; ZMV 2011 27 vom 22. August 2011 E. 12b. „Im Übrigen ist es gerichtsnotorisch, dass die medizinische Versorgung im Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg hinlänglich gewährleistet ist.“, so Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2013 77 vom 27. Mai 2013 E. 2.6 in fine. Zu den Haftbedingungen vgl. im Übrigen § 43 MigV-SZ.

47 ZMV 2012 1 vom 5. Januar 2012 E. 8.

48 ZMV 2015 21 vom 17. Juli 2015 E. 12c und ZMV 2015 17 vom 26. Juni 2015 E. 7c: (Fragliche) Nichteinhaltung der 96-stündigen Haftprüfungsfrist; ZMV 2015 20 vom 15. Juli 2015 S. 4 al. 2: Anwendung eines nicht mehr in Kraft stehenden Haftgrunds; ZMV 2014 5 vom 11. Februar 2014 E. 9: (Verneinte) Beschleunigungsgebotsverletzung; ZMV 2012 17 vom 24. April 2012 S. 2 al. 3: Anordnung der falschen Haftart; ZMV 2012 15 vom 14. April 2012 E. 12: Haftanordnung nach Ablauf der entsprechenden Maximaldauer.

49 ZMV 2015 20 vom 15. Juli 2015 S. 3 al. 3.

die Inhaftierungsdauer hinsichtlich der maximalen Haftdauer zu berücksichtigen.[50]

Neben der Haftentlassung kommt als mögliche „Sanktionierung" für das mängelbehaftete Verfahren die Kürzung der beantragten Haftdauer in Betracht.[51] Eine solche kann sich auch anbieten, um dem Beschleunigungsgebot Nachdruck zu verleihen.[52] Beim Vorbereitungshaftgrund des nachgeschobenen Asylgesuchs nach Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG darf die Haft alsdann bspw. ohnehin bloss ca. 20 Tage dauern.[53]

3.5 Haftverhandlung

Das Zwangsmassnahmengericht führt grundsätzlich in allen Fällen eine mündliche Verhandlung durch, so insbesondere auch bei der Haftüberprüfung im Rahmen des Dublin-Verfahrens nach Art. 80a Abs. 3 Satz 1 AuG.[54] Die Dublin-Haft wird immerhin bloss auf Antrag und nicht von Amtes wegen geprüft.[55] Über die Haftverhandlung ist ein Protokoll zu führen, welches vom befragten Inhaftierten – anders als im strafprozessualen Haftverfahren (vgl. Art. 78 Abs. 5 StPO[56]) – nicht unterzeichnet werden muss (§ 142 Abs. 1 JG-SZ).[57] An der mündlichen Verhandlung hat (neben dem Inhaftierten) ein Vertreter des Migrationsamts teilzunehmen (§ 38 Abs. 3 MigV-SZ), doch kann sich dieser dispensieren lassen. Die Abwesenheit des Vertreters der Migrationsbehörde führt immerhin dazu, dass unbestritten gebliebene Ausführungen des Inhaftier-

---

50 ZMV 2013 27 vom 3. Oktober 2013 E. 15; ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 10; ZMV 2013 15 vom 23. Mai 2013 E. 11, wo der Betroffene nur noch für ca. sechs Monate inhaftiert werden konnte, da er bereits in den Jahren 2007/08 für ein knappes Jahr in Ausschaffungshaft sass.

51 ZMV 2015 21 vom 17. Juli 2015 E. 13.

52 ZMV 2014 17 vom 17. Juni 2014 E. 9b.

53 ZMV 2014 16 vom 6. Juni 2014 E. 10.

54 Vgl. Businger, Fn 6, S. 239 Fn 1591; Marc Busslinger/Thomas Segessenmann, Ausschaffungshaft im Dublin-Verfahren, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, Zürich/St. Gallen 2013, S. 207 ff., S. 213. Im Kanton Schwyz erlaubt § 17 Abs. 2 VRP-SZ (Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 6. Juni 1974; SRSZ 234.110) bei schriftlichen Verfahren die Anordnung einer mündlichen Verhandlung. Zur Anwendbarkeit der VRP-SZ vgl. § 25 Abs. 1 MigG-SZ.

55 Vorbehältlich der richterlichen Zustimmung zur Verlängerung der Dublin-Haft nach Art. 76a Abs. 4 Satz 3 AuG, so ZMV 2015 30 vom 25. September 2015 S. 3 al. 4.

56 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

57 Ausländerrechtliche Haftverhandlungen dauern im Kanton Schwyz rund 40 Minuten und damit (mangels unverzüglicher Protokollausfertigung) bloss halb so lange wie entsprechende strafprozessuale Anhörungen.

ten dem Entscheid zugrunde zu legen sind, sofern sich aus den Akten nichts Gegenteiliges ergibt.[58]

Gemäss Art. 80 Abs. 3 AuG kann das Zwangsmassnahmengericht auf eine mündliche Verhandlung verzichten, wenn die Ausschaffung voraussichtlich innerhalb von acht Tagen nach der Haftentlassung erfolgen wird und die betroffene Person sich damit schriftlich einverstanden erklärt.[59] Ein Verzicht auf eine mündliche Verhandlung kommt im Kanton Schwyz einem gänzlichen Verzicht auf eine richterliche Haftüberprüfung gleich, weshalb das Migrationsamt in solchen Fällen von der Einreichung eines Haftbestätigungsgesuchs an das Zwangsmassnahmengericht absieht.[60]

3.6 Haftentscheid

Der begründete Haftentscheid ist *rasch* nach der Verhandlung zuzustellen (§ 38 Abs. 5 MigV-SZ), d.h. innert zwei bis drei Arbeitstagen. Nach erfolgter Ausschaffung oder nach einer Haftentlassung kann im Einverständnis der Parteien auf eine schriftliche Begründung verzichtet werden, sofern der Entscheid mündlich begründet wurde.[61] Wird ein Verfahren gegenstandslos, ist es abzuschreiben, wobei allfällige EMRK[62]-Verletzungen dennoch zu prüfen sind.[63]

Es erweist sich als zulässig, auf eine andere als die im Haftbefehl angeführte *Haftart* zu erkennen (bspw. Ausschaffungs- anstatt Vorbereitungshaft), sofern das rechtliche Gehör gewahrt wurde und keine Substituierung der Haftgründe erfolgt. Ob demgegenüber (selbst innerhalb der

---

58 Vgl. BGE 139 I 2016 E. 3.4.2.

59 Kann die Ausschaffung nicht innerhalb dieser Frist durchgeführt werden, so ist eine mündliche Verhandlung spätestens zwölf Tage nach der Haftanordnung nachzuholen, so Satz 2 leg.cit.

60 Worauf der Inhaftierte ausdrücklich hinzuweisen ist, vgl. ZMV 2014 32 vom 22. September 2014 E. 13c; ZMV 2014 29 vom 26. August 2014 E. 9c; ZMV 2013 16 vom 8. Juni 2013 E. 10c; ZMV 2013 5 vom 23. Februar 2013 E. 10c. Vgl. hierzu Hugi Yar, Fn 6, N 10.23 Fn 92; a.M. Businger, Fn 6, S. 239 f.

61 ZMV 2015 34 vom 20. November 2015; ZMV 2012 36 vom 25. Juli 2012; ZMV 2012 29 vom 19. Juni 2012 S. 3 al. 1; ZMV 2012 25 vom 29. Mai 2012.

62 Europäische Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

63 ZMV 2015 32 vom 3. November 2015 S. 3 al. 1; ZMV 2015 30 vom 25. September 2015 S. 3 al. 3; ZMV 2014 35 vom 30. Oktober 2014 S. 2 al. 4; ZMV 2014 18 vom 4. Juli 2014 S. 2 al. 5; ZMV 2014 15 vom 6. Juni 2014 S. 2 al. 4.

gleichen Haftart) auf einen anderen, nicht geltend gemachten *Haftgrund* ausgewichen werden darf, konnte bislang offen gelassen werden.[64]

Die Zustellung des begründeten Entscheids an den Inhaftierten erfolgt über das Migrationsamt, welches überdies für die Übersetzung des Haftentscheids zuständig zeichnet.[65] Für das Haftprüfungsverfahren werden dabei keine Kosten erhoben (§ 26 Abs. 3 MigG-SZ), was auch für das verwaltungsgerichtliche Haftbeschwerdeverfahren gilt.[66]

4. Haftverlängerungs- und Haftentlassungsverfahren

4.1 Allgemeine Hinweise zum Haftverlängerungsverfahren

Die Haft wird praxisgemäss erstmals für höchstens drei Monate bestätigt.[67] Will das Migrationsamt um Haftverlängerung nachsuchen, hat es das begründete Gesuch um richterliche Zustimmung zur angeordneten Haftverlängerung spätestens acht Arbeitstage vor Ablauf der bestätigten Haftdauer mit den Akten dem Zwangsmassnahmengericht einzureichen (§ 39 Abs. 1 MigV-SZ). Im Haftverlängerungsverfahren sind sämtliche Haftvoraussetzungen nochmals umfassend zu prüfen, wobei zur Begründung der einzelnen Tatbestandselemente auf den früheren Entscheid verwiesen werden darf.[68] Die Nichtbeachtung der Haftverlängerungsgesuchsfrist führt dabei nicht automatisch zur Haftentlassung, sofern sich die Inhaftierung durchwegs auf einen gültigen Hafttitel stützen konnte. Eine Freilassung kann sich aber im Rahmen der Güterabwägung aufgrund des Formfehlers rechtfertigen.[69] Im Durchsetzungshaftverlänge-

---

64 ZMV 2015 20 vom 15. Juli 2015 S. 4 al. 1; ZMV 2014 1 vom 3. Januar 2014 S. 3 al. 1; ZMV 2013 29 vom 17. Oktober 2013 E. 7e; ZMV 2013 27 vom 3. Oktober 2013 E. 14e; ZMV 2013 5 vom 23. Februar 2013 E. 10e; ZMV 2013 3 vom 4. Februar 2013 E. 8e; ZMV 2012 17 vom 24. April 2012 S. 4 al. 5; ZMV 2012 1 vom 5. Januar 2012 E. 7d. Für die Zulässigkeit der Substitution von Haftgründen Businger, Fn 6, S. 280 f.; kritisch BGE 125 II 377 E. 2c.

65 Eine Übersetzung des begründeten Haftentscheids kann entfallen, wenn dem Betroffenen die wesentlichen Beweggründe bereits anlässlich der mündlichen Entscheideröffnung erläutert wurden (oder dieser einen Rechtsbeistand hat), vgl. im Übrigen § 37 Abs. 1 und 3 lit. d MigV-SZ.

66 Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2012 23 vom 8. März 2012 E. 4.1; III 2011 190 vom 7. Dezember 2011 E. 3.1.

67 ZMV 2012 1 vom 5. Januar 2012 E. 8.

68 ZMV 2015 22 vom 27. Juli 2015 E. 7; ZMV 2015 9 vom 6. Mai 2015 E. 7; ZMV 2014 41 vom 15. Januar 2015 E. 11; ZMV 2013 40 vom 20. Dezember 2013 E. 8; ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 2 al. 6; ZMV 2011 7 vom 14. Februar 2011 E. 6.

69 ZMV 2014 17 vom 17. Juni 2014 E. 8c; ZMV 2011 41 vom 30. November 2011 E. 6c. In beiden Fällen führte die Interessenabwägung zur Aufrechterhaltung der Haft.

rungsverfahren hat das Migrationsamt vor Gesuchseinreichung den Inhaftierten überdies anzuhören, um dessen Ausreisewilligkeit abschätzen zu können.[70]

4.2 Unentgeltliche Verbeiständung im Haftverlängerungsverfahren

In Haftanordnungsverfahren und in Haftverlängerungsverfahren wird eine mündliche Verhandlung durchgeführt (vgl. § 39 Abs. 2 MigV-SZ). Im Haftverlängerungsverfahren besteht ab einer dreimonatigen Inhaftierung ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (§ 36 Abs. 2 Satz 2 MigV-SZ).[71] Auch im Durchsetzungshaftverfahren kann nicht bei der erstmaligen Haftverlängerung nach einem Monat (vgl. Art. 78 Abs. 2 AuG), sondern erst nach dreimonatiger Haft erfolgreich um unentgeltliche Verbeiständung nachgesucht werden.[72] Die Rechtsvertretung wird im Übrigen nur auf Gesuch hin (und nicht von Amtes wegen) gewährt, wobei auf den Anspruch immerhin ausdrücklich hinzuweisen ist.[73] Wird der Betroffene aus der Administrativhaft entlassen und wieder neu inhaftiert, handelt es sich nicht um ein Haftverlängerungsverfahren, sondern um ein neues Haftanordnungsverfahren. Deshalb besteht kein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung, ausser die Haftentlassung sei zur Vereitelung des Vertretungsanspruchs erfolgt.[74] Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren besteht grundsätzlich kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, selbst wenn erstinstanzlich ein solcher eingeräumt wurde.[75]

---

70 ZMV 2015 18 vom 9. Juli 2015 E. 9; ZMV 2013 19 vom 28. Juni 2013 E. 11; ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 4 al. 1; ZMV 2013 4 vom 14. Februar 2013 E. 9.

71 Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 184 vom 24. September 2014 E. 4; III 2014 164 vom 28. August 2014 E. 3.2 f.; ZMV 2014 41 vom 15. Januar 2015 E. 9; ZMV 2014 37 vom 4. November 2014 E. 6; ZMV 2014 30 vom 10. September 2014 E. 6; ZMV 2014 17 vom 17. Juni 2014 E. 7; ZMV 2014 5 vom 11. Februar 2014 E. 6; ZMV 2013 40 vom 20. Dezember 2013 E. 7; ZMV 2013 18 vom 21. Juni 2013 E. 11; ZMV 2011 41 vom 30. November 2011 E. 10; ZMV 2011 35 vom 20. Oktober 2011 E. 8.

72 ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 3 al. 6.

73 ZMV 2015 9 vom 6. Mai 2015 E. 5. Die Entschädigung für den Rechtsbeistand beläuft sich auf rund Fr. 1'000.--.

74 ZMV 2013 19 vom 28. Juni 2013 E. 8.

75 Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz III 2014 203 vom 29. Oktober 2014 E. 4.2.1; III 2014 184 vom 24. September 2014 E. 4; III 2014 164 vom 28. August 2014 E. 3.2 f.

4.3 Allgemeine Hinweise zum Haftentlassungsverfahren

Der Inhaftierte kann einen Monat nach der Haftüberprüfung ein Haftentlassungsgesuch einreichen.[76] Über das Gesuch entscheidet das Zwangsmassnahmengericht innert acht Arbeitstagen aufgrund einer mündlichen Verhandlung (Art. 80 Abs. 5 AuG).[77] Das Zwangsmassnahmengericht vertrat dabei (früher) die Ansicht, dass Haftentlassungsgesuche bei der Durchsetzungshaft angesichts des gesetzlich vorgesehenen Überprüfungsrhythmus ausser Betracht fallen.[78] Das Bundesgericht gelangte zu einem anderen Ergebnis und hielt fest, dass Haftentlassungsersuchen im Durchsetzungshaftverfahren jederzeit möglich seien,[79] worauf der Betroffene jetzt (im Dispositiv) hingewiesen wird.[80]

5. Schlusswort

Das ausländerrechtliche Haftverfahren bietet in der Praxis kaum Schwierigkeiten. Die meisten Haftanordnungen werden problemlos bestätigt. Zu Haftentlassungen kommt es bloss in rund 10 % der Fälle und v.a. dann, wenn materielle Haftgründe nicht (mehr) bestehen. Verfahrensfehler führen demgegenüber eher selten zu Freilassungen, da die damit einhergehende Interessenabwägung regelmässig zum Nachteil des Inhaftierten ausfällt.[81] Dennoch darf der Richtervorbehalt nicht auf die leichte Schulter genommen werden, zumal es dem Zwangsmassnahmenrichter obliegt, als „Freiheitsrichter" über die Grundrechte der inhaftierten Person zu wachen.[82]

---

[76] Eingaben des Inhaftierten an das Migrationsamt sind nicht einfach abzulegen, sondern als allfällige Haftentlassungsersuchen oder Rechtsmittel gegen Haftentscheide entgegenzunehmen und an die zuständigen Stellen weiterzuleiten, so ZMV 2012 17 vom 24. April 2012 S. 2 al. 1; ZMV 2011 41 vom 30. November 2011 E. 7b mit Blick auf §§ 25 Abs. 1 MigG-SZ i.V.m. 10 Abs. 3 VRP-SZ.

[77] Beim Dublin-Haftverfahren kann der Inhaftierte jederzeit ein Haftentlassungsgesuch einreichen, über welches innert acht Arbeitstagen in einem schriftlichen Verfahren zu entscheiden ist, vgl. § 80a Abs. 4 AuG.

[78] ZMV 2013 19 vom 28. Juni 2013 E. 12; ZMV 2013 6 vom 5. März 2013 S. 4 al. 2; ZMV 2013 4 vom 14. Februar 2013 E. 10.

[79] BGE 140 II 409 E. 2.2; noch offen gelassen im Urteil des Bundesgerichts 2C_683/2009 vom 30. November 2009 E. 2.2.

[80] ZMV 2015 22 vom 27. Juli 2015 E. 9; ZMV 2015 18 vom 9. Juli 2015 E. 10.

[81] Was sich im Kanton Schwyz auch auf den Mangel an entsprechenden Haftplätzen zurückführen lassen dürfte. Die wenigen Haftplätze werden selten für „unbescholtene" Ausländer gebraucht, wobei immer wieder Fälle mit weit über 1'000 Seiten Polizeiakten vorkommen.

[82] So Martin Ziegler, Die Haftbeschwerde im schwyzerischen Strafprozess, in: SJZ 2003, S. 489 ff., S. 491.

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abgaben
- Steuererlass C 4.1
Amtliche Verteidigung A 5.1
Anklage, Anforderungen bei Unterlassungsdelikten A 5.2
Anklageverbesserung A 5.2
Arbeitsvergebung
- Ausschluss aus dem Verfahren B 11.1
Aufsichtsbeschwerde C 3.2
Ausländerrecht
- Niederlassungsbewilligung, Erlöschen der C 18.1
Ausstand eines Betreibungsbeamten A 6.1

B

Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)
Behindertengleichstellung C 2.3
Betriebsbewilligung
- für eine Kindertagesstätte B 18.1

E

Elterliche Sorge, gemeinsame A 2.1
Enteignungsrecht
- Formelle Enteignung eines Baurechts für Tunnelbau B 9.1

F

Fahrzeughalterhaftung einer Autovermieterin A 5.3
Feststellungsklage, negative A 3.2

G

Gemeinderecht
- Aufsichtsbeschwerde C 3.2
Gesetzliches Pfandrecht C 19.2

I

Initiativrecht
- Unzulässigkeit einer Initiative betreffend Verkehrsanordnungen B 7.1

K

Kausalabgaben
- Baubewilligungsgebühren B 5.2
- Vorteilsabgabe nach § 58 Strassengesetz B 5.1
Kindertagesstätte (siehe Betriebsbewilligung)
Kindes- und Erwachsenenschutzrecht
- Beistandsperson (Ernennung) B 16.5
- Besuchsrecht B 16.3
- Gutachten B 16.2
- Mandatsentschädigung B 16.6
- Unentgeltlicher Rechtsbeistand B 16.1
- Verzicht auf eine Massnahme B 16.4
Kindesschutz
- Kosten C 7.1

M

Motorfahrzeugsteuer B 4.1

N

Nebenbestimmungen C 3.1
Notwehr A 4.1

O

Obhut A 2.1
Ordnungsbusse bei Fahrzeughalterhaftung A 5.3

P

Personalverleih
- Begriff und Regelung im Bundesrecht C 19.1
- Bewilligungsentzug C 19.1
- Folgen eines Bewilligungsentzugs C 19.1

Planungs- und Baurecht
- Ausnahmebewilligung C 2.1 C 2.2
- Baulärm C 3.2
- Bestandesgarantie (behindertengerechter Zugang) B 8.10
- Bestandesgarantie (zeitgemässe Anpassungen) B 8.9
- Erschliessung C 2.3
- Gewässerabstand C 2.1
- Grenzabstand bei einem Carport B 8.7
- Grenzabstand einer Scheiterbeige B 8.6
- Lärmbelastung B 8.4
- Moorbiotopschutz B 8.2
- Nichtgenehmigung einer Einzonung B 8.1
- Nutzungsart C 3.3
- Ortsbildschutz C 2.1
- Technische Bewilligungen B 8.8
- Umweltschutzrecht B 8.3
- Verkehrsintensive Einrichtung C 2.3
- Wiederaufbaurecht C 2.2
- Zweitwohnungsbau B 8.5

Politische Rechte
- Unzulässigkeit einer Initiative B 7.1

Putativnotwehr A 4.1

R

Rechtliches Gehör
- Verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Rechtsgutachten einer Fachbehörde B 1.1
- Öffentliche Verhandlung - kein Anspruch einer staatlichen Behörde B 1.2

Rechtsbeistand, unentgeltlicher
- im Verwaltungsverfahren B 1.3

Rechtskraft vorsorglicher Massnahmen A 3.4

Rechtsmittel
- Anfechtbarkeit der Ernennung eines amtlichen Verteidigers A 5.1
- Rückzug der Scheidungsklage im Berufungsverfahren A 3.5

Rückfallgefahr, ernsthafte als Voraussetzung der Verwahrung A 4.3

S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
- Ausstand eines Betreibungsbeamten A 6.1

Sicherheit für Parteientschädigung A 3.3

Sozialhilfe
- Kostengutsprache C 7.1

Steuererlass C 4.1

Strafbefehl A 5.3

Strafprozessrecht
- Amtliche Verteidigung A 5.1
- Anklageprinzip A 5.2
- Strafbefehl bei Fahrzeughalterhaftung A 5.3

Strafrecht
- Putativnotwehr A 4.1
- Strafzumessung, Vorstrafenlosigkeit A 4.2
- Verwahrung A 4.3

Strafvollzug
- Rückversetzung bei Auslandstat A 4.4

Strassenverkehrsrecht
- Zuständigkeit für ein Administrativverfahren B 12.1

Submission (siehe Arbeitsvergebung)

U

Umweltschutz
- Entwässerung einer Liegenschaft C 3.1
- Immissionsvorschriften C 3.3
- Schutz vor Baulärm C 3.2
- UVP C 3.3
- Verkehrsintensive Einrichtung C 2.3

Umweltschutzrecht (siehe Planungs- und Baurecht)

V

Verhältnismässigkeit C 19.1
Verrechnungseinrede A 3.3
Verwahrung A 4.3
Verwaltungsverfahren
- Aufschiebende Wirkung C 19.1
- Aufsichtsbeschwerde C 3.2
- Begründungspflicht C 4.1
- Beweislast C 18.1
- Rechtsmittelverzicht C 2.2
- Vollstreckung C 19.2

Vorstrafen A 4.2

W

Werkmangel, ästhetischer A 2.2
Widerklage A 3.2

Z

Zivilprozessrecht
- Einigungsverhandlung A 3.5
- Kaution A 3.3
- Negative Feststellungsklage A 3.2
- Rechtskraft vorsorglicher Massnahmen A 3.4
- Scheidungsklage, Rückzug im Berufungsverfahren A 3.5
- Sicherheit für Parteientschädigung A 3.3
- Vorsorgliche Massnahmen A 3.4

- Widerklage A 3.2
- Zuständigkeit des Kantonsgerichts als einzige Instanz A 3.1
Zivilrecht
- Elterliche Sorge A 2.1
- Obhut A 2.1
- Werkmangel A 2.2
Zuständigkeit, Kantonsgericht als einzige Instanz A 3.1